

SCHRIFTFLEITUNG

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

REDAKTION

RiLG Ulf Buermeyer, Prof. Dr. iur.
Karsten Gaede, RA Dr. iur. Stephan
Schlegel

STÄNDIGE MITARBEITER

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. Erlan-
gen-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

RA u FStR *Jochen Thielmann*, RA u FStR *Andrea Groß-Bölting*, Wuppertal – **Im Spannungsfeld zwischen Strafrichtern und (zu?) aktiver Strafverteidigung – 1. Teil: Aktive Verteidigung als gerichtlicher Notfall** S. 151

Privatdozent Dr. Edward Schramm, Univ. Tübingen – **Die fehlende Möglichkeit zur konfrontativen Befragung nach Art. 6 Abs. 3 lit. d EMRK und ihre Auswirkungen auf die Beweiswürdigung** Zugl. Anm. BGH HRRS 2010 Nr. 456 S. 156

Wiss. Mit. Sascha Lanzrath, Folke große Deters, Univ. Bonn – **Nothilfe durch Eingriff in Rechtsgüter des Angegriffenen?** S. 161

Die Ausgabe umfasst zwei Rezensionen.

Entscheidungen

- EGMR **Faires Jury-Verfahren trotz mangelnder Begründungspflicht (Judge vs. Vereinigtes Königreich)**
- BVerfG **Verfassungsgemäße Zweite-Reihe-Rechtsprechung**
- BVerfG **Lediglich einfachrechtlicher Richtervorbehalt bei der Blutentnahme**
- BGHSt **Konkurrenzen bei der Verabredung**
- BGHSt **Verwertbarkeit von Telekommunikationsdaten nach der einstweiligen Anordnung des BVerfG zur Vorratsdatenspeicherung**
- BGHSt **Auslegung der Ruhensvorschrift des § 78b Abs. 4 StGB**
- BGHSt **Strafbarkeit der progressiven Kundenwerbung**
- BGHSt **Vollendung bei der Einfuhr von BtM auf dem Postweg**
- BGHR **Internetchat und Verabredung**
- BGHR **Gewerbsmäßigkeit bei der Geldfälschung**
- BGHR **Kein Verwertungsverbot nach unzulässiger Verständigung über den Schuldspruch**
- BGH **Anfragebeschluss zum teilweisen Zerstören bei der schweren Brandstiftung**
- BGH **Grenzen der Berücksichtigung früher selbst erlittener Gewalt**

Die Ausgabe umfasst 96 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

SCHRIFTFÜHRUNG

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, April 2011, Ausgabe

4

Rechtsprechung

Strafrechtliche/strafverfahrensrechtliche Entscheidungen des EGMR/BVerfG

473. EGMR Nr. 35863 (4. Kammer) – Zulässigkeitsentscheidung vom 8. Februar 2011 (Judge v. Vereinigtes Königreich)

Recht auf ein faires Verfahren (Begründungspflicht bei der Jury: Erfüllung durch das *no case to answer* und das *summing up/charging*, Geschworenengerichte; Konfrontationsrecht bei Fällen sexuellen Missbrauchs: Abschluss von Fragen zum Sexualleben und zum Charakter der minderjährigen potentiellen Opfer; Beruhung; Verhältnismäßigkeit; Recht auf Achtung des Privatlebens); Recht auf eine Beschwerde.

Art. 6 Abs. 1, Abs. 3 lit. d EMRK; Art. 8 EMRK; Art. 13 EMRK; § 239 StPO; § 240 StPO; § 241 Abs. 2 StPO

1. Die Einrichtung einer Jury kann mit Art. 6 EMRK auch dann vereinbar sein, wenn sie nicht verpflichtet ist, Gründe für eine verurteilende Entscheidung zu geben.

Dies gilt aber nur dann, wenn der Angeklagte und die Öffentlichkeit infolge anderer prozessualer Rechtsinstrumente den Schuldspruch verstehen können. Art. 6 EMRK macht insoweit auch hinreichende Vorkehrungen erforderlich, die Willkür ausschließen.

2. Derartige prozedurale Vorkehrungen können insbesondere in Belehrungen oder Zusammenfassungen des Verfahrensrichters zu den gestellten Rechtsfragen und den vorliegenden Beweisen liegen. Gleiches gilt für präzise und unmissverständliche Fragen, die der Jury vom Verfahrensrichter zur Entscheidung gestellt werden und die einen Rahmen bilden, auf dem der Schuldspruch aufgebaut ist. Ebenso gilt dies für den hinreichenden Ausschluss eines Falles, in dem keine hinreichende Beweisgrundlage für eine Verurteilung durch die Jury von der Anklage dargetan wurde („*no case to answer*“). Zudem

sind die Rechtsmittelbefugnisse des Angeklagten bedeutsam.

3. Der Angeklagte wird durch Art. 6 Abs. 3 lit. d EMRK in einem Kreuzverhör nicht zu ausnahmslos jeder Frage an den Zeugen berechtigt. Eine Kontrolle über die Zulässigkeit von Fragen ist prinzipiell legitim. Zur Anwendung auf eine nicht absolute Beschränkung von Fragen zum Charakter und zum früheren Sexualleben der potentiellen Opfer von Sexualstraftaten.

475. BVerfG 1 BvR 388/05 (1. Kammer des Ersten Senats) – Beschluss vom 7. März 2011 (LG Frankfurt am Main)

Versammlungsfreiheit; Analogieverbot; Nötigung (Gewalt; Zweite-Reihe-Rechtsprechung; Verwerflichkeit; Abwägung mit dem Grundrecht auf Versammlungsfreiheit; Abwägungselemente); Sitzblockade auf einer öffentlichen Straße.

Art. 8 Abs. 1 GG; Art. 103 Abs. 2 GG; § 240 StGB; § 25 Abs. 1 Alt. 2 StGB

1. Die „Zweite-Reihe-Rechtsprechung“ des Bundesgerichtshofs begegnet unter dem Aspekt des Art. 103 Abs. 2 GG jedenfalls mit Rücksicht auf § 25 Abs. 1 Alt. 2 StGB keinen Bedenken. Danach ergibt sich die Tatbestandsmäßigkeit des Verhaltens der Demonstranten gemäß § 240 Abs. 1 StGB im Ergebnis nicht aus deren unmittelbarer Täterschaft durch eigenhändige Gewaltanwendung, sondern aus mittelbarer Täterschaft durch die ihnen zurechenbare Gewaltanwendung des ersten Fahrzeugführers als Tatmittler gegenüber den nachfolgenden Fahrzeugführern (vgl. BGHSt 41, 182, 185, 186, 187). Diese Auslegung der strafbarkeitsbegründenden Tatbestandsmerkmale „Gewalt durch einen anderen“ sprengt nicht die Wortsinngrenze des Analogieverbots.

2. Eine Versammlung ist eine örtliche Zusammenkunft mehrerer Personen zur gemeinschaftlichen, auf die Teilhabe an der öffentlichen Meinungsbildung gerichteten Erörterung oder Kundgebung (vgl. BVerfGE 104, 92, 104). Dazu gehören auch solche Zusammenkünfte, bei denen die Versammlungsfreiheit zum Zwecke plakativer oder aufsehenerregender Meinungskundgabe in Anspruch genommen wird (vgl. BVerfGE 69, 315, 342 f.; 87, 399, 406). Der Schutz ist nicht auf Veranstaltungen beschränkt, auf denen argumentiert und gestritten wird, sondern umfasst vielfältige Formen gemeinsamen Verhaltens bis hin zu nicht verbalen Ausdrucksformen, darunter auch Sitzblockaden (vgl. BVerfGE 73, 206, 248; 104, 92, 103 f.).

3. Eine Versammlung verliert den Schutz des Art. 8 GG grundsätzlich bei kollektiver Unfriedlichkeit. Unfriedlich ist danach eine Versammlung, wenn Handlungen von einiger Gefährlichkeit wie etwa aggressive Ausschreitungen gegen Personen oder Sachen oder sonstige Gewalttätigkeiten stattfinden, nicht aber schon, wenn es zu Behinderungen Dritter kommt, seien diese auch gewollt und nicht nur in Kauf genommen (vgl. BVerfGE 73, 206, 248; 104, 92, 106).

4. Das Bundesverfassungsgericht hat zum Schutz der Versammlungsfreiheit vor übermäßigen Sanktionen für

die Anwendung und Auslegung der Verwerflichkeitsklausel nach § 240 Abs. 2 StGB besondere Anforderungen aufgestellt (vgl. BVerfGE 104, 92, 109 ff.). Bei dieser am Grundsatz der Verhältnismäßigkeit orientierten Zweck-Mittel-Relation sind insbesondere die Art und das Maß der Auswirkungen auf betroffene Dritte und deren Grundrechte zu berücksichtigen. Wichtige Abwägungselemente sind hierbei die Dauer und die Intensität der Aktion, deren vorherige Bekanntgabe, Ausweichmöglichkeiten über andere Zufahrten, die Dringlichkeit des blockierten Transports, aber auch der Sachbezug zwischen den in ihrer Fortbewegungsfreiheit beeinträchtigten Personen und dem Protestgegenstand. Das Gewicht solcher demonstrationsspezifischer Umstände ist mit Blick auf das kommunikative Anliegen der Versammlung zu bestimmen, ohne dass dem Strafgericht eine Bewertung zusteht, ob es dieses Anliegen als nützlich und wertvoll einschätzt oder es missbilligt. Stehen die äußere Gestaltung und die durch sie ausgelösten Behinderungen in einem Zusammenhang mit dem Versammlungsthema oder betrifft das Anliegen auch die von der Demonstration nachteilig Betroffenen, kann die Beeinträchtigung ihrer Freiheitsrechte unter Berücksichtigung der jeweiligen Umstände möglicherweise eher sozial erträglich und dann in größerem Maße hinzunehmen sein, als wenn dies nicht der Fall ist. Demgemäß ist im Rahmen der Abwägung zu berücksichtigen, ob und wie weit die Wahl des Versammlungsortes und die konkrete Ausgestaltung der Versammlung sowie die von ihr betroffenen Personen einen auf die Feststellung der Verwerflichkeit einwirkenden Bezug zum Versammlungsthema haben (vgl. BVerfGE 104, 92, 112).

478. BVerfG 2 BvR 1596/10, 2 BvR 2346/10 (1. Kammer des Zweiten Senats) – Beschluss vom 24. Februar 2011 (OLG Dresden/OLG Düsseldorf)

Einfachrechtlicher Richtervorbehalt (Blutentnahme zum Nachweis einer Trunkenheitsfahrt; fehlender richterlicher Bereitschaftsdienst; staatsanwaltschaftlicher Bereitschaftsdienst; fehlende Dokumentation; Beweisverwertungsverbot); Recht auf einen effektiven Rechtsschutz (Entscheidung über das Vorliegen eines Beweisverwertungsverbots); Grundrecht auf körperliche Unversehrtheit; Anspruch auf ein faires Verfahren; Willkürverbot.

Art. 19 Abs. 4 GG; Art. 2 Abs. 2 GG; Art. 20 Abs. 3 GG; Art. 3 Abs. 1 GG; Art. 6 Abs. 1 S. 1 EMRK; § 81a Abs. 1 StPO; § 81a Abs. 2 StPO

1. Die Auffassung der Fachgerichte, dass weder die fehlende Dokumentation über die Anordnung der Blutentnahme nach § 81a Abs. 1 StPO unter Wahrnehmung der Eilkompetenz von § 81a Abs. 2 StPO allein zu einem Beweisverwertungsverbot führt, noch das Fehlen eines nächtlichen richterlichen Bereitschaftsdienstes für diese Fälle ein Beweisverwertungsverbot begründet, ist verfassungsrechtlich nicht zu beanstanden.

2. Eine Verletzung des Rechts auf ein faires Verfahren liegt erst vor, wenn eine Gesamtschau auf das Verfahrensrecht – auch in seiner Auslegung und Anwendung durch die Gerichte – ergibt, dass rechtsstaatlich zwingende Folgerungen nicht gezogen worden sind oder rechtsstaat-

lich Unverzichtbares preisgegeben wurde (vgl. BVerfGE 57, 250, 276; 122, 248, 272).

3. Der einfachrechtliche Richtervorbehalt des § 81a Abs. 2 StPO gehört nicht zum Bereich des rechtsstaatlich Unverzichtbaren. Er beruht auf einer Entscheidung des Gesetzgebers, nicht auf einer zwingenden verfassungsrechtlichen Vorgabe. Auch die hohe Bedeutung des Grundrechts auf körperliche Unversehrtheit aus Art. 2 Abs. 2 Satz 1 GG gebietet verfassungsrechtlich nicht, dass die zwingend von einem Arzt vorzunehmende Blutentnahme zum Nachweis von Alkohol, Betäubungsmitteln oder Medikamenten im Blut nur durch einen Richter angeordnet werden dürfte.

4. Dies bedeutet allerdings nicht, dass ein Verstoß gegen den Richtervorbehalt des § 81a Abs. 2 StPO im nachfolgenden Strafverfahren keine verfassungsrechtliche Bedeutung erlangen könnte. Es bleibt jeweils zu prüfen, ob die maßgeblichen strafrechtlichen Vorschriften unter Beachtung des Fairnessgrundsatzes und in objektiv vertretbarer Weise, also ohne Verstoß gegen das allgemeine Willkürverbot (Art. 3 Abs. 1 GG), ausgelegt und angewandt worden sind (vgl. BVerfGE 18, 85, 92).

5. Die Ansicht der Strafgerichte, dass dem Strafverfahrensrecht ein allgemein geltender Grundsatz, dass jeder Verstoß gegen Beweiserhebungsvorschriften ein strafprozessuales Verwertungsverbot nach sich zieht, fremd ist, und dass die Frage jeweils nach den Umständen des Einzelfalls, insbesondere nach der Art des Verbots und dem Gewicht des Verstoßes unter Abwägung der widerstreitenden Interessen zu entscheiden ist, ist verfassungsgemäß. Die Annahme eines Verwertungsverbots schränkt – auch wenn die Strafprozessordnung nicht auf Wahrheitsforschung „um jeden Preis“ gerichtet ist – eines der wesentlichen Prinzipien des Strafverfahrensrechts ein, nämlich den Grundsatz, dass das Gericht die Wahrheit zu erforschen und dazu die Beweisaufnahme von Amts wegen auf alle hierfür bedeutsamen Tatsachen und Beweismittel zu erstrecken hat. Daran gemessen bedeutet ein Beweisverwertungsverbot eine Ausnahme, die nur nach ausdrücklicher gesetzlicher Vorschrift oder aus übergeordneten wichtigen Gründen im Einzelfall anzuerkennen ist. Insbesondere die willkürliche Annahme von Gefahr im Verzug oder das Vorliegen eines besonders schwerwiegenden Fehlers können danach ein Verwertungsverbot nach sich ziehen.

6. Auch Art. 2 Abs. 2 Satz 1 GG gebietet nicht, im Falle eines unterstellten Verstoßes gegen § 81a StPO im Zuge einer polizeilich angeordneten Blutentnahme ein Verwertungsverbot hinsichtlich der erlangten Beweismittel anzunehmen.

474. BVerfG 1 BvR 142/05 (1. Kammer des Ersten Senats) – Beschluss vom 8. März 2011 (LG Hamburg/AG Hamburg-Altona)

Freiheit der Person (Abgrenzung von Freiheitsentziehung und Freiheitsbeschränkung; mehrstündige Inge-wahrsamnahme durch die Polizei zur Identitätsfeststellung; Anfertigung von Lichtbildern); Verhältnismäßigkeit.

Art. 2 Abs. 2 S. 2 GG; Art. 104 Abs. 2 S. 2 GG; § 81b Alt. 1 StPO; § 163b Abs. 1 Satz 2 StPO; § 163c Abs. 2 StPO

1. Der Schutzbereich des Grundrechts auf Freiheit der Person aus Art. 2 Abs. 2 Satz 2 GG umfasst sowohl freiheitsbeschränkende als auch freiheitsentziehende Maßnahmen. Eine Freiheitsbeschränkung liegt vor, wenn jemand durch die öffentliche Gewalt gegen seinen Willen daran gehindert wird, einen Ort oder Raum aufzusuchen oder sich dort aufzuhalten, der ihm an sich (tatsächlich und rechtlich) zugänglich ist. Eine Freiheitsentziehung als schwerste Form der Freiheitsbeschränkung ist nur dann gegeben, wenn die tatsächlich und rechtlich an sich gegebene körperliche Bewegungsfreiheit durch staatliche Maßnahmen nach jeder Richtung hin aufgehoben wird (vgl. BVerfGE 94, 166, 198).

2. Eingriffe in die Freiheit der Person bedürfen einer gesetzlichen Grundlage (vgl. BVerfGE 2, 118, 119; 29, 183, 195), wobei die Formvorschriften dieser Gesetze von den Gerichten so auszulegen sind, dass ihnen eine der Bedeutung des Grundrechts angemessene Wirkung zukommt (vgl. BVerfGE 65, 317, 322 f.; 96, 68, 97). Bei der Beschränkung im Einzelfall muss die Stellung des Grundrechts auch im Rahmen des Abwägungsprozesses angemessen berücksichtigt werden. Insbesondere ist sorgfältig abzuwägen, ob ein Eingriff in den Grenzen bleibt, die ihm durch den im Rechtsstaatsprinzip wurzelnden, mit Verfassungsrang ausgestatteten Grundsatz der Verhältnismäßigkeit gezogen werden (vgl. BVerfGE 29, 312, 316).

3. § 163b Abs. 1 Satz 1 StPO ermächtigt Polizeibeamte, gegenüber einem Verdächtigen die notwendigen Maßnahmen zur Identitätsfeststellung zu treffen, also den Betroffenen nach seinen Personalien zu befragen und diesen aufzufordern, mitgeführte Ausweisdokumente auszuhändigen. Nur dann, wenn die Identität des Betroffenen auch unter Ausschöpfung dieser Maßnahmen nicht mit der erforderlichen Sicherheit geklärt werden kann oder dies mit erheblichen Schwierigkeiten verbunden wäre, kommt ein weiteres Festhalten nach Satz 2 in Betracht. Ein weiterer Eingriff in das Freiheitsrecht des Art. 2 Abs. 2 Satz 2 GG darf also nur dann erfolgen, wenn die Polizei auf der Basis der bereits bekannten Daten berechnete Zweifel an der Identität der Person hat.

4. Weist sich der Betroffene mit einem Reisepass aus, und bestehen keine Anhaltspunkte dafür, dass dieser gefälscht ist, oder der Betroffene nicht mit dem Passinhaber übereinstimmt, ist ein Festhalten aus reinen Praktikabilitätsabwägungen gestützt auf § 163b Abs. 1 Satz 1 StPO nicht erforderlich und damit unverhältnismäßig.

5. Die Polizei als Strafverfolgungsbehörde ist – soweit nicht ein genereller entsprechender Bedarf besteht – nicht gezwungen, Personal und Material für erkennungsdienstliche Maßnahmen in solchem Maß vorzuhalten, dass eine Bearbeitung in unmittelbarer zeitlicher und räumlicher Nähe erfolgen kann. Vielmehr kann es durchaus verhältnismäßig sein, derartige spezielle Ressourcen insbesondere räumlich zusammenzufassen. Eine Verbrin-

gung von Personen an diesen Ort und eine organisatorisch nicht zu vermeidende und gemäßigte Wartefrist können jedenfalls bei hinreichend gewichtigen Straftaten angemessene Eingriffe im Verhältnis zur Bedeutung des staatlichen Strafanspruches sein.

6. Das Festhalten einer Person über mehrere Stunden allein zum Anfertigen von drei einfachen Fotos für erkennungsdienstliche Zwecke gestützt auf § 81b Alt. 1 StPO erfordert eine besonders genaue Prüfung der Verhältnismäßigkeit.

7. Das Einsperren in eine Gewahrsamszelle auf der Polizeiwache beziehungsweise auf dem Polizeipräsidium sowie als Verbindungsglied zwischen beiden das Verbringen dorthin mittels Polizeifahrzeugen stellen eine Freiheitsentziehung im Sinne von Art. 104 Abs. 2 GG und nicht lediglich eine Freiheitsbeschränkung dar.

477. BVerfG 2 BvR 1/11 (2. Kammer des Zweiten Senats) – Beschluss vom 1. März 2011 (Generalbundesanwalt beim BGH)

Recht auf den gesetzlichen Richter (Schutzbereich; Zuständigkeit des Internationalen Strafgerichtshofs; Absehen von der Verfolgung einer Auslandstat ohne Inlandsbezug durch eine deutsche Staatsanwaltschaft).

Art. 101 Abs. 1 S. 2 GG; § 153f Abs. 2 S. 1 Nr. 4 StPO; Art. 17 Abs. 1 lit. a IStGH-Statut

1. § 153f Abs. 2 Satz 1 Nr. 4 StPO nach dem die Staatsanwaltschaft von der Verfolgung einer Tat, die nach den §§ 6 bis 14 des Völkerstrafgesetzbuches strafbar ist, in den Fällen des § 153c Abs. 1 Nr. 1 und 2 absehen kann, wenn die Tat vor einem internationalen Gerichtshof oder durch einen Staat, auf dessen Gebiet die Tat begangen wurde, dessen Angehöriger der Tat verdächtig ist oder dessen Angehöriger durch die Tat verletzt wurde, verfolgt wird, ist mit Art. 101 Abs. 1 S. 2 GG vereinbar.

2. Da das Absehen von der Strafverfolgung nach § 153f Abs. 2 Satz 1 Nr. 4 StPO nicht die Zuständigkeit des Internationalen Strafgerichtshofs begründet, ist der Schutzbereich von Art. 101 Abs. 1 Satz 2 GG durch eine solche Entscheidung der Staatsanwaltschaft nicht berührt.

476. BVerfG 1 BvR 47/05 (1. Kammer des Ersten Senats) – Beschluss vom 8. März 2011 (LG Hamburg/HansOLG Hamburg)

Freiheit der Person (Abgrenzung von Freiheitsentziehung und Freiheitsbeschränkung; mehrstündige Inge-wahrsamnahme durch die Polizei zur Identitätsfeststellung; Anfertigung von Lichtbildern); Verhältnismäßigkeit; Subsidiarität der Verfassungsbeschwerde (Unterlassen der Stellung eines Antrages auf Pflichtverteidi-gerbeordnung).

Art. 2 Abs. 2 S. 2 GG; Art. 104 Abs. 2 S. 2 GG; § 81b Alt. 1 StPO; § 163b Abs. 1 Satz 2 StPO; § 163c Abs. 2 StPO; § 140 Abs. 2 StPO; § 141 StPO; § 90 Abs. 2 BVerfGG

1. Der Schutzbereich des Grundrechts auf Freiheit der Person aus Art. 2 Abs. 2 Satz 2 GG umfasst sowohl freiheitsbeschränkende als auch freiheitsentziehende Maß-

nahmen. Eine Freiheitsbeschränkung liegt vor, wenn jemand durch die öffentliche Gewalt gegen seinen Willen daran gehindert wird, einen Ort oder Raum aufzusuchen oder sich dort aufzuhalten, der ihm an sich (tatsächlich und rechtlich) zugänglich ist. Eine Freiheitsentziehung als schwerste Form der Freiheitsbeschränkung ist nur dann gegeben, wenn die tatsächlich und rechtlich an sich gegebene körperliche Bewegungsfreiheit durch staatliche Maßnahmen nach jeder Richtung hin aufgehoben wird (vgl. BVerfGE 94, 166, 198).

2. Eingriffe in die Freiheit der Person bedürfen einer gesetzlichen Grundlage (vgl. BVerfGE 2, 118, 119; 29, 183, 195), wobei die Formvorschriften dieser Gesetze von den Gerichten so auszulegen sind, dass ihnen eine der Bedeutung des Grundrechts angemessene Wirkung zukommt (vgl. BVerfGE 65, 317, 322 f.; 96, 68, 97). Bei der Beschränkung im Einzelfall muss die Stellung des Grundrechts auch im Rahmen des Abwägungsprozesses angemessen berücksichtigt werden. Insbesondere ist sorgfältig abzuwägen, ob ein Eingriff in den Grenzen bleibt, die ihm durch den im Rechtsstaatsprinzip wurzelnden, mit Verfassungsrang ausgestatteten Grundsatz der Verhältnismäßigkeit gezogen werden (vgl. BVerfGE 29, 312, 316).

3. § 163b Abs. 1 Satz 1 StPO ermächtigt Polizeibeamte, gegenüber einem Verdächtigen die notwendigen Maßnahmen zur Identitätsfeststellung zu treffen, also den Betroffenen nach seinen Personalien zu befragen und diesen aufzufordern, mitgeführte Ausweisdokumente auszuhändigen. Nur dann, wenn die Identität des Betroffenen auch unter Ausschöpfung dieser Maßnahmen nicht mit der erforderlichen Sicherheit geklärt werden kann oder dies mit erheblichen Schwierigkeiten verbunden wäre, kommt ein weiteres Festhalten nach Satz 2 in Betracht. Ein weiterer Eingriff in das Freiheitsrecht des Art. 2 Abs. 2 Satz 2 GG darf also nur dann erfolgen, wenn die Polizei auf der Basis der bereits bekannten Daten berechnete Zweifel an der Identität der Person hat.

4. Weist sich der Betroffene mit einem Bundespersonal- ausweis aus, und bestehen keine Anhaltspunkte dafür, dass der Ausweis gefälscht ist, oder der Betroffene nicht mit dem Ausweisinhaber übereinstimmt, ist ein Festhalten aus reinen Praktikabilitätserwägungen gestützt auf § 163b Abs. 1 Satz 1 StPO nicht erforderlich und damit unverhältnismäßig.

5. Die Polizei als Strafverfolgungsbehörde ist – soweit nicht ein genereller entsprechender Bedarf besteht – nicht gezwungen, Personal und Material für erkennungsdienstliche Maßnahmen in solchem Maß vorzuhalten, dass eine Bearbeitung in unmittelbarer zeitlicher und räumlicher Nähe erfolgen kann. Vielmehr kann es durchaus verhältnismäßig sein, derartige spezielle Ressourcen insbesondere räumlich zusammenzufassen. Eine Verbringung von Personen an diesen Ort und eine organisatorisch nicht zu vermeidende und gemäßigte Wartefrist können jedenfalls bei hinreichend gewichtigen Straftaten angemessene Eingriffe im Verhältnis zur Bedeutung des staatlichen Strafanspruches sein.

6. Das Festhalten einer Person über mehrere Stunden allein zum Anfertigen von drei einfachen Fotos für er-

kennungsdienstliche Zwecke gestützt auf § 81b Alt. 1 StPO erfordert eine besonders genaue Prüfung der Verhältnismäßigkeit.

7. Das Einsperren in eine Gewahrsamszelle auf der Polizeiwache beziehungsweise auf dem Polizeipräsidium

sowie als Verbindungsglied zwischen beiden das Verbringen dorthin mittels Polizeifahrzeugen stellen eine Freiheitsentziehung im Sinne von Art. 104 Abs. 2 GG und nicht lediglich eine Freiheitsbeschränkung dar.

Rechtsprechung

Hervorzuhebende Entscheidungen des BGH

I. Materielles Strafrecht – Allgemeiner Teil

413. BGH 5 StR 581/10 – Beschluss vom 16. März 2011 (LG Kiel)

BGHR; Internetchat; sexuelle Handlung (einige Erheblichkeit; sexualbezogene Körpermerkmale); sexueller Missbrauch von Kindern; Herstellen pornografischer Schriften; Verabredungsverabredung (Pseudonymität; Anonymität; Bindung; Aufdeckung der Identität; freiwilliges Aufgeben eines Vorhabens; Rücktritt); Gebot der erschöpfenden Beweiswürdigung.

§ 30 StGB; § 31 StGB; § 211 StGB; § 176 StGB; § 176a StGB; § 184g StGB; § 184 StGB

1. Internetchat und Verabredungsverabredung. (BGHR)
2. Der Gesetzgeber hat durch das Änderungsgesetz vom 31. Oktober 2008 auch das sexuell aufreizende Posieren von Kindern als sexuelle Handlung im Sinne des § 184g Nr. 1 StGB erfasst. Hierzu zählen jedenfalls Vorgänge, die nach ihrem äußeren Erscheinungsbild einen eindeutigen Sexualbezug aufweisen. Für das Posieren in obszönen Stellungen ist indes die Sicht auf sexualbezogene Körpermerkmale des Kindes erforderlich. Dies ist bei Abbildungen vollständig bekleideter Kinder nicht der Fall.
3. Der Senat billigt pauschal die Ansicht des OLG Hamburg (NJW 2010, 1893), wonach schon derjenige es unternimmt, sich den Besitz von kinderpornografischen Schriften zu verschaffen, der wissentlich und willentlich Seiten mit kinderpornografischem Inhalt aus dem Internet auf dem Bildschirm seines Computers ansieht. Zur objektiven und subjektiven Tatbestandserfüllung sei hingegen weder der Plan erforderlich, die Datei manuell abzuspeichern, noch das Wissen darum, dass die Datei möglicherweise im Cache automatisch abgespeichert wird.
4. Eine Strafbarkeit wegen Verabredung eines Verbrechens setzt die vom ernstlichen Willen getragene Eini-gung von mindestens zwei Personen voraus, an der Verwirklichung eines bestimmten Verbrechens mit-täter-schaftlich mitzuwirken. Dies schließt die Annahme einer Verabredung zwischen Personen, die sich lediglich über einen Tarnnamen in einem Internetchatforum kennen, nicht grundsätzlich aus. Um eine auf die Begehung eines

intendierten Verbrechens bezogene bindende Verabredung annehmen zu können, ist jedoch in jedem Falle erforderlich, dass jeder Beteiligte in der Lage sein muss, bei dem jeweils anderen präsumtiven Mittäter die zuge-sagten verbrecherischen Handlungen auch einfordern zu können. In Fällen, in denen die verabredete Tat die gleichzeitige Präsenz der Mittäter bei Tatbegehung vor-aussetzt, ist eine verbleibende völlige Anonymität jedoch ausgeschlossen; deren spätere Auflösung muss daher Teil des konkreten Tatplans sein.

5. Wer sich zu einem Verbrechen verabredet hat (§ 30 StGB), muss, um nach § 31 Abs. 1 Nr. 2 StGB straflos zu sein, sein Vorhaben lediglich aufgegeben haben. Diese Willensänderung muss sich nicht nach außen erkennbar manifestiert haben.

483. BGH 3 StR 419/10 – Urteil vom 17. Februar 2011 (LG Düsseldorf)

BGHSt; Verabredungsverabredung (Konkurrenzen; Tat-einheit; Tatmehrheit); Mittäterschaft (erheblicher ob-jektiver Tatbeitrag; unverzichtbare Voraussetzung; be-sonders hohes Entdeckungsrisiko; Schmiere stehen); Ausspähen von Daten (Skimming); gewerbs- und ban-denmäßiges Nachmachen von Zahlungskarten mit Ga-rantiefunktion.

§ 30 StGB; § 25 Abs. 2 StGB; § 202a StGB; § 52 StGB; § 53 StGB; § 152b StGB

1. Die Beurteilung des Konkurrenzverhältnisses richtet sich auch bei der Verabredung mehrerer Verbrechen für jeden Tatbeteiligten allein nach dessen Tathandlung(en) im Sinne des § 30 Abs. 2 StGB und nicht danach, in wel-chem konkurrenzrechtlichen Verhältnis die verabredeten Taten im Falle ihrer Verwirklichung gestanden hätten. (BGHSt)
2. Mittäter nach § 25 Abs. 2 StGB ist, wer nicht nur fremdes Tun fördert, sondern einen eigenen Beitrag der-art in eine gemeinschaftliche Tat einfügt, dass dieser als Teil der Tätigkeit des anderen und umgekehrt dessen Tun als Ergänzung seines eigenen Tatanteils erscheint. Ob ein Beteiligter ein so enges Verhältnis zur Tat hat, ist nach den gesamten Umständen, die von seiner Vorstellung

umfasst sind, in wertender Betrachtung zu beurteilen. Wesentliche Anhaltspunkte können der Grad des eigenen Interesses am Taterfolg, der Umfang der Tatbeteiligung und die Tatherrschaft oder wenigstens der Wille zur Tatherrschaft sein; Durchführung und Ausgang der Tat müssen somit zumindest aus der subjektiven Sicht des Tatbeteiligten maßgeblich auch von seinem Willen abhängen. Dabei deutet eine ganz untergeordnete Tätigkeit schon objektiv darauf hin, dass der Beteiligte nur Gehilfe ist. (Bearbeiter)

3. Die Annahme von Mittäterschaft erfordert nicht in jedem Fall eine Mitwirkung am Kerngeschehen. Sie kann vielmehr auch durch eine nicht ganz untergeordnete Beteiligung an Vorbereitungshandlungen begründet werden, sofern der Tatbeitrag sich nicht als bloße Förderung fremden Tuns, sondern als Teil der Tätigkeit aller darstellt. (Bearbeiter)

4. Ein unmittelbares Ansetzen zum Versuch liegt nur bei solchen Handlungen vor, die nach der Vorstellung des Täters in ungestörtem Fortgang unmittelbar zur Tatbestandserfüllung führen oder mit ihr in einem unmittelbaren räumlichen und zeitlichen Zusammenhang stehen. Dies ist insbesondere 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 Tatbestandes übergeht. Dabei ist auf die strukturellen Besonderheiten der jeweiligen Tatbestände Bedacht zu nehmen. (Bearbeiter)

5. Das Stadium des Versuchs des gewerbs- und bandenmäßigen Nachmachens von Zahlungskarten mit Garantiefunktion (§ 152b StGB) ist erst dann erreicht, wenn der Täter vorsätzlich und in der tatbestandsmäßigen Absicht mit der Fälschungshandlung an den Karten selbst beginnt. Das Anbringen einer Skimming-Apparatur an einem Geldautomaten in der Absicht, durch diese Daten zu erlangen, die später zur Herstellung von Kartendubletten verwendet werden sollen, stellt demgegenüber lediglich eine Vorbereitungshandlung zur Fälschung von Zahlungskarten dar. (Bearbeiter)

451. BGH 2 StR 674/10 – Beschluss vom 2. März 2011 (LG Darmstadt)

Rechtsfehlerhaft verneinter Rücktritt vom Versuch (unbeendeter Versuch; Freiwilligkeit; erforderliche Feststellungen; Zweifelsgrundsatz); halbautomatische Kurzwaffe.

§ 24 StGB; § 52 Abs. 1 Nr. 2 Buchst. b, Abs. 3 WaffG

1. Ein Rücktritt vom (unbeendeten) Versuch gemäß § 24 Abs. 1 Satz 1 1. Alt. StGB setzt zunächst voraus, dass der Versuch nicht fehlgeschlagen ist. Fehlgeschlagen ist ein Versuch, wenn der Taterfolg aus der Sicht des Täters mit den bereits eingesetzten oder den zur Hand liegenden Mitteln nicht mehr erreicht werden kann, ohne dass eine ganz neue Handlungs- und Kausalkette in Gang gesetzt wird.

2. Dass der Angeklagte möglicherweise mit der räumlichen Trennung von seinem Gegner sein außertatbestandliches Handlungsziel für erreicht hielt und er deshalb davon Abstand genommen haben mag, ihn endgültig kampfunfähig zu machen, kann jedenfalls einen strafbefreienden Rücktritt weder wegen Fehlschlagens des Tötungsversuchs noch wegen Unfreiwilligkeit ausschließen (vgl. BGHSt 39, 221, 230 f.).

3. Zu den erforderlichen Feststellungen hinsichtlich der Vorstellungen des Täters bei einem Rückzug des Täters vom Tatort mit einer gezogenen Waffe.

479. BGH 3 StR 22/11 – Beschluss vom 1. März 2011 (LG Bückeburg)

Schuldunfähigkeit; erheblich verminderte Schuldfähigkeit; Einsichtsfähigkeit; Steuerungsfähigkeit; Beweiswürdigung (Widerspruch).

§ 20 StGB; § 21 StGB; § 261 StPO

1. § 21 StGB regelt, ebenso wie § 20 StGB, soweit er auf die Einsichtsfähigkeit abstellt, einen Fall des Verbotsirrtums. Fehlt dem Täter die Einsicht wegen seiner krankhaften seelischen Störung oder aus einem anderen in § 20 StGB benannten Grund, ohne dass ihm dies zum Vorwurf gemacht werden kann, so ist – auch bei an sich nur verminderter Einsichtsfähigkeit – nicht § 21 StGB, sondern § 20 StGB anzuwenden.

2. § 21 StGB kann in den Fällen der verminderten Einsichtsfähigkeit nur dann angewendet werden, wenn die Einsicht gefehlt hat und dies dem Täter vorzuwerfen ist.

II. Materielles Strafrecht – Besonderer Teil

469. BGH 4 StR 659/10 – Beschluss vom 15. Februar 2011 (BGH)

Anfragebeschluss; schwere Brandstiftung (teilweises Zerstören eines der Wohnung von Menschen dienen-

den Gebäudes: gemischt genutztes Gebäude; Divergenz).

§ 306a Abs. 1 Nr. 1 StGB; § 306b StGB; § 132 Abs. 3 Satz 1 GVG

1. Der Senat beabsichtigt zu entscheiden: Die Tatbestandsalternative des teilweisen Zerstörens eines der Wohnung von Menschen dienenden Gebäudes gemäß § 306a Abs. 1 Nr. 1 StGB ist bei der Brandlegung in einem einheitlichen, teils gewerblich, teils zu Wohnzwecken genutzten Gebäude erst vollendet, wenn ein zum Wohnen bestimmter selbständiger Teil des Gebäudes durch die Brandlegung für Wohnzwecke unbrauchbar geworden ist.

2. Schutzobjekt des durch das Sechste Gesetz zur Reform des Strafrechts (6. StrRG) vom 26. Januar 1998 neu gefassten § 306a Abs. 1 Nr. 1 StGB ist jede Räumlichkeit, die der Wohnung von Menschen dient. Geschützt ist die Wohnstätte des Menschen als der örtliche Mittelpunkt menschlichen Lebens (vgl. BGHSt 26, 121, 123). Aus dem auf das Wohnen bezogenen Schutzzweck des § 306a Abs. 1 Nr. 1 StGB folgt, dass die Tatbestandsalternative des teilweisen Zerstörens eines Wohngebäudes bei einer Brandlegung in einem einheitlichen, teils gewerblich, teils als Wohnung genutzten Gebäude erst dann verwirklicht ist, wenn (zumindest) ein zum selbständigen Gebrauch bestimmter Teil des Wohngebäudes, d.h. eine zum Wohnen bestimmte abgeschlossene Untereinheit, durch die Brandlegung für Wohnzwecke unbrauchbar geworden ist (vgl. BGHSt 48, 14, 18, 20; NStZ-RR 2007, 78; NStZ 2007, 270, 271; NStZ 2008, 519; NStZ 2010, 151, 152; anders noch BGH, Beschluss vom 29. September 1999 – 3 StR 359/99, NStZ 2000, 197). Dass das Feuer auf zu Wohnzwecken genutzte Teile des Gebäudes hätte übergreifen können, ändert nichts am fehlenden Eintritt des in § 306a Abs. 1 Nr. 1 StGB tatbestandlich vorausgesetzten Erfolgs und vermag daher die Annahme einer vollendeten schweren Brandstiftung gemäß § 306a Abs. 1 StGB nicht zu begründen (vgl. BGH, Beschluss vom 26. Januar 2010 – 3 StR 442/09 aaO).

3. Der beabsichtigten Entscheidung steht der Beschluss des 2. Strafsenats vom 19. Juli 2007 – 2 StR 266/07 entgegen. Die Ausführungen in dem Urteil des 2. Strafsenats vom 17. November 2010 – 2 StR 399/10 (zur Veröffentlichung in BGHSt bestimmt) sprechen aber dafür, dass nunmehr auch der 2. Strafsenat davon ausgeht, dass für die Vollendung des § 306a Abs. 1 Nr. 1 StGB in der Tatbestandsalternative des teilweisen Zerstörens erforderlich ist, dass Wohnräume von der Zerstörungswirkung der Brandlegung betroffen sind. Eine eindeutige Aufgabe des Beschlusses vom 19. Juli 2007 – 2 StR 266/07 ist ihnen indes nicht zu entnehmen.

442. BGH 2 StR 511/10 – Beschluss vom 2. Februar 2011 (LG Gießen)

BGHR; Gewerbsmäßigkeit bei der Geldfälschung (Sich Verschaffen einer Falschgeldmenge in einem Akt); fehlender Eröffnungsbeschluss (Verfahrenshindernis).
§ 146 Abs. 1 Nr. 2 und 3, Abs. 2 StGB

1. Der Täter handelt nicht gewerbsmäßig im Sinne des § 146 Abs. 1 Nr. 2 und 3, Abs. 2 StGB, wenn er sich eine Falschgeldmenge in einem Akt verschafft hat und diese Menge dann plangemäß in mehreren Teilakten in Verkehr bringt. (BGHR)

2. Gewerbsmäßig handelt, wer sich durch wiederholte Tatbegehung eine nicht nur vorübergehende Einnahmequelle von einigem Umfang und einiger Dauer verschaffen will. Liegt diese Absicht vor, ist bereits die erste Tat als gewerbsmäßig begangen einzustufen, auch wenn es entgegen den ursprünglichen Intentionen des Täters zu weiteren Taten nicht kommt. Eine Verurteilung wegen gewerbsmäßiger Deliktsbegehung setzt daher schon im Grundsatz nicht notwendig voraus, dass der Täter zur Gewinnerzielung mehrere selbständige Einzeltaten der jeweils in Rede stehenden Art verwirklicht hat. Ob der Angeklagte gewerbsmäßig gehandelt hat, beurteilt sich vielmehr nach seinen ursprünglichen Planungen sowie seinem tatsächlichen, strafrechtlich relevanten Verhalten über den gesamten ihm anzulastenden Tatzeitraum (vgl. BGH NJW 2004, 2840, 2841; NStZ-RR 2006, 106, 107). Erforderlich ist dabei stets, dass sich seine Wiederholungsabsicht auf dasjenige Delikt bezieht, dessen Tatbestand durch das Merkmal der Gewerbsmäßigkeit qualifiziert ist (vgl. BGH NJW 1996, 1069). (Bearbeiter)

484. BGH 3 StR 432/10 – Beschluss vom 1. Februar 2011 (LG Lüneburg)

Diebstahl (Beendigung; sukzessive Mittäterschaft); Bande (Tat als Ausfluss der Bandenabrede; bandenmäßig begangene Tat); Täterschaft; Beihilfe; Begünstigung; Computerbetrug; Konkurrenzen.
§ 242 StGB; § 244 StGB; § 244a StGB; § 27 StGB; § 25 Abs. 2 StGB; § 257 StGB; § 263a StGB

1. Allein der Umstand, dass sich zwei Täter vor einer gemeinsam begangenen Tat mit anderen zu einer Bande zum Zweck der Begehung von Einbruchsdiebstählen zusammengeschlossen hatten, führt nicht ohne weiteres dazu, dass alle nachfolgenden Einbruchstaten eines Bandenmitglieds als bandenmäßig begangen einzustufen sind, und zwar auch dann nicht, wenn an der jeweiligen Tat ein weiteres Bandenmitglied beteiligt war.

2. Zwar kann nach vorheriger Bandenabrede eine von nur zwei Mitgliedern verübte Diebstahlstat als Bandentat zu qualifizieren sein, denn das für das Vorliegen einer Bande erforderliche dritte Mitglied muss nicht in die konkrete Tatbegehung eingebunden sein. Voraussetzung für die Annahme einer Bandentat nach § 244 Abs. 1 Nr. 2, § 244a Abs. 1 StGB ist neben der Mitwirkung eines weiteren Bandenmitglieds aber, dass die Einzeltat Ausfluss der Bandenabrede ist und nicht losgelöst davon ausschließlich im eigenen Interesse der unmittelbar an dem Diebstahl beteiligten Bandenmitglieder ausgeführt wird.

3. Eine Bandenabrede lässt die allgemeinen Regeln über die Tatbeteiligung unberührt, daher sind Bandenmitgliedschaft und Beteiligung an Bandentaten unabhängig voneinander zu beurteilen.

4. Ein Diebstahl ist beendet, wenn der Dieb den Gewahrsam an den entwendeten Gegenständen nach den Umständen des Einzelfalls gefestigt und gesichert hat. Dies kann beim Abtransport eines Tresors schon der Fall sein, wenn er dem unmittelbaren Herrschaftsbereich des Berechtigten entzogen ist. Der Umstand, dass es den Tätern

auf den Inhalt des Tresors ankam und sie hierfür die Hilfe eines weiteren Angeklagten benötigten, ändert nichts daran, dass das noch vom Behältnis umschlossene Diebesgut bereits aus dem Einwirkungsbereich des Berechtigten entfernt ist.

459. BGH 4 StR 566/10 – Urteil vom 10. Februar 2011 (LG Essen)

Beihilfe zum schweren sexuellen Missbrauch eines Kindes und zur Vergewaltigung (Gewalt; entbehrliche Mittäterschaft; Tateinheit mit Körperverletzung bei Defloration).

§ 176a Abs. 2 Nr. 1 StGB; § 177 Abs. 2 StGB; § 27 StGB; § 25 Abs. 2 StGB; § 223 StGB; § 52 StGB

1. Das mit nicht ganz unerheblicher Krafteinwirkung verbundene Festhalten des Opfers ist ebenso wie die Überwindung von geringfügiger Gegenwehr als Gewalt zu qualifizieren; ausreichend sein kann je nach den Umständen des Falles auch das Packen an der Hand, das auf das Bett Stoßen oder das sich auf das Opfer Legen bzw. der Einsatz überlegener Körperkraft.

2. Ein mittäterschaftliches Handeln des Nötigenden ist für die Zurechnung der Nötigungshandlung bei dem die sexuellen Handlungen ausübenden Täter weder bei § 177 Abs. 1 noch bei § 177 Abs. 2 Satz 2 Nr. 1 StGB erforderlich.

3. Die im Vollzug des Geschlechtsverkehrs selbst liegende Körperverletzung des Opfers (üble und unangemessene Behandlung) geht zwar als notwendige, jedenfalls regelmäßige Erscheinungsform der Vergewaltigung in dieser auf. Sonstige Verletzungen, die der Täter dem Opfer beibringt, z. B. durch Schläge, rohe Griffe, Defloration, oder Folgen der Tat (Schockwirkung) fallen aber nicht unter die Gesetzeinheit, denn sie sind kein Merkmal, das der Tatbestand des § 177 StGB begrifflich

in sich schließt (BGH NJW 1963, 1683). Der Tatbestand der Körperverletzung nach § 223 Abs. 1 StGB ist jedenfalls durch Defloration des Opfers erfüllt.

464. BGH 4 StR 622/10 – Beschluss vom 22. Februar 2011 (LG Essen)

Schwerer Menschenhandel zum Zweck der sexuellen Ausbeutung (Gewerbsmäßigkeit); Zuhälterei.

§ 232 Abs. 3 Nr. 3 StGB

Erforderlich für die Annahme von Gewerbsmäßigkeit ist, dass der Täter in der Absicht handelt, sich durch wiederholte Tatbegehung eine fortlaufende Einnahmequelle von einiger Dauer und einigem Umfang zu verschaffen; liegt ein solches Gewinnstreben vor, ist schon die erste der ins Auge gefassten Tathandlungen als gewerbsmäßig zu werten (st. Rspr.; vgl. nur BGH, Urteile vom 11. Oktober 1994 – 1 StR 522/94, NStZ 1995, 85; vom 27. Januar 1998 – 1 StR 702/97, NStZ 1998, 305, 306, und vom 11. Februar 2000 – 3 StR 308/99, NStZ 2000, 657, 660).

466. BGH 4 StR 654/10 – Beschluss vom 22. Februar 2011 (LG Kaiserslautern)

Anordnung der Unterbringung des Beschuldigten in einem psychiatrischen Krankenhaus (wahnhafte Störung; Beweiswürdigung); Nachstellung (unzureichende Anwendung auf einen Nachbarschaftsstreit).

§ 63 StGB; § 238 Abs. 1 Nr. 4 StGB

Tathandlung des § 238 Abs. 1 StGB ist das unbefugte Nachstellen durch beharrliche unmittelbare und mittelbare Annäherungshandlungen an das Opfer und näher bestimmte Drohungen. Der Begriff des Nachstellens umschreibt Handlungen, die darauf ausgerichtet sind, durch unmittelbare oder mittelbare Annäherung an das Opfer in dessen persönlichen Lebensbereich einzugreifen und dadurch seine Handlungs- und Entschließungsfreiheit zu beeinträchtigen (vgl. BGHSt 54, 189, 193).

Rechtsprechung

III. Strafzumessungs- und Maßregelrecht

438. BGH 2 StR 493/10 – Urteil vom 27. Januar 2011 (LG Köln)

Strafzumessung beim minder schweren Fall der Körperverletzung mit Todesfolge (Strafzumessung; Gewalteininsatz bei der Kindererziehung; Maßgeblichkeit deutscher Wertvorstellungen und des deutschen Rechts; Nachtatverhalten); Tötungsvorsatz (Tötung durch Unterlassen).

§ 227 Abs. 2 StGB; § 212 StGB; § 13 StGB; § 46 StGB; § 261 StPO

1. Ein Gericht darf strafmildernd berücksichtigen, dass der Angeklagte selbst als Kind mit der Gewalt erzogen wurde, die er sein Kind gegenüber bei der Tat einsetzte,

ohne sie schwer verletzen zu wollen. Es darf der Strafzumessung allerdings nicht zu Gunsten des Angeklagten zugrunde legen, dass er diese in seinem Heimatland übliche Form der Kindererziehung seit frühester Kindheit als erlaubt verinnerlicht und sie so auch bei seinem eigenen Kind angewendet habe. Solche Vorstellungen eines aus einer ausländischen Rechtsordnung stammenden Täters können zwar grundsätzlich strafmildernd zu Buche schlagen (vgl. BGH NStZ 1996, 80). Dies liegt allerdings bei einem Täter wie dem Angeklagten, der seit vielen Jahren in Deutschland lebt, zwei Studiengänge erfolgreich abgeschlossen hat, in einem anerkannten Beruf arbeitet und die deutsche Rechtsordnung kennt, nicht auf der Hand. Es ist ohne Weiteres zu erwarten,

dass ein in Deutschland seit vielen Jahren lebender ausländischer Mitbürger die Ge- und Verbote der hier geltenden und ihm bekannten Rechtsordnung akzeptiert und insoweit in der Lage ist, sich von abweichenden Vorstellungen und Erfahrungen in seinem Heimatland freizumachen.

2. Der Versuch, sich der Strafverfolgung zu entziehen, darf zwar nicht straferschwerend zu Lasten eines Angeklagten herangezogen werden (vgl. BGHR StGB § 46 Abs. 2 Nachtatverhalten 13, 17). Dazu zählt auch die bloße Spurenbeseitigung, selbst wenn sie kaltblütig ist (vgl. BGH StV 1995, 131). Anders ist dies allerdings, wenn das Nachtatverhalten neues Unrecht schafft oder der Täter Ziele verfolgt, die ein ungünstiges Licht auf ihn werfen. So aber liegt der Fall, wenn der Täter versucht, den Leichnam des von ihm getöteten Kindes auszugraben und in sein Heimatland zu verschiffen, um den Behörden ein Versterben des Kindes in diesem Land vorzutäuschen.

470. BGH 4 StR 673/10 – Beschluss vom 3. Februar 2011 (LG Bochum)

Rechtsfehlerhafte Versagung einer erheblich verminderten Schuldunfähigkeit infolge Alkoholkonsums (Alkoholabhängigkeit).

§ 21 StGB; § 49 Abs. 1 StGB

Zwar können Umstände, welche die Schuld erhöhen, zur Versagung der Strafrahmenermilderung gemäß §§ 21, 49 Abs. 1 StGB führen, wenn sie die infolge der Herabsetzung der Einsichts- oder Steuerungsfähigkeit verminderte Tatschuld aufwiegen. Dies kann bei einer alkoholbedingten Verminderung der Schuldfähigkeit dann der Fall sein, wenn sie auf einer selbst zu verantwortenden, verschuldeten Trunkenheit beruht, die dem Täter uneingeschränkt vorwerfbar ist. Dabei ist regelmäßig ohne Belang, ob der Angeklagte schon früher unter Alkoholeinfluss vergleichbare Straftaten begangen hat. Ein die Steuerungsfähigkeit erheblich beeinträchtigender Alkoholkonsum ist aber dann nicht verschuldet, wenn der Täter alkoholkrank oder alkoholüberempfindlich ist. Eine Alkoholkrankheit, bei der schon die Alkoholaufnahme nicht als ein die Schuld erhöhender Umstand zu werten ist, liegt regelmäßig vor, wenn der Täter den Alkohol aufgrund eines unwiderstehlichen oder ihn weitgehend beherrschenden Hanges trinkt, der seine Fähigkeit, der Versuchung zum übermäßigen Alkoholkonsum zu widerstehen, einschränkt (st. Rspr.; vgl. BGH, Urteil vom 12. Juni 2008 – 3 StR 84/08).

454. BGH 4 StR 5/11 – Beschluss vom 22. Februar 2011 (LG Frankenthal)

Erörterungsmangel hinsichtlich der Anordnung des Angeklagten in einer Entziehungsanstalt (Zustimmung zur Zurückstellung der Vollstreckung der erkannten Gesamtfreiheitsstrafe gemäß § 35 BtMG).

§ 64 StGB; § 35 BtMG

Die Unterbringung nach § 64 StGB geht dieser dem Vollstreckungsverfahren vorbehaltenen Maßnahme gemäß § 35 BtMG vor; von der Anordnung der Unterbringung darf daher nicht abgesehen werden, weil eine Entscheidung nach § 35 BtMG ins Auge gefasst ist (st. Rspr.). Hieran hat sich durch die Neufassung des § 64 StGB durch das Gesetz zur Sicherung der Unterbringung in

einem psychiatrischen Krankenhaus und in einer Entziehungsanstalt vom 16. Juli 2007 grundsätzlich nichts geändert. Zwar ist die Maßregel nach der Neufassung der Vorschrift nicht mehr zwingend anzuordnen. Das Gericht muss jedoch das ihm nunmehr in § 64 Satz 1 StGB eingeräumte Ermessen auch tatsächlich ausüben und dies in den Urteilsgründen kenntlich machen (vgl. BGH NStZ-RR 2008, 73 f.).

412. BGH 5 StR 569/10 – Beschluss vom 26. Januar 2011 (LG Neuruppin)

Bemessung der Jugendstrafe (schädliche Neigungen; ausländische Vorverurteilungen; negative Berücksichtigung fehlender Straftataufarbeitung bei schweigendem Angeklagten; Berücksichtigung des Gesamtstrafübels im Jugendstrafrecht); Beweiswürdigung; Schuldgesichtspunkte.

§ 17 Abs. 2 JGG; § 261 StPO; § 18 JGG

1. Eine sicher zu vollstreckende Strafe durch einen Mitgliedstaat der Europäischen Union, die an innerstaatlichen Maßstäben gemessen gesamtstrafenfähig wäre, ist im Rahmen der allgemeinen Strafzumessung mit Blick auf das Gesamtstrafübel zu berücksichtigen (vgl. Senat, Beschluss vom 27. Januar 2010 – 5 StR 432/09, BGHR StGB § 55 Abs. 1 Satz 1 Härteausgleich 19).

2. Dies gilt auch, wenn auf eine Jugendstrafe zu erkennen ist, sofern die Jugendstrafe mangels kaum noch möglicher Erziehung des Angeklagten nicht – wie es § 18 Abs. 2 JGG an sich gebietet – an der Zeitdauer der erforderlichen erzieherischen Einwirkung ausgerichtet werden kann, sondern auf Schuldgesichtspunkte abzustellen ist. In einem solchen Fall ist auch bei der Bemessung einer Jugendstrafe Raum für die Berücksichtigung eines im allgemeinen strafzumessungsrechtlichen Sinne verstandenen Gesamtstrafübels.

404. BGH 5 StR 471/10 – Beschluss vom 9. Februar 2011 (Schleswig-Holsteinisches Oberlandesgericht)

Maßregelvollstreckung; Sicherungsverwahrung; Überweisung in den Vollzug einer anderen Maßregel (Unterbringung in einem psychiatrischen Krankenhaus).

§ 66 StGB; § 132 GVG; § 63 StGB; § 67a Abs. 2 StGB; § 2 Abs. 6 StGB

1. Bis zur Erledigung des laufenden Anfrageverfahrens nach § 132 GVG zu den Auswirkungen der jüngeren EGMR-Rechtsprechung auf die Fortdauer von Unterbringungen in der Sicherungsverwahrung sind die Akten in gleichgelagerten Anfrageverfahren, die wegen möglicher gleicher Entscheidungserheblichkeit des Anfragegegenstandes bis zur Erledigung des Anfrageverfahrens zu ruhen haben, den vorliegenden Oberlandesgerichten zurückzugeben.

2. Dies gilt auch, soweit die Unterbringung in der Sicherungsverwahrung nach § 67a Abs. 2 Satz 1 StGB in einem psychiatrischen Krankenhaus vollzogen wird, denn die Rechtsnatur der angeordneten Maßregel ändert sich durch die Überweisung in den Vollzug einer anderen Maßregel nicht.

458. BGH 4 StR 552/10 – Urteil vom 10. Februar 2011 (LG Essen)

Grenzen der Aufrechterhaltung von Maßnahmen in der nachträglichen Gesamtstrafenbildung (Verfall von Wertersatz).

§ 55 Abs. 2 StGB; § 73a StGB

Im Fall der nachträglichen Gesamtstrafenbildung sind Maßnahmen, auf die in der früheren Entscheidung erkannt war, aufrechtzuerhalten, soweit sie nicht durch die neue Entscheidung gegenstandslos werden (§ 55 Abs. 2 StGB). Darüber hinaus ist in der Rechtsprechung anerkannt, dass ein Aufrechterhalten von Maßnahmen dann nicht in Betracht kommt, wenn die tatsächlichen oder rechtlichen Voraussetzungen für ihre (weitere) Vollstreckung entfallen sind (vgl. BGHSt 42, 306, 308 m.w.N.; BGHR StGB § 55 Abs. 2 Aufrechterhalten 8).

402. BGH 5 StR 395/10 – Urteil vom 26. Januar 2011 (LG Itzehoe)

Nachträgliche Sicherungsverwahrung (Hang zur Begehung erheblicher Straftaten; Geneigtheit); Prognose (hohes Maß an Gewissheit neuer besonders schwerer Straftaten).

§ 66b StGB; § 66 StGB

1. Das Merkmal „Hang“ im Sinne des §§ 66 StGB verlangt einen eingeschliffenen inneren Zustand des Täters, der ihn immer wieder neue Straftaten begehen lässt. Es wird definiert als eine auf charakterlicher Anlage beruhende oder durch Übung erworbene intensive Neigung zu Rechtsbrüchen.

2. Die mögliche Geneigtheit zur Begehung einer aus einem bestimmten Konflikt resultierenden Vergeltungstat kann nicht ausreichen, um eine intensive Neigung zu Rechtsbrüchen zu begründen. Eine solche liegt nur bei einer über den einzelnen Konflikt hinausgehenden, überdauernden psychischen Grunddisposition vor.

3. Die nachträgliche Anordnung der Sicherungsverwahrung kommt jedenfalls nicht in Betracht, wenn nicht ein hohes Maß an Gewissheit über die Gefahr besteht, dass der Verurteilte besonders schwere Straftaten begehen wird.

437. BGH 2 StR 461/10 – Beschluss vom 24. Februar 2011 (LG Bonn)

Anordnung der Unterbringung in einem psychiatrischen Krankenhaus (Darlegung einer zumindest verminderten Schuldfähigkeit); Adhäsionsantrag (Bemessung des Schmerzensgeldes: wirtschaftliche Verhältnisse des Schädigers).

§ 21 StGB; § 63 StGB; § 403 StPO

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

462. BGH 4 StR 604/10 – Beschluss vom 1. Februar 2011 (LG Münster)

Keine Vollstreckterklärung eines Teils der verhängten Freiheitsstrafe als Härteausgleich (Gesamtstrafenbildung; Strafzumessung).

§ 55 StGB

Die Entscheidung, von der verhängten Freiheitsstrafe einen Monat wegen anderweitig entgangener Gesamtstrafenbildung für bereits vollstreckt zu erklären, steht im Widerspruch zur bisherigen Rechtsprechung des Bundesgerichtshofs. Der erforderliche Härteausgleich ist in derartigen Fällen nicht in Anwendung des Vollstreckungsmodells, sondern bei der Bemessung der (zeitigen) Freiheitsstrafe für die nunmehr abzuurteilende Tat vorzunehmen (vgl. BGH, Beschluss vom 9. November 2010, 4 StR 441/10).

Rechtsprechung

IV. Strafverfahrensrecht mit GVG

428. BGH 1 StR 663/10 – Beschluss vom 18. Januar 2011 (LG Stuttgart)

BGHSt; Verwertbarkeit von Telekommunikationsdaten nach der einstweiligen Anordnung des BVerfG zur Vorratsdatenspeicherung.

§ 100g StPO; § 113a TKG; § 113b TKG; Art. 10 GG; Art. 8 EMRK

1. Telekommunikationsdaten, die vor dem 2. März 2010 auf der Grundlage der einstweiligen Anordnung des Bundesverfassungsgerichts vom 11. März 2008 im Verfahren 1 BvR 256/08 (BGBl. I 2008, 659, wiederholt und erweitert mit Beschluss vom 28. Oktober 2008 – BGBl. I 2008, 2239 -, zuletzt wiederholt mit Beschluss vom 15.

Oktober 2009 – BGBl. 2009, 3704) rechtmäßig erhoben und an die ersuchenden Behörden übermittelt wurden, bleiben auch nach dem Urteil des Bundesverfassungsgerichts vom 2. März 2010 zu §§ 113a, 113b TKG, 100g StPO (1 BvR 256/08 u.a. – BGBl. I 2010, 272) in einem Strafverfahren zu Beweis Zwecken verwertbar. (BGHSt)

2. Die einstweilige Anordnung des Bundesverfassungsgerichts vom 11. März 2008 im Verfahren 1 BvR 256/08 (BGBl. I 2008, 659, wiederholt und erweitert mit Beschluss vom 28. Oktober 2008 – BGBl. I 2008, 2239 -, zuletzt wiederholt mit Beschluss vom 15. Oktober 2009 – BGBl. I 2009, 3704) ist eine fortwirkende Legitimationsgrundlage für vor dem abschließenden Urteil des BVerfG

vom 2. März 2010 abgeschlossene Beweiserhebungen. (Bearbeiter)

3. Anderes ergibt sich auch nicht aus dem Grundsatz, dass bei einer Änderung strafprozessualer Bestimmungen für das weitere Verfahren auf die neue Rechtslage abzustellen ist. Denn die Änderung erfasst das Verfahren in der Lage, in der es sich bei Inkrafttreten der veränderten Rechtslage befindet. Für ein wie hier hinsichtlich der Speicherung der Daten und deren Übermittlung an die Strafverfolgungsbehörden bereits beendetes prozessuales Geschehen gilt eine Verfahrensänderung nicht (vgl. BGH NJW 1969, 887, OLG Frankfurt a.M. NStZ-RR 2007, 180). (Bearbeiter)

4. Der Senat braucht nicht zu entscheiden, ob bereits die hier die Beweiserhebung rechtfertigende – normsetzende – einstweilige Anordnung zugleich die Rechtsgrundlage für die spätere Verwertung ist. Hierfür spricht, dass Beweise gleich ob be- oder entlastend nur deshalb erhoben werden (dürfen), damit sie im weiteren Verfahren Verwendung finden können. Der Zulassung der Beweiserhebung ist somit die spätere Verwertung immanent. Jedenfalls rechtfertigt der (ergänzende) Rückgriff auf die Vorschrift des § 244 Abs. 2 StPO die Verwertung rechtmäßig erlangter Beweismittel. Denn nach dieser Vorschrift ist das Gericht zur Erforschung der Wahrheit nicht nur berechtigt, sondern sogar verpflichtet, die Beweisaufnahme von Amts wegen auf alle Tatsachen und Beweismittel zu erstrecken, die für die Entscheidung von Bedeutung sind (vgl. BGH NJW 1984, 247). (Bearbeiter)

5. Es besteht kein Rechtssatz des Inhalts, dass ein Beweiserhebungsverbot in jedem Fall ein Beweisverwertungsverbot nach sich zieht. Vielmehr wäre bei der nach gefestigter Rechtsprechung in einem solchen Fall gebotenen Abwägung zwischen den schutzwürdigen Belangen des Betroffenen und dem Interesse der Allgemeinheit an einer funktionsfähigen Strafrechtspflege und effektiven Strafverfolgung (vgl. BVerfG NStZ 2011, 103; NJW 2008, 3053) auch in den Blick zu nehmen, dass jedes Beweisverbot die Beweismöglichkeiten der Strafverfolgungsbehörden zur Erhärtung oder Widerlegung des Verdachts strafbarer Handlungen einschränkt und so die Findung einer materiell richtigen und gerechten Entscheidung beeinträchtigt; ein Beweisverwertungsverbot stellt von Verfassungs wegen mithin eine begründungsbedürftige Ausnahme dar (vgl. BVerfG NJW 2010, 287 mwN; BVerfG wistra 2009, 425). (Bearbeiter)

481. BGH 3 StR 332/10 – Urteil vom 13. Januar 2011 (LG Hannover)

BGHSt; Verwendung von Vorratsdaten; Beweisverwertungsverbot; Verfassungswidrigkeit der Vorratsdatenspeicherung; Aufklärungspflicht; Telekommunikationsgeheimnis (Eingriff; verfassungsrechtliche Rechtfertigung); einstweilige Anordnung; Hauptsacheentscheidung; Urteilsfindung; Inbegriff der Hauptverhandlung. § 32 BVerfGG; Art. 10 Abs. 1 GG; § 113 TKG; § 113a TKG; § 113b TKG; § 100g StPO; § 261 StPO; § 244 Abs. 2 StPO; § 78 BVerfGG

1. Das Urteil des Bundesverfassungsgerichts vom 2. März 2010 (1 BvR 256/08 u.a. – HRRS 2010 Nr. 134) hat der

Erhebung von Telekommunikationsdaten und deren Übermittlung zum Zweck der Strafverfolgung während der Geltungsdauer und nach Maßgabe der einstweiligen Anordnung vom 11. März 2008 nicht nachträglich die Rechtsgrundlage entzogen. Die Verwendung solcher Daten im Strafverfahren durch ihre Einführung in die Hauptverhandlung und Verwertung im Rahmen der Urteilsfindung bleibt auch nach dem 2. März 2010 rechtmäßig. (BGHSt)

2. Zwar hat das Bundesverfassungsgericht in seiner Hauptsacheentscheidung die §§ 113a, 113b TKG insgesamt und § 100g Abs. 1 Satz 1 StPO insoweit wegen Verstoßes gegen Art. 10 Abs. 1 GG für nichtig erklärt, als danach Verkehrsdaten nach § 113a TKG erhoben werden dürfen. Dadurch wird jedoch die Rechtmäßigkeit eines von der einstweiligen Anordnung gedeckten, in der Datenerhebung und -übermittlung liegenden und insoweit abgeschlossenen Grundrechtseingriffs nicht berührt. (Bearbeiter)

3. Auch wenn eine nachfolgende Feststellung der Nichtigkeit der Norm (§ 78 BVerfGG) auf den Zeitpunkt deren Inkrafttretens zurückwirkt, so regelt eine einstweilige Anordnung (§ 32 BVerfGG), die gesetzvertretendes Übergangsrecht schafft, die Rechtslage für die Zeit ihrer Geltung gleichwohl endgültig. Rechtsakte auf der Grundlage und während der Geltung einer vom Bundesverfassungsgericht erlassenen einstweiligen Anordnung behalten deshalb unabhängig vom Inhalt der späteren Hauptsacheentscheidung grundsätzlich ihren rechtlichen Bestand. (Bearbeiter)

4. Werden Telekommunikationsdaten eines Beschuldigten für ein gegen ihn geführtes Strafverfahren herangezogen und genutzt, so erschöpft sich der Eingriff in sein Grundrecht aus Art. 10 Abs. 1 GG nicht in der Erhebung der Daten beim Diensteanbieter und in deren Übermittlung an die Strafverfolgungsbehörden. Vielmehr sind sämtliche nachfolgenden Verwendungen und Verwertungen der so erhobenen Daten nicht nur als Fortsetzung des Ersteingriffs, sondern als neue Grundrechtseingriffe zu bewerten, die jeweils einer eigenen gesetzlichen Ermächtigung bedürfen und am Grundrecht aus Art. 10 Abs. 1 GG zu messen sind. (Bearbeiter)

5. Die Einführung von auf der Grundlage der einstweiligen Anordnung des BVerfG übermittelten Daten in die Hauptverhandlung sowie deren Verwertung sind nicht deshalb unzulässig, weil jede weitere Verwendung erhobener Daten als eigenständiger Grundrechtseingriff zu werten und die Rechtsgrundlage für die Erhebung und Übermittlung der Daten zum Zeitpunkt der Beweisverwertung vom Bundesverfassungsgericht durch seine Hauptsacheentscheidung vom 2. März 2010 für nichtig erklärt worden ist. (Bearbeiter)

6. Dem Senat erscheint zweifelhaft, ob die fortdauernde Wirkung der – die Beweiserhebung rechtfertigenden – einstweiligen Anordnung des Bundesverfassungsgerichts auch die Beweisverwertung legitimiert, weil die §§ 113a, 113b TKG, § 100g Abs. 1 StPO allein die Erhebung und die Speicherung der Daten beim Diensteanbieter und deren Übermittlung an die Strafverfolgungsbehörden,

nicht jedoch weitere Eingriffe in das Grundrecht aus Art. 10 Abs. 1 GG regeln. (Bearbeiter)

7. Die weiteren Eingriffe finden ihre verfassungsrechtliche Rechtfertigung jedoch in § 244 Abs. 2 StPO, der das Gericht verpflichtet, zur Erforschung der Wahrheit die Beweisaufnahme auf alle im Verfahren gewonnenen Beweismittel von Bedeutung zu erstrecken, sowie bei der Urteilsfindung in § 261 StPO, der dem Tatrichter gebietet, sich seine Überzeugung aus dem Inbegriff der Hauptverhandlung zu bilden, also insbesondere die dort erhobenen Beweise zu würdigen. § 244 Abs. 2 StPO und § 261 StPO legen Anlass, Verwendungszweck und Grenzen des weiteren Grundrechtseingriffs hinreichend bereichsspezifisch, präzise und normenklar fest, um als Grundlage der Eingriffe in Art. 10 Abs. 1 GG herangezogen zu werden. (Bearbeiter)

421. BGH 1 StR 490/10 – Beschluss vom 8. Februar 2011 (LG Koblenz)

BGHSt; Ruhensvorschrift des § 78b Abs. 4 StGB (Bewertung der Tat in der Anklage oder im Eröffnungsbeschluss; abstrakte Strafschärfung für besonders schwere Fälle); Vorteilsannahme; Vorteilsgewährung; Steuerhinterziehung.
§ 78b Abs. 4 StGB; § 331 Abs. 1 StGB; § 333 Abs. 1 StGB; § 370 AO

1. Die Vorschrift des § 78b Abs. 4 StGB knüpft nicht an die rechtliche Bewertung der Tat in der Anklage oder im Eröffnungsbeschluss an; maßgeblich ist vielmehr, ob der vom Gericht der Verurteilung zugrunde gelegte Straftatbestand eine abstrakte Strafschärfung für besonders schwere Fälle vorsieht. (BGHSt)

2. Die Unterbrechungswirkung von Untersuchungshandlungen erstreckt sich auch beim Vorwurf der Steuerhinterziehung grundsätzlich auf alle verfahrensgegenständlichen Taten, wenn in einem Verfahren wegen mehrerer Taten im prozessualen Sinn ermittelt wird. Dies gilt jedoch dann nicht, wenn der Verfolgungswille des tätig werdenden Strafverfolgungsorgans erkennbar auf eine oder mehrere Taten beschränkt ist. Für die Bestimmung des Verfolgungswillens der Strafverfolgungsorgane ist maßgeblich, was mit der jeweiligen Handlung bezweckt wird. Dabei sind neben dem Wortlaut der Verfügung auch der Sach- und der Verfahrenszusammenhang entscheidend. Sofern sich die Reichweite nicht aus der Handlung selbst ergibt, ist der sonstige Akteninhalt zur Auslegung heranzuziehen (vgl. BGH wistra 2000, 219). (Bearbeiter)

422. BGH 1 StR 52/11 – Beschluss vom 1. März 2011 (LG Nürnberg-Fürth)

BGHR; kein Verwertungsverbot hinsichtlich des Geständnisses des Angeklagten nach unzulässiger Verständigung über den Schuldspruch.
§ 257c StPO; § 261 StPO

1. Allein die unzulässige Verständigung über den Schuldspruch führt nicht zu einem Verbot, das auf Grund der Verständigung abgegebene Geständnis des Angeklagten zu verwerten. (BGHR)

2. Der Schuldspruch darf nicht Gegenstand einer Verständigung sein (§ 257c Abs. 2 Satz 3 StPO). Auch die Staatsanwaltschaft hat darauf hinzuwirken, dass das Gesetz beachtet wird (vgl. RiStBV Nr. 127 Abs. 1 Satz 1). Schwerer Bandendiebstahl ist eine Qualifikation und betrifft daher den Schuldspruch. Eine Verständigung darüber, dass keine bandenmäßige Begehung vorliegt, ist in diesem Fall, in dem es nicht nur um eine strafzumessungsrelevante Feststellung geht, unzulässig. (Bearbeiter)

3. Auch wenn in den Urteilsgründen, ohne dass dies erforderlich wäre Einzelheiten der Verständigung mitgeteilt werden, bedarf es zur Beanstandung der Verletzung der Verfahrensvorschrift des § 257c StPO der Erhebung einer formgerechten (§ 344 Abs. 2 Satz 2 StPO) Verfahrensrüge. Der Umstand, dass das Revisionsgericht im Rahmen des § 344 Abs. 2 Satz 2 StPO bei zugleich erhobener umfassender Sachrüge den Urteilsinhalt ergänzend berücksichtigen kann, befreit nicht von der Anbringung einer Verfahrensrüge. Da eine solche nicht erhoben ist, ist die Beweiswürdigung schon deshalb nicht auf eine Verletzung des Verwertungsverbots des Geständnisses zu überprüfen. (Bearbeiter)

4. Bei einer wenn auch fehlerhaften Verständigung, besteht ein Verwertungsverbot nach dem Gesetz nur „in diesen Fällen“, d.h. in den in § 257c Abs. 4 Sätze 1 und 2 StPO aufgeführten Fällen. Gemeint sind Konstellationen, in denen sich das Gericht von der Verständigung lösen will. (Bearbeiter)

433. BGH 2 StR 338/10 – Urteil vom 26. Januar 2011 (LG Köln)

Vorschriftswidrige Besetzung des Gerichts bei Mitwirkung einer der deutschen Sprache unkundigen Schöfin; Grundsatz der Mündlichkeit; Grundsatz der Unmittelbarkeit.
§ 338 Nr. 1 StPO; § 193 GVG; § 31 Satz 2 GVG; § 33 Nr. 5 GVG; § 261 StPO

1. Es ist anerkannt, dass Mängel in der Person eines Richters oder Schöffen, die seine Unfähigkeit zur Teilnahme an Verhandlungen begründen, zu einer vorschriftswidrigen Gerichtsbesetzung i.S.v. § 338 Nr. 1 StPO führen. So ist, obwohl dies gesetzlich nicht ausdrücklich geregelt ist, ein hör- oder sprechunfähiger Richter regelmäßig nicht fähig, an Verhandlungen teilzunehmen. Dies folgt aus dem die Hauptverhandlung beherrschenden Grundsatz der Mündlichkeit, der die Fähigkeit voraussetzt, Gesprochenes akustisch wahrzunehmen und sich in dem durch Rede und Gegenrede gekennzeichneten Gang der Hauptverhandlung mündlich zu äußern (vgl. BGHSt 4, 191, 193).

2. Nach ständiger Rechtsprechung kann auch ein blinder Richter nicht an einer tatrichterlichen Hauptverhandlung in Strafsachen mitwirken, da dies gegen den Unmittelbarkeitsgrundsatz verstößt (BGHSt 4, 191, 193 f.; 34, 236, 238; 35, 164, 166). Das Bundesverfassungsgericht hat die Streichung eines blinden Schöffen von der Schöffenliste unter Hinweis auf den strafprozessualen Unmittelbarkeitsgrundsatz als verfassungsrechtlich nicht zu

beanstanden angesehen (BVerfG NJW 2004, 2150). Entsprechendes gilt für einen Schöffen, der der deutschen Sprache nicht hinreichend mächtig ist.

406. BGH 5 StR 501/10 – Beschluss vom 8. Februar 2011 (LG Dresden)

Begründung der Verfahrensrüge; Protokollverlesung; Vernehmung eines Zeugen (Gliederung der Zeugenvernehmung in Themenkomplexe); Zwischenrechtsbehelf.

§ 344 Abs. 2 Satz 2 StPO; § 69 StPO; § 253 StPO; § 238 Abs. 2 StPO

1. Im Sinne bestmöglicher Wahrheitsermittlung ist ein Zeuge zunächst zu veranlassen, im Zusammenhang anzugeben, was ihm von dem Gegenstand seiner Vernehmung bekannt ist (§ 69 Abs. 1 Satz 1 StPO). Erst daran anschließend ist er zu vernehmen (§ 69 Abs. 2 StPO).

2. Diese Vorgaben verbieten es aber nicht, die Zeugenvernehmung im Interesse des Zeugen sowie einer zügigen Verfahrensführung angemessen zu strukturieren, namentlich komplexen Verfahrensstoff in einzelne Abschnitte zu gliedern. Umfasst eine Anklageschrift mehrere Taten im prozessualen oder materiellrechtlichen Sinne und damit naheliegenderweise verschiedene Beweisthemen im Sinne des § 69 Abs. 1 Satz 1 StPO, so ist eine daran orientierte Vernehmungsgestaltung regelmäßig sogar geboten. Der Zeuge hat dann sein Wissen jeweils für das einzelne Beweisthema im Zusammenhang vorzutragen.

3. Kann ein Zeuge sich nach einer vollständigen, auch unter Einsatz von Vorhalten durchgeführten Vernehmung an einzelne Tatsachen nicht erinnern, so begründet eine daran anknüpfende Protokollverlesung einen Verstoß gegen § 253 Abs. 1 StPO grundsätzlich auch dann nicht, wenn anschließend die Vernehmung – bezogen auf weitere Beweisthemen – fortgeführt wird.

4. Vor diesem Hintergrund ist Voraussetzung einer zulässigen Verfahrensrüge, die eine Verletzung des § 253 Abs. 1 StPO geltend machen will, auch der Vortrag (§ 344 Abs. 2 Satz 2 StPO), ob und in welcher Weise die Vernehmung durch die Strafkammer gegliedert wurde. Anderenfalls ist dem Revisionsgericht eine Überprüfung verschlossen, ob das Erfordernis einer der Verlesung vorangehenden vollständigen Zeugenvernehmung durch das Tatgericht erfüllt worden war.

5. Der Senat lässt ausdrücklich offen, ob der Revisionsführer zum Erhalt seiner Verfahrensrüge bei sämtlichen einzelnen Anordnungen nach § 253 Abs. 1 StPO vom Zwischenrechtsbehelf des § 238 Abs. 2 StPO Gebrauch machen muss und ob auf einem etwaigen Verstoß mit dieser Zielrichtung ein Urteil überhaupt beruhen könnte.

401. BGH 5 StR 387/10 – Urteil vom 9. Februar 2011 (LG Göttingen)

Entfernung des Angeklagten; Verhandlung über die Entlassung eines Zeugen; wesentlicher Teil der Hauptverhandlung; Bild-Ton-Übertragung.

§ 247 StPO; § 338 Nr. 5 StPO

1. Die Verhandlung über die Entlassung eines Zeugen in Anwesenheit des Angeklagten ist grundsätzlich als wesentlicher Teil der Hauptverhandlung anzusehen, weil der von der Entlassungsverhandlung ausgeschlossene Angeklagte unmittelbar nach der Zeugenvernehmung keine Fragen oder Anträge stellen kann, die den Ausgang des Verfahrens beeinflussen können.

2. Dies gilt jedoch nicht, wenn der die Vernehmung über eine Bild-Ton-Übertragung zeitgleich mitverfolgende Angeklagte nach ausdrücklicher Befragung des Vorsitzenden über eine Gegensprechanlage von seinem Fragerecht keinen Gebrauch machen will. Es wäre bloße Förmerei, wenn ihm in Anwesenheit ein weiteres Mal die Möglichkeit gegeben werden müsste, Fragen zu stellen.

3. Nach ständiger Rechtsprechung bestimmt sich die Frage der Wesentlichkeit eines Verfahrensteils nach dem Zweck der jeweils betroffenen Vorschriften sowie danach, in welchem Umfang deren sachliche Bedeutung betroffen sein kann.

460. BGH 4 StR 583/10 – Beschluss vom 8. Februar 2011 (LG Augsburg)

Unmittelbarkeitsgrundsatz (Verlesung eines Arztbriefes; mangelnder Beschluss; mangelndes Beruhen); Aufklärungspflicht.

§ 250 StPO; § 251 Abs. 4 Satz 1 StPO; § 256 StPO; § 337 StPO; § 244 Abs. 2 StPO

1. Grundsätzlich begründet es die Revision, wenn der nach § 251 Abs. 4 StPO geforderte Gerichtsbeschluss nicht ergangen ist (vgl. BGH NStZ 1988, 283; 1993, 144; NStZ 2010, 649). Der Beschluss dient der Unterrichtung der Verfahrensbeteiligten über den Grund der Verlesung und der eindeutigen Bestimmung des Umfangs der Verlesung. Bei Kollegialgerichten soll er zudem unter Beachtung der Aufklärungspflicht die Meinungsbildung des gesamten Gerichts und nicht nur des Vorsitzenden über das einzuschlagende Verfahren sicherstellen und insbesondere den Schöffen im Hinblick auf den Grundsatz der Unmittelbarkeit den Ausnahmecharakter der Verlesung deutlich machen. Entscheidend ist insoweit, ob die persönliche Vernehmung des Zeugen zur weiteren Aufklärung erforderlich ist oder ob die Verlesung der Niederschrift genügt (vgl. BGH NStZ-RR 2001, 261 und NStZ-RR 2007, 52).

2. Das Urteil kann auf dem nicht ergangenen Gerichtsbeschluss beruhen, wenn sich den Verfahrensbeteiligten der Grund der Verlesung nicht erschlossen hat und damit die der Anordnung der Verlesung zu Grunde liegenden Erwägungen rechtlich nicht überprüfbar sind bzw. das Gericht die Verlesungsvoraussetzungen (im Gegensatz zum Vorsitzenden) möglicherweise verneint hätte (vgl. BGH NStZ-RR 2007, 52, 53).

3. Zu einem Einzelfall des mangelnden Beruhens.

418. BGH 1 StR 408/10 – Urteil vom 1. Februar 2011 (LG Nürnberg-Fürth)

Anforderungen an die Begründung eines Freispruches (Revisibilität der Beweiswürdigung; überspannte Anforderungen an die Überzeugungsbildung und lückenhaf-

tes Urteil; Erörterungsmangel bei der Beurteilung des Beweiswerts der Alibibehauptung: Vorwegverteidigung mit Täterwissen).
§ 261 StPO

Einzelfall einer wegen Lückenhaftigkeit rechtsfehlerhaften Beweiswürdigung (Alibibehauptung als Vorwegverteidigung mit Täterwissen). Hat der Angeklagte eine Zeugin zur Falschaussage veranlasst, noch bevor ihm die Tatzeit bekannt sein konnte, wenn er nicht der Täter war, und sie sodann als Alibizeugin benannt, dann wäre die so erlogene Alibibehauptung ein stärkeres Belastungsindiz. Es käme ernsthaft in Betracht, dass es sich hierbei um eine Vorwegverteidigung mit Täterwissen handelte (vgl. BGH NStZ 1999, 423, 424).

439. BGH 2 ARs 56/11 (2 AR 33/11) – Beschluss vom 2. März 2011

Ablehnung der Bestimmung des zuständigen Gerichts (Ergreifen).
§ 13a StPO; § 9 StPO

Die Festhaltung des Beschuldigten und seine anschließende Vernehmung als Beschuldigter mit der Unterzeichnung einer Zustellungsvollmacht stellt ein Ergreifen im Sinne von § 9 StPO dar. Ergibt sich bei der Kontrolle einer Person, dass gegen diese ein Ermittlungsverfahren läuft und eine Ausschreibung zur Aufenthaltsermittlung vorliegt, werden sich nicht nur Maßnahmen zur Ermittlung des Wohn- und Aufenthaltsortes des Beschuldigten (vgl. § 163b StPO) anschließen. Darüber hinaus wird es regelmäßig zur Prüfung kommen, ob die Durchführung des weiteren Strafverfahrens durch besondere Vorkehrungen gesichert werden kann. Dies gilt etwa in besonderer Weise dann, wenn der Beschuldigte im Geltungsbereich der Strafprozessordnung keinen festen Wohnsitz oder Aufenthalt hat und Maßnahmen nach § 132 StPO in Frage kommen. Während dieser Zeit wären polizeiliche Maßnahmen, die dazu dienen, eine mögliche Flucht des Beschuldigten zu verhindern, nicht zu beanstanden; sie rechtfertigen die Annahme, dass der Beschuldigte (zumindest vorübergehend) zum Zweck der Strafverfolgung festgehalten und damit „ergriffen“ ist (vgl. BGHSt 44, 347, 349 zum weitergehenden Fall, dass ein Betroffener erst im Rahmen einer Kontrolle einer Straftat verdächtig

wird und daraufhin Ermittlungen gegen ihn eingeleitet werden).

463. BGH 4 StR 612/10 – Beschluss vom 8. Februar 2011 (LG Paderborn)

Verfahrenshindernis des mangelnden wirksamen Einbeziehungsbeschlusses (Nachtragsanklage).
§ 266 Abs. 1 StPO

Auf die Verkündung des Einziehungsbeschlusses in der Hauptverhandlung und dessen Aufnahme in das Hauptverhandlungsprotokoll kann grundsätzlich nicht verzichtet werden, weil es sonst an einer schlüssigen und eindeutigen Willenserklärung des Gerichts mangelt, dass es die Nachtragsanklage zum Gegenstand der Hauptverhandlung macht. Ist ein solcher Einziehungsbeschluss nicht ergangen, fehlt es an einer von Amts wegen zu beachtenden Verfahrensvoraussetzung, was zur Einstellung des Verfahrens führen muss, indessen der Erhebung einer neuen Anklage nicht entgegen steht (vgl. BGHR StPO § 200 Abs. 1 Satz 1 Tat 3). Es bleibt aber zu prüfen, das Fehlen des Einziehungsbeschlusses ausnahmsweise als unschädlich angesehen werden kann, weil das Gericht in anderer Weise klar zu erkennen gegeben hat, dass es die Nachtragsanklage zum Gegenstand der Verhandlungsentscheidung machen wollte.

403. BGH 5 StR 418/10 – Urteil vom 25. Januar 2011 (LG Neuruppin)

Beweiswürdigung; Aussagekonstanz; Aussage gegen Aussage; Urteilsgründe (Wiedergabe aussagepsychologischer Gutachten).
§ 261 StPO; § 267 Abs. 3 StPO

1. Eine im Wesentlichen auf die Mitteilung des Ergebnisses eines Gutachtens beschränkte Darstellung der Überzeugungsbildung des Tatgerichts kann aus revisionsrechtlicher Sicht ausreichen, wenn es sich um ein allgemein anerkanntes und weithin standardisiertes Verfahren handelt. Hierzu gehört jedoch ein – stets höhere Anforderungen stellendes – Glaubhaftigkeitgutachten nicht.

2. Bei beurteilungsrelevanten Divergenzen zwischen verschiedenen belastenden Aussagen sind auch die Anknüpfungstatsachen der Sachverständigen darzulegen, um deren Bewertung nachvollziehbar zu machen.

V. Wirtschaftsstrafrecht und Nebengebiete

429. BGH 1 StR 676/10 – Beschluss vom 15. Februar 2011 (LG München II)

BGHSt; Vollendung bei der Einfuhr von Betäubungsmitteln auf dem Postweg (objektive Zurechnung; Vorsatz: wesentlicher Irrtum über den Kausalverlauf; Mit-täterschaft); unerlaubtes Handeltreiben mit Betäu-

bungsmitteln in nicht geringer Menge; Versagungen der Strafmilderung des Versuchs bei nicht zurechenbarer Vollendung.

§ 29 Abs. 1 Satz 1 Nr. 1 BtMG; § 30 Abs. 1 Nr. 4 BtMG; § 16 StGB; § 29 Abs. 1 Satz 1 Nr. 1, § 29a Abs. 1 4 Nr. 2 BtMG; § 25 Abs. 2 StGB; § 23 Abs. 2 StGB

1. Die Einfuhr von Betäubungsmitteln auf dem Postweg ist nicht vollendet, wenn die Betäubungsmittel bei einer Zollkontrolle im Ausland entdeckt und aufgrund einer Absprache der ausländischen und der deutschen Zollbehörden im Wege eines bewachten Weitertransports nach Deutschland gebracht werden; insoweit kommt jedoch eine Strafbarkeit wegen einer versuchten Einfuhr – ggf. in Tateinheit mit vollendetem Handelreiben mit Betäubungsmitteln – in Betracht. (BGHSt)

2. Nach der ständigen Rechtsprechung des Bundesgerichtshofs muss der in verschiedenen Gesetzen und Verordnungen nicht einheitlich verwendete Begriff der „Einfuhr“ jeweils nach seinem speziellen Sinn und Zweck ausgelegt werden. Im Betäubungsmittelstrafrecht ist dies der Schutz der inländischen Bevölkerung vor den Gefahren der Drogensucht (vgl. BGHSt 34, 180, 181). Einfuhr i.S.d. § 29 Abs. 1 Satz 1 Nr. 1, § 30 Abs. 1 Nr. 4 BtMG bedeutet danach das Verbringen eines Betäubungsmittels aus dem Ausland über die Grenze in das Hoheitsgebiet der Bundesrepublik Deutschland. Vollendung tritt daher grundsätzlich in dem Moment ein, in dem das Betäubungsmittel diese Grenze passiert (st. Rspr.; BGHSt 31, 252, 254). (Bearbeiter)

3. Nach der ständigen Rechtsprechung des Bundesgerichtshofs liegt eine wesentliche, den Vorsatz ausschließende Abweichung des tatsächlichen vom vorgestellten Kausalverlauf vor, wenn diese sich nicht mehr in den Grenzen des nach allgemeiner Lebenserfahrung Voraussehbaren hält und aufgrund eines insoweit veränderten Unrechtsgehalts eine andere rechtliche Bewertung der Tat erfordert (BGHSt 38, 32, 34; vgl. auch BGHSt 48, 34, 37; jew. mwN). (Bearbeiter)

4. Anders liegt der Fall, wenn die Strafverfolgungsbehörden etwa unter dem Einsatz eines V-Mannes schon im Vorfeld Kenntnis von einer geplanten Betäubungsmittelfuhr erlangen und diese, ohne in den Tatablauf einzugreifen, lediglich überwachen. (Bearbeiter)

5. Der Tatbestand der Einfuhr von Betäubungsmitteln verlangt kein eigenhändiges Verbringen des Rauschgifts nach Deutschland. Mittäter kann daher auch derjenige sein, der sich die Betäubungsmittel aus dem Ausland mit der Post schicken lässt (st. Rspr.). Voraussetzung hierfür ist jedoch, dass der Täter nicht nur fremdes Tun fördern will. Sein Tatbeitrag muss vielmehr Teil einer gemeinschaftlichen, auf die gemeinsame Herbeiführung des Taterfolgs gerichteten Tätigkeit sein. Ob dies der Fall ist, hängt wesentlich von seinem eigenen Erfolgsinteresse, vom Umfang seiner Tatbeteiligung, von seiner Tatherrschaft oder von seinem Willen zur Tatherrschaft ab (BGHSt 38, 32, 34; BGHR BtMG § 29 Abs. 1 Nr. 1 Einfuhr 20 mwN). (Bearbeiter)

486. BGH 5 StR 514/09 – Beschluss vom 24. Februar 2011 (LG Leipzig)

BGHSt; progressive Kundenwerbung (Europäisierung; richtlinienkonforme Auslegung; vollharmonisierende Richtlinien und Mindestschutz); Strafaussetzung zur Bewährung; Strafklageverbrauch (Einstellung unter Opportunitäts Gesichtspunkten; prozessuale Tat); Ablehnung eines Beweisantrages (Konnexität bei fortge-

schrittener Beweisaufnahme); Unternehmer; Verbraucher; Verbotsirrtum (Ausrichtung auf eine rechtliche Grauzone).

§ 16 Abs. 2 UWG; § 56 StGB; § 244 StPO; § 153a StPO; § 264 StPO; § 2 Abs. 2 UWG; § 13 BGB; § 14 BGB; § 17 StGB

1. Verbraucherbegriff bei progressiver Kundenwerbung. (BGHSt)

2. Für die Abgrenzung von Unternehmern und Verbrauchern ist nicht der innere Wille des Handelnden entscheidend; vielmehr gilt ein objektiver Maßstab. Ob eine Tätigkeit als selbständige zu qualifizieren ist, bestimmt sich nach dem durch Auslegung zu ermittelnden Inhalt des Rechtsgeschäfts. In diese Auslegung sind erforderlichenfalls die Begleitumstände einzubeziehen. (Bearbeiter)

3. Handeln als Unternehmer und nicht als Verbraucher liegt auch dann vor, wenn das maßgebliche Geschäft im Zuge der Aufnahme einer gewerblichen oder selbständigen beruflichen Tätigkeit (sogenannte Existenzgründung) geschlossen wird. Dies gilt jedoch nicht, solange die getroffene Maßnahme noch nicht Bestandteil der Existenzgründung selbst ist, sondern sich im Vorfeld einer solchen bewegt und die Entscheidung, ob es überhaupt zu einer Existenzgründung kommen soll, erst vorbereitet. Bewegt sich das rechtsgeschäftliche Handeln im Vorfeld einer Existenzgründung, über die noch nicht definitiv entschieden ist, so ist es noch nicht dem unternehmerischen Bereich zuzuordnen. (Bearbeiter)

4. Da nach § 16 Abs. 2 UWG das Verhalten im Vorgriff auf den Abschluss eines Rechtsgeschäftes unter Strafe gestellt wird, bestimmt sich danach auch der Verbraucherbegriff. Maßgeblich ist deshalb, ob die Adressaten in dem Zeitpunkt, in welchem sie durch die Werbemaßnahmen angesprochen werden, Verbraucher sind. (Bearbeiter)

5. Dieser Verbraucherbegriff ist im Verhältnis zu dem der Richtlinie über unlautere Geschäftspraktiken (RL 2005/29/EG, ABl. L 149, 22) zugrunde liegenden Verbraucherbegriff möglicherweise umfassender. Der europäische Verbraucherbegriff begrenzt aber den Anwendungsbereich der Richtlinie über unlautere Geschäftspraktiken. Die im Übrigen einschlägige Richtlinie zur Angleichung der Rechts- und Verwaltungsvorschriften der Mitgliedstaaten über irreführende Werbung (RL 84/450/EWG, ABl. L 250, 17) gibt dagegen nur einen Mindestschutz vor. Eine Verstärkung des Verbraucherschutzes über den Standard der Richtlinien hinaus ist daher mit dem Gemeinschaftsrecht vereinbar. (Bearbeiter)

6. Aufgrund der Ausgestaltung des Straftatbestandes des § 16 Abs. 2 UWG als Unternehmensdelikt ist die Tat bereits vollendet, wenn der Täter versucht, das Werbe- und Vertriebssystem in Gang zu setzen. (Bearbeiter)

7. Ausreichende Unrechtseinsicht liegt bereits dann vor, wenn der Täter bei der Begehung der Tat mit der Möglichkeit rechnet, Unrecht zu tun, und dies billigend in

Kauf nimmt. Es genügt also das Bewusstsein, die Handlung verstoße gegen irgendwelche, wenn auch im Einzelnen nicht klar vorgestellte gesetzliche Bestimmungen. (Bearbeiter)

8. Richtet ein Angeklagter sein Handeln bewusst darauf aus, eine von ihm so verstandene rechtliche Grauzone auszunutzen, so setzt dies regelmäßig eine gedankliche Auseinandersetzung mit den Grenzen strafbaren Verhaltens voraus. Dies schließt – wenn höchstrichterliche Entscheidungen noch nicht vorliegen – auch die Möglichkeit mit ein, sich bei einer Fehlinterpretation der Gesetzeslage strafbar zu machen. (Bearbeiter)

417. BGH 1 StR 24/10 – Beschluss vom 8. Februar 2011 (LG Hamburg)

BGHR; Steuerhinterziehung durch Geltendmachung von Vorsteuer bei einer missbräuchlichen innergemeinschaftlichen Lieferung bzw. der Lieferung in einem Umsatzsteuerkarussell (Auslegung des Unternehmerbegriffs; Vorsteuererstattung; Vereinbarkeit mit dem Gesetzlichkeitsprinzip: Bestimmtheitsgrundsatz); Abwesenheit eines mit der Aufgabe betrauten Urkundsbeamten.

Art. 103 Abs. 2 GG; Art. 7 EMRK; § 1 StGB; § 370 Abs. 1 Nr. 1 AO; § 15 Abs. 1 UStG; § 338 Nr. 5 StPO; § 153 Abs. 5 GVG; § 226 StPO

1. Jedenfalls dann, wenn derjenige, für den eine Lieferung ausgeführt wird, weiß, dass diese Teil eines auf Hinterziehung von Umsatzsteuer angelegten Systems ist, so ist er hinsichtlich dieser Lieferung nicht als Unternehmer i.S.d. § 15 UStG tätig. Macht er dennoch die in einer Rechnung für diese Lieferung ausgewiesene Umsatzsteuer nach § 15 UStG als Vorsteuer geltend, begeht er eine Steuerhinterziehung. (BGHR)

2. Gemäß Art. 17 Abs. 2 Buchst. a der „Sechste(n) Richtlinie 77/388 EWG des Rates zur Harmonisierung der Rechtsvorschriften der Mitgliedsstaaten über die Umsatzsteuern – Gemeinsames Mehrwertsteuersystem: einheitliche steuerpflichtige Bemessungsgrundlage“ (ABl. Nr. L 145 S. 1) darf der Steuerpflichtige (Art. 4 Abs. 1 und 2 der Sechsten Richtlinie; vgl. zum Begriff des Steuerpflichtigen auch EuGH, Urteil vom 6. Juli 2006, C-439/04, C-440/04, Rechtssache Kittel u.a. Rn. 41 mwN) „die geschuldete oder entrichtete Mehrwertsteuer“ (unter anderem) „für Gegenstände“ abziehen, „die ihm von einem anderen Steuerpflichtigen geliefert wurden ...“. Der Anspruch auf diesen Vorteil entfällt jedoch, wenn er in betrügerischer Weise geltend gemacht wird, da eine betrügerische oder sonst missbräuchliche Berufung (auch) auf Gemeinschaftsrecht verboten ist. Die Sechste Richtlinie soll auch das Ziel fördern, Steuerhinterziehungen, Steuerumgehungen und damit vergleichbare sonstige Missbräuche zu bekämpfen. Ein derartiger betrügerischer Missbrauch liegt jedenfalls vor, wenn sich der Steuerpflichtige bewusst an einem in eine Mehrwert- bzw. Umsatzsteuerhinterziehung einbezogenen Umsatz beteiligt; dabei kommt es nicht darauf an, ob er auch schon die (frühere) Umsatzsteuerhinterziehung selbst begangen hat, sondern es genügt, wenn ihm diese bekannt ist (vgl. EuGH aaO Rn. 54 ff., 61 mwN). (Bearbeiter)

3. Das Vorliegen eines Unternehmers i.S.d. § 15 Abs. 1 UStG ist in Übereinstimmung mit dem allgemeinen Sprachgebrauch bei wirtschaftlicher Betätigung zu verneinen, die sich durch bewusste Beteiligung an und bewusste Ausnutzung von anderweitigen Steuerstraftaten steuerrechtliche Vorteile verschafft, wie etwa hier „Umsatzsteuergewinne“ auf der Grundlage von Umsatzsteuerhinterziehungen, die innerhalb einer eigens zu diesem Zweck geschaffenen Lieferkette begangen wurden. (Bearbeiter)

4. Jedenfalls für die Adressaten des Umsatzsteuergesetzes – ausschließlich Unternehmer, die auf Grund von Ausbildung und (oder) praktischer Erfahrung über das einschlägige Fachwissen verfügen – ist dieser Normzusammenhang, als zuverlässige Grundlage für die Auslegung und Anwendung der Norm, ohne weiteres erkennbar. Sie sind als regelmäßig dazu im Stande anzusehen, den Regelungsgehalt dieses Gesetzes zu verstehen und ihm konkrete Verhaltensanweisungen zu entnehmen (vgl. BVerfGE 48, 48, 56 f. mwN; BVerfG wistra 2010, 396, 404). Deswegen haben sie auch insoweit die Möglichkeit, das Verbot bestimmter Verhaltensweisen zu erkennen und die staatliche Reaktion vorauszusehen. (Bearbeiter)

5. Nach gefestigter Rechtsprechung des BVerfG und des BGH bestehen an der hinreichenden Bestimmtheit von § 370 AO selbst keine Zweifel (vgl. nur BVerfGE 37, 201; BGHSt 37, 266 ff.). Insoweit hat der Gesetzgeber selbst abstrakt-generell hinreichend bestimmt über die Strafbarkeit entschieden. Es gibt keinen Steueranspruch des Staates, der nach dem Willen des Gesetzes nicht gegen eine rechtswidrige und schuldhaft Verkürzung strafrechtlich geschützt sein soll. Dies gilt umso mehr, als das materielle Steuerrecht selbst aufgrund seines Eingriffscharakters dem allgemeinen, aus dem Rechtsstaatsprinzip folgenden Bestimmtheitsgebot unterliegt (Gesetzmäßigkeit der Besteuerung). (Bearbeiter)

6. Es bedarf keiner Entscheidung, ob das Recht zum Vorsteuerabzug auch mit der Begründung zu verneinen sein könnte, dass unter den gegebenen Umständen (trotz möglicherweise durchgeführter Warenbewegung i.S.d. § 3 Abs. 1 UStG) auch keine Lieferung im umsatzsteuerrechtlichen, zum Vorsteuerabzug berechtigenden Sinne vorliegt. (Bearbeiter)

7. Eine Betrauung mit der Aufgabe eines Urkundsbeamten der Geschäftsstelle muss erfolgen, bevor der Betraute diese Aufgabe wahrnimmt. Sie ist nicht rückwirkend möglich. Zu den Anforderungen an eine hinreichend klare Betrauung. (Bearbeiter)

485. BGH 3 StR 491/10 – Beschluss vom 15. Februar 2011 (LG Verden)

BGHR; unerlaubtes Handeltreiben mit Betäubungsmitteln; Anbau (Versuch); versuchter Anbau; Heranschaffen von Saatgut; Bestimmtheitsgrundsatz; intertemporales Strafrecht.

§ 29 BtMG; § 29a BtMG; § 22 StGB; § 23 StGB; Art. 103 Abs. 2 GG; § 31 BtMG; § 2 StGB

1. Zur Abgrenzung von strafloser Vorbereitung und (versuchtem) Handelstreiben mit Betäubungsmitteln bei Errichtung einer Indoor-Plantage zum Anbau von Cannabis, das nach der Ernte gewinnbringend veräußert werden soll. (BGHR)

2. Handelstreiben im Sinne des § 29 Abs. 1 Satz 1 Nr. 1 BtMG ist jede eigennützige auf den Umsatz von Betäubungsmitteln gerichtete Tätigkeit. Hiervon sind solche Handlungen abzugrenzen, „die lediglich typische Vorbereitungen darstellen, weil sie weit im Vorfeld des beabsichtigten Güterumsatzes liegen“. (Bearbeiter)

3. Die Aufzucht von Cannabispflanzen kann den Tatbestand des Handeltreibens erfüllen, wenn der Anbau auf die gewinnbringende Veräußerung der herzustellenden Betäubungsmittel zielt. (Bearbeiter)

4. Der Senat lässt offen, ob die Beschaffung von Setzlingen oder Samen für eine geplante Cannabis-Plantage bereits als vollendetes (unerlaubtes) Handelstreiben mit Betäubungsmitteln anzusehen wäre. (Bearbeiter)

427. BGH 1 StR 640/10 – Beschluss vom 19. Januar 2011 (LG Wiesbaden)

Vollendung der Steuerhinterziehung bei Fälligkeitssteuern und Veranlagungssteuern; Tenorierung bei der Steuerhinterziehung.

§ 370 AO; § 260 Abs. 4 Satz 1 StPO

1. Eine Steuerhinterziehung durch Unterlassen (§ 370 Abs. 1 Nr. 2 AO) ist bei Fälligkeitssteuern, die wie die Umsatzsteuer als Anmelde-steuern ausgestaltet sind, mit Ablauf des Fälligkeitszeitpunktes vollendet. Liegt die als Steuerfestsetzung geltende Steueranmeldung zum Fälligkeitszeitpunkt nicht vor, ist zu diesem Zeitpunkt die Steuer i.S.v. § 370 Abs. 4 Satz 1 AO verkürzt (stRspr).

2. Bei der Hinterziehung von Veranlagungssteuern durch Unterlassen tritt – sofern nicht vorher ein Schätzungsbescheid ergangen ist – der Taterfolg der Steuerverkürzung zu dem Zeitpunkt ein, zu dem die Veranlagung stattgefunden hätte, wenn die Steuererklärung pflichtgemäß eingereicht worden wäre (st. Rspr.). Dies ist spätestens dann der Fall, wenn das zuständige Finanzamt die Veranlagungsarbeiten für die betreffende Steuerart und den betreffenden Zeitraum im Wesentlichen abgeschlossen hat. Maßgeblich sind die konkreten Verhältnisse in dem für die Veranlagung des Steuerpflichtigen zuständigen Finanzamt. Von Bedeutung sind aber auch die konkreten steuerlichen Verhältnisse des jeweiligen Angeklagten. Der Senat hat insofern erwogen, ob zumindest bei einfach gelagerten Sachverhalten (und sofern keine Besonderheiten, die Abweichungen rechtfertigen könnten, festgestellt sind) von einer Zeitspanne der Bearbeitung fristgerecht eingereichter Steuererklärungen von längstens einem Jahr auszugehen ist. Es ist nach seiner – nicht tragenden – Auffassung von Rechts wegen nicht geboten,

Tatvollendung stets erst zum Zeitpunkt der Tatbeendigung anzunehmen, wenn also das zuständige Finanzamt die Veranlagungsarbeiten in dem betreffenden Bezirk für den maßgeblichen Zeitraum allgemein abgeschlossen hat und demzufolge nicht mehr mit einer Veranlagung zu rechnen ist (vgl. BGHSt 47, 138).

3. Die Art der hinterzogenen Steuer muss nicht im Tenor angegeben werden, nach § 260 Abs. 4 Satz 1 StPO genügt die Angabe der rechtlichen Bezeichnung der Tat. Daher reicht die Bezeichnung „Steuerhinterziehung“ aus (BGH wistra 2010, 484, 493; 2007, 388, 391).

411. BGH 5 StR 563/10 – Beschluss vom 9. Februar 2011 (LG Berlin)

Gewerbsmäßiger Betrieb von Bankgeschäften (Einlagengeschäft: Fälligkeit, Rückforderung; mangelnde Erlaubnis).

§ 1 Abs. 1 Satz 2 Nr. 1 KWG; § 32 Abs. 1 KWG

Eine Einlage im Sinne des § 1 Abs. 1 Satz 2 Nr. 1 KWG liegt in der Regel vor, wenn jemand von einer Vielzahl von Geldgebern, die keine Kreditinstitute im Sinne des § 1 Abs. 1 KWG sind, fremde Gelder aufgrund typisierter Verträge zur unregelmäßigen Verwahrung, als Darlehen oder in ähnlicher Weise ohne Bestellung banküblicher Sicherheiten laufend annimmt und die Gelder nach Fälligkeit von den Gläubigern jederzeit zurückgefordert werden können. Eine Einlage ist dabei regelmäßig dadurch geprägt, dass das eingelegte Geld dem damit finanzierten Aktivgeschäft dient. Notwendig ist jedenfalls, dass nach den zugrunde liegenden zivilrechtlichen Abreden das angelegte Geld nach Fälligkeit zurückzuzahlen ist.

410. BGH 5 StR 555/10 – Beschluss vom 26. Januar 2011 (LG Chemnitz)

Unerlaubter Anbau von Betäubungsmitteln; unerlaubtes Handelstreiben mit Betäubungsmitteln (Cannabis-plantage); Besitz; Täterschaft; Beihilfe.

§ 29a BtMG; § 25 StGB; § 27 StGB

1. Ein Schuldspruch wegen unerlaubten Anbaus von oder Handeltreibens mit Betäubungsmitteln setzt das Vorliegen der vom Gesetz verlangten Merkmale des Besitzes als eines tatsächlichen Herrschaftsverhältnisses und den Besitzwillen voraus, der darauf gerichtet ist, sich die Möglichkeit ungehinderter Einwirkung auf die Betäubungsmittel im Sinne einer sicheren Verfügungsmacht zu erhalten.

2. Die den Besitz von Betäubungsmitteln begründende tatsächliche Verfügungsmacht über das Rauschgift liegt vor, wenn sie es dem Täter ermöglicht, mit den Betäubungsmitteln nach Belieben zu verfahren, insbesondere sie zu verbrauchen, abzugeben, zu verstecken oder zu vernichten.

Im Spannungsfeld zwischen Strafrichtern und (zu?) aktiver Strafverteidigung – 1. Teil: Aktive Verteidigung als gerichtlicher Notfall

Im Anschluss an die Beiträge von Gatzweiler und Breidling in StraFo 2010, 397 ff.

Von Jochen Thielmann, Rechtsanwalt und Fachanwalt für Strafrecht, und Andrea Groß-Bölting, Rechtsanwältin und Fachanwältin für Strafrecht, Wuppertal

I. Einleitung zum Gesamtbeitrag

Das Verhältnis von Strafrichtern zur Strafverteidigung sagt viel über die rechtsstaatliche Einstellung einer Justiz aus. Wird Strafverteidigung von Richtern als überflüssig oder gar störend empfunden, so muss man sich Sorgen machen, ob dieses Bild dieser Richter noch mit dem Bild des Grundgesetzes übereinstimmt.

So tat sich beim 26. Herbstkolloquium der Arbeitsgemeinschaft Strafrecht in Berlin im Jahre 2009 die Vorsitzende Richterin des Brandenburgischen OLG *Pisa* in einer Podiumsdiskussion mit der provokanten Bemerkung hervor, dass Strafverteidigung eigentlich nicht notwendig sei, weil die Richter die Aufgabe der Strafverteidigung mit übernehmen. Der Angeklagte habe die Gelegenheit, durch seine Äußerungen und sein Verhalten das Gericht davon zu überzeugen, dass der Anklagevorwurf gar nicht oder so nicht zutreffend sei. Dieser Äußerung scheint ein Bild des Strafprozesses zugrunde zu liegen, in dem der Angeklagte mit dem Richter kommuniziert und ein Verteidiger eigentlich nur stört. Die praktische Bedeutung der Unschuldsvermutung soll gar nicht erst erörtert werden.

Bei der Äußerung handelt es sich natürlich zunächst nur um die Stimme einer Einzelnen, die nicht einfach verallgemeinert werden darf. Denn es ist unmöglich, die Einstellung *der Strafrichter* im Allgemeinen zu untersuchen, weil es zu viele unterschiedliche Persönlichkeiten und Einstellungen gibt. Anlass zur Sorge und zur Diskussion gibt es jedoch, wenn sich derartige Stimmen häufen, vergleichbare Gedankengänge zur Grundlage richterlicher Fortbildungen gemacht werden und Empfehlungen an Strafrichter ausgegeben werden, die in eine ähnliche Richtung gehen. Bei der Diskussion, in der es zu der verbalen Entgleisung der Vorsitzenden Richterin *Pisa* kam, saß auch der Vorsitzende Richter des 6. Strafsenats des Oberlandesgerichts Düsseldorf *Breidling* auf dem Podium, sicherlich einer der einflussreichsten Instanz-

richter in Deutschland. Als langjähriger Vorsitzender des Düsseldorfer Staatsschutzsenats hat er in der jüngeren Vergangenheit etliche Aufsehen erregende Prozesse geleitet (vom Kalifen von Köln über den Kofferbomber bis zur Sauerlandgruppe) und in der Medienöffentlichkeit entsprechend viel Aufmerksamkeit und auch Anerkennung geerntet.¹ Es kommt nicht von ungefähr, dass die wichtigsten Terrorverfahren des letzten Jahrzehnts in Düsseldorf angeklagt wurden, wo nach den Worten der Generalbundesanwältin der „Vorzeigesenat Deutschlands“² zuhause ist.

Der folgende Artikel soll sich näher mit dem Verhältnis von Richtern zur Strafverteidigung befassen. Der erste Teil knüpft an den Beitrag „Feindbild Strafverteidiger – Wer sucht den Konflikt in der Hauptverhandlung?“ von *Gatzweiler* und an die darauf folgende Stellungnahme von *Breidling* an.³ Diesen beiden Beiträgen liegt ein von *Breidling* konzipiertes Seminar mit dem Titel „Große Strafverfahren – Konfliktverteidigung“ zugrunde. Dass es in der Richterschaft eine Nachfrage für Veranstaltungen dieser Art gibt, lässt sich an einer aktuellen Umfrage unter Strafkammerrichtern ablesen, die unter der Überschrift „Situation der Strafkammern der Landgerichte“ eine vergleichende Untersuchung an sechzehn Landgerichten

¹ Der Focus bezeichnete ihn schon vor Jahren als „Richter Tacheles“ (vgl. unter http://www.focus.de/politik/deutschland/justiz-richter-tacheles_aid_209916.html); zur Zeit des Sauerland-Verfahrens gab es kaum eine Zeitung, die nicht über ihn berichtet hätte (vgl. nur <http://www.ftd.de/karriere-management/who-is-who/ko-pf-des-tages-breidling-kampfplustiger-richter/503372.html> oder: <http://www.rundschau-online.de/html/artikel/1239772090406.shtml> oder <http://www.tagesspiegel.de/politik/deutschland/richter-zweifellos/1713276.html?p1713276=4> oder <http://www.welt.de/politik/sauerlandgruppe/article3596256/Dieser-Mann-urteilt-ueber-die-Sauerland-Gruppe.html#>).

² So Frau Prof. *Harms* bei einem Vortrag in Düsseldorf am 21.02.2011.

³ *Gatzweiler* StraFo 2010, 397; *Breidling* StraFo 2010, 398.

in sechs OLG-Bezirken vornahm.⁴ Dort heißt es: „Die Befragten wünschten sich insbesondere zum Prozessrecht mehr Fortbildungsmöglichkeiten und hatten ganz überwiegend Interesse an einem Coaching zum Umgang mit konfliktträchtigen Strafsachen.“⁵ Insofern ist davon auszugehen, dass – wenn *Breidling* sein Auditorium überzeugt – in Zukunft landauf landab Richter von Amts-, Land- und Oberlandesgerichten seine Einstellung übernehmen und die vorgestellte Vorgehensweise praktizieren. Es geht somit vorliegend nicht um die Einstellung eines einzelnen Richters, sondern um eine bestimmte Anschauung. Die Seminarunterlagen, die von *Breidling* selbst als „Notfallkoffer für die Hauptverhandlung“ bezeichnet werden, erweisen sich dabei als sehr aufschlussreich und waren auch der Ansatzpunkt für den angesprochenen Beitrag von *Gatzweiler*.⁶

Der zweite Teil beschäftigt sich dann mit den – in den sog. „Vorworten zur mündlichen Urteilsbegründung“ des von *Breidling* geführten 6. Strafsenats des Oberlandesgerichts Düsseldorf geäußerten – Ansichten über die Verteidigungsaktivitäten in den jeweiligen Staatsschutzsachen.⁷ Es ist beim Düsseldorfer Staatsschutzsenat der Ära *Breidling* üblich, zu Beginn der mündlichen Urteilsbegründung ein solches Vorwort zu verlesen, das noch am gleichen Tag im Internet veröffentlicht wird. Hieran lässt sich untersuchen, welche Einstellung zur Strafverteidigung beim deutschen „Vorzeigesenat“ vorherrscht.

II. Teil 1: Aktive Verteidigung als gerichtlicher Notfall – Die Fortbildungsveranstaltung zur „Konfliktverteidigung“

VRiOLG *Breidling* bildet schon seit Jahren Richter und Staatsanwälte in seinem Seminar über „Große Strafverfahren – Konfliktverteidigung“ fort. Ziel des Seminars sei es, den Teilnehmern das nötige Rüstzeug an die Hand zu geben, um unnötige Konflikte im Verfahren vermeiden und – worauf der Schwerpunkt liege – unvermeidbare Konflikte aufgrund Verhaltenweisen, die mit den Grundsätzen einer ordnungsgemäßen Strafverteidigung nichts mehr zu tun haben, bestehen zu können.⁸ Mit diesem Konzept hat *Breidling* in der Vergangenheit sowohl Kritik von Verteidigerseite⁹ als auch Unterstützung aus den Reihen der Richterschaft geerntet.¹⁰ Zuletzt hat sich *Gatzweiler* mit dieser Fortbildungsveranstaltung beschäftigt und diese scharf kritisiert¹¹, woraufhin *Breidling* als Verteidiger in eigener Sache auf dessen Angriffe unmittelbar antwortete.¹²

⁴ Arenhövel/Otte DRiZ 2010, 227 f.; 270 f.

⁵ Arenhövel/Otte DRiZ 2010, 270, 272.

⁶ Vgl. *Gatzweiler* (Fn. 3).

⁷ Für eine kritische Analyse dieser Vorworte in den sonstigen Bereichen vgl. *Thielmann* StV 2009, 607.

⁸ *Breidling* (Fn. 3) S. 399.

⁹ Vgl. *Lewitzki/Thielmann* DRiZ 2009, 368, 369.

¹⁰ Vgl. *Meier-Göring* DRiZ 2009, 370.

¹¹ Vgl. Fn.3.

¹² Vgl. Fn.3.

1. Ursprung des Seminars

Sowohl in den Seminarunterlagen als auch in dem Beitrag im StraFo nimmt *Breidling* ausdrücklich Bezug auf einen Aufsatz des Bundesanwalts *Senge* aus dem Jahre 2002, in dem dieser unter dem Titel „Missbräuchliche Inanspruchnahme verfahrensrechtlicher Gestaltungsmöglichkeiten – wesentliches Merkmal der Konfliktverteidigung? Abwehr der Konfliktverteidigung“¹³ die gesetzlichen Möglichkeiten zur Reaktion auf als „rechtsmissbräuchlich“ angesehenes Verteidigerverhalten vorgestellt hat. *Senge* führt darin aus, dass Konfliktverteidigung einen „Rechtsmissbrauch“ von Seiten der Verteidigung voraussetzt, und verweist auf den Bundesgerichtshof, der als Voraussetzung für Rechtsmissbrauch wiederum die „gezielte Verfolgung verfahrensfremder oder verfahrenswidriger Zwecke“ nennt. *Senge* schildert zunächst anhand von Beispielen aus der Praxis, was seiner Meinung nach unter Konfliktverteidigung zu verstehen ist, und erläutert dann die möglichen Konsequenzen gegen eine solche „rechtsmissbräuchliche“ Verteidigung.¹⁴ Es ist sicher nicht falsch zu behaupten, dass das Seminar von *Breidling* auf dieser Vorarbeit von *Senge* fußt. Gleichzeitig ist es jedoch in vielerlei Hinsicht eine Fortentwicklung, bei der auch Diskrepanzen zwischen beiden Juristen deutlich zutage treten, denn *Breidling* geht in seinem Seminar über das hinaus, was *Senge* anspricht, und zwar sowohl in der Bewertung, welches Verhalten als Konfliktverteidigung zu bezeichnen ist, als auch in den möglichen richterlichen Reaktionen.

2. Seminarinhalte

Gegenstand des Seminars soll nach der Intention des Verfassers sein, die richterlichen Möglichkeiten gegen sog. Konfliktverteidigung in Umfangsverfahren zu vermitteln. Dies geht nicht nur aus dem Titel hervor, sondern auch daraus, dass die Gliederung mit einem Verweis auf eine Entscheidung des Bundesgerichtshofs beginnt, in der Konfliktverteidigung definiert wird. Danach zeichnet sich Konfliktverteidigung dadurch aus, dass Strafverteidiger „zwar formal korrekt und im Rahmen des Standesrechts“ agieren, sich aber „dem traditionellen Ziel des Strafprozesses, der Wahrheitsfindung in einem prozessordnungsmäßigem Verfahren“ nicht mehr verpflichtet fühlen, indem sie „die weiten und äußersten Möglichkeiten der Strafprozessordnung in einer Weise nutzen, die mit der Wahrnehmung ihrer Aufgabe, den Angeklagten vor einem materiellen Fehlurteil oder (auch nur) einem prozessordnungswidrigen Verfahren zu schützen, nicht mehr zu erklären ist.“¹⁵ Es soll an dieser Stelle nicht weiter thematisiert werden, ob es tatsächlich zunehmend

¹³ Vgl. *Senge* NStZ 2002, 225 ff.

¹⁴ Nach *Senge* kann man Konfliktverteidigung in folgenden Bereichen belegen: bei Beanstandungen/Anrufen des Gerichts: Befangenheitsanträgen; Beweisanträgen; Protokollierungsanträgen; und bei Gegenvorstellungen. Er gibt sodann eine Einführung in – nach der Rechtsprechung des Bundesgerichtshofs mögliche – Reaktionen auf den Verteidigungsmissbrauch (§ 257a StPO; Begründung der Beanstandung; Weiterverhandeln trotz Befangenheitsantrag oder vorübergehende Nichterteilung des Wortes ohne Rechtsverlust).

¹⁵ BGH 3 StR 445/04 = HRRS 2005 Nr. 162.

solche Verteidigungsstrategien gibt und welche Ursachen dies haben könnte.

a) Beiordnung und sitzungspolizeiliche Maßnahmen

Zu Beginn beschäftigt sich das Seminar mit Fragen der Beiordnung. So werden Beschlüsse des Oberlandesgericht Düsseldorf in den Seminarunterlagen abgedruckt, in denen Anträge auf Beiordnung verschiedener Strafverteidiger abgelehnt werden bzw. eine solche Beiordnung aufgehoben wird, weil diese nicht bereit oder imstande waren, für einen unbestimmten Zeitraum drei Hauptverhandlungstage pro Woche verbindlich zuzusichern.¹⁶ Es folgen Entscheidungen des Bundesverfassungsgerichts, durch die die Vorsitzendenbeschlüsse bestätigt werden. Das Seminar wendet sich daraufhin sitzungspolizeilichen Maßnahmen des Vorsitzenden zu, die auch die Durchsuchung von Verteidigern vor Beginn der Hauptverhandlung umfassen. Die dagegen geltend gemachten Bedenken einer Rechtsanwältin werden vom Vorsitzenden damit gekontert, dass diese Maßnahme „in erster Linie“ dem Schutz der Integrität der Verteidiger und ihrer Stellung als unabhängige Organe der Rechtspflege diene. Auch die dagegen eingelegte Verfassungsbeschwerde blieb ohne Erfolg.

Diese beiden Themen mögen für die richterliche Vorbereitung in Umgangsverfahren durchaus von Relevanz sein. Es drängt sich jedoch schon hier die Frage auf, was ein Antrag auf Beiordnung unter gleichzeitiger Klarstellung, dass drei Hauptverhandlungstage pro Woche für den betroffenen Rechtsanwalt nicht zu bewältigen seien – was für einen selbstständigen Verteidiger mit sehr guten Argumenten begründbar ist –, mit Rechtsmissbrauch und Konfliktverteidigung zu tun hat. Und es drängt sich auch die Frage auf, ob es tatsächlich ein Zeichen von Konfliktverteidigung ist, wenn sich eine Strafverteidigerin durch die Durchsuchung vor dem Gerichtssaal diskriminiert fühlt und dagegen aufbegehrt. Diese beiden Beispiele zeigen, dass das Seminar sich auch mit (durchaus problematischen) Themen im Umgang mit Strafverteidigern beschäftigt, bei denen ein innerer Bezug zum Begriff der „Konfliktverteidigung“ nicht erkennbar ist.

b) Reaktion auf (zeitlich nicht ins Konzept passende) Anträge der Verteidigung

Das Seminar behandelt ausführlich die Frage, wie ein Gericht reagieren soll, wenn die Verteidigung „zur Unzeit“ Anträge stellt, sei es vor Verlesung der Anklageschrift, sei es inmitten einer Zeugenvernehmung. Es wird hier im ersteren Fall empfohlen, etwaige Anträge der Verteidigung (zur Sitzordnung, zur Öffentlichkeit, bzgl. der Einstellung des Verfahrens sowie zur Befangenheit) auf den Zeitpunkt nach Verlesung der Anklageschrift zu verweisen. Nach Verlesung der Anklage könnten alle Anträge dann ohne Rechtsverlust gestellt werden. Nach der Strafprozessordnung können bestimmte Anträge der Verteidigung oder des Angeklagten nur zeitlich befristet

¹⁶ Das diesen Anträgen zugrunde liegende Problem – im Anschluss an die Aufforderung des Bundesverfassungsgerichts, den Beschleunigungsgrundsatz stärker zu beachten –, ist allgemein bekannt und soll hier nicht näher erörtert werden.

erhoben werden, sonst werden sie unzulässig. Die Verschiebung solcher Anträge mit dem Hinweis, dass die zeitliche Verschiebung den Antragsteller ohne Rechtsverlust stelle und keine Unzulässigkeit eintreten werde, kann mithin als Rechtsfortbildung durch Richterrecht angesehen werden.

Die Seminarunterlagen verweisen auf einen Aufsatz von Drees über die „Entscheidung des Vorsitzenden über den Zeitpunkt der Anbringung von Ablehnungsgesuchen“.¹⁷ Darin vertritt der Autor – zum Zeitpunkt des Erscheinens des Artikels Richter beim 6. Strafsenat des Oberlandesgerichts Düsseldorf – die Auffassung, dass es rechtlich jederzeit möglich ist, wenn ein Vorsitzender ein Ablehnungsgesuch nicht sofort anbringen lässt, sondern dem um eine Verhandlungspause ersuchenden Verteidiger zu verstehen gebe, dass er dieses Gesuch im weiteren Verlauf des Hauptverhandlungstages ohne Rechtsverlust anbringen könne. Damit stellt er sich in Opposition zu Senge, der als Voraussetzung für eine Verweisung des Ablehnungswilligen auf einen späteren Zeitpunkt durch den Vorsitzenden ein vorheriges rechtsmissbräuchliches Verhalten der Verteidigung proklamierte. Drees hält es dagegen für unbedenklich, „den Zeitpunkt der Antragstellung insgesamt in das an der prozessualen Opportunität zu orientierende Ermessen des Vorsitzenden zu stellen“, weil dadurch kein zustehendes Recht des Angeklagten beschnitten werde¹⁸ – entgegen der gesetzlichen Regelung des § 25 Abs.2 Nr.2 StPO. An diesem Beispiel zeigt sich die Fortentwicklung der Lösungsansätze von Senge, der als Voraussetzung für bestimmte richterliche Verhaltensweisen den Rechtsmissbrauch auf Seiten der Verteidigung forderte. Diese Voraussetzung lässt das Seminar entfallen und propagiert das richterliche „Notfallvorgehen“ als Standardmaßnahme.

c) Problemfeld Beweisanträge und Beanstandungen von Vorsitzenden-entscheidungen

Auch im Bereich der Beweisanträge unterscheiden sich die Ansichten von Senge und Breidling in nicht unerheblichem Maße. Aus Sicht des Bundesanwalts war das Beweisantragsrecht kein Problem im Hinblick auf Rechtsmissbrauch durch die Verteidigung, weil dem Gericht genügend rechtliche Möglichkeiten zustünden, darauf angemessen zu reagieren.¹⁹ Das Problem sei vielmehr, dass diese Möglichkeiten zuwenig genutzt würden.²⁰ Breidling hingegen tritt darüber hinausgehend öffentlich für die Einschränkung des Beweisantragsrechts ein²¹ und

¹⁷ Drees NSTZ 2005, 184.

¹⁸ Drees (Fn. 17) 186.

¹⁹ Senge (Fn. 13), 229.

²⁰ Dazu gehöre zum Beispiel die Anwendung des § 257a StPO, wonach Anträge der Verteidigung ggf. schriftlich einzureichen und im Selbstleseverfahren einzuführen sind. Was bei Senge als mögliche Reaktion auf als rechtsmissbräuchlich empfundenen Verteidigerhandeln vorgeschlagen wird, wird beim 6. Strafsenat des OLG Düsseldorf eingesetzt, wenn beim ersten ausführlich begründeten Antrag darauf hingewiesen wird, dass das Gericht sich ein Vorgehen nach dieser Regelung in Zukunft vorbehält.

²¹ Vgl. Al-Qaida-Vorwort S. 10; das Vorwort bezieht sich auf das Urteil des OLG Düsseldorf vom 05.12.2007 gegen drei Angeklagte, die als Mitglieder bzw. Unterstützer der Al-Qaida verurteilt wurden. und findet sich noch auf der OLG-

scheint insofern die Einschätzung von *Senge* nicht zu teilen.

Die Fortbildungsveranstaltung schlägt mit ihrem Skript zudem die Nutzung von vorformulierten Vorsitzendenentscheidungen und Beschlüssen vor. Zahlreichen dieser Vorschläge ist gemeinsam, dass sie lediglich Lücken für den jeweiligen Namen des Verteidigers oder des Angeklagten vorsehen, ansonsten aber formelhafte Begründungen der Entscheidung enthalten, die für jeden Antrag passend sind. Ferner werden für verschiedene von der Verteidigung erwartete Anträge gleich lautende und formelhafte Entscheidungen vorgeschlagen ohne Ansehung inhaltlicher Unterschiede in der Begehr. Bei der Beanstandung von Fragen des Vorsitzenden greifen Protokollierung und richterliche Entscheidungsmöglichkeiten nach dem Vorschlag *Breidlings* hilfreich ineinander. Von der Beanstandung der Frage, der eine Begründung folgt, wird lediglich der Umstand der Beanstandung, aber weder der Inhalt der beanstandeten Frage, noch die Begründung der Beanstandung protokolliert. Sodann erfolgt die Vorsitzendenentscheidung: „Die Beanstandung der zuletzt gestellten Frage des Vorsitzenden ... wird gemäß § 242 StPO zurückgewiesen. Die Frage ist nicht unzulässig.“ Derartige Formularbeschlüsse erschweren (bewusst?) nicht nur die Revisibilität der Vorgänge, sondern beschränken auch den verfassungsrechtlichen Anspruch auf rechtliches Gehör unzulässig, wenn ein Eingehen auf den konkreten Vortrag nicht vorgesehen ist und dadurch eine inhaltliche Antwort auf das Vorbringen der Verteidigung weitgehend ausgeschaltet wird. Die bedenkliche Art und Weise, in der inhaltlichem Vortrag der Verteidigung die schnelle Erledigung durch formalisierte und standardisierte Allzweck-Antworten entgegen gestellt wird, sagt viel über das Verhältnis des anwendenden Richters zur Verteidigung aus.

d) Tischbeschlüsse

Das Seminar empfiehlt schließlich sog. „Tischbeschlüsse bzw. Stuhllentscheidungen“. Dies wird als eine Möglichkeit der Beschleunigung des Strafverfahrens genannt, um nicht bei jeder Beantragung einer Gerichtsentscheidung infolge einer ablehnenden Vorsitzendenentscheidung den Saal verlassen zu müssen. In der Praxis des 6. Strafsenats des OLG Düsseldorf hat es sich so eingebürgert, dass der Vorsitzende sich mit der Frage „D`Accord?“ kurz rechts und links zu seinen Kollegen wendet und sodann den Gerichtsbeschluss verkündet, dass die Vorsitzendenanordnung aus den zutreffenden Gründen ihrer Anordnung bestätigt wird. Abgesehen davon, dass strikte Verfechter des Verfahrensrechts bei einem solchen Vorgehen mit dem richterlichen Beratungsgeheimnis Probleme haben könnten, muss eine solche permanente Übung – vom ersten Hauptverhandlungstag an und ohne dass es auf besonders umfangreiche Antragstellung der Verteidigung ankäme! – die Frage aufwerfen, ob damit nicht geltendes Recht missachtet wird. Schließlich kommt der Angeklagte eben nicht inhaltlich bei Gericht an – wie es Art 103 Abs. 1 GG fordert. Die Gerichtsentscheidung ist in diesen Fällen zu einhundert Prozent in Einklang mit der

Vorsitzendenentscheidung, der mit seiner Nachfrage den anderen Senatsmitgliedern praktisch ein Vetorecht einräumt und damit gleichzeitig eine öffentliche Distanzierung von seiner Entscheidung abverlangen würde. Eine inhaltliche Beratung findet nicht statt, obwohl es das Gesetz vorsieht. Die Mitglieder des Spruchkörpers erhalten keine Möglichkeit, Bedenken überhaupt zu formulieren. Mit einer solchen Vorgehensweise wird aus einem Senat, einer Kammer oder einem Schöffengericht praktisch ein Einzelrichter.

3. Gatzweilers vs. Breidling

Gatzweiler fährt gegen das Seminar schwere Geschütze auf. Er spricht von einem „Kreuzzug gegen unbequeme Verteidigung“, erkennt einen „vordemokratisch-autoritäres Bild vom Umgang mit Verfahrensbeteiligten“²² und kommt zu dem Ergebnis, dass richterliche „Notfallkoffer“ für die Hauptverhandlung nichts anderes sind als „destruktive Störpotentiale zu Lasten der Verteidigung“.²³

Breidlings Antwort beginnt mit der Bemerkung, dass *Gatzweilers* Beitrag „Anlass zu einer Vielzahl von Anmerkungen“ gäbe, er sich „jedoch auf einige wenige Klar-/Richtigstellungen beschränken“ wolle.²⁴ Es mag dem fehlenden Platz im StraFo geschuldet sein, aber es ist unglücklich, dass sich *Breidling* nicht ausführlicher äußert, noch dazu wenn man bedenkt, dass sein Artikel sehr ausführlich Beschlüsse des Bundesgerichtshofs aus den letzten Jahren zitiert, mit deren Hilfe er seine These, dass Konfliktverteidigung immer noch bzw. sogar vermehrt existiert, rechtfertigt – Fußnoten hätten insoweit gereicht und dem Vorsitzenden Richter genügend Platz für die veranlassten Anmerkungen gegeben. So belässt er es erst einmal damit, „verkürzte Informationen“ und „Missverständnisse“ für *Gatzweilers* verbale Breitseiten verantwortlich zu machen. Damit lässt er die Angriffe schon gleich zu Beginn an sich abprallen und ruft dann das sog. erste große PKK-Verfahren vor dem Oberlandesgericht Düsseldorf (1989 bis 1994) ins Gedächtnis, bei dem er als Berichterstatter tätig war.²⁵ Dieses Verfahren taucht stets auf, wenn sich *Breidling* über Strafverteidigung äußert,²⁶ so dass die Vermutung nahe liegt, dass

²² *Gatzweiler* (Fn. 3) 397.

²³ *Gatzweiler* (Fn. 3) 398.

²⁴ *Breidling* (Fn. 3) 398.

²⁵ Über dieses PKK-Verfahren gibt es einen lesenswerten Bericht des damaligen Vorsitzenden Richters *Belker* in der Festschrift „100 Jahre Oberlandesgericht Düsseldorf“ (2006). Daraus ergibt sich, dass – aus Sicht des Gerichts – die Verteidigung von den Weisungen der politischen Führung der Kurdenorganisation abhing. Sollte es tatsächlich eine Sockelverteidigung der insgesamt achtzehn Angeklagten nach den politischen Vorstellungen der PKK gegeben haben, so ist das Verfahren schon allein deswegen mit mindestens 99,9 Prozent der Strafverfahren in Deutschland nicht vergleichbar, so dass es schon aus diesem Grund als höchst problematisch erscheint, aus den Erfahrungen dieses Prozesses Schlussfolgerungen zum Umgang mit Strafverteidigung im Allgemeinen zu ziehen.

²⁶ Vgl. das Interview mit *Breidling* in der Festschrift „100 Jahre Oberlandesgericht Düsseldorf“ (Fn. 25) 333; Interview im TOP-Magazin Neuss 1/2007, 22, 23; StraFo (Fn. 3) 399.

Internetseite unter http://www.olg-duesseldorf.nrw.de/presse/05presse2007/2007-12-05_pm_al_quaida_vorw.pdf

diese Erfahrung sein Bild davon sehr stark geprägt hat. Nicht umsonst bezeichnete er diese Zeit einmal als berufliches „Straflager“.²⁷

Daraufhin bemüht *Breidling* den Begriff der „Waffengleichheit“, um die Fortbildung zum Kampf gegen die Konfliktverteidigung zu legitimieren, denn schließlich gebe es auch Fortbildungen zur Vermittlung „engagierter Strafverteidigung“. Dieser Begriff ist an diesem Punkt bewusst deplaziert gesetzt und zeigt die Vorliebe des Richters, Argumente oder auch nur Begriffe der Verteidigung in ihr Gegenteil zu verkehren. Anwaltliche Fortbildungen, wie man Konfliktverteidigung betreibt oder Gerichte sabotiert, sind uns bisher jedenfalls nicht bekannt. Stattdessen sind die meisten anwaltlichen Fortbildungen so konzipiert, dass die höchstrichterliche Rechtsprechung der jüngsten Vergangenheit referiert wird. Und eine Fortbildung zur neuesten Revisionsrechtsprechung des Bundesgerichtshofs lässt sich sicher nicht so interpretieren, dass dadurch einem Instanzgericht Fallen gestellt oder das Verfahren in die Länge gezogen werden soll.

Abschließend geht *Breidling* u.a. auf den Begriff des „Fahrplans für die Beweisaufnahme“ ein und merkt an, dass er häufig von Verteidigern darum gebeten worden sei und „auch künftig diese Verteidiger nicht enttäuschen“ werde. Eine solche Formulierung spaltet die Reihen der Verteidiger, was natürlich zu einer Schwächung führt. Insgesamt lässt sich sagen, dass sich die Antwort des Vorsitzenden Richters auf die Angriffe *Gatzweilers* auf die Bemerkung beschränkt, dass diese „weder Inhalt noch Zielsetzung der Tagungen des Verfassers auch nur annähernd zutreffend“ wiedergäben. Er unterlässt es jedoch, auf die grundlegenden Kritikpunkte näher einzugehen.

4. Fazit des Seminarinhalts

Zunächst ist anzumerken, dass es eine Diskrepanz zwischen dem Titel der Fortbildung und ihrem Inhalt gibt. Hätte *Breidling* die Veranstaltung „Effiziente Durchführung von Umfangsverfahren“ genannt, würde dies den Inhalt wesentlich besser treffen. Der Umgang mit Verteidigern ist zwar der herausragende Aspekt, aber nicht der einzige. So wird auch der Umgang des Gerichts mit widerspenstigen Zeugen vermittelt. Was den Umgang mit Verteidigern angeht, so sind wiederum Bereiche abzugrenzen, die mit dem Begriff der Konfliktverteidigung nicht das Geringste zu tun haben. Wenn ein Angeklagter

²⁷ In dem Interview in der Festschrift (Fn. 25) heißt es dazu auf S. 332: „Aber nicht etwa die Dauer des Verfahrens allein assoziiere ich mit dem Begriff Straflager, nein, vielmehr gestaltete sich das Verfahren aufgrund des Verhaltens der Verteidiger derart, dass der Begriff Konfliktverteidigung eigentlich nicht hinreichend die damalige Situation beschreibt. Die Hauptverhandlung in diesem – schon wegen der Anzahl der Angeklagten kaum verhandelbaren Strafverfahren – war nämlich geprägt von einer Konfliktstrategie der Verteidigung, wie sie selbst aus den Stammheim-Prozessen zuvor nicht bekannt war. In einer Streitschrift zu diesem Verfahren hatte einer der Verteidiger sich vor Beginn der Hauptverhandlung dahin geäußert, dass das Ziel der Verteidigung sei, das Verfahren undurchführbar zu machen. Dies ist der Verteidigung auch über weite Strecken gelungen.“

die Beiordnung seines Vertrauensanwalts wünscht, dieser aber aufgrund seiner Arbeitsbelastung keine drei Hauptverhandlungstage pro Woche für unabsehbare Zeit fest zusagen kann, so besteht ein großes Problem, das unter der Überschrift „gezielte Verfolgung verfahrensfremder oder verfahrenswidriger Zwecke durch die Verteidigung“ nicht zu subsumieren ist. Der von *Breidling* gewählte Titel ist somit reißerisch und passt nicht zum Seminarinhalt.

Schaut man sich die Bereiche an, in denen – nach dem Aufsatz von *Senge* – Konfliktverteidigung beobachtet werden kann, so fällt auf, dass *Breidling* die von *Senge* beschriebenen Situationen und die darauf folgenden Reaktionen des Gerichts ausweitet. Dies geschieht zum einen dadurch, dass bei ihm die Voraussetzungen, die *Senge* noch als Bedingung für die Anwendung des Begriffs „Konfliktverteidigung“ ausgemacht hat – nämlich den „Rechtsmissbrauch“ auf Seiten der Verteidigung –, nicht mehr vorliegen müssen, um diesen Begriff in den Mund zu nehmen. *Breidling* verwendet den Begriff „Konfliktverteidigung“ somit bereits für Verteidigungsverhalten, das weder mit Rechtsmissbrauch noch mit der vom Bundesgerichtshof kritisierten „Ausnutzung der weiten und äußersten Möglichkeiten der Strafprozessordnung“ irgendetwas zu tun hat. Die Anforderung für die Verwendung des Begriffs der „Konfliktverteidigung“ wird insoweit gesenkt, „Konfliktverteidigung“ wird vorverlagert und damit zwangsläufig ausgeweitet.

Das Seminar beschränkt sich nicht darauf, die höchstrichterlichen Entscheidungen zu vermitteln, die zu bestimmten Konfliktsituationen getroffen worden sind; es geht darüber hinaus und verweist auf (nicht veröffentlichte) Beschlüsse des 6. Strafsenats des Oberlandesgerichts Düsseldorf, die zum Teil nicht höchstrichterlich bestätigt worden sind. Das bedeutet, dass er Grenzen zulasten der Verteidigung in der guten Hoffnung verschiebt, dass dieses Vorgehen in Zukunft von Bundesgerichtshof und/oder Bundesverfassungsgericht akzeptiert wird. Und dabei hat *Breidling* in den vergangenen fünfzehn Jahren zugegebenermaßen großen Erfolg gehabt, worauf er auch offensichtlich sehr stolz ist.²⁸

Während *Senge* in seinem Aufsatz ausdrücklich betont, dass es zu den Aufgaben von Strafverteidigung gehöre, die Effektivität der Strafrechtspflege zu beeinträchtigen und insoweit als Bremse tätig zu sein, findet sich eine solche Erkenntnis bei *Breidling* an keiner Stelle. Dies

²⁸ So hieß es in dem Interview im TOP-Magazin Neuss (Fn. 26) auf S. 25: „Den bislang erfreulichsten Erfolg meiner Tätigkeit darf ich wohl darin sehen, dass während meiner Zeit als Vorsitzender des 6. Strafsenats des Oberlandesgerichts Düsseldorf nicht nur sämtliche Revisionen gegen unsere Urteile verworfen wurden, also alle unsere Urteile seit über zehn Jahren „gehalten“ haben, sondern auch sämtliche Verfassungsbeschwerden gegen unsere Senats- bzw. meine Vorsitzendenentscheidungen vor dem Bundesverfassungsgericht erfolglos waren. Ich hoffe, dass diese Serie noch einige Zeit hält, wenn möglich bis zu meiner Pensionierung.“ Diese Hoffnung hat sich jedoch nicht erfüllt, nachdem der 3. Strafsenat des Bundesgerichtshofs am 14.08.2009 in dem Al-Qaida-Urteil des Oberlandesgerichts Düsseldorf nicht nur etliche Rechtsfehler entdeckte, sondern das Urteil aufgrund einer dieser Punkte auch zum Teil aufhob und an das Oberlandesgericht Düsseldorf zurückverwies.

passt dazu, dass am Ende des Artikels von *Senge* ein Appell an die Vernunft aller Beteiligten steht; am Ende des Artikels von *Breidling* im StraFo steht ein Hinweis darauf, wie sehr sein Seminar gegen Konfliktverteidigung seinen

Kollegen bislang schon geholfen habe.²⁹ Hier wird auf Konfrontation gesetzt in dem Wissen um die eigene Stärke.

²⁹ *Breidling* (vgl. Fn. 3) 400.

Aufsätze und Anmerkungen

Die fehlende Möglichkeit zur konfrontativen Befragung nach Art. 6 Abs. 3 lit. d EMRK und ihre Auswirkungen auf die Beweiswürdigung

Anmerkung von BGH 2 StR 397/09 (HRRS 2010 Nr. 456) = BGHSt 55, 70

Von Privatdozent Dr. Edward Schramm, Universität Tübingen

Im Zentrum des Beschlusses steht die strafprozessuale Fragestellung, ob es einen revisiblen Verstoß gegen das Recht des Angeklagten auf ein faires Verfahren (§ 337 StPO i. V. m. Art. 6 Abs. 1 EMRK) darstellt, wenn dem Angeklagten und seinen Verteidigern eine konfrontative Befragung der maßgeblichen Belastungszeugen nicht ermöglicht wird. Der BGH hat ein daraus folgendes Beweisverwertungsverbot für das deutsche Strafverfahren verneint und sich hierfür maßgeblich auf die sog. „Stufen-Theorie“ des EGMR zum Frage- und Konfrontationsrecht berufen.¹ Insofern steht die BGH-Entscheidung im Einklang mit Teilen der Rechtsprechung des EGMR, namentlich mit seiner in Deutschland vieldiskutierten und von der deutschen Rechtsprechung intensiv rezipierten Entscheidung im Fall *Haas* ./ *Bundesrepublik Deutschland*.

Doch sind in der neuesten Rechtsprechung des EGMR Tendenzen erkennbar, dem Recht aus Art. 6 Abs. 3 lit. d. EMRK eine größere Bedeutung beizumessen,² als dies zuletzt der Fall war, und so den verurteilungsfreundlicheren Weg zu verlassen, den der Gerichtshof bis dahin beschritten hatte. Insbesondere scheint der EGMR nunmehr von seiner bisherigen Linie abzuweichen, der Verletzung des Konfrontationsrechts die rechtliche Brisanz dadurch zu nehmen, dass es letztlich darauf ankomme, dass das Verfahren insgesamt gesehen fair gewesen sei. Die Rezeption dieser jüngsten EGMR-Rechtsprechung hat in der BGH-Rechtsprechung offenbar noch nicht stattgefunden. Doch unabhängig von solchen neuesten Entwicklungen in der Judikatur des EGMR begegnet die

Entscheidung des 2. Strafsenats mit Blick auf das damit praktisch leerlaufende Konfrontationsrecht gewissen Bedenken.³

1. Hintergrund des Beschlusses ist ein von mehreren Brüdern im Jahre 2006 begangener sog. Ehrenmord, der den archaisch anmutenden, in Teilen unserer Welt kulturell noch immer nicht überwundenen Mechanismus von Gewalt und Rache in einer nicht enden wollenden Spirale der Vergeltung und Wiedervergeltung deutlich macht. Der Ortsvorsteher S eines Dorfes im Osten der Türkei hatte im Jahr zuvor den M. D. den jüngsten von vier Brüdern, bei einem Streit um das dort erhobene örtliche Hirtengeld schwer verletzt. Ein Jahr später sann M. D. und seine drei Brüder auf Rache. S wurde daraufhin in einer Metzgerei von M. D. und seinen zwei Brüdern I. D. und Y. D., mit Beilen und Messern umgebracht. Der Angeklagte (A), der älteste der D-Brüder, soll die Tat maßgeblich mitgeplant und den Mietwagen bei der Fahrt zum Tatort und bei der Flucht von dort gesteuert haben. An dem Tötungsakt in der Metzgerei war er nicht eigenhändig beteiligt. Nach der Tötung des S wurden die Häuser der Familie des Angeklagten angegriffen, geplündert und zerstört; die Familie wurde aus dem Dorf vertrieben.

M. D. und Y. D. werden 2008 in der Türkei wegen der Tötung des S verurteilt, wobei die lebenslange Freiheitsstrafe wegen der vorangegangenen Provokation auf 24 Jahre gemildert wurde.⁴ Gegen I. D. konnten bislang

¹ Vgl. EGMR NJW 2006, 2753 = HRRS 2006 Nr. 63 (Haas./Bundesrepublik Deutschland) mit Anm. *Esser* NStZ 2007, 106 und *Gaede* JR 2006, 292.

² EGMR HRRS 2009, Nr. 459 (Al-Khawaja und Tahery ./ Vereinigtes Königreich) m. Bspr. *Esser/Gaede/Tsambikakis* NStZ 2011, 140, 148 und *Dehne-Niemann* HRRS 2009, 195.

³ Krit. auch *Sommer* StraFo 2010, 204; dem BGH dagegen zustimmend *Mosbacher* JuS 2010, 689, 693; *Zöller* JZS 2010, 441.

⁴ Entgegen den landläufigen Vorstellungen in Deutschland stellt die Blutrache in der Türkei einen qualifizierten, mit lebenslanger Freiheitsstrafe bedrohten Totschlag dar, und dies schon seit 1953; vgl. dazu etwa *Grünwald* NStZ 2010, 1, 3 sowie *Fischer*, StGB, 58. Aufl. (2011), § 211 Rn. 29a m.

mangels Kenntnis seines Aufenthaltsorts noch keine strafrechtlichen Maßnahmen ergriffen werden. A als vierter Tatverdächtiger lebte in Deutschland, hielt sich hier auch bei seiner Festnahme auf und wurde in Deutschland vor Gericht gestellt, während sein ebenfalls in Deutschland lebender Bruder Y. D. an die Türkei ausgeliefert wurde. A hat seine Tatbeteiligung bestritten. Er wurde vom LG Darmstadt wegen mittäterschaftlich begangenen Mordes aus niedrigen Beweggründen zu einer lebenslangen Freiheitsstrafe verurteilt.

Die Revision des A hat der BGH als unbegründet verworfen. Das Gericht sah in seinem Beschluss keinen Anlass für Ausführungen zu der Frage, woraus sich bezüglich des Verhaltens von A die Anwendbarkeit des deutschen Strafrechts ergab; man kann darüber spekulieren, ob es etwa auf einer (doppelten) deutschen Staatsangehörigkeit des A (§ 7 Abs. 2 Nr. 1 StGB) oder einer nicht durchgeführten Auslieferung (§ 7 Abs. 2 Nr. 2 StGB) beruhte.

2. Das Problem des Landgerichts Darmstadt als zuständigem Tatgericht bestand darin, dass die drei zentralen Zeugen – B. und T. in der Metzgerei und sodann der Fotograf A, der als einziger Augenzeuge das Geschehen vor der Metzgerei auf der Straße beobachtet hatte – im Rahmen des Strafverfahrens gegen den Angeklagten nicht als Zeugen vernommen werden konnten. Sie waren nicht bereit (ob etwa aus Angst oder aus anderen nachvollziehbaren Gründen, bleibt dunkel), in der Hauptverhandlung in Deutschland auszusagen; eine audiovisuelle Zeugenvernehmung war technisch nicht möglich.

Das LG behalf sich damit, die Zeugen B. und T. im Wege eines an die türkische Justiz gerichteten Rechtshilfeersuchens zu vernehmen. Doch richtet sich eine solche Untersuchungshandlung, wie der BGH zutreffend ausführt, gem. Art. 3 Abs. 1 des Europäischen Übereinkommen über die Rechtshilfe in Strafsachen (EuRhÜbk) nach den Modalitäten, die das Strafverfahren des ersuchten Staates – hier der Türkei – für solche Handlungen vorschreibt.⁵ Zwar sieht Art. 84 Abs. 1 des CMUK – der türkischen StPO – durchaus ein Anwesenheitsrecht des Angeklagten und des Verteidigers bei richterlichen Untersuchungshandlungen vor; diese Regelung wird aber, wie der BGH näher rechtlich ausführt, von der türkischen Justiz nicht auf die kommissarische Vernehmung von Zeugen im Rahmen eines ausländischen Rechtshilfeersuchens erstreckt. Insbesondere hat die Türkei nicht das 2. Zusatzprotokoll des EuRhÜbk von 2001 ratifiziert, dessen Art. 8 eine Erledigung des Rechtshilfesuchens unter Anwendung der Vorschriften des ersuchenden Staates vorschreibt.⁶ Trotz aller Bemühungen des LG

w. N. Zum Ehrenmord vgl. auch Schramm, Ehe und Familie im Strafrecht, 4. Kapitel C. I. (erscheint im Sommer 2011).

⁵ Art. 3 Abs. 1 EuRhÜbk lautet: Rechtshilfeersuchen in einer Strafsache, die ihm von den Justizbehörden des ersuchenden Staates zugehen und die Vornahme von Untersuchungshandlungen oder die Übermittlung von Beweisstücken, Akten oder Schriftstücken zum Gegenstand haben, lässt der ersuchte Staat in der in seinen Rechtsvorschriften vorgesehenen Form erledigen.

⁶ Artikel 8 des 2. Zusatzprotokolls lautet: Werden in Ersuchen Formvorschriften oder Verfahren genannt, die nach dem Recht der ersuchenden Vertragspartei erforderlich

Darmstadt fand somit die Vernehmung von B und T in der Türkei in Abwesenheit des Angeklagten A und seines Verteidigers statt.

Nicht übersehen werden darf, dass die Vernehmung in der Türkei durch türkische Richter erfolgte. Dabei waren zwei Richter des LG Darmstadt, der sachbearbeitende Staatsanwalt und ein Dolmetscher anwesend, die, soweit ersichtlich, selbst *keine* Fragen an die Zeugen gestellt haben. Es ist vielmehr davon auszugehen, dass das Gericht und die Staatsanwaltschaft nur die Zuschauer (und Zuhörer) der Vernehmung waren. Sie hatten offenbar zuvor dem türkischen Gericht einen Fragenkatalog übergeben; die gewünschten Fragen wurden aber durch die türkischen Richter an die Zeugen gestellt. Die deutschen Verteidiger des Angeklagten A wurden übrigens vom LG dazu aufgefordert, einen eigenen Fragekatalog zu erstellen, der dann bei der kommissarischen Vernehmung hätte vorgelesen werden können. Die Verteidiger des A kamen dem jedoch nicht nach und haben sich somit selbst der Möglichkeit beraubt, wenigstens auf diesem Wege Fragen an die beiden Zeugen zu stellen.

Die Vernehmung des einzigen Augenzeugen vor der Metzgerei, des Fotografen A, erfolgte nicht im Wege der Rechtshilfe, sondern in der türkischen Hauptverhandlung gegen die anderen zwei Brüder. Die Strafverteidiger des A haben weder an dieser Zeugenvernehmung noch an der Hauptverhandlung in der Türkei insgesamt teilgenommen.

3. Die Zeugenaussagen von B und T vor dem türkischen Rechtshilfegericht wurden dergestalt in das deutsche Strafverfahren eingebracht, dass vor dem LG Darmstadt gem. § 251 Abs. 1 Nr. 2 StPO die Protokolle der Vernehmungen von B und T in der türkischen Hauptverhandlung, darüber hinaus die Protokolle ihrer Vernehmungen durch das Rechtshilfegericht verlesen und türkische Vernehmungs- und Ermittlungsbeamte vom LG Darmstadt vernommen wurden. Außerdem wurde eine Videoaufzeichnung der Vernehmung von B und T abgespielt und schließlich auch ein an der Rechtshilfevernehmung teilnehmender Landrichter als Zeuge vernommen.

Somit war es A und seinen Verteidigern in keiner Phase des Strafverfahrens möglich, direkt Fragen an die Zeugen B und T zu stellen. Das Recht des Verteidigers, bei richterlichen Zeugenvernehmungen anwesend zu sein, ist im deutschen Strafverfahrensrecht für das Ermittlungsverfahren in § 168c Abs. 2 StPO und für die Hauptverhandlung in § 240 Abs. 2 StPO verbrieft. Das darin festgehaltene Anwesenheitsrecht schließt naturgemäß ein Fragerecht mit ein. Auch der Beschuldigte bzw. Angeklagte hat explizit das Recht, bei der Vernehmung dabei zu sein (§§ 168c Abs. 2 bzw. 240 Abs. 2 StPO), sofern bei einer Zeugenvernehmung im Ermittlungsverfahren nicht einer der von der StPO genannten Ausschlussgründe vorliegt (§ 168c Abs. 3, 4 StPO). Wird der Verteidiger nicht von der Zeugenvernehmung benachrichtigt, führt dies jedoch nicht sogleich zu einem Beweisverwertungsverbot, sondern erst dann, wenn er der Verwertung in der Haupt-

sind, so erledigt die ersuchte Vertragspartei, selbst wenn ihr diese Formvorschriften oder Verfahren nicht bekannt sind, diese Ersuchen (...).

verhandlung nicht widerspricht.⁷ Im vorliegenden Fall hat einer der beiden Strafverteidiger der Verlesung der Protokolle widersprochen. Daher stellt sich die Frage, ob hier ein Verstoß gegen § 168 c Abs. 2 StPO vorliegt.

Es ist nach dem Rechtshilferecht für die Zeugenvernehmung durch das türkische Rechtshilfegericht das *türkische* Strafverfahrensrecht maßgeblich. Dieses sieht aber, wie oben bereits angedeutet, keine Anwesenheit des Verteidigers bei einer kommissarischen Zeugenvernehmung durch das Rechtshilfegericht vor. Obwohl sich das LG Darmstadt intensiv um eine Teilnahme des Verteidigers bemüht hatte, wurde diesem von den türkischen Justizbehörden die Anwesenheit nicht gestattet. Es kann daher nicht von einem Verstoß des LG Darmstadt gegen § 168 c II StPO ausgegangen werden, da diese Norm im türkischen Strafprozess nicht zur Anwendung gelangt.

5. Allerdings hat jeder Angeklagte in dem Strafverfahren eines Landes, das Mitgliedsstaat der EMRK ist – so in Deutschland (Ratifikation der EMRK 1952) und in der Türkei (Ratifikation 1954) –, nach Art. 6 Abs. 1 EMRK das Recht auf ein faires Verfahren. Das Konfrontations- und Fragerecht nach Art. 6 Abs. 3 lit. d EMRK stellt eine besondere Ausprägung dieses Rechts dar.⁸

Es gehört zu den elementaren Verfahrensrechten des Angeklagten und seines Verteidigers, einen Belastungszeugen ausführlich und intensiv zu befragen, nicht zuletzt, um so seine Glaubwürdigkeit oder zumindest die Glaubhaftigkeit seiner Aussage zu erschüttern. Dieses Recht, den Zeugen ins Kreuzverhör zu nehmen, ist nicht nur Ausdruck der besonderen Wertschätzung der Verteidigungsrechte im Parteiprozess ausländischer Strafverfahren, deren Prozessverständnisse insoweit über die EMRK auch in das deutsche Strafverfahren einwirken.⁹ Doch wäre es eine verkürzte Sicht der Dinge, insoweit nur die Waffengleichheit sowie die (formale) Erschütterbarkeit der Glaubhaftigkeit einer Zeugenaussage zu betonen. Das Konfrontationsrecht ist zumindest dazu geeignet, zugleich ein Beitrag zur Feststellung der – für das deutsche Strafverfahren zentralen – materiellen Wahrheit im Strafverfahren zu leisten.¹⁰ Kein Beweismittel ist unzuverlässiger als die Zeugenaussage. Das Frage- und Konfrontationsrecht des Angeklagten verringert das Risiko von Falschaussagen vor Gericht. Der Beschuldigte kann mit diesem „Stresstest“ die „Belastungszeugen ‚auf Herz und Nieren‘ prüfen (...), womit zugleich klar ist, dass es um die Kontrolle der Zuverlässigkeit des Zeugen i. S. einer ‚tested evidence‘ geht“.¹¹ Das Konfrontationsrecht dient mithin auch der „Sachaufklärung“, da damit „die Beweismittel (...) auch durch die Beteiligung der Verteidigung auf ihren tatsächlichen Wahrheitsgehalt ausgetestet werden können.“¹² Diese *Eignung* zur Sach-

aufklärung besteht ungeachtet des Umstands, dass der Angeklagte nicht zur Wahrheitsfindung beitragen muss und die konfrontative Befragung nicht unbedingt stets der Wahrheitsfindung förderlich ist.¹³

Ist eine solche Befragung nicht möglich, weder im Ermittlungsverfahren noch in der mündlichen Verhandlung, bedeutet dies im Ergebnis eine erhebliche Beeinträchtigung der Beschuldigtenrechte. Würde man dem Anwesenheitsrecht größte Bedeutung beimessen, müsste dies folgerichtig auf ein Beweisverwertungsverbot bereits im Ermittlungsverfahren oder in der späteren Hauptverhandlung hinauslaufen. Dies wäre die rechtsstaatlich stringenteste Lösung.¹⁴ Allerdings wäre eine solche Betrachtungsweise zu undifferenziert, liefe sie doch im Ergebnis auf eine Bevorzugung der Verteidigungsinteressen des Angeklagten hinaus, wie es auch Fallkonstellationen geben mag, in denen der Verzicht auf eine konfrontative Befragung mit Blick auf andernfalls tangierte Menschenrechte der EMRK notwendig erscheint.¹⁵

a) Der BGH hat in seiner Entscheidung keine Aussage darüber getroffen, dass der Türkei überhaupt ein Verstoß gegen Art. 6 Abs. 3 lit. d EMRK zur Last gelegt werden kann. Vielmehr habe alles im Einklang mit dem türkischen Strafprozessrecht und dem Internationalen Rechtshilferecht gestanden. Dies dürfe im Rahmen der Beurteilung der Fairness des Verfahrens nicht außer Acht gelassen werden. Diese Feststellung des BGH ändert aber nichts daran, dass das Fragerecht des Art. 6 III lit. d EMRK bei der Zeugenvernehmung durch das Rechtshilfegericht nicht umgesetzt wurde. Es dürfte hier durchaus ein Verstoß der türkischen Justiz gegen Art. 6 Abs. 3 lit. d EMRK vorliegen.

b) Daher stellt sich durchaus die Frage eines Beweisverwertungsverbots. Doch eine solche Forderung wird in solchen Fällen weder vom EGMR im Fall Haas¹⁶ noch vom BGH¹⁷ und BVerfG im Rahmen ihrer Gesamtbetrachtungstheorie¹⁸ erhoben. Diese Gerichte favorisieren stattdessen eine Beweiswürdigungslösung. Sie stellen allgemein darauf ab, dass das Verfahren *insgesamt fair* gewesen sein müsse. Dabei sei insbesondere von Bedeutung, wer den Konventionsverstoß zu verantworten habe; dies begründe unterschiedliche Erfordernisse an die Beweiswürdigung. Sei der Verfahrensmangel den Strafverfolgungsbehörden zuzurechnen, seien „besonders hohe Anforderungen“ (BGH aaO Rn.16) an die Beweiswürdigung zu stellen (Theorie der besonders hohen Anforderungen an die Beweiswürdigung). Dann dürfe das Gericht die Zeugenaussage zwar heranziehen, aber die Verurteilung müsse darüber hinaus durch andere, gewichtige Gesichtspunkte außerhalb der Aussage bestä-

⁷ BGH NJW 1996, 2239; Meyer-Göfner, StPO, 53. Aufl. (2011), § 168 c Rn. 9.

⁸ Meyer-Ladewig, EMRK, 3. Aufl. (2011), Rn. 241.

⁹ Vgl. dazu Gaede, Ungehobene Schätze in der EGMR-Rechtsprechung für die Verteidigung? in: HRRS-Festgabe für G. Fezer (2008), 21, 25.

¹⁰ Zu eng Zöller, ZJS 2010, 441, 443.

¹¹ Ambos, Internationales Strafrecht, 2. Aufl. (2008), § 10 Rn. 30.

¹² Beulke Konfrontation und Strafprozessreform, in: Festschrift für Peter Rieß (2002), S. 3, 29.

¹³ Gegen die Wahrheitsfindung als Zweck der Konfrontation daher Krausbeck, Konfrontative Zeugenbefragung, 2010, S. 28; Safferling NStZ 2006, 75, 82.

¹⁴ Bei unkonfrontiert belastenden Aussagen von Mitbeschuldigten erscheint ein solches Verwertungsverbot mehr als diskutabel; vgl. Dehne-Niemann HRRS 2010, 204.

¹⁵ So etwa bei der Gefährdung eines Belastungszeugen; vgl. Krausbeck (Fn. 13), S. 191.

¹⁶ EGMR NJW 2006, 2753 = HRRS 2006 Nr. 63 (Haas./Bundesrepublik Deutschland).

¹⁷ So bereits BGHSt 51, 150, 155.

¹⁸ BVerfG NJW 2001, 2245.

tigt werden. Sei dagegen der Fehler nicht von der Justiz zu verantworten, könne die Verurteilung durchaus maßgeblich auf die Zeugenaussage gestützt werden, sofern diese äußerst sorgfältig gewürdigt werde und es weitere Indizien gebe, welche die Aussage stützten (Theorie der besonders sorgfältigen Beweismwürdigung der Zeugenaussage).

Bei Zeugenaussagen, die im Ausland ohne Fragemöglichkeit des Beschuldigten oder seines Verteidigers stattgefunden haben und die in den deutschen Strafprozess nur im Wege der Verlesung eingeführt werden können, stellt sich daher nach der EGMR- und der ihr folgenden BGH-Rechtsprechung die Frage, wer den Verstoß gegen Art. 6 Abs. 3 lit. d EMRK zu vertreten hat. Zumindest die konventionswidrige Zeugenvernehmung im Wege der Rechtshilfe wurde von der deutschen Justiz durch den Antrag auf Rechtshilfe sozusagen sehenden Auges verursacht: das LG Darmstadt war sich vor der Durchführung der Vernehmung dessen bewusst, dass diese Zeugenaussage nicht im Beisein des Angeklagten und seines Verteidigers stattfinden würde. Der Antrag zur Zeugenvernehmung im Ausland begründet somit eine Mitverursachung und damit Mitverantwortung der deutschen Justiz für die unzureichende Zeugenvernehmung in der Türkei. Darüber hinaus ist zu berücksichtigen, dass der ersuchte Staat selbst ein Vertragsstaat der EMRK ist. Eine Verkürzung der Verteidigerrechte nur aufgrund des Umstands, dass die Türkei als ersuchter Vertragsstaat den vom deutschen Staat Angeklagten nicht selbst angeklagt, dürfte heute nicht mehr zu halten sein.¹⁹

c) Im Übrigen hat der EGMR in seiner *Kammerentscheidung Al-Khawaja und Tahery gegen das Vereinigte Königreich* vom Januar 2009 in gewisser Weise einen Rechtsprechungswandel vollzogen, der dem Verstoß gegen das Konfrontationsrecht ein größeres Gewicht beimisst, als dies bislang der Fall war, und der bislang praktizierten Gesamtbetrachtung ein neues Gepräge gibt.

Art. 6 Abs. 3 lit. d EMRK könne nicht bloß als ein Faktor („illustration“) von mehreren verstanden werde, der in die Abwägung innerhalb der Gesamtbetrachtung, ob das Verfahren insgesamt fair gewesen sei, einzustellen sei. Vielmehr garantiere er ein rechtliches Minimum („minimum right“), das jedermann zustehe, dem eine Straftat vorgeworfen werde.²⁰ Dieser Verfahrensmangel könne, so der EGMR, auch nicht dadurch geheilt werden, dass andere Zeugenaussagen geprüft werden können oder eine eigene Beweisführung möglich sei. Dies gelte auch in Verfahren, die durch eine Jury entschieden würden und in denen eine besonders vorsichtige Beweismwürdigung durch eine richterliche Belehrung praktiziert werde.

Auch hat der EGMR dem Umstand, dass die Beeinträchtigung der Verteidigerrechte nicht dem Staat zuzurechnen sei, keine Relevanz für seine Entscheidung beigegeben, dass das englische Gericht Art. 6 Abs. 3 lit. d EMRK missachtet habe. Es bleibt abzuwarten, ob diese Linie sich in der EGMR-Rechtsprechung durchsetzen wird. Offenbar hat die Große Kammer des EGMR die

Fälle *Al-Khawaja* und *Tahery* zur Entscheidung angenommen, um die Divergenzen zwischen der älteren und neuesten EGMR-Rechtsprechung aufzuheben.²¹

6. Hinsichtlich der *Zeugenaussage des Fotografen A* hat das deutsche Gericht das Protokoll der Vernehmung im türkischen Strafverfahren verlesen sowie dessen Vernehmungspersonen vernommen; im Rahmen der türkischen Hauptverhandlung hätte für den Angeklagten A bzw. seinem Verteidiger ohnehin keine Möglichkeit bestanden, Fragen an den Zeugen zu stellen. Insofern steht ein Verstoß der türkischen Justiz gegen Art. 6 Abs. 3 lit. d EMRK hier ohnehin nicht zur Diskussion.

Gleichwohl stellt sich auch hier die Frage, ob das Protokoll einer solchen Zeugenvernehmung verlesen werden darf und welche Beweiskraft dieser zukommt. Denn dem Angeklagten ist es unmöglich, die verlesenen Aussagen des Zeugen in einer direkten Konfrontation mit ihm in Zweifel zu ziehen. Darin liegt zwar auf den ersten Blick kein Verstoß gegen das Gebot der Waffengleichheit, da auch das Gericht und die Staatsanwaltschaft nicht die Möglichkeit besitzen, den Zeugen „face to face“ direkt zu befragen. Auch kann der Angeklagte und sein Verteidiger die verlesene Aussage des Zeugen in der Hauptverhandlung mittelbar gegenüber dem Gericht zu widerlegen versuchen.

Dies ändert aber nichts daran, dass das Korrektiv der Befragung des Zeugen durch Angeklagten und Verteidiger in solchen Fallkonstellationen zur Gänze entfällt. Es wäre daher zwar kein Verstoß gegen Art. 6 Abs. 3 lit. d EMRK, aber doch ein Verstoß gegen die Fairness im Strafverfahren nach Art. 6 Abs. 1 EMRK, wenn eine solche Zeugenaussage als alleinige oder doch maßgebliche Grundlage einer Verurteilung herangezogen werden würde. Es kann daher – entgegen dem EGMR und dem BGH – für die Anforderungen an die Beweismwürdigung nicht darauf ankommen, ob ein Verstoß gegen Art. 6 Abs. 3 lit. d EMRK vorliegt und wer ihn zu vertreten hat. Entscheidend muss vielmehr sein, dass einer verlesenen Zeugenaussage, ohne dass die Möglichkeit einer konfrontativen Befragung bestand, von vorneherein ein geringerer Beweiswert zukommt, der nur dadurch kompensiert werden kann, dass gewichtige andere Indizien die Aussage des Zeugen stützen.²²

Der BGH hat hier zwar einen Verfahrensverstoß der Türkei verneint, aber selbst unter der Annahme, dass ein solcher vorgelegen habe und der deutschen Justiz zurechenbar sei, die Verwertbarkeit der Aussagen bejaht. Das LG Darmstadt habe die Verurteilung nicht allein auf die Zeugenaussagen, sondern auf weitere Indizien gestützt, „insbesondere die traditionell gewichtige innerfamiliäre Position des Angeklagten als ältester Sohn“ (BGH aaO Rn. 28). Es dürfte freilich Konsens sein, dass es auch in

¹⁹ Dazu und zu weiteren Zurechnungsproblemen vgl. *Gaede* JR 2006, 294 m. w.N.

²⁰ EGMR HRRS 2009, Nr. 459 Rn. 26.

²¹ So *Esser/Gaede/Tsambikakis* NSTZ 2011, 140, 148.

²² Kritisch zur Beweismwürdigungslösung des EGMR im Fall *Haas* und tendenziell in den Konfrontationsfällen eher ein Beweisverbot bejahend *Gaede* JR 2006, 292, 297 („unverhältnismäßige Rechtseinbuße“); krit. auch *Esser*, NSTZ 2007, 106: „Das Verfahren wird nicht dadurch fairer, dass man den Beweiswert einer unter Beschränkung zentraler Verteidigungsrechte gewonnenen Zeugenaussage reduziert“.

Ehrenmord-Fällen keine strafrechtliche Sippenhaftung geben darf. Eine Familie, die eine Verletzung ihrer Ehre durch einen Mord sühnt, ist keine Bande oder eine kriminelle Vereinigung, bei der man sich als Bruder kraft Abstammung strafbar macht. Zwar spricht vieles dafür, dass bei einem Ehrenmord, an dem drei von vier Brüdern erwiesenermaßen unmittelbar am Tötungsakt beteiligt waren, auch der vierte Bruder eine wichtige Rolle gespielt hat, insbesondere mit Blick auf das im Beschluss geschilderte, auffällige Verhalten des Angeklagten vor und nach der Tat. Die Typizität des Geschehens befreit aber nicht von der konkreten Feststellung der Schuld eines jeden der vier Brüder. Das Vorliegen einer bloßen Anstiftung oder Beihilfe erscheint nicht völlig ausgeschlossen.²³

7. Es ist – schon aufgrund der praktischen Relevanz deutsch-türkischer Fallkonstellationen im Strafrecht – eine unbefriedigende Situation, wenn bei auf einer Rechtshilfe beruhender Vernehmung von Zeugen in der Türkei die türkische Justiz dem Verteidiger kein Anwesenheitsrecht gewährt. Es bleibt zu hoffen, dass die Türkei das 2. Zusatzprotokoll zum EuRhÜbk ratifiziert und so diesen verfahrensrechtlichen Mangel beseitigt.

Damit ist aber das andere, grundsätzliche Problem nicht behoben: Bei der Verlesung von Protokollen einer Zeugenvernehmung, die im Ausland stattgefunden hat, ohne dass der Beschuldigte und Verteidiger zugegen waren, läuft das Konfrontationsrecht des Beschuldigten und seines Verteidigers praktisch leer. Dies entspricht aber nicht dem Geist der EMRK, die mit dem Konfrontationsrecht des Angeklagten und Verteidigers auch zu einer „tested evidence“ und damit zur materiellen Wahrheitsfindung im Strafverfahren beitragen möchte.

Für die Frage, wie eine solche Aussage im Rahmen der Beweiswürdigung im deutschen Strafverfahren zu gewichten ist, kann es nicht darauf ankommen, ob die Justiz (sei es die ausländische, sei es die deutsche) diesen Zustand zu verantworten hat – sie wird ihn vielfach gerade nicht zu verantworten haben. *Impossibilium nulla obligatio est*, wie schon der EGMR in diesem Zusammenhang festgestellt hat. Auch setzen Menschenrechtsverletzungen nicht am staatlichen Verschulden an, sondern daran, dass in der staatlichen Praxis die Ziele, die mit dem Menschenrecht verfolgt werden, nicht erreicht werden.²⁴

²³ Krit. zur vorgenommenen Beweiswürdigung auch *Sommer StraFo* 2010, 284, der sogar bloß eine (straflose) Mitwisserschaft für möglich hält.

²⁴ *Gaede*, *Fairness als Teilhabe – Das Recht auf konkrete und wirksame Teilhabe durch Verteidigung gemäß Art. 6 EMRK*, 2007, S. 842.

Zudem hat selbst der EGMR jüngst dem Umstand, dass der Staat die Beeinträchtigung der Verteidigungsrechte nicht verschuldet hat, keine entscheidende Bedeutung beigemessen.²⁵ Ergänzungsbedürftig wäre in der BGH-Entscheidung darüber hinaus, worin der tiefere Grund dafür liegt, dass es auf eine solche staatliche Zurechnung des Verfahrensverstößes ankommen soll und unter welchen Voraussetzungen diese *imputatio* genau stattfinden kann; abgesehen davon spricht eher vieles dafür, dass der EGMR gerade auf die Verantwortlichkeit *des Angeklagten* (und nicht des Staates) für das Konfrontationshindernis abstellt.²⁶ Es ist daher – entgegen der Ansicht des BGH – auch nicht der entscheidende Punkt, ob ein Verfahrensgang in einem Mitgliedsstaat der EMRK dem anderen Mitgliedsstaat (negativ) zugerechnet werden kann. Auch dass eine Individualbeschwerde nach Art. 35 EMRK nicht zulässig ist, wenn die gerügte Handlung dem beklagten Staat nicht zurechenbar ist, ist nicht ausschlaggebend.

Denn zu allererst ist der Blick auf die Eigenverantwortung und Verfahrensherrschaft des deutschen Gerichts zu richten und zu fragen, welche rechtlichen Konsequenzen sich bei einem solchen Beweismitteltransfer für die *deutsche* Justiz durch ihre *eigene* originäre Bindung an die EMRK (als einfaches Gesetz) ergeben. Soweit die EMRK dabei Aussagen trifft, die für alle Mitgliedsstaaten maßgeblich sind, stellt sie insoweit in der Tat ein einheitliches Verfahrensrecht der einzelnen Mitgliedsstaaten dar.

Vor diesem Hintergrund ist festzuhalten: Eine in der Hauptverhandlung nur verlesene Zeugenaussage ohne konfrontatives Korrektiv ist ein defizitäres Beweismittel auch dann, wenn dem deutschen Gericht dieses Defizit nicht zur Last gelegt werden kann. Eine solche Zeugenaussage kann dann nicht das zentrale und schon gar nicht das alleinige Beweismittel für eine Verurteilung sein. Auch eine besonders sorgfältige Würdigung der Zeugenaussage kann dieses Defizit nicht ausgleichen. Das „Minus“ bei der Zeugenaussage muss vielmehr durch ein „Plus“ an weiteren Beweisen kompensiert werden, d. h. durch weitere, gewichtige Indizien möglichst breit beweisrechtlich abgesichert werden. Andernfalls entspricht das Verfahren nicht den Anforderungen eines fairen Verfahrens nach Art. 6 Abs. 1 EMRK. Fehlen diese zusätzlichen Beweise, ist an der Schuld des Angeklagten zu zweifeln und muss nach dem Grundsatz „*in dubio pro reo*“ freigesprochen werden.²⁷

²⁵ So die Analyse der Entscheidung EGMR HRRS 2009, Nr. 459 (*Al-Khawaja und Tahery* ./ Vereinigtes Königreich) durch *Esser/Gaede/Tsambakis* NStZ 2011, 148 und *Dehne-Niemann*, HRRS 2010, 197.

²⁶ *Dehne-Niemann*, HRRS 2009, 197.

²⁷ BGHSt 49, 112 mit Anm. *Gaede StraFo* 2004, 195; *Kudlich JuS* 2004, 929; *Müller JZ* 2004, 926.

Nothilfe durch Eingriff in Rechtsgüter des Angegriffenen?

Zugleich Anm. zu BGH, Urteil vom 25.6.2010, 2 StR 454/09 = HRRS 2010 Nr. 704

Von Wiss. Mit. Sascha Lanzrath, cand. iur. Folke große Deters, Univ. Bonn*

I. Sachverhalt

Der BGH hat am 25.6.2010 ein Urteil gefällt, das den sehr praxisrelevanten, jedoch rechtlich unübersichtlichen Bereich der Sterbehilfe durch Behandlungseinstellung betrifft.¹ Es ging um eine Patientin, die nach einer Hirnblutung im Wachkoma lag und in einem Altenheim gepflegt und über eine PEG-Sonde künstlich ernährt wurde. Da sie in einem früheren Gespräch mit ihrer Tochter lebensverlängernde Maßnahmen in Form von künstlicher Ernährung und Beatmung im Zustand der dauerhaften Bewusstlosigkeit für sich ausgeschlossen hatte und eine Besserung des Gesundheitszustands nicht zu erwarten war, bemühte sich die Tochter mit Unterstützung des behandelnden Hausarztes um die Einstellung der künstlichen Ernährung. Nach langen Auseinandersetzungen mit der Heimleitung wurde vereinbart, dass sich das Pflegeheimpersonal ausschließlich auf Pflgetätigkeiten im engeren Sinn beschränken und die Tochter die Ernährung über die Sonde einstellen sollte. Nachdem die Nahrungszufuhr beendet worden war, wies die Geschäftsleitung des Gesamtunternehmens jedoch die Heimleitung an, die künstliche Ernährung umgehend wieder aufzunehmen. Da effektiver Rechtsschutz gegen die Wiederaufnahme der künstlichen Ernährung kurz vor Weihnachten nicht zu erlangen war, durchtrennte die Tochter auf Anraten ihres Rechtsanwalts den Schlauch der Sonde unmittelbar über der Bauchdecke. Daraufhin wurde die Patientin in ein Krankenhaus gebracht und die künstliche Ernährung wieder aufgenommen. Sie starb dort zwei Wochen später auf Grund ihrer Erkrankungen. Das LG Fulda hat den Rechtsanwalt wegen versuchten Totschlags in Mittäterschaft verurteilt, die Tochter wegen eines

unvermeidbaren Verbotsirrtums hingegen freigesprochen.²

II. Ansicht des BGH

Nach Ansicht des BGH ist das Handeln der Tochter und ihres Rechtsanwalts auf Grund einer wirksamen Einwilligung der Patientin gerechtfertigt. Dem stehe § 216 StGB nicht entgegen, da das Verhalten der Tochter auf den Abbruch einer lebenserhaltenden Behandlung gerichtet sei und dem bereits begonnenen Krankheitsprozess lediglich „seinen Lauf“ lasse, ohne eine vom Krankheitsprozess abgekoppelte Todesursache zu setzen.³

III. Alternativlösung über Nothilfe?

Das Urteil des BGH ist im Ergebnis auf Zustimmung gestoßen, jedoch wird der Begründungsweg kritisiert.⁴ So wird vertreten, dass die Handlung der Tochter als Reaktion auf die eigenmächtige Weiterernährung durch das Pflegeheimpersonal bereits unter dem Gesichtspunkt der Nothilfe (§ 32 Abs. 2 Alt. 2 StGB) gerechtfertigt war.⁵ Dieser Ansicht muss jedoch widersprochen werden.

Bejaht werden kann allerdings die Nothilfeflage. Die Wiederaufnahme der künstlichen Ernährung stellt einen rechtswidrigen Angriff gegen die körperliche Integrität und das Selbstbestimmungsrecht der Patientin dar, da eine entsprechende (mutmaßliche) Einwilligung nicht vorlag.⁶ Der Angriff war auch gegenwärtig, da das Anhängen eines neuen Beutels mit Flüssignahrung unmittelbar bevorstand.

* Der Verf. Sascha Lanzrath ist wiss. Mitarbeiter am Kriminologischen Seminar der Universität Bonn, der Verf. Folke große Deters ist Student der Universität Bonn. Sie bedanken sich bei Prof. Dr. Torsten Verrel, der die Entstehung dieses Aufsatzes mit vielfältigen Anregungen und ständiger Diskussionsbereitschaft begleitet hat.

¹ BGH NStZ 2010, 630 ff. = HRRS 2010 Nr. 704; dazu näher Verrel NStZ 2010, 671 ff.

² LG Fulda Urt. v. 30.4.2009 – 16 Js 1/08 – 1 Ks = ZfL 2009, 97 ff.

³ BGH HRRS 2010 Nr. 704, Rz. 33 f.

⁴ Vgl. Gaede NJW 2010, 2925, 2927; Kubiciel ZJS 2010, 654, 660; Mandla NStZ 2010, 698 f.

⁵ Duttge MedR 2011, 36, 38; ders./Schreiber Legal Tribune Online v. 2.6.2010; Mandla NStZ 2010, 698 f.

⁶ BGH HRRS 2010 Nr. 704, Rz. 18 f.; Rechtswidrigkeit des Angriffs offen gelassen vom LG Fulda ZfL 2009, 97, 103 f.

1. Relative Bestimmung der Rechtswidrigkeit

Betrachtet man die Sachbeschädigung des Schlauchs (§ 303 StGB), so lag darin eine geeignete und erforderliche Verteidigungshandlung, um den Angriff abzuwehren. Zu bedenken ist aber, dass sich der Schlauch im Eigentum des Pflegeheimträgers befand, der jedoch nicht identisch mit dem Pflegepersonal (= Angreifer) ist. Selbst wenn man aber in diesem Zusammenhang eine Rechtfertigung gemäß § 32 StGB zulässt,⁷ darf hieraus jedoch nicht auf die Rechtfertigung des versuchten Totschlags geschlossen werden. Denn ob eine Handlung rechtswidrig oder rechtmäßig ist, bestimmt sich nicht absolut, sondern immer nur im Verhältnis zu dem Rechtsgut, in das eingegriffen wird.⁸

2. Kein Eingriff in Rechtsgüter der Patientin?

Teilweise wird hinsichtlich des Rechtsguts „Leben“ der Mutter schon der Rechtsgutseingriff verneint.⁹ Hierfür spricht, dass durch das Durchschneiden des Schlauches lediglich der Zustand wiederhergestellt wurde, der vor dem rechtswidrigen Angriff (Wiederaufnahme der Behandlung) bestanden hatte. Ein Argument für die Nothilfe ist damit aber nicht verbunden. Läge in dem Durchschneiden des Schlauchs bereits kein Eingriff in die Rechtsgüter der Patientin, müsste schon der Tatbestand des Totschlags verneint werden, sodass sich die Frage einer Rechtfertigung gar nicht mehr stellen würde.¹⁰

3. Eingriffsbefugnisse nur gegen Angreifer

Für eine Lösung des Falles über die Nothilfe muss daher die Prämisse zu Grunde gelegt werden, dass ein Eingriff in das Rechtsgut „Leben“ der Mutter vorliegt und der versuchte Totschlag somit tatbestandlich erfüllt ist. Nach allgemeiner Ansicht in Rechtsprechung und Literatur ist ein Eingriff in die Rechtsgüter Dritter aber nicht mit der Notwehr zu rechtfertigen.¹¹ Denn nur das Vorverhalten des Angreifers rechtfertigt die weitreichenden Eingriffsbefugnisse des Verteidigers.¹²

⁷ So auch BGH HRRS 2010 Nr. 704, Rz. 19; *Bosch* JA 2010, 908, 910; *Mandla* NStZ 2010, 698, 699; alternativ wäre eine Rechtfertigung gem. § 228 BGB denkbar.

⁸ Vgl. *Erb*, in: MüKo-StGB (2003), § 32 Rn. 114.

⁹ *Beckmann* ZfL 2009, 107, 108 f.; *Duttge* MedR 2011, 36, 38; *ders./Schreiber* Legal Tribune Online v. 2.6.2010; *Kubiciel* ZJS 2010, 656, 660; *Mandla* NStZ 2010, 698, 699.

¹⁰ So ist die Hinnahe des Todes der Patientin nach *Beckmann* ZfL 2009, 107, 109 „kein dem Angeklagten zuzurechnender strafrechtlicher Erfolg“; ähnlich *Kubiciel* ZJS 2010, 656, 660; eine Lösung auf Tatbestandsebene erwägt auch *Gaede* NJW 2010, 2925, 2927.

¹¹ BGHSt 5, 245, 248; *Erb* (Fn. 8), § 32 Rn. 114; *Fischer*, StGB, 58. Aufl. (2011), § 32 Rn. 3, 24; *Herzog*, in: NK-StGB, 3. Aufl. (2010), § 32 Rn. 54; *Perron*, in: *Schönke/Schröder*, 28. Aufl. (2010), § 32 Rn. 31, m.w.N.; *Rönau/Hohn*, in: LK-StGB, 12. Aufl. (2006), § 32 Rn. 159; *Roxin*, AT I, 4. Aufl. (2006), S. 716 Rn. 124.

¹² Vgl. *Gaede* NJW 2010, 2925, 2927; *Erb* (Fn. 8), § 32 Rn. 114; *Perron* (Fn. 11), § 32 Rn. 31.

Hier ist die Situation zwar insofern atypisch, als die Mutter keine „unbeteiligte Dritte“, die mehr oder weniger zufällig von der Verteidigungshandlung in Mitleidenschaft gezogen wird, sondern die Angegriffene ist. Auch in dieser Konstellation gilt aber, dass Eingriffe in die Rechtsgüter der Angegriffenen nicht nach den gleichen Maßstäben beurteilt werden können wie Eingriffe in die Rechtsgüter des Angreifers, sodass sie nicht im Rahmen der Nothilfe gerechtfertigt werden können.¹³

4. Unterschiedliche Struktur

Der vorliegende Fall unterscheidet sich somit strukturell von der klassischen Notwehr- bzw. Nothilfekonstellation. Dort stehen sich mit Angreifer und Verteidiger zwei verschiedene Rechtsgutsträger gegenüber. Der Rechtfertigungsgrund der Notwehr/-hilfe bestimmt für diesen Fall, dass der Schutz der Rechte des Angreifers zurücktreten muss, weil dieser zurechenbar ein Recht des Angegriffenen beeinträchtigt und die Verteidigungshandlung zur Wahrung dieses Rechtes erforderlich ist. Im vorliegenden Fall gibt es hingegen keine solche Interessenkollision. Denn es geht sowohl bei dem Angriff durch das Pflegepersonal (Wiederaufnahme der Behandlung) als auch bei der Verteidigung durch die Tochter (Behandlungsabbruch) um Einwirkungen auf ein und denselben Rechtsgutsträger, nämlich die Mutter. Es liegt demnach eine interne Güterkollision vor.

5. Die entscheidenden Fragen

Bei einer solchen internen Güterkollision geht es der Sache nach unabhängig von der dogmatischen Lösung um zwei Fragen: Zunächst ist entscheidend, ob überhaupt ein (mutmaßlicher) Wille vorliegt, der auf einen Behandlungsabbruch zielt. Dies wurde im vorliegenden Fall sowohl vom LG Fulda als auch vom BGH bejaht.¹⁴ Darüber hinaus ist zu ermitteln, ob der Wille im vorliegenden Fall beachtlich bzw. das Rechtsgut „Leben“ disponibel ist. Für eine Beachtlichkeit des Willens spricht, dass das Selbstbestimmungsrecht des Patienten (Art. 2 Abs. 1 i.V.m. Art. 1 GG) auch das Recht umfasst, selbst über das „Ob“ und „Wie“ ärztlicher Behandlungen zu bestimmen. Dagegen spricht jedoch die Wertung des § 216 StGB, die sich aus dem insoweit eindeutigen Wortlaut ergibt. Um die Strafbarkeit im konkreten Fall zu beurteilen, muss also der Sache nach eine Abwägung zwischen der gesetzgeberischen Entscheidung des § 216 StGB (Lebensschutz auch gegen den Willen des Rechtsgutshabers) und der Patientenautonomie stattfinden.

Sucht man für diese Abwägung nun nach einer dogmatisch passenden Lösung, so kommt der Notstand in Fra-

¹³ Vgl. *Bosch* JA 2010, 908, 910; *Hirsch* JR 2011, 37, 39; *Kutzer*, in: Festschrift für Rissing/van-Saan (2011), S. 337, 352; so auch für den Fall der versehentlichen Verletzung des Angegriffenen durch den Nothelfer: *Erb* (Fn. 8), § 32 Rn. 115; *Perron* (Fn. 11), § 32 Rn. 31 m.w.N.; *Roxin* (Fn. 11), S. 716 Rn. 124 f.; a.A. *Mandla* NStZ 2010, 698, 699.

¹⁴ BGH HRRS 2010 Nr. 704, Rz. 17; LG Fulda ZfL 2009, 97, 98; Zweifel hingegen bei *Beckmann* ZfL 2009, 107, 109 f.; *ders.* LebensForum 94 (2010), 15, 16 f.

ge.¹⁵ Er bewältigt Problemstellungen, die strukturell mit der vorliegenden verwandt sind. Denn auch hier bestimmt sich der Vorrang der einen vor der anderen Rechtsposition nach dem Gewicht des Eingriffs im konkreten Fall.¹⁶

Für eine Lösung über die Einwilligung spricht jedoch, dass hier das Problem offen gelegt wird, das allen dogmatischen Konstruktionen zu Grunde liegt,¹⁷ nämlich der Konflikt mit § 216 StGB. Die Einwilligungssperre des § 216 StGB muss in diesem Fall teleologisch reduziert werden.¹⁸

Eine Anwendung der Nothilfe scheidet vor dem Hintergrund des eben Gesagten hingegen aus. Denn das Gewicht des betroffenen Rechtsguts spielt hier nur ausnahmsweise – nämlich im Rahmen der Gebotenheit bei krassem Missverhältnis – eine Rolle.¹⁹ Im Grundsatz aber ist allein das Handlungsunrecht der Angriffshandlung ausreichend, um bei einer erforderlichen Abwehr den Vorrang des einen vor dem anderen Rechtsgut zu bejahen.

¹⁵ Vgl. *Bosch* JA 2010, 908, 910; *Herzberg* JZ 1988, 182, 187, zur analogen Anwendung siehe *Rosenau*, in: Festschrift für *Rissing-van Saan* (2011), S. 547, 560 ff.

¹⁶ Details zur Notstands-Lösung bei *Rosenau* (Fn. 15), S. 560 ff.

¹⁷ Vgl. *Bosch* JA 2010, 908, 909.

¹⁸ So schon *Rieger*, Die mutmaßliche Einwilligung in den Behandlungsabbruch (1998), S. 58; *Thias*, Möglichkeiten und Grenzen eines selbstbestimmten Sterbens durch Einschränkung und Abbruch medizinischer Behandlung (2004), S. 225.

¹⁹ Vgl. *Fischer* (Fn. 11), § 32 Rn. 31.

6. Unnötiger Umweg

Die Lösung des Falles unter Anwendung der Regeln der Nothilfe ist also ein gedanklicher Umweg, der zur Beantwortung der relevanten Fragen nichts beitragen kann. Er bedeutet in letzter Konsequenz, aus der strafrechtlichen Würdigung der Handlung des Pflegepersonals auf die Straflosigkeit des Handelns der Tochter zu schließen. Denn die Nothilfe-Lösung läuft auf folgenden Gedankengang hinaus: Das Durchschneiden des Schlauchs ist eine rechtmäßige Verteidigungshandlung, weil eine Handlung, die sich gegen die rechtswidrige Weiterernährung richtet, nicht ihrerseits rechtswidrig sein kann. Die im Fall entscheidende Frage, ob das Rechtsgut „Leben“ disponibel ist, kann aber nicht vom Vorverhalten eines Dritten abhängen, da ein wie auch immer gearteter Zurechnungszusammenhang zwischen diesem Verhalten und der Rechtsgutsträgerin nicht ersichtlich ist.

IV. Ergebnis

Einzig der (mutmaßliche) Wille und die Disponibilität des Rechtsguts „Leben“ vor dem Hintergrund des § 216 StGB sind im vorliegenden Fall entscheidend. Daher ist die Lösung des BGH über die Einwilligung folgerichtig. Bei der Notwehr stehen sich zwei Verletzungshandlungen gegenüber, bei der die eine Handlung trotz Eingriffs in ein vorhandenes Rechtsgut rechtmäßig ist, weil sie zur Verteidigung des angegriffenen Rechtsguts erforderlich ist. Genau um diese Konstellation geht es – wie dargelegt – im vorliegenden Fall aber gerade nicht.

Dokumentation

Verfahrensdokumentation

In dieser Ausgabe kein Eintrag.

Schrifttum

Marcus Boettger (Hrsg.): Wirtschaftsstrafrecht in der Praxis, 1.218 Seiten, gebunden, 98 €, ZAP Verlag, Münster 2011.

In der Reihe „Schriften für die Strafrechtspraxis“ aus dem ZAP-Verlag ist mit „Wirtschaftsstrafrecht in der Praxis“ ein neues Werk erschienen. Damit hat sich die Schriftenreihe um ein Thema erweitert, das in den letzten Jahren aus unterschiedlichen Gründen erheblich an Bedeutung gewonnen hat. Dies dürfte durch die Wirtschaftskrise noch deutlich zunehmen.

In dem Buch haben sich unter dem Herausgeber und Wirtschaftsstrafverteidiger Dr. Marcus Böttger aus Düsseldorf vornehmlich im Wirtschaftsstrafrecht tätige Rechtsanwälte zusammengefunden, um auf über 1000 Seiten wesentliche Fragen dieses Rechtsgebietes in materieller und strafprozessrechtlicher Hinsicht darzulegen. Das Werk beinhaltet insgesamt fünfzehn Kapitel, in denen nach Tatbeständen oder Sachgebieten die wesentlichen Bereiche des Wirtschaftsstrafrechts dargestellt werden. Dabei erfolgt die Orientierung nicht an den Tatbeständen, für die nach § 74 c GVG die Wirtschaftsstrafkammer zuständig ist, sondern danach, welche Vorschriften und Bereiche in der Praxis bedeutsam sind. Konsequenterweise beschäftigen sich die ersten drei Kapitel mit den wichtigen und häufig vorkommenden Vorschriften des Betruges gemäß § 263 StGB und jeweils in einem eigenen Kapitel zusätzlich mit der besonderen Vorschrift des Subventionsbetruges gemäß § 264 StGB sowie der Untreue gemäß § 266 StGB. Das Kapitel über den Betrug ist der Bedeutung in der Praxis entsprechend das umfangreichste. Der Verfasser behandelt dabei kompakt und konsequent die einzelnen Tatbestandsmerkmale und zeigt Besonderheiten anhand von zahlreichen Beispielen auf. Außerdem stellt er neben wichtigen Beteiligungsfragen u.a. häufig vorkommende Einzelprobleme dar.

Diese übersichtliche und der guten Lesbarkeit dienende Vorgehens- und Darstellungsweise wird im Wesentlichen in den anderen Kapiteln beibehalten. Diese widmen sich den Themenbereichen des Insolvenzstrafrechts, der Korruption, des Kapitalmarkt-, Bilanz- und Wettbewerbsstrafrechts, des strafrechtlichen Schutzes des geistigen Eigentums, des IT-Strafrecht, des Arbeits-, Medizin- und Arzneimittel- und Produktstrafrechts. Abgerundet wird das Werk von einem Kapitel über Besonderheiten im Wirtschaftsstrafverfahren sowie einem über interne Ermittlungen in Unternehmen. Es werden also nicht nur – vermeintlich – gängige Themen, sondern auch viele nicht so geläufige Bereiche, die selbst bei im Wirtschaftsstraf-

recht tätigen Juristen nicht zum Allgemeingut gehören dürften, behandelt.

Die einzelnen Kapitel sind in der Regel gegliedert in Einleitung, Allgemeiner Teil, Besonderer Teil und außerdem Besonderheiten und/oder besondere Fallkonstellationen, wobei diese sowohl prozessualer als auch materiell-rechtlicher Natur sein können. Dadurch wird bei guter Übersichtlichkeit sowohl eine grundsätzliche Auseinandersetzung mit einzelnen Tatbeständen oder Themen ermöglicht als auch das schnelle Nachschlagen nach einzelnen Problemen oder Fragestellungen. Gerade letzteres macht das Buch in der täglichen Arbeit zur punktuellen Einarbeitung oder Vertiefung interessant.

Dem Leser wird anhand der neuesten Rechtsprechung und der wichtigsten Literaturstellen in kompakter Form das Wesentliche an die Hand gegeben, um zu praktischen Ergebnissen zu gelangen oder jedenfalls anhand der Zitate sich tiefgreifender mit bestimmten Fragen auseinanderzusetzen zu können. Dabei werden – wie in der Schriftenreihe üblich – die Ausführungen angereichert mit ganz konkreten Tipps zur Vorgehensweise in den verschiedenen Verfahrensstadien.

Das vorliegende Handbuch eröffnet dem Praktiker die Möglichkeit, sich schnell und effizient mit der oft schwierigen und speziellen Materie des Wirtschaftsstrafrechtes vertraut zu machen. Durch seine klare Struktur ist es insbesondere als Nachschlagewerk sehr gut geeignet.

Zwar richtet sich das Werk in erster Linie – wie insgesamt die Schriftenreihe – vornehmlich an Verteidiger. Dies gilt insbesondere für die strafprozessualen Ausführungen und die Tipps. Trotzdem ist es auch für andere mit dem Wirtschaftsstrafrecht befasste Personen, wie z.B. Richter und Staatsanwälte, ein wertvoller Begleiter für die tägliche Praxis.

Der Herausgeber Dr. Böttger hat in seinem Vorwort als Zielsetzung dieses Buches formuliert: „Das vorliegende Werk hat es sich zur Aufgabe gemacht, als eine Art *Vademecum* dem Nutzer einen kompakten Überblick über die zahlreichen, in der Praxis des Wirtschaftsstrafrechts auftretenden Probleme zu verschaffen, ohne dabei den wissenschaftlichen Anspruch aus den Augen zu verlieren.“

Das ist den Verfassern gut gelungen. Dieses Buch hat das Zeug, ein Standardwerk für den Bereich des Wirtschaftsstrafrechts zu werden.

VorsRiLG **Werner Richter**, Münster

Fedor Strasser: Die Zurechnung von Retter-, Flucht- und Verfolgerverhalten im Strafrecht (Schriften zum Strafrecht, Heft 198). Diss. Konstanz 2007, 478 Seiten, 88 €, Duncker & Humblot, Berlin 2008.

I. Die Frage, inwieweit ein Schädiger Verantwortung für ein späteres Verhalten eines Dritten trägt, stellt sich in der Strafrechtsdogmatik in unterschiedlichen Konstellationen. Mit der hier rezensierten Konstanzer Dissertation, die von *Rudolf Rengier* betreut wurde, legt *Fedor Strasser* ein Werk vor, das sich der genannten Problematik in einer beeindruckenden Spannweite – nämlich bezogen auf Retter-, Flucht- und Verfolgerverhalten – widmet. Die Arbeit widmet sich der Zurechnungsproblematik sowohl im Rahmen der allgemeinen Fahrlässigkeitsdogmatik als auch bei erfolgsqualifizierten Delikten. Entsprechend gliedert sich *Strassers* Arbeit: Während es im ersten Teil um die Zurechnung von Retter-, Flucht und Verfolgerverhalten in der allgemeinen Fahrlässigkeitsdogmatik geht, befasst sich der zweite Teil der Arbeit mit den entsprechenden Problemen bei erfolgsqualifizierten Delikten.

Unter dem Begriff des Retterverhaltens versteht *Strasser* „zum einen [...] die Zweitschädigung des Opfers durch den Retter – speziell durch den behandelnden Arzt – beim Versuch der Abwendung der vom Primärschädiger gesetzten Gefahr, andererseits [...] die Schädigung des Retters selbst bei der Durchführung der Hilfsmaßnahme“ (S. 32). Die Konstellation des Fluchtverhaltens soll demgegenüber diejenigen Fälle erfassen, in denen das Opfer einer Straftat vor dem Täter flieht und hierbei entweder selbst geschädigt wird oder einen Dritten schädigt. In analoger Weise erstreckt sich die von *Strasser* untersuchte Gruppe der Verfolgerfälle sowohl auf solche Konstellationen, in denen der Verfolger eines Straftäters geschädigt wird, als auch auf solche Fälle, in denen jener einen Dritten schädigt.

II. *Strasser* eröffnet seine Ausführungen im ersten Teil mit den Grundlagen der Zurechnung bei Opfer- und Drittverhalten (1. Kapitel, 1. Abschnitt [S. 38-71]). Hierbei erörtert er zunächst die Dogmatik des Kausalzusammenhangs und kommt zu dem Ergebnis, dass für die Annahme einer Kausalität im Rechtsinne für den Einzelfall zu klären ist, „ob der zu beurteilende Sachverhalt unter ein allgemeines Naturgesetz subsumiert werden kann oder ein erfahrungswissenschaftlich gesicherter Motivationszusammenhang festzustellen ist“ (S. 70). Hinsichtlich der Grundlagen der objektiven Zurechnung diskutiert *Strasser* die Adäquanzttheorie, das *Versari*-Prinzip, das Regressverbot, den Schutzzweckzusammenhang, den Vertrauensgrundsatz und die Risikoverwirklichung. Der Autor kommt zu dem Ergebnis: „Gegenstand strafrechtlicher Zurechnung ist nicht eine reine Außenweltveränderung, sondern Objektivationen von Personen, deren Sinn bezogen auf die Strafrechtsordnung zu ermitteln ist. [...] Mittel dieser Betrachtung ist die Frage nach der Risikoverwirklichung, d.h. es muss eine rechtlich missbilligte Gefahr geschaffen worden sein, die sich in tatbestandskonformer Weise im Erfolg niedergeschlagen hat. Dies ist eine Frage der Erfolgzurechnung, nicht des Handlungs-

unrechts. Neben der Bestimmung des Zurechnungszusammenhangs steht ergänzend und nachfolgend die Prüfung der objektiven Vorhersehbarkeit in Form der Adäquanzt“ (S. 70 f.).

III. Hieran anschließend wendet sich *Strasser* der Frage der Zurechnung in solchen Konstellationen zu, in denen der Retter das Tatopfer oder einen Dritten schädigt, wobei der Autor anhand von Beispielfällen eine erhebliche Spannbreite von Fallgruppen abdeckt (1. Teil, 2. Kapitel, 2. Abschnitt [S. 72-158]). Nach einer kritischen Auseinandersetzung mit der einschlägigen Rechtsprechung untersucht *Strasser* mit sorgfältiger Begründung die Fallgruppe des allgemeinen Lebensrisikos, für die er die objektive Zurechnung ablehnt. Kritisch ist hier hervorzuheben, dass *Strasser* den – im Ergebnis überzeugenden – Ausschluss der Fallgruppe der Inanspruchnahme von Sonderrechten im Straßenverkehr aus dem Komplex des allgemeinen Lebensrisikos überwiegend unter Hinweis auf Gefährdungsgesichtspunkte begründet (S. 91). Insofern ist zu fragen, ob die Verneinung des allgemeinen Lebensrisikos bei der Inanspruchnahme von Sonderrechten nicht eher normativ – nämlich unter Hinweis auf die Sonderberechtigung und nicht auf die durchschnittliche Gefährlichkeit – zu begründen ist. Der Hinweis von *Strasser*, Fahrten unter Einsatz von Blaulicht und Martinshorn begründeten ein signifikant höheres Unfallrisiko als andere Fahrten, dürfte insoweit zu pauschal sein, da der Autor hierdurch völlig unterschiedliche Fallgestaltungen zusammenfasst. Überdies findet die Fallgruppe des allgemeinen Lebensrisikos ihre normative Grundlage nach Ansicht des Rezensenten weniger in Gefährdungsgesichtspunkten als vielmehr in gesellschaftlichen Über-einkünften.

Sodann wendet sich *Strasser* den Lösungsmodellen des Schrifttums zu den Fallgruppen jenseits des allgemeinen Lebensrisikos zu, die er im Einzelnen diskutiert, um daran anschließend ein eigenes Lösungsmodell zu entwickeln. Den Prüfungsstandort dieser Zurechnungsfrage sieht *Strasser* für die Fahrlässigkeitsdogmatik bei der Frage des Risikozusammenhangs (S. 123). Maßstab zur Beurteilung der Zurechnung schädigenden fahrlässigen Retterverhaltens soll im Ergebnis das Fortwirken der geschaffenen Gefahrenlage sein: „Für die Zurechnung entscheidend muss [...] sein, ob sich im Erfolg noch das pflichtwidrige Verhalten des Primärschädigers verwirklicht, wobei [...] danach zu fragen ist, ob das nachfolgende Verhalten gleichsam eine neue Angriffsrichtung aufweist, die das Fortwirken des Ausgangsrisikos überlagert“ (S. 98). Daraus folgend soll es für die Frage der Zurechnung nicht darauf ankommen, ob das Verhalten des Zweitschädigers in einem aktiven Tun oder einem Unterlassen besteht (S. 148). Sogenannte überschießende Zweitschäden, „die nur bei Gelegenheit des Kontaktes mit dem [eine Rettungshandlung entfaltenden] Arzt entstehen, sind [...] nicht zurechenbar. Dasselbe gilt für Zweitschäden, die nach vollständig behobener Ausgangsgefahr eintreten“ (S. 149). Solange das schädigende Verhalten jedoch „katechontisch geprägt“ ist, sei eine Zurechnung grundsätzlich zu bejahen (S. 148). So sollen leichte und auch grobe Behandlungsfehler dem Primärschädiger zuzurechnen sein (S. 130-132, 149). Die gleichen Grundsätze fordert *Strasser* auch für die Beurteilung von größtmöglichstem Fehlverhalten, doch befürwortet er in diesen

Fällen eine Straflosigkeit aufgrund fehlender objektiver Voraussehbarkeit (S. 132-135, 149). Unklar bleibt jedoch, warum die Voraussehbarkeit (die nach *Strasser* eine Frage der normativen Bewertung ist, S. 133) gerade bei gröblichsten Behandlungsmängeln fehlen soll, während sie bei (noch) groben Fehlern affirmativ zu behandeln sein soll. Bejaht man die Anwendbarkeit der Voraussehbarkeit als Zurechnungskriterium, so stellt sich nämlich die Frage, warum dieses nicht losgelöst von der Frage der Schwere des Behandlungsfehlers ist, zumal die Unterscheidung zwischen gröblichsten und noch groben Behandlungsmängeln in der Praxis ohnehin schwer durchzuführen sein dürfte.

IV. Sodann geht *Strasser* der Frage nach, inwieweit Schädigungen, die der Retter erleidet, dem Primärschädiger zuzurechnen sein sollen (1. Teil, 2. Kapitel, 3. Abschnitt [S. 158-245]). Auch diese Untersuchung erfolgt anhand von Fallbeispielen. Nach umfassender Diskussion der einschlägigen Literatur und Rechtsprechung entwickelt *Strasser* ein Lösungsmodell, das sich an der Rechtsfigur der normativen Korrespondenz orientiert: Diese „begründet eine Zuständigkeit des Verursachers und damit eine Zurechnung, wenn der Retter sich innerhalb des rechtlichen Handlungsgebots bewegt“ (S. 235). Besteht also für den Retter ein rechtliches Gebot zum Einschreiten aufgrund einer Garantenstellung, einer Amtspflicht oder einer Hilfeleistungspflicht nach § 323c StGB, so soll eine im Rahmen der Rettungshandlung erlittene Schädigung des Retters dem Erstschädiger grundsätzlich zuzurechnen sein, wenn die Rettungshandlung zur Schadensabwendung offensichtlich geeignet war und wenn die Schädigung nicht aus dem allgemeinen Lebensrisiko resultiert (S. 236 f.). *Strasser* lehnt eine objektive Zurechnung in denjenigen Fällen ab, in denen die Rettungsaktivität nicht in Erfüllung einer Rechtspflicht erfolgte, woran sich grundsätzlich auch dann nichts ändern soll, wenn der Retter in seiner Steuerungsfähigkeit eingeschränkt ist, solange der Defekt nicht in die Zuständigkeit des Gefahrverursachers fällt (S. 245).

Gegen diese Abgrenzung der Reichweite der objektiven Zurechnung anhand der durch die Rechtsordnung aufgestellten Pflichten lassen sich grundsätzlich keine zwingenden Bedenken anmelden, wenn auch aus Sicht des Rezensenten eine weiterreichende Zurechenbarkeit nicht unvertretbar erscheint. Jedoch ist es inkonsequent, wenn sich *Strasser* in Fällen der Rettung eigener Güter von dem Rechtspflichterfordernis löst: „Wenn wir eine Zurechnung in Bezug auf den rechtlich verpflichteten Retter im Wege einer normativen Korrespondenz etablieren, müsste die Zurechnung im Falle der Rettung *eigener* Güter ausscheiden, denn deren Rettung ist gesetzlich nicht vorgegeben. Da es für den Verursacher der Gefahrenquelle aber oftmals vom Zufall abhängen und nicht steuerbar sein wird, ob rettereigene oder retterfremde Güter betroffen sind, müssen wir unser Modell für diese Fallgruppe erweitern. Um eine Friktion zu vermeiden, muss das rettereigene Gut fiktiv als fremde Sache angesehen werden und nun die Subsumtion dahingehend erfolgen, ob die Rettung einem gesetzlichen Handlungsgebot unterfallen würde“ (S. 241). Der bloße Hinweis auf den Zufall dürfte insoweit als Argument nicht ausreichen. Zudem vermag *Strasser* nicht zu erklären, warum die Rettung fremder Güter in Fällen, in denen mangels Zu-

mutbarkeit keine Hilfeleistungspflicht nach § 323c StGB besteht, anders behandelt werden soll als die Rettung eigener Güter, die auch nicht durch eine Rechtspflicht geboten ist.

V. Im Anschluss hieran untersucht *Strasser* in knapper Weise die Zurechnung von Fluchtverhalten (1. Teil, 3. Kapitel, 4. und 5. Abschnitt [S. 246-255]), ehe er auf die Zurechnung von Verfolgerverhalten zu sprechen kommt. Auch insoweit unterscheidet der Verfasser Fälle, in denen der Verfolger einen Schaden erleidet (1. Teil, 4. Kapitel, 6. Abschnitt [S. 256-292]) und solche, in denen dieser seinerseits schädigende Wirkung entfaltet (1. Teil, 4. Kapitel, 7. Abschnitt [S. 292 f.]). Im zuletzt genannten Fall soll der Erstschädiger für Schädigungen, die durch den Verfolger verursacht werden, in keinem Fall haften (S. 293). In dem anderen Fall – der Schädigung des Verfolgers – soll eine Zurechnung nur dem Grunde nach ausgeschlossen sein. Insoweit argumentiert *Strasser* mit dem Selbstbegünstigungsprinzip, aus dem sich ergebe, dass das bloße Fluchtverhalten nicht rechtswidrig sei. Eine Ausnahme soll allein in den Fällen gelten, in denen die Flucht des Erstschädigers eine andauernde Gefährdung unbeteiligter Personen darstelle (S. 291 f.).

VI. Der zweite Teil der rezensierten Arbeit beschäftigt sich laut seiner Überschrift mit der Zurechnung von Retter-, Flucht- und Verfolgerverhalten bei den erfolgsqualifizierten Delikten, jedoch setzt sich *Strasser* letztlich vor allem mit Konstellationen des Retter- und Fluchtverhaltens auseinander. In diesem Teil untersucht *Strasser* zunächst das sogenannte Unmittelbarkeitskriterium der erfolgsqualifizierten Delikte (2. Teil, 5. Kapitel, 8. Abschnitt [S. 295-305]), welches er im Ergebnis als eigenständiges Merkmal zur Einschränkung der objektiven Zurechnung sieht (S. 427).

Nach der Wiedergabe der einschlägigen Rechtsprechung und Literatur zur Frage der Zurechnung von Fluchtverhalten bei erfolgsqualifizierten Delikten (2. Teil, 5. Kapitel, 9. und 10. Abschnitt [S. 306-360]) entwickelt *Strasser* ein eigenes Lösungsmodell zu diesem Themenkomplex (2. Teil, 6. Kapitel, 11. Abschnitt [S. 361-373]). Anders als im ersten Teil seiner Arbeit unterteilt er im zweiten Teil seine Ausführungen nicht mehr danach, ob der Flüchtende Geschädigter oder Schädiger ist. Überwiegend geht es dem Autor in seinen Ausführungen offensichtlich um Letzteres. Ausgehend von der Prämisse, wonach es grundsätzlich ausreichend sein soll, dass die schwere Folge aus der Ausführungshandlung des Grunddelikts resultiere (S. 330-335, 364), fordert *Strasser* für das Vorliegen der objektiven Zurechnung der schweren Folge in Form des Todes: „Entscheidend ist, dass die letztlich zum Tode führende fluchtbedingte Verletzung innerhalb des Konfrontationszusammenhanges *begründet* wird“ (S. 367), wobei *Strasser* mit dem Merkmal des Konfrontationszusammenhanges ein Beherrschungsverhältnis zwischen Täter und Opfer im Sinne eines geschlossenen Systems sieht. Die Voraussetzung der fluchtbedingten Verletzung innerhalb des Konfrontationszusammenhanges sei dann erfüllt, wenn „sich das Opfer der *ständigen* Bemächtigung oder der *naheliegenden* Zugriffsmöglichkeit durch den Täter ausgesetzt sieht und damit in erheblichem Maße in seinem Integritätsinteresse bedroht ist“ (S. 372). Die schwere Folge „muss damit

in strenger örtlicher und zeitlicher Konnexität mit dem Täterverhalten bzw. mit der vom Täter begründeten Zwangswirkung stehen“ (S. 372). Eine Zurechnung der schweren Folge zum Grunddelikt sei dabei insbesondere dann möglich, wenn jene Folge im Zusammenhang mit dem Versuch des Opfers stehe, aus dem Konfrontationsbereich des Täters auszubrechen (S. 372).

VII. Mit der Frage der Zurechnung von Retterverhalten befasst sich *Strasser* sodann im 7. Kapitel des zweiten Teils. Auch hier stellt der Autor zunächst die einschlägige Rechtsprechung (12. Abschnitt [S. 374-382]) und Literatur (13. Abschnitt [S. 382-395]) dar, ehe er seinen eigenen Lösungsvorschlag entfaltet (14. Abschnitt [S. 395-412]). Insoweit unterscheidet der Autor danach, ob der Retter Geschädigter ist oder seinerseits schädigende Wirkung entfaltet. Für die zuletzt genannte Fallgruppe greift *Strasser* wiederum auf das Modell des geschlossenen Systems zurück, welches er bereits für die Frage der Zurechnung von Fluchtverhalten im zweiten Teil nutzbar gemacht hatte. Soweit die schwere Folge im Verlauf einer fehlerhaften Heilbehandlung eintritt, fehle es dem Autor zufolge am Vorliegen eines geschlossenen Systems: „Durch die Hinzuziehung eines fehlerhaft behandelnden Arztes oder eines sonstigen Helfers tritt eine weitere Person in das durch die Ausgangsgefahr gesetzte System hinzu. Es hat bei einer Verurteilung wegen des allgemeinen Fahrlässigkeitsdelikts zu verbleiben“ (S. 411 f.). Entsprechendes soll dann gelten, wenn die schwere Folge infolge eines fehlgehenden Rettungsschusses eines Dritten eintritt oder wenn der Täter sich selbst um die Rettung bemüht (S. 412). Schließlich soll es am notwendigen Konfrontationszusammenhang fehlen, wenn der Retter bei seinen Hilfsbemühungen zu Tode kommt. Dies habe sogar dann zu gelten, wenn der Retter zur Hilfeleistung verpflichtet war (S. 411 f.) – eine These, die zumin-

dest diskussionswürdig ist. Die Arbeit schließt mit einem Exkurs zu der Frage, inwieweit die ermittelnden Ergebnisse auf solche Straftatbestände übertragbar sein, die eine strafbegründende schwere Folge normieren (2. Teil, 8. Kapitel, 15. Abschnitt [S. 413-419]).

VIII. Insgesamt ist festzuhalten, dass *Strasser* in einer sehr übersichtlichen Gliederung eine beeindruckende Vielfalt an Fallgestaltungen objektiver Zurechnung untersucht. Kritisch anzumerken ist allerdings, dass es fraglich ist, ob die von ihm durchgeführte Unterteilung in Fallgruppen stets tragfähig ist. Dieses Problem stellt sich schon bei der relativ pauschalen Abgrenzung zwischen Retter- und Verfolgerverhalten. So kann spätestens in den Fällen, in denen ein Täter unter Mitnahme einer Geisel flieht, fraglich sein, ob ein nacheilender Dritter primär die Rolle des Retters oder die des Verfolgers einnimmt. Darüber hinaus darf bezweifelt werden, dass es *Strasser* gelungen ist, seine Ankündigung, eine „umfassende [...] Theorie zur Verfügung zu stellen“ (S. 35), einzulösen. Angesichts der Vielgestaltigkeit der von *Strasser* untersuchten Sachverhalte wäre ein anderes Ergebnis aber vermutlich auf eine nicht hinnehmbare Simplifikation hinausgelaufen. Löst sich der Leser von dem Anspruch, eine einheitliche Theorie geboten zu bekommen, findet er in *Strassers* Dissertation insgesamt ein lesenswertes und für die wissenschaftliche Durchdringung der objektiven Zurechnung äußerst hilfreiches Werk.

Wiss. Mit. **Dr. Milan Kuhli, M.A.**, Assessor jur., Univ. Frankfurt am Main

Rechtsprechung

Vollständige Rechtsprechungsübersicht

Hinweis Bei den folgenden Leitsätzen ohne besondere Angabe handelt es sich wie auch oben um Leitsätze des Bearbeiters. Die oben hervorgehoben angegebenen Entscheidungen werden im Folgenden ohne die Leitsätze wiedergegeben. Aufgenommen sind auch die oben genannten EGMR- und BVerfG-Entscheidungen sowie eventuell auch weitere BVerfG-Entscheidungen, die keine besonders hervorzuhebenden Leitsätze aufweisen. Die Entscheidungen können im Volltext über ihre Nummer online über die Suchfunktion unserer Startseite (<http://www.hrr-strafrecht.de/hrr/>) abgerufen werden.

392. BGH 3 StR 36/11 – Beschluss vom 9. März 2011 (LG Oldenburg)

Unbegründete Revision; Antrag auf Durchführung einer Revisionshauptverhandlung.
§ 349 Abs. 2 StPO; § 349 Abs. 5 StPO

393. BGH 5 StR 109/07 – Beschluss vom 14. März 2011 (LG Potsdam)

Rechtsanwaltsvergütung; Pauschgebühr (doppelter Höchstbetrag der gesetzlichen Gebühren eines Wahlanwalts).
§ 42 RVG

394. BGH 5 StR 353/10 – Beschluss vom 22. Februar 2011 (LG Berlin)

Wiedereinsetzung in den vorigen Stand (unstatthafter

Antrag); Anhörungsrüge.

§ 44 StPO; § 45 StPO; § 3456a StPO

395. BGH 5 StR 43/11 – Beschluss vom 15. März 2011 (LG Neuruppin)

Strafzumessung; sozialtherapeutische Bemühungen im Strafvollzug.

§ 46 StGB

396. BGH 5 StR 55/11 – Beschluss vom 15. März 2011 (LG Hamburg)

Unbegründete Revision; Strafrestaussatzung (Halbstrafenzeitpunkt).

§ 57 Abs. 1 StGB; § 349 Abs. 2 StPO

397. BGH 5 StR 57/11 – Beschluss vom 14. März 2011 (LG Braunschweig)

Unbegründete Revision; Bemessung des Vorwegvollzugs.

§ 349 Abs. 2 StPO; § 67d Abs. 1 StGB

398. BGH 5 StR 70/11 – Beschluss vom 15. März 2011 (LG Frankfurt)

Unbegründete Revision; Beweiswürdigung (Tatmotiv).

§ 349 Abs. 2 StPO; § 261 StPO

399. BGH 5 StR 7/11 – Beschluss vom 8. Februar 2011 (LG Flensburg)

Unbegründete Revision.

§ 349 Abs. 2 StPO

400. BGH 5 StR 377/10 – Beschluss vom 23. Februar 2011

Unterbringung in der Sicherungsverwahrung (Vorlageverfahren; Aktenführung bei den Oberlandesgerichten; vorsorgliche Entlassungsvorbereitung).

§ 66 StGB; § 132 GVG

401. BGH 5 StR 387/10 – Urteil vom 9. Februar 2011 (LG Göttingen)

Entfernung des Angeklagten; Verhandlung über die Entlassung eines Zeugen; wesentlicher Teil der Hauptverhandlung; Bild-Ton-Übertragung.

§ 247 StPO; § 338 Nr. 5 StPO

402. BGH 5 StR 395/10 – Urteil vom 26. Januar 2011 (LG Itzehoe)

Nachträgliche Sicherungsverwahrung (Hang zur Begehung erheblicher Straftaten; Geneigtheit); Prognose (hohes Maß an Gewissheit neuer besonders schwerer Straftaten).

§ 66b StGB; § 66 StGB

403. BGH 5 StR 418/10 – Urteil vom 25. Januar 2011 (LG Neuruppin)

Beweiswürdigung; Aussagekonstanz; Aussage gegen Aussage; Urteilsgründe (Wiedergabe aussagepsychologischer Gutachten).

§ 261 StPO; § 267 Abs. 3 StPO

404. BGH 5 StR 471/10 – Beschluss vom 9. Februar 2011 (Schleswig-Holsteinisches Oberlandesgericht)

Maßregelvollstreckung; Sicherungsverwahrung; Überweisung in den Vollzug einer anderen Maßregel (Unterbringung in einem psychiatrischen Krankenhaus).

§ 66 StGB; § 132 GVG; § 63 StGB; § 67a Abs. 2 StGB; § 2 Abs. 6 StGB

405. BGH 5 StR 490/10 – Beschluss vom 25. Januar 2011

Unbegründete Anhörungsrüge.

§ 356a StPO

406. BGH 5 StR 501/10 – Beschluss vom 8. Februar 2011 (LG Dresden)

Begründung der Verfahrensrüge; Protokollverlesung; Vernehmung eines Zeugen (Gliederung der Zeugenvernehmung in Themenkomplexe); Zwischenrechtsbehelf.

§ 344 Abs. 2 Satz 2 StPO; § 69 StPO; § 253 StPO; § 238 Abs. 2 StPO

407. BGH 5 StR 533/10 – Beschluss vom 10. Februar 2011

Unbegründete Anhörungsrüge.

§ 356a StPO

408. BGH 5 StR 534/10 – Beschluss vom 17. März 2011

Unbegründete Anhörungsrüge.

§ 356a StPO

409. BGH 5 StR 546/10 – Beschluss vom 8. Februar 2011 (LG Berlin)

Unbegründete Revision; Tenorierungsversehen.

§ 349 Abs. 2 StPO; § 260 Abs. 4 StPO

410. BGH 5 StR 555/10 – Beschluss vom 26. Januar 2011 (LG Chemnitz)

Unerlaubter Anbau von Betäubungsmitteln; unerlaubtes Handeltreiben mit Betäubungsmitteln (Cannabisplanta-ge); Besitz; Täterschaft; Beihilfe.

§ 29a BtMG; § 25 StGB; § 27 StGB

411. BGH 5 StR 563/10 – Beschluss vom 9. Februar 2011 (LG Berlin)

Gewerbsmäßiger Betrieb von Bankgeschäften (Einlagen-geschäft: Fälligkeit, Rückforderung; mangelnde Erlaub-nis).

§ 1 Abs. 1 Satz 2 Nr. 1 KWG; § 32 Abs. 1 KWG

412. BGH 5 StR 569/10 – Beschluss vom 26. Januar 2011 (LG Neuruppin)

Bemessung der Jugendstrafe (schädliche Neigungen; ausländische Vorverurteilungen; negative Berücksichti-gung fehlender Straftataufarbeitung bei schweigendem Angeklagten; Berücksichtigung des Gesamtstrafübels im Jugendstrafrecht); Beweiswürdigung; Schuldgesichts-punkte.

§ 17 Abs. 2 JGG; § 261 StPO; § 18 JGG

413. BGH 5 StR 581/10 – Beschluss vom 16. März 2011 (LG Kiel)

BGHR; Internetchat; sexuelle Handlung (einige Erheb-lichkeit; sexualbezogene Körpermerkmale); sexueller

Missbrauch von Kindern; Herstellen pornografischer Schriften; Verbrechensverabredung (Pseudonymität; Anonymität; Bindung; Aufdeckung der Identität; freiwilliges Aufgeben eines Vorhabens; Rücktritt); Gebot der erschöpfenden Beweiswürdigung.

§ 30 StGB; § 31 StGB; § 211 StGB; § 176 StGB; § 176a StGB; § 184g StGB; § 184 StGB

414. BGH 5 StR 588/10 – Beschluss vom 10. Februar 2011 (LG Frankfurt)

Unbegründete Anhörungsrüge.
§ 356a StPO

415. BGH 5 StR 593/10 – Beschluss vom 14. März 2011 (OLG Braunschweig)

Unzulässige Divergenzvorlage.
§ 121 GVG

416. BGH 1 StR 19/11 – Beschluss vom 15. Februar 2011 (LG München I)

Inbegriffsrüge (Beweiswürdigung; mangelnde Verlesung einer Urkunde; Beruhen); Beweisantrag (eigene Sachkunde).
§ 261 StPO; § 249 StPO; § 337 StPO; § 244 Abs. 4 StPO

417. BGH 1 StR 24/10 – Beschluss vom 8. Februar 2011 (LG Hamburg)

BGHR; Steuerhinterziehung durch Geltendmachung von Vorsteuer bei einer missbräuchlichen innergemeinschaftlichen Lieferung bzw. der Lieferung in einem Umsatzsteuerkarussell (Auslegung des Unternehmerbegriffs; Vorsteuererstattung; Vereinbarkeit mit dem Gesetzlichkeitsprinzip: Bestimmtheitsgrundsatz); Abwesenheit eines mit der Aufgabe betrauten Urkundsbeamten.

Art. 103 Abs. 2 GG; Art. 7 EMRK; § 1 StGB; § 370 Abs. 1 Nr. 1 AO; § 15 Abs. 1 UStG; § 338 Nr. 5 StPO; § 153 Abs. 5 GVG; § 226 StPO

418. BGH 1 StR 408/10 – Urteil vom 1. Februar 2011 (LG Nürnberg-Fürth)

Anforderungen an die Begründung eines Freispruches (Revisibilität der Beweiswürdigung; überspannte Anforderungen an die Überzeugungsbildung und lückenhaftes Urteil; Erörterungsmangel bei der Beurteilung des Beweiswerts der Alibibehauptung: Vorwegverteidigung mit Täterwissen).

§ 261 StPO

419. BGH 1 StR 4/11 – Beschluss vom 15. März 2011 (LG Ellwangen)

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

420. BGH 1 StR 427/10 – Beschluss vom 23. Februar 2011 (BGH)

Unzulässige und unbegründete Anhörungsrüge (Wochenfrist); Strafzumessung (Bedeutung der durch die Tatserie verursachten Schäden für die Strafzumessung wegen einer einzelnen Tat).

§ 356a StPO; § 46 StGB

421. BGH 1 StR 490/10 – Beschluss vom 8. Februar 2011 (LG Koblenz)

BGHSt; Ruhensvorschrift des § 78b Abs. 4 StGB (Bewertung der Tat in der Anklage oder im Eröffnungsbeschluss; abstrakte Strafschärfung für besonders schwere Fälle); Vorteilsannahme; Vorteilsgewährung; Steuerhinterziehung.

§ 78b Abs. 4 StGB; § 331 Abs. 1 StGB; § 333 Abs. 1 StGB; § 370 AO

422. BGH 1 StR 52/11 – Beschluss vom 1. März 2011 (LG Nürnberg-Fürth)

BGHR; kein Verwertungsverbot hinsichtlich des Geständnisses des Angeklagten nach unzulässiger Verständigung über den Schuldspruch.

§ 257c StPO; § 261 StPO

423. BGH 1 StR 61/11 – Beschluss vom 15. März 2011 (LG München II)

Verwerfung der Revision als unbegründet.

§ 349 Abs. 2 StPO

424. BGH 1 StR 579/09 – Beschluss vom 21. Februar 2011 (BGH)

Bewilligung einer zusätzlichen Pauschgebühr für den Pflichtverteidiger.

§ 51 Abs. 1 Satz 1, Abs. 2 Satz 2 RVG

425. BGH 1 StR 611/10 – Beschluss vom 22. Februar 2011 (LG Bochum)

Unmittelbares Ansetzen zum Versuch der Steuerhinterziehung.

§ 22 StGB; § 370 AO

426. BGH 1 StR 622/10 – Beschluss vom 16. Februar 2011 (LG Essen)

Verwerfung der Revision als unbegründet.

§ 349 Abs. 2 StPO

427. BGH 1 StR 640/10 – Beschluss vom 19. Januar 2011 (LG Wiesbaden)

Vollendung der Steuerhinterziehung bei Fälligkeitssteuern und Veranlagungssteuern; Tenorierung bei der Steuerhinterziehung.

§ 370 AO; § 260 Abs. 4 Satz 1 StPO

428. BGH 1 StR 663/10 – Beschluss vom 18. Januar 2011 (LG Stuttgart)

BGHSt; Verwertbarkeit von Telekommunikationsdaten nach der einstweiligen Anordnung des BVerfG zur Vorratsdatenspeicherung.

§ 100g StPO; § 113a TKG; § 113b TKG; Art. 10 GG; Art. 8 EMRK

429. BGH 1 StR 676/10 – Beschluss vom 15. Februar 2011 (LG München II)

BGHSt; Vollendung bei der Einfuhr von Betäubungsmitteln auf dem Postweg (objektive Zurechnung; Vorsatz; wesentlicher Irrtum über den Kausalverlauf; Mittäterschaft); unerlaubtes Handeltreiben mit Betäubungsmitteln in nicht geringer Menge; Versagungen der Strafmilderung des Versuchs bei nicht zurechenbarer Vollendung.
§ 29 Abs. 1 Satz 1 Nr. 1 BtMG; § 30 Abs. 1 Nr. 4 BtMG; § 16 StGB; § 29 Abs. 1 Satz 1 Nr. 1, § 29a Abs. 1 4 Nr. 2 BtMG; § 25 Abs. 2 StGB; § 23 Abs. 2 StGB

430. BGH 1 StR 689/10 – Beschluss vom 15. Februar 2011 (LG München I)

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

431. BGH 2 StR 11/11 – Beschluss vom 24. Februar 2011 (LG Aachen)

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

432. BGH 2 ARs 21/11 2 AR 17/11 – Beschluss vom 23. Februar 2011 (AG Hanau)

Unwirksamer Abgabebeschluss (Abgabe der Bewährungsaufsicht).
§ 58 Abs. 3 Satz 2 JGG

433. BGH 2 StR 338/10 – Urteil vom 26. Januar 2011 (LG Köln)

Vorschriftswidrige Besetzung des Gerichts bei Mitwirkung einer der deutschen Sprache unkundigen Schöffin; Grundsatz der Mündlichkeit; Grundsatz der Unmittelbarkeit.
§ 338 Nr. 1 StPO; § 193 GVG; § 31 Satz 2 GVG; § 33 Nr. 5 GVG; § 261 StPO

434. BGH 2 StR 397/10 – Beschluss vom 16. Februar 2011 (LG Wiesbaden)

Unbegründete Anhörungsrüge.
§ 356a StPO

435. BGH 2 StR 43/11 – Beschluss vom 16. März 2011 (LG Limburg)

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

436. BGH 2 StR 438/10 – Beschluss vom 16. Februar 2011 (LG Kassel)

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

437. BGH 2 StR 461/10 – Beschluss vom 24. Februar 2011 (LG Bonn)

Anordnung der Unterbringung in einem psychiatrischen Krankenhaus (Darlegung einer zumindest verminderten Schuldfähigkeit); Adhäsionsantrag (Bemessung des Schmerzensgeldes: wirtschaftliche Verhältnisse des Schädigers).
§ 21 StGB; § 63 StGB; § 403 StPO

438. BGH 2 StR 493/10 – Urteil vom 27. Januar 2011 (LG Köln)

Strafzumessung beim minder schweren Fall der Körperverletzung mit Todesfolge (Strafzumessung; Gewalteinsetz bei der Kindererziehung; Maßgeblichkeit deutscher Wertvorstellungen und des deutschen Rechts; Nachtatverhalten); Tötungsvorsatz (Tötung durch Unterlassen).
§ 227 Abs. 2 StGB; § 212 StGB; § 13 StGB; § 46 StGB; § 261 StPO

439. BGH 2 ARs 56/11 (2 AR 33/11) – Beschluss vom 2. März 2011

Ablehnung der Bestimmung des zuständigen Gerichts (Ergreifen).
§ 13a StPO; § 9 StPO

440. BGH 2 ARs 498/10 (2 AR 240/10) – Beschluss vom 9. März 2011 (AG Cottbus)

Entscheidung eines Zuständigkeitsstreites als gemeinsames oberes Gericht.
§ 14 StPO; § 462a Abs. 4 Satz 3 StPO

441. BGH 2 StR 501/10 – Beschluss vom 2. Februar 2011 (LG Trier)

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

442. BGH 2 StR 511/10 – Beschluss vom 2. Februar 2011 (LG Gießen)

BGHR; Gewerbsmäßigkeit bei der Geldfälschung (Sich Verschaffen einer Falschgeldmenge in einem Akt); fehlender Eröffnungsbeschluss (Verfahrenshindernis).
§ 146 Abs. 1 Nr. 2 und 3, Abs. 2 StGB

443. BGH 2 StR 551/10 – Beschluss vom 24. Februar 2011 (LG Bonn)

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

444. BGH 2 StR 556/10 – Beschluss vom 19. Januar 2011 (LG Wiesbaden)

Verfahrenseinstellung wegen Verjährung.
§ 78 StGB

445. BGH 2 StR 571/10 – Beschluss vom 24. Februar 2011 (LG Bonn)

Schuldpruchberichtigung nach Zählfehler.
§ 354 Abs. 1 StPO; § 337 StPO

446. BGH 2 StR 581/10 – Beschluss vom 23. Februar 2011 (LG Frankfurt am Main)

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

447. BGH 2 StR 602/10 – Beschluss vom 24. Februar 2011 (LG Aachen)

Erfolgreiche Aufklärungsrüge zu einer etwaigen Maßregelverhängung.
§ 244 Abs. 2 StPO

448. BGH 2 StR 622/10 – Beschluss vom 2. Februar 2011 (LG Mainz)

Tenorierung bei Qualifikationen.
§ 260 Abs. 4 Satz 1 StPO

449. BGH 2 StR 650/10 – Beschluss vom 10. Februar 2011 (LG Frankfurt am Main)

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

450. BGH 2 StR 656/10 – Beschluss vom 10. Februar 2011 (BGH)

Unbegründete Anhörungsrüge.
§ 356a StPO

451. BGH 2 StR 674/10 – Beschluss vom 2. März 2011 (LG Darmstadt)

Rechtsfehlerhaft verneinter Rücktritt vom Versuch (unbeendeter Versuch; Freiwilligkeit; erforderliche Feststellungen; Zweifelsgrundsatz); halbautomatische Kurzwaffe.

§ 24 StGB; § 52 Abs. 1 Nr. 2 Buchst. b, Abs. 3 WaffG

452. BGH 4 StR 19/11 – Beschluss vom 1. März 2011 (LG Rostock)

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

453. BGH 4 StR 36/11 – Beschluss vom 15. Februar 2011 (LG Bielefeld)

Verstoß gegen das Doppelverwertungsverbot (angemessene Rechtsfolge nach verfassungskonformer Auslegung).
§ 46 Abs. 3 StGB; § 354 Abs. 1a Satz 1 StPO

454. BGH 4 StR 5/11 – Beschluss vom 22. Februar 2011 (LG Frankenthal)

Erörterungsmangel hinsichtlich der Anordnung des Angeklagten in einer Entziehungsanstalt (Zustimmung zur Zurückstellung der Vollstreckung der erkannten Gesamtfreiheitsstrafe gemäß § 35 BtMG).
§ 64 StGB; § 35 BtMG

455. BGH 4 StR 8/11 – Beschluss vom 22. Februar 2011 (LG Saarbrücken)

Schuldpruchänderung.
§ 354 Abs. 1 StPO analog; § 30a Abs. 2 Nr. 2 BtMG; § 30 Abs. 1 BtMG

456. BGH 4 StR 454/10 – Beschluss vom 1. Februar 2011 (LG Essen)

Vorrang der Einziehung von Betäubungsmitteln gegenüber dem Verfall (Beziehungsgegenstände).
§ 33 Abs. 2 BtMG; § 73 StGB; § 73a StGB

457. BGH 4 StR 550/10 – Beschluss vom 1. Februar 2011 (LG Saarbrücken)

Widersprüchliche Strafzumessungsgründe (mangelndes Beruhen hinsichtlich des Gesamtstrafenausspruches).
§ 54 StGB; § 46 StGB; § 337 StPO

458. BGH 4 StR 552/10 – Urteil vom 10. Februar 2011 (LG Essen)

Grenzen der Aufrechterhaltung von Maßnahmen in der nachträglichen Gesamtstrafenbildung (Verfall von Wertersatz).
§ 55 Abs. 2 StGB; § 73a StGB

459. BGH 4 StR 566/10 – Urteil vom 10. Februar 2011 (LG Essen)

Beihilfe zum schweren sexuellen Missbrauch eines Kindes und zur Vergewaltigung (Gewalt; entbehrliche Mittäterschaft; Tateinheit mit Körperverletzung bei Defloration).
§ 176a Abs. 2 Nr. 1 StGB; § 177 Abs. 2 StGB; § 27 StGB; § 25 Abs. 2 StGB; § 223 StGB; § 52 StGB

460. BGH 4 StR 583/10 – Beschluss vom 8. Februar 2011 (LG Augsburg)

Unmittelbarkeitsgrundsatz (Verlesung eines Arztbriefes; mangelnder Beschluss; mangelndes Beruhen); Aufklärungspflicht.
§ 250 StPO; § 251 Abs. 4 Satz 1 StPO; § 256 StPO; § 337 StPO; § 244 Abs. 2 StPO

461. BGH 4 StR 586/10 – Beschluss vom 3. Februar 2011 (LG Dessau-Roßlau)

Erörterungsmangel hinsichtlich der Anwendung der Härtefallregelung bei der Anordnung des Wertersatzverfalls.
§ 73c Abs. 1 Satz 2 StGB; § 73 StGB; § 73a StGB

462. BGH 4 StR 604/10 – Beschluss vom 1. Februar 2011 (LG Münster)

Keine Vollstreckterklärung eines Teils der verhängten Freiheitsstrafe als Härteausgleich (Gesamtstrafenbildung; Strafzumessung).
§ 55 StGB

463. BGH 4 StR 612/10 – Beschluss vom 8. Februar 2011 (LG Paderborn)

Verfahrenshindernis des mangelnden wirksamen Einbeziehungsbeschlusses (Nachtragsanklage).
§ 266 Abs. 1 StPO

464. BGH 4 StR 622/10 – Beschluss vom 22. Februar 2011 (LG Essen)

Schwerer Menschenhandel zum Zweck der sexuellen Ausbeutung (Gewerbsmäßigkeit); Zuhälterei.
§ 232 Abs. 3 Nr. 3 StGB

465. BGH 4 StR 636/10 – Beschluss vom 3. Februar 2011 (LG Rostock)

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

466. BGH 4 StR 654/10 – Beschluss vom 22. Februar 2011 (LG Kaiserslautern)

Anordnung der Unterbringung des Beschuldigten in einem psychiatrischen Krankenhaus (wahnhafte Störung; Beweiswürdigung); Nachstellung (unzureichende Anwendung auf einen Nachbarschaftsstreit).
§ 63 StGB; § 238 Abs. 1 Nr. 4 StGB

467. BGH 4 StR 655/10 – Beschluss vom 11. Februar 2011 (LG Dresden)

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

468. BGH 4 StR 658/10 – Beschluss vom 8. Februar 2011 (LG Saarbrücken)

Rechtsfehlerhafter Gesamtstrafenausspruch (Erörterungsmangel).
§ 55 Abs. 1 StGB

469. BGH 4 StR 659/10 – Beschluss vom 15. Februar 2011 (BGH)

Anfragebeschluss; schwere Brandstiftung (teilweises Zerstören eines der Wohnung von Menschen dienenden Gebäudes; gemischt genutztes Gebäude; Divergenz).
§ 306a Abs. 1 Nr. 1 StGB; § 306b StGB; § 132 Abs. 3 Satz 1 GVG

470. BGH 4 StR 673/10 – Beschluss vom 3. Februar 2011 (LG Bochum)

Rechtsfehlerhafte Versagung einer erheblich verminderten Schuldunfähigkeit infolge Alkoholkonsums (Alkoholabhängigkeit).
§ 21 StGB; § 49 Abs. 1 StGB

471. BGH 4 StR 687/10 – Beschluss vom 1. März 2011 (LG Bochum)

Weitere Beteiligung der Nebenklage im Verfahren trotz Rechtskraft des Schuldspruchs.
§ 400 StPO; § 395 StPO

472. BGH 4 StR 698/10 – Beschluss vom 1. Februar 2011 (LG Bochum)

Verfall (Feststellung des Erlangens aus der Tat); Verfall von Wertersatz.
§ 73 StGB; § 73a StGB

473. EGMR Nr. 35863 (4. Kammer) – Zulässigkeitsentscheidung vom 8. Februar 2011 (Judge v. Vereinigtes Königreich)

Recht auf ein faires Verfahren (Begründungspflicht bei der Jury: Erfüllung durch das *no case to answer* und das *summing up/charging*, Geschworenengerichte; Konfrontationsrecht bei Fällen sexuellen Missbrauchs: Ausschluss von Fragen zum Sexualleben und zum Charakter der minderjährigen potentiellen Opfer; Beruhen; Verhältnismäßigkeit; Recht auf Achtung des Privatlebens); Recht auf eine Beschwerde.

Art. 6 Abs. 1, Abs. 3 lit. d EMRK; Art. 8 EMRK; Art. 13 EMRK; § 239 StPO; § 240 StPO; § 241 Abs. 2 StPO

474. BVerfG 1 BvR 142/05 (1. Kammer des Ersten Senats) – Beschluss vom 8. März 2011 (LG Hamburg/AG Hamburg-Altona)

Freiheit der Person (Abgrenzung von Freiheitsentziehung und Freiheitsbeschränkung; mehrstündige Ingewahrsamnahme durch die Polizei zur Identitätsfeststellung; Anfertigung von Lichtbildern); Verhältnismäßigkeit.

Art. 2 Abs. 2 S. 2 GG; Art. 104 Abs. 2 S. 2 GG; § 81b Alt. 1 StPO; § 163b Abs. 1 Satz 2 StPO; § 163c Abs. 2 StPO

475. BVerfG 1 BvR 388/05 (1. Kammer des Ersten Senats) – Beschluss vom 7. März 2011 (LG Frankfurt am Main)

Versammlungsfreiheit; Analogieverbot; Nötigung (Gewalt; Zweite-Reihe-Rechtsprechung; Verwerflichkeit; Abwägung mit dem Grundrecht auf Versammlungsfreiheit; Abwägungselemente); Sitzblockade auf einer öffentlichen Straße.

Art. 8 Abs. 1 GG; Art. 103 Abs. 2 GG; § 240 StGB; § 25 Abs. 1 Alt. 2 StGB

476. BVerfG 1 BvR 47/05 (1. Kammer des Ersten Senats) – Beschluss vom 8. März 2011 (LG Hamburg/HansOLG Hamburg)

Freiheit der Person (Abgrenzung von Freiheitsentziehung und Freiheitsbeschränkung; mehrstündige Ingewahrsamnahme durch die Polizei zur Identitätsfeststellung; Anfertigung von Lichtbildern); Verhältnismäßigkeit; Subsidiarität der Verfassungsbeschwerde (Unterlassen der Stellung eines Antrages auf Pflichtverteidigerbeordnung).

Art. 2 Abs. 2 S. 2 GG; Art. 104 Abs. 2 S. 2 GG; § 81b Alt. 1 StPO; § 163b Abs. 1 Satz 2 StPO; § 163c Abs. 2 StPO; § 140 Abs. 2 StPO; § 141 StPO; § 90 Abs. 2 BVerfGG

477. BVerfG 2 BvR 1/11 (2. Kammer des Zweiten Senats) – Beschluss vom 1. März 2011 (Generalbundesanwalt beim BGH)

Recht auf den gesetzlichen Richter (Schutzbereich; Zuständigkeit des Internationalen Strafgerichtshofs; Absehen von der Verfolgung einer Auslandstat ohne Inlandsbezug durch eine deutsche Staatsanwaltschaft).

Art. 101 Abs. 1 S. 2 GG; § 153f Abs. 2 S. 1 Nr. 4 StPO; Art. 17 Abs. 1 lit. a IStGH-Statut

478. BVerfG 2 BvR 1596/10, 2 BvR 2346/10 (1. Kammer des Zweiten Senats) – Beschluss vom 24. Februar 2011 (OLG Dresden/OLG Düsseldorf)

Einfachrechtlicher Richtervorbehalt (Blutentnahme zum Nachweis einer Trunkenheitsfahrt; fehlender richterlicher Bereitschaftsdienst; staatsanwaltschaftlicher Bereitschaftsdienst; fehlende Dokumentation; Beweisverwertungsverbot); Recht auf einen effektiven Rechtsschutz (Entscheidung über das Vorliegen eines Beweisverwertungsverbots); Grundrecht auf körperliche Unversehrtheit; Anspruch auf ein faires Verfahren; Willkürverbot.

Art. 19 Abs. 4 GG; Art. 2 Abs. 2 GG; Art. 20 Abs. 3 GG; Art. 3 Abs. 1 GG; Art. 6 Abs. 1 S. 1 EMRK; § 81a Abs. 1 StPO; § 81a Abs. 2 StPO

479. BGH 3 StR 22/11 – Beschluss vom 1. März 2011 (LG Bückeburg)

Schuldunfähigkeit; erheblich verminderte Schuldfähigkeit; Einsichtsfähigkeit; Steuerungsfähigkeit; Beweiswürdigung (Widerspruch).

§ 20 StGB; § 21 StGB; § 261 StPO

480. BGH 3 StR 3/11 – Beschluss vom 15. Februar 2011 (LG Kleve)

Unerlaubtes Handeltreiben mit Betäubungsmitteln (Konkurrenzen; Klammerwirkung).

§ 29a BtMG; § 52 StGB; § 53 StGB

481. BGH 3 StR 332/10 – Urteil vom 13. Januar 2011 (LG Hannover)

BGHSt; Verwendung von Vorratsdaten; Beweisverwertungsverbot; Verfassungswidrigkeit der Vorratsdatenspeicherung; Aufklärungspflicht; Telekommunikationsgeheimnis (Eingriff; verfassungsrechtliche Rechtfertigung); einstweilige Anordnung; Hauptsacheentscheidung; Urteilsfindung; Inbegriff der Hauptverhandlung.

§ 32 BVerfGG; Art. 10 Abs. 1 GG; § 113 TKG; § 113a TKG; § 113b TKG; § 100g StPO; § 261 StPO; § 244 Abs. 2 StPO; § 78 BVerfGG

482. BGH 3 StR 35/11 – Beschluss vom 1. März 2011 (LG Oldenburg)

Unerlaubtes Handeltreiben mit Betäubungsmitteln (Bande; Einfuhr; Konkurrenzen).

§ 30a BtMG; § 52 StGB; § 53 StGB

483. BGH 3 StR 419/10 – Urteil vom 17. Februar 2011 (LG Düsseldorf)

BGHSt; Verbrechenverabredung (Konkurrenzen; Tateinheit; Tatmehrheit); Mittäterschaft (erheblicher objektiver Tatbeitrag; unverzichtbare Voraussetzung; besonders hohes Entdeckungsrisiko; Schmiere stehen); Ausspähen von Daten (Skimming); gewerbs- und bandenmäßiges Nachmachen von Zahlungskarten mit Garantiefunktion.

§ 30 StGB; § 25 Abs. 2 StGB; § 202a StGB; § 52 StGB; § 53 StGB; § 152b StGB

484. BGH 3 StR 432/10 – Beschluss vom 1. Februar 2011 (LG Lüneburg)

Diebstahl (Beendigung; sukzessive Mittäterschaft); Bande (Tat als Ausfluss der Bandenabrede; bandenmäßig begangene Tat); Täterschaft; Beihilfe; Begünstigung; Computerbetrug; Konkurrenzen.

§ 242 StGB; § 244 StGB; § 244a StGB; § 27 StGB; § 25 Abs. 2 StGB; § 257 StGB; § 263a StGB

485. BGH 3 StR 491/10 – Beschluss vom 15. Februar 2011 (LG Verden)

BGHR; unerlaubtes Handeltreiben mit Betäubungsmitteln; Anbau (Versuch); versuchter Anbau; Heranschaffen von Saatgut; Bestimmtheitsgrundsatz; intertemporales Strafrecht.

§ 29 BtMG; § 29a BtMG; § 22 StGB; § 23 StGB; Art. 103 Abs. 2 GG; § 31 BtMG; § 2 StGB

486. BGH 5 StR 514/09 – Beschluss vom 24. Februar 2011 (LG Leipzig)

BGHSt; progressive Kundenwerbung (Europäisierung; richtlinienkonforme Auslegung; vollharmonisierende Richtlinien und Mindestschutz); Strafaussetzung zur Bewährung; Strafklageverbrauch (Einstellung unter Opportunitäts Gesichtspunkten; prozessuale Tat); Ablehnung eines Beweisantrages (Konnexität bei fortgeschrittener Beweisaufnahme); Unternehmer; Verbraucher; Verbotsirrtum (Ausrichtung auf eine rechtliche Grauzone).

§ 16 Abs. 2 UWG; § 56 StGB; § 244 StPO; § 153a StPO; § 264 StPO; § 2 Abs. 2 UWG; § 13 BGB; § 14 BGB; § 17 StGB

487. BGH 3 StR 8/11 – Beschluss vom 15. Februar 2011 (LG Kleve)

Einziehung; Schusswaffe (notwendige Feststellungen).

§ 74 StGB; § 30a BtMG; § 267 Abs. 3 StPO