

## 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

Prof. Dr. *Lothar Kuhlen*, Mannheim – **Zum Vertrauensschutz bei belastenden Rechtsprechungsänderungen** (Anm. zu BVerfG HRRS 2011 Nr. 737) S. 114

Prof. Dr. *Frank Meyer*, LL.M, Zürich – **Die „sole or decisive“-Regel zur Würdigung nicht konfrontierter Zeugenaussagen – not so decisive anymore** (Anm. zu EGMR HRRS 2012 Nr. 1) S. 117

Dr. *Antje du Bois-Pedain*, Cambridge – **Artikel 6 Abs. 3 lit. d EMRK und der nicht verfügbare Zeuge: Weist der modifizierte Lucà-Test den Weg aus der Sackgasse?** (Bespr. zu EGMR HRRS 2012 Nr. 1) S. 120

Priv.-Doz. Dr. *Michael Lindemann* / Wiss. Mit. *Thomas Wostry*, Düsseldorf – **Zur strafrechtlichen Verantwortlichkeit für organisationsbedingte Behandlungsfehler im Rahmen ambulanter und stationärer Operationstätigkeit** S. 138

RA und FaStR *Jochen Thielmann*, Wuppertal – **Die „vierte Gewalt“ als Kontrollinstanz der Justiz? Die Berichterstattung der Medien in politischen Prozessen am Beispiel des Düsseldorfer Al-Qaida-Verfahrens** S. 149

Die Ausgabe umfasst eine Rezension.

## Entscheidungen

EGMR **Verletzung der Unschuldsvermutung eines Verstorbenen**

BVerfG **Verfassungsmäßigkeit von Normen des TKG**

BGHSt **Vorteil im Sinne der Begünstigung**

BGHSt **Verfassungsunmittelbares Beweisverwertungsverbot für ein akustisch aufgezeichnetes Selbstgespräch in einem KFZ**

BGHR **Umgrenzungsfunktion der Anklageschrift bei Bandentaten oder un-eigentlichen Organisationsdelikten**

BGH **Betrug im automatisierten Mahnverfahren**

BGH **Strikte Verhältnismäßigkeitsprüfung bei der Sicherungsverwahrung**

BGH **Gesetzlicher Richter und Doppelvorsitz in Strafsenaten des BGH**

BGHR **Steuerverkürzung in großem Ausmaß beim Griff in die Staatskasse**

BGH **Vorabentscheidungsverfahren zum erschlichenen Visum**

BGH **Anordnung des Selbstleseverfahrens nach seiner Durchführung**

BGH **Grenzen der Verfahrensrechte des Amtsanwalts beim Fragerecht**

Die Ausgabe umfasst 95 Entscheidungen.

# HRRS

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

## HERAUSGEBER

RA Dr. h. c. Gerhard Strate  
Holstenwall 7, 20355 Hamburg  
[gerhard.strate@strate.net](mailto: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](mailto: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

13. Jahrgang, März 2012, Ausgabe

3

Rechtsprechung

## Strafrechtliche/strafverfahrensrechtliche Entscheidungen des EGMR/BVerfG

### 183. BVerfG 1 BvR 1299/05 (Erster Senat) – Beschluss vom 24. Januar 2012

Verfassungsmäßigkeit von Normen des Telekommunikationsgesetzes; Telekommunikationsgeheimnis; Recht auf informationelle Selbstbestimmung; Telekommunikationsdaten; Telekommunikationsnummern; IP-Adressen (statische; dynamische); Speicherungspflicht; Auskunftspflicht; Auskunftsverfahren (automatisiertes; manuelles); Datenerhebung (anlasslose); Rechtsgrundlage (qualifizierte).

Art. 1 Abs. 1 GG; Art. 2 Abs. 1 GG; Art. 10 Abs. 1 GG;  
§ 95 Abs. 1 TKG; § 111 TKG; § 112 TKG; § 113 TKG

1. Eine Verfassungsbeschwerde unmittelbar gegen gesetzliche Vorschriften über Speicherungs- und Auskunftspflichten bezüglich Telekommunikationsdaten (§§ 111 bis 113 TKG) kann zulässigerweise bereits dann erhoben

werden, wenn der Beschwerdeführer geltend machen kann, als Nutzer von Mobilfunk- und Internetdiensten künftig mit einiger Wahrscheinlichkeit von entsprechenden Maßnahmen betroffen zu sein. Dies ist insbesondere dann der Fall, wenn die nach dem Gesetz möglichen Maßnahmen eine große Streubreite aufweisen, so dass auch Dritte zufällig erfasst werden können, und wenn eine Unterrichtung der Betroffenen von Einzelmaßnahmen gesetzlich nicht vorgesehen ist.

2. Das von Art. 10 Abs. 1 GG gewährleistete Telekommunikationsgeheimnis schützt die unkörperliche Übermittlung von Informationen an individuelle Empfänger mit Hilfe des Telekommunikationsverkehrs vor einer Kenntnisnahme durch die öffentliche Gewalt. Neben dem Inhalt der Kommunikation sind auch die näheren Umstände eines konkreten Kommunikationsvorgangs wie

insbesondere dessen Teilnehmer und Zeitpunkte geschützt, nicht hingegen die Umstände der Bereitstellung von Telekommunikationsdienstleistungen.

3. Nicht unter Art. 10 Abs. 1 GG fällt die Zuordnung einer Telekommunikationsnummer zu einem bestimmten Anschlussinhaber, auch wenn sich hieraus mittelbar, etwa aufgrund weiterer Ermittlungserkenntnisse, die Möglichkeit ergibt, Inhalt oder Umstände konkreter Kommunikationsvorgänge zu erschließen. Hingegen sind Informationen über die Zuordnung dynamischer IP-Adressen von Art. 10 Abs. 1 GG erfasst, weil zu deren Ermittlung als Zwischenschritt der Zugriff auf konkrete Verbindungsdaten erforderlich ist.

4. Die Speicherungs- und Auskunftspflichten in §§ 111 bis 113 TKG greifen in das aus Art. 2 Abs. 1 i. V. m. Art. 1 Abs. 1 GG herzuleitende Recht auf informationelle Selbstbestimmung ein, auch soweit sie lediglich personenbezogene Informationen zu den Modalitäten der Bereitstellung von Telekommunikationsdiensten betreffen. Die Anordnung der Speicherung und Bereitstellung sowie die Übermittlung und der Abruf von Daten sind dabei jeweils eigenständige Eingriffe und bedürfen gesonderter, jeweils verfassungskonformer Rechtsgrundlagen.

5. §§ 111, 112 TKG tragen den Anforderungen des Rechts auf informationelle Selbstbestimmung hinreichend Rechnung. Sie dienen dem legitimen Ziel, die Zuordnung von Telekommunikationsnummern zu ihren Anschlussinhabern zu ermöglichen und setzen für den Datenabruf eigene Ermächtigungsgrundlagen voraus. Trotz des einfachen Abfrageverfahrens sowie der Streubreite und des anlasslosen Charakters der möglichen Maßnahmen sind die Eingriffsnormen verhältnismäßig. Dies gilt insbesondere angesichts der – nach dem gegenwärtigen Stand der Technik und isoliert betrachtet – begrenzten Aussagekraft der Daten, der Beschränkung der abfrageberechtigten Behörden sowie des Gewichts der verfolgten Ziele der Gefahrenabwehr und der Strafverfolgung.

6. Die Vorschriften über das manuelle Abrufverfahren nach § 113 Abs. 1 Satz 1 TKG i. V. m. §§ 111, 95 Abs. 1 TKG sind verfassungskonform so auszulegen, dass für den Datenabruf eine qualifizierte Rechtsgrundlage erforderlich ist, die selbst eine Auskunftspflicht des Telekommunikationsunternehmens begründet, und dass das Verfahren nicht zur Zuordnung dynamischer IP-Adressen herangezogen werden darf.

7. § 113 Abs. 1 Satz 2 TKG ist mit dem Recht auf informationelle Selbstbestimmung unvereinbar, weil er die Auskunft über Zugangssicherungs\_codes nicht – wie aus Gründen der Verhältnismäßigkeit geboten – auf Fälle beschränkt, in denen die gesetzlichen Voraussetzungen für die Nutzung der Codes erfüllt sind.

**182. EGMR Nr. 33468/03 (1. Kammer) – Urteil vom 10. Januar 2012 (Vulakh u.a. v. Russland)**

Verletzung der Unschuldsvermutung eines Verstorbenen durch gerichtliche Schuldunterstellungen; Verletzung der Eigentumsfreiheit durch zivilrechtliche Ver-

antwortlichkeit der Erben eines verstorbenen Angeklagten (Haftung des Erben nach Straftaten des Erblassers; Enteignung; Verfahrensrechte zum Schutz eigenen Eigentums).

Art. 6 Abs. 2 EMRK; Art. 1 Zusatzprotokoll Nr. 1 zur EMRK; Art. 1 Abs. 1 GG; Art. 14 GG; § 1967 BGB

1. Die Unschuldsvermutung ist verletzt, wenn eine gerichtliche Entscheidung oder eine andere Verlautbarung staatlicher Stellen einen Beschuldigten für schuldig erklärt, bevor er nach dem Gesetz in einem Verfahren für schuldig befunden wurde. Art. 6 II EMRK ist auch dann verletzt, wenn der Beschuldigte Selbstmord begeht und ein Gericht nach seinem Tod seine Schuld behauptet, ohne diese förmlich zuvor festgestellt zu haben.

2. Ein Freispruch im Strafverfahren oder die endgültige Verfahrenseinstellung schließen eine zivilrechtliche Schadensersatzklage auf der Grundlage geringerer Beweisforderungen nicht aus. Der Verletzte muss die Möglichkeit haben, nach den allgemeinen Maßstäben des zivilen Deliktsrechts zu klagen. Dies gilt auch nach dem Tod des Beschuldigten. Allerdings ist seinen Erben dann die Möglichkeit einer Verteidigung gegen erhobene Ansprüche einzuräumen. Auch gemäß Art. 1 Zusatzprotokoll Nr. 1 zur EMRK darf das urteilende Gericht die Schuld des Beschuldigten nicht lediglich unter Bezugnahme auf ein Strafverfahren gegen mögliche Mittäter des früheren Beschuldigten unterstellen, an dem die Erben nicht beteiligt waren. Wenn der Verstorbene in einem vorherigen Strafurteil gegen Mitbeschuldigte nur unter Verstoß gegen die Unschuldsvermutung als schuldig bezeichnet wurde, darf sich das urteilende Zivilgericht nicht allein auf das vorherige Strafurteil stützen.

**184. BVerfG 1 BvR 461/08 (1. Kammer des Ersten Senats) – Beschluss vom 9. November 2011 (Thüringer OLG / LG Mühlhausen)**

Meinungsfreiheit; Tatsachenbehauptung; Werturteil; allgemeines Gesetz; Grundrechtsschranke (immanente); Wechselwirkungslehre; Volksverhetzung; Ausschwitzlüge; Verbreiten von Schriften.

Art. 5 Abs. 1 Satz 1 GG; § 130 StGB

1. Der Schutzbereich des Art. 5 Abs. 1 Satz 1 GG erfasst Meinungen im Sinne durch das Element der Stellungnahme und des Dafürhaltens geprägter Äußerungen, unabhängig davon, ob sie sich als wahr oder unwahr erweisen, ob sie begründet oder grundlos, emotional oder rational sind, als wertvoll oder wertlos, gefährlich oder harmlos eingeschätzt werden.

2. Tatsachenbehauptungen sind vom Schutzbereich der Meinungsfreiheit erfasst, soweit sie Voraussetzung für die Bildung von Meinungen und nicht bewusst oder erwiesen unwahr sind. Eine Trennung tatsächlicher und wertender Bestandteile einer Aussage ist nur insoweit zulässig, als dadurch der Sinn der Äußerung nicht verfälscht wird. Im Zweifel ist eine Äußerung im Interesse eines wirksamen Grundrechtsschutzes insgesamt als Meinungsäußerung anzusehen.

3. Auch die Verbreitung nationalsozialistischen Gedankenguts ist nicht von vornherein vom Schutzbereich des

Art. 5 Abs. 1 GG ausgenommen. Das Grundrecht der Meinungsfreiheit unterliegt insoweit jedoch nicht nur der Schranke der allgemeinen, nicht auf das Verbot einer bestimmten Meinung gerichteten Gesetze. Vielmehr ist Art. 5 GG eine Ausnahme vom Verbot des Sonderrechts immanent, soweit es um Normen geht, die – wie § 130 Abs. 4 StGB – die propagandistische Gutheißung der historischen nationalsozialistischen Gewalt- und Willkürherrschaft beschränken.

4. Bei der Anwendung eines den Schutzbereich des Art. 5 Abs. 1 GG einschränkenden Gesetzes ist dieses seinerseits dahingehend einschränkend auszulegen, dass der wertsetzenden Bedeutung des Grundrechts der Meinungsfreiheit Rechnung getragen wird (sog. Wechselwirkung). Untersagt werden dürfen auch nicht Meinungen als solche, sondern nur die Art und Weise ihrer Äußerung, soweit diese die Schwelle zu einer Rechtsgutverletzung überschreitet.

5. Erwiesen unwahre Tatsachenbehauptungen, in denen der Holocaust an den Juden als „Zwecklüge“ bezeichnet und behauptet wird, es sei wissenschaftlich belegt, dass es keine Gaskammern für Menschen gegeben habe, unterfallen insoweit dem Schutzbereich des Art. 5 Abs. 1 GG, als sie in einen Aufsatz eingebettet sind, in welchem vorrangig die Meinung einer fehlenden Schuld Deutsch-

lands am Ausbruch des Zweiten Weltkriegs vertreten wird.

6. Bei der Frage, ob die Weitergabe einer derartigen Schrift das Tatbestandsmerkmal des „Verbreitens“ im Sinne des § 130 Abs. 2 Nr. 1a, Abs. 3, Abs. 5 StGB erfüllt, ist die wertsetzende Bedeutung des Grundrechts der Meinungsfreiheit zu beachten. Dieser Anforderung genügt grundsätzlich die Auslegung des „Verbreitens“ in dem Sinne, dass die Schrift einem größeren, nicht mehr kontrollierbaren Personenkreis zugänglich gemacht worden sein muss.

7. Das Tatbestandsmerkmal des „Verbreitens“ wird jedoch unter Verletzung der Gewährleistung des Art. 5 Abs. 1 GG überdehnt, wenn im Einzelfall die Weitergabe eines einzelnen Exemplars einer Schrift zwischen zwei Personen für ausreichend erachtet wird, ohne dass anhand konkreter Tatsachen belegt ist, dass die Schrift weiteren Personen zugänglich gemacht werden sollte. Dieser Beleg ist nicht bereits dadurch erbracht, dass es sich bei dem Empfänger um einen Gastwirt handelt, der dem Ansinnen des Überbringers der Schrift nicht entgegengetreten ist und in dessen Gaststätte der Überbringer zuvor anlässlich einer TV-Dokumentation über den Zweiten Weltkrieg in nicht näher festgestellter Art und Weise die Kriegsschuld Deutschlands geleugnet hatte.

Rechtsprechung

# Hervorzuhebende Entscheidungen des BGH

## I. Materielles Strafrecht – Allgemeiner Teil

**239. BGH 2 StR 380/11 – Beschluss vom 27. Dezember 2011 (LG Wiesbaden)**

Gefährliche Körperverletzung; Notwehr (Waffeneinsatz); Tat im prozessualen Sinne.  
§ 224 StGB; § 32 StGB; § 264 StPO

Ein in Notwehr abgegebener Schuss lässt auch die Strafbarkeit wegen des damit unmittelbar zusammenfallenden Führens einer Schusswaffe entfallen. Vorausgehende Dauerdelikte des Besitzes und des Führens der Waffe und die eine Zäsur bewirkende anschließende Verwendung der Waffe stellen jedoch andere Taten dar, von denen gegebenenfalls ein Freispruch erforderlich ist.

**191. BGH 3 StR 398/11 – Beschluss vom 6. Dezember 2011 (LG Mönchengladbach)**

Tötungsvorsatz (Beweiswürdigung; Kenntnis der Gefährlichkeit; Schluss auf das voluntative Element; Würdigung einer emotionalen Erregung; Spontantaten).  
§ 212 StGB; § 15 StGB

1. Die für die Annahme des Tötungsvorsatzes notwendige Kenntnis des Angeklagten von der Lebensgefährlichkeit seines Angriffs kann nicht damit begründet werden, dass die Einsichtsfähigkeit des Angeklagten im Sinne der §§ 20, 21 StGB zur Tatzeit unbeeinträchtigt war.

2. Insbesondere bei spontanen, unüberlegten und in affektiver Erregung ausgeführten Handlungen kann aus dem Wissen um den möglichen Tod des Opfers nicht ohne Berücksichtigung der sich aus der Tat und der Persönlichkeit des Täters ergebenden Besonderheiten auf das voluntative Vorsatzelement geschlossen werden. Eine durch Provokationen des Geschädigten bewirkte „emotionale Erregung“ des Angeklagten darf deshalb nicht lediglich beiläufig bei der Erörterung erheblich verminderter Schuldfähigkeit erwähnt werden.

3. Das Erschrecken des Angeklagten über seine Tat zwingt keinesfalls zu dem Schluss, es handele sich lediglich um Reue nach der Tat.

**213. BGH 5 StR 517/11 – Beschluss vom 10. Januar 2012 (LG Bremen)**

Erheblich verminderte Schuldfähigkeit (alkoholgewöhnter Angeklagter; Beweiswürdigung).  
§ 21 StGB; § 261 StPO

1. Bei einem Täter, der zur Tatzeit eine Blutalkoholkonzentration zwischen 2,3 und 2,7 ‰ aufwies, ist die Annahme einer erheblichen Herabsetzung seiner Hemmungsfähigkeit regelmäßig in einem hohen Grad wahrscheinlich.

2. Unauffälligem Verhalten sowie zielstrebigem und planvollem Vorgehen trotz Alkoholgewöhnung und ungetrübtem Erinnerungsvermögen kommt nur ein beschränkter Beweiswert zu, weil gerade erfahrene und alkoholgewöhnte Trinker sich häufig im Rausch noch motorisch kontrollieren und sich äußerlich geordnet verhalten können, obwohl ihr Hemmungsvermögen möglicherweise schon erheblich beeinträchtigt ist.

## Rechtsprechung

## II. Materielles Strafrecht – Besonderer Teil

**238. BGH 2 StR 302/11 – Beschluss vom 3. November 2011 (LG Frankfurt am Main)**

BGHSt; Vorteil im Sinne des § 257 Abs. 1 StGB (an einen Tatbeteiligten gezahlter oder versprochener Tatlohn; Unmittelbarkeitserfordernis; Vorteil aus und für die Tat; Hemmung der Rechtspflege und Wiederherstellung des gesetzmäßigen Zustandes); Kompensation rechtsstaatswidriger Verfahrensverzögerungen nach der Vollstreckungslösung.  
§ 257 Abs. 1 StGB; Art. 6 EMRK; Art. 13 EMRK

1. Vorteil im Sinne des § 257 Abs. 1 StGB ist auch der an einen Tatbeteiligten gezahlte, nicht aber der ihm versprochene Tatlohn. (BGHSt)

2. § 257 StGB unterscheidet nicht zwischen Vorteilen „für“ und „aus“ der Tat, sondern erfasst jeglichen Vorteil, der sich im Zusammenhang mit der Tatbegehung ergibt. Nicht erforderlich ist danach, dass dieser „aus“ der Tat resultiert. (Bearbeiter)

3. Dem steht nicht entgegen, dass nach ständiger Rechtsprechung des Bundesgerichtshofs einschränkend verlangt wird, dass der Vorteil unmittelbar durch die Vortat erlangt ist. Das Unmittelbarkeitserfordernis dient nur dazu, Ersatzvorteile (Vorteilssurrogate) auszuklammern. (Bearbeiter)

4. Das Wesen der Begünstigung liegt in der Hemmung der Rechtspflege, die dadurch bewirkt wird, dass der Täter die Wiederherstellung des gesetzmäßigen Zustandes verhindert, der sonst durch ein Eingreifen des Verletzten oder von Organen des Staates gegen den Vortäter wiederhergestellt werden könnte. Der Täter der Begünstigung beseitigt oder mindert die Möglichkeit, die Wiedergutmachung des dem Verletzten zugefügten Schadens durch ein Einschreiten gegen den Vortäter zu erreichen, das diesem den durch die Vortat erlangtem Vorteil wieder entziehen würde (st. Rspr.). (Bearbeiter)

5. Ein Vorteil im Sinne des § 257 Abs. 1 StGB kann nicht nur ein Vermögensvorteil, sondern jede wirtschaftliche,

rechtliche oder tatsächliche Besserstellung für den Täter sein. Nach der ständigen Rechtsprechung des Bundesgerichtshofs ist jedoch Voraussetzung der Begünstigung, dass der Täter der Begünstigung gegenüber dem Verletzten der Vortat die Möglichkeit der Schadenswiedergutmachung beseitigt oder mindert, die durch die Entziehung der erlangten Vorteile möglich wäre. Diese Möglichkeit der Schadenswiedergutmachung fehlt bei der bloßen Aussicht auf Erlangung eines versprochenen Tatlohns. (Bearbeiter)

**251. BGH 4 StR 491/11 – Beschluss vom 20. Dezember 2011 (LG Dortmund)**

Betrug im automatisierten Mahnverfahren (Erwirkung von Mahnbescheiden und von Vollstreckungsbescheide mittels falscher Angaben; Täuschung; Irrtum: sachgedankliches Mitbewusstsein); Untreue; Computerbetrug; prinzipielle Zulässigkeit des Urkundenbeweises bei Äußerungen von Mitangeklagten.  
§ 263 StGB; § 691 Abs. 1 ZPO; § 692 Abs. 1 Nr. 2 ZPO; § 138 ZPO; § 1 MBearbMahn – NRW vom 28. Januar 1999; § 266 StGB; § 263a StGB; § 249 Abs. 1 StPO; § 250 Satz 2 StPO; § 251 StPO; § 254 Abs. 1 StPO

1. Auch im Mahnverfahren kann durch falsche Tatsachenbehauptungen bei der Antragstellung ein Betrug gemäß § 263 Abs. 1 StGB begangen werden. Der Umstand, dass die Angaben des Antragstellers nicht auf ihre Richtigkeit hin überprüft werden (§ 691 Abs. 1, § 692 Abs. 1 Nr. 2 ZPO), schließt die Annahme eines täuschungsbedingten Irrtums auf Seiten des bearbeitenden Rechtspflegers (§ 20 Nr. 1 RPfG) nicht aus.

2. Als unabhängiges Rechtspflegeorgan (§ 1 RPfG) ist der Rechtspfleger der materiellen Gerechtigkeit verpflichtet (Art. 20 Abs. 3 GG). Er darf daher nicht sehenden Auges einen unrichtigen Titel schaffen. Erlässt er den beantragten Bescheid, geschieht dies regelmäßig in der allgemeinen – nicht notwendig fallbezogen aktualisierten – Vorstellung, dass die nach dem Verfahrensrecht ungeprüft zu übernehmenden tatsächlichen Behauptungen des Antragstellers pflichtgemäß aufgestellt wurden und wahr sind.

3. Es ist jedoch festzustellen, ob die betreffenden Anträge überhaupt von einem Rechtspfleger bearbeitet worden sind. Wurden die Anträge nur maschinell bearbeitet, scheidet eine Strafbarkeit wegen vollendeten Betrugs aus.

4. Der Urkundenbeweis ist immer zulässig, wenn ihn das Gesetz nicht ausdrücklich verbietet (BGH NStZ 1994, 184, 185 mwN.). Schriftliche Erklärungen von Angeklagten, zu denen auch in anderen Verfahren abgegebene eidesstattliche Versicherungen zählen, dürfen daher regelmäßig auch ohne Einverständnis der Beteiligten nach § 249 Abs. 1 StPO verlesen werden. Das Verbot der vernehmungsersetzenden Urkundenverlesung gemäß § 250 Satz 2 StPO mit den in § 251 StPO geregelten Ausnahmen gilt nur für Aussagen von Zeugen, Sachverständigen und Mitbeschuldigten, nicht aber für Aussagen von Mitangeklagten. Aus § 254 Abs. 1 StPO kann in Bezug auf Angeklagte lediglich ein Verbot der Verlesung polizeilicher Protokolle zum Beweis über deren Inhalt, nicht aber ein Verbot der Verlesung anderweitiger schriftlicher Erklärungen hergeleitet werden, sodass auch insoweit kein Verlesungshindernis bestand.

### 227. BGH 1 StR 287/11 – Urteil vom 29. November 2011 (LG Traunstein)

„Dracula-Fall“; Nötigung; Bedrohung; räuberische Erpressung; Anforderungen an einen Freispruch (Gesamtwürdigung; hinreichende Darstellung; Deutung von Äußerungen); Transparenz bei der Verständigung (Gespräche zwischen Staatsanwaltschaft und Verteidigung).

§ 261 StPO; § 240 StGB; § 241 StGB; § 253 StGB; § 255 StGB; § 257c StPO

1. Wird zur Durchsetzung einer unberechtigten Forderung anonym an den Forderungsgegner eine Postkarte mit rumänischen Motiven und mit dem Text „Gebt zurück, was ihr gestohlen habt, ihr Betrüger. Dies ist die letzte Warnung. Vlad Tepes.“ verschickt, liegt in dieser Bezugnahme auf „Dracula“ regelmäßig kein Hinweis auf einen nachdrücklich geführten Kampf für die Gerechtigkeit, sondern eine Drohung.

2. Eine Drohung im Sinne der §§ 240, 241, 253 StGB ist die Ankündigung eines künftigen Übels, auf dessen Eintritt der Täter Einfluss hat oder jedenfalls zu haben vorgibt. Ob ein empfindliches Übel angekündigt ist, richtet sich nach dem Inhalt der Erklärung, der nach dem Empfängerhorizont zu bestimmen ist.

3. Der Vorsatz des Täters muss hier darauf gerichtet sein, dass der Empfänger die Äußerungen als Drohung versteht und ernst nimmt.

4. Wird eine Drohung nicht nur an den Anspruchsgegner, sondern auch an dessen Verwandte verschickt, kann entweder eine tatbestandliche Handlungseinheit vorliegen (wenn nur auf den Anspruchsgegner zusätzlicher Druck ausgeübt wird), oder es können auch Zahlungsaufforderungen an die Verwandten vorliegen, so dass Tatmehrheit vorliegen kann.

5. Genaue zeitliche Grenzen dafür, wann eine für die Zukunft angedrohte Gefahr noch gegenwärtig ist, lassen

sich für die räuberische Erpressung nicht allgemein festlegen. Gegenwärtigkeit kann grundsätzlich auch dann noch vorliegen, wenn dem Opfer eine – nicht zu lang bemessene – Zahlungsfrist gesetzt ist. Entscheidend sind die nicht zuletzt nach Maßgabe der vom Täter für möglich gehaltenen Opfersicht zu beurteilenden Umstände des Einzelfalls, wobei das Revisionsgericht im Wesentlichen nur den vom Tatrichter angelegten Maßstab überprüfen kann.

6. Von Beihilfe, die objektiv die Tat fördert, braucht der Haupttäter nichts zu wissen. Die bloße, objektiv die Tat nicht fördernde Anwesenheit am Tatort kann „psychische“ Beihilfe sein, aber nur, wenn sie dem Haupttäter bekannt ist. Anders kann es liegen, wenn der Angeklagte „Schmiere“ stand und bereit war, wenn nötig zu helfen. Ob dies auch dann zu strafbarer Beihilfe führt, wenn der Haupttäter von der Anwesenheit und der nicht realisierten Bereitschaft zur Hilfe nichts weiß, wird unterschiedlich beurteilt. Nach Auffassung des Senats liegt keine strafbare, sondern nur eine versuchte Beihilfe vor.

7. Verständigungen können außerhalb der Hauptverhandlung vorbereitet werden, jedoch ist dann hierüber Transparenz in der Hauptverhandlung herzustellen. Das Transparenzgebot kennzeichnet das Verfahren über eine Verständigung im Strafverfahren insgesamt, wie sich aus einer Reihe von Bestimmungen über hieraus erwachsende Pflichten des Gerichts ergibt (vgl. § 202a Satz 2 StPO, § 212 StPO, § 243 Abs. 4 StPO, § 257c Abs. 3 StPO, § 267 Abs. 3 Satz 5 StPO, § 273 Abs. 1a StPO). Dies gilt auch für Gespräche, die nur zwischen Staatsanwaltschaft und Verteidigung im Rahmen des (Zwischen- oder) Hauptverfahrens außerhalb der Hauptverhandlung geführt werden.

### 261. BGH 4 StR 632/11 – Beschluss vom 10. Januar 2012 (LG Essen)

Tanken ohne zu bezahlen als (versuchter) Betrug oder Unterschlagung (Täuschung; Geben; Nehmen; Einverständnis; Wegnahme; Subsidiarität).

§ 263 StGB; § 246 StGB; § 22 StGB; § 242 StGB; § 164 StGB

1. War das Bestreben des Täters beim „Tanken ohne zu bezahlen“ von Anfang an darauf gerichtet, das Benzin an sich zu bringen, ohne den Kaufpreis zu entrichten, so macht er sich grundsätzlich nicht des Diebstahls oder der Unterschlagung, sondern des (versuchten) Betruges schuldig. Indem er als Kunde auftritt und sich wie ein solcher verhält, bringt er – jedenfalls in der Regel – durch schlüssiges Verhalten zum Ausdruck, dass er das Benzin nach dessen Erhalt bezahlen werde.

2. Aus dem äußeren Erscheinungsbild der Tathandlung folgt bei natürlicher Betrachtungsweise, dass es sich hier um ein durch Täuschung bewirktes Geben und nicht um ein Nehmen im Sinne eines Gewahrsamsbruchs handelt. Ob mit dem Einfüllen bereits das Eigentum an dem Benzin erlangt wird, kann dabei dahingestellt bleiben.

3. Ein vollendeter Betrug liegt nicht vor, wenn der Täter an einer Selbstbedienungstankstelle tankt, ohne vom Tankstelleninhaber oder dessen Mitarbeiter bemerkt zu

werden. In einem solchen Fall ist regelmäßig vom Tatbestand des versuchten Betruges auszugehen. Da der Täter schon beim Einfüllen mit dem Willen handelt, sich das Benzin zuzueignen, kommt eine Bestrafung wegen Unterschlagung schon wegen deren Subsidiarität (§ 246 Abs. 1 StGB) auch dann nicht in Betracht, wenn er durch den – versuchten oder vollendeten – Betrug nur den Besitz und nicht bereits das Eigentum an diesem erlangt.

**247. BGH 4 StR 404/11 – Beschluss vom 21. Dezember 2011 (LG Bielefeld)**

Sexuelle Nötigung (Ausnutzung einer schutzlosen Lage; Furcht vor der Verlegung in eine stationäre Pflegeeinrichtung); Nötigung; unbegründete Befangenheitsrüge (in Grenzen erlaubte richterliche Unmutsäußerungen).

§ 177 Abs. 1 Nr. 3 StGB; § 240 StGB; § 338 Nr. 3 StPO; § 24 Abs. 2 StPO

1. Nach der – auch vom 1. Strafsenat mit Beschluss vom 12. Januar 2011 (1 StR 580/10, NStZ 2011, 455 f.) nicht in Frage gestellten – neueren Rechtsprechung des Bundesgerichtshofs erfordert die Verwirklichung des Tatbestandes des § 177 Abs. 1 Nr. 3 StGB unter anderem, dass sich das Opfer in einer Lage befindet, in der es möglichen nötigen Gewalteinwirkungen des Täters schutzlos ausgeliefert ist. Diese Schutzlosigkeit muss eine Zwangswirkung auf das Opfer in der Weise entfalten, dass es aus Angst vor einer Gewalteinwirkung des Täters in Gestalt von Körperverletzungs- oder gar Tötungshandlungen einen – ihm grundsätzlich möglichen – Widerstand unterlässt und entgegen seinem eigenen Willen sexuelle Handlungen vornimmt oder duldet.

2. Die vom Landgericht festgestellte Befürchtung der Geschädigten, sie müsse im Fall einer Strafanzeige mit einer einschneidenden Verschlechterung ihrer ambulanten Pflege und Versorgung rechnen oder gar eine von ihr nicht gewünschte Verlegung in eine stationäre Pflegeeinrichtung gewärtigen, vermag die Verurteilung nach § 177 Abs. 1 Nr. 3 StGB nicht zu tragen.

3. Die in der Hauptverhandlung von einem Vorsitzenden Richter während einer Erörterung mit dem Verteidiger verwendete Formulierung, nach seiner Einschätzung solle mit den soeben gestellten Beweisanträgen belegt werden, die Ausführungen der zuvor gehörten medizini-

schen Sachverständigen seien „Mumpitz“ oder „Unfug“, vermag für sich genommen bei verständiger Würdigung die Besorgnis der Befangenheit noch nicht zu begründen. Dies gilt jedenfalls dann, wenn der Verteidiger selbst zunächst ungeachtet fortbestehender Differenzen in der Sache nur äußert, er bewerte die Wortwahl des Vorsitzenden als „etwas zu salopp“.

4. Dem Vorsitzenden Richter sind nachvollziehbare, momentane Unmutsaufwallung in Reaktion auf das vorherige Verhalten des Verteidigers zu gestatten. Allerdings sind auch Unmutsäußerungen von Mitgliedern des erkennenden Gerichts als Reaktion auf das Verhalten anderer Verfahrensbeteiligter Grenzen gesetzt, die – je nach den Umständen des Einzelfalles – dann überschritten sein können, wenn sie in der Form überzogen sind oder in der Sache – immer bei der gebotenen verständigen Würdigung aus Sicht des Angeklagten – bei diesem die Befürchtung von Voreingenommenheit aufkommen lassen können.

5. Dies kann unter Umständen dann zu bejahen gewesen, wenn die Äußerungen des Vorsitzenden aus Sicht eines verständigen Angeklagten nur dahin hätten verstanden werden können, er, der Vorsitzende, sei von vornherein nicht gewillt, die vom Verteidiger soeben gestellten Beweisanträge als ernsthaften Beitrag zur Wahrheitsfindung aufzufassen.

**234. BGH 1 StR 582/11 – Beschluss vom 14. Dezember 2011 (LG Karlsruhe)**

Konkurrenzen zwischen Bedrohung und Nötigung (Strafschärfung trotz Verdrängung des Tatbestandes).

§ 52 StGB; § 240 StGB; § 241 StGB; § 46 StGB

1. Die Bedrohung tritt hinter dem spezielleren Vergehen der Nötigung (§ 240 StGB) zurück, wenn die Bedrohung das Mittel der Nötigung war.

2. Die Verwirklichung des zurücktretenden Tatbestandes kann aber bei der Strafzumessung erschwerend berücksichtigt werden. Dies gilt jedenfalls dann, wenn die Erfüllung von Merkmalen des verdrängten Gesetzes gegenüber dem Tatbestand des angewandten Gesetzes selbständiges Unrecht enthalten. So liegt es zum Beispiel, wenn der Genötigte unter Vorhaltung eines Messers mit dem Tode bedroht wird.

Rechtsprechung

III. Strafzumessungs- und Maßregelrecht

**217. BGH 5 StR 535/11 – Beschluss vom 24. Januar 2012 (LG Berlin)**

Unterbringung in der Sicherungsverwahrung (strikte Verhältnismäßigkeitsprüfung; schwere Gewalttaten; besonders schwerer Raub).

§ 66 StGB; § 66a StGB; § 249 StGB; § 250 Abs. 2 StGB

1. Ob es sich bei von einem Täter in Zukunft zu erwartenden Taten um schwere Gewalttaten im Sinne der vom Bundesverfassungsgericht (HRRS 2011 Nr. 488) gesetzten Maßstäbe handelt, ist nicht alleine anhand der gesetzgeberischen Abstufung der Anlassdelikte der Sicherungsverwahrung zu entscheiden, etwa nach den Katalo-

gen in § 66 Abs. 1 Nr. 1, § 66 Abs. 3 Satz 1 und § 66a Abs. 2 Nr. 1 StGB nF; diese bietet allenfalls eine erste Orientierung.

2. Vorsätzliche Tötungsdelikte und Vorsatzdelikte mit qualifizierender Todesfolge sind grundsätzlich als schwere Gewaltstraftaten anzusehen.

3. Dies gilt dies für Raubdelikte ungeachtet der in den Fällen der §§ 249, 250, 255 StGB hohen Strafdrohungen und der für die Tatopfer oftmals gewichtigen psychischen Auswirkungen nicht ohne Weiteres. Sie können vielmehr nur in Abhängigkeit von ihren – auf der Grundlage konkreter Umstände in der Person oder dem Verhalten des Betroffenen – vorhersehbaren individuellen Umständen als schwere Gewalttaten gewertet werden. Dabei spielt vor allem das Ausmaß der eingesetzten oder angedrohten Gewalt bei den zu prognostizierenden Straftaten eine mitbestimmende Rolle.

4. Die „strikte Verhältnismäßigkeitsprüfung“ im Sinne von BVerfG HRRS 2011 Nr. 488 verlangt, dass bei beiden Elementen der Gefährlichkeit (Erheblichkeit weiterer Straftaten und Wahrscheinlichkeit ihrer Begehung) ein gegenüber der bisherigen Rechtsanwendung strengerer Maßstab angelegt wird.

### **233. BGH 1 StR 580/11 – Urteil vom 10. Januar 2012 (LG Baden-Baden)**

Versuchter Prozessbetrug; Strafaussetzung zur Bewährung (besondere Gründe: mangelndes Geständnis; Selbstbelastungsfreiheit); Gesamtstrafenbildung in vollen Jahren und Monaten; Abfassung der Urteilsgründe (überflüssige Ausführungen).

Art. 1 GG; Art. 2 Abs. 1 GG; Art. 6 EMRK; § 263 StGB; § 22 StGB; § 39 StGB; § 56 StGB; § 267 StPO

1. Besondere Umstände im Sinne des § 56 Abs. 2 StGB dürfen nicht deshalb verneint werden, weil die Angeklagte nicht geständig war. Im Einzelfall kann in entsprechenden Ausführungen aber lediglich ein Hinweis auf das Fehlen eines Geständnisses liegen.

2. Hypothetische Überlegungen dazu, wie es sich auswirken könnte, wenn etwas, was nicht vorliegt, doch vorläge oder umgekehrt, sind in einem Urteil überflüssig. Sie können die Klarheit von Feststellungen oder Wertungen beeinträchtigen, zu Missdeutungen Anlass geben, letztlich sogar den Bestand eines Urteils gefährden und sollen unterbleiben.

### **262. BGH 1 StR 559/11 – Beschluss vom 12. Januar 2012 (LG Augsburg)**

Strafzumessung (Auswirkungen der Verurteilung auf das Berufsleben: Vorbereitungsdienst, zwingende Entlassung aus dem Beamtenverhältnis, Erörterungsmangel).

§ 46 StGB; § 24 Abs. 1 BeamStG; § 5 Abs. 1 BayLBG

Tritt ein Referendar seinen Vorbereitungsdienst in Kenntnis des gegen ihn wegen bandenmäßigen Anbaus von Betäubungsmitteln geführten Strafverfahrens an, braucht das Tatgericht in einem Wegfall der Anwärterbe-

züge oder der in dieser Zeit erworbenen (allenfalls sehr geringen) Versorgungsanwartschaften keinen bestimmenden und daher erörterungsbedürftigen Strafzumessungsgrund zu sehen.

### **189. BGH 3 StR 374/11 – Beschluss vom 20. Dezember 2011 (LG Hannover)**

Nachträgliche Bildung der Gesamtstrafe; Verschlechterungsverbot; Unterbringung in einer Entziehungsanstalt (Hang); mehrere Maßregeln (Verhältnismäßigkeit; mildere Maßregel; Unsicherheiten).

§ 55 StGB; § 301 StPO; § 358 StPO; § 64 StGB; § 66 StGB; § 72 StGB

1. Bei Aufhebung einer Gesamtstrafe durch das Revisionsgericht und Zurückverweisung der Sache an das Tatgericht ist die Gesamtstrafe auch im zweiten Durchgang nach Maßgabe der Vollstreckungssituation zum Zeitpunkt der ersten tatrichterlichen Verhandlung vorzunehmen.

2. Liegen die tatbestandlichen Voraussetzungen mehrerer Maßregeln der Besserung und Sicherung vor, so ist gem. § 72 Abs. 1 StGB die mildere anzuordnen, sofern der Zweck der Maßregeln durch sie allein erreicht werden kann. Unsicherheiten über den Erfolg allein der milderen Maßnahme führen zur kumulativen Anordnung der Maßregeln.

### **192. BGH 3 StR 413/11 – Urteil vom 19. Januar 2012 (LG Wuppertal)**

Strafzumessung (ausdrückliche Erörterung bereits erwähnter Umstände; Beseitigung von Tatspuren; besondere Haftempfindlichkeit; unvertretbare Milde; gerechter Schuldausgleich).

§ 46 StGB

1. Dass in den Strafzumessungsgründen eine Erwägung nicht ausdrücklich wiederholt wird, lässt nicht ohne weiteres den Schluss zu, das Tatgericht habe sie bei der Zumessung der Strafe übersehen.

2. Den Versuch eines Angeklagten, Tatspuren zu beseitigen, darf der Tatrichter nicht zu seinen Lasten werten.

### **188. BGH 3 StR 370/11 – Beschluss vom 10. Januar 2012 (LG Berlin)**

Unterbringung in einem psychiatrischen Krankenhaus; schwere andere seelische Abartigkeit (paranoide Persönlichkeitsstörung).

§ 63 StGB; § 20 StGB

Ob eine paranoide Persönlichkeitsstörung als schwere andere seelische Abartigkeit im Sinne des § 20 StGB qualifiziert werden kann, hängt davon ab, ob es im Alltag des Täters zu Einschränkungen des beruflichen oder sozialen Handlungsvermögens gekommen ist und die Persönlichkeitsstörung sein Leben vergleichbar nachhaltig und mit ähnlichen Folgen belastet oder einengt wie eine krankhafte seelische Störung.

### **249. BGH 4 StR 487/11 – Beschluss vom 20. Dezember 2011 (LG Paderborn)**

Rechtsfehlerhaftes Absehen von der Unterbringung des Angeklagten in einer Entziehungsanstalt (konkrete Erfolgsaussicht).  
§ 64 StGB

Soweit das Tatgericht die Anordnung der Maßregel gemäß § 64 Satz 2 StGB wegen einer mangelnden hinreichend konkreten Erfolgsaussicht verneinen will, weil „Erfahrungen in der Vergangenheit“ gegen diese sprechen, muss das Tatgericht dazu konkrete tatsächliche Feststellungen treffen, die das Revisionsgericht in die Lage versetzen, die Maßregelentscheidung beurteilen zu können.

**195. BGH 3 StR 421/11 – Beschluss vom 20. Dezember 2011 (LG Verden)**

## Rechtsprechung

### IV. Strafverfahrensrecht mit GVG

**268. BGH 2 StR 509/10 – Urteil vom 22. Dezember 2011 (BGH)**

BGHSt; verfassungsunmittelbares (selbständiges) Beweisverwertungsverbot für ein mittels akustischer Überwachung in einem Kraftfahrzeug aufgezeichnetes Selbstgespräch (Schutz für Mitangeklagte; geschützter Kernbereich; Menschenwürde; Tagebuchentscheidung).  
Art. 1 Abs. 1 GG; Art. 2 Abs. 1 GG; § 100 f StPO

1. Ein in einem Kraftfahrzeug mittels akustischer Überwachung aufgezeichnetes Selbstgespräch eines sich unbeobachtet fühlenden Beschuldigten ist im Strafverfahren – auch gegen Mitbeschuldigte – unverwertbar, da es dem durch Art. 2 Abs. 1 GG in Verbindung mit Art. 1 Abs. 1 absolut geschützten Kernbereich der Persönlichkeit zuzurechnen ist (im Anschluss an BGH, Urteil vom 10. August 2005 – 1 StR 140/05, BGHSt 50, 206). (BGHSt)

2. Ob das nichtöffentlich gesprochene Wort zum absolut geschützten Kernbereich oder zu dem nur relativ geschützten Bereich des allgemeinen Persönlichkeitsrechts gehört, ist durch Gesamtbewertung aller Umstände im Einzelfall festzustellen. Für den stärkeren Schutz spricht die Eindimensionalität der „Selbstkommunikation“, die Nichtöffentlichkeit der Äußerungssituation, die mögliche Unbewusstheit der Äußerungen im Selbstgespräch, die Identität der Äußerung mit den inneren Gedanken beim Selbstgespräch und die Flüchtigkeit des gesprochenen Wortes. Es kommt nicht darauf an, ob die Äußerung in einer Wohnung getroffen wurde. (Bearbeiter)

3. Auf den Inhalt der Gedankenäußerung und dessen mehr oder weniger großen Sozialbezug kommt es bei Selbstgesprächen – anders als bei Tagebüchern, Zwiegesprächen oder der Erfassung des Gesprächs eines Beschuldigten mit Dritten –, die an einem nichtöffentlichen Ort geschehen, nicht entscheidend an. (Bearbeiter)

Unterbringung in einer Entziehungsanstalt (Hang).  
§ 64 StGB

1. Der Hang im Sinne von § 64 StGB verlangt eine chronische, auf körperlicher Sucht beruhende Abhängigkeit oder zumindest eine eingewurzelte, auf psychischer Disposition beruhende oder durch Übung erworbene intensive Neigung, immer wieder Alkohol oder andere Rauschmittel zu sich zu nehmen.

2. Ausreichend für die Annahme eines Hangs zum übermäßigen Genuss von Rauschmitteln ist jedenfalls, dass der Betroffene aufgrund seiner Konsumgewohnheiten sozial gefährdet oder gefährlich erscheint.

4. Der Kernbereichsschutz entfällt nur, wenn der Grundrechtsträger den Bereich der privaten Lebensgestaltung von sich aus öffnet, bestimmte Angelegenheiten der Öffentlichkeit zugänglich macht und damit die Sphäre anderer oder die Belange der Gemeinschaft berührt. Dies geschieht nicht ohne weiteres schon dadurch, dass er sich außerhalb des besonders geschützten Bereichs seiner Wohnung im Sinne von Art. 13 Abs. 1 GG aufhält, sofern er einen anderen Rückzugsraum wählt, in dem er sich unbeobachtet fühlen kann. (Bearbeiter)

5. Das Beweisverbot umfasst ein Beweiserhebungsverbot für die Hauptverhandlung bezüglich der im Vorverfahren erlangten Informationen. (Bearbeiter)

**228. BGH 1 StR 412/11 – Urteil vom 24. Januar 2012 (LG Karlsruhe)**

BGHR; Umgrenzungsfunktion der Anklageschrift bei Bandentaten oder „uneigentlichen Organisationsdelikten“ (Maßstab des Schuldspruchs; Unwirksamkeit der Anklage; Informationsfunktion).

§ 200 StPO; § 264 StPO; § 263 Abs. 5 StGB; § 207 StPO; § 210 StPO

1. Die Umgrenzungsfunktion der Anklageschrift gebietet auch bei Bandentaten oder „uneigentlichen Organisationsdelikten“ nicht, dass für die Bestimmtheit des Anklagevorwurfs i.S.d. § 200 Abs. 1 Satz 1 StPO mehr an Substanz verlangt wird als materiellrechtlich für einen Schuldspruch erforderlich ist. (BGHR)

2. Eine Anklage ist nur dann unwirksam mit der Folge, dass das Verfahren wegen Fehlens einer Prozessvoraussetzung einzustellen ist, wenn etwaige Mängel ihre Umgrenzungsfunktion betreffen. Mängel der Informationsfunktion berühren ihre Wirksamkeit dagegen nicht; insoweit können Fehler auch noch in der Hauptverhand-

lung durch Hinweise entsprechend § 265 StPO geheilt werden. (Bearbeiter)

3. Wenn sich mehrere Täter zu einer Bande zusammenschließen, hat dies nicht zur Folge, dass jedes von einem der Mitglieder aufgrund der Bandenabrede begangene Betrugsdelikt den anderen Bandenmitgliedern ohne weiteres als gemeinschaftlich begangene Straftat i.S.d. § 25 Abs. 2 StGB zugerechnet werden kann. Allein die Bandenmitgliedschaft und ein Handeln im Interesse der Bande ohne konkreten Bezug zu einer von anderen Bandenmitgliedern begangenen Straftat genügt nicht, um eine Strafbarkeit des Bandenmitglieds wegen einer Bandentat zu begründen. Wegen einer Tat, die „aus der Bande heraus“ begangen wird, kann als Täter oder Teilnehmer nur bestraft werden, wenn er an dieser konkreten Tat mitgewirkt hat. (Bearbeiter)

4. Diese materiell-rechtliche Frage der Strafbarkeit eines Angeklagten ist von der Problematik der Umgrenzungsfunktion einer Anklageschrift zu trennen. Die Verneinung einer Bandenabrede durch den Tatrichter und auch die Nichtannahme eines „uneigentlichen Organisationsdeliktes“ mögen dazu führen, dass noch strengere Anforderungen an die Feststellung der konkreten Tatbeiträge eines jeden Angeklagten an den jeweiligen Taten zu stellen sind, sie führen aber nicht dazu, dass die vorher zu Recht (im Eröffnungsbeschluss) angenommene Einhaltung der Umgrenzungsfunktion entfällt. (Bearbeiter)

**266. BGH 2 StR 346/11 – Urteil vom 8. Februar 2012 (LG Gera)**

Gesetzlicher Richter (Doppelvorsitz Ernemann; Beschleunigungsgebot; Verbot der Rechtsschutzverweigerung); Absehen von der Anordnung der Sicherungsverwahrung nach den Maßgaben des Bundesverfassungsgerichts (Beruhen).

Art. 101 Abs. 1 Satz 2 GG; Art. 19 Abs. 4 GG; Art. 6 Abs. 1 Satz 1 EMRK; § 21e Abs. 1 Satz 1 GVG; § 66 StGB; § 337 StPO

1. Eine Spruchgruppe des 2. Strafsenats hält ihre Ansicht aufrecht, dass sie mit dem Doppelvorsitz des Vorsitzenden Richter am BGH Dr. Ernemann nicht ordnungsgemäß besetzt sei. Der Senat gibt dem Verfahren dennoch Fortgang, da er nach der Entscheidung des Präsidiums, keine Maßnahmen zur Änderung des Geschäftsverteilungsplans zu ergreifen, keine rechtliche Möglichkeit sieht, den Verfahrensbeteiligten in überschaubarer Zeit zu einer Entscheidung durch ein ordnungsmäßig besetztes Revisionsgericht zu verhelfen.

2. Bei dieser besonderen Fallkonstellation hat die richterliche Unabhängigkeit nach Art. 97 Abs. 1 GG partiell zurückzustehen. Der Senat ist nach der Entscheidung des Präsidiums gehalten, in seiner Meinung nach verfassungswidriger Besetzung zu entscheiden.

3. Beschlüsse eines gerichtlichen Präsidiums zur Geschäftsverteilung sind nach Auffassung des Senats hinsichtlich der ordnungsgemäßen Besetzung nicht bindend. Jeder Spruchkörper hat bei auftretenden Bedenken die Ordnungsmäßigkeit seiner Besetzung von Amts wegen zu prüfen und darüber zu entscheiden.

**226. BGH StB 20/11 – Beschluss vom 10. Januar 2012 (OLG Stuttgart)**

Beugehaft gegen einen Zeugen (Verhältnismäßigkeit; Haftunfähigkeit; Rote Armee Fraktion: RAF; Fall Bublick); Auskunftsverweigerungsrecht; Zweck des Strafverfahrens; Wertesystem der Verfassung; Rechtsstaatsprinzip.

§ 70 StPO; § 55 StPO; Art. 20 Abs. 3 GG; Art. 2 Abs. 2 GG

1. Die Anordnung der Beugehaft gegen einen Zeugen steht – anders als die der Maßnahmen nach § 70 Abs. 1 StPO – im Ermessen des Gerichts. Dabei sind sowohl die Aufklärungspflicht als auch der Grundsatz der Verhältnismäßigkeit zu beachten.

2. Da § 70 StPO keine speziellen materiellen Voraussetzungen zum Schutz des Freiheitsgrundrechts des Zeugen vorsieht, kommt dem Verhältnismäßigkeitsgrundsatz hier besondere Bedeutung zu. Danach muss die Beugehaft nach den Umständen des Falles unerlässlich sein und darf zur Bedeutung der Strafsache und der Aussage für den Ausgang des Verfahrens nicht außer Verhältnis stehen.

3. Die Auswirkungen einer Beugehaft auf die Gesundheit eines Zeugen bis hin zu einer Bedrohung seines Lebens sind bereits bei der Anordnung und nicht erst bei der Vollziehung der Maßnahme zu berücksichtigen.

4. Die besondere Bedeutung der Aufgabe des Strafverfahrens, die wichtigsten Individual- und Gemeinschaftsgüter zu schützen, darf auch in Fällen schwerer und schwerster Kriminalität nicht den Blick darauf verstellen, dass die Strafverfolgung stets mit Eingriffen in die Rechte der vom Verfahren Betroffenen einhergeht und Rechtsgüter der Gemeinschaft beeinträchtigen kann. Auch deren Schutz ist dem Staat aufgegeben. Der Zweck des Strafverfahrens würde daher verfehlt, wenn es den Strafverfolgungsorganen zur Aufdeckung und Ahndung einer Rechtsgutsverletzung gestattet wäre, unbegrenzt in andere Individual- oder Gemeinschaftsgüter einzugreifen.

5. Das Wertesystem der Verfassung, das zu schützen Zweck des Strafverfahrens ist, setzt diesem daher gleichzeitig auch Schranken. Deshalb gilt – auch in Fällen terroristisch motivierter Tötungsdelikte – der Grundsatz, dass die Wahrheit nicht um jeden Preis, etwa den Preis der hohen Gefährdung des Lebens eines schwer erkrankten Zeugen, erforscht werden darf.

**235. BGH 1 StR 587/11 – Beschluss vom 10. Januar 2012 (LG Regensburg)**

Inbegriffsrüge (Selbstleseverfahren: Protokollierung der tatsächlichen Kenntnisnahme, Anordnung nach Durchführung; Beruhen).

§ 261 StPO; § 249 Abs. 2 Satz 3 StPO; § 337 StPO

1. Ein Selbstleseverfahren kann auch angeordnet und wegen früheren Geschehens sogleich als durchgeführt erklärt werden. Die übrigen Verfahrensbeteiligten müssen sich aber nicht darauf verweisen lassen, dass sie schon zuvor Gelegenheit zum Lesen der Urkunden ge-

habt hätten. Da sie aber auf die Kenntnisnahme vom Inhalt der Urkunden sogar ganz verzichten können, genügt die in der Hauptverhandlung unwidersprochen gebliebene Feststellung des Vorsitzenden, die übrigen Verfahrensbeteiligten hätten bereits ausreichende Gelegenheit zur Kenntnisnahme gehabt.

2. Urkunden und sonstige Schriftstücke sind nur dann im Blick auf ein Selbstleseverfahren ordnungsgemäß in die Hauptverhandlung eingeführt, wenn nach dessen Durchführung (als wesentliche Verfahrensförmlichkeit, §§ 273, 274 StPO) zu Protokoll festgestellt ist, dass die Mitglieder des Gerichts vom Wortlaut der Urkunden und/oder sonstigen Schriftstücke Kenntnis genommen haben und die übrigen Verfahrensbeteiligten hierzu Gelegenheit hatten (§ 249 Abs. 2 Sätze 1 und 3 StPO). Die Feststellung, die Mitglieder des Gerichts hätten Gelegenheit zur Kenntnisnahme gehabt, wird den Anforderungen des Gesetzes nicht gerecht.

3. Ein Urteil beruht (§ 337 Abs. 1 StPO) auf dem aufgezeigten Mangel, wenn nicht auszuschließen ist, dass wesentliche Urteilsfeststellungen durch die nicht in einem ordnungsgemäß durchgeführten Selbstleseverfahren in die Hauptverhandlung eingeführten Urkunden und/oder Schriftstücke beeinflusst worden sind. Allein der Umstand, dass das Selbstleseverfahren durchgeführt worden ist, belegt die Bedeutung der Urkunden und/oder Schriftstücke für die Urteilsfeststellungen nicht, selbst die bloße Erwähnung eines Beweismittels bei der gelegentlich anzutreffenden, rechtlich nicht gebotenen und daher überflüssigen floskelhaften Aufzählung der Beweismittel besagt nicht notwendig, dass sich aus ihm etwas Wesentliches für die Urteilsfindung ergeben haben muss. Maßgeblich sind letztlich die Umstände des Einzelfalls, insbesondere die konkreten Ausführungen zur Beweiswürdigung (vgl. BGH aaO).

4. Die auf einen Vorhalt von Urkunden erfolgte Zeugen- aussage kann nicht den Inhalt der Urkunde bestätigen, sondern nur das, was der Zeuge zu dem ihm vorgehaltenen Inhalt gesagt hat.

**267. BGH 2 StR 482/11 – Urteil vom 11. Januar 2012 (LG Koblenz)**

Gesetzlicher Richter (Doppelvorsitz Ernemann); Anforderungen an einen rechtsfehlerfreien Freispruch. Art. 101 Abs. 1 Satz 2 GG; § 261 StPO; § 21e Abs. 1 Satz 1 GVG

1. Der 2. Strafsenat ist mit dem Vorsitzenden Richter am BGH Dr. Ernemann ordnungsgemäß besetzt.

2. Der Tatrichter ist gehalten, die Gründe für den Freispruch so vollständig und genau zu erörtern, dass das Revisionsgericht in die Lage versetzt wird, an Hand der Urteilsgründe zu prüfen, ob der Freispruch auf rechtsfehlerfreien Erwägungen beruht. Insbesondere muss er sich mit den von ihm festgestellten Tatsachen unter allen für die Entscheidung wesentlichen Gesichtspunkten auseinandersetzen, wenn sie geeignet sind, das Beweisergebnis zu beeinflussen (BGH NJW 2008, 2792).

**187. BGH 3 StR 281/11 – Beschluss vom 29. November 2011 (LG Wuppertal)**

Zuständigkeit des Amtsanwalts; Übertragung von Verfahrensrechten auf unzuständigen Amtsträger (Beruhen); Fragerecht; Rekonstruktionsverbot (Ergebnis der Beweisaufnahme; protokollierungspflichtige Vorgänge).

§ 240 Abs. 2 Satz 1 StPO; § 142 GVG; § 145 Abs. 2 GVG; § 337 StPO; § 273 StPO

1. Das Verbot der Rekonstruktion der Hauptverhandlung betrifft zum einen das im Urteil festzustellende Ergebnis der Beweisaufnahme, soweit es nicht – wie etwa der Wortlaut von Urkunden – der unmittelbaren Kenntnisnahme durch das Revisionsgericht offensteht. Es gilt daher für den Inhalt der Einlassung des Angeklagten oder der Aussagen von Zeugen und Sachverständigen. Zum anderen hat eine Rekonstruktion von Verfahrensvorgängen zu unterbleiben, die als wesentliche Förmlichkeiten der Hauptverhandlung (§ 273 Abs. 1, 1a StPO) protokollierungspflichtig sind und daher allein durch die Sitzungsniederschrift bewiesen werden können.

2. Verfahrenstatsachen, die nicht vom Rekonstruktionsverbot erfasst sind, hat das Revisionsgericht im Freibeweis aufzuklären, soweit sie entscheidungserheblich sind.

3. Nach §§ 142, 145 Abs. 2 GVG dürfen Staatsanwälte das Amt der Staatsanwaltschaft nur bei den Amtsgerichten wahrnehmen. In Verhandlungen vor den Landgerichten dürfen ihnen Verfahrensrechte der Staatsanwaltschaft nicht übertragen werden, auch nicht unter Aufsicht eines Staatsanwaltes.

4. Das gesetzliche Verbot für Staatsanwälte, Verfahrensrechte der Staatsanwaltschaft vor den Landgerichten wahrzunehmen, darf nicht durch die Einräumung eines umfassenden Fragerechts in der Hauptverhandlung nach § 240 Abs. 2 Satz 1 StPO umgangen werden.

**248. BGH 4 StR 469/11 – Beschluss vom 24. Januar 2012 (LG Kaiserslautern)**

Unzulässige Befangenheitsanträge gegen Richter des 4. Strafsenats des BGH wegen eines bestellten Verwerfungsantrages (fernmündliche Kontaktaufnahme des Berichterstatters mit dem Generalbundesanwalt und ergänzende Stellungnahme des GBA; Verspätung; analoge Anwendung des § 25 Abs. 2 Satz 2 StPO, Anhörungsrüge, Überlastung der Richter nach Doppelbesetzung des Vorsitzendenamtes).

§ 349 Abs. 2, Abs. 3 StPO; § 356a StPO; § 26a StPO; § 25 Abs. 2 Satz 2 StPO

1. Entscheidet das Gericht außerhalb der Hauptverhandlung im Beschlusswege (hier gemäß § 349 Abs. 2 StPO), so kann ein Ablehnungsgesuch in entsprechender Anwendung des § 25 Abs. 2 Satz 2 StPO nur so lange statthaft vorgebracht werden, bis die Entscheidung ergangen ist.

2. Etwas anderes gilt auch dann nicht, wenn die Ablehnung mit einem Antrag nach § 356a StPO verbunden

wird, der sich, deswegen als unbegründet erweist, weil die gerügte Verletzung des Art. 103 Abs. 1 GG nicht vorliegt, so dass insoweit nicht mehr in eine erneute Sachprüfung einzutreten ist. § 356a StPO verfolgt allein den Zweck, dem Revisionsgericht, das in der Sache entschieden hat, Gelegenheit zu geben, im Falle des Verstößes gegen den Anspruch auf rechtliches Gehör diesem Mangel durch erneute Sachprüfung selbst abzuwehren, um hierdurch ein Verfassungsbeschwerdeverfahren zu vermeiden.

3. Auch die vermeintliche „Überforderung“ der abgelehnten Richter durch die Aufgabenzuweisungen in dem ab 1. Januar 2012 geltenden Geschäftsverteilungsplan des Bundesgerichtshofs begründet nicht „ausnahmsweise rückwirkend“ die Möglichkeit, im Verfahren über die Anhörungsrüge eine verspätete und daher unzulässige Befangenheitsanträge anbringen zu können.

**225. BGH StB 19/11 – Beschluss vom 12. Januar 2012 (Ermittlungsrichter des Bundesgerichtshofs)**

Antrag auf gerichtliche Entscheidung gegen Beschränkungen im Vollzug der Untersuchungshaft (kein Devolutiveffekt); Beschwerde gegen Haftentscheidung des Ermittlungsrichters des Bundesgerichtshofs; Verfügung.

§ 119 StPO; § 304 Abs. 5 StPO

1. Nach § 304 Abs. 5 StPO ist eine Beschwerde gegen Verfügungen des Ermittlungsrichters des Bundesgerichtshofs nur zulässig, wenn sie die Verhaftung, einstweilige Unterbringung, Beschlagnahme, Durchsuchung oder die in § 101 Abs. 1 StPO bezeichneten Maßnahmen betreffen. Unter „Verfügungen“ in diesem Sinne sind auch solche im Vorverfahren getroffenen Entscheidungen zu verstehen, die als Beschluss ergehen.

2. Regelungen für den Vollzug der Untersuchungshaft gemäß § 119 Abs. 1 StPO sind keine beschwerdefähigen „Verfügungen“ im Sinne des § 304 Abs. 5 StPO.

3. Die Verhaftung betreffen im Sinne des § 304 Abs. 5 StPO nur diejenigen Beschlüsse, mit denen unmittelbar entschieden wird, ob der Beschuldigte in Haft zu nehmen oder zu halten ist, nicht aber solche, mit denen über das Wie des Vollzugs der Untersuchungshaft entschieden wird.

4. § 119 Abs. 5 Satz 1 StPO eröffnet den Antrag auf gerichtliche Entscheidung gegen Anordnungen nach § 119 Abs. 1 StPO, soweit nicht das Rechtsmittel der Beschwerde statthaft ist. Zur Entscheidung hierüber ist das nach § 126 StPO zuständige Gericht berufen. Die Norm führt kein von der nächsten Instanz zu bescheidendes neues Rechtsmittel ein, sondern gibt nur die Möglichkeit, eine weitere Überprüfung durch das nach § 126 StPO zuständige Gericht zu veranlassen; der Antrag hat damit keinen Devolutiveffekt. Letztlich bestehen Parallelen zur Gegenvorstellung.

**224. BGH StB 16/11 – Beschluss vom 20. Dezember 2011 (LG Mainz)**

Polizei- und Ordnungsbehördengesetz Rheinland-Pfalz; Rechtswegzuweisung zur ordentlichen Gerichtsbarkeit; Gesamtverweisung; FamFG; Rechtsbeschwerde; Beschwerdegericht (fehlende Zuständigkeit); rechtliches Gehör; Zweck des Richtervorbehalts; effektiver Rechtsschutz.

§ 21 POG-RP; § 28 POG-RP; § 72 Abs. 2 FamFG; Art. 103 Abs. 1 GG; Art. 19 Abs. 4 GG

1. Der Bundesgerichtshof hat im Rechtsbeschwerdeverfahren über heimliche Ermittlungsmaßnahmen nach Landespolizeirecht die fehlende Zuständigkeit des Beschwerdegerichts von Amts wegen zu berücksichtigen.

2. In Fällen, in denen der Betroffene auf eine bevorstehende gerichtliche Entscheidung keinen Einfluss nehmen kann, soll die Einschaltung des Richters gewährleisten, dass die Interessen der nicht gehörten Beteiligten gebührend berücksichtigt und insbesondere die gesetzlichen Voraussetzungen derartiger Eingriffe genau beachtet werden. Damit wäre es nicht vereinbar, eine grundsätzlich von Amts wegen vorzunehmende Zuständigkeitsprüfung mit der Begründung zu versagen, die Prüfung entspreche nicht dem Willen des Gesetzgebers zur Verfahrensbeschleunigung und zur Entlastung der Rechtsmittelgerichte, denn der von einer heimlichen Ermittlungsmaßnahme hatte gerade nicht die Möglichkeit, eine etwa fehlende Zuständigkeit des Beschwerdegerichts zu rügen.

3. Die nachträgliche Prüfung der Rechtmäßigkeit einer heimlichen Ermittlungsmaßnahme führt nur zu einem wenig effektiven – da nicht mehr zur rechten Zeit erfolgenden – Rechtsschutz, da die Ermittlungsmaßnahme zu diesem Zeitpunkt regelmäßig bereits durchgeführt worden sein wird.

**211. BGH 5 StR 508/11 – Beschluss vom 10. Januar 2012 (LG Hamburg)**

Recht auf ein faires Verfahren (rechtlicher Hinweis erst nach Schlussvortrag des Staatsanwalts); Rügeobliegenheit (Zwischenrechtsbehelf; Antrag auf Entscheidung des Gerichts); Beweiswürdigung (wenig plausible Angaben eines Zeugen; teilweise Berufung auf Auskunftsverweigerungsrecht; Gesamtwürdigung; Aussagekonstanz).

Art. 6 EMRK; § 238 Abs. 2 StPO; § 265 Abs. 1 StPO; § 261 StPO

Die Zulässigkeit der Rüge einer Verletzung des fairen Verfahrens dadurch, dass ein Hinweis gem. § 265 Abs. 1 StPO erst nach dem Schlussvortrag des Staatsanwalts erteilt wurde, setzt voraus, dass die im Anschluss an den Hinweis ergangene Aufforderung an den Verteidiger, seinerseits den Schlussvortrag zu halten, gemäß § 238 Abs. 2 StPO beanstandet wurde.

**271. BGH 4 StR 493/11 – Beschluss vom 24. Januar 2012 (LG Kaiserslautern)**

Unmittelbarkeitsgrundsatz (Vernehmung des Vernehmungsbeamten nach Berufung auf ein Auskunftsverweigerungsrecht; Verlesung); Darlegungsanforderungen an die Geltendmachung eines Verwertungsverbotes infolge einer rechtswidrigen Durchsuchung (Ver-

merk zu den Gründen der Durchsuchung; Richtervorbehalt).

§ 250 StPO; § 251 StPO; § 105 StPO; § 55 StPO; § 344 Abs. 2 Satz 2 StPO

Es verstößt nicht gegen den Unmittelbarkeitsgrundsatz, wenn frühere Aussagen eines Zeugen, der in der Hauptverhandlung gemäß § 55 StPO die Auskunft verweigert, durch Verlesung des Vernehmungsprotokolls in die Hauptverhandlung eingeführt worden sind. Dies gilt dann, wenn dies zum Zwecke der Feststellung der inhaltlichen Übereinstimmung der Angaben von Vernehmungspersonen über die früheren Aussagen des Zeugen geschieht und der Überprüfung der Glaubhaftigkeit der Angaben der Vernehmungspersonen dient.

### 255. BGH 4 StR 541/11 – Beschluss vom 2. Februar 2012

Antrag auf Beordnung eines weiteren Pflichtverteidigers (Entpflichtung; Zuständigkeit; Antragsauslegung).  
§ 142 StPO; § 141 StPO; § 143 StPO; Art. 6 Abs. 3 lit. c EMRK

1. Zwar ist für den Antrag eines Angeklagten, ihm nach Erlass des erstinstanzlichen Urteils bis zum Abschluss des Revisionsverfahrens anstelle des bisherigen einen anderen Pflichtverteidiger beizuordnen, der Vorsitzende des Gerichts zuständig, dessen Urteil angefochten worden ist, es sei denn, der Beordnungsantrag betrage die

Terminwahrnehmung in der Revisionshauptverhandlung. Hält der Antragsteller seinen Beordnungsantrag nach Kenntnisnahme von der sich auch auf das Revisionsverfahren erstreckenden wirksamen Bestellung eines anderen Rechtsanwalts aufrecht, ist sein Gesuch aber als Antrag auf Beordnung als weiterer Pflichtverteidiger aufzufassen.

2. Der ohne nähere Begründung geäußerte Wunsch des Angeklagten, nunmehr von einem anderen Rechtsanwalt im Revisionsverfahren vertreten zu werden, rechtfertigt keine Rücknahme der bereits vom Vorsitzenden der Strafkammer angeordneten Bestellung.

### 275. BGH 4 StR 631/11 – Beschluss vom 25. Januar 2012 (LG Halle)

Pflicht zur Kostenentscheidung bei das Verfahren beendenden Entscheidungen (Einstellungsbeschluss).  
§ 154 Abs. 2 StPO; § 464 Abs. 1 und 2 StPO

Zu den verfahrensbeendenden Entscheidungen gemäß § 464 Abs. 1 und 2 StPO gehören auch Beschlüsse, durch die das Verfahren ganz oder teilweise nach § 154 Abs. 2 StPO eingestellt wird. Ungeachtet ihrer Bezeichnung als „vorläufig“ in § 154 Abs. 2 StPO führt die Einstellung nach dieser Norm zur Beendigung der gerichtlichen Anhängigkeit des von ihr betroffenen Teils der Anklage und in diesem Umfang zu einem der weiteren Verfolgung entgegenstehenden Verfahrenshindernis.

## Rechtsprechung

# V. Wirtschaftsstrafrecht und Nebengebiete

### 232. BGH 1 StR 579/11 – Beschluss vom 15. Dezember 2011 (LG Essen)

BGHR; Steuerverkürzung in großem Ausmaß bei der Steuerhinterziehung (Griff in die Kasse des Staates; Fallgruppen des großen Ausmaßes; Anlehnung an den Betrug); mangelnde Vereidigung des Dolmetschers (allgemeine Beeidigung; Beruhen; Beweiskraft des Sitzungsprotokolls; Protokollberichtigungsverfahren: Überprüfung eines substantiierten Widerspruchs des Verteidigers).

§ 370 Abs. 3 Satz 2 Nr. 1 AO; § 371 Abs. 2 Nr. 3 AO; § 263 StGB; § 189 GVG; § 337 StPO; § 274 StPO; § 273 StPO

1. Zur Wertgrenze des Merkmals „in großem Ausmaß“ des § 370 Abs. 3 Satz 2 Nr. 1 AO beim „Griff in die Kasse des Staates“. (BGHR)

2. Das Merkmal „in großem Ausmaß“ im Regelbeispiel des § 370 Abs. 3 Satz 2 Nr. 1 AO bestimmt sich nach objektiven Maßstäben und liegt grundsätzlich dann vor, wenn der Hinterziehungsbetrag 50.000 Euro übersteigt. Die Betragsgrenze von 50.000 Euro kommt namentlich dann zur Anwendung, wenn der Täter ungerechtfertigte Zahlungen vom Finanzamt erlangt hat, etwa bei Steuer-

erstattungen durch Umsatzsteuerkarusselle, Kettengeschäfte oder durch Einschaltung von sog. Serviceunternehmen („Griff in die Kasse“). (Bearbeiter)

3. Beschränkt sich das Verhalten des Täters indes darauf, die Finanzbehörden pflichtwidrig über steuerlich erhebliche Tatsachen in Unkenntnis zu lassen und führt das lediglich zu einer Gefährdung des Steueranspruchs, liegt die Wertgrenze zum „großen Ausmaß“ demgegenüber bei 100.000 Euro (BGHSt 53, 71, 85). Dasselbe gilt auch dann, wenn der Steuerpflichtige zwar eine Steuerhinterziehung durch aktives Tun (§ 370 Abs. 1 Nr. 1 AO) begeht, indem er eine unvollständige Steuererklärung abgibt, er dabei aber lediglich steuerpflichtige Einkünfte oder Umsätze verschweigt (vgl. BGH wistra 2011, 396) und allein dadurch eine Gefährdung des Steueranspruchs herbeiführt. (Bearbeiter)

4. Anders ist die Sachlage, wenn der Täter steuermindernde Umstände vortäuscht, indem er etwa tatsächlich nicht vorhandene Betriebsausgaben vortäuscht oder nicht bestehende Vorsteuerbeträge geltend macht. Hier unternimmt er einen „Griff in die Kasse“ des Staates, weil die Tat zu einer Erstattung eines (tatsächlich nicht bestehenden) Steuerguthabens oder zum (scheinbaren) Erlöschen

einer bestehenden Steuerforderung führen soll. (Bearbeiter)

5. Trifft beides zusammen, das Verheimlichen von Einkünften bzw. Umsätzen einerseits und die Vortäuschung von Abzugsposten andererseits, etwa beim Verheimlichen von Umsätzen und gleichzeitigem Vortäuschen von Vorsteuerbeträgen, ist das Merkmal „in großem Ausmaß“ i.S.v. § 370 Abs. 3 Satz 2 Nr. 1 AO jedenfalls dann erfüllt, wenn der Täter vom Finanzamt ungerechtfertigte Zahlungen in Höhe von mindestens 50.000 Euro erlangt hat. Dasselbe gilt aber auch, wenn ein aufgrund falscher Angaben scheinbar in dieser Höhe (50.000 Euro) bestehender Auszahlungsanspruch ganz oder teilweise mit anderweitigen Steuerverbindlichkeiten verrechnet worden ist. Hat dagegen die Vortäuschung von steuermindernden Umständen für sich allein noch nicht zu einer Steuerverkürzung von mindestens 50.000 Euro geführt, verbleibt es für die Tat insgesamt beim Schwellenwert von 100.000 Euro. (Bearbeiter)

6. Ob die Schwelle des „großen Ausmaßes“ überschritten ist, ist für jede einzelne Tat im materiellen Sinne gesondert zu bestimmen. Dabei genügt derjenige Erfolg, der für die Vollendung der Steuerhinterziehung ausreicht. Bei mehrfacher tateinheitlicher Verwirklichung des Tatbestandes der Steuerhinterziehung ist – nichts anderes gilt für § 371 Abs. 2 Nr. 3 AO – das „Ausmaß“ des jeweiligen Taterfolges zu addieren, da in solchen Fällen eine einheitliche Handlung im Sinne des § 52 StGB vorliegt (BGHSt 53, 71, 85). (Bearbeiter)

7. Eine nachträgliche „Schadenswiedergutmachung“ hat für die Frage, ob eine Steuerhinterziehung „in großem Ausmaß“ vorliegt oder nicht, keine Bedeutung. Die Höhe des auf Dauer beim Fiskus verbleibenden „Steuerschadens“ ist ein Umstand, der erst bei der Prüfung, ob die Indizwirkung des Regelbeispiels im Einzelfall widerlegt ist, und im Übrigen als bloße Zumessungserwägung in die Strafzumessung einbezogen werden kann. (Bearbeiter)

8. Durch das Fehlen eines Hinweises im Hauptverhandlungsprotokoll, dass ein Dolmetscher dahin beeidigt worden ist, treu und gewissenhaft zu übertragen, noch, dass er sich auf seine allgemeine Beeidigung als Dolmetscher berufen hat, wird der Verstoß gegen § 189 GVG unwiderleglich bewiesen, da es sich bei der Vereidigung eines Dolmetschers gemäß § 189 Abs. 1 GVG um eine wesentliche Förmlichkeit i.S.v. § 274 StPO handelt. (Bearbeiter)

9. Das Beruhen kann aber auszuschließen sein, wenn die übrigen Dolmetscher in der Hauptverhandlung vereidigt worden sind und deshalb keine Anhaltspunkte dafür bestehen, dass dem Dolmetscher ein von diesem allgemein geleisteter Eid aus dem Blick geraten sein könnte. Anhaltspunkte dafür, dass er deswegen nicht treu und gewissenhaft übertragen hat, sind nicht schon deshalb ersichtlich, weil nicht nach außen dokumentiert ist, dass sich der Dolmetscher seine allgemeine Beeidigung gerade im Einzelfall vergegenwärtigt hat. Vielmehr ist fernliegend, dass ein allgemein vereidigter Dolmetscher, der jahrelang bei Gericht übersetzt und sich immer wieder auf seinen allgemein geleisteten Eid berufen hat, sich

seiner Verpflichtung im Einzelfall nicht bewusst war und er deshalb unrichtig übersetzt hat. (Bearbeiter)

10. Einzelfall einer Überprüfung des substantiierten Widerspruch des Revisionsverteidigers gegen eine rügekümmerte Berichtigungsentscheidung. (Bearbeiter)

### 205. BGH 5 StR 351/11 – Beschluss vom 10. Januar 2012 (LG Berlin)

Vorabentscheidungsverfahren; Visakodex der Europäischen Gemeinschaft; Akzessorietätslockerung; erschlichenes Visum.

Art. 267 AEUV; § 97 Abs. 2 AufenthG; § 96 Abs. 1 Nr. 1 AufenthG; § 95 Abs. 1 Nr. 3 AufenthG; § 96 Abs. 1 Nr. 2 AufenthG; § 95 Abs. 1 Nr. 2 AufenthG

1. Der Umstand, dass ein Aufenthaltstitel grundsätzlich eine vollziehbare Ausreisepflicht hindert, führt nicht dazu, dass die ausdrücklich auch auf § 95 Abs. 1 Nr. 2 AufenthG zielende Regelung des § 95 Abs. 6 AufenthG „fehlgeschlagen“ ist. Aus der Gleichstellung des Handelns auf Grund eines erschlichenen Aufenthaltstitels mit dem Handeln ohne Aufenthaltstitel folgt vielmehr auch, dass im Rahmen der Strafvorschriften des § 95 AufenthG die mit einem erschlichenen Aufenthaltstitel erfolgte Einreise als unerlaubt und die Ausreisepflicht somit als vollziehbar anzusehen ist (vgl. § 58 Abs. 2 Nr. 1 AufenthG).

2. Der Senat ist der Ansicht, dass die die Erteilung und Annullierung eines einheitlichen Visums regelnden Art. 21, 34 der Verordnung (EG) Nr. 810/2009 des Europäischen Parlaments und des Rates vom 13. Juli 2009 über einen Visakodex der Gemeinschaft (ABl. L 243 vom 15. September 2009, S. 1, Visakodex – VK) nicht dahin auszulegen sind, dass sie einer aus der Anwendung nationaler Rechtsvorschriften resultierenden Strafbarkeit wegen Einschleusens von Ausländern in Fällen entgegenstehen, in denen die geschleusten Personen zwar über ein Visum verfügen, dieses aber durch arglistige Täuschung der zuständigen Behörden eines anderen Mitgliedstaates über den wahren Reisezweck erlangt haben.

3. Der Senat legt dem EuGH die Frage zur Entscheidung vor.

### 246. BGH 4 ARs 17/11 – Beschluss vom 10. Januar 2012 (BGH)

Aufgabe der Interessentheorie (Bankrott; Untreue).  
§ 283 StGB; § 14 StGB; § 266 StGB

1. Der 4. Strafsenat teilt die Rechtsansicht des anfragenden 3. Strafsenats, dass es für die Erstreckung der eine Strafbarkeit nach § 283 StGB begründenden Schuldner-eigenschaft einer Gesellschaft mit beschränkter Haftung auf deren Geschäftsführer maßgeblich darauf ankommt, ob der Geschäftsführer im Sinne des § 14 Abs. 1 StGB im Geschäftskreis der Gesellschaft tätig geworden ist.

2. Der Senat neigt indes zu der Auffassung, dass eine Zurechnung der Schuldner-eigenschaft bei tatsächlichem Verhalten des Vertreters nicht auf Fälle beschränkt ist, in denen der Vertretene diesem Verhalten zugestimmt hat. Für die Beantwortung der Frage, ob der Vertreter mit

tatsächlichem Verhalten im Geschäftskreis des Vertretenen tätig geworden ist, kann auch der Umstand indizielle Bedeutung erlangen, dass der Vertreter Interessen des Vertretenen wahrgenommen hat.

**185. BGH 3 StR 262/11 – Beschluss vom 13. September 2011 (LG München)**

Kriminelle Vereinigung (inländische; ausländische; geografische Zuordnung; Schwerpunkt der Organisationsstruktur; „Diebe im Gesetz“); Wahlfeststellung; Verfolgungsermächtigung; gewerbsmäßige Bandenheherei; Gewerbsmäßigkeit (Eigennützigkeit; eigener Vorteil; mittelbarer Vorteil; Zugriff).

§ 129 StGB; § 129a StGB; § 129b StGB; § 259 StGB; § 260 StGB

1. Zur Einordnung einer kriminellen Vereinigung als in- oder ausländische bzw. als solche innerhalb oder außerhalb der Mitgliedstaaten der Europäischen Union.

2. Eine Vereinigung im Sinne der §§ 129 ff. StGB setzt einen auf gewisse Dauer angelegten, freiwilligen organisatorischen Zusammenschluss von mindestens drei Personen voraus, die bei Unterordnung des Willens des Einzelnen unter den Willen der Gesamtheit gemeinsame Zwecke verfolgen und unter sich derart in Beziehung stehen, dass sie sich untereinander als einheitlicher Verband fühlen.

3. Mit Blick auf die Unterschiedlichkeit und Komplexität der bei Vereinigungen anzutreffenden Fallgestaltungen ist die geographische Zuordnung einer Vereinigung von einer an den konkreten Einzelfallumständen orientierten Gesamtbetrachtung abhängig zu machen.

4. Als wesentliches Zuordnungskriterium ist der Schwerpunkt der Organisationsstruktur anzusehen. Anhaltspunkt dafür kann die Konzentration personeller und/oder sachlicher Ressourcen sein. Ferner ist in den Blick zu nehmen, wo nach den Strukturen der Vereinigung deren Gruppenwille gebildet wird. Schließlich kann das eigentliche Aktionsfeld Bedeutung erlangen.

5. Das Regelbeispiel des gewerbsmäßigen Handelns setzt voraus, dass der Täter sich aus wiederholter Tatbegehung eine nicht nur vorübergehende, nicht ganz unerhebliche Einnahmequelle verschaffen will. Die Gewerbsmäßigkeit, die ein besonderes persönliches Merkmal im Sinne des § 28 Abs. 2 StGB darstellt, erfordert stets Eigennützigkeit. Es genügt nicht, wenn eine fortdauernde Einnahmequelle allein für Dritte geschaffen werden soll. Ein bloß mittelbarer Vorteil des Täters reicht zur Begründung der Gewerbsmäßigkeit nur aus, wenn er ohne Weiteres darauf zugreifen kann oder sich selbst geldwerte Vorteile aus den Taten über Dritte verspricht.

**208. BGH 5 StR 445/11 – Beschluss vom 11. Januar 2012 (LG Zwickau)**

Unerlaubtes Handeltreiben mit Betäubungsmitteln; Bewertungseinheit; Mitgliedschaft in einer Bande (bloße Gehilfentätigkeit; wertende Betrachtung; konkrete Tatsachen); Strafzumessung (Gehilfe).

§ 29 BtMG; § 29a BtMG; § 30 BtMG; § 30a BtMG; § 46 StGB; § 27 StGB

1. Eine einheitliche Tat des Handeltreibens mit Betäubungsmitteln ist stets anzunehmen, wenn ein und derselbe Güterumsatz Gegenstand der strafrechtlichen Bewertung ist. Beschafft sich der Täter eine einheitliche Rauschgiftmenge zur gewinnbringenden Weiterveräußerung, so verwirklicht er den Tatbestand des Handeltreibens auch dann nur einmal, wenn er sie in mehreren Teilmengen absetzt, denn die Akte des Handeltreibens, die sich auf dieselbe Rauschgiftmenge beziehen, bilden eine Bewertungseinheit.

2. Liegen konkrete Anhaltspunkte vor, dass Erwerbs- und Verkaufshandlungen sowie ein zum Weiterverkauf vorrätig gehaltener Bestand ganz oder teilweise dieselbe Gesamtmenge betreffen, muss sich das Tatgericht um Feststellungen zu Zahl und Frequenz der Ein- und Verkäufe sowie um deren Zuordnung zueinander bemühen.

3. Mitglied einer Bande kann zwar auch derjenige sein, dem nach der Bandenabrede nur Aufgaben zufallen, die sich bei wertender Betrachtung als Gehilfentätigkeit darstellen. Die Feststellungen müssen aber tatsächlich belegen, dass das fragliche Bandenmitglied sich mit den anderen Bandenmitgliedern mit dem Willen verbunden hat, künftig und für eine gewisse Dauer an mehreren Taten mitzuwirken. Dieser Schluss muss sich auch auf konkrete Tatsachen stützen und darf nicht lediglich formelhaft festgestellt werden; ihm widersprechende Beweisanzeichen – wie etwa mangelndes Interesse am Taterfolg – sind zu erörtern.

4. Für die Bemessung der Strafe des Gehilfen ist das im Gewicht seines Tatbeitrags zum Ausdruck kommende Maß seiner persönlichen Schuld maßgeblich ist, wenn auch unter Berücksichtigung des ihm zurechenbaren Umfangs oder der Folgen der Haupttat.

**258. BGH 4 StR 581/11 – Beschluss vom 22. Dezember 2011 (LG Dessau-Roßlau)**

Minder schwerer Fall des Bestimmens einer Person unter 18 Jahren als Person über 21 Jahre zur Förderung des unerlaubten Handeltreibens mit Betäubungsmitteln (Beginn einer Tatserie im Alter unter 21 Jahre).

§ 30a Abs. 2, Abs. 3 BtMG

1. Auch bei § 30a Abs. 3 BtMG erfordert die Entscheidung, ob ein minder schwerer Fall vorliegt, eine Gesamtbetrachtung, bei der alle Umstände heranzuziehen und zu würdigen sind, die für die Wertung der Tat und des Täters in Betracht kommen, gleichgültig, ob sie der Tat selbst innewohnen, sie begleiten, ihr vorausgehen oder nachfolgen. Dabei sind alle wesentlichen entlastenden und belastenden Umstände gegeneinander abzuwägen. Erst nach dem Gesamteindruck kann entschieden werden, ob der außerordentliche Strafrahmen anzuwenden ist. Dabei ist jeder wesentliche, die Tat prägende Gesichtspunkt erkennbar zu berücksichtigen.

2. Insbesondere ist es bei § 30a Abs. 3 BtMG zu berücksichtigen, wenn die Tat Bestandteil einer Tatserie war, die der Angeklagten bereits vor dem Erreichen des 21. Lebensjahres und damit zu einem Zeitpunkt begonnen hatte, als er selbst noch Heranwachsender war und noch nicht Täter dieses Delikts sein konnte.

**270. BGH 2 StR 590/11 – Beschluss vom 19. Januar 2012 (LG Darmstadt)**

Unerlaubtes Handeltreiben mit Betäubungsmitteln in nicht geringer Menge (Mittäterschaft nur bei Eigennützigkeit).

§ 29a BtMG; § 25 Abs. 2 StGB

Das Tatbestandsmerkmal des Handeltreibens mit Betäubungsmitteln setzt für die Annahme von Mittäterschaft

weiter voraus, dass der Mitwirkende eigennützig handelt. Täterschaft ist nur bei einer solchen für die Tatverwirklichung des unerlaubten Handeltreibens erforderlichen Willensrichtung möglich. Es genügt nicht, dass ein Täter nur den Eigennutz eines anderen mit seinem Tatbeitrag unterstützen will (BGHSt 34, 124, 125 f.; BGH StV 2002, 255).

## Aufsätze und Anmerkungen

## Zum Vertrauensschutz bei belastenden Rechtsprechungsänderungen

Anmerkung zum Beschluss des Bundesverfassungsgerichts vom 16.5.2011 (2 BvR 1230/10 – 1. Kammer des 2. Senats = HRRS 2011 Nr. 737)

Von Prof. Dr. Lothar Kuhlen, Universität Mannheim

### I.

Der Untreuebeschluss des BVerfG vom 23.6.2010<sup>1</sup> erstreckt den im Gesetzlichkeitsprinzip des Art. 103 Abs. 2 GG enthaltenen Bestimmtheitsgrundsatz, als dessen Adressat traditionell allein der Gesetzgeber betrachtet wurde, auf den Rechtsanwender, für den er als Präzisierungsgebot neben das Analogieverbot tritt.<sup>2</sup> Der Grund dafür liegt darin, dass Strafgesetze, ohne gegen das verfassungsrechtliche Bestimmtheitsgebot zu verstoßen, im rechtstheoretischen Sinne oft unbestimmt sind,<sup>3</sup> so dass die für die Orientierung des Bürgers erforderliche Konkretisierung des Strafrechts vielfach erst durch die Rechtsprechung erfolgt. Das spricht dafür, diese nicht nur dem Bestimmtheitsgebot, sondern auch dem Rückwirkungsverbot zu unterwerfen, das nach traditioneller Auffassung ebenfalls allein für den Gesetzgeber gilt.<sup>4</sup> Das BVerfG hat sich in dieser Frage dogmatisch nicht festge-

legt, der Sache nach aber anerkannt, dass bei den Bürger belastenden Änderungen einer gefestigten Rechtsprechung die Strafgerichte in besonderem Maße verpflichtet sind, für geeigneten Vertrauensschutz zu sorgen.<sup>5</sup>

Ungeachtet seiner grundlegenden Bedeutung<sup>6</sup> schafft der Untreuebeschluss einen erheblichen Konkretisierungsbedarf. Drei Fragenkreise lassen sich dabei unterscheiden. Zum einen geht es um eine dogmatische Rekonstruktion des Gesetzlichkeitsprinzips, die dessen gewandeltem Verständnis gerecht wird.<sup>7</sup> Zum anderen muss das Präzisierungsgebot, vor allem, aber nicht nur für die Untreue durch Rechtsprechung und Literatur seinerseits weiter präzisiert werden.<sup>8</sup> Und schließlich ist zu klären, was es bedeutet, dass bei belastenden Rechtsprechungsänderungen Vertrauensschutz zu gewähren ist. Hierzu leistet der Kammerbeschluss vom 16.5.2011 einen gewissen Beitrag.

### II.

1. Der Beschwerdeführer hatte im Jahr 2001 zunächst eine Beschuldigte in einem Strafverfahren wegen versuchten Mordes verteidigt. Nach Beendigung dieses Mandats verteidigte er den Lebensgefährten der Beschuldigten, die angab, von diesem zum Mordversuch ange-

<sup>1</sup> BVerfG NJW 2010, 3209 = HRRS 2010 Nr. 656.

<sup>2</sup> BVerfG NJW 2010, 3209 Rn. 81. Dazu Kuhlen JR 2011, 246, 248 f. Zu früheren Entscheidungen von BVerfG und BGH, die in die gleiche Richtung gehen, Kuhlen, Zum Verhältnis von Bestimmtheitsgrundsatz und Analogieverbot, in: Dannecker u.a. (Hrsg.), Festschrift für Harro Otto (2007), S. 89, 100 ff.

<sup>3</sup> Zu dieser Differenzierung Kuhlen, Unbestimmtheit und unbegrenzte Auslegung des Strafrechts?, in: Murmann (Hrsg.), Recht ohne Regeln? (2011), S. 19, 21 ff.

<sup>4</sup> Vgl. etwa BVerfG NJW 1990, 3140: eine rückwirkende Verschärfung der Promillegrenze für die absolute Fahruntauglichkeit sei zulässig, weil sie auf einer bloßen Änderung „der Erkenntnisgrundlagen“, nicht aber des „strafrechtlichen Unwerturteils“ beruhe. Zu dieser Differenzierung auch BVerfG NJW 2008, 3205, 3206 = HRRS 2008 Nr. 654.

<sup>5</sup> BVerfG NJW 2010, 3209 Rn. 81. Dazu Schulz, Neues zum Bestimmtheitsgrundsatz, in: Heinrich u. a. (Hrsg.), Festschrift für Claus Roxin II (2011), S. 305, 312 ff.; Kuhlen JR 2011, 246, 250; Saliger ZIS 2011, 902, 904.

<sup>6</sup> Zu Recht betont von Saliger NJW 2010, 3195, 3196.

<sup>7</sup> Dazu Kuhlen JR 2011, 246, 248 ff.; Saliger ZIS 2011, 902, 903 ff.

<sup>8</sup> Dazu Kudlich ZWH 2011, 1 ff.; Saliger ZIS 2011, 903, 905 ff.

stiftet worden zu sein (Rn. 3). Das LG Potsdam verurteilte den Beschwerdeführer deshalb im Jahr 2009 wegen Parteiverrats (§ 356<sup>9</sup>), der BGH bestätigte die Verurteilung im Jahr 2010 (Rn. 7-9).

Mit der Verfassungsbeschwerde wurde ein Verstoß dieser Entscheidungen gegen das Rechtsstaatsprinzip sowie gegen Art. 103 Abs. 2 GG geltend gemacht (Rn. 11). Der BGH habe nämlich im Jahr 1952 entschieden, dass Täter und Anstifter einer Straftat nicht als Parteien einer Rechtssache im Sinne von § 356 anzusehen seien (Rn. 4). Diese Auffassung sei vom BGH seither nicht aufgegeben worden, die Gerichte hätten deshalb von ihr in den Jahren 2009 und 2010 nicht zu Lasten des Beschwerdeführers abweichen dürfen (Rn. 12).

2. Das BVerfG unterscheidet zwei verfassungsrechtliche Ansatzpunkte, aus denen sich der vom Beschwerdeführer beanspruchte Schutz des Vertrauens auf die für ihn günstige Rechtsprechung ergeben könnte: Das Rechtsstaatsprinzip des Art. 20 Abs. 3 GG<sup>10</sup> und das Gesetzlichkeitsprinzip des Art. 103 Abs. 2 GG. Bei der Prüfung am Maßstab des Rechtsstaatsprinzips wird näher dargelegt, dass in concreto kein ausreichender Vertrauenstatbestand gegeben sei. Die Kammer lässt deshalb offen, „ob eine strafgerichtliche Verurteilung, deren Auslegung und Anwendung eines Straftatbestands von früheren gerichtlichen Entscheidungen abweicht, dadurch gegen Art. 103 Abs. 2 GG verstoßen kann“<sup>11</sup>. In der Tat musste die Frage nicht entschieden werden, denn „die Anwendung des Art. 103 Abs. 2 GG auf 'Rechtsprechungsänderungen' würde jedenfalls voraussetzen, dass die frühere Rechtsprechung durch ein Mindestmaß an Kontinuität einen Vertrauenstatbestand begründen konnte“ (Rn. 20).

Wenn man, wie es der Argumentation des Untreuebeschlusses entspricht, das Gebot eines gesteigerten Vertrauensschutzes in Art. 103 Abs. 2 GG verankert, ist auch hierfür die nähere Bestimmung dieses Schutzgedankens bedeutsam, die die Kammer mit Blick auf das Rechtsstaatsprinzip entwickelt (Rn. 14-18). Hiernach verstößt eine Rechtsprechungsänderung „nicht als solche“ gegen dieses Prinzip, „auch unter dem Gesichtspunkt des Vertrauensschutzes ist die Änderung einer ständigen höchstrichterlichen Rechtsprechung grundsätzlich dann unbedenklich, wenn sie hinreichend begründet ist und sich im Rahmen einer vorhersehbaren Entwicklung hält. Soweit durch gefestigte Rechtsprechung ein Vertrauenstatbestand begründet wurde, kann diesem erforderlichenfalls durch Bestimmungen zur zeitlichen Anwendbarkeit oder Billigkeitserwägungen im Einzelfall Rechnung getragen werden“ (Rn. 15). Als Beispiel für einen den verfassungsrechtlichen Anforderungen genügenden Vertrauensschutz wird die Annahme eines unvermeidbaren Verbotsirrtums genannt, wenn zur Tatzeit „das Verhalten nach der bisherigen, gefestigten Rechtsprechung als straflos betrachtet

wurde und eine Änderung dieser Rechtsprechung nicht absehbar war“ (Rn. 16).

Im vorliegenden Fall war ein derartiger Vertrauensschutz nicht geboten, da es bereits an einer gefestigten Rechtsprechung fehlte und sich zudem die Auslegung von § 356 durch das LG Potsdam und den BGH im Rahmen einer vorhersehbaren Entwicklung hielt (Rn. 17). Die Kammer gibt keine abstrakte Definition der Begriffe „gefestigte Rechtsprechung“ und „Auslegung im Rahmen einer vorhersehbaren Entwicklung“, trägt aber zu deren fallbezogener typologischer Konkretisierung bei.<sup>12</sup>

3. Zunächst einmal wird festgestellt, dass die Auslegung von § 356 Abs. 1 in den angegriffenen Entscheidungen von höchstrichterlicher Rechtsprechung, nämlich von der im Jahr 1952 ergangenen Entscheidung des BGH zum Parteiverrat *abweicht*. Die Feststellung einer Abweichung ist in concreto unproblematisch, kann jedoch in anderen Fällen schwierig sein. So wird unterschiedlich beurteilt, ob die Annahme eines durch Fortführung einer schwarzen Kasse entstandenen Vermögensnachteils im Fall Siemens<sup>13</sup> von der ständigen Rechtsprechung des BGH abwich oder nicht.<sup>14</sup> Die Abweichungsproblematik ist aus Rechtsprechung und Literatur zur Divergenzvorlage nach §§ 121 Abs. 2, 132 Abs. 2 GVG bekannt. Dort finden sich Anhaltspunkte auch für die Konkretisierung des Begriffs der Entscheidungsabweichung bzw. Rechtsprechungsänderung im hier interessierenden Zusammenhang.

4. Damit war zu prüfen, ob die angegriffenen Entscheidungen von einer *ständigen* (so Rn. 15) bzw. *gefestigten* (so Rn. 18) *Rechtsprechung in unvorhersehbarer Weise* abweichen. Gegen die Annahme einer gefestigten Judikatur spricht zum einen, dass die neueren Entscheidungen nur *einem* Urteil widersprechen, das zudem zur Tatzeit schon *fast 50 Jahre zurücklag* (Rn. 18). Zum anderen wurde die damals vertretene Rechtsauffassung zwischenzeitlich vom BGH nicht etwa bestätigt, vielmehr ließ er – im Jahr 1982 – ausdrücklich *offen*, ob ihr weiterhin zu folgen sei (Rn. 18).<sup>15</sup> Weiterhin hatten mehrere *Oberlandesgerichte* in vergleichbaren Fällen derselben Straftat Beschuldigte als Parteien im Sinne von § 356 StGB angesehen. Darüber hinaus war bereits vor 2001 die Entscheidung des Jahres 1952 in verschiedenen *Aufsätzen* in Fachzeitschriften kritisiert worden. Und schließlich war all dies zum Zeitpunkt der Tat gängigen *Kommentaren* zum StGB zu entnehmen.

<sup>9</sup> Paragraphen ohne Gesetzesangabe sind solche des StGB.

<sup>10</sup> Genauer: „Die in der Rechtsprechung des BVerfG entwickelten Maßstäbe zu Art. 2 Abs. 1 GG in Verbindung mit dem Rechtsstaatsprinzip und zum Schuldgrundsatz“ (Rn. 14).

<sup>11</sup> So Rn. 20 mit dem Hinweis, einen derartigen Verstoß habe das BVerfG bislang nicht angenommen (was mit zwei früheren Entscheidungen, nicht aber mit dem Untreuebeschluss des Jahres 2010 belegt wird).

<sup>12</sup> Näher dazu *Kuhlen*, Regel und Fall in der juristischen Methodenlehre, in: Alexy/Koch/Kuhlen/Rüßmann, Elemente einer juristischen Begründungslehre (2003), S. 61, 76 ff.

<sup>13</sup> BGHSt 52, 323 Rn. 43 ff. = HRRS 2008 Nr. 1100.

<sup>14</sup> Bejahend *Schünemann* StraFo 2010, 1, 7 ff.; verneinend BVerfG NJW 2010, 3209 Rn. 118. Vgl. dazu *Kuhlen* JR 2011, 246, 251 Fn. 68.

<sup>15</sup> Dieser Gesichtspunkt lässt sich, wie auch die folgenden, nicht nur dafür anführen, dass es an einer gefestigten Rechtsprechung fehlte, sondern auch dafür, dass jedenfalls eine Änderung der früheren Judikatur „im Rahmen einer vorhersehbaren Entwicklung“ lag (Rn. 15) bzw. „absehbar“ war (Rn. 16). Der Beschluss legt sich in dieser Zuordnungsfrage nicht fest, sondern nennt die relevanten Merkmale (in Rn. 18) im Anschluss an die Konjunktion beider Kriterien (Rn. 17).

5. Die Gesamtheit dieser Umstände bildet ein *Merkmalsprofil*,<sup>16</sup> das nicht nur die Verneinung eines Vertrauensstatbestandes in concreto trägt, sondern auch einen Vergleichsmaßstab für künftige Fälle bietet, in denen es darauf ankommt, ob die Entscheidung eines Strafgerichts in nicht vorhersehbarer Weise von einer ständigen höchstrichterlichen Rechtsprechung abweicht. Dieser Maßstab kann für bestimmte Fallkonstellationen durchaus instruktiv sein, obwohl er wegen seiner Fallbezogenheit manche Fragen offen lässt.

a) So gab es keinen Anlass, darauf einzugehen, ob die Abweichung von einer gefestigten Rechtsprechung dann vorhersehbar ist, wenn sie vor dem Tatzeitpunkt durch ein *obiter dictum angekündigt* wurde. Dafür spricht, dass eine solche Ankündigung über das bloße Offenlassen einer Rechtsfrage hinausgeht, das der Kammerbeschluss als einen Umstand wertet, der zur Vorhersehbarkeit einer Rechtsprechungsänderung beiträgt.<sup>17</sup> Das *obiter dictum* zur Vorbereitung einer Rechtsprechungsinnovation<sup>18</sup> hat deshalb derzeit „Konjunktur“<sup>19</sup>, wie etwa die Entscheidungen zur beabsichtigten Aufgabe der Interessentheorie beim Bankrott (§ 283)<sup>20</sup> oder die am 20.5.2010 durch ein *obiter dictum* angekündigte Abschaffung der strafbefreienden Teilselbstanzeige gemäß § 371 AO<sup>21</sup> belegen.

Das zuletzt genannte Beispiel verdeutlicht zugleich, dass die Ankündigung einer Rechtsprechungsänderung einen bereits entstandenen Vertrauenstatbestand nur *ex nunc* beseitigen kann. Eine vor dem 20.5.2010 erstattete Teilselbstanzeige bleibt also, in Einklang mit der früheren Praxis und entgegen den schärferen Regeln, die der BGH

im Jahr 2010 aufgestellt hat, wirksam.<sup>22</sup> Dies hat der Gesetzgeber, der im Jahr 2011 mit dem Schwarzgeldbekämpfungsgesetz die gesetzliche Regelung der Selbstanzeige der neuen Rechtsprechung des BGH „angepasst“ hat,<sup>23</sup> mit der eigentümlichen Übergangsregelung des Art. 97 § 24 EGAO bestätigt. Sie belässt nicht nur bis zum 20.5.2010 erstatteten Teilselbstanzeigen die Wirksamkeit,<sup>24</sup> sondern darüber hinaus solchen, die bis zum 28.4.2011 erfolgt sind. Hierdurch wird die mit dem Beschluss des BGH v. 20.5.2010 verbundene belastende Rechtsprechungsänderung „rückwirkend außer Kraft gesetzt“<sup>25</sup>, was über den verfassungsrechtlich geforderten Vertrauensschutz hinausgeht.

b) Weiterhin liegt auf der Hand, dass die *Informationsquellen*, auf die der Beschluss abstellt, also gerichtliche Entscheidungen, Aufsätze in strafrechtlichen Fachzeitschriften und Kommentare zum StGB, allenfalls für Juristen, nicht aber für sonstige Normadressaten zugänglich sind. Für Änderungen der Auslegung von § 356 reicht das, denn der Tatbestand des Parteiverrats kann nur von Anwälten und anderen Rechtsbeiständen erfüllt werden.

Genügt es aber auch bei Allgemeindelikten wie der Trunkenheitsfahrt oder Sonderdelikten, deren Täterkreis, wie bei der Untreue, nicht gerade auf Juristen zugeschnitten ist? Man wird das nicht ohne weiteres annehmen können.<sup>26</sup> So dürften z.B. Autofahrer, die keine Juristen sind, die Information über bestimmte Promillegrenzen, mit deren Hilfe die Rechtsprechung die Fahruntauglichkeit festlegt, nicht den Urteilen von Strafgerichten oder der strafrechtlichen Fachliteratur, sondern allgemein zugänglichen Medien entnehmen. Dann liegt es nahe, auch die Zerstörung eines entsprechenden Vertrauenstatbestandes jedenfalls davon abhängig zu machen, dass in *solchen* Medien über eine bevorstehende Herabsetzung des Grenzwerts für die absolute Fahruntauglichkeit durch den BGH berichtet wurde.

<sup>16</sup> Dazu Kuhlen (oben Fn. 12), S. 81 ff.

<sup>17</sup> Allerdings bleiben beide Arten des *obiter dictum* in ihrer praktischen Verbindlichkeit hinter einer wirklichen Änderung der Rechtsprechung zurück und stehen deshalb in einem Spannungsverhältnis zur Rechtssicherheit. Vgl. *Lilie*, *Obiter dictum* und *Divergenzausgleich* in Strafsachen (1993), S. 242 ff.

<sup>18</sup> Zu der neben Änderungen einer Judikatur auch die erstmalige Entscheidung einer Rechtsfrage zählt.

<sup>19</sup> So Schulz (oben Fn. 5), S. 315 ff., unter Hinweis auf die Entscheidung des BGH zur Garantenstellung von „Compliance-Officers“ (BGHSt 54, 44 Rn. 27 f. = HRRS 2009 Nr. 718) sowie auf weitere eventuell bestehende Möglichkeiten, bereits vor einer beabsichtigten Rechtsprechungsinnovation einen Vertrauenstatbestand zu beseitigen.

<sup>20</sup> BGH wistra 2009, 275 = HRRS 2009 Nr. 529; Anfragebeschluss des 3. Strafsenats vom 15.9.2011 (BGH wistra 2012, 25 = HRRS 2011 Nr. 1219).

<sup>21</sup> BGHSt 55, 180 = HRRS 2010 Nr. 502.

<sup>22</sup> Siehe etwa Wulf wistra 2010, 286, 290; Schwartz PStR 2011, 55; a.A. Roth/Schützeberg PStR 2010, 214.

<sup>23</sup> Vgl. dazu die kritische Analyse von Beckemper/Schmitz/Wegener/Wulf wistra 2011, 281.

<sup>24</sup> Und vollzieht insoweit den verfassungsrechtlich gebotenen Vertrauensschutz.

<sup>25</sup> *Rolletschke* § 371 AO Rn. 193, in: Graf/Jäger/Wittig (Hrsg.), *Wirtschafts- und Steuerstrafrecht. Kommentar* (2011).

<sup>26</sup> Insbesondere dann nicht, wenn man das Gebot des Vertrauensschutzes im Gesetzlichkeitsprinzip verankert, das Orientierungssicherheit nicht nur für Juristen, sondern ganz allgemein „für den Normadressaten“ (BVerfGE 105, 135, 153) verbürgen soll.

# Die „sole or decisive“-Regel zur Würdigung nicht konfrontierter Zeugenaussagen – not so decisive anymore

Besprechung zum Urteil EGMR HRRS 2012 Nr. 1 (Al-Khawaja and Tahery vs. UK)

Von Prof. Dr. Frank Meyer, LL.M, Universität Zürich

## I. Einleitung

Die Spruchpraxis des EGMR zum Konfrontationsrecht des Art. 6 Abs. 3 lit. d EMRK ist wohl das komplexeste Gebilde in der Rechtsprechung zum Fairnessgrundsatz. Vor allem die Heranziehung nicht konfrontierter Zeugenaussagen gestaltet sich für die Strafverfolgungsorgane wie ein Hürdenlauf, bei dem man leicht ins Straucheln geraten kann. Vor der Ziellinie ragte zudem oftmals eine schier unüberwindbare Mauer auf: die „sole or decisive“-Regel, wonach eine nicht konfrontierte Zeugenaussage weder die einzige noch die entscheidende Grundlage einer Verurteilung bilden durfte. Diese Mauer hat die Große Kammer mit ihrem Urteil in „Al-Khawaja u. Tahery“ eingerissen und durch eine einfache Hürde ersetzt, welche die Strafverfolgungsbehörden, je nach den Möglichkeiten ihres Kriminaljustizsystems, überspringen oder umlaufen können. Damit erreicht vor allem das Vereinigte Königreich als Beschwerdegegnerin ihr Ziel. Die Entscheidung der Großen Kammer muss vor dem Hintergrund eines Angriffs höchster englischer Gerichte auf die „sole or decisive“-Regel gesehen werden. In den Ausgangsverfahren der Beschwerdeführer Al-Khawaja und Tahery hatten sich die zuständigen Gerichte durch die „sole or decisive“-Regel unangemessen eingeengt und der Möglichkeit beraubt gefühlt, über eine Sicherstellung der Verlässlichkeit der Zeugenaussage auf anderem Wege doch zu einer Verwertung bzw. Verurteilung kommen zu können. Dabei gingen die englischen Gerichte davon aus, dass der Criminal Justice Act of 2003 ihnen diese Möglichkeit verschaffte und sich daher als angemessener, von der EMRK zu akzeptierender alternativer Pfad zur Wahrung der Verfahrensfairness darstellte. Der EGMR hat diesem Ansinnen zunächst eine deutliche Absage erteilt<sup>1</sup> und im Schrifttum die Hoffnung geweckt, dass er zumindest den Kern des Konfrontationsrechts als ein zwingendes Mindestrecht einstufen würde, das den allgemeinen Fairnessgedanken in Art. 6 Abs. 1 EMRK nicht nur illustriert und damit keiner Gesamtabwägung mehr zugäng-

<sup>1</sup> EGMR, 20.1.2009, Al-Khawaja u. Tahery, Nr. 26766/05 u. 22228/06, Z. 26 = HRRS 2019 Nr. 459.

lich ist<sup>2</sup>. Der Supreme Court des Vereinigten Königreichs legte in der Entscheidung *R v. Horncastle and others* (2009 UKSC 14) jedoch nach und entschied sich unter ausdrücklichem Widerspruch gegen das Urteil des EGMR dafür, die „sole or decisive“-Regel nicht anzuwenden. Beschwichtigend fügte Lord Phillips hinzu, dass der Gerichtshof hoffentlich umgehend Gelegenheit finden werde, sich mit den Gründen des Supreme Court aufgeschlossen auseinanderzusetzen. Diese Einladung zum interjuristischen Diskurs griff die Große Kammer auf. Ihre Antwort soll im Anschluss im Kontext der EGMR-Rechtsprechung zu Art. 6 Abs. 3 lit. d EMRK knapp dargelegt werden (II.), bevor im Schlussabschnitt auf die grundrechts- und prozessdogmatischen Folgen der Entscheidung eingegangen wird (III.).

## II. Das Konfrontationsrecht in Art. 6 Abs. 3 lit. d EMRK und seine Fortbildung in „Al Khawaja u. Tahery“

Art. 6 Abs. 3 lit. d EMRK verlangt, dass Beweise in Anwesenheit des Angeklagten in der (mündlichen) Hauptverhandlung erhoben werden und dem Angeklagten gestattet wird, Belastungszeugen in angemessener und ausreichender Weise zu befragen, um deren Glaubwürdigkeit auf die Probe stellen zu können.<sup>3</sup> Dieses Konfrontationsrecht findet auf alle Verfahrensmodelle Anwendung. Anders als die englischen Gerichte den EGMR in kühner Weise glauben machen wollten, ist es in seiner konkreten Form nicht konstruiert worden, um Schwächen des kontinentalen Verfahrensmodells zu kurieren. Einer – insofern konsequenten – Forderung nach einer Befreiung von den strengen Vorgaben des Art. 6 Abs. 3 lit. d EMRK für *common law*-Systeme erteilt die Große

<sup>2</sup> Karpenstein/Mayer-Meyer, EMRK (2012), Art. 6 Rn. 209, 211.

<sup>3</sup> EGMR, 15.6.1992, Lüdi, Nr. 12433/86, Z. 47; EGMR, 23.4.1997, van Mechelen, 55/1996/674/861-864; EGMR, 31.10.2001, Solakov, Nr. 47023/99.

Kammer eine Absage;<sup>4</sup> nicht ohne süffisant anzumerken, dass sich die zu behandelnde Rechtsfrage gar nicht hätte stellen können, wenn die englischen Gerichte den geschilderten und rechtsvergleichend substantiierten traditionellen *Hearsay*-Regeln des *common law* selber noch folgen würden.<sup>5</sup>

Die Große Kammer wendet sich dann dem konkreten Fall zu und durchmisst das gesamte komplexe Rechtsprechungsgebäude von Abs. 3 lit. d. So hält die Große Kammer eingangs im Einklang mit seiner ständigen Rechtsprechung fest, dass das Konfrontationsrecht nicht absolut ist, sondern Einschränkungen zulässt, soweit sie aus sachlichen Gründen dringend notwendig (*strictly necessary*) sind und sich auf das unerlässliche Maß beschränken.<sup>6</sup> Zu den sachlichen Gründen (*good reason for non-attendance*) gehören auch eine tatsächliche Unmöglichkeit oder die Furcht von Zeugen. Vorliegend war die Verlesung früherer Aussagen erfolgt, weil der entscheidende Zeuge Selbstmord begangen hatte (Al-Khawaja) oder aus Furcht (Tahery) nicht in der Hauptverhandlung aussagen wollte. Die Große Kammer unterscheidet zwei Arten von Furcht: Furcht, die auf Drohungen des Beschuldigten zurückzuführen ist oder allgemeine Furcht vor den möglichen Folgen einer Aussage vor Gericht.<sup>7</sup> Bei zurechenbaren Drohungen darf sich der Angeklagte nicht mehr auf Art. 6 Abs. 3 lit. d EMRK berufen. Bei allgemeiner Furcht muss diese objektivierbar sein und mit den Verteidigungsinteressen abgewogen werden. Eine so begründete Abwesenheit, die sich auf das unumgängliche Mindestmaß beschränken muss, wäre überdies durch andere Maßnahmen zu kompensieren. Die Große Kammer räumt ein, dass gerade die Abgrenzung zwischen einer rein subjektiv eingebilddeten Furcht und objektivierbaren Drohungen in der Praxis oft schwerfallen mag. Das Tatgericht müsse sich dieser Differenzierungsaufgabe aber stellen und effektiv ermitteln, welcher Art die Furcht eines nicht erscheinungswilligen Zeugen ist.<sup>8</sup> Die Große Kammer präzisiert damit zugleich die Anforderungen zur Erfüllung des besonders strengen Begründungserfordernisses für die Fallkategorie der Furcht.

Liegt ein begründeter, sachlicher Grund für die fehlende konfrontative Befragung vor und konnten auch keine Ausgleichsmaßnahmen für erlittene Nachteile bei der Kontrolle von Belastungszeugen getroffen werden, ist eine besonders sorgfältige Beweiswürdigung vorzuneh-

men.<sup>9</sup> Der Beweiswert nicht konfrontierter Zeugenaussagen ist als deutlich verringert anzusetzen. In keinem Fall durfte die Verurteilung bisher allein oder in entscheidendem Ausmaß (*solely or to a decisive degree*) auf die Aussagen eines anonymen oder nicht zugänglichen Zeugen gestützt werden.<sup>10</sup> Als entscheidend gilt ein Beweismittel erst dann, wenn es für den Ausgang des Verfahrens in vorhersehbarer Weise oder ausweislich des vorliegenden Urteils bestimmend (*determinative*) war.<sup>11</sup> Diese Prüfung ist in großem Masse auch von den vorhandenen weiteren Beweismitteln und ihrem Beweiswert abhängig. Dass die Bestimmung, was „sole“ oder „decisive“ ist, im Einzelfall durchaus Schwierigkeiten bereiten kann, ist der Großen Kammer bewusst, doch befindet sie zu Recht, dass eine solche Einstufung durch Berufsrichter bei Abschluss der Beweisaufnahme möglich sein muss.<sup>12</sup> Im Fall „Al Khawaja“ hätte die Sache damit schon erledigt sein können, weil ersichtlich ausreichende andere Erkenntnisquellen vorlagen. Weil die Große Kammer im Prozessverhalten des Tatgerichts implizit eine andere Einschätzung erkennen wollte, wurde die „sole or decisive“-Regel aber entscheidungserheblich. Im Fall „Tahery“ hing die Verurteilung von vornherein einzig und allein von der Aussage des furchtsamen Hauptbelastungszeugen ab.

Im Anschluss an „Lucà“ und die Kammerentscheidung in „Al-Khawaja u. Tahery“ war davon ausgegangen worden, dass diese Regel absolut zu verstehen war<sup>13</sup> und die Konventionsstaaten eine nicht konfrontierte Aussage selbst dann nicht verwerten durften, wenn sie kein Verschulden an der Prozesslage traf oder sie über andere Möglichkeiten zu verfügen glaubten, um die Glaubhaftigkeit der Aussage sicherzustellen. Mit der Bedeutung des Konfrontationsrechts als rechtliches Minimum (*minimum right*) schien es unvereinbar, seine Unterschreitung in einer Gesamtbetrachtung durch Heranziehung anderer Faktoren aufzuwiegen.<sup>14</sup> Die lange erwartete Leitentscheidung der Großen Kammer v. 15.12.2011 präzisiert jetzt das Verhältnis des Konfrontationsrechts in Art. 6 Abs. 3 lit. d EMRK zum Gesamtrecht. Die Große Kammer stellt ganz im Sinne der englischen Gerichte klar, dass Verletzungen von Abs. 3 lit. d, wie es auch schon für andere Teilrechte des Abs. 3, z. B. Abs. 3 lit. c, angenommen worden war, nicht automatisch zu einem Fairnessverstoß führen, sondern als besonders gewichtig in eine Gesamtwürdigung des Verfahrens einzubeziehen sind.<sup>15</sup> Die „sole or

<sup>4</sup> EGMR, 15.12.2011 (GK), Al-Khawaja u. Tahery, Nr. 26766/05 u. 22228/06, Z. 109, 130 = HRRS 2012 Nr. 1.

<sup>5</sup> Als Basis dient ein rechtsvergleichender Abschnitt der Entscheidung, der mit den USA schließt; insb. die Crawford-Entscheidung des U.S. Supreme Court, U.S. S.C. No. 02-9410, Urt. v. 8. März 2004 (Crawford v. Washington), HRRS 2004 Nr. 690; dazu auch Walther HRRS 2004, 310, 315 ff.

<sup>6</sup> EGMR, 23.4.1997, van Mechelen, 55/1996/674/861-864, Z. 58; Demko ZStR 122 (2004), 416, 418 ff.; Wohlers ZStR 123 (2005), 144, 163 ff.

<sup>7</sup> EGMR, 15.12.2011 (GK), Al-Khawaja u. Tahery, Nr. 26766/05 u. 22228/06, Z. 122 = HRRS 2012 Nr. 1.

<sup>8</sup> EGMR, 15.12.2011 (GK), Al-Khawaja u. Tahery, Nr. 26766/05 u. 22228/06, Z. 124 = HRRS 2012 Nr. 1 – Es müssen sich objektive Gründe für die Furcht und Beweise für diese Gründe finden.

<sup>9</sup> Frowein/Peukert, EMRK, 3. Aufl. (2009), Art. 6 Rn. 310; Karpenstein/Mayer-Meyer (Fn. 2), Art. 6 Rn. 210.

<sup>10</sup> EGMR, 23.4.1997, van Mechelen, 55/1996/674/861-864, Z. 55, 63; EGMR, 26.3.1996, Doorson, Nr. 20524/92, Z. 76; EGMR, 27.2.2001, Lucà, Nr. 33354/96 = HRRS 2006 Nr. 62.

<sup>11</sup> EGMR, 15.12.2011 (GK), Al-Khawaja u. Tahery, Nr. 26766/05 u. 22228/06, Z. 131 = HRRS 2012 Nr. 1.

<sup>12</sup> EGMR, 15.12.2011 (GK), Al-Khawaja u. Tahery, Nr. 26766/05 u. 22228/06, Z. 134 = HRRS 2012 Nr. 1.

<sup>13</sup> EGMR, 20.1.2009, Al-Khawaja u. Tahery, Nr. 26766/05 u. 22228/06, Z. 28 = HRRS 2009 Nr. 459; EGMR, 27.2.2001, Lucà, Nr. 33354/96, Z. 40 = HRRS 2006 Nr. 62.

<sup>14</sup> EGMR, 20.1.2009, Al-Khawaja u. Tahery, Nr. 26766/05 u. 22228/06, Z. 26 = HRRS 2009 Nr. 459; EGMR, 24.4.2007, V. gegen Finnland, Nr. 40412/98, Z. 73.

<sup>15</sup> EGMR, 15.12.2011 (GK), Al-Khawaja u. Tahery, Nr. 26766/05 u. 22228/06, Z. 147 = HRRS 2012 Nr. 1.

decisive“-Regel sei zu starr und unflexibel, weil sie verbleibende Möglichkeiten absolut ausschließe, sich anderweitig von der Zuverlässigkeit der Information zu überzeugen. Die Große Kammer will damit zugleich eine Anpassung an die (schon jetzt flexiblere) Behandlung von anderen Art. 6 Abs. 3 EMRK-Verstößen erreichen.<sup>16</sup>

Künftig soll im Rahmen einer Gesamtbewertung zu ermitteln sein, ob das betreffende Kriminaljustizsystem angemessene Schutzmechanismen und Verfahrensregeln zum Ausgleich der Verkürzung des Konfrontationsrechts zur Verfügung stellt, die eine faire und einwandfreie Bewertung der Zuverlässigkeit des Beweismittels gestatten. Wegen der Gefahren, die mit der Zulassung solcher Beweise verbunden sind, müssen dabei strengste Maßstäbe angelegt werden (*most searching scrutiny*). Präzisierend ist dazu anzumerken, dass die „sole or decisive“-Regel auf zwei Haupterwägungen beruht, nämlich einerseits dem (substanziellen) Risiko, dass bewusst unwahre oder schlicht falsche Aussagen nicht mehr ausgeschlossen werden können und andererseits, dass dem Angeklagten (prozessual) keine Möglichkeit zu einer effektiven Verteidigung bleibt. Wie und durch welche ausgleichenden Schutzvorkehrungen diesen Risiken begegnet werden kann, bleibt jedoch zumindest für die zweite prozedurale Ratio relativ offen. Lässt sich die Verlässlichkeit des Beweismittels belegen, droht die Frage der wirksamen Verteidigung dagegen nachrangig zu werden. Nicht zuletzt aus diesem Grund findet im US-amerikanischen Prozessrecht eine untrennbare Verquickung beider Erwägungen statt. Jeder entscheidungsrelevante Beweis vom Hörensagen gilt als inhärent unzuverlässig, wenn er nicht im Kreuzverhör „getestet“ wurde. Ausgerechnet diese ursprüngliche (dem common law entstammende) Grundannahme des Konfrontationsrechts wird von der Großen Kammer verworfen.<sup>17</sup> Auch wenn die Große Kammer weiterhin kompensierende prozedurale Elemente einfordert, liegt ihr Hauptaugenmerk doch bei der substanziellen Komponente. Entscheidend ist die Gewährleistung der tatsächlichen Verlässlichkeit der Zeugenaussage.

Die Große Kammer prüft dann das Vorliegen hinreichender schützender und kompensierender Verfahrensregelungen. Nicht genügen soll die bloße Belehrung der Jury (*jury instructions*) über die Gefahren des Beweises vom Hörensagen und dessen stark geschmälernten Beweiswert<sup>18</sup> oder die abstrakte Möglichkeit des Angeklagten, durch eigene Aussage oder Benennung von Zeugen den Gegenbeweis zu erbringen. Andererseits hält die Kammer es für möglich, im Rahmen einer normalen Beweisaufnahme unzulässige Beweismittel zuzulassen, welche Glaubwürdigkeit oder Aussagekonsistenz des abwesenden Zeugen erschüttern könnten.<sup>19</sup> Stellt sich am Ende heraus, dass keine anderen Maßnahmen zur Sicherstel-

lung der Verlässlichkeit anstelle einer Konfrontation verfügbar sind, ist aus Sicht der Großen Kammer die Durchführung eines fairen Verfahrens auch in der Gesamtbewertung nicht mehr möglich.<sup>20</sup> Bei Anlegung eines strengen Prüfungsmaßstabs ist letztlich also möglicherweise alles doch nur „halb so wild“. Die „sole or decisive“-Regel verliert zwar ihren absoluten Anspruch, bleibt aber ein strenges Instrument zum Schutz des Konfrontationsrechts. Pessimisten könnten demgegenüber zu der Vermutung neigen, dass gerade Tatgerichte weidlich von der neuen Freiheit Gebrauch machen werden. Es wird dann zuallererst darauf ankommen, ob das Gericht sich selbst von der Verlässlichkeit des nicht konfrontierten Beweismittels überzeugen kann. Im Anschluss käme es dann zu einer primär argumentativen Übung, das objektive Vorliegen der Zuverlässigkeit und hinreichender schützender Ausgleichsmechanismen im Urteil überzeugend darzulegen. Wie das funktioniert, ist von den diversen Beweiswürdigungslösungen zur Vermeidung von Beweisverwertungsverböten weidlich bekannt. Die Ausführungen der Großen Kammer geben sowohl zur Hoffnung als auch zur Sorge Anlass. Im Fall „Tahery“ ließ die Große Kammer die theoretische Möglichkeit zum Gegenbeweis auch in Kombination mit sorgfältigen *jury instructions* nicht genügen.<sup>21</sup> Im Fall „Al Khawaja“ setzte sich die Große Kammer dagegen sogar über unzureichende *jury instructions* hinweg, die gerade ein Mindestschutzelement sein sollten und konstruierte die Existenz ausreichender Sicherungsmechanismen, um das für richtig erkannte Ergebnis erzielen zu können, obgleich sie in der Sache primär das (gut begründbare und schon vorher zu prüfende) Vorliegen anderer ausreichender Beweise betrafen.

### III. Die Folgen für das Konfrontationsrecht

Die „sole or decisive“-Regel durfte bislang aus guten Gründen zum nicht hintergehbaren Wesensgehalt des Konfrontationsrechts gerechnet werden.<sup>22</sup> Die Große Kammer nimmt ihr diese besondere Bedeutung und gibt das Konfrontationsrecht in seiner bisherigen Begründung als Mindestgarantie bedauerlicherweise auf.<sup>23</sup> Soweit sich die Verlässlichkeit des nicht konfrontierten Beweises auf einem anderen fairen Weg gewährleisten lässt, will die Große Kammer aus einer Verletzung von Art. 6 Abs. 3 lit. d EMRK nicht mehr automatisch auf die Verletzung des Gesamtrechts schließen. Sie öffnet den Wesenskern des Konfrontationsrechts damit für prozesssystem- und rechtskulturadäquate Ausgleichsmechanismen in den Vertragsstaaten; wie z. B. den Criminal Justice Act of

<sup>16</sup> EGMR, 15.12.2011 (GK), Al-Khawaja u. Tahery, Nr. 26766/05 u. 22228/06, Z. 145 f. = HRRS 2012 Nr. 1.

<sup>17</sup> EGMR, 15.12.2011 (GK), Al-Khawaja u. Tahery, Nr. 26766/05 u. 22228/06, Z. 139 = HRRS 2012 Nr. 1.

<sup>18</sup> EGMR, 15.12.2011 (GK), Al-Khawaja u. Tahery, Nr. 26766/05 u. 22228/06, Z. 164 = HRRS 2012 Nr. 1 – Auch die eindringlichste *jury instruction* reiche allein nicht!

<sup>19</sup> EGMR, 15.12.2011 (GK), Al-Khawaja u. Tahery, Nr. 26766/05 u. 22228/06, Z. 149 = HRRS 2012 Nr. 1.

<sup>20</sup> EGMR, 15.12.2011 (GK), Al-Khawaja u. Tahery, Nr. 26766/05 u. 22228/06, Z. 165 = HRRS 2012 Nr. 1.

<sup>21</sup> EGMR, 15.12.2011 (GK), Al-Khawaja u. Tahery, Nr. 26766/05 u. 22228/06, Z. 159 = HRRS 2012 Nr. 1.

<sup>22</sup> Dies betonen auch Judge Sajo und Judge Karakas in ihrer *joint partly dissenting and partly concurring opinion*. Sie fundieren dies mit einer Analyse des Fallrechts des Gerichtshofs. Daraus ergibt sich, dass die „sole or decisive“-Regel in eine Kategorie von Regeln fällt, deren Verletzung nicht wiedergutmacht werden kann.

<sup>23</sup> Systematisch schwächt der EGMR damit grundsätzlich die Stellung der Teilrechte gegenüber dem Gesamtrecht.

2003 und Police and Criminal Evidence Act 1984. Die Position der staatlichen Strafverfolgungsorgane wird dadurch sowohl gegenüber dem Beschuldigten als auch gegenüber der EMRK deutlich gestärkt.

Vieles wird in der Zukunft gleichwohl davon abhängen, wie „substanziell“ oder „prozedural“ der EGMR die nunmehr erforderlichen Schutz- und Ausgleichsmechanismen verstehen wird. Seine Ausführungen lassen ein signifikantes Übergewicht bei der substanziellen Komponente erkennen. Aber auch prozedurale Aspekte sind präsent. Doch verlieren sie sich ebenso wie die einschlägigen streitgegenständlichen Normen des Vereinten Königreichs (insb. § 78 Police and Criminal Evidence Act 1984) in ihrer sprachlichen Vagheit. Diese ist ein Einfallstor für richterliches Ermessen und Garant für ein hohes Maß an Rechtsunsicherheit in einem elementaren Gewährleistungsbereich der Verteidigungsrechte. Letztlich ist den Ausführungen der Großen Kammer implizit, dass das Interesse der Rechtsgemeinschaft an effektiver Strafverfolgung grundsätzlich durchschlägt, wenn der Beweis intrinsisch verlässlich erscheint. Dabei schöpfen gerade die Mindestgarantien des Abs. 3 ihre Existenzberechtigung daraus, diesem Leitmotiv klare Grenzen aufzuzeigen und einen nicht abwägbaren Kerngehalt der Verfahrensfairness armieren.

Von einem europaweit gültigen Mindestlegitimationselement für die Fairness eines Strafverfahrens sinkt das Konfrontationsrecht nun zu einem, wenn auch schwer-

gewichtigen, Gradmesser für die Anforderungen an alternative Wege zur Gewährleistung der Zuverlässigkeit von Zeugenaussagen und ausgleichenden Sicherungsmechanismen herab. Aus einem ehemals zwingenden subjektiven Recht wird *de facto* eine bloße Beweismethode, die im Prozess der Wahrheitsfindung nicht alternativlos ist. Es entbehrt nicht der Ironie, dass es (ausgerechnet) ein Common-Law-Land ist, das den wesensprägenden Grundpfeiler des Konfrontationsrechts in Europa zu Fall bringt. Freuen darf sich über diesen auch der BGH. Seiner im Schrifttum zuvor oft kritisierten Stufentheorie<sup>24</sup> wird durch die Große Kammer indirekt Absolution erteilt; ein echter *windfall*, der eine effektive fairnessgestützte Verteidigung in Zukunft noch schwerer machen dürfte. Die weithin praktizierte Wegabwägung fundamentaler, legitimitätsstiftender Verfahrensgarantien wird weiter erleichtert.

<sup>24</sup> Ein Konventionsverstoß sollte nach Auffassung des BGH bei fehlerhafter Beweiswürdigung schon vor dem Urteil ausgeräumt werden können, wenn das Verfahren dem Gericht in seiner Gesamtheit einschließlich der Art und Weise der Beweiserhebung und -würdigung dennoch fair erschien (BGHSt 51, 150, 154 = HRRS 2007 Nr. 39; verfassungsrechtlich bestätigt durch *BVerfG* NJW 2010, 925 = HRRS 2009 Nr. 1114; KK-Schädler, 6. Aufl. (2008), Art. 6 Rn. 53; krit. *Dehne-Niemann* HRRS 2010, 189, 192 ff.; *Karpenstein/Mayer-Meyer* (Fn. 2), Art. 6 Rn. 214 ff. Der Großen Kammer des EGMR stand diese Rechtsfortbildung aufgrund seiner Rolle als supranationaler Menschenrechtshof aber prozessdogmatisch wenigstens zu.

## Aufsätze und Anmerkungen

# Artikel 6 Abs. 3 lit. d EMRK und der nicht verfügbare Zeuge: Weist der modifizierte Lucà-Test den Weg aus der Sackgasse?

Zugleich eine Besprechung von EGMR Nr. 26766/05 und 22228/06 (Große Kammer), Urteil vom 15. Dezember 2011 (*Al-Khawaja und Tahery v. Großbritannien*) = HRRS 2012 Nr. 1

Von Dr. Antje du Bois-Pedain, Universität Cambridge

## I. Einführung

Seit geraumer Zeit wird die Reichweite des in Art. 6 Abs. 3 lit. d EMRK garantierten speziellen Rechts der Verteidigung auf Befragung von Belastungszeugen von den deutschen Gerichten so verstanden, dass sich ein Strafurteil auf eine den Angeklagten belastende Aussage, die trotz nicht vorhandener oder eingeschränkter Befragungsmöglichkeiten der Verteidigung als konventions-

rechtlich zulässige Ausnahme von Art. 6 Abs. 3 lit. d in den Prozess eingeführt wurde, stützen und sogar auf ihr beruhen darf, wenn das Verfahren einschließlich des Gebrauchs, der von der betreffenden Aussage gemacht wurde, insgesamt als fair anzusehen ist.<sup>1</sup> Diese auch von den englischen Strafgerichten praktizierte Handhabung

<sup>1</sup> Zuletzt BGH 4 StR 461/08 – Beschluss vom 9. Juni 2009, HRRS 2009 Nr. 803; dazu kritisch *Dehne-Niemann* HRRS 2010, 189.

des Verhältnisses der speziellen Garantie des Art. 6 Abs. 3 lit. d EMRK zu der allgemeinen Garantie eines fairen Verfahrens war im Januar 2009 von der 4. Kammer des EGMR in den verbundenen Beschwerdeverfahren Al-Khawaja und Tahery v. Großbritannien in Frage gestellt worden.<sup>2</sup> Nach Auffassung der 4. Kammer war die Entscheidung des Europäischen Gerichtshofs für Menschenrechte (EGMR) im Fall *Lucà v. Italien*<sup>3</sup> so zu verstehen, dass es ungeachtet des Umstands, dass die Einführung des unter Art. 6 Abs. 3 lit. d implizierten Beweismittels zulässig gewesen sei, zwingend gegen Art. 6 Abs. 3 lit. d i.V. mit Art. 6 Abs. 1 EGMR verstoße, wenn sich ein Strafurteil ausschließlich oder entscheidend auf das Zeugnis einer Person stütze, die von der Verteidigung nicht (oder nicht wirksam) befragt werden konnte („Lucà-Test“). Beide Beschwerdeführer seien aufgrund solcher Zeugenaussagen verurteilt wurden. Ihren Beschwerden wurde daher von der 4. Kammer stattgegeben.

Bei diesem Kammerentscheid wollte es der betroffene Mitgliedsstaat nicht belassen. Auf Antrag Großbritanniens wurden die Beschwerden an die Große Kammer des Gerichtshofs verwiesen. Die Urteile des englischen Court of Appeal und des Supreme Court<sup>4</sup> im *Horncastle-Fall*<sup>5</sup>, die im März und im Dezember 2009 ergingen, waren ein offener Appell an den Gerichtshof, die starre Grenzlinie, die die 4. Kammer für die Verwertung solcher Aussagen ziehen wollte, aufzugeben. Der EGMR wurde von den englischen Gerichten aufgefordert, die Gründe für eine Entwicklung nachzuvollziehen, die den englischen Gesetzgeber in relativ kurzer Zeit zu einer Ausweitung der Möglichkeiten zur indirekten Einführung von Bekundungen in den Strafprozess und die englischen Obergerichte zu einer Abkehr von ihrer früheren strikten Rechtsprechung bewogen hatten.<sup>6</sup> Die Botschaft war unmissverständlich: So wie der englische Gesetzgeber und die englische Gerichtsbarkeit den Formalismus der *hearsay rule* überwunden hätten und die indirekte Einführung von Zeugenaussagen jetzt in breitem Umfang zuließen, soweit es der Wahrheitsfindung diene und mit dem Grundsatz eines fairen Verfahrens vereinbar sei, so sollten sich auch die Straßburger Richter auf die übergeordnete Bedeutung der Verfahrensfairness besinnen und die

speziellen Garantien des Art. 6 Abs. 3 vor diesem Hintergrund ggf. auch restriktiv (sie reichen nur so weit, wie es der Verfahrensfairness dient) auslegen.

Die Große Kammer entschied abschließend am 15. Dezember 2011.<sup>7</sup> Vor der Großen Kammer hatte nur noch der Beschwerdeführer Tahery Erfolg, dessen Verurteilung sich auf eine vorgerichtlich gegenüber der Polizei abgegebene Erklärung eines nun „aus Angst“ nicht mehr länger aussagewilligen, am Gesamtgeschehen möglicherweise nicht unbeteiligten Tatzeugen stützte. Die Beschwerde des Beschwerdeführers Al-Khawaja, dessen Verurteilung auf der polizeilichen Aussage der vor Prozessbeginn verstorbenen Geschädigten sowie auf deren Schilderungen gegenüber Bekannten, die als Zeugen gehört wurden, beruhte, wurde dagegen zurückgewiesen. Für die Reichweite des Zeugenbefragungsrechts und die künftige Anwendung von Art. 6 Abs. 3 lit. d i.V. mit Art. 6 Abs. 1 EMRK sind vor allem die Ausführungen des Gerichtshofs zum *Lucà-Test* von Bedeutung.

In diesem Beitrag wird zunächst die Rechtsprechung des EGMR zu den Grenzen zulässiger Einschränkungen des Zeugenbefragungsrechts bis zum Kammerentscheid im Al-Khawaja-Verfahren in Erinnerung gerufen (Abschnitt II). Dabei wird deutlich, dass der als *Lucà-Test* bezeichnete Vorbehalt, dass eine ohne ausreichende Befragungsmöglichkeit durch die Verteidigung zulässig eingeführte Aussage nicht das alleinige oder entscheidende Belastungsbeweismittel sein dürfe, durchaus als strikte äußerste Grenze für die Auswirkungen an sich zulässiger Einschränkungen des Zeugenbefragungsrechts auf die Verteidigung des Angeklagten aufzufassen sein könnte. Mit einer solchen Grenzziehung unternähme der Gerichtshof dann den Versuch, die Fälle, in denen die für die Verteidigung aus der fehlenden oder beschränkten Befragungsmöglichkeit resultierenden Nachteile nicht ausreichend kompensiert werden können, in abstrakter Form zu bestimmen.

Wie die Analyse der in den Beschwerdeverfahren Al-Khawaja und Tahery v. Großbritannien ergangenen Urteile im III. Abschnitt zeigt, hat sich die 4. Kammer des EGMR in der Tat auf den Standpunkt gestellt, dass in den vom *Lucà-Test* erfassten Fällen eine ausreichende Kompensation der für die Verteidigung entstandenen Nachteile letztlich nicht möglich sei. Von dieser Position ist die Große Kammer des EGMR jedoch abgerückt. Die Große Kammer hält zwar ausdrücklich an der im *Lucà-Urteil* gewählten Leitlinie fest. Gleichzeitig wird aber der Stellenwert der Untersuchung, ob die trotz unzureichender Befragungsmöglichkeit in den Prozess eingeführte Aussage das einzige oder entscheidende Beweismittel gegen den Angeklagten darstelle, relativiert. Im Ergebnis kommt dieser Erwägung deshalb nicht die Funktion einer absoluten „Einschränkungsschranke“<sup>8</sup> zu. Stattdessen eröffnet die Entscheidung der Großen Kammer bewusst die Möglichkeit, dass auch eine Verurteilung, die sich allein oder entscheidend auf eine in zulässiger Ausnahme

<sup>2</sup> EGMR Nr. 26766/05 und 22228/06 (4. Kammer), Urteil vom 20. Januar 2009 (Al-Khawaja und Tahery v. Großbritannien), HRRS 2009 Nr. 459, mit Bespr. von Jung GA 2009, 235 und Ashworth 2009 Crim.L.R. 352. Vgl. auch Dehne-Niemann HRRS 2010, 189, 195.

<sup>3</sup> EGMR Nr. 33354/96, Urteil vom 27. Februar 2001 (*Lucà v. Italien*) = HRRS 2006 Nr. 62.

<sup>4</sup> Als Teil einer umfassenden Restrukturierung der obersten Verfassungsorgane Großbritanniens hat ein neu geschaffener Supreme Court seit dem 1. Oktober 2009 das House of Lords als höchstes britisches Gericht abgelöst. (Die legislative Rolle des House of Lords blieb erhalten.) Die bisherigen Lordrichter wurden unter Beibehaltung ihres Titels dem Supreme Court zugeordnet.

<sup>5</sup> R. v. Horncastle and another; R. v. Marquis and another; R. v. Carter [2009] EWCA Crim 964, [2010] 2 WLR 47; 51-91 (Court of Appeal; Urteil vom 22. Mai 2009) und R. v. Horncastle and another; R. v. Marquis and another [2009] UKSC 14, [2010] 2 WLR 47; 91-152 (Supreme Court; Urteil vom 9. Dezember 2009) mit Anm. von Spencer 2010/1 Archbold News 6.

<sup>6</sup> Dazu grundlegend Spencer, Hearsay Evidence in Criminal Proceedings, 2008, Kap. 1.

<sup>7</sup> EGMR Nr. 26766/05 und 22228/06 (Große Kammer), Urteil vom 15. Dezember 2011 (Al-Khawaja und Tahery v. Großbritannien) = HRRS 2012 Nr. 1.

<sup>8</sup> Jung GA 2009, 235, 238 spricht diesbezüglich von einer „Toleranzgrenze“.

von Art. 6 Abs. 3 lit. d eingeführte Zeugenaussage stützt, mit dem speziellen Garantiegehalt des Art. 6 Abs. 3 lit. d i.V. mit Art. 6 Abs. 1 vereinbar sein könnte. Weil die Lucà-Formel nach ihrer Rekontextualisierung keine absolute Grenze der von dem Angeklagten hinzunehmenden Auswirkungen einer zulässigen Einschränkung des Zeugenbefragungsrechtes kennzeichnen kann, macht die neu justierte Verletzungsprüfung eine intensive fallbezogene Befassung der Straßburger Richter mit den konkreten verbleibenden Verteidigungsmöglichkeiten des Angeklagten erforderlich. In diesem Zusammenhang beharrt die Große Kammer zwar darauf, dass Art. 6 Abs. 3 lit. d einen speziellen Garantiegehalt habe, der nicht – wie es einigen mitgliedstaatlichen Gerichten vorschwebt – in amorphen Fairnesserwägungen aufgehen dürfe. Doch dieser eigenständige Garantiegehalt ist in der Anwendung des neu geordneten Prüfungsschemas auf die vorliegenden Sachverhalte durch die Große Kammer allenfalls schattenhaft erkennbar.

Trotzdem ist die Verfasserin der Auffassung, dass die Große Kammer mit der Modifikation des Lucà-Tests den richtigen Weg eingeschlagen hat. Dies wird im IV. Abschnitt mit den untragbaren Kosten einer mechanischen Anwendung des Lucà-Tests für die gerichtliche Wahrheitsfindung begründet. Auch die – oft missverständene – Entstehungsgeschichte von Art. 6 Abs. 3 lit. d stützt die flexiblere Handhabung. Entscheidend ist aber letztendlich die bürgerrechtliche Dimension dieser Verfahrensgarantie. In ihr wird erkennbar, unter welchen Umständen von dem Angeklagten erwartet werden kann, die für die Verteidigung aus der Nichtbefragbarkeit des Zeugen entstandenen, nicht voll kompensationsfähigen „Restlasten“ hinzunehmen. Als Bürger hat auch der Angeklagte Grund, den tatsächlich überzeugenden Beweis in bestimmten extrem gelagerten Fällen auch ohne Befragungsmöglichkeit zur Urteilsgrundlage werden zu lassen. So vermittelt der Bürgerstatus des Angeklagten nicht nur Grundlagen, sondern auch Grenzen seines verfahrensbezogenen Statusrechts.

## II. Die Rechtsprechung des EGMR zum Zeugenbefragungsrecht bis zum Al-Khawaja-Verfahren im Überblick

### 1. Allgemeines

Seit jeher hat es der EGMR als selbstverständlich angesehen, dass Art. 6 Abs. 3 lit. d die Zulassung von Beweismitteln, mit denen die Bekundungen eines nicht verfügbaren Zeugen indirekt in die Hauptverhandlung eingeführt werden sollen, nicht völlig ausschließen will. Insoweit garantiert die Vorschrift nicht etwa: „Zeuge her oder gar nichts.“ In der Entscheidung *Kostovski v. Niederlande*,<sup>9</sup> die als Beispiel für eine von dem Gerichtshof häufig verwendete Formulierung dienen kann, wird der Schutzzumfang der Vorschrift wie folgt umschrieben:

„This does not mean, however, that in order to be used as evidence statements of witnesses

<sup>9</sup> *Kostovski v. Niederlande*, Urteil vom 20. November 1989, (1989) 12 EHRR 434.

should always be made at a public hearing in court: to use as evidence such statements obtained at the pre-trial stage is not in itself inconsistent with paragraphs (3)(d) and (1) of Article 6, provided that the rights of the defence have been respected.“<sup>10</sup>

Positiv gewendet, heißt das: Garantiert wird eine mit den Rechten der Verteidigung vereinbare Einführung von Aussagen von Zeugen. Unter „Zeugen“ sind dabei alle Personen zu verstehen, deren Bekundungen zum Zwecke des Tatnachweises direkt oder indirekt vor Gericht eingeführt werden, mögen diese vom nationalen Verfahrensrecht als Zeugen und die Art der Einführung ihrer Bekundungen als Zeugenbeweis klassifiziert werden oder nicht.<sup>11</sup>

Das obige Zitat zeigt auch, dass der Gerichtshof traditionell die Prüfung einer möglichen Verletzung des Zeugenbefragungsrechtes (Art. 6 Abs. 3 lit. d) und die Prüfung einer möglichen Verletzung des Rechts auf ein faires Verfahren (Art. 6 Abs. 1) zusammenzieht, und zwar unabhängig davon, ob speziell die Nichtbeibringung des Zeugen in der Hauptverhandlung oder ein anderer Aspekt der Einführung oder Verwertung einer mit dem Makel fehlender oder unzureichender Befragungsmöglichkeiten durch die Verteidigung behafteten Aussage durch das Gericht von dem Beschwerdeführer selbst als konventionswidrig herausgestellt wird. Macht man sich bewusst, dass letztlich alle in den Schutzbereich des Zeugenbefragungsrechtes fallenden Beschwerden gegen den Gebrauch einer unter Art. 6 Abs. 3 lit. d implizierten und den Beschwerdeführer in einem gegen ihn betriebenen Strafverfahren belastenden Aussage gerichtet sind, ist gegen diese einheitliche Behandlung nichts einzuwenden.

Obwohl der Wortlaut von Art. 6 Abs. 3 lit. d offen lässt, zu welchem Zeitpunkt dem Beschuldigten das Recht auf Zeugenbefragung gewährt werden muss, geht der Gerichtshof davon aus, dass der Angeklagte grundsätzlich ein Recht darauf hat, in der Hauptverhandlung mit den Belastungszeugen konfrontiert zu werden. Dass sämtliche Beweise normalerweise in der öffentlichen Verhandlung in Gegenwart des Angeklagten im Hinblick auf ihre Kontestation durch die Verteidigung vorzulegen seien,<sup>12</sup> ist fester Bestandteil der in den einschlägigen EGMR-Urteilen nahezu wortgleich enthaltenen Zusammenfassung der konventionsrechtlichen Vorgaben. Hier wird der Einfluss von Art. 6 Abs. 1 auf den kombinierten Prüfungsmaßstab erkennbar. Die Verfahrensfairness verlangt unter anderem die Öffentlichkeit der Hauptverhandlung und die Präsentation des Beweismaterials in einer für den Angeklagten zugänglichen Weise vor Gericht. Erst durch Art. 6 Abs. 1 verdichtet sich das Recht auf Zeugenbefragung zu einem Recht, das grundsätzlich im Gerichtssaal

<sup>10</sup> *Ibid.*, § 41.

<sup>11</sup> St. Rspr. des EGMR, vgl. nur *Asch v. Österreich*, Urteil vom 26. April 1991, Series A no. 203, § 25. Der Begriff „Zeuge“ wird in diesem Beitrag im konventionsrechtlich autonomen Sinne verwendet, schließt also den Mitangeklagten und die Verlesung von Vernehmungsniederschriften und ähnlichem ein.

<sup>12</sup> Siehe nur *Van Mechelen u.a. v. Niederlande*, Urteil vom 23. April 1997, *Reports* 1997-III, § 51.

selbst zu gewähren ist. Aus demselben Grund ist es deshalb denkbar, dass auch eine außerhalb der Hauptverhandlung ermöglichte Befragung eines Zeugen durch die Verteidigung unter dem isolierten Gesichtspunkt des Zeugenbefragungsrechts eine vollwertige Gelegenheit zur Rechtsausübung darstellen kann.

In den Entscheidungen des Gerichtshofs wird nicht ganz deutlich, ob der Gerichtshof bei vollwertiger Gelegenheit zur Zeugenbefragung außerhalb der Hauptverhandlung Art. 6 Abs. 3 lit. d gar nicht als berührt ansieht oder ob er gleichwohl wegen der Abwesenheit des Zeugen in der Hauptverhandlung von einer in den Schutzbereich dieser Vorschrift fallenden Beeinträchtigung der Rechte der Verteidigung ausgeht, die notwendig gewesen sein muss (aber, soweit sie notwendig war, durch die gewährte Befragungsmöglichkeit im Vorverfahren hinreichend kompensiert wurde). Das Urteil im Fall *Isgrò v. Italien*<sup>13</sup> spricht für die letztgenannte Auffassung. Dort hatte der Angeklagte im Vorverfahren vor dem Ermittlungsrichter ausreichend Gelegenheit, die Belastungszeugen zu befragen. Der Gerichtshof stützt sich in diesem Fall ausdrücklich auch darauf, dass der Staat ausreichende Anstrengungen unternommen hatte, um die Anwesenheit des Zeugen in der Hauptverhandlung sicherzustellen. Neuere Entscheidungen insbesondere gegen Russland scheinen aber in diesem Punkt großzügiger zu sein und legen die Schlussfolgerung nahe, dass eine vollwertige Befragungsmöglichkeit im Vorverfahren eine Beeinträchtigung von Art. 6 Abs. 3 lit. d von vornherein ausschließt, so dass es nicht mehr darauf ankommt, ob der Zeuge in der Hauptverhandlung aus zwingenden Gründen abwesend war.<sup>14</sup> Jedenfalls in Fällen, in denen eine gewisse Beschränkung der Rechte der Verteidigung wegen der Existenz konkurrierender Rechte (und staatlicher Schutzobligationen bezüglich dieser Rechte) des betroffenen, besonders gefährdeten Zeugen hinzunehmen ist, geht der Gerichtshof davon aus, dass der Angeklagte kein unbeschränktes Recht auf Vorführung des Zeugen vor Gericht hat. Grundsätzlich sei es Aufgabe der mitgliedstaatlichen Fachgerichte, darüber zu befinden, ob es notwendig oder ratsam sei, einen Zeugen in der Hauptverhandlung zu hören.<sup>15</sup>

Zusammengefasst bedeutet dies: In erster Linie soll der Verteidigung Gelegenheit gegeben werden, den Zeugen in der Hauptverhandlung zu befragen. Sofern diese Möglichkeit nicht gewährt wird und das Gericht von dem Inhalt der Bekundungen des Zeugen auf andere Art Kenntnis nimmt, stellt sich die Frage, ob dies mit den Rechten der Verteidigung zu vereinbaren ist. Daher ist es im Prinzip unproblematisch, wenn die Verteidigung auf die Anhörung eines Belastungszeugen verzichtet und in der Hauptverhandlung der Ersetzung der mündlichen Aussage durch ein früheres Vernehmungsprotokoll zustimmt – und zwar unabhängig davon, ob die Verteidigung bei der früheren Vernehmung Gelegenheit zur Befragung des Zeugen hatte oder nicht.<sup>16</sup> Diese Situation ist nämlich im Kern so beschaffen, dass die Verteidigung, weil sie auf der möglichen Befragung des Zeugen in der Hauptverhandlung hätte bestehen können, im entscheidenden Sinn Gelegenheit zur Zeugenbefragung hatte und eben hierauf verzichtet hat. Davon scharf zu trennen sind (a) Situationen, in denen die Verteidigung den Zeugen in der Hauptverhandlung befragen will, dies aber nicht tun kann, weil der Zeuge nicht beizuschaffen ist, und (b) Situationen, in denen eine effektive Infragestellung des Wahrheitsgehalts der Zeugenaussage in der Hauptverhandlung trotz Anwesenheit und Aussagebereitschaft des Zeugen nicht oder nur eingeschränkt möglich ist. Anwesende, aber nur eingeschränkt befragbare Zeugen fallen in eine Grauzone, wo man in Zweifel ziehen könnte, ob überhaupt der Anwendungsbereich von Art. 6 Abs. 3 lit. d betroffen ist oder nur Art. 6 Abs. 1. Der Gerichtshof ordnet aber nicht nur Fälle, in denen der Zeuge in der Hauptverhandlung schlicht nicht da ist, sondern auch Fälle, in denen der Zeuge zwar anwesend ist, aber gleichwohl nicht effektiv befragt werden kann, dem Schutzbereich von Art. 6 Abs. 3 lit. d i.V. mit Art. 6 Abs. 1 zu und erspart sich so eine genaue Abgrenzung der Anwendungsbereiche dieser Verfahrensgarantien.

Die Bandbreite und Komplexität möglicher Sachverhaltskonstellationen ist aus der nachstehenden Übersicht ersichtlich. Überschneidungen zwischen den hier aufgeführten Fallgruppen sind ebenso möglich wie die Bildung weiterer Untergruppen und die Verwendung anderer Zuordnungsraster.<sup>17</sup>

*A. Eine Befragung des Zeugen durch die Verteidigung ist überhaupt nicht möglich:*

- (1) „tatsächliche Unmöglichkeit“
- (a) vorverstorbenen Zeuge

fragung außerhalb des Gerichtssaals von der Verteidigung formulierte Fragen zu stellen und die Antworten aufzuzeichnen.

<sup>16</sup> Ein solcher Verzicht muss aber eindeutig erfolgt sein und darf nicht leichthin angenommen werden: vgl. EGMR Nr. 28490/95, Urteil vom 19. Juni 2003 (*Günes v. Türkei*) § 95 unter Verweis auf *Colozza v. Italien*, Urteil vom 12. Februar 1985, Series A no. 89, § 26.

<sup>17</sup> Eine andere Einteilung der Fallgruppen findet sich z.B. bei *Gerdemann*, Die Verwertbarkeit belastender Zeugenaussagen bei Beeinträchtigungen des Fragerechts des Beschuldigten (2010). Da *Gerdemanns* Unterteilung ihre Interpretation der EGMR-Rechtsprechung, die von der Verfasserin dieses Beitrags nicht in allen Punkten geteilt wird, widerspiegelt, wird *Gerdemanns* Schema hier nicht übernommen.

<sup>13</sup> *Isgrò v. Italien*, Urteil vom 19. Februar 1991, Series A no. 194-A.

<sup>14</sup> Siehe EGMR, Nr. 23610/03, Urteil vom 14. Januar 2010 (*Melnikov v. Russland*), § 69 unter Verweis auf EGMR, Nr. 60333/00, Zulassungsentscheidung vom 9. November 2006 (*Slyusarev v. Russland*).

<sup>15</sup> EGMR, Nr. 23220/04, Urteil vom 27. Januar 2009 (*A.L. v. Finnland*), § 37 („Article 6 does not grant the accused an unlimited right to secure the appearance of witnesses in court. It is normally for the national courts to decide whether it is necessary or advisable to hear a witness“) unter Verweis auf *Bricmont v. Belgien*, Urteil vom 7. Juli 1989, Series A no. 158, § 89, EGMR Nr. 14151/02, Urteil vom 24. April 2007 (*W. v. Finnland*) § 43 und EGMR Nr. 46602/99, Urteil vom 10. Mai 2007 (*A.H. v. Finnland*) § 40. In diesem Fall stellte der EGMR aber im Ergebnis eine Verletzung von Artikel 6 Abs. 3 lit. d i.V. mit Art. 6 Abs. 1 fest, weil die Verteidigung ihr Fragerecht gegenüber dem einzigen direkten Zeugen – dem kindlichen angeblichen Opfer der angeklagten Sexualstraftat – überhaupt nicht hatte ausüben können, obwohl es durchaus möglich gewesen wäre, diesem Zeugen (ggf. durch eine geeignete, psychologisch geschulte Verhörsperson) während einer Be-

(b) nicht auffindbarer Zeuge (vorausgesetzt, mögliche und zumutbare Nachforschungen nach dem Verbleib des Zeugen wurden unternommen)

(c) kommunikationsunfähiger Zeuge

(d) nicht Erinnerungsfähiger Zeuge<sup>18</sup>

(2) „rechtliche Unmöglichkeit“

(a) erfolglose Ausschöpfung aller staatlichen Möglichkeiten zur direkten Zeugniserlangung (Auslandszeugen)

(b) Befreiung des aussageunwilligen Zeugen von der Aussagepflicht: Der Zeuge ist in der Hauptverhandlung anwesend oder seine Anwesenheit könnte sichergestellt werden, aber der Zeuge darf sein Erscheinen vermeiden oder die Aussage verweigern.

Folgende Untergruppen<sup>19</sup> lassen sich unterscheiden, wobei ein Zeuge durchaus in mehrere Untergruppen fallen kann:

(aa) Der Zeuge verweigert aus einem ihm *in seinem eigenen Interesse* eingeräumten Zeugnisverweigerungsrecht heraus die Aussage (hierher gehören etwa bestimmte enge Angehörige des Angeklagten, denen eine Aussage gegen den Angeklagten nicht zugemutet werden kann, bestimmte Berufsheimsträger wie etwa Geistliche oder Journalisten, deren Berufsethik der Preisgabe ihrer Informationsquellen entgegensteht, schweigeberechtigte Mitangeklagte, verängstigte Zeugen etc.);

(bb) Der Zeuge verweigert die Aussage, weil er aufgrund einer ihm *im Interesse des Angeklagten* auferlegten Verschwiegenheitsobliegenheit nicht zur Aussage befugt ist (etwa ein den Angeklagten behandelnder Arzt, den der Angeklagte nicht von seiner Schweigepflicht entbindet);

(cc) Der Zeuge verweigert die Aussage, weil ihm *andere zivile Verfahrensbetroffene* (Opfer, Zeugen) keine Aussageerlaubnis geben und er deshalb zur Verschwiegenheit verpflichtet ist;

(dd) Der Zeuge verweigert die Aussage, weil ihm *staatliche Behörden* keine Aussageerlaubnis gegeben haben (Verdeckte Ermittler, Geheimdienstmitarbeiter u.ä.).

B. Die Effektivität der Zeugenbefragung durch die Verteidigung ist erheblich eingeschränkt.

(1) Auf tatsächlichen Gründen beruhende Einschränkungen:

Zeugen mit starken Dysfunktionalitäten bei der Zeugnisablegung (sehr junge Kinder, Demenzkranke, geistig stark gestörte, verwirrte oder zurückgebliebene Zeugen).

(2) Auf rechtlichen Gründen beruhende Einschränkungen:

(a) Anonyme Zeugen.

(b) Zeugen, die nicht von der Verteidigung gesehen oder ohne Stimmverzerrung gehört werden können.

(c) Zeugen, die aus Gründen der Selbstbelastungsfreiheit einzelne Fragen nicht beantworten.

(d) Zeugen, die aufgrund der Art des angeklagten Delikts oder aus anderen Gründen nicht im Gerichtssaal aussagen oder sich im Gerichtssaal keiner direkten Befragung durch die Verteidigung stellen müssen, die aber außerhalb des Gerichtssaals durchaus befragt wurden (gegebenenfalls auch unter Beteiligung der Verteidigung).

Die Fallgruppen A.(2)(b) und B.(2) überschneiden sich in der Praxis häufig.

## 2. Die Verletzungsprüfung

Bei der Prüfung einer möglichen Verletzung von Art. 6 Abs. 3 lit. d i.V. mit Art. 6 Abs. 1 strebt der Gerichtshof die Klärung zweier Fragen an: Hat der Staat das Zeugenbefragungsrecht des Angeklagten auch wirklich nicht mehr als notwendig eingeschränkt?, und Ist die damit einhergehende Einschränkung der Rechte der Verteidigung konventionsrechtlich hinnehmbar?

Diese unter dem Eindruck der uneinheitlichen EGMR-Rechtsprechung<sup>20</sup> hier bewusst breit und allgemein gehaltenen Fragen identifizieren Themenkomplexe für die Verletzungsprüfung und geben ein grobes Raster für die

<sup>18</sup> Wenn bei (c) und (d) eine eingeschränkte Befragung möglich ist, fällt dies in die Gruppe B.

<sup>19</sup> *Gerdemann* differenziert zwischen Zeugen, bei denen die Beschränkung der Konfrontationsmöglichkeit auf einer „individuellen Abwägung durch die am konkreten Verfahren beteiligten staatlichen Stellen“, die Verteidigungsinteressen bewusst zugunsten der kollidierenden Interessen des Zeugen opfere, beruhe, und Zeugen, hinsichtlich derer die Beschränkung der Verteidigungsrechte auf „eine antizipierte Abwägung des Gesetzgebers“ von relativ pauschalem Charakter zurückzuführen sei, vgl. (Fn. 17), S. 402 f. Die Verfasserin dieses Beitrags glaubt nicht, dass dieser möglichen Unterscheidung in den Urteilen des EGMR das grundlegende Gewicht zukommt, das *Gerdemann* ihr beimessen will. Auch wenn man dies bis zum Al-Khawaja-Urteil der Großen Kammer anders beurteilen wollte, kann aus dieser Unterscheidung nach dem Al-Khawaja-Urteil jedenfalls keine Aufspaltung der Prüfungsmodelle, wie sie *Gerdemann* vorschwebt, abgeleitet werden. Siehe Abschnitt III. unten.

<sup>20</sup> In den 1990er Jahren wird es für den EGMR zunehmend üblich, die rechtlichen Kriterien einer Verletzung von Art. 6 Abs. 3 lit. d i.V. mit Art. 6 Abs. 1 in seinen Urteilen in allgemeiner Form zusammenfassen. Die verwendeten Textbausteine lesen sich aber eher als eine Ansammlung von Gesichtspunkten, ohne dass aus der Reihenfolge ihrer Erwähnung auf eine bestimmte Systematik rückgeschlossen werden könnte. Die gewählten Formulierungen sind weitgehend, aber nicht völlig identisch, wobei unklar bleibt, ob die zu beobachtenden Variationen zufällig sind, bewusst vorgenommene einzelfallbezogene Schwerpunktsetzungen reflektieren oder grundlegende Differenzierungen zwischen anders gelagerten Gruppen von Fällen widerspiegeln sollen, die der Gerichtshof aber niemals selbst ausdrücklich anspricht und ausformuliert.

Systematisierung und Interpretation der von dem EGMR in Ansatz gebrachten Prüfungskriterien vor. Zur Vermeidung von Missverständnissen ist schon jetzt darauf hinzuweisen, dass bestimmte Gesichtspunkte sowohl für die Beantwortung der ersten als auch für die Beantwortung der zweiten Frage relevant sind. Dies gilt insbesondere für den Aspekt der Kompensation.

### a) Die Notwendigkeit der Einschränkung des Zeugenbefragungsrechts des Angeklagten

Der Gerichtshof weist in seinen Entscheidungen regelmäßig darauf hin, dass die Beschränkung der Rechte des Angeklagten aus Art. 6 Abs. 3 lit. d „notwendig“ sein muss. Wenn der Zeuge verstorben ist, besteht hieran kein Zweifel. Aber wenn der Zeuge noch lebt, muss die Frage der Notwendigkeit eingehender geprüft werden. Bevor sich das Tatgericht in einem solchen Fall mit außergerichtlich abgegebenen Bekundungen eines Zeugen begnügen kann, muss es vernünftige Anstrengungen unternehmen, um die Anwesenheit des Zeugen in der Hauptverhandlung sicherzustellen.<sup>21</sup> Daran fehlte es z.B. im Fall *Makeyev v. Russland*,<sup>22</sup> in dem einer der drei nicht gehörten Zeugen sich in einer anderen Sache in Polizeigewahrsam befand, die zweite Zeugin bei dem Versuch der Zustellung der Ladung nicht in ihrer Wohnung angetroffen worden war, ohne dass nachgeforscht wurde, ob und wohin diese Zeugin möglicherweise verzogen sein könnte, und die dritte Zeugin so kurzfristig geladen wurde, dass sie keine Kinderbetreuung organisieren konnte und deshalb der Hauptverhandlung fernblieb. Ausreichend waren demgegenüber die in *Gossa v. Polen*<sup>23</sup> unternommenen ergebnislosen Anstrengungen des Tatgerichts, über das polnische Konsulat die ladungsfähige Anschrift einer ins Ausland verzogenen Auslandszeugin zu ermitteln.<sup>24</sup> Auch auf kommissarische Zeugenbefragungen im Wege der Rechtshilfe durfte zurückgegriffen werden, nachdem vorangegangene Versuche, die Teilnahme des Zeugen an der Hauptverhandlung sicherzustellen, fehlgeschlagen waren.<sup>25</sup> Das Recht des Angeklagten auf Zeugenbefragung erstreckt sich prinzipiell auf jeden Zeugen, auf den sich die Anklage stützen will.<sup>26</sup> Soweit ersichtlich, hat der Gerichtshof bisher nicht entschieden, ob die Intensität der vom Staat zu erwartenden Bemühungen um das Erscheinen des Zeugen in der Hauptverhandlung konstant ist oder mit der Bedeutung des Zeugen für die Aufklärung des Sachverhaltes ansteigt.<sup>27</sup> Wenn ein Zeuge nur bei besonderen Schutzmaß-

nahmen – etwa der Gewährung von Anonymität – zur Aussage bereit ist, wird von dem Mitgliedstaat eine eingehende Prüfung der Frage verlangt, ob die Umstände des Falles dem Zeugen tatsächlich hinreichende Gründe geben, seiner Aussagepflicht nicht im Gerichtssaal nachzukommen. Pauschale Kriterien wie etwa die Rechtsnatur oder Schwere der angeklagten Tat reichen nicht aus.<sup>28</sup>

Falls nach dem Vorgenannten feststeht, dass die Teilnahme des Zeugen an der Hauptverhandlung unmöglich ist, besteht im Prinzip ein guter Grund für die Einführung außergerichtlicher Aussagen, auch wenn der Angeklagte oder die Verteidigung keine Gelegenheit zur Befragung des Zeugen hatten. Dies deckt aber nur den ersten Teilaspekt der Notwendigkeitsprüfung – die Frage, ob die Rechte der Verteidigung überhaupt eingeschränkt werden mussten – ab. In vielen Fällen verlangt der Gesichtspunkt der Notwendigkeit auch eine eingehende Befassung mit einem zweiten Teilaspekt, nämlich ob die Beschränkung der Rechte der Verteidigung auch in dieser Intensität erforderlich war.<sup>29</sup> Gerade wenn die fehlende Durchsetzbarkeit des Anspruchs auf Zeugenbefragung auf der Anerkennung von Zeugnisverweigerungsrechten oder von Zeugnisverboten sowie auf der Beschränkung von Befragungsmöglichkeiten aus Zeugenschutzgründen beruht, kommt diese zweite Komponente der Notwendigkeitsprüfung zu ihrem Recht. Hier will der Gerichtshof zwar einerseits vermeiden, in die Prüfung von Verstößen gegen nationales Verfahrensrecht, das bei richtiger Rechtsanwendung zu einer weiter gehenden Beteiligung der Verteidigung an der Zeugenbefragung geführt hätte, verwickelt zu werden. Andererseits wird gerade in den Fällen, in denen die nationalen Fachgerichte Spielraum bei der Ausgestaltung der konkreten Befragungssituation eines aus rechtlichen Gründen nur eingeschränkt befragbaren Zeugen haben, von dem Gerichtshof durchaus konkret fallbezogen erörtert, ob sich nicht andere Zeugenschutzmöglichkeiten angeboten hätten, bei denen die Effektivität der Zeugenbefragung durch die Verteidigung weniger stark beeinträchtigt worden wäre, ohne dass dies dem Zeugenschutz abträglich gewesen wäre.<sup>30</sup>

### b) Die Ausschöpfung bestehender Kompensationsmöglichkeiten

In diesem Zusammenhang stellt sich auch die Frage, ob der Staat die für die Verteidigung aus der fehlenden Befragungsmöglichkeit resultierenden Misslichkeiten ausreichend *kompensiert* hat. Kompensation ist hier nicht im Sinne von Entschädigung zu verstehen. Vielmehr geht es

<sup>21</sup> Vgl. etwa EGMR Nr. 43643/04, Urteil vom 27. April 2010 (*Bielaj v. Polen*), § 56.

<sup>22</sup> EGMR Nr. 13769/04, Urteil vom 9. Februar 2009 (*Makeyev v. Russland*).

<sup>23</sup> EGMR Nr. 47986/99, Urteil vom 9. Januar 2007 (*Gossa v. Polen*).

<sup>24</sup> Vgl. auch den ähnlich gelagerten Fall EGMR Nr. 35556/05, Urteil vom 13. Januar 2009 (*Makuszewski v. Polen*), § 42.

<sup>25</sup> Siehe etwa EGMR Nr. 73047/01, Nichtzulassungsentscheidung vom 23. November 2005 (*Haas v. Deutschland*) = HRRS 2006 Nr. 63 und EGMR Nr. 43643/04, Urteil vom 27. April 2010 (*Bielaj v. Polen*).

<sup>26</sup> EGMR Nr. 47698/99 und 48115/99, Urteil vom 28. März 2002 (*Birutis u.a. v. Litauen*).

<sup>27</sup> Die Ausgleichsmaßnahmen können bei nicht fallentscheidenden Zeugen jedenfalls weniger intensiv sein: siehe EGMR Nr. 43149/98, Zulässigkeitsentscheidung vom 4. Ju-

li 2000 (*Kok v. Niederlande*) und EGMR Nr. 26668/95, Urteil vom 14. Februar 2002 (*Visser v. Niederlande*), § 46.

<sup>28</sup> Siehe EGMR Nr. 26668/95, Urteil vom 14. Februar 2002 (*Visser v. Niederlande*) und *Van Mechelen u.a. v. Niederlande*, Urteil vom 23. April 1997, *Reports* 1997-III.

<sup>29</sup> EGMR Nr. 33900/96, Urteil vom 20. Dezember 2001 (P.S. v. Deutschland) § 23.

<sup>30</sup> *Van Mechelen u.a. v. Niederlande*, Urteil vom 23. April 1997, *Reports* 1997-III, §§ 60-61 (Befragung anonymer Polizeibeamter über Videolink, obwohl andere Tatzeugen im Gerichtssaal aussagen mussten, war nicht zu rechtfertigen). Großzügiger wohl EGMR Nr. 35253/97, Nichtzulassungsentscheidung vom 31. August 1999 (*Verdam v. Niederlande*) hinsichtlich der Zulassung von Aussagen von Zeugen aus dem Rotlichtmilieu.

darum, welche Schritte der Staat noch im Strafverfahren unternehmen kann, um die Nachteile, die für die Verteidigung des Angeklagten wegen der fehlenden oder bloß eingeschränkt möglichen Konfrontation des Zeugen entstanden sind, auszugleichen.<sup>31</sup>

Die Thematik der Kompensation („counterbalancing“) taucht vor allem in Entscheidungen, die besondere Umstände der Zeugnisablegung betreffen, auf. Bei genauer Betrachtung kristallisieren sich in den Entscheidungen des Gerichtshofs zwei Ebenen der Kompensation heraus. Auf der ersten Ebene verbindet sich der Aspekt der Kompensation mit der Prüfung der notwendigen Eingriffsintensität und ist Teil der Erörterung, welche konkret möglichen Ausgleichsmaßnahmen der Staat für die Verteidigung bei diversen Sonderfällen der Zeugnisablegung getroffen hat und ob er sich dabei im Rahmen des für den Zeugenschutz Notwendigen gehalten hat. Deshalb lässt sich nicht pauschal sagen, ob die mit der Beeinträchtigung des Zeugenbefragungsrechts einhergehenden Belastungen durch Maßnahmen wie etwa die Möglichkeit, einem kommissarisch vernommenen Zeugen vorformulierte Fragen durch den vernehmenden Richter stellen zu lassen, kompensiert werden können oder nicht. Denn hierfür kommt es auch darauf an, ob dem Zeugen in dem konkreten Fall die Anwesenheit des Verteidigers des Angeklagten bei der Befragung des Zeugen hätte zugemutet werden können.<sup>32</sup> Hat der Staat bei der konkreten Zeugenbefragung die Verteidigung ohne hinreichenden Grund nicht so weitgehend wie möglich beteiligt, dann ergibt sich der Verstoß gegen Art. 6 Abs. 3 lit. d i.V. mit Art. 6 Abs. 1 bereits aus dieser unnötig intensiven Einschränkung der Verteidigungsrechte. Diesen Zusammenhang verkennen Regierungsvertreter, wenn sie eine nicht gerechtfertigte (weil im konkreten Umfang unnötige) Einschränkung des Befragungsrechtes mit der Begründung, „es hat doch aber im Ergebnis nichts ausgemacht, der Angeklagte konnte sich trotzdem wirksam verteidigen und seine Argumente vorbringen“, zu rechtfertigen suchen. Dass es dem Angeklagten möglich war, die unter Art. 6 Abs. 3 lit. d implizierte Aussage mit seiner Verteidigungsstrategie anzugreifen, kann eine im konkreten Umfang unnötige Einschränkung der Verteidigungsrechte nicht rechtfertigen. Auf diesen Gesichtspunkt kommt es erst an, wenn es um die Hinnehmbarkeit einer im konkreten Umfang *unvermeidlichen* Einschränkung der Rechte der Verteidigung geht – mit anderen Worten, um die zweite Ebene der Kompensationsprüfung.

<sup>31</sup> Siehe etwa EGMR Nr. 47698/99 und 48115/99, Urteil vom 28. März 2002 (Birutis u.a. v. Litauen), § 29.

<sup>32</sup> EGMR Nr. 26668/95, Urteil vom 14. Februar 2002 (Visser v. Niederlande), EGMR Nr. 47698/99 und 48115/99, Urteil vom 28. März 2002 (Birutis u.a. v. Litauen), § 30 („the authorities were justified in protecting anonymous witnesses, possibly the applicants’ co-detainees. However, this circumstance, as such, could not justify any choice of means by the authorities in handling the anonymous evidence“). Vgl. auch EGMR Nr. 33900/96, Urteil vom 20. Dezember 2001 (P.S. v. Deutschland) und EGMR Nr. 23220/04, Urteil vom 27. Januar 2009 (A.L. v. Finnland) hinsichtlich fehlender Observations- und Befragungsmöglichkeiten bei kindlichen Belastungszeugen.

Die zweite Ebene der Kompensationsprüfung erreicht man also nur in der (allerdings recht großen) Restgruppe von Fällen, in denen die Beschränkung des Zeugenbefragungsrechts nach den gesamten Umständen des Falles nicht über das unvermeidliche Maß hinausgegangen ist. Hier soll das Tatgericht in anderer Weise auf Ausgleich der für die Verteidigung entstandenen Nachteile bedacht sein. Das Tatgericht wird hier vom Gerichtshof zu besonderer Vorsicht im Umgang mit dem implizierten Beweismittel aufgerufen: „Evidence obtained from a witness under conditions in which the rights of the defence cannot be secured to the extent normally required by the Convention should ... be treated with extreme care.“<sup>33</sup> Was genau hierunter zu verstehen ist, wird nicht weiter erklärt. Man könnte eine besonders eingehende Auseinandersetzung des Tatgerichts mit möglichen Lücken und Schwächen der implizierten Aussage erwarten. Denkbar wäre auch, solchen Aussagen prinzipiell mit einer gehörigen Portion Misstrauen zu begegnen und ihre Stützung durch außerhalb der Aussage liegende und von ihr unabhängige Beweismittel zu verlangen. Oder man könnte danach fragen, ob dem Angeklagten noch Angriffsmöglichkeiten verblieben sind, durch die er die Verlässlichkeit des Aussageinhalts oder die Glaubwürdigkeit des Zeugen konkret in Zweifel ziehen konnte und von dem Tatgericht verlangen, dass es insoweit auch der ansonsten vielleicht eher fern liegenden Möglichkeit, dass der Zeuge den Angeklagten fälschlich belasten könnte, echtes Gewicht beimisst. Aber alle erdenkliche Vorsicht, so legen mehrere Urteile des Gerichtshofs nahe, kann nicht genügen, wenn das implizierte Beweismittel das *einzigste oder entscheidende* Beweismittel gegen den Angeklagten ist.

### 3. Die Bedeutung der „allein oder entscheidend“-Klausel (Lucà-Test)

Im Lucà-Urteil wird die Erwägung, dass es nicht mit Art. 6 EGMR zu vereinbaren sei, wenn sich das Urteil gegen den Angeklagten „allein oder entscheidend“ auf das Zeugnis einer Person stütze, die die Verteidigung zu keinem Zeitpunkt habe befragen können, als Begleiterscheinung bzw. Folge („corollary“) der Vorgabe, dass bei Ausnahmen vom Zeugenbefragungsrecht für die Verteidigung noch ausreichend Gelegenheit zur Kontestation der unter Art. 6 Abs. 3 lit. d implizierten Aussage bestehen müsse, bezeichnet.<sup>34</sup> Das liest sich so, als weise der Gerichtshof bloß auf eine Selbstverständlichkeit hin. Dass die Einführung implizierter Zeugenaussagen mit Art. 6 zu vereinbaren sei, wenn dies nötig sei und wenn der Angeklagte ausreichend Gelegenheit bekomme, diese Aussagen anzugreifen und sich dagegen zu wehren, bringe es mit sich, dass die Verteidigung stärker als mit Art. 6 vereinbar behindert werde, wenn eine solche Aussage „allein oder entscheidend“ für den Ausgang des Strafverfahrens sei. Bei dem Versuch, diese Vorgabe umzusetzen,

<sup>33</sup> EGMR Nr. 43643/04, Urteil vom 27. April 2010 (Bielaj v. Polen) § 56, EGMR Nr. 26668/95, Urteil vom 14. Februar 2002 (Visser v. Niederlande) § 44, EGMR Nr. 34209/96, ECHR 2002-V (S.N. v. Schweden) § 53.

<sup>34</sup> EGMR Nr. 33354/96, Urteil vom 27. Februar 2001 (Lucà v. Italien), § 40.

stolpert der konventionsgehorsame Rechtsanwender aber schnell über einige Fußangeln.

Die Formulierung „allein oder entscheidend“ wirft schon für sich genommen erhebliche Verständnisprobleme auf. Während Fälle, in denen das implizierte Beweismittel den einzigen Beweis für die Schuld des Angeklagten liefert, noch vergleichsweise leicht zu bestimmen sein dürften,<sup>35</sup> gestaltet sich die Beurteilung der Frage, ob ein Beweisstück für den Ausgang des Strafverfahrens „entscheidend“ ist, schon deutlich schwieriger.<sup>36</sup> Falls hinter jedes Beweismittel fallen sollte, auf dem der Schuldspruch beruht, dann könnte eine sehr breite Palette von implizierten Zeugenaussagen dieser Kategorie zuzuordnen sein.<sup>37</sup> Sollte die Formulierung, dass es sich um ein „entscheidendes“ Beweismittel handeln müsse, dagegen enger zu verstehen sein – und das legt die sprachliche Verbindung „allein oder entscheidend“ nahe – dann bildet sich hier offenbar so etwas wie eine konventionsrechtlich autonome Klassifizierung von Aussagen nach ihrer relativen Bedeutung für den Schuldnachweis gegenüber dem Angeklagten heraus.<sup>38</sup> Da kein mit-

gliedsstaatliches Verfahrensrecht traditionell eine Einteilung von Zeugenaussagen in „entscheidende“ und „unentscheidende“ Aussagen vornimmt bzw. in seinem Verfahrensrecht formalisiert,<sup>39</sup> kann man sich dem konventionsrechtlichen Interpretationsproblem auch nicht durch eine Rückkopplung mit bekannten Verfahrensvoraussetzungen (etwa, dass nach deutschem Verfahrensrecht ohne dieses Beweismittel kein hinreichender Tatverdacht gegen den Angeklagten bestünde) nähern. Offensichtlich unbefriedigend, aber praktisch kaum zu vermeiden, ist es, sich an so ungenauen und bis zu einem gewissen Grad notgedrungen spekulativen Vorstellungen wie dass das Tatgericht den Angeklagten „ohne diese Aussage bestimmt nicht schuldig gesprochen hätte“, zu orientieren. Die EGMR-Richter scheinen von der Kategorie des „entscheidenden“ Beweismittels selbst nicht weniger verwirrt zu sein als andere Rechtsanwender: Im Fall *Bielaj v. Polen*, in dem das angebliche Tatopfer bei seiner Befragung durch die Polizei angegeben hatte, durch den Angeklagten angegriffen worden zu sein, später aber in einem Brief an die Polizei seine Vorwürfe zurückgezogen und behauptet hatte, dass alles „nur ein Missverständnis“ gewesen sei, waren sich Mehrheit und Minderheit der Richter keineswegs darüber einig, ob die später im Wege der Rechtshilfe im Ausland abgelegte Aussage des angeblichen Geschädigten, in dem er den ursprünglichen Sachverhalt bestätigt hatte und den seine Aussage zurückziehenden Brief als Gefälligkeit gegenüber der Ehefrau des Angeklagten bezeichnet hatte, im Sinne der „sole or decisive“-Formel „entscheidend“ für den Verfahrensausgang gewesen sei oder nicht. Eine knappe Mehrheit von vier Richtern sah die weitere Aussage des Geschädigten im Hinblick darauf, dass zwei andere Zeugen den Vorfall als solchen auch beobachtet und in der Hauptverhandlung ausgesagt hatten, als „nicht entscheidend“ an. Die drei Richter in der Minderheit hielten die im Wege der Rechtshilfe erlangte Aussage des angeblichen Geschädigten sehr wohl für „entscheidend“, da es ihrer Meinung nach für die Staatsanwaltschaft sehr schwer, wenn nicht sogar unmöglich gewesen wäre, das Verfahren nur mit den Zeugenaussagen der beiden Zufallszeugen weiter zu betreiben, wenn nicht der Geschädigte im Nachhinein seine Behauptung, dass alles „nur ein Missverständnis“ gewesen sei, wieder zurückgezogen hätte.<sup>40</sup>

Vor allem aber bestehen Unsicherheiten bezüglich der Funktion und des Gewichts dieser Klausel im Gesamtzusammenhang der Verletzungsprüfung. Die im *Lucà*-Urteil gewählte Formulierung legt die Schlussfolgerung nahe, dass es unweigerlich gegen Art. 6 EMRK verstoßen müsse, wenn ein Strafurteil „allein oder entscheidend“ auf der unter Art. 6 Abs. 3 lit. d implizierten Aussage beru-

<sup>35</sup> Der Gerichtshof spricht in mehreren Verfahren wegen Sexualstraftaten vom Zeugnis des Geschädigten als dem „einzigsten direkten Beweis“ für die angeklagte Tat, auch wenn andere Personen, denen der Geschädigte die Tat geschildert hat, als Zeugen gehört wurden (siehe etwa EGMR Nr. 23220/04, Urteil vom 27. Januar 2009 (A.L. v. Finnland) § 44: „the video recording of the child complainant, played back before the trial courts, constituted the only direct evidence against the applicant“ und EGMR Nr. 33900/96, Urteil vom 20. Dezember 2001 (P.S. v. Deutschland) § 30: „the information given by the girl was the only direct evidence of the offence in question and the domestic courts based their finding of the applicant’s guilt to a decisive extent on [the girl’s] statements“). Der „einzigste direkte Beweis“ ist dann aber, verfahrensrechtlich gesehen, wohl akkurater als „entscheidender Beweis“ zu klassifizieren.

<sup>36</sup> Vernichtende Kritik an der inhaltlichen Unschlüssigkeit des Merkmals „entscheidend“ übt auch *Gerdemann* (Fn. 17), S. 376-380.

<sup>37</sup> Die Minderheit in *Artner v. Österreich*, Urteil vom 25. Juni 1992, Series A no. 242a, scheint diesem Ansatz folgen zu wollen: „That there was other incriminating evidence is beside the point. It appears that without the use of the statement the conviction could not have been obtained. If the case were otherwise, there would have been no need to admit the statement.“ Ähnlich auch das Minderheitsvotum in *Van Mechelen u.a. v. Niederlande*, Urteil vom 23. April 1997, *Reports* 1997-III, Sondervotum des Richters Van Dijk, para. 10: „if the testimony of anonymous witnesses is used by the court as part of the evidence, that will always be because the court considers it a ‘decisive’ part of that evidence.“

<sup>38</sup> Klar gesehen wird dies auch von *Emmerson/ Ashworth*, *Human Rights and Criminal Justice*, 2001, S. 469: „The distinction between *Doorson* [v. Niederlande, Urteil vom 26. März 1996, *Reports* 1996-II] and *Saidi* [v. France, Urteil vom 20. September 1993, Series A no. 261-C] seems to turn largely on the strength of the other evidence in the case. This may have important but novel implications for English law.“ Auf S. 470 weisen dieselben Autoren darauf hin, dass die EGMR-Rechtsprechung gerade das Gegenteil von dem zu fordern scheine, was das englische Gesetzesrecht dem Tatrichter vorgebe. Während das englische Recht verlange, dass der Tatrichter gerade besonders wichtige Beweismittel vom Hörensagen, die nicht leicht durch andere Beweise ersetzt werden könnten, zulassen solle, verlange der EGMR „that a conviction should not rest solely or mainly on evi-

dence adduced under provisions such as those [admitting hearsay evidence], even if the judge is ... meticulous.“

<sup>39</sup> In England wurde diese Unterscheidung jetzt im Coroners and Justice Act 2009 bezüglich der Zulässigkeit der Einführung anonymer Zeugenaussagen in das gesetzliche Regelungswerk inkorporiert. Allerdings hat der Gesetzgeber insoweit nur die Straßburger Terminologie übernommen, ohne eine eigenständige Definition zu entwickeln. Gerichtliche Erfahrungen mit der Anwendung dieses Gesetzesmerkmals liegen noch nicht vor.

<sup>40</sup> EGMR Nr. 43643/04, Urteil vom 27. April 2010 (*Bielaj v. Polen*).

he. Was in den Entscheidungen, die den Lucà-Test exakt zitieren,<sup>41</sup> wie eine absolute „Beruhensschränke“ klingt, fungiert in der praktischen Anwendung durch den Gerichtshof aber eher als Hilfs- oder Zusatzargument auf der zweiten Ebene der Kompensationsprüfung. Häufig dient der Hinweis, dass eine unter Art. 6 Abs. 3 lit. d implizierte Aussage das „einzige“ oder das „entscheidende“ Beweismittel für die Schuld des Angeklagten gewesen sei, dem Gerichtshof nur als zusätzlicher Grund für eine schon wegen fehlender Notwendigkeit oder unzureichender Kompensation ohnehin festgestellte Verletzung.<sup>42</sup> In anderen Fällen trägt diese Feststellung die Entscheidung nur deshalb, weil der Gerichtshof es im konkreten Fall dahingestellt sein lässt, ob festgestellte Schwachpunkte bei der Zulassung von Zeugenbeweisen in Ausnahme von Art. 6 Abs. 3 lit. d durch die nationalen Gerichte die Rechte der Verteidigung bereits über das konventionsrechtlich als „notwendig“ anzusehende Maß beschränkt haben.<sup>43</sup> Beliebte ist das Argument, jedenfalls habe sich die Verurteilung des Angeklagten nicht, wie geschehen, allein oder entscheidend auf besagte Aussage stützen dürfen, vor allem in Fällen, in denen die Klärung der Frage, ob die Einschränkung der Rechte der Verteidigung ungerechtfertigt war oder nicht, letztlich nur unter eingehender Befassung mit dem nationalen Prozessrecht erfolgen könnte – etwa weil der Staat, gegen den Beschwerde geführt wurde, eingewandt hat, dass die Verteidigung die ihr zur Verfügung stehenden prozessualen Möglichkeiten schuldhaft nicht genutzt habe und ihr bei Ausschöpfung derselben eine effektive Befragung des Zeugen durchaus möglich gewesen wäre.<sup>44</sup> Hier ist es für den Gerichtshof nicht nur bequemer, sich auf die „sole or decisive“-Komponente der Verletzungsprüfung zu stützen. Angesichts der von dem Gerichtshof angestrebten

reduzierten Prüfungsdichte, die die Gestaltung des Strafverfahrens in den Händen den Mitgliedsstaaten belassen und sich auch nicht auf technische Probleme der „richtigen“ Anwendung mitgliedstaatlicher Rechtsvorschriften einlassen will, ist diese Lösung auch leichter mit der Grundstruktur des entwickelten Prüfungsmodells zu vereinbaren.<sup>45</sup> Aber diese Beobachtungen helfen dann nicht weiter, wenn – wie im Al-Khawaja-Verfahren – der Ausgang der unter Art. 6 Abs. 3 lit. d i.V. mit Art. 6 Abs. 1 EGMR vorzunehmenden Prüfung allein von dem Eingreifen einer absoluten Beruhensschränke für die implizierte Aussage abhängt.

Dies war dann auch der Punkt, in dem der englische Supreme Court im Horncastle-Urteil dem EGMR offene Meuterei für den Fall in Aussicht stellte, dass der Gerichtshof den Lucà-Test als absolute Verwertungsgrenze verstanden wissen wollte. Abgesehen von den praktischen Schwierigkeiten, vor denen der Rechtsanwender bei der Aufgabe, eine absolute Beruhensschränke für konventionsrechtlich implizierte Aussagen im nationalen Strafverfahren umzusetzen, stehen würde,<sup>46</sup> fehle es in den Urteilen des Gerichtshofs an jeder Erklärung, *warum* eine solche Grenze aus Art. 6 Abs. 3 lit. d i.V. mit Art. 6 Abs. 1 folgen solle. Sollte der Grund darin liegen, dass der EGMR es schlechthin für ausgeschlossen halte, dass die direkt oder indirekt eingeführte Aussage einer Person, die von der Verteidigung nicht oder nicht effektiv befragt werden konnte, so *verlässlich* sein könne, dass sie die volle Überzeugung von der Schuld des Angeklagten tragen könne, dann sei diese Auffassung in dieser Absolutheit – bei aller gebotenen Vorsicht bei der Beweiswürdigung – unhaltbar.<sup>47</sup> Das lässt sich auch aus Sicht der Verfasserin kaum bestreiten: Im Strafverfahren steht oft Aussage gegen Aussage. Zweifel an der Verlässlichkeit der Aussage werden keineswegs immer durch die Befragung des Hauptbelastungszeugen durch die Verteidigung gesät. Meistens sind sie schon den aktenkundigen Angaben des Zeugen ins Gesicht geschrieben. Wenn sich die volle Überzeugung des Tatrichters auf eine einzige belastende Aussage eines von der Verteidigung auch befragten Zeugen stützen kann, dann ist kein logischer Grund erkennbar, warum dieselbe uneingeschränkte Überzeugung von Redlichkeit und Richtigkeit der Bekundungen eines einzigen Belastungszeugen nicht z.B. aufgrund einer Videoaufzeichnung der Vernehmung des kindlichen Zeugen gebildet werden kann. Diese Überzeugung muss sich natürlich bilden und hier ist es in der Tat wichtig, dass der EGMR den Tatrichter an seine Obliegenheit zu einer besonders vorsichtigen und kritischen Beweiswürdigung erinnert. Aber wenn keine Unsicherheiten im Ausdruck oder in der Beschreibung und keine Erinnerungsschwächen zu erkennen sind und kein Anhaltspunkt für Manipulation oder Übertreibung besteht, dann ist es irrational anzunehmen, dass einem von der Vertei-

<sup>41</sup> Auch hier gibt es die von den Selbstzitaten des EGMR sattsam bekannten Instabilitäten. So ist in EGMR Nr. 45756/05, Urteil vom 20. April 2010 (Novikas v. Litauen) plötzlich davon die Rede, dass die Rechte der Verteidigung „möglicherweise“ in einem mit der Konvention nicht zu vereinbarenden Maß beschränkt sein könnten (§ 33: „*may thereby be restricted to an extent...*“), falls solche Aussagen für die Verurteilung des Angeklagten allein oder entscheidend seien, und in EGMR Nr. 23220/04, Urteil vom 27. Januar 2009 (A.L. v. Finnland) heißt es eher großzügig, dass „*a conviction should not be based either solely or to a decisive extent on statements which the defence has not been able to challenge*“ (§ 37). Unerklärt bleibt auch, wieso der Gerichtshof in ein und demselben Urteil häufig zunächst von Aussagen spricht, die „allein oder entscheidend“ für das Verfahren gegen den Angeklagten seien, später aber nur noch darauf abstellt, ob die implizierte Aussage „das einzige Beweismittel“ gewesen sei. Vgl. etwa EGMR Nr. 47986/99, Urteil vom 9. Januar 2007 (Gossa v. Polen) § 55, EGMR Nr. 73047/01, Nichtzulassungsentscheidung vom 23. November 2005 (Haas v. Deutschland) unter Verweis auf EGMR Nr. 69116/01, Urteil vom 14. Juni 2005 (Mayali v. Frankreich).

<sup>42</sup> Siehe etwa Van Mechelen u.a. v. Niederlande, Urteil vom 23. April 1997, Reports 1997-III, §§ 60–63, EGMR Nr. 26668/95, Urteil vom 14. Februar 2002 (Visser v. Niederlande) §§ 48, 50 und EGMR Nr. 33900/96, Urteil vom 20. Dezember 2001 (P.S. v. Deutschland) §§ 29–30.

<sup>43</sup> Siehe z.B. EGMR Nr. 28490/95, Urteil vom 19. Juni 2003 (Günes v. Türkei), §§ 95–96.

<sup>44</sup> Etwa in EGMR Nr. 28490/95, Urteil vom 19. Juni 2003 (Günes v. Türkei) und EGMR Nr. 26668/95, Urteil vom 14. Februar 2002 (Visser v. Niederlande).

<sup>45</sup> Vgl. auch EGMR Nr. 17444/04, Urteil vom 21. Oktober 2010 (Kornev und Karpenko v. Ukraine) § 56.

<sup>46</sup> R. v. Horncastle [2010] 2 WLR 94, 118 (para. 90) (Lord Phillips): „In the case of a jury trial, a direction to the jury that they can have regard to a witness statement as supporting evidence but not as decisive evidence would involve them in mental gymnastics that few would be equipped to perform.“

<sup>47</sup> R. v. Horncastle [2010] 2 WLR 94, 118 (para. 86) (Lord Phillips).

digung nicht befragten Zeugen nicht geglaubt werden kann – ob dies nun der einzige Zeuge oder einer von einem Dutzend Zeugen ist. Für ein auf die Wahrheitsfindung fokussiertes Strafverfahren führt die „allein oder entscheidend“-Klausel in eine Sackgasse, weil sie – ähnlich der mittelalterlichen Korroborationsregel – dem möglichen Schuldnachweis einen Riegel vorschiebt. Die Frage ist, ob der Respekt vor den Rechten der Verteidigung diese Konsequenz gleichwohl gebietet.

Zugespißt lautet diese Frage so: Muss sich ein Rechtsstaat wirklich der Verurteilung eines Angeklagten enthalten, wenn sich der Schuldbeweis nur durch Bekundungen führen lässt, die vom Gericht als glaubhaft und zuverlässig eingestuft werden, deren Urheber der Angeklagte aber (ohne dass dies dem Staat als sein Versäumnis angelastet werden könnte) nicht befragen oder befragen lassen konnte? Und wenn ja, wieso? Die Beschwerdeverfahren Tahery und Al-Khawaja, die im nächsten Abschnitt näher dargestellt werden, zwingen den Gerichtshof zu einer Auseinandersetzung mit genau dieser Frage.

### III. Die Urteile des EGMR in Al-Khawaja und Tahery v. Großbritannien

#### 1. Zum Sachverhalt

Der Beschwerdeführer Al-Khawaja, ein auf Hypnosebehandlungen spezialisierter Arzt, wurde im Jahr 2004 in zwei Fällen wegen sexueller Belästigung zum Nachteil zweier seiner Patientinnen verurteilt. Eine dieser Patientinnen hatte vor Gericht selbst ausgesagt. Die andere (S.T.) konnte dies nicht, weil sie in der Zwischenzeit Selbstmord begangen hatte. Beide angeklagte Sachverhalte warfen dem Beschwerdeführer ein im Kern sehr ähnliches Verhalten vor: dass er die betroffenen Patientinnen, während diese im hypnotisierten Zustand waren, aufgefordert habe, sich selbst und ihn sexuell zu berühren und dass er sexuelle Berührungen an bestimmten Körperstellen der Patientinnen vorgenommen habe. Keine der von den Patientinnen beschriebenen Handlungen hätte bleibende körperliche Spuren am Körper der Patientin hinterlassen können. Die Anklage im Bezug auf die Tat zum Nachteil der S.T. stützte sich auf S.T.'s detaillierte Schilderung des Tatverlaufs in ihrer polizeilichen Aussage, die sie einige Monate nach dem angeblichen Vorfall gemacht hatte. Sie erfuhr eine gewisse Stützung durch die Aussagen zweier Bekannter von S.T., denen gegenüber sich S.T. am Tag nach der angeblichen Tat in groben Zügen über das Verhalten des Angeklagten ihr gegenüber beklagt hatte. Da keine Anzeichen dafür bestanden, dass S.T. von der Anzeige der anderen Patientin gehört hatte, bevor sie sich selbst an die Polizei wandte, wurde in der Ähnlichkeit der Sachverhaltsschilderungen beider Patientinnen ein weiteres Indiz für die Glaubhaftigkeit beider Aussagen gesehen. Die Verteidigung des Angeklagten bestand in einem kategorischen Bestreiten, dass er seine Patientinnen zu unzüchtigen Handlungen aufgefordert oder solche an ihnen vorgenommen habe. Ein vom Gericht gehörter Psychologe bestätigte in allgemeiner Form die Behauptung des Angeklagten, dass es unter Hypnose zu Wahrnehmungsverschiebungen der hypnotisierten Person kommen könne. Was eine Person unter Hypnose zu

erleben meine, sei deshalb nicht unbedingt mit der Realität identisch.

Der Verurteilung des Beschwerdeführers Tahery im Jahr 2005 wegen schwerer Körperverletzung lag folgender Sachverhalt zugrunde: An einem Abend im Mai 2005 war ein junger Iraner, S., durch drei Messerstiche in den Rücken verletzt worden. Die Hauptverdächtigen waren andere junge Männer, auch Iraner, mit denen das Opfer zusammen gestanden und gestritten hatte. Tahery hatte den Geschädigten S. aggressiv von vorn gepackt und gehalten, als S. seine Verletzung am Rücken spürte. S. hatte am Tatort zunächst Tahery hitzig beschuldigt, ihn „gestochen“ zu haben, sich dann aber auf Taherys Leugnen hin beruhigt und sich sogar von Tahery ins Krankenhaus bringen lassen. Im Prozess sagte S. aus, nicht zu wissen, wer ihm die Stichwunden versetzt habe. Von den zahlreichen Tatzeugen sagte am Tatort niemand etwas. Nur einer der Anwesenden, T., der zusammen mit zwei Freunden hinter dem Opfer gestanden hatte, meldete sich zwei Tage später bei der Polizei und behauptete, Tahery habe das Messer geführt. In der Hauptverhandlung wollte diese Zeuge nicht aussagen. Er fürchte sich davor, wie andere Iraner in seinem Bekanntenkreis ihn nach dem Prozess schikanieren würden, wenn er gegen einen Iraner vor Gericht aussage. Der zuständige Richter hörte T. selbst an und befand, dass T.'s Ängste echt seien und diesen an einer Aussage hinderten. Damit war nach englischem Verfahrensrecht die Einführung von T.'s vorgegerichtlicher Aussage gegenüber der Polizei möglich und geboten.

#### 2. Das Urteil der 4. Kammer vom 20. Januar 2009

Die 4. Kammer des EMRK befand in ihrem Urteil vom 20. Januar 2009, dass die Verteidigung in beiden Fällen in einem über das konventionsrechtlich tragbare Maß hinaus behindert worden sei. Die ohne jede Befragungsmöglichkeit durch die Verteidigung eingeführten Aussagen von S.T. (in Al-Khawaja) und von T. (in Tahery) seien für die Verurteilung dieser Angeklagten entscheidend gewesen. Die Kammer hielt es (abgesehen von möglichen Sonderfällen wie etwa eines durch den Angeklagten an der Aussage gehinderten Zeugen) für äußerst zweifelhaft, ob die für die Verteidigung aus der Zulassung einer Aussage von diesem Gewicht entstehenden Nachteile jemals genügend aufgewogen oder ausgeglichen („counterbalanced“) werden könnten.<sup>48</sup> Die zur Entscheidung anstehenden Beschwerden belegten nach Ansicht der Kammer das Fehlen eines effektiven Nachteilsausgleichs. Der Beschwerdeführer Al-Khawaja habe der indirekt eingeführten Tatschilderung durch die inzwischen verstorbene angebliche Geschädigte nicht wirklich etwas entgegenzusetzen können, nachdem sich deren Bericht maßgeblich mit der Tatschilderung einer anderen Belastungszeugin in einem Parallelfall gedeckt habe und das Gericht befunden habe, dass es keine Hinweise auf Absprachen zwischen den beiden angeblichen Tatopfern gebe. Der Beschwerdeführer Tahery habe seine Identifikation durch T. auch

<sup>48</sup> EGMR Nr. 26766/05 und 22228/06 (4. Kammer), Urteil vom 20. Januar 2009 (Al-Khawaja und Tahery v. Großbritannien), § 37.

nicht effektiv angreifen können, da neben dem jetzt angeblich zur Aussage zu verängstigten einzigen Belastungszeugen keine der anderen anwesenden Personen zur Aussage bereit war. Dass der Angeklagte von der Möglichkeit Gebrauch gemacht habe, selbst auszusagen, sei rechtlich kein zu berücksichtigender Nachteilsausgleich und faktisch kein Ersatz für die fehlende Gelegenheit, den entscheidenden Belastungszeugen zu befragen und bei seiner Aussage zu beobachten.<sup>49</sup>

In den Ausführungen der 4. Kammer schimmert eine mögliche Erklärung der gezogenen Grenzlinie durch: dass den Angeklagten dadurch, dass sie den jeweiligen Hauptbelastungszeugen nicht befragen konnte, eine wichtige Möglichkeit, diesen Zeugen zu verunsichern oder seine Glaubwürdigkeit zu erschüttern, entgangen ist. Hier brechen sich in den konkret zur Entscheidung anstehenden Beschwerdeverfahren sicher nicht einfach gerichtsromantische Vorstellungen von der Effektivität konfrontativer Zeugenbefragungen Bahn. In beiden Fällen kann man sich durchaus vorstellen, dass der Zeuge bei der Befragung „Federn gelassen“ hätte. In Fall Al-Khawaja war die angebliche Tat des Angeklagten keine, die an ihrem Opfer medizinisch festzustellende Spuren hinterlassen hätte. Es wurden auch nie irgendwelche körperlichen Spuren der Tat an dem Opfer festgestellt. Zentral für die Frage, ob sich der Vorgang wirklich so abgespielt hatte wie von der Geschädigten S.T. behauptet, war deren Wahrnehmung von Berührungen durch den Angeklagten unter Hypnose. Es gibt zwar wenig Grund anzuzweifeln, dass der von der Geschädigten erhobene Tatvorwurf ihrer Erinnerung entsprach. Aber welchen Eindruck das Gericht von der Erinnerungsfähigkeit dieser Zeugin im Bezug auf das von ihr im Zustand der Hypnose Erlebte bekommen hätte und wie die Zeugin selbst auf den Vorhalt, dass der Zustand der Hypnose die Wahrnehmung von Handlungen verändere, reagiert hätte, lässt sich nicht vorhersagen. Im Fall Tahery war an der Tatschilderung des Zeugen einiges fragwürdig. Der von dem Zeugen behauptete Tatverlauf war schwer mit den von dem Opfer erlittenen Verletzungen in Einklang zu bringen. Der Zeuge hatte darüber hinaus möglicherweise sogar ein Interesse daran, den Verdacht von anderen anwesenden Personen oder sogar von sich selbst abzulenken.

Sollte die entscheidende Frage für die 4. Kammer darin bestehen, ob dem Angeklagten nachvollziehbar gerade dadurch, dass er den Hauptbelastungszeugen nicht befragen konnte, eine Chance auf effektive Auseinandersetzung mit dem Anklagevorwurf entgangen sei, dann müsste diese Vorgabe nicht unbedingt durch generelle Regeln wie den *sole-or-decisive-Vorbehalt* umgesetzt werden. Festzuhalten ist aber, dass die Entscheidung der 4. Kammer keinen Zweifel daran lässt, dass Art. 6 Abs. 3 lit. d i.V. mit Art. 6 Abs. 1 EMRK auch Verurteilungen, die sich auf eine unter den gegebenen Umständen optimale oder nahezu optimale Beweislage stützen, zu Fall bringen kann. Der Fall Tahery hat (was das Nachgeben gegenüber dem aussageunwilligen Zeugen angeht) sicherlich seine eigenen Probleme. Aber wie häufig wird bei minder schweren Sexualstraftaten die Beweislage besser sein als in Al-Khawaja, und wie häufig ist ein

späterer Befragungsnotstand zeitig vorhersehbar und demgemäß vermeidbar? Darauf, ob der Staat die spätere Befragungsnot zu verschulden hat, kommt es ja nicht an. Nach der Logik der Entscheidung der 4. Kammer ist es durchaus vorstellbar, dass es aus konventionsrechtlichen Gründen nicht mehr möglich sein könnte, die von einem Sterbenden in der Sekunde seines Todes verratene Identität des Täters einer bestimmten Tat zum zentralen Beweisstück einer Anklage zu machen.<sup>50</sup> Überraschend ist es nicht, wenn da bei vielen Strafrechtspraktikern eine Warnleuchte zu blinken beginnt.

### 3. Das Urteil der Großen Kammer vom 15. Dezember 2011

Wie bereits einleitend erwähnt, stellt die Große Kammer nur noch im Fall Tahery eine Verletzung von Art. 6 Abs. 3 lit. d i.V. mit Art. 6 Abs. 1 EMRK fest, während Al-Khawaja's Beschwerde von der 15-köpfigen Mehrheit der Richter zurückgewiesen wird. Worin liegt der unterschiedliche Ausgang begründet?

Auf den ersten Blick könnte man vermuten, dass der betroffene Mitgliedsstaat im Fall Tahery über die Hürde der Notwendigkeit der Rechtsbeeinträchtigung gestolpert sein muss. Selbst wenn man akzeptieren wollte, dass T. nur deshalb nicht vor Gericht aussagen will, weil er sich vor der Reaktion anderer Iraner auf diesen „Verrat an einem Landesgenossen“ fürchtet, sitzt T., was das angeht, doch ohnehin in der Patsche, denn anderen Iranern wird kaum entgangen sein, dass es T. war, der Tahery bei der Polizei angeschwärzt hatte. T. kann den für ihn hieraus resultierenden Schwierigkeiten gar nicht mehr dadurch ausweichen, dass er nicht vor Gericht erscheint. T. könnte diese Schwierigkeiten, so darf man vermuten, natürlich dadurch vermeiden, dass er im Gerichtssaal seine polizeiliche Aussage widerruft. Und wenn man erst einmal so weit gedacht hat, dann kann man sich auch vorstellen, warum der Anklagevertretung prozesstaktisch einiges daran gelegen sein könnte, dass sie diesen potenziellen Wackelzeugen nicht im Gerichtssaal produzieren muss. Bei Licht betrachtet nutzt es also hauptsächlich der Anklagevertretung, wenn T. sich aus Angst vor einer Befragung im Gerichtssaal drücken darf. Aber wehe dem, der hier Böses denkt. Der EGMR, nein, der denkt sich das nicht! Und so kommt er zu dem doch etwas überraschenden Ergebnis, dass der betroffene Mitgliedstaat hier aus konventionsrechtlich anzuerkennenden Gründen im

<sup>50</sup> Diese mögliche Konsequenz wird von *Spencer* in seiner Fallbesprechung des *Horncastle-Urteils* des englischen Supreme Court ausdrücklich angesprochen: „Let us hope the Grand Chamber does not decide to take a strictly fundamentalist approach to Article 6 (3) (d), because ... this leads to outcomes that are practically unjust. ... It would mean, for example, that there could be no conviction in a case where, immediately after he had been fatally wounded and just before his death, a murder victim convincingly identified the defendant as his attacker; or where, having given overwhelmingly convincing evidence in chief, the key prosecution witness drops dead just as the defence begin their cross-examination.“ (*Spencer* 2010/1 Archbold News 6).

<sup>49</sup> Ibid., §§ 42, 46.

konkreten Fall die Beschränkung des Zeugenbefragungsrechts für notwendig befunden hat.<sup>51</sup>

Auch die allgemeine Vorgabe der Großen Kammer, wann ein Mitgliedsstaat einen Zeugen, der „aus Angst“ nicht aussagen wolle, von seiner Zeugnispflicht befreien dürfe, gerät großzügig:

„There is ... no requirement that a witness's fear be attributable directly to threats made by the defendant in order for that witness to be excused from giving evidence at trial. Moreover, fear of death or injury of another person or of financial loss are all relevant considerations in determining whether a witness should not be required to give oral evidence. This does not mean, however, that any subjective fear of the witness will suffice. The trial court must conduct appropriate enquiries to determine first, whether or not there are objective grounds for that fear, and, second, whether those objective grounds are supported by evidence.“<sup>52</sup>

Es ist der Großen Kammer zwar darin zuzustimmen, dass die Furcht des Zeugen nicht durch Drohungen des Angeklagten selbst ausgelöst zu sein braucht, sondern auch auf dem Ruf des Angeklagten oder dem Verhalten von Sympathisanten des Angeklagten, die „auf eigene Faust“ handeln, beruhen kann. Der Grund liegt darin, dass es vorliegend um die Grenze der Zumutbarkeit der Zeugnisablegung für den Zeugen geht. Starke Furcht kann die Zeugnisablegung zu einer nicht zu ertragenden psychologischen Belastung werden lassen und so für den Zeugen unzumutbar machen – unabhängig davon, ob diese Ängste von dem Angeklagten gezielt ausgelöst wurden oder nicht.<sup>53</sup> Es ist auch sinnvoll und wichtig, dass der EGMR darauf besteht, dass das Tatgericht sich insoweit nicht mit der schlichten Angabe des Zeugen, er fürchte sich, begnügen darf, sondern sich vergewissern muss, dass die Ängste des Zeugen nicht nur subjektiv vorhanden (also echt und nicht nur vorgeschoben oder vorgespielt), sondern auch nachvollziehbar und durch äußere Tatsachen gestützt (also nicht irrational oder auf falsche Annahmen des Zeugen gegründet) sind. Aber *wovor* muss der Zeuge sich fürchten? Dass die Zeugnisablegung das Leben oder die Gesundheit eines Menschen – sei es der Zeuge selbst oder eine andere Person – in Gefahr bringen würde, ist sicherlich ein anerkennenswerter Grund. Aber „Angst vor den möglichen finanziellen Konsequenzen der Zeugnisablegung“ gehört wohl kaum in diese Kategorie! Solche Ängste erklären vielleicht, warum der Zeuge keine Lust dazu hat, vor Gericht auszusagen (er fürchtet sich davor, seinen Job zu verlieren, und ähnliches), aber sie geben sicher keine überzeugende Leitlinie dafür vor, wann von einem Staatsbürger nicht mehr länger erwartet werden darf, dass er seiner Zeug-

nispflicht nachkommt. Auch diese Vorgabe des Gerichtshofs erweist sich deshalb letztendlich als ein die Anklagebehörde begünstigender Schritt. Alle Gründe, aus denen ein Zeuge sich tatsächlich gerne vor der Pflicht, im Gerichtssaal zu erscheinen, drücken würde, können nun auch rechtlich genügend Grund für die „Notwendigkeit“ der Einschränkung des Zeugenbefragungsrechts des Angeklagten liefern. Als anklagefreundliche Maßnahme der gesteigerten Verfahrenseffizienz war diese Ausnahme von der *hearsay rule* übrigens auch von dem englischen Gesetzgeber intendiert. Ernstzunehmende Kommentatoren sind heute der Meinung, dass sich der Staat so der Verpflichtung, einen Belastungszeugen auch beizuschaffen und zur Aussage anzuhalten, auf allzu bequeme und letztendlich sogar die Wahrheitsfindung gefährdende Weise entziehen kann.<sup>54</sup> Die Große Kammer hat hier eine Chance versäumt, der laxen Handhabung der Zeugnispflicht durch die mitgliedstaatlichen Fachgerichte, die häufig mehr der Anklagebehörde dient als noch in nachvollziehbarer Weise berechnete Interessen des Zeugen schützt, einen Riegel vorzuschieben. Dem übergeordneten Ziel der Verfahrensfairness hat die Große Kammer so einen Bärendienst erwiesen.

Da sowohl T.'s Identifikation des Angeklagten im Fall Tahery als auch S.T.'s Tatschilderung im Fall Al-Khawaja den einzigen direkten Beweis für die Täterschaft des Angeklagten bilden und der betroffene Mitgliedsstaat nach Ansicht der Großen Kammer beide Aussagen in zulässiger Ausnahme von Art. 6 Abs. 3 lit. d in das Strafverfahren eingeführt hat, wird die Anwendung des *Lucà-Tests* zum Dreh- und Angelpunkt des Ausgangs beider Beschwerdeverfahren. Die Große Kammer zeigt wenig Geduld mit dem ersten Argument des englischen Supreme Court, dem zufolge die Besonderheiten des Juryprozesses angeblich eine Sonderbehandlung der „Beruhenproblematik“ erfordern sollen. Die *Lucà-Formel* lasse sich im englischen Juryprozess praktisch ebenso umsetzen wie in den verschiedenen kontinentaleuropäischen Strafverfahren.<sup>55</sup> Und, so mag man sich hinzu denken, wenn diese Formel problematisch ist, dann ist sie es in beiden Verfahrenskontexten im gleichen Maße.<sup>56</sup>

Ausgangspunkt für die Argumentation der Großen Kammer ist das für alle von Art. 6 Abs. 3 lit. d erfassten Fälle gleichermaßen geltende Prinzip, dass der Angeklagte in einem Strafverfahren dazu in der Lage sein müsse, sich gegen die gegen ihn vorgebrachten Beweise zu wehren. Dies verlange nach Ansicht der Großen Kammer „not merely that a defendant should know the identity of

<sup>51</sup> Zur Subsumtion siehe EGMR Nr. 26766/05 und 22228/06 (Große Kammer), Urteil vom 15. Dezember 2011 (Al-Khawaja und Tahery v. Großbritannien), § 159.

<sup>52</sup> Ibid., § 124.

<sup>53</sup> Falls der Angeklagte die Ängste des Zeugen gezielt ausgelöst hat, muss er sich schon aus diesem Grund die Einschränkung seines Zeugenbefragungsrechts gefallen lassen: *ibid.*, § 123.

<sup>54</sup> Vgl. etwa *Requa Int'l J. Evidence & Proof* 14 (2010) 208, 227: „[There] will remain a genuine danger of unsafe convictions through the application of the CJA [Criminal Justice Act] 2003's hearsay provisions. The Supreme Court's decision in *Horncastle* sanctioned an increasingly lax regime, providing little guidance on any judicial responsibility to protect confrontation rights.“

<sup>55</sup> EGMR Nr. 26766/05 und 22228/06 (Große Kammer), Urteil vom 15. Dezember 2011 (Al-Khawaja und Tahery v. Großbritannien), §§ 132-137.

<sup>56</sup> *Gerdemann* sieht in der „allein-oder-entscheidend“-Klausel eine verbotene Beweisregel, die aus diesem Grund nicht über die vom BGH favorisierte Beweiswürdigungslösung in das deutsche Strafverfahren integriert werden könne, vgl. (Fn. 17), S. 385-389.

his accusers so that he is in a position to challenge their probity and credibility but that he should be able to test the truthfulness and reliability of their evidence”<sup>57</sup> – und zwar durch Ausübung seines Zeugenbefragungsrechts. Nun erkennt der Gerichtshof zwar grundsätzlich an, dass notwendige Ausnahmen vom Zeugenbefragungsrecht von der Verteidigung hingenommen werden müssen. Die „sole-or-decisive“-Maßgabe betrifft die Frage, ob die Konsequenzen hinzunehmender Einschränkungen ihrerseits Grenzen haben und wie diese gegebenenfalls zu ziehen sind.

Die Große Kammer fasst Hintergrund und Zweck der „allein-oder-entscheidend“-Klausel wie folgt zusammen:

“The seeds of the sole or decisive rule are to be found in the *Unterpertinger v Austria* judgment, 24 November 1986, § 33, Series A no. 110, which also provides the rationale for the test to be applied: if the conviction of a defendant is solely or mainly based on evidence provided by witnesses whom the accused is unable to question at any stage of the proceedings, his defence rights are unduly restricted. ... It was in *Doorson*<sup>58</sup>... that the Court first held that, even in a case where there was a justification for the failure to call a witness, a conviction based solely or to a decisive extent on evidence of that witness would be unfair.”<sup>59</sup>

Für die Große Kammer sind es zwei Erwägungen, die die „allein-oder-entscheidend“-Klausel tragen. Zum einen gebe die mögliche Unzuverlässigkeit ungeprüfter Zeugenaussagen Anlass zur Besorgnis: „[I]nculpatory evidence against an accused may well be ‘designedly untruthful or simply erroneous’. Moreover, unsworn statements by witnesses who cannot be examined often appear on their face to be cogent and compelling and it is ... ‘seductively easy’ to conclude that there can be no answer to the case against the defendant ... Experience shows that the reliability of evidence, including evidence which appears cogent and convincing, may look very different when subjected to a searching examination.”<sup>60</sup> Aber neben die Gefahr der möglichen Unverlässlichkeit der Urteilsgrundlage tritt für den Gerichtshof ein zweiter Grund für das Festhalten an der „allein-oder-entscheidend“-Regel: „[The] defendant must not be placed in the position where he is effectively deprived of a real chance of defending himself by being unable to challenge the case against him. Trial proceedings must ensure that a defendant’s Article 6 rights are not unacceptably restricted and that he or she remains able to participate effectively in the proceedings.”<sup>61</sup> Die instrumentale Funktion der Förderung der gerichtlichen Wahrheitsfindung und die nicht-instrumentale Funktion der Respektierung der Subjektstellung des Angeklagten im

Strafverfahren stehen gleichwertig nebeneinander. Beiden Funktionen muss die Prüfung, ob das Recht des Angeklagten aus Art. 6 Abs. 3 lit. d i.V. mit Art. 6 Abs. 1 EMRK im konkreten Fall verletzt wurde, gerecht werden. Deshalb kann es auch nicht angehen, die Prüfung – wie es dem englischen Supreme Court im *Horncastle*-Fall vorschwebt – allein daran auszurichten, ob die notwendiger Weise ohne Befragungsmöglichkeit eingeführte Aussage hinreichend *verlässlich* ist: „The Court’s assessment of whether a criminal trial has been fair cannot depend solely on whether the evidence against the accused appears *prima facie* to be reliable, if there are no means of challenging that evidence once it is admitted.”<sup>62</sup>

An dieser Stelle kam bis zur Entscheidung der Großen Kammer im vorliegenden Fall die *Lucà*-Formel zur Anwendung: Sie fungierte, wie das abweichende Sondervotum der Richter Sajó und Karakas korrekt hervorhebt, als „a backstop on Article 6 § 3 (d), so as to guarantee that the exception does not undermine the principle and that any resulting conviction does not rest ultimately or exclusively on hearsay.”<sup>63</sup> Durch die allein-oder-entscheidend-Klausel wurde eine absolute Grenze für noch mit der konventionsrechtlichen Garantie zu vereinbarende Folgen zulässiger Beschränkungen des Zeugenbefragungsrechts gezogen. Aber die Mehrheit der Richter ist nicht mehr länger von der Richtigkeit dieser Herangehensweise überzeugt. Die starre und inflexible Anwendung des *Lucà*-Tests stehe im Widerspruch zu der Flexibilität, mit der der Gerichtshof im Bezug auf andere Verfahrensgarantien die Frage der Vereinbarkeit von Einschränkungen dieser Rechte mit dem Recht auf ein faires Verfahren kläre.<sup>64</sup> Nur so könne der Gerichtshof auch angemessen auf die unterschiedlichen Strafprozesssysteme der Mitgliedsstaaten reagieren, ohne dabei das Prinzip eines letztlich gleichen konventionsrechtlichen Maßstabs für alle Mitgliedsstaaten aufzugeben.<sup>65</sup> Der Gerichtshof justiert deshalb die Bedeutung des *Lucà*-Tests in der Verletzungsprüfung neu: der Test wird zu einem bloßen – wenn auch wichtigen – Faktor in der Gesamtbetrachtung der Folgen der Rechtsbeeinträchtigung des Zeugenbefragungsrechts für die Fairness des Gerichtsverfahrens herabgestuft.<sup>66</sup>

Die Prüfungsreihenfolge verändert sich entsprechend: Zuerst wird – wie gehabt – die Frage geklärt, ob die Beschränkung der Verteidigungsrechte bezüglich der unter Art. 6 Abs. 3 lit. d implizierten Zeugenaussagen in dem geschehenen Umfang notwendig war. In einem zweiten Schritt wird geprüft, ob diese Aussagen das „alleinige oder entscheidende“<sup>67</sup> Beweismittel für die Schuld des

<sup>57</sup> Ibid., § 127.

<sup>58</sup> *Doorson v. Niederlande*, Urteil vom 26. März 1996, *Reports* 1996-II.

<sup>59</sup> EGMR Nr. 26766/05 und 22228/06 (Große Kammer), Urteil vom 15. Dezember 2011 (*Al-Khawaja und Tahery v. Großbritannien*), § 128.

<sup>60</sup> Ibid., § 142.

<sup>61</sup> Ibid., § 142.

<sup>62</sup> Ibid., § 142.

<sup>63</sup> Ibid., Gemeinsames Sondervotum der Richter Sajó und Karakas.

<sup>64</sup> Ibid., § 146.

<sup>65</sup> Ibid., §§ 146 und 130.

<sup>66</sup> Ibid., § 147.

<sup>67</sup> Zur Interpretation des Merkmals „decisive“ hält der Gerichtshof an anderer Stelle fest, dass „the word ‘decisive’ should be narrowly understood as indicating evidence of such significance or importance as is likely to be determinative of the outcome of the case. Where the untested evidence of a witness is supported by other corroborative evidence, the assessment of whether it is decisive will depend on the strength of the supportive evidence; the

Angeklagten waren. Im dritten Schritt wird erörtert, ob die vorhandenen Gegengewichte und Gegenmaßnahmen bei der vorzunehmenden Gesamtbetrachtung insgesamt gleichwohl ein *fair*es Verfahren möglich gemacht haben.<sup>68</sup>

Bei der Anwendung dieser Grundsätze auf die zur Entscheidung anstehenden Beschwerden konzentriert sich die Große Kammer auf die Verlässlichkeit der implizierten Zeugenaussagen. Dem Umstand, dass das Zeugnis des potenziell selbst tatbeteiligungsverdächtigen T. nicht als „offensichtlich verlässlich“ („demonstrably reliable“) gelten könne, kommt dabei erhebliche Bedeutung zu. Für die Große Kammer verlangt die gegenüber dem Zeugnis des T. gebotene Skepsis nach gewichtigen Anzeichen für die Verlässlichkeit seiner Angaben, bevor man diesen vertrauen könnte. Aus dem Fehlen solcher Anzeichen zieht der Gerichtshof den Schluss, dass sich die Geschworenen im Fall Tahery über die Glaubhaftigkeit von T.'s Aussage kein *fair*es und angemessenes Urteil bilden konnten.<sup>69</sup> Im Fall Al-Khawaja habe es demgegenüber zumindest einige unabhängige Anzeichen für die Verlässlichkeit der Zeugenaussage von S.T. in Form der sehr ähnlichen Tatschilderung der zweiten Geschädigten im Parallelverfahren gegeben. In Fällen wie diesem, wo sich die angebliche Tat unbeobachtet von Dritten im Behandlungszimmer des Angeklagten ereignet haben sollte, könne man sich ein stärkeres Glaubwürdigkeitsanzeichen schwer vorstellen.<sup>70</sup> Die Jury sei außerdem von dem Richter gewarnt worden, dass sie der ungeprüften polizeilichen Aussage von S.T. nicht dasselbe Gewicht beilegen sollte wie der Aussage eines im Gerichtssaal befragten Zeugen. Mit Blick auf die von der Anklage vorgelegten Beweise und die Instruktion der Jury kommt der Gerichtshof deshalb zu dem Ergebnis, dass in Al-Khawajas Fall eine angemessene und faire Beurteilung der Glaubwürdigkeit der abwesenden Zeugin S.T. und der Glaubhaftigkeit ihrer Angaben durch die Jury möglich gewesen sei.<sup>71</sup>

Diese Erörterungen decken aber nur die erste der von dem Gerichtshof selbst herausgestellten doppelten Zielsetzung des Zeugenbefragungsrechts ab: die Sicherung der Verlässlichkeit der Urteilsgrundlage. Dass das Zeugenbefragungsrecht dem Angeklagten bedeutungsvolle Möglichkeiten der Gegenwehr gegenüber dem Anklagevorwurf sichern will, gleitet aus dem Blickfeld. Es besteht daher durchaus die Gefahr, dass die mitgliedstaatlichen Gerichte nun eben doch in der Sache nur eine allgemeine Fairnessprüfung vornehmen werden, bei der Fairness mit der Verlässlichkeit des zugelassenen Beweismittels gleichgesetzt wird. Das ablehnende Sondervotum der Richter Sajó und Karakas erinnert aber mit gutem Grund daran, dass der EGMR in keiner seiner Entscheidungen akzeptiert habe, dass ein Verfahren bei der vorzunehmenden Gesamtbetrachtung insgesamt noch als *fair* gelten könne, wenn eines der speziell gewährten Verfahrensgrundrechte seines Kerngehalts beraubt worden

---

stronger the corroborative evidence, the less likely that the evidence of the absent witness will be treated as decisive.” (§ 131).

<sup>68</sup> Ibid., § 152.

<sup>69</sup> Ibid., § 165.

<sup>70</sup> Ibid., § 156.

<sup>71</sup> Ibid., § 157.

sei.<sup>72</sup> Anders als die Richterminderheit glaubt die Verfasserin zwar nicht, dass der Kern des Zeugenbefragungsrechts nur gesichert werden könne, wenn der Gerichtshof an der starren Anwendung des *Lucà-Tests* festhielte. Für die Verfasserin liegt die eigentliche Schwäche der von der Richtermehrheit vorgenommenen Gesamtbetrachtung darin, dass nicht deutlich wird, wie dem Wesensgehalt der speziellen Garantie des Zeugenbefragungsrechts bei diesem Prüfungsschritt praktisch Rechnung getragen werden soll.

Zumindest der Intention nach unterscheidet sich der modifizierte *Lucà-Test* nämlich von einer den Fachgerichten vorschwebenden Gleichsetzung der zweiten Prüfungsstufe mit allgemeinen Fairnessüberlegungen in der Fokussierung dieses Prüfungsschritts auf die Möglichkeit des Angeklagten, sich mit dem Anklagevorwurf effektiv auseinanderzusetzen. Es ist *diese* Möglichkeit, die dem Angeklagten als Staatsbürger, der aufgefordert ist, sich gegen einen Anklagevorwurf zu verteidigen, als Teil der rechtsstaatlichen Mindestanforderungen gewährleistet werden muss. Ein solcher Maßstab weist eine gewisse strukturelle Ähnlichkeit mit der Prüfung der Verletzung der Wesensgehaltsgarantie von Grundrechten auf. Mit der Feststellung, dass sich das Tatgericht bei der Zulassung des implizierten Beweismittels im Rahmen des strikt Notwendigen gehalten und das Befragungsrecht nicht unnötig stark beschränkt habe, ist noch nicht abschließend über die uneingeschränkte Verwertbarkeit des Beweismittels entschieden. Vielmehr muss (noch bevor auf allgemeine Fairnessüberlegungen rekuriert wird) als nächstes die Frage gestellt werden, ob die Einführung des implizierten Beweismittels mit dem Wesensgehalt der speziellen Verfahrensgarantie vereinbar war. Dabei kommt es darauf an, ob dem Angeklagten wirklich nachvollziehbar gerade dadurch, dass er den Hauptbelastungszeugen nicht befragen konnte, eine Chance auf effektive Auseinandersetzung mit dem Anklagevorwurf entgangen ist. Generelle Regeln lassen sich hier nicht aufstellen. Die Antwort hängt von der einzelfallbezogenen Analyse der konkreten Verteidigungssituation ab.

So betrachtet liegt der Fall Al-Khawaja exakt an der Grenze hinzunehmender Einschränkungen. Denn obwohl es dem Beschwerdeführer möglich war, sein Verteidigungsvorbringen, die Anschuldigungen gegen ihn beruhten auf Fehlwahrnehmungen der hypnotisierten Patientinnen, in den Prozess einzuführen und durch das Zeugnis eines Experten zu erhärten, so dass sich das Tatgericht mit dieser Möglichkeit konkret auseinander setzen konnte, war ihm doch die Chance genommen, die Reaktion der verstorbenen Zeugin S.T. auf einen diesbezüglichen Vorhalt zu testen. Hierin liegt durchaus eine gewisse Schwächung seiner Verteidigungsstrategie, die den Gerichtshof zu der Schlussfolgerung hätte veranlassen können, dass eine ausreichende Kompensation der für die Verteidigung entstandenen Nachteile nicht stattgefunden hat.

---

<sup>72</sup> Ibid., Gemeinsames Sondervotum der Richter Sajó und Karakas: “in applying the holistic approach (now presented as ‘an overall examination’) in order to determine the fairness of the trial, this Court has never stated that fairness can still be achieved if one of the fundamental rights is deprived of its essence.”

## IV. Die Modifikation des Lucà-Tests als Schritt in die richtige Richtung

Trotz der verbleibenden Schwierigkeiten bei der Anwendung dieser Vorgaben hat die Große Kammer mit der Modifikation des Lucà-Tests den richtigen Weg eingeschlagen. Dies wird deutlich, wenn man sich allgemeiner mit dem legitimen Umfang der Rechtsgarantie des Art. 6 Abs. 3 lit. d befasst. Ausgangspunkt ist dabei die real bestehende Möglichkeit, dass zwischen der funktionalen – auf die Sicherung der Verlässlichkeit der Urteilsgrundlage ausgerichteten – und der nicht-funktionalen – auf die Sicherung der Subjektstellung des Angeklagten bezogenen – Dimension des Zeugenbefragungsrechts ein Zielkonflikt entstehen kann.

### 1. Die praktischen Kosten einer starren Anwendung der „allein-oder-entscheidend“-Regel

Trotz der absolut klingenden Formulierung des Lucà-Tests hat sich der EGMR immer eine Sensibilität dafür bewahrt, dass eine mechanisch angewandte Verwertbarkeitsgrenze für unter Art. 6 Abs. 3 lit. d implizierte Zeugenaussagen, die die Verurteilung des Angeklagten allein oder entscheidend tragen müssten, der Wahrheitsfindung in der Tatsacheninstanz abträglich wäre. Nuancen der Beweissituation sind alles entscheidend für die Beurteilung der Frage, ob der Schuldbeweis im konkreten Fall sicher geführt wurde oder nicht. Es sind nach Ansicht der Verfasserin gerade diese nicht in ein starres Schema zu pressenden feinen Unterschiede zwischen den Fällen, die letztendlich erklären, wieso Sachverhalte, die bei abstrahierender Fallgruppenbildung in dieselbe Kategorie gehören, vor dem EGMR unterschiedlich entschieden worden sind. Warum der Gerichtshof im Fall *Unterpertinger v. Österreich*<sup>73</sup> eine Verletzung von Art. 6 Abs. 3 lit. d i.V. mit Art. 6 Abs. 1 EMRK feststellt, im Fall *Artner v. Österreich*<sup>74</sup> aber nicht, kann man nicht begreifen, wenn man beide Sachverhalte nur als Fälle, in denen der Hauptbelastungszeuge in der Hauptverhandlung nicht befragt werden konnte und im Ermittlungsverfahren nur Angaben gegenüber der Polizei machte, versteht. Wenn man aber die Einzelheiten der Beweislage auf sich wirken lässt, dann wird einem nicht entgehen, dass es im Fall *Artner* ein Muster in der Vorgehensweise des Angeklagten gab. Die Zeugin, deren Anschrift nicht mehr zu ermitteln war, war nicht die einzige Person, der der Angeklagte „gegen Gebühr“ einen Kredit vermittelt hatte. Es gibt nicht den geringsten Grund anzunehmen, dass der Angeklagte ausgerechnet bei dieser Kreditvermittlung nicht die von der Geschädigten behauptete stattliche Summe als Gebühr für seine Kreditvermittlung verlangt und bekommen hatte. Man hat auch keinen Anlass, sich zu fragen, wieso denn die Hauptzeugin in der Hauptverhandlung nicht mehr erreichbar sei. Der seit der Tat verstrichene lange Zeitraum lässt den Wegzug der Hauptbelastungszeugin als natürliche, ihre Glaubwürdigkeit nicht in Zweifel ziehende Lebensentwicklung er-

scheinen. Im Fall *Unterpertinger* war dagegen schon nicht ganz klar, wer in dem Familienstreit, aus dem der Angeklagte und ursprüngliche Anzeigenerstatter selbst nicht ohne Blessuren hervorgegangen war, zuerst Gewalt angewendet hatte: der Angeklagte oder seine Ehefrau. Da ist es schwer vorstellbar, dass sich das Gericht über den Wahrheitsgehalt der Tatschilderung der Ehefrau klar werden kann, ohne die Frau selbst vor Gericht zu hören. Außerdem würde man gerne wissen, wieso die Hauptbelastungszeugin, obschon inzwischen vom Angeklagten geschieden, nicht bereit ist, vor Gericht gegen den Angeklagten auszusagen. Es ist nicht von vornherein auszuschließen, dass dies deshalb geschieht, weil sie Anlass und Verlauf der Auseinandersetzung, die zu ihren Verletzungen führte, in ihrer polizeilichen Aussage, zu der es nur deshalb kam, weil der ebenfalls verletzte Angeklagte zunächst sie angezeigt hatte, falsch geschildert hatte. Die Verurteilungsgrundlage ist entsprechend schwächer.

Darüber hinaus gibt es Fälle, in denen dem Angeklagten trotz der fehlenden Möglichkeit, den Hauptbelastungszeugen zu befragen, von seiner Verteidigungsstrategie im Kern nichts genommen wird, wenn er den Zeugen nicht befragen kann. Vielmehr ist es dem Angeklagten weiterhin möglich, Glaubwürdigkeit und Zuverlässigkeit der Aussage effektiv anzugreifen, und der Entscheidungsfinder ist in der Lage, sich mit diesen Angriffen nachvollziehbar auseinanderzusetzen. So kann es sich z.B. dann verhalten, wenn es vollständige Videoaufnahmen von der polizeilichen Befragung des Zeugen gibt und die Verteidigung keine in dieser Befragung nicht angesprochenen Punkte mit dem Zeugen klären will. Steht aber der Angeklagte verglichen mit der Situation, in der er sich befände, wenn er den Zeugen befragen könnte, nicht fühlbar schlechter da, dann gibt es wenig Grund, ihn durch Anwendung einer Ausschlussregel besser zu stellen als er stünde, wenn er sein Befragungsrecht uneingeschränkt ausüben könnte. Eine nicht auf die konkrete Verteidigungssituation bezogene absolute Verwertbarkeitsgrenze für solche Aussagen, die die Verurteilung allein oder entscheidend tragen, ist nicht in der Lage, die Situationen, in denen dem Angeklagten keine wirksame Erwiderung auf den Anklagevorwurf durch Infragestellung der Bekundungen der Belastungszeugen mehr möglich wäre, zuverlässig zu identifizieren. Auch das destabilisiert den Lucà-Test.

Ein weiterer Grund gegen die Anerkennung einer starren „allein-oder-entscheidend“-Verwertbarkeitsgrenze liegt in dem Risiko extremer „Zufallsgewinne“ für die Verteidigung. Wenn die Verteidigungsstrategie nicht durch die fehlende Möglichkeit, den Zeugen selbst zu befragen, frustriert oder beeinträchtigt wird, sondern nachgerade an dem dadurch geschaffenen Hoffnungsschimmer auf Ausschluss einer niet- und nagelfesten Bekundung hängt, droht Art. 6 Abs. 3 lit. d von der Garantie einer effektiven Befragungsmöglichkeit zur Garantie der Beweismittelzerstörung zu werden. Man denke etwa an den Sachverhalt im englischen Fall *R. v. Davis*,<sup>75</sup> in dem sich das House of Lords noch einmal zum Hohepriester der Reinheit des Konfrontationsrechts des Common Law aufgeschwungen hatte (und prompt von dem Gesetzgeber die Schwingen

<sup>73</sup> Urteil vom 24. November 1986, (1986) Series A/110.

<sup>74</sup> Urteil vom 25. Juni 1992, (1992) Series A/242a.

<sup>75</sup> *R. v. Davis*, [2008] UKHL 36.

gestutzt bekam).<sup>76</sup> Die beiden Opfer war während einer Feier kaltblütig niedergeschossen worden. Der wegen mehrerer Gewaltdelikte einschlägig vorbestrafte Angeklagte hatte sich am nächsten Tag mit falschem Pass in die USA abgesetzt. Nach seiner Auslieferung behauptete er zunächst, für die Tatzeit ein Alibi zu haben. Dies konnte widerlegt werden. Im Prozess sagten sieben Zeugen gegen den Angeklagten aus – alle, aus Angst vor dem gewalttätigen Umfeld des Angeklagten, anonym. Einer der Partygäste war die damalige Freundin des Angeklagten gewesen. Und so verfiel der Angeklagte auf den Gedanken, die gegen ihn vorgebrachten Beschuldigungen als Verschwörung seiner Exfreundin zu präsentieren. Es ist, mit Verlaub gesagt, bei diesem Sachverhalt schwer, sich vorzustellen, dass diese Verteidigungslinie durch die Möglichkeit, die Exfreundin vor Gericht zu befragen, an Plausibilität gewonnen hätte. Der Verteidigung des Angeklagten diene nur der Ausschluss dieser anonymen Zeugenaussagen. Von der Kenntnis der Identität dieser Zeugen und die Möglichkeit, diese direkt befragen zu lassen, hatte er nichts zu erwarten – außer dem lauten Platzen seiner absurden Verschwörungstheorie. Winkt Art. 6 Abs. 3 lit. d hier wirklich mit dem Lottohöchstgewinn durch ein zufällig in der Ecke gefundenes Los: der Vernichtung aller belastenden Beweismittel schlicht aufgrund des formalen Umstands, dass die Verteidigung die Belastungszeugen nicht konfrontieren und befragen kann, wenn gleichzeitig materiell die Möglichkeit, dass es dem Angeklagten dadurch erschwert werden könnte, mit seiner Verteidigungslinie vor Gericht durchzudringen, praktisch ausgeschlossen werden kann? Trotz der Behauptung der Großen Kammer, dass der EGMR im Fall Davis wohl auch eine Verletzung von Art. 6 festgestellt hätte – „not only was the anonymous witness evidence the sole or decisive basis on which Davis had been convicted, but effective cross-examination had been hampered“<sup>77</sup> – wäre es überraschend, wenn Art. 6 Abs. 3 lit. d einem Angeklagten gerade eine solche Glücksspielchance eröffnen wollte (und, so mag man sich denken, hier bestünde wohl auch Anlass für den EGMR, in einem gleich gelagerten Fall genauer hinzusehen, ob die Verteidigung sich nicht vielleicht absichtlich wenig bemüht haben könnte, die ihr verbleibenden prozessualen Möglichkeiten effektiv zu nutzen.<sup>78</sup>) Die „allein-oder-entscheidend“-Regel gerät deshalb auch ins Schaukeln, wenn ein starres Beharren auf dieser Grenzlinie eine Beweismittelvernichtung nach sich zöge, die das Recht auf Zeugenbefragung weder ermöglichen noch schützen will. Diese Konsequenz wird vollends unerträglich, wenn an der inhaltlichen Richtigkeit und Verlässlichkeit des nun nicht als Urteilsgrundlage verwertbaren Zeugenbeweises kein vernünftiger Zweifel bestehen kann.

<sup>76</sup> Criminal Evidence (Witness Anonymity) Act 2008, jetzt abgelöst vom Coroners and Justice Act 2009.

<sup>77</sup> EGMR Nr. 26766/05 und 22228/06 (Große Kammer), Urteil vom 15. Dezember 2011 (Al-Khawaja und Tahery v. Großbritannien), para. 49.

<sup>78</sup> Aus dem Urteil im Davis-Fall wird nicht klar, ob die Verteidigung die Möglichkeit gehabt hätte, die Exfreundin vorzuladen und zu befragen. Verfahrensrechtlich ist kein Grund erkennbar, warum die Verteidigung diesen Schritt nicht hätte gehen können. Verfahrenstaktisch allerdings schon.

## 2. Die EMRK und das Konfrontationsrecht des Common Law

Man kann von dem EGMR auch nicht verlangen, dass er sich in der Interpretation des Rechts auf Zeugenbefragung enger an die im Common Law entwickelte *hearsay rule* und deren anerkannte Ausnahmen anlehnen sollte. Diese unter anderem von dem englischen Supreme Court im Horncastle-Fall geäußerte Erwartung beruht auf einem Missverständnis der Entstehungsgeschichte und des Sinns der konventionsrechtlichen Garantien und verkennt, dass es zwischen diesen beiden Rechtsinstitutionen durchaus wichtige Unterschiede geben kann.

Viele konventionsrechtliche Auslegungsschwierigkeiten lassen sich vermeiden, wenn man Art. 6 EMRK nicht von vornherein durch die Brille des angloamerikanischen Strafprozesses zu lesen versucht. Weder zielt Art. 6 Abs. 3 lit. d auf die Garantie eines der angloamerikanischen Verfahrenstradition nachgebildeten Rechts auf Konfrontation im kontinentaleuropäischen Rechtskreis ab, noch schwebt Art. 6 Abs. 1 insgesamt der angloamerikanische Strafprozess als Litmestest für das beschworene Ideal der Fairness des Strafverfahrens vor. Die Entstehungsgeschichte der Vorschrift macht vielmehr deutlich, dass es sich um eine echte Hybride handelt: eine völkerrechtliche Neuzüchtung, die in verschiedenen Rechtskreisen historisch gewachsene Verfahrensgrundsätze miteinander kreuzt und in einen neuen Prioritätenzusammenhang stellt.

Es ist zwar durchaus richtig, dass es die Verhandlungsführer des Vereinigten Königreichs waren, die jene Vorschriften, die sich im Text der EMRK u.a. in Artikel 6 Abs. 1 und in Artikel 6 Abs. 3 lit. d wiederfinden sollten, in die Vorbereitungen zur EMRK einbrachten.<sup>79</sup> Während der Verhandlungen war lange Zeit strittig gewesen, ob sich die EMRK – wie im Entwurf der Europäischen Bewegung vorgesehen – auf eine schlichte Auflistung der von der Konvention garantierten Rechte beschränken und die inhaltliche Konkretisierung dieser Rechte einem einzusetzenden Gerichtshof überlassen sollte, oder ob – wie von Großbritannien gefordert – an einer möglichst genauen Definition dieser Rechte in der Konvention selbst gearbeitet werden sollte. Großbritanniens Ansatz, die individuellen Rechte nicht nur katalogmäßig zu benennen, sondern auch so genau wie möglich im Konventionstext selbst zu definieren, setzte sich durch – und damit auch der Gesamtentwurf für den „Grundrechtsteil“ der EMRK, bei dem Großbritannien federführend war.<sup>80</sup>

<sup>79</sup> Die später exakt in Art. 6 Abs. 3 lit. d zu findende Formulierung wurde von dem Vertreter der britischen Regierung am 6. März 1950 in die Verhandlungen eingebracht (DOC.CM/WP I(50)2;A915, siehe *Council of Europe, Collected Edition of the Travaux Préparatoires* (8 Bde), 1975, Bd. 3, S. 284. Die damalige Nummerierung des Artikels war Art. 8 Abs. 2 lit. c).

<sup>80</sup> Siehe generell zu diesem Aspekt der Entstehungsgeschichte der EMRK *Marston, Int.l & Comp.L.Q.* 42 (1993), S. 796, S. 802-808, *Simpson, Human Rights and the End of Empire. Britain and the Genesis of the European Convention* (2001), Kap. 13, insb. S. 670-74 zum Entwurf der Europäischen Bewegung, S. 690 zur Vorlage Großbritanniens an den Expertenausschuss, der im wesentlichen aus Groß-

Weniger bekannt ist der Umstand, dass dieser Entwurf nicht von britischen Juristen aus ihrer eigenen Rechts-tradition heraus (die keinen geschriebenen Grundrechts-katalog kennt) konzipiert worden war. Vielmehr orientierte sich der britische Entwurf des Menschenrechtska-talogs der EMRK an dem damals (1949) erreichten Sach-stand für das Dokument, das viele Jahre später zum Internationalen Pakt über bürgerliche und politische Rechte (IPBPR) werden sollte.<sup>81</sup> Insbesondere der Text des späteren Art. 6 EMRK war keine britische Eigenleistung, sondern folgte wortgleich dem Textvorschlag zur IPBPR.<sup>82</sup> Und diese Fassung war in die Verhandlungen der Menschenrechtskommission der Vereinten Nationen<sup>83</sup> nicht etwa von einem Standortträger des anglo-amerikanischen Strafprozesses eingebracht worden, son-dern von den Philippinen:<sup>84</sup> einem Land, in dessen eigen-er Rechtstradition sich kontinentaleuropäische und angloamerikanische Einflüsse gegenseitig überlagerten und vermengten.<sup>85</sup>

Die rechtsschöpferische Leistung des unbekanntem Ent-wurfsverfassers der Philippinen kann gar nicht zu hoch eingeschätzt werden. Bis zu diesem Zeitpunkt hatten sich die Vorentwürfe zum IPBPR eng an die angloameri-kanischen Prozessgrundsätze angelehnt.<sup>86</sup> In dem Vor-

britanniens Stellungnahme zu den Entwürfen für den Men-schenrechtspakt der Vereinten Nationen bestand, und S. 695 ff. zur „heißen“ Verhandlungsphase.

<sup>81</sup> Großbritannien brachte am 6. März 1950 ein 15 Menschen-rechtsartikel umfassendes Dokument ein, das als „Entwurf B“ für den späteren Konventionstext maßgeblich wurde. Dieses Dokument löste den früheren Entwurf eines aus-formulierten Grundrechtskatalogs, der sich an der Allge-meinen Erklärung für Menschenrechte orientiert hatte, ab und war dem damaligen Stand der Diskussionsvorlagen vor der Menschenrechtskommission der Vereinten Nationen nachgebildet (*Simpson*, End of Empire, S. 695).

<sup>82</sup> Die verschiedenen Fassungen der IPBPR-Vorentwürfe sind nachzulesen bei *Weissbrodt*, The Right to a Fair Trial: Articles 8, 10 and 11 of the Universal Declaration of Human Rights (2001). Die in EMRK Art. 6 Abs. 3 lit. d aufgegriffe-ne Textfassung findet sich auf S. 54.

<sup>83</sup> Die Menschenrechtskommission der Vereinten Nationen (UN Commission on Human Rights) wurde 1947 durch den Wirtschafts- und Sozialausschuss (Economic and Social Council) der Vereinten Nationen gemäß Art. 68 der UN-Charter eingesetzt, um eine internationale Menschen-rechtscharta zu schaffen. Aus der Arbeit der Kommission und ihrer Unterausschüsse gingen u.a. 1948 die Allgemeine Erklärung der Menschenrechte und 1966 der Internationale Pakt über bürgerliche und politische Rechte hervor.

<sup>84</sup> *Weissbrodt* (Fn. 83), S. 49 unter Bezugnahme auf U.N. Doc. E/CN.4/232 und 232/Corr.1 (23. und 27. Mai 1949) und für die im Unterausschuss angenommene Fassung S. 54 unter Bezugnahme auf U.N. Doc. E/CN.4/SR.11 (6. Juni 1949), S. 8.

<sup>85</sup> Zur Rechtsgeschichte der Philippinen siehe *ASEAN Law Association*, Legal History of Philippines, online-Veröffentlichung ohne Jahr, Kap. 1 ([http://www.aseanlawassociation.org/papers/phil\\_chp1.pdf](http://www.aseanlawassociation.org/papers/phil_chp1.pdf)).

<sup>86</sup> Eine der ersten und von dem Formulierungsvorschlag der Philippinen effektiv abgelösten Textfassungen stammte von den Vereinigten Staaten von Amerika und sprach von einem „fair public trial at which he [der Angeklagte] has had the opportunity for a full hearing, the right to be confronted with the witnesses against him, the right of compulsory process for obtaining witnesses in his favour, and the right to consult with and be represented by counsel.“

schlag der Philippinen wurde dies zugunsten einer eigen-ständigen, vom Begriff der Konfrontation gelösten For-mulierung durchbrochen. Inhaltlich war die Kreuzung der Verfahrenstraditionen eine selektive: vorgenommen unter dem übergeordneten Gesichtspunkt, inwieweit die in unterschiedlichen Verfahrensordnungen vorzufinden-den Praktiken, durch die der Angeklagte Einfluss auf die Beweisaufnahme durch das Gericht nehmen kann, zum unabdingbaren Kern eines legitimen strafrechtlichen Verfahrens gehören und deshalb Gegenstand eines völ-kerrechtlichen Mindeststandards sein sollten. Man braucht sich deshalb auch nicht zu wundern, dass die geistige Verwandtschaft zum Unmittelbarkeitsgrundsatz und zum Beweisantragsrecht des Angeklagten, wie es im reformierten Strafprozesses des 19. Jahrhunderts ausgebildet und u.a. in der Reichsstrafprozessordnung inkor-poriert wurde, in dem Recht auf Zeugenbefragung eben-so stark ausgeprägt zu sein scheint wie die Anklänge an das aus dem Common Law herrührende Konfrontations-recht. In dem Katalog der speziellen Garantien in Art. 6 Abs. 3 wird gleichsam die Schnittmenge aus den ver-schiedenen Verfahrens-traditionen gebildet.

Es wäre deshalb schon im Ansatzpunkt verfehlt, Art. 6 Abs. 3 lit. d EMRK allein im Lichte des Konfrontations-rechtes und seiner etablierten Ausnahmen interpretieren zu wollen. Wie der Blick auf die Entstehungsgeschichte der Vorschrift zeigt, sind die in ihr enthaltenen Mindest-garantien für den Angeklagten im Strafverfahren weniger stark an der angloamerikanischen Rechtstradition orien-tiert, als gemeinhin angenommen wird. Die Interpreta-tion muss sich deshalb auf den Gesichtspunkt konzen-trieren, der für die Entwurfsverfasser der Menschen-rechtskonventionen zentral war: dem systemunabhängig einzuhaltenden Mindeststandard für die Rechte eines Angeklagten im Strafverfahren.

### 3. Bürgerstatus und Zeugenbefragungsrecht

Aus staatsbürgerlich-politischer Perspektive ist das Straf-verfahren von so herausgehobener Bedeutung, weil es den Menschen als Träger individueller und politischer Rechte anerkennt und sein politisches Verhältnis zum machtausübenden Staat mit gestaltet. Die verfahrensprä-genden Rechte des Angeklagten sind Errungenschaften der Rechtskultur, in denen sich der ethische Subjektsta-tus des Menschen und sein politischer Status als Bürger spiegeln. Als Mensch hat man das Recht zu erwarten, dass man nicht zum bloßen Objekt des Handelns anderer gemacht wird – d.h., dass auch ein Mensch, der Gefahren setzt, nicht einfach als Gefahrenquelle behandelt werden kann, sondern auch als Interaktionspartner angesprochen und anerkannt werden muss. Als Bürger hat man das Recht zu erwarten, dass mit der Anklage – der Aufforde-rung, auf den Vorwurf rechtswidrigen Verhaltens zu antworten – auch die Gelegenheit einhergeht, auf diesen Vorwurf zu reagieren. Man wird nicht wirklich angespro-chen und mit einem Tatvorwurf konfrontiert, wenn man

Siehe *Weissbrodt* (Fn. 83), S. 45 unter Bezugnahme auf U.N. Doc. E/CN.4/AC.1/8 (11. Juni 1947), S. 1. *Weissbrodt* stellt auch klar, dass „the United Kingdom draft which was used as the basis for most of the initial discussions of the Cove-nant did not include a provision relating specifically to the right to a fair trial“ (*Ibid.*, S. 44).

sich diesen Vorwurf nur anhören, ihn aber nicht in Frage stellen, auf Überprüfung bestehen und sich gegen ihn wenden kann. Dies schließt das Recht auf Verteidigung denknotwendig mit ein.

Wenn also die Mindestgarantien in Art. 6 Abs. 3 systemübergreifend einen Kernbereich von Teilhaberechten im Strafverfahren sichern, die wiederum selbst Ausdruck und Ausfluss der Subjektstellung des Angeklagten im Strafverfahren sind, dann ist über eine Auslegung, die das Zeugenbefragungsrecht allein in den Dienst der Wahrheitsfindung stellen und ihm ausschließlich oder primär die Funktion der Fernhaltung unzuverlässiger Beweismittel vom Tatgericht zuschreiben will, der Stab zu brechen. Es geht in Art. 6 Abs. 3 lit. d zwar auch um die Wahrheitsfindung. Aber dieses Ziel ist dem prozeduralen Kerngehalt der Verfahrensgarantie gegenüber subsidiär und durch diesen vermittelt. Dem Angeklagten soll in dem auf Wahrheitsermittlung gerichteten Verfahren die Möglichkeit gegeben werden, die gegen ihn vorgebrachten Beweismittel herauszufordern und das Gericht dazu zu zwingen, Beweise, die er für entlastend hält, auch zur Kenntnis zu nehmen. Man wird Struktur und Inhalt dieser Mindestgarantie nicht gerecht, wenn man den Umfang dieser Garantie dem Ziel der Wahrheitsfindung unterordnen will.

Wie hoch ist nun aber der Preis, den die Rechtsgemeinschaft für ihr Versprechen, dem Angeklagten im Strafverfahren konkrete Verteidigungsmöglichkeiten zu gewähren, zahlen muss? Sind wir dazu gezwungen, uns für eine Lesart der EMRK zu entscheiden, bei der sich die Möglichkeit der effektiven Infragestellung von entscheidenden Belastungszeugen als Teilaspekt der Wahrung der Subjektstellung des Angeklagten im Strafprozess immer und notwendig gegenüber dem Interesse an der Rechtsdurchsetzung durch die Verwertung ausreichend zuverlässiger indirekter Beweismittel durchsetzen muss? Diese extreme Konsequenz wird durch die Anerkennung des Subjektstatus des Angeklagten meines Erachtens nicht verlangt.

Menschenrechtskonventionen sind Ausdruck einer zivilisatorischen Leistung, nämlich die Veränderung der Rechtsstellung des Rechtsunterworfenen vom Untertan zum Bürger mit bestimmten elementaren Rechten. Mit dem Recht auf ein faires Strafverfahren sichert die EMRK die Respektierung der Bürgerstellung auch im Strafverfahren. Das von *Andreas von Hirsch* als „Bürgerstaat“ bezeichnete Ideal – ein System staatlicher Autorität, in dem Menschen als verantwortliche Bürger angesprochen werden sollen<sup>87</sup> – bringt dieses Grundverhältnis des Staates zu allen Verfahrensbeteiligten als Bürger zum Ausdruck. Es ist aus meiner Sicht Teil dieses politischen Grundverhältnisses, dass der Angeklagte im Strafverfahren eben nicht nur speziell als Beschuldigter, sondern auch allgemein als Staatsbürger angesprochen ist. Als Staatsbürger ist er auch ein mögliches Verbrechenopfer, das den Schutz des Strafrechts begehrt, und ein möglicher Nebenstehender, der aus Solidarität mit dem Mitbürger

<sup>87</sup> *Von Hirsch*, „Ein grundrechtliches Verbot exzessiver Strafen? Versuch einer Begründung“ in: Herzog/ Neumann, Festschrift für Winfried Hassemer (2010), S. 373 (dort Fn. 9).

der Durchsetzung des Strafanspruchs gegenüber Rechtsbrechern bejahend gegenübersteht. Begreift man den Angeklagten auch in diesen anderen staatsbürgerlichen Dimensionen, so wird deutlich, dass auch er Grund dazu hat, sich für die Durchsetzung des staatlichen Strafanspruchs zu entscheiden, wenn bei einer staatlicherseits nicht zu verantwortenden und nicht weiter linderungsfähigen Befragungsnot des Angeklagten ein nicht auflösbarer Konflikt zwischen der Verwertung eines (den Test der Verlässlichkeit nach Überzeugung des Tatgerichts bestehenden) Zeugnisses zulasten des Angeklagten und eines Unbestraftlassens dieses Angeklagten trotz des faktisch möglichen Schuldnachweises entsteht.

Dieser Gedanke segnet aber nicht die gesamte Bandbreite der nach dem Urteil der Großen Kammer in *Al-Khawaja und Tahery v. Großbritannien* hinzunehmenden Nachteile für die Verteidigung des Angeklagten ab. Nicht in allen Fällen, in denen die Verteidigung nach dem Urteil der Großen Kammer damit leben muss, dass sie durch die fehlende Möglichkeit, den Zeugen zu befragen, an der möglichen Erhärtung einer plausiblen Verteidigungsstrategie gehindert wird, kann von dem Angeklagten als Staatsbürger erwartet werden, dass er diese Risikoverteilung als gerecht hinnimmt. Vielmehr müsste insoweit ein differenzierendes Modell entwickelt werden, das stärker als bisher erstens auf Obliegenheiten der Verfahrensbeteiligten zur Konfliktvermeidung abstellt und zweitens stärker nach den Gründen und Zwecksetzungen gesetzgeberischer und gerichtlicher Zeugniseinschränkungen differenziert. Unter dem Aspekt der Obliegenheitspflichten aller Verfahrensbeteiligten kann zum einen – bezüglich des Angeklagten – auch schon im Vorfeld konkreter, auf das Verfahren bezogener Bedrohungen auf das bisherige Kriminalregister, das nachweislich kriminelle Umfeld und einer daraus resultierenden Angst des Zeugen vor offener Zeugnisablegung verwiesen werden. Unter diesem Aspekt kann aber auch – bezüglich des Zeugen – zwischen hinzunehmenden und nicht mehr hinzunehmenden Risiken und Belastungen der Zeugnisablegung und ihren prozessualen Konsequenzen unterschieden werden. Der Vorstellung, dass es legitim sein könnte, einem Beschuldigten das Risiko dafür zuzuschreiben, dass ein Zeuge, der negative finanzielle Konsequenzen seiner Zeugnisablegung befürchtet, aus diesem Grund von seiner Zeugnispflicht befreit wird, muss ein Riegel vorgehoben werden. Wenn ein Prozessrecht einen Zeugen (wegen fehlender Erwartung wahrheitsgemäßer Zeugnisablegung oder ähnlichem) unter solchen Umständen von der Zeugnispflicht befreit, dann muss es ohne den dadurch unmöglich gemachten Beweis leben. Ähnlich verhält es sich in den Fällen, in denen Verwandte des Angeklagten keine diesen belastende Aussage machen wollen. Jedenfalls dann, wenn diese Personen auch die angeblich Geschädigten sind und der Angeklagte diese zu seiner Verteidigung befragen will, kann man durchaus von dem Staat verlangen, dass das Risiko des nicht einführbaren Zeugenbeweises bei ihm verbleibt.

Zu verlangen ist auch, dass der potentielle Konflikt zwischen dem öffentlichen Interesse an der Durchsetzung des staatlichen Strafanspruchs gegenüber Missetätern auf der einen Seite und dem Recht auf Verfahrensteilhabe des Angeklagten auf der anderen Seite so weit wie möglich schon im Vorfeld entschärft wird. Dies bedeutet,

dass Mitgliedsstaaten eine umfassende Verpflichtung zur Konfliktvermeidung trifft. Soweit der „Befragungsnotstand“ in der Hauptverhandlung absehbar ist, obliegt es den Mitgliedsstaaten, einer zu befürchtenden Aushöhlung des Befragungsrechts durch geeignete gesetzliche und behördliche Maßnahmen vorzubeugen. Sonst drohen die Ausnahmen vom Zeugenbefragungsrecht zu einem Freibrief für Bequemlichkeit der Gerichte und der Anklagebehörden bei der Beibringung von Zeugen zu werden. Hier liegt die eigentliche Gefahr für das Strafverfahren. Der EGMR sollte deshalb seine Zurückhaltung bei der Analyse der verfahrensrechtlichen Regelungen der Mitgliedsstaaten aufgeben und konkrete Feststellungen dazu treffen, welche Verfahrensrechte zur zeitigen Vermeidung eines späteren „Befragungsnotstands“ gesetzlich vorgesehen werden sollten. Die Fälle, in denen ein unvermeidbarer Befragungsnotstand für die Verteidigung eintritt, werden dann zumindest weniger häufig sein.

## V. Schlussbemerkung

Für einen deutschen Strafverteidiger ist das Urteil der Großen Kammer in *Al-Khawaja und Tahery v. Großbritannien* sicherlich eine herbe Enttäuschung. Nachdem

die Richtermehrheit jeder absoluten „Beruhensschanke“ eine Absage erteilt hat und die Kompensationsstufe der Verletzungsprüfung ausdrücklich für die Beweiswürdigungslösung geöffnet hat, muss die aus konventionsrechtlicher Sicht teilweise stark kritisierte Praxis des BGH, wie sie etwa in der Entscheidung BGH 4 StR 662/08<sup>88</sup> umgesetzt wird, als geradezu mustergültig gelten. Die Auswirkungen der konventionsrechtlichen Garantien auf die Anwendung von §§ 244 und 252 StPO sind vermutlich noch geringer als bisher angenommen.

Das Zeugenbefragungsrecht wird so weniger strikt und weniger stark. Trotzdem war die Modifikation des *Lucà-Tests* aus Sicht der Verfasserin die bessere Lösung. Die Verletzungsprüfung ist sachlogisch auf das Ziel der Aufrechterhaltung wirksamer Verteidigungsmöglichkeiten für den Angeklagten bezogen. Als absolute und starre Beruhensgrenze würde die „allein-oder-entscheidend“-Klausel in problematischer Weise über dieses Ziel herausschießen und deshalb letztlich zu untragbaren Ergebnissen führen.

<sup>88</sup> Beschluss vom 17.3.2009 (LG Bielefeld) = HRRS 2009 Nr. 458.

## Aufsätze und Anmerkungen

# Zur strafrechtlichen Verantwortlichkeit für organisationsbedingte Behandlungsfehler im Rahmen ambulanter und stationärer Operationstätigkeit

Zugleich ein Beitrag zur Bestimmung der Bedeutung von Compliance-Strukturen im Arztstrafrecht

Von Priv.-Doz. Dr. Michael Lindemann / Wiss. Mit. Thomas Wostry\*

## I. Einleitung

Die ärztliche Tätigkeit ist nicht nur durch medizinische, sondern auch durch organisatorische Anforderungen geprägt<sup>1</sup> – zwei Felder, auf denen der Arzt jeweils einem eigenständigen straf- und zivilrechtlichen Haftungsrisiko

unterliegt.<sup>2</sup> In der Gesamtschau nach wie vor eher selten,<sup>3</sup> jedoch zuletzt mit zunehmender Tendenz<sup>4</sup> sehen sich Ärzte in Strafverfahren mit dem Vorwurf der vorsätzlichen Körperverletzung oder Tötung konfrontiert. Nachdem der Bundesgerichtshof bereits im Jahr 2003

\* Privatdozent Dr. Michael Lindemann ist Akademischer Rat a.Z. an der Heinrich-Heine Universität Düsseldorf, Lehrstuhl für Strafrecht und Strafprozessrecht, Prof. Dr. Helmut Frister. Thomas Wostry ist wissenschaftlicher Mitarbeiter an diesem Lehrstuhl.

<sup>1</sup> Vgl. Frister/Lindemann/Peters, *Arztstrafrecht* (2011), Kapitel 1 Rn. 113.

<sup>2</sup> Zu den damit verbundenen Problemen der Haftpflichtversicherung in risikoträchtigen Fachbereichen *Katzenmeier MedR* 2011, 201 ff.; *Schlösser MedR* 2011, 227 ff.; s. auch *Petry Der Gynäkologe* 43 (2010), 257 ff.

<sup>3</sup> *Knauer/Brose*, in: *Spickhoff* (Hrsg.), *Medizinrecht* (2011) § 212 Rn. 14.

<sup>4</sup> *H. Wostry*, in: *RP MED* 7/2011, Nr. 1, abzurufen unter: <http://www.rpmed.de/pdf/newsletter/Newsletter-7-2011-Bertrag-1.pdf>; siehe auch *Kudlich NJW* 2011, 2856; zu den „patientenfernen Entscheidungen“ in diesem Zusammenhang vgl. *Kudlich/Schulte-Sasse NSTz* 2011, 241 ff.

einen Fall gravierender Pflichtverletzungen organisatorischer und medizinischer Art im Bereich der *stationären* operativen Nachsorge zu entscheiden hatte,<sup>5</sup> war Gegenstand der aktuellen Entscheidung HRRS 2011 Nr. 978 ein ärztlich-organisatorisches Fehlverhalten im Rahmen der *ambulanten* postoperativen Patientenversorgung. Beide Fälle gaben dem BGH Anlass zur Erörterung der Vorsatzfrage, weisen darüber hinaus jedoch noch weitere Berührungspunkte auf: Der Entscheidung BGH HRRS 2011 Nr. 978 lag ebenso wie dem vorausgegangenen Judikat sowohl medizinisches wie organisatorisches Fehlverhalten zugrunde, und auch in der aktuellen Entscheidung standen besonders schwerwiegende Pflichtverletzungen des angeklagten Arztes im Raum. Während jedoch im Bereich stationärer Krankenbehandlung regelmäßig die Zuständigkeit für wirtschaftlich-organisatorische Entscheidungen von der kurativen Kompetenz getrennt ist,<sup>6</sup> zeigt sich in der ambulanten medizinischen Praxis ein uneinheitliches Bild. So kann einerseits Kompetenzpluralität für medizinische Versorgungszentren konstatiert werden, andererseits gibt es zahlreiche Praxisstrukturen, bei denen medizinische und organisatorische Leitung in Personalunion wahrgenommen werden.

Die beiden eingangs erwähnten höchstrichterlichen Entscheidungen lassen eine vertiefte Auseinandersetzung mit den Grundlagen der strafrechtlichen Verantwortlichkeit für organisationsbedingte Behandlungsfehler im Rahmen ambulanter und stationärer Operationstätigkeit angezeigt erscheinen. Für eine vergleichende Erörterung der in diesem Kontext geltenden organisatorischen und medizinischen Sorgfaltsanforderungen spricht zunächst, dass deren (dokumentierte) Beachtung es dem verantwortlichen Arzt erleichtern dürfte, dem Verdacht eines (fahrlässigen oder gar vorsätzlichen) Fehlverhaltens zu begegnen. Darüber hinaus beugt eine möglichst präzise Bestimmung der in Rede stehenden Sorgfaltspflichten der allfälligen Gefahr vor, dass das ärztliche Verhalten unter dem Eindruck eines schwerwiegenden Schadensereignisses aus der ex post-Perspektive einer unangemessen strengen Beurteilung unterzogen wird.<sup>7</sup> Schließlich fördert eine Skizzierung des Katalogs organisatorischer und medizinischer Pflichten die Herausbildung von Risiko-Management-Strukturen, die letztlich allen behandelten Patienten zugute kommen. Spätestens seit dem sog. „Schwarze Kassen“-Urteil des Bundesgerichtshofs<sup>8</sup> ist

<sup>5</sup> Vgl. BGH NSTZ 2004, 35.

<sup>6</sup> Eingehend zu den Organisations- und Leitungsstrukturen im Krankenhaus *Bergmann et al.* in Bergmann/Kienzle (Hrsg.), Krankenhaushaftung, 3. Auflage (2010), Teil D Rn. 171 ff.

<sup>7</sup> Empirisch gut belegt ist etwa der sog. Rückschaufehler, der darin besteht, dass die Vorhersehbarkeit eines tatsächlich eingetretenen Schadens auf der Grundlage des ex post verfügbaren Wissensstandes systematisch überschätzt wird. Zur Bedeutung dieses Phänomens für die Beurteilung medizinischer Behandlungsfehler vgl. *Arkes/Schipani* Oregon Law Review 73 (1994), 587, 591 ff.

<sup>8</sup> BGHSt 52, 323 ff. = HRRS 2008 Nr. 1100. Die Verteidigung hatte argumentiert, dass es sich bei den Compliance-Vorschriften (welche die verfahrensgegenständlichen korruptiven Praktiken ausdrücklich untersagten) um bloße „Fassade“ gehandelt habe; der Senat ließ dieses Argument indes unter Hinweis auf die Feststellungen der Vorinstanz nicht gelten, vgl. BGHSt 52, 323, 335. Dies verwundert,

überdies bekannt, dass die Rechtsprechung aus bestehenden Compliance-Regelungen rechtliche Folgerungen ableitet.<sup>9</sup> Vor diesem Hintergrund soll die nachfolgende Untersuchung auch zur Bestimmung der Bedeutung von Compliance-Strukturen im Bereich der strafrechtlichen Arzthaftung beitragen.

## II. Bewertung und Einordnung des Falles HRRS 2011 Nr. 978

Zur Einführung in das Problemfeld sollen allerdings vorab Sachverhalt und Gründe der Entscheidung HRRS 2011 Nr. 978 einer knappen Bewertung und Einordnung unterzogen werden. Der zunächst im März 2006 vom LG Berlin<sup>10</sup> entschiedene Ausgangsfall weist gleich zwei relevante Handlungsabschnitte auf, an die für eine strafrechtliche Bewertung angeknüpft werden kann: die Durchführung der Operation und das Verhalten des Arztes in der postoperativen Phase.

Nach den landgerichtlichen Feststellungen hatte der angeklagte Chirurg, der in der von ihm betriebenen Tagesklinik plastische chirurgische Eingriffe durchführte, eine komplexe mehrstündige Operation an einer 49jährigen Patientin<sup>11</sup> vorgenommen, dabei allerdings die im Aufklärungsgespräch zugesagte Hinzuziehung eines Anästhesisten unterlassen. Während des Eingriffs, der unter einer vom Angeklagten gesetzten Periduralanästhesie durchgeführt wurde, kam es zu einem Herz-Kreislauf-Stillstand der Patientin. Durch die Reanimation und anschließende (grob behandlungsfehlerhafte) Versorgung gelang es dem Angeklagten, die Patientin zu stabilisieren; diese erlangte jedoch das Bewusstsein nicht wieder. Die dringend gebotene Verlegung der (transportfähigen) Patientin auf eine Intensivstation veranlasste der Angeklagte erst sechs Stunden später und selbst dann nicht mit der gebotenen Dringlichkeit. Die Patientin verstarb knapp zwei Wochen später im Krankenhaus an den Fol-

---

wenn man bedenkt, dass das *LG Darmstadt* (Urteil v. 14.05.2007, Az. 712 Js 5213 04, Juris, dortige Rn. 175) jedenfalls im Rahmen der Anordnung des – später vom BGH aus *rechtlichen* Gründen aufgehobenen – Wertersatzverfalls von 38 Mio. € zu Lasten der Siemens AG feststellte, dass „[...] die Bestechungszahlungen auch dadurch ermöglicht wurden, dass die S. AG außer der schriftlichen Ermahnung zur Einhaltung der Compliance-Vorschriften in der damaligen Zeit keine sich aufdrängenden wirksamen Maßnahmen zur Unterbindung der Bildung oder Aufdeckung von schwarzen Kassen und von Bestechung getroffen hat“. Ungeachtet dieser leichten Unstimmigkeiten erscheint jedenfalls der Schluss gerechtfertigt, dass Compliance-Vorschriften – sofern sie nicht als „Fassade“ enttarnt werden – Ausstrahlungswirkung für die strafrechtliche Beurteilung zukommen soll; vgl. dazu auch *Grützner* BB 2012, 150, 152.

<sup>9</sup> Vgl. dazu etwa *Rau*, Compliance und Unternehmensverantwortlichkeit, Diss. iur. (2009), S. 81 ff., die das Handeln des Täters in Kenntnis der Compliance-Anforderungen zur Grundlage einer „Schlussfolgerung auf den Vorsatz“ (aaO. S. 82) machen will.

<sup>10</sup> LG Berlin, Urteil v. 01.03.2010, Az.: (535) 1 Kap Js 721/06 Ks (15/08).

<sup>11</sup> Konkret: Eine Bauchdeckenstraffung, verbunden mit einer Fettabsaugung, Entfernung einer Blinddarmoperationsnarbe und Versetzung des Bauchnabels.

gen einer globalen Hirnsubstanz-erweichung. Wann genau die irreversible, zum Tode führende Hirnschädigung eingetreten war, konnte nicht sicher geklärt werden; fest steht hingegen, dass die Patientin bei einer *sofortigen* Verlegung mit an Sicherheit grenzender Wahrscheinlichkeit überlebt, zumindest eine nicht unerhebliche Zeit länger gelebt hätte.

Das LG Berlin verurteilte den Angeklagten wegen Körperverletzung mit Todesfolge in Tateinheit mit versuchtem Totschlag zu einer Freiheitsstrafe von vier Jahren und sechs Monaten und erkannte darüber hinaus auf ein vierjähriges Berufsverbot (§ 70 StGB) als niedergelassener Chirurg, Sportmediziner und Arzt im Rettungsdienst. Auf die Revisionen des Angeklagten und des Nebenklägers (des Ehemannes der verstorbenen Patientin) hob der 5. Strafsenat des Bundesgerichtshofs das Urteil mit den zugehörigen Feststellungen auf; davon ausgenommen blieben u.a. die Feststellungen zu den objektiven Tatumsständen und zu deren Verwirklichung durch den Angeklagten als Körperverletzung mit Todesfolge.

Den Umstand, dass der Angeklagte zunächst im Rahmen der Patientenaufklärung, in deren Zuge die Patientin auch ihre schriftliche Einwilligung in Eingriff und Anästhesie erteilte, wahrheitswidrig angegeben hatte, ein Anästhesist werde den operativen Eingriff begleiten, wertete der Senat unter Hinweis auf die sog. „Gammastrahlen-Entscheidung“<sup>12</sup> als Aufklärungsmangel.<sup>13</sup> Der Angeklagte habe es jedenfalls *unterlassen*, auf die medizinische Notwendigkeit der Anwesenheit eines Anästhesisten bei der Operation hinzuweisen.<sup>14</sup> Der Senat führt sodann weiter aus, mit dem Wegfall der Einwilligung sei der Eingriff durch den Angeklagten als Körperverletzung zu werten.<sup>15</sup> Dies ist dogmatisch jedenfalls unscharf formuliert, wird doch – wie auch die vorliegende Entscheidung durch erneuten Verweis auf BGHSt 43, 306 (308) belegt – in ständiger Rechtsprechung *jeder* ärztliche Heileingriff als tatbestandmäßige Körperverletzung bewertet.<sup>16</sup> Folglich kann es für die „...Bewertung des

Eingriffs als Körperverletzung“<sup>17</sup> nicht darauf ankommen, ob die Einwilligung der Patientin vorlag.

Nach Auffassung des Senats liegt der Anknüpfungspunkt für die Beurteilung der Strafbarkeit des Operateurs wegen versuchten Totschlags nicht – wie vom LG Berlin angenommen – darin, dass der Patientin zunächst eine mangelhafte Anästhesie und nach dem Herz-Kreislauf-Stillstand eine unzureichende Reanimationsleistung zuteil wurde, sondern in der unterlassenen sofortigen Einleitung von Intensivrettungsmaßnahmen („zerebrale Reanimation“) im Nachgang der Wiederbelebungsmaßnahmen.<sup>18</sup> In dieser – für den Angeklagten bedeutsamen (§ 13 Abs. 2 StGB) – Unterscheidung zeigt sich, dass die hinlänglich bekannte Frage nach der Abgrenzung von Tun und Unterlassen ein das Medizinstrafrecht nach wie vor beherrschender Aspekt ist.<sup>19</sup> Hier lag der Schwerpunkt der Vorwerfbarkeit nach dem Dafürhalten des Senats in der zeitlich deutlich nachgelagerten unterlassenen Rettungseinleitung.<sup>20</sup>

## 1. Zum Tötungsvorsatz des angeklagten Arztes

An die Verortung des tatbestandlichen Verhaltens knüpfen Fragen des Vorsatzes an. Der Senat bemängelt zunächst die Lückenhaftigkeit der landgerichtlichen Feststellungen zuungunsten des Angeklagten.<sup>21</sup> Das LG Berlin habe den Tötungsvorsatz des Angeklagten aus einer einseitigen Betrachtung gewonnen und lediglich aus „Vertuschungshandlungen“ das Motiv hergeleitet, die Aufdeckung des eigenen ärztlichen Fehlverhaltens zu verhindern. Gegenläufige Umstände, die zu einem Vorsatzausschluss mangels voluntativer Komponente hätten führen können, habe das Tatgericht hingegen nicht berücksichtigt. Der Revision sei darin zuzustimmen, dass ein rational verankerter Zusammenhang zwischen dem Verhalten des Angeklagten und dem angenommenen Motiv der Verschleierung vorausgegangener Fehler schwerlich bestehen könne. So sei nicht hinreichend berücksichtigt worden, dass der Umstand einer mangelbehafteten Operation im Rahmen einer späteren Obduktion der Patientin nicht zu verbergen gewesen wäre; ferner lasse das Verhalten des Angeklagten den Schluss zu, dass er eine Rettung der Patientin noch für möglich gehalten habe, und schließlich hätte auch die vom Landgericht im Rahmen der Prüfung niedriger Beweggründe

<sup>12</sup> BGHSt 43, 306, 309.

<sup>13</sup> BGH HRRS 2011 Nr. 978 Rn. 21. Allgemein zu den Anforderungen an die ärztliche Aufklärung vgl. *Katzenmeier*, in: Laufs/Katzenmeier/Lipp, *Arztrecht*, 6. Auflage (2009), Kapitel V Rn. 1 ff.; aus strafrechtlicher Sicht *Frister/Lindemann/Peters* (o. Fn. 1), Kapitel 1 Rn. 20 ff. In der „Gammastrahlen-Entscheidung“ ging es um eine Fallkonstellation, in der eine Strahlenbehandlung nicht der *lex artis* entsprach, und aus diesem Grund die Einwilligung keine rechtfertigende Kraft im Hinblick auf die nicht der medizinischen Kunst entsprechende überdosierte Bestrahlung entfaltete, vgl. BGHSt 43, 306, 309. Nach der durch den Senat in Bezug genommenen Sachverhaltsschilderung des LG Berlin lag der Aufklärungsmangel vorliegend hingegen darin, dass der Angeklagte „...der Wahrheit zuwider zu[gesichert hatte], dass am Tag der Operation ein Anästhesist zugegen sein werde“ (vgl. die Wiedergabe durch den BGH HRRS 2011 Nr. 978 Rn. 5). Dies deutet eher auf einen Wegfall der rechtfertigenden Wirkung der Einwilligung wegen Täuschung hin (vgl. dazu BGHSt 16, 309, 310; BGH NStZ 2004, 442 = HRRS 2004 Nr. 193; *Frister/Lindemann/Peters* [o. Fn. 1], Kapitel 1 Rn. 17 ff.). Auch *Kraatz NStZ-RR* 2012, 1, 3 stellt in seiner Besprechung auf die Täuschung des Arztes ab.

<sup>14</sup> BGH HRRS 2011 Nr. 978 Rn. 21.

<sup>15</sup> BGH a.a.O.

<sup>16</sup> Vgl. dazu *Frister/Lindemann/Peters* (o. Fn. 1), Kapitel 1 Rn. 1 ff.

<sup>17</sup> BGH a.a.O.

<sup>18</sup> Vgl. BGH HRRS 2011 Nr. 978 Rn. 28 f.

<sup>19</sup> Dazu *Frister*, in: FS Samson, 2010, S. 19 ff.; siehe auch *Dölling ZIS* 2011, 345 ff.; *Hirsch JR* 2011, 37 ff., ergänzend *Frister/Lindemann/Peters* (o. Fn. 1), Kapitel 1 Rn. 155.

<sup>20</sup> So auch *Sternberg-Lieben/Reichmann*, *MedR* 2012, 97, 99. Siehe zu dieser Fragestellung auch die Anmerkung von *Kudlich NJW* 2011, 2856, 2857 f., der aus objektiver Perspektive auch die Durchführung einer „[...] komplexen Operation mit schwieriger Narkosesituation unter defizitären Umständen“ (a.a.O.) als den Schwerpunkt der Vorwerfbarkeit in Betracht zieht, diesen Ansatzpunkt jedoch aufgrund des fehlenden Tötungsvorsatzes für diesen Teilabschnitt verwirft.

<sup>21</sup> Krit. zur Konturlosigkeit und mangelnden Prognostizierbarkeit des Zugriffs der revisionsgerichtlichen Rechtsprechung auf Feststellungen und Beweiswürdigung der Tatgerichte *Barton*, in: FS Fezer (2008), S. 333 ff.

konstatierte „Eigenüberschätzung und Verbohrtheit“ des Angeklagten als mögliches Handlungsmotiv in Betracht gezogen werden müssen. Die Annahme, das dem Angeklagten vorgeworfene Verhalten sei von einem Eventualvorsatz getragen gewesen, finde daher in den tatgerichtlichen Feststellungen zum subjektiven Tatbestand keine hinreichende Stütze.<sup>22</sup>

## 2. Zur Verdeckungsabsicht

Lediglich auf den ersten Blick erscheint paradox, dass daneben auch die Revision des Nebenklägers (begrenzten) Erfolg hatte, mit der dieser eine Verurteilung wegen versuchten Mordes anstrebte: Der *Senat* weist in diesem Zusammenhang zutreffend darauf hin, dass nach der Bejahung des Tötungsvorsatzes durch das Landgericht mit Blick auf die Vertuschung der zuvor begangenen Körperverletzung die Erörterung von Verdeckungsabsicht i.S.d. § 211 Abs. 2 StGB nahe gelegen hätte.<sup>23</sup> Hier hatte sich die Lückenhaftigkeit der landgerichtlichen Feststellungen mithin (vorläufig) zugunsten des Angeklagten ausgewirkt.<sup>24</sup> Die Bedeutung präziser Feststellungen zum subjektiven Umstand erhellt auch aus dem ergänzenden Hinweis des *Senats*, dass nach ständiger Rechtsprechung<sup>25</sup> bereits die Möglichkeit eines schon im Laufe der Reanimationsanschlussbehandlung gefassten bedingten Tötungsvorsatzes der Verurteilung gemäß §§ 211, 22, 23 Abs. 1 StGB entgegenstehe.<sup>26</sup>

## III. Die Bedeutung organisatorischer Maßnahmen der Risikoversorge für die Konstituierung des strafrechtlichen Anfangsverdachts (§ 152 Abs. 2 StPO)

Auch wenn der *Senat* im Fall HRRS 2011 Nr. 978 deutliche Zurückhaltung bei der Zuschreibung des Tötungsvorsatzes erkennen lässt und überdies auf die Geltung des Zweifelssatzes hinweist,<sup>27</sup> dürfte allein die Möglich-

keit, sich in einem Strafverfahren gegen den Vorwurf des Totschlags oder gar des Mordes verteidigen zu müssen, in der Ärzteschaft für einige Verunsicherung sorgen. Nimmt man hinzu, dass bereits das Ruchbarwerden eines entsprechenden Verdachts erhebliche wirtschaftliche und soziale Nachteile für den betroffenen Mediziner mit sich bringen kann,<sup>28</sup> so geraten organisatorische Maßnahmen der Risikoversorge in den Fokus, deren Implementierung nicht nur zu einer effektiveren Gefährdungsabwehr beitragen könnte, sondern für den Fall, dass es dennoch zu einem schädigenden Ereignis kommt, auch der Annahme eines strafrechtlichen Anfangsverdachts gemäß § 152 Abs. 2 StPO entgegenstehen könnte. Während die Relevanz eines umsichtig konzipierten und im Praxisalltag „gelebten“<sup>29</sup> Compliance-Systems für die Feststellung eines Sorgfaltspflichtverstoßes i.S.d. §§ 222, 229 StGB gleichsam auf der Hand liegt, bedarf ihre Berücksichtigung im Rahmen der – für die Entscheidung HRRS 2011 Nr. 978 zentralen – Feststellungen zum subjektiven Tatbestand des Vorsatzdelikts eingehenderer Erörterung.

Schon lange wird in der Praxis nicht mehr um den „richtigen“ Vorsatzbegriff gerungen. Stattdessen dominiert in den Revisionsentscheidungen – kaum dass die bekannte Formel vom „billigenden Inkaufnehmen“ verklungen ist – eine Auseinandersetzung mit den erstinstanzlichen Feststellungen, welche die Annahme einer vorsätzlichen Tatbestandsverwirklichung tragen.<sup>30</sup> Entsprechend weist der *Senat* auch im Fall HRRS 2011 Nr. 978 darauf hin, dass der Vorsatz des Täters im Wege einer Gesamtschau aller objektiven und subjektiven Tatumstände zu beurteilen ist.<sup>31</sup> Mit dieser Prämisse ist eine Suche nach Indizien angesprochen, die auch Bemühungen des Täters um eine Abwendung des tatbestandlichen Erfolges einzubeziehen hat;<sup>32</sup> schließlich obliegt es dem Richter, die den Vorsatz

Fehlverhaltens hinzutreten, durchaus einen „beherzteren“ strafrechtlichen Zugriff für denkbar erachtet.

<sup>22</sup> Vgl. zum Vorstehenden BGH HRRS 2011 Nr. 978 Rn. 22 ff.  
<sup>23</sup> Vgl. BGH HRRS 2011 Nr. 978 Rn. 32 ff. Zur Relevanz von Indizien im Hinblick auf das Merkmal der Verdeckungsabsicht vgl. BGH NJW 2011, 2223 m. Anm. Brand NStZ 2011, 698 ff.; Theile ZJS 2011, 405, 407, der nachgängigen Indizien ein höheres Gewicht in Bezug auf die Verdeckungsabsicht einräumt.  
<sup>24</sup> Vgl. dazu Kudlich NJW 2011, 2856, 2857; Lindemann, in: Arbeitsgemeinschaft Medizinrecht im DAV/Institut für Rechtsfragen der Medizin Düsseldorf (Hrsg.), Brennpunkte des Arztstrafrechts (2012), im Erscheinen.  
<sup>25</sup> Gemeinhin wird hier argumentiert, allein das Hinzutreten der Verdeckungsabsicht als eines weiteren Tötungsmotivs mache die zuvor begangenen Einzelakte nicht zu einer anderen Tat; vgl. BGH NStZ 2002, 253, 254; 2003, 259, 260; BGH, Urteil vom 14.12.2006 – 4 StR 419/06 –, Juris Rn. 11, insoweit in NStZ-RR 2007, 111 = HRRS 2007 Nr. 89 nicht abgedruckt.  
<sup>26</sup> Vgl. BGH HRRS 2011 Nr. 978 Rn. 37 unter Hinweis auf Fischer, StGB, 58. Auflage (2011), § 211 Rn. 72 f., welcher der in Rede stehenden Rechtsprechungslinie allerdings selbst kritisch gegenübersteht. Siehe zum Vorstehenden erneut Lindemann (o. Fn. 24).  
<sup>27</sup> Krit. Kudlich NJW 2011, 2856, 2858, der in Situationen, in denen – wie hier – zur Untätigkeit des Arztes in gefahrgeheuerter Situation Handlungen zur Vertuschung eigenen

<sup>28</sup> Dazu etwa Bergmann, in: FS Krämer (2009), S. 107, 113; Lilie/Orben ZRP 2002, 154, 156 ff.; Peters MedR 2003, 219, 221; zu aktuellen Fällen mit besonderem Augenmerk auf ärztlichen Berufsausübungsgemeinschaften H. Wostry, in: Lindemann/Ratzel (Hrsg.), Brennpunkte des Wirtschaftsstrafrechts im Gesundheitswesen (2010), S. 55 ff.  
<sup>29</sup> Dass eine Compliance-Struktur nicht nur auf dem Papier bestehen darf, sondern auch „gelebt“ werden muss, um einen haftungsvermeidenden Effekt zu entfalten, wird etwa auch von Spindler, in: BeckOK-BGB (Stand: 01.03.2011), § 823 Rn. 710 hervorgehoben.  
<sup>30</sup> Vgl. Hassemer, in: GS Armin Kaufmann (1989), S. 289, 306; siehe auch Frisch, in: GS Karlheinz Meyer (1990), S. 533, 550, der für die Wissenschaft den entgegengesetzten Befund konstatiert; vgl. auch Vest ZStW 103 (1991), 584 ff., der die Rückwirkung von Beweisschwierigkeiten auf das materielle Recht untersucht. Krit. zu einer „Theorie der Vorsatzindikatoren“ ohne konkrete Erläuterung des materiellen Vorsatzbegriffs aber Puppe, GA 2006, 65, 75, und insb. 78 f.  
<sup>31</sup> BGH HRRS 2011 Nr. 978 Rn. 23. Zu dem zugrunde liegenden Verfahren der vorsatzbegleitenden Hypothesenbildung durch Ausschluss gegenläufiger Alternativhypothesen vgl. Schneider, in: MünchKomm-StGB, 1. Aufl. (2003), § 212 Rn. 46; Heinke NStZ 2010, 119, 123 f.; ferner Frisch, in: GS Karlheinz Meyer (1990), S. 533, 555 Fn. 98.  
<sup>32</sup> Vgl. auch Vogel, in: LK-StGB, 12. Aufl. (2007), § 15 Rn. 65, der „Gefahrvermeidbemühungen“ anspricht, sich freilich auf die konkrete Tatsituation bezieht. Ausgeklammert bleibt damit die hier erörterte Frage, ob vorgefasste Organisationsstrukturen in die Tatsituation vorsatzrelevant hineinwirken.

als naheliegend kennzeichnenden Anhaltspunkte in gleichem Maße zu berücksichtigen, wie jene Umstände, die den Vorsatz in Frage stellen können.<sup>33</sup> Soweit dem Angeklagten im Fall HRRS 2011 Nr. 978 Charakterzüge der „Eigenüberschätzung und Verbohrtheit“ zugeschrieben werden, dürfte es sich allerdings – so ist jedenfalls zu hoffen – um eine Sonderkonstellation handeln, so dass entsprechende Überlegungen kaum als allgemeine Arbeitsgrundlage für die Beurteilung arztstrafrechtlich relevanter Sachverhalte dienen können.<sup>34</sup> Und obwohl durchaus einiges dafür spricht, bei der Beurteilung schädigender Behandlungsverläufe zunächst zu unterstellen, das ärztliche Handeln sei grundsätzlich von einer am Patientenwohl orientierten Willenslage getragen gewesen,<sup>35</sup> findet diese Ausgangshypothese jedenfalls keine ausdrückliche Erwähnung in den Gründen der Entscheidung des 5. Strafsenats.<sup>36</sup>

Berücksichtigt man, dass regelmäßig auch die objektive Gefährlichkeit einer Handlung für die Vorsatzbetrachtung herangezogen wird,<sup>37</sup> so liegt es nahe, gerade in der – im Fall HRRS 2011 Nr. 978 freilich nicht im Ansatz erkennbaren – Etablierung der Schadensvermeidung dienender organisatorischer Strukturen eine Gegenanzeige für die billigende Inkaufnahme von Rechtsgutsverletzungen zu sehen. Auch vor dem Hintergrund der Tatsache, dass die herrschende Auffassung für den Vorsatz im Bereich der Tötungsdelikte die Überschreitung einer „Hemmschwelle“ voraussetzt,<sup>38</sup> dürfte in einem die organisatorischen Vorgaben zur effektiven Abschirmung medizinischer Risiken konkretisierenden Verhalten des Arztes ein gewichtiges Indiz gegen den Tätervorsatz zu sehen sein.<sup>39</sup>

<sup>33</sup> BGH NStZ 2001, 475, 476.

<sup>34</sup> So auch *Kudlich* NJW 2011, 2856, 2858. Vgl. aber auch den Fall VG Gelsenkirchen, Beschluss v. 16.01.2012 – 7 L 11/12 –, Juris: Erfolgreicher Antrag einer wegen Totschlags angeklagten Ärztin auf Gewährung einstweiligen Rechtsschutzes gegen die Anordnung des Ruhens der Approbation. Das Gericht sah zwar gewisse Anhaltspunkte dafür, dass die Antragstellerin ihr Können im Hinblick auf Risikogeburten überschätze; dies begründe jedoch nicht ohne Weiteres die Unzuverlässigkeit für den Arztberuf.

<sup>35</sup> Dazu *Kraatz* NStZ-RR 2012, 1, 3; *Kudlich* NJW 2011, 2856, 2857; BSG MedR 2011, 456, 460 zu § 1 OEG; in der Tendenz ebenso BGH NStZ 2004, 35, 36: „Allerdings wird die Annahme, dass die Art und Weise der Behandlung eines Patienten durch einen Arzt nicht am Wohl des Patienten orientiert war, auch bei medizinisch grob fehlerhaftem Verhalten des Arztes häufig fernliegen, so dass die ausdrückliche Erörterung der Frage, ob der Arzt den Patienten vorsätzlich an Leben oder Gesundheit geschädigt hat, nur unter besonderen Umständen geboten ist“.

<sup>36</sup> BGH HRRS 2011 Nr. 978 Rn. 22 ff. Ebenso wohl (mit zw. Verweis auf BGH NStZ 2004, 35) OLG Bamberg NJOZ 2010, 2385, 2386, wenn dort davon abgesehen wird, „...zu Gunsten des Angekl. von Annahmen auszugehen, für deren Vorliegen das Beweisergebnis keine konkreten tatsächlichen Anhaltspunkte erbracht hat“.

<sup>37</sup> Vgl. BGH NStZ 2009, 629, 630 = HRRS 2009 Nr. 724; NStZ-RR 2012, 77 ff.; *Steinberg* JZ 2010, 712 ff., insb. 715 ff. mwN.

<sup>38</sup> Vgl. BGH NStZ 1983, 407; StV 1984, 187 f.; BGHSt 36, 1, 15 sowie *Frister*, Strafrecht AT, 5. Aufl. (2011), Rn. 11/29 mwN.; krit. *Verral* NStZ 2004, 309 ff. mit dem Vorschlag, fallgruppenspezifisch zu argumentieren.

<sup>39</sup> Vgl. in ähnlicher Stoßrichtung auch *Ragués* GA 2004, 257, 268 f. mit dem Hinweis auf die Unterscheidung zwischen „spezifisch geeigneten Verhaltensweisen, um bestimmte Er-

Dabei ist ferner zu berücksichtigen, dass für eine Verurteilung des Angeklagten ein nach der Lebenserfahrung ausreichendes Maß an Sicherheit verlangt wird, das „vernünftige und nicht bloß auf denktheoretischen Möglichkeiten gegründete Zweifel nicht aufkommen lässt“.<sup>40</sup> Vernünftige Zweifel werden sich jedoch gerade dann einstellen, wenn die Organisationsstrukturen, aus denen heraus behandelt wird, die aus der haftungsrechtlichen Rechtsprechung destillierten Sorgfaltsanforderungen abbilden und der Nachweis erbracht wird, dass sie in der täglichen Praxis „gelebt werden“.<sup>41</sup>

Mit Blick auf die Bedeutung organisatorischer Maßnahmen der Risikoversorge für die Vorsatzfeststellung im Arztstrafrecht ist nach alldem festzuhalten: Legt eine medizinische Einrichtung in Handlungsanweisungen Sorgfaltsstandards medizinisch-organisatorischer Art nieder, so darf unterstellt werden, dass dieses Vorgehen gerade auf die Vermeidung straf- und haftungsrechtlich relevanter Erfolge ausgerichtet ist.<sup>42</sup> Ist sodann auch das Verhalten des behandelnden Arztes erkennbar von dem Bemühen geleitet, den abstrakt festgelegten Handlungsanweisungen zu entsprechen, so offenbart sich hierin wiederum der Wille, einen schädigenden Erfolg nach Möglichkeit zu vermeiden. In der Terminologie des Strafrechts: Der Handelnde vertraut fest darauf, dass sein Verhalten nicht zum tatbestandlichen Erfolg führen werde. Indes kann es damit nicht sein Bewenden haben, ist doch für die Kontraindikation des Vorsatzes zudem erforderlich, dass der Täter *berechtigt* auf das Ausbleiben des Erfolges vertraut hat; die Annahme des festen Vertrauens muss eine Plausibilitätsprobe bestehen.<sup>43</sup> Die besondere Bedeutung von Compliance-Richtlinien liegt darin, dass sie – sofern das in ihnen festgeschriebene Verhalten dem anerkannten Sorgfaltsstandard entspricht – zugleich eine sachlich fundierte Grundlage dafür bieten, dem Vertrauen auf den ausbleibenden Erfolg die Berechtigung zuzusprechen, selbst wenn durch die ärztli-

folge zu erzielen“ und solchen, die „in der gesellschaftlichen Wertung nicht unbedingt mit dem Eintreten [des Erfolges, die Verf.] verbunden sind“ (aaO. S. 269).

<sup>40</sup> BGH NStZ 2010, 102, 103 = HRRS 2009 Nr. 948; so auch BGH, Urteil vom 4.12.2008 – 4 StR 371/08 –, Juris Rn. 9 = HRRS 2009 Nr. 206. Vgl. ferner *Stuckenberg*, in: KMR, (19. April 1999), § 261 Rn. 23 ff.; siehe ebenfalls BGH NStZ 2004, 35, 36.

<sup>41</sup> Vgl. auch den Vorschlag von *Kleb-Braun* JA 1986, 310, 318, die „Risikoverantwortlichkeit des Täters [...] durch eine spezifisch strafrechtliche Ausprägung der *diligentia quam in suis* bei unbedingtem Erfolgsvermeidungswunsch systemgerecht zu erfassen“. Diese Initiative weist in die Richtung, das Täterverhalten auf seine Plausibilität hinsichtlich des „Erfolgsvermeidungswunsches“ zu untersuchen. Siehe ferner das Resümee bei *Köhler* JZ 1981, 35, 36, wonach es für den Beweis des *dolus eventualis* darauf ankomme, dass „alle Erfahrungsregeln für den Eintritt der tatbestandlichen Verletzung sprechen“. Dass gerade sozialtypisches Handeln den fehlenden Vorsatz untermauern könne, klingt auch bei *Philipps* ZStW 85 (1973), 27, 34 an; vgl. auch *Prittowitz* JA 1988, 486, 488 ff. zu weiteren Ansätzen im Umfeld von „Vorsatz und Risiko“.

<sup>42</sup> Vgl. etwa *Hauschka*, in: ders. (Hrsg.), Corporate Compliance, 2. Aufl. (2010), § 1 Rn. 24: „Anders formuliert heißt das Ziel Einhaltung des allgemein geltenden Rechts, vor allem des Strafrechts“.

<sup>43</sup> Vgl. die Nachweise in Fn. 40.

che Behandlung im konkreten Fall ein rechtlich missbilligtes Risiko für das Patientenwohl geschaffen wurde.

Das hier vorgestellte Modell wird nicht durch die Überlegung infrage gestellt, dass bei sorgfaltsgemäßigem Verhalten schon kein rechtlich missbilligtes Risiko geschaffen wird und sich somit die Frage nach dem Tatbestandsvorsatz gar nicht erst stellt. Denn es sind durchaus Fälle denkbar, in denen der behandelnde Arzt zwar medizinisch sorgfaltswidrig aber gleichwohl in dem Bemühen handelt, organisatorischen Vorkehrungen der Risikovermeidung zu genügen; dies ist gerade der Standardfall eines „klassischen“ Behandlungsfehlers.<sup>44</sup> Ebenso ist die umgekehrte Konstellation vorstellbar.<sup>45</sup>

## IV. Der Beitrag der verschiedenen Elemente einer Compliance-Struktur zur Risikovorsorge

Während der Begriff „Compliance“ im Ausgangspunkt nichts anderes als die Beachtung des geltenden Rechts bedeutet,<sup>46</sup> geht der heutzutage maßgebliche Terminus weit über diesen Ausgangspunkt hinaus.<sup>47</sup> Im Wesentlichen werden vier relevante Kompetenzbereiche unterschieden, die eine Compliance-Struktur ausfüllen: Informationsmanagement, Risikohandhabung, Unternehmens- und Verantwortungsorganisation.<sup>48</sup> Im Folgenden sollen daher diese Bereiche näher auf den in ihnen angelegten – und nach den vorstehenden Ausführungen auch für die strafrechtliche Bewertung relevanten – Beitrag zur Risikovorsorge hin untersucht werden.

### 1. Informationsmanagement

Weil das Informationsmanagement primär präventive Maßnahmen zur Vermeidung von informationsbezogenen Haftungsrisiken umfasst, die sich vor allem aus einer asymmetrischen Allokation von Wissen innerhalb der Organisation ergeben,<sup>49</sup> kann es für die Feststellung des

Vorsatzes auf den ersten Blick keinen Beitrag leisten. Zwar können Grundsätze der Wissenszurechnung Auskunft darüber geben, ob ein von der Kognition abhängiges Merkmal des objektiven Tatbestandes erfüllt ist (so etwa das Merkmal „Irrtum“ im Rahmen des § 263 StGB)<sup>50</sup>, nicht jedoch die Vorsatzfrage *a limine* entscheiden; denn der Vorsatz wird nicht interpersonal zugerechnet.<sup>51</sup> Der Einwand, dass mit einer gut organisierten Wissensverteilung jedenfalls ein Indiz dafür geschaffen werde, dass der Täter den Erfolgseintritt aufgrund seines organisatorisch aufbereiteten Kenntnisstandes für möglich gehalten hat, kann dadurch entkräftet werden, dass dieser Umstand nach ständiger Rechtsprechung gerade nicht für den Vorsatz ausreicht; neben ein „für möglich Halten“ tritt stets das voluntative Element des „billigenden Inkaufnehmens“, das anderweitig begründet werden muss. Dennoch ist nicht zu verkennen, dass Wissenszurechnung auch auf dem Gedanken des Verkehrsschutzes fußt.<sup>52</sup> So kann organisatorischen Standards zur Gewährleistung der Verfügbarkeit und Aktualität von Patientinformationen auch eine „drittschützende Komponente“ dergestalt beigemessen werden, dass deren Einhaltung dazu beiträgt, Gesundheitsrisiken für den Patienten besonders in arbeitsteiligem Behandlungsumfeld zu vermeiden.<sup>53</sup> Ein funktionierendes Informationsmanagement in der operativen Nachsorge wäre daher gerade im Fall HRRS 2011 Nr. 978 besonders wichtig gewesen, in dem der Angeklagte erst mit erheblicher Verspätung und unter Androhung der Herbeiziehung der Polizei die zur Notfallbehandlung erforderlichen Patientenunterlagen übermittelte.<sup>54</sup> Allerdings darf nicht unberücksichtigt bleiben, dass sich der betroffene Arzt unter Umständen in einem „Spannungsverhältnis zwischen Selbstbelastungsfreiheit und ärztlicher Kooperationspflicht mit dem Notarzt“<sup>55</sup> befindet; das Interesse an einer effektiven Compliance-Struktur darf vor diesem Hintergrund nicht dazu führen, dass der behandelnde Arzt ein regelrechtes Fehleranerkenntnis leisten müsste.<sup>56</sup> Das Informationsmanagement muss folglich dem Grundsatz der Selbstbe-

dem Umstand, dass die Informationspflichtverletzung ursprünglich aus der Perspektive des § 243 Abs. 1, Abs. 4 AktG behandelt wurde vgl. *Paefgen*, Unternehmerische Entscheidungen und Rechtsbindung der Organe in der AG (2002), S. 237 ff.

<sup>50</sup> Siehe dazu *Brand/Vogt wistra* 2007, 408 ff.; *Eisele ZStW* 116 (2004), 15 ff.; *ders. JZ* 2008, 524 ff.; *Kindhäuser ZStW* 103 (1991), 398, 420 ff.; *Krüger wistra* 2003, 297, 298; *Krack JR* 2003, 384 ff.; *Rengier*, in: FS Roxin (2011), S. 811, 823 ff.; *Tiedemann*, in: FS Klug, Band II (1983), S. 405, 413 ff.

<sup>51</sup> BGH, NStZ 2005, 261 f. = HRRS 2005 Nr. 9; 2002, 597, 598; BGHSt 36, 231, 234 f.; *Frister* (o. Fn. 38), Rn. 25/21.

<sup>52</sup> BGHZ 132, 30, 35; 109, 327, 332; *Spindler*, Unternehmensorganisationspflichten (2001), S. 609 ff.

<sup>53</sup> *Hart MedR* 2007, 383, 386 ff. Dies ist insbesondere bei fachübergreifender Kooperation der Fall, vgl. etwa BGH, NJW 1984, 140 ff.

<sup>54</sup> Vgl. BGH HRRS 2011 Nr. 978 Rn. 8.

<sup>55</sup> *Kudlich NJW* 2011, 2856, 2958.

<sup>56</sup> Vgl. *Dann MedR* 2007, 638, 639; *Prütting*, in: FS Laufs (2006), S. 1009, 1022; *Spindler*, in: BeckOK-BGB (Stand: 01.03.2011), § 823 Rn. 633; *Taupitz NJW* 1992, 713 ff.; siehe auch BGH, NJW 1984, 661, 662 m. Anm. *Taupitz NJW* 1984, 662 f.; krit. aber *Terbille/Schmitz-Herscheidt NJW* 2000, 1749 ff., die den Hinweis auf eigenes Fehlverhalten als Bestandteil der wirtschaftlichen Aufklärungspflicht ansehen, ebenso *Terbille*, in: *ders. (Hrsg.)*, Münchener Anwaltshandbuch Medizinrecht, 1. Aufl. (2009), § 1 Rn. 667.

<sup>44</sup> Da die zahlreichen Fälle hier naturgemäß nicht skizziert werden können vgl. die Übersicht bei *Geiß/Greiner*, Arzthaftpflichtrecht, 6. Aufl. (2009), Kapitel B Rn. 34.

<sup>45</sup> Übersicht wiederum bei *Geiß/Greiner* (o. Fn. 44), Kapitel B Rn. 18 ff.

<sup>46</sup> Vgl. *Hauschka* (o. Fn. 42), § 1 Rn. 21.

<sup>47</sup> *Eisele/Faust*, in: *Schimansky/Bunte/Lwowski*, Bankrechts-Handbuch, 4. Aufl. (2011), § 109 Rn. 1; *Gebauer/Kleinert*, in: *Krieger/Schneider* (Hrsg.), Handbuch Managerhaftung, § 20 Rn. 1; *Rau*, Compliance und Unternehmensverantwortlichkeit, Diss. iur. (2009), S. 21 f.; *Rotsch*, in: *Achenbach/Ransiek* (Hrsg.), Hdb. Wirtschaftsstrafrecht, 3. Aufl. (2012), 1. Teil 4. Kapitel Rn. 2 ff.; *Schneider ZIP* 2003, 645, 646; zu den Funktionen der Compliance vgl. auch *Lösler NZG* 2005, 104 ff.; *Kort NZG* 2008, 8.

<sup>48</sup> Übersicht bei *Hauschka*, (o. Fn. 42), § 1 Rn. 24 ff.; vgl. darüber hinaus für Unternehmen des Gesundheitssektors *Diener/Lembeck*, in: *Diener* (Hrsg.), Handbuch Compliance im Gesundheitswesen, 3. Aufl. (2010), Kapitel 7 Rn. 45 ff.

<sup>49</sup> Vgl. *Buck-Heeb*, in: *Hauschka* (o. Fn. 42), § 2 Rn. 1; s. zu einschlägigen Fällen im Strafrecht *Eisele ZStW* 116 (2004), 15, 16 ff.; *Brand/Vogt wistra* 2007, 408 ff.; zur Zurechnung innerhalb der Kassenärztlichen Vereinigungen vgl. *Freitag*, Ärztlicher und zahnärztlicher Abrechnungsbetrug im deutschen Gesundheitswesen, Diss. iur. (2008), S. 104 ff. Zu

lastungsfreiheit Rechnung tragen und kann lediglich die Verfügbarkeit der Patientendokumentation für beteiligte Angehörige anderer Fachrichtungen oder nachfolgende Behandler gewährleisten.<sup>57</sup>

## 2. Risikohandhabung

Als aussichtsreiche Kandidaten für die Widerlegung des Vorwurfs eines (vorsätzlichen oder fahrlässigen) Behandlungsfehlers erscheinen naturgemäß jene Regelungen, die der Risikohandhabung dienen. Geht man allerdings von dem klassischen Verständnis des Risikomanagements aus, so liegt dessen Bedeutung darin, zur Wertsteigerung des Unternehmens „strategische und operative Chancen und Risiken“ früh zu erkennen.<sup>58</sup> Insbesondere im Recht der Aktiengesellschaften hat der Gesetzgeber diesbezügliche Vorgaben geschaffen. So gibt das Aktiengesetz in § 91 Abs. 2 dem Vorstand einer AG die Implementierung eines Überwachungssystems zur Erkennung der den Bestand der Gesellschaft gefährdenden Risiken auf,<sup>59</sup> belässt dem Vorstand im Übrigen jedoch vermittels § 93 Abs. 1 Satz 2 AktG einen Ermessensspielraum zur Unternehmensleitung.<sup>60</sup> Zwar kann im Bereich des Gesundheitswesens auf keine derart spezifische gesetzgeberische Vorgabe zurückgegriffen werden,<sup>61</sup> doch sind die Leistungserbringer nach § 135a Abs. 1 S. 1 SGB V zur Sicherung und Weiterentwicklung der Qualität der von ihnen erbrachten Leistungen verpflichtet. Die Verpflichtung zur Etablierung des Qualitätsmanagementsystems folgt aus § 135a Abs. 2 SGB V.<sup>62</sup> Die dafür maßgebliche Richtlinie (QM-RL) stellt gemäß § 137 Abs. 1 i.V.m. § 92 Abs. 1 S. 2 Nr. 13 SGB V der Gemeinsame Bundesausschuss auf.<sup>63</sup> In der QM-RL sind neben den Vorgaben zur

Qualitätssicherung (§§ 4 ff. QM-RL) auch Vorschriften enthalten, die das Praxismanagement und die Einhaltung des fachlichen Standards (§ 3 QM-RL) als Bestandteile eines einrichtungsinternen Qualitätsmanagements identifizieren.<sup>64</sup> Indes dient das in § 135a SGB V vorgesehene Qualitätsmanagement vornehmlich einer durch Evaluation und Gestaltung bewirkten Steigerung der allgemeinen medizinischen Versorgungsqualität;<sup>65</sup> konkrete organisatorische Vorgaben zur Risikovermeidung macht die QM-RL nicht. Compliance im Gesundheitswesen beruht daher nach wie vor maßgeblich auf dem Bestreben, Haftungsrisiken und strafrechtliche Sanktionen zu vermeiden.<sup>66</sup> Folglich wirken die Tatbestände des Straf- und Haftungsrechts als treibende Kräfte hinter den Compliance-Strukturen, so dass die Etablierung eines Risikomanagements direkt auf die Verhinderung straf- und haftungsrechtlich relevanter Erfolge ausgerichtet ist.<sup>67</sup> Aus der Perspektive der Vorsatzfeststellung betrachtet, kann risikobezogenen Compliance-Regeln mithin durchaus eine gewisse Bedeutung zukommen, wenn und soweit der Beweggrund für die in ihnen festgelegten Regeln gerade der Wille zur Vermeidung straf- und haftungsrechtlich relevanter Erfolge war.

Qualitätsmanagement für die an der vertragsärztlichen Versorgung teilnehmenden Ärzte, Psychotherapeuten und medizinischen Versorgungszentren v. 18.10.2005, BAnz. Nr. 248, S. 17 329 v. 31.12.2005 abzurufen unter <http://www.g-ba.de/informationen/richtlinien/18>.

<sup>64</sup> Exemplarisch für den Versuch, die Vorgaben der QM-RL des Gemeinsamen Bundesausschusses umzusetzen, ist etwa der sog. PDCA-Zyklus der KV Nordrhein, der in Arztpraxen zum Einsatz kommt (PDCA = „Plan, Do, Check, Act“), vgl. <http://www.kvno.de/10praxis/50qualitaet/40qualmanage/index.html> (zuletzt abgerufen am 29.02.2012). Zu diesem und weiteren Modellen vgl. etwa *Ibel/Knon*, Qualitätsmanagement in der Arztpraxis (2005), S. 13 ff., 21 ff.; ausführliche Darlegung des Qualitätsmanagements in der ambulanten Praxis bei *Nüllen/Noppeney*, Lehrbuch Qualitätsmanagement in der Arztpraxis, 3. Aufl. (2007), S. 32 ff.; speziell zu den Anforderungen in der HNO-Praxis s. *Beimert HNO* 54 (2006), 347 ff.

<sup>65</sup> Vgl. *Becker*, in: ders./Kingreen, SGB V, 2. Aufl. (2010), § 135a Rn. 8 ff.; *Vießmann*, in: Spickhoff (o. Fn. 3), § 135a SGB V Rn. 2 ff., insb. Rn. 11; zum Qualitätsbegriff s. *Roters*, in: Kasseler Kommentar Sozialversicherungsrecht, 71. EL 2011 (Stand: Juli 2010), Vor §§ 135 – 139 SGB V Rn. 3; vgl. auch *ders.*, aaO. Rn. 10: neben Prozess- und Ergebnisqualität ist auch die (sachlich-personelle) Strukturqualität erfasst; so auch *Schneider NZS* 1997, 267. Offenbar gehen auch der Patientenbeauftragte der Bundesregierung (vgl. *Zöller MedR* 2011, 236, 239) und der Referentenentwurf zum Patientenrechtegesetz (abrufbar auf den Seiten des BMJ, <http://www.bmj.de>, dortige S. 17) von diesem Verständnis aus.

<sup>66</sup> Vgl. *Dieners/Lembeck*, in: Dieners (o. Fn. 48), Kapitel 7 Rn. 3 ff.; *Hart MedR* 2007, 383 ff. zur Patientensicherheit als „Funktion der Qualität von medizinischen Behandlungen“ und *ders.*, aaO. S. 390 zum „Haftungsrecht als Vorgabe des Risikomanagements“; *ders. MedR* 2012, 1, 4. Zur Maßgeblichkeit des „(Miss-)Erfolgs“ für die Korruptionsprävention vgl. *Hauschka/Greeve BB* 2007, 165, 166.

<sup>67</sup> Vgl. dazu aus der Perspektive des Haftungsrechts *Bergmann/Müller MedR* 2005, 650 ff.; zu Risk-Management im Rahmen der Patientenaufklärung s. *Weidinger MedR* 2006, 571, 579.

<sup>57</sup> Der am 16. Januar 2012 vorgestellte Referentenentwurf eines Patientenrechtegesetzes (abrufbar auf den Internetseiten des BMJ, <http://www.bmj.de>) sieht nunmehr in § 630c Abs. 2 Satz 2 und 3 BGB n.F. eine Pflicht des behandelnden Arztes vor, auf Nachfrage des Patienten sowie bei Gefahr für dessen Gesundheit über erkennbare Behandlungsfehler zu informieren. Damit würde eine Pflicht zur Offenbarung eigenen (erkennbaren) Fehlverhaltens konstituiert, die ebenfalls im Rahmen eines risikozentrierten Compliance-Regelwerkes zu berücksichtigen wäre. Um der Selbstbelastungsfreiheit im Strafverfahren Rechnung zu tragen, sieht der Entwurf in § 630c Abs. 2 Satz 4 BGB n.F. ein Beweisverwendungsverbot vor, das bei Zustimmung des Arztes allerdings überwunden werden kann. Folglich regelt § 630c Abs. 2 BGB n.F. allein den Informationsaustausch zwischen Patient und Arzt; nicht erfasst ist hingegen der hier interessierende Aspekt eines Austausches unter den Angehörigen des medizinischen Personals.

<sup>58</sup> *Pampel/Glage*, in: Hauschka (o. Fn. 42), § 5 Rn. 9; *Pauthner-Seidel/Stephan*, ebd., § 27 Rn. 32.

<sup>59</sup> Siehe dazu *Krieger*, in: ders./Schneider (o. Fn. 47), § 3 Rn. 9 ff.; *Weber-Rey AG* 2008, 345. Die in Bezug genommenen Risiken sind freilich betrieblicher Natur, vgl. *Müller-Michaels*, in: Hölters (Hrsg.), AktG, 1. Aufl. (2011) § 91 Rn. 6.

<sup>60</sup> Vgl. *Sieg/Zeidler*, in: Hauschka (o. Fn. 42), § 3 Rn. 4 ff.; *Krieger*, in: ders./Schneider (o. Fn. 47) § 3 Rn. 13 ff.

<sup>61</sup> Auch die §§ 130, 30 OWiG als Anlassgründe für die Compliance-Organisation (dazu *Pelz*, in: Hauschka [o. Fn. 42], § 6 Rn. 1 ff.; *Bock ZIS* 2009, 69, 70 ff.) sind nicht auf das Gesundheitswesen zugeschnitten.

<sup>62</sup> Vgl. BT-Drs. 14/1245, S. 86 zu § 136 Abs. 2 SGB V a.F.; *Joussen*, in: BeckOK-SGB V (Stand: 01.12.2011), § 135a.

<sup>63</sup> Vgl. Richtlinie des Gemeinsamen Bundesausschusses über grundsätzliche Anforderungen an ein einrichtungsinternes

### 3. Unternehmens- und Verantwortungsorganisation

Wird eine Compliance-Struktur auch auf den Bereich der Unternehmensorganisation erstreckt, so geschieht dies zuvörderst um der unternehmerischen Effizienz willen, etwa indem Verhaltensstandards zur Optimierung von Prozessabläufen aufgestellt werden.<sup>68</sup> Dennoch ist zu konstatieren, dass die Organisation des eigenen betrieblichen Umfelds auch bei der Beurteilung strafrechtlicher Verantwortlichkeit einen bedeutsamen Stellenwert erlangt. So haftet etwa der Geschäftsherr<sup>69</sup> bzw. der Compliance Officer<sup>70</sup> als Garant für betriebsbezogene Delikte und gewinnt bereits daraus die Motivation, organisatorische Vorkehrungen zur Erfolgsvermeidung zu treffen. Zu beachten ist allerdings, dass der organisationsbezogene Compliance-Begriff im Bereich der medizinischen Versorgung primär eine organisierte Verteilung von Zuständigkeiten und Verantwortung umfasst, die weniger Verhaltensvorgaben für die konkrete Behandlungssituation vorsieht, sondern vielmehr auf eine zur Fehlervermeidung geeignete Koordination klinischer Abläufe ausgerichtet ist.<sup>71</sup> Dieser Aspekt kann für die Haftung der sog. „patientenfernen Entscheider“<sup>72</sup> aus den Reihen der Leitungsebene des jeweiligen Unternehmens als auch der Ärzteschaft Relevanz entfalten;<sup>73</sup> für die Feststellung des Vorsatzes zum Zeitpunkt der konkreten Handlung (§ 8 Satz 1 StGB) ergeben sich hier regelmäßig keine Anknüpfungspunkte. Anders wird dies nur dann zu beurteilen sein, wenn organisatorische Vorgaben zum Zwecke der Risikovermeidung in Gestalt von Handlungsabläufen aufgestellt werden.<sup>74</sup> Diese Abweichung gegenüber der sog. „Corporate Compliance“ ergibt sich daraus, dass der ärztlichen Tätigkeit stets ein gewisses Risiko für den Patienten innewohnt,<sup>75</sup> das durch Organisation vermindert und abgewendet werden kann.

### 4. Zwischenfazit

Nach alledem ist zu konstatieren, dass mittlerweile differenzierte gesetzliche Vorgaben zur Einführung eines medizinischen Qualitätsmanagements existieren. Dieses ist jedoch nicht ausschließlich auf die Haftungsvermeidung (und damit implizit auch auf die Erfolgsvermeidung)

<sup>68</sup> Vgl. zum Effizienzgedanken *Krieger*, in: ders./Schneider (o. Fn. 47), § 3 Rn. 13 ff.; siehe auch *Rotsch*, (o. Fn. 47), 1. Teil 4. Kapitel Rn. 45.

<sup>69</sup> BGH, Urteil vom 20.10.2011 – 4 StR 71/11 –, Juris Rn. 13 ff. = HRRS 2012 Nr. 74; ausführlich zur Garantenstellung des Betriebsinhabers *Dannecker/Dannecker* JZ 2010, 981, 982 ff.

<sup>70</sup> BGHSt 54, 44, 50 f. = HRRS 2009 Nr. 718.

<sup>71</sup> Vgl. etwa die *Einbecker-Empfehlungen der Deutschen Gesellschaft für Medizinrecht (DGMR) e.V.*, MedR 2006, 127 ff.; *Hart MedR* 2007, 383, 385 ff., insb. 387 mit Hinweis auf die Bedeutung systemischer Fehler in der Behandlungsorganisation.

<sup>72</sup> Vgl. *Kudlich/Schulte-Sasse* NStZ 2011, 241 ff.

<sup>73</sup> Zur Aufgabenverteilung in der postoperativen Phase vgl. etwa BGH NJW 1980, 650 f.; NJW 1984, 1400 ff.; OLG Düsseldorf NJOZ 2001, 963, 966; ferner *Rieger* DMW 1980, 850 ff.; *Weißauer* MedR 1983, 92 ff.

<sup>74</sup> Vgl. dazu *Hart MedR* 2012, 1, 4 f.

<sup>75</sup> Zur Risikoträchtigkeit der ärztlichen Tätigkeit vgl. etwa BGH NJW 1973, 556, 557; NJW 1994, 3008, 3010; NStZ 1996, 34 f.; NStZ-RR 2007, 340 f. = HRRS 2007 Nr. 727.

zung) zugeschnitten. Die Betrachtung der einzelnen Elemente einer herkömmlichen Compliance-Struktur hat ferner deutlich werden lassen, dass insbesondere die Übergänge zwischen Risikohandhabung und betrieblicher Organisation fließend sind.<sup>76</sup> Umso wichtiger erscheint es daher, nach der Ratio der jeweiligen Compliance-Maßnahme<sup>77</sup> zu urteilen: dient sie der Handlungsleitung in der konkreten Behandlungssituation, so kann sie für die Beurteilung eines Behandlungsfehlervorwurfs eine Rolle spielen – werden hingegen rein prozessoptimierende Vorgaben getroffen, so muss das entsprechende Segment als Anknüpfungspunkt für die strafrechtliche Bewertung ausscheiden. Für das Verhältnis von Compliance-Vorschriften und Vorsatzfeststellung ist festzuhalten, dass dem billigenden Inkaufnehmen des (Körperverletzungs- oder Todes-)Erfolges dann eine vorsatzausschließende Alternativhypothese entgegensteht, wenn das Verhalten des Arztes Ausdruck eines auf aktuellen Sorgfaltsanforderungen gegründeten risikobezogenen Programms ist, welches er nachweislich in seine routinemäßigen Handlungsabläufe übernommen hat. Der in der Compliance-Regelung *ex ante* manifestierte „Gefahrvermeidungswille“ aktualisiert sich, soweit sich der Arzt bestrebt zeigt, in Übereinstimmung mit diesen Regelungen zu handeln. Er bringt damit eine vorab festgelegte Intention zur Abwendung von Rechtsverstößen und Gefahrschaffungen zum Ausdruck.

## V. Organisationspflichten im Rahmen ambulanter und stationärer Operationstätigkeit

In einem nächsten Schritt sollen nunmehr die Anforderungen an organisatorisches Verhalten im Bereich ambulanter und stationärer Operationstätigkeit und damit gleichzeitig die den Beschuldigten in einem Arztstrafverfahren potentiell entlastenden „Verhaltensprogramme“ skizziert werden.<sup>78</sup>

### 1. Allgemeine Anforderungen

Bekanntlich schuldet der Arzt im Rahmen der Behandlung den Facharztstandard, der durch den Erkenntnisstand der medizinischen Wissenschaft konkretisiert wird.<sup>79</sup> Aus dem Umstand, dass dieser Standard einer ständigen Fortentwicklung unterliegt, folgt eine Pflicht

<sup>76</sup> Vgl. auch die Darstellung bei *Dieners/Lembeck*, in: Dieners (o. Fn. 48), Kapitel 7 Rn. 7 f.; ferner *Hart MedR* 2012, 1, 3: „Patientensicherheit ist ein System- und Organisationsproblem“.

<sup>77</sup> Die freilich nicht im Einzelnen als „Compliance“ bezeichnet werden muss; entscheidend ist der materielle Gehalt einer Organisationsstruktur.

<sup>78</sup> Dass auch die zuletzt politisch forcierte Aufweichung der Sektorgrenzen neue Haftungsrisiken an der Schnittstelle zwischen ambulantem und stationärem Versorgungsbereich generiert, wird von *Gaidzik/Weimer*, in: Huster/Kaltenborn (Hrsg.), *Krankenhausrecht* (2010), § 13 Rn. 2, 47 ff. zutreffend hervorgehoben.

<sup>79</sup> BGHSt 43, 306, 309; NStZ-RR 2007, 340, 341 = HRRS 2007 Nr. 727; *Frister/Lindemann/Peters*, (o. Fn. 1), Kapitel 1 Rn. 82 ff.; *Ulsenheimer*, *Arztstrafrecht*, 4. Aufl. (2008), § 1 Rn. 18.

des Arztes zur Weiterbildung.<sup>80</sup> Zentraler Bestandteil des einrichtungsinternen Qualitätsmanagements iSd. §§ 135a, 137 Abs. 1, 92 Abs. 1 S. 2 Nr. 13 SGB V i.V.m. der QM-RL des Gemeinsamen Bundesausschusses (vgl. § 3 Nr. 1 lit. a QM-RL) ist die Ausrichtung der Patientenversorgung an fachlichen Standards und Leitlinien. Zwar prägen auch die Leitlinien der Medizinischen Fachgesellschaften den Facharztstandard, doch darf sich der Arzt auf diese – trotz des fachlichen Gewichts<sup>81</sup> – angesichts ihres Charakters als bloße Entscheidungshilfen<sup>82</sup> nicht ohne weiteres verlassen.<sup>83</sup> Schon aus diesem Grund reicht es für die Organisation der Behandlungsumgebung unter Compliance-Gesichtspunkten nicht aus, die Leitlinien der Fachgesellschaften unbesehen in die Praxis zu übernehmen. Darüber hinaus geriete eine detaillierte Festlegung des Facharztstandards in einem Compliance-Regelwerk schnell zum gleichermaßen ausufernden wie inhaltsleeren Formalismus. Vor diesem Hintergrund erscheint es vorzuzugewürdigt, organisatorische Maßnahmen dafür zu treffen, dass der Facharztstandard personell und apparativ gewährleistet ist.<sup>84</sup> Ferner ist die Aufklärung des Patienten sicherzustellen<sup>85</sup> und auf die Bereitstellung und Kommunikation von Anweisungen für die Mitarbeiter hinsichtlich der Praxishygiene zu achten.<sup>86</sup> Weiterhin sind organisatorische Vorkehrungen im Bereich der Ausstattung mit diagnostischem und der Behandlung dienendem Gerät und Material zu treffen.<sup>87</sup> Organisatorischen Bemühungen zugänglich ist insbesondere auch die Koordination arbeitsteiliger Behandlungsabläufe.<sup>88</sup> Zuständigkeiten und Verantwortungsbereiche

können an der üblichen Unterscheidung von horizontaler und vertikaler Arbeitsteilung orientiert abgegrenzt werden.<sup>89</sup>

## 2. Organisation der ambulanten Operation in der Einzelpraxis

Aus dem zwischen dem Patienten und dem niedergelassenen Arzt zustande gekommenen Behandlungsvertrag<sup>90</sup> ergibt sich auch die Zuständigkeit des behandelnden Arztes für die Praxisorganisation. Er hat (regelmäßig in eigener Person) den Facharztstandard<sup>91</sup> sicherzustellen sowie die bereits angesprochenen Vorkehrungen zur angemessenen apparativen und materiellen Ausstattung zu treffen. Regelmäßig werden diese Anforderungen mit einem gewissen Organisationsaufwand zu bewältigen sein; zu beachten ist allerdings, dass der Patient nicht wie im stationären Bereich durchgängig „verfügbar“ ist, so dass eine gewisse Logistik hinsichtlich der Aufklärung und präoperativen Einstellung des Patienten sowie der Koordination des Operationsablaufes erforderlich wird.<sup>92</sup> Auch hier bieten sich klare Regelungen an, die ein Verhalten festlegen, das als Ausdruck berechtigten Vertrauens auf das Ausbleiben des tatbestandlichen Erfolges gewertet werden kann.

Werden ambulante Operationen durchgeführt, so ist besonderes Augenmerk auf den Aspekt der operativen Nachsorge zu legen. Die Organisation der Nachbetreuung ist wesentlicher Bestandteil der Behandlung<sup>93</sup> und obliegt dem behandelnden Arzt.<sup>94</sup> Zwar kann für das ambulante Operieren nicht in gleichem Maße eine apparative Ausstattung für Notfall- und Intensivbehandlungen gefordert werden, wie sie in der stationären Klinik anzutreffen ist.<sup>95</sup> Doch vermag eine Kooperation mit

<sup>80</sup> BGHSt 43, 306, 311; *Geiß/Greiner* (o. Fn. 44), Kapitel B Rn. 2; *Frister/Lindemann/Peters* (o. Fn. 1), Kapitel 1 Rn. 85; *Ulsenheimer*, in: *Laufs/Kern*, Handbuch des Arztrechts, 4. Aufl. (2010), § 139 Rn. 31.

<sup>81</sup> *Spickhoff/Seibel* MedR 2008, 463, 467; zum sog. „3-Stufen-Prozess der Leitlinienentwicklung“ vgl. *Frister/Lindemann/Peters* (o. Fn. 1), Kapitel 1 Rn. 87.

<sup>82</sup> *Katzenmeier*, in: *Laufs/Katzenmeier/Lipp*, Arztrecht, 6. Aufl. (2009), Kapitel X Rn. 9 f.; *Kreße* MedR 2007, 393, 395; *Hasskarl/Ostertag* PharmR 2006, 311, 317; s. ferner *Sternberg-Lieben*, in: *Schönke/Schröder*, StGB, 28. Aufl. (2010), § 15 Rn. 219; diff. *Hart* MedR 1998, 8, 11 f.

<sup>83</sup> OLG Hamm VersR 2002, 857; *Frister/Lindemann/Peters* (o. Fn. 1), Kapitel 1 Rn. 86.

<sup>84</sup> *Boemke* NJW 2010, 1562, 1563; *Giesen* JZ 1984, 331 ff.; aus der Arzthaftungsrechtsprechung vgl. BGHZ 88, 248 ff.; BGH NJW 1988, 2298 ff.; OLG Bremen MedR 2007, 660, 661. Allerdings ist nicht die formelle, sondern die materielle Qualifikation des Arztes maßgeblich, vgl. BGH NJW 1992, 1560 m. Anm. *Opderbecke/Weißauer* MedR 1993, 2 ff.; *Steffen* MedR 1995, 360; *Andreas*, ArzR 2008, 144, 147.

<sup>85</sup> BGH NJW-RR 2007, 310, 311; *Terbille* (o. Fn. 56), § 1 Rn. 460 ff.; ausführlich dazu *Kern* NJW 1996, 1561, 1563 f.

<sup>86</sup> Vgl. BGH NJW 2007, 1682 ff.; OLG Hamm MedR 2006, 215, 216; OLG Oldenburg VersR 2003, 1544, 1545 f.; weitere Beispiele bei *Hart* MedR 2012, 1, 6. Im Fall BGH NJW 1991, 1533 schließt der Senat ausdrücklich aus dem Einsatz einer Reinraumkabine auf den Willen des Krankenträgers, eine Infektion mit Darmbakterien zu vermeiden. Blutkonserven sind hingegen nicht selbstständig zu überprüfen, soweit die Zuverlässigkeit des Lieferanten gewährleistet ist, vgl. BGH NJW 1992, 743; LG Düsseldorf NJW 1990, 2325.

<sup>87</sup> Vgl. BGH NJW 1992, 754, 755; NJW 1989, 2321 (Anwendung nicht oder gerade noch dem Standard entsprechender Apparatur zur Bestrahlung); BGH NJW 1994, 1594 (Verwendung auszusondernder Wärmflaschen im Inkubator); siehe ferner *Kern*, in: *Laufs/ders.* (o. Fn. 80), § 53 Rn. 1 f.

<sup>88</sup> Zum Einsatz von Checklisten s. *Hart* MedR 2012, 1, 5 und 7.

<sup>89</sup> Ausführlich *Frister/Lindemann/Peters* (o. Fn. 1) Kapitel 1 Rn. 113 ff. Speziell zu Organisationsverschulden in Bezug auf das Verfassen von Arztberichten vgl. *Kreße/Dinser* MedR 2010, 396, 399.

<sup>90</sup> Vgl. *Schlund*, in: *Laufs/Kern* (o. Fn. 80), § 115 Rn. 2. Zur Praxisgemeinschaft vgl. *Kern*, ebd., § 39 Rn. 5; zur Gemeinschaftspraxis vgl. *dens.*, a.a.O. Rn. 6. Die Unterscheidung dieser beiden Konstruktionen kann strafrechtlich relevant werden, vgl. *H. Wostry*, (o. Fn. 41), S. 59 ff.

<sup>91</sup> BGH NJW-RR 2007, 310, 311; dies gilt insbesondere auch für interdisziplinäre Kooperationsformen, vgl. die *Einbecker-Empfehlungen der Deutschen Gesellschaft für Medizinrecht (DGMR)* e.V. MedR 2006, 127, 128.

<sup>92</sup> Vgl. dazu ausführlich *Möllmann* Der Anaesthetist 60 (2011), 986, 988 f.

<sup>93</sup> *Wagner*, in: *MünchKomm-BGB*, 5. Aufl. (2009), § 823 Rn. 762; *Kern*, in: *Laufs/ders.* (o. Fn. 80), § 54a Rn. 2.

<sup>94</sup> *Kern* NJW 1996, 1561, 1564. So können sich auch in Krankenhäusern tätige Chefarzte bei der Durchführung ambulanter diagnostischer Maßnahmen nicht durchgängig auf das Verweisungsprivileg des § 839 Abs. 1 S. 2 BGB berufen, sondern sind selbst ggf. Haftungsschuldner, vgl. BGH NJW 1987, 2289, 2290 f.; NJW 1993, 784, 785 f.; NJW 1994, 788, 789 ff.; NJW 2003, 2309, 2311; OLG München BeckRS 2005, 12282.

<sup>95</sup> In dieser Richtung wohl auch *Möllmann* Der Anaesthetist 60 (2011), 986, 987; *Kern* NJW 1996, 1561, 1563: „Der Arzt hat auch dafür Sorge zu tragen, daß dem Patienten eine regelgerechte und gegebenenfalls eine Notfallversorgung zuteil werden kann. Mit dem Patienten ist zu besprechen, welcher Arzt sich zu welchem Zeitpunkt mit der Nachsorge be-

Einrichtungen, welche dem Facharztstandard entsprechen, und eine entsprechende Patientenaufklärung<sup>96</sup> unter Umständen die Pflicht zur Vorhaltung einer eigenen intensivmedizinischen Ausstattung zu suspendieren. Dieses Modell der „Kooperation statt Apparat“ kann besonders bei kleineren Praxiseinheiten Bedeutung erlangen und sollte in jedem Fall in einem Compliance-Regelwerk näher dokumentiert werden.<sup>97</sup> Auf diese Weise imprägniert der zuständige Arzt gleichsam sein Handeln und jenes der Mitarbeiter im Vorhinein mit dem Willen zur Gefahrvermeidung, so dass er im Moment eines Notfalls jedenfalls noch die organisatorischen Abläufe in Gang setzen kann, um die Gesundheitsrisiken für den Patienten zu minimieren.

### 3. Compliance-Organisation in Medizinischen Versorgungszentren (MVZ)

Nach § 95 Abs. 1 S. 1 SGB V können auch Medizinische Versorgungszentren (MVZ) an der vertragsärztlichen Versorgung teilnehmen; der Behandlungsvertrag wird zwischen Patient und MVZ geschlossen.<sup>98</sup> MVZ werden in § 95 Abs. 1 S. 2 SGB V als „fachübergreifende ärztlich geleitete Einrichtungen“ bezeichnet, „in denen Ärzte, die in das Arztregister nach Absatz 2 Satz 3 eingetragen sind, als Angestellte oder Vertragsärzte tätig sind“. Sie sind ärztlich geleitet (§ 95 Abs. 1 S. 3 SGB V), so dass die den medizinischen Betrieb betreffenden Abläufe von Ärzten festzulegen sind;<sup>99</sup> der ärztliche Leiter des Versorgungszentrums rückt mithin in die Nähe des Ärztlichen Direktors eines Krankenhauses.<sup>100</sup> Weiterhin ist allerdings zu beachten, dass MVZ fachübergreifend tätig sind (§ 95 Abs. 1 S. 2 SGB V),<sup>101</sup> so dass eine Koordination der Verhaltensvorgaben über verschiedene Fachgebiete hinweg, insbesondere im Hinblick auf die Nutzung der apparativen Ressourcen erforderlich werden kann.<sup>102</sup> Die Notwendigkeit einer Koordination ergibt sich weiterhin auch daraus, dass dem ärztlichen Leiter kein fachspezifisches Weisungsrecht gegenüber einer Fachrichtung, der

fassen wird, und an welche Stelle er sich im Notfall wenden soll“.

<sup>96</sup> Dazu ausführlich Kern NJW 1996, 1561, 1563 f.

<sup>97</sup> Zu Anweisungen der Chefarzte „in Textform“ im Rahmen des Bereitschaftsdienstes vgl. Boemke NJW 2010, 1562, 1565.

<sup>98</sup> Steinhilper in: Laufs/Kern (o. Fn. 80), § 31 Rn. 35; Quaas/Zuck, Medizinrecht, 2. Aufl. 2008, § 16 Rn. 59. Zu den verschiedenen Organisationsformen vgl. Ratzel, in: Spickhoff (o. Fn. 3), § 705 BGB Rn. 24 ff.

<sup>99</sup> Krauskopf, in: ders., Soziale Krankenversicherung, Pflegeversicherung, 74. EL 2011 (Stand: April 2005), § 95 Rn. 38; Quaas/Zuck (o. Fn. 98), § 16 Rn. 6. Vgl. auch § 107 Abs. 1 Nr. 2 SGB V für die Notwendigkeit ärztlicher Leitung im Krankenhaus, dazu s. Becker, (o. Fn. 73), § 103 Rn. 7; Dahm/Möller/Ratzel, Rechtshandbuch Medizinische Versorgungszentren, 2005, Kapitel 3 Rn. 34.

<sup>100</sup> Dahm/Möller/Ratzel, (o. Fn. 99), Kapitel 3 Rn. 35; Möller MedR 2007, 263, 265; Quaas/Zuck (o. Fn. 98), § 16 Rn. 6; Wigge MedR 2004, 123, 126.

<sup>101</sup> Vgl. dazu ausführlich Möller MedR 2007, 263, 264 ff.; ferner Fiedler/Weber NZS 2004, 358 f.; Quaas/Zuck, (o. Fn. 98), § 16 Rn. 9.

<sup>102</sup> Vgl. Lindenau, Das medizinische Versorgungszentrum, 2008, S. 67; Möller MedR 2007, 263, 265; Steinhilper, in: Laufs/Kern, (o. Fn. 80), § 31 Rn. 28.

er nicht angehört, eingeräumt wird.<sup>103</sup> Soweit keine Möglichkeit zur Notfallbehandlung vor Ort besteht, ist auch hier wiederum denkbar, dass die wesentlichen Verfahrensschritte im Vorhinein festgehalten werden, um im Ernstfall – etwa mit Blick auf die Einleitung von Rettungsmaßnahmen – durch das eigene Verhalten einen Gefahrvermeidungswillen zu dokumentieren.

### 4. Maßnahmen der Risikovorsorge im Bereich der stationären Patientenversorgung

Im zunehmend von Sparzwängen und Ärztemangel geprägten Alltag der stationären Patientenversorgung erweist sich vor allem die Pflicht zur durchgehenden personellen Gewährleistung des Facharztstandards als neuralgischer Punkt einer am Gedanken der Risikovorsorge ausgerichteten Organisation der Behandlungsabläufe.<sup>104</sup> Probleme werfen in diesem Zusammenhang etwa die schrittweise Heranführung von Berufsanfängern an die eigenverantwortliche Durchführung von Operationen (sog. Anfängeroperation), die Delegation anästhesiologischer (Teil-)Leistungen auf nichtärztliches Personal (sog. Parallelnarkose) und die Sicherstellung des Facharztstandards im Nacht- und Wochenendbetrieb (bedeutsam etwa bei der Frage nach der Zulässigkeit fachübergreifender Bereitschaftsdienste) auf.<sup>105</sup> Gemeinsam ist den vorerwähnten Problemfeldern, dass die Konturen eines angemessenen Risikomanagements im Wege einer Interessenabwägung zu bestimmen sind, in die auf der einen Seite stets die Gefahren für die körperliche Integrität der Patienten und auf der anderen Seite als berechtigt anzuerkennende Interessen der Institution respektive der in das Behandlungsgeschehen involvierten Ärzte und der Allgemeinheit einzustellen sind.<sup>106</sup> Während danach etwa bei der sog. Anfängeroperation das Interesse der Allgemeinheit an der praktischen Ausbildung des medizinischen Nachwuchses die Eingehung kontrollierter Risiken in Abhängigkeit vom Ausbildungsgrad des Assistenzarztes und der Schwierigkeit des in Rede stehenden Eingriffs zu legitimieren vermag,<sup>107</sup> erscheint bei der sog. Parallelnarkose größere Zurückhaltung angebracht,<sup>108</sup> und eine

<sup>103</sup> Vgl. Neumann, in: BeckOK-SGB V (Stand: 01.12.2012), § 95 Rn. 20 f.

<sup>104</sup> Zur Pflicht des Krankenhausträgers, die personelle Gewährleistung des Facharztstandards durch organisatorische Maßnahmen sicherzustellen, vgl. Spindler, in: BeckOK-BGB (Stand: 01.03.2011), § 823 Rn. 700 m.w.N.

<sup>105</sup> Ausführlich Frister/Lindemann/Peters (o. Fn. 1) Kapitel 1 Rn. 96 ff.

<sup>106</sup> Die strukturelle Ähnlichkeit dieser Interessenabwägung mit derjenigen, welche der Bestimmung des erlaubten Risikos zugrunde liegt (dazu Frister [o. Fn. 38], Rn. 10/6 ff.), ist nicht zufällig.

<sup>107</sup> Siehe dazu Frister/Lindemann/Peters (o. Fn. 1), Kapitel 1 Rn. 97 ff.; Steffen MedR 1995, 360 ff.; des Weiteren Baur MedR 1995, 192; Andreas ArztR 2008, 144, 147; ausführlich Mehlinger, Die Anfängeroperation, Diss. iur. (2007), S. 59 ff.

<sup>108</sup> Bei Zugrundelegung der neueren Rechtsprechung des Bundesgerichtshofs ist etwa die Betrauung sog. Medizinischer Assistenten für Anästhesie (MAFAs) mit der eigenverantwortlichen Narkoseüberwachung nicht mehr grundsätzlich als ausgeschlossen anzusehen; wegen der Bedeutung sofortigen fachkundigen Eingreifens im Komplikationsfall ist jedoch jederzeitiger Blick- oder wenigstens Rufkontakt zwi-

fachübergreifende Organisation des Bereitschaftsdienstes stößt angesichts der Gefahr von Diagnosefehlern des fachfremden Arztes, der bestimmte Symptome unter Umständen gar nicht erkennt oder fehldeutet, auf durchgreifende Bedenken.<sup>109</sup> Flankierend sollten zu den Maßnahmen zur organisatorischen Sicherstellung des Facharztstandards nach Möglichkeit Instrumente des Risiko-Managements und -Controllings<sup>110</sup> hinzutreten, zu denen etwa Systeme der Fehlermeldung (sog. Critical Incident Reporting System, kurz CIRS<sup>111</sup>) sowie der Fehlermöglichkeits- und Einflussanalyse (FMEA<sup>112</sup>) zählen. Empirische Studien belegen eine zunehmende Verbreitung entsprechender Ansätze in der deutschen Kliniklandschaft, zeigen jedoch auch nach wie vor bestehenden Optimierungsbedarf auf.<sup>113</sup> Vor diesem Hintergrund sieht der Entwurf eines Patientenrechtegesetzes ein Maßnahmenbündel vor, welches einen weiteren Ausbau von Maßnahmen der Qualitätssicherung fördern soll.<sup>114</sup>

schen Fachanästhesist und Delegationsadressat sicherzustellen; vgl. BGH NJW 1983, 1374, 1376; NJW 1993, 289, 2991; zusammenfassend *Frister/Lindemann/Peters* (o. Fn. 1), Kapitel 1 Rn. 101; *Schroth*, in: Roxin/Schroth (Hrsg.), Handbuch des Medizinstrafrechts, 4. Auflage (2010), S. 708, 710.

<sup>109</sup> Vgl. *Frister/Lindemann/Peters* (o. Fn. 1), Kapitel 1 Rn. 107. Zu Recht ablehnend auch LG Augsburg ArztR 2005, 2053; *Boemke* NJW 2010, 1562, 1564; *Schulte-Sasse/Bruns* ArztR 2006, 116, 125; *Ulsenheimer* (o. Fn. 79), § 1 Rn. 170a. Anders z.T. die verwaltungsgerichtliche Rechtsprechung mit der Erwägung, eine „bessere fachärztliche Versorgung“ könnten die Patienten während der Nachtzeiten nicht verlangen, da diese unwirtschaftlich sei, vgl. VG Hannover, Urt. v. 22.1.1990, KRS I 1992, 90.043, 1-11.

<sup>110</sup> Für eine ausführliche Darstellung des Risikomanagements im Krankenhaus vgl. die Beiträge in Ennker/Pietrowski/Kleine, Risikomanagement in der operativen Medizin, 2007; s. aus haftungsrechtlicher Perspektive auch noch Bergmann/Kienzle (o. Fn. 6), S. 233 ff. und S. 359 ff. mit Praxisbeispielen; zum strukturierten klinischen Risikomanagement in einer Akutklinik *Koppenberg/Moেকে* Notfall & Rettungsmedizin 15 (2012), 16 ff.

<sup>111</sup> Einführend *Rohe* et al. Notfall & Rettungsmedizin 15 (2012), 25 ff.; *Thomescek/Ollenschläger* Rechtsmedizin 16 (2006), 355 ff.; ausführlich *Zink*, Medizinische Fehlermeldesysteme, Diss. iur. (2010), S. 53 ff.

<sup>112</sup> Dazu *Pietrowski/Ennker/Kleine*, in: Ennker/Pietrowski/Kleine (o. Fn. 110), S. 99, 107 f.

<sup>113</sup> So ergab die Befragung der Geschäftsführer und Verwaltungsdirektoren von 600 zufällig ausgewählten deutschen Krankenhäusern durch *Berens* et al. Gesundheitswesen 73 (2011), e51 ff. einen im Vergleich zu Maßnahmen in anderen Controllingbereichen geringen Verbreitungsgrad von Instrumenten des Risiko-Controllings wie CIRS oder FMEA. *Bohmet-Joschko* et al. Zeitschrift für Orthopädie und Unfallchirurgie 149 (2011), 301 ff. konstatieren eine zunehmende Verbreitung von CIRS und anderen Meldesystemen, jedoch Nachholbedarf im Hinblick auf die systematische Analyse von Risiken, deren Bewertung und Steuerung.

<sup>114</sup> So soll u.a. der Gemeinsame Bundesausschuss (G-BA) durch eine entsprechende Modifikation des § 137 SGB V zur Ergänzung der Richtlinien zum einrichtungsinternen Qualitätsmanagement durch wesentliche Maßnahmen zur Patientensicherheit und Fehlervermeidung sowie zur Festlegung von Mindeststandards für das medizinische Risiko- und Fehlermanagement verpflichtet werden; darüber hinaus sollen die Vertragsparteien künftig Vergütungszuschläge für Krankenhäuser vereinbaren, die sich an einrichtungsübergreifenden Fehlermeldesystemen beteiligen; vgl. S. 17 des auf den Seiten des BMJ (<http://www.bmj.de>) abrufbaren Referen-

Anders als die Praxis der zivilrechtlichen Arzthaftung, die seit jeher auch den Krankenhausträger in den Blick nimmt und diesen für Pflichtverletzungen von Organen, Erfüllungs- und Verrichtungsgehilfen (vgl. §§ 278, 931, 31, 89 BGB) sowie für eigenes Organisationsverschulden (§ 823 Abs. 1 BGB) in Anspruch nimmt,<sup>115</sup> konzentriert sich die strafrechtliche Aufarbeitung von Behandlungsfehlern im stationären Kontext bislang überwiegend auf die „patientennahe“ Behandlungsebene und blendet ein etwaiges Organisationsverschulden der „patientenfernen“ nichtärztlichen Leitungsebene des Krankenhauses regelmäßig aus.<sup>116</sup> Ungeachtet der eingangs erwähnten grundsätzlichen Trennung von kurativer und organisatorisch-wirtschaftlicher Kompetenz im Krankenhaus<sup>117</sup> ließen sich hier durchaus Ansatzpunkte für eine strafrechtliche Verantwortlichkeit der Verwaltungsleitung bzw. der Geschäftsführung finden, wenn sich ein durch organisatorische Missstände geschaffenes Risiko für die Patientensicherheit in einem schädigenden Behandlungsverlauf realisiert hat.<sup>118</sup> Der Prüfung im Einzelfall bedürfte dann allerdings, ob und inwieweit der Geschäftsleiter die für eine Einschätzung der Schadensträchtigkeit der Organisationsstruktur erforderlichen medizinischen Kenntnisse und Informationen besaß; erleichtert würde der Nachweis durch nachdrückliche (und dokumentierte) Hinweise der ärztlichen Leitung auf den Ernst der Lage.<sup>119</sup>

## VI. Fazit

Während in der eingangs skizzierten Entscheidung HRRS 2011 Nr. 978 zu Recht die besonderen Umstände des Falles Berücksichtigung gefunden haben, kann in der überwiegenden Zahl derjenige Sachverhalte, in denen ein

tenentwurfs eines Gesetzes zur Verbesserung der Rechte von Patientinnen und Patienten (Patientenrechtegesetz).

<sup>115</sup> Exemplarisch BGHZ 95, 63; OLG Hamm NJW 1993, 2387; OLG Stuttgart NJW 1993, 2384; s. auch Bergmann et al. in: Bergmann/Kienzle (o. Fn. 6), S. 171 ff.; *Deutsch* NJW 2000, 1745 ff.; *Spindler*, in: BeckOK-BGB (Stand: 01.03.2011), § 823 Rn. 700, 702 ff. Im Schrifttum wird die zivilrechtliche Haftungskonzentration beim Krankenhausträger z.T. als Schritt zu einer verschuldensunabhängigen Haftung bzw. – da bei Auswahl ungeeigneter Hilfspersonen regelmäßig Beweiserleichterungen angenommen werden (vgl. *Deutsch* a.a.O. 1748 f.) – zur Gefährdungshaftung kritisiert; vgl. *Zwiehoff* MedR 2004, 364, 365.

<sup>116</sup> Deziert kritisch *Bruns* ArztR 2003, 60 ff.; *Kudlich/Schulte-Sasse* NStZ 2011, 241 ff.; *Schulte-Sasse* ArztR 2010, 200 ff.; siehe auch *Beck* MedR 2011, 471, 472.

<sup>117</sup> Siehe oben bei Fn. 6.

<sup>118</sup> Vgl. *Kudlich/Schulte-Sasse* NStZ 2011, 241, 245 f. unter Hinweis auf die Entscheidung des LG Nürnberg-Fürth NJW 2006, 1824, in der die strafrechtliche Verantwortlichkeit eines Speditionsunternehmers für einen durch konsequente Überschreitung der zulässigen Lenkzeiten verursachten Verkehrsunfall auf den Gesichtspunkt der „Schaffung und Unterhaltung eines hochgefährlichen Systems“ gestützt wurde. Entgegen *Beck* MedR 2011, 471, 474 ff. wird man in der Inanspruchnahme der Leitungsorgane keine bedenkliche „Haftungsvervielfachung“ zu sehen haben; vielmehr handelt es sich – wie *Kudlich/Schulte-Sasse* a.a.O. zutreffend hervorheben – schlicht um eine Konsequenz „der Fahrlässigkeitsdogmatik, die Nebentäter verschiedener Organisationsstufen zwanglos zulässt“ (246).

<sup>119</sup> Zum „Bösgläubigmachen“ des Krankenhaus-Geschäftsführers durch den ärztlichen Direktor vgl. *Bruns* ArztR 2003, 60, 65 f.

Fehlverhalten von Ärzten und organisatorisch Zuständigen in Rede steht, der Implementierung von Compliance-Regeln durchaus Bedeutung bei der Beurteilung möglicher Behandlungsfehler zukommen. Ist der handelnde Arzt bestrebt, Vorgaben des Risikomanagements umzusetzen, so äußert sich darin sein Vertrauen auf das Ausbleiben strafrechtlich relevanter Erfolge. Dieses Vertrauen ist berechtigt, wenn und soweit die in Rede stehenden Instrumente die im Arzthaftungsrecht etablierten Sorgfaltsstandards abbilden. Fehlen Compliance-Regeln, so bleibt lediglich die Bewertung der übrigen tat- und täter-

bezogenen Umstände. Mittlerweile haben sich Rahmenvorgaben und Anwendungsmodelle für das ärztliche Qualitätsmanagement etabliert; diese sind jedoch nicht allein auf Risikovermeidung angelegt. Mithin ist das Strafrecht weiterhin eine treibende Kraft für die Compliance. Die Zuständigkeit für die Regelung des Behandlungsgeschehens und -umfeldes ist abhängig von der Organisationsform der ärztlichen Tätigkeit, so dass im Rahmen fachübergreifender Zusammenarbeit eine Koordination bei der Erstellung und Fortentwicklung von Verhaltensvorgaben erforderlich ist.

## Aufsätze und Anmerkungen

# Die „vierte Gewalt“ als Kontrollinstanz der Justiz?

## Die Berichterstattung der Medien in politischen Prozessen am Beispiel des Düsseldorfer Al-Qaida-Verfahrens

Von RA und Fachanwalt für Strafrecht Jochen Thielmann, Wuppertal

Die freie Presse ist für einen Rechtsstaat von eminenter Bedeutung. Ihre Aufgabe ist es, den Mächtigen auf die Finger zu schauen und somit eine wichtige Kontrollfunktion auszuüben. Wobei die Mächtigen nicht nur die uns regierenden oder repräsentierenden Politiker sind, sondern auch die Wirtschaft und nicht zuletzt die Justiz. Auch hier ist es von besonderer Bedeutung, dass die Medien sich nicht zum willfährigen Komplizen machen, indem nur Hofberichterstattung oder oberflächliche Wiedergabe von Urteilsbegründungen verbreitet werden. Stattdessen sollten die Redakteure sich kritisch mit der Art und Weise des Findens der gerichtlichen Wahrheit durch die Justiz auseinandersetzen – auch und besonders in politischen Prozessen. Wenn der Staat in Form von „Staatsschutzsenaten“ über Gegner der freiheitlich demokratischen Grundordnung zu Gericht sitzt, dann wäre zu wünschen, wenn die freie Presse besonders genau hinschaut, denn die Behandlung der vermeintlichen Staatsfeinde ist immer auch ein Vorbote für die zukünftige Behandlung aller anderen. Leider zeigt sich am Beispiel des sog. Düsseldorfer Al-Qaida-Verfahrens und seiner Folgeentscheidungen von Bundesgerichtshof und Bundesverfassungsgericht, an denen der Verfasser als Strafverteidiger bzw. Verfahrensbevollmächtigter teilgenommen hat, dass in diesem Bereich die freie Presse in Deutschland keine gute Figur macht.

### 1. Verfahren vor dem Oberlandesgericht Düsseldorf vom Mai 2006 bis Dezember 2007

Das Verfahren gegen die drei Männer, die ab Mai 2006 in Düsseldorf vor Gericht standen, begann in der Öffent-

lichkeit mit der Pressemeldung des Generalbundesanwalts vom 23. Januar 2005<sup>1</sup>, dass zwei Männer verhaftet und dem Ermittlungsrichter des Bundesgerichtshofs vorgeführt worden seien. Einer sollte Mitglied der Al Qaida sein, der den anderen zu einem Selbstmordattentat im Irak gewonnen habe. Im Vorfeld dieses Anschlages sollen sie geplant haben, Versicherungsgesellschaften durch abgeschlossene Lebensversicherungen betrügerisch zu schädigen. Des Weiteren war die Rede von Bestrebungen, nukleares Material vermitteln zu wollen. Am 22. Mai 2005 wurde dann durch den Generalbundesanwalt mitgeteilt, dass der Bruder eines der beiden ebenfalls festgenommen wurde.<sup>2</sup> Der Haftbefehl gegen ihn war allerdings nicht auf den Vorwurf eines Verstoßes gem. § 129b StGB gestützt, sondern allein auch den dringenden Tatverdacht der Beteiligung am vielfachen Betrug.

Am 01. Dezember 2005 klagte der Generalbundesanwalt die drei Männer wegen Mitgliedschaft – im Fall des später Festgenommenen wegen Unterstützung – einer ausländischen terroristischen Vereinigung, wegen vielfachem (vollendeten und versuchten) Betruges sowie wegen Verabredung zu einem Verbrechen – nämlich des Verstoßes gegen das Außenwirtschaftsgesetz – an. Am ersten Hauptverhandlungstag, dem 09. Mai 2006 war der Hochsicherheitstrakt des Oberlandesgerichts Düsseldorf voller Journalisten, die über diesen ersten deutschen Prozess berichteten, in dem, es um die Mitgliedschaft bzw. die Unterstützung der Al-Qaida ging. Außerdem war es der

<sup>1</sup> <http://www.generalbundesanwalt.de/prnt/showpress.php?newsid=162>.

<sup>2</sup> <http://www.generalbundesanwalt.de/de/showpress.php?themenid=7&newsid=170>.

erste Prozess, der zum größten Teil auf Erkenntnissen beruhte, die aus einem Großen Lauschangriff stammten. Gegen zehn Uhr wurde die Anklage verlesen und danach die Hauptverhandlung kurzfristig unterbrochen. Nach Wiedereintritt war der überwiegende Teil der Berichtserstatter nicht mehr wieder im Saal erschienen, so dass kaum jemand mitbekam, dass sich der Vorwurf der Verabredung zu einem Verbrechen gem. § 30 Abs. 2 StGB durch eine Gesetzesänderung des Außenwirtschaftsgesetzes bereits erledigt hatte, weil die Mindeststrafe auf sechs Monate herabgesetzt worden war und somit kein Verbrechenstatbestand mehr vorlag. Das Verfahren wurde insoweit eingestellt. Der zunächst verbliebene kleine Rest der Journalisten war dann am zweiten Verhandlungstag nicht mehr vor Ort, als der Senat begann, die ersten Zeugen zu vernehmen.

Die Berichterstattung vom ersten Hauptverhandlungstag beschränkte sich auf die Übermittlung der Anklagevorwürfe und der wahrscheinlichen Dauer der Verhandlung. Dann verschwand das Verfahren, in dem es schließlich in erster Linie um Versicherungsbetrug ging und nicht um das Bauen von Sprengkörpern mit einer unmittelbaren Gefahr für die Bevölkerung, sofort wieder aus den Schlagzeilen. Im Laufe der nun folgenden 131 Hauptverhandlungstage erregten ein paar Tage zwischen durch das Medieninteresse, weil sich ein Gefängnisgeistlicher hinsichtlich von Gesprächen mit einem Angeklagten auf sein Schweigegebot zurückzog und diese Haltung trotz der Drohung des Vorsitzenden Richters mit Beugehaft so lange beibehielt, bis das Bundesverfassungsgericht zu dem Ergebnis kam, dass er trotz allem aussagen müsste.<sup>3</sup> Die Aussicht darauf, dass ein Geistlicher in Beugehaft genommen werden könnte, war Anreiz genug, die Besucherbänke mit Journalisten zu füllen.

Ansonsten fand der Prozess bis zum Ende der Beweisaufnahme unter dem freiwilligen Ausschluss der Medienöffentlichkeit statt. Und auch bei den Plädoyers von den Vertretern des Generalbundesanwalts und der Verteidigung blieb der Saal leer. Erst am Tag der Urteilsverkündung am 05. Dezember 2007 waren die Medien wieder vor Ort und berichteten. In den Abendnachrichten der öffentlich-rechtlichen Fernsehanstalten war die Verurteilung der drei Männer zu langjährigen Haftstrafen die erste Meldung. Und auch die Zeitungen berichteten von der nun festgestellten Schuld der drei Angeklagten, von denen zwei Mitglied der Al Qaida gewesen seien und sich ein dritter dadurch der Unterstützung dieser Terrororganisation schuldig gemacht habe, dass er an dem (nur noch) versuchten Betrug in 28 Fällen mitgewirkt habe.

Der Vorsitzende des 6. Strafsenats des Düsseldorfer Oberlandesgerichts hatte zu Beginn der Urteilsverkündung ein sog. „Vorwort“ vorgetragen, das kurz darauf im Internet nachzulesen war und alle Informationen enthielt, die der Senat der Öffentlichkeit mitteilen wollte.<sup>4</sup> Die Medienvertreter, die dieses Vorgehen schon aus den

vergangenen Prozessen vor diesem Senat kannten, konzentrierten sich demnach auch genau auf diese elf Seiten und waren wiederum kaum mehr im Raum, als die eigentliche Urteilsbegründung vom Vorsitzenden vorgelesen wurde. Auf diese Weise konnten die anwesenden Journalisten – und selbst nicht vor Ort befindliche Redakteure – bequem im Internet die „Urteilsbegründung light“ anschauen und zur Grundlage ihrer Artikel machen. Und genau das geschah dann auch. Es gab kein einziges Zitat des Vorsitzenden aus der Urteilsbegründung, das nicht aus dem Vorwort abgeschrieben worden war. Dies kann man als besonderen Service des Senats für die Presse verstehen – oder als bewusste Manipulation der Medien durch die Justiz. Wie dem auch sei, dieses Vorgehen hatte zur Folge, dass kein einziger kritischer Artikel zum Urteil des Gerichts erschien, denn die Medien nahmen das Angebot gerne an und fassten in ihren Artikeln das Vorwort des Senats zusammen.

Der Staatsschutzsenat hatte den Großen Lauschangriff trotz zum Teil für verfassungswidrig erklärter Rechtsgrundlage für rechtens und die Erkenntnisse daraus für verwertbar gehalten. Die diesem Vorgehen ausnahmslos wohl gesonnenen Medienvertreter schlossen daraus, dass das nun gewonnene Beweisergebnis tatsächlich problemlos die Schuld des Trios belegen konnte, so wie das Oberlandesgericht festgestellt hatte. Im Vorwort war auch mit keinem Wort erwähnt, dass die rechtliche Einordnung des Vorgehens als vollendeter oder versuchter Betrug von der Verteidigung vehement angezweifelt worden war. Dass außerdem in über fünf Monaten Abhöraktion nicht einmal einer der Angeklagten davon gesprochen hatte, das Geld solle an die Al Qaida gehen, interessierte auch niemanden. Schließlich kannte kein einziger Journalist die Protokolle der Übersetzungen der Wohnraumgespräche. Ironischerweise hätte aber auch eine Teilnahme an den 131 Hauptverhandlungstagen dieses Manko nicht wettgemacht, denn die Protokolle waren im Selbstleseverfahren gem. § 249 Abs. 2 S.1 StPO in die Hauptverhandlung eingeführt worden. Ob darin eine Verletzung des Öffentlichkeitsgrundsatzes gesehen werden konnte, hätte durchaus thematisiert werden können, denn die Feststellungen des Staatsschutzsenats konnten von der „vierten Gewalt“ gar nicht überprüft werden. Eine doppelte Ironie stellt der Umstand dar, dass diese Beschränkung der Informationsmöglichkeiten von den deutschen Medien nicht einmal bemerkt worden war.

Die kurzen Statements der empörten Verteidiger<sup>5</sup> wurden nicht ernst genommen, vielleicht weil Verteidiger regelmäßig nach einer Urteilsverkündung über ihre Ansicht nach ungerechte Urteile klagen. Vielleicht auch weil die Verteidiger schließlich aus rein formalen Gründen eine Verurteilung ihrer schuldigen Mandanten verhindern wollten und zudem das Verfahren verschleppt hatten – wie man in dem Vorwort des Senats nachgelesen hatte.

Es waren somit im Hinblick auf die Anklagevorwürfe an zwei Hauptverhandlungstagen Pressevertreter im Verhandlungssaal anwesend. Eine regelmäßige Berichterstattung fand nicht statt. Angesichts des drögen Themas „Versicherungsbetrug“ und der Länge des Verfahrens

<sup>3</sup> Vgl. BVerfG HRRS 2007 Nr. 128 = NJW 2007, 1865.

<sup>4</sup> Vgl. [http://www.olg-duesseldorf.nrw.de/presse/05presse/2007/2007-12-05\\_pm\\_al\\_quaida\\_vorw.pdf](http://www.olg-duesseldorf.nrw.de/presse/05presse/2007/2007-12-05_pm_al_quaida_vorw.pdf); zu den Vorworten im Allgemeinen Thielmann StV 2009, 607 f., sowie zum sich darin ausdrückendem Verhältnis zur Strafverteidigung Thielmann HRRS 2011, 189 f.

<sup>5</sup> Vgl. <http://www.nytimes.com/2007/12/05/world/europe/05iht-german.4.8601224.html>;

lässt sich sicher nicht erwarten, dass täglich ein Berichterstatter von den neuen Entwicklungen berichtet. Die schon am ersten Tag vom Vorsitzenden angekündigte Verhandlungsdauer vom mindestens einem Jahr trug sicher auch nicht dazu bei, das Interesse von Presse, Funk und Fernsehen an regelmäßiger Berichterstattung zu steigern. Allerdings hätte es den Medien gut zu Gesicht gestanden, sich zumindest die Plädoyers von den Generalbundesanwälten und den Verteidigern anzuhören, um einen ausführlichen Blick auf die gegenteiligen Positionen zu erhalten. Das sollte eigentlich das Mindeste sein, was von seriösen Journalisten zu erwarten ist. Die nächsten Jahre sollten zeigen, dass es durchaus angebracht gewesen wäre, die Arbeit des Düsseldorfer Staatschutzsenats kritisch unter die Lupe zu nehmen.

## 2. Revisionsverfahren vor dem Bundesgerichtshof im Jahre 2009

Die Revisionsinstanz vor dem 3. Strafsenat des Bundesgerichtshofs beschäftigte sich nicht mit allen von der Verteidigung vorgebrachten Revisionsrügen. So ging es in der Revisionshauptverhandlung im Mai 2009 gar nicht um das umstrittene Selbstleseverfahren und kaum um die Beweiswürdigung des Düsseldorfer Senats, auch wenn ein Bundesrichter dem Vertreter des Generalbundesanwalts die vernünftige Frage stellte, wie man denn sicher sein könnte, dass das Geld tatsächlich an die Al Qaida gehen sollte und nicht z.B. an eine andere Organisation. In erster Linie ging es jedoch um die Rechtmäßigkeit des Großen Lauschangriffs, die Verwertbarkeit der daraus gewonnenen Erkenntnisse, die Tatbestände der Mitgliedschaft und Unterstützung einer ausländischen terroristischen Vereinigung sowie die Frage, inwieweit die Verurteilung wegen versuchten Betruges rechtlich überhaupt möglich war.

Der 3. Strafsenat des Bundesgerichtshofs ging im Urteil vom 14.08.2009 zwar hart mit den Kollegen aus Düsseldorf ins Gericht und deckte einen Fehler nach dem anderen auf – größtenteils ohne dass es nennenswerte Konsequenzen gehabt hätte.<sup>6</sup> Einzig und allein die Verurteilung eines der Angeklagten wegen Mitgliedschaft in einer terroristischen Vereinigung, obwohl dieser niemals in Pakistan oder Afghanistan oder sonst wo in einem Trainingslager war und auch keinen Eid auf Osama Bin Laden geschworen hatte, führte zu einer Teilaufhebung des Urteils. Nach dem Urteil des Bundesgerichtshofs hätte das Oberlandesgericht den Mann nur wegen Unterstützung verurteilen dürfen, tat dies nun selbst und verwies zur Findung einer neuen Strafe zurück nach Düsseldorf.

Die öffentlich-rechtlichen Sender, die schon von der Revisionshauptverhandlung ausführlich berichtet hatten, konzentrierten sich nun auf die Wohnraumüberwachung, die vom Bundesgerichtshof – mit einer anderen rechtlichen Begründung als das Oberlandesgericht – für rechtmäßig und die Erkenntnisse für verwertbar geklärt wurden. In den Abendnachrichten der Fernsehstationen wurden in diesem Kontext von der Entscheidung berichtet, auch wenn natürlich nicht verschwiegen wurde, dass ein Teil

des Urteils aufgehoben und zurückverwiesen worden war. Die Schlagzeilen sprachen denn auch davon, dass der Bundesgerichtshof eine vom Oberlandesgericht Düsseldorf bevorzugte und von der Europäischen Union angemahnte Auslegung der „terroristischen Vereinigung“ abgelehnt und so hohe Hürden für die Verurteilung von Terroristen aufgebaut hätte. Es wurde kaum darauf eingegangen, dass der 3. Strafsenat die Betrugsentscheidung des Oberlandesgericht rechtlich verworfen und an ihre Stelle eine eigene Wertung gesetzt hatte, die nun dazu u.a. führte, dass in neun Fällen sogar vollendete Betrugsstaten vorlagen und in den restlichen Fällen Versuche. Allerdings wurde zur Kenntnis genommen, dass die Verteidiger ankündigten, Verfassungsbeschwerde für ihre Mandanten erheben zu wollen.

Für zwei der drei Angeklagten war damit das Verfahren rechtskräftig abgeschlossen. Der dritte Mann wurde im Februar 2010 vom Oberlandesgericht Düsseldorf nach zweitägiger Hauptverhandlung zu einer etwas geringeren Strafe verurteilt; die dagegen eingelegte Revision wurde verworfen.

## 3. Verfassungsbeschwerdeverfahren vor dem Bundesverfassungsgericht 2009-2011

Während der zweite Durchgang vor dem Oberlandesgericht Düsseldorf lief, war bereits die Verfassungsbeschwerde eingelegt und begründet worden. Verfassungsrechtliche Verstöße sahen die Beschwerdeführer in der Wohnraumüberwachung und der Verwertung ihrer Erkenntnisse sowie in der Verurteilung wegen Betruges. Während sich das Verfahren hinzog, gab es aus der rechtswissenschaftlichen Literatur – neben Veröffentlichungen von Verfahrensbeteiligten<sup>7</sup> – immer mehr Stimmen, die die Betrugsentscheidung des Bundesgerichtshofs nicht nur scharf kritisierten, sondern auch einen Verstoß gegen den Bestimmtheitsgrundsatz des Art. 103 Abs. 2 GG annahmen.<sup>8</sup> Als der Generalbundesanwalt einen der Angeklagten, der sich auf freiem Fuß befand, im Sommer 2011 zum Strafantritt seiner Reststrafe lud, entschied das Bundesverfassungsgericht in einer einstweiligen Anordnung, dass bis zur Entscheidung über die Verfassungsbeschwerde keine Vollstreckung möglich sei, weil die Verfassungsbeschwerde weder unzulässig noch offenkundig unbegründet sei. Es war somit keine große Überraschung, als der 2. Senat des Bundesverfassungsgerichts am 28.12.2011 seinen Beschluss vom 07.12.2011 veröffentlichte, dass zwar der Große Lauschangriff und die Verwertung der Erkenntnisse im Strafverfahren verfassungsrechtlich nicht zu beanstanden seien, das Urteil des Bundesgerichtshofs jedoch trotzdem vollständig aufgehoben wurde, weil die Verurteilung wegen Betruges gegen das Bestimmtheitsgebot verstoßen habe.<sup>9</sup> Die Sache wurde an den Bundesgerichtshof zurückverwiesen.

<sup>7</sup> Thielmann/Groß-Bölting/Strauß HRRS 2010, 38; Thielmann StraFO 2010, 412.

<sup>8</sup> Vgl. nur Joecks wistra 2010, 179; Fischer, StGB 59. Auflage (2012) § 263 Rn. 176a-c; Gaede, Anwaltkommentar StGB (2011), § 263 Rn. 117.

<sup>9</sup> Vgl. [http://www.bundesverfassungsgericht.de/entscheidungen/rs20111207\\_2bvr250009.html](http://www.bundesverfassungsgericht.de/entscheidungen/rs20111207_2bvr250009.html)

<sup>6</sup> BGH NJW 2009, 3448 = StV 2009, 675 = HRRS 2009 Nr. 890.

Auf diese Entscheidung reagierten die Medien nur vereinzelt. Während dies den Fernsehanstalten gar keine Meldung wert war, gab es in den Zeitungen und im Internet vereinzelt Nachrichten, die zumeist auf einer dpa-Meldung basierten. Die Konzentration lag erneut auf der Frage der Verfassungsmäßigkeit des Großen Lauschangriffs, die vom Bundesverfassungsgericht bejaht worden war. Erstmals wurde durch die Entscheidung zur Kenntnis genommen, dass die Verurteilung wegen Betrugs höchst problematisch gewesen ist. Allerdings zeugten die Artikel zur Entscheidung des Bundesverfassungsgerichts von einer Oberflächlichkeit und einem Halbwissen, das den Medien nicht gut zu Gesicht stand, zumal es sich um die seriösen Berichtstatter handelte. Exemplarisch seien die folgenden Passagen auf Zeitungsmeldungen zitiert:

- „Spiegel online“ übernahm eine dpa-Meldung, in der es hieß: „Diese Entscheidung ist überraschend, da die Betroffenen aus einem ganz anderen Grund vor das Bundesverfassungsgericht gezogen waren.“<sup>10</sup> Offensichtlich ging der Verfasser davon aus, dass die Beschwerdeführer nur die Handhabung der Wohnraumüberwachung gerügt hätten und das Gericht von sich aus den Betrug überprüft hätte. Dementselben Missverständnis unterlag wohl auch die „Legal Tribune Online“, wo es hieß: „Eigentlich hatten die Terrorhelfer die Strafurteile des BGH aus einem anderen Grund von Karlsruhe überprüfen lassen wollen.“<sup>11</sup> Es muss nicht näher ausgeführt werden, dass das Bundesverfassungsgericht in vorliegenden Akten nicht selbstständig nach Verfassungsverstößen fahndet.

- Was Folge dieser Entscheidung sein würde, berichtete die „taz“: „Der BGH muss nun erneut über den Fall entscheiden. Selbst wenn eine Verurteilung wegen Versicherungsbetrug nicht möglich sein sollte, bliebe die Bestrafung wegen Mitgliedschaft und Unterstützung einer terroristischer Vereinigung bestehen.“<sup>12</sup> Offenbar hatte der verantwortliche Redakteur hier den Beschluss des 2. Senats nicht bis zum Schluss gelesen, denn kurz vor Ende (Rnr.181) heißt es dort: „Zur Beseitigung des festgestellten Verfassungsverstößes wird das Urteil des Bundesgerichtshofs vom 14. August 2009 aufgehoben und die Sache an diesen zurückverwiesen. Zwar wäre aus verfassungsrechtlicher Sicht lediglich die Aufhebung der Schuldsprüche wegen tateinheitlichen (versuchten) Betrugs durch das Urteil des Bundesgerichtshofs vom 14. August 2009 und der möglicherweise darauf beruhenden Strafaussprüche erforderlich. Jedoch haben die Fachgerichte zu beurteilen, ob sich daraus weiterreichende Konsequenzen ergeben.“ Es ist somit noch nicht klar, ob die Verurteilungen wegen Mitgliedschaft oder Unterstützung einer terroristischen Vereinigung bestehen bleibt. Dies ist auch deswegen nicht völlig abwegig, weil zumindest die Unterstützung in der Beteiligung an dem nun aufgehobenen Betrug liegen sollte.

<sup>10</sup> Vgl. <http://www.spiegel.de/politik/deutschland/0,1518,806223,00.html> ; <http://www.badische-zeitung.de/deutschland-1/neuer-prozess-gegen-al-qaida-helfer-54235739.html>

<sup>11</sup> Vgl. <http://www.lto.de/de/html/nachrichten/5192/versicherungsbetrug-bei-der-al-qaida/>

<sup>12</sup> Vgl. <http://www.taz.de/!84600/>

## 4. Bewertung

Die Rolle der Medien in der Berichterstattung über das Düsseldorfer Al-Qaida-Verfahren war bislang von Oberflächlichkeit geprägt. Kein Journalist hat sich die Mühe gemacht, einmal genau zu recherchieren, obwohl es genügend Ansätze für die Vermutung gegeben hätte, dass vorliegend die Grenzen der Strafbarkeit in verschiedenen Bereich ausgedehnt worden sind – wie spätestens durch den Beschluss des Bundesverfassungsgerichts offenkundig geworden ist. Eine Ausweitung der Betrugsstrafbarkeit hätte weniger Auswirkungen auf zukünftige „Terrorverfahren“ gehabt, sondern vielmehr auf die Arbeit im tagtäglichen Justizgeschehen und somit auf jedermann. Dies ist aber bei niemandem angekommen, weil die Medien beim Oberlandesgericht Düsseldorf „Hofberichterstattung“ abgeliefert und bereitwillig in den Angelhaken gebissen haben, den der Senat durch sein „Vorwort“ ausgeworfen hatte. Als der 3. Strafsenat des Bundesgerichtshofs dieses OLG-Urteil in nicht weniger als sieben Punkten als fehlerhaft bezeichnete, wurde nur gesehen, dass es keine großen Konsequenzen gab, das Urteil also „weitgehend“ bestätigt wurde. Und beim Beschluss des Bundesverfassungsgerichts wurde zwar die Aufhebung des Urteils berichtet, aber auch jetzt das Hauptaugenmerk auf die Entscheidung zur Wohnraumüberwachung gelegt, die im Ergebnis das Oberlandesgericht und den Bundesgerichtshof bestätigte. Eine Gesamtbetrachtung hat kein einziger Journalist bis heute abgeliefert und die Nachfragen gestellt, die sich aufdrängen sollten: Warum ist selbst dann, wenn der Große Lauschangriff verwertbar gewesen ist, also der Weg zur Überführung damit praktisch frei ist, eine Verurteilung wegen Betruges nicht juristisch korrekt, sogar verfassungswidrig zustande gekommen? Wie kann es sein, dass das Urteil des Düsseldorfer Staatsschutzsenats in verschiedener Hinsicht zu juristisch nicht akzeptablen Ergebnissen geführt hat? Kann dies damit zu tun haben, dass dieser Strafsenat den Schuldnachweis im Vorwort ausdrücklich als eine „Herausforderung des Gerichts“ bezeichnet hatte?<sup>13</sup> Und schließlich: Liegt überhaupt eine Unterstützung der Al Qaida, die nach dem Urteil des Oberlandesgerichts in der Beteiligung an einem Versicherungsbetrug liegen soll, vor, wenn letztendlich gar kein strafbarer Versicherungsbetrug vorliegen sollte, sondern nur eine straflose Vorbereitungshandlung?

Es gibt also genügend Ansatzpunkte, die eine Beschäftigung der Medien mit dem Bild, das die Justiz im Al-Qaida-Verfahren bisher geboten hat, als lohnend ansehen könnte. Es bleibt abzuwarten, ob sich die kritische Presse in diesem wieder auferstandenen Verfahren vielleicht noch einmal zeigen wird, so wie es ihr gesellschaftlicher Auftrag ist. Bis zu diesem Zeitpunkt ist das Al-Qaida-Verfahren ein herausragendes Beispiel für die These von *von Daniels*: „Es scheint, als habe sich die vierte Gewalt bis auf einzelne Ausnahmen aus der Kontrolle der dritten Gewalt verabschiedet.“<sup>14</sup>

<sup>13</sup> Vgl. Fußnote 4.

<sup>14</sup> *Von Daniels* AnwBl 2010, 492.

Dokumentation

## Verfahrensdokumentation

In dieser Ausgabe kein Eintrag.

Schrifttum

## Schrifttum

**Artkämper, Heiko/Esders, Rudolf/Jakobs, Carola/Sotelsek, Marc. Praxiswissen Strafverfahren bei Tötungsdelikten, 1252 Seiten, 98,- €, ZAP-Verlag, Münster 2011.**

In der Reihe „StRR-Schriften für die Strafrechtspraxis“ aus dem ZAP-Verlag ist mit „Praxiswissen – Strafverfahren bei Tötungsdelikten“ ein neues Buch erschienen, in dem sich sowohl erfahrene Staatsanwälte als auch ein Rechtsanwalt, der vor seiner Pensionierung als Vorsitzender Richter eines Schwurgerichts tätig war, mit den rechtlichen und tatsächlichen Aspekten speziell dieser bedeutenden und häufig schwierigen Verfahren auseinandersetzen.

Die Verfasser erörtern die materiellen Fragen des allgemeinen und besonderen Strafrechts bei Tötungsdelikten sowohl in objektiver als auch subjektiver Hinsicht. Dies umfasst sowohl die einzelnen Delikte (mit Abhandlung besonderer Fälle wie u.a. tödliche Schütteltraumata, ärztliche Kunstfehler, Arbeits- und Straßenverkehrsunfälle, Ehren- und Serienmorde) als auch Probleme von Täterschaft und Teilnahme, Unterlassen, Tatvorsatz, Fahrlässigkeit, Leichtfertigkeit sowie den jeweiligen Kombinationen und Rechtfertigungsgründen. Ein erheblicher Teil der Ausführungen entfällt aber ebenso – angesichts der Bedeutung in den meisten Verfahren, die Tötungsdelikte zum Gegenstand haben, völlig zu Recht – auf die Frage der strafrechtlichen Verantwortlichkeit und die Voraussetzungen für Maßregeln der Besserung und Sicherung.

Desweiteren werden umfangreich und umfassend Ermittlungsmaßnahmen und kriminaltechnische Untersuchungsmöglichkeiten dargestellt, neben DNA-Spuren, Daktyloskopie, Blut- und Faserspuren, auch biometrische Vermessung, Bildverarbeitung, Gegenüberstellungen, Rekonstruktionen, Geruchspurenerkennung u.a.. Allein dieser Bereich wird unter 58 verschiedenen Stichpunkten

abgehandelt und hat natürlich nicht nur Bedeutung für Verfahren bei Tötungsdelikten. Außerdem werden Aufgabe und Rolle von Rechtsmedizin und psychologischen und psychiatrischen Sachverständigen dargelegt.

Im weiteren erörtern die Verfasser Tötungsdelikte in den einzelnen Verfahrensstadien wie Ermittlungsverfahren, Zwischenverfahren und Hauptverfahren, u.a. mit den Besonderheiten bei der Vernehmung von „besonderen“ Zeugen, wie z.B. jugendliche oder traumatisierte Zeugen oder Zeugen mit Migrationshintergrund mit den jeweils in Betracht kommenden Anträgen und Entscheidungen. In diesem Buch fehlen aber ebenfalls nicht Ausführungen zu Rechtsmittel-/und Wiederaufnahmeverfahren, Vollstreckung, Verfassungsbeschwerde und Beschwerde zum Europäischen Gerichtshof für Menschenrechte, Nebenklage, Adhäsionsverfahren und Schadensersatz und ein eigener Teil über ausländische Mitbürger als Beschuldigte mit den sich daraus ergebenden Fragen.

Es ist angesichts der Fülle von Themen bereits schwer in einer solchen Rezension den Inhalt stichpunktartig so darzustellen, dass es übersichtlich bleibt, dem umfassenden Behandeln des Verfahrens in Tötungsdelikten aber trotzdem gerecht wird. Möglicherweise haben die Verfasser den Anspruch auf Vollständigkeit auch teilweise zu hoch angesetzt, indem z.B. auf etwa 10 Seiten Grundsätze der Kommunikation dargestellt werden. Dies muss sicherlich an der Oberfläche bleiben. Teilweise erschöpfen sich die Darstellungen gerade im hinteren Bereich des Buches zum Teil in der Nennung des Gesetzestextes.

Dies kann allerdings die Qualität des Buches nicht schmälern, zumal es als Handbuch konzipiert ist. Es soll nach dem Vorwort einen schnellen Einstieg in die jeweilige Problemstellung auf Grundlage einer wissenschaftlich fundierten Basis durch ein autarkes Handbuch gewährleisten. Diesem Anspruch wird das Werk in jeder

Hinsicht gerecht. Es ist wirklich beeindruckend, welche speziellen Konstellationen neben den allgemeinen Erörterungen abgehandelt werden, so dass weder auf den ersten noch auf den zweiten Blick Fragen offen bleiben. In der Praxis werden zwar – wie häufig – sicher doch wieder Konstellationen entstehen, die sich letztlich nicht in dem Buch wiederfinden. Trotzdem ist es für den Unterzeichner, der selbst seit vielen Jahren Vorsitzender einer großen Strafkammer ist und zudem über Jahre als Beisitzer in auch als Schwurgericht tätigen großen Strafkammern war, nur schwer vorstellbar, dass ein Problem

auftritt, dessen Lösung man mit Hilfe dieses Buches nicht zumindest sehr nahe kommt.

Den Verfassern ist es in der Tat gelungen ein umfassendes Handbuch zum Strafverfahren bei Tötungsdelikten vorzulegen, das jedem Praktiker, sei es Verteidiger, Staatsanwalt oder Richter eine ganz große Hilfe sein kann.

VorsRiLG **Werner Richter**, Münster

\*\*\*

### Rechtsprechung

## Vollständige Rechtsprechungsübersicht

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

### **182. EGMR Nr. 33468/03 (1. Kammer) – Urteil vom 10. Januar 2012 (Vulakh u.a. v. Russland)**

Verletzung der Unschuldsvermutung eines Verstorbenen durch gerichtliche Schuldunterstellungen; Verletzung der Eigentumsfreiheit durch zivilrechtliche Verantwortlichkeit der Erben eines verstorbenen Angeklagten (Haftung des Erben nach Straftaten des Erblassers; Enteignung; Verfahrensrechte zum Schutz eigenen Eigentums).

Art. 6 Abs. 2 EMRK; Art. 1 Zusatzprotokoll Nr. 1 zur EMRK; Art. 1 Abs. 1 GG; Art. 14 GG; § 1967 BGB

### **183. BVerfG 1 BvR 1299/05 (Erster Senat) – Beschluss vom 24. Januar 2012**

Verfassungsmäßigkeit von Normen des Telekommunikationsgesetzes; Telekommunikationsgeheimnis; Recht auf informationelle Selbstbestimmung; Telekommunikationsdaten; Telekommunikationsnummern; IP-Adressen (statische; dynamische); Speicherungspflicht; Auskunftspflicht; Auskunftsverfahren (automatisiertes; manuelles); Datenerhebung (anlasslose); Rechtsgrundlage (qualifizierte).

Art. 1 Abs. 1 GG; Art. 2 Abs. 1 GG; Art. 10 Abs. 1 GG; § 95 Abs. 1 TKG; § 111 TKG; § 112 TKG; § 113 TKG

### **184. BVerfG 1 BvR 461/08 (1. Kammer des Ersten Senats) – Beschluss vom 9. November 2011 (Thüringer OLG / LG Mühlhausen)**

Meinungsfreiheit; Tatsachenbehauptung; Werturteil; allgemeines Gesetz; Grundrechtsschranke (immanente); Wechselwirkungslehre; Volksverhetzung; Auschwitzzüge; Verbreiten von Schriften.

Art. 5 Abs. 1 Satz 1 GG; § 130 StGB

### **185. BGH 3 StR 262/11 – Beschluss vom 13. September 2011 (LG München)**

Kriminelle Vereinigung (inländische; ausländische; geografische Zuordnung; Schwerpunkt der Organisationsstruktur; „Diebe im Gesetz“); Wahlfeststellung; Verfolgungsermächtigung; gewerbsmäßige Bandenhehlerei; Gewerbsmäßigkeit (Eigennützigkeit; eigener Vorteil; mittelbarer Vorteil; Zugriff).

§ 129 StGB; § 129a StGB; § 129b StGB; § 259 StGB; § 260 StGB

### **186. BGH 3 StR 272/11 – Beschluss vom 15. Dezember 2011 (LG Kleve)**

Strafzumessung.

§ 46 StGB

### **187. BGH 3 StR 281/11 – Beschluss vom 29. November 2011 (LG Wuppertal)**

Zuständigkeit des Amtsanwalts; Übertragung von Verfahrensrechten auf unzuständigen Amtsträger (Beruhen); Fragerecht; Rekonstruktionsverbot (Ergebnis der Beweisaufnahme; protokollierungspflichtige Vorgänge).

§ 240 Abs. 2 Satz 1 StPO; § 142 GVG; § 145 Abs. 2 GVG; § 337 StPO; § 273 StPO

### **188. BGH 3 StR 370/11 – Beschluss vom 10. Januar 2012 (LG Berlin)**

Unterbringung in einem psychiatrischen Krankenhaus; schwere andere seelische Abartigkeit (paranoide Persönlichkeitsstörung).

§ 63 StGB; § 20 StGB

### **189. BGH 3 StR 374/11 – Beschluss vom 20. Dezember 2011 (LG Hannover)**

Nachträgliche Bildung der Gesamtstrafe; Verschlechterungsverbot; Unterbringung in einer Entziehungsanstalt

(Hang); mehrere Maßregeln (Verhältnismäßigkeit; mildere Maßregel; Unsicherheiten).

§ 55 StGB; § 301 StPO; § 358 StPO; § 64 StGB; § 66 StGB; § 72 StGB

**190. BGH 3 StR 389/11 – Beschluss vom 14. Februar 2012 (LG Lüneburg)**

Teilweise Einstellung des Verfahrens.

§ 154 Abs. 2 StPO

**191. BGH 3 StR 398/11 – Beschluss vom 6. Dezember 2011 (LG Mönchengladbach)**

Tötungsvorsatz (Beweiswürdigung; Kenntnis der Gefährlichkeit; Schluss auf das voluntative Element; Würdigung einer emotionalen Erregung; Spontantaten).

§ 212 StGB; § 15 StGB

**192. BGH 3 StR 413/11 – Urteil vom 19. Januar 2012 (LG Wuppertal)**

Strafzumessung (ausdrückliche Erörterung bereits erwähnter Umstände; Beseitigung von Tat Spuren; besondere Haftempfindlichkeit; unvertretbare Milde; gerechter Schuldausgleich).

§ 46 StGB

**193. BGH 3 StR 419/11 – Beschluss vom 20. Dezember 2011 (LG Duisburg)**

Unerlaubtes Handeltreiben mit Betäubungsmitteln (minder schwerer Fall); Beihilfe.

§ 29 BtMG; § 29a BtMG; § 22 StGB; § 23 StGB; § 49 Abs. 1 StGB

**194. BGH 3 StR 419/11 – Beschluss vom 31. Januar 2012**

Berichtigungsbeschluss.

§ 267 StPO

**195. BGH 3 StR 421/11 – Beschluss vom 20. Dezember 2011 (LG Verden)**

Unterbringung in einer Entziehungsanstalt (Hang).

§ 64 StGB

**196. BGH 3 StR 427/11 – Beschluss vom 22. Dezember 2011 (LG Hannover)**

Unterbringung in einem psychiatrischen Krankenhaus.

§ 63 StGB

**197. BGH 3 StR 428/11 – Beschluss vom 31. Januar 2012 (LG Kleve)**

Nachträgliche Gesamtstrafenbildung (Vollstreckungsstand).

§ 55 StPO

**198. BGH 3 StR 433/11 – Beschluss vom 31. Januar 2012 (LG Kleve)**

Unbegründete Revision.

§ 349 Abs. 2 StPO

**199. BGH 3 StR 443/11 – Beschluss vom 2. Februar 2012 (LG Düsseldorf)**

Unbegründete Revision.

§ 349 Abs. 2 StPO

**200. BGH 3 StR 449/11 – Beschluss vom 17. Januar 2012 (LG Düsseldorf)**

Gefährliche Körperverletzung (Beihilfe; sukzessive Mittäterschaft; eigenes Interesse am Taterfolg); Strafzumessung (Beruhen).

§ 224 StGB; § 27 StGB; § 337 StPO; § 46 StGB; § 54 StGB

**201. BGH 3 StR 456/11 – Beschluss vom 17. Januar 2012 (LG Kleve)**

Unbegründete Revision; Absehen von der Verfolgung.

§ 430 StPO; § 349 Abs. 2 StPO

**202. BGH 3 StR 458/11 – Beschluss vom 31. Januar 2012 (LG Krefeld)**

Unbegründete Revision; Neufassung der Entscheidung über den Adhäsionsantrag.

§ 349 Abs. 2 StPO; § 406 StPO

**203. BGH 5 StR 11/12 – Beschluss vom 7. Februar 2012 (LG Itzehoe)**

Unbegründete Revision.

§ 349 Abs. 2 StPO

**204. BGH 5 StR 13/12 – Beschluss vom 7. Februar 2012 (LG Berlin)**

Unbegründete Revision; Rücknahme der Revision (Kosten).

§ 349 Abs. 2 StPO; § 473 Abs. 1 StPO

**205. BGH 5 StR 351/11 – Beschluss vom 10. Januar 2012 (LG Berlin)**

Vorabentscheidungsverfahren; Visakodex der Europäischen Gemeinschaft; Akzessorietätslockerung; erschliches Visum.

Art. 267 AEUV; § 97 Abs. 2 AufenthG; § 96 Abs. 1 Nr. 1 AufenthG; § 95 Abs. 1 Nr. 3 AufenthG; § 96 Abs. 1 Nr. 2 AufenthG; § 95 Abs. 1 Nr. 2 AufenthG

**206. BGH 5 StR 390/11 – Beschluss vom 26. Januar 2012**

Erinnerung gegen den Kostenansatz (Senatsbesetzung).

§ 66 Abs. 1 GKG; § 19 Abs. 2 GKG; § 3 Abs. 2 GKG; § 139 Abs. 1 GVG

**207. BGH 5 StR 436/11 – Beschluss vom 12. Januar 2012 (LG Hamburg)**

Inbegriffsrüge; Beruhen.

§ 261 StPO; § 337 StPO; § 344 Abs. 2 StPO

**208. BGH 5 StR 445/11 – Beschluss vom 11. Januar 2012 (LG Zwickau)**

Unerlaubtes Handeltreiben mit Betäubungsmitteln; Bewertungseinheit; Mitgliedschaft in einer Bande (bloße Gehilfen Tätigkeit; wertende Betrachtung; konkrete Tatsachen); Strafzumessung (Gehilfe).

§ 29 BtMG; § 29a BtMG; § 30 BtMG; § 30a BtMG; § 46 StGB; § 27 StGB

**209. BGH 5 StR 462/11 – Beschluss vom 12. Januar 2012 (LG Leipzig)**

Unzulässige Revision; unbegründete Revision; Wiedereinsetzung in den vorigen Stand (Glaubhaftmachung).

§ 349 StPO; § 45 StPO

**210. BGH 5 StR 482/11 – Beschluss vom 25. Januar 2012 (LG Berlin)**

Erheblich verminderte Schuldfähigkeit; Schuldunfähigkeit; Beweiswürdigung.  
§ 20 StGB; § 21 StGB; § 261 StGB

**211. BGH 5 StR 508/11 – Beschluss vom 10. Januar 2012 (LG Hamburg)**

Recht auf ein faires Verfahren (rechtlicher Hinweis erst nach Schlussvortrag des Staatsanwalts); Rügeobliegenheit (Zwischenrechtsbehelf; Antrag auf Entscheidung des Gerichts); Beweiswürdigung (wenig plausible Angaben eines Zeugen; teilweise Berufung auf Auskunftsverweigerungsrecht; Gesamtwürdigung; Aussagekonstanz).  
Art. 6 EMRK; § 238 Abs. 2 StPO; § 265 Abs. 1 StPO; § 261 StPO

**212. BGH 5 StR 510/11 – Beschluss vom 10. Januar 2012 (LG Leipzig)**

Unerlaubtes Handeltreiben mit Betäubungsmitteln (Bande; Gegenüberstehen; selbständiges Handeltreiben); Beweiswürdigung (alternativer Geschehensablauf; Erörterung).  
§ 30 BtMG; § 30a BtMG; § 261 StPO; § 267 Abs. 3 StPO

**213. BGH 5 StR 517/11 – Beschluss vom 10. Januar 2012 (LG Bremen)**

Erheblich verminderte Schuldfähigkeit (alkoholgewohnter Angeklagter; Beweiswürdigung).  
§ 21 StGB; § 261 StPO

**214. BGH 5 StR 526/11 – Beschluss vom 25. Januar 2012 (LG Berlin)**

Strafzumessung (strafscharfende Berücksichtigung tilgungsreifer Vorstrafen); Bundeszentralregister.  
§ 46 StGB; § 51 Abs. 1 BZRG

**215. BGH 5 StR 531/11 – Beschluss vom 11. Januar 2012 (LG Hamburg)**

Entschädigung für erlittene Untersuchungshaft.  
§ 4 StrEG

**216. BGH 5 StR 533/11 – Beschluss vom 11. Januar 2012 (LG Berlin)**

Unbegründete Revision; Beruhen.  
§ 349 Abs. 2 StPO; § 337 StPO

**217. BGH 5 StR 535/11 – Beschluss vom 24. Januar 2012 (LG Berlin)**

Unterbringung in der Sicherungsverwahrung (strikte Verhältnismäßigkeitsprüfung; schwere Gewalttaten; besonders schwerer Raub).  
§ 66 StGB; § 66a StGB; § 249 StGB; § 250 Abs. 2 StGB

**218. BGH 5 StR 541/11 – Beschluss vom 25. Januar 2012 (LG Hamburg)**

Teilfreispruch; Gesamtstrafenbildung; nachträgliche Bildung der Gesamtstrafe (für den Vollstreckungsstand maßgeblicher Zeitpunkt).  
§ 54 StGB; § 55 StGB

**219. BGH 5 StR 552/11 – Beschluss vom 12. Januar 2012 (LG Chemnitz)**

Unbegründete Revision.

§ 349 Abs. 2 StPO

**220. BGH 5 StR 554/11 – Beschluss vom 7. Februar 2012 (LG Lübeck)**

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

**221. BGH 5 StR 562/11 – Beschluss vom 25. Januar 2012 (LG Braunschweig)**

Unbegründete Revision; Strafzumessung.  
§ 349 Abs. 2 StPO; § 46 StGB

**222. BGH 5 ARs 63/11 – Beschluss vom 26. Januar 2012**

Unzulässige Rechtsbeschwerde.  
§ 29 Abs. 1 EGGVG

**223. BGH 5 ARs 64/11 – Beschluss vom 7. Februar 2012 (3. Strafsenat des Bundesgerichtshofs)**

Anfrageverfahren (Aufgabe eigener entgegenstehender Rechtsprechung zur Interessentheorie; Bankrott).  
§ 132 GVG; § 283 StGB

**224. BGH StB 16/11 – Beschluss vom 20. Dezember 2011 (LG Mainz)**

Polizei- und Ordnungsbehördengesetz Rheinland-Pfalz; Rechtswegzuweisung zur ordentlichen Gerichtsbarkeit; Gesamtverweisung; FamFG; Rechtsbeschwerde; Beschwerdegericht (fehlende Zuständigkeit); rechtliches Gehör; Zweck des Richtervorbehalts; effektiver Rechtsschutz.  
§ 21 POG-RP; § 28 POG-RP; § 72 Abs. 2 FamFG; Art. 103 Abs. 1 GG; Art. 19 Abs. 4 GG

**225. BGH StB 19/11 – Beschluss vom 12. Januar 2012 (Ermittlungsrichter des Bundesgerichtshofs)**

Antrag auf gerichtliche Entscheidung gegen Beschränkungen im Vollzug der Untersuchungshaft (kein Devolutiveffekt); Beschwerde gegen Haftentscheidung des Ermittlungsrichters des Bundesgerichtshofs; Verfügung.  
§ 119 StPO; § 304 Abs. 5 StPO

**226. BGH StB 20/11 – Beschluss vom 10. Januar 2012 (OLG Stuttgart)**

Beugehaft gegen einen Zeugen (Verhältnismäßigkeit; Haftunfähigkeit; Rote Armee Fraktion: RAF; Fall Buback); Auskunftsverweigerungsrecht; Zweck des Strafverfahrens; Wertesystem der Verfassung; Rechtsstaatsprinzip.  
§ 70 StPO; § 55 StPO; Art. 20 Abs. 3 GG; Art. 2 Abs. 2 GG

**227. BGH 1 StR 287/11 – Urteil vom 29. November 2011 (LG Traunstein)**

„Dracula-Fall“; Nötigung; Bedrohung; räuberische Erpressung; Anforderungen an einen Freispruch (Gesamtwürdigung; hinreichende Darstellung; Deutung von Äußerungen); Transparenz bei der Verständigung (Gespräche zwischen Staatsanwaltschaft und Verteidigung).  
§ 261 StPO; § 240 StGB; § 241 StGB; § 253 StGB; § 255 StGB; § 257c StPO

**228. BGH 1 StR 412/11 – Urteil vom 24. Januar 2012 (LG Karlsruhe)**

BGHR; Umgrenzungsfunktion der Anklageschrift bei Bandentaten oder „uneigentlichen Organisationsdelikten“ (Maßstab des Schuldspruchs; Unwirksamkeit der Anklage; Informationsfunktion).

§ 200 StPO; § 264 StPO; § 263 Abs. 5 StGB; § 207 StPO; § 210 StPO

**229. BGH 1 StR 474/11 – Beschluss vom 12. Januar 2012 (LG Frankfurt am Main)**

Revisionsgrund der Abwesenheit eines notwendigen Verfahrensbeteiligten (Angeklagter; Eigenmächtigkeit).

§ 338 Nr. 5 StPO; § 230 StPO; § 231 Abs. 2 StPO

**230. BGH 1 StR 546/11 – Beschluss vom 19. Januar 2012 (LG Mosbach)**

Unbegründete Anhörungsrüge.

§ 356a StPO

**231. BGH 1 StR 551/11 – Beschluss vom 24. Januar 2012 (LG Bielefeld)**

Kompensation einer rechtsstaatswidrigen Verfahrensverzögerung nur durch Feststellung der Konventionsverletzung im Steuerstrafverfahren (Recht auf Beschwerde; Abhilfe).

Art. 6 EMRK; Art. 13 EMRK

**232. BGH 1 StR 579/11 – Beschluss vom 15. Dezember 2011 (LG Essen)**

Steuerverkürzung in großem Ausmaß bei der Steuerhinterziehung (Griff in die Kasse des Staates; Fallgruppen des großen Ausmaßes; Anlehnung an den Betrug); mangelnde Vereidigung des Dolmetschers (allgemeine Beidigung; Beruhen; Beweiskraft des Sitzungsprotokolls; Protokollberichtigungsverfahren: Überprüfung eines substantiierten Widerspruchs des Verteidigers).

§ 370 Abs. 3 Satz 2 Nr. 1 AO; § 371 Abs. 2 Nr. 3 AO; § 263 StGB; § 189 GVG; § 337 StPO; § 274 StPO; § 273 StPO

**233. BGH 1 StR 580/11 – Urteil vom 10. Januar 2012 (LG Baden-Baden)**

Versuchter Prozessbetrug; Strafaussetzung zur Bewährung (besondere Gründe: mangelndes Geständnis; Selbstbelastungsfreiheit); Gesamtstrafenbildung in vollen Jahren und Monaten; Abfassung der Urteilsgründe (überflüssige Ausführungen).

Art. 1 GG; Art. 2 Abs. 1 GG; Art. 6 EMRK; § 263 StGB; § 22 StGB; § 39 StGB; § 56 StGB; § 267 StPO

**234. BGH 1 StR 582/11 – Beschluss vom 14. Dezember 2011 (LG Karlsruhe)**

Konkurrenzen zwischen Bedrohung und Nötigung (Strafschärfung trotz Verdrängung des Tatbestandes).

§ 52 StGB; § 240 StGB; § 241 StGB; § 46 StGB

**235. BGH 1 StR 587/11 – Beschluss vom 10. Januar 2012 (LG Regensburg)**

Inbegriffsrüge (Selbstleseverfahren: Protokollierung der tatsächlichen Kenntnisnahme, Anordnung nach Durchführung; Beruhen).

§ 261 StPO; § 249 Abs. 2 Satz 3 StPO; § 337 StPO

**236. BGH 1 StR 630/11 – Beschluss vom 24. Januar 2012 (LG Koblenz)**

Tenorierung bei Steuerhinterziehung.

§ 370 AO

**237. BGH 1 StR 636/11 – Beschluss vom 24. Januar 2012 (LG Hamburg)**

Verwerfung der Revision als unbegründet.

§ 349 Abs. 2 StPO

**238. BGH 2 StR 302/11 – Beschluss vom 3. November 2011 (LG Frankfurt am Main)**

BGHSt; Vorteil im Sinne des § 257 Abs. 1 StGB (an einen Tatbeteiligten gezahlter oder versprochener Tatlohn; Unmittelbarkeitserfordernis; Vorteil aus und für die Tat; Hemmung der Rechtspflege und Wiederherstellung des gesetzmäßigen Zustandes); Kompensation rechtsstaatswidriger Verfahrensverzögerungen nach der Vollstreckungslösung.

§ 257 Abs. 1 StGB; Art. 6 EMRK; Art. 13 EMRK

**239. BGH 2 StR 380/11 – Beschluss vom 27. Dezember 2011 (LG Wiesbaden)**

Gefährliche Körperverletzung; Notwehr (Waffeneinsatz); Tat im prozessualen Sinne.

§ 224 StGB; § 32 StGB; § 264 StPO

**240. BGH 2 ARs 403/11 – Beschluss vom 22. Dezember 2011 (BGH)**

Aufgabe der Interessentheorie (Bankrott; Untreue).

§ 283 StGB; § 266 StGB; § 14 StGB

**241. BGH 2 ARs 405/11 2 AR 269/11 – Beschluss vom 9. Januar 2012 (BGH)**

Gegenvorstellung.

Vor § 1 StPO

**242. BGH 2 StR 411/11 – Beschluss vom 28. Dezember 2011 (LG Limburg)**

Unzulässige erneute Anordnung einer Maßregel und der Einziehung (Rechtskraft).

§ 69a StGB; § 267 StPO; Art. 103 Abs. 3 GG

**243. BGH 2 ARs 426/11 2 AR 284/11 – Beschluss vom 27. Dezember 2011 (AG Tiergarten)**

Übertragung der Untersuchung und Entscheidung.

§ 12 Abs. 2 StPO

**244. BGH 2 StR 518/11 – Beschluss vom 31. Januar 2012 (LG Frankfurt am Main)**

Verwerfung der Revision als unbegründet.

§ 349 Abs. 2 StPO

**245. BGH 2 StR 523/11 – Beschluss vom 28. Dezember 2011 (LG Frankfurt am Main)**

Rechtsfehlerhafte Beweiswürdigung (mangelnde Feststellung der Anknüpfungstatsachen; Lückenhaftigkeit; Widersprüchlichkeit).

§ 261 StPO

**246. BGH 4 ARs 17/11 – Beschluss vom 10. Januar 2012 (BGH)**

Aufgabe der Interessentheorie (Bankrott; Untreue).

§ 283 StGB; § 14 StGB; § 266 StGB

**247. BGH 4 StR 404/11 – Beschluss vom 21. Dezember 2011 (LG Bielefeld)**

Sexuelle Nötigung (Ausnutzung einer schutzlosen Lage; Furcht vor der Verlegung in eine stationäre Pflegeeinrichtung); Nötigung; unbegründete Befangenheitsrüge (in Grenzen erlaubte richterliche Unmutsäußerungen).

§ 177 Abs. 1 Nr. 3 StGB; § 240 StGB; § 338 Nr. 3 StPO; § 24 Abs. 2 StPO

**248. BGH 4 StR 469/11 – Beschluss vom 24. Januar 2012 (LG Kaiserslautern)**

Unzulässige Befangenheitsanträge gegen Richter des 4. Strafsenats des BGH wegen eines bestellten Verwerfungsantrages (fernmündliche Kontaktaufnahme des Berichterstatters mit dem Generalbundesanwalt und ergänzende Stellungnahme des GBA; Verspätung; analoge Anwendung des § 25 Abs. 2 Satz 2 StPO, Anhörungsrüge, Überlastung der Richter nach Doppelbesetzung des Vorsitzendenamtes).

§ 349 Abs. 2, Abs. 3 StPO; § 356a StPO; § 26a StPO; § 25 Abs. 2 Satz 2 StPO

**249. BGH 4 StR 487/11 – Beschluss vom 20. Dezember 2011 (LG Paderborn)**

Rechtsfehlerhaftes Absehen von der Unterbringung des Angeklagten in einer Entziehungsanstalt (konkrete Erfolgsaussicht).

§ 64 StGB

**250. BGH 4 StR 489/11 – Beschluss vom 22. Dezember 2011 (LG Paderborn)**

Meistbegünstigungsgrundsatz bei sexuellem Missbrauch von Kindern (frühere Regelung über einen minder schweren Fall).

§ 2 Abs. 3 StGB; § 176 StGB a.F.; § 176 StGB

**251. BGH 4 StR 491/11 – Beschluss vom 20. Dezember 2011 (LG Dortmund)**

Betrug im automatisierten Mahnverfahren (Erwirkung von Mahnbescheiden und von Vollstreckungsbescheide mittels falscher Angaben; Täuschung; Irrtum: sachgedankliches Mitbewusstsein); Untreue; Computerbetrug; prinzipielle Zulässigkeit des Urkundenbeweises bei Äußerungen von Mitangeklagten.

§ 263 StGB; § 691 Abs. 1 ZPO; § 692 Abs. 1 Nr. 2 ZPO; § 138 ZPO; § 1 MBearbMahn – NRW vom 28. Januar 1999; § 266 StGB; § 263a StGB; § 249 Abs. 1 StPO; § 250 Satz 2 StPO; § 251 StPO; § 254 Abs. 1 StPO

**252. BGH 4 StR 497/11 – Beschluss vom 24. Januar 2012 (LG Saarbrücken)**

Verwerfung der Revision als unbegründet.

§ 349 Abs. 2 StPO

**253. BGH 4 StR 509/11 – Beschluss vom 12. Januar 2012 (LG Halle)**

Verwerfung der Revision als unbegründet.

§ 349 Abs. 2 StPO

**254. BGH 4 StR 523/11 – Beschluss vom 11. Januar 2012 (LG Flensburg)**

Gesetzlicher Richter (ordnungsgemäße Besetzung bei Übernahme zweier Strafsenate durch den Senatsvorsitzenden).

Art. 101 Abs. 1 Satz 2 GG; § 21e GVG; § 21f GVG; § 160a StPO

**255. BGH 4 StR 541/11 – Beschluss vom 2. Februar 2012**

Antrag auf Beiordnung eines weiteren Pflichtverteidigers (Entpflichtung; Zuständigkeit; Antragsauslegung).

§ 142 StPO; § 141 StPO; § 143 StPO; Art. 6 Abs. 3 lit. c EMRK

**256. BGH 4 StR 543/11 – Beschluss vom 23. Januar 2012 (LG Bochum)**

Verwerfung der Revision als unbegründet.

§ 349 Abs. 2 StPO

**257. BGH 4 StR 559/11 – Beschluss vom 11. Januar 2012 (LG Münster)**

Verwerfung der Revision als unbegründet.

§ 349 Abs. 2 StPO

**258. BGH 4 StR 581/11 – Beschluss vom 22. Dezember 2011 (LG Dessau-Roßlau)**

Minder schwerer Fall des Bestimmens einer Person unter 18 Jahren als Person über 21 Jahre zur Förderung des unerlaubten Handeltreibens mit Betäubungsmitteln (Beginn einer Tatserie im Alter unter 21 Jahre).

§ 30a Abs. 2, Abs. 3 BtMG

**259. BGH 4 StR 591/11 – Beschluss vom 11. Januar 2012 (LG Dessau)**

Konkurrenzen zwischen dem besonders schweren Raub und der Bedrohung.

§ 52 StGB; § 249 StGB; § 250 Abs. 2 StGB; § 241 StGB

**260. BGH 4 StR 628/11 – Beschluss vom 10. Januar 2012 (LG Halle)**

Verwerfung der Revision als unzulässig (mangelnde Beschwer; Rüge der unterbliebenen Anordnung einer Maßregel).

§ 349 Abs. 1 StPO

**261. BGH 4 StR 632/11 – Beschluss vom 10. Januar 2012 (LG Essen)**

Tanken ohne zu bezahlen als (versuchter) Betrug oder Unterschlagung (Täuschung; Geben; Nehmen; Einverständnis; Wegnahme; Subsidiarität).

§ 263 StGB; § 246 StGB; § 22 StGB; § 242 StGB; § 164 StGB

**262. BGH 1 StR 559/11 – Beschluss vom 12. Januar 2012 (LG Augsburg)**

Strafzumessung (Auswirkungen der Verurteilung auf das Berufsleben: Vorbereitungsdienst, zwingende Entlassung aus dem Beamtenverhältnis, Erörterungsmangel).

§ 46 StGB; § 24 Abs. 1 BeamStG; § 5 Abs. 1 BayLBG

**263. BGH 1 StR 614/11 – Beschluss vom 24. Januar 2012 (LG Karlsruhe)**

Aufrechterhaltung des Strafausspruchs nach Korrektur des Schuldspruchs und Fortfall von 30 Fällen (Strafverfolgungsverjährung; Strafschärfung infolge verjährter Straftaten).

§ 354 Abs. 1 StPO; § 337 StPO; § 46 Abs. 2 StGB; § 78 StGB; § 174 StGB; § 206a StPO

**264. BGH 1 StR 658/11 – Beschluss vom 8. Februar 2012 (LG Coburg)**

Aufrechterhaltung des Strafausspruchs nach Korrektur des Schuldspruchs und Fortfall von 37 Fällen (Strafverfolgungsverjährung; Strafschärfung infolge verjährter Straftaten).

§ 354 Abs. 1 StPO; § 337 StPO; § 46 Abs. 2 StGB; § 78 StGB; § 174 StGB

**265. BGH 2 ARs 327/11 2 AR 182/11 – Beschluss vom 14. Februar 2012 (BGH)**

Unzulässiger Antrag auf Ablehnung einer Richterin am BGH (verfahrensfremde Zwecke); Beschwerde; Anhörungsrüge.

§ 26a Abs. 1 Nr. 3, Abs. 2 Satz 1 und 2 StPO; § 33a StPO; § 304 Abs. 4 Satz 2 Halbs. 2 StPO

**266. BGH 2 StR 346/11 – Urteil vom 8. Februar 2012 (LG Gera)**

Gesetzlicher Richter (Doppelvorsitz Ernemann; Beschleunigungsgebot; Verbot der Rechtsschutzverweigerung); Absehen von der Anordnung der Sicherungsverwahrung nach den Maßgaben des Bundesverfassungsgerichts (Beruhen).

Art. 101 Abs. 1 Satz 2 GG; Art. 19 Abs. 4 GG; Art. 6 Abs. 1 Satz 1 EMRK; § 21e Abs. 1 Satz 1 GVG; § 66 StGB; § 337 StPO

**267. BGH 2 StR 482/11 – Urteil vom 11. Januar 2012 (LG Koblenz)**

Gesetzlicher Richter (Doppelvorsitz Ernemann); Anforderungen an einen rechtsfehlerfreien Freispruch.

Art. 101 Abs. 1 Satz 2 GG; § 261 StPO; § 21e Abs. 1 Satz 1 GVG

**268. BGH 2 StR 509/10 – Urteil vom 22. Dezember 2011 (BGH)**

BGHSt; verfassungsunmittelbares (selbständiges) Beweisverwertungsverbot für ein mittels akustischer Überwachung in einem Kraftfahrzeug aufgezeichnetes Selbstgespräch (Schutz für Mitangeklagte; geschützter Kernbereich; Menschenwürde; Tagebuchentscheidung).

Art. 1 Abs. 1 GG; Art. 2 Abs. 1 GG; § 100 f StPO

**269. BGH 2 StR 581/11 – Beschluss vom 1. Februar 2012 (LG Wiesbaden)**

Unzulässige Revision (Nebenklage).

§ 395 StPO; § 346 Abs. 1 StPO

**270. BGH 2 StR 590/11 – Beschluss vom 19. Januar 2012 (LG Darmstadt)**

Unerlaubtes Handeltreiben mit Betäubungsmitteln in nicht geringer Menge (Mittäterschaft nur bei Eigennützigkeit).

§ 29a BtMG; § 25 Abs. 2 StGB

**271. BGH 4 StR 493/11 – Beschluss vom 24. Januar 2012 (LG Kaiserslautern)**

Unmittelbarkeitsgrundsatz (Vernehmung des Vernehmungsbeamten nach Berufung auf ein Auskunftsverweigerungsrecht; Verlesung); Darlegungsanforderungen an die Geltendmachung eines Verwertungsverbot infolge einer rechtswidrigen Durchsuchung (Vermerk zu den Gründen der Durchsuchung; Richtervorbehalt).

§ 250 StPO; § 251 StPO; § 105 StPO; § 55 StPO; § 344 Abs. 2 Satz 2 StPO

**272. BGH 4 StR 539/11 – Beschluss vom 7. Februar 2012 (LG Saarbrücken)**

Verwerfung der Revision als unbegründet.

§ 349 Abs. 2 StPO

**273. BGH 4 StR 605/11 – Beschluss vom 25. Januar 2012 (LG Münster)**

Meistbegünstigungsgrundsatz (Grundsatz der Alternativität; Sicherungsverwahrung).

§ 2 Abs. 3 StGB; Art. 316e EGStGB

**274. BGH 4 StR 612/11 – Beschluss vom 11. Januar 2012 (LG Frankenthal)**

Einziehung eines Computers nach Ladung einer kinderpornographischen Datei (Grenze der Verhältnismäßigkeit; Besitz kinderpornographischer Schriften).

§ 74 StGB; § 74b StGB; § 184b Abs. 6 Satz 2 und 3 StGB

**275. BGH 4 StR 631/11 – Beschluss vom 25. Januar 2012 (LG Halle)**

Pflicht zur Kostenentscheidung bei das Verfahren beendenden Entscheidungen (Einstellungsbeschluss).

§ 154 Abs. 2 StPO; § 464 Abs. 1 und 2 StPO

**276. BGH 4 StR 636/11 – Beschluss vom 24. Januar 2012 (LG Siegen)**

Rechtsfehlerhaft unterbliebene Anordnung der Unterbringung in einer Entziehungsanstalt (Gefährlichkeitsprognose).

§ 64 StGB