

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

RA Wiss. Ass. Dr. Christian Becker;
RiLG Ulf Buermeyer; Prof. Dr. iur.
Karsten Gaede; RiLG Dr. Holger
Mann; RA Dr. iur. Stephan
Schlegel.

STÄNDIGE MITARBEITER

Christoph Henckel (Redaktionsassis-
tent); Prof. Dr. Jochen Bung, M.A.,
Univ. Passau; Ass.-Prof. Dr. Daniela
Demko, LL.M., (Univ. Luzern); Wiss.
Ass. Dr. Lutz Eidam, LL.M. (Bucerius
Law School); Dr. Antje du Bois-
Pedain, MJur (Oxon), (Univ. Cam-
bridge); Prof. Dr. Diethelm Kleczew-
ski (Univ. Leipzig); Prof. Dr. Hans
Kudlich (Univ. Erlangen-Nürnberg);
Prof. Dr. Frank Meyer, LL.M. (Yale),
Univ. Zürich; RA Tilo Mühlbauer
(Dresden); RA Prof. Dr. Ralf Neuhaus
(Dortmund); RA Dr. Markus Rüben-
stahl, mag. iur. (Flick Gocke Schaum-
burg, Frankfurt a.M.); Prof. Dr. Frank
Saliger (Bucerius Law School Ham-
burg); RA Dr. Hellen Schilling, (Frank-
furt aM); Prof. Dr. Christoph Sowada
(Univ. Greifswald); RA Klaus-Ulrich
Ventzke (Hamburg) und Prof. Dr.
Wolfgang Wohlers (Univ. Zürich)

Publikationen

Prof. Dr. *Frank Meyer*, LL.M. (Yale), Univ. Zürich – **Der Fall Nada vor dem EGMR: Nichts Neues zur Normhierarchie zwischen UN-Recht und EMRK?** Bespr. zu EGMR HRRS 2013 Nr. 224 S. 79

Rechtsreferendarin *Ricarda Christine Schelzke*, Hamburg – **Die iCloud als Gefahr für den Rechtsanwalt?** S. 86

Entscheidungen

- BVerfG **Verfassungsmäßigkeit der Verständigungspraxis**
- EuGH **Europäischer Haftbefehl und Abwesenheitsverfahren**
- EGMR **Umgang mit UN-Terrorlisten und EMRK (Nada v. Schweiz)**
- BVerfG **Verfassungswidrige Zwangsbehandlung im sächs. Maßregelvollzug**
- BVerfG **Reichweite der verfassungskonformen Anwendung des Rechts der Sicherungsverwahrung**
- BGHSt **Verwertung von „Beinahetreffern“ bei der DNA-Analyse**
- BGHSt **Umgang mit versteckten Vermögenswerten beim Bankrott und Schuldnerschaft als besonderes persönliches Merkmal**
- BGH **Keine Hinweispflicht zum Verbot der Mehrfachverteidigung bezüglich der ersten Beschuldigtenvernehmung**
- BGH **Sicherungsverwahrung bei schwerwiegender Straftat gegen ein Kind**
- BGH **Kraftfahrzeug als gefährliches Werkzeug**

Die Ausgabe umfasst 89 Entscheidungen.

HRRS

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

HERAUSGEBER

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

SCHRIFTFLEITUNG

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

REDAKTION

RA Wiss. Ass. Dr. Christian Becker; RiLG Ulf Buermeyer; Prof. Dr. Karsten Gaede; RiLG Dr. Holger Mann; RA Dr. Stephan Schlegel

Als ständige Mitarbeiter wirken mit:

Christoph Henckel (Redaktionsassistent); 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); Prof. Dr. Frank Meyer, LL.M. (Yale), Univ. Zürich; RA Tilo Mühlbauer (Dresden); RA Prof. Dr. Ralf Neuhaus (Dortmund); RA Dr. 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

14. Jahrgang, März 2013, Ausgabe

3

Rechtsprechung

Strafrechtliche/strafverfahrensrechtliche Entscheidungen des EGMR/EuGH/BVerfG

222. BVerfG 2 BvR 2628/10, 2 BvR 2883/10; 2 BvR 2155/10 (Zweiter Senat) – Urteil vom 19. März 2013 (BGH / LG Berlin / LG München II)

Abreden im Strafverfahren (Verständigung; Verständigungsgesetz; „Deal“); Grundsätze für das Strafverfahren (Rechtsstaatsprinzip; Schuldgrundsatz; materielle Wahrheit; funktionstüchtige Strafrechtspflege; Beschleunigungsgrundsatz; faires Verfahren; Aussagefreiheit; Selbstbelastungsfreiheit; Unschuldsvermutung; richterliche Unabhängigkeit; Neutralität; gesetzlicher Richter; effektive Verteidigung); Verfassungsmäßigkeit des Verständigungsgesetzes (verfassungswidrige Praxis; gesetzliche Schutzmechanismen; Amtsaufklärungspflicht; richterliche Überzeugungsbildung;

Formalgeständnis; Strafraumenverschiebung; abschließende Regelung; Verbot informeller Verfahrensweisen; Offenlegungspflicht; Dokumentationspflicht; Mitteilungspflicht; Belehrungspflicht; Kontrollfunktion der Staatsanwaltschaft; Rechtsmittelkontrolle; Wegfall der Bindungswirkung; Aussagefreiheit; Selbstbelastungsfreiheit); Verständigungspraxis (Vollzugsdefizit; kein strukturelles Regelungsdefizit; Beobachtungs- und Nachbesserungspflicht des Gesetzgebers); Sanktionschere.

Art. 1 Abs. 1 GG; Art. 2 Abs. 1 GG; Art. 20 Abs. 3 GG; Art. 97 GG; Art. 101 Abs. 1 Satz 2 GG; § 35a StPO; § 160b StPO; § 202a StPO; § 212 StPO; § 243 Abs. 4 StPO; § 257b StPO, § 257c StPO; § 273 StPO; § 302 Abs. 1 Satz 2 StPO

1. Das im Grundgesetz verankerte Schuldprinzip und die mit ihm verbundene Pflicht zur Erforschung der materiellen Wahrheit sowie der Grundsatz des fairen, rechtsstaatlichen Verfahrens, die Unschuldsvermutung und die Neutralitätspflicht des Gerichts schließen es aus, die Handhabung der Wahrheitserforschung, die rechtliche Subsumtion und die Grundsätze der Strafzumessung zur freien Disposition der Verfahrensbeteiligten und des Gerichts zu stellen. (BVerfGE)

2. Verständigungen zwischen Gericht und Verfahrensbeteiligten über Stand und Aussichten der Hauptverhandlung, die dem Angeklagten für den Fall eines Geständnisses eine Strafobergrenze zusagen und eine Strafuntergrenze ankündigen, tragen das Risiko in sich, dass die verfassungsrechtlichen Vorgaben nicht in vollem Umfang beachtet werden. Gleichwohl ist es dem Gesetzgeber nicht schlechthin verwehrt, zur Verfahrensvereinfachung Verständigungen zuzulassen. Er muss jedoch zugleich durch hinreichende Vorkehrungen sicherstellen, dass die verfassungsrechtlichen Anforderungen gewahrt bleiben. Die Wirksamkeit der vorgesehenen Schutzmechanismen hat der Gesetzgeber fortwährend zu überprüfen. Ergibt sich, dass sie unvollständig oder ungeeignet sind, hat er insoweit nachzubessern und erforderlichenfalls seine Entscheidung für die Zulässigkeit strafprozessualer Absprachen zu revidieren. (BVerfGE)

3. Das Verständigungsgesetz sichert die Einhaltung der verfassungsrechtlichen Vorgaben in ausreichender Weise. Der in erheblichem Maße defizitäre Vollzug des Verständigungsgesetzes führt derzeit nicht zur Verfassungswidrigkeit der gesetzlichen Regelung. (BVerfGE)

4. Mit den Vorschriften des Verständigungsgesetzes hat die Zulassung von Verständigungen im Strafverfahren eine abschließende Regelung erfahren. Außerhalb des gesetzlichen Regelungskonzepts erfolgende sogenannte informelle Absprachen sind unzulässig. (BVerfGE)

5. Für die Ausgestaltung des Strafverfahrens – und für Absprachen im Besonderen – ergeben sich aus dem Grundgesetz die folgenden Maßstäbe:

a) Aus dem in der Menschenwürdegarantie und im Rechtsstaatsprinzip verankerten Schuldgrundsatz folgt für das Strafverfahren, dass jede Strafe die Feststellung eines individuell vorwerfbaren Verhaltens voraussetzt und dass die Strafe in einem gerechten Verhältnis zur Schwere der Tat und zum Verschulden des Täters stehen muss.

b) Der Staat ist von Verfassungs wegen gehalten, zum Schutz elementarer Rechtsgüter eine funktionstüchtige Strafrechtspflege zu gewährleisten, die Straftäter in einem justizförmigen, dem Beschleunigungsgrundsatz und der materiellen Wahrheit verpflichteten Verfahren im Rahmen der Gesetze einer schuldangemessenen Bestrafung zuführt und die rechtskräftig verhängte Strafen auch vollstreckt.

c) Zugleich hat der Strafprozess dem mit Strafe Bedrohten eine wirksame Sicherung seiner Grundrechte in einem fairen Verfahren zu gewährleisten und sicherzu-

stellen, dass der Beschuldigte seine prozessualen Rechte mit der erforderlichen Sachkunde wahrnehmen und Übergriffe staatlicher Stellen oder anderer Verfahrensbeteiligter angemessen abwehren kann. Als Ausprägungen des Rechtsstaatsprinzips sind dabei die Aussage- und Selbstbelastungsfreiheit des Beschuldigten sowie die Unschuldsvermutung zu achten.

d) Das Rechtsstaatsprinzip sowie das Prinzip der richterlichen Unabhängigkeit und des gesetzlichen Richters gewährleisten dem Beschuldigten das Recht, vor einem unparteilichen und unvoreingenommenen Richter zu stehen, der nicht aufgrund persönlicher oder sachlicher Beziehungen zu den Verfahrensbeteiligten oder zum Streitgegenstand die gebotene Neutralität vermissen lässt.

e) Das im Rechtsstaatsprinzip und im Recht auf ein faires Verfahren verankerte Recht des Beschuldigten, sich von einem Anwalt seines Vertrauens verteidigen zu lassen, verbietet es, im Strafprozess Verfahrensweisen vorzusehen, die – etwa durch Schaffung sachwidriger Anreize – das Vertrauensverhältnis zwischen Beschuldigtem und Verteidiger unterlaufen und das Recht auf eine effektive Verteidigung entwerten.

6. Die gesetzliche Regelung der Verständigungen im Strafverfahren ist verfassungsgemäß, weil sie in ausreichendem Maße mit spezifischen Schutzmechanismen versehen ist, die bei der gebotenen präzisierenden Auslegung und Anwendung erwarten lassen, dass die verfassungsrechtlichen Anforderungen erfüllt werden. Im Einzelnen bedeutet dies:

a) Das Verständigungsgesetz statuiert kein neues, konsensuales Modell des Strafverfahrens, sondern integriert Absprachen – die das Grundgesetz nicht schlechthin ausschließt – in den von Verfassungs wegen der bestmöglichen Erforschung der materiellen Wahrheit und der Findung einer tat- und schuldangemessenen Strafe verpflichteten Strafprozess.

b) Grundlage eines Strafurteils kann niemals die Verständigung als solche sein, sondern nur die – ausreichend fundierte – Überzeugung des Gerichts von dem von ihm festzustellenden Sachverhalt. Das Gericht bleibt dabei an die unverändert geltende Amtsaufklärungspflicht gebunden. Daher ist ein inhaltsleeres Formalgeständnis keine taugliche Grundlage für die richterliche Überzeugungsbildung. Angesichts des verständigungsbedingten Anreizes zur Abgabe eines falschen Geständnisses ist jedes Geständnis – erforderlichenfalls durch Beweiserhebung in der Hauptverhandlung – auf seine Richtigkeit zu überprüfen.

c) Sowohl die tatsächlichen Feststellungen als auch deren rechtliche Würdigung bleiben der Disposition der an einer Verständigung Beteiligten entzogen. Insbesondere darf eine Strafraumenverschiebung – auch im Zusammenhang mit Sonderstrafrahmen für besonders oder minder schwere Fälle – nicht Gegenstand einer Verständigung sein. Ein auf einer Verständigung basierendes Urteil darf den Boden schuldangemessenen Strafens nicht verlassen.

d) Ein wirksamer Rechtsmittelverzicht ist gerade auch dann ausgeschlossen, wenn sich die Beteiligten unter Verstoß gegen gesetzliche Vorschriften verständigt haben. Bindungswirkung vermögen solche Verständigungen nicht zu entfalten. Die gesetzliche – von § 348 StGB sanktionierte – Protokollierungspflicht gilt für alle Verständigungen. Die Einbeziehung anderer anhängiger Ermittlungsverfahren in eine Verständigung – etwa über § 154 Abs. 1 StPO – ist unzulässig.

e) Die gesetzliche Pflicht zur Offenlegung und vollständigen Dokumentation von Verfahrensabsprachen soll sicherstellen, dass diese so ablaufen, wie vom Gesetz vorgeschrieben. Die Offenlegungs- und Dokumentationspflicht bezieht sich auch auf Vorgespräche, soweit sie nicht nur formale Fragen, sondern (auch) den möglichen Inhalt einer Verständigung betreffen. Die Verständigung selbst darf nur in der Hauptverhandlung erfolgen.

f) Der Funktion der Staatsanwaltschaft, die Gesetzmäßigkeit des strafgerichtlichen Verfahrens sicherzustellen, kommt in der Verständigungssituation eine herausgehobene Bedeutung zu. Die Staatsanwaltschaft hat ihre Zustimmung zu gesetzeswidrigen Verständigungen zu verweigern und gegen Urteile, die auf solchen Verständigungen beruhen, Rechtsmittel einzulegen.

g) Die im Verständigungsgesetz vorgesehenen Schutzmechanismen bilden den Kern des gesetzlichen Regelungskonzeptes und zielen auch darauf ab, eine vollumfängliche Rechtsmittelkontrolle von Verständigungen sicherzustellen. Die gesetzlichen Mitteilungs-, Belehrungs- und Dokumentationspflichten stellen daher nicht bloße Ordnungsvorschriften dar. Vielmehr führt ein Verstoß regelmäßig zur Rechtswidrigkeit einer gleichwohl getroffenen Verständigung. Das Urteil wird regelmäßig auf diesem Verstoß beruhen.

h) Der Wegfall der Bindungswirkung, wenn rechtlich oder tatsächlich bedeutsame Umstände übersehen worden sind oder sich neu ergeben und der in Aussicht gestellte Strafrahmen deshalb nicht mehr tat- und schuldangemessen ist, ist Ausdruck des gesetzgeberischen Willens, die Grundsätze der richterlichen Überzeugungsbildung und den Schuldgrundsatz auch bei Verständigungen unangetastet zu lassen. Die Belehrungspflicht über den Wegfall der Bindungswirkung und das für diesen Fall vorgesehene Verwertungsverbot bezüglich eines Geständnisses schützen die Aussagefreiheit des Angeklagten. Bei einem Verstoß gegen die Belehrungspflicht wird das Revisionsgericht regelmäßig davon auszugehen haben, dass Geständnis und Urteil auf dem Fehler beruhen.

7. Trotz einer die gesetzlichen Vorgaben in erheblichem Umfang vernachlässigenden Verständigungspraxis kann gegenwärtig ein strukturelles Regelungsdefizit, das eine Verfassungswidrigkeit der gesetzlichen Regelung zur Folge hätte, nicht festgestellt werden. Die Ursachen für das Vollzugsdefizit liegen vielmehr vorrangig in der steigenden Komplexität der zu beurteilenden Lebenssachverhalte, in einer stetigen Ausweitung des materiellen Strafrechts, in immer differenzierteren Anforderungen an den Ablauf des Strafverfahrens und in einem bislang

offenkundig noch wenig ausgeprägten Bewusstsein der Praxis für die Bedeutung der gesetzlichen Schutzmechanismen.

8. Den Gesetzgeber trifft allerdings eine Beobachtungs- und ggf. eine Nachbesserungspflicht hinsichtlich der gesetzlichen Schutzmechanismen. Sollte sich die gerichtliche Praxis auch weiterhin in erheblichem Umfang über die gesetzlichen Vorgaben hinwegsetzen, hätte der Gesetzgeber dem durch geeignete Maßnahmen entgegenzuwirken.

9. Eine Verständigung ist mit dem Grundsatz des fairen Verfahrens regelmäßig unvereinbar, wenn der Angeklagte zuvor nicht gemäß § 257c Abs. 5 StPO über die Voraussetzungen und Folgen einer Abweichung des Gerichtes von dem in Aussicht gestellten Ergebnis im Sinne des § 257c Abs. 4 StPO belehrt worden ist. Dies gilt auch dann, wenn es nicht zu einer Abweichung von der Verständigung gekommen ist. Das verständigungsbasierte Urteil beruht regelmäßig auf dem Verstoß gegen die Belehrungspflicht, sofern nicht aufgrund konkreter Umstände ausgeschlossen werden kann, dass der Angeklagte das Geständnis auch bei ordnungsgemäßer Belehrung abgegeben hätte.

10. Der Schuldgrundsatz und die darin verankerte Pflicht zur bestmöglichen Erforschung der materiellen Wahrheit sind verletzt, wenn sich das Strafgericht im Rahmen einer Verständigung mit einem inhaltsleeren Formalgeständnis begnügt, das sich in einer Bezugnahme auf die Anklage erschöpft. Eine Verständigung verstößt außerdem dann gegen den Schuldgrundsatz, wenn sie an den Verzicht auf Beweisangebote zur Schuldfrage gekoppelt ist und wenn sie eine Strafrahmenverschiebung hinsichtlich eines minder schweren Falles zum Gegenstand hat.

11. Die Selbstbelastungsfreiheit des Angeklagten kann durch eine übermäßige Differenz zwischen den in Aussicht gestellten Strafobergrenzen für den Fall einer Verständigung einerseits und den Fall einer herkömmlichen Hauptverhandlung andererseits verletzt sein. Das Maß des verfassungsrechtlich Zulässigen ist jedenfalls dann deutlich überschritten, wenn das Gericht auf der Grundlage einer Verständigung zu einer zur Bewährung ausgesetzten Gesamtfreiheitsstrafe von zwei Jahren gelangt, während es für den Fall einer herkömmlichen Hauptverhandlung zwei Einzelfreiheitsstrafen von jeweils bis zu drei Jahren bzw. eine Gesamtfreiheitsstrafe von vier Jahren in Aussicht gestellt hatte.

223. EuGH C 399/11 – Urteil vom 26. Februar 2013 (Stefano Melloni v. Ministerio Fiscal)

Vereinbarkeit des Rahmenbeschlusses über den Europäischen Haftbefehl und Unionsgrundrechte (grundrechtskonforme Auslegung von Rahmenbeschlüssen; Recht auf ein faires Strafverfahren: Wesensgehalt und Menschenwürde, Verteidigungsrechte; Menschenrechte der EMRK: Kohärenzklausel; Abwesenheitsverfahren: Rahmenbeschluss 2009/299/JL, Anwesenheitsrecht des Angeklagten und Recht auf Verteidigerbeistand, Rechtsverzicht, gegenseitige Anerkennung rechtskräftiger Entscheidungen; zeitliche Anwendbarkeit des geänderten Rahmenbeschlusses und Zulässigkeit des

Vorabentscheidungsverfahrens); Reichweite des Vorrangs des Unionsrechts.

Art. 4a Abs. 1 Rahmenbeschluss 2002/584/JI des Rates vom 13. Juni 2002 (RbEuHb); Art. 5 Nr. 1 RbEuHb aF; Art. 1 Rahmenbeschlusses 2009/299/JI des Rates vom 26. Februar 2009; Art. 53 GRC; Art. 52 GRC; Art. 6 GRC; Art. 48 Abs. 2 GRC; Art. 47 GRC; Art. 5 EMRK; Art. 6 EMRK; Art. 267 AEUV; Art. 6 EUV

1. Art. 4a Abs. 1 des Rahmenbeschlusses 2002/584/JI des Rates vom 13. Juni 2002 über den Europäischen Haftbefehl und die Übergabeverfahren zwischen den Mitgliedstaaten in der durch den Rahmenbeschluss 2009/299/JI des Rates vom 26. Februar 2009 geänderten Fassung ist dahin auszulegen, dass er die vollstreckende Justizbehörde unter den in dieser Bestimmung genannten Voraussetzungen daran hindert, die Vollstreckung eines zur Vollstreckung einer Strafe ausgestellten Europäischen Haftbefehls von der Bedingung abhängig zu machen, dass die in Abwesenheit ausgesprochene Verurteilung im Ausstellungsmitgliedstaat überprüft werden kann. (EuGH)

2. Art. 4a Abs. 1 des Rahmenbeschlusses 2002/584 in der durch den Rahmenbeschluss 2009/299 geänderten Fassung ist mit den sich aus den Art. 47 und 48 Abs. 2 der Charta der Grundrechte der Europäischen Union ergebenden Erfordernissen vereinbar. (EuGH)

3. Art. 53 der Charta der Grundrechte der Europäischen Union ist dahin auszulegen, dass er es einem Mitgliedstaat nicht gestattet, die Übergabe einer in Abwesenheit verurteilten Person von der Bedingung, dass die Verurteilung im Ausstellungsmitgliedstaat einer Überprüfung unterworfen werden kann, abhängig zu machen, um zu vermeiden, dass das Recht auf ein faires Verfahren und die Verteidigungsrechte, wie sie in seiner Verfassung garantiert sind, verletzt werden. (EuGH)

4. Nach ständiger Rechtsprechung sind Verfahrensvorschriften im Allgemeinen auf alle bei ihrem Inkrafttreten anhängigen Rechtsstreitigkeiten anwendbar, während materiell-rechtliche Vorschriften gewöhnlich so ausgelegt werden, dass sie nicht für vor ihrem Inkrafttreten entstandene Sachverhalte gelten. Dies gilt auch für die Einführung des Art. 4a RbEuHb und die Einschränkung des früheren Art. 5 Nr. 1 RbEuHb. (Bearbeiter)

5. Nach Art. 1 Abs. 2 des Rahmenbeschlusses 2002/584 sind die Mitgliedstaaten grundsätzlich verpflichtet, einen Europäischen Haftbefehl zu vollstrecken. Die Mitgliedstaaten können nach den Bestimmungen dieses Rahmenbeschlusses die Vollstreckung eines solchen Haftbefehls nur in den Fällen ablehnen, in denen sie gemäß Art. 3 des Rahmenbeschlusses abzulehnen ist oder gemäß Art. 4 oder 4a des Rahmenbeschlusses abgelehnt werden kann. Außerdem kann die vollstreckende Justizbehörde die Vollstreckung eines Europäischen Haftbefehls nur an die in Art. 5 des Rahmenbeschlusses angeführten Bedingungen knüpfen. (Bearbeiter)

6. Der Vorrang des Unionsrechts gilt auch für Rahmenbeschlüsse. Er steht der Berufung auf nationale Grundrechte zur Verweigerung einer durch den Rahmenbeschluss

nach dem Prinzip gegenseitiger Anerkennung gebotenen Vollstreckung entgegen. (Bearbeiter)

224. EGMR Nr. 10593/08 – Urteil der Großen Kammer vom 12. September 2012 (Nada v. Schweiz)

Recht auf Achtung des Privatlebens und Recht auf Beschwerde; Verhältnis zwischen der EMRK und UN-Recht (Antiterrorresolutionen des UN-Sicherheitsrats; sog. UN-Terrorliste; smart sanctions; Sanktionsausschuss des Sicherheitsrats [1267-Committee]); extraterritoriale Anwendbarkeit der EMRK im Fall einer Enklave; redaktioneller Hinweis.

Art. 1 EMRK; Art. 8 EMRK; Art. 13 EMRK; Art. 5 EMRK; Art. 103 UN-Charta; Resolution 1267 (1999); Resolution 1333 (2000); Resolution 1373 (2001); Resolution 1390 (2002)

Einzelfall einer Verletzung des Rechts auf Achtung des Privatlebens und des Rechts auf Beschwerde durch einen Ermessensausfall im Zusammenhang mit einer Listung als Terrorverdächtiger („Fall Nada“).

225. BVerfG 2 BvR 228/12 (Zweiter Senat) – Beschluss vom 20. Februar 2013 (OLG Dresden / LG Leipzig)

Zwangsbehandlung im Maßregelvollzug; körperliche Unversehrtheit (Eingriff; Zwangsmaßnahme; Einwilligung; Betreuer; natürlicher Wille; Krankheitseinsicht); Rechtfertigung (Eingriffsgrundlage; Vorbehalt des Gesetzes; verfassungsrechtliche Anforderungen; Verfahrensgarantien; Verhältnismäßigkeit; effektiver Rechtsschutz).

Art. 2 Abs. 2 Satz 1 GG; Art. 19 Abs. 4 GG; § 22 SächsPsychKG; § 23 SächsPsychKG; § 38 SächsPsychKG; § 1906 BGB; § 109 StVollzG

1. Die medizinische Zwangsbehandlung eines im Maßregelvollzug Untergebrachten greift in dessen Grundrecht aus Art. 2 Abs. 2 Satz 1 GG ein, das die körperliche Integrität des Betroffenen sowie dessen Selbstbestimmungsrecht schützt. Dies gilt für jede Behandlung gegen den natürlichen Willen des Betroffenen, unabhängig davon, ob sie gewaltsam durchgesetzt wird oder ob der Betroffene sich auf die von ihm abgelehnte Behandlung einlässt, um Zwangsmaßnahmen zu vermeiden (Bezugnahme auf BVerfGE 128, 282, 300 f. sowie 129, 269, 280 [= HRRS 2011 Nr. 1129]).

2. Der Eingriffscharakter einer gegen den natürlichen Willen des Betroffenen durchgeführten Behandlung entfällt auch nicht dadurch, dass der Betreuer des Betroffenen in die Maßnahme einwilligt.

3. Der mit einer Zwangsbehandlung verbundene Grundrechtseingriff kann ungeachtet seiner besonderen Schwere gerechtfertigt sein, soweit er auf einer verfassungskonformen gesetzlichen Grundlage beruht. Der Vorbehalt des Gesetzes gilt dabei gleichermaßen für die materiellen wie auch für die formellen Eingriffsvoraussetzungen, welche hinreichend bestimmt geregelt sein müssen.

4. § 22 Abs. 1 Satz 1 SächsPsychKG ist als Eingriffsgrundlage für eine Zwangsbehandlung nicht geeignet, weil die

Vorschrift gegen Art. 2 Abs. 2 Satz 1 und Art. 19 Abs. 4 GG verstößt und nichtig ist:

a) Der Verfassungswidrigkeit der Vorschrift steht nicht entgegen, dass das SächsPsychKG – anders als die entsprechenden, bereits früher für verfassungswidrig erklärten Regelungen in Baden-Württemberg und Rheinland-Pfalz – Behandlungen ohne Einwilligung des Betroffenen bzw. seines Betreuers regelmäßig ausschließt, weil dadurch die verfassungsrechtlichen Anforderungen an eine Zwangsbehandlung nicht modifiziert werden.

b) Die Vorschrift begrenzt die Möglichkeit der Zwangsbehandlung nicht, wie verfassungsrechtlich geboten, auf die Fälle einer krankheitsbedingt fehlenden Fähigkeit zur Einsicht in die Notwendigkeit der Behandlung. Auch die Einschaltung eines Betreuers für diese Fälle behebt den Mangel nicht, weil dessen Einwilligung die Einwilligung des Betroffenen nicht ersetzen kann.

c) Die Vorschrift verletzt auch den Grundsatz der Verhältnismäßigkeit, weil sie die zulässigen Eingriffszwecke und -voraussetzungen nicht abschließend bestimmt und weil das Verfahren insoweit defizitär ausgestaltet ist, als das Gesetz weder ein Bemühen um eine freiwillige Zustimmung noch eine hinreichend konkrete Ankündigung der Maßnahme verlangt und auch keine ausreichende unabhängige Überprüfung der Behandlung vorsieht.

d) Die Vorschrift verstößt schließlich gegen Art. 19 Abs. 4 GG, weil hinsichtlich der Einbindung eines Betreuers unklar bleibt, ob der Betroffene im Verfahren nach §§ 109 ff. StVollzG oder vor dem Betreuungsgericht Rechtsschutz gegen die Einwilligung seines Betreuers in die Zwangsbehandlung erlangen kann.

228. BVerfG 2 BvR 2122/11, 2 BvR 2705/11 (Zweiter Senat) – Beschluss vom 6. Februar 2013 (OLG Frankfurt am Main / LG Marburg)

Nachträgliche Sicherungsverwahrung (nach Unterbringung im psychiatrischen Krankenhaus); Vertrauensschutz (Verhältnismäßigkeit; strikte Prüfung; erhöhte Anforderungen; europäische Menschenrechtskonvention).

Art. 2 Abs. 2 Satz 2 GG; Art. 20 Abs. 3 GG; Art. 104 Abs. 1 GG; Art. 5 EMRK; Art. 7 EMRK; § 63 StGB; § 66b Satz 1 StGB; § 66b Abs. 3 StGB a.F.; § 67d Abs. 6 StGB, § 1 Abs. 1 ThUG

1. Nach dem Urteil des Bundesverfassungsgerichts vom 4. Mai 2011 (BVerfGE 128, 326 <330> = HRRS 2011 Nr. 488) verstößt § 66b Abs. 3 StGB a. F., wie die Vorschriften über die Sicherungsverwahrung insgesamt, gegen das aus Art. 2 Abs. 2 Satz 2 in Verbindung mit Art. 104 Abs. 1 GG herzuleitende Abstandsgebot. Die Vorschriften dürfen längstens bis zum 31. Mai 2013 und nur nach Maßgabe der in dem Urteil getroffenen Weitergeltungsanordnung angewendet werden. Danach ist die Anordnung der Sicherungsverwahrung in der Regel nur verhältnismäßig, wenn von dem Verurteilten eine konkrete Gefahr schwerer Gewalt- oder Sexualstraftaten ausgeht.

2. Soweit eine Vorschrift darüber hinaus ein nach Art. 2 Abs. 2 Satz 2, Art. 20 Abs. 3 GG schutzwürdiges Vertrauen des Betroffenen beeinträchtigt, ist dessen (weitere) Unterbringung in der Sicherungsverwahrung nach dem Urteil des Bundesverfassungsgerichts vom 4. Mai 2011 nur noch dann verhältnismäßig, wenn eine hochgradige Gefahr schwerster Gewalt- oder Sexualstraftaten aus konkreten Umständen in seiner Person oder seinem Verhalten abzuleiten ist und wenn bei ihm eine psychische Störung im Sinne von § 1 Abs. 1 Nr. 1 des Therapieunterbringungsgesetzes besteht.

3. Auch in Konstellationen, in denen über die in dem Urteil des Bundesverfassungsgerichts vom 4. Mai 2011 genannten Fälle hinaus die Anwendung einer Norm in ein schutzwürdiges Vertrauen des Betroffenen eingreift, sind die Gerichte bis zu einer Neuregelung des Rechts der Sicherungsverwahrung gehalten, die Sicherungsverwahrung nur noch dann anzuordnen oder aufrechtzuerhalten, wenn die genannten erhöhten Verhältnismäßigkeitsanforderungen erfüllt sind (Bezugnahme auf BVerfGE 129, 37 <47> = HRRS 2011 Nr. 740).

4. § 66b Abs. 3 StGB a. F. (jetzt: § 66b Satz 1 StGB), welcher die nachträgliche Sicherungsverwahrung ermöglicht, wenn sich die Unterbringung im psychiatrischen Krankenhaus wegen Wegfalls oder Nichtbestehens des schuld mindernden bzw. schuldausschließenden Zustandes nach § 67d Abs. 6 StGB erledigt hat, beeinträchtigt ein schutzwürdiges Vertrauen des Untergebrachten und ist daher nur nach Maßgabe einer strikten Verhältnismäßigkeitsprüfung weiter anwendbar.

5. § 66b Abs. 3 StGB a. F. regelt nicht lediglich eine unter Vertrauensschutzgesichtspunkten unbeachtliche Überweisung von einer Maßregel in eine andere; denn die Unterbringung nach § 63 StGB muss zunächst beendet sein, bevor in einem dem Anordnungsverfahren entsprechenden Verfahren die Sicherungsverwahrung verhängt werden kann, bei der es sich auch um eine gegenüber § 63 StGB auch qualitativ andere Maßregel handelt.

6. Das Vertrauen des Betroffenen, dass ihm die Sicherungsverwahrung dauerhaft erspart bleibt, ist auch dann verfassungsrechtlich geschützt, wenn die Voraussetzungen der Sicherungsverwahrung bereits zum Zeitpunkt des tatgerichtlichen Urteils erfüllt waren, die Sicherungsverwahrung jedoch im Urteil weder angeordnet noch vorbehalten worden ist. Dies gilt insbesondere dann, wenn zum Zeitpunkt des Urteils noch keine Norm existierte, die eine nachträgliche Sicherungsverwahrung ermöglicht. Das Gewicht des Vertrauens nähert sich in diesen Fällen einem absoluten Vertrauensschutz an, zumal bei der Gewichtung der betroffenen Vertrauensschutzbelange auch Art. 5 und Art. 7 EMRK in ihrer Konkretisierung durch den EGMR zu berücksichtigen sind.

227. BVerfG 2 BvR 2098/12 (3. Kammer des Zweiten Senats) – Beschluss vom 17. Januar 2013 (OLG Stuttgart / LG Stuttgart / AG Stuttgart)

Untersuchungshaft (Freiheitsgrundrecht; Verhältnismäßigkeitsgrundsatz; Heranwachsende; Beschleunigungsgebot in Haftsachen; Haftprüfungsentscheidung; Begründungstiefe; Jugendstrafrecht; hypothetisches Strafende; Verfahrensförderung).

Art. 2 Abs. 2 Satz 2 GG; Art. 20 Abs. 3 GG; Art. 104 GG; § 116 Abs. 1 StPO; § 57 StGB; § 88 JGG

1. Bei dem einer Straftat lediglich Verdächtigen ist zur Wahrung der im Rechtsstaatsprinzip wurzelnden Unschuldsumutung eine Freiheitsentziehung im Strafverfahren nur dann zulässig, wenn die unabwiesbaren Bedürfnisse einer wirksamen Strafverfolgung den Freiheitsanspruch des Beschuldigten überwiegen. Bei der Abwägung ist dem Verhältnismäßigkeitsgrundsatz Rechnung zu tragen.

2. Der Grundsatz der Verhältnismäßigkeit ist auch im Hinblick auf die Dauer der Untersuchungshaft von Bedeutung. Mit zunehmender Dauer steigen die Anforderungen an die Zügigkeit der Verfahrensbearbeitung, an den die Haftfortdauer rechtfertigenden Grund sowie an die Begründungstiefe von Haftfortdauerentscheidungen.

3. Das in Art. 2 Abs. 2 Satz 2 GG verankerte Beschleunigungsgebot in Haftsachen erfordert es, die notwendigen Ermittlungen mit der erforderlichen Schnelligkeit abzuschließen und eine gerichtliche Entscheidung über die dem Beschuldigten vorgeworfenen Taten ohne vermeidbare und dem Staat zuzurechnende Verfahrensverzögerungen herbeizuführen.

4. An den zügigen Fortgang des Verfahrens sind umso strengere Anforderungen zu stellen, je länger die Untersuchungshaft bereits andauert. Mit zunehmender Dauer der Untersuchungshaft steigen außerdem die Anforderungen an den die Haftfortdauer rechtfertigenden Grund sowie an die Begründungstiefe von Haftfortdauerentscheidungen.

5. Bei der Abwägung der Angemessenheit der Verfahrensdauer haben die Gerichte vorrangig auf objektive Kriterien wie die Komplexität der Rechtssache, die Vielzahl der beteiligten Personen und das Verhalten der Verteidigung abzustellen. Zu würdigen sind außerdem die voraussichtliche Gesamtdauer des Verfahrens, die im Raum stehende konkrete Straferwartung und – für den Fall der Verhängung einer Freiheitsstrafe – das hypothetische Strafende.

6. Bei der Erörterung des hypothetischen Strafendes ist auch die Möglichkeit der Aussetzung des Strafrestes zur Bewährung nach § 57 StGB bzw. § 88 JGG zu berücksichtigen. Hierfür besteht insbesondere dann Anlass, wenn der Beschuldigte nicht vorbestraft ist und erstmalig von einer freiheitsentziehenden Maßnahme betroffen sein würde und wenn die Jugendgerichtshilfe die Anwendung von Jugendstrafrecht empfohlen hat.

7. Der Pflicht zur beschleunigten Durchführung der Hauptverhandlung genügt das Gericht regelmäßig nicht, wenn es in dem jeweiligen Verfahren – ungeachtet einer möglichen mehrwöchigen Unterbrechung wegen Urlaubs – durchschnittlich nur ca. einen Sitzungstag pro Woche

durchführt. Dies gilt insbesondere dann, wenn das Gericht an einer nennenswerten Zahl von Verhandlungstagen nur kurze, den Sitzungstag nicht ausschöpfende Zeit verhandelt und das Verfahren dadurch nicht entscheidend fördert.

229. BVerfG 2 BvR 2392/12 (3. Kammer des Zweiten Senats) – Beschluss vom 23. Januar 2013 (LG Erfurt / AG Erfurt)

DNA-Analyse (Körperzellen; Entnahme; molekulargenetische Untersuchung; künftige Strafverfahren; Recht auf informationelle Selbstbestimmung; körperliche Unversehrtheit; Verhältnismäßigkeitsgrundsatz); einstweilige Anordnung (Folgenabwägung).

Art. 1 Abs. 1 GG; Art. 2 Abs. 1 GG; Art. 2 Abs. 2 Satz 1 GG; § 81g StPO; § 32 Abs. 1 BVerfGG

1. Die Anordnung der Entnahme und der molekulargenetischen Untersuchung von Körperzellen zur Verwendung in künftigen Strafverfahren nach § 81g StPO setzt eine Prognose bezüglich künftig zu erwartender Taten des Verurteilten voraus, die einzelfallbezogen zu begründen ist.

2. Basiert die beabsichtigte DNA-Untersuchung auf einer jugendstrafrechtlichen Verurteilung wegen sexuellen Missbrauchs von Kindern, so erscheint ein Verfassungsverstoß zumindest möglich, wenn die gerichtlichen Entscheidungen keinerlei Ausführungen dazu enthalten, dass es sich um einen erst 14-jährigen Beschuldigten handelt, der eine 13-Jährige lediglich geküsst und bei dieser einen „Knutschfleck“ hinterlassen hat, wobei die Handlungen aus seiner Sicht auf gegenseitigem Einverständnis beruhen.

3. Bei der Folgenabwägung im Rahmen des § 32 Abs. 1 BVerfGG über eine Anordnung nach § 81g StPO überwiegt der teilweise irreparable Eingriff in die körperliche Unversehrtheit und das Recht auf informationelle Selbstbestimmung insbesondere bei einem Jugendlichen regelmäßig das Interesse an einer sofortigen Vollziehung der Untersuchung.

226. BVerfG 2 BvR 376/11 (2. Kammer des Zweiten Senats) – Beschluss vom 24. Januar 2013 (LG München I / AG München)

Durchsuchungsbeschluss (Anforderungen an den Tatverdacht; bloße Vermutungen); Bestellbetrug.

Art. 13 GG; § 102 StPO; § 105 StPO; § 263 StGB

1. Das Gewicht des mit einer Durchsuchung verbundenen Eingriffs in die durch Art. 13 Abs. 1 GG geschützte persönliche Lebenssphäre verlangt als Durchsuchungsvoraussetzung Verdachtsgründe, die über vage Anhaltspunkte und bloße Vermutungen hinausreichen.

2. Eine Durchsuchung verletzt das Grundrecht aus Art. 13 Abs. 1 GG, wenn sich für sie sachlich zureichende plausible Gründe nicht mehr finden lassen.

3. Eine Durchsuchung darf nicht der Ermittlung von Tatsachen dienen, die zur Begründung des Verdachts erforderlich sind; denn sie setzt einen Verdacht bereits voraus.

4. An zureichenden Verdachtsgründen für eine Durchsuchung wegen betrügerischer Bestellungen unter dem Namen eines Verstorbenen fehlt es bei einem von mehreren Nachbarn des Verstorbenen, wenn die bei der Bestel-

lung verwendeten Daten öffentlich zugänglich waren und ansonsten keine konkreten Anhaltspunkte bestehen, dass gerade dieser Nachbar und nicht ein Dritter die Bestellungen aufgegeben hat.

Rechtsprechung

Hervorzuhebende Entscheidungen des BGH

I. Materielles Strafrecht – Allgemeiner Teil

300. BGH 2 StR 396/12 – Beschluss vom 17. Januar 2013 (LG Aachen)

Rücktritt beim Versuch durch mehrere Beteiligte (Verhinderung der Tatvollendung: Absehen von Nötigungsmitteln bei gleichzeitiger Weiterverfolgung des Erpressungsziels).

§ 24 Abs. 2 StGB; § 22 StGB; § 23 StGB; § 253 StGB

Gemäß § 24 Abs. 2 Satz 1 StGB werden bei Tatbeteiligung mehrerer diejenigen Beteiligten nicht wegen Versuchs bestraft, die freiwillig die Tatvollendung verhindern. Hierfür kann es genügen, wenn Mittäter im Falle eines unbeendeten Versuchs einvernehmlich nicht mehr weiterhandeln, obwohl sie dies tun könnten. Im Falle einer versuchten Erpressung bzw. einer versuchten Nötigung ist es insoweit ausreichend, wenn die Täter freiwillig davon absehen, ihr Nötigungs- bzw. Erpressungsziel weiter mit den tatbestandlichen Nötigungsmitteln zu verfolgen. Nicht erforderlich ist es hingegen, dass sie ganz darauf verzichten, den angestrebten Nötigungs- bzw. Erpressungserfolg, die Handlung, Duldung oder Unterlassung, die zu einem Vermögensnachteil führt, herbeizuführen.

233. BGH 3 StR 293/12 – Beschluss vom 29. November 2012 (LG Neubrandenburg)

Versuch der Brandstiftung mit Todesfolge; besonders schwere Brandstiftung; Ingerenz aufgrund der Beteiligung an einer Gewalttat (Garantenstellung; hier: verneint bzgl. der Gefahr einer anschließenden Brandstiftung).

§ 306b Abs. 2 StGB; § 306c StGB; § 23 StGB; § 13 StGB

1. Der Versuch einer Brandstiftung mit Todesfolge kommt in zwei Varianten in Betracht: Entweder ist das Grunddelikt (Brandstiftung) versucht und die Erfolgsqualifikation (Tod eines Menschen) gegeben oder aber der Täter nimmt – bei vollendetem Grunddelikt – den Tod eines Menschen zumindest in Kauf.

2. Nach ständiger Rechtsprechung muss ein Vorverhalten zu einer Gefahrerhöhung im Sinne einer naheliegenden Gefahr des Erfolgeintritts führen, um eine Garantenstellung aus Ingerenz zu begründen. Durch die Beteiligung an Gewaltdelikten wird eine solche Garantenstellung

daher häufig im Hinblick auf weitere Gewalteinwirkungen bis hin zur Tötung durch andere Beteiligte begründet (vgl. auch BGH NStZ-RR 1997, 292, 293). Für anders geartete Folgetaten (hier: eine Brandstiftung) gilt dies dagegen grundsätzlich nicht ohne weiteres.

290. BGH 1 StR 405/12 – Urteil vom 5. Februar 2013 (LG Traunstein)

Freispruch aus tatsächlichen Gründen (Anforderungen an die Begründung); versuchte Anstiftung (Konkrettheit des Tatentschlusses).

§ 267 Abs. 5 StPO; § 30 Abs. 1 StGB

1. Der Tatbestand der versuchten Anstiftung nach § 30 Abs. 1 StGB knüpft allein an die abstrakte Gefährlichkeit des Tatverhaltens an, die darin liegt, dass derjenige, der einen anderen zur Begehung eines Verbrechens auffordert, Kräfte in Richtung auf das angegriffene Rechtsgut in Bewegung setzt, über die er nicht mehr die volle Herrschaft behält. Deswegen genügt es bereits, dass der Täter es für möglich gehalten und billigend in Kauf genommen hat, dass der Aufgeforderte die Aufforderung ernst nehmen und durch sie zur Tat bestimmt werden könnte (vgl. BGHSt 44, 99).

2. Wird der Angeklagte aus tatsächlichen Gründen freigesprochen, so müssen nach Mitteilung des Anklagevorwurfs im Urteil zunächst diejenigen Tatsachen festgestellt werden, die der Tatrichter für erwiesen hält. Erst auf dieser Grundlage ist in der Beweiswürdigung darzulegen, aus welchen Gründen die für einen Schuldspruch erforderlichen zusätzlichen Feststellungen nicht getroffen werden können. Nur hierdurch wird das Revisionsgericht in die Lage versetzt, nachprüfen zu können, ob der Freispruch auf rechtlich bedenkenfreien Erwägungen beruht.

235. BGH 3 StR 355/12 – Beschluss vom 15. November 2012 (LG Kleve)

Anforderungen an die Feststellung des Gehilfenvorsatzes bei untergeordneten Tatbeiträgen.

§ 27 StGB

Gehilfenvorsatz setzt voraus, dass der Gehilfe die Haupttat in ihren wesentlichen Merkmalen kennt und darüber hinaus in dem Bewusstsein handelt, durch sein Verhalten

das Vorhaben des Haupttäters zu fördern. Das Vorliegen dieser Voraussetzungen ist umso eingehender zu prüfen, je untergeordneter sich der Beitrag in Bezug auf die Haupttat darstellt; Bedenken gegen die Annahme eines Gehilfenvorsatzes bestehen insbesondere, wenn der

Beitrag des „Gehilfen“ für diesen erkennbar für das Gelingen der Tat nicht erforderlich und auch für die Art der Tatausführung ohne Bedeutung war (BGH, Beschluss vom 8. Juni 1988 – 2 StR 239/88, BGHR StGB § 27 Abs. 1 Vorsatz 4).

Rechtsprechung

II. Materielles Strafrecht – Besonderer Teil

305. BGH 4 StR 292/12 – Beschluss vom 20. Dezember 2012 (LG Wuppertal)

Gefährliche Körperverletzung (anderes gefährliches Werkzeug: Kfz, unmittelbarer Zusammenhang zwischen Werkzeugeinsatz und Körperverletzungserfolg); Nötigung (Vollendung erst bei Vornahme der erstrebten Handlung).

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

1. Nach der Rechtsprechung des Senats ist ein fahrendes Kraftfahrzeug, das zur Verletzung einer Person eingesetzt wird, in der Regel als ein gefährliches Werkzeug im Sinne des § 224 Abs. 1 Nr. 2 anzusehen (vgl. BGH NStZ 2007, 405).

2. Wird eine Person durch ein gezieltes Anfahren zu Fall gebracht, kann darin eine gefährliche liegen, wenn bereits durch den Anstoß eine nicht unerhebliche Beeinträchtigung des körperlichen Wohlbefindens und damit eine körperliche Misshandlung gemäß § 223 Abs. 1 StGB ausgelöst worden ist. Erst infolge des anschließenden Sturzes erlittene Verletzungen sind dagegen nicht auf den unmittelbaren Kontakt zwischen Kraftfahrzeug und Körper zurückzuführen, sodass eine Verurteilung nach § 224 Abs. 1 Nr. 2 StGB allein darauf nicht gestützt werden kann.

3. Da der Nötigungstatbestand als Erfolgsdelikt ausgestaltet ist, muss die tatbestandsmäßige Handlung kausal zu dem vom Täter geforderten Opferverhalten führen. Vollendet ist die Nötigung erst dann, wenn der Genötigte die verlangte Handlung vorgenommen oder zumindest mit ihrer Ausführung begonnen hat. Ein Teilerfolg, der mit Blick auf ein weiter gehendes Ziel jedenfalls vorbereitend wirkt, kann für die Annahme einer vollendeten Nötigung nur dann ausreichen, wenn die abgenötigte Handlung des Opfers nach der Vorstellung des Täters eine eigenständig bedeutsame Vorstufe des gewollten Enderfolges darstellt (st. Rspr.).

237. BGH 3 StR 398/12 – Beschluss vom 24. Januar 2013 (LG Oldenburg)

Urkundenfälschung (Verteilung der Tatbeiträge; Fotokopien als Urkunde; schriftliche Lüge); Anforderungen an die Urteilsgründe (Erhöhung einer Einsatzstrafe; Höhe der Tagessätze).

§ 267 StGB; § 267 Abs. 1 StPO

Ablichtungen sind keine Urkunden im Sinne des § 267 StGB, wenn sie nach außen als Reproduktion erscheinen. Eine Fotokopie kann demgegenüber als Urkunde anzusehen sein, wenn sie als Original in den Verkehr gebracht wird, also der Anschein erweckt wird, es handele sich um eine Originalurkunde. Eine Verurteilung wegen Urkundenfälschung setzt in solchen Fällen daher Feststellungen voraus, welche Schriftstücke in Form einer Fotokopie vorgelegt wurden und welcher Eindruck damit erweckt wurde.

279. BGH 2 StR 553/12 – Beschluss vom 15. Januar 2013 (LG Köln)

Computerbetrug durch Geldabheben am Geldautomat. § 263a StGB; § 263 StGB

Eine Strafbarkeit wegen Computerbetruges durch Geldabheben scheidet aus, wenn der Abhebende von dem berechtigten EC-Karten-Inhaber die EC-Karte und PIN-Nummer erhält, auch wenn er im Innenverhältnis dem eigentlichen Karteninhaber gegenüber zur Abhebung nicht berechtigt ist. Gelangt er unter Täuschung des Berechtigten in den Besitz von EC-Karte und PIN-Nummer, kommt allerdings eine Strafbarkeit wegen Betrugs in Betracht.

309. BGH 4 StR 494/12 – Beschluss vom 19. Dezember 2012 (LG Essen)

Raub (Zueignungsabsicht bezüglich Behältnis, in dem Bargeld vermutet wird und darin befindlicher Gegenstände); Unterschlagung; Anordnung der Unterbringung in einem psychiatrischen Krankenhaus (Vorliegen einer anderen schweren seelischen Abartigkeit bei sachverständig festgestellter schizoider Persönlichkeitsstörung; wertende Gesamtbetrachtung des Täters; Verminderung der Steuerungsfähigkeit bei Begehung der Tat); Absehen von Verhängung der Jugendstrafe (Aufhebung bei gleichzeitiger Aufhebung der Maßregel).

§ 249 Abs. 1 StGB; § 246 Abs. 1 StGB; § 63 StGB; § 20 StGB; § 21 StGB; § 358 Abs. 2 Satz 2 StPO; § 5 Abs. 3 JGG; § 2 Abs. 2 JGG

1. Nimmt der Täter ein Behältnis nur deshalb an sich, weil er darin Bargeld vermutet, das er für sich behalten will, eignet er sich das Behältnis nicht zu (BGH NStZ-RR 2010, 75). Befinden sich in dem Behältnis anstatt des

erwarteten Bargeldes andere Gegenstände, die der Täter aufgrund eines neuen Entschlusses für sich behält, liegt darin lediglich eine Unterschlagung (§ 246 StGB), die neben den auch weiterhin nur versuchten Raub tritt.

2. Ob eine von dem Sachverständigen diagnostizierte schizoide Persönlichkeitsstörung die Voraussetzungen einer schweren anderen seelischen Abartigkeit im Sinne des § 20 StGB erfüllt, ist eine Rechtsfrage, die der Tatrichter wertend zu entscheiden hat (vgl. BGH NStZ 1999, 395). Dabei kommt es maßgebend auf den Ausprägungsgrad der Störung und ihren Einfluss auf die soziale Anpassungsfähigkeit des Betroffenen an. Hierfür ist die Beeinträchtigung der Leistungsfähigkeit (etwa hinsichtlich der Wahrnehmung der eigenen und dritter Personen, der emotionalen Reaktionen, der Gestaltung zwischenmenschlicher Beziehungen und der Impulskontrolle) durch die festgestellten Verhaltensmuster zu untersuchen und mit den Folgen von psychotischen oder ähnlichen pathologischen Zuständen zu vergleichen, die als krankhafte seelische Störung anerkannt sind (vgl. BGHSt 49, 45, 52 f.).

3. Auch die Frage, ob die Steuerungsfähigkeit bei der Tat infolge der festgestellten „schweren anderen seelischen Abartigkeit“ im Sinne des § 21 StGB erheblich vermindert war, hat der Tatrichter ohne Bindung an die Äuße-

rungen des Sachverständigen wertend zu beantworten (st. Rspr.). Wird die Annahme einer anderen schweren seelischen Abartigkeit aus dem Vorliegen einer schizoiden Persönlichkeitsstörung hergeleitet, bedarf es dabei einer erkennbaren Abgrenzung gegenüber Verhaltensweisen, die sich noch innerhalb der Bandbreite menschlichen Verhaltens bewegen und Ursache für strafbares Tun sein können, ohne dass sie die Schuldfähigkeit „erheblich“ im Sinne des § 21 StGB berühren (vgl. BGH, NStZ-RR 2004, 38, 39).

4. Wird die Anordnung einer Unterbringung nach § 63 StGB allein auf eine Revision des Angeklagten hin aufgehoben, hindert das Schlechterstellungsverbot den neuen Tatrichter nicht daran, an Stelle der Unterbringung eine Strafe zu verhängen (§ 358 Abs. 2 Satz 2 StPO). Dies gilt nach § 2 Abs. 2 JGG auch im Jugendverfahren. Hat der erste Tatrichter wegen der Anordnung der Unterbringung in einem psychiatrischen Krankenhaus nach § 5 Abs. 3 JGG von der Verhängung einer Jugendstrafe abgesehen, ist dem neuen Tatrichter die Verhängung einer an die Stelle der Unterbringungsanordnung tretenden Jugendstrafe aber nur dann möglich, wenn auf die Revision des Angeklagten mit dem rechtsfehlerhaften Maßregelanspruch auch die Entscheidung nach § 5 Abs. 3 JGG in Wegfall kommt.

Rechtsprechung

III. Strafzumessungs- und Maßregelrecht

294. BGH 1 StR 93/11 – Beschluss vom 10. Januar 2013 (LG Deggendorf)

Schwerer sexueller Missbrauch von Kindern; Vergewaltigung; Vorbehalt der Sicherungsverwahrung (Gefahr schwerer Sexualdelikte: regelmäßiges Schwerwiegen von Delikten gegen Kinder; Wahrscheinlichkeitsprognose).

§ 176a Abs. 1 StGB; § 177 Abs. 2 Nr. 1 StGB; § 66a StGB

1. Ob Gewalttaten schwerwiegend sind, wird sich – unbeschadet der letztlich stets entscheidenden Umstände des Einzelfalls – regelmäßig aus einer Gesamtschau ergeben, die insbesondere das Motiv der Gewaltanwendung, ihre Art und ihr Maß sowie die durch sie verursachten oder zumindest konkret drohenden physischen und/oder psychischen Folgen beim Opfer umfasst. Wendet der Täter Gewalt an, um den sexuellen Handlungen entgegenstehenden Willen des Opfers zu brechen, insbesondere auch, um in dessen Körper einzudringen (Vergewaltigung), wird in aller Regel eine Tat vorliegen, die so schwer wiegt, dass sie nach Maßgabe der Entscheidung des Bundesverfassungsgerichts (BVerfG NJW 2011, 1931 ff.) Grundlage einer Sicherungsverwahrung sein kann.

2. Seelische Schäden bei kindlichen Opfern sexuellen Missbrauchs liegen zwar meist nahe, sie sind aber nicht immer ohne weiteres leicht festzustellen. Ob eine Sexualstraftat zum Nachteil eines Kindes im Sinne der Entscheidung des Bundesverfassungsgerichts schwer wiegt, ist daher jedenfalls regelmäßig im Wesentlichen nach dem Tatbild zu beurteilen.

3. Sexualstraftaten zum Nachteil von Kindern lassen regelmäßig eine schwerwiegende Beeinträchtigung von deren sexueller Entwicklung besorgen. Auch wenn sie – wie häufig – statt mit Gewalt durch den Missbrauch von – etwa erzieherischen – Einwirkungsmöglichkeiten, letztlich meist unter Ausnutzung altersbedingt noch unzureichender Verstandes- bzw. Widerstandskräfte begangen werden, weisen sie einen erheblichen Schuld- und Unrechtsgehalt auf. Dementsprechend wäre es rechtsfehlerhaft, von Sicherungsverwahrung trotz eines Hanges zum sexuellen Missbrauch von Kindern maßgeblich deswegen abzusehen, weil gewaltsamer Missbrauch nicht zu befürchten sei.

234. BGH 3 StR 330/12 – Urteil vom 10. Januar 2013 (LG Stade)

Unzulässigkeit der Anordnung von Sicherungsverwahrung neben der lebenslangen Freiheitsstrafe (einschränkende verfassungskonforme Auslegung der verfassungswidrigen Vorschrift über die Sicherungsverwahrung; Unerlässlichkeit; strikte Verhältnismäßigkeitsprüfung)

§ 66 StGB; Art. 2 Abs. 2 Satz 2 GG; Art. 104 GG; Art. 5 EMRK

Die Anordnung der Sicherungsverwahrung erscheint neben der Verurteilung zu lebenslanger Freiheitsstrafe im Interesse der öffentlichen Sicherheit nicht als unabdingbar. Nach dem Wortlaut des Gesetzes ist die Anordnung der Sicherungsverwahrung zwar auch neben lebenslanger Freiheitsstrafe möglich. Gemäß der Entscheidung BVerfG HRRS 2011 Nr. 488 ist § 66 StGB aber mit Art. 2 Abs. 2 Satz 2, Art. 104 Abs. 1 GG unvereinbar und bis zu einer Neuregelung, längstens bis zum 31. Mai 2013, während der Übergangszeit nur anwendbar, soweit der Eingriff unerlässlich ist, um die Ordnung des betroffenen Lebensbereichs aufrechtzuerhalten. Der Senat schließt sich der Rechtsprechung des 2. Strafsenats (BGH HRRS 2012 Nr. 802) an, wonach im Rahmen der nach § 66 Abs. 2, Abs. 3 Satz 2 StGB zu treffenden Ermessensentscheidung ein Nebeneinander von lebenslanger Freiheitsstrafe und Sicherungsverwahrung nicht unerlässlich ist.

265. BGH 2 StR 170/12 – Beschluss vom 6. Dezember 2012 (LG Erfurt)

Strafmilderung bei Totschlag durch Unterlassen (minder schwerer Fall des Totschlags).

§ 212 StGB; § 213 StGB; § 13 Abs. 2 StGB; § 49 Abs. 1 StGB

Die Frage, ob von der Möglichkeit einer Strafrahmenschiebung nach §§ 13 Abs. 2, 49 Abs. 1 StGB Gebrauch zu machen ist, muss das Tatgericht in einer wertenden Gesamtwürdigung vor allem der wesentlichen unterlassungsbezogenen Gesichtspunkte (hier: fehlende Überwindung einer Antriebshemmung aufgrund möglicher Depression) prüfen und seine Auffassung in einer für das Revisionsgericht nachprüfbarer Weise darlegen.

242. BGH 5 StR 27/13 – Beschluss vom 12. Februar 2013 (LG Berlin)

Voraussetzungen der Aufklärungshilfe.

§ 46b StGB

Es kann für eine Aufklärungshilfe i.S.d. § 46 Abs. 1 Nr. 1 StGB genügen, dass die Angaben des Täters eine sichere Grundlage für den Nachweis der betreffenden Tat der belasteten Person schaffen, also dessen Überführung erleichtern. Das kann etwa dadurch geschehen, dass den

Ermittlungsbehörden bereits vorliegende Erkenntnisse durch die Angaben des Täters weiter bestätigt werden (ebenso bereits zu § 31 BtMG BGH HRRS 2005 Nr. 202 m.w.N.).

310. BGH 4 StR 520/12 – Beschluss vom 16. Januar 2013 (LG Stuttgart)

Anordnung der Unterbringung in einer psychiatrischen Krankenhaus (zeitliche Anforderungen an den schuld-ausschließenden Zustand; Gefährlichkeitsprognose: wertende Gesamtbetrachtung, schwere Störung des Rechtsfriedens).

§ 63 StGB; § 20 StGB

1. Eine Unterbringung nach § 63 StGB kommt nur in Betracht, wenn eine Wahrscheinlichkeit höheren Grades dafür besteht, dass der Täter infolge seines Zustands in Zukunft Taten begehen wird, die eine schwere Störung des Rechtsfriedens zur Folge haben (vgl. BGH, NStZ-RR 2011, 240, 241). Ob eine zu erwartende Straftat zu einer schweren Störung des Rechtsfriedens führt, muss anhand der konkreten Umstände des Einzelfalls entschieden werden (vgl. BGH NStZ-RR 2011, 202).

2. Sind die zu erwartenden Delikte nicht wenigstens dem Bereich der mittleren Kriminalität zuzuordnen, ist die Annahme einer schweren Störung des Rechtsfriedens nur in Ausnahmefällen begründbar (vgl. BGH NStZ-RR 2011, 240, 241). Die erforderliche Prognose ist auf der Grundlage einer umfassenden Würdigung der Persönlichkeit des Täters, seines Vorlebens und der von ihm begangenen Anlasstaten zu entwickeln.

243. BGH 5 StR 378/12 – Urteil vom 22. Januar 2013 (LG Görlitz)

Rechtsfehlerhaft versäumte Erörterung der Anordnung der Unterbringung in einer Entziehungsanstalt; unzutreffende beweiswürdigende Erwägungen hinsichtlich der Beteiligung am Mordversuch.

§ 64 StGB; § 261 StPO; § 211 StGB; § 23 StGB

Bei langjährigem Drogenkonsum des Angeklagten sowie bereits mehreren erfolglosen Entzugsmaßnahmen und einer Tatbegehung zur Beschaffung von Drogengeld ist das Tatgericht gehalten, sich mit der Frage der Unterbringung in einer Entziehungsanstalt im Einzelnen auseinanderzusetzen. Das gilt auch, wenn Anhaltspunkte dafür vorliegen, dass eine hinreichende Erfolgsaussicht im Sinne des § 64 Satz 2 StGB nicht besteht (namentlich mehrere erfolglose Behandlungen), sowie dafür, dass das Ermessen unter Umständen im negativen Sinne ausgeübt werden kann (womöglich fehlende deutsche Sprachkenntnisse des Angeklagten).

IV. Strafverfahrensrecht mit GVG

230. BGH 3 StR 117/12 – Urteil vom 20. Dezember 2012 (LG Osnabrück)

BGHSt; molekulargenetische Reihenuntersuchung (Verwertbarkeit der Erkenntnis einer wahrscheinlichen Verwandtschaft des Täters mit einem Untersuchungsteilnehmer; „Beinahetreffer“).

§ 81h StPO; § 261 StPO; Art. 2 Abs. 1 GG; Art. 20 Abs. 3 GG; Art. 6 GG; Art. 6 EMRK

1. Zur Verwertbarkeit der im Zusammenhang mit einer molekulargenetischen Reihenuntersuchung gewonnenen Erkenntnis, dass der Verursacher der bei der Tat gelegten DNA-Spur wahrscheinlich mit einem der Teilnehmer der Untersuchung verwandt ist (sog. Beinahetreffer). (BGHSt)
2. Wird infolge des Abgleichs der DNA-Identifizierungsmuster nicht nur festgestellt und den Ermittlungsbehörden mitgeteilt, dass keiner der Probanden als Verursacher der Tatspur in Betracht kam, sondern auch, dass die teilweise Übereinstimmung der DNA-Identifizierungsmuster einzelner Probanden es als möglich erscheinen lässt, dass es sich bei diesen um Verwandte des mutmaßlichen Täters handelt, ist dieses Vorgehen von § 81h Abs. 1 StPO nicht gedeckt. Aus dem Wortlaut des § 81h Abs. 1 StPO folgt insoweit ein Verbot überschießender Feststellungen. (Bearbeiter)
3. Die Verwertung eines „Beinahetreffers“ als Verdachtsmoment stellt eine Verwendung personenbezogener Daten zu einem Zweck dar, zu dem sie nicht erhoben worden waren. Hierin liegt ein Eingriff in die Grundrechte der Betroffenen Teilnehmer der DNA-Reihenuntersuchung aus Art. 2 Abs. 1, Art. 6 Abs. 1 GG, der nach ständiger verfassungsgerichtlicher Rechtsprechung einer – gegenwärtig nicht existierenden – gesonderten gesetzlichen Grundlage bedarf. (Bearbeiter)
4. Wird der (an der DNA-Reihenuntersuchung nicht mitwirkende) Täter aufgrund einer durch § 81h Abs. 1 StPO nicht gedeckten Verwendung personenbezogener Daten ermittelt, werden seine Interessen grundsätzlich vom Schutzzweck der §§ 81h Abs. 1, Abs. 3 Satz 1, 81g Abs. 2 Satz 2 StPO erfasst und er kann sich auf die Verletzung dieser Vorschriften berufen. Insoweit gilt nichts anderes als bei Verstößen gegen § 52 Abs. 1 Nr. 3, Abs. 3 Satz 1 StPO oder § 81c Abs. 3 Satz 1 und 2 Hs. 2 StPO. (Bearbeiter)
5. Nach ständiger – vom Bundesverfassungsgericht gebilligter – Rechtsprechung des Bundesgerichtshofes führt nicht jeder Rechtsverstoß bei der strafprozessualen Beweisgewinnung zu einem Verwertungsverbot hinsichtlich der erlangten Erkenntnisse. Vielmehr ist je nach den Umständen des Einzelfalles unter Abwägung aller maßgeblichen Gesichtspunkte und der widerstreitenden Interessen zu entscheiden (sog. Abwägungslehre). Bedeutsam sind dabei insbesondere die Art und der Schutzzweck des etwaigen Beweiserhebungsverbots sowie das Gewicht des in Rede stehenden Verfahrensverstößes, das seinerseits wesentlich von der Bedeutung der im Einzelfall betroffenen Rechtsgüter bestimmt wird. Dabei ist in den Blick zu nehmen, dass die Annahme eines Verwertungsverbots ein wesentliches Prinzip des Strafverfahrensrechts – den Grundsatz, dass das Gericht die Wahrheit zu erforschen und dazu die Beweisaufnahme von Amts wegen auf alle Tatsachen und Beweismittel zu erstrecken hat, die von Bedeutung sind – einschränkt. Aus diesem Grund stellt ein Beweisverwertungsverbot eine Ausnahme dar, die nur bei ausdrücklicher gesetzlicher Anordnung oder aus übergeordneten wichtigen Gründen im Einzelfall anzuerkennen ist. (Bearbeiter)
6. Der Annahme eines Verwertungsverbotes kann es insbesondere entgegenstehen, wenn die Rechtslage hinsichtlich der Verwertbarkeit bestimmter Erkenntnisse – wie im Fall der sog. „Beinahetreffer“ – unklar ist. Ist in einem solchen Fall die Annahme der Ermittlungsbeamten nicht völlig unvertretbar, dass die Erkenntnisse – hier: der möglichen Verwandtschaft zwischen dem mutmaßlichen Täter und einzelnen Teilnehmern der DNA-Reihenuntersuchung – als Ermittlungsansatz verwertet werden können, scheidet ein Verwertungsverbot aus. Insoweit stellt diese Annahme nicht ohne weiteres eine bewusste oder gar willkürliche Umgehung des Gesetzes oder grundrechtlich geschützter Positionen dar. (Bearbeiter)
7. Aus den §§ 81h Abs. 3 S. 1, 81g Abs. 2 Satz 1 Hs. 1 StPO ergibt sich nicht die Verpflichtung, jedes einzelne – nicht übereinstimmende – Identifizierungsmuster unmittelbar nach seinem Abgleich mit dem der Tatspur und noch vor dem Abschluss des Reihentests sofort zu löschen. Die aus der Untersuchung gewonnenen Aufzeichnungen über die DNA-Identifizierungsmuster sind überdies nach § 81h Abs. 3 Satz 2 StPO erst dann unverzüglich zu löschen, wenn sie zur Aufklärung des Verbrechens nicht mehr erforderlich sind. (Bearbeiter)
8. Der Gesetzgeber hat das Verfahren, mit dem die im Rahmen der DNA-Reihenuntersuchung festgestellten DNA-Identifizierungsmuster nach § 81h Abs. 1 Nr. 3 StPO mit dem der Tatspur „automatisiert abgeglichen“ werden, nicht definiert, insbesondere nicht vorgeschrieben, dass das Ergebnis des Abgleichs nur mit dem Ergebnis „Treffer“ oder „Nichttreffer“ angezeigt werden dürfe. Die Gesetzesbegründung spricht vielmehr dafür, dass lediglich eine Arbeitserleichterung für die beauftrag-

ten Sachverständigen und Untersuchungslaboratorien geschaffen werden sollte, um eine effiziente und zeitnahe abgleichende Analyse der im Rahmen der Reihenuntersuchung in erheblicher Zahl anfallenden DNA-Identifizierungsmuster zu ermöglichen. (Bearbeiter)

9. Wenn der ermittelnde Polizeibeamte auf die Mitteilung einer hohen Übereinstimmung der DNA-Identifizierungsmuster mit der Tatspur in der Personenliste der DNA-Reihenuntersuchung die Identität der Probengeber überprüft, wird die Vorschrift des § 81f Abs. 2 Satz 3 StPO dadurch nicht verletzt. Die über § 81h Abs. 3 Satz 1 StPO anwendbare Vorschrift des § 81f Abs. 2 Satz 3 StPO regelt nur, dass die Proben an den einschaltenden Sachverständigen in teilanonymisierter Form zu versenden sind. Verstöße gegen das in dieser Norm ausgesprochene Gebot der Teilanonymisierung sind zudem in der Regel ohnehin nicht geeignet, die Revision zu begründen, weil die Regelungen des § 81f Abs. 2 StPO außerprozessualen Zwecken dienen, die nicht mit den Mitteln des Prozessrechts geschützt werden müssen. (Bearbeiter)

10. Entspricht die Belehrung der Teilnehmer einer DNA-Reihenuntersuchung der gemäß § 81h Abs. 4 StPO gesetzlich vorgesehenen Form, kann sie nicht durch spätere Vorgänge – seien diese auch Gesetzesverstöße –, die im Zeitpunkt der Erteilung der Belehrung nicht absehbar waren, nachträglich verfahrensfehlerhaft werden. (Bearbeiter)

259. BGH 1 StR 560/12 – Beschluss vom 10. Januar 2013 (LG Tübingen)

Recht zur Verteidigerkonsultation (keine qualifizierte Hinweispflicht hinsichtlich der Nichterreichbarkeit einer Rechtsanwältin und des Verbots der Mehrfachverteidigung; Verwertungsverbot); Ablehnung eines Beweisantrags
 § 163a Abs. 4 StPO; § 136 Abs. 1 StPO; § 147 StPO; § 244 Abs. 3 StPO

Bitten im Rahmen einer Vernehmung im selben Verfahren zwei Beschuldigte darum, dieselbe Verteidigerin zu sprechen, und ist diese nicht erreichbar, so begründet dies grundsätzlich im Rahmen einer zweiten Vernehmung weder eine qualifizierte Hinweispflicht dahingehend, dass die Verteidigerin noch nicht erreicht worden ist, noch dass beide Beschuldigte nicht dieselbe Verteidigerin wählen können. Dies gilt jedenfalls dann, wenn die Belehrungen nach § 163a Abs. 4, § 136 Abs. 1 StPO ordnungsgemäß erfolgt und ernsthafte Bemühungen unternommen worden sind, die Verteidigerin zu erreichen.

302. BGH 2 StR 585/11 – Beschluss vom 13. Dezember 2012 (BGH)

Richterablehnung wegen Befangenheit im Revisionsverfahren (Unzulässigkeit nach Verfahrensende; Verbindung mit Anhörungsrüge).
 Art. 101 Abs. 1 Satz 2 GG; § 24 Abs. 2 StPO; § 349 Abs. 2 StPO; § 356a StPO

1. Eine Richterablehnung im Revisionsverfahren ist nur statthaft, solange dieses noch nicht durch Wirksamwerden eines Beschlusses gemäß § 349 Abs. 2 StPO beendet

ist. Dies gilt auch dann, wenn die Richterablehnung mit einer Anhörungsrüge verbunden wird, die sich als unbegründet erweist.

2. Der Sonderrechtsbehelf nach § 356a StPO ist nach seinem Wortlaut und Normzweck, eine Durchsetzungsgarantie für das „prozessuale Unrecht“ auf rechtliches Gehör zu schaffen (vgl. BVerfGE 107, 305, 408), nicht dazu bestimmt, dass damit auch behauptete Verletzungen von Art. 101 Abs. 1 Satz 2 GG geltend gemacht werden können. Für eine analoge Anwendung des § 356a StPO auf solche Fälle ist kein Raum.

276. BGH 2 StR 488/12 – Beschluss vom 15. Januar 2013 (LG Koblenz)

Anforderungen an die Urteilsfeststellungen und die Beweiswürdigung (bloßer Verdacht); Zeugnisverweigerungsrecht bei Schwägerschaft aus „Roma-Sitte“.
 § 261 StPO; § 52 StPO

1. Eine schwägerschaftliche Verbindung deutscher Staatsangehöriger nur nach „Roma-Sitte“ vermittelt nicht das Recht, das Zeugnis zu verweigern.

2. Die Beweiswürdigung ist Sache des Tatrichters, dessen Schlussfolgerungen nicht zwingend, sondern nur möglich sein müssen. Die zur richterlichen Überzeugungsbildung erforderliche Gewissheit des Richters setzt jedoch objektive Grundlagen voraus. Diese müssen aus rationalen Gründen den Schluss erlauben, dass das festgestellte Geschehen mit hoher Wahrscheinlichkeit mit der Wirklichkeit übereinstimmt. Das ist der Nachprüfung durch das Revisionsgericht zugänglich. Deshalb müssen die Urteilsgründe erkennen lassen, dass die Beweiswürdigung auf einer tragfähigen, verstandesmäßig einsehbaren Tatsachengrundlage beruht und dass die vom Gericht gezogene Schlussfolgerung nicht etwa nur eine Annahme ist oder sich als bloße Vermutung erweist, die letztlich nicht mehr als einen Verdacht zu begründen vermag.

295. BGH 1 StR 621/12 – Beschluss vom 8. Januar 2013 (LG Regensburg)

Antrag auf Wiedereinsetzung in den vorherigen Stand (Fristbeginn: Darlegung im Antrag).
 § 45 Abs. 1 StPO

Entscheidend für den Beginn der Frist für den Wiedereinsetzungsantrag im Sinne von § 45 Abs. 1 Satz 1 StPO ist der Zeitpunkt der Kenntnisaufnahme von der Fristversäumung durch den Angeklagten. Jedenfalls in den Fällen, in denen die Wahrung der Frist für den Wiedereinsetzungsantrag nicht offensichtlich ist, gehört zur formgerechten Anbringung des Wiedereinsetzungsantrags auch, dass der Antragsteller mitteilt, wann dieses Hindernis entfallen ist (vgl. BGH, NSZ 2006, 54 f.). Dies gilt selbst dann, wenn der Verteidiger ein eigenes Verschulden geltend macht, das dem Angeklagten nicht zuzurechnen wäre.

292. BGH 1 StR 602/12 – Beschluss vom 8. Januar 2013 (LG München I)

Zulässigkeitsvoraussetzungen der Verfahrensrüge (notwendige Angaben bei behaupteter Verletzung der gerichtlichen Amtsaufklärungspflicht); Glaubwürdig-

keit von Zeugen (richterliche Beurteilung; Hinzuziehung eines Sachverständigen).
§ 244 Abs. 2 StPO; § 344 Abs. 2 Satz 2 StPO

1. Nach § 344 Abs. 2 Satz 2 müssen im Rahmen der Rechtsrüge die notwendigen Angaben zum Verfahrensgeschehen so umfassend sein, dass dem Revisionsgericht im Sinne einer vorweggenommenen Schlüssigkeitsprüfung ohne Rückgriff auf die Akten die Beurteilung ermöglicht wird, festzustellen, ob der behauptete Verfahrensverstoß vorliegt. Um dem zu entsprechen, muss bei einer auf die Verletzung von § 244 Abs. 2 StPO gestützten Rüge regelmäßig angegeben werden, welche Umstände das Tatgericht zu weiterer Aufklärung hätten drängen müssen (st. Rspr.).

2. Die Beurteilung der Glaubhaftigkeit von Zeugenaussagen ist grundsätzlich Aufgabe des Tatgerichts. Nach ständiger Rechtsprechung des Bundesgerichtshofs ist die Hinzuziehung eines psychologischen Sachverständigen lediglich dann geboten, wenn der Sachverhalt Besonderheiten aufweist, die Zweifel daran aufkommen lassen, ob die eigene Sachkunde des Tatgerichts zur Beurteilung der Glaubwürdigkeit unter den konkret gegebenen Umständen ausreicht.

263. BGH 1 StR 595/12 – Beschluss vom 31. Januar 2013 (LG Karlsruhe)

Zulässigkeit eines Ablehnungsgesuchs; Anhörungsrüge.
§ 25 Abs. 2 StPO; § 356a StPO; Art. 103 Abs. 1 GG

Entscheidet das Gericht über die Revision außerhalb der Hauptverhandlung im Beschlusswege, kann ein Ablehnungsgesuch in entsprechender Anwendung des § 25 Abs. 2 Satz 2 StPO nur solange statthaft vorgebracht werden, bis die Entscheidung ergangen ist.

277. BGH 2 StR 497/12 – Beschluss vom 29. Januar 2013 (LG Darmstadt)

Zulässigkeit der Besetzungsrüge.
§ 338 Nr. 1 StPO

Die Besetzungsrüge nach § 338 Nr. 1 StPO setzt keinen vorangehenden Besetzungseinwand gemäß § 222 b Abs. 1 Satz 1 StPO voraus, wenn eine Besetzungsmittelteilung nach § 222 a Abs. 1 StPO unterblieben war.

Rechtsprechung

V. Wirtschaftsstrafrecht und Nebengebiete

288. BGH 1 StR 234/12 – Beschluss vom 22. Januar 2013 (LG Augsburg)

BGHSt; Bankrott (Schuldnerstellung als strafbegründendes besonderes persönliches Merkmal; Vorliegen der Krise: Umgang mit versteckten Vermögenswerten); Beihilfe (obligatorische Strafmilderung).
§ 283 StGB; § 27 Abs. 1 StGB; § 28 Abs. 1 StGB

1. Zum Umgang mit effektiv versteckten Vermögenswerten bei der Begründung der Überschuldung oder Zahlungsunfähigkeit. (BGHSt)

2. Bei der Vorschrift des § 283 StGB handelt es sich um ein echtes Sonderdelikt. Täter, Mittäter oder mittelbarer Täter kann daher grundsätzlich nur die Person sein, die für die Erfüllung der Verbindlichkeit haftet; dies gilt sowohl für die Begehungsweise des Abs. 1 als auch für die des Abs. 2 der Norm. Bei der Pflichtenstellung handelt es sich um eine solche höchstpersönlicher Art und mithin um ein besonderes persönliches Merkmal gemäß § 28 Abs. 1 StGB. (BGHSt)

3. Bei der Bestimmung der Krise in § 283 StGB dürfen weder die durch die abgeurteilten Bankrothandlungen noch die möglicherweise bereits zuvor durch Verschleierung und Änderung der rechtlichen Zuordnung effektiv versteckten Vermögenswerte berücksichtigt werden, da ein alsbaldiger Zugriff möglicher Gläubiger jedenfalls erheblich erschwert, wenn nicht sogar objektiv unmöglich

lich ist (vgl. zu diesem Maßstab BGHSt 55, 107, 113). Anderes wäre mit dem durch die Vorschrift zu schützenden Rechtsgut der Interessen dieser Gläubiger an einer vollständigen oder möglichst hohen Befriedigung ihrer vermögensrechtlichen Ansprüche nicht zu vereinbaren. (Bearbeiter)

4. Ist nicht allein schon wegen des Fehlens des strafbegründenden persönlichen Merkmals Beihilfe statt Täterschaft angenommen worden, ist der Strafraum für den Teilnehmer gemäß § 28 Abs. 1, § 49 Abs. 1 StGB zu mildern. (Bearbeiter)

287. BGH 1 StR 233/12 – Beschluss vom 22. Januar 2013 (LG Augsburg)

Bankrott (Schuldnerstellung als besonderes persönliches strafbegründendes Merkmal); Beihilfe (zwingende Strafraumverschiebung wegen Fehlens eines persönlichen strafbegründenden Merkmals).
§ 283 Abs. 1, Abs. 2 StGB; § 27 Abs. 1 StGB; § 28 Abs. 2 StGB; § 49 Abs. 1 StGB

1. Bei der gemäß § 283 Abs. 1 und Abs. 2 StGB für die täterschaftliche Begehung erforderlichen Pflichtenstellung als Schuldner handelt es sich um ein besonderes persönliches Merkmal gemäß § 28 Abs. 1 StGB.

2. Ist nicht allein schon wegen des Fehlens des strafbegründenden persönlichen Merkmals Beihilfe statt Täterschaft

angenommen worden, ist der Strafraum für die Teilnehmer gemäß § 28 Abs. 1, § 49 Abs. 1 StGB zu mildern.

269. BGH 2 StR 341/12 – Beschluss vom 12. Dezember 2012 (LG Aachen)

Handeltreiben mit Betäubungsmitteln (Anforderungen an die Urteilsfeststellungen); nachträgliche Gesamtstrafe.

§ 29 Abs. 1 Nr. 1 BtMG; § 55 StGB

Die Urteilsgründe bedürfen konkreter Feststellungen, welche die Tatmodalität des Handeltreibens ausreichend deutlich von anderen Tatbegehungsweisen abgrenzt (hier: zum Merkmal der Eigennützigkeit).

303. BGH 2 StR 589/12 – Beschluss vom 15. Januar 2013 (LG Bad Kreuznach)

Bewaffnetes Handeltreiben mit Betäubungsmitteln in nicht geringer Menge (Mitsichführen einer Waffe).
§ 30a Abs. 2 Nr. 2 BtMG

Ein Mitsichführen im Sinne des § 30a Abs. 2 Nr. 2 BtMG liegt nur dann vor, wenn der Täter die Schusswaffe bewusst gebrauchsbereit in der Weise bei sich hat, dass er sich ihrer jederzeit bedienen kann. Am eigenen Körper muss die Waffe dabei nicht getragen werden; es genügt, wenn sie sich in Griffweite befindet. Auch ist es nicht erforderlich, dass der Täter gewillt ist, die Waffe gegebenenfalls einzusetzen. Befindet sich die Schusswaffe in einem Behältnis und in einem anderen Raum als die Betäubungsmittel, so ist dies in der Regel jedoch nicht ausreichend (vgl. BGH NStZ 2000, 433).

Aufsätze und Anmerkungen

Der Fall Nada vor dem EGMR: Nichts Neues zur Normhierarchie zwischen UN-Recht und EMRK?

Besprechung zu EGMR HRRS 2013 Nr. 224 (Nada v. Schweiz)

Von Prof. Dr. Frank Meyer, LL.M. (Yale), Univ. Zürich

I. Einleitung

Die Entscheidung des EGMR in der Rechtssache „Nada“ (Beschwerdenr. 10593/08) war lange und mit großer Spannung erwartet worden.¹ Es schien um nicht weniger zu gehen als die Klärung der brennenden Streitfrage, ob Resolutionen des UN-Sicherheitsrats die Konventionen der EMRK suspendieren. Nach dramatischer Ouvertüre blieb ein Paukenschlag jedoch aus. Der EGMR entschied sich, nicht auf den Spuren zu wandeln, die der EuGH mit seiner Kadi-Entscheidung gelegt hatte.² Das Urteil ist durch ergebnisorientiertes Abstellen auf die Besonderheiten des konkreten Geschehens geprägt. Richtungsweisende grundrechts- und völkerrechtsdogmatische Erwägungen bleibt der Gerichtshof schuldig. Im Ringen zwischen einem „individual justice approach“ und einem „constitutionalist approach“ konzentriert sich der EGMR ein weiteres Mal auf die Einzelfallgerechtigkeit und lässt darüber die nicht wenigen fundamentalen Fragen des Falles weitgehend unbeantwortet: Im Vordergrund steht die Auflösung des Normkonflikts zwischen

UN-Recht und EMRK, die grundsätzliche Ausführungen zum Rangverhältnis dieser Normordnungen erfordert hätte. Offen bleibt auch die Begründung der extraterritorialen Jurisdiktion der Schweiz, da der Beschwerdeführer als Ausländer mit Wohnsitz im Ausland grundsätzlich nicht der Hoheitsgewalt der Schweiz unterliegt und daher auf den ersten Blick kein Anknüpfungspunkt für eine Verantwortlichkeit der Schweiz aus Art. 8 EMRK gegenüber dem Beschwerdeführer besteht. Nicht überraschend ist dagegen, dass der EGMR sich nicht auf eine Erörterung der – kontrovers diskutierten – Rechtsnatur der smart sanctions³ und zur Fairness ihrer Implementierungsprozesse⁴ einlässt. Gerügt worden waren im vorliegenden Fall nur Verletzungen von Art. 5, 8 und 13 EMRK, nicht jedoch Art. 6 EMRK.

³ Vgl. dazu einerseits Meyer HRRS 2010, 74, 78 ff.; *Pijnen eucrim* 4/2011, 167 ff.; andererseits *Rackow StV* 2009, 721, 724 ff.

⁴ *Fassbender International Organizations Law Review* 3 (2006), S. 437 ff.; *Kämmerer Europarecht* 2009, 114 ff.; *Cameron Nordic Journal of International Law* 72 (2003), 159 (174 f.); *Bartmann, Terrorlisten – Ebenenübergreifende Sanktionsregime zur Bekämpfung der Terrorismusfinanzierung*, 2011; *Schulte, Der Schutz individueller Rechte gegen Terrorlisten*, 2010, S. 39 ff., 93 ff.

¹ EGMR, 12.9.2012, Nr. 10593/08, Nada v. Schweiz.

² EuGH vom 03.09.2008, verb. Rs. C-402/05 P und C-415/05 P, Kadi/Al Barakaat vs. Rat und Kommission.

II. Nada bei den Schweizern

Zugrunde lag dem Verfahren eine kuriose Konstellation. Der Beschwerdeführer Nada ist ägyptischer und italienischer Staatsbürger. Am 9.11.2001 wurde er, ebenso wie einige seiner Unternehmen, vom Sanktionsausschuss des Sicherheitsrats (sog. „1267-Committee“) auf die UN-Terrorliste⁵ gesetzt. Im Jahr darauf verpflichtete der Sicherheitsrat mit Resolution Nr. 1390 (2002) die UN-Mitgliedstaaten, für ihr Hoheitsgebiet ein Verbot der Ein- und Durchreise bezüglich aller Personen, Gruppen und Unternehmen auf dieser Liste zu begründen. Zu dieser Zeit lebte Nada in der italienischen Enklave Campione, die ca. 1.6 km² groß und komplett von schweizerischem Staatsgebiet, namentlich dem Kanton Tessin, umschlossen ist. Die Schweiz war zum damaligen Zeitpunkt noch kein Mitglied der Vereinten Nationen. Der Bundesrat setzte die Sanktionsbeschlüsse der Vereinten Nationen gleichwohl (gestützt auf Art. 184 Abs. 3 BV) per Exekutivverordnung für die Schweiz freiwillig (autonom) um.⁶ In ihrem Anhang 2 enthielt diese sog. Talibanverordnung des Bundesrates eine Namensliste der Sanktionsobjekte, die unverändert vom Sanktionsausschuss der UN übernommen wurde,⁷ weshalb das Einreise- und Transitverbot gegenüber dem Beschwerdeführer auch in der Schweiz umgehend wirksam wurde. Mit dem Inkrafttreten des Beitritts zu den Vereinten Nationen war die Schweiz als Mitgliedstaat gem. Art. 25 UN-Charta ab dem 10.9.2002 auch völkerrechtlich unmittelbar zur Umsetzung der Sanktionsbeschlüsse des Sicherheitsrats verpflichtet.

Nachdem die Monitoring-Gremien des Sanktionsausschusses die mangelnde Durchsetzung der Maßnahme gegen Nada gegenüber der Schweiz moniert hatten, wurde das Einreise- und Transitverbot ab Ende 2003 effektiv durchgesetzt. Erste Beschwerden Nadas trugen keine Früchte. Ein Antrag auf Löschung seines Namens von der Liste beim zuständigen Staatssekretariat für Wirtschaft (SECO) blieb erfolglos, obwohl die Bundesanwaltschaft eine strafrechtliche Untersuchung gegen Nada wegen seiner vermeintlichen Verwicklungen in die Finanzierung des internationalen Terrorismus mangels Beweisen zwischenzeitlich eingestellt hatte. Eine Löschung sei nur durch eine entsprechende Entscheidung des Sanktionsausschusses zu erreichen. Die Schweiz vermöge es nicht, Sanktionsobjekte eigenmächtig zu streichen. Die Auffassung des SECO wurde Ende 2007 vom Bundesgericht bestätigt.⁸ Das Bundesgericht drückte sich dabei nicht um die Klärung der Hierarchie zwischen UN-Recht und EMRK, die der Fall aus Sicht der eidgenössischen Behör-

den aufgeworfen hatte. Die Bundesverfassung enthält keine Kollisionsnorm, die diese Entscheidung vorweggenommen hätte, vgl. Art. 190 BV. Da das Bundesgericht auch keine Möglichkeit zur Konfliktvermeidung im Wege der völkerrechtlichen Vertragsinterpretation fand, sah es sich wegen Art. 103 UN-Charta gezwungen, Verpflichtungen, die aus der UN-Charta folgen, den Vorrang gegenüber kollidierenden Pflichten aus anderen internationalen Abkommen einzuräumen. Andernfalls wäre die einheitliche Durchsetzung der UN-Sanktionen gefährdet worden. Dieser Vorrang sei zwar durch das völkerrechtliche *ius cogens* limitiert. Doch erreichten die unmissverständlich bemängelten rechtsstaatlichen Defizite des Verfahrens aus Sicht des Bundesgerichts nicht dieses Niveau. Damit bewegte sich das Bundesgericht in derselben Bahn, die auch das EuG zuvor im erstinstanzlichen Urteil in der Rechtssache Kadi eingeschlagen hatte.

Während die Lausanner Richter keinerlei Ermessen bei der Umsetzung der Listung zu erkennen vermochten, stellten sie gleichwohl fest, dass das Sanktionsregime einige Ausnahmetatbestände vorsähe, die es den zuständigen Verwaltungsbehörden durchaus erlaubt hätten, die Situation des Beschwerdeführers zu erleichtern. Nach SR-Res 1735 (2006), Ziff. 1. b) sollte die Maßnahme keine Anwendung finden, wenn „die Ein- oder Durchreise zur Durchführung eines Gerichtsverfahrens erforderlich ist oder wenn der Ausschuss nach Resolution 1267 (1999) (\"der Ausschuss\") ausschließlich im Einzelfall feststellt, dass die Ein- oder Durchreise gerechtfertigt ist“. Gem. Art. 4a Abs. 2 d. Talibanverordnung sei das Bundesamt für Migration nicht nur berechtigt, diese Ausnahmen in der Schweiz zu gewähren, sondern sogar verfassungsrechtlich zur Prüfung verpflichtet, ob Einzelfallgenehmigungen zu erteilen wären oder allgemeinere Genehmigungen beim Sanktionsausschuss erwirkt werden könnten. Anträge auf Ein- und Durchreise zum Besuch von Anwälten und Ärzten waren zuvor fast durchgängig abschlägig beschieden worden. Das zuständige Bundesamt für Migration hat danach ab 2008 tatsächlich Einzelausnahmen gewährt, die vom Beschwerdeführer aber nur partiell wahrgenommen wurden. Auch Anregungen, aufgrund seiner besonderen Situation umfangreichere Ausnahmen beim Sanktionsausschuss zu beantragen, griff Nada nicht auf.

Im Unterschied zu den Mitgliedstaaten der EU konnte die Schweiz die Verantwortung für die Entscheidung dieser Rechtsfragen nicht an die Unionsgerichte abschieben. Anders als die Mitgliedstaaten der EU hatte die Schweiz die Implementierung der Sanktionsbeschlüsse durch ihre eigenen Organe selbst zu besorgen. Anstelle des Rechtswegs vor den EuGH durch Nichtigkeitsbeschwerden gegen umsetzende EU-Sanktionsverordnungen, den die Betroffenen in der Rechtssache Kadi beschreiten konnten, blieb Nada am Ende nur die Individualbeschwerde zum EGMR. Parallel stellte der Beschwerdeführer im August 2009 erneut einen sog. delisting-Antrag beim Sicherheitsrat über den 2006 eingerichteten *focal point*,⁹ der endlich zum Erfolg führte. Die Schweiz unterstützte dieses Unterfangen durch ein Schreiben an den Sanktionsausschuss, worin dieser darüber informierte wurde, dass eine strafrechtli-

⁵ Zur Differenzierung Meyer HRRS 2010, 74 ff.

⁶ Verordnung über Maßnahmen gegenüber Personen und Organisationen mit Verbindungen zu Usama bin Laden, der Gruppierung «Al-Qaïda» oder den Taliban vom 2. Oktober 2000, SR 946.203. Heute stützt sich diese Verordnung auf Art. 2 des Bundesgesetzes vom 22. März 2002 über die Durchsetzung von internationalen Sanktionen (Embargogesetz, EmbG).

⁷ Diese Liste wird periodisch durch Verordnungen des Staatssekretariats für Wirtschaft SECO im Eidgenössischen Volkswirtschaftsdepartement aktualisiert.

⁸ BGE 133 II 450; *Oesch* Schweizerische Zeitung für internationales und europäisches Recht 2009, S. 337, 350.

⁹ SR-Res Nr. 1730 (2006).

che Untersuchung des Bundesanwalts gegen Nada in Ermangelung von Beweisen (schon 2005) eingestellt worden war. Die Löschung erfolgte prompt am 23.9.2009. Die Streichung hatte indessen nicht den Fortfall der Beschwer im Verfahren vor dem EGMR zur Folge.¹⁰ Der Straßburger Gerichtshof sah vielmehr – nochmals 3 Jahre später! – sowohl das Recht auf Achtung des Privat- und Familienlebens (Art. 8 EMRK) als auch das Recht auf wirksame Beschwerde (Art. 13 EMRK) als verletzt an. Die Rüge des Rechts auf Freiheit und Sicherheit (Art. 5 EMRK) hatte keinen Erfolg. Diese Entscheidung ist im Ergebnis aus menschenrechtlicher Perspektive sicherlich zu begrüßen, gibt in grundsätzlicher Hinsicht aber Anlass zu einiger Kritik.

III. Kritikpunkte

Der EGMR prüft zunächst das Vorliegen seiner Jurisdiktion *ratione materiae*. Er verwirft das Vorbringen Frankreichs, wonach die Schweiz nicht unter der EMRK zur Verantwortung zu ziehen sei, weil das Sanktionsregime und ihre Umsetzungsakte den Vereinten Nationen zuzurechnen seien. Einer solchen Argumentationslinie war der EGMR in seiner Entscheidung in der Rechtssache *Behrami u. Saramati* gefolgt.¹¹ In der vorliegenden Konstellation lagen die Dinge aber entscheidend anders. Weder ging es um die Ausübung von Kompetenzen, die der Sicherheitsrat eigens an die Mitgliedstaaten delegiert hatte, noch ging es um Handlungen von Nebenorganen der Vereinten Nationen (Z. 120). Trotz des Tätigwerdens im Interesse der kollektiven Sicherheit der Staatengemeinschaft im Rahmen der Vereinten Nationen erfolgte die grundrechtsrelevante Umsetzung vielmehr gestützt auf nationale Kompetenzen und das Handeln nationaler Organe. Diese aktive Mitwirkung des Staates bei der Umsetzung der Sanktionen hat gegenüber dem Handeln der internationalen Organisation einen selbstständigen Charakter. Die Implementierung des Sanktionsregimes und ihre Folgen waren daher der Schweiz zuzurechnen. Auch wenn diese Aussage rechtlich grundsätzlich überzeugt,¹² ist damit noch nicht gesagt, dass auch der Beschwerdeführer dieser jurisdiktionsbegründenden Hoheitsgewalt der Schweiz unterfällt. Als ägyptisch-italienischer Doppelbürger mit Wohnsitz in Italien be-

fand sich der Beschwerdeführer außerhalb des Jurisdiktionsbereichs der Schweiz i.S.d. Art. 1 EMRK. Erst sein Wunsch, aufgrund seines prekären Gesundheitszustandes Ärzte in Italien zu konsultieren oder Freunde und Bekannte außerhalb der Enklave aufzusuchen, brachte ihn faktisch in den Wirkungsbereich Schweizerischer Hoheitsgewalt. Der EGMR akzeptiert extraterritoriale Jurisdiktion in ständiger Rechtsprechung jedoch nur in Ausnahmefällen.¹³ Außerhalb des Territoriums der Vertragspartei bedarf es eines besonderen *jurisdictional link*.¹⁴ Es müssen besondere Umstände im Einzelfall vorliegen, die es rechtfertigen, gegenüber einem Vertragsstaat, menschenrechtliche Verpflichtungen aus Sachverhalten abzuleiten, die außerhalb seines Hoheitsgebiets liegen. Durch die grenzüberschreitende Wirkung des Handelns einer Vertragspartei allein gelangen die betroffenen Personen nicht unter deren Jurisdiktion.¹⁵ Anerkannte Fallgruppen sind unmittelbare Gewalt über eine Person (Kontrolle über Person) und effektive Gebietsherrschaft über fremdes Territorium (Kontrolle über Territorium). Die bloße Betroffenheit eines Ausländers im Ausland genügt grundsätzlich nicht.¹⁶ Ein Recht auf Einreise oder Transit aus dem Ausland steht nur den eigenen Staatsangehörigen zu. Nada war aber weder Staatsbürger der Schweiz, noch lebte seine Familie dort. Der vorliegende Fall fällt mithin in keine der anerkannten Kategorien. Es handelt sich um einen echten Sonderfall. Aufgrund der lokalen Gegebenheiten hat eine rein innerstaatliche Maßnahme für den Beschwerdeführer erhebliche Auswirkungen auf die Ausübungsmöglichkeit eines materiellen Konventionsrechts, namentlich Art. 8 EMRK. In einen rein tatsächlichen „cause and effect“-Zusammenhang kann zwar keine Zusicherung von Konventionsrechten hineingelesen werden. Anderenfalls würde man implizit behaupten, dass mit der Ausführung der verletzenden (bzw. im Ausland tatsächlich spürbaren) Handlung einer Vertragspartei die Begründung der (angeblich) verletzten Rechtsposition des Betroffenen gegenüber der Vertragspartei einhergeht. Dies wäre schon rein logisch schwer nachvollziehbar. Eine materiell-rechtliche Berechtigung kann jedoch dann erwachsen, wenn die Inanspruchnahme der Konventionsrechte ein gewisses Maß an Bewegungsfreiheit voraussetzt. Kommt einem Vertragsstaat dabei aufgrund der besonderen räumlichen Lage eine ganz besonders herausgehobene Verantwortung für die wirksame Ausübung des Grundrechts zu bzw. hat es ein Staat aufgrund seines im Ausland spürbaren Handelns in der Hand, ob ein Grundrecht praktisch überhaupt effektiv ausgeübt werden kann, lässt sich argumentieren, dass eine hinreichend konkrete und spezifische Wirkung auf die betroffene Person feststellbar ist, die eine Einbeziehung des Betroffenen in den Schutzbereich des betroffe-

¹⁰ Da die Schweiz die Grundrechtsverletzung ungeachtet der Unterstützung des delisting-Antrags nicht anerkannt und keine Wiedergutmachung geleistet hatte, konnte keine Heilung der Verletzung eintreten. Der Beschwerdeführer durfte daher auch die nicht mehr gegenwärtige Verletzung seiner Konventionsrechte zulässig rügen.

¹¹ EGMR, 2.5.2007, *Behrami u. Saramati*, Nr. 71412/01, 78166/01, Z. 149; ferner *Karpenstein/Mayer-Johann*, EMRK (2012), Art. 1 Rn. 15; *IntKomm-Fastenrath*, 14. Lfg. (2012), Art. 1, Rn. 144.

¹² Vgl. auch *IntKomm-Fastenrath* (Fn. 11), Art. 1, Rn. 63: die Umsetzung von Rechtshandlungen einer internationalen Organisation durch die mitgliedstaatlichen Gewalten ist staatliches Handeln (und als solches dem Staat zurechenbar; nicht der internationalen Organisation). Trotz Wahrnehmung völkerrechtlicher Verpflichtungen werden sie dadurch nicht zu Organen der internationalen Organisation; Die Praxis des EGMR ist aber sehr unbeständig und inkohärent, Rn. 64; kritisch auch *Peters/Altwickler*, Europäische Menschenrechtskonvention, 2. Aufl. 2012, § 22 Rn. § 2 Rn. 29.

¹³ *Karpenstein/Mayer-Johann* (Fn. 11), Art. 1 Rn. 20 ff.; *IntKomm-Fastenrath* (Fn. 11), Art. 1 Rn. 97 ff.; *Milanovic*, *Extraterritorial Application Of Human Rights Treaties: Law, Principles* (2011).

¹⁴ *IntKomm-Fastenrath* (Fn. 11), Art. 1 Rn. 118.

¹⁵ *IntKomm-Fastenrath* (Fn. 11), Art. 1, Rn. 92 unter Verweis auf EGMR, 12.12.2001, Nr. 52207/99, *Bankovic u.a. v. Belgien u.a.*, Z. 67 und EGMR, 8.7.2004, Nr. 48787/99, *Ilascu*, Z. 314.

¹⁶ Anders hat der EGMR bisher teilweise bei Ausübung unmittelbarer kausaler körperlicher Gewalt von Organen eines Vertragsstaats im Ausland entschieden, *Karpenstein/Mayer-Johann* (Fn. 11), Art. 1 Rn. 30f.

nen Konventionsrechts gebietet und für den Vertragsstaat eine entsprechende Schutzpflicht auslöst.¹⁷

Der EGMR hat sich mit dieser Problematik nicht ernsthaft auseinandergesetzt. Sein Hauptaugenmerk lag auf der drohenden Normkollision von UN-Recht und EMRK, welche eine Entscheidung über die Hierarchie der völkerrechtlichen Verpflichtungen unausweichlich gemacht hätte. Seit die grundrechtlichen Implikationen der *smart sanctions* in das Bewusstsein der Wissenschaft gerückt sind, hat diese Streitfrage große Aufmerksamkeit erfahren.¹⁸ War der EGMR für die einen am Anfang Hoffnungsträger auf effektiven Grundrechtsschutz, mahnten andere Stimmen zur Zurückhaltung, um den Auftrag der Vereinten Nationen nicht zu gefährden.¹⁹ Das Momentum schien nach der Kadi-Entscheidung des EuGH eine weitere Grundsatzentscheidung für effektiven, unhintergehbaren Grundrechtsschutz zu begünstigen. Der EGMR wollte eine solche Entscheidung aber offensichtlich nicht fällen. Seine Erwägungen sind von dem spannungsgeladenen Bemühen geprägt, einerseits wirksam die Konventionsrechte zu schützen, andererseits aber einen grundsätzlichen Normkonflikt zu vermeiden. Um die im Raum stehende Suprematie des UN-Rechts aus Art. 103 UN-Charta zumindest vordergründig nicht anzutasten, war es dabei primär erforderlich, der Schweiz als Vertragsstaat durch Interpretation der Sicherheitsratsresolutionen Manövriererraum zu verschaffen, der hinreichend für die Wahrung der Konventionsrechte ist. Auf diese Weise ist die Rangordnung aus Sicht des Gerichtshofs nicht mehr entscheidungsrelevant. Die Herausarbeitung dieses Entscheidungsspielraums hinterlässt jedoch einen konstruierten Eindruck. Die Ungenauigkeiten und Kritikpunkte sollen nachfolgend aufgezeigt werden. Genügt dem EGMR bei der Prüfung von Art. 8 EMRK methodisch das Instrument der Interpretation, um das gewünschte Ziel zu erreichen, setzt er bei Art. 13 EMRK auf einen recht kühnen normtheoretischen Ansatz, der im Anschluss ebenfalls beleuchtet wird.

1. Art. 8 EMRK

Der EGMR geht bei seinem Bemühen um Konfliktvermeidung zunächst auf seine Al-Jedda-Entscheidung ein, in welcher er sich bereits mit der Implementierung von Sicherheitsratsanktionen durch Vertragsstaaten ausei-

nerdengesetzt und versucht hat, eine praktische Konkordanz zwischen den Verpflichtungen aus UN-Charta und EMRK herzustellen.²⁰ Ausgangspunkt der Überlegungen des EGMR ist die Stellung der Menschenrechte in der UN-Charta. Die Förderung der Menschenrechte ist eines der Hauptziele der UN (Art. 1 Abs. 3 UN-Charta), auf die auch der Sicherheitsrat verpflichtet ist (Art. 24 Abs. 2 UN-Charta).²¹ Hieraus leitet der EGMR die Vermutung ab, dass der Sicherheitsrat nur solche Maßnahmen anordnen wollte, die sich mit diesem Ziel vereinbaren lassen.²² Sicherheitsratsresolutionen ließen sich daher menschenrechtskonform interpretieren und in Einklang mit den Konventionsrechten bringen.²³ Diese Vermutung gilt freilich nur, solange die konkreten Vorgaben der Resolutionen tatsächlich noch mit der EMRK vereinbar sind. Im Fall Al-Jedda war der Wortlaut sehr allgemein gehalten, woraus ein weiter Spielraum für eine konventionskonforme Umsetzung resultierte. In diesem Punkt ist der Fall Nada anders gelagert. Sowohl die Pflichten der Mitgliedstaaten als auch die Ausnahmetatbestände sind eindeutig formuliert. Das Drohen eines Normkonflikts war mithin unübersehbar.

An diesem Punkt beginnt nun der eigentliche und kritikwürdige Teil der Entscheidung. Vorgeworfen wird der Schweiz nicht, das Sanktionsregime überhaupt implementiert oder den Betroffenen nicht gelöscht zu haben. Die Sanktionen werden nicht als solche für unvereinbar mit Art. 8 EMRK eingestuft. Ausschlaggebend ist stattdessen die Erwägung, dass der Schweiz nach Auffassung des Gerichtshofs trotz der klaren Fassung der Sanktionsresolutionen hinreichende Entscheidungsspielräume zugestanden hätten, um die besondere Lage des Beschwerdeführers zu erleichtern und die Wirkung des Sanktionsregimes damit auf ein Maß zurückzufahren, das der Schranken-Schranke von Art. 8 EMRK genügt; d.h. konkret als *necessary in a democratic society* bewertet werden kann. Diese Möglichkeit sei nicht hinreichend ausgeschöpft worden. Hierbei kumuliert der EGMR zwei Erwägungen, wobei nicht recht deutlich ist, welche tragend ist. Unterstellt wurde zum einen, dass der besonderen territorialen Lage und den gesundheitlichen Problemen besser hätte Rechnung getragen werden können. Zum anderen seien Möglichkeiten nicht genutzt worden, um ein *delisting* von Nada zu erwirken. Wie sich diese Optionen, die ganz unterschiedliche Anknüpfungspunkte haben,²⁴ in der Prüfung von Art. 8 EMRK argumentativ zusammenfügen, bleibt offen. Im Ergebnis wähnt sich der EGMR von der Entscheidung dispensiert, in welchem Rangverhältnis EMRK und UN-Recht zueinander stehen.

Dieses Wunschresultat erzielt der EGMR durch eine sehr oberflächliche und ergebnisorientierte Auslegung der Sicherheitsratsresolutionen, über die der Schweiz Handlungsspielraum zur Wahrung von Art. 8 EMRK zuge-

¹⁷ In diesem Sinne ordnet Fastenrath Einreise- und Transitverbote gegenüber Bewohnern einer fremdstaatlichen Enklave bereits als anerkannte Ausnahme ein, wobei er ausdrücklich darauf hinweist, dass der EGMR hierfür in Nada eine Begründung schuldig geblieben ist, IntKomm- *Fastenrath* (Fn. 11), Art. 1, Rn. 94; zur Begründungsmöglichkeit über die Lehre vom Konventionsraum, Rn. 109 f.

¹⁸ *Milanovic* 20 *Duke Journal of Comparative & International Law* 69 (2010), 76 ff.; *Frowein*, FS Tomuschat, S. 785, 795; *Orakhelashvili* 16 *European Journal of International Law* 59 (2005), 60; *De Wet*, The Chapter VII Powers of the United Nations Security Council, 2004, S. 187 ff.; *Martenczuk*, Rechtsbindung und Rechtskontrolle des Weltsicherheitsrats. Die Überprüfung nicht-militärischer Zwangsmaßnahmen durch den Internationalen Gerichtshof, 1996, S. 272 ff.; *Hörmann*, Archiv des Völkerrechts 44 (2006), 267–327; *Payandeh*, ZaöRV 66 (2006), S. 41–71.

¹⁹ *Reich* Yale Journal of International Law 33 (2008), S. 505, 510; *Meyer* ZEuS 2007, 1, 43 ff.

²⁰ EGMR, 7.7.2011, Nr. 27021/08, Al-Jedda v. Vereinigtes Königreich, Z. 102 ff.

²¹ Ausführlich zu den rechtlichen Bindungen des Sicherheitsrats Fn. 18.

²² Vgl. schon *Thallinger* ZaöRV 67 (2007), 1015, 1028 f.

²³ EGMR, 7.7.2011, Nr. 27021/08, Al-Jedda v. Vereinigtes Königreich, Z. 102 ff.

²⁴ Bei der einen geht es um die Sicherstellung der Verhältnismäßigkeit des Eingriffs, bei der anderen um die Beseitigung des Eingriffs insgesamt.

schrieben wird. Hingewiesen wird erstens auf den Ausnahmetatbestand in SR-Res. Nr. 1390 (2002), Ziff. 2(b), wonach das Verbot von Einreise oder Transit nicht gilt, wenn diese notwendig zur Durchführung justizieller Verfahren sind. Der Terminus „notwendig“ lasse eine einzelfallorientierte Anwendung des Verbots zu (Z. 177). Zweitens enthalte besagte Resolution in Abs. 8 die grundsätzliche Aussage,²⁵ wonach den nationalen Behörden eine gewisse Flexibilität („where appropriate“) bei der Implementierung der Resolution zugestanden wird (Z. 178). Schließlich weist der EGMR auf eine Motion des Schweizer Nationalrats an den Bundesrat hin. Diese verlangte, den Sicherheitsrat darüber in Kenntnis zu setzen, dass die Schweiz die Antiterrorismussanktionen nicht mehr unbedingt umsetzen würde, was aus Sicht des Gerichtshofs die Annahme eines gewissen Ermessens voraussetzt (Z. 179).

Für den EGMR steht damit fest, dass die Schweiz begrenzten, aber dennoch realen Spielraum hatte. Leider vermag keine einzige der vorgetragenen Erwägungen zu überzeugen. Es ist unbestritten, dass nationale Behörden Ausnahmen gewähren können, wenn dies zur Durchführung von Gerichtsverfahren u.ä. notwendig ist. Ebenso klar ist aber auch – und mit diesem Satz setzt sich der EGMR nicht auseinander –, dass alle weiteren Ausnahmen aus anderen Gründen nur vom Sanktionsausschuss gewährt werden können.²⁶ Hierauf haben, wenn auch sehr (bzw. zu) spät, die Schweizerischen Behörden hingewiesen und Unterstützung avisiert. Das Bundesgericht sieht die Behörden hierzu sogar als verfassungsrechtlich verpflichtet an. Tatsächlich ließen sich einige Maßnahmen vorstellen, um den persönlichen und gesundheitlichen Nöten des Beschwerdeführers Rechnung zu tragen, ohne den Sanktionszweck zu gefährden. Das Sanktionsregime unterstellt letztlich, dass sich die Adressaten in ihrem Wohnsitz- bzw. Heimatstaat befinden und sich zumindest dort frei bewegen und mit den humanitär gebotenen Leistungen zum Lebensunterhalt und zur Gesundheitspflege versorgen können. Es liegt daher nicht fern, den Bewohnern von Enklaven, in der die Versorgung mit den humanitär notwendigen Versorgungsleistungen nicht gesichert ist, eine hinreichende Versorgung durch freien Transit über festgelegte Strecken – ggf. mit GPS-Tracking oder (kostenpflichtiger) Eskorte – zu gewährleisten und damit die (unterstellte) territoriale Geschlossenheit zu fingieren. Alternativ könnte der „umschließende“ Staat diese Leistungen durch Einreise verfügbar machen. Auf gleichem Weg ließe sich eine Aufrechterhaltung des Familienlebens mit Angehörigen außerhalb der Enklave bewerkstelligen. Allerdings hätten die nationalen Behörden nur ein Vorschlagsrecht und könnten eine Ausnahme daher lediglich proaktiv erbitten und dies mit einer substanziellen Begründung versehen. Das Letztentscheidungsrecht läge eindeutig beim Sanktionsausschuss. Der Vorwurf gegenüber der Schweiz

kann also allenfalls darin liegen, diesen Weg nicht frühzeitig und konsequent beschritten zu haben. Die Möglichkeit hierzu hätten sie bereits ab 2003 zu Beginn der effektiven Durchsetzung der Sanktion gegenüber Nada gehabt.

Zu klären bliebe aber, woraus sich eine solche Verpflichtung der Schweiz gegenüber einem im Ausland wohnhaften Ausländer ergeben soll. Dass das Bundesgericht die Behörden von Verfassungs wegen für verpflichtet hält, hat den EGMR nicht zu interessieren, da als Normordnung für ihn nur die EMRK relevant ist. Hier tritt erneut zutage, dass der EGMR nicht begründet, woraus sich die Grundrechtsberechtigung Nadas aus Art. 8 EMRK gegenüber der Schweiz ergibt. Wie gesehen, ist die Aktivierung der materiellen Konventionsbindung der Schweiz gegenüber Nada keinesfalls selbstverständlich. Hinzu käme vorliegend, dass – über das Abwehrrecht hinaus – den Vertragsstaat auch eine entsprechende positive Schutzpflicht treffen müsste, aus der sich die beschriebenen Verpflichtungen der Behörde ableiten ließen. Auch die zweite Flexibilitätsquelle versiegt bei näherer Betrachtung. Zum einen fällt Nada gar nicht in den persönlichen Anwendungsbereich der angesprochenen Regelung in der SR-Resolution. Zum anderen geht die Interpretation des EGMR in der Sache fehl.²⁷ „Where appropriate“ gewährt keine Ermessensspielräume über Ob und Angemessenheit der Durchsetzung, sondern bezieht sich allein auf die Auswahl der im Text genannten Mittel zur Durchsetzung.

Ebenso unergiebig ist der Hinweis auf die Motion des Nationalrats. Dass diese erst nach der endgültigen Streichung Nadas von der Liste erfolgte und damit von den Behörden gar nicht beachtet werden konnte, ist dabei nur der augenscheinlichste Kritikpunkt. Spannender ist, wieso es für die rechtliche Beurteilung, welche rechtlichen Umsetzungsspielräume bestimmte völkerrechtliche Instrumente zulassen, auf die – ohnehin nur unterstellte – implizite Bewertung eines rein politischen Gremiums im Rahmen einer politischen Entscheidung ankommen soll. Welchen rechtlichen Wert soll dieses Argument haben? Zuständig für die Bewertung sind aus Konventionssicht allein der EGMR und aus UN-Sicht nur der Sicherheitsrat. Eine Bewertungsprärogative räumen beide Institutionen den jeweiligen Mitgliedstaaten für rechtliche Kernfragen nicht ein. Der EGMR kann sich von seiner Verantwortung nicht frei machen, indem er auf rechtspolitische Verlautbarungen parlamentarischer Organe in den Vertragsstaaten verweist.

Auf dieser wackeligen Grundlage bleibt es daher für den EGMR dabei, dass die zuständigen Behörden in der Schweiz nicht hinreichend auf die Besonderheiten des Einzelfalls, insbesondere die geografische Lage sowie Alter und Gesundheit des Beschwerdeführers, eingegangen sind (Z. 191-193). Dieses fehlende Bemühen ist aber nicht das einzige Unterlassen, das der Schweiz vorgeworfen wird. Bei der Prüfung, ob die getroffenen Maßnahmen unter den besonderen Voraussetzungen des konkreten Falles den Anforderungen von Art. 8 EMRK genügen, prüft der EGMR als Anpassungsoptionen nicht Bloß die Nutzung von Ausnahmeverhalten, sondern auch alter-

²⁵ „... all States to take immediate steps to enforce and strengthen through legislative enactments or administrative measures, where appropriate, the measures imposed under domestic laws or regulations against their nationals and other individuals or entities operating on their territory ...“

²⁶ Erst später kommt der EGMR auf diesen Umstand bei der Benennung der konkreten Defizite zurück, Z. 191 ff.

²⁷ So auch *Malinverni*, Concurring opinion, Z. 3 ff.

native Maßnahmen. Allerdings handelt es sich dabei nicht um Maßnahmen zur Anpassung des Sanktionsregimes an die besondere Situation des Betroffenen, sondern um die Befreiung des Beschwerdeführers von den Sanktionen als solche. Der zweite Vorwurf knüpft nämlich an die unzureichenden Schweizerischen Bemühungen um ein *delisting* des Beschwerdeführers an (Z. 188). Während die Bundesanwaltschaft ihr Untersuchungsverfahren bereits 2005 eingestellt hatte, wurde der Sanktionsausschuss des Sicherheitsrats hierüber erst 2009 in Verbindung mit einem *delisting*-Antrag Nadas in Kenntnis gesetzt. Das eigentlich zuständige Heimatland Italien war ebenfalls nicht frühzeitig, d.h. unverzüglich im Jahr 2005, informiert und zur Stellung eines *delisting*-Antrags aufgefordert worden.²⁸ In tatsächlicher Hinsicht mag man dem EGMR in diesem Punkt recht geben, dass die Schweiz zu formalistisch, umständlich und schwerfällig vorgegangen ist. Auch aus ethischer Sicht mag klar sein, dass ein Tätigwerden durch Intervention beim Sanktionsausschuss ungeachtet der UN-internen Zuständigkeiten geboten gewesen wäre. Aus der Perspektive der EMRK ist hingegen einzig relevant, ob die Schweiz eine entsprechende Schutzpflicht traf. Dies unterstellt der EGMR ohne Begründung.

Unter dem Strich bleibt es für den EGMR daher dabei, dass die zuständigen Stellen in der Schweiz ihren Umsetzungsspielraum und alternative Möglichkeiten, um gegenüber Nada das in einer demokratischen Gesellschaft notwendige Eingriffsmass als Schranken-Schranke nicht zu überschreiten, nicht adäquat genutzt haben.²⁹ Dieses Ergebnis dispensiert den EGMR von weiteren Ausführungen zur Hierarchie zwischen Verpflichtungen aus der UN-Charta und der EMRK (Z. 197). Der EGMR darf sich in dieser Hinsicht glücklich schätzen, dass Nadas Name bereits 2009 gestrichen wurde. Andernfalls hätte sich erweisen müssen, ob sich die als effektive Abhilfemöglichkeiten deklarierten Maßnahmen wirklich als hinreichend effektiv erwiesen hätten, um die Annahmen des EGMR zu verifizieren. Diese Nagelprobe bleibt aus.

²⁸ Z. 194. Zum damaligen Zeitpunkt konnte nur der Heimat- bzw. Wohnsitzstaat einen Antrag auf *Delisting* beim Sicherheitsrat stellen. Die Rechtslage hat sich bis heute stark gewandelt, vgl. SR-Res. Nr. 1988 (2011), SR-Res. Nr. 1989 (2011). So wurde zwischenzeitlich nicht nur die Institution einer Ombudsperson (SR-Res. Nr. 1904 (2009)), sondern auch ein neuer Sanktionsausschuss geschaffen, der sich anstelle des „1267-Committee“ speziell mit Anträgen auf Aufnahme in die Liste und Streichung von der Liste befasst. Aktuell könnte jeder Mitgliedstaat einen Antrag stellen. Das aktuelle Sanktionsregime differenziert allerdings stärker zwischen den Taliban und ihren Unterstützern einerseits und mit Al-Qaida assoziierten Personen und Gruppen andererseits. Daher können das Verfahren und die Entscheidungsstandards danach variieren, in welchem Abschnitt der UN-Terrorliste die betroffene Person, Gruppe oder Einrichtung aufgeführt ist und ob ein Drittstaat, der listende Staat, die Ombudsperson oder die betroffene Person den Antrag stellen.

²⁹ Nicht endgültig klar wird, ob beide Erwägungen alternativ tragen oder erst kumulativ zur Unverhältnismäßigkeit des Eingriffs führen.

2. Art. 13 EMRK

Interessanterweise kommt der EGMR bei Art. 13 EMRK noch einmal auf diese Problematik zurück. Im Unterschied zu Art. 6 EMRK ist das Recht auf wirksame Beschwerde in Art. 13 EMRK akzessorisch. Er begründet ein Individualrecht auf wirksame Überprüfung von Maßnahmen, die in Konventionsrechte eingreifen. Alle in der EMRK und ihren Zusatzprotokollen anerkannten Rechte und Freiheiten erfahren auf diese Weise eine zusätzliche prozessuale Absicherung.³⁰ Art. 13 EMRK ist daher stets zusammen mit einem anderen materiellen Konventionsrecht geltend zu machen. Seine erfolgreiche Geltendmachung setzt zwar nicht voraus, dass eine Verletzung im Gleichschritt mit der Prüfung von Art. 13 EMRK nachgewiesen wird, dennoch muss zumindest ein vertretbarer Anspruch (*arguable claim*) vorliegen.³¹ Bei offensichtlicher Unbegründetheit der behaupteten Konventionsrechtsverletzung wäre der Schutzbereich von Art. 13 EMRK indes nicht eröffnet.³² Der EGMR fasst sich hier kurz und stellt das Vorliegen eines auf Art. 8 EMRK gestützten *arguable claim* knapp fest (Z. 209). Blickt man auf die anschließende Prüfung von Art. 13 EMRK wird jedoch deutlich, dass es um einen ganz anderen Anspruch geht. Der EGMR befasst sich nicht mit Rechtsbehelfen, die sich auf die oben angesprochenen Abhilfemöglichkeiten beziehen. Prüfungsgegenstand ist der fehlende Rechtsschutz gegen die Listung selbst. Dies impliziert aber, dass dieses Konventionsrecht aus Sicht des EGMR zumindest bei cursorischer Betrachtung durch die Listung und die mit ihr aktivierten Sanktionen verletzt sein könnte. Damit tätigt der EGMR – ungewollt? – doch eine Aussage zum prekären Rangverhältnis. Ein *arguable claim* ist nur dann begründbar, wenn Art. 103 UN-Charta keine Suprematie des UN-Rechts gegenüber der EMRK begründet. Andernfalls müsste Art. 8 EMRK hinter der Sanktionsverpflichtung zurücktreten und der Anspruch wäre offensichtlich unbegründet. Der EGMR scheint also zumindest implizit nicht von einem eindeutigen Vorrang des UN-Rechts auszugehen. Gleichwohl kann die Prüfung von Art. 13 EMRK wohl nicht als eine vorläufige Aussage zum Rangverhältnis gedeutet werden, weil der EGMR einen durch die Kadi-Entscheidung des EuGH inspirierten normtheoretischen Ausweg findet (Z. 212), der es ihm auch im Rahmen von Art. 13 EMRK gestattet, keine verbindliche Aussage dieser Art zu treffen. Dies erreicht der Gerichtshof, indem er einen Dualismus von UN-Rechtsordnung und nationaler Rechtsordnung annimmt.³³ Das UN-Recht beschneide nicht die Kompetenz der Schweizer Gerichte, Umsetzungsmaßnahmen im

³⁰ F. Meyer, HRRS-Festgabe für Gerhard Fezer, S. 131, 204.

³¹ EGMR, Powell u. Rayner v. Vereinigtes Königreich, Serie A Nr. 172, § 31; Boyle u. Rice v. Vereinigtes Königreich, Serie A Nr. 131, § 52; Camenzind v. Schweiz, Reports 1997-VIII, § 53; EGMR, 18.7.2006, Nr. 28867/03, Keegan, Z. 41; *Peters/Altwicker* (Fn. 12), § 22 Rn. 5; *Grabenwarter/Pabel*, Europäische Menschenrechtskonvention, 5. Aufl. (2011), Rn. 177.

³² *Karpenstein/Mayer-Breuer* (Fn. 11), Art. 13 Rn. 13f.

³³ *Diggelmann* Schweizerische Zeitung für internationales und europäisches Recht 2009, 301, 334, bezeichnet dies als selbstreferenziellen Ansatz, bei dem im Fall der Überlapung mehrerer Normordnungen die integrale Beachtung der eigenen Zentralnormen in den Vordergrund gerückt wird.

nationalen Recht auf ihre Richtigkeit und Rechtmäßigkeit zu prüfen (Z. 212). Der *arguable claim* aus Art. 8 EMRK wird damit allein auf die Organe der Vertragsstaaten bezogen, womit sich in der Kombination wiederum eine – selbst implizite – Aussage zur Hierarchie der Rechtsordnungen vermeiden lässt. Der Schweiz soll insofern zum Vorwurf gereichen, dass der Beschwerdeführer über den Rechtsweg vor die Schweizer Gerichte keine Abhilfe erreichen konnte, weil diese eine Löschung von der Liste in Anhang 2 der Talibanverordnung unter Hinweis auf das UN-Recht verweigert hatten. Der EGMR geht dabei davon aus, dass eine solche Abhilfe ohne explizite oder implizite Kontrolle des UN-Rechts möglich gewesen wäre, weil sie sich unmittelbar allein auf den belastenden eidgenössischen Rechtsakt bezogen hätte. Diese Argumentationslinie ist aus der Kadi-Entscheidung des EuGH bekannt.

Auch diese Vorgehensweise wirft Fragen auf. Menschenrechtlich mag es zu begrüßen sein, dass der EGMR die nationalen Gerichte in den Vertragsstaaten dafür zuständig erklärt, die Konventionskonformität nationaler Implementierungsaktivitäten zu prüfen, ohne dabei augenscheinlich mit dem UN-Recht in Konflikt zu geraten. Doch gilt es einige strukturelle Unterschiede zwischen dem Recht der EU und dem Recht der Schweiz im Verhältnis zu den Vereinten Nationen zu beachten. Für einen Dualismus lässt sich zwar anführen, dass die Sanktionsmaßnahmen nicht *self-executing* sind, sondern einer Transformation in nationale Rechtsakte bedürfen. Eine Separierung der Rechtsordnungen, wie sie der EuGH vorgenommen hat, lässt sich hingegen nicht überzeugend vornehmen. Die EU hat die Umsetzung der Terrorismus-sanktionen für ihre Mitgliedstaaten besorgt, ohne selbst Mitglied der Vereinten Nationen zu sein. Ihre supranationale Rechtsordnung ist gegenüber dem UN-Recht grundsätzlich autark. Bei UN-Mitgliedstaaten liegen die Dinge anders. Dies gilt erst recht für einen Staat wie die Schweiz, der für die Integration des Völkerrechts einem monistischen Systementwurf folgt. Aus Schweizer Sicht sind sowohl UN-Recht als auch EMRK-Recht Bestandteil derselben nationalen Rechtsordnung. Ein schweizerisches Gericht käme daher gar nicht umhin, die Rangfrage zu klären. Das Bundesgericht und etwaige andere nationale Gerichte, die im Nachgang zur besprochenen Entscheidung von Gelisteten angerufen werden könnten, hätten daher den Normordnungskonflikt auszutragen, den der EGMR vordergründig vermeiden zu können glaubt. Überdies scheint es schwer vorstellbar, dass nationale Gerichte das Vorgehen der Unionsorgane im Anschluss an die Kadi-Entscheidung nachahmen und dem Sanktionsausschuss des Sicherheitsrats unter Androhung der Aussetzung der Sanktionen Fristen setzen und ihn zur Nachlieferung von Beweisen für die Richtigkeit der Listung auffordern, um die Listung selbst prüfen zu können. Auch in diesem Beschwerdepunkt dürften daher sowohl der EGMR als auch die Schweiz über die

bereits erfolgte Streichung Nadas sehr froh sein. Es wird also nicht zum Schwur kommen.

IV. Schlussbetrachtung

Die Entscheidung des EGMR in der Rechtssache Nada ist eine Einzelfallentscheidung, die sich am Gedanken der *individual justice* orientiert und stark von den besonderen Umständen der konkreten Fallkonstellation geprägt ist. Der EGMR traf wohl in der Sache die allein angemessene Entscheidung, ohne sich menschenrechtsdogmatisch in Sachen Rangordnung für die Zukunft festzulegen. Der Gerichtshof wollte nicht wie der EuGH in die Rolle eines Verfassungsgerichts schlüpfen und eine Grundsatzentscheidung fällen. Interessanterweise hatte gerade der beteiligte Schweizer Richter Malinverni eine solche Lösung im Sinn. Er hätte ausweislich seiner *concurring opinion* eine „Solange I-Lösung“ präferiert, um die Bedeutung der EMRK und die Rolle des EGMR als wichtigster Menschenrechtsgerichtshof in Europa zu unterstreichen.³⁴

Die eigentliche Sprengkraft der Entscheidung liegt in ihrer Bedeutung für künftige Verfahren in den Vertragsstaaten. Gestützt auf den dualistischen Begründungsansatz des EGMR könnten sich Gerichte in den Vertragsstaaten in Zukunft mit einer ganzen Reihe von Rügen der Konventionswidrigkeit konfrontiert sehen, die sich gegen nationale Umsetzungsakte richten. Der naheliegendste Fall ist die Geltendmachung des Fairnessgrundsatzes aus Art. 6 EMRK wegen der rechtsstaatlichen Mängel der Listung und ihrer Überprüfung.³⁵ Hinzu kämen sonstige Konventionsrechte wie Art. 8 EMRK, die durch die Sanktionen berührt sein könnten, wobei nach den einzelnen Maßnahmen der Sanktionsregime zu differenzieren sein wird. Das *freezing of assets*, welches vorliegend nicht Verfahrensgegenstand war, dürfte nach Maßgabe der EGMR-Entscheidung jedenfalls vor den vertragsstaatlichen Gerichten überprüfbar werden. Allerdings betrifft dies praktisch nur diejenigen Staaten, welche nicht zugleich EU-Mitglieder sind. Für diese besorgen die Unionsorgane Implementierung und Rechtsschutz, der eine *equivalent protection* bietet.³⁶ Als Alternative zur eigenverantwortlichen Prüfung könnten betroffene Staaten mithin durch Beitritt zur EU zugleich eine Verantwortungsverlagerung auf EuG und EuGH bewirken. Dieser Weg dürfte aus Sicht der Schweiz aber noch weitaus unattraktiver sein als ein drohender Normkonflikt mit dem UN-Recht.

³⁴ Malinverni, Concurring opinion, Z. 24.

³⁵ Zu den aktuellen Listungs- und Streichungsverfahren beim Sicherheitsrat vgl. Fn. 28.

³⁶ Zur Überprüfung von EU-Rechtsakten und nationalen Umsetzungsaktivitäten durch den EGMR vgl. *Karpenstein/Mayer-Mayer* (Fn. 11), Einleitung, Rn. 126 ff. sowie zuletzt EGMR, 6.12.2012, Nr. 12323/11, *Michaud v. Frankreich*, Z. 102 ff.

Die iCloud als Gefahr für den Rechtsanwalt?

Von Rechtsreferendarin Ricarda Christine Schelzke*, Hamburg

I. Einleitung

Das iPhone ist eines der am meisten genutzten Arbeitsmaterialien eines Rechtsanwalts.¹ Dieses bietet durch die iCloud die Möglichkeit, Daten durch die Nutzung von externen Servern zu speichern und so mit anderen Geräten wie einem iPad oder MacBook zu synchronisieren. Was zunächst den Alltag des Anwalts zu erleichtern scheint, birgt jedoch Gefahren. Im Folgenden wird eine strafrechtliche, eine strafprozessuale und eine berufsrechtliche Gefahr dieser Nutzung untersucht. Dabei werden Gefahren, die alle Nutzer treffen und nicht nur den Rechtsanwalt – wie das Datenschutzrecht oder das Urheberrecht² –ausgeklammert.

II. Die iCloud

Die iCloud ist eine Cloud-Dienstleistung von Apple³, mit der man verschiedene Apple-Geräte miteinander synchron halten kann. Umfasst wird dabei unter anderem und im Folgenden betrachtet: Ein Fotostream, Dokumente in der iCloud, Kalender, Kontakte und E-Mails. Erreicht wird die Synchronisierung durch eine zusätzliche Speicherung der entsprechenden Dateien auf einem netzwerkbasierten Speichermedium – bereitgestellt durch Apple.⁴ Verlockend an der iCloud ist, dass diese leicht eingeschaltet und bis 5 GB kostenlos genutzt werden kann.⁵ Die iCloud ist eine sogenannte Public Cloud, weil sie von einem Dritten und nicht etwa von der Kanzlei selbst (sogenannte Private Cloud) betrieben wird.⁶

* Dieser Aufsatz basiert auf dem Vortrag, den die Verfasserin am 6. Februar 2013 im Rahmen der mündlichen Prüfung des Promotionsverfahrens an der Bucerius Law School – Hochschule für Rechtswissenschaften hielt.

¹ Unter Rechtsanwalt ist im Folgenden auch die Rechtsanwältin zu verstehen. Zur Vereinfachung wird jedoch allgemein auf Rechtsanwalt abgestellt.

² Vgl. einführend dazu: *Pohle/Ammann* CR 2009, 273, 273 ff.; *Wagner/Blaufuß* BB 2012, 1751, 1751 ff.

³ Im Folgenden ist unter Apple für den deutschen Markt laut Nutzungsvereinbarung „iTunes Sarl, 31-33, rue Sainte Zithe, L-2763 Luxemburg“ zu verstehen.

⁴ Vgl. *Gercke* in: Taeger/Wiebe (Hrsg.), *Inside the Cloud – Neue Herausforderungen für das Informationsrecht* (2009), S. 499, 500; *Pohle/Ammann* CR 2009, 273, 273.

⁵ Vgl. hierzu den Werbefilm von Apple unter: <http://www.apple.com/de/icloud/>.

⁶ Vgl. *Pohle/Ammann* CR 2009, 273, 274.

III. Die Verletzung von Privatgeheimnissen nach § 203 Abs. 1 Nr. 3 StGB

Im Bereich des materiellen Strafrechts könnte die Gefahr bestehen, dass die iCloud eine Strafbarkeit für den Rechtsanwalt nach § 203 Abs. 1 Nr. 3 StGB begründet. Danach macht sich ein Rechtsanwalt strafbar, wenn er unbefugt ein fremdes Geheimnis – namentlich ein zum persönlichen Lebensbereich gehörendes Geheimnis oder ein Betriebs- oder Geschäftsgeheimnis – offenbart, welches ihm als Rechtsanwalt anvertraut worden oder sonst bekannt geworden ist.

Im Folgenden werden ausschließlich die für die iCloud speziell fraglichen Tatbestandsmerkmale betrachtet. Nämlich, ob es sich bei den Inhalten, die über die iCloud synchronisiert werden, um Geheimnisse handeln kann (dazu 1.) und ob durch das Einstellen in die iCloud ein solches schon offenbart wird (dazu 2.). Kurz werden Umstände betrachtet, die den Tatbestand bzw. die Rechtswidrigkeit ausschließen könnten (dazu 3.).

1. Geheimnis

Ein Geheimnis ist eine Tatsache, die nur einem Einzelnen bzw. einem beschränkten Personenkreis bekannt oder zugänglich ist, deren Kenntnis nach dem Willen des Betroffenen hierauf beschränkt ist und an deren Geheimhaltung der Betroffene aus seiner Sicht ein berechtigtes Interesse hat.⁷

Sofern man die Kalenderfunktion betrachtet, können die eingetragenen Termine mit dem Mandanten ein Geheimnis begründen. Denn schon, dass ein Mandatsverhältnis vorliegt, ist ein solches.⁸ Auch wenn es sich bei dem Termin um ein erstes Treffen handelt, liegt ein Geheimnis vor, weil auch schon das Anbahnungsverhältnis geheimnisrelevant sein kann.⁹

Hinsichtlich der E-Mail-Funktion kann nicht allgemein bestimmt werden, ob diese ein Geheimnis beinhaltet, da dies von dem Inhalt der jeweiligen E-Mail abhängt. Es ist

⁷ *Kroschwal/Wicker* CR 2012, 758, 759 m.w.N.

⁸ *Fischer*, StGB, 60. Aufl. (2013), § 203 Rn. 6; KG Berlin NJW 1989, 2893; *Taupitz* NJW 1989 2871, 2873.

⁹ BGH NJW 2000, 1426, 1427.

aber naheliegend, dass die E-Mails auch Geheimnisse enthalten, da während des Mandats ein Großteil der Kommunikation über den elektronischen Verkehr abgewickelt wird.

Die Kontaktfunktion allein wird in der Regel keine Geheimnisse enthalten, weil die Anschrift und die Telefonnummer als Bagatellgeheimnisse aus dem Anwendungsbereich des § 203 StGB herausfallen.¹⁰ Möglich erscheint jedoch, dass die Kontakte Zusatzinformationen – also Hintergrundinformationen über die jeweilige Person – enthalten, die nicht nur den Bagatellbereich betreffen. Außerdem könnte ein Mandant ein Interesse daran haben, dass sein Aufenthalt nicht preisgegeben wird.

Bei den sogenannten Dokumenten in der iCloud ist wiederum der Inhalt entscheidend. Es ist vorstellbar, dass beispielsweise Notizen über das jeweilige Mandat in die iCloud geladen werden, die Geheimnisse enthalten.

Auch hinsichtlich des Fotostreams kommt es auf den jeweiligen Inhalt an. Denkbar ist aber beispielsweise, dass man bei Akteneinsicht oder bei Sichtung anderer Beweismitteln Fotografien von Unterlagen erstellt und diese in die iCloud lädt. Hinsichtlich einer Akteneinsicht ist ein Geheimnis aber dann nicht mehr anzunehmen, wenn dies Gegenstand einer öffentlichen Gerichtsverhandlung oder eines polizeilichen Ermittlungsverfahrens war, sofern beliebige Dritte davon wissen können.¹¹

Es besteht somit hinsichtlich aller hier betrachteten Inhalte der iCloud grundsätzlich die Gefahr, dass sie ein Geheimnis beinhalten.

2. Offenbaren

Offenbaren ist jedes Mitteilen von Tatsachen aus dem Kreis der Wissenden heraus.¹² Es bedarf keiner gezielten Übermittlung an den Dritten.¹³ Das bloße Nutzen der iCloud kann somit grundsätzlich ein Offenbaren sein, auch wenn der Rechtsanwalt Apple die Informationen nicht übergeben will, sondern bloß die iCloud nutzt. Näherer Betrachtung bedarf aber, ob ein Zugriff durch Dritte – insbesondere Apple – überhaupt möglich ist, sodass die Tatsache aus dem Kreis der Wissenden gelangt (dazu a.) und ob eine Kenntnismöglichkeit durch Apple allein schon ein Offenbaren ist (dazu b.).

a) Möglichkeit des Zugriffs durch Dritte, insbesondere Apple

Durch das Verwenden von Verschlüsselungen auf dem Stand der Technik ist ein Zugriff Dritter ausgeschlossen und kein Offenbaren anzunehmen.¹⁴ Denn ein rechtswid-

riges Handeln des Dritten schließt eine Strafbarkeit des Rechtsanwalts nach § 203 StGB aus, wie sich aus dem Umkehrschluss zu § 202a StGB (Ausspähen von Daten) ergibt.¹⁵

Laut Apple seien die Daten sowohl bei der Übermittlung als auch bei der Speicherung verschlüsselt und damit gegen den Zugriff von Dritten geschützt.¹⁶ Allerdings ist der Zugriff durch Apple selbst möglich! In der Nutzungsvereinbarung heißt es unter „Zugriff auf Ihr Konto und Ihre Inhalte“: „Sie erklären sich damit einverstanden, dass Apple, ohne Ihnen gegenüber zu haften, auf Ihre Kontoinformationen und Ihre Inhalte zugreifen, diese nutzen, aufbewahren und/oder an Strafverfolgungsbehörden, andere Behörden und/oder sonstige Dritten weitergeben darf, wenn Apple der Meinung ist, dass dies vernünftigerweise erforderlich oder angemessen ist, wenn dies gesetzlich vorgeschrieben ist oder wenn Apple einen hinreichenden Grund zu der Annahme hat, dass ein solcher Zugriff, eine solche Nutzung, Offenlegung oder Aufbewahrung angemessenerweise notwendig ist, um: rechtliche Verfahren einzuhalten oder rechtlichen Anfragen zu entsprechen; diese Vereinbarung durchzusetzen, einschließlich der Prüfung potenzieller Verletzungen dieser Vereinbarung; Sicherheits-, Betrugs- oder technische Probleme zu ermitteln, zu verhindern oder in anderer Weise darauf einzugehen; oder die Rechte, das Eigentum oder die Sicherheit von Apple, seinen Nutzern, Dritten oder der Öffentlichkeit im gesetzlich erforderlichen oder erlaubten Rahmen zu schützen.“¹⁷ Es ist damit kein ausreichender Schutz gegen den Zugriff durch Dritte – also durch Apple – gegeben, da Apple jederzeit auf die Inhalte nach seinem Ermessen zugreifen kann.

b) Offenbaren durch bloßes Hochladen ohne Kenntnis

Das Einstellen in die iCloud erfolgt durch das Einschalten der Funktion und ist damit ein aktives Handeln und kein Unterlassen. Ob dieses Einstellen allein ohne konkrete Kenntnisnahme durch Apple schon ein Offenbaren ist, ist streitig. Auf der einen Seite könnte man annehmen, dass die bloße Kenntnismöglichkeit ausreicht. Dann ist ein Offenbaren schon mit dem Einstellen in die iCloud anzunehmen, da Apple so eine nicht durch den Rechtsanwalt zu verhindernde Zugriffsmöglichkeit hat.¹⁸ Auf der anderen Seite könnte man annehmen, dass für ein Offenbaren nur ausreicht, dass Apple auch tatsächlich Kenntnis von dem bestimmten Inhalt nimmt.¹⁹ Für diese enge Auslegung soll sprechen, dass die Möglichkeit der Kenntnisnahme nicht ausreichen könnte, da so das Rechtsgut nicht verletzt würde, aber der § 203 StGB ein

¹⁰ LK-Schünemann, StGB, 12. Aufl. (2010), § 203 Rn. 27.

¹¹ Fischer a.a.O. (Fn. 8), § 203 StGB Rn. 5.

¹² Fischer a.a.O. (Fn. 8), § 203 StGB Rn. 30; LK-Schünemann a.a.O. (Fn. 10), § 203 Rn. 40; NK-Kargl, StGB, 3. Aufl. (2010), § 203 Rn. 19.

¹³ Vgl. BGH NJW 1991, 2955, 2956.

¹⁴ Kroschwal/Wicker CR 2012, 758, 759; vgl. Jandt/Roßnagel/Wilke NSZ 2011, 641, 645; vgl. Langkeit NSTZ 1994, 6, 9; Sassenberg/Bamberg DStR 2006, 2052, 2054.

¹⁵ Sassenberg/Bamberg DStR 2006, 2052, 2053.

¹⁶ <http://support.apple.com/kb/HT4865>.

¹⁷ <http://www.apple.com/legal/icloud/de/terms.html>; zu der Feststellung, dass Apple Zugriff nehmen kann: <http://arstechnica.com/apple/2012/04/apple-holds-the-master-key-when-it-comes-to-icloud-security-privacy>.

¹⁸ Vgl. Lilie in: Festschrift für Harro Otto (2007), S. 473, 681; vgl. Otto wistra 1999, 201, 202; Kroschwal/Wicker CR 2012, 758, 761; vgl. Sassenberg/Bamberg DStR 2006, 2052, 2054.

¹⁹ Vgl. LK-Schünemann a.a.O. (Fn. 10), § 203 Rn. 41; vgl. MüKo-Ciemiak, StGB, 1. Aufl. (2003), § 203 Rn. 52; vgl. Heghmanns/Niehaus NSTZ 2008, 57, 58.

Verletzungs- und kein abstraktes Gefährdungsdelikt sei.²⁰ Außerdem sei ein konkreter Zugriff aufgrund des Aufwandes unwahrscheinlich.²¹

Der Hinweis, dass § 203 StGB als Verletzungsdelikt konzipiert sei, hilft bei der Stellungnahme nicht. Denn eine solche Bestimmung gibt das Gesetz nicht vor, sondern man muss sie aus der Norm ableiten. Ein Verletzungsdelikt liegt vor, wenn der Eintritt eines Schadens an dem geschützten Rechtsgut zum Tatbestand gehört.²² Bei dieser Bestimmung muss man zunächst die Tathandlung der Strafnorm untersuchen und erst dann schlussfolgern, ob die Tathandlung in jedem Fall eine Verletzung des Rechtsguts bewirkt. Wenn die Tathandlung jedoch unbestimmt ist, kann man zur Definition derselben nicht auf eine angebliche Deliktsstruktur abstellen, da man diese gerade erst ermittelt – man erlauge einem Zirkelschluss.

Laut dem Duden, der das allgemeine Sprachverständnis belegt, bedeutet offenbaren: „Etwas, was bisher verborgen war, nicht bekannt war, offen zu zeigen, zu enthüllen.“²³ Hieraus muss man die so für Briefe schon vom Reichsgericht²⁴ vertretene Schlussfolgerung ziehen: Bei mündlicher Offenbarung ist eine Kenntnisnahme erforderlich, weil ansonsten die Erklärung weiter verborgen bliebe. Bei verkörperten Erklärungen, die man in den ungehinderten Verfügungsbereich des Empfängers gibt und welche auch im Laufe der Zeit erst gelesen werden können, reicht dagegen schon die Möglichkeit einer Kenntnisnahme, weil es für den Handelnden keinen Weg gibt, zu verhindern, dass dem Dritten das Geheimnis bekannt wird. Das Geheimnis ist damit enthüllt, auch wenn es noch keiner gelesen hat.²⁵ Wenn man diese Auffassung auf die iCloud überträgt, ist die Kenntnismöglichkeit schon ein Offenbaren, weil Apple durch seine oben genannten Nutzungsbedingungen auf die Inhalte ungehindert zugreifen kann und für den Rechtsanwalt keine Möglichkeit besteht, eine Kenntnisnahme von Apple zu unterbinden. Er zeigt gegenüber Apple durch das Einstellen in die iCloud etwas „offen“.

Gegen dieses offene Zeigen spricht auch nicht die möglicherweise unüberschaubare Menge an Daten, die in die iCloud gestellt werden: Anders als bei nicht-digitalen Archiven kann ein Zugriff über eine Suchfunktion erfolgen, sodass die bloße Größe nicht dazu führen kann, eine Kenntnismöglichkeit abzulehnen.²⁶ Dafür, dass die Kenntnismöglichkeit ausreichen muss, spricht außerdem, dass unklar ist, ob man die Daten überhaupt aus der iCloud entfernen kann.²⁷ Die Situation bei der iCloud ist auch eine schwerwiegendere als wenn der Rechtsanwalt eine Akte im Besprechungszimmer offen liegen lässt, was

schon als strafwürdig erachtet wird.²⁸ Denn bei der Akte bietet sich der Zugriff für den Dritten nur für vorübergehende Zeit – also die, die er in der Kanzlei verbringt –, wohingegen Apple ein Dauerzugriff auf die Inhalte der iCloud eingeräumt wird.²⁹

Geschütztes Rechtsgut nach herrschender Meinung ist in erster Linie das Individualinteresse an der Geheimhaltung bestimmter Tatsachen;³⁰ Allgemeininteressen sind nur mittelbar geschützt.³¹ Da in den genannten Fällen von Offenbaren schon die bloße Kenntnismöglichkeit von dem Tatbestand erfasst wird, muss man den § 203 Abs. 1 Nr. 3 StGB de lege lata als abstraktes Gefährdungsdelikt bestimmen, da das Individualinteresse an der Geheimhaltung nicht verletzt wird, wenn ein Dritter das Geheimnis noch nicht kennt. Dies ist erst bei Kenntnis des Dritten anzunehmen. Zuvor wird das Geheimhaltungsinteresse nur gefährdet.

Aufgrund der Weite des Tatbestands könnte man darüber nachdenken, den § 203 Abs. 1 Nr. 3 StGB im Falle der iCloud teleologisch zu reduzieren. Eine solche Notwendigkeit besteht jedoch nicht. Für eine teleologische Reduktion ist nämlich ein Vergleich mit dem Telos des Gesetzes zu weit gefasster Wortsinn erforderlich.³² Der Telos der Norm ist jedoch schon betroffen. Dass man Apple durch das Nutzen der iCloud die ungehinderte und zeitlich unbegrenzte Möglichkeit gibt, auf die Inhalte der iCloud zuzugreifen, kann schon das Individualinteresse an der Geheimhaltung betreffen, weil die Gefahr des Zugriffs besteht.

3. Umstände, die den Tatbestand bzw. die Rechtswidrigkeit ausschließen

Kurz soll dargestellt werden, ob der Tatbestand des § 203 Abs. 1 Nr. 3 StGB nicht erfüllt ist, weil Apple als Gehilfe im Sinne des § 203 Abs. 3 S. 2 StGB zu betrachten ist (dazu a.) und ob die Rechtswidrigkeit aufgrund einer Einwilligung ausgeschlossen sein könnte (dazu b.).

a) Apple als Gehilfe

Wäre Apple Gehilfe des Rechtsanwalts im Sinne des § 203 Abs. 3 S. 2 StGB, wäre die Weitergabe an Apple nicht strafbar. Jedoch ist dafür eine Weisungsbefugnis des Rechtsanwalts gegenüber Apple notwendig.³³ Apple ist gegenüber dem Nutzer jedoch nicht weisungsgebunden, was man daraus schlussfolgern kann, dass es in den Nutzungsbedingungen unter „Änderungen am Dienst“ heißt: „Apple behält sich das Recht vor, den Dienst (oder

²⁰ MüKo-Cierniak a.a.O. (Rn. 19), § 203 StGB Rn. 52; Sassenberg/Bamberg, DStR 2006, 2052, 2053.

²¹ Vgl. Fischer a.a.O. (Fn. 8), § 203 Rn. 30a m.w.N.

²² Fischer a.a.O. (Fn. 8), vor § 13, Rn. 18; LK-Schünemann a.a.O. (Fn. 10), § 203 StGB Rn. 41.

²³ <http://www.duden.de/rechtschreibung/offenbaren>.

²⁴ RGSt 51, 184, 189; RG V 54/17, Urteil vom 03.07.1917.

²⁵ Diese Differenzierung entspricht ungefähr der allgemeinen Auffassung im BGB AT, wann eine Erklärung unter Anwesenden zugeht.

²⁶ Kroschwald/Wicker CR 2012, 758, 761.

²⁷ Vgl. <http://www.zeit.de/digital/internet/2011-05/cloud-vint-cerf>.

²⁸ Das wird schon als strafbar abgesehen, mitunter aber durch Unterlassen nach §§ 203, 13 StGB: Fischer a.a.O. (Fn. 8), § 203 Rn. 30b; Langkeit NSTZ 1994, 6, 6.

²⁹ Andere Ansicht: Härtling ITRB 2011, 241, 243.

³⁰ Schönke/Schröder-Lenckner/Eisele, StGB, 28. Aufl. (2010), § 203 Rn. 3 mit ausführlichen Nachweisen; HansOLG NSTZ 1998, 358, 358; vgl. OLG Frankfurt NJW 2000, 875, 876.

³¹ Fischer a.a.O. (Fn. 8), § 203 StGB Rn. 2; LK-Schünemann a.a.O. (Fn. 10), § 203 StGB Rn. 3, 14.

³² Kramer, Juristische Methodenlehre, 2. Aufl. (2005), S. 193 m.w.N.

³³ Kroschwald/Wicker CR 2012, 758, 761 m.w.N.; Heghmanns/Niehaus NSTZ 2008, 57, 58.

einen Teil davon) zu ändern oder zu beenden, sowohl vorübergehend als auch dauerhaft.³⁴ Der Tatbestand ist also nicht aufgrund einer Gehilfenstellung von Apple ausgeschlossen.

b) Einwilligung

Eine Offenbarung ist bei wirksamer Einwilligung befugt; diese Einwilligung wirkt rechtfertigend.³⁵ Eine ausdrückliche Einwilligung hat der Mandant in der Regel nicht erteilt. Eine konkludente Einwilligung darf man nicht aus der Sachgerechtigkeit oder inneren Notwendigkeit von Vorgängen ableiten,³⁶ sodass der Einwand des Rechtsanwalts, dass die Nutzung der iCloud notwendig sei, nicht gehört werden kann. Außerdem ist eine Sachgerechtigkeit schon fraglich, da man einen eigenen Server installieren könnte. Eine mutmaßliche Einwilligung liegt nicht vor, weil der Mandant vor Einstellen von Inhalten in die iCloud hätte gefragt werden können. Außerdem geht der Mandant wohl davon aus, dass die Kanzlei einen eigenen Server nutzt, sodass man nicht annehmen kann, dass er bei Nachfrage, grundsätzlich einwilligen würde.

IV. Das Beschlagnahmeverbot im Sinne des § 97 StPO

Im Hinblick auf das Strafprozessrecht könnte die Gefahr bestehen, dass das Beschlagnahmeverbot nach § 97 Abs. 1 Nr. 1 – 2, Abs. 2 Satz 1 i.V.m. § 53 Abs. 1 Nr. 2 und Nr. 3 Var. 1 StPO keine Anwendung finden könnte, sofern der Anwalt die entsprechenden Inhalte in der iCloud ablegt. Dann würde das ausdrückliche Beweisverwertungsverbot des § 160a Abs. 1 S. 2 StPO, das bei einem Verstoß gegen das Beschlagnahmeverbot greift, keine Anwendung finden.³⁷ Ein absolutes Beweisverwertungsverbot nach § 160a Abs. 1 S. 2 StPO besteht,³⁸ wenn schriftliche Mitteilungen zwischen dem Beschuldigten und dem Rechtsanwalt bzw. Verteidiger, Aufzeichnungen, welche der Rechtsanwalt bzw. Verteidiger über vom Beschuldigten anvertrauten Mitteilungen oder über andere Umstände gemacht hat, auf die sich das Zeugnisverweigerungsrecht erstreckt, betroffen sind und der Rechtsanwalt bei Beschlagnahme Gewahrsam an diesen hatte, § 97 Abs. 1 Nr. 1 – 2, Abs. 2 Satz 1. Zweck des Beschlagnahmeverbots ist es, das Zeugnisverweigerungsrecht des Rechtsanwalts zu schützen.³⁹

Vorliegend soll daher untersucht werden, was überhaupt Ermächtigungsgrundlage für den Zugriff auf die Inhalte der iCloud ist und ob dabei jeweils das aus dem Beschlagnahmeverbot resultierende ausdrückliche Beweis-

verwertungsverbot Anwendung fände (dazu 1.). Daran anschließend ist die Frage zu beantworten, ob die Inhalte der iCloud überhaupt inhaltlich dem Anwendungsbereich des Beschlagnahmeverbots nach § 97 Abs. 1 Nr. 1 – 3 StPO unterliegen (dazu 2.).

1. Ermächtigungsgrundlage für den Zugriff auf die Inhalte der iCloud

Fraglich ist zunächst die Ermächtigungsgrundlage für den Zugriff auf die Inhalte der iCloud. Es könnten die §§ 94 ff. StPO in Betracht kommen oder die §§ 100a, 100b StPO. Die Speicherung in der iCloud entspricht der Situation, dass E-Mails nach dem Lesen in einem Online-Postfach gespeichert sind statt auf einem lokalen Rechner,⁴⁰ da man auf die Daten vom jeweiligen Gerät aus sichtbar macht und diese auf dem Server belässt anstatt sie dauerhaft auf ein lokales Endgerät herunterzuladen. Das Bundesverfassungsgericht geht davon aus, dass die § 94 ff. StPO Ermächtigungsgrundlage für den nicht verdeckten Zugriff auf E-Mails seien, die ein Nutzer in seinem Online-Postfach beim Provider speichert.⁴¹ Ob dies Zustimmung verdient, soll hier nicht betrachtet werden. Man kann daher allgemein nach §§ 94 ff. StPO auf die Inhalte eines Cloud-Servers beim Anbieter zugreifen. Auf die lokalen Daten des Rechtsanwalts kann man allgemein nach §§ 94 ff. StPO zugreifen. Der Übertragungsvorgang von und in die iCloud, auf den wohl die §§ 100a, 100b StPO als Ermächtigungsgrundlage fungierten, wird nicht betrachtet, weil das Beschlagnahmeverbot nach § 97 StPO schon keine Anwendung fände, sondern ein Beweisverwertungsverbot direkt aus § 160a StPO resultierte.

a) Beim Rechtsanwalt

Im Rahmen einer Durchsuchung bei dem Rechtsanwalt, um Sachen nach §§ 94 ff. StPO zu beschlagnahmen, ist hinsichtlich der Daten, die nur in der iCloud abgelegt sind, der zum 01.01.2008 in Kraft getretene § 110 Abs. 3 StPO von Bedeutung.⁴² Danach kann sich bei dem von der Durchsuchung Betroffenen die Durchsicht eines elektronischen Speichermediums auch auf das hiervon räumlich getrennte Speichermedium erstrecken, soweit man auf dieses von dem durchsuchten Speichermedium aus zugreifen kann und andernfalls der Verlust der gesuchten Daten zu besorgen ist. Solche Daten dürfen dann gem. § 110 Abs. 3 S. 2 StPO gesichert werden. Ohne diese Norm könnte man auf den externen Server nicht zugreifen.

Diese Befugnis besteht hinsichtlich Zugangsgeschützter Daten – wie dies bei der iCloud durch die Verschlüsselung gegenüber Dritten der Fall ist – nur, sollte keine Zustimmung des Verfügungsberechtigten vorliegen, wenn der Server in Deutschland steht, da ansonsten das völkerrechtliche Souveränitätsprinzip verletzt würde.⁴³ Es

³⁴ <http://www.apple.com/legal/icloud/de/terms.html>; zu der Feststellung, dass Apple Zugriff nehmen kann: <http://arstechnica.com/apple/2012/04/apple-holds-the-master-key-when-it-comes-to-icloud-security-privacy>.

³⁵ Fischer a.a.O. (Fn. 8), § 203 StGB Rn. 31.

³⁶ Fischer a.a.O. (Fn. 8), § 203 StGB Rn. 33a.

³⁷ SK-Wohlers, StPO, 4. Aufl. (2010), § 97 Rn. 95 ff. m.w.N.

³⁸ § 97 StPO ist vorrangig gegenüber § 160a StPO zu prüfen, § 160a Abs. 5 StPO: Vgl. Mehle/Mehle NJW 2011, 1639, 1641 m.w.N.

³⁹ BVerfGE 20, 162, 188; BGHSt 38, 144, 146; BGHSt 53, 257, 260 = HRRS 2009 Nr. 496.

⁴⁰ BVerfG MMR 2009, 2431, 2431 = HRRS 2009 Nr. 800.

⁴¹ BVerfG NJW 2009, 2431, 2434 = HRRS 2009 Nr. 800.

⁴² Vgl. Obenhaus, NJW 2010, 651, 652; BT- Drs. 16/5846, S. 63.

⁴³ Gercke, a.a.O. (Fn. 4), S. 499, 501 f. m.w.N.; Gercke ZUM 2009, 526, 536; Gaede StV 2009, 96, 101; Gercke StraFo

muss dann eine Sicherung der Daten im Wege der Rechtshilfe erfolgen; es darf auch keine vorläufige Sicherung erfolgen, um erst anschließend mit dem betroffenen Staat deren weitere Verwendung abzuklären.⁴⁴ Laut Medienberichten befindet sich der Server für die iCloud in North Carolina/USA.⁴⁵ Mithin besteht für den Zugriff auf die Inhalte der iCloud schon keine Ermächtigungsgrundlage für deutsche Strafverfolgungsbehörden. Sollte hiergegen verstoßen werden, so findet, falls der Anwendungsbereich von § 97 Abs. 1 Nr. 1 – 3 StPO eröffnet sein sollte, das ausdrückliche Beweisverwertungsverbot nach § 160a StPO Anwendung. Daneben könnte noch ein zusätzliches Beweisverwertungsverbot wegen des Verstoßes gegen Völkerrecht bestehen, was jedoch hier nur angemerkt werden soll.

b) Bei Apple

Eine Beschlagnahme nach §§ 94 ff. StPO durch deutsche Strafverfolgungsbehörden bei Apple als Betreiber der iCloud ist nicht möglich, da der Server in den USA steht. Dass bei einer Beschlagnahme durch amerikanische Behörden ein Zugriff auf die Inhalte der iCloud gewährt werden wird, liegt nahe, weil in dem oben genannten Auszug der Nutzungsbedingungen gerade auch auf „Strafverfolgungsbehörden“ rekurriert wird.

Wenn im Rahmen einer Rechtshilfe Erkenntnisse erlangt werden, die dem Beschlagnahmeverbot des § 97 Abs. 1 Nr. 1 – 2, Abs. 2 Satz 1 StPO unterliegen, muss das sich aus dem deutschem Strafprozessrecht ergebende ausdrückliche Beweisverwertungsverbot nach § 160a Abs. 1 S. 2 StPO auch Anwendung finden, da ein im Ausland rechtmäßig erlangter Beweis regelmäßig (nur) unter denselben Voraussetzungen wie ein inländisch erlangter Beweis verwertbar ist.⁴⁶ Wenn schon ein im Inland erlangter Beweis ohne Abwägung nicht genutzt werden kann, dann muss dies erst recht für solche gelten, die im Ausland erlangt wurden.

2. Anwendungsbereich des § 97 Abs. 1 Nr. 1 – 2 StPO

Da bei der Beschlagnahme bei Apple und beim Rechtsanwalt jeweils das Beweisverwertungsverbot nach § 160a StPO Anwendung finden würde, ist nun zu betrachten, ob die Voraussetzungen des § 97 Abs. 1 Nr. 1 – 2 StPO, die ein solches begründen, erfüllt wären. Dabei ist zu untersuchen, welche Inhalte der iCloud überhaupt unter das Beschlagnahmeverbot überhaupt fallen können (dazu a.) und ob der Rechtsanwalt Gewahrsam an diesen hat (dazu b.).

2009, 271, 273; für offen zugängliche Daten könnte bei Staaten, die der Cybercrime Convention des Europarates vom 23.11.2001 zugestimmt haben, eine Ausnahme bestehen: Vgl. Gercke StraFo 2009, 271, 272.

⁴⁴ Gaede StV 2009, 96, 101.

⁴⁵ <http://gigaom.com/2012/07/12/the-story-behind-how-apples-icloud-data-center-got-built>.

⁴⁶ Vgl. Hackner/Schierholt, Internationale Rechtshilfe in Strafsachen, 2. Aufl. (2012), Rn. 237.

a) Inhalte der iCloud

Nach § 97 Abs. 1 Nr. 1 sind schriftliche Mitteilungen zwischen dem Beschuldigten und dem Rechtsanwalt beschlagnahmefrei. Hierunter können auch E-Mails in der iCloud fallen,⁴⁷ denn insoweit besteht kein Unterschied zu einer Mitteilung per Post; auch hier würde ansonsten das Zeugnisverweigerungsrecht des Rechtsanwalts umgangen. Nach § 97 Abs. 1 Nr. 2 sind Aufzeichnungen, welche der Rechtsanwalt über die ihm von Beschuldigten anvertrauten Mitteilungen oder über andere Umstände gemacht hat, beschlagnahmefrei. Hierunter können die Dokumente in der iCloud, wiederum die E-Mails und die Fotos des Streams fallen, wenn darin Wahrnehmungen des Rechtsanwalts festgehalten werden. Dabei ist unerheblich, dass dies Fotos sind bzw. diese Aufzeichnungen digital gespeichert wurden, da diese Datenträger jedenfalls aus dem Rechtsgedanken des § 11 Abs. 3 StGB auch erfasst werden.⁴⁸ Hinsichtlich der Kontaktfunktion und des Kalenders könnte dies im Einzelfall ebenfalls anzunehmen sein, wenn beispielsweise bei einem Termin bzw. einem Kontakt zusätzliche Informationen gespeichert werden. Alle hier untersuchten Daten der iCloud können damit grundsätzlich dem Anwendungsbereich des § 97 Abs. 1 Nr. 1 – 2 StPO unterfallen.

b) Gewahrsam des Rechtsanwalts an den Inhalten der iCloud

Gewahrsam bedeutet ein tatsächliches Herrschaftsverhältnis, also die jeweilige Verfügungsmacht über das Beweismittel;⁴⁹ Mitgewahrsam des Rechtsanwalts reicht dafür aus.⁵⁰ Die Fotos, Dokumente, Kalender und Kontakte, die in der iCloud abgelegt sind, stehen jedenfalls im Mitgewahrsam des Rechtsanwalts, weil er dauerhaft Zugriff auf diese hat; der Rechtsanwalt hat auch von Anfang an Gewahrsam an den Inhalten und nicht erst nach Download, da er sie selbst erstellt hat. Dass Apple sich in den Nutzungsbedingungen das Entfernen des Inhalts vorbehält, kann den Gewahrsam nicht ausschließen,⁵¹ weil auch im nicht-digitalen Bereich immer die Gefahr besteht, dass sich der Mitgewahrsamsinhaber zum alleinigen Gewahrsamsinhaber aufschwingt.

Hinsichtlich der E-Mails in der iCloud, die noch nicht auf den Geräten des Rechtsanwalts sichtbar gemacht wurden, weil die Geräte nicht angeschaltet sind, könnte man annehmen, dass der Rechtsanwalt noch keinen Gewahrsam hat.⁵² Man könnte hier eine weite Auslegung des Gewahrsamsbegriffs fordern, da es willkürlich erscheint, einen Unterschied danach zu machen, ob der Rechtsanwalt seine Apple-Geräte eingeschaltet hat oder nicht. Unabhängig von einer weiten Gewahrsamsbestimmung ist nach der Rechtsprechung und dem Willen des Gesetzgebers ein Gewahrsam aber nicht erforderlich, wenn es

⁴⁷ Vgl. für Datenträger: SK-Wohlers a.a.O. (Fn. 38), § 97 Rn. 78.

⁴⁸ BVerfG NStZ 2002, 377, 377.

⁴⁹ § 97 Rn. 11; SK-Wohlers a.a.O. (Fn. 38), § 97 Rn. 16.

⁵⁰ BGHSt 19, 374, 374; LG Stuttgart wistra 1990, 282, 283; SK-Wohlers, StPO, 4. Aufl. (2010), § 97 Rn. 17.

⁵¹ <http://www.apple.com/legal/icloud/de/terms.html>.

⁵² KK-Nack, StPO, 6. Aufl. (2008), § 97 Rn. 8.

sich um Verteidigungsunterlagen handelt,⁵³ da der § 148 StPO einen freien schriftlichen und mündlichen Verkehr des Beschuldigten mit seinem Verteidiger garantiert und aus Art. 6 EMRK i.V.m. dem Rechtsstaatsgebot dem Beschuldigten jederzeit die Möglichkeit einer geordneten und effektiven Verteidigung zu geben ist.⁵⁴ Geschützt sind die entsprechenden Unterlagen damit auch, wenn sie sich noch auf dem Postweg – also nur in der iCloud und noch nicht auf den Geräten des Rechtsanwalts – befinden.⁵⁵ Damit muss ein Beschlagnahmeverbot auch hinsichtlich der E-Mails eingreifen, die der Strafverteidiger noch aus seinen Geräten sichtbar gemacht hat, sofern es sich um Verteidigungsunterlagen handelt, also solche die der Verteidigung gegenüber der Strafverfolgung dienen,⁵⁶ da dieses der Postweg bei E-Mails ist. Diese Ausnahme bezieht sich allerdings nicht auf alle Rechtsanwälte und nicht auf alle Unterlagen. In allen anderen Fällen könnte der § 160a Abs. 1 S. 1 StPO eingreifen. Jedoch ist dies im Anwendungsbereich des § 97 StPO nicht möglich, da ansonsten die besondere Voraussetzung des § 97 StPO leerlaufen.⁵⁷

V. § 43a Abs. 2 S. 1 und 2 i.V.m. § 2 BORA

Für den Rechtsanwalt besteht auch die Gefahr berufsrechtlicher Konsequenzen: Nach § 43a Abs. 2 S. 1 und 2

⁵³ BT-Drs. 16/5846, S. 35; BVerfG NStZ 2002, 377, 337; BGHSt 44, 46, 36; BGH NJW 1973, 2035.

⁵⁴ KK-Nack a.a.O. (Fn. 53), § 97 StPO Rn. 24.

⁵⁵ BGH NJW 1990, 722, 722.

⁵⁶ Vgl. LG München NStZ 2001, 612, 612.

⁵⁷ So im Ergebnis auch: *Beukelmann* NJW-Spezial 2012, 504, 504; ausführlich zu dieser Frage im Lichte des Gesetzgebungsprozesses: LG Mannheim 24 Qs 1/12, Entscheidung vom 03.07.2012 = BeckRS 2012, 15309; vgl. BT-Drs. 16/5846, S. 38.

i.V.m. § 2 BORA ist der Rechtsanwalt zur Verschwiegenheit berechtigt und verpflichtet. Das Recht und die Pflicht zur Verschwiegenheit beziehen sich auf alles, was ihm in Ausübung seines Berufes bekannt geworden ist, und bestehen nach Beendigung des Mandats fort. Ein Verstoß hiergegen kommt durch die Nutzung der iCloud aus den Erwägungen, die zu § 203 StGB angestellt wurden, in Betracht.⁵⁸ Die § 43a Abs. 2 S. 1 und 2 BRAO i.V.m. § 2 BORA sind jedoch noch weiter als § 203 Abs. 1 Nr. 3 StGB, da auch schon fahrlässiges Verhalten erfasst wird.⁵⁹

VI. Fazit

Es bestehen strafrechtliche und berufsrechtliche Gefahren für Rechtsanwälte. Daneben besteht in einem Sonderfall die Gefahr, dass das aus dem Beschlagnahmeverbot resultierende Beweisverwertungsverbot nicht greift. Diese Gefahr ist aber zu vernachlässigen, da es sich nur um solche E-Mails handelt, die noch nicht auf den Geräten des Rechtsanwalts sichtbar gemacht wurden und die auch keine Verteidigungsunterlagen darstellen. Rechtsanwälten ist davon abzuraten, die iCloud zu nutzen. Sollte man die Vorteile einer Cloud-Lösung nutzen wollen, sollte man einen eigenen Server bereitstellen.

⁵⁸ Vgl. *Härting* ITRB 2011, 242, 243. Neben diesen speziellen Vorschriften kann über die Generalklausel des § 43 BRAO auch § 203 StGB von Bedeutung sein.

⁵⁹ *Kleine-Cosack*, BRAO, 6. Aufl. (2009), § 43a Rn. 7; *Henssler/Prütting*, BRAO, 3. Aufl. (2010), § 43a Rn. 61.

Dokumentation

Verfahrensdokumentation

In dieser Ausgabe kein Eintrag.

Schrifttum

In dieser Ausgabe kein Eintrag.

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.

222. BVerfG 2 BvR 2628/10, 2 BvR 2883/10; 2 BvR 2155/10 (Zweiter Senat) – Urteil vom 19. März 2013 (BGH / LG Berlin / LG München II)

Absprachen im Strafverfahren (Verständigung; Verständigungsgesetz; „Deal“); Grundsätze für das Strafverfahren (Rechtsstaatsprinzip; Schuldgrundsatz; materielle Wahrheit; funktionstüchtige Strafrechtspflege; Beschleunigungsgrundsatz; faires Verfahren; Aussagefreiheit; Selbstbelastungsfreiheit; Unschuldsvermutung; richterliche Unabhängigkeit; Neutralität; gesetzlicher Richter; effektive Verteidigung); Verfassungsmäßigkeit des Verständigungsgesetzes (verfassungswidrige Praxis; gesetzliche Schutzmechanismen; Amtsaufklärungspflicht; richterliche Überzeugungsbildung; Formalgeständnis; Strafrahmenverschiebung; abschließende Regelung; Verbot informeller Verfahrensweisen; Offenlegungspflicht; Dokumentationspflicht; Mitteilungspflicht; Belehrungspflicht; Kontrollfunktion der Staatsanwaltschaft; Rechtsmittelkontrolle; Wegfall der Bindungswirkung; Aussagefreiheit; Selbstbelastungsfreiheit); Verständigungspraxis (Vollzugsdefizit; kein strukturelles Regelungsdefizit; Beobachtungs- und Nachbesserungspflicht des Gesetzgebers); Sanktionsschere.

Art. 1 Abs. 1 GG; Art. 2 Abs. 1 GG; Art. 20 Abs. 3 GG; Art. 97 GG; Art. 101 Abs. 1 Satz 2 GG; § 35a StPO; § 160b StPO; § 202a StPO; § 212 StPO; § 243 Abs. 4 StPO; § 257b StPO, § 257c StPO; § 273 StPO; § 302 Abs. 1 Satz 2 StPO

223. EuGH C 399/11 – Urteil vom 26. Februar 2013 (Stefano Melloni v. Ministerio Fiscal)

Vereinbarkeit des Rahmenbeschlusses über den Europäischen Haftbefehl und Unionsgrundrechte (grundrechtskonforme Auslegung von Rahmenbeschlüssen; Recht auf ein faires Strafverfahren: Wesensgehalt und Menschenwürde, Verteidigungsrechte; Menschenrechte der EMRK: Kohärenzklausel; Abwesenheitsverfahren: Rahmenbeschluss 2009/299/JL, Anwesenheitsrecht des Angeklagten und Recht auf Verteidigerbeistand, Rechtsverzicht, gegenseitige Anerkennung rechtskräftiger Entscheidungen; zeitliche Anwendbarkeit des geänderten Rahmenbeschlusses und Zulässigkeit des Vorabentscheidungsverfahrens); Reichweite des Vorrangs des Unionsrechts. Art. 4a Abs. 1 Rahmenbeschluss 2002/584/JI des Rates vom 13. Juni 2002 (RbEuHb); Art. 5 Nr. 1 RbEuHb aF; Art. 1 Rahmenbeschlusses 2009/299/JI des Rates vom 26. Februar 2009; Art. 53 GRC; Art. 52 GRC; Art. 6 GRC; Art. 48 Abs. 2 GRC; Art. 47 GRC; Art. 5 EMRK; Art. 6 EMRK; Art. 267 AEUV; Art. 6 EUV

224. EGMR Nr. 10593/08 – Urteil der Großen Kammer vom 12. September 2012 (Nada v. Schweiz)

Recht auf Achtung des Privatlebens und Recht auf Beschwerde; Verhältnis zwischen der EMRK und UN-Recht (Antiterrorresolutionen des UN-Sicherheitsrats; sog. UN-Terrorliste; smart sanctions; Sanktionsausschuss des Sicherheitsrats [1267-Committee]); extraterritoriale Anwendbarkeit der EMRK im Fall einer Enklave; redaktioneller Hinweis.

Art. 1 EMRK; Art. 8 EMRK; Art. 13 EMRK; Art. 5 EMRK; Art. 103 UN-Charta; Resolution 1267 (1999);

Resolution 1333 (2000); Resolution 1373 (2001); Resolution 1390 (2002)

Einzelfall einer Verletzung des Rechts auf Achtung des Privatlebens und des Rechts auf Beschwerde durch einen Ermessensausfall im Zusammenhang mit einer Listung als Terrorverdächtiger („Fall Nada“).

225. BVerfG 2 BvR 228/12 (Zweiter Senat) – Beschluss vom 20. Februar 2013 (OLG Dresden / LG Leipzig)

Zwangsbehandlung im Maßregelvollzug; körperliche Unversehrtheit (Eingriff; Zwangsmaßnahme; Einwilligung; Betreuer; natürlicher Wille; Krankheitseinsicht); Rechtfertigung (Eingriffsgrundlage; Vorbehalt des Gesetzes; verfassungsrechtliche Anforderungen; Verfahrensgarantien; Verhältnismäßigkeit; effektiver Rechtsschutz).

Art. 2 Abs. 2 Satz 1 GG; Art. 19 Abs. 4 GG; § 22 SächsPsychKG; § 23 SächsPsychKG; § 38 SächsPsychKG; § 1906 BGB; § 109 StVollzG

226. BVerfG 2 BvR 376/11 (2. Kammer des Zweiten Senats) – Beschluss vom 24. Januar 2013 (LG München I / AG München)

Durchsuchungsbeschluss (Anforderungen an den Tatverdacht; bloße Vermutungen); Bestellbetrug.

Art. 13 GG; § 102 StPO; § 105 StPO; § 263 StGB

227. BVerfG 2 BvR 2098/12 (3. Kammer des Zweiten Senats) – Beschluss vom 17. Januar 2013 (OLG Stuttgart / LG Stuttgart / AG Stuttgart)

Untersuchungshaft (Freiheitsgrundrecht; Verhältnismäßigkeitsgrundsatz; Heranwachsende; Beschleunigungsgebot in Haftsachen; Haftprüfungsentscheidung; Begründungstiefe; Jugendstrafrecht; hypothetisches Strafende; Verfahrensförderung).

Art. 2 Abs. 2 Satz 2 GG; Art. 20 Abs. 3 GG; Art. 104 GG; § 116 Abs. 1 StPO; § 57 StGB; § 88 JGG

228. BVerfG 2 BvR 2122/11, 2 BvR 2705/11 (Zweiter Senat) – Beschluss vom 6. Februar 2013 (OLG Frankfurt am Main / LG Marburg)

Nachträgliche Sicherungsverwahrung (nach Unterbringung im psychiatrischen Krankenhaus); Vertrauensschutz (Verhältnismäßigkeit; strikte Prüfung; erhöhte Anforderungen; europäische Menschenrechtskonvention).

Art. 2 Abs. 2 Satz 2 GG; Art. 20 Abs. 3 GG; Art. 104 Abs. 1 GG; Art. 5 EMRK; Art. 7 EMRK; § 63 StGB; § 66b Satz 1 StGB; § 66b Abs. 3 StGB a.F.; § 67d Abs. 6 StGB, § 1 Abs. 1 ThUG

229. BVerfG 2 BvR 2392/12 (3. Kammer des Zweiten Senats) – Beschluss vom 23. Januar 2013 (LG Erfurt / AG Erfurt)

DNA-Analyse (Körperzellen; Entnahme; molekulargenetische Untersuchung; künftige Strafverfahren; Recht auf informationelle Selbstbestimmung; körperliche Unversehrtheit; Verhältnismäßigkeitsgrundsatz); einstweilige Anordnung (Folgenabwägung).

Art. 1 Abs. 1 GG; Art. 2 Abs. 1 GG; Art. 2 Abs. 2 Satz 1 GG; § 81g StPO; § 32 Abs. 1 BVerfGG

230. BGH 3 StR 117/12 – Urteil vom 20. Dezember 2012 (LG Osnabrück)

BGHSt; molekulargenetische Reihenuntersuchung (Verwertbarkeit der Erkenntnis einer wahrscheinlichen Verwandtschaft des Täters mit einem Untersuchungsteilnehmer; „Beinahetreffer“).

§ 81h StPO; § 261 StPO; Art. 2 Abs. 1 GG; Art. 20 Abs. 3 GG; Art. 6 GG; Art. 6 EMRK

231. BGH 3 StR 14/13 – Beschluss vom 20. Februar 2013 (LG Düsseldorf)

Verwerfung der Revision als unbegründet.

§ 349 Abs. 2 StPO

232. BGH 3 StR 19/13 – Beschluss vom 21. Februar 2013 (LG Mönchengladbach)

Verwerfung der Revision als unbegründet.

§ 349 Abs. 2 StPO

233. BGH 3 StR 293/12 – Beschluss vom 29. November 2012 (LG Neubrandenburg)

Versuch der Brandstiftung mit Todesfolge; besonders schwere Brandstiftung; Ingerenz aufgrund der Beteiligung an einer Gewalttat (Garantenstellung; hier: verneint bzgl. der Gefahr einer anschließenden Brandstiftung).

§ 306b Abs. 2 StGB; § 306c StGB; § 23 StGB; § 13 StGB

234. BGH 3 StR 330/12 – Urteil vom 10. Januar 2013 (LG Stade)

Unzulässigkeit der Anordnung von Sicherungsverwahrung neben der lebenslangen Freiheitsstrafe (einschränkende verfassungskonforme Auslegung der verfassungswidrigen Vorschrift über die Sicherungsverwahrung; Unerlässlichkeit; strikte Verhältnismäßigkeitsprüfung)

§ 66 StGB; Art. 2 Abs. 2 Satz 2 GG; Art. 104 GG; Art. 5 EMRK

235. BGH 3 StR 355/12 – Beschluss vom 15. November 2012 (LG Kleve)

Anforderungen an die Feststellung des Gehilfenvorsatzes bei untergeordneten Tatbeiträgen.

§ 27 StGB

236. BGH 3 StR 382/12 – Beschluss vom 18. Dezember 2012 (LG Rostock)

Rechtsfehlerhafte Verfallsanordnung (Bestimmung des erlangten etwas im Betäubungsmittelstrafrecht).

§ 73 StGB; § 73a StGB

237. BGH 3 StR 398/12 – Beschluss vom 24. Januar 2013 (LG Oldenburg)

Urkundenfälschung (Verteilung der Tatbeiträge; Fotokopien als Urkunde; schriftliche Lüge); Anforderungen an die Urteilsgründe (Erhöhung einer Einsatzstrafe; Höhe der Tagessätze).

§ 267 StGB; § 267 Abs.1 StPO

238. BGH 3 StR 458/12 – Beschluss vom 18. Dezember 2012 (LG Schwerin)

Berichtigung des Urteilstenors (keine Aufnahme gesetzlicher Regelbeispiele); unzureichend begründete Strafzumessung (Begründungsanforderungen bei höherer Strafe für Versuch gegenüber Vollendung); Verpflichtung zur

Kenntnisnahme vom Urteilsinhalt durch Revisionsgericht.
§ 261 StPO; § 46 StGB

239. BGH 3 StR 477/12 – Beschluss vom 24. Januar 2013 (LG Mönchengladbach)

Teileinstellung; Nachholen der Festsetzung von Einzelstrafen.
§ 154 StPO; § 354 StPO

240. BGH 3 StR 505/12 – Beschluss vom 8. Januar 2013 (LG Wuppertal)

Berichtigung des Urteils (Zählfehler); Strafzumessung beim Handeltreiben mit Betäubungsmitteln.
§ 260 StPO; § 29 BtMG; § 29a BtMG

241. BGH 5 StR 26/13 – Beschluss vom 12. Februar 2013 (LG Neuruppin)

Unzulässige Berücksichtigung tilgungsreifer Eintragungen aus dem Erziehungsregister.
§ 63 Abs. 1 BZRG; § 51 Abs. 1 BZRG

242. BGH 5 StR 27/13 – Beschluss vom 12. Februar 2013 (LG Berlin)

Voraussetzungen der Aufklärungshilfe.
§ 46b StGB

243. BGH 5 StR 378/12 – Urteil vom 22. Januar 2013 (LG Görlitz)

Rechtsfehlerhaft versäumte Erörterung der Anordnung der Unterbringung in einer Entziehungsanstalt; unzutreffende beweiswürdige Erwägungen hinsichtlich der Beteiligung am Mordversuch.
§ 64 StGB; § 261 StPO; § 211 StGB; § 23 StGB

244. BGH 5 StR 602/12 – Beschluss vom 23. Januar 2013 (LG Berlin)

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

245. BGH 5 StR 604/12 – Beschluss vom 22. Januar 2013 (LG Berlin)

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

246. BGH 5 StR 621/12 – Beschluss vom 23. Januar 2013 (LG Hamburg)

Festsetzung der Höhe der Anrechnung auf die Freiheitsstrafe bei rechtsstaatswidriger Verfahrensverzögerung.
Art. 5 EMRK; Art. 6 EMRK; Art. 20 GG

247. BGH 5 StR 624/12 – Beschluss vom 22. Januar 2013 (LG Berlin)

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

248. BGH 5 StR 625/12 – Beschluss vom 23. Januar 2013 (LG Berlin)

Erörterungsmangel bei der Würdigung einer belastenden Zeugenaussage (Vergewaltigung; Aussage-gegen-Aussage-Konstellation; Anforderungen an die Beweiswürdigung bei fehlender Aussagekonstanz).
§ 261 StPO

249. BGH 5 StR 627/12 – Beschluss vom 12. Februar 2013 (LG Berlin)

Rechtsfehlerhafte Verneinung einer Aufklärungshilfe.
§ 46b StGB

250. BGH 5 StR 633/12 – Beschluss vom 23. Januar 2013 (LG Berlin)

Verhältnis von Betäubungsmittelbesitz und mehreren Erwerbshandlungen; Strafzumessung im Betäubungsmittelstrafrecht (rechtsfehlerhafte Ablehnung eines minder schweren Falles).
§ 29 BtMG; § 29a Abs. 1 BtMG; § 29a Abs. 2 BtMG

251. BGH 5 StR 635/12 – Beschluss vom 23. Januar 2013 (LG Leipzig)

Mehrfache Strafrahmenschiebungen bei Vorliegen unterschiedlicher Milderungsgründe; Rechtsfehlerhafte Ablehnung der Unterbringung in einer Entziehungsanstalt (Zusammenhang zwischen Hang und Anlassstat).
§ 49 StGB; § 64 StGB

252. BGH 5 StR 636/12 – Beschluss vom 13. Februar 2013 (LG Hamburg)

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

253. BGH 5 StR 641/12 – Beschluss vom 22. Januar 2013 (LG Neuruppin)

Rechtsfehlerhafte Strafzumessung bei der gefährlichen Körperverletzung.
§ 224 StGB; § 46 StGB

254. BGH 5 StR 644/12 – Beschluss vom 12. Februar 2013 (LG Itzehoe)

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

255. BGH StB 19/12 – Beschluss vom 24. Januar 2013

Grundsätzliche Unzulässigkeit der Beschwerde gegen den Eröffnungsbeschluss.
§ 210 Abs. 1 StPO

256. BGH 1 StR 373/12 – Beschluss vom 31. Januar 2013

Verwerfung der Revision als unbegründet
§ 349 Abs. 2 StPO

257. BGH 1 StR 382/10 – Beschluss vom 10. Januar 2013 (LG Mannheim)

Unzulässige und unbegründete Anhörungsrüge.
§ 356a StPO

258. BGH 1 StR 525/12 – Beschluss vom 9. Januar 2013 (LG Nürnberg-Fürth)

Nachträgliche Gesamtstrafe; Verwerfung der Revision als unbegründet
§ 55 StGB; § 349 Abs. 2 StPO

259. BGH 1 StR 560/12 – Beschluss vom 10. Januar 2013 (LG Tübingen)

Recht zur Verteidigerkonsultation (keine qualifizierte Hinweispflicht hinsichtlich der Nichterreichbarkeit einer Rechtsanwältin und des Verbots der Mehrfachverteidi-

gung; Verwertungsverbot); Ablehnung eines Beweisantrags
 § 163a Abs. 4 StPO; § 136 Abs. 1 StPO; § 147 StPO;
 § 244 Abs. 3 StPO

260. BGH 1 StR 566/12 – Beschluss vom 23. Januar 2013

Verjährung, Verwerfung der Revision als unbegründet
 § 78 Abs. 3 Nr. 4 StGB; § 349 Abs. 2 StPO

261. BGH 1 StR 569/12 – Beschluss vom 5. Dezember 2012 (LG Traunstein)

Keine Zurechnung qualifizierender Merkmale durch sukzessive Mittäterschaft nach Beendigung eines Raubes
 § 249 StGB; § 250 Abs. 2 Nr. 1 StGB; § 25 Abs. 2 StGB

262. BGH 1 StR 575/12 – Beschluss vom 9. Januar 2013 (LG Konstanz)

Verwerfung der Revision als unbegründet
 § 349 Abs. 2 StPO

263. BGH 1 StR 595/12 – Beschluss vom 31. Januar 2013 (LG Karlsruhe)

Zulässigkeit eines Ablehnungsgesuchs; Anhörungsrüge.
 § 25 Abs. 2 StPO; § 356a StPO; Art. 103 Abs. 1 GG

264. BGH 1 StR 649/12 – Beschluss vom 7. Februar 2013 (LG Freiburg)

Verwerfung der Revision als unbegründet
 § 349 Abs. 2 StPO

265. BGH 2 StR 170/12 – Beschluss vom 6. Dezember 2012 (LG Erfurt)

Strafmilderung bei Totschlag durch Unterlassen (minder schwerer Fall des Totschlags).
 § 212 StGB; § 213 StGB; § 13 Abs. 2 StGB; § 49 Abs. 1 StGB

266. BGH 2 StR 257/12 – Beschluss vom 20. November 2012 (LG Darmstadt)

Verjährung; Verwerfung der Revision als unbegründet
 § 78 Abs. 3 Nr. 4 StGB; § 349 Abs. 2 StPO

267. BGH 2 StR 324/12 – Beschluss vom 29. Januar 2013 (LG Bonn)

Unzulässiger Wiedereinsetzungsantrag; Entscheidung des Revisionsgerichts.
 § 45 Abs. 2 StPO; § 346 Abs. 2 StPO

268. BGH 2 StR 325/12 – Beschluss vom 12. Dezember 2012 (LG Wiesbaden)

Anordnung der Sicherungsverwahrung; Verwerfung der Revision als unbegründet.
 § 66 Abs. 1 und 3 StGB; § 349 Abs. 2 StPO

269. BGH 2 StR 341/12 – Beschluss vom 12. Dezember 2012 (LG Aachen)

Handeltreiben mit Betäubungsmitteln (Anforderungen an die Urteilsfeststellungen); nachträgliche Gesamtstrafe.
 § 29 Abs. 1 Nr. 1 BtMG; § 55 StGB

270. BGH 2 StR 364/12 – Beschluss vom 12. Dezember 2012 (LG Frankfurt am Main)

Verwerfung der Revision als unbegründet.

§ 349 Abs. 2 StPO

271. BGH 2 StR 397/12 – Beschluss vom 12. Dezember 2012 (LG Wiesbaden)

Letztes Wort des Angeklagten; Verwerfung der Revision als unbegründet.
 § 258 Abs. 2 und 3 StPO; § 349 Abs. 2 StPO

272. BGH 2 StR 421/12 – Beschluss vom 15. Januar 2013 (LG Aachen)

Nachholung einer Unterbringungsanordnung; Verwerfung der Revision als unbegründet.
 § 64 StGB; § 358 Abs. 2 StPO; § 349 Abs. 2 StPO

273. BGH 2 StR 435/12 – Beschluss vom 22. November 2012 (LG Bad Kreuznach)

Verfallsanordnung; Verwerfung der Revision als unbegründet.
 § 73c Abs. 1 StGB; § 349 Abs. 2 StPO

274. BGH 2 StR 441/12 – Beschluss vom 16. Januar 2013 (LG Darmstadt)

Verwerfung der Revision als unbegründet.
 § 145a StGB; § 349 Abs. 2 StPO

275. BGH 2 StR 481/12 – Beschluss vom 12. Dezember 2012 (LG Bonn)

Neuerhebung der Feststellungen nach Aufhebung und Zurückverweisung durch das Revisionsgericht.
 § 353 StPO; § 21 StGB

276. BGH 2 StR 488/12 – Beschluss vom 15. Januar 2013 (LG Koblenz)

Anforderungen an die Urteilsfeststellungen und die Beweiswürdigung (bloßer Verdacht); Zeugnisverweigerungsrecht bei Schwägerschaft aus „Roma-Sitte“.
 § 261 StPO; § 52 StPO

277. BGH 2 StR 497/12 – Beschluss vom 29. Januar 2013 (LG Darmstadt)

Zulässigkeit der Besetzungsrüge.
 § 338 Nr. 1 StPO

278. BGH 2 StR 502/12 – Beschluss vom 17. Januar 2013 (LG Aachen)

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

279. BGH 2 StR 553/12 – Beschluss vom 15. Januar 2013 (LG Köln)

Computerbetrug durch Geldabheben am Geldautomat.
 § 263a StGB; § 263 StGB

280. BGH 2 StR 601/12 – Beschluss vom 17. Januar 2013 (LG Frankfurt am Main)

Zulässigkeit der Nebenklagerevision.
 § 400 Abs. 1 StPO

281. BGH 2 ARs 387/12 (2 AR 324/12) – Beschluss vom 15. Januar 2013

Zuständiges Gericht für nachträgliche Entscheidungen bezüglich der Strafaussetzung zur Bewährung.
 § 462a Abs. 2 Satz 2 StPO; § 463 Abs. 1 und 6 StPO

282. BGH 4 StR 381/12 – Beschluss vom 30. Januar 2013 (LG Essen)

Unbegründete Anhörungsrüge.
§ 356a StPO

283. BGH 4 StR 385/12 – Beschluss vom 15. Januar 2013 (LG Bielefeld)

Verwerfung der Revision als unbegründet
§ 349 Abs. 2 StPO

284. BGH 4 StR 424/12 – Beschluss vom 30. Januar 2013 (LG Stralsund)

Unstatthafte Gegenvorstellung.
§ 304 Abs. 4 Satz 1 StPO

285. BGH 4 StR 498/12 – Beschluss vom 16. Januar 2013 (LG Arnberg)

Rechtsfehlerhafte Bemessung des Vorwegvollzugs.
§ 67 Abs. 2 Satz 3 StGB

286. BGH 4 StR 522/12 – Beschluss vom 15. Januar 2013 (LG Halle)

Wegfall der Rechtshängigkeit eines Adhäsionsantrags durch Prozessvergleich.
§ 405 Abs. 1 Satz 1 StPO; § 404 Abs. 2 Satz 2 StPO

287. BGH 1 StR 233/12 – Beschluss vom 22. Januar 2013 (LG Augsburg)

Bankrott (Schuldnerstellung als besonderes persönliches strafbegründendes Merkmal); Beihilfe (zwingende Strafrahmenverschiebung wegen Fehlens eines persönlichen strafbegründenden Merkmals).
§ 283 Abs. 1, Abs. 2 StGB; § 27 Abs. 1 StGB; § 28 Abs. 2 StGB; § 49 Abs. 1 StGB

288. BGH 1 StR 234/12 – Beschluss vom 22. Januar 2013 (LG Augsburg)

BGHSt; Bankrott (Schuldnerstellung als strafbegründendes besonderes persönliches Merkmal; Vorliegen der Krise: Umgang mit versteckten Vermögenswerten); Beihilfe (obligatorische Strafmilderung).
§ 283 StGB; § 27 Abs. 1 StGB; § 28 Abs. 1 StGB

289. BGH 1 StR 267/12 – Urteil vom 4. Dezember 2012 (LG Augsburg)

Anordnung der Sicherheitsverwahrung (Ermessen des Tatrichters)
§ 66 Abs. 2 StGB

290. BGH 1 StR 405/12 – Urteil vom 5. Februar 2013 (LG Traunstein)

Freispruch aus tatsächlichen Gründen (Anforderungen an die Begründung); versuchte Anstiftung (Konkretheit des Tatentschlusses).
§ 267 Abs. 5 StPO; § 30 Abs. 1 StGB

291. BGH 1 StR 557/12 – Beschluss vom 22. Januar 2013 (LG Würzburg)

Wiedereinsetzung in den vorherigen Stand (keine Wiedereinsetzung nach form- und fristgerechter Revisionsbegründung; keine Wiedereinsetzung bei Unkenntnis der Rechtslage); Anforderungen an die Revisionsbegründung (Angabe von Beweismitteln).
§ 44 StPO; § 344 Abs. 2 StPO

292. BGH 1 StR 602/12 – Beschluss vom 8. Januar 2013 (LG München I)

Zulässigkeitsvoraussetzungen der Verfahrensrüge (notwendige Angaben bei behaupteter Verletzung der gerichtlichen Amtsaufklärungspflicht); Glaubwürdigkeit von Zeugen (richterliche Beurteilung; Hinzuziehung eines Sachverständigen).
§ 244 Abs. 2 StPO; § 344 Abs. 2 Satz 2 StPO

293. BGH 1 StR 619/12 – Beschluss vom 22. Januar 2013 (LG Traunstein)

Unerlaubtes Handeltreiben mit Betäubungsmitteln in nicht geringer Menge (nicht geringe Menge: Beachtlichkeit der einzelnen Teilmengen und ihres Wirkstoffgehalts).
§ 29a Abs. 1 Nr. 2 BtMG

294. BGH 1 StR 93/11 – Beschluss vom 10. Januar 2013 (LG Deggendorf)

Schwerer sexueller Missbrauch von Kindern; Vergewaltigung; Vorbehalt der Sicherungsverwahrung (Gefahr schwerer Sexualdelikte: regelmäßiges Schwerwiegen von Delikten gegen Kinder; Wahrscheinlichkeitsprognose).
§ 176a Abs. 1 StGB; § 177 Abs. 2 Nr. 1 StGB; § 66a StGB

295. BGH 1 StR 621/12 – Beschluss vom 8. Januar 2013 (LG Regensburg)

Antrag auf Wiedereinsetzung in den vorherigen Stand (Fristbeginn: Darlegung im Antrag).
§ 45 Abs. 1 StPO

296. BGH 1 StR 641/12 – Beschluss vom 8. Januar 2013 (LG Mannheim)

Minder schwerer Fall des Totschlags.
§ 212 Abs. 1 StGB; § 213 StGB

297. BGH 2 StR 106/12 – Urteil vom 16. Januar 2013 (LG Köln)

Freispruch aus tatsächlichen Gründen (Anforderungen an Begründung); Beweiswürdigung (besonders vorsichtige Würdigung von Zeugenaussagen bei Unmöglichkeit der Zeugenbefragung durch den Angeklagten; Konfrontationsrecht).
Art. 6 Abs. 3 lit. d EMRK; § 267 Abs. 5 StPO; § 261 StPO

298. BGH 2 StR 299/12 – Urteil vom 16. Januar 2013 (LG Kassel)

Beweiswürdigung (eingeschränkte Revisibilität).
§ 261 StPO

299. BGH 2 StR 395/12 – Beschluss vom 4. Dezember 2012 (LG Aachen)

Gewerbs- und bandenmäßige Fälschung von Zahlungskarten mit Garantiefunktion; gewerbs- und bandenmäßiger Computerbetrug; Verabredung zu einem Verbrechen; Mittäterschaft (Gesamtbetrachtung).
§ 152a Abs. 1 Nr. 1, Nr. 2 StGB; § 152b Abs. 2 StGB; § 263a Abs. 1, Abs. 2 StGB; § 263 Abs. 3 Satz 2 Nr. 1, Abs. 5 StGB; § 30 Abs. 1 StGB; § 25 Abs. 2 StGB

300. BGH 2 StR 396/12 – Beschluss vom 17. Januar 2013 (LG Aachen)

Rücktritt beim Versuch durch mehrere Beteiligte (Verhinderung der Tatvollendung: Absehen von Nötigungs-

mitteln bei gleichzeitiger Weiterverfolgung des Erpressungsziels).

§ 24 Abs. 2 StGB; § 22 StGB; § 23 StGB; § 253 StGB

301. BGH 2 StR 512/12 – Beschluss vom 15. Januar 2013 (LG Hanau)

Aufhebung des Urteils wegen nicht nachvollziehbarer und widersprüchlicher Feststellungen.

§ 353 StPO

302. BGH 2 StR 585/11 – Beschluss vom 13. Dezember 2012 (BGH)

Richterablehnung wegen Befangenheit im Revisionsverfahren (Unzulässigkeit nach Verfahrensende; Verbindung mit Anhörungsrüge).

Art. 101 Abs. 1 Satz 2 GG; § 24 Abs. 2 StPO; § 349 Abs. 2 StPO; § 356a StPO

303. BGH 2 StR 589/12 – Beschluss vom 15. Januar 2013 (LG Bad Kreuznach)

Bewaffnetes Handeltreiben mit Betäubungsmitteln in nicht geringer Menge (Mitsichführen einer Waffe).

§ 30a Abs. 2 Nr. 2 BtMG

304. BGH 4 StR 258/12 – Beschluss vom 15. Januar 2013 (LG Paderborn)

Unerlaubtes Handeltreiben mit Schusswaffen (Tateinheit: Klammerwirkung durch das gleichzeitigen Besitz mehrerer Schusswaffen).

§ 51 Abs. 1 WaffG; § 52 Abs. 1 StGB

305. BGH 4 StR 292/12 – Beschluss vom 20. Dezember 2012 (LG Wuppertal)

Gefährliche Körperverletzung (anderes gefährliches Werkzeug: Kfz, unmittelbarer Zusammenhang zwischen Werkzeugeinsatz und Körperverletzungserfolg); Nötigung (Vollendung erst bei Vornahme der erstrebten Handlung).

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

306. BGH 4 StR 320/12 – Beschluss vom 29. Januar 2013 (LG Dessau-Roßlau)

Antrag auf Wiedereinsetzung in den vorherigen Stand

(Zulässigkeitsvoraussetzungen des Antrags: Angabe des Zeitpunkts des Wegfalls des Fristwahrungshindernisses).

§ 45 Abs. 1 StPO

307. BGH 4 StR 384/12 – Beschluss vom 19. Dezember 2012 (LG Bochum)

Unerlaubtes Handeltreiben mit Betäubungsmitteln in nicht geringer Menge (Tateinheit bei mehrmaliger Veräußerung desselben Rauschgifts); Anordnung der Unterbringung in einer Entziehungsanstalt (Hang zum übermäßigen Konsum von Betäubungsmitteln).

§ 29a Abs. 1 Nr. 2 BtMG; § 52 Abs. 1 StGB; § 64 StGB

308. BGH 4 StR 465/12 – Beschluss vom 30. Januar 2013 (LG Bielefeld)

Anhörungsrüge (keine Verletzung des Rechts auf richterliches Gehört bei unbegründeter Verwerfung der Revision).

Art. 103 Abs. 1 GG; § 356a StPO; § 349 Abs. 2 StPO

309. BGH 4 StR 494/12 – Beschluss vom 19. Dezember 2012 (LG Essen)

Raub (Zueignungsabsicht bezüglich Behältnis, in dem Bargeld vermutet wird und darin befindlicher Gegenstände); Unterschlagung; Anordnung der Unterbringung in einem psychiatrischen Krankenhaus (Vorliegen einer anderen schweren seelischen Abartigkeit bei sachverständig festgestellter schizoider Persönlichkeitsstörung; wertende Gesamtbetrachtung des Tatrichters; Verminderung der Steuerungsfähigkeit bei Begehung der Tat); Absehen von Verhängung der Jugendstrafe (Aufhebung bei gleichzeitiger Aufhebung der Maßregel).

§ 249 Abs. 1 StGB; § 246 Abs. 1 StGB; § 63 StGB; § 20 StGB; § 21 StGB; § 358 Abs. 2 Satz 2 StPO; § 5 Abs. 3 JGG; § 2 Abs. 2 JGG

310. BGH 4 StR 520/12 – Beschluss vom 16. Januar 2013 (LG Stuttgart)

Anordnung der Unterbringung in einer psychiatrischen Krankenhaus (zeitliche Anforderungen an den schuld-ausschließenden Zustand; Gefährlichkeitsprognose: wertende Gesamtbetrachtung, schwere Störung des Rechtsfriedens).

§ 63 StGB; § 20 StGB