

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); StA Dr. Holger Mann,
Berlin/Karlsruhe; Prof. Dr. Frank
Meyer, LLM (Yale), Univ. Zürich; 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 *Markus Rübenstahl*, Mag. iur., Frankfurt am Main – **Korruptionsdelikte und Pharmamarketing – Sind Vertragsärzte Amtsträger oder Beauftragte der Krankenkassen?** S. 324

Prof. Dr. iur. *Hendrik Schneider*, Dr. med. *Erik Strauß*, Leipzig – **Die Zukunft der Anwendungsbeobachtungen** S. 333

RA *Klaus-Ulrich Ventzke*, Hamburg – **Pleiten, Pech und Pannen – Ein Blick auf die revisionsgerichtliche Praxis der strafverfahrensrechtlichen Rügeverkümmung** (zugl. Besprechung von BGH HRRS 2011 Nr. 776) S. 338

Wiss. Mit. Dr. *Milan Kuhli*, M.A., Univ. Frankfurt a.M. – **Zur Auslegung des Waffenbegriffs in § 125a S. 2 Nr. 2 StGB** S. 345

Einstellungsantrag des Manhattan District Attorney in der Strafsache gegen Dominique Strauss-Kahn (mit einer Vorbemerkung von Dr. *Gerhard Strate*) S. 350

Die Ausgabe umfasst eine Rezension.

Entscheidungen

- EGMR **Unbekleidete Unterbringung in der Haft (Hellig v. Deutschland)**
- EuGH **Ne bis in idem beim Europäischen Haftbefehl**
- BVerfG **Vertrauensschutz gegenüber Rechtsprechungsänderungen**
- BGHSt **Strafbarkeit bei unterlassener Krankenhauseinweisung**
- BGHSt **Zungenkuss und schwerer sexueller Missbrauch von Kindern**
- BGHSt **Sicherungsverwahrung bei dissozialer Persönlichkeitsstörung**
- BGHSt **Vergleichende Strafzumessung bei Tatbeteiligten**
- BGHSt **Gewährung der besonderen Zuwendung für Haftopfer bei besonderer Beeinträchtigung der wirtschaftlichen Lage**
- BGHSt **Verständigung und allgemeine Hinweispflichten der StPO**
- BGHSt **Eigenmächtiges Entfernen durch Suizidversuch und wirksame Selbstanzeigen bei Bagatelldelikten**
- BGHR **Schadensfeststellung bei betrügerischer Kapitalerhöhung**
- BGH **Vorlageverfahren des 3. und des 5. Strafsenats zur Strafbarkeit von Vertragsärzten**

Die Ausgabe umfasst 245 Entscheidungen

HRRS

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

HERAUSGEBER

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

SCHRIFTFLEITUNG

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

REDAKTION

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

Als ständige Mitarbeiter wirken mit:

Prof. Dr. Jochen Bung, M.A., (Univ. Passau); Ass.-Prof. Dr. Daniela Demko, LL.M., (Univ. Luzern); Dr. Antje du Bois-Pedain, M.Jur. (Oxon.), (Univ. Cambridge); RA Wiss. Ass. Dr. Lutz Eidam, LL.M. (Bucerius Law School); Prof. Dr. Diethelm Kleszczewski (Univ. Leipzig); Prof. Dr. Hans Kudlich (Univ. Erlangen-Nürnberg); StA Dr. Holger Mann, Berlin/Karlsruhe; Prof. Dr. Frank Meyer, LL.M. (Yale), Univ. Zürich; 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, August/September 2011, Ausgabe

8/9

Rechtsprechung

Strafrechtliche/strafverfahrensrechtliche Entscheidungen des EGMR/BVerfG

971. EGMR Nr. 20999/05 (5. Kammer) – Urteil vom 7. Juli 2011 (Hellig v. Deutschland)

Unmenschliche und erniedrigende Behandlung durch eine Nacktunterbringung in einer deutschen Haftanstalt (Unterbringung in einer Sicherheitszelle: reißfeste Kleidung; Beweismaßstab: nicht widerlegte Vermutung).

Art. 3 EMRK; Art. 104 GG; Art. 2 Abs. 2 Satz 2 GG

1. Einzelfall einer Verletzung des Folterverbots in Form der erniedrigenden und unmenschlichen Behandlung durch eine siebentägige Unterbringung eines unbedeckten Inhaftierten in einer deutschen Sicherheitszelle.

2. Der gebotene Schutz des Personals einer Justizvollzugsanstalt rechtfertigt die dauerhafte unbedeckte Unterbringung eines Inhaftierten in einer nur für provisori-

sche Aufenthalte gedachten Sicherheitszelle allein nicht. Auch der Schutz vor Selbstverletzungen rechtfertigt ein solches Vorgehen nicht. Dies gilt jedenfalls dann, wenn der im Einzelfall nicht ersichtlich ungenügende Einsatz reißfester Kleidung gar nicht erwogen wurde.

970. EuGH C-261/09 (Große Kammer) – Urteil vom 16. November 2010 (Gaetano Mantello)

Vorabentscheidungsersuchen zur Justiziellen Zusammenarbeit in Strafsachen; ne bis in idem beim Europäischen Haftbefehl (dieselbe Handlung: autonome Auslegung; Ablehnung der Vollstreckung durch die vollstreckende Justizbehörde; rechtskräftige Verurteilung im Ausstellungsmitgliedstaat: Maßgeblichkeit des Rechts des Ausstellungsmitgliedstaates, Willkürkontrolle; Begriff der Tat im prozessualen Sinne: Besitz von

Betäubungsmitteln und Handeln mit Betäubungsmitteln, kriminelle Vereinigung; Europäische Grundrechte).

Art. 3 Nr. 2, 15 Abs. 2 Rahmenbeschluss 2002/584/JI; § 83 Nr. 1 IRG; Art. 35 EUV; Art. 50 GRCh; Art. 47 GRCh; Art. 54 SDÜ; Art. 5 EMRK; Art. 103 Abs. 3 GG; Art. 19 Abs. 4 GG

1. Für die Zwecke der Ausstellung und Vollstreckung eines Europäischen Haftbefehls stellt der Begriff „dieselbe Handlung“ in Art. 3 Nr. 2 des Rahmenbeschlusses 2002/584/JI des Rates vom 13. Juni 2002 über den Europäischen Haftbefehl und die Übergabeverfahren zwischen den Mitgliedstaaten einen autonomen Begriff des Unionsrechts dar. (EuGH)

2. In einem Fall, in dem die ausstellende Justizbehörde auf ein Informationsersuchen der vollstreckenden Justizbehörde im Sinne des Art. 15 Abs. 2 des Rahmenbeschlusses hin gemäß ihrem nationalen Recht und unter Beachtung der Anforderungen, die sich aus dem in Art. 3 Nr. 2 des Rahmenbeschlusses aufgeführten Begriff „dieselbe Handlung“ ergeben, ausdrücklich festgestellt hat, dass das zuvor im Rahmen ihrer Rechtsordnung erlassene Urteil keine rechtskräftige Verurteilung wegen der in ihrem Haftbefehl bezeichneten Handlungen darstellt und den in diesem Haftbefehl genannten Strafverfolgungsmaßnahmen daher nicht entgegensteht, besteht für die vollstreckende Justizbehörde kein Anlass, wegen dieses Urteils den in diesem Art. 3 Nr. 2 vorgesehenen zwingenden Grund für die Ablehnung der Vollstreckung anzuwenden. (EuGH)

3. Der Rahmenbeschluss 2002/584/JI soll das multilaterale System der Auslieferung zwischen den Mitgliedstaaten durch ein System der Übergabe zwischen Justizbehörden von verurteilten oder verdächtigen Personen zur Vollstreckung strafrechtlicher Urteile oder zur Strafverfolgung auf der Grundlage der gegenseitigen Anerkennung ersetzen. Entsprechend sind die Mitgliedsstaaten nach dessen Art. 1 Abs. 2 grundsätzlich verpflichtet, einen Europäischen Haftbefehl zu vollstrecken. Sie können die Vollstreckung nur in den Fällen, in denen diese gemäß Art. 3 des Rahmenbeschlusses abzulehnen ist, und in den in Art. 4 des Rahmenbeschlusses aufgeführten Fällen ablehnen. (Bearbeiter)

4. Der Begriff dieselbe Tat gemäß Art. 54 SDÜ ist dahin auszulegen, dass er nur auf die tatsächliche Handlung abstellt, unabhängig von ihrer rechtlichen Qualifizierung oder dem geschützten rechtlichen Interesse, und einen Komplex konkreter, unlösbar miteinander verbundener Umstände umfasst. (Bearbeiter)

5. Eine gesuchte Person ist als wegen derselben Handlung rechtskräftig verurteilt im Sinne des Art. 3 Nr. 2 des Rahmenbeschlusses anzusehen, wenn die Strafklage aufgrund eines Strafverfahrens endgültig verbraucht ist oder die Justizbehörden eines Mitgliedstaats eine Entscheidung erlassen haben, mit der der Beschuldigte von dem Tatvorwurf rechtskräftig freigesprochen wird. Ob ein Urteil rechtskräftig im Sinne von Art. 3 Nr. 2 des Rahmenbeschlusses ist, bestimmt sich nach dem Recht des Mitgliedstaats, in dem dieses Urteil erlassen wurde. Daher kann eine Entscheidung, die nach dem Recht des

Mitgliedstaats, der die Strafverfolgung gegen eine Person einleitet, die Strafklage auf nationaler Ebene für eine bestimmte Handlung nicht endgültig verbraucht, grundsätzlich nicht als ein Verfahrenshindernis hinsichtlich der etwaigen Einleitung oder Fortführung der Strafverfolgung wegen derselben Handlung gegen den Betroffenen in einem anderen Mitgliedstaat der Union angesehen werden. (Bearbeiter)

737. BVerfG 2 BvR 1230/10 (1. Kammer des Zweiten Senats) – Beschluss vom 16. Mai 2011 (BGH / LG Potsdam)

Rechtsstaatsprinzip; Rückwirkungsverbot (Rechtsprechungsänderung); Vertrauensschutz; Verbotsirrtum; Parteiverrat.

Art. 20 Abs. 3 GG; Art. 103 Abs. 2 GG; § 17 StGB; § 356 StGB

1. Höchststrichterliche Rechtsprechung ist kein Gesetzesrecht. Eine Bindungswirkung kann sie jedoch unter dem aus dem Rechtsstaatsprinzip hergeleiteten Vertrauensschutzgebot entfalten.

2. Die Änderung einer ständigen höchstrichterlichen Rechtsprechung ist unter Vertrauensschutzgesichtspunkten unbedenklich, wenn sie hinreichend begründet ist und sich im Rahmen einer vorhersehbaren Entwicklung hält.

3. Die Auslegung des § 17 StGB durch die Strafgerichte, wonach ein unvermeidbarer Verbotsirrtum anzunehmen ist, wenn das Verhalten zum Tatzeitpunkt nach der bisherigen, gefestigten Rechtsprechung als straflos betrachtet wurde und eine Änderung dieser Rechtsprechung nicht absehbar war, entspricht dem verfassungsrechtlich vorgegebenen Vertrauensschutzgebot.

4. Die Änderung der Rechtsprechung zu einem Straftatbestand begründet jedenfalls dann keinen Verstoß gegen Art. 103 Abs. 2 GG, wenn nicht im Vorfeld der Änderung durch ein Mindestmaß an Kontinuität in der Rechtsprechung ein Vertrauenstatbestand begründet werden konnte.

5. Die Verurteilung eines Rechtsanwalts wegen Parteiverrats (§ 356 Abs. 1 StGB) aufgrund der Verteidigung zweier derselben Straftat Beschuldigter ist unter Vertrauensschutzgesichtspunkten verfassungsrechtlich nicht zu beanstanden, wenn die einzige anderslautende Entscheidung des Bundesgerichtshofs beinahe 60 Jahre zurückliegt, nie bestätigt worden ist und zwischenzeitlich in Literatur und Rechtsprechung überwiegend in Zweifel gezogen wird.

739. BVerfG 2 BvR 2781/10 (2. Kammer des Zweiten Senats) – Beschluss vom 4. Mai 2011 (OLG München / LG Augsburg)

Untersuchungshaft; Beschleunigungsgebot; Zwischenverfahren; Rehabilitierungsinteresse.

Art. 2 Abs. 2 Satz 2 GG; § 121 StPO; § 203 StPO; § 112 StPO; § 199 StPO

1. Der aus dem Grundrecht auf Freiheit der Person aus Art. 2 Abs. 2 Satz 2 GG folgende Beschleunigungsgrund-

satz in Haftsachen beansprucht auch im Zwischenverfahren nach den §§ 199 ff. StPO Geltung.

2. Auch wenn ein Beschwerdeführer wegen Aufhebung des Haftbefehls gegen ihn nicht mehr gegenwärtig beschwert ist, kann gleichwohl im Hinblick auf das mit einer Freiheitsentziehung verbundene Rehabilitationsinteresse ein Rechtsschutzbedürfnis für die – nachträgliche – Feststellung der Verfassungswidrigkeit der Untersuchungshaft fortbestehen.

3. Es besteht in der Regel kein tragfähiger Grund, von der Eröffnung des Hauptverfahrens vorerst abzusehen, wenn das Gericht die Haftfortdauer beschließt. Denn der für den Haftbeschluss erforderliche dringende Tatverdacht schließt den für die Eröffnung vorausgesetzten hinreichenden Tatverdacht regelmäßig mit ein, weil die Verdachtsgrade in einem Stufenverhältnis stehen.

4. Eine Überlastung des Gerichts stellt keinen zureichenden Grund für die Fortdauer der Untersuchungshaft dar. Dies gilt jedenfalls dann, wenn die Überlastungssituation bereits seit längerer Zeit bestand.

5. Eine besonders intensive Form der Behandlung ist bei Haftsachen in jeder Lage des Verfahrens geboten. Daher ist auch eine spätere beschleunigte Bearbeitung regelmäßig nicht geeignet, eine eingetretene Verzögerung wieder auszugleichen.

6. Die Schwere der Tat kann für sich genommen jedenfalls eine vermeidbare und dem Staat zuzurechnende Verfahrensverzögerung nicht rechtfertigen.

738. BVerfG 2 BvR 2072/10 (3. Kammer des Zweiten Senats) – Beschluss vom 20. Mai 2011 (OLG Frankfurt a. M. / AG Friedberg)

Straßenverkehr; Ordnungswidrigkeit; Bußgeldverfahren; Beweiserhebungsverbot; Beweisverwertungsverbot; Kernbereich privater Lebensgestaltung; informationelle Selbstbestimmung (verdachtsunabhängige Videoaufnahmen).

Art. 1 Abs. 1 GG; Art. 2 Abs. 1 GG; Art. 3 Abs. 1 GG; § 46 Abs. 1 OWiG

1. Die Annahme der Strafgerichte, wonach die Unzulässigkeit oder Rechtswidrigkeit einer Beweiserhebung nicht ohne Weiteres zu einem Beweisverwertungsverbot führt, ist verfassungsrechtlich nicht zu beanstanden.

2. Ein Beweisverwertungsverbot von Verfassungen wegen ist bei schwerwiegenden, bewussten oder willkürlichen Verfahrensverstößen anzunehmen, bei denen die grundrechtlichen Sicherungen planmäßig oder systematisch außer acht gelassen worden sind. Ein absolutes Beweisverwertungsverbot besteht, wenn der Kernbereich privater Lebensgestaltung beeinträchtigt ist.

3. Die von den Fachgerichten vorgenommene Abwägung zwischen dem Verstoß gegen ein Beweiserhebungsverbot einerseits und den Strafverfolgungsinteressen des Staates andererseits unterliegt der verfassungsgerichtlichen Nachprüfung nur hinsichtlich der Frage, ob die Fachge-

richte in verfassungsrechtlich erheblicher Weise den Schutzbereich der verletzten Verfahrensnorm verkannt oder die Anforderungen für die Annahme eines Verwertungsverbotens überspannt haben.

4. Die Überwachung des Straßenverkehrs unter Zuhilfenahme von Videoaufnahmen stellt einen Eingriff in das Recht auf informationelle Selbstbestimmung dar, für die es derzeit an einer Ermächtigungsgrundlage fehlt (vgl. BVerfG, Beschluss vom 11. August 2009 – 2 BvR 941/08 [= HRRS 2009 Nr. 874]).

5. Die Verwertung einer ohne Rechtsgrundlage angefertigten Videoaufzeichnung zum Nachweis eines Abstandsverstößes berührt weder den absoluten Kernbereich der privaten Lebensgestaltung noch die enge Privatsphäre des Betroffenen, zumal dieser sich mit der Teilnahme am öffentlichen Straßenverkehr selbst einer möglichen Kontrolle durch die Polizei ausgesetzt hat.

6. Jedenfalls bei Verwertung einer zeitlich vor dem Beschluss des BVerfG vom 11. August 2009 (2 BvR 941/08) angefertigten Videoaufnahme scheidet auch eine bewusste Umgehung des Beweisverwertungsverbotens aus.

736. BVerfG 2 BvR 1011/10 (3. Kammer des Zweiten Senats) – Beschluss vom 5. Mai 2011 (LG Hof/AG Hof)

Durchsuchung einer Rechtsanwaltskanzlei; Verhältnismäßigkeit; Tatbestandsverwirklichung (Möglichkeit); Auffinden belastender Beweismittel (Möglichkeit).

Art. 13 Abs. 1 GG; Art. 13 Abs. 2 GG, § 102 StPO; § 103 StPO, § 352 StGB

1. Bei der Anordnung einer Durchsuchung nach §§ 102, 103 StPO haben die Gerichte ein dem Beschuldigten zur Last gelegtes Verhalten zu schildern, das den objektiven und den subjektiven Tatbestand eines Strafgesetzes erfüllt. Bestehen nach den bisherigen Ermittlungen Zweifel, ob der Beschuldigte mit dem erforderlichen Vorsatz gehandelt hat, müssen die Gerichte sich vor der Anordnung einer Durchsuchung mit dieser Frage auseinandersetzen.

2. Die Anordnung einer Durchsuchung verletzt den Grundsatz der Verhältnismäßigkeit, wenn die Durchsuchung nicht erwarten lässt, dass über die bereits vorliegenden Unterlagen hinaus weitere den Beschuldigten belastende Beweismittel aufgefunden werden.

3. Eine Durchsuchung kann nicht allein damit gerechtfertigt werden, dass die Möglichkeit besteht, entlastendes Material aufzufinden, denn dieses kann der Beschuldigte selbst vorlegen.

4. Hat der einer Gebührenüberhebung beschuldigte Rechtsanwalt dargelegt, aus welchen Gründen er die Gebührenforderung aus seiner Sicht zu Recht erhoben hat, so sind im Rahmen der Anordnung einer Durchsuchung Ausführungen dazu erforderlich, weshalb gleichwohl der Verdacht einer vorsätzlich ungerechtfertigten Gebührenforderung besteht.

5. Befinden sich in einem Ermittlungsverfahren wegen Gebührenüberhebung die Gebührenrechnung, ein Beratungshilfeschein des Mandanten sowie eine Stellungnahme des beschuldigten Rechtsanwalts, weshalb er die Gebührenforderung gleichwohl für berechtigt hält, bereits bei den Ermittlungsakten, so ist die Sicherstellung der anwaltlichen Handakte in der Regel nicht erforderlich.

740. BVerfG 2 BvR 2846/09 (Zweiter Senat) – Beschluss vom 8. Juni 2011 (BGH / LG Berlin)

Nachträgliche Sicherungsverwahrung; Vertrauensschutz, Verhältnismäßigkeit (strikte Prüfung; erhöhte Anforderungen).

Art. 2 Abs. 2 Satz 2 GG; Art. 20 Abs. 3 GG; Art. 104 Abs. 1 GG; § 66b Abs. 1 StGB; § 66 Abs. 3 StGB

1. Nach dem Urteil des Bundesverfassungsgerichts vom 4. Mai 2011 (2 BvR 2365/09 u. a. = HRRS 2011 Nr. 488) verstößt § 66b Abs. 1 StGB, wie die Vorschriften über die Sicherungsverwahrung insgesamt, gegen das aus Art. 2 Abs. 2 Satz 2 in Verbindung mit Art. 104 Abs. 1 GG herzuleitende Abstandsgebot. Die Vorschriften dürfen längstens bis zum 31. Mai 2013 und nur nach Maßgabe der in dem Urteil getroffenen Weitergeltungsanordnung angewendet werden. Danach ist die Anordnung der Sicherungsverwahrung in der Regel nur verhältnismäßig, wenn von dem Verurteilten eine konkrete Gefahr schwerer Gewalt- oder Sexualstraftaten ausgeht.

2. Soweit eine Vorschrift darüber hinaus ein schutzwürdiges Vertrauen des Betroffenen beeinträchtigt, ist dessen (weitere) Unterbringung in der Sicherungsverwahrung nach dem Urteil des Bundesverfassungsgerichts vom 4. Mai 2011 nur noch dann verhältnismäßig, wenn eine hochgradige Gefahr schwerster Gewalt- oder Sexualstraftaten aus konkreten Umständen in seiner Person oder seinem Verhalten abzuleiten ist und wenn bei ihm eine psychische Störung im Sinne von § 1 Abs. 1 Nr. 1 des Therapieunterbringungsgesetzes besteht.

3. Die Vorschriften der § 66b Abs. 1 Satz 1 und 2 StGB i. V. m. § 66 Abs. 3 StGB beeinträchtigen ein schutzwürdiges Vertrauen, indem sie die nachträgliche Anordnung der Sicherungsverwahrung auch dann ermöglichen, wenn bei der Verurteilung wegen der Anlasstat aus Rechtsgründen noch keine Sicherungsverwahrung angeordnet werden konnte. Sie sind daher nur nach Maßgabe der strikten Verhältnismäßigkeitsprüfung weiter anwendbar.

4. Auch in weiteren denkbaren Fallkonstellationen, in denen über die in dem Urteil des Bundesverfassungsgerichts vom 4. Mai 2011 genannten Fälle hinaus die Anwendung einer Norm in ein schutzwürdiges Vertrauen des Betroffenen eingreift, sind die Gerichte gehalten, die Sicherungsverwahrung nur noch dann anzuordnen oder aufrechtzuerhalten, wenn die erhöhten Verhältnismäßigkeitsanforderungen erfüllt sind.

Rechtsprechung

Hervorzuhebende Entscheidungen des BGH

I. Materielles Strafrecht – Allgemeiner Teil

978. BGH 5 StR 561/10 – Urteil vom 7. Juli 2011 (LG Berlin)

BGHSt; Körperverletzung mit Todesfolge; Vorsatz (Beweiswürdigung; lückenhafte Erwägungen; Willenselement); Fahrlässigkeit (Vorhersehbarkeit der Gefahr des Todesintritts); Unterlassen (Abgrenzung vom aktiven Tun; Schwerpunkt der Vorwerfbarkeit); medizinische Heilbehandlung (unwirksame Einwilligung; Aufklärung über wesentliche Risiken; Übernahmeverschulden); versuchter Mord (Verdeckungsabsicht; niedere Beweggründe).

§ 227 StGB; § 15 StGB; § 223 StGB; § 224 StGB; § 13 StGB; § 211 StGB

1. Zur Strafbarkeit gemäß § 227 StGB und zum Tötungsvorsatz eines Schönheitschirurgen, der es vorübergehend unterlassen hat, seine wegen eines Aufklärungsmangels rechtswidrig operierte komatöse Patientin zur cerebralen Reanimation in ein Krankenhaus einzuweisen. (BGHSt)

2. Das Willenselement des bedingten Vorsatzes ist bei Tötungsdelikten nur gegeben, wenn der Täter den von ihm als möglich erkannten Eintritt des Todes billigt oder sich um des erstrebten Zieles willen damit abfindet. Bewusste Fahrlässigkeit liegt hingegen dann vor, wenn er mit der als möglich erkannten Tatbestandsverwirklichung nicht einverstanden ist und ernsthaft – nicht nur vage – darauf vertraut, der Tod werde nicht eintreten. (Bearbeiter)

3. Die Rechtsprechung des Bundesgerichtshofs stellt zur Lösung der Abgrenzungsproblematik zwischen aktivem Tun und Unterlassen wertend auf den Schwerpunkt des Vorwurfs ab (vgl. BGHSt 6, 46, 59; 40, 257, 265 f.). Er liegt – im konkreten Einzelfall der komplikationsreichen Operation im Unterlassen der Veranlassung der medizinisch gebotenen cerebralen Reanimation in einer Intensivstation eines Krankenhauses und nicht im bloßen Zuführen kreislaufstabilisierender Medikamente. (Bearbeiter)

803. BGH 1 StR 20/11 – Urteil vom 26. Mai 2011 (LG München II)

Rücktritt vom Versuch (unbeendeter Versuch; ernsthaftes Bemühen; Freiwilligkeit; Behindern der Rettung); Grenzen der Revisionsbegründung (urteilsfremder Vortrag; Augenschein).

§ 24 Abs. 1 Satz 1, Satz 2 StGB; § 212 StGB; § 22 StGB

1. Ein ernsthaftes Bemühen um die Verhinderung der drohenden Tatvollendung kann auch vorliegen, wenn der Angeklagte die Polizei telefonisch zur Rettung seines Opfers aufgefordert hat, und er zuvor bereits einen Nachbarn über seine Tat informiert hat, der die Polizei informierte, welche daraufhin bereits die für die Rettung entscheidenden Beamte und Rettungskräfte geschickt hatte. Dies gilt auch dann, wenn der Angeklagte beim Eintreffen der Polizei und Rettungskräfte „auf Zuruf nicht sofort alle Gegenstände aus den Händen“ legte, so dass die Polizei zur Eigensicherung Pfefferspray einsetzte.

2. Ob ein Versuch unbeendet oder beendet ist, hängt von der Vorstellung des Täters nach der letzten Ausführungshandlung (Rücktrittshorizont) ab. Hält er für den Taterfolg noch weitere Handlungen für (möglich und) nötig, ist der Versuch unbeendet, er kann durch Untätigkeit zurücktreten (§ 24 Abs. 1 Satz 1 StGB erste Alternative). Hält er dagegen den Eintritt des Taterfolgs für möglich, ist der Versuch beendet; ein Rücktritt erfordert eine Verhinderung des Erfolgs durch eigene Tätigkeit (§ 24 Abs. 1 Satz 1 StGB zweite Alternative) oder entsprechende Bemühungen (§ 24 Abs. 1 Satz 2 StGB), wenn der Erfolg ohne sein Zutun ausgeblieben ist (BGHSt <GS> 39, 221, 229 mwN).

3. Ein Rücktritt vom unbeendeten Versuch liegt nicht vor, wenn der Angeklagte, der seine Frau zuvor mit der Machete geschlagen hat, davon ausgeht, dass sie bereits an diesem Schnitt sterben könne. Allein der Verzicht auf eine (gewisse) Beschleunigung ihres von ihm ohnehin erwarteten verletzungsbedingten Todes stellt keinen Rücktritt gemäß § 24 Abs. 1 Satz 1 StGB erste Alternative dar.

4. Bemerkt der Angeklagte, dass sein Opfer entgegen einer ersten Annahme doch noch lebte, wird nicht der Rücktrittshorizont korrigiert, sondern es entsteht vielmehr erstmals ein Rücktrittshorizont.

5. Freiwillig ist ein Rücktritt, wenn weder eine äußere Zwangslage noch seelischer Druck den Täter an der Vollendung der Tat hindert (st. Rspr., BGHSt 7, 296, 299); eine vorherige Entdeckung der Tat kann aber gegen Freiwilligkeit sprechen.

6. Urteilsfremder Vortrag kann die Sachrüge nicht begründen (BGHSt 35, 238, 241). Über das Ergebnis eines Augenscheins – hierunter fällt auch das Abhören eines Tonbands (BGHSt 27, 135) – hat allein der Tatrichter zu befinden (BGHSt 29, 18). Ebenso wenig kann die Sach- oder eine Verfahrensrüge auf einen Abgleich von Urteilsgründen und Akteninhalt, etwa dem von der Revision vorgetragenen Vermerk, gestützt werden.

824. BGH 5 StR 565/10 – Urteil vom 24. Mai 2011 (LG Hamburg)

Rücktritt vom Totschlagsversuch durch Unterlassen (Zurechenbarkeit; tauglicher und untauglicher Versuch); Totschlag; Zweifelssatz (taugliche Tatsachengrundlage); Anwendung von Jugendstrafrecht; Bemessung der Jugendstrafe (Erziehungsbedarf; Schwere der Schuld).

§ 24 Abs. 2 StGB; § 13 StGB; § 212 StGB; § 105 Abs. 1 JGG; § 32 JGG; § 17 JGG; § 18 JGG

Den Täter eines tauglichen Unterlassungsdelikts trifft das volle Erfolgsabwendungsrisiko. Dem entspricht es, dass der Gesetzgeber mit den Regelungen in § 24 Abs. 1 Satz 2, Abs. 2 Satz 2 Alt. 1 StGB in erster Linie das Anliegen verfolgt hat, dem Täter – anders als nach vormaligem Recht – bei „ungefährlichen“ Versuchen die Möglichkeit des Rücktritts einzuräumen.

759. BGH 3 StR 167/11 – Beschluss vom 28. Juni 2011 (LG Kleve)

Rücktritt vom Versuch (Rücktrittshorizont; Darlegungsmangel; Erörterungsmangel; Rücktritt mehrerer Tatbeteiligter); Doppelverwertungsverbot (Erpressung; Rechtswidrigkeit der durchzusetzenden „Forderung“).

§ 24 StGB; § 267 Abs. 3 StPO; § 46 Abs. 3 StGB; 253 StGB

1. Ein Versuch ist nicht bereits dann fehlgeschlagen, wenn der Angeklagte seinen Tatplan nicht verwirklichen konnte. Maßgeblich ist hierfür vielmehr, ob ihm infolge einer Veränderung der Handlungssituation oder aufkommender innerer Hemmnisse das Erreichen seines Ziels nicht mehr möglich erschien. War der Angeklagte hingegen noch Herr seiner Entschlüsse und hielt er – wenngleich mit anderen Mitteln – die Ausführung seiner Tat noch für möglich, liegt ein unbeendeter und kein fehlgeschlagener Versuch vor. Entscheidend ist dabei die Sicht des Täters nach Ende der letzten Ausführungshandlung (BGH NStZ 2007, 91).

2. Auch wenn gemäß § 24 Abs. 2 StGB der Rücktritt eines Tatbeteiligten nicht ohne weiteres zugunsten eines anderen Tatbeteiligten wirkt, kann es hierfür ausreichen, wenn die Tatbeteiligten nach unbeendetem Versuch einvernehmlich nicht mehr weiter handeln, obwohl sie dies hätten tun können (BGHSt 42, 158, 162; BGH NStZ 2007, 91, 92).

804. BGH 5 StR 202/11 – Beschluss vom 22. Juni 2011 (LG Hamburg)

Notwehr (Absichtsprovokation; Einschränkung des Notwehrrechts); Körperverletzung mit Todesfolge; Bemessung der Jugendstrafe (Erziehungsgedanke; Schwere der Schuld; Ausnahmecharakter).

§ 32 StGB; § 18 JGG; § 227 StGB

Hat der Angeklagte unter Billigung der vorausgegangenen Provokation von Seiten eines Mittäters den Geschädigten nochmals provoziert hat, um ihn körperlich misshandeln zu können, liegt sogar ein Fall der Absichtsprovokation nicht fern. Bei der Absichtsprovokation ist dem Täter Notwehr – jedenfalls grundsätzlich – versagt ist,

weil er rechtsmissbräuchlich handelt, indem er einen Verteidigungswillen vortäuscht, in Wirklichkeit aber angreifen will (vgl. BGH NJW 1983, 2267; 2001, 1075). Auch bei der Vorsatzprovokation ist das Notwehrrecht in ähnlichem Umfang eingeschränkt (vgl. BGHSt 39, 374, 378 f.).

844. BGH 1 StR 179/11 – Beschluss vom 18. Mai 2011 (LG München II)

Unzureichende Begründung eines bedingten Tötungsvorsatzes (Eventualvorsatz).

§ 212 StGB; § 15 StGB; § 16 StGB

1. Nach der ständigen Rechtsprechung des Bundesgerichtshofes ist es zwar anerkannt, dass bei äußerst gefährlichen Gewalthandlungen der Schluss auf einen zumindest bedingten Tötungsvorsatz nahe liegt. Dabei ist jedoch auch die Möglichkeit in Betracht zu ziehen, dass der Täter die Gefahr der Tötung nicht erkannt oder jedenfalls darauf vertraut hat, ein solcher Erfolg werde nicht eintreten. Der Schluss auf einen bedingten Tötungsvorsatz erfordert deshalb, dass das Tatgericht die der Sachlage nach ernsthaft in Betracht kommenden Tatumstände, zu denen auch die psychische Verfassung des Täters bei der Tatbegehung sowie seine Motive gehören, in seine Erwägungen einbezogen hat. Das gilt namentlich für spontane, unüberlegte, in affektiver Erregung ausgeführte Handlungen.

2. Einzelfall der Anwendung der Rechtsprechungsgrundsätze für barfuß ausgeführter Tritte gegen den Kopf nach einem die Tat provozierenden Verhalten des Geschädigten.

766. BGH 3 StR 225/11 – Beschluss vom 2. August 2011 (LG Duisburg)

Totschlag (Vorsatz; Beweiswürdigung; besonders gefährliche Gewalthandlungen); Unterbringung in einer Entziehungsanstalt (Gefahrenprognose; Gefährlichkeit; minimale strafrechtliche Vorbelastung).

§ 212 StGB; § 15 StGB; § 64 StGB

1. Zwar liegt bei äußerst gefährlichen Gewalthandlungen der Schluss auf einen zumindest bedingten Tötungsvorsatz nahe, doch ist dieser Schluss nur dann rechtsfehlerfrei, wenn der Tatrichter auch alle nach Sachlage in Betracht kommenden Tatumstände in seine Erwägungen einbezogen hat, die dieses Ergebnis in Frage stellen können.

2. Wesentliche Umstände, die den Schluss auf einen Tötungsvorsatz in Frage stellen können, sind etwa eine erhebliche Alkoholisierung zum Tatzeitpunkt, eine erheblich verminderte Steuerungsfähigkeit sowie das Fehlen eines Tatmotivs.

965. BGH 4 StR 268/11 – Beschluss vom 26. Juli 2011 (LG Saarbrücken)

Strafbefreiender Rücktritt des Angeklagten vom Versuch der besonders schweren Brandstiftung (Rücktritt mehrerer Beteiligten; fehlgeschlagener Versuch; unbedeuter Versuch).

§ 24 Abs. 2 StGB; § 306b StGB

Sind an einer Tat Mehrere beteiligt, wird nach § 24 Abs. 2 Satz 1 StGB nicht wegen Versuchs bestraft, wer freiwillig die Vollendung verhindert. Dabei muss das die Tatvollendung verhindernde Verhalten nicht notwendig in einem auf die Erfolgsabwendung gerichteten aktiven Tun bestehen. Kann einer von mehreren Beteiligten den noch möglichen Eintritt des Taterfolgs allein dadurch vereiteln, dass er seinen vorgesehenen Tatbeitrag nicht erbringt oder nicht weiter fortführt, so verhindert bereits seine Untätigkeit oder sein Nichtweiterhandeln die Tatvollendung. Ist dem Beteiligten dies im Zeitpunkt der Verweigerung oder des Abbruchs seiner Tatbeteiligung bekannt und handelt er dabei freiwillig, liegen damit die Voraussetzungen für einen strafbefreienden Rücktritt nach § 24 Abs. 2 Satz 1 StGB vor.

775. BGH 3 StR 445/10 – Urteil vom 5. Mai 2011 (LG Duisburg)

Unerlaubtes Handeltreiben mit Betäubungsmitteln (Täterschaft; Beihilfe); Beihilfe zur Beihilfe (Vorsatz); Beihilfe (Feststellungen; Urteilsgründe); unerlaubtes Führen einer Schusswaffe; unerlaubter Besitz einer Schusswaffe; unerlaubter Besitz von Munition.

§ 27 StGB; § 29a BtMG; § 261 StPO; § 267 Abs. 3 StPO; § 52 WaffG

1. Grundsätzlich bedarf sorgfältiger und genauer Feststellungen, dass und wodurch ein Gehilfe die Begehung der Haupttat in ihrer konkreten Gestaltung objektiv gefördert oder erleichtert hat. Dass dies so war, kann je nach Fallgestaltung aber auch auf der Hand liegen.

2. Hilfe im Sinne des § 27 StGB leistet dem Täter auch derjenige, der seinerseits die Tatförderung eines weiteren Gehilfen unterstützt (sog. „Beihilfe zur Beihilfe“). Auch hier ist es ausreichend, dass der Gehilfe über die Haupttat wenigstens in Umrissen Bescheid weiß. Er muss die wesentlichen Merkmale der Haupttat, insbesondere deren Unrechtsund Angriffsrichtung, zumindest für möglich halten und billigen; Einzelheiten der Haupttat braucht der Gehilfe hingegen nicht zu kennen und auch keine bestimmte Vorstellung von ihr zu haben.

3. Auch bei der Unterstützung eines Gehilfen ist es nicht erforderlich, dass der Haupttäter überhaupt von einer objektiv fördernd wirkenden Hilfeleistung Kenntnis erlangt.

II. Materielles Strafrecht – Besonderer Teil

877. BGH 2 StR 65/11 – Beschluss vom 14. April 2011 (LG Kassel)

BGHSt; dem Beischlaf ähnliche Handlung im Sinne des schweren sexuellen Missbrauchs von Kindern (Zungenkuss).

§ 176a Abs. 2 Nr. 1 StGB

1. Ein „Zungenkuss“ ist in der Regel keine dem Beischlaf ähnliche Handlung im Sinne von § 176a Abs. 2 Nr. 1 StGB. (BGHSt)

2. Ob unter besonderen Umständen in extremen Ausnahmefällen etwas anderes gelten kann, kann hier offen bleiben. (Bearbeiter)

3. Für eine dem Beischlaf ähnliche Handlung ist erforderlich, dass der über achtzehn Jahre alte Täter mit dem Kind Handlungen vornimmt, die mit einem Eindringen in den Körper verbunden sind. Zwar ist nicht jedes Eindringen in den Körper ausreichend, sondern nur eine dem Beischlaf „ähnliche Handlung“. Davon werden andererseits nicht ausschließlich Fälle des Oral- oder Analverkehrs erfasst, also nur ein Eindringen mit dem männlichen Glied. Auch das Eindringen mit anderen Körperteilen oder mit Gegenständen in den Körper kann im Einzelfall genügen (vgl. BGH NJW 2000, 672 f.). Erforderlich ist aber, dass die sexuelle Handlung mit Blick auf das geschützte Rechtsgut, nämlich die ungestörte sexuelle Entwicklung von Kindern (BGHSt 53, 118, 119), ähnlich schwer wiegt wie eine Vollziehung des Beischlafs. Dies ist bei einem Eindringen mit dem Finger in Scheide oder After des Kindes anzunehmen. (Bearbeiter)

825. BGH 5 StR 568/10 – Beschluss vom 3. Mai 2011 (LG Berlin)

Unerlaubtes Handeltreiben mit Betäubungsmitteln (minder schwerer Fall; polizeiliche Überwachung; Sicherstellung aller Betäubungsmittel); Strafzumessung (Strafrahmenwahl); Unterbringung in einer Entziehungsanstalt; Zurückstellung der Strafvollstreckung.

§ 29a BtMG; § 30a BtMG; § 35 BtMG; § 64 StGB; § 35 BtMG; § 46 StGB

1. Die polizeiliche Überwachung einer Tat des unerlaubten Handeltreibens mit Betäubungsmitteln sowie die Sicherstellung aller gehandelten Betäubungsmittel stellt angesichts des damit verbundenen Wegfalls jeglicher Gefahr für die Allgemeinheit einen bestimmenden Strafzumessungsgrund dar (§ 267 Abs. 3 StPO), der bereits bei der Strafrahmenwahl zu würdigen ist (§§ 29a Abs. 2, 30a Abs. 3 BtMG).

2. Die Möglichkeit der Zurückstellung der Strafvollstreckung gemäß § 35 BtMG hindert die Anordnung der

Maßregel der Unterbringung in einer Entziehungsanstalt nach § 64 StGB nicht.

777. BGH 3 StR 492/10 – Urteil vom 26. Mai 2011 (LG Hildesheim)

Schulfotograf; Bestechung; Bestechlichkeit; Beweiswürdigung (lückenhafte); verwaltungsakzessorische Auslegung; Vorteil; Vertrag; Diensthandlung; Verwaltungsgebühr (Findungsrecht; Gesetzesvorbehalt).

§ 332 StGB; § 334 StGB; § 261 StPO; § 267 Abs. 5 StPO

1. Das Tatgericht ist gemäß § 267 Abs. 5 Satz 1 StPO verpflichtet, all diejenigen Umstände festzustellen und darzulegen, die für die Beurteilung des Tatvorwurfs relevant und zur Überprüfung des Freispruchs durch das Revisionsgericht auf Rechtsfehler notwendig sind.

2. Gemäß § 334 Abs. 3 Nr. 2 StGB macht sich wegen Bestechung bereits derjenige strafbar, der einen Vorteil für eine künftige, im Ermessen des Amtsträgers stehende (Dienst-)Handlung anbietet, verspricht oder gewährt, wenn er hierdurch den Amtsträger lediglich zu bestimmen versucht, sich durch den Vorteil bei der Ermessensausübung beeinflussen zu lassen.

3. § 334 Abs. 3 Nr. 2 StGB stellt bereits den Versuch unter Strafe stellt, durch das Anbieten, Versprechen oder Gewähren eines Vorteils auf eine Ermessensentscheidung Einfluss zu nehmen. Daher ist es für die Strafbarkeit ohne Belang, ob die Diensthandlung tatsächlich vorgenommen und durch den (in Aussicht gestellten) Vorteil beeinflusst wird.

4. Unter einem Vorteil im Sinne der §§ 331 ff. StGB ist grundsätzlich jede Leistung des Zuwendenden zu verstehen, welche den Amtsträger oder einen Dritten materiell oder immateriell in seiner wirtschaftlichen, rechtlichen oder persönlichen Lage objektiv besser stellt und auf die kein rechtlich begründeter Anspruch besteht.

5. Auch der Abschluss eines Vertrages steht der Annahme eines Vorteils im Sinne der §§ 331 ff. StGB nicht notwendig entgegen. Zwar wird durch einen wirksamen Vertrag ein rechtlicher Anspruch auf die für die Diensthandlung versprochene Gegenleistung begründet. Dies schließt einen Vorteil in diesem Sinne aber dann nicht aus, wenn kein Anspruch auf den Abschluss eines gegenseitigen Vertrages über die Diensthandlung besteht und der Vorteil daher bereits in dem Vertragsschluss und der dadurch begründeten Forderung liegt, sofern nicht der Vertragsschluss verwaltungsrechtlich rechtmäßig ist und insbesondere die Diensthandlung auch in rechtlich zulässiger Weise von einer Vergütung abhängig gemacht werden darf (verwaltungsakzessorischen Auslegung).

6. Fehlt eine verwaltungsrechtliche Grundlage für die Vergütung der Tätigkeit eines Amtsträgers in Gestalt einer Rechtsnorm, so ist es rechtlich auch nicht zulässig, eine derartige Vergütung vertraglich zu vereinbaren. Denn nach dem Gesetzesvorbehalt bedürfen Gebühren für Verwaltungstätigkeiten einer gesetzlichen Grundlage; die Verwaltung hat kein „Gebührenfindungsrecht“.

7. Als Dritte im Sinne der §§ 331 ff. StGB kommen neben Privaten auch öffentlich-rechtliche Stellen wie beispielsweise die Anstellungskörperschaft der Amtsträger in Betracht.

918. BGH 2 StR 618/10 – Beschluss vom 11. Mai 2011 (LG Kassel)

Schwere räuberische Erpressung (Scheinwaffe; Werkzeug oder Mittel um den Widerstand einer anderen Person durch Drohung mit Gewalt zu verhindern); Sicherungsverwahrung (Anwendung des Meistbegünstigungsgrundsatzes).

§ 253 StGB; § 255 StGB; § 250 Abs. 1 Nr. 1b StGB; § 66 StGB; Art. 316e Abs. 2 EGStGB

1. Nach der ständigen Rechtsprechung des Bundesgerichtshofs scheiden als tatbestandsqualifizierende Drohungsmittel solche Gegenstände aus, bei denen die Drohungswirkung nicht auf dem objektiven Erscheinungsbild des Gegenstands selbst, sondern auf täuschenden Erklärungen des Täters beruht (vgl. BGHSt 38, 116, 118 f.; BGH, NStZ 1997, 184; NStZ 2007, 332, 333). Danach haftet einem zur Drohung eingesetzten vorgeblich gefährlichen Gegenstand keine objektive Scheinwirkung an, wenn seine objektive Ungefährlichkeit schon nach dem äußeren Erscheinungsbild offenkundig auf der Hand liegt. Für diese Beurteilung kommt es allein auf die Sicht eines objektiven Betrachters und nicht darauf an, ob im konkreten Einzelfall das Tatopfer eine solche Beobachtung tatsächlich machen konnte oder ob der Täter dies durch sein täuschendes Vorgehen gerade vereitelte.

2. Für die Tatbestandserfüllung der §§ 253, 255 StGB durch Drohung ist unerheblich, ob der Täter die Ausführung seiner Drohung beabsichtigt oder ob sie für ihn überhaupt realisierbar ist, solange er nur will, dass die Bedrohten – wie hier – die Ausführung der Drohung für möglich halten (BGHSt 23, 294, 295 f.; BGH, NStZ 1997, 184).

772. BGH 3 StR 444/10 – Beschluss vom 5. Juli 2011 (LG Hildesheim)

Betrug; Vermögensschaden; Fingierung einer Forderung zur Durchsetzung einer tatsächlich bestehenden, nicht durchsetzbaren Forderung; Bewertung einer noch nicht fälligen Forderung; Kompensation eines Vermögensverlusts.

§ 263 StGB

1. Ein Vermögensnachteil im Sinne des § 263 StGB liegt nicht vor, wenn mit dem Verlust eines Vermögenswerts zugleich ein den Verlust aufwiegender Vermögenszuwachs begründet wird. Ein solcher Vermögenszuwachs tritt ein, soweit das Vermögen von einer Verbindlichkeit in Höhe des Verlusts befreit wird. Dies gilt selbst dann, wenn die Verbindlichkeit schwer zu beweisen wäre.

2. Es ist grundsätzlich möglich, dass ein Gläubiger sich im Rahmen eines Rechtsgeschäfts, auf Grund dessen ihm kein Anspruch zusteht, einen Vermögensvorteil verschafft, um sich damit für einen aus einem anderen Rechtsgeschäft bestehenden Anspruch zu befriedigen. Es muss aber durch die Tat unmittelbar eine Befreiung von dem bestehenden Anspruch eintreten. Hierfür ist es erforderlich, dass der Handelnde das durch rechtswidrige Mittel, etwa Täuschung, Erlangte zu seinem bestehenden Anspruch in Beziehung gebracht hat, um auszuschließen, dass der Schuldner sowohl auf den bestehenden als auch auf den fingierten Anspruch leistet.

3. Die fehlende Fälligkeit einer – vorzeitig erfüllten – Verbindlichkeit führt nicht schon für sich allein zu einem Vermögensnachteil. Denn eine geminderte Werthaltigkeit gegenüber dem Nominalbetrag kann jedenfalls nicht pauschal angenommen werden, sondern muss entsprechend den Umständen des Einzelfalls festgestellt werden. Bedarf es nur noch eines Federstrichs, um die Fälligkeit herbeizuführen, wird der Nominalwert kaum unterschritten sein; anders liegt es, wenn hierfür noch besonderer Aufwand zu betreiben ist.

973. BGH 4 StR 340/11 – Beschluss vom 26. Juli 2011 (LG Essen)

Anstiftung zum gefährlichen Eingriff in den Straßenverkehr (konkrete Gefahr: Durchschneiden eines Bremsschlauchs; Versuch).

§ 315b Abs. 1 Nr. 1, Abs. 2, Abs. 3 StGB; § 26 StGB

1. Ein vollendeter gefährlicher Eingriff in den Straßenverkehr gemäß § 315b Abs. 1 StGB liegt erst dann vor, wenn durch eine der in den Nrn. 1 bis 3 genannten Tathandlungen eine Beeinträchtigung der Sicherheit des Straßenverkehrs herbeigeführt worden ist und sich diese abstrakte Gefahrenlage zu einer konkreten Gefährdung von Leib oder Leben eines anderen Menschen oder fremder Sachen von besonderem Wert verdichtet hat. Dies liegt nicht schon stets dann vor, wenn der Bremsschlauch eines Fahrzeuges angeschnitten und das so beschädigte Fahrzeug in Betrieb genommen wird.

2. Die Sicherheit einer bestimmten Person oder Sache ist erst dann konkret gefährdet, wenn durch die Tathandlung ein so hohes Verletzungs- oder Schädigungsrisiko begründet worden ist, dass es nur noch vom Zufall abhängt, ob es zu einer Rechtsgutsverletzung kommt. Kritische Verkehrssituationen erfüllen diese Voraussetzungen im Allgemeinen nur, wenn sie sich aus der Perspektive eines objektiven Beobachters als ein „Beinahe-Unfall“ darstellen (BGH NJW 1995, 3131). Es muss zu einer hochriskanten, praktisch nicht mehr beherrschbaren Verkehrssituation gekommen sein.

770. BGH 3 StR 318/10 – Beschluss vom 26. Mai 2011 (LG Wuppertal)

Räuberische Erpressung (Finalität; Kausalität; „Sicherungserpressung“); Nötigung; Betrug.

§ 253 StGB; § 255 StGB; § 263 StGB; § 240 StGB; § 53 StGB

1. Wenden die Angeklagten erst nach der betrügerischen Erlangung eines Vermögensgegenstandes Gewalt an, um

den Geschädigten, der nun den fehlenden Zahlungswillen entdeckt hat, zum endgültigen Verzicht auf seine Forderung zu bewegen, kann lediglich eine so genannte Sicherungserpressung vorliegen. Es handelt sich dann um einen Betrug (§ 263 Abs. 1 StGB) mit anschließender – nach Entdeckung begangener – Nötigung (§ 240 StGB). So liegt es, wenn das Nötigungsmittel erst auf Grund eines nach Abschluss der betrügerischen Handlung und nach Eintritt des Betrugsschadens spontan gefassten Entschlusses eingesetzt wurde. In einem solchen Fall ist die Tat weder von Anfang an durch nötigende Elemente geprägt (vgl. BGH NJW 1984, 501), noch führt die spätere Nötigungshandlung zu einer Vertiefung des bereits eingetretenen Vermögensnachteils; es fehlt damit an der Kausalität zwischen der Nötigungsfolge und dem Nachteilseintritt, denn der Vermögensschaden ist bereits zuvor durch den Gewahrsamswechsel eingetreten, dem anschließenden (vorläufigen) Verzicht auf die Geltendmachung von (Rück-)Forderungsansprüchen kommt dabei keine eigenständige Bedeutung zu (BGH NJW 1984, 500).

2. Eine räuberische Erpressung kommt allerdings in Betracht, wenn die – von vornherein beabsichtigte – Gewalt unmittelbar nach der Täuschung eingesetzt worden wäre, um das Opfer zu nötigen, die Schädigung des Vermögens endgültig hinzunehmen (BGHR StGB § 263 Abs. 1 Versuch 1).

819. BGH 5 StR 423/10 – Beschluss vom 11. November 2010 (LG Berlin)

Diebstahl; Raub; Gewahrsam (Dachboden; Hausrecht; vollständige Sachherrschaft).
§ 242 StGB; § 249 StGB

Versteckt der Angeklagte den zuvor aus der Wohnung des Geschädigten entwendeten 17,5 kg schweren Tresor mangels eines geeigneten Behältnisses für seinen unauffälligen Abtransport zunächst auf dem unverschlossenen Dachboden des Hauses, in dem sich die Wohnung des Geschädigten befindet, erlangt er damit noch nicht den Gewahrsam an dem Tresor. Selbst wenn sich der Herrschaftsbereich des Geschädigten nicht mehr auf den Dachboden erstreckt und nur der Angeklagte dieses Versteck kannte, hatte er nach der hierfür maßgeblichen Anschauung des täglichen Lebens (vgl. BGHSt 16, 271, 273; BGHR StGB § 242 Abs. 1 Wegnahme 10) noch nicht die vollständige Sachherrschaft über den Tresor erlangt. Insoweit ist von Bedeutung, dass der Angeklagte den Dachboden nur unter Verletzung fremden Hausrechts betreten konnte und damit rechnen musste, beim Abtransport des Tresors den Geschädigten oder anderen Hausbewohnern aufzufallen und von ihnen behindert zu werden.

916. BGH 2 StR 605/10 – Urteil vom 25. Mai 2011 (LG Bonn)

Mord (Habgier; Ermöglichung einer anderen Tat; Raubmord); Raub mit Todesfolge; schwerer Raub (Gefahr einer schweren Gesundheitsschädigung); Beweiswürdigung (Kreisschluss).
§ 211 StGB; § 212 StGB; § 249 StGB; § 251 StGB; § 250 Abs. 1 Nr. 1 lit. c StGB; § 261 StPO

Ein Schlag gegen den Kopf des Opfers führt nicht ohne Weiteres die Gefahr einer schweren Gesundheitsschädigung im Sinne des § 250 Abs. 1 Nr. 1 lit. c StGB mit sich. Eine solche setzt zwar keine schwere Körperverletzung voraus, sondern kommt auch bei sonst einschneidenden oder nachhaltigen Beeinträchtigungen der Gesundheit in Betracht, wie etwa bei einer längeren Arbeitsunfähigkeit als Tatfolge.

921. BGH 4 StR 7/11 – Beschluss vom 13. April 2011 (LG Bochum)

Sexueller Missbrauch eines Kindes und schwerer sexueller Missbrauch eines Kindes (Anforderungen an die Individualisierung der einzelnen Taten; Tatserie; Feststellung eines Tatzeitraums); Unterbringung in einer Entziehungsanstalt (konkrete Erfolgsaussicht).
§ 176 StGB; § 176a StGB; § 267 StPO; § 64 StGB

1. In Fällen, in denen dem Angeklagten eine Vielzahl sexueller Übergriffe zur Last gelegt wird, die erst nach Jahren aufgedeckt werden, dürfen nach der ständigen Rechtsprechung des Bundesgerichtshofs zur Vermeidung gewichtiger Strafbarkeitslücken an die Individualisierung der einzelnen Missbrauchshandlungen keine überzogenen Anforderungen gestellt werden (vgl. nur BGHR StPO § 267 Abs. 1 Satz 1 Mindestfeststellungen 5; BGHR StPO § 267 Abs. 1 Satz 1 Sachdarstellung 9). So ist es grundsätzlich methodisch zulässig, wenn der Tatrichter, ausgehend vom Gesamtbild des Geschehensablaufs, für einen festliegenden Zeitraum die sichere Überzeugung von einer Mindestzahl nicht notwendig durch individuelle Merkmale voneinander unterscheidbarer Einzeltaten gewinnt (Senatsbeschluss aaO mwN).

2. Trotz der zurückgenommenen Anforderungen müssen insbesondere die Ausführungen zum Tatzeitraum (hier: Endzeitraum) hinreichend bestimmt sein.

859. BGH 1 StR 255/11 – Beschluss vom 28. Juni 2011 (LG Ulm)

Gewalt im Sinne der sexuellen Nötigung.
§ 177 Abs. 1 StGB

Als Gewalt im Sinne des § 177 Abs. 1 StGB ist das mit nicht ganz unerheblicher Krafteinwirkung verbundene Festhalten des Opfers ebenso erfasst wie die Überwindung von geringfügiger Gegenwehr (vgl. u.a. BGH, Urteil vom 10. Februar 2011 – 4 StR 566/10 mwN). Ausreichend kann je nach den Umständen des Falles auch das Packen an der Hand, das Beiseite-Drücken der abwehrenden Hand, das auf das Bett Stoßen oder das sich auf das Opfer Legen bzw. der Einsatz überlegener Körperkraft sowie das Auseinanderdrücken der Beine sein. Entscheidend ist eine Kraftentfaltung, die vom Opfer als körperlicher Zwang empfunden wird.

943. BGH 4 StR 175/11 – Beschluss vom 24. Mai 2011 (LG Koblenz)

Räuberischer Angriff auf einen Kraftfahrer; erpresserischer Menschenraub; Bereicherungsabsicht.
§ 316a Abs. 1 StGB; § 239a StGB; § 255 StGB; § 263 StGB

Die Absicht, sich oder einen Dritten zu Unrecht zu bereichern, deckt sich inhaltlich voll mit der beim Betrug vorausgesetzten Absicht, sich oder einem Dritten einen rechtswidrigen Vermögensvorteil zu verschaffen (BGHR StGB § 253 Abs. 1 Bereicherungsabsicht 3). Es muss eine Bereicherung als Vermögensvorteil, dh eine günstigere Gestaltung der Vermögenslage im Sinne einer Erhöhung des wirtschaftlichen Wertes des Vermögens erstrebt werden. Diese Voraussetzung ist nicht gegeben, wenn der Täter den mit seiner Tat verbundenen Vermögensvorteil nur als notwendige oder mögliche Folge seines ausschließlich auf einen anderen Zweck gerichteten Verhaltens voraussieht, etwa dann, wenn er dem Opfer nur einen Denkkzettel verpassen oder „ein Zeichen setzen“ will.

952. BGH 4 StR 206/11 – Beschluss vom 26. Mai 2011 (LG Essen)

Konkurrenzverhältnis zwischen der schweren räuberischen Erpressung und der Bedrohung (Dreiecksverhältnis; Gesetzeseinheit; strafschärfende Verwirklichung mitverwirklichter Tatmerkmale; eigenständiger Unrechtsgehalt).

§ 241 StGB; § 253 StGB; § 255 StGB; § 250 Abs. 1 Nr. 1 lit. a StGB; § 52 StGB; § 54 StGB; § 46 StGB

1. Die Bedrohung gemäß § 241 StGB steht nach ständiger Rechtsprechung auch hinter einer lediglich versuchten (schweren räuberischen) Erpressung zurück (vgl. BGHR StGB § 253 Abs. 1 Konkurrenzen 3). Dies gilt jedenfalls dann, wenn der Angeklagte mit der Bedrohung der Zeugin kein anderes Ziel als die Herausgabe des erstrebten Geldbetrages verfolgt.

2. Gesetzeseinheit, die hier den Tatbestand des § 241 StGB hinter dem der §§ 253, 255, 250 Abs. 1 Nr. 1 Buchst. a StGB zurücktreten lässt, verbietet es nicht, die Erfüllung von Merkmalen des verdrängten Gesetzes straferschwerend zu berücksichtigen, wenn diese gegenüber dem Tatbestand des angewandten Gesetzes selbständiges Unrecht enthalten (BGHSt 19, 188, 189; BGHR StGB § 46 Abs. 2 Tatumstände 7). So liegt es etwa, wenn die Zeugin mit dem Tode ihres Sohnes bedroht wird. Der Unrechtsgehalt dieser Tat wird von der Strafbarkeit wegen versuchter schwerer räuberischer Erpressung nicht vollständig erfasst.

964. BGH 4 StR 266/11 – Beschluss vom 30. Juni 2011 (LG Bonn)

Gefährliche Körperverletzung (mittels eines gefährlichen Werkzeugs; das Leben gefährdende Behandlung).
§ 224 I Nr. 2, 5 StGB

1. Ein fahrendes Kraftfahrzeug, das zur Verletzung einer Person eingesetzt wird, ist zwar ein gefährliches Werk-

zeug im Sinne des § 224 Abs. 1 Nr. 2 StGB. Soweit die Person von einer Motorhaube eines fahrenden Wagens geschleudert wird und deshalb Verletzungen bei dem Sturz auf den Asphalt erleidet, ist der Körperverletzungserfolg nicht „mittels“ des Kraftfahrzeugs eingetreten.

2. In diesem Fall liegt auch keine „das Leben gefährdende Behandlung“ vor. Ein langsames Zufahren mit einem Auto auf den Geschädigten kann nicht generell als lebensbedrohlich angesehen werden.

898. BGH 2 StR 166/11 – Beschluss vom 25. Mai 2011 (LG Gera)

Mord (Heimtücke: Ausnutzungsbewusstsein; niedrige Beweggründe: Verzweiflung und Suizidabsichten); Totschlag.

§ 211 StGB; § 212 StGB; § 46 StGB

1. Das Tatgericht darf bei seiner Beurteilung, ob die Beweggründe des Angeklagten nach allgemeiner sittlicher Anschauung verachtenswert sind und auf tiefster Stufe stehen, nicht übersehen, wenn der Angeklagte, der angesichts seines Hin- und Hergerissenseins zwischen zwei Frauen schon in der Vergangenheit mehrere Suizidversuche unternommen hatte, auch von Verzweiflung getrieben war und sich selbst im Anschluss an die Tötung seiner Ehefrau in ernsthaft suizidaler Absicht lebensgefährliche Verletzungen beigebracht hat.

2. Für die Ausnutzung der Arg- und Wehrlosigkeit genügt, wenn der Täter ihre Bedeutung für die Lage der angegriffenen Person erkennt, er sich damit bewusst ist, einen durch seine Ahnungslosigkeit schutzlosen Menschen zu überraschen. Dies dürfte auch regelmäßig bei einem Messerangriff von hinten anzunehmen sein. Sie versteht sich jedoch nicht von selbst, wenn die Tat direkt nach der Mitteilung der endgültigen Trennungsabsicht durch die Ehefrau des psychisch gestressten und alkoholisierten Angeklagten geschieht.

867. BGH 1 StR 312/11 – Beschluss vom 12. Juli 2011 (LG Karlsruhe)

Besonders schwerer Diebstahl (Voraussetzungen der Geringwertigkeit: Vorsatz und Vorsatzwechsel).

§ 242 StGB; § 243 Abs. 1, Abs. 2 StGB

Hat der Täter unter erschwerenden Umständen (§ 243 Abs. 1 StGB) mit der Ausführung eines Diebstahls begonnen, ohne dabei seinen Vorsatz auf die Entwendung geringwertiger Sachen beschränkt zu haben, hat er dann aber, weil er nichts sonst Mitnehmerswertes fand, nur eine geringwertige Sache weggenommen, so „bezieht sich die Tat“ nicht iS des § 243 Abs. 2 StGB auf eine geringwertige Sache. Der § 248a StGB kann dann nicht eingreifen (vgl. BGHSt 26, 104 ff).

III. Strafzumessungs- und Maßregelrecht

977. BGH 5 StR 52/11 – Urteil vom 21. Juni 2011 (LG Potsdam)

BGHSt; Unterbringung in der Sicherungsverwahrung (nachträgliche Anordnung); dissoziale Persönlichkeitsstörung; psychische Störung.

§ 66b StGB; Art. 316e Abs. 1 EGStGB; Art. 5 Abs. 1 Satz 2 lit. e EMRK; § 1 Abs. 1 Nr. 1 ThuG; Art. 2 Abs. 2 Satz 2 GG

1. Eine dissoziale Persönlichkeitsstörung unterfällt, auch wenn sie nicht die Voraussetzungen der §§ 20, 21 StGB erfüllt, dem Begriff der psychischen Störung im Sinne von Art. 5 Abs. 1 Satz 2 lit. e MRK, § 1 Abs. 1 Nr. 1 ThuG und kann bei aus konkreten Umständen in der Person oder dem Verhalten des Verurteilten ableitbarer hochgradiger Gefahr schwerster Gewalt- oder Sexualstraftaten die nachträgliche Sicherungsverwahrung nach § 66b Abs. 2 StGB aF rechtfertigen (im Anschluss an BVerfG, Urteil vom 4. Mai 2011, BGBl. I S. 1003). (BGHSt)

2. Die einschränkenden Maßgaben gemäß dem vorgenannten Urteil des Bundesverfassungsgerichts beanspruchen jedenfalls in „Altfällen“ auch für die nachträgliche Anordnung der Sicherungsverwahrung nach § 66b Abs. 1 Satz 1 StGB aF Gültigkeit. (BGHSt)

863. BGH 1 StR 282/11 – Beschluss vom 28. Juni 2011 (LG Mosbach)

BGHSt; vergleichende Strafzumessung bei Tatbeteiligten (Gleichheitsgrundsatz; Gerechtigkeit; Aufklärungspflicht).

Art. 3 GG; § 46 StGB; § 244 Abs. 2 StPO

1. Zur vergleichenden Strafzumessung bei Tatbeteiligten. (BGHSt)

2. Das Gebot, dass gegen Mittäter verhängte Strafen auch in einem gerechten Verhältnis zueinander stehen sollen, trifft zu, wenn Mittäter in einem Urteil abgeurteilt werden. Freilich müssen Unterschiede nur dann im angefochtenen Urteil erläutert werden, wenn sie sich nicht – was aber zumeist der Fall sein wird – aus der Sache selbst ergeben (vgl. u.a. BGH StV 2009, 244, 245; BGH StV 2009, 351; BGH NSTZ-RR 1998, 50; BGHR StGB § 46 Abs. 2 Zumessungsfehler 1). Diese sachlich-rechtliche Begründungspflicht kann auch gegeben sein, wenn die Strafkammer in derselben Besetzung (einschließlich der Schöffen), z.B. in einem abgetrennten Verfahren gegen Mittäter, entscheidet und das oder die anderen Verfahren danach gerichtsbekannt sind. (Bearbeiter)

3. Auf die Strafpraxis anderer Gerichte und auch anderer Kammern desselben Gerichtes kommt es hingegen nicht

an. Ein Grundsatz, dass Mittäter, wenngleich von verschiedenen Gerichten, bei vermeintlich gleicher Tatbeteiligung gleich hoch zu bestrafen seien, besteht nicht und kann in dieser Form auch nicht bestehen, weil die Vergleichsmöglichkeiten zwischen den in verschiedenen Verfahren gewonnenen Ergebnissen zu gering sind, ganz besonders zur inneren Tatseite und zum Maße der Schuld. Dies gilt auch bei vermeintlich abgestufter Beteiligung und demgemäß abgestufter Strafe. (Bearbeiter)

4. Der Tatrichter muss in jedem Einzelfall die angemessene Strafe unter Abwägung aller in Betracht kommenden Umstände aus der Sache selbst finden. Revisionen, die auf vergleichende Strafzumessung gerichtet sind, werden daher grundsätzlich als unbegründet angesehen. (Bearbeiter)

5. Das Gleichheitsgebot als formales Prinzip sagt nichts darüber aus, welches von mehreren Gerichten seine Zumessungsgrundsätze denen des anderen anzupassen habe. Die Entscheidung hierüber ist keine Frage der Rechtsgleichheit, sondern der Rechtsrichtigkeit, d.h. sie ist ausschließlich nach dem die Strafbemessung leitenden Grundsatz der gerechten Schuldstrafe zu beurteilen (vgl. BGHSt 28, 318, 324). (Bearbeiter)

6. Der Schweregrad der einem Angeklagten anzulastenden Schuld erhöht sich auch nicht allein dadurch, dass einem Mittäter ein geringerer Vorwurf zu machen ist. Als Konsequenz aus diesen Überlegungen hat die Rechtsprechung daher festgehalten, dass die in anderen Verfahren verhängten Strafen zu keiner, wie auch immer beschaffenen, rechtlichen Bindung des Gerichts bei der Strafzumessung führen. Es wäre rechtsfehlerhaft, wenn das Gericht die Strafe allein im Hinblick auf die Strafen bemessen würde, die in anderen Urteilen – sei es desselben Gerichts, sei es eines anderen Gerichts – verhängt wurden. (Bearbeiter)

7. Der Tatrichter ist danach grundsätzlich nicht gehalten, sich strafvergleichend mit anderen Urteilen zu befassen, mögen sie auch zum gleichen Tatkomplex ergangen sein. Eine entsprechende Aufklärungsverpflichtung besteht nicht. (Bearbeiter)

974. BGH 4 StR 548/10 – Beschluss vom 14. Juli 2011 (OLG Naumburg)

BGHSt; Rehabilitationsverfahren; Anspruch auf Gewährung der besonderen Zuwendung für Haftopfer (besondere Beeinträchtigung der wirtschaftlichen Lage im Strafvollzug); Vorlageverfahren (Entscheidungserheblichkeit).

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

1. Die für den Anspruch auf Gewährung der besonderen Zuwendung für Haftopfer erforderliche besondere Beeinträchtigung der wirtschaftlichen Lage beurteilt sich bei Berechtigten, die sich im Strafvollzug befinden, ausschließlich nach den Voraussetzungen des § 17a Abs. 2 StrRehaG. (BGHSt)

2. Der Anspruch auf Gewährung der besonderen Zuwendung für Haftopfer ist nicht davon abhängig, dass die gegenwärtige wirtschaftliche Beeinträchtigung des Berechtigten kausal mit der infolge der rechtsstaatswidrigen Entscheidung oder Maßnahme erlittenen Freiheitsentziehung verknüpft ist. Ein solches Kausalitätserfordernis lässt sich auch nicht daraus ableiten, dass die besondere Zuwendung für Haftopfer neben der Kapitalentschädigung, der Unterstützungsleistung nach § 18 StrRehaG und den in §§ 21 ff. StrRehaG vorgesehenen Versorgungsansprüchen gemäß § 16 Abs. 3 StrRehaG zu den sozialen Ausgleichsleistungen zählt, denen nach § 16 Abs. 1 StrRehaG eine auf die zu Unrecht erlittene Freiheitsentziehung bezogene Ausgleichsfunktion zukommt (vgl. BGHSt 55, 249 Rn. 17). (Bearbeiter)

905. BGH 2 StR 207/11 – Urteil vom 3. August 2011 (LG Trier)

Strafzumessung bei einer gefährlichen Körperverletzung zulasten eines „linken Plakatabreißers“ durch Angehörige der NPD und der Jungen Union/des örtlichen Kirchenchors (Revisibilität der Strafzumessung; gerechter Schuldausgleich; Bedeutung der Unbestraftheit; strafmildernde Bedeutung belastender Berichterstattung).

§ 224 Abs. 1 Nr. 4 StGB; § 46 StGB; § 47 StGB; § 56 StGB

1. Die Strafzumessung ist grundsätzlich Sache des Tatrichters. Das Revisionsgericht kann nur eingreifen, wenn Rechtsfehler vorliegen, insbesondere wenn der Tatrichter von einem falschen Strafrahen ausgegangen ist, seine Strafzumessungserwägungen in sich fehlerhaft sind oder rechtlich anerkannte Strafzwecke außer Acht gelassen haben oder wenn sich die Strafe von ihrer Bestimmung, gerechter Schuldausgleich zu sein, so weit nach oben oder nach unten inhaltlich löst, dass ein grobes Missverhältnis von Schuld und Strafe offenkundig ist (BGHR StGB § 46 Abs. 1 Beurteilungsrahmen 1 mwN).

2. Zur Anwendung auf den Fall einer gefährlichen Körperverletzung zulasten eines „Plakatabreißers“ durch Angehörige der NPD und der Jungen Union.

931. BGH 4 StR 127/11 – Beschluss vom 8. Juni 2011 (LG Bielefeld)

Anwendung des Meistbegünstigungsgrundsatzes auf die Sicherungsverwahrung.

§ 66 StGB nF; § 66 StGB aF; Art. 316e Abs. 2 StGB; § 2 Abs. 6 StGB; § 354a StPO

1. Durch das Gesetz zur Neuordnung des Rechts der Sicherungsverwahrung und zu begleitenden Regelungen vom 22. Dezember 2010 (BGBl I 2300) ist u.a. die Bestimmung des § 66 StGB erheblich umgestaltet worden. Gemäß der Übergangsregelung des Art. 316e Abs. 1 EGStGB findet, sofern die für die Maßregelanordnung

relevanten Anlasstaten vor dem 1. Januar 2011 begangen wurden, zwar grundsätzlich das bisherige Recht Anwendung. Anderes gilt indes dann, wenn nach neuem Recht die rechtlichen Voraussetzungen für eine Unterbringung in der Sicherungsverwahrung nicht mehr gegeben sind. In diesen Fällen ist nach Art. 316e Abs. 2 EGStGB, der auch in der Revisionsinstanz zu beachten ist (§ 354a StPO), das neue Recht als das mildere Gesetz anzuwenden.

2. Nach § 66 Abs. 1 Satz 1 Nr. 2 StGB n.F. müssen die in formeller Hinsicht für die Anordnung der Unterbringung in der Sicherungsverwahrung erforderlichen Vorverurteilungen jeweils Straftaten zum Gegenstand haben, die in § 66 Abs. 1 Satz 1 Nr. 1a bis c StGB n.F. bezeichnet sind („Katalogtaten“).

897. BGH 2 StR 164/11 – Beschluss vom 6. Juli 2011 (LG Aachen)

Rechtsfehlerhafte Anordnung der Sicherungsverwahrung.

§ 66 StGB; Art. 316e Abs. 1 Satz 2, Abs. 2 StGB; § 354a StPO

Die Unterbringung in der Sicherungsverwahrung kann nach Art. 316e Abs. 1 Satz 2 und Abs. 2 EGStGB keinen Bestand mehr haben, wenn sie auf da Diebstahl, Betrug und Computerbetrug gestützt wurde. Das Revisionsgericht hat das gegenüber dem bisherigen Recht mildere neue Recht zu Gunsten des Angeklagten anzuwenden (§ 354a StPO).

795. BGH 5 StR 165/11 – Beschluss vom 22. Juni 2011 (LG Hamburg)

Totschlag (minder schwerer Fall: Hingerissenwerden, Zorn, Spontantat); Tötungsvorsatz (Beweiswürdigung; Geständnis; Notwehrwillen).

§ 212 StGB; § 32 StGB; § 213 StGB; § 261 StPO

1. Für die Voraussetzungen des § 213 Alternative 1 StGB ist unerheblich, ob sich die Tat als Spontantat darstellt. Es kommt vielmehr darauf an, ob die in Beleidigungen, Bedrohungen oder anderem Verhalten des später Geschädigten liegende Kränkung einen noch anhaltenden Zorn des Angeklagten hervorgerufen und ihn so zu seiner Tat hingerissen hat.

2. Räumt der Angeklagte ausschließlich zum Zwecke seiner Verteidigung (nämlich im Rahmen der Schilderung einer Notwehrlage sowie seines Verteidigungswillens) ein, er habe den Geschädigten erheblich verletzen wollen, und sieht der Tatrichter diese Einlassung gänzlich als widerlegt hat, so darf er auch im Rahmen der Beweiswürdigung zum Körperverletzungs- oder Tötungsvorsatz nicht von einem Geständnis hinsichtlich einer beabsichtigten Beibringung erheblicher Verletzungen ausgehen und dieses zum Nachteil des Angeklagten verwenden (Bekräftigung der Senatsbeschlüsse vom 4. und 24. Mai 2011 – 5 StR 65/11 und 161/11).

784. BGH 5 StR 75/11 – Urteil vom 4. Mai 2011 (LG Kiel)

Hells Angels; Bandidos; gefährliche Körperverletzung; Strafzumessung im engeren Sinn (strafmildernde Be-

rücksichtigung tatsächlich nicht vorliegender Umstände; Präventivnotwehr; Spontantat); Notwehr; Täter-Opfer-Ausgleich.

§ 224 StGB; § 46 StGB; § 32 StGB; § 46a StGB

1. Es ist rechtsfehlerhaft, eine lediglich nicht „ausschließbare“ Vorstellung des Angeklagten bei einem Messereinsatz gegen die bereits kampfunfähigen und wehrlos am Boden liegenden Tatopfer – nämlich um jegliche Möglichkeit einer körperlichen Gegenwehr und eigene Verletzungen von vornherein zu verhindern – als bestimmenden, auf eine Milderung gerichteten Strafzumessungsgesichtspunkt zu berücksichtigen.

2. Ein „vorbeugender“ Messereinsatz kann auch mit Blick auf frühere gewalttätige Auseinandersetzungen, in die der Angeklagte verwickelt war und bei denen er selbst erheblich verletzt wurde, nicht zur Begründung einer Strafmilderung herangezogen werden. Im Übrigen ist jegliche strafmildernde Bewertung einer „Präventivnotwehr“ von der Rechtsordnung nicht anerkannt (vgl. BGH NJW 2003, 1955, 1958).

855. BGH 1 StR 236/11 – Beschluss vom 7. Juni 2011 (LG Augsburg)

Strafschärfende Berücksichtigung mangelnder Reue des Angeklagten.

§ 46 StGB

Auch wenn den Angeklagten nach seiner Einlassung eine strafrechtliche Verantwortung nicht getroffen hätte, kann für deren Beurteilung als Strafzumessungsgrund durchaus Berücksichtigung finden, dass er schon durch die von ihm eingeräumte faktische Unterstützung zweier Schleusungen die Situation der geschleusten Menschen und die hiermit verbundene Ausnutzung von deren Notlage in Wirklichkeit mit verschlimmert hat, wofür er offenbar aber jede Mitverantwortung ablehnte und auch nach der von ihm behaupteten späten Kenntnis der wahren Sachlage nichts zur Abwendung der Gefahren unternommen hatte. Der Grundsatz, dass von einem bestreitenden Angeklagten keine Reue verlangt werden kann, ist in so einem Fall nicht einschlägig (vgl. auch Senatsbeschluss vom 8. Mai 2007 – 1 StR 193/07).

747. BGH 3 StR 89/11 – Urteil vom 19. Mai 2011 (LG Oldenburg)

Unerlaubtes Handeltreiben mit Betäubungsmitteln; Aufklärungshilfe (Beschönigung des eigenen Tatbeitrags); intertemporales Strafrecht (Grundsatz der strikten Alternativität; milderes Recht); Strafzumessung.

§ 29a BtMG; § 31 BtMG; § 2 Abs. 1 StGB; § 46 StGB

1. Die Aufklärungshilfe nach § 31 Nr. 1 BtMG setzt voraus, dass der Täter sein Wissen über die Tat den Strafverfolgungsbehörden mitteilt. Diese Offenbarung muss einen Aufklärungserfolg in dem Sinne hervorgerufen haben, dass sie nach der Überzeugung des Tatgerichts wesentlich zur Aufdeckung der Tat über den eigenen Beitrag des Täters hinaus geführt hat.

2. Dieser Aufklärungserfolg und die ihm zugrunde liegende richterliche Überzeugung müssen im Urteil konkret und nachprüfbar dargestellt werden. Dazu gehört es,

dass die Angaben des Angeklagten jedenfalls in ihrem tatsächlichen Kern, der Erkenntnisstand der Ermittlungsbehörden und etwaige durch die Angaben veranlasste Strafverfolgungsmaßnahmen dargelegt werden.

3. Der Anwendung des § 31 Nr. 1 BtMG steht es nicht entgegen, wenn ein Angeklagter sich zu seinem eigenen Tatbeitrag geschönt eingelassen hat. Denn eine Strafmilderung wegen Aufklärungshilfe setzt weder ein umfassendes Geständnis des Täters noch einen wesentlichen Beitrag zur Aufdeckung der eigenen Tatbeteiligung voraus. Sie ist vielmehr bereits möglich, wenn der Täter durch freiwillige Offenbarung seines Wissens wesentlich dazu beigetragen hat, dass die Tat über seinen eigenen Tatbeitrag hinaus aufgedeckt wird.

4. Macht der Täter Angaben über seinen Tatbeitrag hinaus, so schließt die zurückhaltende Schilderung des eigenen Tatbeitrags die Anwendung des § 31 Nr. 1 BtMG lediglich dann aus, wenn sie dazu führt, dass die Tat insgesamt nur unzureichend aufgeklärt werden kann.

785. BGH 5 StR 84/11 – Beschluss vom 22. Juni 2011 (LG Potsdam)

Besonders schwerer Raub (minder schwerer Fall); Strafzumessung (revisionsgerichtliche Prüfung; bestimmender Umstand);

§ 267 Abs. 3 StPO; § 64 StGB; § 249 StGB; § 250 StGB; § 66 StGB

1. Die Anordnung der Sicherungsverwahrung gemäß § 66 Abs. 2 und Abs. 3 Satz 2 StGB liegt im pflichtgemäßen Ermessen des Tatgerichts. Dessen Ausübung muss sich den Urteilsgründen auch entnehmen lassen.

2. Jedenfalls bei Angeklagten, die erstmals zu längerer Straftat verurteilt werden, erfordert die neben der Strafe angeordnete Unterbringung in der Sicherungsverwahrung zwingend eingehende Ausführungen des Tatrichters, warum sich der Angeklagte nicht bereits die Haftverbüßung hinreichend zur Warnung dienen lassen wird.

957. BGH 4 StR 224/11 – Beschluss vom 15. Juni 2011 (LG Stendal)

Kronzeugenregelung (Offenbarung von Taten, an denen der Angeklagte nicht selbst beteiligt ist); Aussage-notstand (Erörterungsmangel).

§ 46b StGB; § 153 StGB; § 157 StGB; § 49 StGB

1. Anlass zur Erörterung einer Strafrahmenschiebung nach § 46b Abs. 1 Nr. 1 StGB wegen eines wesentlichen Aufklärungserfolges besteht auch dann, wenn der Täter Taten offenbart, an denen er selbst nicht beteiligt war.

2. Ein Aussagenotstand im Sinne von § 157 Abs. 1 StGB ist auch dann zu prüfen, wenn die Beweisperson ein Aussage- bzw. Auskunftsverweigerungsrecht hatte.

968. BGH 4 StR 283/11 – Beschluss vom 28. Juli 2011 (LG Essen)

Entscheidung über die Vollstreckung von jeweils aussetzungsfähigen Gesamtfreiheitsstrafen (erforderliche Darlegung in den Urteilsgründen).

§ 58 Abs. 1 StGB; § 56 Abs. 2 StGB; § 267 Abs. 3 Satz 4 StPO

Unabhängig von der verfahrensrechtlichen Vorschrift des § 267 Abs. 3 Satz 4 StPO sind aus materiellrechtlichen Gründen Ausführungen im Urteil zur Strafaussetzung zur Bewährung erforderlich, wenn eine Erörterung dieser Frage als Grundlage für die revisionsgerichtliche Nachprüfung geboten ist. Dies ist der Fall, wenn angesichts der konkreten Umstände des Falles eine Strafaussetzung zur Bewährung nicht so fern liegt, dass eine ausdrückliche Erörterung der Aussetzungsfrage entbehrlich erscheint.

754. BGH 3 StR 144/11 – Urteil vom 7. Juli 2011 (LG Wuppertal)

Verfall; erweiterter Verfall; Vorrang von Ansprüchen Geschädigter; Verfall von Wertersatz.
§ 73 StGB; § 73a StGB; § 73d StGB

1. Gemäß § 73d StGB können Gegenstände eines an der rechtswidrigen Tat Beteiligten für verfallen erklärt werden, wenn das Tatgericht nach Beweiserhebung und Beweiswürdigung davon überzeugt ist, dass die von der Verfallsanordnung erfassten Gegenstände für rechtswidrige Taten oder aus ihnen unmittelbar erlangt worden sind, ohne dass diese im Einzelnen festgestellt werden müssen.

2. Da seit dem 1. Januar 2007 sowohl § 73d Abs. 1 Satz 3 StGB als auch § 73 Abs. 1 Satz 2 StGB die Möglichkeit einer Beeinträchtigung von Ersatzansprüchen Tatverletzter berücksichtigen, muss vor der Anwendung des § 73d StGB nicht mehr ausgeschlossen werden, dass der Gegenstand aus der Anknüpfungstat stammt. Vielmehr erfasst § 73d StGB – wenn auch gegenüber § 73 StGB subsidiär – zugleich aus der oder für die abgeurteilte Tat erlangte Gegenstände.

967. BGH 4 StR 278/11 – Beschluss vom 12. Juli 2011 (LG Bielefeld)

Verhältnis zwischen Verfall, Wertersatzverfall und Einziehung.
§ 73 StGB; § 73a StGB; § 74 StGB

Der Verfall ist eine Maßnahme, die sich nach Gegenstand und Voraussetzungen von der Einziehung unterscheidet. Die Maßnahmen stehen daher jedenfalls grundsätzlich nicht in einem die Einziehung bevorzugenden Rangverhältnis zueinander (vgl. auch BGH wistra 2010, 264). Dies gilt auch für das Verhältnis zwischen dem lediglich einen Zahlungsanspruch begründenden Wertersatzverfall (§ 73a StGB) und der Einziehung eines bestimmten (sichergestellten) Geldbetrages, der mit Eintritt der Rechtskraft auf den Staat übergeht (§ 74e Abs. 1 StGB). Kommt die Anwendung der §§ 73 ff. StGB in Betracht, wird der Tatrichter wegen des bei Vorliegen der Voraussetzungen zwingend anzuordnenden Verfalls vielmehr regelmäßig zunächst prüfen, ob dieser – gegebenenfalls unter Berücksichtigung von § 73c StGB – anzuordnen ist. Liegen für einen anderen als den vom Verfall nach § 73 StGB betroffenen Gegenstand die Voraussetzungen der §§ 74 ff. StGB vor, kann er (ferner) für diesen eine Einziehungsanordnung treffen.

783. BGH 5 StR 63/11 – Urteil vom 25. Mai 2011 (LG Braunschweig)

Strafzumessung (revisionsgerichtliche Kontrolle; Dauer der Untersuchungshaft); unerlaubtes Handeltreiben mit Betäubungsmitteln (Kokain; harte Droge); Gesamtstrafenbildung (enger zeitlicher Zusammenhang; besonders enger situativer Zusammenhang).
§ 337 StPO; § 46 StGB; § 29a BtMG; § 54 StGB

1. Die Strafzumessung ist grundsätzlich Sache des Tatgerichts. Es ist seine Aufgabe, auf der Grundlage des umfassenden Eindrucks, den es in der Hauptverhandlung von der Tat und der Persönlichkeit des Täters gewonnen hat, die wesentlichen entlastenden und belastenden Umstände festzustellen, sie zu bewerten und hierbei gegeneinander abzuwägen.

2. Ein Eingriff des Revisionsgerichts in die Einzelakte der Strafzumessung ist in der Regel nur möglich, wenn die Zumessungserwägungen in sich fehlerhaft sind, wenn das Tatgericht gegen rechtlich anerkannte Strafzwecke verstößt oder wenn sich die verhängte Strafe nach oben oder unten von ihrer Bestimmung löst, gerechter Schuldausgleich zu sein.

3. Der Tatrichter darf im Hinblick auf fehlende Deutschkenntnisse die Dauer der Untersuchungshaft gegen einen Angeklagten als belastend ansehen.

4. Kokain ist aufgrund seines Suchtpotenzials – ungeachtet minderer Gefährlichkeit im Vergleich zu Heroin – den so genannten harten Drogen zuzurechnen.

838. BGH 1 StR 136/11 – Beschluss vom 29. Juni 2011 (LG Mosbach)

Gewerbs- und bandenmäßiger Kontoeröffnungsbetrug; Voraussetzung einer Einziehungsanordnung (Tenorierung); widersprüchliche Strafzumessung (Wertungsfehler).
§ 263 Abs. 1, Abs. 5 StGB; § 46 StGB; § 74 StGB

1. In zwei im Übrigen identisch erscheinenden Betrugsfällen (hier: gefälschte Überweisungen) darf das Tatgericht bei unterschiedlich hohen Schäden (5.000 € und 10.000 €) nicht erklärungslos eine gleich hohe Strafe verhängen.

2. Einzuziehende Gegenstände sind in der Urteilsformel so konkret zu bezeichnen, dass für die Beteiligten und die Vollstreckungsbehörde Klarheit über den Umfang der Einziehung besteht. Die Bezeichnung der einzuziehenden Gegenstände, ohne diese selbst näher zu benennen, macht es der Vollstreckungsbehörde unmöglich, den konkreten Einziehungsgegenstand festzustellen. Erst recht gilt dies, wenn darüber hinaus die Einziehungsanordnung schon deswegen nicht ausführbar ist, weil diese bezüglich der benannten Gegenstände nur gilt, „soweit sie dem Angeklagten zuzuordnen sind“.

925. BGH 4 StR 27/11 – Beschluss vom 25. Mai 2011 (LG Essen)

Rechtsfehlerhaft abgelehnte Anordnung der Unterbringung in einer Entziehungsanstalt (symptomatischer Zusammenhang; fehlende Erfolgsaussicht).

§ 64 StGB

1. Nach der ständigen Rechtsprechung ist ein symptomatischer Zusammenhang zu bejahen, wenn der Hang allein oder zusammen mit anderen Umständen dazu beigetragen hat, dass der Täter eine erhebliche rechtswidrige Tat begangen hat, und dies bei unverändertem Verhalten auch für die Zukunft zu besorgen ist.

2. Zwar kann der fehlende Wille zu einer Therapie ein gegen die Erfolgsaussicht der Entwöhnungsbehandlung sprechendes Indiz sein. Indes soll die Unterbringung in einer Entziehungsanstalt nach dem Willen des Gesetzgebers regelmäßig nicht von der Therapiebereitschaft des Betroffenen abhängen. Ziel einer Behandlung im Maßregelvollzug kann es vielmehr gerade sein, die Therapiebereitschaft beim Angeklagten erst zu wecken (st. Rspr.; BGH NStZ-RR 2010, 141). Ob der Schluss von einem Mangel an Therapiebereitschaft auf das Fehlen einer hinreichend konkreten Erfolgsaussicht der Behandlung gerechtfertigt ist, lässt sich aber nur auf Grund einer Gesamtwürdigung der Täterpersönlichkeit und aller sonstigen maßgebenden Umstände beurteilen. Ein bloßer Hinweis auf eine vorhandene Therapieunwilligkeit in den Urteilsgründen belegt das Fehlen der Erfolgsaussicht nicht.

928. BGH 4 StR 87/11 – Beschluss vom 25. Mai 2011 (LG Bielefeld)

Anordnung der Sicherungsverwahrung (Ermessensausübung; Erörterungsmangel; Verhältnis und Anforderungen zwischen Hangtätoreigenschaft und Gefährlichkeit für die Allgemeinheit).

§ 66 Abs. 3 Satz 1 StGB aF, § 66 Abs. 1 Satz 1 Nr. 4 StGB nF

1. Die Anordnung der Sicherungsverwahrung nach § 66 Abs. 3 Satz 1 StGB aF liegt im pflichtgemäßen Ermessen des Tatrichters, dessen Entscheidung einer revisionsgerichtlichen Kontrolle nur eingeschränkt zugänglich ist. Um eine Nachprüfung der Ermessensentscheidung auf Ermessensfehler durch das Revisionsgericht zu ermöglichen, müssen die Urteilsgründe sowohl erkennen lassen, dass sich der Tatrichter seiner Entscheidungsbefugnis bewusst war, als auch nachvollziehbar darlegen, aus welchen Gründen er von ihr in einer bestimmten Weise Gebrauch gemacht hat (vgl. BGH NStZ-RR 2010, 43; NStZ-RR 2004, 12; NStZ 1999, 473).

2. Das Merkmal „Hang“ im Sinne des § 66 Abs. 1 Nr. 3 StGB aF (§ 66 Abs. 1 Satz 1 Nr. 4 StGB nF) verlangt einen eingeschliffenen inneren Zustand des Täters, der ihn immer wieder neue Straftaten begehen lässt. Hangtäter ist derjenige, der dauerhaft zu Straftaten entschlossen ist oder aufgrund einer fest eingewurzelten Neigung immer wieder straffällig wird, wenn sich die Gelegenheit bietet, ebenso wie derjenige, der willensschwach ist und aus innerer Haltlosigkeit Tatanreizen nicht zu widerstehen vermag (st. Rspr., vgl. nur BGH NStZ-RR 2011, 143, 145). Der Hang als „eingeschliffenes Verhaltensmuster“, bei dem es sich um einen Rechtsbegriff handelt, der als solcher dem Sachverständigenbeweis nicht zugänglich ist (BGH NStZ 2010, 586), bezeichnet einen aufgrund umfassender Vergangenheitsbetrachtung festgestellten ge-

genwärtigen Zustand. Seine Feststellung obliegt – nach sachverständiger Beratung – unter sorgfältiger Gesamtwürdigung aller für die Beurteilung der Persönlichkeit des Täters und seiner Taten maßgeblichen Umstände dem Richter in eigener Verantwortung.

3. Hangtätoreigenschaft und Gefährlichkeit für die Allgemeinheit sind keine identischen Merkmale. Das Gesetz differenziert zwischen beiden Begriffen sowohl in § 66 Abs. 1 Nr. 3 aF (§ 66 Abs. 1 Satz 1 Nr. 4 StGB nF) als auch in § 67d Abs. 3 StGB aF. Der Hang ist nur ein wesentliches Kriterium der Prognose. Während der Hang einen aufgrund umfassender Vergangenheitsbetrachtung festgestellten gegenwärtigen Zustand bezeichnet, schätzt die Gefährlichkeitsprognose die Wahrscheinlichkeit dafür ein, ob sich der Täter in Zukunft trotz seines Hanges erheblichen Straftaten enthalten kann oder nicht (BGHSt 50, 188, 196).

788. BGH 5 StR 109/11 – Beschluss vom 22. Juni 2011 (LG Hamburg)

Aufrechterhaltung der Beschlagnahme (Erfüllung von Ansprüchen des Verletzten; Rückgewinnungshilfe); Beschleunigungsgebot.

§ 111i Abs. 5 StPO

1. Schadensersatzleistungen der Angeklagten schmälern nach § 111i Abs. 5 StPO zugleich die Höhe des Verfallbetrags (Nr. 1), selbst wenn diese nicht durch die Verwertung von beschlagnahmtem Vermögen erbracht wurden (Nr. 2). Zu welchem Zeitpunkt diese Leistungen erfolgt sind, ist dabei unerheblich.

2. Der verbindlichen Klärung, ob und in welchem Umfang die Ansprüche von Verletzten erfüllt sind, dient das Feststellungsverfahren nach § 111i Abs. 6 StPO. In diesem Verfahren wird zugleich der Umfang des staatlichen Rechtserwerbs bestimmt. Nur so kann verhindert werden, dass das Tatgericht einzelnen Vollstreckungsversuchen einer etwaigen Vielzahl von Gläubigern nachgehen muss, deren Erfolgsaussicht häufig unklar ist. Dies würde eine mit dem Beschleunigungsgebot in Strafsachen nicht zu vereinbarende Verzögerung des Hauptverfahrens nach sich ziehen.

939. BGH 4 StR 164/11 – Beschluss vom 25. Mai 2011 (LG Saarbrücken)

Rechtsfehlerhafte Anordnung der Sicherungsverwahrung (Ermessensausübung; verfassungskonforme Anwendung).

§ 66 Abs. 3 Satz 2 StGB; § 66 Abs. 2 StGB aF

1. Die auf § 66 Abs. 2, 3 Satz 2 StGB a.F. gestützte Anordnung der Unterbringung in der Sicherungsverwahrung, deren formelle Voraussetzungen im vorliegenden Fall erfüllt sind, liegt im pflichtgemäßen Ermessen des Tatrichters. Die Urteilsgründe müssen nachvollziehbar erkennen lassen, dass und aus welchen Gründen von der Ermessensbefugnis Gebrauch gemacht wurde. Dabei müssen erkennbar auch diejenigen Umstände erwogen werden, die gegen die Anordnung der Maßregel sprechen können. Das gilt vor allem für den gesetzgeberischen Zweck der Vorschrift, wonach das Tatgericht die Möglichkeit haben soll, sich ungeachtet der festgestellten

Gefährlichkeit des Täters zum Zeitpunkt der Urteilsfällung auf die Verhängung einer Freiheitsstrafe zu beschränken, sofern erwartet werden kann, dass sich dieser die Strafe hinreichend zu Warnung dienen lässt. Damit soll dem Ausnahmecharakter der Vorschrift Rechnung getragen werden, der sich daraus ergibt, dass § 66 Abs. 2 StGB a.F. eine frühere Verurteilung und eine frühere Strafverbüßung nicht voraussetzt. Die Wirkungen eines langjährigen Strafvollzugs sowie die mit dem Fortschreiten des Lebensalters erfahrungsgemäß eintretenden Haltungsänderungen sind deshalb wichtige Kriterien, die nach der Rechtsprechung des Bundesgerichtshofs im Rahmen der Ermessensentscheidung regelmäßig zu berücksichtigen sind (st. Rspr.). Dies gilt für § 66 Abs. 3 Satz 2 StGB a.F. entsprechend.

2. § 66 StGB ist vom Bundesverfassungsgericht mit Urteil vom 4. Mai 2011 (2 BVR 2365/09 u.a.) für mit Art. 2 Abs. 2 Satz 2 in Verbindung mit Art. 104 Abs. 1 GG unvereinbar erklärt worden. Daher ist § 66 StGB bis zu einer Neuregelung durch den Gesetzgeber, längstens bis zum 31. Mai 2013, nur nach Maßgabe der vom Bundesverfassungsgericht erlassenen Weitergeltungsanordnung anzuwenden. Die weitere Anwendung des § 66 StGB in der Übergangszeit hat nach Maßgabe der Nummer III. 1. in Verbindung mit Nummer II. 1. b) des Tenors des angeführten Urteils zu erfolgen; für diesen Fall fordert das Bundesverfassungsgericht gemäß C. III. 2. a) der Gründe (Rn. 172) eine strikte Verhältnismäßigkeitsprüfung. Das gilt insbesondere im Hinblick auf die Anforderungen an die Gefahrprognose und die gefährdeten Rechtsgüter. In der Regel wird der Verhältnismäßigkeitsgrundsatz nur unter der Voraussetzung gewahrt sein, dass eine Gefahr schwerer Gewalt- oder Sexualstraftaten aus konkreten Umständen in der Person oder dem Verhalten des Betroffenen abzuleiten ist.

882. BGH 2 StR 90/11 – Urteil vom 1. Juni 2011 (LG Aachen)

Grenzen der Revisibilität der Beweiswürdigung beim Vorwurf des Tötungsversuchs (bedingter Tötungsvorsatz); fehlerhafte Annahme von Tateinheit bei vorliegender Tatmehrheit im Fall der gefährlichen Körperverletzung (Handlungsmehrheit; natürliche Handlungseinheit; gebotener Teilfreispruch nach Wegfall einer angeklagten Dauerstraftat).

§ 212 StGB; § 22 StGB; § 15 StGB; § 261 StPO; § 52 StGB; § 53 StGB; § 223 StGB; § 224 Abs. 1 Nr. 5 StGB

1. Für die Annahme einer Handlungseinheit/Tateinheit muss eine zumindest teilweise Identität der Ausführungshandlungen in einem für die verwirklichten Taten notwendigen Teile bestehen. Liegen zwei Würgevorgänge zeitlich weit auseinander und gibt es dazwischen wiederholt friedliche Phasen, ist bei Körperverletzungen von Tatmehrheit auszugehen.

2. Erweist sich nach dem Ergebnis der Hauptverhandlung die Annahme von Tateinheit als offensichtlich fehlerhaft und ist eine der Taten nicht erwiesen, so ist jedenfalls aus Billigkeitsgründen ein Teilfreispruch geboten (BGH NSTz 1992, 398). Dies gilt auch für den Fall des Wegfalls einer Dauerstraftat, wenn dadurch der tateinheitliche Zusammenhang mit mehreren rechtlich selbst-

ständigen Taten, von denen eine nicht erwiesen werden konnte, verloren geht (vgl. BGH VRS 21, 341, 343).

926. BGH 4 StR 56/11 – Beschluss vom 29. Juni 2011 (LG Essen)

Selbstleseverfahren (Beruhen; mangelhafte Protokollberichterstattung); versuchter Betrug; Rückgewinnungshilfe (Wertersatzverfall).

§ 263 StGB; § 73a StGB; § 73c StGB; § 249 StPO; § 274 StPO; § 111i Abs. 2 StPO

Es entspricht der Rechtsprechung des Bundesgerichtshofs, dass die Regelung des § 73c Abs. 1 StGB im Rahmen der nach § 111i Abs. 2 StPO zu treffenden Entscheidung zu beachten ist (vgl. BGH NJW 2011, 624). Wird in Anwendung des § 73c Abs. 1 StGB teilweise von der Anordnung des Verfalls abgesehen, hat dies zur Folge, dass der in der Urteilsformel allein zu bezeichnende Vermögensgegenstand bzw. Geldbetrag, den der Staat bei Vorliegen der Voraussetzungen des § 111i Abs. 5 StPO unmittelbar oder als Zahlungsanspruch erwirbt, hinter dem Erlangten bzw. dessen Wert zurückbleibt.

890. BGH 2 StR 143/11 – Beschluss vom 9. Juni 2011 (LG Köln)

Erörterungsmangel hinsichtlich des Vorliegens eines minderschweren Falles beim Zusammentreffen mehrerer allgemeiner und vertypter Strafmilderungsgründe.

§ 250 Abs. 3 StGB; § 46 StGB

Beim Zusammentreffen allgemeiner und vertypter Milderungsgründe ist zunächst zu prüfen, ob die allgemeinen Milderungsgründe allein zur Annahme eines minderschweren Falles führen, da die vertypten Milderungsgründe dann für eine Strafrahmenmilderung nach § 49 StGB nicht verbraucht sind (BGHR StGB vor § 1/minderschwerer Fall Gesamtwürdigung, unvollständige 11).

919. BGH 2 StR 645/10 – Beschluss vom 15. Juni 2011 (LG Limburg)

Erörterungsmangel hinsichtlich der Anordnung der Unterbringung in einer Entziehungsanstalt; Doppelverwertungsverbot bei der Strafzumessung im BtM-Handel.

§ 64 StGB; § 46 Abs. 3 StGB

1. Einen Erfahrungssatz des Inhalts, dass bei einem Drogenabhängigen grundsätzlich die Gefahr neuer erheblicher Straftaten besteht, gibt es nicht. Soweit zu erwarten wäre, dass der Angeklagte künftig Rauschgift nur zum Eigenkonsum erwirbt, könnte dies für sich genommen eine Unterbringungsanordnung nach § 64 StGB nicht rechtfertigen (vgl. BGH NSTz 1994, 280; StV 1996, 880). Hat ein wegen des Handeltreibens verurteilter Angeklagter aber bisher nicht sicher im Berufsleben Fuß gefasst hat, ist eine künftige Beschaffungskriminalität nicht fernliegend.

2. Die Maßregelanordnung ist auch von abhängig von der (positiven) Entwicklung des Angeklagten. Seine Beteuerung, nicht mehr mit Betäubungsmittelkonsum und -handel zu tun haben zu wollen, erscheint aber nicht als (allein) zuverlässiger Prognose Gesichtspunkt.

3. Das Tatgericht darf dem Angeklagten nicht strafschärfend anlasten, dass es sich bei der Tat nicht um ein „Augenblicksversagen“ gehandelt habe und er sich „erst nach reiflicher Überlegung bewusst“ zur Tatbegehung entschlossen habe. Dies lässt besorgen, dass das Tatgericht dem Angeklagten entgegen § 46 Abs. 3 StGB bei der Strafbemessung vorgeworfen hat, er habe die Tat vorsätzlich begangen.

847. BGH 1 StR 191/11 – Beschluss vom 29. Juni 2011 (LG Bamberg)

Gewerbs- und bandenmäßiger Betrug (Ansetzen zum Versuch); rechtsfehlerhafte Gesamtstrafenbildung (Verbot der Doppelbestrafung).

§ 263 Abs. 1, Abs. 5 StGB; § 22 StGB; § 54 StGB; Art. 103 Abs. 3 GG; § 354 Abs. 1b StPO; § 460 StPO; § 462 StPO

1. Es ist nicht zulässig, Einzelstrafen (auch für sich genommen rechtskräftige), die schon zur Bildung einer Gesamtstrafe in einem nicht rechtskräftigen Urteil gedient hatten, in eine Gesamtstrafe einzubeziehen, da dies die Gefahr einer verbotenen Doppelbestrafung (Art. 103 Abs. 3 GG) begründen würde (BGHSt 50, 188 mwN).

2. Für die Entscheidung gemäß § 354 Abs. 1b StPO, den Tatrichter auf eine Entscheidung im Beschlusswege nach §§ 460, 462 StPO zu verweisen, ist kein entsprechender Antrag des Generalbundesanwalts erforderlich. Der Antrag auf Aufhebung des Gesamtstrafauspruchs und Zurückverweisung insoweit ist jedenfalls der Sache nach auf das gleiche Ziel gerichtet.

Rechtsprechung

IV. Strafverfahrensrecht mit GVG

915. BGH 2 StR 590/10 – Urteil vom 11. Mai 2011 (LG Frankfurt am Main)

BGHSt; Verhältnis zwischen dem Verständigungsgesetz und den allgemeinen Hinweispflichten nach der StPO (Beruhen; Hinweis auf den Wechsel der Beteiligungsform; rechtliches Gehör; Recht auf ein faires Strafverfahren); Pflicht zur Offenlegung von Ermittlungen des erkennenden Gerichts.

§ 257c StPO; § 265 StPO; Art. 103 Abs. 1 GG; Art. 6 EMRK

1. Die mit dem Gesetz zur Regelung der Verständigung im Strafverfahren vom 29. Juli 2009 (BGBl. I S. 2353) eingeführte Vorschrift des § 257c StPO und die sich aus einer danach getroffenen Verständigung ergebenden Bindungen des Gerichts haben nicht die Kraft, die Hinweispflichten des § 265 StPO zu relativieren oder gar zu verdrängen. (BGHSt)

2. Der Grundsatz des rechtlichen Gehörs gilt auch für den Angeklagten uneingeschränkt, der einem Verständigungsvorschlag des Gerichts zugestimmt hat. Von der sich aus § 265 StPO ergebenden Pflichten ist das Gericht auch dann nicht enthoben, wenn es sich auch unter geänderten Bedingungen von seiner Strafrahenzusage nicht lösen will. (Bearbeiter)

3. Ein Urteil beruht auf einem Rechtsfehler, wenn es möglich erscheint oder jedenfalls nicht auszuschließen ist, dass es ohne ihn anders ausgefallen wäre. An einem Beruhen fehlt es nur, wenn die Möglichkeit, dass der Verstoß das Urteil beeinflusst hat, ausgeschlossen oder nur theoretischer Natur ist (BGHSt 14, 265, 268; 22, 278, 280). Die Bewertung des Beruhens hängt, gerade bei Verfahrensverstößen, stark von den Umständen des Ein-

zelfalls ab (BGH StV 2011, 76, 77). Zur Annahme des Beruhens bei einem unterlassenen Hinweis zur möglichen Annahme mittäterschaftlicher Tatbeteiligung (vgl. BGHR StPO § 265 Abs. 1, Hinweispflicht 5). (Bearbeiter)

4. Dem Tatgericht, das während, aber außerhalb der Hauptverhandlung verfahrensbezogene Ermittlungen anstellt, erwächst aus dem Gebot der Verfahrensfairness (Art. 6 EMRK, § 147 StPO) grundsätzlich die Pflicht, dem Angeklagten und der Verteidigung durch eine entsprechende Unterrichtung Gelegenheit zu geben, sich Kenntnis von den Ergebnissen dieser Ermittlungen zu verschaffen (BGHSt 36, 305, 308; BGHR StPO vor § 1/fares Verfahren, Hinweispflicht 5). (Bearbeiter)

776. BGH 3 StR 485/10 – Beschluss vom 28. Juni 2011 (LG Oldenburg)

Unerlaubtes Handeltreiben mit Betäubungsmitteln (Anbau; Tateinheit; Tatmehrheit; Zusammentreffen in einem Handlungsteil); bewaffnetes Handeltreiben; halbautomatische Schusswaffe (Revolver); letztes Wort; Protokollberichtigung; Rügeverkümmern; redaktioneller Hinweis.

§ 29a BtMG; § 52 StGB; § 53 StGB; § 30a BtMG; § 258 StPO; § 52 WaffG; § 274 StPO

1. Dem Revisionsgericht ist es grundsätzlich verwehrt, den tatgerichtlichen Verfahrensablauf anhand dienstlicher Erklärungen im Wege des Freibeweises darauf zu überprüfen, ob die für die Hauptverhandlung vorgeschriebenen wesentlichen Förmlichkeiten beobachtet worden sind. Denn diese können nach § 274 Satz 1 StPO allein durch das Protokoll bewiesen werden; als Gegenbeweis lässt § 274 Satz 2 StPO nur den Nachweis der Fälschung zu.

2. Dies gilt insbesondere angesichts der Möglichkeit, auch noch nach Erhebung einer ordnungsgemäßen Verfahrensrüge das Protokoll zu berichtigen, selbst wenn der Rüge dadurch die Tatsachengrundlage entzogen wird. Denn gegenüber einem den Maßstäben des Großen Senats (Beschluss vom 23. April 2007 – GSt 1/06, BGHSt 51, 298, Rn. 61 ff.) genügenden förmlichen Berichtigungsverfahren bietet das Freibeweisverfahren nur geringere verfahrensrechtliche Sicherungen für die Ermittlung des wahren Sachverhalts.

3. Will der Angeklagte einer nachträglichen Berichtigung des Protokolls widersprechen, so hat er substantiiert darzulegen, aus welchen Gründen er sich im Gegensatz zu den Urkundspersonen der Richtigkeit des zunächst gefertigten Protokolls sicher ist. Hierzu muss er den ihm erinnerlichen Verfahrensablauf näher schildern und sich auch dazu erklären, auf welchen tatsächlichen Vorgängen die von ihm für richtig gehaltene ursprüngliche Fassung des Sitzungsprotokolls beruht.

4. Der Senat hat keine grundsätzlichen Bedenken dagegen, dass das Tatgericht ein zunächst seinerseits verfahrensfehlerhaftes Protokollberichtigungsverfahren solange (hier: dreifach) durchführt, bis die Rügeverkümmung entsprechend den Vorgaben des Großen Senats für Strafsachen erreicht ist.

5. Gesonderte Anbauvorgänge, die auf gewinnbringende Veräußerung der dadurch erzeugten Betäubungsmittel abzielen, sind grundsätzlich als für sich selbständige, zueinander in Tateinheit stehende Taten des unerlaubten Handelns mit Betäubungsmitteln zu bewerten.

6. Werden die Erträge aus mehreren einzelnen Anbauvorgängen in einem einheitlichen Umsatzgeschäft veräußert, so führt dies führt jedenfalls zu einer Teilidentität der jeweiligen tatbestandlichen Ausführungshandlungen und verknüpft so die einzelnen Fälle des Handelns zur Tateinheit.

7. Sammelt der Täter mehrere Betäubungsmittel-Ernten zu einem Gesamtvorrat an, bevor er mit dem Verkauf beginnt, so verbindet dies alle hierauf bezogenen Einzelakte des Handelns zu einer Bewertungseinheit mit der Folge einer materiellrechtlich einheitlichen, auch alle zu Grunde liegenden Anbauvorgänge umfassenden Tat.

8. Bewaffnetes Handelns nach § 30a Abs. 2 Nr. 2 BtMG setzt voraus, dass der Täter die Schusswaffe oder den Gegenstand bewusst gebrauchsbereit in der Weise bei sich hat, dass er sich ihrer jederzeit bedienen kann. In subjektiver Hinsicht ist das aktuelle Bewusstsein des Bewaffnetseins ausreichend, aber auch erforderlich.

913. BGH 2 StR 585/10 – Beschluss vom 25. Mai 2011 (LG Mainz)

Anforderungen an den Sachverständigenbeweis bei der Schuldfähigkeitsbegutachtung (höchstpersönliche Exploration; Beweiswürdigung bei Sachverständigengutachten); Meistbegünstigungsgrundsatz bei der Anordnung der Sicherungsverwahrung (neuer Deliktgruppenkatalog).

§ 78 StPO; § 21 StGB; § 20 StGB; § 66 StGB; § 2 Abs. 6 StGB; Art. 316e Abs. 2 EGStGB

1. Das Gutachten eines psychiatrischen Sachverständigen muss – jedenfalls soweit dies überhaupt möglich ist (vgl. BGHSt 44, 26, 32) – eine Exploration des Probanden durch den Sachverständigen einschließen. Dabei handelt es sich um die zentrale Untersuchungsmethode. Deren Ergebnisse kann der gerichtliche Sachverständige nur dann eigenverantwortlich bewerten, wenn er sie selbst durchgeführt oder zumindest insgesamt daran teilgenommen hat. Dies gilt erst recht, wenn bei der Exploration auch Mimik und Gestik des Probanden aufgefasst werden. Eine Delegation der Durchführung dieser Untersuchung an eine Hilfsperson scheidet daher aus. Die Anwesenheit des Sachverständigen in der Hauptverhandlung vermag die eigene Exploration nicht zu ersetzen.

2. Es ist nicht unbedenklich, wenn die unter anderem mit der Schuldfähigkeitsbegutachtung beauftragte psychiatrische Sachverständige die Durchführung einer Exploration des Angeklagten „einer erfahrenen Hilfskraft mit der Qualifikation einer Diplom-Psychologin übertragen“ hat. Ein gerichtlich bestellter Sachverständiger hat die Pflicht zur persönlichen Gutachtenerstattung. Es besteht daher ein Delegationsverbot, soweit durch Heranziehung anderer Personen die Verantwortung des Sachverständigen für das Gutachten in Frage gestellt wird.

3. Es genügt nicht, wenn eine Strafkammer betont, sie habe „die sachverständigen Ausführungen im Rahmen ihrer Erkenntnismöglichkeiten auf Widersprüche und Verstöße gegen wissenschaftliche Denkgesetze geprüft und solche nicht gefunden“. Der Tatrichter hat das Gutachten anstatt dessen eigenverantwortlich zu bewerten (vgl. BGHSt 7, 238, 239) und „weiterzuverarbeiten“. Er muss sich selbst sachkundig machen. Damit ist die Beschränkung auf eine Rechtskontrolle unvereinbar.

4. Der Katalog der Straftaten, deren Begehung zur Anordnung oder zum Vorbehalt dieser Maßregel der Besserung und Sicherung führen kann, ist durch das Gesetz zur Neuordnung des Rechts der Sicherungsverwahrung und zu begleitenden Regelungen vom 22. Dezember 2010 mit Wirkung vom 1. Januar 2011 neu gefasst worden. Zu diesem gehört das unerlaubte Handelns mit Betäubungsmitteln nicht, soweit die Tat nicht im Höchstmaß mit Freiheitsstrafe von mindestens zehn Jahren bedroht ist (§ 66 Abs. 1 Satz 1 Nr. 1 lit. b, Abs. 2 und 3 Satz 1 StGB). Gemäß Art. 316e Abs. 2 EGStGB ist das neue Gesetz für vor seinem Inkrafttreten begangene und noch nicht rechtskräftig abgeurteilte Taten maßgeblich, wenn es gegenüber der bisherigen Rechtslage milder ist.

975. BGH 4 StR 643/10 – Beschluss vom 7. Juni 2011 (LG Hamburg)

Rechtsfolgen der mangelnden Belehrung über die konularischen Rechte (Beruhen; Kompensation durch ein Beweisverwertungsverbot oder durch eine Anwendung der Vollstreckungslösung; Recht auf Beschwerde; Abhilfeanspruch); Recht auf ein faires Verfahren (Wider-

spruchslösung; völkerrechtsfreundliche Auslegung). Art. 36 Abs. 1 lit. b Satz 3 WÜK; Art. 6 EMRK; Art. 13 EMRK; Art. 2 Abs. 1 GG; Art. 20 Abs. 3 GG; § 114b Abs. 2 Satz 3 StPO

1. Das Fehlen der Belehrung nach Art. 36 Abs. 1 lit. b Satz 3 WÜK führt nicht zu einem Verwertungsverbot, wenn dem Angeklagten hierdurch in seinem weiteren Verfahren kein Nachteil erwachsen ist.

2. Allerdings ist die Entstehung eines Beweisverwertungsverbotes aus einem Verstoß gegen die Belehrungspflicht nach Art. 36 Abs. 1 lit. b Satz 3 WÜK nicht von vornherein ausgeschlossen (BVerfG NJW 2011, 207, 209 f.). Nach der Rechtsprechung des Internationalen Gerichtshofs im Fall „Avena“ ist vielmehr im Einzelfall zu untersuchen, ob dem Betroffenen aus dem Verstoß gegen Art. 36 Abs. 1 lit. b Satz 3 WÜK im weiteren Verfahrensverlauf tatsächlich ein Nachteil entstanden ist. Dieser Rechtsprechung ist – was im Rahmen methodisch vertretbarer Auslegung möglich ist – dadurch Rechnung zu tragen, dass die vom Bundesgerichtshof für nicht speziell geregelte Beweisverwertungsverbote entwickelte Abwägungslehre zur Anwendung gebracht wird. Es hat eine Abwägung zwischen dem durch den Verfahrensverstoß bewirkten Eingriff in die Rechtsstellung des Beschuldigten einerseits und den Strafverfolgungsinteressen des Staates andererseits stattzufinden, wobei auf den Schutzzweck der verletzten Norm ebenso abzustellen ist wie auf die Umstände, Hintergründe und Auswirkungen der Rechtsverletzung im Einzelfall.

3. Der Geltendmachung des Verstoßes gegen die Belehrungspflicht des Art. 36 Abs. 1 lit. b Satz 3 WÜK steht nicht entgegen, dass der Angeklagte keinen spezifisch auf die Verletzung des Art. 36 WÜK abstellenden Widerspruch erhoben, sondern der Verwertung seiner Angaben in der Beschuldigtenvernehmung vom 1. November 2001 durch zeugenschaftliche Vernehmung der Verhörspersonen mit Blick auf die nicht durchgreifende Beanstandung eines Verstoßes gegen §§ 136, 137 StPO widersprochen hat. Dies gilt jedenfalls dann, wenn eine Belehrung zu einem späteren Zeitpunkt erfolgt war.

4. Zweck der Belehrung nach Art. 36 Abs. 1 lit. b Satz 3 WÜK ist die Verwirklichung des Rechts des Betroffenen auf konsularische Unterstützung bei der effektiven Wahrnehmung der eigenen Verteidigungsrechte. Art. 36 Abs. 1 lit. b Satz 3 WÜK schützt dabei nicht speziell die Aussagefreiheit des Beschuldigten, sondern allgemein das Recht auf effektive Verteidigung.

5. Eine Kompensation des Verstoßes gegen die Pflicht zur Belehrung nach Art. 36 Abs. 1 lit. b Satz 3 WÜK nach der sog. „Vollstreckungslösung“ kommt nach Ansicht des Senats nicht in Betracht. Das Verbot der reformatio in peius hindert den Senat nicht, eine Kompensation für den Verstoß gegen die Belehrungspflicht aus Art. 36 Abs. 1 lit. b Satz 3 WÜK nunmehr zu versagen. Es verhindert lediglich eine dem Angeklagten nachteilige Änderung in Art und Höhe der Rechtsfolgen, nicht jedoch eine Änderung der diesen zugrunde liegenden rechtlichen Beurteilung.

6. Eine Kompensation nach der „Vollstreckungslösung“ ist für eine – von Amts wegen zu beachtende – der Justiz

anzulastende Verfahrensverzögerung nach Erlass des tatrichterlichen Urteils zu gewähren, wenn eine Revisionsentscheidung abermals trotz der vorherigen spezifischen Fehlerrüge durch das Bundesverfassungsgericht aus dem im Kern identischen Grund aufgehoben werden muss. Die dadurch eingetretene Verzögerung des Verfahrens, die sich über das neuerliche Verfassungsbeschwerdeverfahren und das nach Aufhebung und Zurückverweisung erforderliche weitere Revisionsverfahren vor dem Senat erstreckt, begründet einen Kompensationsanspruch aus Art. 13 EMRK. Im Übrigen lässt der Senat offen, ob und inwieweit grundsätzlich die Dauer des Rechtsmittelverfahrens sowie die Dauer eines Verfassungsbeschwerdeverfahrens bei der Bestimmung der für die Beurteilung einer Verzögerung maßgeblichen Verfahrensdauer mit einzubeziehen sind.

7. Eine neben die Kompensation wegen rechtsstaatswidriger Verfahrensverzögerung tretende Berücksichtigung der seit Tatbegehung vergangenen Zeit bei der Strafzumessung und infolge dessen die Aufhebung des Strafauspruchs ist nicht stets geboten.

8. Soweit der 1. Strafsenat des Bundesgerichtshofs in der durch ein Anfrage- und Vorlageverfahren nach § 132 GVG bestimmten, nicht rechtsstaatswidrig verzögerten Dauer des Revisionsverfahrens einen bestimmenden Strafzumessungsgrund erblickt und die vom Tatrichter rechtsfehlerfrei bemessenen Einzelstrafen wie auch die Gesamtstrafe aufgehoben hat, ist darin eine im Hinblick auf § 337 StPO nicht unbedenkliche Rechtsauffassung zu erblicken.

9. Das Wiener Konsularrechtsübereinkommen, dem die Bundesrepublik Deutschland und die Türkei beigetreten sind, steht in der deutschen Rechtsordnung im Range eines Bundesgesetzes, das deutsche Behörden und Gerichte wie anderes Gesetzesrecht im Rahmen methodisch vertretbarer Auslegung zu beachten und anzuwenden haben (BVerfG NJW 2007, 499, 501; vgl. auch BGH NStZ 2010, 567). Nach dem Grundsatz der Völkerrechtsfreundlichkeit des Grundgesetzes haben deutsche Gerichte dabei auch die Judikate der für Deutschland zuständigen internationalen Gerichte zur Kenntnis zu nehmen und sich mit ihnen auseinanderzusetzen (BVerfG NJW 2007, 499, 501). Sie haben – ungeachtet ihrer auf den Einzelfall beschränkten Bindungswirkung – normative Leitfunktion (BVerfG NJW 2007, 499, 502).

827. BGH StB 8/11 – Beschluss vom 30. Juni 2011 (OLG Stuttgart)

RAF; Auskunftsverweigerungsrecht; Selbstbelastungsfreiheit; konkrete Gefahr einer weiteren Strafverfolgung; Strafklageverbrauch (Mitgliedschaft in einer terroristischen Vereinigung); ne bis in idem; „Offensive 77“; Verena Becker; Siegfried Haag; Roland Mayer; Baustein einer mosaikartigen Beweiswürdigung; Beugehaft; Ordnungsgeld; Ordnungshaft.

§ 70 StPO; § 55 StPO; § 129a StGB; Art. 103 Abs. 3 GG

1. Die Gefahr einer Strafverfolgung im Sinne des § 55 StPO setzt voraus, dass der Zeuge Tatsachen bekunden müsste, die – nach der Beurteilung durch das Gericht – geeignet sind, unmittelbar oder mittelbar den Anfangs-

verdacht einer von ihm selbst oder von einem Angehörigen (§ 52 Abs. 1 StPO) begangenen Straftat zu begründen oder einen bereits bestehenden Verdacht zu bestärken. Bloße Vermutungen ohne Tatsachengrundlage oder rein denktheoretische Möglichkeiten reichen für die Annahme einer Verfolgungsgefahr nicht aus.

2. Eine das Recht zur Auskunftsverweigerung begründende Verfolgungsgefahr im Sinne des § 55 Abs. 1 StPO besteht grundsätzlich nicht mehr, wenn gegen den Zeugen hinsichtlich der Tat, deren Begehung er sich durch wahrheitsgemäße Beantwortung der Frage verdächtig machen könnte, bereits ein rechtskräftiges Urteil vorliegt, die Strafklage daher verbraucht ist und deswegen zweifelsfrei ausgeschlossen ist, dass er für diese noch verfolgt, das heißt ein Ermittlungsverfahren eingeleitet werden könnte. Zweifelsfrei ausgeschlossen ist die konkrete Gefahr der Einleitung eines Ermittlungsverfahrens in diesen Fällen allerdings nur dann, wenn zum Zeitpunkt der Vernehmung endgültig feststeht, dass wegen der Verfolgung der möglichen Straftat Strafklageverbrauch eingetreten ist.

3. Wenn und solange die Frage des Strafklageverbrauchs mit vertretbarer Argumentation auch verneint werden kann, steht dem Zeugen ein Auskunftsverweigerungsrecht zu.

4. Hinsichtlich des Strafklageverbrauchs gelten im Bereich der Organisationsdelikte die Besonderheiten, dass im Vergleich zu §§ 129, 129a, 129b StGB schwerere Straftaten, die mit der mitgliedschaftlichen Beteiligung an der Vereinigung in Tateinheit stehen, dann nicht von der Rechtskraft eines allein wegen dieser Beteiligung ergangenen Urteils erfasst, wenn sie in dem früheren Verfahren tatsächlich nicht – auch nicht als mitgliedschaftlicher Beteiligungsakt – Gegenstand der Anklage und der Urteilsfindung waren. Unter dieser Voraussetzung ist daher ein wegen eines Organisationsdelikts Verurteilter durch die Rechtskraft des früheren Urteils nur vor weiterer Strafverfolgung wegen dieses Delikts und tateinheitlich mit diesem zusammenfassender weiterer, nicht schwerer wiegender Straftaten geschützt.

861. BGH 1 StR 274/11 – Beschluss vom 12. Juli 2011 (LG Hildesheim)

Informelle, verfahrensverkürzende Verständigung; Beweiswürdigung bei der Steuerhinterziehung (Scheingeschäfte; Betriebsausgaben; Vorsteuer); Strafzumessung bei der Steuerhinterziehung (Verkürzung auf Zeit).
§ 202a StPO; § 257c StPO; § 370 AO; § 41 Abs. 2 AO; § 261 StPO

„Informelle Verständigungen“ widersprechen der Strafprozessordnung. Zwar ist es zulässig, auch schon vor Eröffnung des Hauptverfahrens Erörterungen zur Vorbereitung einer Verständigung zu führen. Solche Gespräche können – bei gründlicher Vorbereitung auf der Basis der Anklageschrift und des gesamten Akteninhalts – im Einzelfall sinnvoll sein. Sie lösen aber weder eine Bindung des Gerichts an dabei in Aussicht gestellte Strafober- oder -untergrenzen aus, noch kann durch sie ein durch den fair-trial-Grundsatz geschützter Vertrauensstatbestand entstehen. Die Annahme einer solchen Bindung ist

rechtsfehlerhaft und könnte unter Umständen sogar den Bestand eines Urteils gefährden.

942. BGH 4 StR 173/11 – Beschluss vom 26. Mai 2011 (LG Aachen)

Inhalt des erstatteten Gutachtens (Mündlichkeitsprinzip; Unmittelbarkeitsprinzip; Rekonstruktionsverbot); fehlerhafte Prüfung eines minderschweren Falles (Strafzumessung; Totschlag; Strafrahmenvergleich).
§ 250 StPO; § 261 StPO; § 78 StPO; § 46 StGB; § 213 StGB; § 49 StGB

Aus den Grundsätzen der Unmittelbarkeit und Mündlichkeit sowie der Notwendigkeit, gegebenenfalls auch erst in der Hauptverhandlung angefallene Erkenntnisse in das Gutachten einzubeziehen, folgt, dass allein der Inhalt des in der Hauptverhandlung erstatteten Gutachtens für die Entscheidungsfindung maßgebend ist. Nur hierauf kann das Urteil beruhen (BGH NStZ 2008, 418 mwN). Den Inhalt des in der Hauptverhandlung erstatteten Gutachtens kann das Revisionsgericht aber, wenn er von dessen Wiedergabe im Urteil abweichen soll, nur durch eine in der Revision nicht zulässige Rekonstruktion der Hauptverhandlung feststellen. Hieran ändert auch die Mitteilung der „Zusammenfassung der mündlichen Gutachten-Erstattung“ in der Revisionsbegründungsschrift nichts.

826. BGH 5 StR 594/10 – Beschluss vom 10. Februar 2011 (LG Berlin)

Urteilsgründe (Verständigung; Ansprache; Deal; Geständnis).
§ 257c StPO; § 267 Abs. 3 StPO

Auch ein im Zuge einer Verständigung abgegebenes Geständnis (§ 257c Abs. 2 Satz 2 StPO) entbindet das Tatgericht nicht von der Pflicht zu einer geschlossenen Darstellung des in der Hauptverhandlung festgestellten Tatgeschehens.

756. BGH 3 StR 97/11 – Beschluss vom 31. Mai 2011 (LG Duisburg)

Kompensationslösung (keine Anwendung auf andere Verfahrensmängel); Relativierung des Prozessrechts; Recht auf Beschwerde.
§ 51 StGB; Art. 13 EMRK; Art. 34 EMRK

1. Die Anwendung der Grundsätze, die nach der neueren Rechtsprechung bei der Kompensation rechtsstaatswidriger Verfahrensverzögerungen gelten, ist grundsätzlich nicht auf Mängel des Verfahrens auszuweiten (hier: verspätete Mitteilung von neuen Ermittlungsergebnissen), bei denen sie nicht durch entsprechende völkervertrags- oder verfassungsrechtliche Vorgaben geboten ist.

2. Die Folgen, die Verstöße gegen das Verfahrensrecht nach sich ziehen können, sind grundsätzlich in der Strafprozessordnung abschließend geregelt. Dem Staat ist es insbesondere verwehrt, dem Angeklagten Verfahrensverstöße, die sich auf das Urteil ausgewirkt haben, durch einen Vollstreckungsrabatt „abzuhandeln“, da dies auf die Dauer zu einer nicht hinnehmbaren Relativierung des Verfahrensrechts führen würde.

769. BGH 3 StR 277/10 – Beschluss vom 3. Mai 2011 (KG Berlin)

Militante Gruppe (mg); Aufklärungspflicht (tatsächliche Grundlagen eines Beweiserhebungsverbots; tatsächliche Grundlagen eines Beweisverwertungsverbots); Freibeweisverfahren; Strengbeweisverfahren; Beruhen.

§ 244 StPO; § 337 StPO

1. Beweiserhebungen, welche die Feststellung von allein verfahrensrechtlich erheblichen Tatsachen betreffen, richten sich nach den Grundsätzen des Freibeweises. Dies gilt auch dann, wenn die festzustellenden Tatsachen unmittelbar die Urteilsgrundlagen beeinflussen, wie dies bei den tatsächlichen Voraussetzungen von Beweiserhebungs- oder Beweisverwertungsverböten der Fall ist.
2. (Hilfs-)beweisangebote zu freibeweislich aufzuklärenden Tatsachen sind vor diesem Hintergrund lediglich als Anregung anzusehen, die der Tatrichter nicht entsprechend den für Beweisangebote im eigentlichen Sinne geltenden Vorschriften bescheiden muss.
3. Die Grundsätze des Freibeweises ändern jedoch nichts an der Aufklärungspflicht des Gerichts nach § 244 Abs. 2 StPO.

850. BGH 1 StR 208/11 – Beschluss vom 17. Mai 2011 (LG München I)

Unüberwachte Telefongespräche mit dem Verteidiger in der Untersuchungshaftanstalt (freier Verkehr mit dem Verteidiger).

Art. 6 Abs. 3 lit. c EMRK; § 148 StPO

1. Die Gestattung regelmäßiger unüberwachter Telefonate eines inhaftierten Beschuldigten mit seinem Verteidiger, welcher seine Kanzlei nicht am Ort oder im näheren Umkreis der Justizvollzugsanstalt hat, darf nicht davon abhängig gemacht werden, ob ein entsprechender Raum in der Justizvollzugsanstalt vorhanden ist, weil nach Auffassung der Vollzugsanstalt ansonsten „ein Dienstzimmer so hergerichtet werden müsste, dass der Inhaftierte keine Einsicht in dienstliche Vorgänge nehmen kann“.
2. Auch die Frage, ob der Gefangene das Telefonat mit einem Verteidiger dazu nutzen könnte, Kontakt mit Dritten aufzunehmen, kann letztlich durch die Justizvollzugsanstalt nicht dahingehend beantwortet werden, deswegen überhaupt keine unüberwachten Telefonate zuzulassen. Eine solche Entscheidung obliegt allenfalls dem zuständigen Gericht, welches aber die Grundsätze des § 148 Abs. 1 StPO zu beachten hat. Um offensichtliche Missbräuche auszuschließen, kann sich die Vollzugsanstalt bei Beginn des Telefonats vom Verteidiger beispielsweise versichern lassen, dass er allein das Telefonat führen und keine weitere Person während des Gesprächs zugegen sein wird.

887. BGH 2 StR 124/11 – Urteil vom 6. Juli 2011 (LG Trier)

Antrag auf Vernehmung eines sachverständigen, präsenten Zeugen (Umdeutung in einen Antrag auf Einholung eines aussagepsychologischen Sachverständigen-)

gengutachtens; eigene Sachkunde; rechtliches Gehör; faires Verfahren).

§ 244 Abs. 3, Abs. 4 StPO; § 245 Abs. 2 StPO

1. Ein Beweisantrag kann – auch bei präsenten Beweismitteln – wegen völliger Ungeeignetheit abgelehnt werden, wenn das Gericht ohne jede Rücksicht auf das bisherige Beweisergebnis ausschließen kann, dass sich mit dem angebotenen Beweismittel das in Aussicht gestellte Ergebnis erzielen lässt. Ein geminderter, geringer oder zweifelhafter Beweiswert reicht dagegen nicht aus. Ein Sachverständiger ist als Beweismittel völlig ungeeignet, wenn das Gutachten zu keinem verwertbaren Ergebnis führen kann, so z.B. wenn die für das Gutachten notwendigen tatsächlichen Grundlagen nicht gegeben sind und auch nicht beschafft werden können (BGH NStZ 2003, 611). Keine völlige Ungeeignetheit liegt vor, wenn nur wenige Anknüpfungstatsachen vorliegen (BGH StV 07, 513).
2. Ein aussagepsychologischer Sachverständiger ist nicht schon deshalb ein völlig ungeeignetes Beweismittel im Sinne von § 245 Abs. 2 StPO, weil er während der Vernehmung des betreffenden Zeugen in der Hauptverhandlung nicht anwesend war. Dass die Sachverständigen sich keinen unmittelbaren eigenen Eindruck von der Aussage der Zeugin machen konnten, ist erforderlichenfalls bei der Würdigung ihres Gutachtens in Rechnung zu stellen, macht sie entgegen der Auffassung des Landgerichts aber nicht zu Beweismitteln ohne jeden Beweiswert. Dies gilt jedenfalls dann, wenn die Sachverständigen unabhängig von der unmittelbaren Wahrnehmung der Vernehmung in der Hauptverhandlung eine hinreichende tatsächliche Grundlage für die aussagepsychologische Begutachtung der Zeugin hatten.
3. Der Katalog des § 245 Abs. 2 StPO fasst die sachlichen Ablehnungsgründe bei präsenten Beweismitteln bewusst enger. Er lässt die Ablehnung eines Beweisantrags auf Vernehmung eines Sachverständigen wegen eigener Sachkunde nicht zu (BGH NStZ 1994, 400).

871. BGH 1 StR 490/10 – Beschluss vom 6. Juni 2011 (BGH)

Unzulässige und unbegründete Anhörungsrüge; rechtliches Gehör; Recht auf ein faires Strafverfahren.

Art. 6 EMRK; Art. 103 Abs. 1 GG; § 356a StPO

§ 356a Satz 1 StPO setzt voraus, dass das Revisionsgericht den Anspruch auf rechtliches Gehör in entscheidungserheblicher Weise verletzt hat. Dies ist nicht der Fall, wenn ein Verteidigerschriftsatz dem Revisionsgericht zwar nicht zur Entscheidung vorgelegen hat, seine Inhalte jedoch in der Sache zu keiner anderen Entscheidung geführt hätten.

922. BGH 4 StR 111/11 – Beschluss vom 8. Juni 2011 (LG Bielefeld)

Beratung nach Wiedereintritt in die Verhandlung (Darlegungsvoraussetzungen an die Verfahrensrüge); Erörterung der Strafaussetzung zur Bewährung im Urteil.

§ 260 Abs. 1 StPO; § 265 StPO; § 337 StPO; § 56 Abs. 2 StGB

1. Nach der Rechtsprechung des Bundesgerichtshofs darf die erneute Beratung nach Wiedereintritt in die Verhandlung in Form einer kurzen, für alle Verfahrensbeteiligten erkennbaren Verständigung des Gerichts im Sitzungssaal erfolgen, wenn bei der Entscheidung einfacher Fragen rascheste Verständigung möglich ist (vgl. BGHSt 24, 170, 171; BGHR StPO § 260 Abs. 1 Beratung 5; BGH NStZ-RR 1998, 142). Soll eine mangelnde Nachberatung gerügt werden, muss die Revision vortragen, dass eine solche Nachberatung durch Verständigung im Sitzungssaal unterblieben ist. Fehler des Protokolls vermögen die Revision nicht zu begründen.

2. Unabhängig von der verfahrensrechtlichen Vorschrift des § 267 Abs. 3 Satz 4 StPO sind aus materiellrechtlichen Gründen Ausführungen im Urteil zur Strafaussetzung zur Bewährung erforderlich, wenn eine Erörterung dieser Frage als Grundlage für die revisionsgerichtliche Nachprüfung geboten ist.

930. BGH 4 StR 126/11 – Beschluss vom 25. Mai 2011 (LG Magdeburg)

Reichweite der Nebenklagebefugnis (Tat im prozessualen Sinne); Anstiftung zum Mord; Strafvereitelung. § 395 Abs. 2 Nr. 1 StPO; § 264 StPO; § 258 StGB; § 26 StGB; § 211 StGB

1. Nach der Rechtsprechung des Bundesgerichtshofs besteht die Befugnis zum Anschluss als Nebenkläger, wenn nach Sachlage die Verurteilung des Angeklagten wegen einer Nebenklagestraftat rechtlich möglich erscheint, also nach dem von der Anklage erfassten Sachverhalt (§ 264 StPO) die Verurteilung wegen eines solchen Delikts materiellrechtlich in Betracht kommt (BGH NStZ-RR 2008, 352, 353).

2. Zu den Grenzen der Annahme einer identischen Tat beim Vorwurf der versuchten Strafvereitelung und der vorgeblichen vorherigen Anstiftung zum Mord.

972. BGH 4 StR 316/11 – Beschluss vom 27. Juli 2011 (LG Essen)

Verstoß gegen das Vereidigungsverbot des bestehenden Tatverdachts (Beruhen). § 60 Nr. 2 StPO; § 337 StPO

1. Dem Vereidigungsverbot des § 60 Nr. 2 StPO liegt ein weiter Beteiligungsbegriff zugrunde.

2. Das Beruhen des Schuldspruchs auf der Aussage eines zu Unrecht vereidigten Zeugen kann nicht ausgeschlossen werden, wenn die Strafkammer ihre Überzeugung von der Täterschaft des Angeklagten in allen der Verurteilung zu Grunde liegenden Fällen auch auf die Angaben der Zeugin gestützt und dabei ausdrücklich auf die Vereidigung der Zeugin abgestellt und ihrer Aussage mit Blick auf den geleisteten Eid ein „besonderes Gewicht“ beigemessen hat.

748. BGH 3 StR 95/11 – Beschluss vom 8. Juni 2011 (LG Verden)

Serienstraftaten (Teilfreispruch); Verfall (entgegenstehende Ansprüche Geschädigter); Urteilsabsetzungsfrist; Ersetzung der Unterschrift eines mitwirkenden

Richters (Verhinderung; Einschätzungsspielraum; organisatorische Vorkehrungen).

§ 260 StPO; § 73 StGB; § 73a StGB; § 73d StGB; § 823 BGB; § 826 BGB; § 111i StPO; § 275 Abs. 1 Satz 2 StPO; § 338 Nr. 7 StPO

1. Bei der Beurteilung, ob ein Richter aus tatsächlichen Gründen daran gehindert ist, das Urteil zu unterschreiben, steht dem Vorsitzenden ein Beurteilungsspielraum zu.

2. Revisionsgerichtlicher Beanstandung unterliegt die Entscheidung des Vorsitzenden, wonach ein an der Entscheidung mitwirkender Richter an der Unterschrift gehindert sei, nur dann, wenn sie auf sachfremden Erwägungen beruht oder den eingeräumten Beurteilungsspielraum in unvertretbarer Weise überschreitet, so dass sie objektiv willkürlich erscheint.

3. Ist der in einem Verhinderungsvermerk angegebene Umstand generell geeignet, den Richter von der Unterschrift abzuhalten, wird im Rechtsmittelzug grundsätzlich von vorneherein nicht mehr geprüft, ob er im Einzelfall vorgelegen und ob er tatsächlich zu einer Verhinderung geführt hat.

4. Der Vorsitzende ist im Falle – zulässiger – Ausschöpfung der Frist des § 275 Abs. 1 StPO verpflichtet, rechtzeitig organisatorische Maßnahmen zu ergreifen, welche die Unterzeichnung des Urteils durch den Beisitzer sicherstellen.

5. Der Vorsitzende muss bei der Planung der einzuholenden Unterschriften aller mitwirkenden Richter nicht damit rechnen, dass an einem einige Tage vor Ende der Urteilsabsetzungsfrist abzugebenden Urteilsentwurf des Berichterstatters noch umfangreiche Änderungen vorzunehmen sein werden.

780. BGH 5 StR 32/11 – Beschluss vom 21. Juli 2011 (LG Hamburg)

Beweiswürdigung (Glaubhaftigkeit der einen Mitangeklagten belastenden Einlassung; Realkennzeichen; Widerspruchsfreiheit; besonders sorgfältige Würdigung). § 261 StPO; § 267 Abs. 3 StPO

1. Eine sich maßgeblich an Realitätskriterien orientierende Glaubhaftigkeitsbetrachtung einer geständigen Einlassung zum Nachteil eines Mitangeklagten ist rechtlich bedenklich. Denn ein (wahrheitsgemäß) geständiger Angeklagter bekundet naturgemäß selbst erlebtes Tatgeschehen. Allein hieraus ergeben sich daher für die Mitwirkung gerade eines bestimmten Mittäters regelmäßig keine wesentlichen Aspekte, die die Glaubhaftigkeit der Angaben zu Identität und der Art der Mitwirkung des Mittäters zu steigern vermögen.

2. Die vorangestellte Generalklausel, nach der Angaben eines bestimmten Mitangeklagten „einer besonders kritischen Würdigung“ unterzogen worden seien, ersetzt eine tatsächlich nachprüfbare Würdigung nicht.

765. BGH 3 StR 217/11 – Beschluss vom 2. August 2011 (LG Hildesheim)

Rüge der rechtsfehlerhaften Ablehnung eines fremden Beweisantrags (Aufklärungsrüge; Verletzung des Beweisantragsrechts).

§ 244 StPO; § 337 StPO; § 338 Nr. 8 StPO

Der Senat teilt – nicht tragend – die Auffassung des 5. Strafsenats, dass ein Mitangeklagter oder sonst Beteiligter, der eine Beweiserhebung nicht selbst beantragt hat, auch in Fällen einer übereinstimmenden Interessenlage die Ablehnung des entsprechenden Beweisantrags eines anderen Beteiligten allein mit der Aufklärungsrüge nach § 244 Abs. 2 StPO rügen kann, die je nach Fallgestaltung weitergehenden Vortrags im Sinne des § 344 Abs. 2 Satz 2 StPO bedarf. Die Rüge einer Verletzung der Bestimmungen des § 244 Abs. 3 bis 6 StPO im Hinblick auf den „fremden“ Beweisantrag soll ihm nach Auffassung des Senats dagegen nicht eröffnet sein.

743. BGH 3 StR 44/11 – Beschluss vom 21. Juli 2011 (LG Hannover)

Isolierte Ablehnung einer Vielzahl kumulativ bedeutender Beweisanträge (Glaubwürdigkeit eines Zeugen; Gesamtschau der unter Beweis gestellten Tatsachen); Verfahrensrüge (Mitteilung der den Mangel enthaltenen Tatsachen; Gerichtsbeschluss).

§ 244 StPO; § 338 Nr. 8 StPO; § 344 Abs. 2 Satz 2 StPO

1. Es kann je nach Fallgestaltung rechtsfehlerhaft sein, wenn der Tatrichter eine Mehrzahl von Beweisanträgen isoliert abhandelt und wegen tatsächlicher Bedeutungslosigkeit ablehnt, ohne die einzelnen Beweisbehauptungen jeweils in einer Gesamtschau zu würdigen, wenn die unterschiedlichen Anträge das gemeinsame Ziel hatten, die Glaubhaftigkeit bestimmter Angaben bzw. die Glaubwürdigkeit eines Zeugen oder Mittäters in Zweifel zu ziehen.

2. In einem solchen Fall bedarf es in dem ablehnenden Beschluss einer über die einzelne Beweistatsache hinausgehenden Gesamtwürdigung, warum die zu beweisende Tatsache das Gericht auch im Falle des Nachweises unbeeinflusst gelassen hätte. Denn die isolierte Ablehnung von Beweisanträgen wegen Bedeutungslosigkeit der Beweisbehauptung darf nicht dazu führen, zugunsten des Angeklagten sprechende Umstände der gebotenen Gesamtabwägung im Rahmen der Beweismwürdigung am Ende der Beweisaufnahme zu entziehen.

3. Zu den Anforderungen an die Verfahrensrüge in so einem Sonderfall.

798. BGH 5 StR 190/11 – Beschluss vom 22. Juni 2011 (LG Dresden)

Schiebetermin; Unterbrechung der Hauptverhandlung; Beweismwürdigung (Aussage gegen Aussage; Urteilsgründe; Darlegung); Überzeugungsbildung.

§ 229 StPO; § 261 StPO; § 267 Abs. 3 StPO

1. Die Bezeichnung eines Hauptverhandlungstermins als „Schiebetermin“ in der Ladungsverfügung ist unschädlich, sofern in dem Hauptverhandlungstermin letztlich zur Sache verhandelt wird, d.h. der Inhalt des Termins

den Fortgang der zur Urteilsfindung führenden Sachverhaltsaufklärung betrifft.

2. Zur Sache wird bereits verhandelt, wenn die Hauptverhandlung am betreffenden Tag lediglich für drei Minuten fortgesetzt und der – keine Einträge enthaltende – Auszug aus dem Bundeszentralregister über den Angeklagten verlesen wird.

923. BGH 4 StR 16/11 – Urteil vom 14. Juli 2011 (LG Neubrandenburg)

Nachträgliche Unterbringung in der Sicherungsverwahrung (erforderliche Entscheidung auf Grund einer Hauptverhandlung); Auslegung eines Rechtsmittels der Staatsanwaltschaft (sofortige Beschwerde).

§ 66b StGB; § 300 StPO; § 275a Abs. 2, Abs. 3 StPO; § 333 StPO

1. Maßgebend für die Frage, welches Rechtsmittel statthaft ist, ist das Verfahrensrecht. Danach sind Urteile solche Entscheidungen, die eine mündliche Verhandlung und eine öffentliche Verkündung voraussetzen. Ohne Bedeutung ist, ob eine mündliche Verhandlung und eine öffentliche Verkündung wirklich stattgefunden haben. Ausschlaggebend ist vielmehr, ob die betreffende Entscheidung nach dem Gesetz nur auf Grund mündlicher Verhandlung und im Wege öffentlicher Verkündung hätte ergehen dürfen. Sind Verhandlung und Verkündung in einem solchen Fall entgegen dem Gesetz unterblieben, handelt es sich für die Frage der Anfechtbarkeit dennoch um ein Urteil (BGHSt 50, 180, 186; 55, 62, 63 f.).

2. Nach § 275a Abs. 2 StPO ist über die nachträgliche Anordnung der Sicherungsverwahrung auf Grund einer Hauptverhandlung zu entscheiden. Diese Entscheidung ergeht durch Urteil (§ 275a Abs. 2 i.V.m. § 260 Abs. 1 StPO). Dieses ist grundsätzlich in öffentlicher Verhandlung zu verkünden (§ 169 GVG). Ein schriftliches Verfahren ist für die Anordnung der nachträglichen Sicherungsverwahrung bei der vom Gesetzgeber gewählten Hauptverhandlungslösung nicht vorgesehen; insbesondere kommt eine analoge Anwendung der Regelungen über das Zwischenverfahren nicht in Betracht (BGH NSTZ-RR 2006, 74).

3. Dass die Staatsanwaltschaft ihr Rechtsmittel zunächst irrtümlich als „sofortige Beschwerde“ bezeichnet hat, nach das Gericht fälschlich einen Beschluss gefasst hat, ist nach § 300 StPO ebenfalls unschädlich. Diese Vorschrift gilt auch für Rechtsmittel der Staatsanwaltschaft.

4. Die vollständige Verbüßung der Strafe und die Haftentlassung des Verurteilten stehen der Fortsetzung des Verfahrens nicht entgegen (vgl. BGHSt 50, 180, 181 f.).

749. BGH 3 StR 106/11 – Beschluss vom 14. Juli 2011 (LG Kleve)

Wahrunterstellung (Beweisantrag; Beweisermittlungsantrag; Bindung).

§ 244 Abs. 3 StPO

Unterstellt der Tatrichter eine in einem Beweisantrag aufgestellte Behauptung inhaltlich als wahr, so ist er an

diese Zusage gebunden. Ob es sich bei dem Beweisbegehren überhaupt um einen Beweisantrag handelte, der formell zu bescheiden war, ist dabei irrelevant.

744. BGH 3 StR 49/11 – Beschluss vom 8. Juni 2011 (LG Kleve)

Zurückweisung eines Beweisantrages (Verschleppungsabsicht); Vernehmung eines Auslandszeugen.
§ 244 Abs. 3 Satz 2, Abs. 5 Satz 2 StPO; § 245 StPO

1. Ein Beweisantrag kann dann wegen Verschleppungsabsicht nach § 244 Abs. 3 Satz 2 StPO abgelehnt werden, wenn die begehrte Beweiserhebung nach der Überzeugung des Gerichts objektiv nichts Sachdienliches zu Gunsten des Antragstellers zu erbringen vermag, dieser sich dessen bewusst ist und mit seinem Antrag daher keine legitimen, auf die Aufklärung des wahren Sachverhalts gerichtete Anliegen, sondern eine Verzögerung des Verfahrens und gegebenenfalls weitere rechtsmissbräuchliche Zwecke verfolgt.

2. Der Senat lässt ausdrücklich offen, ob an dem weiteren Erfordernis der wesentlichen Verzögerung des Verfahrens festzuhalten sei.

881. BGH 2 StR 88/11 – Beschluss vom 13. Juli 2011 (LG Köln)

Missachtete Urteilsabsetzungsfrist.
§ 275 Abs. 1 Satz 2 StPO; § 338 Nr. 7 StPO

Ein Berechnungsfehler ist kein unvorausehbarer, unabwendbarer Umstand, der das Gericht an der Fristeinhaltung hindert. Nach ständiger Rechtsprechung liegen Belastungen durch anderweitige Hauptverhandlungen selbst dann außerhalb der zugelassenen Ausnahmen, wenn sie die Arbeitskraft der Richter infolge des Umfangs oder der Schwierigkeit des Verfahrens in besonderer Weise binden (vgl. BGH NJW 1988, 1094; NStZ 1992, 398; 2008, 55; Senat NStZ 2003, 564).

741. BGH 3 StR 41/11 – Urteil vom 30. Juni 2011 (LG Duisburg)

Freispruch aus tatsächlichen Gründen (Urteilsgründe); Schilderung der erwiesenen Tatsachen; Darlegung der fehlenden weiteren Tatsachen.
§ 267 Abs. 5 StPO

1. Bei einem Freispruch aus tatsächlichen Gründen muss die Begründung des Urteils so abgefasst sein, dass das Revisionsgericht überprüfen kann, ob dem Tatrichter bei der Beweiswürdigung Rechtsfehler unterlaufen sind.

2. Deshalb hat der Tatrichter in der Regel nach dem Tatvorwurf und der Einlassung des Angeklagten zunächst in einer geschlossenen Darstellung diejenigen Tatsachen zum objektiven Tatgeschehen festzustellen, die er für erwiesen hält, bevor er in der Beweiswürdigung darlegt, aus welchen Gründen die für einen Schuldspruch erforderlichen – zusätzlichen – Feststellungen zur objektiven und subjektiven Tatseite nicht getroffen werden konnten.

3. Hierauf kann nur ausnahmsweise verzichtet werden, wenn Feststellungen zum objektiven Tatgeschehen überhaupt nicht möglich waren oder bei einem Freispruch

aus subjektiven Gründen die Urteilsgründe ohne Feststellungen zum objektiven Sachverhalt ihrer Aufgabe gerecht werden, dem Revisionsgericht die Überprüfung der Beweiswürdigung auf Rechtsfehler zu ermöglichen.

836. BGH 1 StR 122/11 – Beschluss vom 8. Juni 2011 (LG Hamburg)

Abfassung der Urteilsgründe und sachfremde Gründe in der Strafzumessung; keine Auswirkungen einer Spielsucht auf die Begehung einer Steuerhinterziehung.
§ 267 StPO; § 46 StGB; § 370 AO; § 20 StGB; § 21 StGB

1. Die Begründung eines Urteils soll schriftlich wie mündlich sachlich sein. Abwertende, persönlich gefärbte Ausführungen zur Persönlichkeit eines Angeklagten sind ebenso untunlich wie „romanhafte Ausführungen“. Der Begriff „Kumpan“ kann aber wertungsfrei im Sinne von „Tatgenossen“ und synonym zu den – sachlich zutreffenden – Begriffen „Mittäter“ bzw. „Mitglied einer Bande“ verwendet worden sein. In diesem Fall ist kein Rechtsfehler belegt, die Strafkammer habe sich bei der Verhängung der Strafen rechtsfehlerhaft von sachfremden Erwägungen leiten lassen.

2. Es ist fernliegend, dass sich eine „Spielsucht“ „bei der Begehung der Tat“ ausgewirkt haben könnte, wenn die Tat eine langfristig geplante Steuerhinterziehung darstellt.

883. BGH 2 StR 90/11 – Beschluss vom 1. Juni 2011 (LG Aachen)

Voraussetzungen für die Annahme von Handlungseinheit (Tateinheit; teilweise Identität der Ausführungshandlungen; natürliche Handlungseinheit; Klammerwirkung der Geiselnahme).
§ 223 StGB; § 224 StGB; § 52 StGB; § 53 StGB; § 239b StGB; § 260 StPO; § 353 StPO; § 354 StPO

1. Erweist sich nach dem Ergebnis der Hauptverhandlung die Annahme von Tateinheit als offensichtlich fehlerhaft und ist eine der Taten nicht erwiesen, so ist jedenfalls aus Billigkeitsgründen ein Teilfreispruch geboten (BGH NStZ 1992, 398). Dies gilt auch für den Fall des Wegfalls einer Dauerstraftat, wenn dadurch der tateinheitliche Zusammenhang mit mehreren rechtlich selbständigen Taten, von denen eine nicht erwiesen werden konnte, verloren geht (vgl. BGH VRS 21, 341, 343).

2. Zwar muss allein eine fehlerhafte Beurteilung der Konkurrenzen bei insgesamt gleich bleibenden Schuld- und Unrechtsgehalt nicht zwingend auch den Strafausspruch im Ergebnis gefährden (BGH NJW 1996, 936, 938). Der Strafausspruch muss aber schon dann aufgehoben werden, wenn noch eine bislang fehlende Einzelstrafe festzusetzen ist.

779. BGH 5 StR 26/11 – Urteil vom 7. Juni 2011 (LG Görlitz)

Freispruch (lückenhafte Beweiswürdigung; Urteilsgründe; revisionsgerichtliche Kontrolle); Überzeugungsbildung (überspannte Anforderungen).
§ 267 Abs. 5 StPO; § 261 StPO; § 337 StPO

1. Das Revisionsgericht hat es grundsätzlich hinzunehmen, wenn das Tatgericht einen Angeklagten freispricht, weil es Zweifel an dessen Täterschaft nicht zu überwinden vermag.

2. Die revisionsgerichtliche Prüfung beschränkt sich darauf, ob dem Tatgericht Rechtsfehler unterlaufen sind. Dies ist in sachlichrechtlicher Hinsicht etwa der Fall, wenn die Beweiswürdigung widersprüchlich, unklar oder lückenhaft ist oder gegen Denkgesetze oder gesicherte Erfahrungssätze verstößt. Rechtsfehlerhaft ist es auch, wenn sich das Tatgericht bei seiner Beweiswürdigung darauf beschränkt, die einzelnen Belastungsindizien gesondert zu erörtern und auf ihren jeweiligen Beweiswert zu prüfen, ohne eine Gesamtabwägung aller für und gegen die Täterschaft sprechenden Umstände vorzunehmen. Der revisionsgerichtlichen Überprüfung unterliegt ferner, ob überspannte Anforderungen an die für die Verurteilung erforderliche Gewissheit gestellt worden sind

3. Zwar können und müssen auch die Gründe eines freisprechenden Urteils nicht jeden irgendwie beweis erheblichen Umstand ausdrücklich würdigen. Das Maß der gebotenen Darlegung hängt vielmehr von der jeweiligen Beweislage und insoweit von den Umständen des Einzelfalls ab. Sind jedoch erhebliche Belastungsindizien gegeben, so muss das Tatgericht in seine Beweiswürdigung und deren Darlegung alle wesentlichen für und gegen den Angeklagten sprechenden Umstände und Erwägungen einbeziehen und in ihrer Gesamtheit betrachten.

950. BGH 4 StR 198/11 – Beschluss vom 24. Mai 2011 (LG Essen)

Voraussetzungen an den Wertersatzverfall und Erörterungsmangel hinsichtlich einer möglichen Entreichung (Ermessen; Verhältnismäßigkeit; Härtefall).
§ 73a StGB; § 73c StGB

1. Nach der Rechtsprechung des Bundesgerichtshofs ist ein Vermögenswert aus der Tat erlangt im Sinne des § 73 Abs. 1 Satz 1 StGB (hier i.V.m. § 73a Satz 1 StGB), wenn er dem Täter oder Teilnehmer unmittelbar aus der Verwirklichung des Tatbestands in irgendeiner Phase des Tatablaufs zugeflossen ist (BGHSt 52, 227, 246), er an ihm also unmittelbar aus der Tat (tatsächliche, aber nicht notwendig rechtliche) Verfügungsmacht gewonnen und dadurch einen Vermögenszuwachs erzielt hat (vgl. BGHSt 51, 65, 68; BGH NStZ 2010, 85). Bei mehreren Tätern oder Teilnehmern genügt insofern, dass sie zumindest eine faktische bzw. wirtschaftliche Mitverfügungsmacht über den Vermögensgegenstand erlangt haben (st. Rspr.; vgl. nur BGH NJW 2011, 624, 625, auch zur gesamtschuldnerischen Haftung, m.w.N.). Unerheblich ist dagegen, ob und gegebenenfalls in welchem Umfang der Täter oder Teilnehmer eine unmittelbar aus der Tat gewonnene (Mit-)Verfügungsmacht später aufgegeben hat, ob also der aus der Tat zunächst erzielte Vermögenszuwachs durch Mittelabflüsse gemindert wurde (BGH, aaO).

2. Es genügt zur Prüfung des § 73c Abs. 1 Satz 2 StGB nicht, wenn das Gericht nur eine Unverhältnismäßigkeit der Anordnung des Wertersatzverfalls erörtert. Auch hinsichtlich einer eingetretenen Entreichung muss eine Ermessensentscheidung getroffen werden.

Rechtsprechung

V. Wirtschaftsstrafrecht und Nebengebiete

800. BGH 3 StR 458/10 – Beschluss vom 5. Mai 2011

Vorlageverfahren (Fortbildung des Rechts); Amtsträger (Kassenarzt; Vertragsarzt; Krankenkasse; Bestellungsakt); Beauftragter (Befugnis; Rechtsgeschäft); Bestechlichkeit; Bestechlichkeit im geschäftlichen Verkehr; Verordnung eines Hilfsmittels; selbständiges Verfallsverfahren (tatsächliche Hindernisse; rechtliche Hindernisse); „verlängerter Arm des Staates“; sonstige Stelle; privates Handeln; öffentliches Handeln; Aufgabe der öffentlichen Verwaltung.

§ 132 GVG; § 73 Abs. 2 SGB V; § 11 Abs. 1 StGB; § 299 StGB; § 332 StGB; § 440 Abs. 1 StPO; § 442 Abs. 1 StPO; § 76a StGB

1. Der Senat legt dem Großen Senat für Strafsachen die Frage zur Entscheidung vor, ob ein niedergelassener, für die vertragsärztliche Versorgung zugelassener Arzt bei Wahrnehmung der ihm in diesem Rahmen übertragenen

Aufgaben (§ 73 Abs. 2 SGB V) als Amtsträger im Sinne des § 11 Abs. 1 Nr. 2 Buchst. c StGB handelt.

2. Hilfsweise für den Fall der Verneinung von Frage 1 legt der Senat dem Großen Senat für Strafsachen die Frage zur Entscheidung vor, ob ein niedergelassener, für die vertragsärztliche Versorgung zugelassener Arzt bei Wahrnehmung der ihm in diesem Rahmen übertragenen Aufgaben (§ 73 Abs. 2 SGB V) im Sinne des § 299 StGB als Beauftragter der gesetzlichen Krankenkassen handelt.

3. Ein Landgericht, das einen Antrag auf selbständige Anordnung des Verfalls (§ 76a StGB) für zulässig erachtet, kann nach § 441 Abs. 3 Satz 1 Halbsatz 1 StPO eine mündliche Verhandlung anordnen. Nach deren Durchführung ist es auch dann nicht gehindert, durch Urteil zu entscheiden, wenn sich aus seiner Sicht die Unzulässigkeit des Antrags herausgestellt hat. Statthaftes Rechtsmittel gegen das Urteil ist die Revision zum Bundesgerichtshof.

4. Die Einziehung und der Verfall können nach § 76a Abs. 1 StGB dann selbstständig angeordnet werden, wenn wegen einer Straftat aus tatsächlichen Gründen keine bestimmte Person verfolgt oder verurteilt werden kann. Dabei kommen grundsätzlich nur solche Hinderungsgründe in Betracht, welche die materielle Strafbarkeit der Tat als solche ebenso wie auch ihre verfahrensrechtliche Verfolgbarkeit unberührt lassen und lediglich ihre faktische Sanktionierung unmöglich machen. Die selbstständige Anordnung kommt dagegen grundsätzlich nicht in Betracht, wenn der Verfolgung einer Person rechtliche Gründe entgegenstehen.

5. Handelt der Täter schuldlos, so steht seiner Verurteilung zwar kein tatsächliches, sondern ein rechtliches Hindernis entgegen. Gleichwohl kommt die Anordnung des Verfalls im selbstständigen Verfahren auch hier in Betracht, da auch der Verfall nach § 73 Abs. 1 StGB schon bei einer rechtswidrig begangenen Anknüpfungstat angeordnet werden kann. Die Anordnung des Verfalls im selbstständigen Verfahren kommt daher etwa dann in Betracht, wenn der Täter bei Begehung der Tat schuldunfähig ist oder einem unvermeidbaren Verbotsirrtum unterliegt.

6. Kassenärzte werden bei Erfüllung ihrer Verpflichtung zur vertragsärztlichen Versorgung der Patienten (§ 73 Abs. 2 Satz 1 Nr. 7 SGB V) als Amtsträger im Sinne der § 333 Abs. 1, § 11 Abs. 1 Nr. 2 Buchst. c StGB tätig, denn sie sind insoweit dazu bestellt, im Auftrag einer sonstigen Stelle Aufgaben der öffentlichen Verwaltung wahrzunehmen. Die Zulassung als Kassenarzt führt nach § 95 Abs. 3 Satz 1 SGB V dazu, dass sie zur Teilnahme an der vertragsärztlichen Versorgung berechtigt und verpflichtet werden. Im Rahmen dieses Systems üben sie mit der Behandlung der Versicherten eine ihnen im Rahmen der gesetzlichen Krankenversicherung übertragene öffentliche Aufgabe aus und sind in einer für die Begründung einer Amtsträgerstellung ausreichenden Weise in die öffentlichrechtliche Organisation der Krankenkassen eingegliedert.

7. Die gesetzlichen Krankenkassen sind sonstige Stellen nach § 11 Abs. 1 Nr. 2 Buchst. c StGB.

8. Das Kriterium für die Einordnung einer Stelle als „sonstige Stelle“ im Sinne des § 11 Abs. 1 Nr. 2 Buchst. c StGB ist, ob sie bei einer Gesamtbetrachtung der sie kennzeichnenden Merkmale als „verlängerter Arm“ des Staates erscheint, ist auf die Erfüllung öffentlicher Aufgaben in Organisationsformen des öffentlichen Rechts nicht übertragbar. Diesem Abgrenzungskriterium kommt allein für den Bereich der Tätigkeit privatrechtlich organisierter Einrichtungen und Unternehmen der öffentlichen Hand Bedeutung zu, weil es hier eines aussagekräftigen Unterscheidungsmerkmals von staatlichem und privatem Handeln bedarf.

9. Die Einordnung als Beauftragter im Sinne des § 299 StGB erfordert nicht, dass die Befugnis, auf die Entscheidung des Betriebes Einfluss zu nehmen, auf einem Rechtsgeschäft beruht; selbst außenstehende Personen können somit Beauftragte sein, wenn sie in der Lage sind, Entscheidungen für den Betrieb zu beeinflussen.

10. Der Tatbestand des § 299 StGB erfordert nicht, dass der Beauftragte ein ihm von dem Geschäftsherrn entgegen gebrachtes Vertrauen missbraucht.

801. BGH 5 StR 115/11 – Beschluss vom 20. Juli 2011 (LG Hamburg)

Vorlagebeschluss; Kassenarzt (Vertragsarzt; Amtsträger; Beauftragter eines geschäftlichen Betriebs); Bestechung; Bestechung im geschäftlichen Verkehr. § 132 GVG; § 334 StGB; § 11 Abs. 1 Nr. 2 StGB; § 299 StGB

1. Der Senat legt dem Großen Senat für Strafsachen nach § 132 Abs. 4 GVG die Frage zur Entscheidung vor, ob ein niedergelassener, für die vertragsärztliche Versorgung zugelassener Arzt bei Wahrnehmung der ihm in diesem Rahmen übertragenen Aufgaben (§ 73 Abs. 2 SGB V; hier: Verordnung von Arzneimitteln) als Amtsträger im Sinne des § 11 Abs. 1 Nr. 2 Buchstabe c StGB handelt.

2. Hilfsweise für den Fall der Verneinung der Frage 1 legt der Senat dem Großen Senat für Strafsachen die Frage zur Entscheidung vor, ob ein niedergelassener, für die vertragsärztliche Versorgung zugelassener Arzt bei Wahrnehmung der ihm in diesem Rahmen übertragenen Aufgaben (§ 73 Abs. 2 SGB V; hier: Verordnung von Arzneimitteln) im Sinne des § 299 StGB als Beauftragter eines geschäftlichen Betriebs im geschäftlichen Verkehr handelt.

872. BGH 1 StR 631/10 – Beschluss vom 25. Juli 2011 (LG Darmstadt)

BGHSt; Anwesenheit in der Hauptverhandlung (Eigenmächtigkeit des Entfernens im Sinne bei Suizidversuch; Verhandlungsunfähigkeit; fehlende Steuerungsfähigkeit oder Einsichtsfähigkeit; schuldhaft); Wirksamkeit von Selbstanzeigen mit geringfügigen Abweichungen (Teilselbstanzeige; Bagatellabweichungen und bewusstes Handeln; Meistbegünstigungsprinzip; Rückkehr zur Steuerehrlichkeit; Schenkungssteuerhinterziehung; Beendigung mit der Bekanntgabe, Verjährung; Anzeigepflicht). § 371 Abs. 1 AO; § 370 AO; § 2 Abs. 3 StGB; § 231 Abs. 2 StPO; § 338 Nr. 5 StPO; § 20 StGB; § 31 Abs. 1, Abs. 7 ErbStG; Art. 97 § 24 EGAO

1. Eigenmächtigkeit des Entfernens im Sinne von § 231 Abs. 2 StPO kann vorliegen, wenn der Angeklagte aufgrund einer mittelgradigen depressiven Episode einen Suizidversuch unternimmt, der zu seiner Verhandlungsunfähigkeit führt. (BGHSt)

2. Zur Wirksamkeit von Selbstanzeigen mit geringfügigen Abweichungen von dem in § 371 Abs. 1 AO für Selbstanzeigen vorgeschriebenen Inhalt. (BGHSt)

3. Die Rechtsprechung des Bundesgerichtshofs, nach der eine Selbstanzeige auch dann zur vollständigen Strafaufhebung führt, wenn die Abweichungen in der Berichtigung oder Nacherklärung vom geforderten Inhalt der Selbstanzeige nur geringfügig sind gilt prinzipiell fort. Bagatellabweichungen führen weiterhin nicht zur Unwirksamkeit der strafbefreienden Selbstanzeige als solcher. Der Senat ist der Ansicht, dass nach der neuen

Gesetzesfassung des § 371 Abs. 1 AO, die für die Wirksamkeit einer Selbstanzeige eine Berichtigung bzw. Nacherklärung „in vollem Umfang“ verlangt, jedenfalls eine Abweichung mit einer Auswirkung von mehr als fünf Prozent vom Verkürzungsbetrag im Sinne des § 370 Abs. 4 AO nicht mehr geringfügig ist. Allerdings führt nicht jede Abweichung unterhalb dieser (relativen) Grenze stets zur Annahme einer unschädlichen „geringfügigen Differenz“. Vielmehr ist in diesen Fällen eine Bewertung vorzunehmen, ob die inhaltlichen Abweichungen vom gesetzlich vorausgesetzten Inhalt einer vollständigen Selbstanzeige noch als „geringfügig“ einzustufen sind. Diese wertende Betrachtung kann auf der Grundlage einer Gesamtwürdigung der Umstände bei Abgabe der Selbstanzeige auch unterhalb der Abweichungsgrenze von fünf Prozent die Versagung der Strafbefreiung rechtfertigen. (Bearbeiter)

4. Bei dieser Bewertung spielen neben der relativen Größe der Abweichungen im Hinblick auf den Verkürzungsumfang insbesondere auch die Umstände eine Rolle, die zu den Abweichungen geführt haben. Namentlich ist in die Würdigung mit einzubeziehen, ob es sich um bewusste Abweichungen handelt oder ob – etwa bei einer Schätzung der Besteuerungsgrundlagen – in der Selbstanzeige trotz der vorhandenen Abweichungen noch die Rückkehr zur Steuerehrlichkeit gesehen werden kann, denn gerade diese soll durch die Strafaufhebung gemäß § 371 AO honoriert werden (vgl. BGHSt 55, 180, 181, Rn. 7 mwN). Bewusst vorgenommene Abweichungen dürften schon deshalb, weil sie nicht vom Willen zur vollständigen Rückkehr zur Steuerehrlichkeit getragen sind, in der Regel nicht als „geringfügig“ anzusehen sein. (Bearbeiter)

5. Der Senat ist der Auffassung, dass diese Maßstäbe auch für die Frage der Wirksamkeit von Selbstanzeigen gelten, die vor Inkrafttreten des Schwarzgeldbekämpfungsgesetzes abgegeben worden sind, denn auch nach der bisherigen Rechtslage setzte die (vollständige) Strafbefreiung eine Rückkehr zur Steuerehrlichkeit voraus. (Bearbeiter)

6. Selbstanzeigen i.S.v. § 371 Abs. 1 AO müssen nicht als solche bezeichnet werden. Für ihre Vollständigkeit ist allein von Bedeutung, ob sie den nach § 371 AO erforderlichen Inhalt haben. Wird eine Umsatzsteuerjahreserklärung verspätet abgegeben, kann sie Selbstanzeige für die Unterlassungstat sein, die mit der nicht rechtzeitigen Einreichung der Jahreserklärung begangen wurde. Nach der Rechtsprechung des Bundesgerichtshofs kann eine Umsatzsteuerjahreserklärung – selbst wenn sie verspätet abgegeben wird – auch eine strafbefreiende Selbstanzeige für unrichtige oder pflichtwidrig nicht abgegebene – Umsatzsteuervoranmeldungen sein (vgl. BGH wistra 1999, 27). (Bearbeiter)

7. Welche Anforderungen an die Vollständigkeit einer Selbstanzeige zu stellen sind, hängt im Hinblick auf die Änderung des § 371 AO durch das „Gesetz zur Verbesserung der Bekämpfung der Geldwäsche und Steuerhinterziehung“ (Schwarzgeldbekämpfungsgesetz) vom 28. April 2011 (BGBl. I S. 676) sowohl vom Tatzeitpunkt als auch vom Zeitpunkt der Abgabe der Selbstanzeige ab. Der zur Tatzeit anwendbare § 371 AO ist hinsichtlich der

Teilselbstanzeige nach Maßgabe des Art. 97 § 24 EGAO als milderes Gesetz gemäß § 2 Abs. 3 StGB anzuwenden. Auch nach der Vorschrift des Art. 97 § 24 EGAO der Täter einer Steuerhinterziehung allerdings in dem Umfang strafbar, in dem eine Berichtigung oder Nacherklärung nicht erfolgt ist. (Bearbeiter)

8. Die Urteilsgründe müssen so gefasst werden, dass die Vollständigkeit und Wirksamkeit der Selbstanzeige für jede Tat im materiellen Sinn gesondert geprüft werden kann. (Bearbeiter)

9. Da für die Schenkungsteuer mangels kontinuierlichem abschnittsbezogenem Veranlagungsverfahren kein allgemeiner Veranlagungsschluss festgestellt werden kann, ist für den Verjährungsbeginn maßgeblich, wann die Veranlagung der Schenkungsteuer dem Steuerpflichtigen bei rechtzeitiger Anzeige der Schenkung frühestens bekanntgegeben worden wäre. (Bearbeiter)

10. Eigenmächtigkeit liegt nach der Rechtsprechung des Bundesgerichtshofs vor, wenn der Angeklagte wissentlich und ohne Rechtfertigungs- oder Entschuldigungsgrund der weiteren Hauptverhandlung fernbleibt (BGHSt 37, 249). Dem Ausbleiben i.S.v. § 231 Abs. 2 StPO steht es gleich, wenn sich der Angeklagte nach der Vernehmung zur Sache – vorher gilt § 231a StPO – eigenmächtig in einen seine Verhandlungsfähigkeit ausschließenden Zustand versetzt hat (BGHSt 16, 178, 183). (Bearbeiter)

11. Der Angeklagte muss seine Verhandlungsunfähigkeit selbst herbeigeführt haben und dies muss ihm zuzurechnen sein. Dabei muss er vorsätzlich handeln und in Kenntnis des Umstandes, dass hierdurch die ordnungsmäßige Durchführung der Hauptverhandlung verhindert wird. Die Verhinderung der Hauptverhandlung muss allerdings nicht das Ziel des Angeklagten sein. Es genügt, wenn er dies als notwendige Folge seines Verhaltens erkennt und damit will; eine Boykottabsicht ist demnach nicht erforderlich. (Bearbeiter)

12. Zu diesen Kriterien muss hinzukommen, dass der Angeklagte „schuldhaft“ handelt. Das in § 231a Abs. 1 Satz 1 StPO genannte Merkmal „schuldhaft“ gilt nach dem Vorstehenden in gleicher Weise für das Verständnis des ungeschriebenen Merkmals „Eigenmächtigkeit“ in § 231 StPO. Für Fälle der vorliegenden Art erscheint dem Senat eine Konturierung des Merkmals „schuldhaft“ anhand der Eingangsmerkmale der §§ 20, 21 StGB besser geeignet. Nach Ansicht des Senats gilt: Nicht „schuldhaft“ bzw. nicht eigenmächtig kann ein Suizidversuch vor allem dann sein, wenn der ihn auslösende Zustand von dem ersten Eingangsmerkmal des § 20 StGB (krankhafte seelische Störung) bestimmt wurde. Beruht der Suizidversuch entscheidend auf einer „Schuldunfähigkeit“ im Sinne des ersten Eingangsmerkmals, dann wird eine Eigenmächtigkeit regelmäßig zu verneinen sein. Das zweite und dritte Eingangsmerkmal dürfte insoweit kaum praktisch relevant sein. Soweit das vierte Eingangsmerkmal (schwere andere seelische Abartigkeit) Ursache des Suizidversuchs sein sollte, kommt es auf den Schweregrad an. Dieser muss, um überhaupt relevant zu sein, dem Schweregrad der anderen Eingangsmerkmale entsprechen (vgl. BGHSt 49, 45; BGH NStZ-RR 2006, 235). (Bearbeiter)

917. BGH 2 StR 616/10 – Beschluss vom 14. April 2011 (LG Köln)

BGHR; Schadensfeststellung beim Betrug bei betrügerischer Kapitalerhöhung (wirtschaftliche Schadensbeurteilung unter Heranziehung von Sachverständigen beim Erwerb von Aktien; Schneeballsysteme; Bewertung von Unternehmen; Handlungseinheit infolge eines uneigentlichen Organisationsdelikts).

§ 263 StGB; § 266 StGB; Art. 103 Abs. 2 GG; § 52 StGB; § 53 StGB

1. Zur Schadensfeststellung bei betrügerischer Kapitalerhöhung. (BGHR)

2. Ein Schaden i.S.v. § 263 StGB tritt ein, wenn die Vermögensverfügung unmittelbar zu einer nicht durch Zuwachs ausgeglichenen Minderung des wirtschaftlichen Gesamtwerts des Vermögens des Verfügenden führt (Prinzip der Gesamtsaldierung, BGHSt 53, 199, 201 mwN). Maßgeblich ist der Zeitpunkt der Vermögensverfügung, also der Vergleich des Vermögenswerts unmittelbar vor und nach der Verfügung (BGHSt 30, 388 f.; 53, 199, 201). (Bearbeiter)

3. Bei der Konstellation eines Betruges durch Abschluss eines Vertrages ist der Vermögensvergleich auf den Zeitpunkt des Vertragsschlusses zu beziehen (Eingehungsschaden). Zu vergleichen sind die wirtschaftlichen Werte der beiderseitigen Vertragspflichten (BGHR StGB § 263 Abs. 1 Vermögensschaden 10). Ein Schaden liegt demnach vor, wenn die von dem Getäuschten eingegangene Verpflichtung wertmäßig höher ist als die ihm dafür gewährte Gegenleistung unter Berücksichtigung aller mit ihr verbundenen, zur Zeit der Vermögensverfügung gegebenen Gewinnmöglichkeiten (BGHSt 30, 388, 390). Zu berücksichtigen ist beim Eingehen von Risikogeschäften dabei auch eine täuschungs- und irrumsbedingte Verlustgefahr, die über die vertraglich zugrunde gelegte hinausgeht. Ein darin liegender Minderwert des im Synallagma Erlangten ist unter wirtschaftlicher Betrachtungsweise zu bewerten (vgl. BGHSt 53, 198, 202 f.). (Bearbeiter)

4. Entsprechend der Rechtsprechung des Bundesverfassungsgerichts (BVerfG, Beschluss des 2. Senats – 2 BvR 2559/08, NJW 2010, 3209, 3220) ist dieser Minderwert konkret festzustellen und ggf. unter Beauftragung eines Sachverständigen zur wirtschaftlichen Schadensfeststellung zu beziffern. Sofern genaue Feststellungen zur Einschätzung dieses Risikos nicht möglich sind, sind Mindestfeststellungen zu treffen, um den dadurch bedingten Minderwert und den insofern eingetretenen wirtschaftlichen Schaden unter Beachtung des Zweifelsatzes zu schätzen. (Bearbeiter)

5. Dieser zunächst durch die rein rechnerische Gegenüberstellung der wirtschaftlichen Werte der gegenseitigen vertraglichen Ansprüche bestimmte Schaden materialisiert sich mit der Erbringung der versprochenen Leistung des Tatopfers (Erfüllungsschaden) und bemisst sich nach deren vollen wirtschaftlichen Wert, wenn die Gegenleistung völlig ausbleibt bzw. nach der Differenz zwischen dem wirtschaftlichen Wert der Leistung und demjenigen der Gegenleistung, soweit eine solche vom Täter erbracht wird. (Bearbeiter)

6. Entspricht der Wert erworbener Aktien dem Gegenwert des Kaufpreises, liegt kein Schaden vor. Ein Schaden in Höhe der jeweiligen Anlagesumme besteht nur dann, wenn die Aktie zum jeweiligen Zeichnungszeitpunkt wertlos war. (Bearbeiter)

7. Die durch Täuschung veranlasste Zeichnung von Aktien zur Anfangszeit eines Unternehmens, zu der noch keine Geschäftstätigkeit aufgenommen war, könnte mit den Fällen sog. Schneeball-Systeme vergleichbar sein, bei denen Neu-Anlagen zumindest auch verwendet werden, um früheren Anlegern angebliche Gewinne oder Zinsen auszahlend. Hier nimmt die Rechtsprechung ohne weitere Differenzierung auch für die Erstanleger einen Schaden in Höhe des gesamten eingezahlten Kapitals an, da ihre Chance sich allein auf die Begehung weiterer Straftaten stütze und ihre Gewinnerwartung daher von vornherein wertlos sei (vgl. BGHSt 53, 199, 204 f.). (Bearbeiter)

8. Die Bewertung von Unternehmen bzw. Aktien erfordert zwar komplexe wirtschaftliche Analysen, insbesondere dann, wenn das Unternehmen nicht börsennotiert ist und es sich um ein junges Unternehmen handelt. Dies beruht insbesondere darauf, dass der Ertragswert eines Unternehmens auch in die Zukunft reichende Entwicklungen, unter Berücksichtigung von Prospektangaben, erfasst. Die Einschätzung von Risiken bei der Bewertung im Wirtschaftsleben ist jedoch kaufmännischer Alltag (vgl. im Zusammenhang mit der Bewertung von Forderungen BVerfG NJW 2010, 3209, 3219 f.; zu Anlagen auch BGHSt 53, 199, 203, jeweils mit weiteren Nachweisen). Das Tatgericht muss sich deshalb sachverständiger Hilfe bedienen, um unter Beachtung der gängigen betriebswirtschaftlichen Bewertungskriterien den Aktienwert festzustellen. (Bearbeiter)

9. Erfüllt ein Mittäter hinsichtlich aller oder einzelner Taten einer Deliktsserie sämtliche Tatbestandsmerkmale in eigener Person oder leistet er für alle oder einige Einzeltaten zumindest einen individuellen, nur je diese fördernden Tatbeitrag, so sind ihm diese Taten – soweit nicht natürliche Handlungseinheit vorliegt – als tatmehrheitlich begangen zuzurechnen. Allein die organisatorische Einbindung des Täters in ein betrügerisches Geschäftsunternehmen ist nicht geeignet, die Einzeldelikte der Tatserie rechtlich zu einer Tat im Sinne des § 52 Abs. 1 StGB zusammenzufassen (vgl. BGH NStZ 2010, 103). Erbringt der Täter dagegen im Vorfeld oder während des Laufs der Deliktsserie Tatbeiträge, durch die alle oder mehrere Einzeldelikte seiner Mittäter gleichzeitig gefördert werden, so sind ihm diese gleichzeitig geförderten einzelnen Straftaten als tateinheitlich begangen zuzurechnen, da sie in seiner Person durch den einheitlichen Tatbeitrag zu einer Handlung im Sinne des § 52 Abs. 1 StGB verknüpft werden. Ob die übrigen Beteiligten die einzelnen Delikte gegebenenfalls tatmehrheitlich begangen haben, ist demgegenüber ohne Bedeutung (st. Rspr., vgl. BGHSt 49, 177, 182 ff.). (Bearbeiter)

936. BGH 4 StR 156/11 – Urteil vom 28. Juli 2011 (LG Halle)

Untreue (Vermögensbetreuungspflicht des mit einem Zwangsverwaltungsverfahren befassten Rechtspflegers; Zwangsverwalter; Verletzung einer vermögensschüt-

zenden Pflicht; Unmittelbarkeitszusammenhang zwischen Nachteil und Pflichtverletzung; schadensgleiche Vermögensgefährdung); Unrechtsvereinbarung und Vorteil im Sinne der Amtsträgerdelikte (Vorteilsgewährung; Vorteilsannahme).

§ 266 Abs. 1 StGB; § 152 ZVG; § 154 ZVG; § 331 StGB; § 333 StGB

1. Dem mit einem Zwangsverwaltungsverfahren befassten Rechtspfleger obliegt eine Vermögensbetreuungspflicht gegenüber Gläubigern und Schuldner. (BGHR)

2. Eine Vermögensbetreuungspflicht im Sinne der Untreue ist gegeben, wenn der Täter in einer Beziehung zum (potentiell) Geschädigten steht, die eine besondere, über die für jedermann geltenden Pflicht zur Wahrung der Rechtssphäre anderer hinausgehende Verantwortung für dessen materielle Güter mit sich bringt. Den Täter muss eine inhaltlich besonders herausgehobene Pflicht zur Wahrnehmung fremder Vermögensinteressen treffen. Hierbei ist in erster Linie von Bedeutung, ob die fremdnützige Vermögensfürsorge den Hauptgegenstand der Rechtsbeziehung bildet und ob dem Verpflichteten bei deren Wahrnehmung ein gewisser Spielraum, eine gewisse Bewegungsfreiheit oder Selbständigkeit, mit anderen Worten die Möglichkeit zur verantwortlichen Entscheidung innerhalb eines gewissen Ermessensspielraums verbleibt (zum Ganzen: BGHSt 55, 288, 297 f. mwN). (Bearbeiter)

3. Das Verbot, in eigener Sache tätig zu werden, schließt ein gleichwohl bestehendes Treueverhältnis nicht aus (so bereits RGSt 72, 347, 348). (Bearbeiter)

4. Bei einer rechtmäßigen und in der Sache gebotenen Anweisung steht eine solche ohne jeglichen Anhaltspunkt in den Raum gestellte, lediglich denkbare Annahme ihrer Verweigerung der Bejahung des erforderlichen Zusammenhangs zwischen dem pflichtwidrigem Tun und dem Erfolg nicht entgegen (vgl. BGH NJW 2010, 1087, 1091). (Bearbeiter)

5. Soweit für eine Verurteilung wegen Untreue gefordert wird (dies in Frage stellend: BGH NJW 2011, 1747, 1751), dass der Vermögensnachteil unmittelbar durch die Pflichtverletzung ausgelöst worden sein muss, steht dieses Unmittelbarkeitserfordernis zwischen Pflichtwidrigkeit und Nachteil weder in Fällen der mittelbaren Täterschaft noch in einem Fall der Mittäterschaft in Frage, wenn jedenfalls die zurechenbar Mitwirkenden den Nachteil unmittelbar bewirken. (Bearbeiter)

7. Nach der Neufassung der §§ 331, 333 StGB sind auch die Fälle erfasst, in denen durch einen Vorteil nur das generelle Wohlwollen und die Geneigtheit des Amtsträgers erkaufte bzw. „allgemeine Klimapflege“ betrieben wird, wobei allerdings zwischen dem Vorteil und der Dienstaussübung ein „Gegenseitigkeitsverhältnis“ in dem Sinne bestehen muss, dass der Vorteil nach dem ausdrücklichen oder stillschweigenden Einverständnis der Beteiligten seinen Grund gerade in der Dienstaussübung hat, also Ziel der Vorteilszuwendung ist, auf die künftige Dienstaussübung Einfluss zu nehmen und/oder die vergangene Dienstaussübung zu honorieren (BGHSt 53, 6, 15 f. mwN). (Bearbeiter)

870. BGH 1 StR 458/10 – Beschluss vom 14. April 2011 (LG Baden-Baden)

Gewerbsmäßiger und bandenmäßiger Betrug im Diamantenhandel (Täuschung über zur Wertanlage geeignete Diamanten: Vermögensschaden wegen des Erwerbs eines Aliuds, subjektiver Schadensbegriff; strafbare Vorbereitung; Bandenmitgliedschaft); Verfolgungshindernis der mangelnden Strafbarkeit nach deutschem Strafrecht (arglistiges Irreführen nach schweizerischem und österreichischem Strafrecht; inländischer Tatort); kein Vertrauensschutz bei gescheiterter Verständigung; Adhäsionsverfahren (zur Erledigung im Strafverfahren ungeeignet); redaktioneller Hinweis.

§ 263 Abs. 1, Abs. 5 StGB; § 7 Abs. 2 Nr. 1 StGB; § 30 StGB; § 3 StGB; § 9 StGB; Art. 146 ÖstStGB; Art. 146 SchwStGB; § 74 StPO; § 243 Abs. 4 StPO; § 257c StPO; § 406 StPO

1. Allein das Fordern eines bestimmten, überhöhten Preises enthält für sich genommen noch keine Täuschung, insbesondere beinhaltet es grundsätzlich – vom hier nicht vorliegenden Fall tax- oder listenmäßig festgelegter Preise abgesehen – nicht die Behauptung der Angemessenheit oder Üblichkeit des geforderten Preises. Vereinbarungen über den Austausch von Gütern und Leistungen unterliegen der Vertragsfreiheit. Grundsätzlich darf jeder Teilnehmer am Geschäftsverkehr seine bessere Information oder überlegene Sachkenntnis zu seinem Vorteil ausnutzen.

2. Die Frage, ob und gegebenenfalls in welcher Höhe ein Vermögensschaden entstanden ist, bestimmt sich auch in Fällen sogenannten Anlagebetrugs grundsätzlich anhand der Differenz zwischen dem vereinbarten oder dem gezahlten Preis und dem nach allgemeinen Kriterien zu bestimmenden (Markt-)Wert des Anlageobjekts (vgl. BGH NStZ 1983, 313). Bei der gebotenen Gesamtsaldierung ist jedoch auch der subjektive Wert des Erlangten für den Verletzten zu berücksichtigen. Ist nach dem Urteil eines sachlichen Beurteilers eine (möglicherweise sogar objektiv gleichwertige) Gegenleistung des Täuschenden bei normativer Betrachtung unter Berücksichtigung der individuellen und wirtschaftlichen Bedürfnisse und Verhältnisse des Geschädigten sowie der von ihm verfolgten Zwecke subjektiv wertlos, begründet dies einen Vermögensschaden in voller Höhe des zur Erlangung der Gegenleistung aufgewandten (sog. persönlicher Schadenseinschlag, st. Rspr. BGHSt 16, 321; BGH wistra 2010, 407).

3. Insofern kann als Schaden die gesamte Leistung des Tatopfers dann anzusehen sein, wenn ein Anleger über Eigenart und Risiko des Geschäftes derart getäuscht worden ist, dass er etwas völlig anderes erwirbt, als er erwerben wollte („aliud“), die empfangene Gegenleistung für ihn mithin in vollem Umfang unbrauchbar ist (BGHSt 32, 22). So verhält es sich, wenn verfahrensgegenständliche Farbdiamanten von so geringer Qualität waren, dass sie entgegen den Angaben der Angeklagten nicht zur Kapital-, Wert- oder Geldanlage geeignet waren. Wenn Anleger – wie den Angeklagten bekannt war und was diese bewusst für ihre Täuschungshandlung ausnutzten – ausschließlich aus Gründen der möglichst gewinnbringenden Kapitalanlage Diamanten erwerben

wollten, besteht aus der Sicht eines objektiven Betrachters auch keine andere Verwendung, die den Kaufpreis aufwiegen könnte.

4. Zur Bestimmung der für die Strafzumessung bestimmenden Höhe des dem Geschädigten tatsächlich verbleibenden Schadens als verschuldete Auswirkung der Tat (§ 46 Abs. 2 StGB) ist auch in Fällen eines subjektiven Schadenseinschlags der in dem Erlangten verkörperte Gegenwert zu berücksichtigen, den der Geschädigte mit zumutbarem Einsatz realisieren kann. Normative Gesichtspunkte können zwar bei der Feststellung eines Schadens eine Rolle spielen, sie dürfen aber, soll der Charakter des § 263 StGB als Vermögens- und Erfolgsdelikt gewahrt bleiben, wirtschaftliche Überlegungen nicht verdrängen. § 263 StGB schützt das Vermögen, nicht die Dispositionsfreiheit.

5. Ein Sachverständiger kann gemäß § 74 Abs. 1 StPO aus denselben Gründen, die zur Ablehnung eines Richters berechtigen, abgelehnt werden. So kann ein Sachverständiger wegen Besorgnis der Befangenheit abgelehnt werden, wenn er durch mündliche oder schriftliche Äußerungen den Eindruck der Voreingenommenheit hervorgerufen hat. Bei der Beurteilung der Ablehnung von Sachverständigen ist das Revisionsgericht an die Tatsachen gebunden, die der Tatrichter seiner Entscheidung zu Grunde gelegt hat. Es entscheidet – ohne eigene Ermittlungen – als Rechtsfrage, ob die Strafkammer über das Ablehnungsgesuch ohne Verfahrensfehler und mit ausreichender Begründung befunden hat.

6. Ein Ablehnungsantrag kann zwar weder auf die von der Verteidigung behaupteten Zweifel an der Sachkunde des Sachverständigen noch auf den Umstand, dass der Sachverständige eine wissenschaftliche Meinung vertritt, die sich zum Nachteil des Angeklagten auswirken könnte, gestützt werden. Ein Sachverständiger muss jedoch tendenziöser Hinweise zur Person des Verteidigers im Rahmen seiner Begutachtung enthalten.

7. Selbständig gemäß §§ 30 Abs. 2, 12, 263 Abs. 5 StGB mit Strafe bedrohte Vorbereitungshandlungen begründen einen inländischen Tatort, auch wenn die Strafbarkeit nach § 30 Abs. 2 StGB als gegenüber der Ausführung der verabredeten Tat subsidiär zurücktritt (vgl. BGH NJW 1993, 1405). Einer Strafbarkeit nach § 30 Abs. 2 StGB steht nicht entgegen, dass Zeit, Ort und Modalitäten der geplanten Straftaten im Einzelnen noch offen blieben, denn die Verabredung eines Verbrechens setzt nur voraus, dass sie – wie hier – in ihren wesentlichen Grundzügen konkretisiert ist (BGH NStZ 2007, 697).

8. Mitglied einer Bande kann auch derjenige sein, dem nach der Bandenabrede nur Aufgaben zufallen, die sich bei wertender Betrachtung als Gehilfenleistung darstellen (BGH NStZ 2007, 33).

9. Die Regelungen über das Selbstleseverfahren sind auf die Verlesung des Anklagesatzes nicht übertragbar (BGH NStZ 2011, 297). Es kann ausschließen sein, dass das Urteil auf einem Verstoß hiergegen beruht.

10. § 257c StPO ist schon dann nicht verletzt, wenn eine Verständigung nicht zustande gekommen ist. Es liegt auf

der Hand, dass sich nach umfangreicher Beweiserhebung in einer langen Hauptverhandlung ein zunächst gewonnener Eindruck von Tat und Täter im Einzelfall entscheidend zum Vor- oder zum Nachteil des Angeklagten verändern kann und demzufolge einem für den Fall eines Geständnisses vor oder zu Beginn einer Hauptverhandlung in den Raum gestellten Strafrahmen für die Strafzumessung nach langer streitiger Hauptverhandlung in der Regel keine Bedeutung mehr zukommt (vgl. BGH wistra 2011, 139). Bindende (§ 257c StPO) oder sonst Vertrauen begründende Zusagen können nur Bestand haben, wenn die daran geknüpften Voraussetzungen auch tatsächlich eintreten. Es ist fernliegend, dass sich aus einem „nicht angenommenen Angebot“ gleichwohl Ansprüche auf bestimmte Rechtsfolgen ableiten lassen sollten (BGH wistra 2011, 28).

11. Es bleibt offen, ob im Lichte des Rahmenbeschlusses 2001/220/JI des Rates der Europäischen Union vom 15. März 2001 über die Stellung des Opfers im Strafverfahren (ABl. 2001 L 82 S. 1) und nach der zum 1. September 2004 in Kraft getretenen Neufassung der Vorschriften über das Adhäsionsverfahren durch das Opferrechtsreformgesetz (BGBl. I 2004, S. 1354), mit der der Gesetzgeber die Durchführung des Adhäsionsverfahrens zum Regelfall der Durchsetzung zivilrechtlicher Ansprüche erklärt hat (vgl. auch BVerfG NJW 2007, 1670, 1671 mwN), uneingeschränkt daran festzuhalten ist, dass einem Adhäsionsantrag die Eignung zur Erledigung im Strafverfahren fehlt, wenn zur Überprüfung der geltend gemachten Ansprüche komplizierte Rechtsfragen des internationalen Privatrechts zu entscheiden sind (vgl. BGH wistra 2003, 151; OLG Hamburg wistra 2006, 37).

880. BGH 2 StR 84/11 – Beschluss vom 7. Juli 2011 (LG Aachen)

Vorenthalten und Veruntreuen von Arbeitsentgelt (Verhältnis zum Betrug: Täuschung durch Unterlassen, Garantenstellung).

§ 266a StGB; § 263 StGB; § 13 StGB

1. Den Arbeitgeber trifft eine Meldepflicht, wonach er die für die Bemessung des Gesamtsozialversicherungsbeitrags maßgeblichen – im Gesetz im Einzelnen aufgeführten – Anknüpfungstatsachen hinsichtlich aller bei ihm beschäftigten Arbeitnehmer der Einzugsstelle mitzuteilen hat. Verletzt der Arbeitgeber diese Verpflichtung, indem er bewusst unwahre oder unvollständige Angaben macht, die zu einem geringeren Gesamtsozialversicherungsbeitrag führen, kann dies eine Täuschung im Sinne des § 263 StGB darstellen.

2. Eine Täuschung kann in solchen Fällen aber nur angenommen werden, wenn durch das Unterlassen der (zutreffenden) Meldung der Arbeitnehmer gegenüber einem Mitarbeiter einer Einzugsstelle zumindest konkludent zum Ausdruck gebracht wird, dass keine oder lediglich die gemeldeten Arbeitnehmer und diese in dem gemeldeten Umfang bei dem fraglichen Arbeitgeber beschäftigt sind. Täuschungen und korrespondierende Irrtümer von Mitarbeitern einer Einzugsstelle durch unrichtige Meldungen über die sozialversicherungspflichtige Beschäftigung von Arbeitnehmern kommen außerdem nur in Betracht, wenn und soweit hinsichtlich der beschäftigten Arbeitnehmer Meldungen an diese Einzugsstelle hätten

erfolgen müssen. Darauf beschränkt sich der Erklärungswert der Meldungen und die Mitarbeiter der Einzugsstelle machen sich nur insoweit Gedanken über die Geltendmachung von Sozialversicherungsbeiträgen.

3. Falls gegenüber den für die beschäftigten Arbeitnehmer zuständigen Einzugsstellen keine Erklärungen über die sozialversicherungspflichtige Beschäftigung erfolgen, kann bei den Mitarbeitern der zuständigen Einzugsstellen ein Irrtum daher nur vorliegen, wenn der Arbeitgeber dort unabhängig davon erfasst ist (BGH, Beschluss vom 18. Mai 2010 – 1 StR 111/10).

830. BGH 1 StR 21/11 – Beschluss vom 9. Juni 2011 (LG Bochum)

Gewerbsmäßige Steuerhohlerei (Feststellungsvoraussetzungen bei [polnischen] Einfuhrausgaben); Hinterziehung von Tabaksteuer (Empfänger; Unterlassen); Verletzung des Rechts auf Verfahrensbeschleunigung (Beschleunigungsgrundsatz; gewisse Verzögerung in einem Verfahrensabschnitt; insgesamt angemessene Verfahrensdauer; Recht auf Beschwerde).

§ 374 AO; § 370 Abs. 1 Nr. 1 AO; § 19 TabStG; Art. 6 EMRK; Art. 13 EMRK

1. Verbrauchsteuern i.S. des § 374 Abs. 1 AO sind nur inländische Steuern. Der Begriff der Einfuhrabgaben setzt in § 374 Abs. 1 AO gleichermaßen wie in § 373 Abs. 1 AO einen Einfuhrvorgang voraus. Einfuhr ist dabei nur das unmittelbare Verbringen von Ware aus einem Drittland in das Gebiet der Europäischen Union, nicht jedoch das Verbringen von Ware (außerhalb eines gemeinschaftlichen Zollverfahrens) von einem Mitgliedstaat in einen anderen (vgl. BGH wistra 2011, 191). Deshalb können Verbrauchsteuern wie die in Polen zu entrichtende Akzise überhaupt nur dann zu den Einfuhrabgaben i.S.d. § 374 Abs. 1 AO zählen, wenn sie bei der unmittelbaren Einfuhr aus einem Drittland in das Gebiet der Europäischen Union entstehen. Hierzu bedarf es in Fällen des Zigarettenschmuggels entsprechender Feststellungen.

2. Soweit das Tatgericht die Strafverfolgung nicht beschränkt, muss es bei der Strafzumessung zum Nachteil des Angeklagten dem Umstand Rechnung tragen, dass in den durch die Vortaten verkürzten Abgaben sowohl deutsche Tabaksteuer als auch polnische Akzise enthalten waren, mithin in den tatbestandlichen Schuldumfang für dieselben Waren die zweifache Verkürzung von Verbrauchsteuern einfluss. Insoweit muss das Tatgericht in den Blick nehmen, dass das unionsrechtliche Verbrauchsteuersystem – jedenfalls für den Fall normgemäßen Verhaltens – davon ausgeht, dass verbrauchsteuerpflichtige Waren im Ergebnis grundsätzlich nicht mit den Verbrauchsteuern mehrerer Mitgliedstaaten belastet sein sollen. Das Unionsrecht sieht deshalb grundsätzlich die Möglichkeit der Erstattung von in anderen Mitgliedstaaten entstandenen und auch erhobenen Verbrauchsteuern vor (vgl. Art. 7 Abs. 6 und Art. 22 Abs. 3 der Richtlinie Nr. 92/12/EWG des Rates vom 25. Februar 1992 über das allgemeine System, den Besitz, die Beförderung und die Kontrolle verbrauchsteuerpflichtiger Waren [ABl. EG Nr. L 76/1 – „Verbrauchsteuer-Systemrichtlinie“] sowie Art. 33 Abs. 6 der Richtlinie 2008/118/EG des Rates

vom 16. Dezember 2008 über das allgemeine Verbrauchsteuersystem und zur Aufhebung der Richtlinie 92/12/EWG sowie die dortigen Erwägungsgründe Nr. 12, 30 und 31; ABl. EU 2009 Nr. L 9/12).

3. Das Tatgericht kann ohne Rechtsfehler zu Lasten des Angeklagten berücksichtigen, dass der von diesem begangenen Steuerhohlerei mehrere Vortaten zugrunde lagen. Dies gilt auch für die Hinterziehung deutscher Tabaksteuer, sondern auch die Hinterziehung von Einfuhrabgaben in Polen (BGH wistra 2010, 226). Das Tatgericht der nach § 374 AO strafbaren Steuerhohlerei besteht in der Aufrechterhaltung des von einem oder mehreren Vortätern geschaffenen steuerrechtswidrigen Zustandes (vgl. BGH wistra 2008, 105).

4. Die in Polen verkürzten Abgaben entfallen nicht nachträglich durch das Verbringen der Zigaretten nach Deutschland. Gleichwohl könnte es sich empfehlen in Fällen der vorliegenden Art die Strafverfolgung hinsichtlich der verkürzten Abgaben gemäß §§ 154, 154a StPO auf den bei der Einfuhr in einen anderen Mitgliedstaat hinterzogenen Zoll und (oder gar nur) auf die bei dem Verbringen in das deutsche Verbrauchsteuergelände hinterzogene deutsche Tabaksteuer zu beschränken. Es bedarf dann auch nicht der sonst erforderlichen Feststellung und Anwendung der tabaksteuerrechtlichen Vorschriften anderer Mitgliedstaaten sowie der zuweilen schwierigen Berechnung und Darstellung der in anderen Mitgliedstaaten hinterzogenen Tabaksteuer.

839. BGH 1 StR 154/11 – Beschluss vom 13. Juli 2011 (LG Neuruppin)

Anforderung an die Urteilsgründe einer Verurteilung wegen Steuerhinterziehung (Berechnungsdarstellung; eigene Rechtsanwendung des Richters; Verständigung).

§ 370 AO; § 261 StPO; § 257c StPO

1. Die Anforderungen an die Darstellung einer Steuerhinterziehung sind auch dann zu beachten, wenn dem Urteil eine Verständigung gemäß § 257c StPO zugrunde liegt.

2. Die Urteilsgründe müssen die für erwiesen erachteten Tatsachen mitteilen, in denen die gesetzlichen Merkmale der Straftat gefunden werden. Bei der Steuerhinterziehung, bei der die Strafvorschrift des § 370 AO durch die im Einzelfall anzuwendenden steuerrechtlichen Vorschriften materiellrechtlich ausgefüllt wird, müssen die jeweiligen Umstände festgestellt werden, aus denen sich ergibt, welches steuerlich erhebliche Verhalten im Rahmen der jeweiligen Abgabenart zu einer Steuerverkürzung geführt hat. Dazu gehören insbesondere auch diejenigen Parameter, die maßgebliche Grundlage für die Steuerberechnung sind (BGH NJW 2009, 2546 mwN).

3. Die auf den Besteuerungsgrundlagen aufbauende Steuerberechnung ist Rechtsanwendung und daher Aufgabe des Tatrichters. Eine Berechnungsdarstellung kann zwar dann entbehrlich sein, wenn ein sachkundiger Angeklagter, der zur Berechnung der hinterzogenen Steuern in der Lage ist, ein Geständnis ablegt (vgl. BGH NStZ 2001, 200 mwN).

4. Allein durch die Bezugnahme auf das Ergebnis rechtskräftig gewordener Steuerbescheide kann eine Strafkammer den der Berechnungsdarstellung zukommenden Aufgaben nicht entsprechen.

841. BGH 1 StR 90/11 – Beschluss vom 14. Juni 2011 (LG Münster)

Steuerhinterziehung (Hinterziehung von Lohnsteuer, von Umsatzsteuer und von Einkommensteuer; uneigentliches Organisationsdelikt; Beurteilungsspielraum bei der Schätzung; Hochrechnung nach § 14 Abs. 2 Satz 2 SGB IV); Vorenthalten und Veruntreuen von Arbeitsentgelt.

Art. 103 Abs. 2 GG; § 370 AO; § 266a StGB; § 41a EStG; § 14 Abs. 2 Satz 2 SGB IV; § 52 StGB; § 261 StPO

1. Auch bei der Steuerhinterziehung kommt die Begehung in Form eines „uneigentlichen Organisationsdelikts“ in Betracht.

2. Stehen für die Berechnung der in den einzelnen Tatmonaten hinterzogenen Lohnsteuer mangels ausreichender Buchführung keine hinreichenden Feststellungsgrundlagen zur Verfügung, steht dem Tatgericht bei der Entscheidung, welche Schätzungsmethode dem vorgegebenen Ziel, der Wirklichkeit durch Wahrscheinlichkeitsüberlegungen möglichst nahe zu kommen, am besten gerecht wird, ein Beurteilungsspielraum zu. Die revisionsgerichtliche Überprüfung beschränkt sich hier darauf, ob das Tatgericht nachvollziehbar dargelegt hat, warum es sich der gewählten Schätzungsmethode bedient hat und weshalb diese dafür geeignet ist (BGH wistra 2010, 148).

3. Ist eine Schadensberechnung auf Grundlage des einheitlichen Eingangsteuersatzes der Lohnsteuerklasse VI nicht möglich, darf das Tatgericht auf Grundlage der noch vorhandenen Aufzeichnungen über Schwarzlohnzahlungen in einigen der Tatmonate den auf die Teilschwarzlohnzahlungen anfallenden Anteil der aus dem Gesamtbruttogehalt berechneten Lohnsteuer ermitteln. Der sich daraus ergebenden Durchschnittsprozentsatz darf – vermindert um einen Sicherheitsabschlag – der Berechnung der hinterzogenen Lohnsteuer zu Grunde gelegt werden.

4. Zur Berechnung der vorenthaltenen Sozialversicherungsbeiträge sind die Teilschwarzlohnzahlungen gemäß § 14 Abs. 2 Satz 2 SGB IV auf ein sozialversicherungspflichtiges Bruttoentgelt hochzurechnen. Auch in Fällen teilweiser Schwarzlohnzahlungen findet § 14 Abs. 2 Satz 2 SGB IV Anwendung (BGH wistra 2010, 29). Der Senat teilt die einfach- und verfassungsrechtlichen Bedenken, die seitens der Revision hiergegen erhoben werden, nicht. Namentlich steht der Bestimmtheitsgrundsatz i.S.v. Art. 103 Abs. 2 GG der Anwendung der Vorschrift nicht entgegen. Der Wortlaut der Vorschrift deckt deren Anwendung auch in Fällen von Teilschwarzlohnzahlungen. Angesichts des mit Einführung des § 14 Abs. 2 Satz 2 SGB IV vom Gesetzgeber verfolgten Zwecks, ist dessen Anwendung auch in Fällen der vorliegenden Art geboten (BGH aaO).

851. BGH 1 StR 209/11 – Beschluss vom 18. Mai 2011 (LG Essen)

Verfolgungsverjährung bei der Steuerhinterziehung durch Unterlassen (Schätzung; Bratschwund bei Dönerfleisch; Zweifelgrundsatz); Täter-Opfer-Ausgleich.
§ 370 Abs. 1 Nr. 2 AO; § 78 StGB; § 78a StGB; § 46a StGB

1. Der hypothetische Zeitpunkt, zu dem das Finanzamt einen Steuerbescheid erlassen hätte, wenn der Täter fristgemäß eine Steuererklärung abgegeben hätte, ist für die Frage der für den Verjährungsbeginn maßgeblichen Tatbeendigung ohne Bedeutung. Auch der – ohnehin für Rechtsfragen nicht anzuwendende – Zweifelssatz gebietet nicht die Annahme, der Angeklagte wäre als erster veranlagt worden (vgl. BGHSt 47, 138 ff.).

2. Die Annahme der Voraussetzungen der Vorschrift des § 46a Nr. 1 StGB kommt bei Steuerdelikten, deren geschütztes Rechtsgut allein die Sicherung des staatlichen Steueranspruchs ist, nicht in Betracht (BGH NStZ 2001, 200).

846. BGH 1 StR 189/11 – Beschluss vom 31. Mai 2011 (LG Frankfurt am Main)

Verjährung bei der Umsatzsteuerhinterziehung durch Unterlassen.

§ 370 Abs. 1 Nr. 2 AO; § 78a StGB; § 78 StGB

Die für den Beginn der Verjährungsfrist maßgebliche Tatbeendigung (§ 78a StGB) tritt bei der Hinterziehung von Umsatzsteuer durch Unterlassen erst mit dem Ablauf, dh mit dem vollständigen Verstreichen, der Einreichungsfrist für die Umsatzsteuerjahreserklärung und nicht schon im Laufe des letzten Tages der Erklärungsfrist ein (vgl. BGH wistra 2009, 189, 190; BGHR StGB § 78a Satz 1 Umsatzsteuerhinterziehung 2).

912. BGH 2 StR 435/10 – Beschluss vom 16. Juni 2011 (LG Wiesbaden)

Konkurrenzen beim Subventionsbetrug (Bewertungseinheit auch bei anfangs fehlendem Vorsatz).

§ 264 StGB; § 15 StGB

Verschiedene Mittelabrufe, die sich jeweils in erster Linie auf die Gesamtsumme des bewilligten Subventionsbetrages bezogen haben, stellen bei einem Subventionsbetrug unselbständige Teile einer Bewertungseinheit dar (vgl. BGH, Beschluss vom 1. Februar 2007 – 5 StR 467/06 – BGHR StGB § 264 Abs. 1 Konkurrenzen 3). Die Tatsache, dass das Landgericht nicht festgestellt hat, auch die Herbeiführung der Subventionsbewilligung sei vorsätzlich im Sinne des § 264 Abs. 1 StGB erfolgt, steht dem nicht entgegen.

933. BGH 4 StR 139/11 – Beschluss vom 14. Juli 2011 (LG Dortmund)

Verfahrensrüge zur fehlenden örtlichen Zuständigkeit; Handlungsort beim Betäubungsmittelhandel.

§ 338 Nr. 4 StPO; § 7 Abs. 1 StPO; § 29 BtMG; § 9 BtMG

1. Handeltreiben mit Betäubungsmitteln ist ein Tätigkeits- und kein Erfolgsdelikt. Für die Frage, ob der Gerichtsstand des Tatorts gemäß § 7 Abs. 1 StPO i.V.m. § 9 Abs. 1 StGB begründet ist, ist deshalb allein auf den

Handlungsort abzustellen (BGH NStZ 2003, 269). Die Bestimmung des Handlungsorts beurteilt sich dabei nach der Tatsachengrundlage, wie sie sich im Zeitpunkt der Eröffnung des Hauptverfahrens darstellt.

2. Das Zusammenwirken von Veräußerer und Erwerber von Betäubungsmitteln stellt sich nach der Rechtsprechung des Bundesgerichtshofs nicht als Mittäterschaft, sondern jeweils als selbständige Täterschaft dar, weil sich beide als Geschäftspartner gegenüberstehen und gegensätzliche Interessen verfolgen, so dass ihr gemeinsames Tätigwerden allein durch die Art der Deliktsverwirklichung vorgegeben ist (BGHSt 42, 255, 259). Aus dem gleichen Grund führt das Zusammenwirken zwischen Veräußerer und Erwerber auch nicht zu einer Beteiligung des einen an der jeweiligen Tat des andern (vgl. BGH NStZ 2009, 221).

3. Die in der Annahme eines Lieferangebots liegende Tathandlung des vollendeten Handeltreibens schließt den Zugang der Erklärung bei dem Adressaten mit ein mit der Folge, dass ein Handlungsort im Sinne des § 9 Abs. 1 StGB auch an dem Ort gegeben ist, an dem die Annahmeerklärung den Adressaten erreicht.

829. BGH 1 StR 13/11 – Urteil vom 9. Juni 2011 (LG Würzburg)

Handeltreiben mit Betäubungsmitteln (Grenzen des Tatausschlusses bei der Betätigung als privater V-Mann).

§ 29 BtMG

1. Eine Strafbarkeit wegen Handeltreibens mit Betäubungsmitteln scheidet aus, wenn der Täter nicht auf den Umsatz des „Stoffes“ abzielt, sondern die Ware der Polizei in die Hände spielen und damit erreichen wolle, dass sie aus dem Verkehr gezogen wird. Er kann dann nach ständiger Rechtsprechung weder Täter noch Teilnehmer des Handeltreibens sein (BGH StV 1988, 432; BGH NStZ 1996, 338 mwN).

2. Dafür ist jedoch Voraussetzung, dass der Angeklagte die notwendigen Bemühungen entfaltet, um die Betäubungsmittel nicht in den Verkehr gelangen zu lassen. Der Angeklagte darf die Herrschaft über den Geschehensablauf nicht aus der Hand geben und – auch aus seiner Sicht – der Polizei den Zugriff auf den weiteren Verlauf verwehren. Nur geringfügige Risiken müssen beim Einsatz von Privatpersonen in Kauf genommen werden.

953. BGH 4 StR 209/11 – Beschluss vom 8. Juni 2011 (LG Baden-Baden)

Führen eines Kraftfahrzeugs unter dem Einfluss berauschender Mittel (Verhältnis zu parallel begangenen Straftaten).

§ 24a Abs. 2 StVG; § 21 Abs. 1 Satz 1 OWiG

1. Nach § 21 Abs. 1 Satz 1 OWiG wird in Fällen, in denen eine Handlung gleichzeitig eine Straftat und eine Ordnungswidrigkeit darstellt, Straftat und Ordnungswidrigkeit mithin zueinander in Tateinheit stehen, nur das Strafgesetz angewendet. Dies greift ein, wenn zwischen dem Besitz erworbener Betäubungsmittel und der Fahrt, die der Angeklagte nach dem Kokainkonsum durchgeführt hat, eine unlösbare innere Verknüpfung bestand, die über die bloße Gleichzeitigkeit der Ausführung der Tathandlungen hinausging. So liegt es, wenn die „Drogenfahrt“ dazu diente, die vom Angeklagten erworbenen Betäubungsmittel zu seinem Wohnort zu transportieren.

2. Das gegen den Angeklagten verhängte Fahrverbot kann jedoch bestehen bleiben (vgl. § 21 Abs. 1 Satz 2 OWiG).

762. BGH 3 StR 201/11 – Beschluss vom 14. Juli 2011 (LG Duisburg)

Einschleusen von Ausländern (Förderung mehrerer Taten Dritter durch eine Handlung; Konkurrenzen).

§ 92 Abs. 2 Nr. 2 AuslG aF; § 92a Abs. 1 und 2 Nr. 1 AuslG aF; § 52 StGB; § 53 StGB

Fördert der Täter des Einschleusens von Ausländern (§ 92 Abs. 2 Nr. 2, § 92a Abs. 1 und 2 Nr. 1 AuslG aF) rechtlich selbständige Haupttaten mehrerer Ausländer durch eine Beihilfehandlung, so liegt nur eine Beihilfe und damit für ihn nur eine Tat vor.

937. BGH 4 StR 159/11 – Beschluss vom 26. Mai 2011 (LG Magdeburg)

Unterbringung in einer Entziehungsanstalt neben einer Jugendstrafe (Erörterungsmangel hinsichtlich der möglichen Entbehrlichkeit der zusätzlichen Jugendstrafe).

§ 5 Abs. 3 JGG; § 64 StGB; § 17 JGG

Wird aus Anlass der Straftat eines Jugendlichen dessen Unterbringung in einer Entziehungsanstalt angeordnet, so wird gemäß § 5 Abs. 3 JGG von Jugendstrafe abgesehen, wenn die Maßregelverordnung eine solche Ahndung entbehrlich macht. Diese spezifisch jugendstrafrechtliche Vorschrift ermöglicht es, dem Gedanken der Einspurigkeit freiheitsentziehender Maßnahmen im Jugendstrafrecht Rechnung zu tragen (vgl. BGHSt 39, 92, 95 m.w.N.). Eine entsprechende Prüfung und Entscheidung muss einem Urteil zu entnehmen sein, wenn sowohl Jugendstrafe als auch eine Maßregelverordnung erfolgen soll.

Korruptionsdelikte und Pharmamarketing – Sind Vertragsärzte Amtsträger oder Beauftragte der Krankenkassen?

Kommentar zu BGH, Beschl. v. 05.05.2011 – 3 StR 458/10 = BGH HRRS 2011 Nr. 800 und BGH, Beschl. v. 20.07.2011 – 5 StR 115/11 = BGH HRRS 2011 Nr. 801

Von Rechtsanwalt Markus Rübenstahl, Mag. iur., Frankfurt am Main

I. Einführung

Wie Blitze aus heiterem Himmel kommen Vorlagebeschlüsse der Strafsenate des BGH mit gravierend strafverschärfendem Inhalt selten. Im Fall der 1. Vorlagefrage des Beschlusses vom 05.05.2011 könnte man jedoch ausnahmsweise von einer „gelungenen“ Überraschung sprechen, jedenfalls wenn man meint, dass die betroffenen Ärzte und Pharmaunternehmen, aber auch weite Teile der Strafjustiz und Anwaltschaft¹ aus solchem Anlass aus allen Wolken fallen sollten:

Gemäß § 132 Abs. 4 GVG legt der 3. Strafsenat dem Großen Senat für Strafsachen wegen grundsätzlicher Bedeutung die Rechtsfrage vor, ob ein niedergelassener, für die vertragsärztliche Versorgung zugelassener Arzt bei Wahrnehmung der ihm in diesem Rahmen übertragenen Aufgaben – hier: Verordnung von Hilfsmitteln (§§ 33, 73 Abs. 2 Nr. 7 SGB V) – als Amtsträger im Sinne des § 11 Abs. 1 Nr. 2 Buchst. c StGB anzusehen ist, mit der Folge der Anwendbarkeit der Korruptionstatbestände nach den §§ 331 ff. StGB. Der 3. Strafsenat bejaht diese bislang in der Rspr. nicht ersichtliche und in der Literatur kaum vertretene² Ansicht entschieden. Ergebnis und Begründung können nicht überzeugen (hierzu unter II.). Hilfsweise befragt der 3. Strafsenat – für den Fall der Verneinung dieser vorrangigen Rechtsfrage – den großen Senat, ob ein niedergelassener, für die vertragsärztliche Versorgung zugelassener Arzt bei Wahrnehmung der ihm in diesem Rahmen übertragenen Aufgaben jedenfalls im Sinne des § 299 StGB als Beauftragter der gesetzlichen Krankenkassen anzusehen ist. Diese in der Literatur überwiegend abgelehnte³ wenn auch zwischenzeitlich in

Literatur⁴ und untergerichtlicher Rspr.⁵ breit vertretene Auffassung billigt der 3. Strafsenat hilfsweise. Auch insoweit vermag seine Begründung nicht überzeugen (hierzu unter III.). In all' dem Blitz und Donner sollte nicht überhört werden, dass der Senat eher leise darauf hinweist, dass für Vorteilsgewährungen an Vertragsärzte im Tatzeitraum (bis ca. 2008) – jedenfalls bei entsprechender Rechtsberatung der Betroffenen – ein strafbefreiender, unvermeidbarer Verbotsirrtum (§ 17 S. 1 StGB) nahe liegen soll. Dem ist zuzustimmen, wobei der zeitliche Anwendungsbereich des Verbotsirrtums allerdings weiter reichen muss, als es der 3. Strafsenat hier ausspricht und auch die geforderte Rechtsberatung nicht als zwingende Voraussetzung anzusehen ist (hierzu unter IV.).

Zu den drei vorgenannten Rechtsfragen wird in der Folge Stellung genommen, wobei der entscheidungsgegenständliche Sachverhalt und die Argumentation des 3. Strafsenats nur insoweit wiedergegeben werden, als sie für den Gedankengang dieser Stellungnahme maßgeblich sind. Im Übrigen wird auf den Text der in derselben Ausgabe abgedruckten Entscheidung⁶ verwiesen.

Unter II. wird auch auf die parallele Konstellation der Verordnung von Arzneimitteln gem. § 73 Abs. 2 SGB V durch Vertragsärzte Bezug genommen, die der 5. Strafsenat durch Beschluss vom 20.07.2011⁷ nunmehr ebenfalls dem Großen Senat für Strafsachen zur Entscheidung vorgelegt hat. Nach der Argumentation des Beschlusses

2009, 129, 132; Brockhaus/Dann/Teubner/Tsambikakis wistra 2010, 418; Dieners PharmR 2010, 232; Geis wistra 2010, 280; Schneider StV 2010, 366; Schneider HRRS 2010, 241, 245 ff.; Sobotta GesR 2010, 471; Steinhilper MedR 2010, 499; Warntjen/Schelling PharmR 2010, 509; Weidhaas ZMGR 2010, 199.

⁴ Fischer (Fn. 1) § 299 Rn. 10b ff.; LK/Tiedemann, 12. Aufl. (2008), § 299 Rn. 18; NK/Dannecker, 3. Aufl. (2010), § 299 Rn. 23c; Böse/Mölders MedR 2008, 585, 586 ff.

⁵ OLG Braunschweig NStZ 2010, 392.

⁶ HRRS 2011 Nr. 800.

⁷ HRRS 2011 Nr. 801.

¹ Vgl. nur den die strafrechtliche Praxis dominierenden Kommentar von Fischer, 58. Aufl. (2011), § 11 Rn. 22 c.

² Neupert NJW 2006, 2811; Pragal/Apfel A&R 2007, 10, 16 f.

³ Taschke StV 2005, 406, 410; Bernsmann/Schoß GesR 2005, 193, 195 f.; Geis wistra 2005, 369; Geis GesR 2006, 345, 347; Geis wistra 2007, 361; Reese PharmR 2006, 92, 96; Sahar ZIS 2007, 69; Klötzer NStZ 2008, 12 ff.; Kölbel wistra

vom 05.05.2011 ist anzunehmen, dass der 3. *Strafsenat* hinsichtlich der Verordnung von Medikamenten ebenfalls von einer Amtsträgerstellung des Vertragsarztes ausgehen würde. Der 5. *Strafsenat* bezieht bedauerlicherweise in seinem Beschluss vom 20.07.2011 zu der eigenen Vorlagefrage betreffend die Verordnung von Medikamenten im Ergebnis nicht eindeutig Stellung. Er scheint jedoch skeptisch gegenüber der Auffassung des 3. *Strafsenats* zu sein, dass § 11 Abs. 1 Nr. 2 c StGB bei der Verordnung von Hilfsmitteln eingreift. Der 5. *Strafsenat* sieht bei den „beiden Sachverhalten [...] im Rahmen der eigentlichen Problembetrachtung möglicherweise beachtliche Abweichungen“. In der Tendenz äußert er sich dahingehend, dass nur bei der Verordnung von Arzneimitteln die Befugnisse des Arztes eindeutig in den Bereich der vertragsärztlichen Verantwortlichkeit fallen, mit der Folge, dass hier offenbar aus seiner Sicht eine Amtsträger- oder Beauftragtenstellung des Vertragsarztes näher liege als bei der Verordnung von Hilfsmitteln. Dem kann im Ergebnis nur soweit zugestimmt werden, als die Argumente, die der 5. *Strafsenat* gegen die Amtsträgerstellung bei der Hilfsmittelverordnung vorbringt – ergänzend und nicht unbedingt ausschlaggebend – zutreffend erscheinen, nicht aber der möglicherweise implizierte Umkehrschluss für die Verordnung von Medikamenten.

II. Vertragsärzte sind keine Amtsträger

1. Krankenkassen als „sonstige Stellen“ im Sinne des § 11 Abs. 1 Nr. 2 c StGB?

Der Senat stützt die aus seiner Sicht tragende Annahme, gesetzliche Krankenkassen seien „sonstige Stellen“ im Sinne des § 11 Abs. 1 Nr. 2c StGB – mit der Konsequenz, dass Vertragsärzte „in deren Auftrag“ und damit als sonstige Amtsträger tätig sein können – darauf, es handle sich bei diesen um „behördenähnliche Institutionen“ (Rn. 22). Dafür spreche schon deren Organisationsform als Körperschaften des öffentlichen Rechts (§ 4 Abs. 1 SGB V), denn diese habe erhebliche indizielle Bedeutung (Rn. 23).⁸ Diese Ansicht des BGH muss jedoch kritisch am Wortlaut der seit 1997 geltenden Fassung der Vorschrift des § 11 Abs. 1 Nr. 2c StGB gemessen werden. Danach hat die Einordnung als sonstige Stelle gerade „unbeschadet der zur Aufgabenerfüllung gewählten Organisationsform“ zu erfolgen. Darin kommt objektiv zum Ausdruck, dass die öffentlich-rechtliche oder privatrechtliche Organisation der sonstigen Stelle als nicht entscheidungserheblich anzusehen ist. Im – später umgesetzten – Gesetzesentwurf der Regierungsfractionen CDU/CSU und FDP wurde explizit festgestellt, dass für die Frage der Amtsträgereigenschaft die Art der Aufgabe maßgeblich sein soll und es nicht darauf ankomme, in welcher (Rechts-)Form diese wahrgenommen werde.⁹ Dieser Rechtsform kommt – außer für die Bestimmung, ob es sich um eine Behörde im Sinne der Vorschrift handelt – mithin kein Präjudiz zu, auch wenn dem historischen Gesetzgeber in concreto eine Erweiterung des Anwen-

⁸ Unter Hinweis auf BGHSt 54, 39, 41 = HRRS 2009 Nr. 717 und 54, 202, 208 = HRRS 2010 Nr. 109.

⁹ BT-Drs. 13/5584 vom 24.09.1996, S. 6, 9.

dungsbereichs der Norm auf bestimmte staatsnahe Kapitalgesellschaften anstrebte.

Entgegen dem 3. *Strafsenat* ist die als nicht entscheidungserheblich offen gelassene (Rn. 25) Frage durchaus maßgeblich, ob die gesetzlichen Krankenkassen bei der Wahrnehmung ihrer Aufgaben „als verlängerter Arm des Staates“ angesehen werden können – was nach den gesetzlichen Vorgaben des § 29 Abs. 2 und 3 SGB V nicht der Fall ist.¹⁰ Zwar hat der BGH inzwischen mehrfach geäußert, das Abgrenzungskriterium sei für den Bereich der Tätigkeit privatrechtlich organisierter Einrichtungen und Unternehmen der öffentlichen Hand entwickelt worden, weil es (nur) in diesem Zusammenhang eines aussagekräftigen Unterscheidungsmerkmals von staatlichem und privatem Handeln bedürfe.¹¹ Der 3. *Strafsenat* zieht hier allerdings nicht hinreichend in Betracht, dass diese Rspr. auf der Grundlage der alten, nicht der geltenden Fassung des § 11 Abs. 1 Nr. 2 c StGB entwickelt wurde¹² und eine Differenzierung nach der Rechtsform durch den Wortlaut des Korruptionsbekämpfungsgesetzes gerade ausgeschlossen ist (s.o.). Zudem lässt sich der Leitentscheidung (zur GTZ) nicht entnehmen, dass die öffentlich-rechtlichen Institutionen – insbesondere Behörden – im geringeren Maß staatlicher Steuerung unterliegen müssen als private, sondern eher, dass eine solche Steuerung bei ersteren implizit als bestehend vorausgesetzt wurde.¹³ Da es darum ging, ob (private) sonstige Stellen *Behörden* gleichzustellen sind und diese Gleichstellung vom BGH als entscheidendes Kriterium gesehen wurde¹⁴, erscheint das Erfordernis der staatlichen Steuerung auch bei öffentlich-rechtlichen „sonstigen Stellen“ sinnvoll.

2. Vertragsärzte als „Beauftragte“ der Krankenkassen („sonstige Stellen“)?

Selbst wenn man unterstellt, dass das Erfordernis der Gleichstellung der Krankenkasse selbst mit einer Behörde – und daher deren Stellung als „verlängerter Arm“ des Staates – wegen der öffentlich-rechtlichen Organisation nicht erforderlich sei, ist dies jedenfalls hinsichtlich des niedergelassenen, freiberuflichen Vertragsarztes der Fall. Der 3. *Strafsenat* berücksichtigt nicht hinreichend, dass der Vertragsarzt seine Tätigkeit nicht „bei“ einer „sonstigen Stelle“ (Krankenkasse) ausübt, sondern allenfalls „im Auftrag“ einer solchen. An eine solche Wahrnehmung öffentlicher Aufgaben durch organisationsexterne Privat-

¹⁰ Der Status der Kassen als Selbstverwaltungskörperschaften wird in § 29 Abs. 2 SGB IV so bestimmt, dass die Selbstverwaltung nicht durch die Bediensteten der Krankenkassen, sondern grundsätzlich durch die Versicherten und die Arbeitgeber ausgeübt wird (politische Selbstverwaltung); § 29 Abs. 3 SGB IV enthält die Garantie, dass die Krankenkassen ihre Aufgaben selbstständig und unabhängig von fachlichen Weisungen staatlicher Stellen wahrnehmen können (rechtliche Selbstverwaltung), *Quaas/Zuck*, MedR, 2. Aufl. (2008), § 7 Rn. 9 m.w.N.

¹¹ BGHSt 43, 370, 377; 45, 16, 19; 45, 49; 45, 214, 219; 50, 299, 303 = HRRS 2006 Nr. 123; 54, 202, 212 = HRRS 2010 Nr. 109.

¹² BGHSt 43, 370 ff.

¹³ BGHSt 43, 370, 377 f.

¹⁴ BGHSt 43, 370, 377 f.

rechtssubjekte sind aber nach bisher h. M. erhöhte Anforderungen hinsichtlich der organisatorischen Anbindung an den Staat und der behördenähnlichen Ausgestaltung dieser Aufgaben zu stellen.¹⁵ Diese sind hier nicht erfüllt.

a) Keine Tätigkeit des Vertragsarztes „bei“ einer „sonstigen Stelle“ (Krankenkasse)

Auch den Befürwortern der Amtsträgerstellung zufolge übt der Vertragsarzt seine Tätigkeit nicht „bei“ der Krankenkasse als – der Rspr. zufolge – „sonstiger Stelle“ aus, sondern allenfalls „im Auftrag“ der Krankenkasse.¹⁶ Unstrittig ist er dort nicht beschäftigt, sondern wirkt vielmehr gem. § 72 Abs. 1 S. 1 SGB V mit den Krankenkassen bei der Versorgung der Kranken lediglich – als Organisationsexterner – zusammen.¹⁷ Auch der 3. *Strafsenat* erwähnt, dass der Vertragsarzt durch die Zulassung (§ 95 SGB V) gerade nicht in ein Dienstverhältnis zu den Kassen oder den kassenärztlichen Vereinigungen eintritt (Rn. 31). Folgerichtig hält auch der 3. *Strafsenat* eingangs fest, seiner Ansicht nach übe der Vertragsarzt „im Auftrag“ – und nicht etwa: „bei“ – einer sonstigen Stelle Aufgaben der öffentlichen Verwaltung aus (Rn. 20).¹⁸ Vor diesem Hintergrund enttäuscht es, dass der 3. *Strafsenat* in seinen umfangreichen begründenden Ausführungen nicht explizit auf dieses „Auftragsverhältnis“ zurückkommt. Der 3. *Strafsenat* räumt zwar – durch Verweis auf das Urteil des BGH vom 29.01.1998¹⁹ – implizit ein, dass bei Freiberuflern eine Amtsträgerstellung nach h. Rspr. die dort genannten strengen Voraussetzungen erfordert. Er vermeidet aber eine Auseinandersetzung mit der Frage, ob, wie in dem gerade zitierten Fall des „Ortsingenieurs“, der Vertragsarzt für die Krankenkasse(n) oder gar für eine staatliche oder kommunale Gebietskörperschaft „wie eines ihrer Organe nach außen auftreten sollte“²⁰. Der 3. *Strafsenat* hätte angesichts der selbst zitierten Rspr. allen Anlass gehabt, größte Sorgfalt darauf zu verwenden, die Auftragsbeziehung des Vertragsarztes zu den Krankenkassen („sonstigen Stellen“) unter Berücksichtigung der Maßstäbe der bisherigen Rechtsprechung zu analysieren und zu bewerten. Die für die Unerheblichkeit des Kriteriums der Steuerungsmöglichkeit („verlängerter Arm des Staates“) angebotene Begründung (Rn. 25), dieses sei für Privatrechtssubjekte entwickelt worden und auf die Erfüllung öffentlicher Aufgaben in *Organisationsformen des öffentlichen Rechts* nicht übertragbar,²¹ verkennt, dass es diesbezüglich auf den Vertragsarzt ankommt, nicht auf die Krankenkasse. Einer öffentlich-rechtlichen *Organisati-*

onsform unterliegen nur die Krankenkassen als juristische Personen des öffentlichen Rechts, allenfalls noch die *Kassenärztlichen Vereinigungen* (KV) nicht aber die einzelne *Vertragsärzte*. Diese bleiben – auch als mögliche „Beauftragte“ einer „sonstigen Stelle“ – primär Privatrechtssubjekte. Für den einzelnen Vertragsarzt enthält auch das SGB V allenfalls *Handlungsformen* des öffentlichen Rechts, nicht aber eine solche *Organisationsform*. Da auf die Organisation der Aufgabenerfüllung in der Person des Vertragsarztes abzustellen ist, müssen für ihn die Maßgaben der Rspr. gelten, die für andere beauftragte Privatrechtssubjekte gelten.

b) Anforderungen an die Tätigkeit „im Auftrag einer sonstigen Stelle“

Da der Amtsträgerbegriff einen Personenkreis abgrenzen soll, der in besonderer Weise auf die Integrität und Funktionsfähigkeit der Verwaltung und das äußere Erscheinungsbild eines rechtsstaatlichen Verwaltungsapparats einwirken kann, unterscheiden sich die beiden Tatbestandsvarianten des § 11 Abs. 1 Nr. 2 c StGB nach zutreffender Auffassung in ihren Anforderungen, denn die Beschäftigung „bei“ einer Behörde betont eher den institutionellen, die Beschäftigung „im Auftrag“ einer öffentlichen Stelle hingegen mehr den funktional-inhaltlichen Bestandteil der Aufgabenwahrnehmung.²² Da bei der hier allenfalls in Betracht kommenden Tätigkeit „im Auftrag“ – der Krankenkasse als laut dem 3. *Strafsenat* sonstiger Stelle – der funktional-inhaltliche Aspekt in den Vordergrund rückt und es sich bei dem Vertragsarzt an sich um einen selbständig wirtschaftenden Privaten und Freiberufler handelt, müsste dieser nach der älteren und ständigen Rspr.²³ bei einer Gesamtbetrachtung als „verlängerter Arm“ des Staates erscheinen. Prägnant formuliert müsste er den Staat für jedermann erkennbar repräsentieren, indem er Aufgaben der öffentlichen Verwaltung auf staatspezifische Art und Weise erledigt.²⁴ Zudem bedürfte es eines Bestellsaktes.²⁵

c) Kein Bestellsakt in Gestalt der Zulassung zur vertragsärztlichen Versorgung

Bereits von *Klötzer*²⁶ wurde zudem der Auffassung, die Zulassung des Arztes zur vertragsärztlichen Versorgung (§ 95 SGB V) sei eine Bestellung des Vertragsarztes im Sinne des § 11 Abs. 1 Nr. 2 c StGB (Rn. 28 ff.),²⁷ zutreffend entgegengehalten, dass die Zulassung allenfalls eine für die Begründung der Amtsträgereigenschaft des Ver-

¹⁵ Fischer (Fn. 1) § 11 Rn. 18, 20, 22a m.w.N.; Welp, FS f. Lackner, 1. Aufl. (1987), 761, 764; vgl. in der Rspr.: BGHSt 42, 233; 43, 370, 377; 45, 16, 19; 46, 310, 312 f.; 49, 214, 219 = HRRS 2004 Nr. 800; 50, 299, 303 = HRRS 2006 Nr. 123; 54, 202, 212 = HRRS 2010 Nr. 109; BGH NJW 1998, 2373; 2007, 2932, 2933 f. = HRRS 2007 Nr. 561; BGH NStZ 2008, 87, 88 = HRRS 2007 Nr. 881.
¹⁶ Neupert NJW 2006, 2811, 2813; Pragal/Apfel A&R 2007, 10, 16 f.
¹⁷ Taschke StV 2005, 406, 409; vgl. auch Neupert NJW 2006, 2811, 2813, der eine Amtsträgerstellung befürwortet.
¹⁸ So schon Neupert NJW 2006, 2811, 2813; Pragal/Apfel A&R 2007, 10, 16 f.
¹⁹ BGH NJW 1998, 2373 („Ortsingenieur“).
²⁰ BGH NJW 1998, 2373, 2374.
²¹ BGHSt 54, 202, 212 = HRRS 2010 Nr. 109.

²² Lenckner ZStW 106 (1994), 502, 531 f.; Haft NJW 1995, 1113, 1114 f.; Neupert NJW 2006, 2811, 2813.
²³ Vgl. neuerdings BGHSt 50, 299, 303 = HRRS 2006 Nr. 123; 54, 202, 212 = HRRS 2010 Nr. 109; BGH NJW 2004, 693, 694 = HRRS 2004 Nr. 74; 2007, 2932, 2933 = HRRS 2007 Nr. 561; NStZ 2006, 628, 630 = HRRS 2006 Nr. 612; 2007, 211 = HRRS 2006 Nr. 985; 2009, 562, 563 = HRRS 2009 Nr. 229 u. Fischer (Fn. 1) § 11 Rn. 22a.
²⁴ BGHSt 46, 310, 313 = BGH NJW 2001, 2102; BGH NJW 2004, 693 = HRRS 2004 Nr. 74; Fischer (Fn. 1) § 11 Rn. 22 m.w.N.; vgl. Lenckner ZStW 106 (1994), 502, 533f.; Schramm JuS 1999, 333, 336.
²⁵ BGHSt 42, 232; 43, 96, 105; stdg. Rspr., jüngst etwa BGH NStZ 2008, 87, 88 = HRRS 2007 Nr. 881.
²⁶ Klötzer NStZ 2008, 12 ff.
²⁷ Neupert NJW 2006, 2811, 2813.

tragsarztes nicht ausreichende organisatorische Anbindung an die KV, nicht aber eine solche an die *Krankenkasse* – die aber nach Auffassung der Rspr. die maßgebliche „sonstige Stelle“ sein soll – selbst darstellen kann.²⁸ Auch der 3. *Strafsenat* erkennt, dass dadurch direkte Vertrags- und Rechtsbeziehungen regelmäßig nur zwischen Krankenkasse und KV entstehen (Rn. 30), nicht zwischen Krankenkasse und Vertragsarzt. Nur die Krankenkasse soll aber laut dem 3. *Strafsenat* die maßgebliche „sonstige Stelle“ sein, in deren Auftrag der Vertragsarzt agiere. Daher kann die Zulassung den Vertragsarzt nicht zum Amtsträger machen.²⁹

Es kommt hinzu, dass der 3. *Strafsenat* unterstellt – angesichts der Vielzahl der gängigen Krankenkassen konsequenterweise unterstellen muss – der Vertragsarzt werde kraft Kassenzulassung nicht nur im Auftrag einer, sondern vieler „sonstiger Stellen“ im Sinne des § 11 Abs. 1 Nr. 2 c StGB tätig (Rn. 39 ff.). Darin liegt zumindest – vergleicht man etwa die Stellung des Vertragsarztes mit dem ausnahmsweise als Amtsträger „im Auftrag einer Behörde“ angesehenen „Ortsarchitekten“ bzw. „Ortsingenieur“³⁰ – eine auffällige Abweichung von der bisherigen Rspr. Hier wurde darauf abgestellt, dass sich ein besonders enges Verhältnis – ausweislich eines Rahmenvertrags – ergab und der Betreffende praktisch fest in die Organisation einer bestimmten – insoweit gewissermaßen „unvollständigen“ – öffentlich-rechtlichen Körperschaft „wie eines ihrer Organe“ eingegliedert war.³¹ Dies hatte natürlich auch zur Folge, dass der Betreffende und sein Handeln seitens der Allgemeinheit eindeutig diesem Auftraggeber zugerechnet wurden. Umgekehrt resultierten die einschlägigen Entscheidungen der öffentlich-rechtlichen Person ersichtlich aus dem Handeln dieses einen Freiberuflers. Eine entsprechende Sicht auf einen niedergelassenen Vertragsarzt, der gemittelt über die KV mit zahlreichen Krankenkassen in – öffentlich-rechtlich mitgeprägten – vielfältigen Geschäftsbeziehungen steht, wäre lebensfern. Von einer organischen Eingliederung des Vertragsarztes in eine Krankenkasse oder die Gesamtheit der gesetzlichen Krankenkassen, die der eines „Ortsarchitekten“ bzw. „Ortsingenieurs“ vergleichbar wäre, kann daher nicht gesprochen werden. Es fehlt schon an einer vergleichbar eindeutigen Zuordnung.

d) Keine Stellung als Beliehener

Die Annahme des 3. *Strafsenats*, dass der Vertragsarzt angesichts seiner sozialrechtlichen Kompetenzen im Rahmen der Gesundheitsversorgung als ein mit öffentlich-rechtlicher Vertragsmacht Beliehener bezeichnet werden könne (Rn. 36),³² erscheint ebenfalls zweifelhaft. Die Rspr. hat bezüglich Privater bereits festgestellt, dass eine Beliehung mit der Wirkung der Eingliederung in die

hoheitliche Sphäre bei behördenexternen Personen, denen Aufgaben der öffentlichen Verwaltung nicht unmittelbar durch die beauftragende Behörde, sondern in einer Kette von Unterbeauftragungen übertragen werden, einen förmlichen Bestellsungsakt erfordert.³³ Hier liegt aber in Gestalt der Zulassung gem. § 95 SGB V eine Bestellung des Kassenarztes durch die (angeblich) sonstige Stelle, die Krankenkasse, gar nicht vor. Die Zulassung erfolgt nicht im Auftrag der Krankenkasse(n). Das Rechtsverhältnis des Vertragsarztes besteht vielmehr mit der KV und lässt sich – durch die Zulassung – gerade nicht auf die Krankenkasse(n) zurückführen.

e) Keine Stellung des Vertragsarztes als „verlängerter Arm“ der Krankenkassen

Auch unter dem Gesichtspunkt des Rechtsgüterschutzes der §§ 331 ff. StGB (und anderer Amtsdelikte) muss der Gesichtspunkt der Eingliederung in den Staatsapparat bzw. die Stellung des Betroffenen als dessen „verlängerter Arm“ bei Privaten wie dem Vertragsarzt genauso entscheidend sein wie im Falle des „Ortsarchitekten“ bzw. der GTZ und muss daher auf die (Un-)Anwendbarkeit des § 11 Abs. 1 Nr. 2 c StGB durchschlagen.³⁴ Zu Recht hat der BGH als erforderlich angesehen, dass „privatrechtlich organisierte Einrichtungen, die Verwaltungsaufgaben erfüllen“ nach außen hin als Arm des Staates „erscheinen“.³⁵ Die §§ 331 ff. StGB schützen nach h. Rspr. nämlich das Vertrauen der Allgemeinheit in die Integrität von Trägern staatlicher Funktionen und zugleich in die Sachlichkeit staatlicher Entscheidungen.³⁶ Es kommt daher – jedenfalls für die Anwendbarkeit der §§ 331 ff. StGB – maßgeblich darauf an, ob die Allgemeinheit oder wesentliche Teile derselben Private ausnahmsweise als „verlängerten Arm“ des Staates wahrnehmen. Nur in diesem Fall gilt diesen Privaten ein gleichermaßen intensives – und gleichermaßen schutzwürdiges – Vertrauen wie eindeutig staatlichen Funktionsträgern (etwa Statusbeamten). Nur dann wird das durch die § 331 ff. StGB geschützte Vertrauen durch die Erfahrung der Käuflichkeit in gleicher Intensität enttäuscht, wie dies bei einer Vorteilszuwendung an andere Amtsträger geschieht.³⁷ Die Frage stellen, ob die Allgemeinheit einen niedergelassenen Vertragsarzt einen weisungsgebundenen staatlichen Funktionär mit beamtengleichem Integritätsanspruch gleichsetzen wird, heißt, diese Frage zu verneinen. Es darf schon bezweifelt werden, dass die Allgemeinheit die gesetzlichen Krankenkassen selbst als Teil oder „verlängerten Arm“ des Staates ansehen.

²⁸ Klötzer NStZ 2008, 12, 16.

²⁹ Klötzer NStZ 2008, 12, 16; zustimmend Fischer (Fn. 1) § 11 Rn. 22c.

³⁰ BGHSt 43, 96, 105 = BGH NJW 1997, 3034 = BGH NStZ 1997, 540 ff. („Ortsarchitekt“); BGH NJW 1998, 2373, 2374 („Ortsingenieur“).

³¹ BGHSt 43, 96, 105; BGH NJW 1998, 2373, 2374.

³¹ BGH NJW 1998, 2373, 2374.

³² So auch BGHSt 49, 17, 18 f.; BSGE 73, 271, 277 f.; 77, 194, 199 f.; 79, 190, 194; vgl. schon Schwerdtfeger NZS 1998, 97, 101; Spellbrink NZS 1999, 1, 2.

³³ OLG Stuttgart StV 2009, 77 f.

³⁴ Vgl. BGH NJW 1998, 1874, 1876 („GTZ“).

³⁵ BGH NJW 1998, 1874, 1876.

³⁶ So etwa BGHSt 15, 88, 96f.; 47, 309; 49, 280; BGH NJW 1987, 1342; 2001, 2558; 2004, 3571 = HRRS 2004 Nr. 959; 2007, 2934 = HRRS 2007 Nr. 561; OLG Hamburg StV 2001, 287, OLG Hamm NStZ 2002, 38, OLG Stuttgart NJW 2002, 228.

³⁷ Vgl. BGH NJW 1998, 1874, 1876.

f) Therapiefreiheit und unternehmerisch-freiberufliche Stellung des Vertragsarztes

aa) Therapiefreiheit des Vertragsarztes trotz sozialrechtlicher Regulierung

Letztlich entscheidend muss der Umstand ins Gewicht fallen, dass der Vertragsarzt seine ärztliche Tätigkeit freiberuflich und gerade bezüglich der in Rede stehenden Verordnungstätigkeit weisungsunabhängig ausübt (Therapiefreiheit).³⁸ Dies wird vom 3. *Strafsenat* im Grundsatz nicht bestritten (Rn. 41). Auch der Vertragsarzt ist im Verhältnis zum Patienten primär an den gesetzlichen Auftrag des § 1 Abs. 1 BÄO gebunden, seine Leistungen allein an der medizinischen Indikation mit dem Ziel umfassender Hilfe für den Patienten auszurichten.³⁹ Unstrittig wird die Therapiefreiheit, Eigenverantwortlichkeit und Unabhängigkeit des Vertragsarztes im Rahmen der Behandlung gesetzlich krankenversicherter Personen durch sozialversicherungsrechtliche Vorgaben und Leistungsbeschränkungen reguliert. Durch diese wird der Arzt auf Therapieformen beschränkt, die ausreichend, notwendig, zweckmäßig bzw. wirtschaftlich sind bzw. dem allgemein anerkannten Stand der medizinischen Erkenntnisse entsprechen (§§ 2 Abs. 1, 12 Abs. 1, 70 Abs. 1 SGB V; für Verwaltungsentscheidungen vgl. auch § 73 Abs. 2, 5 SGB V) oder – im Falle neuer Behandlungsmethoden – vom gemeinsamen Bundesausschuss der Ärzte und Krankenkassen anerkannt sind (§ 135 SGB V).⁴⁰ Hierbei handelt es sich aber nur um einen (volks-)wirtschaftlich veranlassenden Rahmen für die fortbestehende Therapiefreiheit, der diese mit ausgeprägten, breiten Beurteilungs- und Ermessensspielräumen des Arztes im Kern erhält. Der Arzt ist bei seinen ärztlichen Entscheidungen Weisungen von Nichtärzten – auch der Krankenkassen als Institutionen – nicht unterworfen.⁴¹ Er kann nicht zu einer bestimmten Behandlung oder Arzneimitteltherapie gedrängt oder gar verpflichtet werden und darf über die Behandlung innerhalb des oben genannten Korridors des medizinischen Standards frei entscheiden. Mithin darf der Vertragsarzt grundsätzlich die ihm geeignet erscheinende diagnostische oder therapeutische Methode auswählen,⁴² mithin auch die Verordnung von Arzneimitteln. Diese unterliegen rechtlich nicht der Disposition der Krankenkasse, der KV oder Dritter. Die Verantwortung für die Behandlung und die Verordnung von Medikamenten u. Ä. verbleibt beim Vertragsarzt. Aufgrund der fortbestehenden Therapiefreiheit kann bei der Allgemeinheit nicht der Eindruck entstehen, dass der Vertragsarzt seine ärztliche Heilbehandlung und seine Verordnungstätigkeit als „verlängerter Arm“ der Krankenkasse oder gar des Staates ausübt. Daher ist auch wegen der im Hinblick auf §§ 331 ff. StGB erforderlichen rechtsgutsbezogenen Betrachtungsweise

³⁸ Spickhoff, MedR BÄO, 1. Aufl. (2011) § 1 Rn. 8 m.w.N.

³⁹ Spickhoff (Fn. 38) § 1 Rn. 3.

⁴⁰ Spickhoff (Fn. 38) § 1 Rn. 8 spricht von einer faktischen Einschränkung.

⁴¹ Spickhoff (Fn. 38) § 1 Rn. 6 m.w.N.

⁴² Spickhoff (Fn. 38) § 1 Rn. 6 m.w.N.

eine Amtsträgerstellung des Vertragsarztes ausgeschlossen.⁴³

bb) Therapiefreiheit der Krankenhausärzte trotz Beamtenstellung und Eingliederung in öffentlich-rechtliche Institutionen

Von einer Amtsträgerstellung des Vertragsarztes bei der Therapie, insbesondere der Verordnungstätigkeit (§ 73 Abs. 2 SGB V) kann umso weniger die Rede sein, wenn man die Stellung verbeamteter und angestellter Ärzte im Rahmen der Heilbehandlung vergleichend in den Blick nimmt: Universitäts- und Krankenhausärzte (staatlicher oder kommunaler Krankenhäuser) werden wegen einer Verbeamtung (§ 11 Abs. 1 Nr. 2 a StGB) oder aufgrund ihrer Aufgaben bei diesen öffentlich-rechtlichen bzw. staatlichen Krankenhäusern – Behörden bzw. sonstige Stellen zwar als Amtsträger gem. § 11 Abs. 1 Nr. 2 c StGB angesehen.⁴⁴ Nach zutreffender Ansicht ist aber die ärztliche Diagnose und Heilbehandlung im Sinne des § 1 BÄO nicht Teil ihrer Dienstausbübung als Amtsträger.⁴⁵ Zutreffend hat das OLG Karlsruhe ausgeführt, dass der an sich als Amtsträger anzusehende (Krankenhaus-)Arzt, wovon der Patient auch ausgehe, in demselben Umfang wie jeder frei praktizierende Arzt verpflichtet sei, die Regeln der ärztlichen Kunst zu beachten und alle notwendigen Heilmaßnahmen durchzuführen.⁴⁶ Dieser trete dem Patienten daher hinsichtlich der an ihm durchzuführenden Heilbehandlung nicht als Amtsträger gegenüber, der in Ausübung eines Amtes handele, sondern als Arzt, der unabhängig davon, ob er seinen Beruf freiberuflich, an einem privaten oder an einem öffentlichen Krankenhaus ausübe, allein aufgrund seiner Bestallung verpflichtet sei, alles in seinen Kräften Stehende zu tun, um dem Patienten zu helfen.⁴⁷ Deshalb sei Art und Umfang der jeweils erforderlichen ärztlichen Maßnahmen allein der von ihm zu verantwortenden Entscheidung überlassen. Der (Krankenhaus-)Arzt sei insoweit völlig unabhängig und eine (rechtliche) Einflussmöglichkeit durch den Krankenhausträger oder die Leitung des Krankenhauses bestehe nicht.⁴⁸ Entsprechendes muss auch im Rahmen des SGB V erst recht (s.o.) für den freiberuflichen, niedergelassenen Vertragsarzt bei der Verordnung von Medikamenten oder Hilfsmitteln und anderen ärztlichen Maßnahmen gelten.

⁴³ Gegen eine Amtsträgerstellung schon *Taschke* StV 2005, 406, 409; *Geis* wistra 2007, 361, 364; *Klötzer* NStZ 2008, 212 f.

⁴⁴ OLG Karlsruhe NJW 1983, 352 zu § 340 StGB.

⁴⁵ OLG Hamburg MedR 2000, 371 ff. verweist zutreffend nur darauf, dass ein (Krankenhaus-)Arzt dienstliche Handlungen vornimmt, wenn er forscht, Vorträge hält, bestimmte Medizinprodukte selbst bestellt, einen anderen Krankenhausmitarbeiter zu deren Beschaffung veranlasst, bei der Auswahl mitwirkt, Gespräche mit den Herstellerfirmen führt, ein positives Votum zugunsten eines bestimmten Medikaments oder eines bestimmten Geräts abgibt usw.

⁴⁶ OLG Karlsruhe NJW 1983, 352, 353 zu § 340 StGB.

⁴⁷ OLG Karlsruhe NJW 1983, 352, 353 zu § 340 StGB.

⁴⁸ OLG Karlsruhe NJW 1983, 352, 353 zu § 340 StGB.

cc) Berufsrechtlich und tatsächlich freiberufliche Stellung des Vertragsarztes

Wenn das ärztliche Berufsrecht (§ 1 Abs. 2 BÄO) den ärztlichen Beruf zudem als „seiner Natur nach freien Beruf“ einordnet, darf diese gesetzgeberische Wertung bei der Auslegung des § 11 Abs. 1 Nr. 2 c StGB neben den sozialrechtlichen Normen nicht unbeachtet bleiben. Dies würde gegen den Rechtsgrundsatz der Einheit und Widerspruchsfreiheit der Rechtsordnung verstoßen.⁴⁹ Die genannte Norm widerspricht tendenziell der Einordnung selbständig ausgeübter ärztlicher Tätigkeit als öffentlich-rechtlicher Dienstausübung.⁵⁰ Diese Regelung und ihre Lebenswirklichkeit – der Vertragsarzt tritt typischerweise als niedergelassener Arzt und eigenverantwortlich-freiberuflich wirtschaftender „Unternehmer“ auf – prägt naturgemäß auch die Sichtweise der Öffentlichkeit. Dies wiederum schließt – wie ausgeführt – praktisch aus, dass die Rechtsgüter der §§ 331 ff. StGB durch Vorteilsgewährungen an freiberuflich agierende niedergelassene Vertragsärzte verletzt werden (s.o.). Auch der Vertragsarzt ist in erster Linie Arzt im Sinne der BÄO. Dies berücksichtigt der 3. Strafsenat nicht zureichend.

Auch die Rechtsprechung des BVerfG, wonach der Vertragsarzt das ganze wirtschaftliche Risiko seines Berufes selbst trägt und die Kassenzulassung ihm lediglich eine besondere Erwerbschance bietet,⁵¹ bezieht der 3. Strafsenat nicht in seine Überlegungen ein. In Bezug auf die Einbindung des Arztes in das System der KV und Krankenkassen hat das BVerfG herausgestellt, dass die Tätigkeit des Arztes „auch im Rahmen dieses Systems freiberuflich bleibt“. Die Krankenversicherung baue lediglich ihr Kassenarztsystem auf dem freien Arztberuf auf, in dem sie das Vorhandensein dieses Berufes praktisch und rechtlich voraussetzt und sich zunutze macht, ohne den Charakter der Tätigkeit des Vertragsarztes zu ändern.⁵² Diese Aussagen des BVerfG verdeutlichen in besonderer Weise den unternehmerischen Aspekt der freiberuflichen Tätigkeit des Arztes, der abgesehen von hier nicht vorliegenden Ausnahmekonstellationen (s.o.) eine Amtsträgerstellung ausschließt.⁵³

Vor diesem Hintergrund sind die umfangreichen Ausführungen des 3. Strafsenats, die über die zahlreichen sozialrechtlichen Normen, die die Tätigkeit des Vertragsarztes direkt oder indirekt reglementieren (Rn. 32 ff.) – und allenfalls belegen könnten, dass dieser in die Erfüllung öffentlicher Aufgaben eingebunden ist – nicht ausschlaggebend. Insbesondere der Umstand, dass Vertragsärzte – überwiegend jedoch über die KV – der Kontrolle und ggf. Sanktionierung durch die Krankenkassen unterliegen (Rn. 37), ist für § 11 Abs. 1 Nr. 2 c StGB nicht entscheidend. Mit ähnlichem Recht könnte man auf den Gedan-

ken kommen, andere im öffentlichen Interesse und zur Erfüllung öffentlicher Aufgaben reglementierte oder kontrollierte Freiberufler und private Unternehmen als Amtsträger anzusehen. Hier gäbe es – legt man die Ausführungen des 3. Strafsenats zugrunde – keine klaren Grenzen – und evtl. kein Halten – mehr.

Die vom 3. Strafsenat gewählte, einseitig sozialrechtliche Sichtweise liefert keinen verallgemeinerungsfähigen Ansatz zur Bestimmung der Grenzen des Anwendungsbereichs des Amtsträgerbegriffs. Sie wird auch der komplexen und mehrdimensionalen rechtlichen und tatsächlichen Identität des Vertragsarztes nicht gerecht. Es ist am Großen Senat in Strafsachen, die strafrechtliche Stellung des Vertragsarztes – unter voller und unvoreingenommener Würdigung aller in Betracht zu ziehender Aspekte – zutreffend zu bestimmen.

dd) Zutreffende Ausführungen des 5. Strafsenats zu Hilfsmitteln gem. § 73 Abs. 2 Nr. 7 SGB V im Vorlagebeschluss vom 20.07.2011

Insbesondere gelten die obigen Ausführungen für den in der Vorlage des 3. Strafsenats herausgegriffenen Fall der Verordnung von Hilfsmitteln. Zutreffend lässt der 5. Strafsenat im Vorlagebeschluss vom 20.07.2011⁵⁴ anklagen, dass bei den hier betroffenen TENS-Geräten eine Amtsträgerstellung weniger überzeugend ist als bei der Verordnung von Medikamenten. Der 5. Strafsenat weist insbesondere darauf hin, dass es sich bei den verordneten TENS-Geräten um Hilfsmittel (§ 33 SGB V), die der ärztlichen Verordnung unterliegen (§ 73 Abs. 2 Nr. 7 SGB V) handelt und deren Verordnung in der Regel nur das Hilfsmittel an sich, nicht jedoch das konkrete Hilfsmittel eines bestimmten Herstellers betrifft (Rn. 18). Das Sammeln der Verordnungen und die Übersendung an den Leistungserbringer (den Hersteller und Vermieter der TENS-Geräte) fällt daher nicht in den unmittelbaren Aufgabenbereich des Vertragsarztes (vgl. Rn. 18). Eine Konstruktion der Amtsträgerstellung über die Einbeziehung dieser Handlungen in die vertragsärztliche Tätigkeit trägt daher nicht. Richtig ist auch der Hinweis des 5. Strafsenats, dass dem Vertragsarzt bei Hilfsmitteln das Letztentscheidungsrecht fehlt. Soweit keine vertragliche Regelung zwischen dem Leistungserbringer und der gesetzlichen Krankenkasse besteht, ist der Versicherte nämlich (auch aus Sicht des 3. Strafsenats) nicht berechtigt, die Verordnung selbst bei einem Leistungserbringer einzureichen und muss vor der Abgabe eines Geräts die Bewilligung der Krankenkasse einzuholen (Rn. 19). Berechtigter Weise wirft der 5. Strafsenat daher die Frage auf, ob ein Vertragsarzt bei der Verordnung von Hilfsmitteln in einem öffentlich-rechtlich geprägten Bereich der im Rahmen des Sachleistungsprinzips für die Krankenkasse zu erbringenden ärztlichen Leistungen handelt (Rn. 19).⁵⁵ Angesichts seiner rein ärztlich-fachlichen und zugleich für das Zustandekommen der vertraglichen Bindungen nicht maßgeblichen Tätigkeit ist dies zu verneinen.⁵⁶ Auch aus diesem Grund wäre eine Amtsträger-

⁴⁹ Die strafrechtliche Auslegung hat nach h. Rspr. (RGSt 70, 251, 254 f; BGHSt 13, 102, 117; 25, 97, 99; 34, 221, 225) darauf zu achten, dass sich die Gesamtheit der gesetzlichen Bestimmungen möglichst zu einem widerspruchsfreien Ganzen fügt.

⁵⁰ *Taschke* StV 2005, 406, 410 f.

⁵¹ BVerfGE 11, 31 ff.

⁵² BVerfGE 11, 31, 39f.

⁵³ In diesem Sinne (vorwiegend zu § 299 StGB): *Taschke* StV 2005, 406, 411; *Reese* PharmR 2006, 92, 97; *Klötzer* NSStZ 2008, 212, 214.

⁵⁴ BGH HRSt 2011 Nr. 801 Rn. 18 ff., im Weiteren werden nur die Rn. des Beschlusses zitiert.

⁵⁵ Vgl. auch entsprechende Überlegungen bei *Klötzer* NSStZ 2008, 12, 14 ff.

⁵⁶ *Klötzer* NSStZ 2008, 12, 15 f.

stellung des Vertragsarztes gerade für die vom 3. *Strafsenat* vorgelegte Fallkonstellation der Verordnung von Hilfsmitteln abzulehnen.

III. Vertragsärzte als „Beauftragte“ im Sinne des § 299 StGB?

Auch die Begründung der weniger überraschenden Schlussfolgerung des 3. *Strafsenats*, die Vertragsärzte seien jedenfalls „Beauftragte“ im Sinne des § 299 StGB⁵⁷ entkräftet wesentlichen Bedenken gegen diese Ansicht nicht vollständig. Vor dem Hintergrund der intensiven Diskussion der vergangenen Jahre in Lit. und Rspr. wird hier nur auf die – aus Sicht des Verfassers – durch die Argumentation des 3. *Strafsenats* nicht befriedigend beantworteten Kritikpunkte eingegangen. Im Übrigen sei auf die eingehenderen Darlegungen in der Literatur verwiesen.⁵⁸

Zunächst ist darauf hinzuweisen, dass gegen eine Stellung des Kassenarztes als „Beauftragter“ im Sinne des § 299 StGB jedenfalls bei Behandlungs- und Verwaltungsentscheidungen auch die obigen Ausführungen zur (grundsätzlichen) Therapiefreiheit des Vertragsarztes und dessen primäre Pflicht zur Orientierung am Wohl des Patienten – nicht an den wirtschaftlichen Interessen der Krankenkassen – sprechen.⁵⁹ Zutreffend hat der BGH noch unter der Geltung des § 12 UWG darauf abgestellt, dass eine außenstehende Person (nur) „Beauftragter“ sein könne, wenn sie an die Interessen des Auftraggebers gebunden sei.⁶⁰ Vorliegend ist aber beim Vertragsarzt eine vorrangige – sozial- und berufsrechtliche (s.o.) – Bindung an die (Gesundheits-)Interessen des Patienten, gegenüber dem (Vermögens-)Interesse der Krankenkasse zu konstatieren. Es genügt nicht, auf die §§ 31 ff., 72 Abs. 1, 95 SGB V zu verweisen,⁶¹ um eine Interessenwahrnehmung des Vertragsarztes zugunsten der Krankenkassen zu begründen. Aus der Gesamtschau der Normen des SGB V und des Berufsrechts ergibt sich, dass vorrangig – und das ist gerade keine formale Konstruktion – die Verpflichtung des Vertragsarztes zur Orientierung am Patienteninteresse ist und nicht die am wirtschaftlichen Interesse der Krankenkasse.⁶² Dass die Krankenkasse als ein allenfalls sekundär nach Maßgabe des SGB V geschützter „Auftraggeber“ des Vertragsarztes als „Beauftragter“ im Sinne des § 299 StGB anzusehen ist, harrt weiter einer überzeugenden Begründung.

Zudem ist auch im Rahmen des § 299 StGB die sozialversicherungsrechtliche Vorgabe zur Art und Weise der Zusammenarbeit zu berücksichtigen. Danach wirken die

Krankenkassen bei der Sicherstellung der vertragsärztlichen Versorgung ihrer Versicherten mit den Ärzten zusammen (§ 72 Abs. 1 S. 1 SGB V).⁶³ Zutreffend weist Klötzer darauf hin, dass die Formulierung des Gesetzgebers gerade impliziert, dass Krankenkassen und Vertragsärzte jeder für sich in einem eigenen Verantwortungsbereich tätig werden.⁶⁴ Während die Krankenkasse den ihren Mitgliedern gesetzlich zustehenden Anspruch auf Krankenbehandlung erfüllt, nimmt der Arzt eine ihm originär zugewiesene freiberuflich Aufgabe wahr und trägt deshalb auch die alleinige Verantwortung und Entscheidungsgewalt für die medizinische Behandlung, er wird nur für die eigene Praxis tätig (s.o.), nicht im Auftrag der Kassen.⁶⁵

Es ist – entgegen dem 3. *Strafsenat* (Rn. 71) – auch weiter daran festzuhalten, dass eine Beauftragtenstellung der Vertragsärzte wegen der Einschaltung der KV in das sozialrechtliche Versorgungssystem in Zweifel zu ziehen ist,⁶⁶ jedenfalls angesichts der jetzigen Ausgestaltung der Rechtsbeziehungen zwischen Krankenkassen, KV und Vertragsarzt. Soweit der 3. *Strafsenat* darauf hinweist, dass in anderen Fällen, etwa bei einem Testamentsvollstrecker oder Insolvenzverwalter, eine unmittelbare rechtliche Beziehung zwischen „Beauftragtem“ und „Auftraggeber“ nicht verlangt wird,⁶⁷ übersieht er, dass in diesem Fällen – anders als hier – kein Verhältnis zwischen beiden besteht, bei dem die Rechtsbeziehungen des einen zum anderen nach den gesetzlichen Regelungen maßgeblich und auf Dauer nur über ein drittes Subjekt – die KV – bestehen, welches selbständig gestaltet wird, wie vorliegend durch die KV. Jedenfalls in einem solchen Falle sollte ein „Durchlaufen“ einer Beauftragung gem. § 299 StGB vom angeblichen Auftraggeber (Krankenkasse) über die KV bis zum Vertragsarzt nur auf eindeutige gesetzliche oder vertragliche Regelungen gestützt werden, aus denen sich dieses ergibt, nicht auf eine bloß faktische Einwirkungsmöglichkeit oder die Gesamtsystematik der Normen des SGB V. Zutreffend wurde aber aus sozialrechtlicher Sicht dargelegt, dass der Vertragsarzt in keiner Rechtsbeziehung zu den gesetzlichen Krankenkassen steht.⁶⁸

Soweit davon die Rede ist, es müsse keine unmittelbare rechtsgeschäftliche Beziehung zwischen Kassenarzt und Krankenkasse bestehen, um ersteren zum Beauftragten von letzterer zu machen,⁶⁹ wenn eine Bindung an die Interessen des Betriebs besteht, so ist dem zu erwidern, dass auch die mittelbare rechtsgeschäftliche Bindung an die Interessen der Krankenkasse noch darzulegen wäre, da die Patienteninteressen primär zu wahren sind (s.o.).

⁵⁷ BGH HRRS 2011 Nr. 800. In der Folge werden wiederum nur die Rn. des Beschlusses vom 05.05.2011 zitiert.

⁵⁸ Insbesondere *Taschke* StV 2005, 406, 410; *Geis* wistra 2005, 369 ff.; *Geis* GesR 2006, 345 ff.; *Klötzer* NStZ 2008, 12 ff.; *Brockhaus/Dann/Teubner/Tsambikakis* wistra 2010, 418 ff.

⁵⁹ Zutreffend *Geis* GesR 2006, 345, 347; *Geis* wistra 2005, 369, 370; *Brockhaus/Dann/Teubner/Tsambikakis* wistra 2010, 418, 419 f.

⁶⁰ BGHSt 2, 401; vgl. auch *Fischer* (Fn. 1) § 299 Rn. 10a, andererseits aber Rn. 10b ff.

⁶¹ *Fischer* (Fn. 1) § 299 Rn. 10e.

⁶² *Schneider* StV 2010, 366, 367 f.

⁶³ *Klötzer* NStZ 2008, 12, 14.

⁶⁴ *Klötzer* NStZ 2008, 12, 14.

⁶⁵ *Taschke* StV 2005, 406, 411; *Geis* wistra 2005, 369, 370; *Reese* PharmR 2006, 92, 96; *Klötzer* NStZ 2008, 12, 14.

⁶⁶ *Brockhaus/Dann/Teubner/Tsambikakis* wistra 2010, 418, 420; a. A. *Fischer* (Fn. 1) § 299 Rn. 10 d; *Dannecker* GesR 2010, 281, 284.

⁶⁷ BGHSt 2, 396, 401; auch *Dannecker* GesR 2010, 281, 284.

⁶⁸ *Schnapp*, FS f. Herzberg, 1. Aufl. (2008), 795, 801, 805; in diesem Sinne auch *Geis* wistra 2005, 369 ff.; 2007, 361, 362; *Klötzer* NStZ 2008, 12, 15 f; *Schmidl* wistra 2006, 286, 288.

⁶⁹ *Fischer* (Fn. 1) § 299 Rn. 10e unter Verweis auf BGHSt 2, 396, 401.

Man würde das bestehende Gesundheitssystem auf den Blickwinkel der gesetzlichen Krankenkassen reduzieren, wenn nach deren wirtschaftlicher Interessenlage eine postulierte Wächterfunktion des Vertragsarztes zugunsten der Finanzinteressen der Kassen zu Lasten anderer wichtigerer Aspekte als tätigkeitsprägend konstruiert werden würde, mit der Folge, dass der Vertragsarzt deshalb als Beauftragter der Kassen im Sinne des § 299 StGB anzusehen wäre. Dies ist entgegen dem 3. *Strafsenat* abzulehnen.

IV. Unvermeidbarer Verbotsirrtum der an einer Vorteilsgewährung zugunsten von Vertragsärzten Beteiligten

Zu recht geht der 3. *Strafsenat* hingegen davon aus, dass eine individuelle Strafbarkeit der Vorteilsgeber nach den §§ 299, 331 ff. StGB (dasselbe gilt für die Vorteilsnehmer) vorliegend aufgrund eines unvermeidbaren Verbotsirrtums (§ 17 S. 1 StGB) auszuschließen sei (Rn. 18), weil der – in diesem Sinne anwaltlich beratene – Geschäftsführer von der Straflosigkeit des Geschäftsmodells überzeugt war und „die nahezu allgemeine Auffassung in Rechtsprechung und Literatur zur Tatzeit dahin ging“.

1. Hinsichtlich des § 299 StGB

Ungeachtet einiger bereits vorher divergierender Stellungnahmen in der Literatur⁷⁰ bestand diese herrschende Einschätzung hinsichtlich der Unanwendbarkeit des § 299 StGB auf Vertragsärzte nicht nur im hier fallrelevanten Tatzeitraum – offenbar bis November 2008 (Rn. 7) –, sondern tatsächlich mindestens bis zum Bekanntwerden des Beschlusses des OLG Braunschweig vom 23.02.2010 fort. Die Unvermeidlichkeit eines Verbotsirrtums bzgl. der Anwendbarkeit des § 299 StGB bis zum Bekanntwerden der ersten richterlichen Entscheidung im entgegengesetzten Sinn muss insbesondere aufgrund der Einstellungsentscheidungen der Staatsanwaltschaften in öffentlichkeitswirksamen Verfahren angenommen werden. In der Praxis kamen nämlich insbesondere die StA Ulm – im bekannt gewordenen Einstellungsbeschluss gegen Verantwortliche der Fa. Ratiopharm – und im Anschluss daran die GenStA Stuttgart noch in den Jahren 2005/2006 zu dem Schluss, dass Vertragsärzte nicht taugliche Täter im Sinne des § 299 StGB sein können.⁷¹ Über Verurteilungen eines niedergelassenen Vertragsarztes nach § 299 Abs. 1 StGB wurden hingegen in einschlägigen Rechtsprechungsübersichten nicht berichtet.⁷²

Nach h. Rspr. kommt es für die Unvermeidbarkeit des Irrtums darauf an, ob der konkrete Täter nach seinen

individuellen Fähigkeiten bei Einsatz aller seiner Erkenntniskräfte und sittlichen Wertvorstellungen unter Umständen auch durch Erkundigung zur Unrechtseinsicht hätte kommen können.⁷³ Vor dem oben geschilderten Hintergrund kommt es hier nicht darauf an, dass bei komplexen Sachverhalten und erkennbar schwierigen Rechtsfragen an sich regelmäßig ein detailliertes, schriftliches – nicht im Ruch einer Gefälligkeit stehendes – Gutachten eines hinreichend unabhängigen Rechtskundigen erforderlich ist.⁷⁴ Dies gilt zum einen deshalb, weil nach zutreffender Rspr. bei objektiv noch nicht geklärten Rechtsfragen die Vermeidbarkeit eines Irrtums über die Rechtswidrigkeit zu verneinen ist, soweit noch keine einschlägigen Judikate und Entscheidungen vorliegen.⁷⁵ Nach menschlichem Ermessen können hier nämlich auch bei rechtskundiger Beratung keine sicheren und der voraussichtlichen, maßgeblichen Sicht der Rspr. entsprechende Expertisen eingeholt werden.⁷⁶ Aufgrund der der Fachöffentlichkeit und weiten Kreisen im Gesundheitswesen bekannt gewordenen prominenten zitierten Entscheidungen der genannten Staatsanwaltschaften und mangels entgegengesetzter, öffentlich gewordener Entscheidungen oder Äußerungen der Justiz bestand schon in der Sache kein Anlass zur Einholung von Rechtsrat. Eine Erkundigungspflicht im Sinne des § 17 StGB angesichts einzelner Literaturäußerungen ist bei einer solchen Konstellation nicht anzunehmen, denn die Rechtsfrage musste vorläufig für die Praxis als im Sinne der Straflosigkeit geklärt gelten. Dies gilt insbesondere, weil die abweichende Literaturlösung⁷⁷ zumindest von der GenStA Stuttgart noch für ihre entgegengesetzte Entscheidung zur Kenntnis genommen werden und beurteilt werden konnte. Selbst wenn man eine Erkundigungspflicht bejahen wollte, war ein Irrtum bis zum o.g. Zeitpunkt unvermeidbar, weil die Einholung eines – lege artis an Rechtsprechungspraxis und h. M. orientierten – Gutachtens angesichts der herrschenden Lit. und der genannten Entscheidungen nicht zu der Auskunft geführt hätte, dass ein Vertragsarzt als „Beauftragter“ im Sinne des § 299 StGB anzusehen sei. Die Feststellung der Vermeidbarkeit des Verbotsirrtums setzt aber voraus, dass eine (gebotene) Erkundigung zur Erkenntnis der Rechtswidrigkeit des Handelns geführt hätte.⁷⁸ Beides hat zur Folge, dass die durch den 3. *Strafsenat* erwähnte, fallbezogene rechtliche Beratung des Vorteilsgebers mit der Aussage, das Geschäftsmodell sei legal, hier keine zwingende Voraussetzung für einen schuldauusschließenden Verbotsirrtum war.

2. Hinsichtlich der §§ 331 ff. StGB

Hinsichtlich der Überzeugung, dass der Vertragsarzt kein Amtsträger gem. § 11 Abs. 1 StGB ist, ist im Hinblick auf die §§ 331 ff. StGB unter dem Gesichtspunkt des § 17 S. 2 StGB eine selbständige Bewertung nötig. Denn § 17

⁷⁰ Fischer (Fn. 1) § 299 Rn. 10b ff.; Pragal NStZ 2005, 133; Pragal/Apple A&R 2007, 10, 16 f.; Böse/Mölders MedR 2008, 585, 586 ff.

⁷¹ Zitiert nach *Ulsenheimer*, in: Laufs/Kern, Handbuch des Arztrechts, 4. Aufl. (2010), § 152 Rn. 116. Die Entscheidungen wurden seinerzeit durch die Justiz in BW auch elektronisch veröffentlicht.

⁷² Vgl. *Wasserburg* NStZ 2007, 198 ff. (Rechtsprechungsübersicht zum Arztstrafrecht – Juni 2002 bis Juni 2006); *Ulsenheimer* (Fn. 71) § 152 Rn. 116.

⁷³ BGHSt 3, 357, 366; 4, 1; 236; BGH NJW 1962, 1831; BGH NStZ 2000, 307, 309; OLG Düsseldorf NStZ 1981, 444; OLG Köln NJW 1996, 472.

⁷⁴ BGH NStZ-RR 2009, 13 LS Nr. 6.

⁷⁵ OLG Karlsruhe NJW 2003, 1061.

⁷⁶ OLG Karlsruhe NJW 2003, 1061.

⁷⁷ Pragal NStZ 2005, 133.

⁷⁸ BGHSt 37, 55, 67; BGH NJW 1996, 1606; OLG Braunschweig StV 1998, 492.

StGB stellt auf das „Unrecht“ und nicht die bloße „Rechtswidrigkeit“ eines Verhaltens ab und bezieht dieses somit auf eine konkrete Tat. Erforderlich ist daher, dass sich die „Unrechtseinsicht“ auf eine „spezifische Rechtsgutsverletzung“ bezieht, mithin sich der Täter gerade des strafatbestandlich vertyperten Unrechts – hier der §§ 331 i.V.m. 11 Abs. 1 ff. StGB bewusst sein muss.⁷⁹ Hier fällt die Bewertung allerdings noch eindeutiger zugunsten der Unvermeidbarkeit aus, da bis zur Veröffentlichung der Pressemeldung des besprochenen Vorlagebeschlusses des Senats am 5.5.2011 weder Entscheidungen noch auch nur Ermittlungsverfahren gem. §§ 331 ff. StGB wegen der Vorteilsgewährung an Vertragsärzte bekannt wurden noch – anders als bzgl. § 299 StGB – eine ernsthafte und aktuelle Diskussion in der Lit. festzustellen war. Letzteres wird insbesondere durch die lakonische Kommentierung *Fischers* in seinem Standardwerk für die Praxis treffend auf den Punkt gebracht, die in der aktuellen Auflage von 2011 schlicht lautet: „Keine Amtsträger sind Vertragsärzte durch Zulassung zur kassenärztlichen Versorgung“.⁸⁰ Vor diesem Hintergrund bestand bis zum 5.5.2011 weder eine Erkundigungspflicht bzgl. strafrechtlicher Risiken nach §§ 331 ff. StGB, noch hätte eine rechtskundige Stellungnahme nach menschlichem Ermessen zu der Auskunft führen können, dass Vertragsärzte in dieser Funktion wegen Amtsträgerdelikten, insbesondere gem. §§ 331 ff. StGB, strafbar wären. Zu dieser Erkenntnis hätte wenn überhaupt offenbar eine – nach den Voraussetzungen des § 17 StGB nicht vorgesehene – Erkundigung bei den Mitgliedern des 3. Strafsenats führen können.

Wendet man ein, dass es nach h. Rspr. nicht auf eine Kenntnis der Strafbarkeit, sondern auf das Unrechtsbewusstsein – einschließlich des Verstoßes gegen berufsrechtliche oder sozialrechtliche Normen – insgesamt ankommt,⁸¹ dürfte man bzgl. der im Raum stehenden Bestechungsvorwürfe dennoch zu keinem anderen Ergebnis als dem oben beschriebenen. Erforderlich ist nämlich eine Unrechtseinsicht bzgl. des *spezifisch geschützten Rechtsguts* (hier der §§ 299, 331 ff. StGB).⁸² Selbst wenn ein Vertragsarzt bewusst Normen des SGB V bei der Verordnung von Hilfsmitteln oder Medikamenten zu Lasten der Krankenkassen verletzen und insofern Unrechtsbewusstsein haben sollte, wird er – bei lebensnaher Betrachtung – jedoch keine Vorstellung von einer daraus resultierenden Verletzung der Freiheit des Wettbewerbs (§ 299 StGB) oder des Vertrauens der Allgemeinheit in die Lauterkeit der öffentlichen Verwaltung (§§ 331 ff. StGB) haben. Allenfalls hinsichtlich des spezifischen Rechtsguts der Untreue (§ 266 StGB) – des Vermögens (der Krankenkasse) – könnte bei konkreten Anhaltspunkten im Einzelfall eine Unrechtseinsicht angenommen werden. Bei genauerer Betrachtung ist zudem bzgl. §§ 299, 331 ff. StGB ein Unrechtsbewusstsein konkret hinsichtlich der „Unrechtsvereinbarung“ – Vorteilsgewährung für die Ordnungsentscheidung – nötig, da die Straftat hierin liegt, nicht in der ggf. nachfolgenden Ver-

ordnungsentscheidung. Bezüglich dieser Vereinbarung sind keine speziellen Verbote des SGB V oder der BÄO ersichtlich. Zwar verbieten die Berufsordnungen der Ärzte bundeseinheitlich die Annahme und Vereinbarung von Vorteilen für die Verordnung von Arznei-, Heil- und Hilfsmitteln oder Medizinprodukten.⁸³ Bei der Ärztlichen Berufsordnung stellt sich bereits die Frage, ob es sich um ein staatliches (materielles) Gesetz handelt, und die Kenntnis der Verletzung „verbindlichen Rechts“ und der Wertordnung anzunehmen ist.⁸⁴ Jedenfalls schützt die genannte Vorschrift erkennbar weder den freien Wettbewerb noch das Vertrauen in die Lauterkeit der öffentlichen Verwaltung, sondern spezifische Belange der sachgerechten, medizinisch adäquaten ärztlichen Berufsausübung. Eine Kenntnis der Verletzung eines solchen berufsrechtlichen Verbots – mit anderem Schutzgut – führt mithin nicht zu der für §§ 299, 331 ff. StGB erforderlichen Unrechtseinsicht hinsichtlich der durch diese Normen geschützten Rechtsgüter.

Selbst wenn dies so wäre, ist hilfsweise darauf hinzuweisen, dass die Auffassung der höchstrichterlichen Rspr. nicht konsistent ist, wonach sich zwar einerseits das Unrechtsbewusstsein auf die spezifische Rechtsgutsverletzung des betroffenen (Straf-)Tatbestands beziehen muss,⁸⁵ andererseits aber angeblich nicht aber auf die (strafrechtliche oder ordnungswidrigkeitsrechtliche) Sanktionierbarkeit.⁸⁶ Zutreffend und vor allem konsistent erscheint vielmehr die Auffassung in der Literatur, die zumindest das Bewusstsein, gegen ein sanktionsbewehrtes rechtliches Verbot zu verstoßen, als notwendig ansieht.⁸⁷ Da eine Kenntnis von einem Verstoß gegen die o.g. berufsrechtliche Norm anderer Schutzrichtung noch nicht die erforderliche Kenntnis der sozialen Bedeutung⁸⁸ eines Verstoßes gegen die §§ 299, 331 ff. StGB vermittelt, reicht deren Kenntnis gerade nicht aus, um einen unvermeidlichen Verbotsirrtum auszuschließen.

V. Ergebnis und Konsequenzen

Es bleibt demnach festzuhalten, dass die Einordnung des Vertragsarztes als Amtsträger gem. § 11 Abs. 1 Nr. 2 c StGB durch den 3. Strafsenat und den 5. Strafsenat nicht überzeugend ist und die als Beauftragter gem. § 299 StGB jedenfalls nicht unangreifbar begründet wurde. Vertragsärzte sollten in dieser Funktion daher durch die Strafjustiz weiterhin nicht als Täter passiver Korruptionsdelikte und als Adressaten aktiver Korruptionstaten verfolgt werden.

Zu befürchten ist jedoch nach der Tendenz der vorliegenden Entscheidungen, dass zukünftig – zumindest – § 299 StGB auf Vertragsärzte angewandt werden wird. Auch

⁷⁹ BGHSt 15, 376, 382; OLG Stuttgart NStZ 1993, 344; OLG Karlsruhe NJW 2003, 1061.

⁸⁰ *Fischer* (Fn. 1) § 11 Rn. 22c.

⁸¹ BGHSt 52, 227, 239 f = HRRS 2008 Nr. 591.

⁸² BGHSt 10, 35 f.; 15, 376 f.; BGH wistra 1995, 306; BGH NStZ 1996, 237.

⁸³ Vgl. § 34 Abs. 1 NWBOÄ, zitiert nach *Neupert* NJW 2006, 2811.

⁸⁴ In diesem Sinn (für Bayern) wohl *Bayer. LandesberGer für die Heilberufe* NStZ-RR 2002, 185 f.

⁸⁵ BGH wistra 1995, 306; BGH NStZ 1996, 237; OLG Stuttgart NStZ 1993, 345.

⁸⁶ BGHSt 11, 266; BGHSt 52, 227, 239 f.

⁸⁷ *Neumann* in: Kindhäuser/Neumann/Paeffgen, Strafgesetzbuch, 3. Auflage (2010) § 17 Rn. 21-24; *Otto* Jura 1990, 647; *Laubenthal/Baier* GA 2000, 207.

⁸⁸ *Neumann* (Fn. 88) § 17 Rn. 30 f. m.w.N.

eine Bejahung der Anwendbarkeit der §§ 331 ff. StGB auf Vertragsärzte durch den *Großen Senat für Strafsachen* kann angesichts der Vorlage durch zwei Strafsenate keinesfalls ausgeschlossen werden.

Hinsichtlich der Ausführungen zu § 17 StGB ist die Entscheidung des 3. *Strafsenats* dahingehend zu präzisieren, dass ein Verbotsirrtum – würde man hypothetisch die Richtigkeit der Auffassung zu §§ 299, 331 ff. StGB unterstellen – hinsichtlich der Bestechung im geschäftlichen Verkehr (§ 299 StGB) mindestens bis zum 23.02.2010 als unvermeidbar und strafbefreiend geltend muss, hinsichtlich der Amtsträgerbestechungsdelikte gem. §§ 331 ff. StGB hingegen mindestens bis zum 5.5.2011. Dies hat nach zutreffender Auffassung auch unabhängig davon zu gelten, ob seitens der Betroffenen anwaltlicher Rechtsrat zu diesen Fragen eingeholt wurde, vorausgesetzt, sie gingen davon aus, nicht Beauftragte bzw. Amtsträger im Sinne der Bestechungsdelikte zu sein.

Die Entscheidungen erfordern jedoch präventiv – so noch nicht geschehen – eine zeitnahe, entsprechende Anpassung der Compliance-Richtlinien insbesondere bei Her-

stellern von Pharmaprodukten und sonstigen Medizinprodukten, vorsichtshalber auch unter Berücksichtigung der strengeren Vorgaben der §§ 331 ff. StGB.

Weiter werden Unternehmen, die in steuerlich nicht festsetzungsverjährter Zeit (§§ 169 ff. AO) Zuwendungen an Vertragsärzte gewährt haben, zeitnah – spätestens nach der Entscheidung des Großen Senats – systematisch aufzuarbeiten haben, inwieweit solche Zuwendungen (Geld, Einladungen, Reisen etc.), soweit sie als Betriebsausgaben (§ 4 Abs. 4 EStG) gewinnmindernd geltend gemacht wurden, dem Abzugsverbot für Vorteile im Sinne des Bestechungsstrafrechts gemäß § 4 Abs. 5 Nr. 10 EStG i. V. m. § 299 StGB oder sogar i. V. m. §§ 331 ff. StGB unterliegen. Insoweit wird – sinnvollerweise vor der nächsten Außen- bzw. Betriebsprüfung – eine berichtigende Nacherklärung (§ 153 Abs. 1 AO) abzugeben sein. Falls eine Untersuchung und Nacherklärung unterbleibt, könnte (ggf. zusätzlich) eine Strafverfolgung der bis jetzt hinsichtlich der §§ 299, 331 ff. StGB noch gutgläubigen Gesellschaftsorgane wegen Steuerhinterziehung durch Unterlassen (§ 370 Abs. 1 Nr. 2 AO) drohen.

Aufsätze und Anmerkungen

Die Zukunft der Anwendungsbeobachtungen

Rechtssichere Grenzen zwischen Korruption und zulässiger Kooperation angesichts der aktuellen Vorlagebeschlüsse des 3. und 5. Strafsenats des Bundesgerichtshofs (BGH HRRS 2011 Nr. 800, 801)

Von Prof. Dr. jur. Hendrik Schneider, Universität Leipzig; Dr. med. Erik Strauß, Kopfzentrum Leipzig

I. Neue Strafbarkeitsrisiken bei der Durchführung von Anwendungsbeobachtungen

1. Die Entwicklung der Rechtsprechung

Etwa 50 % der niedergelassenen Fachärzte beteiligen sich ausweislich einer Untersuchung aus dem Jahr 2009 an so genannten Anwendungsbeobachtungen (nachfolgenden AWB), die sie auf vertraglicher Grundlage überwiegend entgeltlich für Pharmaunternehmen durchführen.¹

Seit einer Richtungsänderung in der Rechtsprechung im Jahr 2010², deren höchstrichterliche Bestätigung noch aussteht, gehen nunmehr auch niedergelassene Vertragsärzte³ das strafrechtliche Risiko ein, im Zusammenhang

² OLG Braunschweig NStZ 2010, 392 ff. = StV 2010, 198 ff. = wistra 2010, 280 ff.

³ In Krankenhäusern tätige Ärzte sind je nach Trägerschaft des Krankenhauses Amtsträger im Sinne des § 11 Abs. 1 Nr. 2c StGB (bzw. bei verbeamteten Ärzten gem. § 11 Abs. 1 Nr. 2a StGB) oder als Angestellte des geschäftlichen Betriebs „Krankenhaus“ taugliche Täter des Tatbestands des § 299 StGB. Letzteres gilt auch für die in MVZ angestellten, in die vertragsärztliche Versorgung einbezogenen Ärzte; vgl. hierzu umfassend *Schneider*, in: Boemke/Schneider, Korruptionsprävention im Gesundheitswesen, 1. Aufl. (2011), S. 31 ff. Diese Ärzte konnten sich schon nach bisheriger Rechtslage wegen eines Korruptionsdeliktes strafbar machen, näher *Schneider*, in: Schneider u.a. (Hrsg.), Festschrift für Manfred Seebode (2008), S. 331 ff.

¹ *Lieb/Brandtönies* Dtsch Ärztebl Int 2010, 392, 394.

mit AWB wegen eines Korruptionsdeliktes verfolgt und gegebenenfalls zur Verantwortung gezogen zu werden. Das Oberlandesgericht Braunschweig war im Februar 2010 in einem umstrittenen⁴ obiter dictum erstmals davon ausgegangen, niedergelassene Vertragsärzte seien als Beauftragte der Krankenkassen taugliche Täter des Straftatbestandes der Bestechlichkeit im geschäftlichen Verkehr gem. § 299 StGB. Auf der Grundlage dieses Beschlusses sahen sich in der Folgezeit immer mehr Staatsanwaltschaften dazu veranlasst, Ermittlungsverfahren gegen Mitarbeiter von Pharmaunternehmen und Vertragsärzte wegen des Verdachts der Bestechung/Bestechlichkeit im geschäftlichen Verkehr (§ 299 StGB) einzuleiten. Seit Oktober 2010 kam es zu ersten, auf die Verwirklichung des § 299 StGB gestützten Verurteilungen⁵, die teilweise rechtskräftig geworden sind. Im Mai 2011 oblag es sodann dem 3. Strafsenat des Bundesgerichtshofs, zu der Frage der Anwendung des § 299 StGB auf Vertragsärzte höchstrichterlich Stellung zu beziehen.⁶ Anstatt des erwarteten Urteils in dem die Verordnung von Hilfsmitteln (§§ 33, 73 Abs. 2 Nr. 7 SGB V) betreffenden Fall, entschied sich der 3. Senat für einen Vorlagebeschluss gemäß § 132 Abs. 4 GVG, so dass nunmehr eine abschließende Klärung durch den Großen Senat aussteht. Nach Auffassung des 3. Senats ist der Vertragsarzt (zumindest bei der Verordnung von Hilfsmitteln) Amtsträger im Sinne des § 11 Abs. 1 Nr. 2c StGB und kann daher sogar wegen der schwerwiegenden Amtsdelikte der §§ 331 ff. StGB zur Verantwortung gezogen werden. Auf die Revision eines Beschuldigten im Verfahren des LG Hamburg hat nunmehr auch der 5. Strafsenat mit Beschluss vom 20. Juli 2011 die Sache nach § 132 Abs. 4 GVG dem Großen Senat für Strafsachen zur Entscheidung vorgelegt. Der Senat, der über die Fallkonstellation einer Arzneimittelverschreibung zu entscheiden hat, stimmt „dem Ansatz des 3. Senats zu“.⁷ Er will durch die unterschiedliche Fallkonstellation eine Vertiefung der zu erörternden Rechtsfragen erreichen und die Entscheidung des Großen Senates in Strafsachen auf eine breitere Grundlage stellen.

Nach Auffassung der Verfasser schließt die freiberufliche Tätigkeit des Vertragsarztes die Amtsträgerstellung aus. Vertragsärzte sind nicht mit Amtsärzten oder Anstaltsärzten gleichzustellen und werden auch in der Bevölkerung nicht als Amtsträger wahrgenommen.⁸ Zudem wäre

die Subsumtion des niedergelassenen Vertragsarztes unter § 11 Abs. 1 Nr. 2c StGB nicht ohne Bruch mit der bisherigen Rechtsprechung möglich, die vom 5. Strafsenat insbesondere im so genannten Kölner Müllskandal⁹ fortgeschrieben wurde. Neben diesen strafrechtsdogmatischen Hürden würde die Eröffnung des Anwendungsbereichs der §§ 331 ff. StGB die Rechtspraxis vor erhebliche Schwierigkeiten stellen. Insbesondere ist fraglich, wer für die sogenannte Dienstherrengenehmigung gemäß § 331 Abs. 3 StGB zuständig ist und unter welchen Voraussetzungen diese erteilt werden darf. Wie der Große Senat entscheiden wird, bleibt deshalb abzuwarten. Erst dann wird ggf. auch eine differenzierte Auseinandersetzung mit den insbesondere vom 3. Strafsenat angeführten Argumenten im Zusammenhang mit der Anwendung des § 11 Abs. 1 Nr. 2c StGB erforderlich sein. Für die Praxis ist allerdings offensichtlich, dass sich die Schlinge des Korruptionsstrafrechts um den Hals des Vertragsarztes allmählich zu zieht, so dass schon jetzt vorrangig die etablierten und wissenschaftlich notwendigen Kooperationsformen zwischen niedergelassenen Vertragsärzten und Unternehmen der Medizinprodukteindustrie im Hinblick auf ihre strafrechtlichen Risiken zu überprüfen sind.

2. Folgen für die Durchführung von Anwendungsbeobachtungen

Soweit der Anwendungsbereich der §§ 331 ff. StGB oder der §§ 299 f. StGB eröffnet wäre, stellt sich sowohl im Rahmen des § 299 StGB als auch bei §§ 331 ff. StGB die Frage, ob die auf der Grundlage gegenseitiger Verträge gezahlte Vergütung einer AWB einen tatbestandsmäßigen Vorteil darstellt. Die höchstrichterliche Rechtsprechung¹⁰ bejaht auch diese Frage entgegen verschiedener Stimmen¹¹ im strafrechtswissenschaftlichen Schrifttum. Der Begriff des Vorteils wird zwar als Leistung definiert, auf die der Empfänger keinen Anspruch hat.¹² Dies schließt es nach der Rechtsprechung aber nicht aus, den Leistungsaustausch auf der Grundlage gegenseitiger Verträge in den Anwendungsbereich der Tatbestände des Korruptionsstrafrechts einzubeziehen. Denn diese Straftatbestände sollen nicht durch Vertragskonstruktionen ausmanövriert werden können. Daher sei bereits die Vertragsofferte als Vorteil zu klassifizieren. Schließlich habe der Vorteilsempfänger auf das Vertragsangebot keinen Anspruch.

Ob eine zulässige Kooperation oder eine strafbewehrte Beeinflussung des ärztlichen Verschreibungsverhaltens gegeben ist, unterliegt daher sowohl im Anwendungsbereich des § 299 StGB als auch bei § 331 StGB der Einschätzungsprärogative der zuständigen Staatsanwälte und Richter, die anhand einer Gesamtabwägung der festgestellten Umstände zu prüfen haben, ob eine so

⁴ Schneider HRRS 2010, 241 ff.; ders. StV 2010, 366 ff.; Steinhilper MedR 2010, 499 ff.; Dieners PharmR 2010, 232 ff.; Dannecker GesR 2010, 281 ff.; Brockhaus/Dann/Teubner/Tsambikakis wistra 2010, 234 ff.; Kölbl NStZ 2011, 195 ff. Insgesamt werden bei juris 34 Urteilsanmerkungen und Besprechungsaufsätze zitiert, die dem obiter dictum des OLG Braunschweig, wie der 3. Strafsenat des BGH hervorhebt, überwiegend kritisch gegenüber stehen.

⁵ AG Ulm, Urt. v. 26. Oktober 2010, 3 Cs 37 Js 9933/07; LG Hamburg GesR 2011, 164 ff.

⁶ BGH, Beschl. v. 05. Mai 2011, 3 StR 458/10.

⁷ BGH, Beschl. v. 20. Juli 2011, 5 StR 115/11, S. 9.

⁸ Tsambikakis, in: Leipold/Tsambikakis/Zöllner, Anwaltskommentar StGB, 1. Aufl. (2011), § 11 Rn. 42. Zu dem für die teleologische Auslegung nach Auffassung der Rechtsprechung im Rahmen einer „Gesamtwürdigung“ beachtlichen Kriterium der „Wahrnehmung durch die Bevölkerung“, vgl. BGHSt 49, 214 ff. = HRRS 2004 Nr. 800; BGH NJW 2007, 2932 ff. = HRRS 2007 Nr. 561.

⁹ BGH NJW 2006, 925 ff. = HRRS 2006 Nr. 123.

¹⁰ BGH NStZ-RR 2003, 171 ff. = StV 2003, 500 ff.

¹¹ Schneider a.a.O. (Fn. 3), S. 347 ff.; Lüderssen JZ 1997, 112 ff.; ders., Die Zusammenarbeit von Medizinprodukteindustrie, Krankenhäusern und Ärzten – strafbare Kollusion oder sinnvolle Kooperation? (1998), S. 39.

¹² Ständige Rechtsprechung, vgl.: BGHSt 47, 295, 304; OLG Karlsruhe NJW 2001, 907; OLG Köln MedR 2002, 413, 414.

genannte Unrechtsvereinbarung vorliegt. Bei dieser plastisch auch „Parallelvereinbarung“¹³ genannten Abrede zwischen Vorteilsnehmer und Vorteilsgeber gehen die Parteien davon aus, dass der Vertrag über die Durchführung der AWB nur der „Tarnung“ der eigentlichen Absprache dient, das Verschreibungs- oder Bestellverhalten des Vorteilsnehmers und damit die Diensthandlung bzw. die unlautere Bevorzugung des Vorteilsgebers im Wettbewerb zu honorieren.¹⁴ Da ein derartiger „Vertrag neben dem Vertrag“ außer im Fall eines Geständnisses oder bei Äußerungen der Beteiligten in der beschlagnahmten Korrespondenz bzw. bei abgehörten Telefonaten kaum direkt nachweisbar ist, spielen Indizien bei der Beweiswürdigung eine zentrale Rolle. In diesem Zusammenhang haben die Ermittlungsbehörden auch die wissenschaftliche Werthaltigkeit der Studien und die Angemessenheit der gezahlten Vergütung zu berücksichtigen und sind auf medizinischen Sachverstand angewiesen.

In der Praxis führt dies schon jetzt dazu, dass sich die mit Ermittlungsverfahren überzogenen Vertragsärzte von einem weitergehenden strafrechtlichen Verfolgungsrisiko durch die Zahlung einer Geldauflage nach § 153a StPO freikaufen, weil AWB pauschal als Marketinginstrumente ohne wissenschaftlichen Wert eingestuft werden, eine Position, die nicht nur von manchen Juristen, sondern bisweilen auch von Ärzten¹⁵ eingenommen wird. Genährt wird diese Vorstellung von in der Praxis durchaus vorkommenden Fallkonstellationen, in denen Pharmaunternehmen hohe Honorare für vergleichsweise banale standardisierte Erhebungen zahlen, die nachweislich nur in der Finanzbuchhaltung der Pharmaunternehmen zusammen mit der Rechnung des Arztes verwahrt, nicht aber wissenschaftlich ausgewertet werden.¹⁶ Andererseits sind AWB nach Auffassung der Autoren unverzichtbare Instrumente der wissenschaftlichen Erkenntnisgewinnung. Denn nicht nur im so genannten Contergan Skandal, sondern auch in zahlreichen anderen, weniger prominenten Fällen (z.B. dem Diabetes-Mittel Avandia, dem

Schlankheits-Medikament Acomplia oder des der Senkung der Blutungsneigung dienenden Arzneimittels Trasyolol) zeigten sich wesentliche Nebenwirkungen erst aufgrund von Untersuchungen nach der Zulassung eines Fertigarzneimittels, so dass die Produkte wieder vom Markt genommen werden mussten. Mit Blick auf die für eine zivilrechtliche Haftung des Arzneimittelherstellers maßgebliche Produktbeobachtungspflicht (vgl. § 84 AMG) wird man sogar von einer Obliegenheit ausgehen müssen, die in den Verkehr gebrachten Medikamente fortgesetzt im Hinblick auf mögliche Nebenwirkungen durch AWB zu überprüfen.¹⁷ Eine pauschale Kriminalisierung von AWB widerspricht schließlich der Wertentscheidung des Gesetzgebers, der in § 67 Abs. 6 AMG im Anschluss an europarechtliche Vorgaben¹⁸, die jüngst präzisiert worden sind¹⁹, arzneimittelrechtliche Voraussetzungen für die Durchführung derartiger Studien postuliert.²⁰ Im Ergebnis ist daher eine differenzierende Betrachtung erforderlich, die Medizinern und Juristen eine zuverlässige Grenzziehung zwischen rechtlich problematischen und rechtssicheren AWB ermöglicht.

II. Begriffsklärungen und arzneimittelrechtliche Grundlagen

Das Arzneimittelgesetz unterscheidet zwischen klinischen Prüfungen²¹ und nichtinterventionellen Prüfungen, die in der Praxis nichtinterventionelle Studien (NIS) genannt werden. In der Fachliteratur wird der Begriff der AWB, den das Arzneimittelgesetz in § 67 Abs. 6 S. 1 AMG verwendet, teilweise als Synonym für nichtinter-

¹⁷ Sickmüller/Breitkopf Pharm. Ind 2009, 764, 766.

¹⁸ Richtlinie 2001/83/EG des Europäischen Parlaments und des Rates vom 06. November 2001 zur Schaffung eines Gemeinschaftskodexes für Humanarzneimittel, ABl. L 311 vom 28. November 2001.

¹⁹ Richtlinie 2010/84/EG des Europäischen Parlaments und des Rates vom 15. Dezember 2010 zur Schaffung eines Gemeinschaftskodexes für Humanarzneimittel hinsichtlich der Pharmakovigilanz.

²⁰ § 67 Abs. 6 AMG lautet: „Der pharmazeutische Unternehmer hat Untersuchungen, die dazu bestimmt sind, Erkenntnisse bei der Anwendung zugelassener oder registrierter Arzneimittel zu sammeln, den kassenärztlichen Bundesvereinigungen, dem Spitzenverband Bund der Krankenkassen sowie der zuständigen Bundesoberbehörde unverzüglich anzuzeigen. Dabei sind Ort, Zeit, Ziel und Beobachtungsplan der Anwendungsbeobachtung anzugeben sowie gegenüber der Kassenärztlichen Bundesvereinigung und dem Spitzenverband Bund der Krankenkassen die beteiligten Ärzte namentlich zu benennen. Entschädigungen, die an Ärzte für ihre Beteiligung an Untersuchungen nach Satz 1 geleistet werden, sind nach ihrer Art und Höhe so zu bemessen, dass kein Anreiz für eine bevorzugte Verschreibung oder Empfehlung bestimmter Arzneimittel entsteht. Sofern beteiligte Ärzte Leistungen zu Lasten der gesetzlichen Krankenversicherung erbringen, sind bei Anzeigen nach Satz 1 auch die Art und die Höhe der an sie geleisteten Entschädigungen anzugeben sowie jeweils eine Ausfertigung der mit ihnen geschlossenen Verträge zu übermitteln; hiervon sind Anzeigen gegenüber den zuständigen Bundesoberbehörden ausgenommen.“

²¹ Zu der Problematik der von pharmazeutischen Unternehmen finanzierten Arzneimittelstudien, vgl. Schott/Pachl/Limbach/Gundert-Remy/Ludwig/Lieb Dtsch Ärztebl Int 2010, 279 ff.

¹³ Geiger A&R 2009, 203, 210.

¹⁴ Die Branchenkodices sehen deshalb explizit ein Verbot so genannter Scheinverträge vor, vgl. § 18 Abs. 1 Nr. 2 FSA Kodex Fachkreise (vgl. hierzu eingehend Geiger A&R 2008, 196 f.; ders. PharmR 2007, 364, 371 f.) sowie § 17 Abs. 2 AKG-Verhaltenskodex; vgl. nur Bienert/Hein, Auf einen Blick. Pharma-Verhaltenskodex in der Praxis. Ein alphabetischer Leitfaden (2009), S. 105ff.

¹⁵ Bausch Dtsch Ärztebl Int 2010, 390.

¹⁶ Zum Zusammenhang zwischen der Anzahl der Anwendungsbeobachtungen und dem Preis der Medikamente, vgl. Böse/Mölders MedR 2008, 585 ff. Nicht zum Gegenstand dieses Aufsatzes gehören neuerdings am Markt zu beobachtende Strategien, nach denen Pharmaunternehmen so genannte „Gesundheitsökonomische Erhebungen“ durchführen und den Arzt gegen Entgelt über sein Verordnungsverhalten befragen oder ihm hospitieren. Eine Sonderstellung nehmen ferner so genannte „Therapieeregister“ ein. Bei diesen wird der Arzt gegen Entgelt gebeten, Informationen über die Verträglichkeit des Medikaments und über die Vigilanz bzgl. wesentlicher Forderungen der Zulassung in ein Online-Portal einzugeben. Derartige Informationen sind für beide Seiten und letztlich auch für die Patientensicherheit von Vorteil. Es kann aber nicht ausgeschlossen werden, dass dieser neuere Weg insbesondere deshalb eingeschlagen wird, um die strengeren Vorschriften der AWB (§ 67 Abs. 6 AMG) nicht beachten zu müssen.

ventionelle Studien gebraucht.²² Teilweise werden AWB auch als Unterfälle von NIS angesehen.²³

Klinische Prüfungen (in der Humanmedizin) sind in § 4 Abs. 23 AMG legaldefiniert als

„am Menschen durchgeführte Untersuchung, die dazu bestimmt ist, klinische oder pharmakologische Wirkungen von Arzneimitteln zu erforschen oder nachzuweisen oder Nebenwirkungen festzustellen oder die Resorption, die Verteilung, den Stoffwechsel oder die Ausscheidung zu untersuchen, mit dem Ziel, sich von der Unbedenklichkeit oder Wirksamkeit der Arzneimittel zu überzeugen“.

Die Voraussetzungen der klinischen Prüfung sind in den §§ 40 ff. AMG geregelt. Die klinische Prüfung, bei der zwischen drei Phasen²⁴ unterschieden wird, ist eine Zulassungsvoraussetzung für zulassungspflichtige Arzneimittel und fällt daher in der Regel in den Zeitraum vor der Zulassung.

Eine nichtinterventionelle Prüfung ist gemäß § 4 Abs. 23 S. 2, 3 AMG demgegenüber

„eine Untersuchung, in deren Rahmen Erkenntnisse aus der Behandlung von Personen mit Arzneimitteln anhand epidemiologischer Methoden analysiert werden; dabei folgt die Behandlung einschließlich der Diagnose und Überwachung nicht einem vorab festgelegten Prüfplan, sondern ausschließlich der ärztlichen Praxis; soweit es sich um ein zulassungspflichtiges oder nach § 21a Absatz 1 genehmigungspflichtiges Arzneimittel handelt, erfolgt dies ferner gemäß den in der Zulassung oder der Genehmigung festgelegten Angaben für seine Anwendung“.

Von nichtinterventionellen Prüfungen, für die die einschränkenden Voraussetzungen der §§ 40 ff. AMG nicht gelten, spricht man daher nur bei Studien, die nach der Zulassung des Arzneimittels durchgeführt werden.²⁵ Abgrenzungsschwierigkeiten bestehen insofern aber zwischen NIS und klinischen Prüfungen der Phase IV (so genannte Post-Authorisation Safety Study (PASS), die in § 42b Abs. 2 AMG als „klinische Prüfung mit einem bereits zugelassenen oder für das Inverkehrbringen genehmigten Arzneimittel“ erfasst sind. Das zentrale Abgrenzungskriterium zwischen den klinischen Prüfungen der Phase IV und den der Fallgruppe der nichtinterventi-

onellen Prüfungen zuzuordnenden nichtinterventionellen Sicherheitsstudien (NISS) besteht gemäß § 4 Abs. 23 S. 2 AMG im methodischen Ansatz der empirischen Untersuchung: Die nichtinterventionelle Prüfung verwendet keinen Prüfplan und ist in der Regel auch nicht als Vergleichsgruppenuntersuchung ausgerichtet, bei der Patienten bestimmten Behandlungsarmen systematisch zugeordnet werden, sondern sie bedient sich epidemiologischer Methoden. Hierunter fallen insbesondere Querschnittsstudien, Längsschnitts- bzw. Kohortenstudien, deren gemeinsame Rahmenbedingungen in der Registrierung und Dokumentation von Erfahrungen mit dem Einsatz des Medikaments in der Population bestehen und weder von der Diagnostik, noch von der therapeutischen Intervention her über diejenigen Maßnahmen hinausgehen, die für die Behandlung des Patienten erforderlich und üblich sind. Sie sind gemäß § 67 Abs. 6 S. 1 AMG dazu bestimmt „Erkenntnisse bei der Anwendung zugelassener oder registrierter Arzneimittel zu sammeln“ und können gem. § 22 Abs. 3 AMG im Rahmen des Zulassungsverfahrens eines anderen Arzneimittels als „anderes wissenschaftliches Erkenntnismaterial“ verwendet werden. Gleichwohl gibt es Überschneidungen zwischen NISS und klinischen Prüfungen im Sinne des § 42b Abs. 2 AMG, die den Pharmaunternehmen Entscheidungsspielräume belassen, ob eine bestimmte Untersuchung nach der Zulassung des Arzneimittels arzneimittelrechtlich als klinische Prüfung oder als nichtinterventionelle Prüfung ausgestaltet werden soll.

III. Indikatoren für wissenschaftlich werthaltige und rechtssichere Anwendungsbeobachtungen

1. Einhaltung der Meldepflichten

Ein wesentlicher Indikator für das Vorliegen einer strafrechtlich unbedenklichen AWB besteht zunächst im Vorliegen der in § 67 Abs. 6 AMG genannten formellen Voraussetzungen für die Durchführung der Untersuchung. Die dort postulierten Meldepflichten werden durch die Hinweise der in § 67 Abs. 6 AMG genannten Adressaten konkretisiert. Der GKV Spitzenverband hält auf seiner Homepage ein Meldeformular vor, das seitens des die AWB planenden Pharmaunternehmens bei der Neuanlage und bei einer Änderung oder Erweiterung der AWB genutzt werden soll²⁶ und in dem unter anderem der Zeitraum der AWB, ihr Ziel, die Anzahl der Patienten, die teilnehmenden Ärzte sowie der Beobachtungsplan anzufügen sind. Der Meldung ist ein Mustervertrag mit den teilnehmenden Ärzten beizufügen.

Der an der AWB teilnehmende Arzt ist gut beraten, sich vor der Ausführung der Studie eine Kopie der entsprechenden Meldungen vorlegen zu lassen. Er kann sich hierdurch versichern, dass die formellen Voraussetzungen für die Durchführung der AWB eingehalten wurden. Außerdem wird durch die Meldepostulate des § 67 Abs. 6 AMG den allgemeinen Präventionsprinzipien Rechnung getragen, deren Einhaltung in der Praxis ein gewichtiges

²² Böse/Mölders MedR 2008, 585.

²³ Diener/Klümper PharmR 2010, 433, 434; § 19 Abs. 1 FSA Kodex Fachkreise: „Nichtinterventionelle Studien, zu denen auch Anwendungsbeobachtungen gehören, sind prospektive Untersuchungen, in deren Rahmen Erkenntnisse aus der Behandlung von Patienten mit Arzneimitteln gemäß den in der Zulassung festgelegten Angaben für seine Anwendung gewonnen werden (z.B. zur Unbedenklichkeit oder Wirksamkeit von Arzneimitteln)“.

²⁴ Schneider a.a.O. (Fn. 3), S. 72; Albus, Die Zusammenarbeit zwischen Industrie und Ärzten an medizinischen Hochschuleinrichtungen – unter dem Verdacht der Vorteilsnahme und Bestechlichkeit gem. §§ 331, 332 StGB (2007), S. 30.

²⁵ Vgl. auch § 18 Abs. 1 AKG Verhaltenskodex: „Anwendungsbeobachtungen sind wissenschaftliche Untersuchungen in den genehmigten Anwendungsgebieten nach der Zulassung oder Registrierung eines neuen Arzneimittels ...“.

²⁶ http://www.gkv-spitzenverband.de/upload/Erläuterung_zum_Meldeformular122009_10485.pdf.

Indiz gegen die Unrechtsvereinbarung darstellt. Die bei der Meldung erforderlichen Angaben sichern die notwendige Transparenz der Vertragsbeziehung zwischen Arzt und Pharmaunternehmen. Da die Meldung schriftlich erfolgt, wird gleichzeitig dem Dokumentationsprinzip Rechnung getragen.

2. Fragestellung und methodische Vorgehensweise bei der Durchführung von Anwendungsbeobachtungen

Hinsichtlich der methodischen Vorgehensweise bei der Durchführung von AWB ergeben sich wertvolle Hinweise aus den „Gemeinsamen Empfehlungen des Bundesinstituts für Arzneimittel und Medizinprodukte und des Paul-Ehrlich-Instituts zur Planung, Durchführung und Auswertung von Anwendungsbeobachtungen“.²⁷

Dort wird hervorgehoben, dass Anwendungsbeobachtungen eine eindeutige wissenschaftliche Fragestellung zugrunde liegen muss. Aufgrund des Wortlauts des § 67 Abs. 6 AMG wäre daher zumindest anzugeben, welche Erkenntnisse bei der Anwendung des Arzneimittels gesammelt werden sollen (z.B. Akzeptanz und Patienten-Compliance oder Adhärenz, Feststellung bestimmter unerwünschter Wirkungen, bei Generika Feststellung der Wirkäquivalenz zum Original oder zu anderen Anbietern, Evaluation der Wirkungen bei einem Wechsel bestimmter Therapieformen usw.). Gegebenenfalls ist als Ausgangspunkt der gegenwärtige Forschungsstand anzugeben. Aus der Fragestellung können sodann die maßgeblichen Forschungshypothesen abgeleitet werden, deren Variablen zu operationalisieren sind. Ferner sind die in die Untersuchung einbezogene Population und die Dauer der Datenerhebungsphase eindeutig anzugeben und in einem „Beobachtungs- oder Studienplan“ schriftlich zu fixieren.

Um den arzneimittelrechtlichen Vorgaben gerecht zu werden, muss die Verordnung des Arzneimittels ferner von der Entscheidung über den Einbezug des Patienten in die Studie abgekoppelt werden. Allerdings ist es nach Auffassung der Verfasser nicht erforderlich, nur solche Patienten in das Sample einzubeziehen, die schon vor Studienbeginn mit dem betreffenden Arzneimittel behandelt wurden. Dies gilt insbesondere für wissenschaftliche Fragestellungen, welche sich mit expliziten Fragen zum Therapiebeginn, einer in der medikamentösen Behandlung häufig kritischen Phase, auseinandersetzen. Dem Trennungsprinzip kann aber dadurch Rechnung getragen werden, dass die Therapieentscheidungen streng an der Indikation festgemacht werden und erst dann die Entscheidung fällt, den Patienten für die Studie zu rekrutieren. Ein Indikator für diese Unabhängigkeit der Therapiewahl von der Studienteilnahme besteht in der Analyse des Ordnungsverhaltens vor und während der Studie bzw. dem Vergleich mit der Fachgruppe. Steigt die Verordnungshäufigkeit einer Substanz während der AWB an, wäre dies ein Hinweis für eine Beeinflussung des Arztes.

²⁷ Eine Entwurfsfassung der „Gemeinsamen Empfehlungen“ ist veröffentlicht in KIfFoRe 2007, 95 ff.

Dem an der Studie teilnehmenden Arzt sind Ansprechpartner für die Datenauswertung, Berichts- und Meldewege sowie die geplante Vorgehensweise bei der Datenauswertung vor Studienbeginn in einem „Auswertungsplan“ mitzuteilen. Die Ergebnisse der AWB sind an geeigneter Stelle zu publizieren, damit diese transparent und dem wissenschaftlichen Diskurs zugänglich sind. Es ist zu empfehlen, in den Verträgen über AWB auch die Verpflichtung des Pharmaunternehmens aufzunehmen, dem Arzt derartige Publikationen nach ihrem Erscheinen zukommen zu lassen.

3. Die Vergütung von Anwendungsbeobachtungen

Eine Achillesferse bei der strafrechtlichen Bewertung wird insbesondere die Adäquanz der Vergütung darstellen. Nach § 67 Abs. 6 S. 3 AMG sollen Art und Höhe der Vergütung so bemessen werden, dass kein Anreiz für eine bevorzugte Verschreibung oder Empfehlung bestimmter Arzneimittel entsteht. Derartige Formulierungen finden sich auch in den Kodices der Pharmabranche, vgl. § 19 Abs. 7 FSA Kodex Fachkreise und § 18 Abs. 5 AKG Verhaltenskodex. Ob eine Vergütung einen Anreiz darstellt oder nicht, wird aber von den finanziellen Verhältnissen des jeweiligen Arztes und seiner „work-life-balance“ abhängen und nicht ausschließlich von der Höhe des vereinbarten Stundensatzes. In jedem Fall eröffnen AWB dem Vertragsarzt die Möglichkeit, außerhalb des GKV Budgets Einkommen zu erzielen, so dass immer ein gewisser Anreiz bestehen dürfte, möglichst viele Patienten in die AWB einzubeziehen und die durch das Gebührenrecht stark reglementierten und limitierten Einkommensmöglichkeiten auszuweiten.

Unter einem strafrechtlichen Blickwinkel kommt es insbesondere darauf an, ob die Höhe der Vergütung, die für die AWB gezahlt wird, ein Indiz für die Unrechtsvereinbarung im Sinne der §§ 299, 331 StGB darstellt. Daher greift hier nicht die marktwirtschaftliche Preisbildungstheorie, nach der die Vergütung eine Funktion aus Angebot und Nachfrage nach dem Produkt „wissenschaftliche Dienstleistung im Rahmen der Durchführung einer AWB“ darstellt, sondern es kommt auf die Vergleichbarkeit mit den Honoraren für ähnliche Tätigkeiten an. Ist diese Vergleichbarkeit gewahrt, ist dies ein Indiz gegen die Unrechtsvereinbarung, denn es liegt nahe, dass ausschließlich die Dienstleistung im Zusammenhang mit der AWB und nicht das Verschreibungsverhalten honoriert wurde. Fällt die Vergütung demgegenüber deutlich höher aus, als die Einnahmemöglichkeiten für vergleichbare ärztliche Tätigkeiten, kann dies demgegenüber ein Indiz für die Unrechtsvereinbarung darstellen. Aus diesen Gründen ist es sinnvoll, die Vergütung für AWB an der ärztlichen Gebührenordnung zu orientieren, wie dies auch in den Kodices und einschlägigen Veröffentlichungen empfohlen wird. Das Ausfüllen des Dokumentationsbogens und die sonstigen Dienstleistungen im Zusammenhang mit einer AWB sind vergleichbar mit „schriftlichen gutachterlichen Äußerungen“ im Sinne von GOÄ-Nr. 80, die mit 17,49 Euro (1-fach) – 40,22 Euro (2,3-fach, max.3,5-fach) vergütet werden und bei denen ein Zeitaufwand von 15-20 Minuten zugrunde gelegt

wird.²⁸ Bei höherem Zeitaufwand kann auf GOÄ-Nr. 85 zurückgegriffen werden, die je angefangene Stunde Arbeitszeit 29,14 Euro (1-fach) – 67,03 Euro (2,3-fach) vorsieht. Zudem können entsprechend GOÄ-Nr. 9 Schreibgebühren von je angefangener DIN A 4-Seite 3,50 Euro bzw. Kosten für Kopien in Höhe von 0,17 Euro berechnet werden.

IV. Schlussfolgerungen für die strafrechtliche Prüfung

Vertragsärzte werden zunehmend in das Visier der Ermittlungsbehörden kommen. Dem Umfang der Ermittlungstätigkeit werden Grenzen vor allem durch die Ressourcen der auf Medizinstrafrecht spezialisierten Einheiten der Polizei und Staatsanwaltschaft gesetzt und es wird in der Praxis vom Zufall (whistle-blowing eines Wettbewerbers oder Kollegen usw.) abhängen, ob sich Pharmaunternehmen und Ärzte gegenüber Korruptionsvorwürfen rechtfertigen müssen. Deshalb kommt der Präventivverteidigung eine besondere Bedeutung zu. Insbesondere die mit den strafrechtlichen Risiken des

Berufs wenig vertrauten Vertragsärzte aber auch Justiziarer und Leitungspersonen in Kliniken sollten vor Aufnahme einer Kooperation mit der Medizinprodukteindustrie die einschlägigen Rechtsgrundlagen sorgfältig prüfen oder prüfen lassen. Bei AWB ist eine fächerübergreifende Beurteilung der Rechtmäßigkeit und strafrechtlichen Unbedenklichkeit erforderlich. Denn die wissenschaftliche Werthaltigkeit der Untersuchung, die Kohärenz von Fragestellung, Erhebungs- und Auswertungsmethode wird der Jurist nicht zuverlässig einzuschätzen wissen, während für die hier angesprochenen Fragen des Arzneimittelrechts und des Strafrechts wiederum der Mediziner nicht ausgewiesen ist.

Derartige Präventionsmaßnahmen sind aufwändig und erzeugen Reibungsverluste. Sie sind aber erforderlich, um dem Zugriff des hypertrophierenden Strafrechts zu begegnen und Arzt und Pharmaunternehmer bzw. den verantwortlichen Vertriebsmitarbeiter rechtlich abzusichern. Ob die geschilderte Entwicklung und die sich abzeichnende Ausweitung der strafrechtlichen Verantwortlichkeit der Vertragsärzte allerdings zu einem besseren Gesundheitswesen führt oder „harte Vertriebskorruption“ wirksam eindämmt, mag bezweifelt werden.

²⁸ Diener/Klümper PharmR 2010, 433, 438.

Aufsätze und Anmerkungen

Pleiten, Pech und Pannen – Ein Blick auf die revisionsgerichtliche Praxis der strafverfahrensrechtlichen Rügeverkümmierung

Zugleich Besprechung von BGH HRRS 2011 Nr. 775 = BGH 3 StR 485/10 vom 28.6.2011*

Von RA Klaus-Ulrich Ventzke, Hamburg

I.

Bei der Suche nach Anhaltspunkten für erfolversprechende Verfahrensrügen fiel der Blick des Revisionsverteidigers des von dem LG Oldenburg am 08.07.2010 wegen verschiedener Betäubungsmittelstraftaten zu neun Jahren Gesamtfreiheitsstrafe verurteilten Beschwerdeführers auf die Schilderung der Endphase der Hauptverhandlung in dem ursprünglichen Hauptverhandlungsprotokoll

(§§ 271 Abs. 1, 273 Abs. 4 StPO). Es berichtete von folgendem Verfahrensgang:

Die Beweisaufnahme wurde geschlossen, die Schlußanträge gehalten. Der Angeklagte hatte das letzte Wort, er wurde befragt, ob er selbst noch etwas zur Verteidigung auszuführen habe und – so das Protokoll wörtlich – „erklärte sich“. Die Hauptverhandlung wurde unterbrochen. Die Kammer trat nochmals in die Beweisaufnahme ein, beschloß eine Teileinstellung gem. § 154 Abs. 2 StPO und gab einen rechtlichen Hinweis zu zwei der später abgeurteilten Straftaten. Die Beweisaufnahme wurde erneut geschlossen. Was vor Urteilsberatung und Verkündung des angefochtenen Urteils geschah, hielt das Protokoll wie folgt fest:

* Der Entscheidung liegt der unter I. und II. 2. b) geschilderte Sachverhalt zugrunde (a.a.O. Rn. 21, 22 f., 28 f.). Das landgerichtliche Urteil wurde wegen sachlichrechtlicher Mängel weitgehend aufgehoben (a.a.O. Rn. 2 – 18).

„Die Staatsanwältin, die Verteidigerin und der Angeklagte wiederholten ihre Anträge.“

Mußte die Lektüre dieser Protokollpassage den Verteidiger – erst recht nach der Entscheidung des Großen Senats für Strafsachen des BGH vom 23.04.2007 zur Zulässigkeit der rügevernichtenden Protokolländerung¹ – veranlassen, über die Frage nachzudenken, ob eine sie aufgreifende Verfahrensrüge gem. § 258 Abs. 2 und 3 StPO geeignet sein könnte, den Bestand des Urteils zu gefährden? Die Verneinung dieser Frage schien sich aufzudrängen, weil die revisionsrechtlichen Möglichkeiten auf der Hand lagen, der (vermeintlichen) Beweiskraft der Protokollpassage zur Begründung einer derartigen Verfahrensrüge den Garaus zu machen; der 3. Strafsenat sollte dann auch das ihm zur Verfügung stehende revisionsrechtliche Instrumentarium im einzelnen auf dessen Tauglichkeit durchmustern, eine solchermaßen hergeleitete Rüge zu entkräften.

- War die Passage nicht einer Auslegung dahingehend zugänglich, daß die Formulierung „Anträge“ auch die früheren „Erklärungen“ des Angeklagten umfaßte? Immerhin erwies sich die revisionsgerichtliche Rechtsprechung seit jeher als durchaus phantasievoll, wenn es darum ging, einem Hauptverhandlungsprotokoll einen mit einer erhobenen Verfahrensrüge nicht zu vereinbarenden Inhalt zu entnehmen. Nur beispielhaft eine Entscheidung des 1. Strafsenats des BGH, die die Rüge betrifft, der Tatrichter sei seiner sich aus §§ 231b Abs. 2, 231a Abs. 2 StPO ergebenden Verpflichtung nicht ausreichend nachgekommen, den wieder an der Hauptverhandlung teilnehmenden Angeklagten über den in dessen Abwesenheit erfolgten Gang der Beweisaufnahme zu unterrichten:

„Im Protokoll muss als wesentliche Förmlichkeit nur die Unterrichtung, nicht aber ihr Inhalt im Einzelnen beurkundet werden (...). Ausweislich des von der Revision wiedergegebenen Sitzungsprotokolls wurde der Angeklagte S. nach seiner Wiedezulassung `über den Inhalt der weiteren Zeugenvernehmung H. informiert` (RB Rechtsanwalt R. S. 23). Der Begriff `Inhalt der Vernehmung` umfasst nicht nur den Inhalt der Zeugenaussage an sich, sondern auch den Gang der Vernehmung – sprich die damit in Zusammenhang stehenden Anträge, Erklärungen, Beschlüsse sowie die Vorlage von Augenscheinsobjekten. Das Vorbringen der Revision bezüglich der unzulänglichen Unterrichtung steht damit im Widerspruch zur Sitzungsniederschrift (§ 273 StPO) und ist nicht nachgewiesen.“²

Diesen Weg zur Erledigung der Verfahrensrüge geht der 3. Strafsenat des BGH³ – anders als vom Generalbundesanwalt angeregt – nicht. Vielmehr weist er darauf hin, es komme zwar nicht darauf an, ob der Begriff „letztes Wort“ im Hauptverhandlungsprotokoll auftauche, solange deutlich erkennbar bleibe, „dass das Gericht den Angeklagten befragt und ihm Gelegenheit gege-

ben hat, sich als letzter zu äußern“, teilt indes apodiktisch mit, vorliegend könne er dies „aus der vom Landgericht⁴ hier gewählten Formulierung (...) nicht ableiten.“

- Führte diese Einschätzung dann nicht zwanglos zu der ebenfalls vorauszusehenden Beurteilung, die erwogene Verfahrensrüge sei jedenfalls deshalb unbehelflich, weil die Beweiskraft des Hauptverhandlungsprotokolls mit der Folge in Fortfall geraten sei, daß der tatsächliche Verfahrensgang im Weg des Freibeweises zu klären war, soweit dem nicht ohnehin das revisionsrechtliche Rekonstruktionsverbot entgegenstand? Auch insoweit war die revisionsgerichtliche Rechtsprechung bis zuletzt durchaus kreativ. Hierfür ein Beispiel aus der Rechtsprechung des 2. Strafsenats des BGH, das eine Rüge der Verletzung des Unmittelbarkeitsgrundsatzes (§§ 250 S. 2, 256 Abs. 1 StPO) zum Gegenstand hat:

„Näherer Erörterung bedarf allein zu Fall 3 die Rüge, die Verlesung des Berichtes des Klinikums K. vom 8. Dezember 2008 verstoße gegen § 256 Abs. 1 Nr. 2 StPO, weil sie zumindest auch zum Nachweis des versuchten Tötungsdelikts zum Nachteil des Nebenklägers gedient habe. Der Generalbundesanwalt hat sich der Rüge angeschlossen. Sie greift jedoch nicht durch. Ein Verstoß gegen die Vorschrift des § 256 Abs. 1 Nr. 2 StPO ist nicht bewiesen. Im Protokoll (Bl. 95 Bd. II) heißt es, `dass der Vermerk über die Aufnahme des Klinikums K. vom 8.12.2008, Bl. 127 f. Bd. I d.A. ... von dem Vorsitzenden verlesen` wurde. Diese Formulierung lässt vor dem Hintergrund, dass der betreffende Arztbericht im Zusammenhang mit der Vernehmung des Nebenklägers in die Hauptverhandlung eingeführt wurde, die Möglichkeit offen, dass die Verlesung nicht nach § 256 Abs. 1 Nr. 2 StPO im Urkundsbeweis, sondern zum Zwecke des Vorhalts im Rahmen dieser Vernehmung erfolgte. Für die Annahme eines bloßen Vernehmungsbehelfs könnte – außer dem Umstand, dass § 256 StPO nicht ausdrücklich genannt wird – insbesondere sprechen, dass das Schriftstück nicht als Attest oder Gutachten, sondern als `Vermerk` bezeichnet wird. Soweit der Generalbundesanwalt auf die Formulierung im Urteil hinweist, dass die Feststellungen zu den Verletzungen auch auf der Verlesung des ärztlichen Attestes beruhten (UA 19), könnte mit Rücksicht darauf allenfalls in Betracht gezogen werden, das Landgericht habe bei seiner Überzeugungsbildung ein Beweismittel verwertet, das nicht Gegenstand der Hauptverhandlung war. Insoweit hätte es jedoch der – vom Beschwerdeführer nicht erhobenen – Verfahrensrüge bedurft, das Landgericht habe seine Überzeugung entgegen § 261 StPO nicht aus dem Inbegriff der Verhandlung geschöpft.“⁵

Die Auswüchse dieser Praxis⁶ zurechtzustutzen, war ein nicht unwesentliches Anliegen des Großen Senats gewesen, das ihn veranlaßte, das *formalisierte* Protokollberichtigungsverfahren zu

¹ GStSt 1/06 HRRS 2007 Nr. 600.

² 1 StR 301/07 HRRS 2008 Nr. 98, Rn. 9 f.; vgl. auch BGH 3 StR 38/08 HRRS 2008 Nr. 641, Rn. 2.

³ A.a.O. Rn. 25.

⁴ Gemeint: Urkundspersonen.

⁵ 2 StR 444/09 HRRS 2010 Nr. 152, Rn. 6 ff.

⁶ Repräsentativ: HansOLG Hamburg StV 2004, 298 mit Anm. Ventzke.

entwickeln.⁷ Dieser Gedanke war in der Folgezeit zuerst vom 5. Strafsenat des BGH⁸ fruchtbar gemacht worden. Er wies darauf hin, er entnehme dieser Grundsatzentscheidung „eine substantielle Änderung des Strafverfahrensrechts“ dahingehend, dass Protokollmängel in erster Linie im Protokollberichtigungsverfahren zu beseitigen sind“, so daß „daneben eine offensichtliche Lückenhaftigkeit des Protokolls, die abweichende Feststellungen im Freibeweisverfahren zuließe, nunmehr lediglich in Fällen krasser Widersprüchlichkeit des Protokollinhalts in sich angenommen werden (dürfte).“ Dieses Argument vertiefte später der 2. Strafsenat des BGH¹⁰; weniger grundsätzlich ansetzend hatte der 1. Strafsenat des BGH¹¹ bereits wiederholt Gelegenheit zu dem Hinweis gehabt, eine rügeverkümmerte Protokolländerung könne nicht durch bloße Abgabe dienstlicher Erklärungen bewirkt werden. Diesem (überzeugenden) Ansatz schließt sich der 3. Strafsenat in seiner Entscheidung vom 28.06.2011 an und erteilt deshalb der wiederum gegenteiligen Auffassung des Generalbundesanwalts eine Absage. Ihr hält er vor allem entgegen, im Vergleich zu dem richterrechtlich entwickelten „förmlichen Berichtigungsverfahren biete das Freibeweisverfahren nur geringere verfahrensrechtliche Sicherungen für die Ermittlung des wahren Sachverhalts.“¹² Ob er damit die von ihm parallel zum Protokollberichtigungsverfahren zur Bekämpfung sog. unwahrer Verfahrensrügen entwickelte Mißbrauchslösung¹³, die gerade auf die Aussagekraft dienstlicher Erklärungen vertraute, aufgibt, läßt

der Senat freilich nicht erkennen. Argumentativ schlüssig wäre eine derartige Konsequenz.¹⁴

- War es dann aber nicht von vornherein¹⁵ ein abergläubischer Versuch, als Revisionsverteidiger auf der Grundlage der Ursprungsfassung des Protokolls, das immerhin eine Äußerung des Angeklagten nach der erneuten Schließung der Beweisaufnahme dokumentierte, die Verletzung des letzten Worts zu rügen, da sich jedenfalls das Ergebnis eines sicher zu erwartenden Protokollberichtigungsverfahrens von selbst verstand?

II.

Das, was die Urkundspersonen nach Eingang der Revisionsbegründung hätten veranlassen müssen, wenn ihre sichere Erinnerung¹⁶ die Unrichtigkeit des protokollgestützten Beschwerdevorbringens ergab, schien nämlich überschaubar und leicht handhabbar zu sein.¹⁷ Das Protokollberichtigungsverfahren bewegt sich gegenüber dem betroffenen Revidenten über vier Stufen:

- **Stufe 1:** Bekanntmachung der Absicht der Protokolländerung unter Beifügung aussagekräftiger dienstlicher Erklärungen der Urkundspersonen sowie Gewährung rechtlichen Gehörs hierzu.¹⁸
- **Stufe 2:** Bei substantiiertem Widerspruch des Beschwerdeführers Einholung dienstlicher Erklärungen der anderen Verfahrensbeteiligten und erneute Gewährung rechtlichen Gehörs.

⁷ A.a.O. Rn. 61: „Eine Änderung der Rechtsprechung zum Verbot der Rügeverkümmung begegnet zudem der Tendenz zur Ausweitung der Rechtsprechung zu offensichtlichen Mängeln des Protokolls (ebenso BGHR StPO § 274 Beweiskraft 29). Diese Rechtsprechung (vgl. BGH NJW 2001, 3794; NStZ 2000, 546) geht mittlerweile sehr weit; ihr fehlen – jedenfalls in Grenzfällen – hinreichend klare und verlässliche Konturen. Diese Tendenz ist gerade vor dem Hintergrund zu sehen, dass die Folgen der relativen Unbeachtlichkeit der Protokollberichtigung als nicht mehr tragbar empfunden werden. In der Literatur wird hierzu vorgebracht, die Senate suchten in Grenzfällen geradezu nach Möglichkeiten der Durchbrechung der formellen Beweiskraft der Sitzungsniederschrift (Detter StraFo 2004, 329, 330; Park StraFo 2004, 335, 338, 340; krit. auch Docke/v. Döllen/Momsen StV 1999, 583 f.; Kuhn NJW-Spezial 2006, 567; Ventzke StV 2004, 300 f.).“

⁸ 5 StR 169/09 HRRS 2010 Nr. 192, Rn. 6.

⁹ Zu dieser Formulierung kritisch Wohlers, in: Wehe dem, der beschuldigt wird..., Ergebnisband des 34. Strafverteidigertages, 2011, S. 103, 122 („freudsche Fehlleistung“).

¹⁰ 2 StR 158/10 HRRS 2010 Nr. 683, Rn. 7 ff.

¹¹ 1 StR 423/09 vom 02.09.2009, S. 3 (bei HRRS nicht erfaßt); 1 StR 264/10 HRRS 2010 Nr. 946, Rn. 8; vgl. auch 1 StR 3/10 HRRS 2010 Nr. 141, Rn. 5.

¹² A.a.O. Rn. 26.

¹³ 3 StR 284/05 HRRS 2006 Nr. 713 i.V.m. Nrn. 456, 611; dazu z.B. Dahs NStZ 2007, 241 ff.; H. Wagner StraFo 2007, 496 ff.

¹⁴ Vgl. zum Problem Ventzke HRRS 2008, 180, 184 ff., 187 f.; Dehne-Niemann wistra 2011, 213, 214 f. Andererseits könnte es sich – wie hinsichtlich der Ausnahme für das besonders widersprüchliche Protokoll in der Entscheidung des 5. Strafsenats (offen gelassen in: 2 StR 386/10 a.a.O. Rn. 11) – in der Logik der bisherigen Rechtsprechung aufdrängen, aus rein pragmatischen Gründen diesen Ansatz als letzten Rettungsanker nicht explizit aufzugeben, um auf ihn zurückgreifen zu können, falls er bei Scheitern des formalisierten Protokollberichtigungsverfahrens geeignet sein könnte, ein dem Revisionsgericht „sachgerecht“ erscheinendes Ergebnis herbeizuführen (vgl. dazu Ventzke NStZ 2011, 481 ff.).

¹⁵ Das gilt erst recht angesichts der angenommenen Verpflichtung der Revisionsverteidigung zu hauptverhandlungsbezogenen Rekonstruktionsbemühungen (vgl. zuletzt BGH 1 StR 500/10 HRRS 2010 Nr. 1064, Rn. 12 f.; vgl. im übrigen Ventzke StV 2006, 459, 461 zu BVerfG StraFo 2005, 512 f.).

¹⁶ Z.B. BGH 1 StR 620/09 HRRS 2010 Nr. 145, Rn. 13 ff.

¹⁷ So im Ergebnis aus Sicht der Strafjustiz Gemählich, in: Festschrift für Stöckel, 2010, S. 225 ff. Vgl. auch Barthe DRiZ 2011, 239 ff.

¹⁸ Ob und ggfls, welche Bemühungen die Urkundspersonen auf dieser Stufe zur Auffrischung ihres Gedächtnisses entfalten dürfen, ist bisher noch nicht entschieden worden. Freilich dürfte es fernliegen, etwa dem Vorsitzenden zu gestatten, vorab mit anderen Teilnehmern der Hauptverhandlung den „wahren“ Sachverhalt gemeinsam zu ermitteln.

- **Stufe 3:** Protokollberichtigung auf der Grundlage eines insbesondere im Fall streitiger Protokolländerung begründeten (beweiswürdigen) Beschlusses.
- **Stufe 4:** Überprüfungs- und Aufklärungsmöglichkeit des Revisionsgerichts im herkömmlichen Freibeweisverfahren unter Geltung der Beweisregel: „Im Zweifel für die Ursprungsfassung“.

1.

Blickt man in die überraschend¹⁹ wenigen Entscheidungen des BGH, denen eine erfolgreiche Rügeverkümmierung zugrunde liegt, so scheint die vor immerhin vier Jahren von dem Großen Senat gefundene Lösung jedenfalls dann ohne weiteres praktisch handhabbar zu sein, wenn *einerseits* die Befürworter der konkreten Rügeverkümmierung in detaillierter Weise den „wirklichen“ Verfahrensgang belegen konnten und *andererseits* die Verteidiger der Ursprungsfassung des Protokolls dem argumentativ nichts Substantielles entgegenzusetzen hatten. Besonders deutlich macht dies ein – die Protokollberichtigung im Fall einer Inbegriffsrüge (§ 261 StPO) auf Stufe 4 billigender – Beschluß des 3. Strafsenats des BGH²⁰:

„Die Berichtigungsentscheidung hält auch in der Sache der Überprüfung stand; der Senat hat aufgrund der umfangreichen und substantiierten Begründung keine Zweifel an der Richtigkeit des berichtigten Protokolls (vgl. BGH – GS – aaO 317). Die Strafkammervorsitzende und der Urkundsbeamte der Geschäftsstelle haben nicht lediglich pauschal einen Fehler der Sitzungsniederschrift behauptet, sondern zum betreffenden Geschehen während der Hauptverhandlung detaillierte Angaben gemacht und mehrere markante, die tatsächliche Verlesung belegende Umstände benannt. Die Vorsitzende hat unter Angabe zahlreicher Einzelheiten erklärt, sich sicher zu sein, dass der Inhalt der Vernehmungen im ausdrücklichen Einvernehmen mit allen Verfahrensbeteiligten verlesen worden sei. Dies sei in der Ursprungsfassung des Hauptverhandlungsprotokolls auch so notiert gewesen. Der Protokollführer hat ausgeführt, er habe die konkrete positive Erinnerung daran, dass die Aussage der Nebenklägerin in der Hauptverhandlung verlesen worden sei. Wenn er die Bekundungen im Nachhinein durchlese, kämen ihm einzelne Passagen sofort wieder in Erinnerung; dieses Erinnern könne nur aus der Hauptverhandlung rühren, da ihm die Akten zuvor nicht vorgelegen hätten. Als Grund für die fehlerhafte Endfassung des Protokolls komme nur eine zwischenzeitliche Löschung der entsprechenden Passagen im Computer in Betracht; dies sei jedoch trotz intensiver Bemühungen

nicht mehr aufklärbar. Auch der beisitzende Richter, beide Schöffen, die Nebenklägervertreterin sowie – wenn auch mit gewissen Einschränkungen – die Sitzungsvertreterin der Staatsanwaltschaft konnten sich an die Verlesung erinnern. Der beisitzende Richter hat ausgeführt, er sei sich sicher, dass die Verlesung erfolgt sei, was sich auch seinen während der Hauptverhandlung gefertigten handschriftlichen Aufzeichnungen entnehmen lasse. Die entsprechenden Mitschriften sind seiner Stellungnahme beigelegt, was dieser ein zusätzliches Gewicht verleiht. Die Sitzungsvertreterin der Staatsanwaltschaft hat sich dahin geäußert, sie verfüge über eine Notiz, wonach die Verlesung für den dritten Hauptverhandlungstag geplant gewesen sei. Sie sei auch beschlossen worden. Sie vermöge sich allerdings nicht mehr ‚sicher‘ zu erinnern, ob der Beschluss auch ausgeführt worden sei. Beide Schöffen – die keine vorherige Aktenkenntnis hatten – und die Nebenklägervertreterin haben in getrennten Erklärungen ausgeführt, sie könnten sich an die Verlesung der Niederschriften erinnern. Unter diesen Umständen ist trotz der entgegenstehenden Äußerungen der Verteidiger für Zweifel daran, dass lediglich ein Protokollierungsfehler vorlag, kein Raum; eine weitere Aufklärung des Geschehens im Freibeweisverfahren ist nicht veranlasst.“

Dieser Befund wird durch ein Gegenbeispiel bestätigt: Weil ihm die dem Protokollberichtigungsbeschluß zugrundeliegenden dienstlichen Erklärungen der Urkundspersonen nicht beweiskräftig erschienen, hat der 2. Strafsenat des BGH²¹ unlängst gleichsam spiegelbildlich²² im Fall einer an das Selbstleseverfahren anknüpfenden Inbegriffsrüge (§§ 261, 249 Abs. 2 StPO) den eher halbherzig unternommenen Versuch einer Rügeverkümmierung scheitern lassen. Prägnant heißt es in dieser Entscheidung:

„Die vorliegend durch die Vorsitzende und die Protokollführerin erfolgte Berichtigung des Protokolls hält rechtlicher Überprüfung nicht stand, denn die Berichtigungsentscheidung wird nicht durch die in Bezug genommenen dienstlichen Erklärungen der beiden Urkundspersonen getragen. Grundlage einer jeden Protokollberichtigung ist die sichere Erinnerung der Urkundspersonen. Fehlt es hieran, kann ein Protokoll nicht mehr berichtigt werden (BGHSt 51, 298, 314, 316). Die vorliegenden dienstlichen Erklärungen der beiden Urkundspersonen enthalten keinen Hinweis darauf, dass hinsichtlich der in den Anlagen 3 und 4 aufgeführten Urkunden gemäß § 249 Abs. 2 Satz 3 StPO durch die Vorsitzende in der Hauptverhandlung eine Feststellung der Kenntnisnahme getroffen und diese von der Protokollführerin lediglich nicht protokolliert wurde. Die in den dienstlichen Erklärungen enthaltene Behauptung, das Selbstleseverfahren sei durchgeführt worden, ist demgegenüber unbeachtlich.“

¹⁹ Die Befürchtung, die Rechtsprechung werde sich diesem Verfahren so intensiv zuwenden, wie es die Revisionsgerichtsbarkeit im Fall des § 354 Abs. 1a StPO bis zur Entscheidung des BVerfG getan hatte (vgl. *Senge* StraFo 2006, 309, 311 ff.), hat sich offenbar nicht bestätigt, sofern nicht *entweder* schon von dessen bloßer Existenz eine präventive Wirkung auf potentielle Beschwerdeführer ausgegangen ist *oder* aber sich einschlägige Fälle in nicht begründeten Beschlüssen gem. § 349 Abs. 2 StPO verbergen

²⁰ HRRS 2008 Nr. 725, Rn. 8 ff.; vgl. auch für Stufe 1: BGH 1 StR 51/08 HRRS 2008 Nr. 398, Rn. 3 ff. (Verletzung des § 67 Abs. 2 JGG).

²¹ 2 StR 386/10 HRRS 2011 Nr. 353, Rn. 8.

²² Keinen *unmittelbaren* Bezug zum Protokollberichtigungsverfahren weisen (zutreffend begründete) Entscheidungen auf, in denen es vorrangig um die Frage geht, welche Verfahrenstatsache überhaupt Gegenstand der Protokollierung und damit potentieller Berichtigung ist (vgl. für das Selbstleseverfahren BGH 2 StR 54/09 HRRS 2009 Nr. 752, Rn. 4; 2 StR 280/09 HRRS 2009 Nr. 953, Rn. 4 ff.; 3 StR 76/10 HRRS 2010 Nr. 892, Rn. 4 ff.; dazu krit. *Dehne-Niemann* a.a.O. S. 215 ff.).

2.

Was geschieht aber, wenn die Urkundspersonen das Protokollberichtigungsverfahren nicht oder aber fehlerhaft durchführen? Insbesondere: Darf das Revisionsgericht die Einleitung des Verfahrens anregen oder gar aktiv dafür Sorge tragen, daß es ordnungsgemäß – sei es hinsichtlich der Partizipationsrechte des Beschwerdeführers, sei es hinsichtlich der übrigen teils formellen, teils inhaltlichen Voraussetzungen – umgesetzt wird? Schon wegen des mit (zu) viel Pathos bemühten Kriteriums „Wahrheit“ im Begründungszusammenhang der Entscheidung des Großen Senats²³ neigt man intuitiv dazu, diese Frage *einerseits* ohne weiteres zu bejahen, *andererseits* für den Fall überschießender revisionsgerichtlicher Bemühungen um eine wirksame Rügeverkümmerung auf das Verfahren gem. § 24 StPO zu verweisen. Jedenfalls ersteres hat auch der 1. Strafsenat des BGH²⁴ so gesehen:

„Eine Protokollberichtigung ist aber ersichtlich bislang nicht vorgenommen worden. Der Senat schließt jedoch aus den Gründen der Antragsschrift des Generalbundesanwalts aus, dass der Strafausspruch auf der ausweislich des Hauptverhandlungsprotokolls unterlassenen Verlesung des Urteils vom 31. März 2003 beruht. Er kann deshalb von der im Hinblick auf die dienstlichen Stellungnahmen der Berufsrichter und des Sitzungsvertreters der Staatsanwaltschaft *an sich gebotenen Rücksendung der Strafakten an das Landgericht zur Prüfung, ob eine Protokollberichtigung vorzunehmen ist, absehen.*“

²³ A.a.O. Rn. 47 ff.: „Auch die Revisionsgerichte sind der Wahrheit verpflichtet; wenn prozessual erhebliche Tatsachen aus der tatrichterlichen Hauptverhandlung der Klärung bedürfen, muss grundsätzlich der wahre Sachverhalt, wie er sich zugetragen hat, maßgeblich sein (vgl. BGHSt 36, 354, 358 f.). Dies spricht entscheidend dafür, die Regelung des § 274 StPO in einer Weise auszulegen, welche die inhaltliche Richtigkeit der Sitzungsniederschrift gewährleistet. Allerdings wird dem entgegengehalten, dass § 274 StPO nach dem Willen des Gesetzgebers der Zweckmäßigkeit Vorrang vor der Wahrheit einräume (so BGHSt 2, 125, 128; 26, 281, 283). Dieser Vorrang gilt aber schon jetzt nicht uneingeschränkt. Denn damit wäre der unstreitige Grundsatz nicht vereinbar, dass – (...) – Protokollberichtigungen und distanzierende Erklärungen der Urkundspersonen beachtlich sind, wenn sie das Revisionsvorbringen bestätigen (vgl. BGHSt 4, 364; BGH NStZ 1988, 85; RGSt 19, 367, 369 f.; 21, 323, 324 f.; 57, 394, 396 f.; OLG Köln NJW 1952, 758). Der Wahrheitspflicht würde nicht dadurch Genüge getan, dass die Wahrheit in eine ‚materielle‘ und eine ‚formelle‘ bzw. ‚prozessuale Wahrheit‘ aufzuspalten wäre. Die Beweisregel des § 274 StPO schafft keinen von der (objektiven) Wahrheit abweichenden Wahrheitsbegriff (so aber Cüppers NJW 1950, 930, 931 ff.; 1951, 259; Dahs, StraFo 2000, 181, 185; Jahn JuS 2007, 91 Fn. 3; Park StraFo 2004, 335, 337; Schneidwin MDR 1951, 193; vgl. auch RGSt 43, 1, 6). Die Beweiskraft des Protokolls nach § 274 StPO verändert nicht die Tatsachen, macht nicht aus Unwahrheit Wahrheit (vgl. Dettner StraFo 2004, 329, 334; ebenso Beulke, Der Verteidiger im Strafverfahren 1980 S. 157, der aber ‚in diesem Ausnahmefall eine Lüge (für) prozessual zulässig‘ hält).“ Vgl. hierzu nur H. Wagner GA 2008, 442 ff.; Knauer, in: Festschrift für Widmaier, 2008, S. 291 ff.; Ventzke HRRS 2008, 180 ff.; Dehne-Niemann ZStW 2009, 321 ff.

²⁴ 1 StR 423/09 a.a.O. S. 3 (meine Hervorhebung).

a)

Bemerkenswerterweise haben manche Revisionsgerichte versucht, einen anderen Weg einzuschlagen. Dem OLG Hamm²⁵, von dem die einschlägige Leitentscheidung stammt, bot sich anhand der Akte das folgende atemberaubende Bild der Bemühungen der Urkundspersonen einer Kleinen Strafkammer des LG Essen, einer Inbegriffsrüge (§ 261 StPO) im Nachhinein die Grundlage zu entziehen:

„Mit Verfügung vom 4. August 2008 übersandte die Staatsanwaltschaft unter Hinweis auf die Rüge der Verletzung des § 261 StPO die Akten dem Landgericht mit der Bitte um Prüfung, ob ggfls. eine Berichtigung des Hauptverhandlungsprotokolls dahin in Betracht komme, dass die türkischen Registerauszüge in Augenschein genommen worden seien.

Daraufhin verfügte die Strafkammervorsitzende am 14. August 2008 :

‘V
1. Vermerk: Ich bin mir sicher, dass wir ins Register gesehen haben.
2. U.m.A. Frau S.... (Protokollführerin = Zusatz des Senats), Bl.721 haben Sie noch eine Erinnerung?’

Zu dieser Verfügung findet sich folgende Antwort

‘zu 1 + 2 gen. 30.9.08 S...’

Darüber hinaus findet sich folgende Protokollergänzung auf Seite 3 des Hauptverhandlungsprotokolls:

‘Die türkischen Registerauszüge lagen vor und wurden zu Beweis Zwecken in Augenschein genommen gen. 30.9.2008 S...’

Am 7. Oktober 2008 erließ die Strafkammervorsitzende folgenden Beschluss:

‘V
‘In pp wird das Protokoll vom 06.06.2008 dahingehend ergänzt, dass die türkischen Registerauszüge in Augenschein genommen worden sind. Das Register ist in der Verhandlung in Augenschein genommen und erörtert worden. Dies ist versehentlich nicht im Protokoll vermerkt worden.

Landgericht Essen Strafkammer XIII
Essen, 07.10.2008

2. Frau S. mit der Bitte um Genehmigung des Beschlusses

3. Protokoll mit dem Berichtigungsbeschluss verbinden und de(m) Verteidiger erneut zu stellen

4 u.m.A. der StA
-hier-
zur Durchführung des Revisionsverfahrens’.

²⁵ 5 Ss 506/08 vom 10.03.2009, Rn. 7 ff., 28 (juris); ebenso: OLG Hamm III-3 RVs 49/10 vom 12.10.2010, Rn. 12 ff., 18 (juris).

Der Ziffer 2 dieser Verfügung vom 7. Oktober 2008 ist handschriftlich hinzugefügt: „ges. u. gen. 08.10.08 S.“

Das über eine derartige Unprofessionalität erkennbar erzürnte Revisionsgericht ließ kurzerhand die Verfahrensrüge auf der Grundlage der ursprünglichen Protokollfassung durchgreifen. Knapp beschied es die Verfahrensbeteiligten hierzu:

„Vorliegend haben sich die Strafkammervorsitzende und die Protokollführerin nicht an das vom Bundesgerichtshof geforderte Verfahren gehalten (...), sondern in Kenntnis der erhobenen Verfahrensrüge das Protokoll durch Beschluss vom 7. Oktober 2008 ohne vorherige Anhörung der Revisionsführerin und ohne ausreichende nachvollziehbare Begründung berichtigt. Sowohl die Effektivität des Rechtsmittels der Revision als auch das verbürgte Recht des Angeklagten auf ein faires Verfahren gebieten es in diesem Fall, die spätere Berichtigung des Protokolls außer acht zu lassen und dem Revisionsgericht seiner Entscheidung das Protokoll in der ursprünglichen Fassung zu Grunde zu legen.“

Nicht einmal der Hauch einer Begründung ist freilich dieser Entscheidung zu entnehmen: Warum sollten trotz der grundsätzlichen Billigung des Protokollberichtigungsverfahrens durch das Oberlandesgericht „sowohl die Effektivität des Rechtsmittels der Revision als auch das verbürgte Recht des Angeklagten auf ein faires Verfahren“ den Rückgriff auf die Ursprungsfassung des Protokolls erzwingen? Auf dieses – sich schon in der Terminologie verratende – Begründungsdefizit weist der 3. Strafsenat des BGH in seiner Entscheidung vom 28.06.2011²⁶ ebenso zutreffend hin wie auf den Umstand, daß die „ordnungsgemäße Neuvernahme einer an einem solchen Mangel leidenden, aber im übrigen statthaften strafprozessualen Maßnahme“ ungeeignet sei, prozessuale Teilhaberechte des Angeklagten zu verletzen. Man gerät unwillkürlich ins Grübeln, ob die Unzulänglichkeit der Begründung dieses Ergebnisses einem Rest revisionsrichterlichen Unbehagens an einer konsequenten Umsetzung der Rügeverkümmerungslösung geschuldet sein könnte.

b)

Daß es in Oldenburg dreier (z.T. durch den BGH veranlaßter) Anläufe²⁷ bedurfte, bis das Protokollberichtigungsverfahren ordnungsgemäß durchgeführt worden war, befremdet zwar, dürfte damit aber nicht gegen deren Statthaftigkeit sprechen. Folgendes war geschehen:

- **05.11.2010:** Nach Eingang der Revisionsbegründung gaben die Urkundspersonen der Rüge die Grundlage entziehende dienstliche Erklärungen ab und faßten ohne jede Anhörung des Beschwerdeführers einen Protokollberichtigungsbeschuß.
- **21.03.2011:** Nach Rückgabe der Vorgänge durch den Senat an das Landgericht erging ein

weiterer inhaltsgleicher Beschluß der Urkundspersonen, der freilich außer Acht ließ, daß der nunmehr immerhin angehörte Beschwerdeführer der Protokolländerung am 15.03.2011 widersprochen hatte (Stufe 2).

- **17.05.2011:** Nach erneuter Rückleitung der Akte trafen die Urkundspersonen eine Entscheidung, die vollumfänglich der Überprüfung durch das Revisionsgericht auf Stufe 4 standhielt.²⁸

c)

Damit waren aber für den 3. Strafsenat noch nicht alle Hürden argumentativ überwunden, um die Verfahrensrüge scheitern zu lassen. Er mußte (vgl. § 132 Abs. 2 GVG) sich nämlich noch mit dem Umstand auseinandersetzen, daß der 2. Strafsenat des BGH im Ergebnis der Rechtsprechung des OLG Hamm gefolgt war. Bereits in dem vom 3. Strafsenat allein zitierten Beschluß vom 14.07.2010²⁹ hatte der 2. Strafsenat die Akten nicht an das Tatgericht zurückgesandt, sondern die Rüge, die Anklageschrift sei nicht verlesen worden, durchgreifen lassen, nachdem auf staatsanwaltschaftlichen Hinweis die Urkundspersonen nur – allerdings sie (und damit das Protokoll) inhaltlich in Frage stellende – dienstliche Erklärungen abgegeben, diese aber nicht in ein förmliches Berichtigungsverfahren münden lassen:

„Der Senat sieht keine Veranlassung die Akten zum Zwecke der Einleitung eines Protokollberichtigungsverfahrens zurückzusenden (vgl. insoweit BGH, wistra 2009, 484³⁰). Die Akten waren dem Vorsitzenden der Kammer bereits durch den Vertreter der Staatsanwaltschaft unter Hinweis auf die Rüge der nicht verlesenen Anklage zurückgesandt worden, ohne dass ein Berichtigungsverfahren eingeleitet wurde. Beide Urkundspersonen haben in Kenntnis dieser Rüge lediglich dienstliche Erklärungen abgegeben. Eine nochmalige Rücksendung ist vor diesem Hintergrund nicht geboten und käme überdies dem Fall einer Wiederholung eines nicht ordnungsgemäßen Verfahrens unter Verletzung des Rechts des Angeklagten auf ein faires Verfahren gleich (vgl. Meyer-Goßner, StPO, 53. Aufl., § 271 Rn. 26a).“

In seiner bereits in anderem Zusammenhang erörterten Entscheidung vom 22.12.2010³¹, die eine das Selbstleseverfahren betreffende Protokollberichtigung der inhaltlichen Überprüfung auf Stufe 4 nicht standhalten ließ, führte der 2. Strafsenat diese Rechtsprechung fort und

²⁶ A.a.O. Rn. 30; eine Begründung findet sich auch nicht bei Meyer-Goßner, StPO, 54. Aufl. (2011), § 271, Rn. 26a.
²⁷ A.a.O. Rn. 22 f., 28 f.

²⁸ Mit dieser Entscheidung dürfte freilich auch klargestellt sein, daß das Protokollberichtigungsverfahren nicht nur die klassischen Fälle der „fälschen“ negativen Beweiskraft – die Verlesung der Anklageschrift bleibt unerwähnt – betrifft, sondern jede – etwa die Verlesungsmodalitäten einer Urkunde betreffende – Unzulänglichkeit der Protokollierung. Folglich dürfte auch für Entscheidungen wie 2 StR 444/09 kein Raum mehr sein, da dann auf diesem Wege zu klären wäre, was sich hinter der von dem Beschwerdeführer für seine Rüge einer Verletzung des § 250 S. 2 StPO in Bezug genommenen Protokollstelle verbarg (vgl. auch Ventzke HRRS 2010, 461, 467).
²⁹ 2 StR 158/10 HRRS 2010 Nr. 6, Rn. 10.
³⁰ = 1 StR 423/09 a.a.O. S. 3.
³¹ 2 StR 386/10 a.a.O. Rn. 9.

verweigerte den Urkundspersonen mit der folgenden Begründung eine Nachbesserungsoption:

„Eine Rücksendung der Akten zum Zwecke der Wiederholung des Berichtigungsverfahrens verbietet das Recht der Angeklagten auf ein faires Verfahren (vgl. BGH StV 2010, 575³²; Meyer-Gölsner, StPO 53. Aufl., § 271 Rn. 26a). Die Akten waren der Kammer bereits durch den Generalbundesanwalt unter Hinweis auf die Rüge des fehlerhaft durchgeführten Selbstleseverfahrens und mit der Anregung zurückgesandt worden, ein Berichtigungsverfahren durchzuführen, falls insoweit lediglich ein Protokollierungsmangel vorliege. Beide Urkundspersonen haben in Kenntnis dessen lediglich behauptet, das Selbstleseverfahren sei ordnungsgemäß durchgeführt worden, ohne sich zu der im Protokoll fehlenden Feststellung zu verhalten. Sie haben ihre dienstlichen Erklärungen auch nach dem erfolgten Widerspruch der Beschwerdeführer nicht ergänzt bzw. unter Angabe der ihre Erinnerung stützenden tatsächlichen Umstände erneuert und den übrigen Verfahrensbeteiligten zur Kenntnis gebracht.“

Die Begründungstiefe dieser Entscheidungen reicht freilich über diejenige des OLG Hamm nicht wesentlich hinaus. Was meint es, die „nochmalige Rücksendung (sei) vor diesem Hintergrund nicht geboten und käme überdies dem Fall einer Wiederholung eines nicht ordnungsgemäßen Verfahrens unter Verletzung des Rechts des Angeklagten auf ein faires Verfahren gleich“?

d)

Der 3. Strafsenat läßt derartige Begründungsversuche mit Recht nicht durchgreifen, umgeht aber letztlich eine Auseinandersetzung mit dieser Rechtsprechung³³, indem er

- die Entscheidung vom 22.12.2010 unerwähnt läßt,
- den Beschluß vom 14.07.2010 als reine Einzelfallentscheidung bewertet, da sie nicht – wie vorliegend – die Wiederholung eines unter Verstoßes gegen Art. 103 Abs. 1 GG wirkungslosen Berichtigungsverfahrens betreffe, sondern die „abweichende Fallkonstellation, dass das Tatgericht³⁴ bereits von der Staatsanwaltschaft die Gelegenheit zur Protokollberichtigung erhalten, hiervon aber abgesehen hatte.“³⁵

Wieso dieser Umstand ein tragfähiges, in den Entscheidungen des 2. Strafsenats ohnehin nicht aufscheinendes Differenzierungskriterium sein soll, bleibt unklar. Plausibel wäre dieser Einwand möglicherweise, wenn die Urkundspersonen trotz Anregung durch am Revisionsverfahren Beteiligte überhaupt keine rügebezogenen Äußerungen atkenkundig gemacht hätten. Hatten sie hingegen den Protokollinhalt immerhin dem Grunde nach sachlich in Frage stellende Erklärungen abgegeben, ist – wohlge-merkt: in der Konsequenz der Entscheidung des Großen

³² Richtig: 675.

³³ so möglicherweise auch BGH 4 StR 56/11 vom 29.06.2011, Rn. 3 a.E.

³⁴ Wiederum gemeint: Urkundspersonen.

³⁵ A.a.O. Rn. 31.

Senats zur Rügeverkümmernung – keinerlei sachlicher Grund für das Revisionsgericht ersichtlich, nicht selbst darauf hinzuwirken, daß diese Äußerungen in einen Kontext eingebettet wurden, der mit den formellen wie materiellen Vorgaben des Protokollberichtigungsverfahrens zu vereinbaren war. Kommt es auf diesem gewiß ebenso mühsam wie kläglich anmutenden Weg, der von der Entscheidung des Großen Senats vorgezeichnet wird, zu einer Protokollberichtigung, ist diese Vorgeschichte im Rahmen der Überprüfung auf Stufe 4, also bei der revisionsgerichtlichen Beweiswürdigung zur Belastbarkeit der Begründung der die Rügeverkümmernung vonehmenden Entscheidung der Urkundspersonen, von dem Revisionsgericht nachvollziehbar in den Blick zu nehmen.

Der Beschwerdeführer wird es im Hinblick auf den Bestand seiner Verfahrensrüge indes – anders als der Senat³⁶ in seiner Schlußüberlegung glaubt – als gleichermaßen problematisch empfinden, wenn das Revisionsgericht die Akten zweimal an die Urkundspersonen zurücksendet, damit das Protokollberichtigungsverfahren formal korrekt durchgeführt wird, oder aber dem Versuch der Staatsanwaltschaft, die Urkundspersonen zu motivieren, nicht nur rügeverkümmernende dienstliche Erklärungen abzugeben, sondern entsprechend den Vorgaben des Großen Senats zu verfahren, einen weiteren eigenen Versuch folgen läßt, die Protokollverantwortlichen zu einer rechtsprechungskonformen Vorgehensweise anzuhalten. Daß der Revident nur im letzteren Fall das Verhalten des Revisionsgerichts „als unzulässigen Druck auf die allein verantwortlichen Urkundspersonen missverstehen könnte, das Protokoll doch noch zu seinem Nachteil zu ändern“³⁷, ist gänzlich fernliegend, stellt zudem in diesem Zusammenhang kein Kriterium zur Harmonisierung der Entscheidungen von 2. und 3. Strafsenat dar und dürfte allein mit dem horror pleni³⁸ des Senats zu erklären sein. Alles andere ist eine Frage des Befangenenrechts.³⁹

e)

Daß sich die Revisionsgerichtsbarkeit schon schwertut, einheitlich und mit einer gewissen argumentativen Stringenz die eigenen Kompetenzen im revisionsrichterlich entwickelten Protokollberichtigungsverfahren zu bestimmen, ist im übrigen Wasser auf die Mühlen derjenigen, die – wie der Verfasser⁴⁰ – in der mit plakativer Wahrheitsrhetorik unterfütterten Etablierung der Rügeverkümmernung keinen strafverfahrensrechtlichen Fortschritt zu erblicken vermögen.

³⁶ A.a.O. Rn. 31.

³⁷ So: Rn. 31.

³⁸ Vgl. auch R. Hamm, in: Wehe dem, der beschuldigt wird, a.a.O. S. 59 ff.

³⁹ Dunkel bleibt freilich bei alledem weiter, warum es immer noch Urkundspersonen gibt, denen die praktische Beherrschung der Entscheidung des Großen Senats derartige Schwierigkeiten bereitet. Die notorische Rechtsfehleranfälligkeit des Selbstleseverfahrens stellt ein vergleichbares forensisches Rätsel dar.

⁴⁰ HRRS 2008, 180 ff.

Zur Auslegung des Waffenbegriffs in § 125a S. 2 Nr. 2 StGB

Zugleich eine Anmerkung zu Kammergericht, Urteil vom 06.07.2010 – (2) 1 Ss 462/09 (3 / 10), 1 Ss 462/09*

Von Wiss. Mit. Ass. jur. Dr. Milan Kuhli, M.A., Universität Frankfurt am Main

Der Beitrag nimmt zu einer Entscheidung des Kammergerichts vom 06.07.2010 Stellung, die sich mit verschiedenen Auslegungsfragen rund um §§ 125, 125a StGB beschäftigt. Zum einen geht es um die Reichweite der Subsidiaritätsklausel des § 125 Abs. 1 a.E. StGB, zum anderen um die Frage, ob ein gefährlicher Gegenstand (i.v.F. ein Kunststoff-Klappstuhl) unter den Begriff der Waffe i.S.d. § 125a S. 2 Nr. 2 StGB subsumiert werden kann bzw. inwieweit der Einsatz eines solchen gefährlichen Gegenstands einen unbenannten besonders schweren Fall nach § 125a S. 1 StGB begründet.

I. Sachverhalt (vereinfacht)

Am 01.05.2009 fand in Berlin die sogenannte „revolutionäre 1.-Mai-Demo“ statt, an der sich auch der Angeklagte beteiligte. Um 21 Uhr erreichte der Demonstrationzug eine Straßenkreuzung, an der sich unter anderem eine Tankstelle befand. Diese war bereits in den Jahren zuvor jeweils am 1. Mai Ziel von Ausschreitungen geworden. Aus diesem Grunde befanden sich am 01.05.2009 auf dem Gelände der Tankstelle mehrere Polizeibeamte, die den Auftrag hatten, die Örtlichkeit vor Übergriffen vonseiten der Demonstrationsteilnehmer zu schützen.

Der Demonstrationzug bestand aus etwa 1000 Teilnehmern, die sich überwiegend friedlich verhielten. Allerdings befand sich an der Spitze der Menge eine zwanzig- bis dreißigköpfige Gruppe von Personen, die beabsichtigten, die Polizisten auf dem Tankstellengelände anzugreifen. Als der Demonstrationzug die genannte Straßenkreuzung erreichte, lösten sich die 20 bis 30 gewalttätigen Personen aus der Menge, schwärmten auf die umliegenden Bürgersteige aus und begannen, Steine und Glasflaschen in Richtung der auf dem Gelände der Tankstelle eingesetzten Polizeibeamten zu werfen. Unter den in dieser Weise randalierenden Personen befand sich auch der Angeklagte. Er ergriff einen Kunststoff-Klappstuhl, der neben einem Altglascontainer abgestellt war, und schleuderte ihn mit großer Wucht in Richtung der (etwa 15 Meter von ihm entfernt stehenden) Polizeibeamten.

* Die Entscheidung ist veröffentlicht unter: NStZ-RR 2011, 107.

Diese waren teilweise ungeschützt, da sie gerade damit beschäftigt waren, ihre Schutzausrüstung anzulegen. Ob sie jedoch von dem Klappstuhl getroffen wurden, konnte letztlich nicht festgestellt werden. Allerdings hatte der Angeklagte bei seinem Wurf zumindest billigend in Kauf genommen, dass er durch den Wurf Menschen treffen und erheblich verletzen könnte.

Das Amtsgericht Berlin Tiergarten verurteilte den Angeklagten unter anderem wegen versuchter gefährlicher Körperverletzung nach §§ 223 Abs. 1, 224 Abs. 1 Nr. 2 Alt. 2, 22, 23 Abs. 1 StGB. Das Vorliegen eines besonders schweren Falles eines Landfriedensbruchs wurde abgelehnt. Nachdem eine Berufung der Staatsanwaltschaft vom Landgericht Berlin verworfen wurde, legte sie form- und fristgerecht Revision ein. Insoweit hatte sich das Kammergericht mit der Frage auseinanderzusetzen, ob die Verneinung eines besonders schweren Falles eines Landfriedensbruchs durch die Vorinstanz zulässig war.

II. Problem

Ein gezielter (und nach dem Grundsatz in dubio pro reo fehlgegangener) Wurf mit einem Klappstuhl in Richtung einer Gruppe von Menschen dürfte regelmäßig eine versuchte gefährliche Körperverletzung darstellen. Dass ein derartiges Wurfgeschoss die Geeignetheit besitzt, erhebliche Verletzungen hervorzurufen, und demnach als gefährliches Werkzeug im Sinne von § 224 Abs. 1 Nr. 2 Alt. 2 StGB einzuordnen ist, dürfte kaum einer näheren Erläuterung bedürfen. Schwieriger zu beantworten ist demgegenüber die Frage, ob dieselbe Handlung zugleich eine Strafbarkeit wegen eines besonders schweren Falles des Landfriedensbruchs nach §§ 125, 125a StGB begründen kann.

1. Zum Vorliegen eines einfachen Landfriedensbruchs

Die Frage, ob der Angeklagte den Straftatbestand eines einfachen Landfriedensbruchs nach § 125 StGB verwirklicht hat, wird vom Kammergericht nicht näher erörtert. Immerhin deuten jedoch die umfangreichen Ausführun-

gen des Gerichts zur Einschlägigkeit eines besonders schweren Falles nach § 125a StGB darauf hin, dass das Kammergericht das Vorliegen eines einfachen Landfriedensbruchs nach § 125 StGB für gegeben hält – eine Ansicht, der beizupflichten ist.

Von den verschiedenen Varianten des § 125 StGB kommt insoweit diejenige des sogenannten gewalttätigen Landfriedensbruchs nach § 125 Abs. 1 Alt. 1 Nr. 1 StGB in Betracht. Diese Variante setzt nach ihrem Wortlaut voraus, dass sich der Angeklagte an „Gewalttätigkeiten gegen Menschen oder Sachen [...], die aus einer Menschenmenge in einer die öffentliche Sicherheit gefährdenden Weise mit vereinten Kräften begangen werden, als Täter oder Teilnehmer beteiligt“. Unter Gewalttätigkeiten gegen Menschen oder Sachen versteht man dabei jedes aggressive Tun von einiger Erheblichkeit, das unter Einsatz physischer Kraft erfolgt und unmittelbar gegen die körperliche Integrität einer Person oder die körperliche Substanz einer Sache gerichtet ist.¹ Zwar verwendet der Tatbestand hinsichtlich des Angriffsziels die Pluralform („Menschen oder Sachen“), doch wird es überwiegend als ausreichend angesehen, dass ein einzelner Mensch oder eine einzelne Sache Adressat der Gewalttätigkeiten ist.² § 125 Abs. 1 Alt. 1 Nr. 1 StGB stellt dabei ein unechtes Unternehmensdelikt dar,³ sodass es für das Vorliegen von Gewalttätigkeiten nicht erforderlich ist, dass es tatsächlich zu einer vollendeten Körperverletzung oder Sachbeschädigung gekommen ist.⁴ Allerdings verlangt der Tatbestand, dass die Einwirkung objektiv geeignet ist, die körperliche Integrität einer Person oder die körperliche Substanz einer Sache zu verletzen.⁵ Diese Eignung dürfte vorliegend zu bejahen sein, und zwar sowohl hinsichtlich des Klappstuhls, der eigenhändig von dem Angeklagten geschleudert wurde, als auch im Hinblick auf die Steine und Glasflaschen, die von den anderen Personen eingesetzt wurden.⁶ Insoweit ist zu berücksichtigen, dass der Tatbestand des § 125 Abs. 1 Alt. 1 Nr. 1 StGB ausreichen lässt, dass sich der Täter des Landfriedensbruchs an den Gewalttätigkeiten „als Täter oder Teilnehmer beteiligt“. Es gilt also hier, zwischen der Beteiligung am Landfriedensbruch und derjenigen an den Gewalttätigkeiten zu unterscheiden.⁷ Da der Wurf des Klappstuhls jedoch ohnehin als Gewalttätigkeit einzuordnen ist, kommt es hier nicht darauf an, ob der Angeklagte hinsichtlich der von den anderen Personen begangenen Gewalttätigkeiten beispielsweise als Mittäter (§ 25 Abs. 2 StGB), Anstifter (§ 26 StGB) oder Gehilfe (§ 27 StGB) eingeordnet werden kann. Die Geeignetheit des Stuhlwurfs zum Verursachen erheblicher Verletzungen ist vorliegend vor allem deshalb zu bejahen, weil die

angegriffenen Polizisten noch keine vollständige Schutzkleidung trugen.

§ 125 Abs. 1 Alt. 1 Nr. 1 StGB verlangt des Weiteren, dass die Gewalthandlungen mit vereinten Kräften begangen werden, worunter zwei kumulative Voraussetzungen zu fassen sind: Zum einen ist es erforderlich, dass mehrere⁸ Personen die Handlungen gemeinschaftlich vornehmen.⁹ Zum anderen muss die Begehung der Gewalttätigkeiten ihre Basis in einer entsprechenden, feindseligen Grundhaltung zumindest eines wesentlichen Teils der Menschenmenge finden.¹⁰ Hinsichtlich der damit geforderten subjektiven Einstellung des wesentlichen Teils der Menschenmenge könnten vorliegend Zweifel existieren, da an der hier in Rede stehenden „revolutionären 1.-Mai-Demo“ etwa 1000 Personen teilnahmen, die sich laut Sachverhalt überwiegend friedlich verhielten. Allerdings kommt es auf die Grundhaltung der friedlichen Teilnehmer dann nicht an, wenn ein Teil einer Menschenmenge gemeinsam Gewalttätigkeiten begeht und dieser Teil bereits für sich genommen die Merkmale einer Menschenmenge erfüllt.¹¹ Die zuletzt genannte Voraussetzung dürfte für die 20 bis 30 ausschwärmenden Personen um den Angeklagten zu bejahen sein. Unter einer Menschenmenge versteht man nämlich eine räumlich zusammengeschlossene Personenmehrheit, die eine solche Größe aufweist, dass die Anzahl der Beteiligten nicht sofort überschaubar ist und dass das Hinzukommen oder Weggehen Einzelner für den äußeren Eindruck unerheblich ist.¹² Eine bestimmte Mindestgröße lässt sich allgemein nicht festmachen¹³, doch dürfte als Anhaltspunkt gelten, dass das Vorliegen einer Menschenmenge in der Rechtsprechung im Einzelfall bei einer Anzahl von etwa 25 Personen bejaht¹⁴, hingegen bei einer Größe von nicht mehr als 10 Personen verneint wurde.¹⁵ Insoweit dürfte das Vorliegen einer Menschenmenge im vorliegenden Fall für die 20 bis 30 gewalttätigen Personen um den Angeklagten zu bejahen sein. (Es kann auch nicht davon ausgegangen werden, dass die von dieser Gruppe gewählte Taktik des „Ausschwärmens“ den räumlichen Zusammenschluss zwischen den einzelnen

¹ OLG Köln NJW 1970, 260; OLG Düsseldorf NJW 1993, 869; Fischer, StGB, 58. Aufl. (2011), § 125 Rn. 4.

² RGSt 55, 101, 102; Wolter NStZ 1985, 245, 251; Fahl, in: Satzger/Schmitt/Widmaier, StGB, 1. Aufl. (2009), § 125 Rn. 2. – Zweifelnd: Brause NJW 1983, 1640.

³ Wolter NStZ 1985, 245, 251; Fischer (Fn. 1), § 125 Rn. 4.

⁴ RGSt 47, 178, 179 f.; RGSt 52, 34 f.; OLG Karlsruhe NJW 1979, 2415, 2416; BayObLG NStZ 1990, 37, 38; Wolter NStZ 1985, 245, 251.

⁵ OLG Düsseldorf NJW 1993, 869.

⁶ Vgl. hierzu auch: RGSt 47, 178, 179 f.; Arzt JA 1982, 269, 270.

⁷ Vgl. BGH StV 2008, 639 = HRRS 2008 Nr. 948.

⁸ Str. ist, ob insoweit auch schon zwei Personen ausreichen (so: Rudolphi/Stein, in: Systematischer Kommentar StGB, Stand: 61. Lieferung, 7. Aufl. [September 2004], § 125 Rn. 11; a.A. Ostendorf, in: Nomos Kommentar StGB, 3. Aufl. [2010], § 125 Rn. 21).

⁹ Abwehrend [Handeln einer einzelnen Person ausreichend]: SSW/Fahl (Fn. 2), § 125 Rn. 5.

¹⁰ Vgl. AG Berlin-Tiergarten NJW 1988, 3218, 3219; Lampe ZStW 106 (1994), 683, 684; Meyer GA 2000, 459, 469.

¹¹ Vgl. hierzu: Kuhli, in: Matt/Renzikowski, StGB (im Erscheinen), § 125 Rn. 9; Lenckner/Sternberg-Lieben, in: Schönke/Schröder, StGB, 28. Aufl. (2010), § 125 Rn. 10.

¹² Vgl. BGHSt 33, 306, 308; BGH NStZ 1993, 538; AG Berlin-Tiergarten NJW 1988, 3218, 3219; Schäfer, in: Münchener Kommentar StGB, 1. Aufl. (2005), § 124 Rn. 10 i.V.m. § 125 Rn. 10. – Vgl. aber: LG Frankfurt StV 1983, 463 f.

¹³ Vgl. Kostaras, Zur strafrechtlichen Problematik der Demonstrationsdelikte (1982), S. 85; MünchKomm/Schäfer (Fn. 12), § 124 Rn. 10 i.V.m. § 125 Rn. 11.

¹⁴ So z.B.: OLG Naumburg NJW 2001, 2034.

¹⁵ So z.B.: BGH NStZ 2002, 538 [Ausnahmen zulassend]; OLG Schleswig bei Ernesti/Jürgensen SchlHA 1976, 167; OLG Düsseldorf NJW 1990, 2699, 2700; LG Nürnberg-Fürth StV 1984, 207.

Personen aufhob.) Da sich die Wurfattacken gegen außenstehende Personen – nämlich die Polizisten auf dem Tankstellengelände – richteten, wurden die Gewalttätigkeiten mit vereinten Kräften aus einer Menschenmenge heraus begangen.

Schließlich verlangt § 125 Abs. 1 Alt. 1 Nr. 1 StGB, dass die Gewalttätigkeiten in einer die öffentliche Sicherheit gefährdenden Weise begangen werden. Dieses Merkmal ist in jedem Fall dann erfüllt, wenn infolge der Gewalttätigkeiten für eine unbestimmte Anzahl von Personen oder Sachen die Gefahr eines Schadens eintritt.¹⁶ Vorliegend wurde eine Gruppe von Polizisten attackiert; auch kann es nicht ausgeschlossen werden, dass die Wurfgeschosse andere Sachen beschädigten – immerhin befanden sich die Polizeibeamten auf einem öffentlich zugänglichen Tankstellengelände. Die Gefahr eines Schadens für eine unbestimmte Anzahl von Personen oder Sachen dürfte mithin zu bejahen sein.

Wenn damit nach hier vertretener (und vom Kammergericht zumindest nicht ausgeschlossener) Ansicht das Vorliegen des Tatbestands eines Landfriedensbruchs nach § 125 Abs. 1 Alt. 1 Nr. 1 StGB zu bejahen ist, stellt sich sodann die Frage, ob dieser auch in einem besonders schweren Fall gegeben ist, ob also die Strafzumessungsregel¹⁷ nach § 125a StGB vorliegt.

2. Zur Subsidiaritätsklausel nach § 125 Abs. 1 a.E. StGB

Die Beantwortung der Frage, ob der Landfriedensbruch einen besonders schweren Fall i.S.d. § 125a StGB darstellt, ist vorliegend nicht nur für die Beurteilung des Strafrahmens bedeutsam (Freiheitsstrafe bis zu drei Jahren bzw. Geldstrafe bei § 125 StGB / Freiheitsstrafe von sechs Monaten bis zu zehn Jahren bei § 125a StGB), sondern überhaupt für die Frage einer Verurteilungsmöglichkeit wegen tateinheitlich begangenen Landfriedensbruchs. Nach der Subsidiaritätsklausel des § 125 Abs. 1 a.E. StGB wird ein Täter wegen Landfriedensbruchs nämlich nur bestraft, „wenn die Tat nicht in anderen Vorschriften mit schwererer Strafe bedroht ist“. Zum Teil wird diese Klausel einschränkend dahin gehend ausgelegt, dass § 125 StGB nur von solchen Straftatbeständen verdrängt wird, die eine zumindest ähnliche Schutzrichtung aufweisen.¹⁸ Jedoch gestattet der Wortlaut der Subsidiaritätsklausel keine derartige einschränkende Auslegung zum Nachteil des Täters.¹⁹ § 125 StGB tritt damit auf der Konkurrenzebene hinter sämtlichen tateinheitlich begangenen Delikten zurück, die eine schwerere Strafe vorsehen.

Im Falle einer versuchten gefährlichen Körperverletzung nach §§ 223 Abs. 1, 224 Abs. 1 Nr. 2 Alt. 2, 22, 23 Abs. 1

StGB droht das Gesetz eine Freiheitsstrafe von sechs Monaten bis zu zehn Jahren an (bzw. für den Fall der Strafmilderung nach § 23 Abs. 2 StGB i.V.m. § 49 Abs. 1 Nr. 2, Nr. 3 StGB eine Freiheitsstrafe bis zu 7 Jahren und 6 Monaten). Der einfache Landfriedensbruch sieht demgegenüber lediglich eine Freiheitsstrafe bis zu drei Jahren vor, würde also von der versuchten gefährlichen Körperverletzung verdrängt.

Grundlegend anders stellt sich die Situation demgegenüber dar, wenn ein besonders schwerer Fall des Landfriedensbruchs gegeben ist. Zwar gilt die Subsidiaritätsklausel des § 125 Abs. 1 a.E. StGB auch für § 125a StGB.²⁰ Dies folgt bereits daraus, dass § 125a StGB eine bloße Strafzumessungsregel und keinen eigenständigen Straftatbestand darstellt.²¹ Zudem nimmt § 125a StGB ausdrücklich auf den Tatbestand des § 125 Abs. 1 StGB Bezug und verweist damit letztlich auch auf die Klausel des § 125 Abs. 1 a.E. StGB.²² Allerdings ist im Falle des Vorliegens eines besonders schweren Falles des Landfriedensbruchs für den von der Subsidiaritätsklausel vorausgesetzten Vergleich der Strafandrohungen der Strafrahmen von § 125a StGB maßgeblich, mithin nicht derjenige des § 125 StGB.²³ § 125a StGB sieht in der Rechtsfolge eine Freiheitsstrafe von sechs Monaten bis zu zehn Jahren vor. Erfolgt bei §§ 223 Abs. 1, 224 Abs. 1 Nr. 2 Alt. 2, 22, 23 Abs. 1 StGB eine Strafmilderung nach § 23 Abs. 2 StGB, so sieht § 125a StGB einen höheren Strafrahmen vor; wird keine entsprechende Strafmilderung vorgenommen, so entsprechen sich der Strafrahmen der §§ 223 Abs. 1, 224 Abs. 1 Nr. 2 Alt. 2, 22, 23 Abs. 1 StGB und derjenige des § 125a StGB. Da die Subsidiaritätsklausel eine Bestrafung nach § 125 StGB (i.V.m. § 125a StGB) vorsieht, „wenn die Tat nicht in anderen Vorschriften mit schwererer Strafe bedroht ist“, ergibt der Umkehrschluss, dass im Falle der Gleichwertigkeit beider Strafrahmen § 125 StGB (i.V.m. § 125a StGB) nicht verdrängt wird. Zu dieser Feststellung kommt auch das Kammergericht, wobei es in seinen Ausführungen sogar ausschließlich auf den gesenkten Strafrahmen der §§ 223 Abs. 1, 224 Abs. 1 Nr. 2 Alt. 2, 22, 23 Abs. 1 StGB i.V.m. § 23 Abs. 2 StGB abstellt. Ob dieser Ansicht angesichts der Fakultativität der Strafmilderungsmöglichkeit des § 23 Abs. 2 StGB gefolgt werden kann, braucht vorliegend nicht entschieden zu werden, da beide Ansichten hier zu demselben Ergebnis führen. Nach dem oben Gesagten führt die Subsidiaritätsklausel des § 125 Abs. 1 a.E. StGB auch im Falle des nicht gemilderten Strafrahmen der §§ 223 Abs. 1, 224 Abs. 1 Nr. 2 Alt. 2, 22, 23 Abs. 1 StGB nicht zu einer Verdrängung der §§ 125, 125a StGB auf Konkurrenzebene.

Die Frage der Einschlägigkeit des § 125a StGB ist jedoch nicht nur für das Konkurrenzverhältnis von Bedeutung, sondern erweist sich auch als inhaltlich problematisch. Aus dem Regelbeispielskatalog des § 125a S. 2 StGB kommt einzig Nr. 2 – das Beisichführen einer Waffe in

¹⁶ Vgl. näher: Matt/Renzikowski/Kuhli (Fn. 11), § 125 Rn. 10.

¹⁷ Vgl. BGH NJW 1995, 2643, 2644; BGH NStZ 2000, 194; Matt/Renzikowski/Kuhli (Fn. 11), § 125a Rn. 1.

¹⁸ Vgl. Rudolphi JZ 1998, 471, 472; Krauß, in: Leipziger Kommentar StGB, 12. Aufl. (2009), § 125 Rn. 106.

¹⁹ BGHSt 43, 237, 238 = NJW 1998, 465, 466. – Vgl. Matt/Renzikowski/Kuhli (Fn. 11), § 125 Rn. 37.

²⁰ BGHR § 125a Konkurrenzen I; MünchKomm/Schäfer (Fn. 12), § 125a Rn. 47; Fischer (Fn. 1), § 125a Rn. 11.

²¹ SK/Rudolphi/Stein (Fn. 8), § 125a Rn. 19; NK/Ostendorf (Fn. 8), § 125a Rn. 10.

²² Vgl. Matt/Renzikowski/Kuhli (Fn. 11), § 125a Rn. 3.

²³ Schönke/Schröder/Lenckner/Sternberg-Lieben (Fn. 11), § 125a Rn. 18; SSW/Fahl (Fn. 2), § 125a Rn. 7.

Verwendungsabsicht – in Betracht. Für den Fall, dass dieses Regelbeispiel nicht gegeben sein sollte, ist zu fragen, ob ein unbenannter besonders schwerer Fall nach § 125a S. 1 StGB vorliegt. Die Beantwortung dieser Fragen bildete den Schwerpunkt der hier erörterten Entscheidung.

III. Lösung des Kammergerichts

1. Zum Vorliegen des Regelbeispiels nach § 125a S. 2 Nr. 2 StGB

Allgemein begründen die Regelbeispiele des § 125a S. 2 StGB im Falle des Vorliegens ihrer Voraussetzungen eine – im Einzelfall widerlegbare – Indizwirkung für das Eingreifen des erhöhten Strafrahms nach § 125a StGB. Liegen die Voraussetzungen eines der Regelbeispiele nach S. 2 vor, kommt es daher für die Annahme eines besonders schweren Falles zusätzlich darauf an, dass das gesamte Tatbild einschließlich aller subjektiven Momente, der Täterpersönlichkeit und des Nachtatverhaltens des Täters vom Durchschnitt der gewöhnlich vorkommenden Fälle eines Landfriedensbruchs in einem solchen Maße abweicht, dass die Anwendung des Strafrahms nach § 125a StGB geboten ist.²⁴ Ergibt eine solche Gesamtbetrachtung kein Abweichen im eben genannten Sinne, so ist trotz Vorliegens der Voraussetzungen des jeweiligen Regelbeispiels kein besonders schwerer Fall eines Landfriedensbruchs gegeben.

Von den Regelbeispielen des § 125a S. 2 StGB kommt vorliegend einzig dasjenige der Nr. 2 in Betracht. Danach liegt ein besonders schwerer Fall in der Regel vor, wenn der Täter eine „andere“ (also nicht unter den Begriff der Schusswaffe fallende) Waffe bei sich führt, um diese bei der Tat zu verwenden. Abweichend von dem Merkmal der Gewalttätigkeiten, bei denen nach § 125 Abs. 1 Alt. 1 Nr. 1 StGB die Beteiligung als Täter oder Teilnehmer ausreichend ist, verlangt § 125a S. 2 Nr. 2 StGB ein eigenhändiges Beisichführen der Waffe durch den Täter.²⁵ Für diese Auslegung lässt sich bereits der Wortlaut des § 125a StGB ins Feld führen, der einzig vom „Täter“ und nicht etwa wie § 113 Abs. 2 Nr. 1 StGB vom „Täter“ oder einem anderen „Beteiligten“ spricht²⁶; darüber hinaus trägt die restriktive Auslegung, nach der eine Eigenhändigkeit erforderlich ist, dem Umstand Rechnung, dass es sich beim Landfriedensbruch um ein Massendelikt handelt, bei dem – vor allem im Hinblick auf den Strafrahm

men des § 125a StGB – eine Eingrenzung des Täterkreises von besonderer Bedeutung ist.²⁷

Hinsichtlich der Waffeneigenschaft äußert sich das Kammergericht eindeutig:

„Der Plastikstuhl ist [...] keine Waffe im Sinne dieser Vorschrift [also i.S.d. § 125a S. 2 Nr. 2 StGB], weil ihm bei bestimmungsgemäßem Gebrauch die Eignung fehlt, erhebliche Verletzungen zuzufügen und ein gefährliches Werkzeug nicht einer Waffe im technischen Sinn gleichzusetzen ist. Da der Gesetzgeber ausdrücklich davon abgesehen hat, das Mitführen von gefährlichen Werkzeugen bzw. anderen gefährlichen Gegenständen als Regelbeispiele für einen besonders schweren Fall des Landfriedensbruchs in das Gesetz aufzunehmen, ist der Begriff der ‚Waffe‘ in dieser Regelung nicht in einem weiteren, über den umgangssprachlichen Gebrauch hinausgehenden Sinne zu verwenden, da dies dem Analogieverbot zuwiderliefe“ (Kammergericht, Urteil vom 06.07.2010).

Mit dieser Entscheidung, in der die Voraussetzungen des Regelbeispiels des § 125a S. 2 Nr. 2 StGB im vorliegenden Fall abgelehnt werden, vollzieht das Kammergericht eine Abkehr von der älteren Rechtsprechung, die im Einklang mit einer Ansicht in der Literatur unter § 125a S. 2 Nr. 2 StGB nicht nur sogenannte Waffen im technischen Sinne fasste (also solche Gegenstände, die nur bei bestimmungsgemäßem Gebrauch zur Verletzung von Menschen geeignet sind), sondern auch solche Objekte, bei denen sich die Geeignetheit zur Verursachung erheblicher Verletzungen bereits aus der objektiven Beschaffenheit und der beabsichtigten Art der konkreten Verwendung ergibt.²⁸ Zur Stützung seiner Auffassung beruft sich das Kammergericht auf einen Kammerbeschluss des Zweiten Senats des Bundesverfassungsgerichts vom 01.09.2008²⁹, in dem der Senat in Bezug auf das (mit § 125a S. 2 Nr. 2 StGB im hier interessierenden Teil gleichlautende) Regelbeispiel des § 113 Abs. 2 S. 2 Nr. 1 StGB feststellte, dass ein Kraftfahrzeug

„[...] nicht als Waffe angesehen werden [kann], da es weder von der Zweckbestimmung noch von einem typischen Gebrauch her zur Bekämpfung anderer oder zur Zerstörung von Sachen eingesetzt wird. Die Ansicht in Rechtsprechung und Lehre, nach welcher der Begriff der Waffe in § 113 Abs. 2 S. 2 Nr. 1 StGB in einem ‚nichttechnischen‘, gefährliche Werkzeuge und insbesondere bei entsprechender Verwendung auch Kraftfahrzeuge umfassenden Sinne zu verstehen sein soll [...], lässt sich mit dem im Wortlaut der Vorschrift zum Ausdruck gekommenen gesetzgeberischen Willen nicht in Einklang bringen“ (BVerfG, Beschluss vom 01.09.2008).

Der Ansicht des Kammergerichts und des Bundesverfassungsgerichts ist zuzustimmen. § 125a S. 2 Nr. 2 StGB (wie auch § 113 Abs. 2 S. 2 Nr. 1 StGB) spricht ausschließlich von einer „Waffe“ und nicht etwa wie § 244

²⁴ Vgl. BGH NStZ 2000, 194 f.

²⁵ Vgl. BGHSt 27, 56, 58 = NJW 1977, 304; BGH StV 1981, 74; BGH NStZ 2000, 194, 195; BayObLG NStZ-RR 1996, 101, 103; OLG Schleswig bei Lorenzen/Thamm SchIHA 1993, 222; SSW/Fahl (Fn. 2), § 125a Rn. 6; NK/Ostendorf § 125a (Fn. 8), Rn. 8. – Abweichend: OLG Karlsruhe StV 1998, 252, 255; Eisele, Die Regelbeispielsmethode im Strafrecht (2004), S. 351; Schöнке/Schröder/Lenckner/Sternberg-Lieben (Fn. 11), § 125a Rn. 6; SK/Rudolphi/Stein (Fn. 8), § 125a Rn. 15. – Offen gelassen in BGHSt (GrS) 48, 189, 194 f. = NStZ 2003, 435, 436.

²⁶ Kindhäuser, StGB. Lehr- und Praxiskommentar, 4. Aufl. (2010), § 125a Rn. 2.

²⁷ Vgl. BGHSt 42, 368, 370 = NJW 1997, 1083.

²⁸ Vgl. BayObLG JR 1987, 466 (mit zust. Anm.: Dölling JR 1987, 467, 468); LG Berlin NStZ 1992, 37; Harnischmacher/Heumann, Die Staatsschutzdelikte in der Bundesrepublik Deutschland (1984), S. 119.

²⁹ Veröffentlicht unter anderem in: NJW 2008, 3627; NStZ 2009, 83; HRRS 2008 Nr. 830.

Abs. 1 Nr. 1 lit. a StGB von einer Waffe und einem gefährlichen Werkzeug. Insoweit ist mit dem Bundesverfassungsgericht hervorzuheben, dass das Analogieverbot des Art. 103 Abs. 2 GG nicht nur für Straftatbestände gilt, sondern auch für Strafzumessungsregeln. Art. 103 Abs. 2 GG fordert gesetzliche Bestimmtheit der „Strafbarkeit“, woraus zu folgern ist, dass das nulla-poena-Prinzip nicht auf den Straftatbestand beschränkt ist.

2. Zum Vorliegen eines unbenannten besonders schweren Falles nach § 125a S. 1 StGB

Abgesehen von dem eben genannten Wortlautargument ist festzustellen, dass auch kein praktisches Bedürfnis existiert, Gegenstände wie einen Klappstuhl unter den Begriff der Waffe zu subsumieren. So sieht § 125a S. 1 StGB ohnehin die Möglichkeit eines unbenannten besonders schweren Falles vor. Voraussetzung für die Annahme eines solchen ist es, dass das gesamte Tatbild einschließlich aller subjektiven Momente und der Täterpersönlichkeit vom Durchschnitt der gewöhnlich vorkommenden Fälle in einem Maße abweicht, dass die Anwendung des Strafrahmens nach § 125a StGB geboten ist.³⁰ Zu Recht verneint das Kammergericht einen unbenannten besonders schweren Fall vorliegend auch nicht deshalb, weil das Regelbeispiel des § 125a S. 2 Nr. 2 StGB ausdrücklich auf Waffen beschränkt ist, während Qualifikationstatbestände wie § 224 Abs. 1 Nr. 2 StGB bzw. der genannte § 244 Abs. 1 Nr. 1 lit. a StGB Waffen in gleichberechtigter Weise neben gefährlichen Werkzeugen erfassen. Es ist insoweit nicht ersichtlich, dass das Beisichführen von gefährlichen Werkzeugen in Verwendungsabsicht nach dem Willen des Gesetzgebers völlig aus dem Anwendungsbereich des § 125a StGB verbannt sein sollte. Im Gegenteil liegt ein unbenannter besonders schwerer Fall regelmäßig gerade dann vor, wenn die betreffende Tathandlung zwar nicht vom Wortlaut eines Regelbeispiels erfasst ist, jedoch gleichwohl dem Unrechtsschweregehalt eines solchen entspricht. So schreibt das Kammergericht:

„Wenn auch das Analogieverbot dazu führt, dass der Waffenbegriff in § 125a [S. 2] Nr. 2 StGB nicht mehr auf gefährliche Werkzeuge ausgedehnt werden darf, so kommt den Regelbeispielen dennoch eine Analogie-

wirkung zu. Dies bedeutet nicht [...], dass bereits das Beisichführen einer Waffe im untechnischen Sinn bzw. eines gefährlichen Werkzeugs in Verwendungsabsicht nun stets zur Annahme eines unbenannten Strafzumessungsgrundes führte; vielmehr müssen weitere, die Gefährlichkeit des Handelns erhöhende Umstände hinzu kommen. Denn das Analogieverbot steht nicht der grundsätzlichen Möglichkeit entgegen, auf den konkreten Fall bezogen ein Beisichführen von gefährlichen Werkzeugen in Verwendungsabsicht oder dessen Verwenden als einen unbenannten Fall zu werten“ (Kammergericht, Urteil vom 06.07.2010).

Da die Gründe des mit der Revision angegriffenen vorinstanzlichen Urteils des Landgerichts nach Auffassung des Kammergerichts eine ausreichende Gesamtwürdigung des Vorliegens eines unbenannten besonders schweren Falles vermissen ließen, wurde das Strafverfahren vom Kammergericht an das Landgericht zurückverwiesen. Für den weiteren Verlauf des Verfahrens sei dabei zu berücksichtigen – so das Kammergericht –, dass die attackierten Polizisten von dem Angriff überrascht worden waren, teilweise keine Schutzausrüstung trugen und infolge der von dem Angeklagten und den anderen etwa 20 bis 30 Personen verübten Taktik gleichzeitig mehreren von verschiedenen Seiten verübten Einzelangriffen ausgesetzt waren. Darüber hinaus hebt das Kammergericht in diesem Zusammenhang ausdrücklich den Gesichtspunkt der Generalprävention hervor – ein Hinweis, der deshalb angebracht erscheint, da die besagte Tankstelle bereits bei vorangegangenen 1.-Maidemonstrationen beschädigt worden war. Ob ein besonders schwerer Fall hier gegeben ist, bleibt letztlich eine Tatfrage, die vom Landgericht zu entscheiden ist. Unter Berücksichtigung der vom Kammergericht aufgezählten Umstände erscheint es aber nicht abwegig, eine Eröffnung des Strafrahmens des § 125a S. 1 StGB zu bejahen.

IV. Bewertung

Die Entscheidung stellt eine wünschenswerte Klarstellung zur Auslegung des Waffenbegriffs bei Regelbeispielen dar, der im Ergebnis und in weiten Teilen der Begründung zuzustimmen ist. Es bleibt abzuwarten, ob sich die vom Kammergericht vertretene Auffassung einer restriktiven Auslegung des Waffenbegriffs bei § 125a S. 2 Nr. 2 StGB durchsetzen wird.

³⁰ Vgl. BGH NStZ 2000, 194 f.; BayObLG JR 1987, 466, 467.

Verfahrensdokumentation

Einstellungsantrag des Manhattan District Attorney in der Strafsache gegen Dominique Strauss-Kahn

Vorbemerkung

Herausgeber und Redaktion dieser Zeitschrift haben beschlossen, den am 22.8.2011 gestellten Einstellungsantrag des Manhattan District Attorney (Staatsanwaltschaft der Stadt New York) in der Sache „*The People of the State of New York against Dominique Strauss-Kahn*“ in einer deutschen Übersetzung zu veröffentlichen. Das geschieht zum einen, um aktuellen Informationsinteressen entgegenzukommen.¹ Vor allem aber geht es uns darum, dieses beeindruckende Dokument vor schneller Vergessenheit zu bewahren.

Beeindruckend ist es in mehrfacher Hinsicht. Das verhaltene Pathos, mit dem die Autoren in den Eingangsmerkungen sich dazu bekennen, es sei Sache der Staatsanwaltschaft, „*not that it shall win a case, but that justice shall be done*“ (nicht einen Fall zu gewinnen, sondern der Gerechtigkeit Genüge zu tun), es sei das zweigestaltige Ziel des (Straf-)Rechts, „*that guilt shall not escape or innocence suffer*“ (dass weder Schuld davonkommen noch Unschuld leiden dürfe), ist sicherlich berührend, hierbei aber nicht entscheidend. Eindrucksvoll ist vor allem die in diesem Antrag kraftvoll demonstrierte Entschlossenheit, der Lüge keinen Platz zu lassen, selbst wenn die Wahrheit in der Schwebe bleibt.

Das geschieht um den Preis massiver Selbstkritik. Selten hat eine Staatsanwaltschaft mit einer so detaillierten Begründung einbekannt, den Inszenierungen einer – wie sich im Zuge der weiteren Ermittlungen zeigte – gestörten Person aufgesessen zu sein. Deutsche Strafrichter, die ihr System im Vergleich mit dem der Vereinigten Staaten gern hochgemut als Hort des Rechtsstaats verstehen, sind selten in der Lage, Justizirrtümer so zügig und unverblümt einzuräumen. Wenn es geschieht, dann meist zu spät.²

¹ Eine Kopie des Originaldokuments findet sich im Internet unter: http://www.courts.state.ny.us/whatsnew/pdf/dsk_motion_to_dismiss.pdf

² Vgl. nur aktuell den Fall Horst Arnold, der erst zehn Jahre nach dem ersten Urteil und nach fünf Jahren voll verbüßter Haft von dem Vorwurf der Vergewaltigung wegen erwiesener Unschuld (so die Urteilsgründe des LG Kassel) freigesprochen wurde; hierzu: *Gisela Friedrichsen*, „Von vorn bis hinten erfunden“, in DER SPIEGEL Nr. 33/2011 (vom 15.8.2011).

Bemerkenswert sind auch manche Randüberlegungen des Einstellungsantrags. Dass zunächst zehn Zeuginnen zu den Liebespraktiken eines Angeklagten gehört werden, ehe sich das Gericht der Einvernahme des angeblichen Vergewaltigungsopfers zuwendet³, wäre in New York City eine von vornherein unzulässige Beweisführung gewesen.⁴

Die Übersetzung haben freundlicherweise unter kurzfristiger Zurückstellung anderer Arbeiten *Petra Dischinger* und *Silke Rasche* gefertigt. Diese ist an einigen wenigen Stellen durch den Verfasser dieser Vorbemerkung den juristischen Begrifflichkeiten angepasst worden. Die Anzeigerstatterin wird zum Zwecke besserer Lesbarkeit (und in Anpassung an den Originaltext, in dem durchweg von „complainant“ gesprochen wird) als „Klägerin“ bezeichnet. Des Weiteren finden sich in der Übersetzung einige kurze Erläuterungen. Wo die Originalfassung besonders markante Formulierungen enthält, wurden diese in englischer Sprache eingerückt.

Gerhard Strate

SUPREME COURT DES
STAATES NEW YORK
COUNTY NEW YORK:
BEZIRK 51

DAS VOLK DES STAATES
NEW YORK

EMPFEHLUNG ZUR
EINSTELLUNG DES VER-
FAHRENS

– gegen –

DOMINIQUE STRAUSS-
KAHN,

Angeklagter

Anklage 02526/2011

[Eingangsstempel des
Gerichts mit Datum 22.
August 2011]

ZUSAMMENFASSENDE DARSTELLUNG

Der Staat New York („the People“) beantragt, die oben genannte Anklage fallenzulassen, in welcher der Angeklagte beschuldigt wird, der Klägerin am 14. Mai 2011 in einem Hotel im Zentrum von Manhattan sexuelle Gewalt angetan zu haben. Die zur Last gelegten Verbrechen verpflichten die Staatsanwaltschaft, über jeden berechtigten Zweifel hinaus („beyond a reasonable doubt“) zu

³ Wie in dem unsäglichen Verfahren gegen Jörg Kachelmann vor dem LG Mannheim.

⁴ Vgl. den Einstellungsantrag unter II. E (am Ende).

beweisen, dass zwischen dem Angeklagten und der Klägerin sexuelle Handlungen stattgefunden haben und dass der Angeklagte dabei körperliche Gewalt („forcible compulsion“) [definiert im § 130.00 des New York Penal Code] ausgeübt und ohne ihr Einverständnis gehandelt hat. Nach umfangreichen Ermittlungen ist klar geworden, dass der Nachweis dieser beiden entscheidenden Merkmale – Ausübung von körperlicher Gewalt und fehlendes Einverständnis – einzig und allein von der Aussage der Klägerin in der Verhandlung abhängen würde. Zwar belegt das physische, wissenschaftliche und sonstige Beweismaterial, dass der Angeklagte einen hasstigen sexuellen Kontakt mit der Klägerin hatte, jedoch beweist es für sich genommen nicht die Behauptung, dass es sich dabei um einen erzwungenen, nicht einvernehmlichen Kontakt gehandelt habe. Neben der Klägerin und dem Angeklagten gibt es keine weiteren Zeugen für den Vorfall. Es steht außer Frage, dass eine Urteilsjury („trial jury“) [Geschworene, die über die Schuld des Angeklagten entscheiden], um den Angeklagten für schuldig zu befinden, über jeden berechtigten Zweifel hinaus von der Glaubwürdigkeit der Klägerin überzeugt sein muss. Es ist in der Tat so, dass der Fall mit ihrer Aussage steht und fällt.

Zum Zeitpunkt der Anklageerhebung sprach für uns alles dafür, dass die Klägerin glaubhaft sei. Bei den weiteren Ermittlungen zur Beweisaufnahme nach Erhebung der Anklage ergaben sich jedoch Umstände, die ihre Zuverlässigkeit als Zeugin in diesem Fall als äußerst fragwürdig erscheinen lassen. Die Tatsache, dass eine Person in der Vergangenheit gelogen oder strafbare Handlungen begangen hat, führt nicht zwangsläufig dazu, dass wir als Anklagevertreter diese Person für unglaubwürdig halten oder sie als Zeuge in einem Verfahren nicht zulassen. Die Art und die Häufigkeit der unwahren Aussagen der Klägerin machen es uns jedoch unmöglich, ihre Version der Ereignisse über jeden berechtigten Zweifel hinaus für glaubhaft zu erachten, was auch immer zwischen ihr und dem Angeklagten tatsächlich vorgefallen sein mag. Wenn wir ihr jedoch nicht über jeden berechtigten Zweifel hinaus Glauben schenken, können wir auch von den Geschworenen nicht verlangen, dies zu tun.⁵

Nachfolgend schildern wir zusammengefasst die Umstände, die uns zu dieser Schlussfolgerung geführt haben. Es ist in diesem Fall nicht etwa so, dass hier eine Klägerin einer unverhältnismäßig strengen Prüfung unterzogen oder besonders hohe Maßstäbe an sie angelegt worden wären. Im Gegenteil: wir sehen uns mit einer Situation konfrontiert, in der es zunehmend klarer wird, dass die Glaubwürdigkeit der Klägerin selbst der elementarsten Überprüfung nicht standhält. Die Klägerin hat, kurz zusammengefasst, wechselnde und widersprüchliche Versionen der Ereignisse im Zusammenhang mit dem behaupteten Übergriff geliefert, sodass wir nunmehr weder mit hinreichender Sicherheit sagen können, was am 14. Mai 2011 tatsächlich geschehen ist, noch, welche

⁵ Dieser Antrag erläutert die Grundlagen für unser Ersuchen, das durch die Anklagejury eingeleitete Verfahren fallenzulassen. Er behauptet nicht abschließende tatsächliche Feststellungen. Allein: wir haben nicht länger die Überzeugung, dass der Angeklagte jenseits jeder berechtigten Zweifel schuldig ist.

Version der Abläufe die Klägerin in der Verhandlung schildern würde. In praktisch jeder Vernehmung zur Sache durch die Staatsanwälte hat sie, trotz zum Teil flehentlicher Appelle, einfach nur die Wahrheit zu sagen, unwahre Aussagen gemacht, in wichtigen wie in weniger wichtigen Fragen („on matters great and small“), in vielen Fällen hinsichtlich ihres persönlichen Hintergrunds und in einigen auch im Hinblick auf die Umstände des Vorfalls selbst. So hat sie beispielsweise in zwei Vernehmungen lebhaft, mit vielen Details überzeugend geschildert, wie sie in ihrem Heimatland schon einmal vergewaltigt worden sei. Inzwischen gesteht sie, dass diese Schilderung frei erfunden gewesen sei. Außerdem hat sie Anklagevertretern und der Anklagejury („grand jury“) [Geschworene, die darüber entscheiden, ob die öffentliche Anklage erhoben werden soll oder nicht] gegenüber Schilderungen über den Ablauf ihrer Handlungen unmittelbar nach der Begegnung mit dem Angeklagten vorgebracht, von denen sie mittlerweile zugibt, dass sie falsch sind. Dieses Verhaltensmuster, die Unwahrheit zu sagen, legt die Klägerin bereits seit langem an den Tag, auch schon bevor sie mit dieser Staatsanwaltschaft in Kontakt kam. Unsere Ermittlungen haben ergeben, dass die Klägerin auch früher zahlreiche Falschaussagen gemacht hat, die zum Teil bei staatlichen Behörden aktenkundig dokumentiert sind und von denen einige unter Eid bzw. der Androhung einer Bestrafung wegen Meineids („under oath or penalty of perjury“) erfolgten. All diese Lügen müssten im Falle der Verhandlung den Geschworenen gegenüber offengelegt werden. Die Wirkung dessen wäre verheerend.

Schließlich führten wir sorgfältige Untersuchungen durch, um an Beweismaterial zu kommen, das etwas über die Art des sexuellen Kontakts zwischen Klägerin und Angeklagtem aussagen könnte. Sämtliches Beweismaterial, das hinsichtlich der strittigen Fragen der Ausübung körperlicher Gewalt und der fehlenden Einvernehmlichkeit relevant sein könnte, ist schlicht unschlüssig.

Wir geben diese Empfehlung nicht leichtfertig. Unsere schwerwiegenden Bedenken über die Zuverlässigkeit der Klägerin machen es unmöglich, eine Antwort auf die Frage zu finden, was am 14. Mai 2011 in der Hotelsuite des Angeklagten wirklich geschehen ist. Eine weitere strafrechtliche Verfolgung dieser Sache ist deshalb ausgeschlossen. Deshalb empfehlen wir – mit allem Respekt –, die Anklage fallenzulassen.

GRUNDSÄTZE STAATANWALTSCHAFTLICHER ARBEIT

Die den Staatsanwälten verliehene gewaltige Macht ist gepaart mit einzigartigen Verpflichtungen. Staatsanwälte dürfen sich nicht verstehen als eifrige Verfechter von Mandanteninteressen, sondern haben einen breiteren Pflichtkreis, und zwar gegenüber der Gesellschaft, dem Opfer und dem Beschuldigten:

Der [Staatsanwalt] ist nicht etwa der Vertreter einer gewöhnlichen Partei in einem Rechtsstreit, sondern der einer Hoheitsgewalt, deren Verpflichtung, unparteiisch zu regieren, ebenso zwingend ist wie ihre Verpflichtung,

die Regierungsgewalt überhaupt auszuüben, und der es daher bei der strafrechtlichen Verfolgung nicht darum geht, einen Fall zu gewinnen, sondern dass der Gerechtigkeit Genüge geleistet wird („that justice shall be done“). Als solcher ist er in einem ganz eigenen und streng festgelegten Sinne ein Diener des Gesetzes, dessen zweigestaltiges Ziel es ist, dass Schuld nicht entkommt und die Unschuld nicht leidet („that guilt shall not escape or innocence suffer“).⁶

Sowohl die in New York geltenden Regeln professionellen Verhaltens, welche den berufsethischen Grundsätzen in praktisch allen Gerichtsbezirken entsprechen, als auch die Leitlinien zur Strafrechtspflege der amerikanischen Anwaltsvereinigung („Criminal Justice Standards“ der „American Bar Association“) beruhen auf der Überzeugung, dass es die Sache des Staatsanwalts ist, Gerechtigkeit zu suchen, statt einfach nur Fälle zu gewinnen.⁷

Staatsanwälte müssen sich an die speziellen Regeln halten, die unsere Sonderstellung innerhalb des Rechtssystems widerspiegeln. Von größter Bedeutung ist hierbei, dass Staatsanwälte dem besonders hohen Anspruch an eine Verurteilung gerecht werden: Den Nachweis der Schuld jenseits vernünftiger Zweifel. Dieses Erfordernis „beruht auf einer fundamentalen Wertentscheidung unserer Gesellschaft, die besagt, dass es weitaus schlimmer ist, einen Unschuldigen zu verurteilen, als einen Schuldigen straflos davonkommen zu lassen“.⁸

Diese Beweisführungsregel leitet die Entscheidungen der Staatsanwälte bereits dann, wenn sie darüber befinden müssen, ob ein Fall weiterverfolgt wird, nicht etwa nur die Geschworenen bei der Findung des Schuldspruchs. Zu Beginn eines Falls sehen sich die Anklagevertreter häufig gedrängt, Entscheidungen über eine mögliche Anklage zu treffen, noch bevor alle maßgeblichen Tatsachen bekannt sein können bzw. bevor sämtliche für ein Verfahren erforderlichen Ermittlungsschritte abgeschlossen sind. Im Einklang mit den in New York geltenden Standesregeln für Juristen kann gegen einen Beschuldigten Anklage erhoben werden, wenn ein hinreichender Tatverdacht besteht („probable cause“).⁹ Allerdings ist es schon seit Generationen so, dass die Anklagevertreter im Bezirk New York bei der Entscheidung darüber, ob ein Verbrechen zur Verhandlung gebracht werden soll, darauf bestehen, dass sie persönlich über jeden Zweifel hinaus von der Schuld des Angeklagten überzeugt sind und sich in der Lage sehen, diese Schuld den Geschworenen gegenüber auch zu beweisen. Sowohl in den Grundregeln für das Verhalten von Staatsanwälten auf Bundesebene als auch in den Leitlinien zur Strafrechtspflege der amerikanischen Anwaltsvereinigung wird anerkannt, dass die Anklagevertreter auch die Funktion eines „Schrankenwärters“ („gatekeeper“) haben, indem sie eine unabhängige

Würdigung der Beweise vornehmen, bevor es zur Hauptverhandlung kommt.¹⁰

Die Grundprinzipien, nach denen die Staatsanwaltschaft arbeitet, sind daher eindeutig. Falls der Anklagevertreter nach sorgfältiger Beurteilung des Sachverhalts nicht über jeden Zweifel hinaus davon überzeugt ist, dass der Angeklagte schuldig ist, so muss er oder sie die Weiterführung des Verfahrens ablehnen. Auch wenn die beständige Sorge um die Opfer von Verbrechen für jeden Anklagevertreter dieser Behörde ein wesentliches Anliegen ist, so darf diese Sorge nicht dazu führen, dass wir unsere Verpflichtung vernachlässigen, allein auf der Basis von Beweisen und Tatsachen zu handeln und hierbei stets eingedenk zu bleiben der bei einer Strafverfolgung geltenden hohen Anforderungen an die Beweislast.

VERFAHRENSRECHTLICHER HINTERGRUND

Der Angeklagte wurde am 14. Mai 2011 festgenommen, am nächsten Tag in einer Gegenüberstellung von der Klägerin identifiziert und vom *New York City Police Department* („NYPD“) [Polizeibehörde der Stadt New York] verhaftet. Am 15. Mai 2011 beantragte die Staatsanwaltschaft die Eröffnung eines Strafverfahrens aufgrund von Verbrechen („felony complaint“), wobei dem Beschuldigten die Verbrechen zur Last gelegt wurden, wegen derer er später auch angeklagt wurde und die nachfolgend im Einzelnen aufgeführt sind. Am 16. Mai 2011 wurde der Angeklagte vor dem Strafgericht („Criminal Court“) zur Anklage vernommen und blieb danach trotz eines Antrags auf Haftentlassung gegen Zahlung einer Kaution auf Antrag der Staatsanwaltschaft in Haft. Gemäß CPL § 180.80 [CPL = Criminal Procedure Law – Strafprozessordnung] musste die Staatsanwaltschaft innerhalb von 144 Stunden einer Anklagejury Beweise vorlegen und Anklage erheben, um die Entlassung aus der Haft zu verhindern. Auf der Grundlage der zu diesem Zeitpunkt vorliegenden Beweislage beschloss die Staatsanwaltschaft, dass der Fall einer Anklagejury vorgelegt werden solle. Dies geschah am 18. Mai 2011; der Beschuldigte zog es vor, vor der Anklagejury nicht auszusagen. Diese sprach sich noch am selben Tag für die öffentliche Anklage aus.

Die Anklage (Aktenzeichen 02526/2011) gegen Dominique Strauss-Kahn enthielt folgende Vorwürfe: Zwei Anklagepunkte wegen strafbarer sexueller Handlungen ersten Grades („Criminal Sexual Act in the First Degree“) gemäß Strafgesetz § 130.50 (1), einen Anklagepunkt wegen versuchter Vergewaltigung ersten Grades („Attempted Rape in the First Degree“) gemäß Strafgesetz §§ 110/130.35 (1), einen Anklagepunkt wegen sexuellen Missbrauchs ersten Grades („Sexual Abuse in the First Degree“) gemäß Strafgesetz § 130.65 (1), einen Anklagepunkt wegen Freiheitsberaubung zweiten Grades („Unlawful Imprisonment in the Second Degree“) gemäß Strafgesetz § 135.05, einen Anklagepunkt wegen unsittlicher Berührung („Forcible Touching“) gemäß Strafgesetz § 130.52 sowie einen Anklagepunkt wegen sexuellen

⁶ *Berger v. United States*, 295 U.S. 78, 88 (1935).

⁷ Siehe New York Rules of Prof'l Conduct R. 3.8 cmt. 1, 6B (2011); ABA Standards for Criminal Justice: Prosecution Function 3-1.2(b), (c).

⁸ *In re Winship*, 397 U.S. 358, 372 (1970) (Harlan, J., übereinstimmend).

⁹ New York Rules of Prof'l Conduct R. 3.8(a) (2011); Model Rules of Prof'l Conduct R. 3.8(a) (2010).

¹⁰ Siehe U.S. Dep't of Justice, *United States Attorneys' Manual* § 9-27.220 (1997); ABA Standards for Criminal Justice: Prosecution Function 3-3.9(b)(i).

Missbrauchs dritten Grades („Sexual Abuse in the Third Degree“) gemäß Strafgesetz § 130.55.

Am 19. Mai 2011 beantragte der Angeklagte erneut seine Freilassung gegen Kautions, woraufhin eine Kautionshöhe von 1 Million \$ in bar plus 5 Millionen \$ an sonstigen Sicherheiten festgesetzt wurde. Die Kautionsauflagen umfassten die Herausgabe des Reisepasses des Angeklagten, seinen Hausarrest im Bezirk New York sowie die elektronische Überwachung auf seine eigenen Kosten. Am 6. Juni 2011 wurde er zur Anklage vernommen, bekannte sich nicht schuldig und sein Verteidiger stellte einen schriftlichen Antrag auf Akteneinsicht. Der Fall wurde auf den 18. Juli 2011 vertagt.

Am 30. Juni 2011 legte die Staatsanwaltschaft in einem Schreiben an den Verteidiger des Angeklagten entlastende Informationen hinsichtlich der Klägerin offen, im Einklang mit den Pflichten der Staatsanwaltschaft gemäß CPL § 240.20, Regel 3.8 der „New York Rules of Professional Conduct“ [Standesregeln für Anwälte] sowie dem Fall *Brady v. Maryland*, 373 U.S. 83 (1963) und den daraus abgeleiteten Lehrsätzen („its doctrinal progeny“). Der Fall wurde aufgrund eines erneuten Kautionsantrags auf den 1. Juli 2011 vorverlegt. Zu diesem Zeitpunkt ließ das Gericht den Angeklagten gegen ein Kautionsversprechen auf Antrag des Angeklagten und mit Zustimmung der Staatsanwaltschaft frei, unter der Auflage, dass der Reisepass und die Reisepapiere des Angeklagten bei der Staatsanwaltschaft verbleiben sollten. Am 7. Juli 2011 wurde der Fall mit Einverständnis beider Parteien vom 18. Juli auf den 1. August 2011 verlegt, um beiden Parteien weitere Ermittlungen zu ermöglichen. Am 26. Juli 2011 wurde der Fall erneut auf den 23. August 2011 verlegt.

ENTWICKLUNG DER ERMITTLUNGEN

A. Voruntersuchung und Anklageerhebung

Am 14. Mai 2011 berichtete die Klägerin, eine Reinigungskraft im Hotel Sofitel in der 44. Straße West in Manhattan, zunächst dem Sicherheitsdienst des Hotels und später dem NYPD [Polizeibehörde der Stadt New York], dass ihr vom Angeklagten in dessen Hotelsuite sexuelle Gewalt angetan worden sei. Zunächst berichtete sie ihrem unmittelbaren Vorgesetzten kurz nach ihrer Begegnung mit dem Angeklagten, dessen Suite (Nr. 2806) zu reinigen man ihr aufgetragen hatte, von dem Vorfall. Dieser Vorgesetzte rief einen etwas höheren Vorgesetzten hinzu, dem gegenüber die Klägerin ihre Behauptung wiederholte. Der zweite Vorgesetzte benachrichtigte Mitarbeiter des Hotelsicherheitsdienstes und der Hotelleitung, die wiederum das NYPD informierten. Die Klägerin wurde von uniformierten Beamten sowie Kriminalbeamten des NYPD vernommen und später am Nachmittag zu einer medizinischen Untersuchung in ein nahegelegenes Krankenhaus gebracht.

Die Klägerin berichtete den Beamten des NYPD und später den Staatsanwälten, dass der Angeklagte, kurz nachdem sie dessen Suite zur Verrichtung der Reinigungstätigkeiten betreten hatte, nackt aus dem Schlafzimmer der Suite gekommen sei, dann auf sie zugegan-

gen sei und ihr ohne ihr Einverständnis an die Brüste gefasst habe. Laut Klägerin habe der Angeklagte die Tür der Suite geschlossen, sie ins Schlafzimmer gedrängt, sie dann auf das Bett gestoßen und versucht, ihr seinen Penis gewaltsam in den Mund zu schieben, wobei sein Penis mit ihren geschlossenen Lippen in Berührung gekommen sei. Die Klägerin behauptete, der Angeklagte habe sie dann mit körperlicher Gewalt noch weiter in die Suite hineingezwungen, indem er sie durch einen engen Korridor schob. Laut ihrer Aussage habe er ihr das Kleid ihrer Uniform nach oben und ihre Strümpfe teilweise nach unten gezogen, unter ihren Slip gegriffen und ihr fest an den äußeren vaginalen Bereich gefasst. Schließlich, so berichtete die Klägerin weiter, habe der Angeklagte sie auf die Knie gezwungen, ihr gewaltsam den Penis in den Mund geschoben, ihren Kopf festgehalten und ejakuliert. Diese sexuelle Handlung ereignete sich nach Angabe der Klägerin am Ende des innerhalb der Suite gelegenen Korridors in unmittelbarer Nähe zum Badezimmer der Suite. Laut ihrer Aussage spuckte die Klägerin das Sperma des Angeklagten sofort auf den Teppich des Korridors der Suite und spie weiterhin aus, während sie unverzüglich aus der Suite floh.

Das NYPD stellte fest, dass der Angeklagte auf einen Flug der Air France vom John-F.-Kennedy-Flughafen nach Europa gebucht war. Um ca. 16:45 Uhr wurde er von Kriminalbeamten des *Port Authority Police Department* [Polizei der Hafenbehörde, die auch für die Flughäfen zuständig ist] aufgefordert, das Flugzeug zu verlassen, und schließlich festgenommen.

Bereits am Tag des Vorfalls und auch an Tagen danach wurde die Klägerin von Beamten der *Manhattan Special Victims Squad* der NYPD [Spezialeinheit der New Yorker Polizei für Sexualdelikte] sowie von weiteren erfahrenen Ermittlern und Staatsanwälten verhört, unter anderem von Mitarbeitern der Abteilung für Sexualdelikte der Staatsanwaltschaft. Wie in allen Fällen, in denen der Nachweis eines Verbrechens von der Aussage eines Zeugen abhängt, erklärten die Anklagevertreter, von denen sie vernommen wurde, der Klägerin, dass ihre früheren und ihre gegenwärtigen Lebensumstände einer eingehenden Prüfung unterzogen werden würden. Die Klägerin erklärte sich bereit, mit der Staatsanwaltschaft zusammenzuarbeiten und dabei wahrheitsgemäße Angaben zu machen. Im Laufe dieser anfänglichen Vernehmungen durch Anklagevertreter und Polizisten, in denen es darum ging, einerseits die Einzelheiten des Vorfalls und andererseits den Hintergrund und die Lebensgeschichte der Klägerin abzuklopfen, erschien diese durchaus glaubwürdig. Ihre Schilderung des Tathergangs war plausibel und inhaltlich konsistent, dies auch nach mehrfacher Wiederholung an verschiedenen Tagen gegenüber Kriminalbeamten der *Special Victims Squad* und Anklagevertretern.

Bei den Ermittlungen in der Zeit zwischen dem Vorfall und dem 18. Mai ergaben sich keine Warnsignale hinsichtlich des persönlichen Hintergrunds der Klägerin. Sie hatte bereits seit mehr als drei Jahren im Hotel Sofitel gearbeitet, in ihrer Personalakte fanden sich keinerlei Anzeigen von Vorfällen oder Abmahnungen, und ihre Vorgesetzten beschrieben sie als mustergültige Mitarbeiterin. Sie hatte keine Vorstrafen und der *United States*

Immigration Court [Einwanderungsgericht] hatte ihr Asyl gewährt. Zwar merkte sie an, dass sie zunächst mit einem Visum und Papieren in die Vereinigten Staaten eingereist sei, die eigentlich auf eine andere Person ausgestellt waren, aber sie gab diese Tatsache freimütig zu. Schließlich war aufgrund der vorliegenden Sachlage davon auszugehen, dass die Klägerin vorher nicht von einem Aufenthalt des Angeklagten im Hotel gewusst hatte – was es ihr eventuell ermöglicht hätte, eine Begegnung zwischen ihm und ihr zu inszenieren – und dass sie die Suite des Angeklagten in der Erwartung betreten hatte, diese sei leer.

Andere Anhaltspunkte passten zu der Aussage, dass es sich um einen nicht einvernehmlichen sexuellen Kontakt zwischen dem Angeklagten und der Klägerin gehandelt habe. Wie weiter oben beschrieben, vertraute sich die Klägerin unverzüglich zwei Vorgesetzten an¹¹, die beide innerhalb der ersten 48 Stunden der Ermittlungen vernommen wurden und angaben, sie habe aufgelöst gewirkt. Laut vorläufigem Ergebnis einer DNA-Analyse, die vom *Office of Chief Medical Examiner (OCME)* [etwa: Dienststelle des leitenden Gerichtsmediziners] durchgeführt worden war, wurde in mehreren Flecken im oberen Bereich der Hoteluniform der Klägerin Sperma festgestellt, in dem die DNA des Angeklagten nachgewiesen wurde. Diese vorläufigen gerichtsmedizinischen Erkenntnisse gaben zwar nicht darüber Aufschluss, ob es sich bei dem Kontakt zwischen dem Angeklagten und der Klägerin um einen erzwungenen Kontakt gehandelt hatte, aber immerhin belegten sie, dass eine sexuelle Handlung zwischen beiden stattgefunden hatte. Die Ermittlungen in diesem frühen Stadium ergaben außerdem, dass es sich offenbar um eine kurze Begegnung gehandelt hatte, was ebenfalls darauf hindeutete, dass die sexuelle Handlung wahrscheinlich nicht aus einem einvernehmlichen Kontakt resultierte.

Die Ermittlungen vor der Anklageerhebung hatten ergeben, dass der Angeklagte das Hotel hastig verlassen hatte.¹² Es war aber zu diesem Zeitpunkt noch nicht bekannt, wohin sich der Angeklagte unmittelbar nach Verlassen des Hotels begeben hatte.¹³ Was allerdings sehr wohl bekannt war, war die Tatsache, dass der Angeklagte später am Nachmittag des 14. Mai 2011 auf dem John-F.-Kennedy-Flughafen ein Flugzeug der Air France nach Europa bestiegen hatte und dass er ein französischer Staatsbürger war. Noch vor seiner Anhörung hatte man

¹¹ Die Tatsache, dass ein Opfer eines sexuellen Übergriffs unverzüglich jemandem von dem Vorfall berichtet („prompt outcry“), ist als Indiz zur Untermauerung der Annahme, dass ein Delikt sexueller Gewalt vorliegt, zulässig, siehe *People v. McDaniel*, 81 N.Y.2d 10, 16 (1993), auch wenn sie für sich genommen keinen Beweis für die Tatbestandsmerkmale des Verbrechens darstellt.

¹² Ermittler und Anklagevertreter vernahmen die Hotelangestellten, die den Angeklagten beim Auschecken um etwa 12:28 Uhr in der Hotelhalle bedienten; außerdem befragten sie den Front Office Manager des Hotels.

¹³ Erst bei der Vernehmung am 6. Juni 2011 gab die Verteidigung bekannt, der genaue Aufenthaltsort des Angeklagten zwischen dem Zeitpunkt, zu dem er das Hotel verlassen hatte, und seiner Ankunft am John-F.-Kennedy-Flughafen sei ein in Manhattan zwischen der 51. und der 52. Straße gelegenes Restaurant gewesen.

festgestellt, dass der Angeklagte als französischer Staatsbürger nicht zu Strafverfolgungszwecken an die Vereinigten Staaten ausgeliefert werden würde.

Auf der Grundlage der zahlreichen Befragungen der Klägerin und gestützt auf die Auswertung sämtlicher zu diesem Zeitpunkt vorliegender Beweise kamen die Beamten des NYPD und die Anklagevertreter, die in dieser anfänglichen Phase der Ermittlungen mit der Klägerin gesprochen hatten, unabhängig voneinander zum selben Schluss: Alle hielten die Klägerin für glaubwürdig und die Eröffnung eines Strafverfahrens für gerechtfertigt. Daher wurde der Fall vor eine Anklagejury gebracht und es wurde öffentlich Anklage erhoben.

B. Weitere Ermittlungen

Vom Tag der Anklage bis heute hat die Bezirksstaatsanwaltschaft weiterhin umfassende und weitreichende Ermittlungen über den Angeklagten, die Klägerin und zu den Fakten des vorliegenden Falls durchgeführt. Hierbei wurden auch die Ergebnisse der körperlichen Untersuchung der Klägerin und des Angeklagten sowie wissenschaftliche Untersuchungen forensischen Beweismaterials einbezogen, das von beiden Personen und deren Kleidung stammt. Polizei- und Kriminalbeamte, Zivilpersonen, medizinisches Personal, Kriminaltechniker und medizinische Sachverständige wurden als Zeugen gehört. Dokumente, Aufzeichnungen und weitere Beweismittel wurden zusammengetragen und analysiert, darunter Daten von elektronischen Kommunikationsmedien, finanzielle und geschäftliche Aufzeichnungen, medizinische Dokumentation, Überwachungsvideos aus dem Hotel Sofitel und von anderen Orten, Polizeiakten sowie Akten anderer mit der Strafverfolgung befasster Behörden und staatlicher Stellen.

Da zum Beweis der zur Last gelegten Verbrechen eine glaubhafte Aussage der Klägerin erforderlich war, befragten Staatsanwälte und Ermittler diese wiederholt zu ihrer persönlichen Lebensgeschichte, ihren gegenwärtigen Lebensumständen und den Einzelheiten des Vorfalls selbst. In den Vernehmungen vom 14. Mai bis zum 7. Juni 2011 gab die Klägerin den Anklagevertretern und Ermittlern detaillierte Auskünfte über den Vorfall, ihre persönliche Lebensgeschichte und ihre gegenwärtigen Lebensumstände. Am 7. Juni 2011 machte der Anwalt der Klägerin die Staatsanwaltschaft darauf aufmerksam, dass seine Mandantin bei der Darstellung ihrer persönlichen Lebensgeschichte nicht die Wahrheit gesagt habe, dies gelte auch für die Schilderung einer angeblichen früheren Vergewaltigung. In weiteren Vernehmungen am 8., 9. und 28. Juni 2011¹⁴ gab die Klägerin dann selbst zu, den Staatsanwälten gegenüber in einigen Punkten ihrer persönlichen Lebensgeschichte und ihrer gegenwärtigen Lebensumstände nicht die Wahrheit gesagt zu haben.

¹⁴ Am 9. Juni 2011 rief der Anwalt der Klägerin bei der Staatsanwaltschaft an und brach die laufende Vernehmung seiner Mandantin ab. Von diesem Zeitpunkt an stand die Staatsanwaltschaft bis zum 28. Juni 2011 mit dem Anwalt der Klägerin in Verhandlung, um die Wiederaufnahme der Vernehmung zu erwirken, jedoch ohne Erfolg. Erst am 28. Juni, d. h. 19 Tage nach Abbruch der Vernehmung, erschien die Klägerin zur Fortsetzung der Befragung.

In der Vernehmung vom 28. Juni gab die Klägerin in Anwesenheit ihres Anwalts vor drei Staatsanwälten und einem Ermittler zu, dass sie auch bei der Schilderung der Abläufe, die sich unmittelbar nach dem Vorfall abgespielt hatten, nicht nur gegenüber den Staatsanwälten nicht die Wahrheit gesagt habe, sondern auch vor der Anklagejury in diesem wichtigen Punkt gelogen habe. In einem Schreiben mit Datum 30. Juni 2011 setzte die Staatsanwaltschaft das Gericht und den Verteidiger des Angeklagten von den Falschaussagen der Klägerin sowie über weitere potenziell entlastende Informationen in Kenntnis.

Vom 1. Juli 2011 bis zum heutigen Tag setzte die Behörde ihre Ermittlungen in diesem Fall fort, vernahm weitere Zivilpersonen, wissenschaftliche und medizinische Sachverständige als Zeugen, verschaffte sich zusätzliche Daten und wertete diese aus, analysierte weitere forensische Ergebnisse des OCME und wertete weitere Informationen aus, die vom Anwalt der Klägerin und vom Verteidiger des Angeklagten zur Verfügung gestellt wurden. Am 27. Juli 2011 trafen sich die Anklagevertreter auch noch einmal mit der Klägerin; an diesem Tag schilderte sie die Ereignisse unmittelbar nach ihrer Begegnung mit dem Angeklagten erneut in einer erheblich geänderten Version.

GRÜNDE FÜR DIE EMPFEHLUNG ZUR EINSTELLUNG DES VERFAHRENS

Der Staatsanwaltschaft kommt im Strafverfahren die schwerwiegende Aufgabe zu, die Schuld eines Beschuldigten über jeden berechtigten Zweifel hinaus („beyond a reasonable doubt“) zu beweisen. Die Unaufrichtigkeit der Klägerin hat jedoch aus einer ganzen Reihe von Gründen, von denen wir im Folgenden einige darlegen, dazu geführt, dass es unmöglich ist, ihr Glauben zu schenken. Da wir der Zeugenaussage der Klägerin nicht über jeden Zweifel hinaus glauben können, können wir auch die Geschworenen nicht bitten, dies zu tun. Die verbleibenden Beweismittel reichen nicht aus, um zu beweisen, dass die Tatbestände der zur Last gelegten Verbrechen erfüllt sind. Wir sehen uns daher sowohl aus juristischer als auch aus ethischer Sicht gezwungen zu beantragen, dass das Verfahren eingestellt werden möge.

I. Die Zeugenaussage der Klägerin bei der Verhandlung ist nicht verlässlich genug, um über jeden berechtigten Zweifel hinaus Beweiskraft zu erbringen

Die Klägerin hat im Laufe zahlreicher Befragungen unvereinbare Versionen der Abläufe, die sich unmittelbar nach ihrer Begegnung mit dem Angeklagten abspielten, vorgetragen, sodass wir uns nicht mehr in der Lage sehen festzustellen, was tatsächlich vorgefallen ist, und uns nicht darauf verlassen können, dass die Klägerin in diesem Punkt eine wahrheitsgemäße Aussage machen wird. Sie hat bereits eine Reihe von Falschaussagen gemacht, sowohl gegenüber den Staatsanwälten dieses Verfahrens als auch in ihrer Vergangenheit. Einige dieser Aussagen erfolgten unter Eid oder der Androhung einer Strafverfolgung wegen Meineids, einige davon stellen betrügerische Handlungen („fraudulent acts“) dar.

A. Fortgesetzte Widersprüchlichkeit der Darstellungen der Klägerin hinsichtlich des zur Last gelegten Vorfalls

Version eins. Vom Tag des Vorfalls bis zum 28. Juni 2011 sagte die Klägerin gegenüber den Staatsanwälten wiederholt aus, dass sie nach dem sexuellen Kontakt mit dem Angeklagten sofort aus dessen Suite geflohen und zum anderen Ende des Flurs der 28. Etage gelaufen sei. Sie sagte weiterhin aus, dass sie, nachdem sie auf dem Teppich des Flurs der 28. Etage ausgespuckt habe, dort voller Angst geblieben sei, bis sie zufällig ihren Vorgesetzten getroffen habe. Daraufhin hätten sie beide zusammen die Suite 2806 betreten. Dort habe sie angefangen, ihrem Vorgesetzten zu erzählen, was zwischen ihr und dem Angeklagten geschehen sei. Nachdem ein zweiter Vorgesetzter hinzugekommen sei, habe sie dies noch einmal erzählt. Von den Anklagevertretern befragt, warum sie im Flur der 28. Etage geblieben sei und nicht zum Schutz ein leeres Zimmer auf dieser Etage aufgesucht und von dort ihre Vorgesetzten oder Sicherheitspersonal angerufen habe, antwortete sie, dass an allen anderen Zimmern auf der Etage „Bitte nicht stören“-Schilder gehangen hätten und sie daher keinen Zutritt gehabt habe.

Version zwei. In einer Befragung am 28. Juni 2011 schilderte die Klägerin in Anwesenheit ihres Anwalts die Abläufe unmittelbar nach dem Vorfall in der Suite des Angeklagten ganz anders. Zu Beginn dieser Befragung gab sie zum ersten Mal zu, dass sie in diesem entscheidenden Punkt den Staatsanwälten gegenüber nicht die Wahrheit gesagt und auch bei ihrer Aussage vor der Anklagejury gelogen habe. Sie trug eine neue Version dieser Ereignisse vor und behauptete nun, sie sei, nachdem sie das Zimmer des Angeklagten verlassen habe, direkt in ein anderes Zimmer (2820) gegangen, um dort Reinigungsarbeiten zu Ende zu führen. Sie beschrieb diese mit genauen Einzelheiten und erzählte, sie habe auf dem Fußboden Staub gesaugt und die Spiegel und weitere Möbelstücke in diesem Zimmer saubergemacht. Sie berichtete weiter, dass sie, nachdem sie ihre Arbeiten in Zimmer Nr. 2820 beendet habe, in die Suite des Angeklagten zurückgekehrt sei und damit begonnen habe, diese ebenfalls zu säubern. Sie gab an, dass sie, als sie danach zu einem Wäscheschrank auf dem Flur der 28. Etage gegangen sei, um sich benötigte Materialien zu holen, ihrem Vorgesetzten begegnet sei, woraufhin sie beide zusammen in die Suite 2806 zurückgekehrt seien. Anstatt ihrem Vorgesetzten sofort von dem Vorfall mit dem Angeklagten zu berichten, habe die Klägerin ihm eine hypothetische Frage dahingehend gestellt, ob es Gästen gestattet sei, sich Bediensteten „mit Gewalt aufzuzwingen“ („force themselves on staff members“) und ihrem Vorgesetzten erst auf dessen Drängen hin berichtet, was geschehen sei. Angesichts der Bedeutung dieser neuen Darstellung, die im Widerspruch zu ihrer unter Eid abgegebenen Aussage vor der Anklagejury stand, befragten die Staatsanwälte sie im Verlauf dieser Vernehmung am 28. Juni dazu sehr intensiv.

Da die Klägerin nun angab, das Zimmer Nr. 2820 betreten zu haben, besorgten sich die Staatsanwälte die Protokolle der elektronischen Schlüsselkarten für dieses Zimmer. Diese Protokolle, die durch eine Person, die nicht

Mitglied der Staatsanwaltschaft ist, auch dem Anwalt der Klägerin zugänglich gemacht wurden, zeigten, dass die Klägerin das Zimmer 2820 um 12:26 Uhr betreten hatte und noch in derselben Minute (ebenfalls um 12:26 Uhr) auch das Zimmer des Angeklagten betrat. Die überaus kurze Zeitspanne, die die Klägerin in Zimmer 2820 verbrachte, widerlegt ihre Aussage, wonach sie in diesem Zimmer diverse Reinigungsarbeiten vorgenommen habe, bevor sie in die Suite des Angeklagten zurückkehrte.

Version drei. In einer späteren Befragung am 27. Juli 2011 änderte die Klägerin ihre Darstellung dessen, was sie unmittelbar nach ihrer Begegnung mit dem Angeklagten getan habe, erneut. An diesem Tag sagte sie, sie habe das Zimmer 2820 bereits früher am Vormittag des 14. Mai gereinigt. Unmittelbar nach dem Vorfall habe sie die Suite 2806 verlassen und sei um die Ecke gerannt, wie sie ursprünglich ausgesagt habe, und nicht gleich in Zimmer 2820. Als sie gesehen habe, wie der Angeklagte mit dem Aufzug davonfuhr, habe sie das Zimmer 2820 für einen kurzen Augenblick betreten, um einige Reinigungsutensilien herauszuholen. Ihre Aussage vom 28. Juni bestritt sie und bestand darauf, diese sei entweder vom Dolmetscher falsch übersetzt worden oder aber die Staatsanwälte hätten sie missverstanden.¹⁵ Angesichts der ausgedehnten Befragungen zu diesen Ereignissen im Anschluss an ihre Ausführungen und ihrer Beteuerung am 28. Juni, dass die Schilderung, die sie an diesem Tag vorgetragen habe, der Wahrheit entspreche, ist dies jedoch nicht glaubhaft. Von entscheidender Bedeutung ist, dass sie sich fähig glaubte, ihre frühere Aussage exakt vor denselben Staatsanwälten zu verleugnen, die diese Aussage am 28. Juni gehört hatten; dies stellt ihre Glaubwürdigkeit auf einer ganz grundsätzlichen Ebene in Frage.¹⁶

Wie immer man die vorliegende Beweislage auch bewertet: der Staatsanwaltschaft ist es nicht gelungen, von der Klägerin eine konsistente Schilderung der Abläufe um den zur Last gelegten Vorfall zu erlangen – ein Aspekt, der in einem gerichtlichen Verfahren von zentraler Bedeutung wäre. Die unterschiedlichen Versionen ihrer Darstellung beschädigen nicht nur die Vertrauenswür-

digkeit der Klägerin als Zeugin, sie machen es auch schwierig festzustellen, was in der kritischen Zeitspanne zwischen 12:06 und 12:26 Uhr wirklich vorgefallen ist. Wir haben kein Vertrauen, dass die Klägerin, wenn sie in der Verhandlung als Zeugin aufgerufen würde, zu diesem Thema die Wahrheit sagen würde.¹⁷

B. Anhaltende Falschaussagen der Klägerin, unter anderem falsche Behauptung einer früheren Vergewaltigung

1. Behauptung einer Vergewaltigung

Im Rahmen einer Vernehmung durch die Staatsanwaltschaft am 16. Mai 2011 sprach die Klägerin unaufgefordert davon, dass sie bereits einmal von einer Gruppe von Soldaten in ihrem Haus in Guinea vergewaltigt worden sei. Bei einer Befragung am 30. Mai 2011 berichtete sie genaue und eindrucksvolle Details zu der Anzahl und dem Erscheinungsbild der Angreifer und der Anwesenheit ihrer zweijährigen Tochter bei dem Angriff, die ihr nach ihrer Aussage aus den Armen gerissen und auf den Boden geworfen wurde. Bei beiden Befragungen machte sie auf sichtbare Narben aufmerksam, von denen sie behauptete, dass sie auf den Übergriff zurückzuführen seien. In beiden Fällen schilderte die Klägerin die Vergewaltigung auf äußerst bewegende und überzeugende Weise: sie weinte, sprach stockend und wirkte verständlicherweise verstört; bei der ersten Befragung legte sie sogar ihren Kopf auf die Arme vor sich auf den Tisch.

In nachfolgenden Vernehmungen am 8. und 9. Juni 2011 gab die Klägerin gegenüber den Staatsanwälten zu, den Übergriff frei erfunden zu haben. Auf die Frage nach dem Grund hierfür erklärt sie zunächst, dass sie bezüglich der Vergewaltigung durch die Gruppe von Soldaten gelogen habe, weil sie diesen Vorfall in ihrem Asylantrag angegeben habe, und dass sie von den Angaben in diesem Antrag nicht abweichen wollen; sie erklärte darüber hinaus, dass sie zu dem Zeitpunkt dieser Schilderung gegenüber den Staatsanwälten nicht unter Eid gestanden habe. Auf den Vorhalt, dass in ihrem schriftlichen Asylantrag diese Vergewaltigung nicht erwähnt werde, erklärte sie, dass sie diese Vergewaltigung sowie weitere Einzelheiten zu ihrem Leben in Guinea erfunden hatte, und zwar mithilfe eines nicht namentlich genannten Mannes, der sie bei der Stellung des Asylantrags beraten habe. Sie erzählte den Staatsanwälten, dass dieser Mann ihr eine Tonbandkassette mit der fiktiven Schilderung einer Vergewaltigung gegeben habe, die sie auswendig gelernt hätte. Schließlich, so erklärte sie den Staatsanwälten,

¹⁵ Die Klägerin stellte im Verlauf der zahlreichen Befragungen durch Ermittler und Anklagevertreter unter Beweis, dass sie sehr wohl in der Lage ist, Englisch zu sprechen und zu verstehen. Manchmal korrigierte sie sogar die Übersetzung ihrer Äußerungen durch den Dolmetscher. Bemerkenswerterweise tat sie dies jedoch nicht während der ausführlichen Befragung zu diesem Aspekt in der Vernehmung am 28. Juni.

¹⁶ Es bleibt zumindest die Frage, ob die Klägerin, sofern überhaupt, sofort aus der Suite gerannt ist, nachdem der Angeklagte ejakuliert hatte. In dem Bericht des *Sexual Assault Forensic Examiner* („SAFE“) [Arzt mit speziellen gerichtsmed. Kenntnissen für die Untersuchung von Opfern sexueller Gewalt], der die Klägerin am Tag der Verletzung untersuchte, ist beschrieben, wie die Klägerin die Ejakulation des Angeklagten schilderte. Dort heißt es: „Die Patientin berichtet, er habe sich angezogen und dann den Raum verlassen, und er habe während des Vorfalls nichts zu ihr gesagt.“ Dieser Bericht deutet darauf hin, dass der Angeklagte zuerst wegging, wenn auch der *SAFE Examiner* einräumt, es sei möglich, dass in dem Bericht unterschiedliche Teile der Erzählung der Klägerin in einem Satz zusammengefasst wurden.

¹⁷ Siehe New York Rules of Prof'l Conduct R. 3.3(a)(3) Hiernach darf ein Rechtsanwalt nicht wissentlich Aussagen zu Beweis Zwecken darbieten oder verwerten, von denen er weiß, dass sie nicht wahr sind, außerdem kann ein Rechtsanwalt sich weigern, solche Aussagen vorzutragen zu lassen, von denen er berechtigterweise annehmen darf, dass sie nicht wahr sind; *id.* R. 3.3 cmt. 6A (Anklagevertreter haben zusätzlich die Pflicht, „unwahre Aussagen, die der Staat bereits zu Beweis Zwecken dargelegt hat, zu korrigieren“, außerdem müssen Anklagevertreter das Gericht davon in Kenntnis setzen, wenn sie erfahren, dass ein Zeuge der Anklage falsch ausgesagt hat); *id.* cmt. 9.

habe sie sich entschieden, die Vergewaltigung in ihrem schriftlichen Antrag nicht zu erwähnen.¹⁸

Es liegt auf der Hand, dass bei einem Fall, in dem eine Klägerin einen Angeklagten eines sexuellen Übergriffs beschuldigt, eine frühere falsche Aussage über einen anderen sexuellen Übergriff sehr bedeutsam ist. Es ist auch sehr bedeutsam, dass dies gegenüber der Staatsanwaltschaft bewusst falsch behauptet wurde, und zwar auf höchst glaubhafte Weise – genauso, wie sie die Begegnung mit dem Angeklagten schilderte. Von höchster Bedeutsamkeit ist ihre Fähigkeit, diese Fiktionen mit voller Überzeugung als Fakten zu präsentieren.

Staatsanwälte weisen gegenüber den Geschworenen häufig darauf hin, dass dem Verhalten eines Zeugen in der Beurteilung seiner Glaubwürdigkeit eine Schlüsselrolle zukomme, und auch ein Richter nimmt dies in seine Rechtsbelehrung der Geschworenen auf. In diesem Fall stützt sich der Nachweis der Tatbestandsmerkmale „körperliche Gewaltausübung“ und „fehlendes Einvernehmlichkeit“ auf eine einzige Zeugin, die Klägerin. Dass sie zuvor erfahrene Staatsanwälte und Ermittler davon überzeugen konnte, schon einmal Opfer eines gewaltsamen – allerdings erfundenen – sexuellen Übergriffs gewesen zu sein – und dies mit dem gleichen Verhalten, das sie wahrscheinlich in der Verhandlung zur Schau stellen würde –, ist verheerend. Die Erkenntnis, dass ihre überzeugend wirkende Art nicht als verlässliches Maß für ihre Ehrlichkeit gelten kann, gepaart mit den aufgedeckten Falschaussagen in den Vernehmungen, lässt uns zwingend zu dem Schluss kommen, dass wir von der Schuld des Angeklagten nicht länger über jeden berechtigten Zweifel hinaus überzeugt sind und von den Geschworenen keinen Schuldspruch verlangen können, der auf der Aussage dieser Klägerin beruht.¹⁹

2. Falschaussagen unter Eid

Ebenso wichtig ist, dass die Klägerin eingeräumt hat, unter Eid Falschaussagen gemacht zu haben, und zwar bei der Aussage vor der Anklagejury, die über die aktuelle Klageerhebung befunden hat, und auch in Schriftstücken mit eidesstattlichen Versicherungen, die sie bei US-Behörden eingereicht hat. In einem solchen Fall, in dem

¹⁸ In den Vernehmungen am 9. und 28. Juni erklärte die Klägerin, dass sie in ihrem Heimatland in der Vergangenheit tatsächlich vergewaltigt worden war, allerdings bei einem gänzlich anderen Vorfall als dem, den sie bei ihren früheren Vernehmungen beschrieben hatte. In den Vernehmungen der Klägerin ließen sich keine Anhaltspunkte erkennen, anhand derer dieser Vorfall hätte untersucht oder auf seinen Wahrheitsgehalt hin überprüft werden können.

¹⁹ Zuweilen waren die falschen Schilderungen der Klägerin geradezu von Gefühlsausbrüchen begleitet. Einmal wurde sie von einem Staatsanwalt zu einer bestimmten persönlichen Sache befragt, worauf sie ruhig mit Nein antwortete. Zwei Tage später wurde sie noch einmal genauer zu demselben Thema befragt. Daraufhin warf sie sich auf den Boden und wälzte sich dort unter Tränen herum; nachdem sie sich wieder gefasst hatte, sagte sie, dass sie die Frage des Staatsanwalts nicht beantworten könne. Bei einer späteren Befragung kam der Staatsanwalt noch einmal auf dasselbe Thema zurück. Diesmal bejahte die Klägerin die Frage in sachlichem Ton.

die Aussagen der Klägerin für den Beweis der zur Last gelegten Verbrechen über jeden berechtigten Zweifel hinaus entscheidend sind, ist die Tatsache, dass sie vor einer Anklagejury zu dem zur Last gelegten Vorfall falsche Angaben gemacht hat und Schriftstücke mit falschen eidesstattlichen Versicherungen eingereicht hat, höchst schädlich.

3. Weitere Unaufrichtigkeiten

Neben ihrer falschen Schilderung einer Vergewaltigung und falschen Aussagen unter Eid oder an Eides Statt war sie im Hinblick auf so viele weitere Dinge gegenüber den Strafverfolgungsbehörden unehrlich, dass wir ihr schlechterdings nicht mehr glauben können. Zum Beispiel hat sie wiederholt Formulare unterschrieben, von denen sie mittlerweile zugibt, dass sie falsche Angaben enthielten, um weiterhin in einer Sozialwohnung für Geringverdiener wohnen zu können; dabei verschwieg sie absichtlich ihr Einkommen aus der Beschäftigung im Hotel Sofitel. Die Klägerin war auch bei einer ganzen Reihe von weiteren Themen wie ihrer Lebensgeschichte, ihrem Hintergrund, ihren gegenwärtigen Lebensumständen und ihren persönlichen Beziehungen wiederholt unaufrichtig.

Außerdem verschwieg die Klägerin bei der Beantwortung von Routinefragen der Staatsanwaltschaft zu ihren Einkommensverhältnissen Zahlungseingänge von insgesamt fast 60.000 US-Dollar auf ihrem Girokonto, die sie von Personen aus vier verschiedenen Staaten erhalten hatte. Als sie darauf angesprochen wurde, erklärte sie, dass sie ihrem Verlobten in Arizona²⁰ erlaubt habe, ihr Girokonto für Einzahlungen zu benutzen; sie gab an, davon ausgegangen zu sein, dass diese Geldmittel für eine Geschäftstätigkeit mit Kleidung und Accessoires bestimmt waren. Manchmal, sagte sie, habe er sie gebeten, Geld abzuheben, das er eingezahlt hatte, und das Geld einem seiner Geschäftspartner in New York City zu übergeben. Sie behauptete, nicht zu wissen, wie viel Geld auf diese Weise über ihr Konto gelaufen sei. Sie tritt zwar ab, von diesen Banktransaktionen in irgendeiner Art und Weise profitiert zu haben, doch blieben Teile von jeder Einzahlung häufig auf ihrem Konto.

Angesichts des Umstandes, dass sie einen Zivilanwalt beauftragt hatte, war sie außerdem bereits am 16. Mai 2011 nach möglichen finanziellen Beweggründen gefragt worden. Sie erklärte unmissverständlich, dass sie kein Interesse daran habe, aufgrund ihrer Beteiligung an diesem Fall Geld zu erhalten. Sie behielt diese Position auch bei anderen Vernehmungen vor und nach Klageerhebung bei und sagte bei einer Gelegenheit sehr emotional, dass niemand sie „kaufen“ könne. Allerdings führte die Klägerin sehr zeitnah zu diesen Einlassungen ein aufgezeichnetes Telefongespräch mit ihrem inhaftierten Verlobten, in dem die Möglichkeit einer finanziellen

²⁰ Der Verlobte der Klägerin wurde in Arizona wegen einer Verabredung zum Handel mit Marihuana verurteilt, nachdem er verdeckten Ermittlern der Polizei ca. 36.500 US-Dollar für den Ankauf einer großen Menge von Marihuana übergeben hatte. Die Klägerin erklärte, dass sie keinerlei Informationen darüber habe, ob Gelder auf ihrem Konto Erlöse aus Drogenhandel sein könnten.

Entschädigung aufgrund des Vorfalls am 14. Mai 2011 erwähnt wurde.²¹ Auch wenn nichts Verwerfliches darin zu erkennen ist, in einer Zivilklage von einem Beschuldigten eine Entschädigung zu verlangen, so ist doch das Bestreiten finanzieller Interessen durch die Klägerin für ihre Glaubwürdigkeit wichtig.

In der Summe: die Klägerin war fortwährend, gelegentlich in einer unerklärlichen Weise, unwahrhaftig, und zwar in der Beschreibung von Dingen mit großer und solchen mit geringer Bedeutung. In unseren wiederholten Befragungen konnten daher der tatsächliche Ablauf des zur Last gelegten Vorfalls und ihr wahrer persönlicher Hintergrund nicht ermittelt werden („remained elusive“ – blieb flüchtig).

II. Die physischen und sonstigen Beweise belegen keine Ausübung von körperlicher Gewalt oder fehlende Einvernehmlichkeit

Die physischen, medizinischen und sonstigen Beweise in diesem Fall sind für die strittigen Fragen der Ausübung von körperlicher Gewalt und der fehlenden Einvernehmlichkeit von begrenztem Wert. Die Beweise ergeben schlüssig, dass es zwischen dem Angeklagten und der Klägerin am 14. Mai 2011 zu einer sexuellen Begegnung kam. Die Beweise beweisen oder bekräftigen jedoch nicht, dass ihre Begegnung unter Ausübung von Zwang geschah oder die Einvernehmlichkeit fehlte; außerdem werden bestimmte Aspekte der Schilderung des Hergangs durch die Klägerin durch die Beweise nicht bestätigt.

A. Beweismittel am Tatort

Nach der ersten Schilderung der Klägerin zum Tathergang wurden zwei Orte im Hotel Sofitel von der Spurensicherung („Crime Scene Unit“) der NYPD untersucht: Suite 2806, wo sich der Vorfall ereignete, sowie der Bereich am Ende des Korridors in der 28. Etage, den die Klägerin in ihren ersten Schilderungen als den Ort nannte, wohin sie direkt nach dem Vorfall gerannt war.²² Die Spurensicherung identifizierte fünf verschiedene Bereiche im Korridor von Suite 2806, wo eventuell Körperflüssigkeiten wie Sperma oder Speichel vorhanden sein könnten.²³ Am Folgetag entfernte die Spurensicherung den Teppich aus dem Korridor der Suite sowie die Tapete von der Korridorwand und übergab diese Beweismittel an die forensische Abteilung („Forensic Biology Department“)

²¹ Dieses Telefonat wurde von zwei Übersetzern für Fulfulde beglaubigt ins Englische übersetzt. Auch wenn die beiden Übersetzungen bei einer wortwörtlichen Transkription voneinander abweichen, so stimmen sie doch im Wesentlichen darin überein, dass diskutiert wurde, mithilfe eines Anwalts Geld zu machen. Am 8. August 2011 reichte die Klägerin eine Zivilklage auf die Zahlung von nicht näher beziffertem Schadenersatz gegen den Angeklagten ein.

²² Da die Klägerin erst am 28. Juni 2011 aussagte, dass sie in Zimmer 2820 gewesen war, wurde dieses Zimmer von der Spurensicherung nicht untersucht.

²³ Der ermittelnde Beamte nahm Abstriche von jedem Bereich zur Untersuchung in der forensischen Abteilung des OCME. Sie ergaben einen negativen Befund in Bezug auf Sperma und Amylase, ein Enzym in Sperma, Speichel und anderen Körperflüssigkeiten, auch Scheidensekret.

des OCME. Vorabanalysen durch das OCME ergaben fünf Bereiche des Teppichs, in denen Körperflüssigkeit enthalten war. Einer dieser Flecken, der sich ca. 1,80 bis 2,40 Meter von der Stelle entfernt befand, von der die Klägerin gesagt hatte, dass dort der sexuelle Übergriff stattgefunden habe, ergab einen positiven Sperma- und Amylase-Befund und enthielt eine Mischung aus der DNA des Angeklagten und der DNA der Klägerin. Weder die übrigen Flecken auf dem Teppich noch der einzelne Fleck auf der Tapete enthielten DNA der Klägerin oder des Angeklagten.²⁴

Am 14. Mai 2011 wurde die Hoteluniform der Klägerin, bestehend aus einem Kleid und einer Schürze, bei ihr von Polizeibeamten sichergestellt und an die forensische Abteilung des OCME weitergeleitet. Drei Flecken im oberen Bereich des Kleides enthielten Sperma; zwei der drei Flecken enthielten Amylase, die zu Sperma, Speichel oder Scheidensekret passte. Aus den drei Flecken ergab sich ein einziges DNA-Profil, das dem des Angeklagten entsprach. Weitere Abstriche, die im Rahmen der forensischen Untersuchung des sexuellen Übergriffs vom Körper der Klägerin genommen wurden, enthielten weder Sperma noch Amylase und führten daher nicht zu DNA-Ergebnissen. Ebenso führte die Untersuchung von Abschürfungen unter ihren Fingernägeln zu keinen Ergebnissen.

Abschürfungen unter den Fingernägeln der linken Hand des Angeklagten enthielten sein eigenes DNA-Profil; Abschürfungen unter den Fingernägeln seiner rechten Hand führten zu keinen Ergebnissen. Ein Penisabstrich des Angeklagten ergab einen positiven Spermabefund und enthielt das DNA-Profil des Angeklagten, ebenso ein Fleck auf den Boxershorts, die bei ihm kurz nach seiner Verhaftung sichergestellt wurden. Zwei kleine Blutflecke auf den Boxershorts des Angeklagten enthielten seine DNA, ebenso ein einzelner kleiner Blutfleck auf dem obersten Bettlaken in der Suite. Diese Flecken schienen mit dem untersuchten Vorfall nicht in Zusammenhang zu stehen, da der Angeklagte zum Zeitpunkt seiner Verhaftung unter einer Hauterkrankung litt, bei der die Haut seiner Hände blutete. Die Erkrankung und das Bluten waren für die Beamten bei der Festnahme deutlich sichtbar und auch auf Fotos zu erkennen, die von den Händen des Angeklagten bei seiner Festnahme gemacht wurden. Die Klägerin hat auch nicht erwähnt, dass sie während des Vorfalls blutete oder dass einer von ihnen sich eine Verletzung zuzog, die geblutet haben könnte; auf der Kleidung oder dem Körper der Klägerin wurde ebenfalls kein Blut gefunden.

²⁴ Drei der übrigen Flecken auf dem Teppich enthielten Sperma und DNA von drei unbekannt männlichen Personen, und ein weiterer Fleck enthielt Amylase sowie eine Mischung von DNA dreier weiterer unbekannter Personen. Der Fleck auf der Tapete enthielt Sperma und DNA einer vierten unbekannt männlichen Person. Da es keine Hinweise darauf gibt, dass eine weitere Person während des Vorfalls anwesend war, stehen die Umstände, unter denen die nicht identifizierte DNA dorthin kam, in keinem Zusammenhang mit dem untersuchten Vorfall.

Zum Zeitpunkt des Vorfalls trug die Klägerin zwei Paar Strumpfhosen (ein dunkleres und ein helleres Paar).²⁵ Unter diesen zwei Strumpfhosen trug sie einen Slip. Am 14. Mai 2011 stellten Polizeibeamten diese Kleidungsstücke bei der Klägerin sicher, nachdem sie zum Krankenhaus gebracht worden war, und leiteten sie an das OCME zur Untersuchung weiter. Die DNA des Angeklagten fand sich in Form von Epithelzellen sowohl auf dem inneren als auch dem äußeren Bund beider Strumpfhosen sowie auf dem Bund des Slips. Die DNA des Angeklagten, ebenso aus Epithelzellen, fand sich auch auf dem äußeren Zwickel der helleren Strumpfhose, aber nicht auf dem inneren oder äußeren Zwickel der dunkleren Strumpfhose oder des Slips. Da eine Person Gewebe anfassen kann, ohne dabei unbedingt ihre DNA zu hinterlassen, legen diese Befunde nahe, dass der Angeklagte die Unterwäsche der Klägerin berührt hat, aber weder widerlegen noch bestätigen sie die Aussage der Klägerin, dass der Angeklagte seine Hand unter ihre Unterwäsche geschoben und fest in ihren Genitalbereich gefasst hat.

Am 16. Mai 2011 kam die Spurensicherung erneut in die Hotelsuite. Sie nahm unter anderem Abstriche von dem Waschbecken in der Gästetoilette der Suite und stellte auch einige gebrauchte Handtücher aus dem Badezimmer sicher. Die Klägerin hatte angegeben, dass sie nach dem Vorfall und während des Aufenthalts in der Suite zusammen mit ihrem Vorgesetzten am 14. Mai 2011 in das Waschbecken der Gästetoilette gespuckt hatte. Die beiden Abstriche von dem Waschbecken wurden zusammen mit den Handtüchern an das OCME weitergeleitet, und bei allen ergaben sich negative Spermabefunde sowie positive Amylasebefunde. Das OCME konnte nicht ausreichend Material aus den Abstrichen von dem Waschbecken gewinnen, um ein DNA-Profil zu erstellen.

B. Medizinische und klinische Beweise

1. Körperliche Untersuchung

Am Tag des Vorfalls wurde die Klägerin von einer examinierten Krankenschwester untersucht, die als erfahrener *SAFE Examiner* im St. Luke's Roosevelt Hospital tätig ist. Bei ihrer ersten Untersuchung stellte sie keine sichtbaren Verletzungen der Klägerin fest und verzeichnete in den Behandlungsunterlagen, dass diese keine Verwundungen am Körper oder der Mundhöhle erlitten habe. Der einzige Befund, den sie festhielt, war eine „Rötung“, die sie bei der gynäkologischen Untersuchung feststellte. Sie konnte nicht mit hinreichender medizinischer Sicherheit sagen, dass diese „Rötung“ direkt auf den Vorfall zurückzuführen war, nicht einmal, dass es eine Verletzung oder eine Prellung war. Sie erklärte, dass dieser Befund auf den durch die Klägerin geschilderten Vorfall zurückzuführen sein könnte, aber auch viele andere Ursachen haben könnte.

Nach Anklageerhebung zog die Staatsanwaltschaft einen Arzt mit großer Erfahrung auf dem Gebiet von forensischen Untersuchungen nach sexuellen Übergriffen hinzu. Dieser Sachverständige nahm Einsicht in die Behand-

²⁵ Bei Übergabe an das OCME befand sich das hellere Paar Strumpfhosen in dem dunkleren Paar.

lungsunterlagen der Klägerin vom 14. Mai 2011 und stimmte mit der Einschätzung des *SAFE Examiner* überein, dass die festgestellte rötliche Färbung ein sehr unspezifischer Befund war, der auch ganz andere Ursachen haben konnte als eine Verletzung, unter anderem jede Art von Reibung, Reizung oder Entzündung des Bereichs. Dieser Sachverständige war des Weiteren der Auffassung, es sei zwar möglich, dass die Rötung durch die von der Klägerin beschriebene Berührung entstanden ist, hielt dies aber nicht für wahrscheinlich.

2. Schulterverletzung

Im Krankenhaus klagte die Klägerin zunächst über Schmerzen in der linken Schulter, deren Schwere sie auf einer Skala von 0 bis 10 gegenüber der diensthabenden Krankenschwester mit 5 einstuft. Laut den Behandlungsunterlagen nahmen die Schmerzen mit zunehmender Verweildauer in der Notaufnahme deutlich ab. Bei der ärztlichen Untersuchung in der Notaufnahme hatte die Klägerin keine Gelenkschmerzen, und es wurden keine Röntgenaufnahmen veranlasst. Bei der Klägerin wurde eine Muskelzerrung und Prellung diagnostiziert, auch wenn keine Quetschung oder Schwellung ihrer Schulter festgestellt wurde. Sie bekam im Krankenhaus keine Schmerzmittel. Ihr wurde auch kein Rezept für solche Medikamente ausgestellt.

In mehreren Vernehmungen in den Tagen nach dem Vorfall wurde die Klägerin gefragt, ob sie bei dem Vorfall eine Verletzung erlitten habe; sie antwortete stets, dass ihre Schulter an dem Tag des Vorfalls wehgetan habe, aber dass es am Folgetag wieder viel besser gewesen sei. Bei diesen frühen Vernehmungen zeigte die Klägerin keinerlei Schmerzen und klagte auch nicht über Schmerzen oder Beschwerden, auch nicht bei heftigeren Körperbewegungen in Anwesenheit der Staatsanwälte und Ermittler. Angesichts dieser wiederholten Aussage, dass sie keine Verletzungen erlitten habe, sowie der ärztlichen Diagnose wurde der Vorwurf der Körperverletzung nicht Bestandteil der Klage und auch nicht der Anklagejury vorgelegt.²⁶

Am 13. Juni 2011 unterrichtete der Anwalt der Klägerin die Staatsanwaltschaft davon, dass die Klägerin starke Schmerzen in ihrer Schulter verspüre, die eine direkte ärztliche Behandlung erforderten und sie vernehmungsunfähig machten. Am 22. Juni 2011 diagnostizierte der Orthopäde der Klägerin mittels einer Kernspintomografie eine Typ-2-SLAP-Läsion der linken Schulter sowie eine Schleimbeutelentzündung und Sehnenentzündung, konnte aber keine Aussage zum Beginn der Erkrankung oder zu ihrer Ursache machen. Nachdem die Klägerin über weitere Symptome wie Taubheit und Kribbeln in ihren Fingern klagte, wurde sie einem weiteren Arzt zur Untersuchung ihrer Halswirbelsäule vorgestellt. Nach unserer Kenntnis hat dieser Arzt keine Diagnose gestellt.

Über ihren Anwalt ließ die Klägerin nunmehr gegenüber der Staatsanwaltschaft mitteilen, dass sie sich die Typ-2-

²⁶ Nach dem Recht des Staates New York setzt Körperverletzung den Nachweis der „Beeinträchtigung des körperlichen Zustands oder starke Schmerzen“ voraus. Penal Law § 10.00 (9).

SLAP-Läsion bei der Begegnung mit dem Angeklagten zugezogen habe. Bislang hat sie der Staatsanwaltschaft jedoch nicht die Erlaubnis erteilt, ärztliche Unterlagen in Bezug auf die Zeit vor dem Vorfall einzusehen, um festzustellen, ob bei ihr bereits vorher eine Schulterverletzung vorlag. Zudem hat die Staatsanwaltschaft einen renommierten Orthopäden beauftragt, sämtliche Unterlagen zu der Schulterverletzung zu analysieren. Dieser Sachverständige kam zu dem Schluss, dass mit hinreichender medizinischer Sicherheit die Verletzung, wenn es sich überhaupt um eine Verletzung handelte,²⁷ wahrscheinlich durch eine „wiederholte Bewegung der oberen Extremität über den Kopf hinweg in einer abgespreizten und nach außen gedrehten Stellung“ verursacht wurde, wie sie ein Leichtathlet bei Überkopfwürfen einnehmen kann. Um die Läsion auf der Kernspintomografie der Klägerin auf eine einzelne Verletzung zurückführen zu können, wie die Klägerin sie beschrieben hatte, hätte die Läsion nach Auffassung des Sachverständigen mit hinreichender medizinischer Sicherheit mit „erheblichen Schmerzen“ einhergehen müssen, „und zwar nicht nur in den ersten zwölf Stunden, sondern mindestens in den ersten paar Tagen“. Darüber hinaus würde er „nicht erwarten, dass die Schmerzen ... in den ersten achtundvierzig Stunden vollständig abklingen, aber ungefähr achtundzwanzig Tag später wieder auftreten.“

Angesichts mehrerer Faktoren im Zusammenhang mit der behaupteten Verletzung, insbesondere der Feststellungen des Sachverständigen, wird der behauptete sexuelle Übergriff, der dem Angeklagten in der Anklage zur Last gelegt wird, durch die Schulterverletzung nicht gestützt.²⁸

3. Beschädigungen an der Strumpfhose

Wie oben beschrieben, trug die Klägerin zum Zeitpunkt des Vorfalls zwei Paar Strumpfhosen. Zum Zeitpunkt der Sicherstellung und auch später beim OCME fiel auf, dass die hellere Strumpfhose Beschädigungen aufwies. Eine dieser Beschädigungen ist etwa 7,5 cm lang und befindet sich am Zwickel, direkt neben der mittleren Naht des Kleidungsstücks. Die andere Beschädigung, die sich auf der Höhe des oberen Endes des Oberschenkels oder der Hüfte befindet, ist ca. 3,8 cm lang.

²⁷ Der Orthopäde hat zwar keine definitive Stellungnahme abgegeben, war aber doch der Meinung, dass der Kernspintomografie-Befund im Rahmen des Normalen sein konnte. Nach seiner „Erfahrung sowie der Erfahrung anderer führenden Kernspintomografie-Aufnahmen von Radiologen zu häufig zur Diagnose einer SLAP-Läsion. Es ist möglich, dass der sich aus der Kernspintomografie ergebende Befund eine normale Variante ist, da frühere SLAP-Läsionen dieses Typs vorliegen, ohne dass die damit zusammenhängenden Symptome auftreten, das heißt eine normale Variante.“

²⁸ In einer Vernehmung am 27. Juli 2011 gab die Klägerin zum ersten Mal an, dass sie aufgrund des festen Griffs des Angeklagten in ihren vaginalen Bereich in den ersten Tagen nach dem Vorfall Schmerzen beim Harnlassen gehabt habe. Die Behandlungsunterlagen verzeichnen keine Beschwerden dieser Art; die Klägerin hat diese Beschwerden vor dem 27. Juli auch gegenüber Anklagevertretern nie erwähnt, ganz im Gegensatz zu ihrer späteren Aussage.

Als die Strumpfhose sichergestellt wurde, gestand die Klägerin gegenüber dem *SAFE Examiner* – und später gegenüber Polizeibeamten und Anklagevertretern – freimütig ein, dass sie nicht wisse, ob die Beschädigungen auf das Verhalten des Angeklagten zurückzuführen seien oder ob sie mit dem Vorfall nichts zu tun hätten. Nach allgemeiner Lebenserfahrung können Beschädigungen an Nylonstrumpfhosen ganz unterschiedliche Ursachen haben, unter anderem normale Abnutzung. Darum könnten wir gegenüber den Geschworenen nicht die Auffassung vertreten, dass die Beschädigungen an der Strumpfhose der Klägerin die Behauptung eines erzwungenen sexuellen Kontakts untermauern.

C. Zeitablauf des behaupteten Übergriffs und Handlungen des Angeklagten in der unmittelbaren Folgezeit

Die relativ kurze Dauer der Begegnung zwischen dem Angeklagten und der Klägerin legte zunächst den Schluss nahe, dass der sexuelle Akt wahrscheinlich nicht einvernehmlich war. Insbesondere zeigten Protokolle der elektronischen Schlüsselkarten des Hotels, dass die Klägerin die Suite 2806 zum ersten Mal um 12:06 Uhr betreten hatte, und Telefonaufzeichnungen ergaben später, dass der Angeklagte um 12:13 Uhr mit seiner Tochter telefoniert hatte.²⁹ Dementsprechend muss das, was auch immer zwischen der Klägerin und dem Angeklagten tatsächlich vorgefallen sein mag, in ungefähr sieben bis neun Minuten vorbei gewesen sein. Aber da die Klägerin keine zutreffende und widerspruchsfreie Schilderung der unmittelbaren Folgezeit des Vorfalls abgegeben hat, ist es unmöglich, die Dauer der Begegnung festzustellen. Dass der Angeklagte um 12:13 Uhr ein kurzes Telefonat geführt hat, ist nicht entscheidend dafür, wann die Begegnung stattgefunden hat, wie lange sie andauerte oder wo sich die Klägerin zwischen 12:06 und 12:26 Uhr befand. Jegliche Schlussfolgerungen, die denkbarerweise aus dem Zeitablauf der Begegnung gezogen werden könnten, werden zwangsläufig dadurch geschwächt, dass der Zeitablauf selbst nicht sicher ermittelt werden kann.

D. Unverzügliche Mitteilung des Vorfalls

Die Zeugen, denen sich die Klägerin unverzüglich anvertraut hat („prompt outcry witnesses“), wurden mehrfach vernommen und erschienen glaubhaft. Beide Zeugen gaben an, die Klägerin habe aufgelöst gewirkt, als sie ihnen von der Begegnung mit dem Angeklagten berichtete. Aber da wir, wie oben näher beschrieben, der Klägerin keinen Glauben schenken können, und sie zudem in der Lage ist, Gefühle effektiv in Szene zu setzen, ist die Beweisbedeutung des Umstandes, dass sie den Vorfall unverzüglich mitgeteilt habe, stark abgeschwächt („the

²⁹ Am Tag des Vorfalls gab es möglicherweise eine Abweichung von zwei Minuten zwischen der Zeit, die in den Protokollen der elektronischen Schlüsselkarten im Hotelssystem angegeben war, und der tatsächlichen Zeit, sodass die aufgezeichneten Zeiten gegenüber der tatsächlichen Zeit um zwei Minuten nach vorne versetzt sein könnten. Uns wurde zwar mitgeteilt, dass die genauen Telefonzeiten im Mobilsystem an die tatsächliche Zeit angepasst werden; dennoch kann der genaue Zeitablauf aufgrund der Abweichung im Hotel nicht mit Sicherheit festgestellt werden.

strength and effect of the available prompt outcry evidence is greatly diminished“). Zu berücksichtigen ist auch, dass die aktuelle Version der Klägerin, wie sie sich unverzüglich ihrem direkten Vorgesetzten anvertraut habe, mit bestimmten Aspekten der Schilderung dieses Vorgesetzten nicht übereinstimmt.

E. Weitere Anschuldigungen wegen sexuellen Fehlverhaltens des Angeklagten

Während der Anhängigkeit dieses Verfahrens erlangte die Staatsanwaltschaft Kenntnis davon, dass eine Frau in Frankreich,, den Angeklagten ebenfalls eines sexuellen Übergriffs beschuldigt. Nach Erhebung der Anklage berichtete öffentlich, dass der Angeklagte sie bei einem Interview in Frankreich im Jahr 2003 in einem leeren Appartement versucht habe zu vergewaltigen.³⁰ Es erscheint jedoch unwahrscheinlich, dass es der Staatsanwaltschaft gestattet wäre, in ihre Beweisführung Aussagen von zu diesem behaupteten Übergriff einzubeziehen.³¹

³⁰ Claire Chartier & Delphine Saubaber, *Pourquoi je porte plainte contre DSK*, L'Express, 4. Juli 2011, siehe http://www.lexpress.fr/actualite/societe/justice/tristane-banon-pourquoi-je-porte-plainte-contre-dsk_1009151.html (letzter Zugriff am 19. August 2011).

³¹ Siehe *People v. Molineux*, 168 N.Y. 264 (1901) (erklärt die begrenzte Zulässigkeit von Beweismitteln, dass der Angeklagte ein nicht zur Last gelegtes Verbrechen begangen hat); *People v. Vargas*, 8 N. Y.2d 856, 858 (1966) (Ablehnung von Beweisen für ein früheres sexuelles Fehlverhalten, die nur dazu dienen sollten, der Klägerin Glaubwürdigkeit zu verleihen). Bei dem vorliegenden Fall würde

SCHLUSS

Aus den vorgenannten Gründen spricht sich der Staat New York („the People“) mit allem gebührenden Respekt dafür aus, das Verfahren mit dem Aktenzeichen 02526/2011 einzustellen. Ein diesbezüglicher Antrag wurde noch bei keinem anderen Richter oder Gericht gestellt.

Datum: New York, New York
22. August 2011

Achtungsvoll unterbreitet,

/Unterschrift/
Joan Illuzzi-Orbon
Assistant District Attorney

/Unterschrift/
John (Artie) McConnell
Assistant District Attorney

GENEHMIGT:

/Unterschrift/
JOHN IRWIN
Deputy Chief, Trial Division

man zu demselben Schluss kommen, wenn sich weitere glaubwürdige Zeugen zu früheren Begegnungen ähnlich der von /geschwärzt/ melden würden.

Schrifttum

Schrifttum

Diemer/Schatz/Sonnen: Jugendgerichtsgesetz mit Jugendstrafvollzugsgesetzen – Heidelberger Kommentar; 6. Auflage, 1016 Seiten, 89,95 €, C. F. Müller Verlag, Heidelberg 2011.

Vielen dürfte dieser Kommentar, der jetzt in der 6. Auflage und erstmals in der Reihe der Heidelberger Kommentare vorliegt, unter dem Namen seines Begründers Armin Schoreit bekannt sein. Dieser ist jetzt nach fünfzehn Jahren aus dem Autorenteam ausgeschieden. An seine Stelle ist mit dem Leiter einer ministeriellen Grundsatzaufteilung Dr. Holger Schatz, ein ehemaliger Jugendrichter, getreten. Die von ihm bearbeiteten Abschnitte, u. a. zu den §§ 31, 32 JGG (hier mit sehr klaren Ausführungen zur „Wurzeltheorie“), §§ 39 bis 42, 55, 59 oder 67 JGG, sind weitgehend neu gefasst und werden dem Anspruch des Kommentars, unter Orientierung an der ober- und

höchstrichterlichen Rechtsprechung eine schnelle Problemlösung bei allen Fragen der täglichen Praxis zu liefern, ebenso gerecht wie die bereits bewährten Beiträge seiner Mitautoren Dr. Herbert Diemer (Bundesanwalt beim BGH) und Prof. Dr. Bernd Rüdiger Sonnen.

Das Werk hat bei mir jedenfalls den mehrwöchigen Praxistest gut bestanden: Über das übersichtlich gestaltete Register erschließt sich ein rascher Zugriff. Bei allen im Dezernat auftauchenden Fragen – etwa ob zur Einschätzung der Einsichtsfähigkeit nach § 3 JGG ein Sachverständiger benötigt wird (Rn. 10), wie es bei einer Entscheidung nach § 74 JGG um die Pflichtverteidigerkosten bestellt ist (Rn. 21) oder ob Berufungsurteile stets irrevocibel sind (§ 55 JGG Rn. 75 f.) – brachte ein Blick in den Kommentar schnell eine umfassende Orientierung. Kritik ist hier nur in Kleinigkeiten angebracht. Dass auch in OWiG-Verfahren Beugearrest verhängt werden darf, ist

rasch festzustellen (§ 11 JGG Rn. 10). Allerdings sollte hier nicht nur der Hinweis auf § 98 OWiG erfolgen, sondern auch erwähnt werden, dass die Höchstdauer des Arrests bei einer Woche liegt, ohne dass der Benutzer erst das OWiG aufschlagen muss. In den Ausführungen zur Führungsaufsicht (§ 7 JGG Rn. 10-14) wären einige kritische Sätze zu ihrer Dauer zu begrüßenswert. Es ist meines Erachtens erzieherisch problematisch, wenn die 5-Jahres-Dauer bei Erwachsenen auf die nach Jugendstrafrecht Verurteilten schematisch übernommen wird.

Der *Diemer/Schatz/Sonnen* ist der einzige JGG-Kommentar, der auch das JugendstrafvollzugsG bearbeitet – ein ganz wesentlicher Vorzug! Da der Vollzug Ländersache ist, wird vorliegend das Berliner JugendstrafvollzugsG erläutert, dessen Erläuterung um das zuletzt erschienene Hamburger Gesetz ergänzt wird. Querverweise verdeutlichen Abweichungen, sofern diese bei den übrigen fünf Landesgesetzen bestehen.

Dem Benutzer dieses Kommentars muss allerdings bewusst sein, dass es seinen Autoren nicht allein darum geht, wertfrei Informationen und Fakten zu übermitteln. Vielmehr wird zu vielen Fragen sehr dezidiert Stellung bezogen. Dies ist insbesondere in den von *Sonnen* bearbeiteten Teilen der Fall, wo sich das Buch wie eine Art „Zentralorgan der DVJJ“ liest. Seine Positionen kann der Rezensent nicht immer teilen: So zutreffend es ist, unter Hinweis auf die Erkenntnisse der Entwicklungspsychologie darauf zu drängen, Jugendstrafrecht grundsätzlich auch auf alle Heranwachsenden anzuwenden (§ 105 JGG Rn. 10), so sehr irritieren die an dieser und auch an anderer Stelle auftauchenden klagenden Hinweise, dass die Anwendung des Jugendstrafrechts in der Praxis häufig zu einer Schlechterstellung junger Straftäter führe (§ 105 JGG Rn. 6). Dieser Behauptung kann ich nach meiner mehr als 15jährigen Erfahrung weder für die eigenen erstinstanzlichen Verfahren noch für die mir aus Berufungsverfahren bekannten Entscheidungen der Jugendrichter am Amtsgericht zustimmen. Man denke nur an die Vielzahl von Einstellungen nach § 47 JGG auch bei

schweren Verbrechenstatbeständen – eine bei Erwachsenen völlig undenkbar Vorgehensweise!

Auch die Ausführungen zur Anwendung von Jugendstrafe wegen Schwere der Schuld, bei denen sich der Autor für eine äußerst restriktive Interpretation und eine Beschränkung nahezu auf Kapitaldelikte ausspricht (Rn. 23f zu § 17 JGG), gehen doch sehr weitgehend an der Praxis vorbei. Die Kommentierung gerät an dieser Stelle in Gefahr, tendenziös zu werden. So wird etwa sehr ausführlich eine wirkliche Ausnahmeentscheidung des BGH in einer Totschlagsache dargestellt (Aufhebung einer Jugendstrafe von vier Jahren gegen eine junge Mutter, die im Falle des Vollzuges ihr Kind, die Wohnung und den Arbeitsplatz verloren hätte). Dabei wird jedoch nicht erwähnt, dass es bei Kapitaldelikten in der ganz überwiegenden Mehrheit aller Fälle zu Jugendstrafen kommt, die nicht mehr zur Bewährung ausgesetzt werden können, und dass diese Verurteilungen in aller Regel auch vom BGH gehalten werden. Dagegen wird die Frage der meines Erachtens hoch problematischen und allein aus Kostenerwägungen eingeführten Besetzungsreduktion relativ „wertneutral“ (§ 33b JGG Rn. 2 f. und § 41 JGG Rn. 28) behandelt. Allerdings war hier auch Dr. *Schatz* als Bearbeiter tätig, der sich insgesamt deutlich zurückhaltender äußert.

Dass die Kommentatoren individuell ausgeprägt – mal mehr und mal weniger deutlich – Position beziehen, spricht aber keineswegs gegen, sondern eher für den Wert des Buches. Denn es ist durchaus anregend, anhand anderer Meinungen den eigenen Standpunkt immer wieder kritisch zu hinterfragen. Da zudem Gesetzgebung, Rechtsprechung und Schrifttum umfangreich, wohlgeordnet und auf dem Stand vom 1. Januar 2011 erfasst sind, wird bei mir auch in Zukunft der erste Griff bei allen Fragen des JGG der nach dem *Diemer/Schatz/Sonnen* sein.

VRiLG **Kay-Thomas Dieckmann**, Berlin

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-straftrecht.de/hrr/>) abgerufen werden.

736. BVerfG 2 BvR 1011/10 (3. Kammer des Zweiten Senats) – Beschluss vom 5. Mai 2011 (LG Hof/AG Hof)

Durchsuchung einer Rechtsanwaltskanzlei; Verhältnismäßigkeit; Tatbestandsverwirklichung (Möglichkeit); Auffinden belastender Beweismittel (Möglichkeit).

Art. 13 Abs. 1 GG; Art. 13 Abs. 2 GG, § 102 StPO; § 103 StPO, § 352 StGB

737. BVerfG 2 BvR 1230/10 (1. Kammer des Zweiten Senats) – Beschluss vom 16. Mai 2011 (BGH / LG Potsdam)

Rechtsstaatsprinzip; Rückwirkungsverbot (Rechtsprechungsänderung); Vertrauensschutz; Verbotsirrtum; Parteiverrat.

Art. 20 Abs. 3 GG; Art. 103 Abs. 2 GG; § 17 StGB; § 356 StGB

738. BVerfG 2 BvR 2072/10 (3. Kammer des Zweiten Senats) – Beschluss vom 20. Mai 2011 (OLG Frankfurt a. M. / AG Friedberg)

Straßenverkehr; Ordnungswidrigkeit; Bußgeldverfahren; Beweiserhebungsverbot; Beweisverwertungsverbot; Kernbereich privater Lebensgestaltung; informationelle Selbstbestimmung (verdachtsunabhängige Videoaufnahmen).

Art. 1 Abs. 1 GG; Art. 2 Abs. 1 GG; Art. 3 Abs. 1 GG; § 46 Abs. 1 OWiG

739. BVerfG 2 BvR 2781/10 (2. Kammer des Zweiten Senats) – Beschluss vom 4. Mai 2011 (OLG München / LG Augsburg)

Untersuchungshaft; Beschleunigungsgebot; Zwischenverfahren; Rehabilitationsinteresse.

Art. 2 Abs. 2 Satz 2 GG; § 121 StPO; § 203 StPO; § 112 StPO; § 199 StPO

740. BVerfG 2 BvR 2846/09 (Zweiter Senat) – Beschluss vom 8. Juni 2011 (BGH / LG Berlin)

Nachträgliche Sicherungsverwahrung; Vertrauensschutz, Verhältnismäßigkeit (strikte Prüfung; erhöhte Anforderungen).

Art. 2 Abs. 2 Satz 2 GG; Art. 20 Abs. 3 GG; Art. 104 Abs. 1 GG; § 66b Abs. 1 StGB; § 66 Abs. 3 StGB

741. BGH 3 StR 41/11 – Urteil vom 30. Juni 2011 (LG Duisburg)

Freispruch aus tatsächlichen Gründen (Urteilsgründe); Schilderung der erwiesenen Tatsachen; Darlegung der fehlenden weiteren Tatsachen.

§ 267 Abs. 5 StPO

742. BGH 3 StR 42/11 – Beschluss vom 26. Mai 2011 (LG Düsseldorf)

Mord (Habgier); lückenhafte Beweiswürdigung.

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

743. BGH 3 StR 44/11 – Beschluss vom 21. Juli 2011 (LG Hannover)

Isolierte Ablehnung einer Vielzahl kumulativ bedeutsamer Beweisanträge (Glaubwürdigkeit eines Zeugen; Gesamtschau der unter Beweis gestellten Tatsachen); Verfahrensrüge (Mitteilung der den Mangel enthaltenden Tatsachen; Gerichtsbeschluss).

§ 244 StPO; § 338 Nr. 8 StPO; § 344 Abs. 2 Satz 2 StPO

744. BGH 3 StR 49/11 – Beschluss vom 8. Juni 2011 (LG Kleve)

Zurückweisung eines Beweisantrages (Verschleppungsabsicht); Vernehmung eines Auslandszeugen.

§ 244 Abs. 3 Satz 2, Abs. 5 Satz 2 StPO; § 245 StPO

745. BGH 3 StR 52/11 – Urteil vom 7. Juli 2011 (LG Verden)

Totschlag; Freispruch (Beweiswürdigung; Gesamtschau des Beweisergebnisses; Maßstab der revisionsgerichtlichen Prüfung).

§ 212 StGB; § 261 StPO; § 265 Abs. 5 StPO; § 337 StPO

746. BGH 3 StR 78/11 – Beschluss vom 10. Mai 2011 (LG Kleve)

Sexuelle Nötigung (Gewalt; via absoluta; vis compulsiva; finaler Zusammenhang; Ausnutzen einer Lage, in der das Opfer einer Einwirkung des Täters schutzlos ausgeliefert ist; konkludente Drohung mit weiteren Gewalthandlungen).

§ 177 StGB

747. BGH 3 StR 89/11 – Urteil vom 19. Mai 2011 (LG Oldenburg)

Unerlaubtes Handeltreiben mit Betäubungsmitteln; Aufklärungshilfe (Beschönigung des eigenen Tatbeitrags); intertemporales Strafrecht (Grundsatz der strikten Alternativität; milderes Recht); Strafzumessung.

§ 29a BtMG; § 31 BtMG; § 2 Abs. 1 StGB; § 46 StGB

748. BGH 3 StR 95/11 – Beschluss vom 8. Juni 2011 (LG Verden)

Serienstraftaten (Teilfreispruch); Verfall (entgegenstehende Ansprüche Geschädigter); Urteilsabsetzungsfrist; Ersetzung der Unterschrift eines mitwirkenden Richters (Verhinderung; Einschätzungsspielraum; organisatorische Vorkehrungen).

§ 260 StPO; § 73 StGB; § 73a StGB; § 73d StGB; § 823 BGB; § 826 BGB; § 111i StPO; § 275 Abs. 1 Satz 2 StPO; § 338 Nr. 7 StPO

749. BGH 3 StR 106/11 – Beschluss vom 14. Juli 2011 (LG Kleve)

Wahrunterstellung (Beweisantrag; Beweisermittlungsantrag; Bindung).

§ 244 Abs. 3 StPO

750. BGH 3 StR 132/11 – Beschluss vom 31. Mai 2011 (LG Bückeburg)

Unterbringung in einer Entziehungsanstalt (Vorrang der nachträglichen Bildung der Gesamtstrafe).

§ 64 StGB; § 55 StGB

751. BGH 3 StR 134/11 – Beschluss vom 19. Mai 2011 (Auswärtige Strafkammer des LG Kleve in Moers)

Vergewaltigung (Urteilsformel); Einheitsjugendstrafe (Einbeziehung bereits einbezogener Entscheidungen).

§ 177 StGB; § 31 JGG; § 54 JGG

752. BGH 3 StR 137/11 – Beschluss vom 12. Juli 2011 (LG Duisburg)

Unbegründete Revision; rechtsstaatswidrige Verfahrensverzögerung (Kompensation durch bloße Feststellung).

§ 349 Abs. 2 StPO; Art. 6 Abs. 1 EMRK; Art. 20 Abs. 3 GG

753. BGH 3 StR 139/11 – Beschluss vom 31. Mai 2011 (LG Düsseldorf)

Unerlaubtes Handeltreiben mit Betäubungsmitteln (minder schwerer Fall).
§ 29a BtMG

754. BGH 3 StR 144/11 – Urteil vom 7. Juli 2011 (LG Wuppertal)

Verfall; erweiterter Verfall; Vorrang von Ansprüchen Geschädigter; Verfall von Wertersatz.
§ 73 StGB; § 73a StGB; § 73d StGB

755. BGH 3 StR 147/11 – Beschluss vom 28. Juni 2011 (LG Lüneburg)

Unbegründete Revision.
§ 349 Abs. 2 StPO

756. BGH 3 StR 97/11 – Beschluss vom 31. Mai 2011 (LG Duisburg)

Kompensationslösung (keine Anwendung auf andere Verfahrensmängel); Relativierung des Prozessrechts; Recht auf Beschwerde.
§ 51 StGB; Art. 13 EMRK; Art. 34 EMRK

757. BGH 3 StR 151/11 – Beschluss vom 8. Juni 2011 (auswärtige große Strafkammer des LG Kleve in Moers)

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

758. BGH 3 StR 154/11 – Beschluss vom 9. Juni 2011 (LG Krefeld)

Unterbringung in einer Entziehungsanstalt (Hang; physische Abhängigkeit; eingewurzelte intensive Neigung); unerlaubtes Handeltreiben mit Betäubungsmitteln (minder schwerer Fall).
§ 64 StGB; § 30 BtMG; § 29a BtMG

759. BGH 3 StR 167/11 – Beschluss vom 28. Juni 2011 (LG Kleve)

Rücktritt vom Versuch (Rücktrittshorizont; Darlegungsmangel; Erörterungsmangel; Rücktritt mehrerer Tatbeteiligter); Doppelverwertungsverbot (Erpressung; Rechtswidrigkeit der durchzusetzenden „Forderung“).
§ 24 StGB; § 267 Abs. 3 StPO; § 46 Abs. 3 StGB; 253 StGB

760. BGH 3 StR 169/11 – Beschluss vom 28. Juni 2011 (LG Mönchengladbach)

Rechtsstaatswidrige Verfahrensverzögerung (Kompensation).
§ 51 StGB; Art. 6 Abs. 1 EMRK; Art. 20 Abs. 3 GG

761. BGH 3 StR 189/11 – Beschluss vom 12. Juli 2011 (auswärtige große Jugendkammer des LG Kleve in Moers)

Unzulässige Revision der Nebenklage (andere Rechtsfolge; andere prozessuale Tat).
§ 400 Abs. 1 StPO

762. BGH 3 StR 201/11 – Beschluss vom 14. Juli 2011 (LG Duisburg)

Einschleusen von Ausländern (Förderung mehrerer Taten Dritter durch eine Handlung); Konkurrenzen.

§ 92 Abs. 2 Nr. 2 AuslG aF; § 92a Abs. 1 und 2 Nr. 1 AuslG aF; § 52 StGB; § 53 StGB

763. BGH 3 StR 213/11 – Beschluss vom 12. Juli 2011 (LG Oldenburg)

Sexueller Missbrauch von Kindern (Vorsatz; Kenntnis vom Alter des Kindes).
§ 176 StGB; § 16 Abs. 1 StGB

764. BGH 3 StR 216/11 – Beschluss vom 2. August 2011 (LG Mönchengladbach)

Angemessene Rechtsfolge.
§ 354 Abs. 1a StPO

765. BGH 3 StR 217/11 – Beschluss vom 2. August 2011 (LG Hildesheim)

Rüge der rechtsfehlerhaften Ablehnung eines fremden Beweisantrags (Aufklärungsrüge; Verletzung des Beweisantragsrechts).
§ 244 StPO; § 337 StPO; § 338 Nr. 8 StPO

766. BGH 3 StR 225/11 – Beschluss vom 2. August 2011 (LG Duisburg)

Totschlag (Vorsatz; Beweiswürdigung; besonders gefährliche Gewalthandlungen); Unterbringung in einer Entziehungsanstalt (Gefahrenprognose; Gefährlichkeit; minimale strafrechtliche Vorbelastung).
§ 212 StGB; § 15 StGB; § 64 StGB

767. BGH 3 StR 230/11 – Beschluss vom 2. August 2011 (LG Hildesheim)

Unterbringung in einem psychiatrischen Krankenhaus; Schuldunfähigkeit; erheblich verminderte Schuldfähigkeit; Steuerungsfähigkeit; Widerspruchsfreiheit der Urteilsgründe.
§ 63 StGB; § 20 StGB; § 21 StGB

768. BGH 3 StR 253/11 – Beschluss vom 9. August 2011 (auswärtige große Strafkammer des LG Kleve in Moers)

Beweiswürdigung (rechtsfehlerhafte Verwertung des Einlassungsverhaltens); Beruhen.
§ 261 StPO; § 337 StPO

769. BGH 3 StR 277/10 – Beschluss vom 3. Mai 2011 (KG Berlin)

Militante Gruppe (mg); Aufklärungspflicht (tatsächliche Grundlagen eines Beweiserhebungsverbots; tatsächliche Grundlagen eines Beweisverwertungsverbots); Freibeweisverfahren; Strengbeweisverfahren; Beruhen.
§ 244 StPO; § 337 StPO

770. BGH 3 StR 318/10 – Beschluss vom 26. Mai 2011 (LG Wuppertal)

Räuberische Erpressung (Finalität; Kausalität; „Sicherungserpressung“); Nötigung; Betrug.
§ 253 StGB; § 255 StGB; § 263 StGB; § 240 StGB; § 53 StGB

771. BGH 3 StR 400/10 – Beschluss vom 4. August 2011

Offensichtlicher Schreibfehler.
§ 136a StPO; § 163a StPO

772. BGH 3 StR 444/10 – Beschluss vom 5. Juli 2011 (LG Hildesheim)

Betrug; Vermögensschaden; Fingierung einer Forderung zur Durchsetzung einer tatsächlich bestehenden, nicht durchsetzbaren Forderung; Bewertung einer noch nicht fälligen Forderung; Kompensation eines Vermögensverlusts.

§ 263 StGB

773. BGH 3 StR 444/10 – Beschluss vom 5. Juli 2011 (LG Hildesheim)

Betrug; Vermögensschaden; Fingierung einer Forderung zur Durchsetzung einer tatsächlich bestehenden, nicht durchsetzbaren Forderung; Bewertung einer noch nicht fälligen Forderung; Kompensation eines Vermögensverlusts.

§ 263 StGB

1. Ein Vermögensnachteil im Sinne des § 263 StGB liegt nicht vor, wenn mit dem Verlust eines Vermögenswerts zugleich ein den Verlust aufwiegender Vermögenszuwachs begründet wird. Ein solcher Vermögenszuwachs tritt ein, soweit das Vermögen von einer Verbindlichkeit in Höhe des Verlusts befreit wird. Dies gilt selbst dann, wenn die Verbindlichkeit schwer zu beweisen wäre.

2. Es ist grundsätzlich möglich, dass ein Gläubiger sich im Rahmen eines Rechtsgeschäfts, auf Grund dessen ihm kein Anspruch zusteht, einen Vermögensvorteil verschafft, um sich damit für einen aus einem anderen Rechtsgeschäft bestehenden Anspruch zu befriedigen. Es muss aber durch die Tat unmittelbar eine Befreiung von dem bestehenden Anspruch eintreten. Hierfür ist es erforderlich, dass der Handelnde das durch rechtswidrige Mittel, etwa Täuschung, Erlangte zu seinem bestehenden Anspruch in Beziehung gebracht hat, um auszuschließen, dass der Schuldner sowohl auf den bestehenden als auch auf den fingierten Anspruch leistet.

3. Die fehlende Fälligkeit einer – vorzeitig erfüllten – Verbindlichkeit führt nicht schon für sich allein zu einem Vermögensnachteil. Denn eine geminderte Werthaltigkeit gegenüber dem Nominalbetrag kann jedenfalls nicht pauschal angenommen werden, sondern muss entsprechend den Umständen des Einzelfalls festgestellt werden. Bedarf es nur noch eines Federstrichs, um die Fälligkeit herbeizuführen, wird der Nominalwert kaum unterschritten sein; anders liegt es, wenn hierfür noch besonderer Aufwand zu betreiben ist.

774. BGH 3 StR 444/10 – Beschluss vom 5. Juli 2011 (LG Hildesheim)

Betrug; Vermögensschaden; Fingierung einer Forderung zur Durchsetzung einer tatsächlich bestehenden, nicht durchsetzbaren Forderung; Bewertung einer noch nicht fälligen Forderung; Kompensation eines Vermögensverlusts.

§ 263 StGB

1. Ein Vermögensnachteil im Sinne des § 263 StGB liegt nicht vor, wenn mit dem Verlust eines Vermögenswerts zugleich ein den Verlust aufwiegender Vermögenszuwachs begründet wird. Ein solcher Vermögenszuwachs

tritt ein, soweit das Vermögen von einer Verbindlichkeit in Höhe des Verlusts befreit wird. Dies gilt selbst dann, wenn die Verbindlichkeit schwer zu beweisen wäre.

2. Es ist grundsätzlich möglich, dass ein Gläubiger sich im Rahmen eines Rechtsgeschäfts, auf Grund dessen ihm kein Anspruch zusteht, einen Vermögensvorteil verschafft, um sich damit für einen aus einem anderen Rechtsgeschäft bestehenden Anspruch zu befriedigen. Es muss aber durch die Tat unmittelbar eine Befreiung von dem bestehenden Anspruch eintreten. Hierfür ist es erforderlich, dass der Handelnde das durch rechtswidrige Mittel, etwa Täuschung, Erlangte zu seinem bestehenden Anspruch in Beziehung gebracht hat, um auszuschließen, dass der Schuldner sowohl auf den bestehenden als auch auf den fingierten Anspruch leistet.

3. Die fehlende Fälligkeit einer – vorzeitig erfüllten – Verbindlichkeit führt nicht schon für sich allein zu einem Vermögensnachteil. Denn eine geminderte Werthaltigkeit gegenüber dem Nominalbetrag kann jedenfalls nicht pauschal angenommen werden, sondern muss entsprechend den Umständen des Einzelfalls festgestellt werden. Bedarf es nur noch eines Federstrichs, um die Fälligkeit herbeizuführen, wird der Nominalwert kaum unterschritten sein; anders liegt es, wenn hierfür noch besonderer Aufwand zu betreiben ist.

775. BGH 3 StR 445/10 – Urteil vom 5. Mai 2011 (LG Duisburg)

Unerlaubtes Handeltreiben mit Betäubungsmitteln (Täterschaft; Beihilfe); Beihilfe zur Beihilfe (Vorsatz); Beihilfe (Feststellungen; Urteilsgründe); unerlaubtes Führen einer Schusswaffe; unerlaubter Besitz einer Schusswaffe; unerlaubter Besitz von Munition.

§ 27 StGB; § 29a BtMG; § 261 StPO; § 267 Abs. 3 StPO; § 52 WaffG

776. BGH 3 StR 485/10 – Beschluss vom 28. Juni 2011 (LG Oldenburg)

Unerlaubtes Handeltreiben mit Betäubungsmitteln (Anbau; Tateinheit; Tatmehrheit; Zusammentreffen in einem Handlungsteil); bewaffnetes Handeltreiben; halbautomatische Schusswaffe (Revolver); letztes Wort; Protokollberichtigung; Rügeverkümmern; redaktioneller Hinweis.

§ 29a BtMG; § 52 StGB; § 53 StGB; § 30a BtMG; § 258 StPO; § 52 WaffG; § 274 StPO

777. BGH 3 StR 492/10 – Urteil vom 26. Mai 2011 (LG Hildesheim)

Schulfotograf; Bestechung; Bestechlichkeit; Beweiswürdigung (lückenhafte); verwaltungsakzessorische Auslegung; Vorteil; Vertrag; Diensthandlung; Verwaltungsgebühr (Findungsrecht; Gesetzesvorbehalt).

§ 332 StGB; § 334 StGB; § 261 StPO; § 267 Abs. 5 StPO

778. BGH 3 StR 506/10 – Beschluss vom 20. Juli 2011 (LG Düsseldorf)

Marktmanipulation (irreführenden Angaben; Umstände, die für die Bewertung eines Finanzinstruments erheblich sind; IKB; Subprime-Krise; Fall Ortseifen).

§ 20a Abs. 1 Satz 1 Nr. 1 2. Alt. WpHG; § 38 Abs. 2 WpHG; § 39 Abs. 2 Nr. 11 WpHG

779. BGH 5 StR 26/11 – Urteil vom 7. Juni 2011 (LG Görlitz)

Freispruch (lückenhafte Beweiswürdigung; Urteilsgründe; revisionsgerichtliche Kontrolle); Überzeugungsbildung (überspannte Anforderungen).

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

780. BGH 5 StR 32/11 – Beschluss vom 21. Juli 2011 (LG Hamburg)

Beweiswürdigung (Glaubhaftigkeit der einen Mitangeklagten belastenden Einlassung; Realkennzeichen; Widerspruchsfreiheit; besonders sorgfältige Würdigung).

§ 261 StPO; § 267 Abs. 3 StPO

781. BGH 5 StR 49/11 – Beschluss vom 6. Juli 2011 (LG Berlin)

Unbegründete Revision.

§ 349 Abs. 2 StPO

782. BGH 5 StR 56/11 – Beschluss vom 24. Mai 2011

Sicherungsverwahrung; Altfälle; hochgradige Gefahr schwerster Gewalt- oder Sexualstraftaten.

§ 66 StGB; § 67d StGB; § 1 Abs. 1 ThUG

783. BGH 5 StR 63/11 – Urteil vom 25. Mai 2011 (LG Braunschweig)

Strafzumessung (revisionsgerichtliche Kontrolle; Dauer der Untersuchungshaft); unerlaubtes Handeltreiben mit Betäubungsmitteln (Kokain; harte Droge); Gesamtstrafenbildung (enger zeitlicher Zusammenhang; besonders enger situativer Zusammenhang).

§ 337 StPO; § 46 StGB; § 29a BtMG; § 54 StGB

784. BGH 5 StR 75/11 – Urteil vom 4. Mai 2011 (LG Kiel)

Hells Angels; Bandidos; gefährliche Körperverletzung; Strafzumessung im engeren Sinn (strafmildernde Berücksichtigung tatsächlich nicht vorliegender Umstände; Präventivnotwehr; Spontantat); Notwehr; Täter-Opfer-Ausgleich.

§ 224 StGB; § 46 StGB; § 32 StGB; § 46a StGB

785. BGH 5 StR 84/11 – Beschluss vom 22. Juni 2011 (LG Potsdam)

Besonders schwerer Raub (minder schwerer Fall); Strafzumessung (revisionsgerichtliche Prüfung; bestimmender Umstand);

§ 267 Abs. 3 StPO; § 64 StGB; § 249 StGB; § 250 StGB; § 66 StGB

786. BGH 5 StR 92/11 – Beschluss vom 24. Mai 2011

Sicherungsverwahrung; Altfälle; hochgradige Gefahr schwerster Gewalt- oder Sexualstraftaten.

§ 66 StGB; § 67d StGB; § 1 Abs. 1 ThUG

787. BGH 5 StR 97/11 – Beschluss vom 24. Mai 2011

Sicherungsverwahrung; Altfälle; hochgradige Gefahr schwerster Gewalt- oder Sexualstraftaten.

§ 66 StGB; § 67d StGB; § 1 Abs. 1 ThUG

788. BGH 5 StR 109/11 – Beschluss vom 22. Juni 2011 (LG Hamburg)

Aufrechterhaltung der Beschlagnahme (Erfüllung von Ansprüchen des Verletzten; Rückgewinnungshilfe); Beschleunigungsgebot.

§ 111i Abs. 5 StPO

789. BGH 5 StR 130/11 – Beschluss vom 26. Mai 2011 (LG Lübeck)

Unbegründete Revision; Anrechnung in Österreich erlittener Auslieferungshaft (Maßstab 1:1).

§ 349 Abs. 2 StPO; § 51 Abs. 4 Satz 2 StGB

790. BGH 5 StR 134/11 – Urteil vom 8. Juni 2011 (LG Berlin)

Unterbringung in einem psychiatrischen Krankenhaus (Gefährlichkeitsprognose; Verhältnismäßigkeit).

§ 62 StGB; § 63 StGB

791. BGH 5 StR 147/11 – Beschluss vom 24. Mai 2011 (LG Berlin)

Schuldpruchänderung; unbegründete Revision.

§ 349 Abs. 2 StPO; § 260 Abs. 4 StPO

792. BGH 5 StR 157/11 – Beschluss vom 24. Mai 2011 (LG Berlin)

Unbegründete Revision.

§ 349 Abs. 2 StPO

793. BGH 5 StR 158/11 – Beschluss vom 23. Mai 2011 (LG Hamburg)

Bestellung eines Beistands für die Nebenklage (Fortwirkung bis zum rechtskräftigen Abschluss des Verfahrens).

§ 397a StPO

794. BGH 5 StR 161/11 – Beschluss vom 24. Mai 2011 (LG Potsdam)

Schwerer sexueller Missbrauch von Kindern; Verbreitung pornografischer Schriften; Beweiswürdigung (argumentative Überwindung eines wesentlichen Details aus der Einlassung; eigenständige Begründung aus anderen Umständen); Überzeugungsbildung.

§ 176a StGB aF; § 184 Abs. 3 StGB aF; § 261 StPO; § 267 Abs. 3 StPO

795. BGH 5 StR 165/11 – Beschluss vom 22. Juni 2011 (LG Hamburg)

Totschlag (minder schwerer Fall: Hingerissenwerden, Zorn, Spontantat); Tötungsvorsatz (Beweiswürdigung; Geständnis; Notwehrwillen).

§ 212 StGB; § 32 StGB; § 213 StGB; § 261 StPO

796. BGH 5 StR 176/11 – Beschluss vom 21. Juli 2011 (LG Berlin)

Unzulässiger Druck seitens des Gerichts (Verständigung; Deal; Haftentscheidung).

§ 257c StPO; § 136a StPO; § 268b StPO

797. BGH 5 StR 185/11 – Beschluss vom 7. Juni 2011 (LG Berlin)

Unterbringung in einem psychiatrischen Krankenhaus; Verhältnismäßigkeit.

§ 62 StGB; § 63 StGB

798. BGH 5 StR 190/11 – Beschluss vom 22. Juni 2011 (LG Dresden)

Schiebetermin; Unterbrechung der Hauptverhandlung; Beweiswürdigung (Aussage gegen Aussage; Urteilsgründe; Darlegung); Überzeugungsbildung.
§ 229 StPO; § 261 StPO; § 267 Abs. 3 StPO

799. BGH 5 StR 194/11 – Beschluss vom 21. Juni 2011 (LG Potsdam)

Unbegründete Revision; Anrechnung geleisteter Arbeitsstunden.
§ 349 Abs. 2 StPO; § 58 StGB; § 56f StGB

800. BGH 3 StR 458/10 – Beschluss vom 5. Mai 2011

Vorlageverfahren (Fortbildung des Rechts); Amtsträger (Kassenarzt; Vertragsarzt; Krankenkasse; Beststellungsakt); Beauftragter (Befugnis; Rechtsgeschäft); Bestechlichkeit; Bestechlichkeit im geschäftlichen Verkehr; Verordnung eines Hilfsmittels; selbständiges Verfallsverfahren (tatsächliche Hindernisse; rechtliche Hindernisse); „verlängerter Arm des Staates“; sonstige Stelle; privates Handeln; öffentliches Handeln; Aufgabe der öffentlichen Verwaltung.
§ 132 GVG; § 73 Abs. 2 SGB V; § 11 Abs. 1 StGB; § 299 StGB; § 332 StGB; § 440 Abs. 1 StPO; § 442 Abs. 1 StPO; § 76a StGB

801. BGH 5 StR 115/11 – Beschluss vom 20. Juli 2011 (LG Hamburg)

Vorlagebeschluss; Kassenarzt (Vertragsarzt; Amtsträger; Beauftragter eines geschäftlichen Betriebs); Bestechung; Bestechung im geschäftlichen Verkehr.
§ 132 GVG; § 334 StGB; § 11 Abs. 1 Nr. 2 StGB; § 299 StGB

802. BGH 5 StR 199/11 – Beschluss vom 8. Juni 2011 (LG Chemnitz)

Wiederaufnahme des Verfahrens; Unterbringung in einem psychiatrischen Krankenhaus (Gefährlichkeit).
§ 63 StGB; § 359 StPO

803. BGH 1 StR 20/11 – Urteil vom 26. Mai 2011 (LG München II)

Rücktritt vom Versuch (unbeendeter Versuch; ernsthaftes Bemühen; Freiwilligkeit; Behindern der Rettung); Grenzen der Revisionsbegründung (urteilsfremder Vortrag; Augenschein).
§ 24 Abs. 1 Satz 1, Satz 2 StGB; § 212 StGB; § 22 StGB

804. BGH 5 StR 202/11 – Beschluss vom 22. Juni 2011 (LG Hamburg)

Notwehr (Absichtsprovokation; Einschränkung des Notwehrrechts); Körperverletzung mit Todesfolge; Bemessung der Jugendstrafe (Erziehungsgedanke; Schwere der Schuld; Ausnahmecharakter).
§ 32 StGB; § 18 JGG; § 227 StGB

805. BGH 5 StR 203/11 – Beschluss vom 22. Juni 2011 (LG Lübeck)

Gewahrsam; Wegnahme; Diebstahl; Raub.
§ 242 StGB; § 249 StGB

806. BGH 5 StR 226/11 – Beschluss vom 22. Juni 2011 (LG Berlin)

Deal; grob sachwidrige Verständigung; Aufklärungspflicht (psychiatrische Erkrankung; konkrete Anhaltspunkte).
§ 257c StPO; § 63 StGB; § 244 StPO

807. BGH 5 StR 239/11 – Beschluss vom 21. Juli 2011 (LG Berlin)

Sicherungsverwahrung (Verhältnismäßigkeit; möglichst wirksame Therapiebemühungen im Strafvollzug).
§ 66 StGB; § 62 StGB

808. BGH 5 StR 259/11 – Beschluss vom 2. August 2011 (LG Berlin)

Totschlag (fehlerhafte Beweiswürdigung; unkritische Würdigung der Angaben eines möglichen Alternativtäters).
§ 212 StGB; § 261 StPO; § 267 Abs. 3 StPO

809. BGH 5 StR 281/11 – Beschluss vom 2. August 2011 (LG Frankfurt)

Unzulässige Revision der Nebenklage.
§ 400 Abs. 1 StPO

810. BGH 5 StR 312/10 – Beschluss vom 18. August 2010 (LG Berlin)

Begründung der Verfahrensrüge (Mitteilung der den Mangel enthaltenden Tatsachen; fehlerhafte Ablehnung eines Beweisantrags; irreführende und unvollständige Darstellung).
§ 344 Abs. 2 Satz 2 StPO; § 244 StPO

811. BGH 5 StR 369/10 – Beschluss vom 24. Mai 2011

Sicherungsverwahrung; Altfälle; hochgradige Gefahr schwerster Gewalt- oder Sexualstraftaten.
§ 66 StGB; § 67d StGB; § 1 Abs. 1 ThUG

812. BGH 5 StR 377/10 – Beschluss vom 24. Mai 2011

Sicherungsverwahrung; Altfälle; hochgradige Gefahr schwerster Gewalt- oder Sexualstraftaten.
§ 66 StGB; § 67d StGB; § 1 Abs. 1 ThUG

813. BGH 5 StR 379/10 – Beschluss vom 24. Mai 2011

Sicherungsverwahrung; Altfälle; hochgradige Gefahr schwerster Gewalt- oder Sexualstraftaten.
§ 66 StGB; § 67d StGB; § 1 Abs. 1 ThUG

814. BGH 5 StR 389/10 – Beschluss vom 24. Mai 2011

Sicherungsverwahrung; Altfälle; hochgradige Gefahr schwerster Gewalt- oder Sexualstraftaten.
§ 66 StGB; § 67d StGB; § 1 Abs. 1 ThUG

815. BGH 5 StR 390/10 – Beschluss vom 24. Mai 2011

Sicherungsverwahrung; Altfälle; hochgradige Gefahr schwerster Gewalt- oder Sexualstraftaten.
§ 66 StGB; § 67d StGB; § 1 Abs. 1 ThUG

816. BGH 5 StR 396/10 – Beschluss vom 24. Mai 2011

Sicherungsverwahrung; Altfälle; hochgradige Gefahr schwerster Gewalt- oder Sexualstraftaten.
§ 66 StGB; § 67d StGB; § 1 Abs. 1 ThUG

817. BGH 5 StR 408/10 – Beschluss vom 24. Mai 2011

Sicherungsverwahrung; Altfälle; hochgradige Gefahr schwerster Gewalt- oder Sexualstraftaten.
§ 66 StGB; § 67d StGB; § 1 Abs. 1 ThUG

818. BGH 5 StR 417/10 – Beschluss vom 24. Mai 2011

Sicherungsverwahrung; Altfälle; hochgradige Gefahr schwerster Gewalt- oder Sexualstraftaten.
§ 66 StGB; § 67d StGB; § 1 Abs. 1 ThUG

819. BGH 5 StR 423/10 – Beschluss vom 11. November 2010 (LG Berlin)

Diebstahl; Raub; Gewahrsam (Dachboden; Hausrecht; vollständige Sachherrschaft).
§ 242 StGB; § 249 StGB

820. BGH 5 StR 428/10 – Beschluss vom 24. Mai 2011

Sicherungsverwahrung; Altfälle; hochgradige Gefahr schwerster Gewalt- oder Sexualstraftaten.
§ 66 StGB; § 67d StGB; § 1 Abs. 1 ThUG

821. BGH 5 StR 467/10 – Beschluss vom 9. Juni 2011 (LG Berlin)

Gegenvorstellung.
Vor § 296 StPO

822. BGH 5 StR 471/10 – Beschluss vom 24. Mai 2011

Sicherungsverwahrung; Altfälle; Gefahr schwerster Gewalt- oder Sexualstraftaten.
§ 66 StGB; § 67d StGB; § 1 Abs. 1 ThUG

823. BGH 5 StR 560/10 – Beschluss vom 12. Januar 2011 (LG Berlin)

Schwerer Raub; minder schwerer Fall; Präventions- und Aufklärungshilfe.
§ 250 StGB; § 46b StGB

824. BGH 5 StR 565/10 – Urteil vom 24. Mai 2011 (LG Hamburg)

Rücktritt vom Totschlagsversuch durch Unterlassen (Zurechenbarkeit; tauglicher und untauglicher Versuch); Totschlag; Zweifelssatz (taugliche Tatsachengrundlage); Anwendung von Jugendstrafrecht; Bemessung der Jugendstrafe (Erziehungsbedarf; Schwere der Schuld).

§ 24 Abs. 2 StGB; § 13 StGB; § 212 StGB; § 105 Abs. 1 JGG; § 32 JGG; § 17 JGG; § 18 JGG

825. BGH 5 StR 568/10 – Beschluss vom 3. Mai 2011 (LG Berlin)

Unerlaubtes Handeltreiben mit Betäubungsmitteln (minder schwerer Fall; polizeiliche Überwachung; Sicherstellung aller Betäubungsmittel); Strafzumessung (Straf-

rahmenwahl); Unterbringung in einer Entziehungsanstalt; Zurückstellung der Strafvollstreckung.

§ 29a BtMG; § 30a BtMG; § 35 BtMG; § 64 StGB; § 35BtMG; § 46 StGB

826. BGH 5 StR 594/10 – Beschluss vom 10. Februar 2011 (LG Berlin)

Urteilsgründe (Verständigung; Ansprache; Deal; Geständnis).

§ 257c StPO; § 267 Abs. 3 StPO

827. BGH StB 8/11 – Beschluss vom 30. Juni 2011 (OLG Stuttgart)

RAF; Auskunftsverweigerungsrecht; Selbstbelastungsfreiheit; konkrete Gefahr einer weiteren Strafverfolgung; Strafklageverbrauch (Mitgliedschaft in einer terroristischen Vereinigung); ne bis in idem; „Offensive 77“; Verena Becker; Siegfried Haag; Roland Mayer; Baustein einer mosaikartigen Beweiswürdigung; Beugehaft; Ordnungsgeld; Ordnungshaft.

§ 70 StPO; § 55 StPO; § 129a StGB; Art. 103 Abs. 3 GG

828. BGH StB 9/11 – Beschluss vom 30. Juni 2011 (OLG Stuttgart)

RAF; Auskunftsverweigerungsrecht; Selbstbelastungsfreiheit; konkrete Gefahr einer weiteren Strafverfolgung; Strafklageverbrauch (Mitgliedschaft in einer terroristischen Vereinigung); ne bis in idem; „Offensive 77“; Verena Becker; Siegfried Haag; Roland Mayer; Baustein einer mosaikartigen Beweiswürdigung; Beugehaft; Ordnungsgeld; Ordnungshaft.

§ 70 StPO; § 55 StPO; § 129a StGB; Art. 103 Abs. 3 GG

1. Die Gefahr einer Strafverfolgung im Sinne des § 55 StPO setzt voraus, dass der Zeuge Tatsachen bekunden müsste, die – nach der Beurteilung durch das Gericht – geeignet sind, unmittelbar oder mittelbar den Anfangsverdacht einer von ihm selbst oder von einem Angehörigen (§ 52 Abs. 1 StPO) begangenen Straftat zu begründen oder einen bereits bestehenden Verdacht zu bestärken. Bloße Vermutungen ohne Tatsachengrundlage oder rein denktheoretische Möglichkeiten reichen für die Annahme einer Verfolgungsgefahr nicht aus.

2. Eine das Recht zur Auskunftsverweigerung begründende Verfolgungsgefahr im Sinne des § 55 Abs. 1 StPO besteht grundsätzlich nicht mehr, wenn gegen den Zeugen hinsichtlich der Tat, deren Begehung er sich durch wahrheitsgemäße Beantwortung der Frage verdächtig machen könnte, bereits ein rechtskräftiges Urteil vorliegt, die Strafklage daher verbraucht ist und deswegen zweifelsfrei ausgeschlossen ist, dass er für diese noch verfolgt, das heißt ein Ermittlungsverfahren eingeleitet werden könnte. Zweifelsfrei ausgeschlossen ist die konkrete Gefahr der Einleitung eines Ermittlungsverfahrens in diesen Fällen allerdings nur dann, wenn zum Zeitpunkt der Vernehmung endgültig feststeht, dass wegen der Verfolgung der möglichen Straftat Strafklageverbrauch eingetreten ist.

3. Wenn und solange die Frage des Strafklageverbrauchs mit vertretbarer Argumentation auch verneint werden kann, steht dem Zeugen ein Auskunftsverweigerungsrecht zu.

4. Hinsichtlich des Straflageverbrauchs gelten im Bereich der Organisationsdelikte die Besonderheiten, dass im Vergleich zu §§ 129, 129a, 129b StGB schwerere Straftaten, die mit der mitgliedschaftlichen Beteiligung an der Vereinigung in Tateinheit stehen, dann nicht von der Rechtskraft eines allein wegen dieser Beteiligung ergangenen Urteils erfasst, wenn sie in dem früheren Verfahren tatsächlich nicht – auch nicht als mitgliedschaftlicher Beteiligungsakt – Gegenstand der Anklage und der Urteilsfindung waren. Unter dieser Voraussetzung ist daher ein wegen eines Organisationsdelikts Verurteilter durch die Rechtskraft des früheren Urteils nur vor weiterer Strafverfolgung wegen dieses Delikts und tateinheitlich mit diesem zusammenfassender weiterer, nicht schwerer wiegender Straftaten geschützt.

829. BGH 1 StR 13/11 – Urteil vom 9. Juni 2011 (LG Würzburg)

Handeltreiben mit Betäubungsmitteln (Grenzen des Tatausschlusses bei der Betätigung als privater V-Mann).
§ 29 BtMG

830. BGH 1 StR 21/11 – Beschluss vom 9. Juni 2011 (LG Bochum)

Gewerbsmäßige Steuerhhelei (Feststellungsvoraussetzungen bei [polnischen] Einfuhrausgaben); Hinterziehung von Tabaksteuer (Empfänger; Unterlassen); Verletzung des Rechts auf Verfahrensbeschleunigung (Beschleunigungsgrundsatz; gewisse Verzögerung in einem Verfahrensabschnitt; insgesamt angemessene Verfahrensdauer; Recht auf Beschwerde).
§ 374 AO; § 370 Abs. 1 Nr. 1 AO; § 19 TabStG; Art. 6 EMRK; Art. 13 EMRK

831. BGH 1 StR 37/11 – Beschluss vom 28. Juni 2011 (LG Neuruppin)

Steuerhhelei (Vortat der Hinterziehung von Tabaksteuer; rechtsfehlerhafte Strafzumessung; angemessene Rechtsfolge); Rückgewinnungshilfe (Verfall: Erlangtes bei der Steuerhhelei).
§ 374 AO; Art. 4 Nr. 10 des Zollkodexes; § 12 TabStG aF; § 19 TabStG aF; § 1 Abs. 1 Satz 3 TabStG; § 46 StGB; § 354 Abs. 1a StPO; § 111i Abs. 2 StPO; § 73 StGB

1. Das von § 374 AO unter Strafe gestellten Tatumrecht liegt in der Aufrechterhaltung eines vom Vortäter geschaffenen steuerrechtswidrigen Zustands liegt (vgl. BGH wistra 2008, 105, 106). In der Strafzumessung ist deshalb die Handelsmenge und damit die Höhe der durch die jeweilige Vortat hinterzogenen Verbrauchsteuern und Einfuhrabgaben zugrunde zu legen.

2. Das Tatgericht darf sich jedoch nicht auf die Angabe eines Gesamtbetrags beschränken. Es müssen Berechnungsgrundlagen festgestellt werden.

3. Zwar kann ein Täter auch dadurch etwas i.S.v. § 73 Abs. 1 Satz 1 StPO erlangen, dass er sich Aufwendungen erspart. Infolgedessen kann bei einer Steuerhinterziehung auch ein Betrag in Höhe nicht gezahlter Steuern dem Verfall von Wertersatz unterliegen (BGH wistra 2010, 406), wobei allerdings der Verfallsanordnung regelmäßig Ansprüche des Steuerfiskus i.S.v. § 73 Abs. 1 Satz 2 StGB entgegenstehen (vgl. BGH NStZ 2001, 155).

Dies gilt jedoch nicht für den Steuerhhelei. Er erspart sich „aus der Tat“ auch nicht Aufwendungen, nur weil er wegen der Tat für die (zuvor) verkürzten Steuern gemäß § 71 AO gesamtschuldnerisch haftet. Vielmehr erlangt der Steuerhhelei, indem er die Zigaretten ankauft oder sich sonst verschafft, zunächst die Zigaretten und durch den anschließenden Weiterverkauf den hieraus erzielten Erlös. Die Aufwendungen des Steuerhhelelers für den Erwerb der Zigaretten bleiben dabei unberücksichtigt. Ist der Steuerhhelei auch Empfänger i.S.d. § 19 TabStG aF, hat er daneben die Aufwendungen für die beim Verbringen der Zigaretten in das deutsche Steuergebiet entstandene Tabaksteuer erspart.

832. BGH 1 StR 42/11 – Beschluss vom 13. Juli 2011 (LG Kassel)

Auffangrechtserwerb (Gesamtschuldnerschaft); Festsetzung der Tagessatzhöhe einer Einzelgeldstrafe.
§ 111i Abs. 5 StPO; § 54 Abs. 3 StGB

833. BGH 1 StR 81/11 – Beschluss vom 12. Juli 2011 (LG Hamburg)

Besonders schwerer Fall der Steuerhinterziehung (Hinterziehung in großem Ausmaß).
§ 370 Abs. 3 Satz 2 Nr. 1 AO

834. BGH 1 StR 86/11 – Urteil vom 14. Juli 2011 (LG Ulm)

Unzulässige erhobene Aufklärungsrüge.
§ 244 Abs. 2 StPO; § 344 Abs. 2 Satz 2 StPO

835. BGH 1 StR 90/11 – Beschluss vom 29. Juli 2011 (BGH)

Anhörungsgrüge; rechtliches Gehör (Revisionshauptverhandlung).
Art. 6 Abs. 1 EMRK; Art. 103 Abs. 1 GG; § 356a StPO

836. BGH 1 StR 122/11 – Beschluss vom 8. Juni 2011 (LG Hamburg)

Abfassung der Urteilsgründe und sachfremde Gründe in der Strafzumessung; keine Auswirkungen einer Spielsucht auf die Begehung einer Steuerhinterziehung.
§ 267 StPO; § 46 StGB; § 370 AO; § 20 StGB; § 21 StGB

837. BGH 1 StR 126/11 – Beschluss vom 8. Juni 2011 (LG Frankfurt am Main)

Darlegungsvoraussetzungen bei der Rüge der Verletzung des § 257 StPO.
§ 257 Abs. 1 StPO; § 344 Abs. 2 Satz 2 StPO; § 238 Abs. 2 StPO

838. BGH 1 StR 136/11 – Beschluss vom 29. Juni 2011 (LG Mosbach)

Gewerbs- und bandenmäßiger Kontoöffnungsbetrug; Voraussetzung einer Entziehungsanordnung (Tenorierung); widersprüchliche Strafzumessung (Wertungsfehler).
§ 263 Abs. 1, Abs. 5 StGB; § 46 StGB; § 74 StGB

839. BGH 1 StR 154/11 – Beschluss vom 13. Juli 2011 (LG Neuruppin)

Anforderung an die Urteilsgründe einer Verurteilung wegen Steuerhinterziehung (Berechnungsdarstellung; eigene Rechtsanwendung des Richters; Verständigung).

§ 370 AO; § 261 StPO; § 257c StPO

840. BGH 1 StR 175/11 – Beschluss vom 31. Mai 2011 (LG Stuttgart)

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

841. BGH 1 StR 90/11 – Beschluss vom 14. Juni 2011 (LG Münster)

Steuerhinterziehung (Hinterziehung von Lohnsteuer, von Umsatzsteuer und von Einkommensteuer; uneigentliches Organisationsdelikt; Beurteilungsspielraum bei der Schätzung; Hochrechnung nach § 14 Abs. 2 Satz 2 SGB IV); Vorenthalten und Veruntreuen von Arbeitsentgelt.
Art. 103 Abs. 2 GG; § 370 AO; § 266a StGB; § 41a EstG; § 14 Abs. 2 Satz 2 SGB IV; § 52 StGB; § 261 StPO

842. BGH 1 StR 96/11 – Beschluss vom 14. Juni 2011 (LG Münster)

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

843. BGH 1 StR 97/11 – Beschluss vom 14. Juni 2011 (LG Münster)

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

844. BGH 1 StR 179/11 – Beschluss vom 18. Mai 2011 (LG München II)

Unzureichende Begründung eines bedingten Tötungsvorsatzes (Eventualvorsatz).
§ 212 StGB; § 15 StGB; § 16 StGB

845. BGH 1 StR 187/11 – Beschluss vom 27. Mai 2011 (LG Bayreuth)

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

846. BGH 1 StR 189/11 – Beschluss vom 31. Mai 2011 (LG Frankfurt am Main)

Verjährung bei der Umsatzsteuerhinterziehung durch Unterlassen.
§ 370 Abs. 1 Nr. 2 AO; § 78a StGB; § 78 StGB

847. BGH 1 StR 191/11 – Beschluss vom 29. Juni 2011 (LG Bamberg)

Gewerbs- und bandenmäßiger Betrug (Ansetzen zum Versuch); rechtsfehlerhafte Gesamtstrafenbildung (Verbot der Doppelbestrafung).
§ 263 Abs. 1, Abs. 5 StGB; § 22 StGB; § 54 StGB; Art. 103 Abs. 3 GG; § 354 Abs. 1b StPO; § 460 StPO; § 462 StPO

848. BGH 1 StR 192/11 – Beschluss vom 28. Juni 2011 (LG Bayreuth)

Widersprüchliche Feststellungen zur Notwehr (Verhältnis von gegenwärtigem, rechtswidrigem Angriff und erforderlicher Notwehrhandlung).
§ 32 StGB

849. BGH 1 StR 199/11 – Beschluss vom 29. Juni 2011 (LG Mosbach)

Voraussetzungen an eine durchsetzbare Einziehungsanordnung.

§ 74 StGB

Einziehende Gegenstände sind in der Urteilsformel so konkret zu bezeichnen, dass für die Beteiligten und die Vollstreckungsbehörde Klarheit über den Umfang der Einziehung besteht. Allein die Bezeichnung der einziehenden Gegenstände, ohne diese selbst näher zu benennen, macht es der Vollstreckungsbehörde unmöglich, den konkreten Einziehungsgegenstand festzustellen. Erst Recht gilt dies, wenn darüber hinaus die Einziehungsanordnung schon deswegen nicht ausführbar ist, weil diese bezüglich der benannten Gegenstände nur gilt, „soweit sie dem Angeklagten zuzuordnen sind“. Damit ist die Anordnung weder für das Revisionsgericht noch die Vollstreckungsbehörde nachvollziehbar.

850. BGH 1 StR 208/11 – Beschluss vom 17. Mai 2011 (LG München I)

Unüberwachte Telefongespräche mit dem Verteidiger in der Untersuchungshaftanstalt (freier Verkehr mit dem Verteidiger).
Art. 6 Abs. 3 lit. c EMRK; § 148 StPO

851. BGH 1 StR 209/11 – Beschluss vom 18. Mai 2011 (LG Essen)

Verfolgungsverjährung bei der Steuerhinterziehung durch Unterlassen (Schätzung: Bratschwund bei Dönerfleisch; Zweifelgrundsatz); Täter-Opfer-Ausgleich.
§ 370 Abs. 1 Nr. 2 AO; § 78 StGB; § 78a StGB; § 46a StGB

852. BGH 1 StR 213/11 – Beschluss vom 8. Juni 2011 (LG München I)

Schätzung und Vorgabe einer Nettolohnvereinbarung bei der Steuerhinterziehung.
§ 14 Abs. 2 SGV IV; § 370 AO; § 261 StPO

Gemäß § 14 Abs. 2 Satz 2 SGB IV ist in Fällen illegaler Beschäftigung stets von einer Nettolohnvereinbarung auszugehen, auch wenn dies zu einem Bruttoarbeitsentgelt führen kann, das den Wert der Arbeitsleistung übersteigt.

853. BGH 1 StR 216/11 – Beschluss vom 17. Mai 2011 (LG München II)

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

854. BGH 1 StR 226/11 – Beschluss vom 7. Juni 2011 (LG Ravensburg)

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

855. BGH 1 StR 236/11 – Beschluss vom 7. Juni 2011 (LG Augsburg)

Strafschärfende Berücksichtigung mangelnder Reue des Angeklagten.
§ 46 StGB

856. BGH 1 StR 240/11 – Beschluss vom 29. Juni 2011 (LG Cottbus)

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

857. BGH 1 StR 250/11 – Beschluss vom 29. Juni 2011 (LG Heidelberg)

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

858. BGH 1 StR 254/11 – Beschluss vom 28. Juni 2011 (LG Nürnberg-Fürth)

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

859. BGH 1 StR 255/11 – Beschluss vom 28. Juni 2011 (LG Ulm)

Gewalt im Sinne der sexuellen Nötigung.
§ 177 Abs. 1 StGB

860. BGH 1 StR 265/11 – Beschluss vom 12. Juli 2011 (LG Mannheim)

Täter-Opfer-Ausgleich (mangelnde Übernahme von Verantwortung für die begangenen Straftaten; mangelnde Zahlungen).
§ 46a StGB

861. BGH 1 StR 274/11 – Beschluss vom 12. Juli 2011 (LG Hildesheim)

Informelle, verfahrensverkürzende Verständigung; Beweiswürdigung bei der Steuerhinterziehung (Scheingeschäfte; Betriebsausgaben; Vorsteuer); Strafzumessung bei der Steuerhinterziehung (Verkürzung auf Zeit).
§ 202a StPO; § 257c StPO; § 370 AO; § 41 Abs. 2 AO; § 261 StPO

862. BGH 1 StR 275/11 – Beschluss vom 9. August 2011 (LG Kempten)

Unzulässige Anhörungsrüge.
§ 356a StPO

863. BGH 1 StR 282/11 – Beschluss vom 28. Juni 2011 (LG Mosbach)

BGHSt; vergleichende Strafzumessung bei Tatbeteiligten (Gleichheitsgrundsatz; Gerechtigkeit; Aufklärungspflicht).
Art. 3 GG; § 46 StGB; § 244 Abs. 2 StPO

864. BGH 1 StR 291/11 – Beschluss vom 28. Juni 2011 (LG Passau)

Jugendstrafe (schädliche Neigungen und Schwere der Schuld bei gezielten Tritten gegen den Kopf).
§ 17 JGG

865. BGH 1 StR 292/11 – Beschluss vom 14. Juli 2011 (LG München II)

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

866. BGH 1 StR 304/11 – Beschluss vom 28. Juni 2011 (LG Nürnberg-Fürth)

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

867. BGH 1 StR 312/11 – Beschluss vom 12. Juli 2011 (LG Karlsruhe)

Besonders schwerer Diebstahl (Voraussetzungen der Geringwertigkeit: Vorsatz und Vorsatzwechsel).
§ 242 StGB; § 243 Abs. 1, Abs. 2 StGB

868. BGH 1 StR 320/11 – Beschluss vom 26. Juli 2011 (LG Traunstein)

Verwerfung der Revision als unzulässig.
§ 349 Abs. 1 StPO

869. BGH 1 StR 325/11 – Beschluss vom 20. Juli 2011 (LG Augsburg)

Unzulässiger Antrag auf Wiedereinsetzung in den vorigen Stand (ungenügende Erklärung, auf Grund der Behandlung mit Medikamenten keinen klaren Gedanken mehr fassen zu können).
§ 341 Abs. 1 StPO; § 44 StPO

870. BGH 1 StR 458/10 – Beschluss vom 14. April 2011 (LG Baden-Baden)

Gewerbsmäßiger und bandenmäßiger Betrug im Diamantenhandel (Täuschung über zur Wertanlage geeignete Diamanten: Vermögensschaden wegen des Erwerbs eines Aliuds, subjektiver Schadensbegriff; strafbare Vorbereitung; Bandenmitgliedschaft); Verfolgungshindernis der mangelnden Strafbarkeit nach deutschem Strafrecht (arglistiges Irreführen nach schweizerischem und österreichischem Strafrecht; inländischer Tatort); kein Vertrauensschutz bei gescheiterter Verständigung; Adhäsionsverfahren (zur Erledigung im Strafverfahren ungeeignet); redaktioneller Hinweis.
§ 263 Abs. 1, Abs. 5 StGB; § 7 Abs. 2 Nr. 1 StGB; § 30 StGB; § 3 StGB; § 9 StGB; Art. 146 ÖstStGB; Art. 146 SchwStGB; § 74 StPO; § 243 Abs. 4 StPO; § 257c StPO; § 406 StPO

871. BGH 1 StR 490/10 – Beschluss vom 6. Juni 2011 (BGH)

Unzulässige und unbegründete Anhörungsrüge; rechtliches Gehör; Recht auf ein faires Strafverfahren.
Art. 6 EMRK; Art. 103 Abs. 1 GG; § 356a StPO

872. BGH 1 StR 631/10 – Beschluss vom 25. Juli 2011 (LG Darmstadt)

BGHSt; Anwesenheit in der Hauptverhandlung (Eigenmächtigkeit des Entfernens im Sinne bei Suizidversuch; Verhandlungsunfähigkeit; fehlende Steuerungsfähigkeit oder Einsichtsfähigkeit; schuldhaft); Wirksamkeit von Selbstanzeigen mit geringfügigen Abweichungen (Teilselbstanzeige; Bagatellabweichungen und bewusstes Handeln; Meistbegünstigungsprinzip; Rückkehr zur Steuerehrlichkeit; Schenkungssteuerhinterziehung; Beendigung mit der Bekanntgabe, Verjährung; Anzeigepflicht).
§ 371 Abs. 1 AO; § 370 AO; § 2 Abs. 3 StGB; § 231 Abs. 2 StPO; § 338 Nr. 5 StPO; § 20 StGB; § 31 Abs. 1, Abs. 7 ErbStG; Art. 97 § 24 EGAO

873. BGH 1 StR 633/10 – Beschluss vom 2. August 2011 (LG Augsburg)

Unzulässige Revision der zum Anschluss nicht befugten Nebenklage (Katalogtaten).
§ 349 Abs. 1 StPO; § 395 Abs. 1, Abs. 3 StPO

874. BGH 1 StR 687/10 – Beschluss vom 18. Mai 2011 (LG Fulda)

Für das Revisionsverfahren fortwirkende Bestellung als Pflichtverteidiger.
§ 141 StPO

875. BGH 2 ARs 19/11 2 AR 19/11 – Beschluss vom 22. Juni 2011 (LG Hannover)

Zuständigkeitsentscheidung durch den BGH (gemeinsames oberes Gericht).

§ 14 StPO; § 2 JGG; § 31 JGG; § 66 Abs. 2 Satz 4 JGG

876. BGH 2 StR 34/11 – Beschluss vom 16. Juni 2011 (BGH)

Unzulässige Anhörungsrüge.

§ 356a StPO

877. BGH 2 StR 65/11 – Beschluss vom 14. April 2011 (LG Kassel)

BGHSt; dem Beischlaf ähnliche Handlung im Sinne des schweren sexuellen Missbrauchs von Kindern (Zungenkuss).

§ 176a Abs. 2 Nr. 1 StGB

878. BGH 2 StR 75/11 – Beschluss vom 6. Juli 2011 (LG Wiesbaden)

Abfassung der Urteilsgründe.

§ 267 StPO

Die schriftlichen Urteilsgründe dienen nicht dazu, den Gang der Ermittlungen oder der Hauptverhandlung lückenlos nachzuerzählen. Durch ausufernde Referate darf eine eigenverantwortliche Würdigung der Beweise, insbesondere auch von Sachverständigengutachten, durch das Gericht nicht ersetzt werden. Die Wiedergabe eines Übermaßes an – zum Teil vom Tatgericht selbst als unerheblich bezeichneter – Einzelheiten birgt vielmehr sogar die Gefahr, dass Wesentliches übersehen wird, und sie erschwert die Überprüfung des Urteils auf Rechtsfehler durch das Revisionsgericht. Die Gerichte sind gehalten, die knappen Ressourcen an Arbeitskraft rationell einzusetzen.

879. BGH 2 StR 76/11 – Urteil vom 6. Juli 2011 (LG Meiningen)

Beweiswürdigung beim Vorwurf des sexuellen Missbrauchs von Kindern.

§ 261 StPO; § 174 StGB

880. BGH 2 StR 84/11 – Beschluss vom 7. Juli 2011 (LG Aachen)

Vorenthalten und Veruntreuen von Arbeitsentgelt (Verhältnis zum Betrug: Täuschung durch Unterlassen, Garantienstellung).

§ 266a StGB; § 263 StGB; § 13 StGB

881. BGH 2 StR 88/11 – Beschluss vom 13. Juli 2011 (LG Köln)

Missachtete Urteilsabsetzungsfrist.

§ 275 Abs. 1 Satz 2 StPO; § 338 Nr. 7 StPO

882. BGH 2 StR 90/11 – Urteil vom 1. Juni 2011 (LG Aachen)

Grenzen der Revisibilität der Beweiswürdigung beim Vorwurf des Tötungsversuchs (bedingter Tötungsvorsatz); fehlerhafte Annahme von Tateinheit bei vorliegender Tatmehrheit im Fall der gefährlichen Körperverletzung (Handlungsmehrheit; natürliche Handlungseinheit; gebotener Teilfreispruch nach Wegfall einer angeklagten Dauerstraftat).

§ 212 StGB; § 22 StGB; § 15 StGB; § 261 StPO; § 52 StGB; § 53 StGB; § 223 StGB; § 224 Abs. 1 Nr. 5 StGB

883. BGH 2 StR 90/11 – Beschluss vom 1. Juni 2011 (LG Aachen)

Voraussetzungen für die Annahme von Handlungseinheit (Tateinheit; teilweise Identität der Ausführungshandlungen; natürliche Handlungseinheit; Klammerwirkung der Geiselnahme).

§ 223 StGB; § 224 StGB; § 52 StGB; § 53 StGB; § 239b StGB; § 260 StPO; § 353 StPO; § 354 StPO

884. BGH 2 StR 106/11 – Beschluss vom 25. Mai 2011 (LG Aachen)

Mangelnder Übernahmebeschluss.

§ 225a Abs. 1 Satz 2 StPO

885. BGH 2 StR 108/11 – Beschluss vom 20. Juli 2011 (LG Frankfurt am Main)

Übersehene Festsetzung der Tagessatzhöhe.

§ 54 StGB; § 55 StGB

886. BGH 2 StR 111/11 – Beschluss vom 9. Juni 2011 (LG Koblenz)

Verwerfung der Revision als unbegründet.

§ 349 Abs. 2 StPO

887. BGH 2 StR 124/11 – Urteil vom 6. Juli 2011 (LG Trier)

Antrag auf Vernehmung eines sachverständigen, präsenten Zeugen (Umdeutung in einen Antrag auf Einholung eines aussagepsychologischen Sachverständigengutachtens; eigene Sachkunde; rechtliches Gehör; faires Verfahren).

§ 244 Abs. 3, Abs. 4 StPO; § 245 Abs. 2 StPO

888. BGH 2 StR 135/11 – Urteil vom 22. Juni 2011 (LG Kassel)

Minder schwerer Fall des Raubes.

§ 250 Abs. 3 StGB

889. BGH 2 StR 139/11 – Beschluss vom 22. Juni 2011 (LG Meiningen)

Erörterungsmangel hinsichtlich der Anordnung der Unterbringung in einer Entziehungsanstalt.

§ 64 StGB

890. BGH 2 StR 143/11 – Beschluss vom 9. Juni 2011 (LG Köln)

Erörterungsmangel hinsichtlich des Vorliegens eines minderschweren Falles beim Zusammentreffen mehrerer allgemeiner und vertypter Strafmilderungsgründe.

§ 250 Abs. 3 StGB; § 46 StGB

891. BGH 2 StR 97/11 – Beschluss vom 22. Juni 2011 (LG Marburg)

Unzulässige Revision des früheren und ausgeschlossenen Verteidigers.

§ 349 Abs. 1 StPO; § 297 StPO

892. BGH 2 StR 147/11 – Beschluss vom 1. Juni 2011 (LG Frankfurt am Main)

Unzulässige Nebenklage (Gesetzesverletzung).

§ 400 Abs. 1 StPO

893. BGH 2 StR 153/11 – Beschluss vom 9. Juni 2011 (LG Köln)

Rechtsfehlerhafte Beweiswürdigung beim Vorwurf des schweren Bandendiebstahls (Unterstellung einer Bandenabrede aus der gleichartigen Tatbegehung; Feststellungen).

§ 244a StGB; § 261 StPO

894. BGH 2 StR 156/11 – Beschluss vom 15. Juni 2011 (LG Aachen)

Lückenhafte Beweiswürdigung.

§ 261 StPO

895. BGH 2 StR 158/11 – Beschluss vom 9. Juni 2011 (LG Frankfurt am Main)

Verwerfung der Revision als unbegründet.

§ 349 Abs. 2 StPO

896. BGH 2 StR 162/11 – Beschluss vom 30. Juni 2011 (LG Trier)

Verwerfung der Revision als unbegründet.

§ 349 Abs. 2 StPO

897. BGH 2 StR 164/11 – Beschluss vom 6. Juli 2011 (LG Aachen)

Rechtsfehlerhafte Anordnung der Sicherungsverwahrung. § 66 StGB; Art. 316e Abs. 1 Satz 2, Abs. 2 StGB; § 354a StPO

898. BGH 2 StR 166/11 – Beschluss vom 25. Mai 2011 (LG Gera)

Mord (Heimtücke: Ausnutzungsbewusstsein; niedrige Beweggründe: Verzweiflung und Suizidabsichten); Totschlag.

§ 211 StGB; § 212 StGB; § 46 StGB

899. BGH 2 ARs 170/11 2 AR 127/11 – Beschluss vom 22. Juni 2011 (AG Tiergarten)

Abgabe nach § 98 OWiG (Einräumung rechtlichen Gehörs).

§ 98 Abs. 1 Satz 1 Nr. 1, Abs. 2 Satz 3 OWiG

900. BGH 2 StR 181/11 – Beschluss vom 13. Juli 2011 (LG Limburg)

Konkurrenzverhältnis zwischen Vergewaltigung und gefährlicher Körperverletzung (Strafzumessung bei der Vergewaltigung in der Ehe: ungeschützter Geschlechtsverkehr; rechtsfehlerhafte Einbeziehung einer tatmehrheitlichen Körperverletzung).

§ 177 Abs. 2 StGB; § 223 StGB; § 224 StGB; § 52 StGB; § 53 StGB

901. BGH 2 StR 192/11 – Beschluss vom 13. Juli 2011 (LG Mainz)

Eigene Sachentscheidung zur Strafzumessung (Beruhen).

§ 354 Abs. 1 StPO; § 337 StPO

902. BGH 2 StR 194/11 – Beschluss vom 15. Juni 2011 (LG Darmstadt)

Verwerfung der Revision als unbegründet.

§ 349 Abs. 2 StPO

903. BGH 2 StR 198/11 – Beschluss vom 13. Juli 2011 (LG Bonn)

Verwerfung der Revision als unzulässig.

§ 349 Abs. 1 StPO

904. BGH 2 StR 206/11 – Beschluss vom 15. Juni 2011 (LG Meiningen)

Schuldspruchberichtigung.

§ 354 StPO

905. BGH 2 StR 207/11 – Urteil vom 3. August 2011 (LG Trier)

Strafzumessung bei einer gefährlichen Körperverletzung zulasten eines „linken Plakatabreißers“ durch Angehörige der NPD und der Jungen Union/des örtlichen Kirchenchors (Revisibilität der Strafzumessung; gerechter Schuldausgleich; Bedeutung der Unbestraftheit; strafmildernde Bedeutung belastender Berichterstattung).

§ 224 Abs. 1 Nr. 4 StGB; § 46 StGB; § 47 StGB; § 56 StGB

906. BGH 2 StR 220/11 – Beschluss vom 30. Juni 2011 (LG Limburg)

Verwerfung der Revision als unbegründet.

§ 349 Abs. 2 StPO

907. BGH 2 StR 223/11 – Beschluss vom 9. Juni 2011 (LG Köln)

Verwerfung der Revision als unbegründet.

§ 349 Abs. 2 StPO

908. BGH 2 StR 237/11 – Beschluss vom 20. Juli 2011 (LG Wiesbaden)

Verwerfung der Revision als unbegründet.

§ 349 Abs. 2 StPO

909. BGH 2 StR 250/11 – Beschluss vom 7. Juli 2011 (LG Frankfurt am Main)

Verwerfung der Revision als unbegründet.

§ 349 Abs. 2 StPO

910. BGH 2 StR 297/11 – Beschluss vom 4. August 2011 (LG Fulda)

Verwerfung der Revision als unzulässig.

§ 349 Abs. 1 StPO

911. BGH 2 StR 309/11 – Beschluss vom 3. August 2011 (LG Aachen)

Verwerfung der Revision als unbegründet.

§ 349 Abs. 2 StPO

912. BGH 2 StR 435/10 – Beschluss vom 16. Juni 2011 (LG Wiesbaden)

Konkurrenzen beim Subventionsbetrug (Bewertungseinheit auch bei anfangs fehlendem Vorsatz).

§ 264 StGB; § 15 StGB

913. BGH 2 StR 585/10 – Beschluss vom 25. Mai 2011 (LG Mainz)

Anforderungen an den Sachverständigenbeweis bei der Schuldfähigkeitsbegutachtung (höchstpersönliche Exploration; Beweiswürdigung bei Sachverständigengutachten); Meistbegünstigungsgrundsatz bei der Anordnung der Sicherungsverwahrung (neuer Deliktgruppenkatalog).

§ 78 StPO; § 21 StGB; § 20 StGB; § 66 StGB; § 2 Abs. 6 StGB; Art. 316e Abs. 2 EGStGB

914. BGH 2 StR 589/10 – Beschluss vom 22. Juni 2011 (BGH)

Unbegründete Anhörungsrüge (Wiedereinsetzung in den vorigen Stand).

§ 356a StPO; § 44 StPO

915. BGH 2 StR 590/10 – Urteil vom 11. Mai 2011 (LG Frankfurt am Main)

BGHSt; Verhältnis zwischen dem Verständigungsgesetz und den allgemeinen Hinweispflichten nach der StPO (Beruhen; Hinweis auf den Wechsel der Beteiligungsform; rechtliches Gehör; Recht auf ein faires Strafverfahren); Pflicht zur Offenlegung von Ermittlungen des erkennenden Gerichts.

§ 257c StPO; § 265 StPO; Art. 103 Abs. 1 GG; Art. 6 EMRK

916. BGH 2 StR 605/10 – Urteil vom 25. Mai 2011 (LG Bonn)

Mord (Habgier; Ermöglichung einer anderen Tat; Raubmord); Raub mit Todesfolge; schwerer Raub (Gefahr einer schweren Gesundheitsschädigung); Beweiswürdigung (Kreisschluss).

§ 211 StGB; § 212 StGB; § 249 StGB; § 251 StGB; § 250 Abs. 1 Nr. 1 lit. c StGB; § 261 StPO

917. BGH 2 StR 616/10 – Beschluss vom 14. April 2011 (LG Köln)

BGHR; Schadensfeststellung beim Betrug bei betrügerischer Kapitalerhöhung (wirtschaftliche Schadensbegründung unter Heranziehung von Sachverständigen beim Erwerb von Aktien; Schneeballsysteme; Bewertung von Unternehmen; Handlungseinheit infolge eines uneigentlichen Organisationsdelikts).

§ 263 StGB; § 266 StGB; Art. 103 Abs. 2 GG; § 52 StGB; § 53 StGB

918. BGH 2 StR 618/10 – Beschluss vom 11. Mai 2011 (LG Kassel)

Schwere räuberische Erpressung (Scheinwaffe; Werkzeug oder Mittel um den Widerstand einer anderen Person durch Drohung mit Gewalt zu verhindern); Sicherungsverwahrung (Anwendung des Meistbegünstigungsgrundsatzes).

§ 253 StGB; § 255 StGB; § 250 Abs. 1 Nr. 1b StGB; § 66 StGB; Art. 316e Abs. 2 EGStGB

919. BGH 2 StR 645/10 – Beschluss vom 15. Juni 2011 (LG Limburg)

Erörterungsmangel hinsichtlich der Anordnung der Unterbringung in einer Entziehungsanstalt; Doppelverwertungsverbot bei der Strafzumessung im BtM-Handel.

§ 64 StGB; § 46 Abs. 3 StGB

920. BGH 2 StR 651/10 – Beschluss vom 18. Mai 2011 (LG Frankfurt am Main)

Verwerfung der Revision als unbegründet.

§ 349 Abs. 2 StPO

921. BGH 4 StR 7/11 – Beschluss vom 13. April 2011 (LG Bochum)

Sexueller Missbrauch eines Kindes und schwerer sexueller Missbrauch eines Kindes (Anforderungen an die Individualisierung der einzelnen Taten; Tatserie; Feststellung

eines Tatzeitraums); Unterbringung in einer Entziehungsanstalt (konkrete Erfolgsaussicht).

§ 176 StGB; § 176a StGB; § 267 StPO; § 64 StGB

922. BGH 4 StR 111/11 – Beschluss vom 8. Juni 2011 (LG Bielefeld)

Beratung nach Wiedereintritt in die Verhandlung (Darlegungsvoraussetzungen an die Verfahrensrüge); Erörterung der Strafaussetzung zur Bewährung im Urteil.

§ 260 Abs. 1 StPO; § 265 StPO; § 337 StPO; § 56 Abs. 2 StGB

923. BGH 4 StR 16/11 – Urteil vom 14. Juli 2011 (LG Neubrandenburg)

Nachträgliche Unterbringung in der Sicherungsverwahrung (erforderliche Entscheidung auf Grund einer Hauptverhandlung); Auslegung eines Rechtsmittels der Staatsanwaltschaft (sofortige Beschwerde).

§ 66b StGB; § 300 StPO; § 275a Abs. 2, Abs. 3 StPO; § 333 StPO

924. BGH 4 StR 17/11 – Beschluss vom 28. Juni 2011 (LG Frankenthal)

Bemessung des Vorwegvollzuges.

§ 67 Abs. 2 StGB

925. BGH 4 StR 27/11 – Beschluss vom 25. Mai 2011 (LG Essen)

Rechtsfehlerhaft abgelehnte Anordnung der Unterbringung in einer Entziehungsanstalt (symptomatischer Zusammenhang; fehlende Erfolgsaussicht).

§ 64 StGB

926. BGH 4 StR 56/11 – Beschluss vom 29. Juni 2011 (LG Essen)

Selbstleseverfahren (Beruhen; mangelhafte Protokollberichtigung); versuchter Betrug; Rückgewinnungshilfe (Wertersatzverfall).

§ 263 StGB; § 73a StGB; § 73c StGB; § 249 StPO; § 274 StPO; § 111i Abs. 2 StPO

927. BGH 4 StR 57/11 – Beschluss vom 24. Mai 2011 (LG Stralsund)

Rücktritt vom Versuch (Freiwilligkeit).

§ 24 Abs. 1 StGB

928. BGH 4 StR 87/11 – Beschluss vom 25. Mai 2011 (LG Bielefeld)

Anordnung der Sicherungsverwahrung (Ermessensausübung; Erörterungsmangel; Verhältnis und Anforderungen zwischen Hangtätereigenschaft und Gefährlichkeit für die Allgemeinheit).

§ 66 Abs. 3 Satz 1 StGB aF; § 66 Abs. 1 Satz 1 Nr. 4 StGB nF

929. BGH 4 StR 9/11 – Beschluss vom 16. Juni 2011 (LG Essen)

Verwerfung der Revision als unbegründet.

§ 349 Abs. 2 StPO

930. BGH 4 StR 126/11 – Beschluss vom 25. Mai 2011 (LG Magdeburg)

Reichweite der Nebenklagebefugnis (Tat im prozessualen Sinne); Anstiftung zum Mord; Strafvereitelung.

§ 395 Abs. 2 Nr. 1 StPO; § 264 StPO; § 258 StGB; § 26 StGB; § 211 StGB

931. BGH 4 StR 127/11 – Beschluss vom 8. Juni 2011 (LG Bielefeld)

Anwendung des Meistbegünstigungsgrundsatzes auf die Sicherungsverwahrung.
§ 66 StGB nF; § 66 StGB aF; Art. 316e Abs. 2 StGB; § 2 Abs. 6 StGB; § 354a StPO

932. BGH 4 StR 135/11 – Beschluss vom 9. August 2011 (LG Paderborn)

Erforderliche Feststellungen für einen Betrug (Beweiswürdigung); Voraussetzungen des Wertersatzverfalls (ausschließende Ansprüche des Geschädigten; Rückgewinnungshilfe).
§ 263 StGB; § 261 StPO; § 73a StGB; § 73c StGB; § 111i StPO

933. BGH 4 StR 139/11 – Beschluss vom 14. Juli 2011 (LG Dortmund)

Verfahrensrüge zur fehlenden örtlichen Zuständigkeit; Handlungsort beim Betäubungsmittelhandel.
§ 338 Nr. 4 StPO; § 7 Abs. 1 StPO; § 29 BtMG; § 9 BtMG

934. BGH 4 StR 145/11 – Beschluss vom 15. Juni 2011 (LG Münster)

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

935. BGH 4 StR 151/11 – Beschluss vom 8. Juni 2011 (LG Saarbrücken)

Beweiswürdigung (gestattete Würdigung des Wechsels einer Einlassung im Gegensatz zur Einlassung nach anfänglichem Schweigen).
§ 261 StPO

936. BGH 4 StR 156/11 – Urteil vom 28. Juli 2011 (LG Halle)

Untreue (Vermögensbetreuungspflicht des mit einem Zwangsverwaltungsverfahren befassten Rechtspflegers; Zwangsverwalter; Verletzung einer vermögensschützenden Pflicht; Unmittelbarkeitszusammenhang zwischen Nachteil und Pflichtverletzung; schadensgleiche Vermögensgefährdung); Unrechtsvereinbarung und Vorteil im Sinne der Amtsträgerdelikte (Vorteilsgewährung; Vorteilsannahme).
§ 266 Abs. 1 StGB; § 152 ZVG; § 154 ZVG; § 331 StGB; § 333 StGB

937. BGH 4 StR 159/11 – Beschluss vom 26. Mai 2011 (LG Magdeburg)

Unterbringung in einer Entziehungsanstalt neben einer Jugendstrafe (Erörterungsmangel hinsichtlich der möglichen Entbehrlichkeit der zusätzlichen Jugendstrafe).
§ 5 Abs. 3 JGG; § 64 StGB; § 17 JGG

938. BGH 4 StR 162/11 – Beschluss vom 13. Juli 2011 (LG Bielefeld)

Verwerfung der Revision als unbegründet.; Verwertung einer freiwillig abgegebenen Urinprobe.
Art. 6 EMRK; § 349 Abs. 2 StPO

939. BGH 4 StR 164/11 – Beschluss vom 25. Mai 2011 (LG Saarbrücken)

Rechtsfehlerhafte Anordnung der Sicherungsverwahrung (Ermessensausübung; verfassungskonforme Anwendung).
§ 66 Abs. 3 Satz 2 StGB; § 66 Abs. 2 StGB aF

940. BGH 4 StR 168/11 – Beschluss vom 7. Juni 2011 (LG Paderborn)

Bemessung des Vorwegvollzugs nach § 67 Abs. 2 StGB (bereits eingeleiteter Maßregelvollzug).
§ 67 Abs. 2 StGB

941. BGH 4 StR 171/11 – Beschluss vom 28. Juni 2011 (LG Osnabrück)

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

942. BGH 4 StR 173/11 – Beschluss vom 26. Mai 2011 (LG Aachen)

Inhalt des erstatteten Gutachtens (Mündlichkeitsprinzip; Unmittelbarkeitsprinzip; Rekonstruktionsverbot); fehlerhafte Prüfung eines minderschweren Falles (Strafzumessung; Totschlag; Strafrahmenvergleich).
§ 250 StPO; § 261 StPO; § 78 StPO; § 46 StGB; § 213 StGB; § 49 StGB

943. BGH 4 StR 175/11 – Beschluss vom 24. Mai 2011 (LG Koblenz)

Räuberischer Angriff auf einen Kraftfahrer; erpresserischer Menschenraub; Bereicherungsabsicht.
§ 316a Abs. 1 StGB; § 239a StGB; § 255 StGB; § 263 StGB

944. BGH 4 StR 180/11 – Beschluss vom 28. Juni 2011 (LG Münster)

Unbegründete Anhörungsrüge.
§ 356a StPO

945. BGH 4 StR 181/11 – Beschluss vom 13. Juli 2011 (LG Bielefeld)

Unzulässige erhobene Rüge der Verletzung des § 52 Abs. 2 und 3 StPO (erforderliche Behauptung eines Verfahrensfehlers; Protokollrüge).
§ 52 Abs. 2, Abs. 3 StPO; § 344 Abs. 2 Satz 2 StPO

946. BGH 4 StR 186/11 – Beschluss vom 15. Juni 2011 (LG Dortmund)

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

947. BGH 4 StR 189/11 – Beschluss vom 15. Juni 2011 (LG Essen)

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

948. BGH 4 StR 193/11 – Beschluss vom 15. Juni 2011 (LG Neubrandenburg)

Sexueller Nötigung in Tateinheit mit versuchtem schweren sexuellen Missbrauch von Kindern und mit sexuellem Missbrauch von Kindern (erforderliche Urteilsdarstellungen für das Vorspielen eines Videos mit pornografischem Inhalt).
§ 176 Abs. 1, Abs. 4 Nr. 4 StGB; § 176a Abs. 2 Nr. 1 StGB

949. BGH 4 StR 196/11 – Beschluss vom 8. Juni 2011 (LG Hagen)

Unzureichende Begründung einer Freiheitstrafe (Abweichung vom Urteilstenor).

§ 46 StGB; § 54 StGB; § 260 StPO

950. BGH 4 StR 198/11 – Beschluss vom 24. Mai 2011 (LG Essen)

Voraussetzungen an den Wertersatzverfall und Erörterungsmangel hinsichtlich einer möglichen Entreichung (Ermessen; Verhältnismäßigkeit; Härtefall).

§ 73a StGB; § 73c StGB

951. BGH 4 StR 205/11 – Beschluss vom 12. Juli 2011 (LG Münster)

Verwerfung der Revision als unbegründet.

§ 349 Abs. 2 StPO

952. BGH 4 StR 206/11 – Beschluss vom 26. Mai 2011 (LG Essen)

Konkurrenzverhältnis zwischen der schweren räuberischen Erpressung und der Bedrohung (Dreiecksverhältnis; Gesetzeseinheit; strafscharfende Verwirklichung mitverwirklichter Tatmerkmale; eigenständiger Unrechtsgehalt).

§ 241 StGB; § 253 StGB; § 255 StGB; § 250 Abs. 1 Nr. 1 lit. a StGB; § 52 StGB; § 54 StGB; § 46 StGB

953. BGH 4 StR 209/11 – Beschluss vom 8. Juni 2011 (LG Baden-Baden)

Führen eines Kraftfahrzeugs unter dem Einfluss berauschender Mittel (Verhältnis zu parallel begangenen Straftaten).

§ 24a Abs. 2 StVG; § 21 Abs. 1 Satz 1 OWiG

954. BGH 4 StR 212/11 – Beschluss vom 7. Juni 2011 (LG Halle)

Verwerfung der Revision als unbegründet.

§ 349 Abs. 2 StPO

955. BGH 4 StR 213/11 – Beschluss vom 26. Mai 2011 (LG Rostock)

Beendeter Versuch beim mangelnden Gedanken über den Tod seines Opfers nach seiner letzten Ausführungshandlung; Erörterungsmangel hinsichtlich der Anordnung der Unterbringung eines Jugendlichen in einer Entziehungsanstalt.

§ 24 StGB; § 64 StGB; § 5 Abs. 3 JGG, § 17 JGG; § 31 JGG

956. BGH 4 StR 222/11 – Beschluss vom 28. Juni 2011 (Zuständigkeitsabgabe)

Nötigung von Verfassungsorganen als Staatsschutzdelikt (Zuständigkeitsverteilung; Geschäftsverteilungsplan des BGH).

§ 106 StGB; § 120 Abs. 1 Nr. 5 GVG

957. BGH 4 StR 224/11 – Beschluss vom 15. Juni 2011 (LG Stendal)

Kronzeugenregelung (Offenbarung von Taten, an denen der Angeklagte nicht selbst beteiligt ist); Aussagenotstand (Erörterungsmangel).

§ 46b StGB; § 153 StGB; § 157 StGB; § 49 StGB

958. BGH 4 StR 233/11 – Beschluss vom 15. Juni 2011 (LG Essen)

Erledigte Anordnung des Vorwegvollzugs eines Teils der Freiheitsstrafen vor der Maßregel.

§ 67 StGB

959. BGH 4 StR 240/11 – Beschluss vom 15. Juni 2011 (LG Halle)

Verwerfung der Revision als unbegründet.

§ 349 Abs. 2 StPO

960. BGH 4 StR 249/11 – Beschluss vom 8. Juni 2011 (LG Detmold)

Rechtsfehlerhafte nachträgliche Gesamtstrafenbildung.

§ 55 StGB

961. BGH 4 StR 251/11 – Beschluss vom 28. Juni 2011 (LG Essen)

Verwerfung der Revision als unbegründet.

§ 349 Abs. 2 StPO

962. BGH 4 StR 263/10 – Beschluss vom 15. Juli 2010 (LG Rostock)

Unzulässige Revision.

§ 349 Abs. 1 StPO

963. BGH 4 StR 264/11 – Beschluss vom 15. Juni 2011 (LG Paderborn)

Verstoß gegen das Meistbegünstigungsprinzip (mangelndes Beruhen).

§ 2 Abs. 3 StGB; § 337 StPO

964. BGH 4 StR 266/11 – Beschluss vom 30. Juni 2011 (LG Bonn)

Gefährliche Körperverletzung (mittels eines gefährlichen Werkzeugs; das Leben gefährdende Behandlung).

§ 224 I Nr. 2, 5 StGB

965. BGH 4 StR 268/11 – Beschluss vom 26. Juli 2011 (LG Saarbrücken)

Strafbefreiender Rücktritt des Angeklagten vom Versuch der besonders schweren Brandstiftung (Rücktritt mehrerer Beteiligten; fehlgeschlagener Versuch; unbeendeter Versuch).

§ 24 Abs. 2 StGB; § 306b StGB

966. BGH 4 StR 269/11 – Beschluss vom 27. Juli 2011 (LG Dessau)

Verwerfung der Revision als unbegründet.

§ 349 Abs. 2 StPO

967. BGH 4 StR 278/11 – Beschluss vom 12. Juli 2011 (LG Bielefeld)

Verhältnis zwischen Verfall, Wertersatzverfall und Einziehung.

§ 73 StGB; § 73a StGB; § 74 StGB

968. BGH 4 StR 283/11 – Beschluss vom 28. Juli 2011 (LG Essen)

Entscheidung über die Vollstreckung von jeweils aussetzungsfähigen Gesamtfreiheitsstrafen (erforderliche Darlegung in den Urteilsgründen).

§ 58 Abs. 1 StGB; § 56 Abs. 2 StGB; § 267 Abs. 3 Satz 4 StPO

969. BGH 4 StR 304/11 – Beschluss vom 26. Juli 2011 (LG Hagen)

Verwerfung der Revision als unbegründet.

§ 349 Abs. 2 StPO

970. EuGH C-261/09 (Große Kammer) – Urteil vom 16. November 2010 (Gaetano Mantello)

Vorabentscheidungsersuchen zur Justiziellen Zusammenarbeit in Strafsachen; ne bis in idem beim Europäischen Haftbefehl (dieselbe Handlung; autonome Auslegung; Ablehnung der Vollstreckung durch die vollstreckende Justizbehörde; rechtskräftige Verurteilung im Ausstellungsmitgliedstaat; Maßgeblichkeit des Rechts des Ausstellungsmitgliedstaates, Willkürkontrolle; Begriff der Tat im prozessualen Sinne; Besitz von Betäubungsmitteln und Handeln mit Betäubungsmitteln, kriminelle Vereinigung; Europäische Grundrechte).

Art. 3 Nr. 2, 15 Abs. 2 Rahmenbeschluss 2002/584/JI; § 83 Nr. 1 IRG; Art. 35 EUV; Art. 50 GRCh; Art. 47 GRCh; Art. 54 SDÜ; Art. 5 EMRK; Art. 103 Abs. 3 GG; Art. 19 Abs. 4 GG

971. EGMR Nr. 20999/05 (5. Kammer) – Urteil vom 7. Juli 2011 (Hellig v. Deutschland)

Unmenschliche und erniedrigende Behandlung durch eine Nacktunterbringung in einer deutschen Haftanstalt (Unterbringung in einer Sicherheitszelle; reißfeste Kleidung; Beweismaßstab: nicht widerlegte Vermutung).

Art. 3 EMRK; Art. 104 GG; Art. 2 Abs. 2 Satz 2 GG

972. BGH 4 StR 316/11 – Beschluss vom 27. Juli 2011 (LG Essen)

Verstoß gegen das Vermeidungsverbot des bestehenden Tatverdachts (Beruhen).

§ 60 Nr. 2 StPO; § 337 StPO

973. BGH 4 StR 340/11 – Beschluss vom 26. Juli 2011 (LG Essen)

Anstiftung zum gefährlichen Eingriff in den Straßenverkehr (konkrete Gefahr: Durchschneiden eines Bremschlauchs; Versuch).

§ 315b Abs. 1 Nr. 1, Abs. 2, Abs. 3 StGB; § 26 StGB

974. BGH 4 StR 548/10 – Beschluss vom 14. Juli 2011 (OLG Naumburg)

BGHSt; Rehabilitationsverfahren; Anspruch auf Gewährung der besonderen Zuwendung für Haftopfer (besondere Beeinträchtigung der wirtschaftlichen Lage im Strafvollzug); Vorlageverfahren (Entscheidungserheblichkeit).

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

975. BGH 4 StR 643/10 – Beschluss vom 7. Juni 2011 (LG Hamburg)

Rechtsfolgen der mangelnden Belehrung über die konsularischen Rechte (Beruhen; Kompensation durch ein Beweisverwertungsverbot oder durch eine Anwendung

der Vollstreckungslösung; Recht auf Beschwerde: Abhilfeanspruch); Recht auf ein faires Verfahren (Widerspruchslösung; völkerrechtsfreundliche Auslegung).

Art. 36 Abs. 1 lit. b Satz 3 WÜK; Art. 6 EMRK; Art. 13 EMRK; Art. 2 Abs. 1 GG; Art. 20 Abs. 3 GG; § 114b Abs. 2 Satz 3 StPO

976. BGH 4 StR 306/11 – Beschluss vom 27. Juli 2011 (LG Bielefeld)

Verwerfung der Revision als unbegründet.

§ 349 Abs. 2 StPO

977. BGH 5 StR 52/11 – Urteil vom 21. Juni 2011 (LG Potsdam)

BGHSt; Unterbringung in der Sicherungsverwahrung (nachträgliche Anordnung); dissoziale Persönlichkeitsstörung; psychische Störung.

§ 66b StGB; Art. 316e Abs. 1 EGStGB; Art. 5 Abs. 1 Satz 2 lit. e EMRK; § 1 Abs. 1 Nr. 1 ThuG; Art. 2 Abs. 2 Satz 2 GG

978. BGH 5 StR 561/10 – Urteil vom 7. Juli 2011 (LG Berlin)

BGHSt; Körperverletzung mit Todesfolge; Vorsatz (Beweiswürdigung; lückenhafte Erwägungen; Willenselement); Fahrlässigkeit (Vorhersehbarkeit der Gefahr des Todeseintritts); Unterlassen (Abgrenzung vom aktiven Tun; Schwerpunkt der Vorwerfbarkeit); medizinische Heilbehandlung (unwirksame Einwilligung; Aufklärung über wesentliche Risiken; Übernahmeverschulden); versuchter Mord (Verdeckungsabsicht; niedere Beweggründe).

§ 227 StGB; § 15 StGB; § 223 StGB; § 224 StGB; § 13 StGB; § 211 StGB

979. BGH 2 StR 459/10 – Beschluss vom 1. Juni 2011 (LG Trier)

Anklageschrift (Kriterien der Umgrenzungsfunktion).

§ 200 StPO; § 264 Abs. 1 StPO

Die Umgrenzungsmerkmale, die zur Identifizierung des historischen Lebenssachverhalts gebraucht werden können, sind variabel. Tatzeit und Tatort werden zwar in § 200 Abs. 1 Satz 1 StPO als grundsätzlich geeignete Umgrenzungsmerkmale hervorgehoben. Sie können aber ersetzt werden, wenn die Tat durch andere Umstände ausreichend charakterisiert wird (vgl. BGH StV 1998, 580).

980. BGH 2 StR 524/10 – Beschluss vom 22. Juni 2011 (BGH)

Unbegründete Anhörungsrüge.

§ 356a StPO