

SCHRIFTLEITUNG

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

Prof. Dr. Jochen Bung, M.A., Univ.

Passau; Ass.-Prof. Dr. Daniela Demko,
LLM, (Univ. Luzern); Wiss. Ass. Dr. Lutz
Eidam, LLM (Bucerius Law School); Dr.

Antje du Bois-Pedain, MJur (Oxon),
(Univ. Cambridge); Prof. Dr. Diethelm

Kleszczewski (Univ. Leipzig); Prof. Dr.

Hans Kudlich (Univ. Erlangen-

Nürnberg); RA Wiss. Ass. Dr. Frank

Meyer, LLM (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

Prof. Dr. *Hans Kudlich*, Univ. Erlangen-Nürnberg – **Wie weit reicht die Widerspruchslösung?** S. 114

Dr. *Stefanie Bock*, Uni. Göttingen – **Das Beweisantragsrecht des Nebenklägers – ein Recht zweiter Klasse?** Zugl. Anm. zu BGH HRRS 2011 Nr. 203 S. 119

RAin *Antonia von der Behrens*/Rechtsreferendar *Ole-Steffen Lucke* – **Zur Auslegung des § 20 Abs. 1 Nr. 5 Vereinsgesetz: Das Fortbestehen einer Strafbarkeitslücke** S. 120

Die Ausgabe umfasst eine Rezension.

Entscheidungen

EGMR **Abgrenzung von unzulässiger Tatprovokation und verdeckter Ermittlung (Bannikova vs. Russland)**

BVerfG **Unzulässige Richtervorlage zur Strafdrohung der besonders schweren Brandstiftung**

BGHSt **Vollendung bei der schweren Brandstiftung gemäß § 306a II StGB**

BGHSt **DB Netz AG als „sonstige Stelle“ im Sinne des § 11 StGB**

BGHSt **Anforderungen an die Verlesung des Anklagesatzes bei einer Vielzahl gleichförmiger (Vermögens-)Straftaten**

BGHSt **Gerichtlicher Hinweis beim Austausch der Bezugstat eines Verdeckungsmordes**

BGHR **Aufklärung des Patienten beim Einsatz von Außenseitermethoden**

BGHR **Vollendete Steuerhinterziehung trotz Sachverhaltskenntnis des zuständigen Finanzamts**

BGH **Konventionskonforme Auslegung bei der rückwirkenden Sicherungsverwahrung**

BGH **Wiederaufnahme eingestellter Verfahren und Beschleunigungsgebot**

BGH **Grenzen des Protokollberichtigungsverfahrens**

BGH **Grenzen der sukzessiven Mittäterschaft**

Die Ausgabe umfasst 111 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:

Prof. Dr. Jochen Bung, M.A., (Univ. Passau); Ass.-Prof. Dr. Daniela Demko, LL.M., (Univ. Luzern); Dr. Antje du Bois-Pedain, M.Jur. (Oxon.), (Univ. Cambridge); RA Wiss. Ass. Dr. Lutz Eidam, LL.M. (Bucerius Law School); Prof. Dr. Diethelm Kleszczewski (Univ. Leipzig); Prof. Dr. Hans Kudlich (Univ. Erlangen-Nürnberg); RA Wiss. Ass. Dr. Frank Meyer, LL.M. (Yale), Univ. Bonn; RA Tilo Mühlbauer (Dresden); RA 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

12. Jahrgang, März 2011, Ausgabe

3

Rechtsprechung

Strafrechtliche/strafverfahrensrechtliche Entscheidungen des EGMR/BVerfG

331. EGMR Nr. 18757/06 (1. Kammer) – Urteil vom 4. November 2010 (*Bannikova v. Russia*)

Recht auf ein faires Verfahren (Abgrenzung der unzulässigen Tatprovokation von legitimierbaren verdeckten Ermittlungen; Scheinkauf; Anstiftung; agent provocateur; incitement; entrapment; effektive Geltendmachung einer behaupteten Tatprovokation; Einschränkungen des Rechts auf ein faires Verfahren).

Art. 6 EMRK; Art. 8 EMRK; § 110a StPO; § 161 StPO; § 163 StPO

1. Zu den Anforderungen an eine effektive Gelegenheit, eine unzulässige Tatprovokation geltend machen zu können.

2. Zur Zulässigkeit eines Scheinkaufs nach vorherigem unerlaubtem Handeltreiben mit Betäubungsmitteln (Abgrenzung von legitimierbaren verdeckten Ermittlungen und unzulässigen Tatprovokationen).

280. BVerfG 2 BvL 12/09 (2. Kammer des Zweiten Senats) – Beschluss vom 16. November 2010 (LG Itzehoe)

Besonders schwere Brandstiftung (Verfassungsmäßigkeit der Strafdrohung; Systematik der Brandstiftungsdelikte); Gebot schuldangemessenen Strafens (Strafrahmen; gesetzgeberischer Gestaltungsspielraum); (unzulässige) Richtervorlage (fehlende Entscheidungserheblichkeit; fehlende Berücksichtigung naheliegender Gesichtspunkte).

Art. 1 Abs. 1 GG; Art. 2 Abs. 1 GG; Art. 20 Abs. 3 GG; Art. 100 Abs. 1 GG; § 81a BVerfGG; § 306b Abs. 2 Nr. 2 StGB; § 306a StGB

1. Der Gesetzgeber darf und muss bei der Bemessung des Strafrahmens für einen Straftatbestand von der Typik des von ihm missbilligten Verhaltens ausgehen (BVerfGE 34, 261, 267). Die Festlegung des Strafrahmens beruht auf einem nur in Grenzen rational begründbaren Akt gesetzgeberischer Wertung (BVerfGE 50, 125, 140). Welche Sanktion für eine Straftat – abstrakt oder konkret – angemessen ist und wo die Grenzen einer an der Verfassung orientierten Strafdrohung zu ziehen sind, hängt von einer Fülle von Wertungen ab. Das Grundgesetz steht dem Gesetzgeber bei der Normierung von Strafdrohungen deshalb einen weiten Gestaltungsspielraum zu. Dem trägt das Bundesverfassungsgericht bei der inhaltlichen Überprüfung gesetzlicher Strafdrohungen Rechnung. Es kann in solchen Fällen einen Verstoß gegen den Schuldgrundsatz oder das Übermaßverbot nur dann feststellen, wenn die gesetzliche Regelung – gemessen an der Idee der Gerechtigkeit – zu schlechthin untragbaren Ergebnissen führt (BVerfGE 50, 125, 140). Dies wäre der Fall, wenn sich die angedrohte Strafe nach Art und Maß der strafbewehrten Handlung als schlechthin unangemessen oder gar grausam, unmenschlich oder erniedrigend darstellt (BVerfGE 50, 205, 215 m.w.N.).

2. Dass eine Strafdrohung im Einzelfall unangemessen erscheinen kann, stellt ihre Verfassungsmäßigkeit noch nicht infrage (BVerfGE 34, 261, 267).

3. Zu einer nicht ausreichend begründeten Überzeugung von der Verfassungswidrigkeit des § 306b Abs. 2 Nr. 2 StGB wegen Nichtberücksichtigung relevanter und naheliegender Gesichtspunkte im Rahmen einer Richtervorlage an das Bundesverfassungsgericht.

4. Weder Wortlaut noch Normzweck von § 306b Abs. 2 Nr. 1 StGB legen nahe, Retter aus dem Schutzbereich der Vorschrift herauszunehmen. Vielmehr verwirklicht sich mit der Gefährdung von Rettern ein tatspezifisches Risiko, nämlich die Notwendigkeit von Rettungsaktionen als typisches Gefahrenpotential der Brandstiftung. Ob die Einbeziehung von Rettern in den Schutzbereich von § 306b Abs. 2 Nr. 1 StGB uneingeschränkt gilt, bedarf vorliegend aber keiner Entscheidung.

5. Die nach dem vorgegebenen Rahmen zulässigen Strafen bilden eine Stufenfolge, der die konkret zu beurteilende Tat bei der Zumessung der verwirkten Strafe zugeordnet werden muss, wobei ein Fall mittlerer Schwere seine Entsprechung auch etwa in der Mitte des Strafrahmens haben wird. Da die Mehrzahl der erfahrungsgemäß immer wieder vorkommenden Fälle der betreffenden Straftat nur einen verhältnismäßig geringen Schweregrad erreicht und auch die weit weniger häufigen schweren sowie schwersten Fälle bei der Ermittlung eines Durchschnittswerts der Tatschwere zu berücksichtigen sind, muss der den Regelfall kennzeichnende Wert notwendig in einem Bereich unterhalb der Mitte der vom Gesetzgeber ins Auge gefassten Tatbestandsverwirklichungen liegen, die er mit der durch Höchst- und Mindeststrafe begrenzten Strafdrohung sämtlich treffen will (BGHSt

27, 2, 4). Auf die Mindeststrafe darf der Richter hingegen nur erkennen, wenn die Schuld an der unteren Grenze der praktisch vorkommenden Durchschnittsfälle liegt (vgl. BGH NStZ 1984, 117).

6. Einer einschränkenden Auslegung von § 306b Abs. 2 Nr. 2 StGB bei der erstrebten Begehung eines Versicherungsbetruges steht weder auf Tatbestandsebene, noch auf der Ebene der Rechtsfolgen der Wille des Gesetzgebers entgegen.

281. BVerfG 1 BvR 409/09 (1. Kammer des Ersten Senats) – Beschluss vom 22. Februar 2011 (OLG Köln/LG Köln)

Bewilligung von Prozesskostenhilfe für eine Amtshaftungsklage wegen menschenunwürdiger Haftunterbringungen; Anspruch auf Rechtsschutzgleichheit; Prozesskostenhilfe; (Abweichen von höchstrichterlicher Rechtsprechung bei der Prüfung der Erfolgsaussichten der Rechtsverfolgung; Abweichen von der üblichen Verteilung der Darlegungs- und Beweislast; Durchentscheiden einer schwierigen entscheidungserhebliche Rechtsfrage).

Art. 3 Abs. 1 GG; Art. 20 Abs. 3 GG; Art. 1 Abs. 1 GG; Art. 34 GG; § 114 Satz 1 ZPO; § 839 BGB; § 18 Abs. 1 S. 1 StVollzG

1. Art. 3 Abs. 1 in Verbindung mit Art. 20 Abs. 3 GG gebietet eine weitgehende Angleichung der Situation von Bemittelten und Unbemittelten bei der Verwirklichung des Rechtsschutzes. Es ist verfassungsrechtlich unbedenklich, die Gewährung von Prozesskostenhilfe davon abhängig zu machen, dass die beabsichtigte Rechtsverfolgung oder Rechtsverteidigung hinreichende Aussicht auf Erfolg hat und nicht mutwillig erscheint. Die Prüfung der Erfolgsaussichten soll allerdings nicht dazu dienen, die Rechtsverfolgung oder Rechtsverteidigung selbst in das summarische Verfahren der Prozesskostenhilfe zu verlagern und dieses an die Stelle des Hauptsacheverfahrens treten zu lassen (vgl. BVerfGE 81, 347, 356 f.).

2. Es läuft dem Gebot der Rechtsschutzgleichheit zuwider, wenn ein Fachgericht § 114 Satz 1 ZPO dahin auslegt, dass auch schwierige, noch nicht geklärte Rechtsfragen im Prozesskostenhilfverfahren „durchentschieden“ werden können (vgl. BVerfGE 81, 347, 359). Dem Gebot der Rechtsschutzgleichheit widerstrebt es daher, wenn ein Fachgericht § 114 Satz 1 ZPO dahin auslegt, dass es eine entscheidungserhebliche Rechtsfrage, obwohl dies erheblichen Zweifeln begegnet, als einfach oder geklärt ansieht und sie deswegen bereits im Verfahren der Prozesskostenhilfe zum Nachteil des Unbemittelten beantwortet (vgl. BVerfGE 81, 347, 359 f.). Ein solcher Verstoß ist erst recht anzunehmen, wenn das Fachgericht bei der Beurteilung der Erfolgsaussichten der beabsichtigten Rechtsverfolgung in einer entscheidungserheblichen Rechtsfrage von der Auffassung der höchstrichterlichen Rechtsprechung und der herrschenden Meinung in der Literatur abweicht.

3. Zu einer Verletzung des Anspruchs auf Rechtsschutzgleichheit im Zusammenhang mit einem Antrag auf Prozesskostenhilfe für eine Amtshaftungsklage wegen menschenunwürdiger Haftunterbringungen.

4. Bei der Belegung und Ausgestaltung der Hafträume sind dem Ermessen der Justizvollzugsanstalt durch das Recht des Gefangenen auf Achtung seiner Menschenwürde nach Art. 1 Abs. 1 Satz 1 GG Grenzen gesetzt. Aus Art. 1 Abs. 1 GG in Verbindung mit dem Sozialstaatsprinzip folgt die Verpflichtung des Staates, den Strafvollzug menschenwürdig auszugestalten, mithin das Existenzminimum zu gewähren, das ein menschenwürdiges Dasein überhaupt erst ausmacht (vgl. BVerfGE 45, 187, 228; 109, 133, 150). Die Menschenwürde ist unantastbar und kann deshalb auch nicht auf Grund einer gesetzli-

chen Bestimmung wie § 18 Abs. 2 Satz 2 StVollzG oder § 144 StVollzG eingeschränkt werden.

5. Als Faktoren, die eine aus den räumlichen Haftbedingungen resultierende Verletzung der Menschenwürde indizieren, kommen in erster Linie die Bodenfläche pro Gefangenen und die Situation der sanitären Anlagen, namentlich die Abtrennung und Belüftung der Toilette, in Betracht, wobei als ein die Haftsituation abmildernder Faktor die Verkürzung der täglichen Einschlusszeiten berücksichtigt werden kann.

Rechtsprechung

Hervorzuhebende Entscheidungen des BGH

I. Materielles Strafrecht – Allgemeiner Teil

375. BGH 4 StR 502/10 – Urteil vom 27. Januar 2011 (LG Kaiserslautern)

„Hells Angels“-Fall; Tötungsvorsatz; besonders schwerer Raub (Zueignungsvorsatz bei kurzfristiger Sachentziehung; Mittäterschaft); räuberischer Erpressung (erforderliche Bereicherungsabsicht bei kurzfristigem Besitz; Vermögensvorteil); Grenzen der sukzessive Mittäterschaft; Körperverletzung mit Todesfolge (Fahrlässigkeit; Vorhersehbarkeit); Totschlag durch Unterlassen (Ingerenz; Gefahrsteigerung; mangelnde Rettungsmöglichkeit; Garantenstellung); gefährlicher Eingriff in den Straßenverkehr (Pervertierung; Schädigungsvorsatz).

§ 212 StGB; § 15 StGB; § 13 StGB; § 249 StGB; § 253 StGB; § 255 StGB; § 250 StGB; § 251 StGB; § 263 StGB; § 25 Abs. 2 StGB; § 227 StGB; § 221 StGB

1. Täter – auch Mittäter – kann beim Raub nur sein, wer bei der Wegnahme die Absicht hat, sich oder einem Dritten die fremde Sache rechtswidrig zuzueignen. Hierfür genügt, dass der Täter die fremde Sache unter Ausschließung des Eigentümers oder bisherigen Gewahrsamshabers körperlich oder wirtschaftlich für sich oder den Dritten haben und sie der Substanz oder dem Sachwert nach seinem Vermögen oder dem des Dritten „einverleiben“ oder zuführen will. Dagegen ist nicht erforderlich, dass der Täter oder der Dritte die Sache auf Dauer behalten soll oder will (BGH NJW 1985, 812 mwN). An der Voraussetzung, dass der Wille des Täters auf eine Änderung des Bestandes seines Vermögens oder das des Dritten gerichtet sein muss, fehlt es in Fällen, in denen er die fremde Sache nur wegnimmt, um sie „zu zerstören“, „zu vernichten“, „preiszugeben“, „wegzuwerfen“, „beiseitezuschaffen“ oder „zu beschädigen“ (BGH NJW 1977, 1460; NJW 1985, 812 jeweils mwN). Der etwa auf Hass- und Rachegefühlen beruhende Schädigungswille ist zur Begründung der Zueignungsabsicht ebenso wenig geeignet wie der Wille, den Eigentümer durch bloßen Sachentzug zu ärgern (BGH NJW 1985, 812, 813 mwN). In

solchen Fällen genügt es auch nicht, dass der Täter – was grundsätzlich ausreichen könnte (vgl. BGH NStZ 1981, 63) – für eine kurze Zeit den Besitz an der Sache erlangt.

2. Nach der Rechtsprechung des Bundesgerichtshofs kann eine (besonders schwere) räuberische Erpressung zwar auch derjenige begehen, der das Opfer mit Gewalt dazu zwingt, die Wegnahme einer Sache zu dulden (BGH, Urteil vom 30. August 1973 – 4 StR 410/73, BGHSt 25, 224, 228 mwN), eine Verurteilung wegen Raubes aber daran scheitert, dass die dafür erforderliche Zueignungsabsicht nicht vorliegt bzw. nicht nachweisbar ist (BGHSt 14, 386, 388, 390 f.; BGH NStZ-RR 1999, 103). Eine Verurteilung wegen räuberischer Erpressung erfordert jedoch die Absicht, sich oder einen Dritten zu Unrecht zu bereichern. Diese Tatbestandsvoraussetzung des § 253 StGB deckt sich inhaltlich mit der beim Betrug vorausgesetzten Bereicherungsabsicht (BGH NJW 1988, 2623; BGHR StGB § 253 Abs. 1 Bereicherungsabsicht 9). Sie setzt nach dem in der höchststrichterlichen Rechtsprechung vertretenen wirtschaftlichen Vermögensbegriff deshalb voraus, dass der erstrebte Vorteil zu einer objektiv günstigeren Gestaltung der Vermögenslage für den Täter oder den Dritten führen soll (BGHR StGB § 253 Abs. 1 Bereicherungsabsicht 9 mwN).

3. Als ein solcher Vermögenszuwachs kann auch die Erlangung des Besitzes an einer Sache bewertet werden und zwar selbst bei einem nur vorübergehenden Besitzwechsel (BGHSt 14, 386, 388 f.). Jedoch ist der bloße Besitz in der Rechtsprechung des Bundesgerichtshofs nur in den Fällen als Vermögensvorteil anerkannt, in denen ihm ein eigenständiger wirtschaftlicher Wert zukommt (BGHR StGB § 253 Abs. 1 Vermögenswert 2), was regelmäßig lediglich dann zu bejahen ist, wenn mit dem Besitz wirtschaftlich messbare Gebrauchsvorteile verbunden sind, die der Täter oder der Dritte nutzen will (vgl. BGHR StGB § 253 Abs. 1 Vermögenswert 1 mwN). Dagegen genügt es nicht, wenn der Täter zwar kurzzeiti-

gen Besitz begründen will, die Sache aber unmittelbar nach der Erlangung vernichtet werden soll (BGH NStZ 2005, 155 mwN). Ebenso wenig reicht es aus, wenn der Täter den mit seiner Tat verbundenen Vermögensvorteil nur als notwendige oder mögliche Folge seines ausschließlich auf einen anderen Zweck gerichteten Verhaltens hinnimmt (BGH NJW 1988, 2623) und allein einen anderen als einen wirtschaftlichen Vorteil erstrebt (BGH, Beschluss vom 14. Oktober 1971 – 4 StR 397/71).

4. Kann bei mehreren nacheinander aktiv werdenden Tätern der Hinzutretende die weitere Tatausführung nicht mehr fördern, weil für die Herbeiführung des tatbestandsmäßigen Erfolges schon alles getan ist und bleibt deshalb sein eigenes Handeln ohne Einfluss auf den späteren Tod des Geschädigten, kommt eine Zurechnung nach den Grundsätzen der (sukzessiven) Mittäterschaft trotz Kenntnis, Billigung und Ausnutzung der durch einen anderen geschaffenen Lage nicht in Betracht (BGH NStZ 2009, 631, 632). Allein eine nachträgliche Billigung der tödlichen Gewalt kann eine strafbare Verantwortlichkeit für eine bereits abgeschlossene Tötungshandlung nicht begründen.

5. Der Senat lässt offen, ob der Entscheidung des 1. Strafsenats des Bundesgerichtshofs vom 18. Dezember 2007 (BGH NStZ 2008, 280, 281 mit Besprechung *Walter* NStZ 2008, 548) zu folgen wäre.

6. Das Willenselement des bedingten Vorsatzes ist bei Tötungsdelikten nur gegeben, wenn der Täter den von ihm als möglich erkannten Eintritt des Todes billigt oder sich um des erstrebten Zieles willen damit abfindet. Bewusste Fahrlässigkeit liegt hingegen dann vor, wenn er mit der als möglich erkannten Tatbestandsverwirklichung nicht einverstanden ist und ernsthaft – nicht nur vage – darauf vertraut, der Tod werde nicht eintreten (st. Rspr.; vgl. BGH NStZ 2008, 93 mwN). Dabei genügt für eine vorsätzliche Tatbegehung, dass der Täter den konkreten Folgeeintritt akzeptiert und er sich innerlich mit ihm abgefunden hat (vgl. BGH NStZ 2008, 451 mwN), mag er auch seinen Wünschen nicht entsprochen haben (vgl. BGH NStZ-RR 2009, 372, 373). Hatte der Täter dagegen begründeten Anlass darauf zu vertrauen und vertraute er darauf, es werde nicht zum Folgeeintritt kommen, kann bedingter Vorsatz nicht angenommen werden (BGH NStZ 2008, 451).

7. Da beide Schuldformen im Grenzbereich eng beieinander liegen, ist bei der Prüfung, ob der Täter vorsätzlich gehandelt hat, eine Gesamtschau aller objektiven und subjektiven Tatumstände geboten (st. Rspr.; vgl. BGH NStZ 2008, 93 mwN); sowohl das Wissens- als auch das Willenselement muss grundsätzlich in jedem Einzelfall geprüft und durch tatsächliche Feststellungen belegt werden (BGH NStZ 2007, 150, 151; NStZ 2009, 91 jeweils mwN). Insbesondere bei der Würdigung des voluntativen Vorsatzelements ist es regelmäßig erforderlich, dass sich der Tatrichter mit der Persönlichkeit des Täters auseinandersetzt und seine psychische Verfassung bei der Tatbegehung sowie seine Motivation und die zum Tatgeschehen bedeutsamen Umstände – insbesondere die konkrete Angriffsweise – mit in Betracht zieht (BGH NStZ-RR 2007, 267; NStZ-RR 2009, 372 jeweils mwN).

Dabei liegt zwar die Annahme einer Billigung des Todes des Opfers nahe, wenn der Täter sein Vorhaben trotz erkannter Lebensgefährlichkeit durchführt (st. Rspr.). Allein aus dem Wissen um den möglichen Folgeeintritt oder die Gefährlichkeit des Verhaltens kann aber nicht ohne Berücksichtigung etwaiger sich aus der Tat und der Persönlichkeit des Täters ergebender Besonderheiten geschlossen werden, dass auch das Willenselement des Vorsatzes gegeben ist (vgl. BGH NStZ 2009, 91 mwN).

8. Eine Handlungspflicht des Garanten für das Leben eines anderen entfällt, wenn die gebotenen Rettungsmaßnahmen sicher erfolglos geblieben wären (BGH NStZ 2000, 414, 415). Dies gilt auch bei der Ingerenz.

10. Führt ein Sichentfernen vom Opfer nicht zu einer Steigerung der für dieses bestehenden Gefahr, kann keine Tat gemäß § 221 StGB gegeben sein.

9. Nach ständiger Rechtsprechung des Senats erfasst § 315b StGB ein vorschriftswidriges Verkehrsverhalten eines Fahrzeugführers nur dann, wenn dieser das von ihm gesteuerte Kraftfahrzeug in verkehrsfeindlicher Einstellung bewusst zweckwidrig einsetzt, er mithin in der Absicht handelt, den Verkehrsvorgang zu einem Eingriff in den Straßenverkehr zu „pervertieren“ und er dabei mit zumindest bedingtem Schädigungsvorsatz handelt.

10. Zwar kann einem Mittäter das Handeln eines anderen Mittäters, das über das gemeinsam Gewollte hinausgeht, grundsätzlich nicht zugerechnet werden. Handelt ein Mittäter aber mit zumindest bedingtem Tötungsvorsatz, ein anderer dagegen nur mit Verletzungsvorsatz, so ist letzterer – wenn er den tödlichen Ausgang für das Opfer vorhersehen konnte – zwar nicht wegen eines vorsätzlichen Tötungsdelikts, aber wegen Körperverletzung mit Todesfolge strafbar. Wegen gemeinschaftlicher Körperverletzung kann für deren Todesfolge, die ein anderer unmittelbar herbeigeführt hat, mithin auch derjenige bestraft werden, der die Verletzung nicht mit eigener Hand ausgeführt, jedoch aufgrund eines gemeinschaftlichen Tatentschlusses mit dem Willen zur Tatherrschaft zum Verletzungserfolg beigetragen hat, sofern die Handlung des anderen im Rahmen des beiderseitigen ausdrücklichen oder stillschweigenden Einverständnisses lag und dem Täter hinsichtlich des Erfolges Fahrlässigkeit zur Last fällt (BGH NStZ 2009, 631, 632). Dies gilt jedenfalls dann, wenn bei dem Mittäter das Willenselement des Tötungsvorsatzes vorlag und dieser allein deshalb fehlte, weil es am Willenselement mangelte (BGH NStZ 2005, 261, 262).

282. BGH 3 StR 17/11 – Beschluss vom 8. Februar 2011 (LG Hildesheim)

Rücktritt vom Versuch (Freiwilligkeit; beendeter Versuch; korrigierter Rücktrittshorizont); minder schwerer Fall des Totschlags (auf der Stelle zur Tat hingerissen).

§ 22 StGB; § 23 StGB; § 24 Abs. 1 StGB; § 212 StGB; § 213 StGB

1. Ein Versuch ist auch dann beendet, wenn der Täter bei unverändert fortbestehender Handlungsmöglichkeit mit einem tödlichen Ausgang zunächst nicht rechnet, unmit-

telbar darauf aber erkennt, dass er sich insoweit irrte („korrigierter Rücktrittshorizont“).

2. Bei der Prüfung des Tatbestandsmerkmals „auf der Stelle zur Tat hingerissen“ beim minder schweren Fall des Totschlags (§ 213 StGB) kommt es entscheidend darauf an, ob der Täter die Tat unter dem beherrschenden Einfluss einer anhaltenden Erregung über die Provokation beging. Diese Erregung muss dabei nicht die Erheblichkeit erreichen, die für eine erheblich verminderte Schuldfähigkeit gem. § 21 StGB erforderlich wäre.

339. BGH 1 StR 537/10 – Beschluss vom 11. Januar 2011 (LG Augsburg)

Strafbefreiender Rücktritt vom Versuch (Begriff und Begründung des unbeendeten / beendeten Versuchs).
§ 24 StGB

1. Nach der ständigen Rechtsprechung des Bundesgerichtshofs kommt es, wovon auch das Landgericht insoweit zutreffend ausgegangen ist, für die Abgrenzung eines beendeten vom unbeendeten Versuch und damit für die Voraussetzungen eines strafbefreienden Rücktritts maßgeblich auf die Vorstellungen der Täter nach der letzten Ausführungshandlung („Rücktrittshorizont“) an. Dies gilt insbesondere auch bei einem mehraktigen Tatgeschehen, das als eine Tat im Rechtssinne gewertet wird (vgl. BGH StraFo 2009, 78 mwN). Halten die Täter nach Abschluss der letzten Ausführungshandlung aufgrund der tatsächlichen Umstände den Tod ihres Opfers für möglich oder machen sie sich über die Folgen ihres Handelns – namentlich bei besonders schweren Gewalthandlungen, die zu schweren Verletzungen geführt haben – keine Gedanken, so ist der Versuch beendet (st. Rspr.). Ein strafbefreiender Rücktritt ist in diesem Fall bei mehreren Tätern nur unter den engen Voraussetzungen des § 24 Abs. 2 StGB möglich. Liegt dagegen ein unbeendeter Versuch vor, kommt ein strafbefreiender Rücktritt nach dieser Vorschrift auch dann in Betracht, wenn die Täter einvernehmlich nicht weiterhandelten, obwohl sie dies hätten tun können (BGH StraFo 2003, 207).

2. Die äußeren Gegebenheiten sind bei der Abgrenzung eines beendeten von einem unbeendeten Versuch insoweit von Bedeutung, als sie Rückschlüsse auf die innere Einstellung des Täters ermöglichen (BGHR StGB § 24 Abs. 1 Satz 1 Freiwilligkeit 22 mwN).

3. Die Vorstellung von einem möglichen Todeseintritt muss schon unmittelbar nach der letzten Tathandlung vorhanden sein (BGH NSTz 2010, 146).

287. BGH 3 StR 364/10 – Urteil vom 25. November 2010 (LG Stade)

Versuchter Totschlag (Vorsatz; Beweiswürdigung; besonders gefährliche Gewalthandlung; Todesdrohung; affektive Erregung; hohe Hemmschwelle); erheblich verminderte Schuldfähigkeit.

§ 212 StGB; § 22 StGB; § 23 StGB; § 261 StPO; § 15 StGB; § 21 StGB

1. Die Abgrenzung des bedingten Tötungsvorsatzes vom Körperverletzungsvorsatz erfordert bei schwerwiegenden

Gewalttaten eine sorgfältige Prüfung unter Berücksichtigung aller Umstände des Einzelfalls.

2. Der Täter handelt mit bedingtem Tötungsvorsatz, wenn er den Eintritt des Todes als möglich und nicht ganz fernliegend erkennt sowie ihn billigt oder sich um des erstrebten Zieles willen mit ihm abfindet. Dabei stellt die offensichtliche Lebensgefährlichkeit einer Handlung für den Nachweis einen Umstand von erheblichem Gewicht dar, sodass bei äußerst gefährlichen Gewalthandlungen der subjektive Tatbestand eines Tötungsdelikts sehr nahe liegt.

3. Angesichts der hohen Hemmschwelle zur Tötung bedarf die Frage der Billigung des Todes einer Gesamtschau aller objektiven und subjektiven Tatumstände, in die vor allem auch die psychische Verfassung des Täters bei der Tatbegehung sowie seine Motive mit einzubeziehen sind.

4. Die Strafzumessung des Tatrichters ist vom Revisionsgericht auf die Revision des Nebenklägers hin auch dann nicht zu prüfen, wenn der Nebenkläger neben der Verhängung einer höheren Strafe (auch) ein zulässiges Rechtsmittelziel – nämlich die Verurteilung wegen eines anderen, zum Anschluss berechtigenden Delikts (vgl. § 400 Abs. 1 StPO) – verfolgt. Denn es würde die gesetzlich beschränkte Rügebefugnis des Nebenklägers entgegen der Intention des Gesetzgebers ausweiten, wenn seine zulässige Revision einer revisionsgerichtlichen Urteilsprüfung auch insoweit den Weg ebnen würde, obwohl er diesbezüglich – isoliert betrachtet – gerade nicht anfechtungsberechtigt wäre.

361. BGH 2 StR 458/10 – Urteil vom 26. Januar 2011 (LG Gera)

Voraussetzungen des strafbefreienden Rücktritts vom unbeendeten Versuch eines mit bedingtem Tötungsvorsatz ausgeführten Totschlagsversuchs (Aufgeben; Begriff des unbeendeten Versuchs: erkannte Möglichkeit des Erfolgsintritts).

§ 212 StGB; § 211 StGB; § 22 StGB; § 24 StGB

1. Das bloße Aufgeben weiterer auf den Taterfolg gerichteter Handlungen erfüllt die Voraussetzungen eines Rücktritts vom Versuch gemäß § 24 Abs. 1 Satz 1 StGB 1. Variante nur dann, wenn der Versuch unbeendet ist, der Täter also aus seiner Sicht noch nicht so viel getan hat, dass der Taterfolg eintritt. Bei der Feststellung dieses so genannten Rücktrittshorizonts, für den auf den Zeitpunkt nach der letzten Tathandlung abzustellen ist, kommt es nicht darauf an, ob der Täter den Eintritt des Erfolgs für sicher oder ganz nahe liegend hält. Vielmehr ist der Versuch schon dann beendet, wenn der Täter den Erfolgsintritt zu diesem Zeitpunkt für möglich hält. Schon in diesem Fall darf er sich, um Straffreiheit zu erreichen, nicht mehr auf bloßes Unterlassen weiterer Tathandlungen beschränken, sondern muss sich gemäß § 24 Abs. 1 Satz 1 StGB 2. Variante aktiv um die Rettung des angegriffenen Rechtsguts bemühen.

2. Zwar wird sich in Fällen offenkundig besonders gefährlicher Tathandlungen, deren Erfolgeignung der Täter

erkennt, seine Vorstellung von der Möglichkeit des Erfolgseintritts oft schon aus den objektiven Umständen der Tat erschließen lassen. Bei einem dynamischen Geschehen, versteht sich dies aber nicht von selbst.

335. BGH 1 StR 517/10 – Beschluss vom 11. Januar 2011 (LG München II)

Versuchter Mord in Mittäterschaft (Exzess; Vorsatz: Schluss aus objektiven Umständen).

§ 211 StGB; § 25 Abs. 2 StGB; § 15 StGB; § 16 StGB

1. Nach der ständigen Rechtsprechung des Bundesgerichtshofs haftet jeder Mittäter für das Handeln der anderen nur im Rahmen seines eigenen Vorsatzes, ist also für den tatbestandlichen Erfolg nur insoweit verantwortlich, als sein Wille reicht; ein Exzess der anderen fällt ihm nicht zur Last (BGHSt 36, 231, 234; BGH NStZ 2002, 597, 598 mwN). Jedoch werden Handlungen eines anderen Tatbeteiligten, mit denen nach den Umständen des Falles gerechnet werden muss, vom Willen des Mittäters umfasst, auch wenn er sich diese nicht besonders vorgestellt hat; ebenso ist er für jede Ausführungsart einer von ihm gebilligten Straftat verantwortlich, wenn er mit der Handlungsweise seines Tatgenossen einverstanden oder sie ihm zumindest gleichgültig war.

2. Rechnet ein zu einem gemeinschaftlich begangenen Raub entschlossener Angeklagter nicht nur mit weiteren massiven Gewalthandlungen eines Mitangeklagten gegenüber der Geschädigten, nachdem es entgegen dem ursprünglichen Tatplan nicht gelungen war, die Geschädigte bereits mit einem Schlag gegen den Kopf widerstandsunfähig zu machen, und zerrt er während weiterer, von einem bedingten Tötungsvorsatz getragener massiver Gewalthandlungen des Mitangeklagten am zu raubenden Rucksack der Geschädigten, kann das Tatgericht daraus schließen, dass er auch mit diesem Vorgehen des Mitangeklagten einverstanden war.

323. BGH 5 StR 515/10 – Beschluss vom 10. Januar 2011 (LG Potsdam)

Gefährliche Körperverletzung (sukzessive Mittäterschaft; Beihilfe; „bloßes Dabeisein“); Mittäterschaft (Gesamtwürdigung).

§ 224 StGB; § 25 StGB; § 27 StGB

1. Beschränkt sich der Beitrag eines Gehilfen auf bloßes „Dabeisein“, so bedarf es sorgfältiger und genauer Fest-

stellungen darüber, dass dadurch die Tatbegehung in ihrer konkreten Gestalt objektiv gefördert oder erleichtert wurde und dass der Gehilfe sich dessen bewusst war.

2. Ob ein Tatbeteiligter eine Tat als Mittäter begeht, ist nach den gesamten Umständen, die von der Verurteilung umfasst sind, in wertender Betrachtung zu beurteilen. Wesentliche Anhaltspunkte für die Beurteilung können gefunden werden im Grad des eigenen Interesses am Erfolg der Tat, im Umfang der Tatbeteiligung und in der Tatherrschaft oder wenigstens im Willen zur Tatherrschaft, so dass Durchführung und Ausgang der Tat maßgeblich von seinem Willen abhängen.

370. BGH 4 StR 338/10 – Urteil vom 27. Januar 2011 (LG Bielefeld)

Strafbarkeit des Skimming; bandenmäßige und gewerbsmäßige Fälschung von Zahlungskarten mit Garantiefunktion (Versuch: unmittelbares Ansetzen); bandenmäßige und gewerbsmäßiger Computerbetrug.

§ 152b StGB; § 202a StGB; § 263a StGB; § 22 StGB

1. Nach § 22 StGB versucht eine Straftat, wer nach seiner Vorstellung von der Tat zur Verwirklichung des Tatbestandes unmittelbar ansetzt. Hierfür ist nicht erforderlich, dass der Täter bereits ein Tatbestandsmerkmal verwirklicht. Es genügt, dass er Handlungen vornimmt, die nach seinem Tatplan der Erfüllung eines Tatbestandsmerkmals vorgelagert sind und unmittelbar in die tatbestandliche Handlung einmünden. Das Versuchsstadium erstreckt sich deshalb auch auf Handlungen, die in ungestörtem Fortgang unmittelbar zur Tatbestandserfüllung führen sollen oder die in unmittelbarem räumlichen und zeitlichen Zusammenhang mit ihr stehen. Dies ist der Fall, wenn der Täter subjektiv die Schwelle zum „jetzt geht es los“ überschreitet, es eines weiteren „Willensimpulses“ nicht mehr bedarf und er objektiv zur tatbestandsmäßigen Angriffshandlung ansetzt, so dass sein Tun ohne Zwischenakte in die Erfüllung des Tatbestands übergeht (st. Rspr.; BGHSt 48, 34 m.w.N.). Diese abstrakten Maßstäbe bedürfen angesichts der Vielzahl denkbarer Sachverhaltsgestaltungen stets der wertenden Konkretisierung unter Beachtung der Umstände des Einzelfalles (vgl. BGH NJW 2002, 1057).

2. Zur Anwendung auf die Fälschung von Zahlungskarten bei Skimmingtaten (Ingangsetzen eines automatisierten Ablaufs).

II. Materielles Strafrecht – Besonderer Teil

354. BGH 2 StR 399/10 – Urteil vom 17. November 2010 (LG Erfurt)

BGHSt; Vollendung bei der schweren Brandstiftung (Wohngebäude; teilweise Zerstörung durch Brandle-

gung; abstrakte Gefährdung bei § 306a Abs. 1 StGB); besonders schwere Brandstiftung.

§ 306a Abs. 2, Abs. 1 StGB; § 306 Abs. 1 Nr. 1 StGB; § 306b StGB

1. Ist das „Gebäude“ im Sinne von §§ 306a Abs. 2, 306 Abs. 1 Nr. 1 StGB im Einzelfall zugleich ein „Wohngebäude“, dann müssen zur Vollendung des Auffangtatbestands der schweren Brandstiftung nicht notwendigerweise auch Wohnräume von der teilweisen Zerstörung durch Brandlegung betroffen sein. (BGHSt)

2. Durch Brandlegung wird die gänzliche oder teilweise Zerstörung des Objektes verursacht, wenn diese auf einer tatbestandsrelevanten Handlung beruht. Es muss sich ein mit der Brandlegung typischerweise geschaffenes Risiko im Zerstörungserfolg verwirklicht haben, wozu auch Verrußungsschäden am Brandstiftungsobjekt zu zählen sind. (Bearbeiter)

3. Für die Vollendung des § 306a Abs. 1 StGB ist für den Fall des Zerstörens eines Wohngebäudes vorauszusetzen, dass auch Wohnräume von der Zerstörungswirkung der Brandlegung betroffen sind. (Bearbeiter)

4. Im Hinblick auf die hohe Strafdrohung des § 306a StGB muss nach der Rechtsprechung des Bundesgerichtshofs ein „teilweises Zerstören“ von Gewicht vorliegen (BGHSt 48, 14, 19 f.; BGH NStZ 2007, 270; 2008, 519). Dies ist nur dann der Fall, wenn das Tatobjekt für eine nicht unbeträchtliche Zeit wenigstens für einzelne seiner Zweckbestimmungen unbrauchbar gemacht wird, ferner wenn ein für die ganze Sache nötiger Teil unbrauchbar wird oder wenn einzelne Bestandteile der Sache, die für einen selbständigen Gebrauch bestimmt und eingerichtet sind, vollständig vernichtet werden. Auch für die Qualifikation des § 306a Abs. 2 StGB ist diese einschränkende Auslegung des Merkmals des teilweisen Zerstörens von Gewicht vorauszusetzen; allerdings ist sie mit Blick auf die Bezugsobjekte des § 306 Abs. 1 StGB rechtsgutsspezifisch zu verstehen. (Bearbeiter)

5. § 306a Abs. 1 StGB lässt bereits die Verursachung einer abstrakten Gefahr für Leib oder Leben von Menschen im Einzelfall genügen. (Bearbeiter)

284. BGH 3 StR 239/10 – Urteil vom 22. Dezember 2010 (LG Mönchengladbach)

BGHR; gefährliche Körperverletzung; Einwilligung; ärztliche Heilbehandlung; Folgebehandlung; Umfang der ärztlichen Aufklärungspflicht bei Außenseitermethoden (Chancen und Risiken der Behandlung; seltene Risiken; spezifischer Zusammenhang zwischen Behandlung und Komplikation; Erstbehandlung; Folgebehandlung; Einsatz von Zitronensaft zur Wunddesinfektion).

§ 223 StGB; § 224 StGB; § 228 StGB; Art. 1 Abs. 1 GG; Art. 2 Abs. 1 GG; Art. 2 Abs. 2 Satz 1 GG

1. Zur erforderlichen Patientenaufklärung durch einen Chirurgen über dessen Absicht, bei einer Folgebehandlung, die wegen der Verwirklichung eines der Erstoperation typischerweise anhaftenden Risikos notwendig werden könnte, auch eine Außenseitermethode anzuwenden. (BGHR)

2. Jede in die körperliche Unversehrtheit eingreifende ärztliche Behandlungsmaßnahme erfüllt den objektiven

Tatbestand der vorsätzlichen Körperverletzung, unabhängig davon, ob sie *lege artis* durchgeführt und erfolgreich ist. Sie bedarf daher einer besonderen Rechtfertigung, in der Regel der wirksamen Einwilligung des Patienten, die grundsätzlich vor Durchführung der Behandlung ausdrücklich zu erteilen ist. (Bearbeiter)

3. Die Wirksamkeit der Einwilligung setzt die Aufklärung über den Verlauf des Eingriffs, seine Erfolgsaussichten, Risiken und mögliche Behandlungsalternativen mit wesentlich anderen Belastungen voraus. Nur so wird das aus der Menschenwürde und dem allgemeinen Persönlichkeitsrecht abgeleitete Selbstbestimmungsrecht des Patienten sowie sein Recht auf körperliche Unversehrtheit gewahrt. (Bearbeiter)

4. Inhaltlich ist der Patient über die Chancen und Risiken der Behandlung im „Großen und Ganzen“ aufzuklären. Ihm muss ein zutreffender Eindruck von der Schwere des Eingriffs und von der Art der Belastungen vermittelt werden, die für seine körperliche Integrität und seine Lebensführung auf ihn zukommen können. Eine solche „Grundaufklärung“ hat regelmäßig auch einen Hinweis auf das schwerste möglicherweise in Betracht kommende Risiko zu beinhalten. Einer exakten medizinischen Beschreibung all dessen bedarf es jedoch nicht. (Bearbeiter)

5. Der Patient ist über alle schwerwiegenden Risiken, die mit einer Operation verbunden sind, auch dann aufzuklären ist, wenn sie sich nur selten verwirklichen. (Bearbeiter)

6. Für die ärztliche Hinweispflicht kommt es nicht nur auf einen bestimmten Grad der Komplikationsdichte, sondern entscheidend auch darauf an, ob das in Frage stehende Risiko dem Eingriff spezifisch anhaftet und bei seiner Verwirklichung die Lebensführung des Patienten besonders belastet. In solchen Fällen besteht zwischen einer ersten Operation und möglicherweise notwendig werdenden Folgebehandlungen ein enger Zusammenhang, der die Aufklärung über die Risiken der späteren Therapie schon vor dem ersten Eingriff erfordert. (Bearbeiter)

7. Im Rahmen der primär dem Arzt überlassenen Therapiewahl ist ihm zwar die Anwendung einer nicht allgemein anerkannten Heilmethode nicht schlechthin untersagt. Zur Wirksamkeit der Einwilligung muss der Patient aber über die beabsichtigte Therapie aufgeklärt worden sein. Neben der allgemeinen Aufklärung über das Für und Wider dieser Methoden ist auch darüber zu informieren, dass der geplante Eingriff (noch) nicht medizinischer Standard ist und dass unbekannt Risiken derzeit nicht auszuschließen sind. (Bearbeiter)

322. BGH 5 StR 491/10 – Beschluss vom 11. Januar 2011 (LG Berlin)

Körperverletzung mit Todesfolge (eigenverantwortliche Selbstgefährdung; Tatherrschaft; Irrtumsherrschaft; überlegenes Wissen über das eingegangene Risiko); fahrlässige Tötung; fahrlässiger Körperverletzung (Fehldosierung von MDMA; Psychose).

§ 223 StGB; § 25 StGB; § 27 StGB; § 222 StGB; § 229 StGB; § 227 StGB

1. Die eigenverantwortlich gewollte und verwirklichte Selbstgefährdung unterfällt grundsätzlich nicht den Tatbeständen eines Körperverletzungs- oder Tötungsdelikts, wenn sich das mit der Selbstgefährdung vom Opfer bewusst eingegangene Risiko realisiert. Wer eine solche Gefährdung veranlasst, ermöglicht oder fördert, kann daher nicht wegen eines Körperverletzungs- oder Tötungsdelikts verurteilt werden, denn er nimmt an einem Geschehen teil, das – soweit es um die Strafbarkeit wegen Tötung oder Körperverletzung geht – kein tatbestandsmäßiger und damit kein strafbarer Vorgang ist.

2. Eine strafrechtlich relevante Handlungsherrschaft wächst dem an fremder Selbstgefährdung Beteiligten erst dann zu, wenn und soweit die Freiverantwortlichkeit des Selbstgefährdungsentschlusses des Opfers beeinträchtigt ist. Dies ist etwa der Fall, wenn der Beteiligte kraft überlegenen Fachwissens das Risiko besser erfasst als der Selbstgefährdende, namentlich wenn das Opfer einem Irrtum unterliegt, der seine Selbstverantwortlichkeit ausschließt, oder das Opfer infolge einer Intoxikation zu einer Risikoabwägung nicht mehr hinreichend in der Lage ist.

307. BGH 3 StR 467/10 – Beschluss vom 18. Januar 2011 (LG Hannover)

Sexuelle Nötigung einer Prostituierten (dienstvertragliche Ansprüche; Schadensersatz); schwere räuberische Erpressung.

§ 177 StGB; § 253 StB; § 255 StGB; § 249 BGB; § 253 BGB; § 823 Abs. 2 BGB

Wird eine Prostituierte zur Vornahme sexueller Handlungen gezwungen, so erwachsen ihr hieraus – wie jedem Opfer einer sexuellen Nötigung oder Vergewaltigung – Ansprüche auf Ersatz des ihr durch die Tat entstandenen materiellen und immateriellen Schadens (§ 823 Abs. 1, Abs. 2 Satz 1 BGB i.V.m. § 177 StGB, §§ 249, 253 BGB). Dienstvertragliche Ansprüche werden hierdurch jedoch nicht begründet. Daran ändert sich auch nichts, wenn der Täter zunächst das Vertrauen der Prostituierten dadurch erschleicht, dass er sich als normaler Freier ausgibt und Zahlungsbereitschaft vortäuscht.

356. BGH 2 StR 433/10 – Beschluss vom 12. Januar 2011 (LG Frankfurt am Main)

Betrug (Vorsatz; Täuschung; Vermögensschaden; Betrug einer Versicherung; Betrug durch Unterlassen: Aufklärungspflicht gegenüber einer Versicherung); Beweisanztragsrecht (Bedeutungslosigkeit).

§ 263 StGB; § 244 Abs. 3 StPO

1. Wenn der Angeklagte infolge einer falschen Information darauf vertraut, dass ein objektiv falscher Eintrag in einem Versicherungsvertrag für die Versicherung richtig ist, fehlt es am Täuschungsvorsatz. Es kommt nicht darauf an, dass der Angeklagte auf die falsche Information nicht vertrauen durfte.

2. Aufwendungen bei Vertragsschluss, die ohne diesen nicht entstanden wären, vermögen einen Vermögensschaden im Sinne von § 263 StGB nicht zu begründen.

299. BGH 3 StR 433/10 – Beschluss vom 7. Dezember 2010 (LG Duisburg)

Mittäterschaft; Konkurrenzen; Tateinheit; Tatmehrheit; Betrug (Vermögensschaden; Stoffgleichheit); betrügerisches Erlangen von Mobilfunkverträgen (Eingehungsschaden; Provisionszahlungen; Gesprächsgebühren); Strafzumessung (verschuldete Tatfolgen).

§ 25 Abs. 2 StGB; § 52 StGB; § 53 StGB; § 263 StGB; § 46 Abs. 2 StGB

1. Sind an einer Deliktsserie mehrere Personen als Mittäter, mittelbare Täter, Anstifter oder Gehilfen beteiligt, so ist die Frage, ob die einzelnen Taten tateinheitlich oder tatmehrheitlich zusammentreffen, für jeden Beteiligten gesondert zu prüfen und zu entscheiden.

2. Erfüllt ein Mittäter hinsichtlich aller oder einzelner Taten der Serie sämtliche Tatbestandsmerkmale in eigener Person oder leistet er für alle oder einige Einzeltaten zumindest einen individuellen, nur je diese fördernden Tatbeitrag, so sind ihm diese Taten – soweit nicht natürliche Handlungseinheit vorliegt – als tatmehrheitlich begangen zuzurechnen.

3. Erbringt hingegen ein Mittäter im Vorfeld oder während des Laufs einer Deliktsserie Tatbeiträge, durch die alle oder mehrere Einzeldelikte seiner Mittäter gleichzeitig gefördert werden, so sind ihm die gleichzeitig geförderten einzelnen Straftaten als tateinheitlich begangen zuzurechnen, da sie in seiner Person durch den einheitlichen Tatbeitrag zu einer Handlung im Sinne des § 52 Abs. 1 StGB verknüpft werden. Ob die übrigen Beteiligten die einzelnen Delikte gegebenenfalls tatmehrheitlich begangen haben, ist demgegenüber ohne Bedeutung.

4. Der vollendete Betrug setzt voraus, dass beim Geschädigten eine Vermögensminderung im wirtschaftlichen Sinne eingetreten ist, die unmittelbare Folge der täuschungsbedingten Vermögensverfügung sein muss. Außerdem muss auch der vom Täter erstrebte rechtswidrige Vermögensvorteil unmittelbare Folge der vom Opfer aufgrund seines Irrtums vorgenommenen Vermögensverfügung sein und der dadurch bedingten Vermögens einbuße des Opfers spiegelbildlich entsprechen (Stoffgleichheit).

5. Es fehlt an dem tatbestandlichen Erfordernis des § 263 Abs. 1 StGB, dass der Vermögensschaden unmittelbare Folge der Vermögensverfügung und der erstrebte rechtswidrige Vermögensvorteil wiederum unmittelbare Folge des Vermögensschadens sein muss, wenn der Getäuschte dem Täter – entsprechend dessen Absicht – lediglich die tatsächliche Möglichkeit gibt, den Vermögensschaden durch weitere selbständige deliktische Handlungen herbeizuführen.

374. BGH 4 StR 487/10 – Urteil vom 27. Januar 2011 (LG Magdeburg)

Schwere Vergewaltigung; gefährliche Körperverletzung; Anforderungen an die Überzeugungsbildung (Beweiswürdigung; objektive Voraussetzungen der Überzeugung).

§ 177 Abs. 3 Nr. 2, Abs. 4 Nr. 1 StGB; § 224 Abs. 1 Nr. 2 StGB; § 261 StPO

1. Die zur richterlichen Überzeugung erforderliche persönliche Gewissheit des Richters setzt objektive Grundlagen voraus, die aus rationalen Gründen den Schluss erlauben, dass das festgestellte Geschehen mit der Wirklichkeit übereinstimmt. Das ist der Nachprüfung durch das Revisionsgericht zugänglich. Deshalb müssen die Urteilsgründe erkennen lassen, dass die Beweiswürdigung auf einer tragfähigen, verstandesmäßig einsehbaren Tatsachengrundlage beruht und die vom Gericht gezogene Schlussfolgerung nicht etwa nur eine Annahme ist oder sich als bloße Vermutung erweist, die letztlich nicht mehr als einen Verdacht zu begründen vermag (BGH NStZ 1982, 478; BGHR StPO § 261 Identifizierung 6; BGHR StPO § 261 Überzeugungsbildung 26; vgl. auch BVerfG, NJW 2008, 3346, 3347 f.).

2. Der Qualifikationstatbestand des § 177 Abs. 3 Nr. 2 StGB setzt nicht voraus, dass der Täter das Werkzeug oder Mittel schon von vornherein bei sich führt, um es bei der Tat zur Verhinderung oder Überwindung des Widerstands des Opfers einzusetzen. Vielmehr ist es ausreichend, dass der Täter das Tatmittel zu irgendeinem Zeitpunkt der Tatbegehung einsatzbereit bei sich hat, wofür es auch genügt, wenn er es erst am Tatort ergreift (vgl. BGH NStZ 1999, 242; 2001, 246; NStZ-RR 2003, 202).

3. Ein gefährliches Werkzeug im Sinne des § 177 Abs. 4 Nr. 1 StGB wird nach der Rechtsprechung des Bundesgerichtshofs nicht nur dann benutzt, wenn der Täter ein generell gefährliches Tatmittel einsetzt, sondern auch, wenn sich die objektive Gefährlichkeit des eingesetzten Gegenstandes erst aus der konkreten Art seiner Verwendung ergibt, die geeignet ist, erhebliche Verletzungen herbeizuführen (vgl. BGHSt 46, 225, 228; 51, 276, 278; BGH NStZ 2004, 261; StV 2006, 416). Die Gefährlichkeit des Tatmittels kann sich gerade daraus ergeben, dass ein Gegenstand bestimmungswidrig gebraucht wird. Auch für die Beurteilung der Frage, ob eine Körperverletzung gemäß § 224 Abs. 1 Nr. 2 StGB mittels eines gefährlichen Werkzeugs begangen worden ist, kommt es maßgeblich darauf an, ob der gebrauchte Gegenstand nach seiner objektiven Beschaffenheit und nach der Art seiner Benutzung im Einzelfall geeignet ist, erhebliche Körperverletzungen zuzufügen (st. Rspr.; vgl. BGH NStZ 2007, 95).

4. Werkzeug im Sinne der Vorschriften der § 224 Abs. 1 Nr. 2 StGB und § 177 Abs. 4 Nr. 1 StGB ist jeder bewegliche Gegenstand, mit dem gleich auf welche Weise auf den Körper des Opfers eingewirkt werden kann. Die vom Angeklagten verwendete, einen Haushaltsreiniger beinhaltende Sprühflasche stellt ebenso wie ein Reizgasprühergerät oder ein Pfeffersprayer ein solches Werkzeug dar, ohne dass es darauf ankommt, ob die Reinigerflüssigkeit als solche dem Werkzeugbegriff unterfällt (a.A. OLG Dresden NStZ-RR 2009, 337).

359. BGH 2 StR 453/10 – Urteil vom 8. Dezember 2010 (LG Darmstadt)

Erörterungsmängel hinsichtlich der Geiselnahme und

der schweren Vergewaltigung (konkludente Drohung mit einem zeitweise abgelegten Messer); gegenüber Geiselnahme und sexueller Nötigung hinausgehende Nötigungen.

§ 177 Abs. 2, Abs. 4 StGB; § 239b StGB; § 240 StGB; § 52 StGB

Das Verwenden einer Waffe kommt nach der Rechtsprechung des Bundesgerichtshofs jedenfalls dann in Betracht, wenn der Täter aufgrund der Nähe zum Tatopfer diesem jederzeit ohne Weiteres mit dem Messer Verletzungen beibringen kann (vgl. BGH NStZ 1999, 7; NStZ 2001, 369; s. aber auch BGH NStZ 2000, 254) und das Tatopfer wegen seiner fortbestehenden Angst vor dem gefährlichen Werkzeug den ungewollten Geschlechtsverkehr über sich ergehen lässt.

373. BGH 4 StR 450/10 – Beschluss vom 11. Januar 2011 (LG Essen)

Gefährliche Körperverletzung (gefährliches Werkzeug und „Kopfnuss“); Bildung der nachträglichen Gesamtstrafe (Darstellungsmangel; Beachtung des Verschlechterungsverbot).

§ 224 Abs. 1 Nr. 2 StGB; § 55 StGB; § 358 Abs. 2 Satz 1 StPO

Wenn der Angeklagte dem Opfer plötzlich und gezielt eine Kopfnuss gegen die Stirn versetzt, verwirklicht dies nicht den Tatbestand des § 224 Abs. 1 Nr. 2 StGB. Nach ständiger Rechtsprechung sind die Körperteile des Täters an sich kein gefährliches Werkzeug im Sinne der Vorschrift.

336. BGH 1 StR 517/10 – Beschluss vom 11. Januar 2011 (LG München II)

Versuchter Mord (Habgier; Ermöglichen einer Straftat; Heimtücke: mangelnde Arglosigkeit bei anfänglichem Angriff mit Körperverletzungsvorsatz); Ausschluss des Beruhens des Strafausspruches auf der fehlerhaften Annahme eines weiteren Mordmerkmals bei der Verhängung von Jugendstrafe.

§ 211 StGB; § 22 StGB; § 46 StGB; § 17 JGG; § 337 StPO

1. Nach der ständigen Rechtsprechung des Bundesgerichtshofs handelt heimtückisch, wer das Opfer unter bewusster Ausnutzung seiner Arg- und Wehrlosigkeit tötet (vgl. BGHSt 32, 382, 383 mwN). Für die Annahme von Arglosigkeit kommt es auf den Beginn der mit Tötungsvorsatz begangenen Handlung an. Rechnet das Tatopfer aufgrund einer vorangegangenen tätlichen Auseinandersetzung mit einem schweren oder doch erheblichen Angriff gegen seine körperliche Unversehrtheit, entfällt seine Arglosigkeit (BGHR StGB § 211 Abs. 2 Heimtücke 27 mwN).

2. Dies gilt insbesondere, wenn das Opfer wegen eines vorausgegangenen Angriffs und der anschließenden körperlichen Auseinandersetzung um eine vom Täter angestrebte Beute die ihr drohende Gefahr erkannt hat und der Täter während des vorausgegangenen Angriffs noch nicht mit Tötungsvorsatz gehandelt hatte (vgl. BGHSt 19, 321, 322).

3. Anders liegt es nur dann, wenn der Körperverletzungsvorsatz derart schnell in einen Tötungsvorsatz umschlägt, dass dem Opfer keine Zeit blieb, dem Angriff irgendwie zu begegnen. Daran fehlt es, wenn zwischen dem ersten Angriff und dem mit Tötungsvorsatz ausgeführten Angriff eine deutliche zeitliche Zäsur liegt, die zum Beispiel in der Auseinandersetzung um ein angestrebtes Beutestück erkannt werden kann.

304. BGH 3 StR 454/10 – Beschluss vom 21. Dezember 2010 (LG Krefeld)

Totschlag in einem minder schweren Fall (schwere Beleidigung; „Tropfen, der das Fass zum Überlaufen bringt“); Doppelverwertungsverbot.
§ 213 StGB; § 212 StGB; § 50 StGB

1. Den Anforderungen an eine schwere Beleidigung im Sinne des § 213 1. Alt. StGB genügen nur solche Provokationen, die auf der Grundlage aller dafür maßgebenden Umstände unter objektiver Betrachtung und nicht nur aus der Sicht des Täters als schwer beleidigend zu beurteilen sind. Denn der hohe Rang des durch § 212 StGB geschützten Rechtsguts und die unter den Voraussetzungen des § 213 StGB mildere Beurteilung der Vernichtung menschlichen Lebens gebieten es, die Anforderungen nicht zu niedrig anzusetzen, die an die Schwere der Beleidigung und auch der auf die tatauflösende Situation zulaufenden Entwicklung der Täter-Opfer-Beziehung zu stellen sind.

2. Mit dieser Maßgabe kann jedoch auch eine für sich gesehen nicht als gravierend einzustufende Beleidigung dann als schwer zu bewerten sein, wenn sie nach einer Reihe von Kränkungen oder ehrverletzenden Situationen der „Tropfen“ war, der „das Fass zum Überlaufen“ gebracht hat.

379. BGH 4 StR 611/10 – Beschluss vom 18. Januar 2011 (LG Kaiserslautern)

Verurteilung wegen vorsätzlicher falscher Versicherung an Eides Statt (Zuständigkeit).
§ 156 StGB

Zum Begriff der Zuständigkeit im Sinne des § 156 StGB gehört nicht nur die allgemeine Zuständigkeit der Behörde für die Abnahme eidesstattlicher Versicherungen, sondern darüber hinaus, dass die betreffende Versicherung über den Gegenstand, auf den sie sich bezieht, und in dem Verfahren, um das es sich handelt, abgegeben werden darf und rechtlich nicht völlig wirkungslos ist (BGHR, StGB, § 156 Versicherung 1 m.w.N.).

383. BGH 4 StR 633/10 – Beschluss vom 11. Januar 2011 (LG Zweibrücken)

Schwerer Bandendiebstahl (Versuch; mangelnde Zueignungsabsicht hinsichtlich eines Tresors und der in ihm aufgefundenen Gegenstände); Verfahrenseinstellung trotz Beschränkung des Rechtsmittels auf den Rechtsfolgenausspruch.
§ 242 StGB; § 244 StGB; § 244a StGB; § 22 StGB; § 154 Abs. 2 StPO; § 318 StPO

Entwenden die Angeklagten einen Tresor, in dem sie entgegen ihren Vorstellungen lediglich Fahrzeugschlüssel, nicht aber das angestrebte Geld finden, liegt mangels Absicht rechtswidriger Zueignung hinsichtlich des Tresors und der Fahrzeugschlüssel lediglich ein (fehlgeschlagener) versuchter Diebstahl vor.

355. BGH 2 StR 416/10 – Beschluss vom 22. Dezember 2010 (LG Darmstadt)

Anordnung des Verfalls von Wertersatz (Ermessensmangel; Härtefallregelung); rechtsfehlerhafte Einziehung eines türkischen Führerscheins (Entzug der Fahrerlaubnis und Vermerk über die Entziehung der Fahrerlaubnis); keine Urkundenfälschung bei Kopien und Computerausdrucken.
§ 73c Satz 2 StGB; § 69 StGB; § 69a StGB; § 69b StGB; § 267 StGB

Einem bloßen Computerausdruck kommt ebenso wie der Kopie oder der Abschrift keine Urkundsqualität zu.

Rechtsprechung

III. Strafzumessungs- und Maßregelrecht

313. BGH 3 ARs 35/10 – Beschluss vom 17. Februar 2011

Anfrageverfahren; Sicherungsverwahrung; Auslegung; Wille des Gesetzgebers; redaktioneller Hinweis.
§ 66 StGB; § 132 GVG; Art. 5 EMRK; Art. 7 EMRK; Art. 5 EMRK; § 2 Abs. 6 StGB

1. Im Gegensatz zum anfragenden 5. Strafsenat ist der 3. Strafsenat in Übereinstimmung mit dem 4. Strafsenat der Ansicht, dass eine Berücksichtigung der Entscheidungen

des Gerichtshofs im Wege vertretbarer Auslegung des nationalen Rechts möglich ist.

2. Der Auslegung, dass Art. 7 Abs. 1 Satz 2 EMRK eine einfachgesetzliche „andere Bestimmung“ im Sinne von § 2 Abs. 6 StGB ist, steht nicht der Wille des Gesetzgebers entgegen. Für die Annahme eines solchen Willens wäre erforderlich, dass der Gesetzgeber klar bekundet hätte, von völkerrechtlichen Verpflichtungen der Bundesrepublik Deutschland abweichen oder die Verletzung

solcher Verpflichtungen ermöglichen zu wollen (vgl. BVerfGE 74, 358, 370).

337. BGH 1 StR 528/10 – Beschluss vom 11. Januar 2011 (LG Landshut)

Einschränkung der Sicherungsverwahrung durch das Gesetz zur Neuordnung des Rechts Sicherungsverwahrung.

§ 66 StGB; Art. 316e EGStGB; § 263 StGB; § 2 Abs. 6 StGB

Der Katalog der Straftaten, deren Begehung zur Anordnung oder zum Vorbehalt der Sicherungsverwahrung führen kann, ist durch das Gesetz zur Neuordnung des Rechts der Sicherungsverwahrung und zu begleitenden Regelungen vom 22. Dezember 2010 (BGBl. I S. 2300) mit Wirkung vom 1. Januar 2011 neu gefasst worden. Diese Neufassung ist gemäß Art. 316e Abs. 2 EGStGB auch für vor seinem Inkrafttreten begangene und noch nicht rechtskräftig verurteilte Taten maßgeblich, wenn es gegenüber der bisherigen Rechtslage milder ist. Zu einer Anwendung auf Betrugstaten.

368. BGH 2 StR 642/10 – Beschluss vom 12. Januar 2011 (LG Trier)

Einschränkung der Sicherungsverwahrung durch das Gesetz zur Neuordnung des Rechts Sicherungsverwahrung (fehlende zweite Vorverurteilung; untaugliche Vermögensstraftaten).

§ 66 StGB; Art. 316e EGStGB; § 263 StGB; § 2 Abs. 6 StGB

Die formellen Voraussetzungen der Sicherungsverwahrung sind durch das Gesetz zur Neuordnung des Rechts der Sicherungsverwahrung und zu begleitenden Regelungen vom 22. Dezember 2010 (BGBl. I S. 2300) mit Wirkung vom 1. Januar 2011 neu gefasst worden. Diese Neufassung ist gemäß Art. 316e Abs. 2 EGStGB auch für vor seinem Inkrafttreten begangene und noch nicht rechtskräftig verurteilte Taten maßgeblich, wenn es gegenüber der bisherigen Rechtslage milder ist.

347. BGH 1 StR 645/10 – Urteil vom 15. Februar 2011 (LG München II)

Ablehnung der Anordnung der Sicherungsverwahrung (fehlender Hang).

§ 66 Abs. 2, Abs. 3 Satz 2 StGB

1. Das Merkmal „Hang“ i.S.d. § 66 Abs. 1 Nr. 3 StGB aF verlangt einen eingeschliffenen inneren Zustand des Täters, der ihn immer wieder neue Straftaten begehen lässt. Hangtäter ist derjenige, der dauerhaft zu Straftaten entschlossen ist oder aufgrund einer fest eingewurzelten Neigung immer wieder straffällig wird, wenn sich die Gelegenheit bietet, ebenso wie derjenige, der willensschwach ist und aus innerer Haltlosigkeit Tatanreizen nicht zu widerstehen vermag. Der Hang als „eingeschliffenes Verhaltensmuster“ bezeichnet einen aufgrund umfassender Vergangenheitsbetrachtung festgestellten gegenwärtigen Zustand. Seine Feststellung obliegt – nach sachverständiger Beratung (wobei der Rechtsbegriff „Hang“ als solcher dem Sachverständigenbeweis nicht zugänglich ist; vgl. BGH, Beschluss vom 12. Januar 2010 – 3 StR 436/09 Rn. 9) – unter sorgfältiger Gesamtwürdi-

gung aller für die Beurteilung der Persönlichkeit des Täters und seiner maßgebenden Umstände dem erkennenden Richter (st. Rspr.).

2. Der Umstand, dass der Täter nicht schon früher oder öfters straffällig wurde und dass nicht ein bestimmter zeitlicher Abstand zwischen den Anlasstaten bestand, darf indiziell in zurückhaltender Form durchaus in die notwendige Gesamtwürdigung von Taten und Täterpersönlichkeit eingestellt werden und muss nicht ausgeblendet werden. Die Gesamtwürdigung ist mit besonderer Sorgfalt vorzunehmen, wenn bei Vorliegen der formellen Voraussetzungen nach § 66 Abs. 2 und Abs. 3 Satz 2 StGB aF in Ermangelung von symptomatischen Vortaten und neuerlicher Delinquenz trotz erfolgter Strafverbüßung die Tatsachengrundlage besonders schmal ist. So darf auch berücksichtigt werden, dass ein Angeklagter in der Lage war, sich über einen längeren Zeitraum straffrei zu führen.

291. BGH 3 StR 390/10 – Beschluss vom 9. November 2010 (LG Krefeld)

Doppelverwertungsverbot (Tateinheit; strafschärfende Berücksichtigung der Verwirklichung zweier Tatbestände).

§ 46 StGB; § 52 StGB

Es verstößt gegen das Doppelverwertungsverbot (§ 46 Abs. 3 StGB), wenn im Rahmen der Strafzumessung ein Umstand zum Nachteil des Abgeklagten gewertet wird, der zwar nicht Tatbestandsmerkmal des Delikts ist, dessen Strafrahmen der Strafzumessung gem. § 52 Abs. 1 Satz 1 StGB zugrunde liegt, wohl aber zum Tatbestand eines tateinheitlich verwirklichten Delikts gehört, und dem Angeklagten zugleich diese tateinheitliche Begehung angelastet wird.

288. BGH 3 StR 382/10 – Urteil vom 25. November 2010 (LG Hannover)

Sicherungsverwahrung (Gefährlichkeitsprognose; hohes Alter des Angeklagten; langjährige Haftstrafe); Unterbringung in einer Entziehungsanstalt.

§ 66 StGB; § 261 StPO; § 64 StGB

1. Zwar darf der Tatrichter bei seiner Ermessensausübung nach § 66 Abs. 2 und 3 StGB den Wirkungen eines langjährigen Strafvollzugs und dem Alter des Angeklagten nach der Strafverbüßung Bedeutung beimessen. Doch sind diese Umstände nur dann beachtlich, wenn tatsächlich zu erwarten ist, dass sie eine präventive Wirkung entfalten und beim Angeklagten zu einer Handlungsänderung führen werden.

2. Die tatrichterliche Erwartung einer Handlungsänderung ist im Einzelfall in Bezug auf den Angeklagten und unter Berücksichtigung aller Umstände, die seine Gefährlichkeit begründen, zu erörtern und für das Revisionsgericht nachvollziehbar darzulegen.

306. BGH 3 StR 466/10 – Urteil vom 3. Februar 2011 (LG Hannover)

Sicherungsverwahrung (Ermessensentscheidung des Tatrichters; maßgeblicher Zeitpunkt; Berücksichtigung zukünftiger Entwicklungen).

§ 66 StGB

1. Zwischen ausgesprochenen Einzelstrafen sowie der Gesamtfreiheitsstrafe einerseits und der Maßregel der Sicherungsverwahrung andererseits besteht jedenfalls dann ein nicht ausschließbarer untrennbarer Zusammenhang, wenn das Landgericht von der Anordnung der Sicherungsverwahrung auch mit Blick auf die zu verbüßende lange Freiheitsstrafe abgesehen hat.

2. Die Anordnung von Sicherungsverwahrung nach § 66 Abs. 2 StGB liegt im pflichtgemäßen Ermessen des Tatrichters und ist deshalb der Kontrolle durch das Revisionsgericht nur eingeschränkt zugänglich. Dieser soll die Möglichkeit haben, sich auch trotz festgestellter hangbedingter Gefährlichkeit eines Angeklagten zum Zeitpunkt des Urteils auf die Verhängung einer Freiheitsstrafe zu beschränken, sofern erwartet werden kann, dass sich der Täter schon die Strafe hinreichend zur Warnung dienen lässt. Damit wird dem Ausnahmecharakter der Vorschrift Rechnung getragen, der sich daraus ergibt, dass § 66 Abs. 2 StGB – im Gegensatz zu Absatz 1 der Vorschrift – eine frühere Verurteilung und eine frühere Strafverbüßung des Täters nicht voraussetzt.

3. Für die Beurteilung, ob die Anordnung von Sicherungsverwahrung geboten erscheint, kommt es grundsätzlich auf die Verhältnisse zum Zeitpunkt des Urteils erlasses an. Eine noch ungewisse Entwicklung bis zum Zeitpunkt der Entlassung aus dem Strafvollzug bleibt bei der Prognose außer Betracht; ihr wird erst am Ende des Vollzugs im Rahmen der Prüfung gemäß § 67c Abs. 1 StGB Rechnung getragen.

4. Das Absehen von der Anordnung trotz bestehender hangbedingter Gefährlichkeit kommt in Ausübung des in § 66 Abs. 2 und 3 StGB eingeräumten Ermessens jedoch in Betracht, wenn erwartet werden kann, der Täter werde sich die Wirkungen eines langjährigen Strafvollzugs hinreichend zur Warnung dienen lassen, sodass für das Ende des Strafvollzugs schon zum Urteilszeitpunkt eine günstige Prognose gestellt werden kann. Dabei darf der Tatrichter im Rahmen der Ermessensentscheidung auch die mit dem Fortschreiten des Lebensalters erfahrungsgemäß eintretenden Haltungsänderungen berücksichtigen. Der Erwartung müssen aber stets konkrete Anhaltspunkte und hinreichende Gründe zugrunde liegen. Nur denkbare positive Veränderungen und Wirkungen künftiger Maßnahmen im Strafvollzug reichen nicht aus.

297. BGH 3 StR 429/10 – Beschluss vom 13. Januar 2011 (LG Oldenburg)

Besonders schwerer Fall des Diebstahls (Versuch; Regelwirkung); Unterbringung in einer Entziehungsanstalt (Sucht; Hang; intensive Neigung); angemessene Rechtsfolge.

§ 22 StGB; § 23 StGB; § 242 StGB; § 243 StGB; § 49 Abs. 1 StGB; § 64 StGB; § 354 Abs. 1a Satz 1 StPO

1. Begeht der Täter einen versuchten Diebstahl und verwirklicht dabei den Tatbestand eines Regelbeispiels des § 243 Abs. 1 StGB, so hat der Tatrichter stets zu prüfen, ob der geringere Unrechtsgehalt der versuchten Tat die Regelwirkung entkräftet oder eine Strafrahmengmilderung gemäß § 23 Abs. 2, § 49 Abs. 1 StGB vorzunehmen ist.

2. Ein Hang im Sinne von § 64 StGB ist nicht nur im Falle einer chronischen, auf körperlicher Sucht beruhenden Abhängigkeit zu bejahen. Vielmehr genügt bereits eine eingewurzelte, aufgrund psychischer Disposition bestehende oder durch Übung erworbene intensive Neigung, immer wieder Rauschmittel im Übermaß zu sich zu nehmen, wobei noch keine physische Abhängigkeit bestehen muss.

317. BGH 5 StR 403/10 – Urteil vom 12. Januar 2011 (LG Cottbus)

Minder schwerer Fall der besonders schweren Vergewaltigung (umfassende Würdigung aller Umstände); Strafrahmenguntergrenze des besonders schweren Falles (Entfallen der Regelwirkung in außergewöhnlichen Fällen); Strafzumessung; erheblich verminderte Schuldfähigkeit (Alkoholintoxikation; Erinnerungsvermögen; Orientierungsvermögen; Verneinung).

§ 177 StGB; § 46 StGB; § 21 StGB

1. Für den Wegfall der Regelwirkung des § 177 Abs. 2 StGB genügt nicht die bloße Bezugnahme auf die Erwägungen, die zur Annahme eines minder schweren Falles nach § 177 Abs. 5 Halbsatz 2 StGB geführt haben. Das Tatgericht muss sich vielmehr mit dem systematischen Zusammenhang zwischen dem Qualifikationstatbestand des § 177 Abs. 4 StGB, der eine Vergewaltigung im Sinne des § 177 Abs. 2 StGB nicht erfordert, und dem Regelbeispiel des § 177 Abs. 2 Satz 2 Nr. 1 StGB auseinandersetzen.

2. Eine Entkräftung der Regelwirkung des § 177 Abs. 2 Satz 2 Nr. 1 StGB kommt nur bei ganz außergewöhnlichen Milderungsgesichtspunkten in Betracht.

378. BGH 4 StR 610/10 – Beschluss vom 21. Dezember 2010 (LG Saarbrücken)

Verstoß gegen das Doppelverwertungsverbot durch die Versagung eines minder schweren Falles beim schweren Raub (Einsatz eines Pfeffersprays); Vorwurf fehlender Strafmilderungsgründe in der Strafzumessung.

§ 250 Abs. 2, Abs. 3 StGB; § 46 Abs. 2, Abs. 3 StGB

1. Bei der Ablehnung eines minder schweren Falles nach § 250 Abs. 3 StGB, darf der tatsächliche oder geplante Einsatz von Pfefferspray nicht als bestimmender Umstand herangezogen, wenn er die Raubqualifikation des § 250 Abs. 2 Nr. 1 StGB und damit den zugrunde gelegten Strafrahmeng begründet.

2. Berücksichtigt der Tatrichter strafscharfend, dass der Angeklagte eine Raubtat ohne erkennbare finanzielle Not begangen hat, liegt darin ein Verstoß gegen den Grundsatz, dass das Fehlen eines Strafmilderungsgrundes nicht zu Lasten des Angeklagten berücksichtigt werden darf (vgl. BGH StV 1995, 584).

302. BGH 3 StR 441/10 – Beschluss vom 11. Januar 2011 (OLG München)

Strafzumessung (revisionsgerichtliche Kontrolle; Doppelverwertungsverbot; Regelbeispiel); Verletzung des Dienstgeheimnisses.

§ 46 StGB; § 337 StPO; § 353b StGB

1. Die Strafzumessung ist Sache des Tatgerichts. Eine ins Einzelne gehende Richtigkeitskontrolle durch das Revisionsgericht ist ausgeschlossen. Dieses kann nur eingreifen, wenn ein Rechtsfehler vorliegt, namentlich das Tatgericht von einem falschen Strafraum ausgegangen ist, seine Zumessungserwägungen in sich fehlerhaft sind oder rechtlich anerkannte Strafzwecke außer acht lassen oder wenn sich die Strafe von ihrer Bestimmung, gerechter Schuldausgleich zu sein, so weit nach oben oder unten löst, dass ein grobes Missverhältnis von Schuld und Strafe offenkundig ist.

2. In Zweifelsfällen hat das Revisionsgericht die Wertung des Tatgerichts hinzunehmen.

3. Der Tatbestand der Verletzung des Dienstgeheimnisses (§ 353b StGB) setzt u.a. voraus, dass der Täter vorsätzlich ein ihm anvertrautes oder sonst bekannt gewordenes Geheimnis offenbart, d.h. öffentlich bekannt macht oder einem Unbefugten mitteilt, obwohl er durch eine generelle Rechtsnorm oder besondere Anordnung zum Schweigen verpflichtet ist. Der Tathandlung ist also ein Verstoß gegen die dienstlichen Vorschriften immanent, sodass einem Angeklagten im Rahmen der Strafzumessung nicht (erneut) vorgehalten werden darf, er habe sich über Dienstvorschriften hinweggesetzt.

4. Das Doppelverwertungsverbot des § 46 Abs. 3 StGB gilt bei Merkmalen von Regelbeispielen entsprechend.

364. BGH 2 StR 577/10 – Beschluss vom 27. Januar 2011 (LG Mühlhausen)

Rechtsfehlerhafte Ablehnung eines minder schweren Fall des schweren Raubes (Doppelverwertungsverbot und Beurteilungsgrundlagen bei der Beihilfe).

§ 250 Abs. 2, Abs. 3 StGB; § 27 StGB; § 46 Abs. 3 StGB

1. Eine Tatbegehung aus eigenem Antrieb ist das Regelbild der Beihilfe; dieser Umstand darf daher infolge § 46 Abs. 3 StGB nicht zu Lasten des Gehilfen straf erhöhend gewertet werden.

2. Auch die im Rahmen der Gesamtwürdigung und zu Lasten der Angeklagten erfolgte Wertung, schon das Handeln des Haupttäters sei nicht als minderschwerer Fall einzuordnen, ist rechtsfehlerhaft. Bei der Prüfung des Vorliegens eines minder schweren Falls des Beihilfedelikts darf zwar auch das Gewicht der Haupttat mitberücksichtigt werden (BGHR StGB § 250 Abs. 2 Beihilfe 1, BGHR StGB vor § 1 minderschwerer Fall Gehilfe 2), nicht aber, ob sich das Handeln des Haupttäters insgesamt als minderschwerer Fall darstellt, weil insoweit nicht nur die die Tat betreffenden, sondern auch allein die die Person des Haupttäters betreffenden Umstände im Rahmen der erforderlichen Gesamtwürdigung Berücksichtigung finden müssen.

357. BGH 2 StR 446/10 – Urteil vom 26. Januar 2011 (LG Koblenz)

Bemessung der Gesamtstrafe (sinkende Hemmschwelle); Verfahrensbeendende Verständigung (zugesagte Verfahrenseinstellungen).

§ 54 StGB; § 55 StGB; § 257c StPO; § 267 Abs. 3 Satz 1 StPO

1. Die Bemessung der Gesamtstrafe ist auch im Falle ihrer nachträglichen Bildung nach §§ 55, 54 Abs. 1 StGB ein eigenständiger und zu begründender Zumessungsakt, der unter zusammenfassender Würdigung der Person des Täters und der einzelnen Straftaten durch angemessene Erhöhung der höchsten Einzelstrafe (sog. Einsatzstrafe) erfolgt. Dabei kann die Erhöhung der Einsatzstrafe geringer ausfallen, wenn zwischen den einzelnen Taten ein enger zeitlicher, sachlicher und situativer Zusammenhang besteht, da die wiederholte Begehung gleichartiger Taten der Ausdruck einer niedriger werdenden Hemmschwelle sein kann. Andererseits kann hierin aber je nach den Umständen des Einzelfalles auch ein Indiz für eine besondere kriminelle Energie (§ 46 Abs. 2 StGB) gesehen werden. Gerade bei Sexualdelikten kann die mildernde Wirkung der sinkenden Hemmschwelle durch den ständigen Druck ausgeglichen sein, dem das Opfer dadurch ausgesetzt ist, dass es jederzeit mit einer neuen Tat rechnen muss. Auch zeitlich weit auseinander liegende Taten gegen verschiedene Rechtsgüter sprechen eher für eine deutliche Erhöhung der Einsatzstrafe.

2. Unter Beachtung dieser Grundsätze hat das Tatgericht die Gründe für die Zumessung nicht nur hinsichtlich der neu hinzutretenden Einzelstrafen, sondern auch hinsichtlich der Gesamtstrafe nach § 267 Abs. 3 Satz 1 StPO im Urteil anzuführen (BGH NStZ 1987, 183; NJW 1953, 1360). Dabei sind an die Begründung der Gesamtstrafenhöhe umso höhere Anforderungen zu stellen, je mehr sich die Strafe der oberen oder unteren Grenze des Zulässigen nähert.

292. BGH 3 StR 393/10 – Beschluss vom 23. November 2010 (LG Kleve)

Strafzumessung (Generalprävention); Einziehung (genaue Bezeichnung des einzuziehenden Gegenstands).

§ 46 StGB; § 74 StGB

1. Generalpräventive Aspekte dürfen bei der Strafzumessung nur in den Grenzen des schuldangemessenen Strafs und auch nur dann zum Nachteil des Angeklagten berücksichtigt werden, wenn eine gemeinschaftsgefährdende Zunahme vergleichbarer Straftaten festzustellen ist, die zur Abwehr der Gefahr der Nachahmung und zum Schutz der betroffenen Rechtsgüter eine allgemeine Abschreckung geboten erscheinen lässt.

2. Der Ausspruch über die Anordnung einer Einziehung hat die einzuziehenden Gegenstände so genau zu kennzeichnen, dass bei allen Beteiligten und der Vollstreckungsbehörde Klarheit über den Umfang der Einziehung besteht. Im Falle von Betäubungsmitteln gehört dazu die Angabe von Art und Menge des einzuziehenden Rauschgifts, die sich aus dem Urteilstenor ergeben muss.

IV. Strafverfahrensrecht mit GVG

332. BGH GSSt 1/10 – Beschluss vom 12. Januar 2011 (LG Mannheim)

BGHSt; Anforderungen an die Verlesung des Anklagesatzes (Recht auf ein faires Verfahren: effektive Verteidigung; Serie gleichartiger Vermögensdelikte: Tatindividualisierung, Gesamtzahl der Taten, den Tatzeitraum, Gesamtschaden, Betrug; Kenntnisaufnahme von Anlagen zur Anklage im Selbstleseverfahren; Informationsfunktion und Umgrenzungsfunktion der Anklage; teleologische Reduktion des Begriffs der Verlesung); Beschränkung des Verfahrensstoffs; Öffentlichkeitsgrundsatz; Mitwirkung der Schöffen.

§ 243 Abs. 3 Satz 1 StPO; § 200 Abs. 1 Satz 1 StPO; Art. 6 EMRK; § 263 StGB; § 249 StPO; § 169 GVG

1. In Strafverfahren wegen einer Vielzahl gleichförmiger Taten oder Tateinzelakte, die durch eine gleichartige Begehungsweise gekennzeichnet sind, ist dem Erfordernis der Verlesung des Anklagesatzes i.S.d. § 243 Abs. 3 Satz 1 StPO Genüge getan, wenn dieser insoweit wörtlich vorgelesen wird, als in ihm die gleichartige Tatausführung, welche die Merkmale des jeweiligen Straftatbestands erfüllt, beschrieben und die Gesamtzahl der Taten, der Tatzeitraum sowie bei Vermögensdelikten der Gesamtschaden bestimmt sind. Einer Verlesung der näheren individualisierenden tatsächlichen Umstände der Einzelaten oder der Einzelakte bedarf es in diesem Fall nicht. (BGHSt)

2. Die Regelungen über das Selbstleseverfahren sind auf die Verlesung des Anklagesatzes nicht übertragbar. Die Anklage ist Grundlage der Hauptverhandlung; die Anklageschrift selbst kann daher nicht Gegenstand der Beweiserhebung in der Hauptverhandlung sein. (Bearbeiter)

3. Der Begriff des Anklagesatzes in § 243 Abs. 3 Satz 1 StPO kann nicht in anderem Sinne verstanden werden als in § 200 Abs. 1 Satz 1 StPO, der ihn gesetzlich definiert. Die Möglichkeit einer Beschränkung ergibt sich aber aus dem Begriff des „Verlesens“ im Sinne des § 243 Abs. 3 Satz 1 StPO. Gemessen an der Funktion, die der Verlesung des Anklagesatzes in der Hauptverhandlung zukommt, ist es im Wege einer teleologischen Reduktion ausreichend, den Anklagesatz in der Hauptverhandlung den Verfahrensbeteiligten und der Öffentlichkeit so zu präsentieren, dass die zur Aburteilung stehenden Lebenssachverhalte in ihrem wesentlichen tatsächlichen Kern verständlich werden und somit der Gang der Hauptverhandlung nachvollzogen werden kann. Hierfür ist die Mitteilung aller Einzelaten zumindest dann nicht geeignet und erforderlich, wenn deren Details schon aufgrund der Menge an Information intellektuell nicht aufgenommen und im Gedächtnis gespeichert werden können. (Bearbeiter)

4. Die dem Anklagesatz zukommende Umgrenzungsfunktion ist durch eine solche Auslegung nicht betroffen, denn diese Funktion der Anklage bleibt vom Umfang des in der Hauptverhandlung zu verlesenden Anklagesatzes unberührt. Die vom Großen Senat für Strafsachen in der Entscheidung zur fortgesetzten Tat hervorgehobene Pflicht des Staatsanwalts, in der Anklageschrift die Anklagevorwürfe nicht nur pauschalierend und ungenau darzustellen, sondern sämtliche Vorwürfe exakt zu beschreiben und zu konkretisieren (vgl. BGHSt 40, 138, 150, 161) ändert sich durch eine Einschränkung des zu verlesenden Teils der Anklage nicht. (Bearbeiter)

5. Ihrer Informationsfunktion gegenüber dem Angeklagten und seinem Verteidiger genügt die Anklageschrift, wenn sie über die Einzelheiten des Anklagevorwurfs unterrichtet, so dass Gelegenheit besteht, das Prozessverhalten hierauf einzustellen. Diese Funktion entfaltet die Anklageschrift im Wesentlichen dadurch, dass sie vollumfänglich (also nicht nur ihr zu verlesender Teil) dem Angeschuldigten und seinem Verteidiger alsbald nach Eingang durch den Vorsitzenden des Gerichts mitzuteilen ist (§ 201 Abs. 1 Satz 1 StPO). Damit werden der Angeschuldigte und sein Verteidiger so früh wie möglich umfassend und zuverlässig unterrichtet, um eine sachgerechte Verteidigung gegenüber dem Gericht bereits vor der Entscheidung über die Eröffnung des Hauptverfahrens zu ermöglichen. Durch die Verlesung des gesamten Anklagesatzes in der Hauptverhandlung unter Einschluss aller die Einzelheiten einer Tatserie konkretisierenden Umstände werden die Möglichkeiten einer sachgerechten Verteidigung nicht erweitert. (Bearbeiter)

343. BGH 1 StR 582/10 – Beschluss vom 12. Januar 2011 (LG München II)

BGHSt; erforderlicher gerichtlicher Hinweis beim Austausch der Bezugstat eines Verdeckungsmordes (Kenntniserlangung durch den Verlauf der Hauptverhandlung; Beruhen).

§ 211 Abs. 2 StGB; § 265 Abs. 1, Abs. 4 StPO; § 337 StPO

1. Der Austausch der Bezugstat bei Verdeckungsmord erfordert einen gerichtlichen Hinweis. (BGHSt)

2. Das Gericht, das den Schuldspruch innerhalb des Rahmens der angeklagten Tat (§ 264 StPO) auf einen gegenüber der Anklage im Tatsächlichen wesentlich veränderten Sachverhalt stützt, muss dem Angeklagten, um ihn vor einer Überraschungsentscheidung zu schützen, zuvor grundsätzlich einen entsprechenden Hinweis erteilen, das ist in der Rechtsprechung des Bundesgerichtshofs anerkannt (vgl. u.a. BGH StV 1991, 502 mwN). Diese Hinweispflicht dient dem schutzwürdigen Vertei-

digungsinteresse des Angeklagten. Sie gilt auch und gerade für wesentliche Veränderungen des dem gesetzlichen Straftatbestand zugeordneten Tatverhaltens (vgl. u.a. BGH, Urteil vom 3. Juli 1991 – 2 StR 132/91 mwN). (Bearbeiter)

3. Gerade wenn es ständiger Rechtsprechung entspricht, dass ein richterlicher Hinweis nach § 265 StPO gewissen Mindestanforderungen entsprechen muss, wozu auch die Angabe gehört, durch welche Tatsachen das Gericht die gesetzlichen Merkmale als erfüllt ansieht, liegt es nahe, überhaupt einen entsprechenden Hinweis zu verlangen, wenn das Tatverhalten, das zur Ausfüllung des gesetzlichen Straftatbestandes dient, wesentlich von dem Anklagevorwurf abweicht. Zweck des § 265 StPO ist es, dem Angeklagten Gelegenheit zu geben, sich gegenüber dem neuen Vorwurf zu verteidigen, und ihn vor Überraschungen zu schützen. (Bearbeiter)

4. Es kann dahingestellt bleiben, ob es statt eines besonderen Hinweises genügt, dass dem Angeklagten durch den Gang der Hauptverhandlung die Kenntnis vermittelt wird, welches Verhalten das Gericht als tatbestandsmäßig werten und zur Grundlage des Schuldvorwurfs machen will. Maßgeblich wäre in jedem Fall, dass eine andere Betrachtung nach Auffassung des Gerichts und nicht nur der Staatsanwaltschaft in Betracht kommt. (Bearbeiter)

352. BGH 2 StR 344/10 – Beschluss vom 21. Dezember 2010 (LG Aachen)

Begriff der rechtsstaatswidrigen Verfahrensverzögerung (Bewertung einer Wiederaufnahme eingestellter Tatvorwürfe nach einer Petition an den Landtag wegen fortdauernder Belastungen für das Tatopfer); Berücksichtigung eines großen zeitlichen Abstandes zwischen Tat und Aburteilung sowie einer langen Verfahrensdauer bei der Strafzumessung.

Art. 6 EMRK; Art. 13 EMRK; Art. 2 Abs. 1 GG; Art. 20 Abs. 3 GG; § 154 Abs. 1 StPO; § 46 StGB

1. Die Staatsanwaltschaft kann bis zum Eintritt der Verfolgungsverjährung ein nach § 154 Abs. 1 StPO eingestelltes Verfahren jederzeit wieder aufnehmen, ohne an die Beschränkungen des § 154 Abs. 3 und 4 StPO gebunden zu sein (BGHSt 30, 165; 37, 10, 11; BGHR StPO § 154 Abs. 4, Wiederaufnahme 1; BGH NStZ-RR 2007, 20). Ob es für die Wiederaufnahme eines „sachlich einleuchtenden Grundes“ bedarf (BGHSt 54, 1, 7; offen gelassen in BGHSt 37, 10, 13) kann dahin stehen. Solche Gründe liegen jedenfalls in einem fortbestehenden Verfolgungsinteresse des Geschädigten.

2. Eine zwischenzeitliche Nichtverfolgung gemäß § 154 Abs. 1 StPO und der dadurch eingetretene Stillstand im Ermittlungsverfahren führt nicht zu einem zu kompensierenden Verstoß gegen den aus Art. 6 Abs. 1 S. 1 MRK, Art. 20 GG resultierenden Anspruch auf zügige Verfahrensdurchführung (vgl. BGHSt 52, 124, 129). Macht die Staatsanwaltschaft von dieser Möglichkeit aus verfahrenswirtschaftlichen Gründen Gebrauch und nimmt sie das Verfahren später in zulässiger Weise wieder auf, kann die hierdurch bewirkte Verzögerung jedenfalls nicht ohne weiteres den Vorwurf der Rechtsstaatswidrigkeit begründen.

3. Ein großer zeitlicher Abstand zwischen Tat und Aburteilung sowie eine lange Verfahrensdauer und ihre nachteiligen Auswirkungen auf den Angeklagten stellen regelmäßig selbst dann gewichtige Milderungsgründe dar, wenn diese sachlich bedingt waren (BGH NStZ 1986, 217, 218; 1991, 181; NJW 1990, 56). Zur Bedeutung in einem Fall, in dem rechtsfehlerhaft eine Kompensation wegen einer rechtsstaatswidrigen Verfahrensverzögerung ausgesprochen wurde.

346. BGH 1 StR 634/10 – Beschluss vom 12. Januar 2011 (LG München I)

Gefährliche Körperverletzung (Zulässigkeit der Nebenklage bei der Rüge der Verkennung weiterer Tatbestandsalternativen; Tenorierung bei teilweiser Zulässigkeit).

§ 224 Abs. 1 Nr. 2 StGB; § 395 StPO; § 400 Abs. 1 StPO

1. Die etwaige rechtliche Würdigung, dass mehrere Tatbestandsalternativen des § 224 StGB erfüllt sind, führt nur zu einer Erweiterung des Schuldumfangs und damit möglicherweise zu einer höheren Strafe, nicht aber zu einem anderen Schuldspruch. Deshalb kann die Revision der Nebenklägerin nach der Rechtsprechung des Bundesgerichtshofs auf eine Verkennung der Anwendbarkeit mehrerer Tatbestandsalternativen nicht gestützt werden.

2. Es bleibt offen, ob eine Revision eines Nebenklägers, die hinsichtlich einer Tat zulässig (aber unbegründet) erhoben und bezüglich einer anderen Tat unstatthaft ist, bereits im Tenor teilweise als unzulässig und teilweise als unbegründet zu verwerfen ist oder einfach zu verwerfen ist und nur in den Gründen klargestellt wird, dass sie teilweise unzulässig und teilweise zwar statthaft, aber unbegründet ist. Geht es um eine Tat, ist die Revision zulässig, wenn die Verletzung eines nebenklagefähigen Delikts gerügt wird, selbst wenn weitere Begründungselemente der Revision auf ein unzulässiges Angriffsziel, z.B. die Strafzumessung, gerichtet sind.

353. BGH 2 StR 386/10 – Beschluss vom 22. Dezember 2010 (LG Frankfurt am Main)

Voraussetzungen und Grenzen des Protokollberichtigungsverfahrens (Verfahrensrüge; Beweiskraft des Hauptverhandlungsprotokolls); Selbstleseverfahren (Feststellung der Kenntnisnahme).

§ 274 StPO; Art. 6 EMRK; § 249 Abs. 2 Satz 3 StPO

1. Gemäß § 249 Abs. 2 Satz 3 StPO ist die Feststellung über die Kenntnisnahme vom Wortlaut der im Selbstleseverfahren eingeführten Urkunden sowie die Gelegenheit hierzu in das Protokoll aufzunehmen. Dabei handelt es sich um eine wesentliche Förmlichkeit im Sinne des § 273 StPO (BGH NStZ 2001, 161; NStZ 2005, 160; StraFo 2010, 27, 28; NJW 2010, 3382). Der Nachweis hierüber kann nur durch das Protokoll geführt werden (§ 274 Satz 1 StPO). Wurde diese Feststellung nicht protokolliert, ist aufgrund der negativen Beweiskraft des Protokolls davon auszugehen, dass das Beweismittel nicht zur Kenntnis gelangt bzw. die Gelegenheit hierzu nicht eingeräumt worden ist (BGHSt 54, 37, 38; BGH StraFo 2010, 27, 28). Dem Revisionsgericht ist damit

verwehrt, hierzu freibeweisliche Ermittlungen anzustellen.

2. Etwaige Protokollmängel sind nach der Entscheidung des Großen Senats für Strafsachen des Bundesgerichtshofs vom 27. April 2007 (BGHSt 51, 298) in erster Linie durch eine nachträgliche Berichtigung des Protokolls zu beseitigen, wobei diese unter Beachtung des von ihm vorgegebenen Verfahrens zu erfolgen hat (vgl. auch BGH NJW 2010, 2068, 2069). Hierdurch kann auch einer bereits ordnungsgemäß erhobenen Verfahrensrüge zum Nachteil des Revisionsführers die Tatsachengrundlage entzogen werden (BGHSt 51, 298; BVerfG NJW 2009, 1469). Die Gründe der Berichtigungsentscheidung unterliegen der Überprüfung durch das Revisionsgericht im Freibeweisverfahren. Im Zweifel gilt insoweit das Protokoll in der nicht berichtigten Fassung (BGHSt 51, 298, 315 f.; BGH wistra 2010, 413, 414).

3. Grundlage einer jeden Protokollberichtigung ist die sichere Erinnerung der Urkundspersonen. Fehlt es hieran, kann ein Protokoll nicht mehr berichtigt werden (BGHSt 51, 298, 314, 316). Die in den dienstlichen Erklärungen enthaltene Behauptung, das Selbstleseverfahren sei durchgeführt worden, belegt eine tatsächliche Feststellung der Kenntnisnahme nicht.

4. Eine Rücksendung der Akten zum Zwecke der Wiederholung des Berichtigungsverfahrens verbietet das Recht der Angeklagten auf ein faires Verfahren (vgl. BGH StV 2010, 575). Neben einer ordnungsgemäßen Protokollberichtigung kommt eine freibeweisliche Aufklärung des tatgerichtlichen Verfahrensablaufs und damit unter geringeren Anforderungen als in dem die Verfahrenswahrheit sichernden Protokollberichtigungsverfahren nach erhobener Verfahrensrüge und zum Nachteil des Angeklagten nicht in Betracht (BGHSt 51, 316 f.; vgl. BGH NStZ 2005, 281, 282; StV 2004, 297; BGHR StPO § 274 Beweiskraft 8, 11 und 13 jeweils mwN).

5. Ob hiervon in Fällen krasser Widersprüchlichkeit oder offenkundiger Fehler- oder Lückenhaftigkeit Ausnahmen zu machen sind (vgl. BGH, NJW 2010, 2068, 2069), kann offen bleiben. Ein solcher Fall ergibt sich nicht daraus, dass die Anordnung des Selbstleseverfahrens, nicht aber die nach § 249 Abs. 2 Satz 3 StPO notwendige Feststellung über dessen erfolgreiche Durchführung vermerkt ist. Denn die Anordnung des Selbstleseverfahrens lässt keinen Schluss auf die weitere Beachtung des Verfahrens nach § 249 Abs. 2 StPO zu (BGH StraFo 2010, 27, 28).

305. BGH 3 StR 462/10 – Beschluss vom 21. Dezember 2010 (LG Osnabrück)

Unzulässige Revisionsrüge (Aufklärungsrüge; fehlerhafte Ablehnung eines Beweisantrags; Darlegungsanforderungen; Unerreichbarkeit eines Zeugen); Mitteilung der den Fehler enthaltenden Tatsachen.
§ 344 Abs. 2 Satz 2 StPO; § 244 Abs. 2 StPO

1. Die Rüge einer Verletzung des Beweisantragsrechts setzt den Vortrag voraus (§ 344 Abs. 2 Satz 2 StPO), dass der Beweisantrag auch in der Hauptverhandlung und nicht lediglich schriftlich außerhalb der Hauptverhand-

lung vorgebracht worden ist. Denn nur im ersteren Falle ist der Antrag als förmlicher Beweisantrag zu behandeln und seine Ablehnung an den Vorgaben des § 244 Abs. 3 Satz 2 StPO zu messen. Fehlt ein entsprechender Vortrag, so ist die Beweisantragsrüge unzulässig.

2. Will der Beschwerdeführer die fehlerhafte Ablehnung eines Beweisantrages wegen Unerreichbarkeit des Zeugen rügen, so ist er nicht gehalten, die Bemühungen der Polizei, den Zeugen zu erreichen, mitzuteilen. Zwar können diese Umstände gegebenenfalls den behaupteten Rechtsfehler widerlegen. Grundlage der revisionsgerichtlichen Überprüfung ist jedoch der die Beweiserhebung ablehnende Beschluss, in dem die Voraussetzungen der Unerreichbarkeit des Zeugen ohnehin darzulegen sind.

348. BGH 1 StR 648/10 – Beschluss vom 11. Januar 2011 (LG München I)

Besetzungsfehler bei der Bescheidung eines in der Hauptverhandlung gestellten Antrages auf Aufhebung des Haftbefehls (Beruhen).
§ 126 StPO; § 337 StPO

1. Es liegt keine fehlerhafte Beschlussfassung vor, wenn eine Kammer über einen in der Hauptverhandlung gestellten Antrag auf Aufhebung eines Haftbefehls in der Besetzung durch die drei Berufsrichter außerhalb der mündlichen Verhandlung entscheidet. Der teilweise vertretenen Gegenauffassung, wonach es vom Zeitpunkt der jeweiligen Beschlussfassung abhängen soll, ob die Kammer in der Hauptverhandlungsbesetzung mit den Schöffen oder außerhalb der Hauptverhandlung in der Besetzung nur mit drei Berufsrichtern entscheiden soll (OLG Naumburg NStZ-RR 2001, 347), kann nicht gefolgt werden, weil es ansonsten von Zufälligkeiten abhängen würde, welche Besetzung über einen entsprechenden Antrag zu entscheiden hätte.

2. Auch der Ansicht, dass während einer laufenden Hauptverhandlung, selbst wenn diese nicht nur kurzfristig unterbrochen ist, immer die Strafkammer in der Hauptverhandlungsbesetzung zu entscheiden hat, kann nicht gefolgt werden. Daher ist über Haftfragen auch während einer laufenden Hauptverhandlung eines Amts- oder Landgerichts immer in der Besetzung der Strafkammer außerhalb der Hauptverhandlung zu entscheiden.

380. BGH 4 StR 616/10 – Beschluss vom 3. Februar 2011 (LG Essen)

Hinweispflicht bei der Sicherungsverwahrung (Ermessensgrundsätze).
§ 66 Abs. 2 StGB; § 265 StPO

1. Ob sich die aus § 265 Abs. 1 und 2 StPO resultierende Hinweispflicht auf die einzelnen Anordnungstatbestände des § 66 StGB erstreckt (vgl. BGHR StPO § 265 Abs. 2 Hinweispflicht 10; BGH NJW 2004, 1187), lässt der Senat offen.

2. Für das bei der Anwendung der Bestimmungen des § 66 Abs. 2 und Abs. 3 Satz 2 StGB gelten jeweils ausübende Ermessen gelten die gleichen Grundsätze.

294. BGH 3 StR 402/10 – Beschluss vom 23. November 2010 (LG Düsseldorf)

Unzulässige Verlesung eines Attests (Indiztatsache; Tatfolgen; Strafzumessung; Verwertungsverbot; Beruhen des Urteils).

§ 256 StPO; § 337 StPO; § 46 StGB; § 261 StPO

Ein Attest darf nach § 256 Abs. 1 Nr. 2 StPO nicht ausschließlich zum Nachweis der Tatfolgen und damit der Feststellung einer für den Strafausspruch wesentlichen Tatsache verlesen werden; geschieht dies gleichwohl, so ist seine Verwertung ist unzulässig.

351. 1 StR 672/10 – Beschluss vom 12. Januar 2011 (LG Stuttgart)

Unterbliebene Belehrung über das Zeugnisverweigerungsrecht (mangelndes Beruhen).

§ 52 Abs. 3 Satz 1 StPO; § 337 Abs. 1 StPO

Der Ausschluss des Beruhens bei einer entgegen § 52 Abs. 3 Satz 1 StPO mangelnden Belehrung kommt nicht nur dann in Betracht, wenn der Zeuge trotz fehlender Belehrung Kenntnis von seinem Zeugnisverweigerungsrecht hat. Das Beruhen des Urteils auf dem Verfahrensfehler ist ausgeschlossen, wenn er rechtzeitig geheilt worden ist, wenn der Zeuge oder gesetzliche Vertreter seine Rechte gekannt hat oder wenn sicher ist, dass er auch nach Belehrung ausgesagt hätte.

310. BGH 3 StR 484/10 – Beschluss vom 11. Januar 2011 (LG Aurich)

Verfahrenshindernis (fehlender wirksamer Eröffnungsbeschluss); Eröffnungsbeschluss (schriftliche Niederlegung; Rechtssicherheit).

§ 203 StPO; § 207 StPO

1. Zwar enthält die Strafprozessordnung keine spezielle Formvorschrift für den Eröffnungsbeschluss. Dennoch bedarf es im Hinblick auf die Bedeutung der Eröffnung als Grundlage des Hauptverfahrens und mit Rücksicht auf die Erweislichkeit der Beschlussfassung in weiteren Verfahrensstadien regelmäßig einer schriftlichen Niederlegung der Entscheidung.

2. Erforderlich ist dabei aus Gründen der Rechtssicherheit, dass das fragliche Schriftstück aus sich selbst heraus oder in Verbindung mit sonstigen Urkunden mit Sicherheit erkennen lässt, dass der zuständige Richter

die Eröffnung des Hauptverfahrens tatsächlich beschlossen hat.

3. Das Verfahrenshindernis einer fehlenden Eröffnungsentscheidung kann nicht durch die nachträgliche Erklärung des Richters beseitigt werden, er habe die Eröffnung des Verfahrens beschlossen.

286. BGH 3 StR 337/10 – Urteil vom 13. Januar 2011 (LG Verden)

Beweiswürdigung (Freispruch); Verfahrensrüge wegen Ablehnung eines Beweisantrags (Aufklärungsrüge; Darlegungsvoraussetzungen; Mitteilung des Inhalts einer zu verlesenden Urkunde; Rüge der Verletzung des Beweisantrags(ablehnungs)rechts).

§ 261 StPO; § 244 StPO; § 344 Abs. 2 Satz 2 StPO

1. Ist ein Beschwerdeführer der Ansicht, der Tatrichter habe einen Beweisantrag zu Unrecht abgelehnt, so steht es ihm grundsätzlich frei, entweder die Verletzung des Beweisantragsrechts zu rügen oder geltend zu machen, das Gericht habe durch die Nichterhebung des Beweises seine aus § 244 Abs. 2 StPO folgende Aufklärungspflicht verletzt.

2. Die Erhebung einer zulässigen Aufklärungsrüge setzt unter anderem voraus, dass der Beschwerdeführer die Umstände mitteilt, aufgrund derer sich der Tatrichter zu der beantragten Beweiserhebung hätte gedrängt sehen müssen. Wird beanstandet, dass eine Urkunde nicht verlesen oder im Wege des Selbstleseverfahrens in die Hauptverhandlung eingeführt worden ist, so ist es daher in aller Regel erforderlich, dass die Revisionsbegründung den Wortlaut der Urkunde wiedergibt (§ 344 Abs. 2 Satz 2 StPO).

386. BGH 4 StR 676/10 – Beschluss vom 18. Januar 2011 (LG Dortmund)

Absehen von der Entscheidung über den Adhäsionsantrag (Zinsanspruch; Rechtshängigkeit nur bei Klage auf Leistung).

§ 406 Abs. 1 Satz 3, 6 StPO; § 291 BGB; § 288 BGB; § 286 Abs. 1 Satz 2 BGB

Die Klage auf Feststellung einer Verbindlichkeit löst auch im Adhäsionsverfahren keine Verzinsungspflicht nach § 291 BGB aus (BGH NJW 1985, 1074, 1075; BGHSt 47, 378, 383). Auch § 286 Abs. 1 Satz 2 BGB setzt eine „Klage auf die Leistung“ voraus (vgl. RG JW 1927, 521).

V. Wirtschaftsstrafrecht und Nebengebiete

285. BGH 3 StR 312/10 – Beschluss vom 9. Dezember 2010 (LG Duisburg)

BGHSt; sonstige Stelle (behördenähnliche Institution; verlängerter Arm des Staates; staatliche Steuerung); Vorteilsannahme („Klimapflege“); für den öffentlichen Dienst besonders Verpflichteter (materielle Aufgabenprivatisierung; Eisenbahn-Bundesamt); Amtsträger.

§ 11 StGB; § 331 StGB; § 1 DBGrG

1. Die DB Netz AG ist eine „sonstige Stelle“ im Sinne des § 11 Abs. 1 Nr. 2 Buchst. c StGB (Fortführung von BGHSt 49, 214 und BGHSt 52, 290). (BGHSt)

2. Unter einer „sonstigen Stelle“ versteht man eine behördenähnliche Institution, die unabhängig von ihrer Organisationsform befugt ist, bei der Ausführung von Gesetzen mitzuwirken, ohne dabei eine Behörde im verwaltungsrechtlichen Sinne zu sein. Ist die Stelle als juristische Person des Privatrechts organisiert, müssen Merkmale vorliegen, die eine Gleichstellung mit einer Behörde rechtfertigen; bei einer Gesamtbetrachtung muss sie „als verlängerter Arm des Staates erscheinen“. (Bearbeiter)

3. Die Unterhaltung des Schienennetzes in ihrer Gesamtheit, einschließlich der aus Gründen der Sicherheit zu gewährleistenden Vegetationspflege, gehört als Aufgabe der Leistungsverwaltung zur staatlichen Daseinsvorsorge. (Bearbeiter)

334. BGH 1 StR 275/10 – Beschluss vom 14. Dezember 2010 (LG München I)

BGHR; vollendete Steuerhinterziehung durch aktives Tun trotz Sachverhaltskenntnis des zuständigen Finanzamts (objektive Zurechnung; rechtlich missbilligtes Risiko; Voraussetzungen einer Strafmilderung; staatliches Gewährenlassen laufender Straftaten; Tatbeobachtung); Beweisanspruchsrecht (Bedeutungslosigkeit; Beruhen; Beweisermittlungsantrag).

§ 370 Abs. 1 Nr. 1 AO; § 90 AO; § 244 Abs. 3 StPO; Art. 6 EMRK

1. Eine Strafbarkeit wegen vollendeter Steuerhinterziehung gemäß § 370 Abs. 1 Nr. 1 AO aufgrund unrichtiger oder unvollständiger Angaben entfällt nicht deshalb, weil den zuständigen Finanzbehörden alle für die Steuerfestsetzung bedeutsamen Tatsachen bekannt waren und zudem sämtliche Beweismittel (§ 90 AO) bekannt und verfügbar waren. (BGHR)

2. Der Tatbestand der Steuerhinterziehung in der Variante des § 370 Abs. 1 Nr. 1 AO (Abgabe unrichtiger oder unvollständiger Erklärungen) setzt keine gelungene Täuschung des zuständigen Finanzbeamten voraus. Es genügt, dass die unrichtigen oder unvollständigen Angaben

über steuerlich erhebliche Tatsachen in anderer Weise als durch eine Täuschung für die Steuerverkürzung oder das Erlangen nicht gerechtfertigter Steuervorteile ursächlich werden (vgl. BGH NStZ 2007, 596, 597; BGH wistra 2000, 63, 64; BGHSt 37, 266, 285; so auch BFH, BStBl II 2006, 356, 357). (Bearbeiter)

3. Die Strafbarkeit wegen Steuerhinterziehung kann auch nicht durch eine verzögerte Einleitung des Strafverfahrens in Frage gestellt werden (vgl. BGH wistra 2005, 148, 149). Ein Anspruch eines Straftäters darauf, dass die Ermittlungsbehörden rechtzeitig gegen ihn einschreiten, um seine Taten zu verhindern, besteht nicht. Insbesondere folgt ein solcher Anspruch nicht aus dem Recht auf ein faires Verfahren gemäß Artikel 6 Abs. 1 EMRK (BGH NStZ-RR 2003, 172 f.; BGH NStZ 2007, 635). (Bearbeiter)

4. Zwar kann ein Verhalten des Steuerfiskus (gleich einem Mitverschulden oder einer Mitverursachung des Verletzten) strafmildernd zu berücksichtigen sein. Es kann daher Fälle geben, in denen strafscharfend berücksichtigtes Verhalten eines Angeklagten (etwa Skrupellosigkeit, Raffinesse oder Hartnäckigkeit) ins Verhältnis zum Verhalten der zum Schutze der staatlichen Vermögensinteressen berufenen Beamten zu setzen ist (vgl. BGH wistra 1983, 145). Dies gilt jedoch allenfalls dann, wenn das staatlichen Stellen vorwerfbare Verhalten unmittelbar auf das Handeln des Angeklagten Einfluss genommen hat (etwa weil er bislang nicht tatgeneigt war oder ihm wenigstens die Tat erleichtert wurde) und den staatlichen Entscheidungsträgern die Tatgenese vorgeworfen werden kann (vgl. BGH NStZ-RR 2009, 167). (Bearbeiter)

5. Eine Beweisbehauptung ist nur dann bedeutungslos, wenn sie weder den Schuld- noch den Rechtsfolgenausspruch zu beeinflussen vermag. Das Gericht muss daher – will es eine Beweisbehauptung (in deren vollen Tragweite, vgl. BGH StV 1983, 90, 91) wegen Bedeutungslosigkeit ablehnen – beides in den Blick nehmen. Das Ergebnis dieser Prüfung ist im Ablehnungsbeschluss nachvollziehbar darzulegen, soweit es nicht für alle Beteiligten auf der Hand liegt (vgl. BGH NStZ 2000, 46; 1982, 170, 171). Hierbei muss regelmäßig klargestellt werden, ob die angenommene Bedeutungslosigkeit auf tatsächlichen oder rechtlichen Gründen beruht (BGH NStZ 2000, 267, 268; BGH StV 1987, 45 f.). (Bearbeiter)

6. Bei der Ablehnung eines Beweisantrags wegen Bedeutungslosigkeit aus tatsächlichen oder rechtlichen Gründen ist die unter Beweis gestellte Tatsache so, als sei sie voll erwiesen, der Entscheidung zugrunde zu legen (BGH NStZ-RR 2010, 212; BGH StV 2008, 288). (Bearbeiter)

7. Einem Beweisantrag kann zwar abverlangt werden, dass darin ein verbindender Zusammenhang zwischen Beweismittel und Beweisbehauptung dargelegt ist. Dies erfordert jedoch nicht die Darlegung, ein benannter Zeuge werde die Beweisbehauptung mit Sicherheit bekunden. Erforderlich – aber auch ausreichend – ist die Darlegung der Umstände, warum es dem Zeugen möglich sein kann, die Beweistatsache zu bekunden. Ist der Zeuge Teilnehmer eines Telefonats, dessen Verlauf, dessen Inhalt oder dessen Ergebnis unter Beweis gestellt werden soll, handelt es sich um einen unmittelbaren Zeugen, zu dem es regelmäßig nicht der Darlegung noch weiter ins Detail gehender Umstände bedarf, damit das Gericht den Antrag anhand der gesetzlichen Ablehnungsgründe sinnvoll prüfen kann (vgl. BGHSt 43, 321, 329 f.). (Bearbeiter)

8. Im Rahmen des Beweisantragsrechts ist es Sache des Antragstellers, nicht nur das Beweisthema, sondern auch das zu benutzende Beweismittel selbst zu bestimmen. Zwar kommt ein Austausch der Beweismittel ausnahmsweise dann in Betracht, wenn das herangezogene Beweismittel zweifelsfrei gleichwertig ist (vgl. BGH NJW 1983, 126, 127). An dieser Gleichwertigkeit fehlt es jedoch regelmäßig, wenn nur der Zeuge, dessen bisherige Aussage widerlegt werden soll, erneut vernommen wird, nicht aber die anderen zur Widerlegung benannten Zeugen. Dieser Mangel wäre im Ergebnis nur dann unschädlich, wenn der Zeuge seine bisherigen Aussagen im Sinne der Beweisbehauptung korrigiert und die Beweisbehauptung deshalb als erwiesen behandelt wird. (Bearbeiter)

341. BGH 1 StR 561/10 – Beschluss vom 18. Januar 2011 (LG Limburg)

Steuerhinterziehung durch Unterlassen (Kaffeesteuer: Steueranmeldung durch den Bezieher; Versandhandel; Berücksichtigung gewerbsmäßigen Handelns bei der Strafzumessung); gewerbsmäßiger Schmuggel (gewerbsmäßige Hinterziehung von Einfuhrabgaben).
§ 370 Abs. 1 Nr. 2 AO; § 373 AO; § 6 Abs. 2 Nr. 5 AO; § 11 Abs. 4 Satz 1 KaffeeStG aF; § 46 StGB

1. Der Qualifikationstatbestand des gewerbsmäßigen Schmuggels gemäß § 373 Abs. 1 AO setzt die gewerbsmäßige Hinterziehung von Einfuhr- oder Ausfuhrabgaben voraus. Verbrauchsteuern wie die Kaffeesteuer zählen nur dann zu den Einfuhrabgaben i.S.d. § 373 AO, wenn sie bei der unmittelbaren Einfuhr aus einem Drittland in das deutsche Steuergebiet entstehen (vgl. BGHR AO § 373 Einfuhrabgaben 1; BGH NStZ 2007, 592, 594. Einfuhr ist aber nur das unmittelbare Verbringen der Ware aus dem Drittlandsgebiet in das Gebiet der Europäischen Gemeinschaft, nicht jedoch das Verbringen der Ware (außerhalb eines gemeinschaftlichen Zollverfahrens) von einem Mitgliedstaat in den anderen (BGHR AO § 373 Einfuhrabgaben 1).

2. Der Umstand, dass der Angeklagte gewerbsmäßig handelte, ist auch bei der Strafzumessung wegen Steuerhinterziehung gemäß § 370 Abs. 1 AO zu berücksichtigen.

Aufsätze und Anmerkungen

Wie weit reicht die Widerspruchslösung?

Zugleich Gedanken zur Entscheidung OLG Frankfurt 3 Ss 285/10 vom 08.11.2010

Von Prof. Dr. Hans Kudlich, Universität Erlangen-Nürnberg

I. Hinführung

Der 27. Februar 1992 markiert einen wichtigen Tag im deutschen Strafverfahrensrecht. In seiner bekannten Entscheidung BGHSt 38, 214 hat der 5. Strafsenat bekanntlich unter Aufgabe einer lang währenden abweichenden Rechtsprechung ein Beweisverwertungsverbot für den Fall angenommen, dass ein Beschuldigter vor der ersten Belehrung entgegen § 136 I 2 StPO nicht über sein Aussageverweigerungsrecht belehrt worden ist. Dadurch wurde nicht nur die Stellung des Beschuldigten im Strafverfahren entscheidend gestärkt, sondern auch eindringlich der Blick auf die (freilich in der Folge von Rechtspre-

chung wie Gesetzgeber nicht immer konsequent beachtete) Tatsache gerichtet, dass ungeachtet der Konzeption einer das Kernstück des Verfahrens bildenden Hauptverhandlung mit Mündlichkeits- und Unmittelbarkeitsgrundsatz entscheidende Weichen im Ermittlungsverfahren gestellt werden.

Wie so viele Dinge im Leben hat aber auch diese Entscheidung zwei Seiten¹: Sie ist eben nicht nur diejenige,

¹ Vergleichbares Fazit für die Entscheidung BGHSt 42, 15 (mit Blick auf das dort auf S. 22 aufgestellte Widerspruchserfordernis) bei Roxin JZ 1997, 343, 346, der den Gewinn durch die grundsätzlich verwertungsverbotsfreundliche Entscheidung aufgrund des Widerspruchserfordernisses im

in der bei unterlassener Belehrung ein Beweisverwertungsverbot grundsätzlich für möglich erachtet (und damit dann auch der Weg zur Annahme eines Beweisverwertungsverbotes in ähnlich gelagerten Fällen geübt²) wurde, sondern es ist auch die Entscheidung, in welcher die (vorher freilich nicht unbekannt³) sogenannte „Widerspruchslösung“ mehr oder weniger zementiert wurde⁴ und von der aus das Widerspruchserfordernis in der Folgezeit auf zahlreiche weitere Fälle ausgedehnt wurde.⁵ Die Widerspruchslösung besagt, dass ein Beweisverwertungsverbot – selbst wenn dieses wegen eines Fehlers bei der Vernehmung (bzw. allgemeiner gesprochen: bei der Beweiserhebung) nach den allgemeinen Abwägungsregeln⁶ grundsätzlich in Betracht kommt – tatsächlich nur eingreift, wenn der verteidigte Angeklagte⁷ der Verwertung der Aussage (bzw. des sonstigen Beweismittels) bis zu dem in § 257 StPO genannten Zeitpunkt in der Hauptverhandlung widersprochen hat.⁸ In der Literatur hat diese Figur verbreitet Kritik,⁹ durchaus aber auch von namhaften (und verteidigungsnahen) Stimmen Zustimmung erfahren.¹⁰

II. Begründung der Widerspruchslösung und generelle Kritik

Die Rechtsprechung hat auf verschiedene Weise versucht, das im Gesetz nicht vorgesehene Widerspruchserfordernis zu begründen. Das Reichsgericht stellte etwa in entsprechenden Vorläuferentscheidungen darauf ab, dass

Wesentlichen als aufgezehrt betrachtet; vgl. auch *Jäger* Beweisverwertung und Beweisverwertungsverbote im Strafprozess (2003), S. 27.

² Vgl. insbesondere schon kurz danach die Entscheidung BGHSt 38, 374.

³ Vgl. etwa bereits RGSt 50, 364, 365; 58, 90 f.; 58, 100, 101.

⁴ Vgl. BGHSt 38, 214, 225 f.

⁵ Vgl. zu der Folgeentwicklung etwa die Nachweise bei Löwe-Rosenberg/Gössel, 26. Aufl. (2006), Einl. Abschn. L Rn. 29; in der Entscheidung BGHSt NStZ 1996, 290, 291 wird dies sogar für Verstöße gegen § 136a StPO erwogen; insoweit zu Recht ablehnend *Fezer* StV 1997, 57 ff.; LR/Gössel a.a.O. Rn. 30.

⁶ Vgl. zu den Abwägungskriterien, die für die Frage nach einem Beweisverwertungsverbot herangezogen werden, zusammenfassend *Jahn* Beweiserhebung und Beweisverwertungsverbote im Spannungsfeld zwischen den Garantien des Rechtsstaates und der effektiven Bekämpfung von Kriminalität und Terrorismus – Gutachten C zum 67. Deutschen Juristentag (2008), S. 58 ff.; zu (freilich nicht immer weit) abweichenden Konzepten a.a.O., S. 38 ff., sowie *Jäger* (Fn. 1), S. 69 ff.

⁷ Dem verteidigten Angeklagten wird ein solcher gleichgestellt, der vom Gericht über die Möglichkeit des Widerspruchs belehrt worden ist.

⁸ Vgl. neben den vorhergehenden Nachweisen nur *Meyer-Götsner*, StPO, 53. Aufl. (2010), § 136 Rn. 25.

⁹ Vgl. bereits *Maul/Eschelbach* StraFo 1996, 66 ff.; *Heinrich* ZStW 112 (2000), 398, 406 ff., 412 ff.; aus neuerer Zeit etwa *Tepperwien* in: *Schöch/Satzger/Schäfer/Ignor/Knauer* (Hrsg.), *Widmaier-FS* (2008), S. 583, 591.

¹⁰ Vgl. etwa *Matt* GA 2006, 323, 325 f.; *Widmaier* NStZ 1992, 519, 521 (mit einem Schwerpunkt freilich auf der Möglichkeit, entlastende Gesichtspunkte verwertbar zu belassen; zur darüber hinausgehenden Zuweisung von Verantwortung zum Verteidiger krit. *Tepperwien* *Widmaier-FS* [Fn. 9], S. 583, 591 f.)

der unterlassene Widerspruch zum Ausdruck bringe, „es solle auf einen möglichen Verfahrensverstoß kein weiteres Gewicht gelegt werden“¹¹ bzw. dass das Urteil bei fehlendem Widerspruch nicht auf dem Verfahrensverstoß beruhe.¹² Derartige Begründungsansätze stehen freilich – ähnlich wie die vergleichbaren Argumente, mit denen aus dem Beanstandungsrecht nach § 238 II StPO eine Beanstandungspflicht gemacht werden soll, deren Verletzung zu einer Verwirkung der Verfahrensrüge führt¹³ – dogmatisch auf eher tönenden Füßen. Im Wesentlichen handelt es sich um bloße Postulate bzw. Fiktionen, die zumindest teilweise (etwa hinsichtlich des fehlenden Rückgewillens) durch eine später tatsächlich eingelegte Revision eindrucksvoll widerlegt werden. Zu Recht kritisieren etwa *Bernsmann* und *Fezer* gleichgerichtet, dass die Idee einer Rügepräklusion in der StPO stets eine Ausnahme darstelle und dass es an einer allgemeinen Präklusionsvorschrift fehle, so dass die Widerspruchslösung eine „völlig freischwebende (...) richterrechtliche (...) Rechtsfortbildung“ darstelle, die zudem „den Eindruck eines bloßen ergebnisorientierten Machtspruches“ erwecke.¹⁴

Zumindest auf den ersten Blick „eleganter“ und – paradoxerweise mit einem „weniger an Begründung“ weniger angreifbar – begründet daher der BGH das Widerspruchserfordernis mitunter schlicht mit einer „Einschränkung des Verwertungsverbotes“, welche „die Rechte des Angeklagten nicht in unangemessener Weise“ beschneide, wenn ihm das Recht, sich auf ein Verwertungsverbot zu berufen, genommen werde.¹⁵ Richtig an diesem Gedanken der bloßen „Einschränkung des Beweisverwertungsverbotes“ ist, dass die bloße ungeschriebene Einschränkung eines genauso ungeschriebenen Beweisverwertungsverbotes letztlich kein Problem des strafprozessualen Gesetzesvorbehalts darstellt.¹⁶ Denn obwohl auch die Beschränkung von Verfahrensrechten bzw. der Geltendmachung von Rechten in der Revision grundsätzlich einen Eingriff in (letztlich grundrechtlich abgesicherte) Rechtspositionen darstellt, welcher regelmäßig eine gesetzliche Grundlage erfordert,¹⁷ kann es der Rechtsprechung nicht verwehrt sein, wenn sie ein im Gesetz so nicht explizit vorgesehenes Beweisverwertungsverbot „nur“ mit einer zusätzlichen Voraussetzung schafft. Insbesondere dürfte es auch nicht das verfassungsrechtlich unhintergehbare Minimum darstellen, dass bei Verfahrensfehlern durch die Strafverfolgungsbehörden Beweisverwertungsverbote stets ohne Widerspruch gleichsam automatisch erwachsen.

Das ändert aber nichts daran, dass das Erfordernis des Widerspruchs als Sachkriterium für das Erwachsen eines Beweisverwertungsverbotes als solches zweifelhaft ist.

¹¹ Vgl. RGSt 50, 364, 365; 58, 100, 101.

¹² Vgl. RGSt 58, 90 f.

¹³ Vgl. zum Zwischenrechtsbehelf § 238 StPO aus neuerer Zeit *Mosbacher* JR 2007, 387 f.; zu den Gemeinsamkeiten von Widerspruchslösung und Besorgnis eines Zwischenrechtsbehelfs auch *Kudlich*, Erfordert das Beschleunigungsgebot eine Umgestaltung des Strafverfahrens? – Gutachten C zum 68. Deutschen Juristentag (2010), S. 92 ff.

¹⁴ Vgl. *Bernsmann* StraFo 1998, 73, 76; *Fezer* StV 1997, 57, 58.

¹⁵ Vgl. BGHSt 38, 214, 226.

¹⁶ Vgl. *Basdorf* StV 1997, 488, 491; zustimmend *Kudlich* (Fn. 13), S. 94.

¹⁷ Vgl. *Kudlich* (Fn. 13), S. 87, 104.

Denn die Abwägungsleitlinien sowie die Verantwortungsbereiche werden dadurch unangemessen zu Lasten der Verteidigung und damit letztlich auch des Beschuldigten verschoben.¹⁸ Im Konflikt zwischen dem staatlichen Interesse an der Strafverfolgung auf der einen und dem Interesse des Bürgers auf Wahrung seiner Rechte auf der anderen Seite beeinflussen beide „Versäumnisse“ weder das Gewicht des Verfahrensverstößes¹⁹ noch die Schwere des verfolgten Delikts als die beiden wichtigen Abwägungsparameter, so dass die Interessenerwägung für ein Beweisverwertungsverbot und damit für die Revisibilität mit oder ohne Zwischenrechtsbehelf bzw. Widerspruch an sich gleich ausfallen müsste. Auch wird nicht nur der prozessuale Fehler der Strafverfolgungsbehörden auf den (verteidigten) Angeklagten abgewälzt, sondern auch ein Fehlverhalten des Verteidigers fällt auf den Angeklagten zurück.²⁰

Insoweit ist auch die Widerspruchslösung letztlich als Ausfluss einer allgemeinen (und rechtspolitisch wie prozessrechtsdogmatisch durchaus zweifelhaften) Linie zu verstehen, unter dem Schlagwort der „erhöhten Professionalisierung der Strafverteidigung“ die Verantwortung für Verfahrensfehler von den Verfolgungsbehörden auf den Beschuldigten und seinen Verteidiger zu verschieben und damit die Revision zu erschweren.²¹ Dies alles gibt Anlass zu mancherlei Zweifeln und Einwänden, scheint bis auf Weiteres zumindest im Grundsatz für die praktische Betrachtung und für Folgeüberlegungen aber zugrunde zu legender Zustand zu sein. Soweit freilich im Detail an kleineren „Stellschrauben“ im Einzelfall gedreht werden kann bzw. soll, ist durchaus im Hinterkopf zu behalten, dass gegen das Konstrukt einer Widerspruchslösung insgesamt Bedenken bestehen, so dass diese im Zweifel eher eng als weit ausgelegt werden sollte.

¹⁸ Vgl. auch *Schünemann* ZIS 2009, 484, 486, sowie *Kudlich* (Fn. 13), S. 95 f..

¹⁹ Zu dessen Beachtlichkeit für die Frage nach einem Beweisverwertungsverbot vgl. etwa BGHSt 38, 214, 219 f.; BGHSt 47, 172, 179 f.; BGH NStZ 2006, 236, 237 = HRRS 2005 Nr. 893.

²⁰ Vgl. *Dornach* NStZ 1995, 57, 63; *Meyer-Göfner/Appl* StraFo 1998, 258, 260.

²¹ Zu dieser Tendenz vgl. *Kudlich* (Fn. 13), S. 86 ff., sowie *Gaede* wistra 2010, 210 ff. Als weitere Beispiele hierfür können etwa die geänderte Rechtsprechung zur Rügeverkümmerung (vgl. BGHSt 51, 298 = HRRS 2007 Nr. 600 sowie BVerfGE 122, 248 = HRRS 2009 Nr. 296; zum Standpunkt des Verfassers zu den hiermit verbundenen Fragen vgl. bereits HRRS 2007, 9 ff. [zu BGH NJW 2006, 3579 = HRRS 2006 Nr. 713 m. Anm. *Fahl* JR 2007, 34 ff.; *Hollaender* JR 2007, 6 ff.]; *ders.* BLJ [www.law-journal.de] 2007, 125 ff., sowie *Kudlich/Christensen* JZ 2009, 943 ff.) oder die Relativierung absoluter Revisionsgründe (vgl. aus jüngerer Zeit etwa BGH wistra 2011, 28 = HRRS 2010 Nr. 679) genannt werden. Allgemein zur geänderten Sichtweisen im Revisionsrecht als Ausdruck „geistigen und gesellschaftlichen Wandels“ *Frisch* in *Weßlau/Wohlers* (Hrsg.), *Fezer*-FS, 2008, S. 353 ff., insb. 368 ff.

III. Anforderungen an den Widerspruch und Konsequenzen der Versäumnis

Der Widerspruch muss nach Auffassung der Rechtsprechung in der Hauptverhandlung in erster Instanz spätestens bis zum in § 257 StPO genannten Zeitpunkt erhoben werden. Dies bedeutet im Einzelnen:

1. Der Widerspruch muss nach Auffassung des BGH²² in der Hauptverhandlung, d.h. frühesten zu ihrem Beginn erhoben werden. Ein Widerspruch, der bereits im Ermittlungsverfahren erhoben wurde und insoweit auch aktenkundig ist, soll demgegenüber nicht genügen. Diese Auffassung ist in der Literatur verschiedentlich kritisiert worden.²³ In der Tat ist nach keinem Begründungsmodell für das Widerspruchserfordernis recht einsichtig, warum der Widerspruch nicht schon vor der Hauptverhandlung möglich sein soll: Ein konkludenter Verzicht auf das Beweisverwertungsverbot kann bei Erhebung des Widerspruchs auch bereits im Vermittlungsverfahren ebenso wenig angenommen werden wie eine „Verwirkung“, und beim Verständnis des Widerspruchserfordernisses als allgemeine (ungeschriebene) Voraussetzung dafür, dass ein Beweisverwertungsverbot entsteht, ist es einigermaßen willkürlich, für dieses ungeschriebene Erfordernis einen engen Zeitkorridor zu bestimmen. Jedenfalls wird man aus der allgemeinen Garantie eines fairen Verfahrens,²⁴ die unstreitig auch auf den verteidigten Angeklagten gilt, eine Pflicht des Gerichts ableiten müssen, bei einem entsprechenden Widerspruch im Ermittlungsverfahren auf die Widerspruchsmöglichkeit und -notwendigkeit in der Hauptverhandlung hinzuweisen. Soweit dies erfolgt (bzw. ein Verlust des Beweisverwertungsverbot nicht angenommen wird, wenn es an diesem Hinweis fehlt), dürfte es sich eher um ein theoretisches Problem handeln.

2. Innerhalb der Hauptverhandlung muss der Widerspruch spätestens „bis zum in § 257 StPO genannten Zeitpunkt“ erfolgen. Gemeint ist damit in § 257 I StPO der Passus „nach jeder einzelnen Beweiserhebung“. Damit wird klargestellt, dass der Widerspruch nicht bis zum Ende der Beweiserhebung aufgeschoben werden kann. Auch diese Beschränkung ist nicht frei von Einwänden und steht in einem gewissen Wertungswiderspruch dazu, dass die Einflussnahmemöglichkeiten des Angeklagten

²² Vgl. etwa BGH NStZ 1997, 502, 503.

²³ Vgl. *Schlothauer* in: *Prittitz/Baurmann/Günther/Kuhlen/Merkel/Nestler/Schulz* (Hrsg.), *Lüderssen*-FS, 2002, S. 761, 769 f.; *ders.* StV 2006, 397; Kritik kommt aber etwa auch von *Mosbacher* *Widmaier*-FS (Fn. 9), S. 339, 343 f. und damit von einem Autor, der Rügepräklusionen wegen der Verletzung von vermeintlichen Mitwirkungsobliegenheiten grundsätzlich positiv gegenübersteht.

²⁴ Vgl. hierzu und zu den Herleitungen aus dem GG und aus Art. 6 I 1 EMRK knapp *Meyer-Göfner* (Fn. 8), Einl. Rn. 19, sowie eingehend *Rzepka*, *Zur Fairness im deutschen Strafverfahren* (2000), passim; *Steiner*, *Das Fairnessprinzip im Strafprozess* (1995), passim; insoweit wird betont, dass dem Fair-Trial-Grundsatz Bedeutung insbesondere dann zukommt, wenn die StPO zu einer Frage keine Regelung enthält (vgl. *Meyer-Göfner* a.a.O.) – dies ist ganz offensichtlich beim Recht der Beweisverwertungsverbote im Allgemeinen sowie beim Widerspruchserfordernis im Besonderen der Fall.

auf das Beweisrecht im Übrigen nach der StPO den gesamten Zeitraum der Beweisaufnahme²⁵ umfasst. Auch die Verfahrensökonomie wird kaum dadurch gefördert, dass die Beteiligten zur Erhebung von Widersprüchen gezwungen werden, bevor sich aus dem Verlauf der Beweisaufnahme (oder gar aus entsprechenden Hinweisen des Gerichts nach der Beweisaufnahme) ergibt, ob ein bestimmtes Beweismittel überhaupt bedeutsam ist.²⁶ Allerdings ist auch die Rechtsprechung zu diesem spätesten (und zugegebenermaßen auch nicht unzumutbaren) Zeitpunkt so gefestigt, dass für die Praxis bis auf weiteres davon auszugehen ist, dass die zeitliche Grenze Bestand haben wird.

3. Schließlich muss der Widerspruch grundsätzlich bereits in der Verhandlung in der ersten Instanz erfolgen. Konsequenz daraus ist für die Rechtsprechung, dass weder im Berufungsverfahren²⁷ (obwohl an sich „zweite Tatsacheninstanz“) noch nach der Zurückweisung der Sache durch das Revisionsgericht an ein neues Tatgericht ein Widerspruch wirksam erhoben werden kann.²⁸ Die generellen Bedenken gegen die Widerspruchslösung, welche für ihre möglichst enge Auslegung streiten, sprechen selbstverständlich im Ergebnis auch gegen diese zusätzliche Ausweitung des Verlusts des Beweisverwertungsverbot. Der Rechtsprechung ist insoweit zwar zuzugeben, dass es von ihrem Standpunkt aus mit Blick auf die rigide Grenze des Zeitpunkts des § 257 StPO konsequent ist, die Möglichkeit, sich auf ein Beweisverwertungsverbot zu berufen, in einer neuen Instanz nicht wieder aufleben zu lassen. Gegen sie spricht freilich, dass sie der grundsätzlichen und im Rechtsmittelrecht (anders als das ungeschriebene Widerspruchserfordernis) klar zum Ausdruck kommenden Wertung widerspricht, dass erstinstanzliche Verfahrensmängel für das Ergebnis des Berufungsverfahrens bedeutungslos sind und dass auch die Tatsachenfeststellung nach einer Zurückverweisung (soweit die Feststellungen nicht unberührt bleiben) grundsätzlich neu zu erfolgen hat.²⁹

²⁵ Und sogar den Zeitraum nach ihrem Abschluss bis zum Beginn der Urteilsverkündung, soweit es um die Möglichkeit der Stellung von Beweisanträgen geht, vgl. nur *Meyer-Göfner* (Fn. 8), § 244 Rn. 33 und § 246 Rn. 1.

²⁶ Dass es demgegenüber verteidigungstaktisch sinnvoll sein kann, schon vor Einführung des Beweismittels in die Hauptverhandlung zu widersprechen, damit das Beweismittel dort im idealen Fall *überhaupt nicht erst „präsentiert“* wird, steht auf einem anderen Blatt.

²⁷ Vgl. OLG Stuttgart NStZ 1997, 405; zust. *Meyer-Göfner* (Fn. 8), § 136 Rn. 25; krit. LR/Gössel (Fn. 5), Einl. Abschn. L Rn. 32.

²⁸ Vgl. BGHSt 50, 272 = HRRS 2006 Nr. 40; BayObLG NJW 1997, 404; krit. *Fezer* JZ 2006, 474 ff; *Schlothauer* StV 2006, 397 ff.

²⁹ Vgl. LR/Gössel (Fn. 5), Einl. Abschn. L Rn. 32, auch mit Nachweisen aus der Gesetzgebungsgeschichte.

IV. Vollständige Umgestaltung der Rechtslage durch den unterlassenen Widerspruch? – Die neue Rechtsprechung des OLG Frankfurt

1. Insbesondere die Rechtsprechung, nach welcher ein Widerspruch weder in der Berufung noch in einer neuen Tatsachenverhandlung nach Zurückverweisung aufgrund der Revision „nachgeholt“ werden kann, enthält bereits den Anstrich einer Art „irreversiblen Umgestaltung“ des Prozessrechtsverhältnisses durch das Unterlassen des Widerspruchs. Einen großen Schritt weiter in diese Richtung geht in einer neuen Entscheidung das OLG Frankfurt.³⁰ In einem Fall, in dem ein Beweisverwertungsverbot wegen Verstoßes gegen den Richtervorbehalt nach § 81a II StPO in Rede stand, wurde der Angeklagte – obwohl sein Verteidiger in der Hauptverhandlung vor dem AG der Verwertung des Ergebnisses einer Blutentnahme nicht widersprochen hatte – vom AG freigesprochen, und auch die Berufung der Staatsanwaltschaft wurde vom LG verworfen, welches hinsichtlich der Blutprobe ein Beweisverwertungsverbot annahm. Auf die Revision der Staatsanwaltschaft hin hob das OLG Frankfurt das Berufungsurteil auf und erklärte (gleichsam als *obiter dictum*, da es im konkreten Fall schon die Voraussetzungen der Gefahr im Verzug und damit die Verzichtbarkeit einer richterlichen Anordnung bejahte), dass selbst bei Annahme eines Verstoßes gegen den Richtervorbehalt jedenfalls kein Beweisverwertungsverbot hätte angenommen werden dürfen, da auch bei einem Freispruch in der Tatsacheninstanz bzw. einer späteren Annahme eines Beweisverwertungsverbot durch das Tatgericht jedenfalls ein Widerspruch hätte erhoben werden müssen. Das Gericht habe nämlich „das Vorliegen eines Verwertungsverbot nicht von Amts wegen zu überprüfen“, sondern die Erhebung des Widerspruchs unterliege „allein der Dispositionsfreiheit des Beschuldigten“, so dass die Unterlassung „des Widerspruchs in der erstinstanzlichen Hauptverhandlung (...) die prozessuale Rechtslage dauerhaft umgestaltet“ und der Angeklagte „mit seinem Rügerecht endgültig präkludiert“ ist.³¹ Oder anders gewendet: Es geht nicht mehr nur um das in BGHSt 38, 214, 226 genannte Recht, „sich auf ein Verwertungsverbot zu berufen“ bzw. auf die (von den Voraussetzungen des Verwertungsverbot abzugrenzende) „Durchsetzbarkeit“,³² sondern darum, dass gewissermaßen gleich einem Gestaltungsrecht das Prozessverhältnis dauerhaft umgestaltet worden sein soll.

2. Dieses Verständnis der Widerspruchslösung kann sich zwar nicht unmittelbar auf die beiden an zentraler Stelle zitierten neueren Entscheidungen des OLG Hamm und des OLG Karlsruhe berufen,³³ da beide Entscheidungen andere Konstellationen – insbesondere keine der Revisionsinstanz vorhergehenden Freisprüche – zum Gegenstand haben. Es kann aber immerhin an eine (offenbar

³⁰ Vgl. NStZ-RR 2011, 46.

³¹ Vgl. OLG Frankfurt NStZ-RR 2006, 46, 48.

³² Zu dieser Differenzierung zwischen Voraussetzungen und Durchsetzbarkeit *Jäger* (Fn. 1), S. 26 f.

³³ Vgl. OLG Hamm StRR 2010, 66 und OLG Karlsruhe StRR 2010, 307.

als eine Sonderkonstellation betreffend empfundene und daher eher wenig wahrgenommene) Entscheidung des OLG Stuttgart zu einem unterlassenen Widerspruch nach fehlender Beschuldigtenbelehrung anknüpfen³⁴ und erscheint auf den ersten Blick auch durchaus konsequent, wenn man davon ausgeht, dass ohne Widerspruch ein Beweisverwertungsverbot nicht besteht: Denn ohne Beweisverwertungsverbot müssen schon nach § 244 II StPO entsprechende Beweismittel verwertet werden, so dass ihre fehlende Berücksichtigung einen Rechtsfehler darstellt.

Auf den zweiten Blick dagegen ist diese Rechtsprechung selbst auf der Grundlage der Widerspruchslösung keinesfalls zwingend: Soeben wurde bereits angemerkt, dass die Widerspruchslösung jedenfalls in der ursprünglichen Formulierung im BGHSt 38, 214 und ihrer Wahrnehmung in Teilen der Literatur eher als Ausschluss der Durchsetzbarkeit des „Rechts auf ein Beweisverwertungsverbot“ als in der zwingend ausgeschlossenen Berücksichtigung des Beweisverwertungsverbotese gesehen wurde.³⁵ Auch ist kaum erklärbar, warum ein „Fehler“ des nicht widersprechenden Angeklagten bzw. Verteidigers die Rechtslage dauerhaft und irreversibel umgestalten soll, während der (vermeintliche) „Fehler“ des Tatgerichts, das Beweisverwertungsverbot anzuerkennen, nicht zu einer „Rückumgestaltung“ führen soll. Hier wird ersichtlich mit zweierlei Maß gemessen.

Dies wird auch deutlich, wenn man den zur Begründung des Widerspruchserfordernisses immer wieder herangezogenen Vergleichsfall der Präklusion im Zivilprozess betrachtet: Auch wenn eine Partei mit ihren Einwänden präkludiert ist, hindert dies die gegnerische Partei selbstverständlich nicht, genau die der Präklusion unterliegenden Tatsachen ihrerseits einzugestehen. Zugegebenermaßen „hinkt“ dieser Vergleich deshalb, weil der Strafprozess kein Parteiprozess ist und insbesondere das Gericht keine Partei in diesem Sinne – indes schreibt der Vergleich ja nur fort, was von den Anhängern der Widerspruchslösung zur Begründung derselben herangezogen wird, obwohl der Gedanke dort genauso wenig passt.

Man wird sogar noch weitergehen müssen: Die Ablehnung einer „Rückumgestaltung des Prozessrechtsverhältnisses“ durch den Freispruch bzw. durch die Annahme eines Beweisverwertungsverbotese seitens des Tatgerichts im Unterschied zu den Konsequenzen eines unterlassenen Widerspruchs des Verteidigers ist umso weniger verständlich, als durch den zweiten Akt die „eigentlich materiell gesollte Rechtslage“, nämlich die Existenz eines Beweisverwertungsverbotese bei hinreichend schweren Fehlern der Strafverfolgungsbehörden bei der Beweisermittlung, wieder hergestellt wird. Warum an diese „Wiederherstellung“ höhere Anforderungen zu stellen sein sollen als an die Präklusion der Berufung auf das Beweisverwertungsverbot, ist nicht einsichtig. Vielmehr „zwingt“ die Rechtsprechung OLG Frankfurt zur dauerhaften Umgestaltung der prozessualen Situation das

neue Tatgericht nach der Zurückverweisung ein objektiv fehlerhaft³⁶ erhobenes Beweismittel zu verwerten.

3. Die Problematik dieser Sichtweise offenbart auch folgender Vergleichsfall: Geht das Tatgericht davon aus, dass hinsichtlich eines bestimmten Beweismittels ein Beweisverwertungsverbot besteht, so ist es denkbar, dass es auf die Einführung desselben in der erstinstanzlichen Hauptverhandlung vollständig verzichtet. In einem solchen Fall würde es seltsam anmuten, wenn man vom Angeklagten und Verteidiger erwarten würde, dass sie der Verwertung eines nur hypothetisch bestehenden, vom Tatgericht aber überhaupt nicht herangezogenen Beweismittels widersprechen müssten; streng genommen würde auch überhaupt kein „beweisverwertungsverbotsschädliches“ Unterlassen eines Widerspruchs vorliegen, da bei z.B. *a priori* fehlender Einbeziehung des Beweismittels durch das Amtsgericht der „in § 257 StPO genannte Zeitpunkt“ für dieses Beweismittel überhaupt nie eingetreten ist.

Warum es freilich bei – möglicherweise sogar auch schon absehbarer – Nichtverwertung des Beweismittels (oder sonstigen Fällen eines „greifbar drohenden Freispruches“) für die materielle Existenz oder Nichtexistenz eines Beweisverwertungsverbotese eine Rolle spielen soll, ob das vom Tatgericht *ohnehin nicht verwertete* Beweismittel *erfolglos eingeführt* worden ist oder nicht, ist schwer einsehbar. Wenn hier überhaupt negative Konsequenzen aus einer Obliegenheitsverletzung abgeleitet werden sollten, so müssten diese im Fall der Nichtverwertung des Beweismittels eher die Staatsanwaltschaft treffen, wenn sie einer „drohenden Nichtverwertbarkeit“ nicht ihrerseits in der Hauptverhandlung widersprochen hat. Ist nach der angemessenen Verantwortungsverteilung für Fehler der Strafverfolgungsbehörden bzw. des Gerichts die Aufbürdung eines Widerspruchserfordernisses schon dann „eigentlich systemwidrig“, wenn damit „nur“ das Recht, sich auf ein Beweisverwertungsverbot zu berufen, verloren geht, so wird diese Obliegenheit zu einer vollends nicht mehr begründbaren formalen Anforderung, wenn der versäumte Widerspruch selbst dann negative Konsequenzen haben soll, wenn das Gericht, *vor dem an sich hätte widersprochen werden müssen* (!), den Angeklagten gleichwohl freispricht und dabei möglicherweise sogar selbst ein Beweisverwertungsverbot annimmt.

V. Fazit

Die Widerspruchslösung ist grundsätzlichen Bedenken ausgesetzt, welche um so schwerer wiegen, je weiter ihr Anwendungsbereich gezogen wird. Gleichwohl wird angesichts der gefestigten Rechtsprechung für die Praxis bis auf weiteres davon auszugehen sein, dass entsprechende Widerspruchserfordernisse aufgestellt werden und ihre Verletzung „sanktioniert“ wird. Gerade deshalb sind die Instanzgerichte und Oberlandesgerichte dazu aufgerufen, an den „Stellschrauben“, die nicht die grundsätzliche Existenz der Widerspruchslösung betreffen, in einer Weise zu drehen, die ihre Konsequenzen abmildert. Dazu gehört insbesondere, dass ihre Wirkung auf den

³⁴ Vgl. OLG Stuttgart NStZ 1997, 405.

³⁵ Dem entspricht auch die nicht ungebrauchliche (freilich aus anderen Gründen nicht unproblematische) Deutung des unterlassenen Widerspruchs als „Verwirkung“.

³⁶ Und damit es nach h.M. zu einem Beweisverwertungsverbot kommt: objektiv sogar in gravierendem Maße fehlerhaft!

Verlust beschränkt bleibt, sich auf ein Beweisverwendungsverbot berufen zu können, und nicht vorschnell eine vollständige und vor allem auch irreversible materielle Umgestaltung des Prozessrechtsverhältnisses angenommen wird. Hier sind auch durch die genannten obergerichtlichen Entscheidungen die Wege noch nicht so „zementiert“, dass allein sie fortgeschritten werden kön-

nen. Soweit dies im Einzelfall als unvermeidbar erscheint, sollte auch der Mut zu einer Vorlage an den Bundesgerichtshof gefasst werden, aus dessen Rechtsprechung – soweit ersichtlich – die extrem weitreichende Konsequenz auch nach einem Freispruch durch die Tatgerichte wohl nicht zwingend abgeleitet werden muss.

Aufsätze und Anmerkungen

Das Beweisantragsrecht des Nebenklägers – ein Recht zweiter Klasse?

Anmerkung zu BGH 5 StR 547/09 vom 28. April 2010 (= HRRS 2011 Nr. 203)

Von Dr. Stefanie Bock, Institut für Kriminalwissenschaften an der Universität Göttingen

Mit der Entscheidung BGH HRRS 2011 Nr. 203 führt der BGH eine Differenzierung zwischen Beweisanträgen des Angeklagten und solchen des Nebenklägers ein. Bei letzteren soll auch eine „weniger restriktive Anwendung der gesetzlich vorgesehenen beschränkten Ablehnungsmöglichkeiten [...] vertretbar“ sein. Zur Begründung stellt der BGH auf die hohe Bedeutung des Beweisantragsrechts für den Angeklagten ab. Unbestritten ist, dass dies ein wichtiges Element eines fairen und rechtsstaatlichen Strafverfahrens ist:¹ der Beschuldigte wird in die Lage versetzt, als Prozesssubjekt² aktiv in das Verfahren einzugreifen und sich – beispielsweise durch das Einbringen entlastender Beweise – an der Sachverhaltsaufklärung zu beteiligen. Zudem bietet es die Möglichkeit, das die Verfahrensherrschaft innehabende Gericht zu kontrollieren.³ Das Beweisantragsrecht ist damit Ausdruck des verfassungsmäßigen Rechts des Angeklagten auf wirksame Verteidigung.⁴ Allerdings lassen sich hieraus keine Rückschlüsse auf die (abweichende) Behandlung von Beweisanträgen des Nebenklägers ziehen.

Zudem sollte die Bedeutung von Partizipationsrechten für den Verletzten nicht unterschätzt werden. Mit dem Instrument der Nebenklage eröffnet sich auch ihm die Möglichkeit, als selbstbestimmtes Subjekt seine Interessen eigenverantwortlich wahrzunehmen anstatt in der

passiven Zeugenrolle zu verharren.⁵ Dies gilt namentlich für das Beweisantragsrecht, das vor allem dem Interesse des Verletzten an der Wahrheitsfindung Rechnung trägt.⁶ Zwar ist das Gericht zur Aufklärung des Sachverhalts von Amts wegen verpflichtet (vgl. § 244 II StPO) – die hiervon unabhängige Befugnis des Nebenklägers, auf eine umfassende Beweisaufnahme hinzuwirken, wird aber spätestens dann relevant, wenn Gericht und Staatsanwaltschaft der vollständigen Aufklärung der tatsächlichen Geschehnisse nur eine untergeordnete Bedeutung beimessen.⁷ Vergegenwärtigt man sich die hohe Arbeitsauslastung der Strafgerichte, so ist dies kein unwahrscheinliches Szenario. In diesem Sinne dient die Ausdehnung des Beweisantragsrechts auf den Nebenkläger auch der objektiven Wahrheitsfindung. Der Verletzte kann seine Perspektive, sein für die Interpretation der Geschehnisse wesentliches Vorverständnis in das Verfahren einbringen und auf diese Weise zu einer offenen, auf die Ermittlung der wahren Geschehnisse gerichteten Sachverhaltsaufklärung beitragen.⁸ Darüber hinaus können mit der Wahrnehmung von prozessualen Rechten positive psychologische Effekte verbunden sein. Bringt sich der Verletzte aktiv in das Strafverfahren ein, so steht dies im diametralen Gegensatz zur Straftat, die regelmäßig durch die Passivität bzw. Hilflosigkeit des Opfers gekennzeichnet ist.⁹ Diese Erfahrung kann dem Betroffe-

¹ Vgl. nur *Strate* StV 1990, 392; *Basdorf* StV 1995, 310, 312.

² *Schatz*, Das Beweisantragsrecht in der Hauptverhandlung: Reformgeschichte und Reformproblematik (1999), S. 275 ff., 278; *Hamm/Hassemer/Pauly*, Beweisantragsrecht, 2. Aufl. (2007), Rn. 18; *Eisenberg*, Beweisrecht der StPO, 7. Aufl. (2011), Rn. 553.

³ *Schatz* (Fn. 2), S. 254 ff.; *Volk*, Grundkurs StPO, 7. Aufl. (2010), § 25 Rn. 1.

⁴ *Schatz* (Fn. 2), S. 271 f. mwN.

⁵ *Gollwitzer*, FS Schäfer (1979), S. 65; vgl. auch *Schneider* StV 1998, 456, 458.

⁶ Siehe BT-Drs. 10/5305, S. 14.

⁷ *Niedling*, Strafprozessualer Opferschutz am Beispiel der Nebenklage (2005), S. 86 f.

⁸ So allgemein zum Beweisantragsrecht *Hamm/Hassemer/Pauly* (Fn. 2), Rn. 30 ff.

⁹ Vgl. *Bard/Sangrey*, The Crime Victim's Book, 2. Aufl. (1986), S. 16; *Hagemann*, Wohnungseinbrüche und Gewalt-

nen bestenfalls bei der Tatverarbeitung helfen. Jedenfalls tragen Beteiligungsrechte aber dazu bei, das Risiko einer sekundären Viktimisierung, also einer Intensivierung der Straftatfolgen durch die mit einem Strafverfahren verbundenen Belastungen,¹⁰ zu minimieren.¹¹

Selbst wenn man einer aktiven Beteiligung des Opfers am Strafverfahren kritisch gegenübersteht,¹² so muss man dennoch die eindeutige Entscheidung des Gesetzgebers respektieren. Dieser hat dem Verletzten in § 397 I 3 StPO explizit das Recht eingeräumt, Beweisanträge zu stellen. Dabei hat er darauf verzichtet, Reichweite und

taten: Wie bewältigen Opfer ihre Verletzungen? (1992), S. 126; Hansen, Traumatisierung von Frauen durch Gewalt (1999), S. 6.

¹⁰ Kiefl/Lamnek, Soziologie des Opfers (1986), S. 239; Tampe, Verbrechensopfer (1992), S. 36; Herman Journal of Traumatic Stress 16 (2003), 159, 160. Anerkannt wurde die Gefahr einer sekundären Viktimisierung durch das Strafverfahren beispielsweise im 5. Erwägungsgrund des Rahmenbeschlusses 2001/220/JI des Rates vom 15.3.2001 über die Stellung des Opfers im Strafverfahren, ABl. EG 2001 L 82/1.

¹¹ Herman Journal of Traumatic Stress 16 (2003), 159; Bock ZStW 119 (2007), 664, 672.

¹² Vgl. nur Kempf StV 1987, 215.

Grenzen dieser Befugnis gesondert auszugestalten. Stattdessen wird auf die allgemeine Regel des § 244 III-IV StPO verwiesen. Wortlaut und gesetzliche Systematik sprechen daher dafür, alle Beweisanträge einheitlich zu behandeln – unabhängig davon, von welchem Verfahrensbeteiligten sie gestellt werden. Dies dürfte auch dem Willen des Gesetzgebers entsprechen, der in der Gesetzesbegründung ausdrücklich hervorhebt, dass „[a]uch seine [die des Nebenklägers, SB] Beweisanträge nur unter den in § 244 Abs. 3 bis 5 genannten Voraussetzungen [...] abgelehnt werden“ dürfen.¹³ Dass der BGH sich über all dies hinwegsetzt, ist auch aus Gründen der Rechtssicherheit und Rechtsklarheit misslich. Zu den in § 244 III-IV StPO genannten Ablehnungsgründen existiert eine ausdifferenzierte Kasuistik, die es den Verfahrensbeteiligten ermöglicht, die Erfolgsaussichten eines Beweisantrags realistisch einzuschätzen und ihr Prozessverhalten entsprechend auszurichten. Nun steht in Frage, ob und in welchem Umfang die bekannten Regeln auch für Prozesshandlungen des Nebenklägers gelten. Dies fordert Diskussionen zwischen den Prozessbeteiligten und die Entwicklung neuer Fallgruppen zu § 244 III-IV StPO geradezu heraus. Ob dies prozessökonomisch sinnvoll ist, kann bezweifelt werden.

¹³ BT-Drs. 10/5305, S. 33,

Aufsätze und Anmerkungen

Zur Auslegung des § 20 Abs. 1 Nr. 5 Vereinsgesetz: Das Fortbestehen einer Strafbarkeitslücke

Von Rechtsanwältin Antonia von der Behrens und Rechtsreferendar Ole-Steffen Lucke

Die Verfasser vertreten im folgenden Beitrag die Ansicht, dass § 20 Abs. 1 Nr. 5 VereinsG trotz der Gesetzesänderung vom 21.01.1998 (BGBl. I 164) das Verwenden oder Verbreiten von Kennzeichen ausländischer Vereine, die einem Betätigungsverbot nach § 18 Satz 2 VereinsG unterliegen, nicht unter Strafe stellt. Die gegenteilige, von weiten Teilen der Rechtsprechung vertretene Ansicht ist nicht mit dem Wortlaut der Norm vereinbar. Relevanz kommt dieser Rechtsfrage in straf- und versammlungsrechtlichen Verfahren zu, in denen die Strafbarkeit des Verbreitens oder Verwendens von Kennzeichen z.B. der mit einem Betätigungsverbot belegten „Arbeiterpartei Kurdistans (PKK)“ zu klären ist.

I. Einleitung

Der nachfolgende Beitrag beschäftigt sich mit der Auslegung des § 20 Abs. 1 Nr. 5 VereinsG, der in der Vergangenheit wenig Beachtung gefunden hat. Das gesamte

Vereinsstrafrecht führt aufgrund seiner Subsidiarität zu den Vorschriften des StGB ein „Schattendasein“¹. Die wenigen aktuellen Beiträge zum Vereinsstrafrecht richten ihren Fokus dabei vornehmlich auf § 20 Abs. 1 Nr. 4 VereinsG, der die Zuwiderhandlung gegen ein (Betätigungs-) Verbot nach den § 14 Abs. 3 S. 1 oder § 18 Abs. 2 VereinsG unter Strafe stellt.² Vertiefte Abhandlungen zur aktuellen Fassung des § 20 Abs. 1 Nr. 5 VereinsG, der seit der Gesetzesänderung vom 21.01.1998³ auch das Verwenden von Kennzeichen eines nach § 15 Abs. 1 i. V. m. § 14 Abs. 3 VereinsG mit einem Betätigungsverbot belegten Vereins unter Strafe stellt, sucht man dagegen vergeblich.⁴ Dies verwundert – erst Recht vor dem Hin-

¹ Heinrich NStZ 2010, 429 f.

² Heinrich NStZ 2003, 43 f.; ders. 2010, 429 ff.; Puppe JZ 2000, 735 f.

³ BGBl. I S. 164.

⁴ Zwar enthält etwa der Kommentar von Erbs/Kohlhaas-Wache, Strafrechtliche Nebengesetze, Band 4, 146. Ergänzungslieferung Mai 2002, § 20 VereinsG, Rn. 23ff. Ausführ-

tergrund, dass diese Norm gerade im Bereich der strafrechtlichen Ahndung von Verstößen gegen das Betätigungsverbot der PKK eine bedeutende Rolle spielt.⁵

Relevanz erhält § 20 Abs.1 Nr. 5 VereinsG dabei vor folgendem Hintergrund: Unstreitig macht sich nach dem Vereinsgesetz strafbar, wer einem Betätigungsverbot eines ausländischen Vereins nach § 18 Satz 2 VereinsG zuwiderhandelt, vgl. § 20 Abs. 1 Nr. 4 VereinsG. Problematisch ist dagegen, ob auch bereits die Verbreitung oder das Zeigen seiner Kennzeichen strafbar ist. Dies könnte sich lediglich aus § 20 Abs. 1 Nr. 5 VereinsG ergeben. Verneint man dies, wäre eine Strafbarkeit nur zu bejahen, wenn die bloße Verwendung oder Verbreitung von Kennzeichen zugleich gegen die weitergehenden Anforderungen des § 20 Abs. 1 Nr. 4 VereinsG verstoßen würde. Dies wäre dann jeweils eine Frage des Einzelfalls.

II. Ursprung der Debatte

Durch Verfügung des Bundesministers des Inneren vom 22. 11. 1993⁶, bestandskräftig seit dem 26. März 1994, wurde der „Arbeiterpartei Kurdistans (PKK)“ einschließlich ihrer Teilorganisation „Nationale Befreiungsfront Kurdistans (ERNK)“ gem. § 18 Satz 2 VereinsG unter gleichzeitiger Anordnung der sofortigen Vollziehung verboten, sich im Geltungsbereich des Vereinsgesetzes zu betätigen.

Im Rahmen der hierauf folgenden juristischen Auseinandersetzung um strafbewehrte Verstöße gegen das Betätigungsverbot der PKK deckte der BGH in seinem Urteil vom 24. Januar 1996 bezüglich § 20 Abs. 1 Nr. 5 VereinsG a. F. eine Strafbarkeitslücke auf: Aufgrund des Wortlautes und der Gesetzessystematik sei die bloße Verwendung oder Verbreitung von Kennzeichen eines von einem vollziehbaren Betätigungsverbot nach § 18 Satz 2 Vereinsgesetz betroffenen Vereins nicht nach § 20 Abs. 1 Nr. 5 VereinsG strafbar.⁷

Als Reaktion ergänzte der Gesetzgeber den § 20 Abs. 1 Nr. 5 VereinsG durch das Gesetz vom 21.01.1998⁸ dahingehend, dass seitdem auch das Verwenden und Verbreiten von Kennzeichen eines von einem vollziehbaren Betätigungsverbot nach § 15 Abs. 1 i. V. m. § 14 Abs. 3 VereinsG betroffenen Vereins unter Strafe gestellt wird.

III. Reaktion der Rechtsprechung

Der Großteil der (verwaltungsgerichtlichen) Rechtsprechung nahm dies – unberechtigterweise, wie noch zu zeigen sein wird – zum Anlass, fortan durch die Norm

rungen zu § 20 Abs. 1 Nr. 5 VereinsG, zum hier betrachteten Problem jedoch lediglich zwei Sätze in Rn. 23.

⁵ U. a. OVG Bremen, Urteil vom 25.10.2005, Az.: 1 A 144/05; OVG Berlin-Brandenburg, Beschluss vom 18. April 2008, Az.: OVG 1 S 79.08; VG Bremen, Urteil vom 08.06.2009, Az.: 5 K 1408/08; VG Berlin, Beschluss vom 14.08.2009, Az.: VG 1 L 657/09.

⁶ Vgl. Bundesanzeiger vom 26.11.1993, S. 10313.

⁷ BGH, Urteil vom 24.01.1996, Az.: 3 StR 530/95; ebenso Scholz NStZ 1996, 602 ff.; a.A. Köbler NStZ 1995, 531 ff.

⁸ Siehe Fn. 3.

auch das Verbreiten bzw. die Verwendung von Kennzeichen eines ausländischen Vereins, dem nach § 18 Satz 2 VereinsG die Betätigung verboten ist, unter Strafe gestellt zu sehen. Zur Begründung verwies diese Rechtsprechung im Wesentlichen darauf, dass durch die Gesetzesänderung des § 20 Abs. 1 Nr. 5 VereinsG die vom BGH aufgedeckte Strafbarkeitslücke geschlossen worden sei. Über den Verweis auf das Betätigungsverbot nach § 15 Abs. 1 i. V. m. § 14 Abs. 3 Satz 1 VereinsG sei nunmehr auch die Verwendung von Kennzeichen eines nach § 18 Satz 2 VereinsG mit einem Betätigungsverbot belegten ausländischen Vereins strafbar.⁹

IV. Die (immer noch) bestehende Strafbarkeitslücke

Diese Ansicht setzt sich jedoch in nicht zu rechtfertigender Weise in Widerspruch zum Wortlaut des § 20 Abs. 1 Nr. 5 VereinsG und dies ohne in den zwölf seit der Gesetzesänderung vergangenen Jahren ernsthafte Kritik hervorgerufen zu haben. Zu einem gegenteiligen Ergebnis gelangte bisher nur das OVG Berlin-Brandenburg:¹⁰ Der PKK ist die Betätigung im Inland nicht „nach § 14 Abs. 3 i. V. m. § 15 VereinsG verboten. Vielmehr ist der PKK die Betätigung im Inland allein nach Maßgabe des § 18 Satz 2 VereinsG untersagt mit der Folge, dass der Straftatbestand des § 20 Abs. 1 Nr. 5 VereinsG nicht einschlägig ist.“ Zur Begründung nahm das Gericht hierbei allerdings hauptsächlich auf die Rechtsprechung zum alten Recht¹¹ Bezug, so dass es dieser Entscheidung an Überzeugungskraft fehlte.¹²

Dieser bisher vereinzelt gebliebenen Rechtsprechung ist im Ergebnis jedoch zwingend zu folgen. Deutlich wird dies, wenn man den § 20 Abs. 1 Nr. 5 VereinsG unter Anwendung der klassischen Auslegungsmethoden näher betrachtet:

1. Wortlaut

Ausgangspunkt und Grenze jeder Auslegung ist der Wortlaut der Norm. Nach dem Wortlaut des § 20 Abs. 1 Nr. 5 VereinsG gilt das Verbot der Kennzeichenverwendung oder Kennzeichenverbreitung für die nach § 20 Abs. 1 Nr. 1 und 2 VereinsG verbotenen Vereinigungen, Vereine oder Parteien und für die mit einem Betätigungsverbot nach § 15 Abs. 1 i. V. m. § 14 Abs. 3 belegten Vereine. In dieser enumerativen Aufzählung des § 20 Abs. 1 Nr. 5 VereinsG fehlt dagegen das Betätigungsverbot nach § 18 Satz 2 VereinsG. Der Wortlaut der Vorschrift ist somit eindeutig: Der Gebrauch von Kennzeichen derjenigen Vereinigungen, die einem Betätigungsverbot nach § 18 Satz 2 VereinsG unterliegen, wird durch § 20 Abs. 1 Nr. 5 VereinsG nicht mit Strafe bedroht.

⁹ OVG Bremen, siehe Fn. 5; VG Bremen, siehe Fn. 5; VG Berlin, siehe Fn. 5; in diese Richtung wohl auch: Erbs/Kohlhaas-Wache, siehe Fn. 4, § 20 VereinsG, Rn. 23.

¹⁰ OVG Berlin-Brandenburg, siehe Fn. 5.

¹¹ BGH, s. Fn. 7.

¹² Vgl. etwa die entsprechende Argumentation in VG Berlin, Beschluss vom 14.08.2009, Az.: VG 1 L 657/09.

Zu einem anderen Ergebnis kann man auch nicht durch die Gleichsetzung des Betätigungsverbots nach § 18 Satz 2 VereinsG mit einem Betätigungsverbot nach § 15 Abs. 1 i. V. m. § 14 Abs. 3 VereinsG gelangen. Dem steht bei formaler Betrachtungsweise schon entgegen, dass beide Verbote auf unterschiedlichen Rechtsgrundlagen beruhen. Diese Gleichsetzung ist darüber hinaus auch inhaltlich nicht zu rechtfertigen. Beide Betätigungsverbote betreffen verschiedene Konstellationen, was sich aus einer Vergegenwärtigung der Differenzierung zwischen Ausländervereinen (§ 14 VereinsG) und ausländischen Vereinen (§ 15 VereinsG) sowie zwischen Organisations- und Betätigungsverbot ergibt.

a) Verbot von Ausländervereinen

Ausländervereine i. S. des § 14 VereinsG sind Vereine mit Sitz im Inland, deren Mitglieder oder Leiter ausschließlich bzw. überwiegend Ausländer sind.¹³ Sie können wie „deutsche Vereine“ aus den Gründen des Art. 9 Abs. 2 GG i. V. m. § 3 VereinsG sowie zusätzlich aus den Gründen des § 14 Abs. 2 VereinsG verboten werden.¹⁴ Ein solches Organisationsverbot ist aber immer nur dann zulässig, wenn der Verhältnismäßigkeitsgrundsatz nicht entgegensteht, insbesondere kein milderes Mittel zum Schutz der Rechtsgüter ausreicht. Ein milderes Mittel stellt bei Ausländervereinen vor allem ein bloßes Betätigungsverbot nach § 14 Abs. 3 VereinsG dar, eine Maßnahme zwischen dem individuellen ausländerrechtlichen Betätigungsverbot und dem „totalen“ Vereinsverbot als Organisationsverbot.¹⁵

b) Verbot ausländischer Vereine

Ein ausländischer Verein ist dagegen ein Verein mit Sitz im Ausland, dessen Organisation oder Tätigkeit sich auf Deutschland erstreckt, vgl. § 15 Abs. 1 Satz 1 VereinsG. Ein Organisationsverbot gegen ausländische Vereine kann aus denselben Gründen ergehen wie gegen Ausländervereine, § 14 VereinsG gilt gem. § 15 Abs. 1, Satz 1 letzter Halbsatz VereinsG für sie entsprechend.¹⁶ Die Wirkungsweise und -reichweite eines solchen Organisationsverbots bestimmt sich dabei nach § 18 VereinsG: Nach einem in § 18 Satz 1 VereinsG festgeschriebenen allgemeinen Grundsatz des internationalen Verwaltungsrechts – Maßnahmen der hoheitlichen Gewalt müssen sich auf den Bereich der Gebietshoheit des jeweiligen Staates beschränken – kann sich dieses Verbot nur auf Teilorganisationen der ausländischen Vereine im Inland beziehen.

Besitzt ein ausländischer Verein dagegen keine organisatorische Verankerung im Inland, d.h. auch keine hier ansässige Teilorganisation, kann ihn das Verbot auch

nicht im Sinne eines Organisationsverbots treffen. Nach § 18 Satz 2 VereinsG kann dieses Verbot vielmehr nur als inländisches Betätigungsverbot wirken.¹⁷

Daneben müssen die Behörden aufgrund des Verhältnismäßigkeitsgrundsatzes auch beim Verbot von inländischen Teilorganisationen ausländischer Vereine überprüfen, ob statt des Organisationsverbots nicht schon ein Betätigungsverbot zum Schutz der Rechtsgüter genügt, § 15 Abs. 1, Satz 1, letzter HS i. V. m. § 14 Abs. 3 VereinsG.¹⁸ Das Betätigungsverbot nach § 15 Abs. 1 i. V. m. § 14 Abs. 3 VereinsG stellt also – wie das Betätigungsverbot nach § 14 Abs. 3 VereinsG gegen Ausländervereine – ein milderes Mittel zum Organisationsverbot dar, soweit der ausländische Verein eine Teilorganisation im Inland hat.

c) Unterschied zwischen einem Betätigungsverbot nach § 14 Abs. 3 (i. V. m. § 15 Abs. 1) und § 18 S. 2 VereinsG

Der maßgebliche Unterschied zwischen einem Betätigungsverbot nach § 14 Abs. 3 bzw. § 18 S. 2 VereinsG ist zum einen somit der Adressat. Das Betätigungsverbot nach § 18 Satz 2 VereinsG ist nur auf einen ausländischen Verein anwendbar, der ohne Teilorganisation eine Tätigkeit im Inland ausübt. Im Gegensatz hierzu kommt das Betätigungsverbot nach § 15 Abs. 1 i. V. m. § 14 Abs. 3 VereinsG bei ausländischen Vereinen in Betracht, die im Inland eine Teilorganisation besitzen.

Zum anderen ist das Betätigungsverbot nach § 15 Abs. 1 i. V. m. § 14 Abs. 3 VereinsG eine Alternative zum Organisationsverbot im Sinne eines milderen Mittels. Die Behörde steht hier vor der Wahl, die Teilorganisation des ausländischen Vereins zu verbieten oder ihr die Betätigung zu untersagen und hat sich aus Verhältnismäßigkeitsgrundsätzen gegebenenfalls für Letzteres zu entscheiden. Das Betätigungsverbot nach § 18 Satz 2 VereinsG ist dagegen gleichwertig mit einem Organisationsverbot. Es beruht auf der räumlichen Begrenztheit deutscher Staatsgewalt und ist die einzige rechtswirksame Möglichkeit, Aktivitäten ausländischer Vereine ohne Sitz oder Organisation in der Bundesrepublik zu verbieten. „Es stellt sich als rechtliche Notwendigkeit dar, nicht aber als ‚freiwillige‘ Abstufung gesetzgeberisch vorgesehener Eingriffsmöglichkeiten im Rahmen des Verhältnismäßigkeitsgedankens“¹⁹.

2. Systematische Auslegung

Auch die systematische Auslegung spricht gegen eine Subsumtion von Vereinigungen, die mit einem Betätigungsverbot nach § 18 Satz 2 VereinsG belegt sind, unter § 20 Abs. 1 Nr. 5 VereinsG. So ist in § 20 Abs. 1 Nr. 4 VereinsG ausdrücklich von einem vollziehbaren Verbot nach § 18 Satz 2 VereinsG die Rede, weshalb es aus systematischen Gesichtspunkten bei einer entsprechenden

¹³ Erbs/Kohlhaas-Wache (Fn. 4), § 14 VereinsG, Rn. 3; Reichert, Vereins- und Verbandsrecht, 11. Auflage (2007), Rn. 6236.

¹⁴ Erbs/Kohlhaas-Wache (Fn. 4), § 14 VereinsG, Rn. 6; Heinrich NStZ 2010, 429, 430.

¹⁵ Erbs/Kohlhaas-Wache (Fn. 4), § 14 VereinsG, Rn. 7 und 17; Grundmann, Das fast vergessene öffentliche Vereinsrecht (1999), S. 138f.; Heinrich NStZ 2010, 429, 430.

¹⁶ Erbs/Kohlhaas-Wache (Fn. 4), § 15 VereinsG, Rn. 2; Grundmann (Fn. 15), S. 125; BVerwG, Beschluss vom 09.11.2005, AZ.: 6 VR 6/05.

¹⁷ Erbs/Kohlhaas-Wache (Fn. 4), § 15 VereinsG, Rn. 2, § 18 VereinsG Rn. 1-4; Heinrich NStZ 2003, 43; ders. NStZ 2010, 439, 430; Köbler (Fn. 7), S. 531 ff., 532; Wagner MDR 1966, 18, 19.

¹⁸ Grundmann (Fn. 15), S. 138; Reichert (Fn. 13), Rn. 6047 f.

¹⁹ Köbler (Fn. 7), S. 531 ff., 532.

Intention erforderlich gewesen wäre, auch in § 20 Abs. 1 Nr. 5 VereinsG das Betätigungsverbot nach § 18 S. 2 VereinsG ausdrücklich zu benennen.

3. Historische Auslegung

Die historische Auslegung stützt ebenfalls den Wortlaut und damit das von uns vertretene Ergebnis.

a) Subjektiver Gesetzgebungswille

Lediglich der subjektive Wille der am Gesetzgebungsverfahren beteiligten Organe spricht hier für die Gegenansicht. So schlug die damalige Bundesregierung als Reaktion auf die Rechtsprechung des BGH als Bestandteil des „Entwurfs eines sechsten Gesetzes zur Reform des Strafrechts“ vom 25.09.1997 für den § 20 Abs. 1 Nr. 5 VereinsG folgenden neuen Gesetzeswortlaut vor:

„In § 20 Abs. 1 Nr. 5 des Vereinsgesetzes vom 5. August 1964 ... werden nach dem Wort „Parteien“ die Wörter „oder eines von einem Betätigungsverbot nach § 18 Satz 2 betroffenen Vereins“ (eigene Hervorhebung) eingefügt.“

In der dazugehörigen Begründung hieß es:

„Der Entwurf zielt auf die Herstellung strafrechtlicher Gleichbehandlung von vereinsgesetzlichen Kennzeichenverstößen mit solchen, die einer Strafbarkeit nach dem StGB unterliegen. Dazu werden Kennzeichenstraftaten nach dem Vereinsgesetz generell, d.h. auch für verbotene Verwendung von Kennzeichen einer mit einem Betätigungsverbot nach § 18 Satz 2 VereinsG belegten Vereinigung der Vorschrift des § 20 Abs. 1 Nr. 5 VereinsG als spezieller Norm unterstellt. Diese Änderung bewirkt eine materielle Gleichstellung aller Kennzeichenstraftaten nach dem Vereinsgesetz...“²⁰.

Im Bericht des Rechtsausschusses vom 13.11.1997 wurde darüber hinaus die Änderung zum heutigen Wortlaut wie folgt begründet:

„...Um dem Anliegen des Entwurfes Rechnung zu tragen, ist jedoch auf ein Betätigungsverbot nach § 15 Abs. 1 i. V. m. § 14 Abs. 2 Satz 1 des Vereinsgesetzes abzustellen“²¹.

Der subjektive Wille der Bundesregierung sowie des Rechtsausschusses war mithin darauf gerichtet, die Gesetzeslücke zu schließen und entsprechend auch Vereinigungen, die einem Betätigungsverbot nach § 18 S. 2 VereinsG unterliegen, unter den Tatbestand des § 20 Abs. 5 VereinsG zu fassen.

²⁰ BT-Drucks. 13/8587, S. 76.

²¹ BT-Drucks. 13/9064, S. 24; durch das Gesetz vom 9.1.2002 (BGBl. I S. 361) wurde § 14 Abs. 2 VereinsG zu § 14 Abs. 3 VereinsG; ebenso wurde die Verweisung entsprechend angepasst.

b) Objektivierter Wille des Gesetzgebers

Dieser subjektive Wille ist jedoch nicht maßgeblich. Nach ständiger Rechtsprechung des BVerfG kommt es für die Bedeutung einer Norm nämlich nicht entscheidend auf die subjektive Vorstellung der am Gesetzgebungsverfahren beteiligten Organe oder einzelner ihrer Mitglieder an. Maßgebend für die Auslegung einer Gesetzesbestimmung ist vielmehr der in dieser zum Ausdruck kommende objektivierter Wille des Gesetzgebers, so wie er sich aus dem Wortlaut der Vorschrift und dem Sinnzusammenhang ergibt. Dieser ist im Wege der Auslegung zu ermitteln, wobei nach dem BVerfG im Strafrecht die grammatikalische Auslegung eine herausgehobene Bedeutung hat – „hier zieht der mögliche Wortsinn der Vorschrift gerade mit Blick auf Art. 103 Abs. 2 GG der Auslegung eine Grenze, die unübersteigbar ist“²².

Wendet man diese Grundsätze des BVerfG auf § 20 Abs. 1 Nr. 5 VereinsG an, bildet der eindeutige Wortlaut dieses Straftatbestandes für die anders lautende Auslegung der Rechtsprechung ein unüberwindbares Hindernis.

V. Zusammenfassung

Die Gesetzesänderung hat damit ihr von den damaligen Gesetzgebungsorganen verfolgtes Ziel verfehlt. Die Auslegung der Norm stellt den Rechtsanwender hinsichtlich der Einbeziehung des Betätigungsverbots nach § 18 Satz 2 VereinsG vor die gleichen, unüberwindbaren Hindernisse wie zuvor.

Zur Verdeutlichung sei hier die wesentliche Begründung der BGH-Entscheidung wiedergegeben, die damals den Anstoß zur Änderung gab:

„Angesichts der sachlichen Gleichwertigkeit des Betätigungsverbots mit einem Organisationsverbot erscheint freilich die innere Rechtfertigung dafür fraglich, dass die Verbreitung und Verwendung der Kennzeichen im Falle von Vereinen und Parteien i. S. des § 20 I Nr. 1 und 2 Vereinsgesetz ohne weiteres, im Falle der mit einem Betätigungsverbot belegten ausländischen Verein aber nur unter den Voraussetzungen des § 20 I Nr. 4 Vereinsgesetz strafbar sind. Eine danach mögliche Strafbarkeitslücke kann jedoch wegen des eindeutigen Wortlauts in § 20 I Nr. 5 Vereinsgesetz und wegen des systematischen Regelungszusammenhangs der Strafvorschriften in § 20 I Vereinsgesetz nicht im Wege ausdehnender Anwendung des § 20 I Nr. 5 VereinsG geschlossen werden. Darin läge eine die Wortlautschränke durchbrechende analoge Normanwendung zum Nachteil des Täters, die unzulässig ist. Daran ändert nichts, dass die Entstehungsgeschichte dieser Strafbestimmungen (eigene Hervorhebung) Hinweise auf die Anwendbarkeit des § 20 Abs. 1 Nr. 5 VereinsG auch im Falle des Betätigungsverbots nach § 18 Satz 2 VereinsG zu entnehmen sein mögen. Entscheidend ist, dass

²² BVerfGE 105, 135 ff., 157; vgl. zum Charakter des § 20 VereinsG als Strafnorm: Heinrich NSTZ 2010, 429.

solche Vorstellungen keinen hinreichenden Ausdruck im Wortlaut und in der Regelungssystematik des § 20 Abs. 1 VereinsG gefunden haben²³.

²³ BGH, siehe Fn. 7.

Mithin bestehen – wie oben aufgezeigt – die wesentlichen Auslegungshürden von damals auch heute noch. Insgesamt betrachtet liegt die vom BGH im Jahr 1996 aufgedeckte Strafbarkeitslücke somit nach wie vor: Unter Berücksichtigung der grundlegenden Auslegungsmethoden ist insbesondere die PKK (immer noch) keine verbotene Vereinigung i. S. des § 20 Abs. 1 Nr. 5 VereinsG.

Dokumentation

Verfahrensdokumentation

In dieser Ausgabe kein Eintrag.

Schrifttum

Schrifttum

Ali B. Norouzi: Die audiovisuelle Vernehmung von Auslandszeugen, Veröffentlichungen zum Verfahrensrecht, Band 74, ISBN 978-3-16-149657-8, XVII, 295 Seiten, 69,00 €, Mohr-Siebeck, Tübingen 2010.

Die Technologie ist neu, aber das Recht alt. Oder in den Worten von Ali B. Norouzi: Die „Simultanität von faktischer Nähe und normativer Distanz“ (S. 179): In diesem Spannungsfeld bewegt sich die hier zu besprechende Arbeit, eine Tübinger Dissertation, die von Joachim Vogel betreut worden ist. Vorbehalte gegen Videovernehmungen gibt es viele. Stellvertretend dafür etwa steht das Argument: „Einen Zeugen muss ich ‚live‘ sehen und ‚riechen‘. Nur dann kann ich mir ein Bild von ihm machen.“ Auch mit solchen und ähnlichen Vorurteilen und Fehlverständnissen muss sich Verfasser auseinandersetzen (zur Irrelevanz non-verbaler Verhaltens entgegen praktischer Ansicht: S. 251 f.). Er kann deshalb nicht einfach das Banale behaupten, und etwa ausführen: Eine Videovernehmung ist allemal besser als eine kommissarische Vernehmung; sie kommt der herkömmlich unmittelbaren Vernehmung sehr nahe. Ausnahmen hiervon kann es geben. Nein, er muss sich durchquälen durch ein ganzes Gestrüpp an ernsthaften und scheinbaren Argumenten. Aber ich selbst habe erlebt, wie wirklichkeitsnah eine Videovorlesung sein kann, wenn die technischen Voraussetzungen stimmen. Selbst so etwas Rudimentäres

(und Kostengünstiges!) wie eine Übertragung per Skype kann einen mit Gewinn an einer sonst zu verschiebenden Gremiensitzung teilnehmen lassen. Kurzum: Wenn man den neuen Medien gegenüber aufgeschlossen ist, kann man ihnen sehr viel, vor allem sehr viel Erleichterung, abgewinnen.

Dies ist auch die Grundeinstellung des Autors. Er nimmt sich des Themas freilich in grundsätzlicher Art an. Er verortet seine Lösung in einem transnationalen Strafprozessrecht und argumentiert durchweg überzeugend. Dies liegt auch am klaren Gedankengang insgesamt: Zunächst erarbeitet Norouzi im ersten Teil (S. 11 ff.) seine Ausgangspunkte zur Bewertung der audiovisuellen Vernehmung als nationales und transnationales Beweismittel. Der zweite Teil (S. 63 ff.) ist der Anordnung, der dritte Teil (S. 159 ff.) der Durchführung, der vierte Teil (S. 231 ff.) schließlich der Verwertung einer audiovisuellen Vernehmung von Auslandszeugen gewidmet. Die zentrale Frage dabei ist, umfassend zu prüfen, „ob die audiovisuelle Zeugenvernehmung *rechtlich*, also als Beweismittel im internationalen Strafprozessrecht, in der Lage sein kann, die grenzüberschreitenden Beweisaufnahmen zu verbessern.“ (Hervorhebung im Original)

Dazu entwirft Verfasser die Grundzüge eines transnationalen Strafverfahrensrechts und kennzeichnet die transnationale Videovernehmung damit, dass sich die beiden

beteiligten Rechtssysteme weder räumlich noch zeitlich trennen ließen. Treffend führt er aus: „Der Zeuge wird sowohl im Beweismittelstaat als auch im Forumstaat vernommen und sagt sowohl im Beweismittelstaat als auch im Forumstaat aus“ (S. 9 sowie S. 159 ff.). Eine zweite zentrale Überlegung besteht darin, dass die Verwertung des Protokolls einer kommissarischen Vernehmung im Wege der Verlesung erfolgt, während die audiovisuelle Vernehmung eines Auslandszeugen eben eine Vernehmung und keine Verlesung ist (S. 16).

Norouzi ordnet die audiovisuelle Vernehmung den Beweisrechtsprinzipien zu (S. 15). Geradezu genüsslich formuliert er: „Der Zeuge wird *vernommen*, die Urkunde (hier das Protokoll der Vernehmung) *verlesen*. Diese Feststellung mutet, zugegeben, banal, an. Sie wirft aber den Verdacht auf, dass sich die räumliche, allein audiovisuell überbrückte Distanz bei Videovernehmung jedenfalls abstrakt und, verglichen mit dem Protokoll, nicht nennenswert auswirkt“ (S. 16). Dies sind aus meiner Sicht die Botschaften der gesamten Arbeit. Konsequenter ist es deshalb, wenn er die audiovisuelle Vernehmung zwar nicht als gleichrangig, aber „nahezu gleichwertig“ (S. 36) einordnet und allenfalls ein geringfügiges Minus gegenüber der Direktvernehmung sieht. Vor allem ist sie kein Aliud wie die Protokollverlesung.

Das anspruchsvolle und zugleich bestens nachvollziehbare deduktiv-methodische Vorgehen zeigt sich beispielhaft auf S. 38 – 62. Verfasser destilliert Maximen aus dem *nationalen* Strafprozess für Interessenskonflikte und für den Interessensausgleich, um diese dann entsprechend auf Interessenskonflikte und den Interessensausgleich auf der Ebene des *internationalen* Strafprozessrechts zu übertragen und sie schließlich auf die transnationale Videovernehmung anzuwenden. Zu Recht betont er dabei, es sei naheliegend, die Videovernehmung als zentral für die Entwicklung in Europa anzusehen (S. 74).

Die eigene Lösung zum Verhältnis Videovernehmung – Protokollverlesung besteht darin, dass die Videovernehmung wegen der Konfrontationsmöglichkeit angeordnet werden *muss*, wenn sie möglich ist, weil sie das Konfrontationsrecht am besten wahrt (S. 115 ff., 125). Mit § 244 Abs 5 Satz 2 StPO geht Verfasser zu Recht sehr kritisch

um, weil er jedenfalls bei einer Videovernehmung keine Berechtigung mehr hat (S. 128 ff.).

Im dritten Teil zur Durchführung der audiovisuellen Vernehmung wendet sich Verfasser der zentralen Frage zu, warum der Grundsatz „*locus regit actum*“ bei der Videovernehmung nicht anwendbar und der Grundsatz „*forum regit actum*“ das Zukunftsmodell sei (S. 186 – 193). Dem überzeugenden Plädoyer von Norouzi kann man sich nur mit größtem Nachdruck anschließen. Gerade die transnationale Videovernehmung macht nämlich die Friktionen und „Verfahrensbrüche“ (S. 229) des bisherigen Prinzips besonders deutlich. Er schlägt eine Lösung vor (S. 183 ff.), die zwischen Geltungs- und Anwendungsbereich differenziert, weil die Strafprozessordnung keine den §§ 3 – 7 und 9 StGB vergleichbare Regelung kennt. Auch letzteres ist ein anregender Gedanke. Das Zukunftsmodell sieht er in Art. 4 des EU-Rechtshilfeübereinkommens (S. 186 ff.). Nach Behandlung von Einzelfragen der Durchführung (S. 194 – 229) wendet sich Verfasser den Verwertungsproblemen zu (231 – 265) wobei Norouzi überzeugend argumentiert, dass „klassische“ Verwertungsprobleme im Beweisrecht fallen, weil sich diese aus der Diskrepanz zwischen der *lex loci* und der *lex fori* ergeben.

Bisweilen stört mich persönlich an manchen Stellen eine vom Lesefluss ablenkende Vielzahl von Fußnoten (zB S. 16, Fn. 3 – 6 oder S. 17, Fn. 7 – 13) bzw. eine z. B. auf S. 21 in den Fn. 31 – 33 stattfindende Paralleldiskussion. Wenn man schließlich den Satz im Text S. 70 – 71 mit den Fn. 20 – 23 zusammen liest, kann man dies entweder als ein geradezu *kleistisches* Leseerlebnis empfinden oder man stutzt schlicht (Was will mir der Autor eigentlich sagen oder beweisen?). Aber das mag auch eine Frage des persönlichen Stils sein und ändert nichts an der wirklich beeindruckenden gedanklichen Leistung. Insgesamt handelt es sich um eine vorzügliche Arbeit, die sehr zum Nachdenken anregt. Sie liefert einen wirklichen Grundlagenbeitrag zum transnationalen Strafprozessrecht.

Univ. Prof. Dr. Otto Lagodny, Salzburg

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.

280. BVerfG 2 BvL 12/09 (2. Kammer des Zweiten Senats) – Beschluss vom 16. November 2010 (LG Itzehoe)

Besonders schwere Brandstiftung (Verfassungsmäßigkeit der Strafdrohung; Systematik der Brandstiftungsdelikte); Gebot schuldangemessenen Strafens (Strafrahmen; gesetzgeberischer Gestaltungsspielraum); (unzulässige) Richtervorlage (fehlende Entscheidungserheblichkeit; fehlende Berücksichtigung naheliegender Gesichtspunkte).

Art. 1 Abs. 1 GG; Art. 2 Abs. 1 GG; Art. 20 Abs. 3 GG; Art. 100 Abs. 1 GG; § 81a BVerfGG; § 306b Abs. 2 Nr. 2 StGB; § 306a StGB

281. BVerfG 1 BvR 409/09 (1. Kammer des Ersten Senats) – Beschluss vom 22. Februar 2011 (OLG Köln/LG Köln)

Bewilligung von Prozesskostenhilfe für eine Amtshaftungsklage wegen menschenunwürdiger Haftunterbringungen; Anspruch auf Rechtsschutzgleichheit; Prozesskostenhilfe; (Abweichen von höchstrichterlicher Rechtsprechung bei der Prüfung der Erfolgsaussichten der Rechtsverfolgung; Abweichen von der üblichen Verteilung der Darlegungs- und Beweislast; Durchentscheiden einer schwierigen entscheidungserhebliche Rechtsfrage).

Art. 3 Abs. 1 GG; Art. 20 Abs. 3 GG; Art. 1 Abs. 1 GG; Art. 34 GG; § 114 Satz 1 ZPO; § 839 BGB; § 18 Abs. 1 S. 1 StVollzG

282. BGH 3 StR 17/11 – Beschluss vom 8. Februar 2011 (LG Hildesheim)

Rücktritt vom Versuch (Freiwilligkeit; beendeter Versuch; korrigierter Rücktrittshorizont); minder schwerer Fall des Totschlags (auf der Stelle zur Tat hingerissen).

§ 22 StGB; § 23 StGB; § 24 Abs. 1 StGB; § 212 StGB; § 213 StGB

283. BGH 3 StR 21/11 – Beschluss vom 8. Februar 2011 (LG Kleve)

Verfall (Erlangtes).

§ 73 Abs. 1 StGB

284. BGH 3 StR 239/10 – Urteil vom 22. Dezember 2010 (LG Mönchengladbach)

BGHR; gefährliche Körperverletzung; Einwilligung; ärztliche Heilbehandlung; Folgebehandlung; Umfang der

ärztlichen Aufklärungspflicht bei Außenseitermethoden (Chancen und Risiken der Behandlung; seltene Risiken; spezifischer Zusammenhang zwischen Behandlung und Komplikation; Erstbehandlung; Folgebehandlung; Einsatz von Zitronensaft zur Wunddesinfektion).

§ 223 StGB; § 224 StGB; § 228 StGB; Art. 1 Abs. 1 GG; Art. 2 Abs. 1 GG; Art. 2 Abs. 2 Satz 1 GG

285. BGH 3 StR 312/10 – Beschluss vom 9. Dezember 2010 (LG Duisburg)

BGHSt; sonstige Stelle (behördenähnliche Institution; verlängerter Arm des Staates; staatliche Steuerung); Vorteilsannahme („Klimapflege“); für den öffentlichen Dienst besonders Verpflichteter (materielle Aufgabenprivatisierung; Eisenbahn-Bundesamt); Amtsträger.

§ 11 StGB; § 331 StGB; § 1 DBGrG

286. BGH 3 StR 337/10 – Urteil vom 13. Januar 2011 (LG Verden)

Beweiswürdigung (Freispruch); Verfahrensrüge wegen Ablehnung eines Beweisantrags (Aufklärungsrüge; Darlegungsvoraussetzungen; Mitteilung des Inhalts einer zu verlesenden Urkunde; Rüge der Verletzung des Beweisantrags(ablehnungs)rechts).

§ 261 StPO; § 244 StPO; § 344 Abs. 2 Satz 2 StPO

287. BGH 3 StR 364/10 – Urteil vom 25. November 2010 (LG Stade)

Versuchter Totschlag (Vorsatz; Beweiswürdigung; besonders gefährliche Gewalthandlung; Todesdrohung; affektive Erregung; hohe Hemmschwelle); erheblich verminderte Schuldfähigkeit.

§ 212 StGB; § 22 StGB; § 23 StGB; § 261 StPO; § 15 StGB; § 21 StGB

288. BGH 3 StR 382/10 – Urteil vom 25. November 2010 (LG Hannover)

Sicherungsverwahrung (Gefährlichkeitsprognose; hohes Alter des Angeklagten; langjährige Haftstrafe); Unterbringung in einer Entziehungsanstalt.

§ 66 StGB; § 261 StPO; § 64 StGB

289. BGH 3 StR 385/10 – Beschluss vom 23. November 2010 (LG Bückeburg)

Unterbringung in einem psychiatrischen Krankenhaus (Gefährlichkeitsprognose; Verhältnismäßigkeit; keine

Berücksichtigung möglicher autoaggressiver Handlungen).
§ 63 StGB; § 62 StGB

290. BGH 3 StR 386/10 – Beschluss vom 23. November 2010 (LG Hannover)

Beweiswürdigung (Urteilsgründe; Glaubhaftigkeit einer Zeugenaussage); Erörterungsmangel; Darstellungsmangel; Aussagetüchtigkeit (Aufklärungspflicht; Sachverständigengutachten).
§ 261 StPO; § 267 Abs. 3 StPO; § 244 StPO

291. BGH 3 StR 390/10 – Beschluss vom 9. November 2010 (LG Krefeld)

Doppelverwertungsverbot (Tateinheit; strafschärfende Berücksichtigung der Verwirklichung zweier Tatbestände).
§ 46 StGB; § 52 StGB

292. BGH 3 StR 393/10 – Beschluss vom 23. November 2010 (LG Kleve)

Strafzumessung (Generalprävention); Einziehung (genaue Bezeichnung des einzuziehenden Gegenstands).
§ 46 StGB; § 74 StGB

293. BGH 3 StR 401/10 – Beschluss vom 21. Dezember 2010 (LG Oldenburg)

Ablehnung eines Beweisantrages (Vernehmung eines Auslandszeugen; antizipierte Beweiswürdigung).
§ 244 StPO

294. BGH 3 StR 402/10 – Beschluss vom 23. November 2010 (LG Düsseldorf)

Unzulässige Verlesung eines Attests (Indiztatsache; Tatfolgen; Strafzumessung; Verwertungsverbot; Beruhen des Urteils).
§ 256 StPO; § 337 StPO; § 46 StGB; § 261 StPO

295. BGH 3 StR 403/10 – Beschluss vom 23. November 2010 (LG Kleve)

Aufklärungshilfe (obligatorische Erörterung); Strafzumessung.
§ 46 StGB; § 46b StGB

296. BGH 3 StR 407/10 – Urteil vom 9. Dezember 2010 (LG Wuppertal)

Unterbringung in einer Entziehungsanstalt; Vorwegvollzug (Beschränkung der Revision).
§ 64 StGB; § 67 Abs. 2 StGB

297. BGH 3 StR 429/10 – Beschluss vom 13. Januar 2011 (LG Oldenburg)

Besonders schwerer Fall des Diebstahls (Versuch; Regelwirkung); Unterbringung in einer Entziehungsanstalt (Sucht; Hang; intensive Neigung); angemessene Rechtsfolge.
§ 22 StGB; § 23 StGB; § 242 StGB; § 243 StGB; § 49 Abs. 1 StGB; § 64 StGB; § 354 Abs. 1a Satz 1 StPO

298. BGH 3 StR 431/10 – Beschluss vom 25. November 2010 (LG Oldenburg)

Strafzumessung (Teilaufhebung durch das Revisionsgericht; aufrechterhaltene tatsächliche Feststellungen;

eigene Strafzumessungserwägungen des neuen Tatrichters).
§ 46 StGB; § 261 StPO

299. BGH 3 StR 433/10 – Beschluss vom 7. Dezember 2010 (LG Duisburg)

Mittäterschaft; Konkurrenzen; Tateinheit; Tatmehrheit; Betrug (Vermögensschaden; Stoffgleichheit); betrügerisches Erlangen von Mobilfunkverträgen (Eingehungsschaden; Provisionszahlungen; Gesprächsgebühren); Strafzumessung (verschuldete Tatfolgen).
§ 25 Abs. 2 StGB; § 52 StGB; § 53 StGB; § 263 StGB; § 46 Abs. 2 StGB

300. BGH 3 StR 434/10 – Beschluss vom 7. Dezember 2010 (LG Duisburg)

Mittäterschaft; Konkurrenzen; Tateinheit; Tatmehrheit; Betrug (Vermögensschaden; Stoffgleichheit); betrügerisches Erlangen von Mobilfunkverträgen (Eingehungsschaden; Provisionszahlungen; Gesprächsgebühren); Strafzumessung (verschuldete Tatfolgen).
§ 25 Abs. 2 StGB; § 52 StGB; § 53 StGB; § 263 StGB; § 46 Abs. 2 StGB

1. Sind an einer Deliktsserie mehrere Personen als Mittäter, mittelbare Täter, Anstifter oder Gehilfen beteiligt, so ist die Frage, ob die einzelnen Taten tateinheitlich oder tatmehrheitlich zusammentreffen, für jeden Beteiligten gesondert zu prüfen und zu entscheiden.

2. Erfüllt ein Mittäter hinsichtlich aller oder einzelner Taten der Serie sämtliche Tatbestandsmerkmale in eigener Person oder leistet er für alle oder einige Einzeltaten zumindest einen individuellen, nur je diese fördernden Tatbeitrag, so sind ihm diese Taten – soweit nicht natürliche Handlungseinheit vorliegt – als tatmehrheitlich begangen zuzurechnen.

3. Erbringt hingegen ein Mittäter im Vorfeld oder während des Laufs einer Deliktsserie Tatbeiträge, durch die alle oder mehrere Einzeldelikte seiner Mittäter gleichzeitig gefördert werden, so sind ihm die gleichzeitig geförderten einzelnen Straftaten als tateinheitlich begangen zuzurechnen, da sie in seiner Person durch den einheitlichen Tatbeitrag zu einer Handlung im Sinne des § 52 Abs. 1 StGB verknüpft werden. Ob die übrigen Beteiligten die einzelnen Delikte gegebenenfalls tatmehrheitlich begangen haben, ist demgegenüber ohne Bedeutung.

4. Der vollendete Betrug setzt voraus, dass beim Geschädigten eine Vermögensminderung im wirtschaftlichen Sinne eingetreten ist, die unmittelbare Folge der täuschungsbedingten Vermögensverfügung sein muss. Außerdem muss auch der vom Täter erstrebte rechtswidrige Vermögensvorteil unmittelbare Folge der vom Opfer aufgrund seines Irrtums vorgenommenen Vermögensverfügung sein und der dadurch bedingten Vermögens einbuße des Opfers spiegelbildlich entsprechen (Stoffgleichheit).

5. Es fehlt an dem tatbestandlichen Erfordernis des § 263 Abs. 1 StGB, dass der Vermögensschaden unmittelbare Folge der Vermögensverfügung und der erstrebte rechtswidrige Vermögensvorteil wiederum unmittelbare Folge

des Vermögensschadens sein muss, wenn der Getäuschte dem Täter – entsprechend dessen Absicht – lediglich die tatsächliche Möglichkeit gibt, den Vermögensschaden durch weitere selbständige deliktische Handlungen herbeizuführen.

301. BGH 3 StR 440/10 – Beschluss vom 21. Dezember 2010 (LG Kleve)

Unzulässige Berichtigung der Urteilsformel (Fassungsversehen; Schreibfehler; Zählfehler).
§ 260 StPO

302. BGH 3 StR 441/10 – Beschluss vom 11. Januar 2011 (OLG München)

Strafzumessung (revisionsgerichtliche Kontrolle; Doppelverwertungsverbot; Regelbeispiel); Verletzung des Dienstgeheimnisses.
§ 46 StGB; § 337 StPO; § 353b StGB

303. BGH 3 StR 448/10 – Beschluss vom 20. Dezember 2010 (LG Düsseldorf)

Urkundenfälschung (Mittäterschaft; Tatherrschaft).
§ 25 StGB; § 267 StGB

304. BGH 3 StR 454/10 – Beschluss vom 21. Dezember 2010 (LG Krefeld)

Totschlag in einem minder schweren Fall (schwere Beleidigung; „Tropfen, der das Fass zum Überlaufen bringt“); Doppelverwertungsverbot.
§ 213 StGB; § 212 StGB; § 50 StGB

305. BGH 3 StR 462/10 – Beschluss vom 21. Dezember 2010 (LG Osnabrück)

Unzulässige Revisionsrüge (Aufklärungsrüge; fehlerhafte Ablehnung eines Beweisantrags; Darlegungsanforderungen; Unerreichbarkeit eines Zeugen); Mitteilung der den Fehler enthaltenden Tatsachen.
§ 344 Abs. 2 Satz 2 StPO; § 244 Abs. 2 StPO

306. BGH 3 StR 466/10 – Urteil vom 3. Februar 2011 (LG Hannover)

Sicherungsverwahrung (Ermessensentscheidung des Tatrichters; maßgeblicher Zeitpunkt; Berücksichtigung zukünftiger Entwicklungen).
§ 66 StGB

307. BGH 3 StR 467/10 – Beschluss vom 18. Januar 2011 (LG Hannover)

Sexuelle Nötigung einer Prostituierten (dienstvertragliche Ansprüche; Schadensersatz); schwere räuberische Erpressung.
§ 177 StGB; § 253 StB; § 255 StGB; § 249 BGB; § 253 BGB; § 823 Abs. 2 BGB

308. BGH 3 StR 470/10 – Beschluss vom 1. Februar 2011 (LG Duisburg)

Gemeinschaftlicher versuchter schwerer Bandendiebstahl; Mittäterschaft (Konkurrenzen; eigenständige Prüfung für jeden Mittäter; Tateinheit; Tatmehrheit).
§ 52 StGB; § 53 StGB; § 25 Abs. 2 StGB; § 242 StGB; § 243 StGB; § 244 StGB; § 244a StGB

309. BGH 3 StR 479/10 – Beschluss vom 18. Januar 2011 (LG Düsseldorf)

Unerlaubtes Handeltreiben mit Betäubungsmitteln (Eigennützigkeit); Urteilsgründe.
§ 29a BtMG; § 267 Abs. 3 StPO

310. BGH 3 StR 484/10 – Beschluss vom 11. Januar 2011 (LG Aurich)

Verfahrenshindernis (fehlender wirksamer Eröffnungsbeschluss); Eröffnungsbeschluss (schriftliche Niederlegung; Rechtssicherheit).
§ 203 StPO; § 207 StPO

311. BGH 3 StR 502/10 – Beschluss vom 1. Februar 2011 (LG Oldenburg)

Schuldspruchänderung; sofortige Beschwerde gegen die Kostenentscheidung.
§ 349 Abs. 4 StPO; § 464 Abs. 3 StPO; § 311 Abs. 2 StPO

312. BGH 3 StR 504/10 – Beschluss vom 18. Januar 2011 (LG Hildesheim)

Ausschluss des Angeklagten von der Anwesenheit; Verhandlung über die Entlassung eines Zeugen (wesentlicher Teil der Hauptverhandlung).
§ 338 Nr. 5 StPO; § 247 StPO

313. BGH 3 ARs 35/10 – Beschluss vom 17. Februar 2011

Anfrageverfahren; Sicherungsverwahrung; Auslegung; Wille des Gesetzgebers; redaktioneller Hinweis.
§ 66 StGB; § 132 GVG; Art. 5 EMRK; Art. 7 EMRK; Art. 5 EMRK; § 2 Abs. 6 StGB

314. BGH 5 StR 307/10 – Beschluss vom 17. Januar 2011 (LG Hamburg)

Unbegründete Anhörungsrüge.
§ 356a StPO

315. BGH 5 StR 322/10 – Beschluss vom 17. Januar 2011 (LG Berlin)

Unbegründete Anhörungsrüge.
§ 356a StPO

316. BGH 5 StR 379/10 – Beschluss vom 10. November 2010 (OLG Köln)

Sicherungsverwahrung (Fortdauer); Rückwirkungsverbot; Altfall; Anfrageverfahren; Vorlageverfahren; Großer Senat für Strafsachen; einstweilige Rückgabe der Akten.
§ 66 StGB; § 132 GVG

317. BGH 5 StR 403/10 – Urteil vom 12. Januar 2011 (LG Cottbus)

Minder schwerer Fall der besonders schweren Vergewaltigung (umfassende Würdigung aller Umstände); Strafrahmenuntergrenze des besonders schweren Falles (Entfallen der Regelwirkung in außergewöhnlichen Fällen); Strafzumessung; erheblich verminderte Schuldfähigkeit (Alkoholintoxikation; Erinnerungsvermögen; Orientierungsvermögen; Verneinung).
§ 177 StGB; § 46 StGB; § 21 StGB

318. BGH 5 StR 418/10 – Beschluss vom 14. Oktober 2010 (LG Neuruppin)

Wiedereinsetzung in den vorigen Stand (Versäumen der Frist zur Begründung der Revision; arbeitsunfähiger

Pflichtverteidiger); Mitverschulden (Möglichkeit des Angeklagten zu eigener Initiative).
§ 44 StPO; § 45 StPO

319. BGH 5 StR 443/10 – Beschluss vom 11. Januar 2011 (LG Berlin)

Rechtsstaatswidrige Verfahrensverzögerung (Aktenübersendung an den Generalbundesanwalt).
Art. 6 EMRK; Art. 20 Abs. 3 GG

320. BGH 5 StR 475/10 – Beschluss vom 10. Januar 2011 (LG Berlin)

Wiedereinsetzung in den vorigen Stand (Irrtum des Verteidigers; Mitverschulden); unbegründete Revision.
§ 44 StPO; § 45 StPO; § 349 Abs. 2 StPO

321. BGH 5 StR 482/10 – Urteil vom 27. Januar 2011 (LG Frankfurt/Oder)

Beweiswürdigung (Lücken; Widersprüche); schwerer sexueller Missbrauchs eines Kindes.
§ 261 StPO; § 267 Abs. 3 StPO; § 176a StGB

322. BGH 5 StR 491/10 – Beschluss vom 11. Januar 2011 (LG Berlin)

Körperverletzung mit Todesfolge (eigenverantwortliche Selbstgefährdung; Tatherrschaft; Irrtumsherrschaft; überlegenes Wissen über das eingegangene Risiko); fahrlässige Tötung; fahrlässiger Körperverletzung (Fehldosierung von MDMA; Psycholyse).
§ 223 StGB; § 25 StGB; § 27 StGB; § 222 StGB; § 229 StGB; § 227 StGB

323. BGH 5 StR 515/10 – Beschluss vom 10. Januar 2011 (LG Potsdam)

Gefährliche Körperverletzung (sukzessive Mittäterschaft; Beihilfe; „bloßes Dabeisein“); Mittäterschaft (Gesamtwürdigung).
§ 224 StGB; § 25 StGB; § 27 StGB

324. BGH 5 StR 532/10 – Beschluss vom 26. Januar 2011 (LG Berlin)

Unbegründete Anhörungsrüge.
§ 356a StPO

325. BGH 5 StR 537/10 – Beschluss vom 11. Januar 2011 (LG Bremen)

Rechtsstaatswidrige Verfahrensverzögerung (Kompensation; Vollstreckterklärung; erhebliche Meldeauflagen).
Art. 6 Abs. 1 GG; Art. 20 Abs. 3 GG; § 46 StGB; § 51 StGB

326. BGH 5 StR 547/10 – Beschluss vom 11. Januar 2011 (LG Hamburg)

Unterbringung in einem psychiatrischen Krankenhaus (Gefährlichkeitsprognose).
§ 63 StGB

327. BGH 5 StR 583/10 – Beschluss vom 25. Januar 2011 (LG Itzehoe)

Vorwegvollzug.
§ 67 StGB

328. BGH 5 StR 588/10 – Beschluss vom 26. Januar 2011 (LG Frankfurt)

Teilfreispruch; Konkurrenzen (Tat als Mittel zur Begehung einer weiteren Tat); Aussetzung der weiteren Vollstreckung einer Jugendstrafe zur Bewährung.
§ 52 StGB; § 264 Abs. 1 StPO; § 88 JGG

329. BGH StB 21/10 – Beschluss vom 7. Dezember 2010 (LG Leipzig)

Freiheitsentziehung nach Landesrecht; Beschwerde; Rechtsbeschwerde; FEVG; FGG; dynamische Verweisung nach Landesrecht (Fortgeltung aufgehobenen Bundesrechts).
§ 22 SächsPolG; § 70 FamFG; § 415 FamFG

1. §§ 70 ff. des Gesetzes über das Verfahren in Familiensachen und die Angelegenheiten der freiwilligen Gerichtsbarkeit (FamFG) finden im Verfahren über die Rechtmäßigkeit einer amtsgerichtlichen Freiheitsentziehung nach § 22 SächsPolG keine Anwendung. Vielmehr verbleibt es kraft der Verweisung des Landesrechts bei der Anwendung des (als solches aufgehobenen) Bundesrechts in FEVG und FGG.

2. Das Verfahren über die Rechtmäßigkeit einer amtsgerichtlichen Freiheitsentziehung nach § 22 SächsPolG ist insbesondere keine Freiheitsentziehungssache nach den §§ 415 ff. FamFG. Freiheitsentziehungssachen in diesem Sinne sind nur Verfahren, die eine aufgrund Bundesrechts angeordnete Freiheitsentziehung betreffen, soweit das Verfahren bundesrechtlich nicht abweichend geregelt ist (§ 415 Abs. 1 FamFG). Rechtsgrundlage einer Maßnahme nach § 22 SächsPolG ist jedoch eine landesgesetzliche Bestimmung.

3. Die in § 22 Abs. 8 Satz 2 SächsPolG enthaltene Verweisung auf das außer Kraft getretene FEVG kann – obwohl der ehemalige Regelungsgehalt des FEVG sowie des FGG nunmehr Gegenstand des FamFG ist – nicht als „dynamische“ Verweisung auf das FamFG einschließlich der Regelungen über die Rechtsbeschwerde zum Bundesgerichtshof verstanden oder in diesem Sinne „korrigierend“ ausgelegt werden. Einer derartigen Interpretation steht zum einen der eindeutige Wortlaut des § 22 Abs. 8 Satz 2 SächsPolG entgegen. Zum anderen ist der Vorschrift trotz des Zusatzes, wonach das FEVG „in der jeweils geltenden Fassung“ Anwendung finden soll, ein Wille des Landesgesetzgebers zur Anwendbarkeit des FamFG jedenfalls nicht in der gebotenen Klarheit zu entnehmen.

330. BGH StB 7/10 – Beschluss vom 23. März 2010 (Ermittlungsrichter des Bundesgerichtshofs)

Werben um Mitglieder oder Unterstützer für eine terroristische Vereinigung im Ausland; ergebnislose Überwachung der Telekommunikation (DSL-Kanal eines Dritten; Verschlüsselung; Verhältnismäßigkeit); Al-Quaida; Propaganda; Jihad.
§ 129a StGB; § 129b StGB; § 100a StPO; § 100b StPO

331. EGMR Nr. 18757/06 (1. Kammer) – Urteil vom 4. November 2010 (Bannikova v. Russia)

Recht auf ein faires Verfahren (Abgrenzung der unzulässigen Tatprovokation von legitimierbaren verdeckten Ermittlungen; Scheinkauf; Anstiftung; agent provocateur;

incitement; entrapment; effektive Geltendmachung einer behaupteten Tatprovokation; Einschränkungen des Rechts auf ein faires Verfahren).

Art. 6 EMRK; Art. 8 EMRK; § 110a StPO; § 161 StPO; § 163 StPO

332. BGH GSSt 1/10 – Beschluss vom 12. Januar 2011 (LG Mannheim)

BGHSt; Anforderungen an die Verlesung des Anklagesatzes (Recht auf ein faires Verfahren: effektive Verteidigung; Serie gleichartiger Vermögensdelikte: Tatindividualisierung, Gesamtzahl der Taten, den Tatzeitraum, Gesamtschaden, Betrug; Kenntnissnahme von Anlagen zur Anklage im Selbstleseverfahren; Informationsfunktion und Umgrenzungsfunktion der Anklage; teleologische Reduktion des Begriffs der Verlesung); Beschränkung des Verfahrensstoffs; Öffentlichkeitsgrundsatz; Mitwirkung der Schöffen.

§ 243 Abs. 3 Satz 1 StPO; § 200 Abs. 1 Satz 1 StPO; Art. 6 EMRK; § 263 StGB; § 249 StPO; § 169 GVG

333. BGH 1 StR 145/10 – Beschluss vom 11. Januar 2011 (LG Mannheim)

Unbegründete Anhörungsrüge (unzulässige Abwesenheit).

§ 356a StPO; § 338 Nr. 5 StPO; § 230 StPO

334. BGH 1 StR 275/10 – Beschluss vom 14. Dezember 2010 (LG München I)

BGHR; vollendete Steuerhinterziehung durch aktives Tun trotz Sachverhaltskenntnis des zuständigen Finanzamts (objektive Zurechnung; rechtlich missbilligtes Risiko; Voraussetzungen einer Strafmilderung; staatliches Gewährenlassen laufender Straftaten; Tatbeobachtung); Beweisantragsrecht (Bedeutungslosigkeit; Beruhen; Beweisermittlungsantrag).

§ 370 Abs. 1 Nr. 1 AO; § 90 AO; § 244 Abs. 3 StPO; Art. 6 EMRK

335. BGH 1 StR 517/10 – Beschluss vom 11. Januar 2011 (LG München II)

Versuchter Mord in Mittäterschaft (Exzess; Vorsatz; Schluss aus objektiven Umständen).

§ 211 StGB; § 25 Abs. 2 StGB; § 15 StGB; § 16 StGB

336. BGH 1 StR 517/10 – Beschluss vom 11. Januar 2011 (LG München II)

Versuchter Mord (Habgier; Ermöglichen einer Straftat; Heimtücke: mangelnde Arglosigkeit bei anfänglichem Angriff mit Körperverletzungsvorsatz); Ausschluss des Beruhens des Strafausspruches auf der fehlerhaften Annahme eines weiteren Mordmerkmals bei der Verhängung von Jugendstrafe.

§ 211 StGB; § 22 StGB; § 46 StGB; § 17 JGG; § 337 StPO

337. BGH 1 StR 528/10 – Beschluss vom 11. Januar 2011 (LG Landshut)

Einschränkung der Sicherungsverwahrung durch das Gesetz zur Neuordnung des Rechts Sicherungsverwahrung.

§ 66 StGB; Art. 316e EGStGB; § 263 StGB; § 2 Abs. 6 StGB

338. BGH 1 StR 536/10 – Beschluss vom 18. Januar 2011 (LG Karlsruhe)

Verwerfung der Revision als unbegründet.

§ 349 Abs. 2 StPO

339. BGH 1 StR 537/10 – Beschluss vom 11. Januar 2011 (LG Augsburg)

Strafbefreiender Rücktritt vom Versuch (Begriff und Begründung des unbeendeten / beendeten Versuchs).

§ 24 StGB

340. BGH 1 StR 548/10 – Beschluss vom 18. Januar 2011 (LG Karlsruhe)

Rechtsfehlerhafte Bemessung der Dauer des Vorwegvollzuges (Halbstrafenzeitpunkt).

§ 67 Abs. 2 Satz 2 StGB

341. BGH 1 StR 561/10 – Beschluss vom 18. Januar 2011 (LG Limburg)

Steuerhinterziehung durch Unterlassen (Kaffeesteuer: Steueranmeldung durch den Bezieher; Versandhandel; Berücksichtigung gewerbsmäßigen Handelns bei der Strafzumessung); gewerbsmäßiger Schmuggel (gewerbsmäßige Hinterziehung von Einfuhrabgaben).

§ 370 Abs. 1 Nr. 2 AO; § 373 AO; § 6 Abs. 2 Nr. 5 AO; § 11 Abs. 4 Satz 1 KaffeeStG aF; § 46 StGB

342. BGH 1 StR 581/10 – Beschluss vom 12. Januar 2011 (LG Nürnberg-Fürth)

Unbegründete Anhörungsrüge.

§ 356a StPO; Art. 103 Abs. 1 GG

343. BGH 1 StR 582/10 – Beschluss vom 12. Januar 2011 (LG München II)

BGHSt; erforderlicher gerichtlicher Hinweis beim Austausch der Bezugstat eines Verdeckungsmordes (Kenntniserlangung durch den Verlauf der Hauptverhandlung; Beruhen).

§ 211 Abs. 2 StGB; § 265 Abs. 1, Abs. 4 StPO; § 337 StPO

344. BGH 1 StR 600/10 – Urteil vom 18. Januar 2011 (LG Hof)

Lückenhafte und widersprüchliche Beweiswürdigung beim Freispruch.

§ 261 StPO

345. BGH 1 StR 613/10 – Beschluss vom 19. Januar 2011 (LG Regensburg)

Verfahrensabgabe wegen mangelnder Zuständigkeit (ausschließliche Zuständigkeit bei Verkehrsstraftaten).

§ 316 StGB

346. BGH 1 StR 634/10 – Beschluss vom 12. Januar 2011 (LG München I)

Gefährliche Körperverletzung (Zulässigkeit der Nebenklage bei der Rüge der Verkennung weiterer Tatbestandsalternativen; Tenorierung bei teilweiser Zulässigkeit).

§ 224 Abs. 1 Nr. 2 StGB; § 395 StPO; § 400 Abs. 1 StPO

347. BGH 1 StR 645/10 – Urteil vom 15. Februar 2011 (LG München II)

Ablehnung der Anordnung der Sicherungsverwahrung (fehlender Hang).

§ 66 Abs. 2, Abs. 3 Satz 2 StGB

348. BGH 1 StR 648/10 – Beschluss vom 11. Januar 2011 (LG München I)

Besetzungsfehler bei der Bescheidung eines in der Hauptverhandlung gestellten Antrages auf Aufhebung des Haftbefehls (Beruhen).

§ 126 StPO; § 337 StPO

349. BGH 1 StR 658/10 – Beschluss vom 16. Februar 2011 (LG Stuttgart)

Verwerfung der Revision als unbegründet.

§ 349 Abs. 2 StPO

350. BGH 1 StR 664/10 – Beschluss vom 19. Januar 2011 (LG Stuttgart)

Verwerfung der Revision als unzulässig.

§ 349 Abs. 2 StPO

351. BGH 1. StR 672/10 – Beschluss vom 12. Januar 2011 (LG Stuttgart)

Unterbliebene Belehrung über das Zeugnisverweigerungsrecht (mangelndes Beruhen).

§ 52 Abs. 3 Satz 1 StPO; § 337 Abs. 1 StPO

352. BGH 2 StR 344/10 – Beschluss vom 21. Dezember 2010 (LG Aachen)

Begriff der rechtsstaatswidrigen Verfahrensverzögerung (Bewertung einer Wiederaufnahme eingestellter Tatwürfe nach einer Petition an den Landtag wegen fortdauernder Belastungen für das Tatopfer); Berücksichtigung eines großen zeitlichen Abstandes zwischen Tat und Aburteilung sowie einer langen Verfahrensdauer bei der Strafzumessung.

Art. 6 EMRK; Art. 13 EMRK; Art. 2 Abs. 1 GG; Art. 20 Abs. 3 GG; § 154 Abs. 1 StPO; § 46 StGB

353. BGH 2 StR 386/10 – Beschluss vom 22. Dezember 2010 (LG Frankfurt am Main)

Voraussetzungen und Grenzen des Protokollberichtigungsverfahrens (Verfahrensrüge; Beweiskraft des Hauptverhandlungsprotokolls); Selbstleseverfahren (Feststellung der Kenntnisaufnahme).

§ 274 StPO; Art. 6 EMRK; § 249 Abs. 2 Satz 3 StPO

354. BGH 2 StR 399/10 – Urteil vom 17. November 2010 (LG Erfurt)

BGHSt; Vollendung bei der schweren Brandstiftung (Wohngebäude; teilweise Zerstörung durch Brandlegung; abstrakte Gefährdung bei § 306a Abs. 1 StGB); besonders schwere Brandstiftung.

§ 306a Abs. 2, Abs. 1 StGB; § 306 Abs. 1 Nr. 1 StGB; § 306b StGB

355. BGH 2 StR 416/10 – Beschluss vom 22. Dezember 2010 (LG Darmstadt)

Anordnung des Verfalls von Wertersatz (Ermessensmangel; Härtefallregelung); rechtsfehlerhafte Einziehung eines türkischen Führerscheins (Entzug der Fahrerlaubnis und Vermerk über die Entziehung der Fahrerlaubnis); keine Urkundenfälschung bei Kopien und Computerausdrucken.

§ 73c Satz 2 StGB; § 69 StGB; § 69a StGB; § 69b StGB; § 267 StGB

356. BGH 2 StR 433/10 – Beschluss vom 12. Januar 2011 (LG Frankfurt am Main)

Betrug (Vorsatz; Täuschung; Vermögensschaden; Betrug einer Versicherung; Betrug durch Unterlassen: Aufklärungspflicht gegenüber einer Versicherung); Beweisanzugsrecht (Bedeutungslosigkeit).

§ 263 StGB; § 244 Abs. 3 StPO

357. BGH 2 StR 446/10 – Urteil vom 26. Januar 2011 (LG Koblenz)

Bemessung der Gesamtstrafe (sinkende Hemmschwelle); Verfahrensbeendende Verständigung (zugesagte Verfahrenseinstellungen).

§ 54 StGB; § 55 StGB; § 257c StPO; § 267 Abs. 3 Satz 1 StPO

358. BGH 2 StR 453/10 – Beschluss vom 8. Dezember 2010 (LG Darmstadt)

Verwerfung der Revision als unbegründet.

§ 349 Abs. 2 StPO

359. BGH 2 StR 453/10 – Urteil vom 8. Dezember 2010 (LG Darmstadt)

Erörterungsmängel hinsichtlich der Geiselnahme und der schweren Vergewaltigung (konkludente Drohung mit einem zeitweise abgelegten Messer); gegenüber Geiselnahme und sexueller Nötigung hinausgehende Nötigungen.

§ 177 Abs. 2, Abs. 4 StGB; § 239b StGB; § 240 StGB; § 52 StGB

360. BGH 2 StR 458/10 – Beschluss vom 26. Januar 2011 (LG Gera)

Verwerfung der Revision als unbegründet.

§ 349 Abs. 2 StPO

361. BGH 2 StR 458/10 – Urteil vom 26. Januar 2011 (LG Gera)

Voraussetzungen des strafbefreienden Rücktritts vom unbeendeten Versuch eines mit bedingtem Tötungsvorsatz ausgeführten Totschlagsversuchs (Aufgeben; Begriff des unbeendeten Versuchs: erkannte Möglichkeit des Erfolgseintritts).

§ 212 StGB; § 211 StGB; § 22 StGB; § 24 StGB

362. BGH 2 StR 569/10 – Beschluss vom 22. Dezember 2010 (LG Marburg)

Übersehene Strafverfolgungsverjährung (Verfahrenshindernis); sexueller Missbrauch von Schutzbefohlenen; sexuelle Nötigung (schutzlose Lage).

§ 182 Abs. 1 StGB; § 78 Abs. 1, Abs. 3 Nr. 4 StGB; § 177 Abs. 1 Nr. 3 StGB

363. BGH 2 StR 575/10 – Beschluss vom 19. Januar 2011 (LG Köln)

Unzureichende Begründung der Strafzumessung.

§ 46 StGB; § 53 StGB

364. BGH 2 StR 577/10 – Beschluss vom 27. Januar 2011 (LG Mühlhausen)

Rechtsfehlerhafte Ablehnung eines minder schweren Fall des schweren Raubes (Doppelverwertungsverbot und Beurteilungsgrundlagen bei der Beihilfe).

§ 250 Abs. 2, Abs. 3 StGB; § 27 StGB; § 46 Abs. 3 StGB

365. BGH 2 StR 610/10 – Beschluss vom 21. Dezember 2010 (LG Aachen)

Unerlaubtes Handeltreiben mit Betäubungsmitteln (Meistbegünstigungsgrundsatz; Strafrahmen für minder schwere Fälle).

§ 30a Abs. 3 BtMG; § 2 Abs. 1, Abs. 3 StGB

366. BGH 2 StR 627/10 – Beschluss vom 27. Januar 2011 (LG Erfurt)

Verwerfung der Revision als unbegründet.

§ 349 Abs. 2 StPO

367. BGH 2 StR 638/10 – Beschluss vom 27. Januar 2011 (LG Mainz)

Rechtsfehlerhafte Anordnung der Unterbringung in einem psychiatrischen Krankenhaus (Darstellungsmängel).

§ 63 StGB

368. BGH 2 StR 642/10 – Beschluss vom 12. Januar 2011 (LG Trier)

Einschränkung der Sicherungsverwahrung durch das Gesetz zur Neuordnung des Rechts Sicherungsverwahrung (fehlende zweite Vorverurteilung; untaugliche Vermögensstraftaten).

§ 66 StGB; Art. 316e EGStGB; § 263 StGB; § 2 Abs. 6 StGB

369. BGH 4 StR 16/11 – Beschluss vom 3. Februar 2011 (LG Neubrandenburg)

Ablehnung der Eröffnung des Verfahrens zur Anordnung der nachträglichen Sicherungsverwahrung (Zurückstellung einer Revisionsentscheidung infolge des laufenden Anfrageverfahrens).

§ 66b StGB; Art. 7 Abs. 1 Satz 2 MRK

370. BGH 4 StR 338/10 – Urteil vom 27. Januar 2011 (LG Bielefeld)

Strafbarkeit des Skimming; bandenmäßige und gewerbsmäßige Fälschung von Zahlungskarten mit Garantiefunktion (Versuch: unmittelbares Ansetzen); bandenmäßige und gewerbsmäßiger Computerbetrug.

§ 152b StGB; § 202a StGB; § 263a StGB; § 22 StGB

371. BGH 4 StR 6/11 – Beschluss vom 3. Februar 2011 (LG Stendal)

Nachträgliche Gesamtstrafenbildung (Zäsurwirkung).

§ 55 StGB

372. BGH 4 StR 411/10 – Beschluss vom 18. Januar 2011 (LG Schwerin)

Aufrechterhaltung des Strafausspruches trotz Wegfall von Einzelstrafen.

§ 54 StGB; § 354 StPO; § 337 StPO

373. BGH 4 StR 450/10 – Beschluss vom 11. Januar 2011 (LG Essen)

Gefährliche Körperverletzung (gefährliches Werkzeug und „Kopfnuss“); Bildung der nachträglichen Gesamtstrafe (Darstellungsmangel; Beachtung des Verschlechterungsverbot).

§ 224 Abs. 1 Nr. 2 StGB; § 55 StGB; § 358 Abs. 2 Satz 1 StPO

374. BGH 4 StR 487/10 – Urteil vom 27. Januar 2011 (LG Magdeburg)

Schwere Vergewaltigung; gefährliche Körperverletzung; Anforderungen an die Überzeugungsbildung (Beweiswürdigung; objektive Voraussetzungen der Überzeugung).

§ 177 Abs. 3 Nr. 2, Abs. 4 Nr. 1 StGB; § 224 Abs. 1 Nr. 2 StGB; § 261 StPO

375. BGH 4 StR 502/10 – Urteil vom 27. Januar 2011 (LG Kaiserslautern)

„Hells Angels“-Fall; Tötungsvorsatz; besonders schwerer Raub (Zueignungsvorsatz bei kurzfristiger Sachentziehung; Mittäterschaft); räuberischer Erpressung (erforderliche Bereicherungsabsicht bei kurzfristigem Besitz; Vermögensvorteil); Grenzen der sukzessive Mittäterschaft; Körperverletzung mit Todesfolge (Fahrlässigkeit; Vorhersehbarkeit); Totschlag durch Unterlassen (Ingerenz; Gefahrsteigerung; mangelnde Rettungsmöglichkeit; Garantienstellung); gefährlicher Eingriff in den Straßenverkehr (Pervertierung: Schädigungsvorsatz).

§ 212 StGB; § 15 StGB; § 13 StGB; § 249 StGB; § 253 StGB; § 255 StGB; § 250 StGB; § 251 StGB; § 263 StGB; § 25 Abs. 2 StGB; § 227 StGB; § 221 StGB

376. BGH 4 StR 540/10 – Beschluss vom 21. Dezember 2010 (LG Essen)

Erörterungsmangel bei der Prüfung einer möglicherweise erheblich verminderten Schuldfähigkeit.

§ 20 StGB; § 21 StGB

377. BGH 4 StR 553/10 – Beschluss vom 4. Februar 2011 (LG Münster)

Zurückweisung eines Antrages auf Anordnung der nachträglichen Sicherungsverwahrung (Zurückstellung einer Revisionsentscheidung infolge des laufenden Anfrageverfahrens).

§ 66b StGB; Art. 7 Abs. 1 Satz 2 MRK

378. BGH 4 StR 610/10 – Beschluss vom 21. Dezember 2010 (LG Saarbrücken)

Verstoß gegen das Doppelverwertungsverbot durch die Versegung eines minder schweren Falles beim schweren Raub (Einsatz eines Pfeffersprays); Vorwurf fehlender Strafmilderungsgründe in der Strafzumessung.

§ 250 Abs. 2, Abs. 3 StGB; § 46 Abs. 2, Abs. 3 StGB

379. BGH 4 StR 611/10 – Beschluss vom 18. Januar 2011 (LG Kaiserslautern)

Verurteilung wegen vorsätzlicher falscher Versicherung an Eides Statt (Zuständigkeit).

§ 156 StGB

380. BGH 4 StR 616/10 – Beschluss vom 3. Februar 2011 (LG Essen)

Hinweispflicht bei der Sicherungsverwahrung (Ermessensgrundsätze).

§ 66 Abs. 2 StGB; § 265 StPO

381. BGH 4 StR 619/10 – Beschluss vom 24. Januar 2011 (LG Saarbrücken)

Einziehung (Anwartschaftsrecht; bedingte Sicherungsübereignung).

§ 430 Abs. 1 StPO

382. BGH 4 StR 626/10 – Beschluss vom 3. Februar 2011 (LG Essen)

Betrug (fehlende Feststellung zu Täuschung und Irrtum).
§ 263 StGB

383. BGH 4 StR 633/10 – Beschluss vom 11. Januar 2011 (LG Zweibrücken)

Schwerer Bandendiebstahl (Versuch; mangelnde Zueignungsabsicht hinsichtlich eines Tresors und der in ihm aufgefundenen Gegenstände); Verfahrenseinstellung trotz Beschränkung des Rechtsmittels auf den Rechtsfolgenausspruch.

§ 242 StGB; § 244 StGB; § 244a StGB; § 22 StGB; § 154 Abs. 2 StPO; § 318 StPO

384. BGH 4 StR 650/10 – Beschluss vom 20. Januar 2011 (LG Magdeburg)

Zurückstellung einer Entscheidung über die Sicherungsverwahrung im Hinblick auf das laufende Anfrageverfahren; Teilentscheidung in der Revision; Rückwirkungsverbot.

Art. 5 EMRK; Art. 6 EMRK; Art. 7 EMRK; § 66 StGB; § 66b StGB; § 2 Abs. 6 StGB; § 132 Abs. 2 GVG; § 57a Abs. 1 Satz 1 Nr. 1 StGB

385. BGH 4 StR 660/10 – Beschluss vom 3. Februar 2011 (LG Paderborn)

Verwerfung der Revision als unbegründet.

§ 349 Abs. 2 StPO

386. BGH 4 StR 676/10 – Beschluss vom 18. Januar 2011 (LG Dortmund)

Absehen von der Entscheidung über den Adhäsionsantrag (Zinsanspruch; Rechtshängigkeit nur bei Klage auf Leistung).

§ 406 Abs. 1 Satz 3, 6 StPO; § 291 BGB; § 288 BGB; § 286 Abs. 1 Satz 2 BGB

387. BGH 4 StR 681/10 – Beschluss vom 25. Januar 2011 (LG Essen)

Strafschärfende Berücksichtigung früherer Taten (Verwertungsverbot; Tilgung einer Eintragung; Berechnung der Tilgungsreife).

§ 46 StGB; § 51 Abs. 1 BZRG; § 47 Abs. 3 Satz 1 BZRG; § 46 Abs. 1 Nr. 4 BZRG

388. BGH 4 StR 686/10 – Beschluss vom 25. Januar 2011 (LG Dortmund)

Rechtsfehlerhafte Strafzumessung (Vorwurf laufender Bewährung); Voraussetzungen für die eigene Sachentscheidung des Revisionsgerichts (verfassungskonforme Auslegung).

§ 46 StGB; § 354 Abs. 1a Satz 1 StPO

389. BGH 4 StR 689/10 – Beschluss vom 25. Januar 2011 (LG Saarbrücken)

Tateinheit beim Umtausch einer Rauschgiftmenge (unerlaubtes Handeltreiben mit Betäubungsmitteln; Aufrechterhaltung des Gesamtstrafenausspruches).

§ 29 BtMG; § 29a BtMG; § 30 BtMG; § 354 StPO; § 337 StPO

390. BGH 4 StR 690/10 – Beschluss vom 25. Januar 2011 (LG Dessau-Roßlau)

Beweiswürdigung (mangelnde Feststellungen); Nachholung der Festsetzung des Tagessatzes bei der Geldstrafe.

§ 261 StPO; § 40 Abs. 2 Satz 1, Satz 3 StGB

391. BGH 1 StR 8/11 – Beschluss vom 15. Februar 2011 (LG Traunstein)

Verwerfung der Revision als unbegründet.

§ 349 Abs. 2 StPO