

SCHRIFTLEITUNG

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

REDAKTION

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.
Cambridge); Prof. Dr. Diethelm Kle-
sczewski (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. (Friedrich Graf von
Westphalen, Köln); 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. *Armin Engländer*, Universität Passau – **Der Verteidigungswille bei Notwehr und Notwehrexzess** (Anm. zu BGH HRRS 2013 Nr. 618) S. 389

Prof. Dr. *Petra Wittig*, LMU München – **Zu den verfassungsrechtlichen Anforderungen an die Steuerhinterziehung durch Erlangen eines unrichtigen Feststellungsbescheides** (Anm. zu BGH HRRS 2013 Nr. 317) S. 393

Akadem. Rat a. Z. Dr. *Christoph Zehetgruber*, Universität Bayreuth – **Zur Unvereinbarkeit von § 329 Abs. 1 S. 1 StPO mit der EMRK** S. 397

Dr. *Victoria Ibold*, München – **Beweisqualität von Daten-CDs – Anforderungen an den Nachweis einer Steuerhinterziehung** (Anm. zu AG Nürnberg HRRS 2013 Nr. 838) S. 406

Dominik Brodowski, LL.M. (UPenn), LMU München – **Zur empirischen Herleitung des Zehn-Augen-Prinzips im Revisionsverfahren** S. 409

Wiss. Ass. Dr. *Mohamad El-Ghazi*/Wiss. Mit. *Andreas Merold*, Bremen – **Der Widerspruch zur rechten Zeit** S. 412

Entscheidungen

BVerfG **Überprüfung der Unterbringung gemäß § 63 StGB (Fall Mollath)**

BVerfG **Effektiver nachträglicher Rechtsschutz nach Akteneinsicht**

AG Nürnberg **Beweisqualität der Einträge einer Steuer-CD**

BGH **Ambivalente Bedeutung der Spontantat für den Tötungsvorsatz**

BGH **Vollendetes Absetzen bei der Hehlerei**

BGH **Gesetzlicher Richter und nachträgliche Änderung des Geschäftsverteilungsplanes**

BGH **Angriffsrichtung bei Rüge der Verletzung des § 257c III 2 StPO**

BGH **Anwendung des § 376 I AO auf Altfälle**

Die Ausgabe umfasst 109 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

SCHRIFTLICHTUNG

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 Friedrich Graf von Westphalen, Köln); 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, Oktober 2013, Ausgabe

10

Rechtsprechung

Strafrechtliche/strafverfahrensrechtliche Entscheidungen des EGMR/BVerfG

839. BVerfG 2 BvR 371/12 (2. Kammer des Zweiten Senats) - Beschluss vom 26. August 2013 (OLG Bamberg / LG Bayreuth)

Rechtsschutzbedürfnis (Feststellungsinteresse nach Entlassung aus dem Maßregelvollzug; tiefgreifender Grundrechtseingriff); Fortdauer der Unterbringung im psychiatrischen Krankenhaus (Fall „Mollath“; Freiheitsgrundrecht; Sicherungsbelange der Allgemeinheit; Abwägung im Einzelfall; Tatsachengrundlage; bestmögliche Sachaufklärung; verfassungsgerichtliche Kontroll-dichte); Gefährlichkeitsprognose (erhebliche Gefahr künftiger rechtswidriger Taten; Sachverständigengutachten; eigene gerichtliche Prognoseentscheidung; Beziehungstaten; Erörterung entlastender Umstände);

Grundsatz der Verhältnismäßigkeit (milderes Mittel; Führungsaufsicht; Auflagen und Weisungen).

Art. 2 Abs. 2 Satz 2 GG; Art. 20 Abs. 3 GG; § 63 StGB; § 67d StGB

1. Das Rechtsschutzbedürfnis für die (verfassungsgerichtliche) Überprüfung einer Entscheidung über die Fortdauer einer Unterbringung im psychiatrischen Krankenhaus entfällt angesichts des tiefgreifenden Grundrechtseingriffs nicht deshalb, weil der Betroffene zwischenzeitlich aus dem Maßregelvollzug entlassen worden ist.

2. Die von Art. 2 Abs. 2 Satz 2 GG gewährleistete Freiheit der Person, die unter den Grundrechten einen hohen

Rang einnimmt, darf nur aufgrund eines förmlichen Gesetzes und nur unter Beachtung der besonderen Verfahrensgarantien nach Art. 104 Abs. 2 bis Abs. 4 GG eingeschränkt werden. Eine Einschränkung kommt außerdem nur aus besonders gewichtigen Gründen in Betracht, zu denen in erster Linie solche des Strafrechts und des Strafverfahrensrechts – einschließlich der Unterbringung eines nicht oder erheblich vermindert schuldfähigen Straftäters im psychiatrischen Krankenhaus – zählen.

3. Aus der freiheitssichernden Funktion des Art. 2 Abs. 2 GG folgt, dass Entscheidungen, die den Entzug der persönlichen Freiheit betreffen, auf einer zureichenden richterlichen Sachaufklärung beruhen und eine in tatsächlicher Hinsicht genügende Grundlage haben müssen, die der Bedeutung der Freiheitsgarantie entspricht.

4. Bei der Prognose über die Gefährlichkeit eines in einem psychiatrischen Krankenhaus Untergebrachten ist das Gericht im Rahmen des Gebots der „bestmöglichen Sachaufklärung“ in der Regel verpflichtet, einen erfahrenen Sachverständigen hinzuzuziehen. Dessen Aussagen hat es selbständig zu beurteilen, und es darf ihm die Prognoseentscheidung nicht überlassen.

5. Bei Prüfung der Aussetzungsreife einer der Maßregel ist dem Verhältnismäßigkeitsgrundsatz dadurch Rechnung zu tragen, dass die Sicherungsbelange der Allgemeinheit und der Freiheitsanspruch des Betroffenen einander als wechselseitiges Korrektiv gegenübergestellt und einzelfallbezogen gegeneinander abgewogen werden. Dabei ist die von dem Täter ausgehende Gefahr zur Schwere des mit der Maßregel verbundenen Eingriffs ins Verhältnis zu setzen.

6. Die Beurteilung hat sich darauf zu erstrecken, ob und welche rechtswidrigen Taten künftig von dem Untergebrachten zu erwarten sind, wie ausgeprägt die Rückfallgefahr hinsichtlich Häufigkeit und Frequenz ist und wie schwer die bedrohten Rechtsgüter wiegen. Der Grad der Wahrscheinlichkeit zukünftiger rechtswidriger Taten ist zu bestimmen. Ausreichend sind nur erhebliche rechtswidrige Taten.

7. Im Rahmen der Verhältnismäßigkeitsprüfung ist auch zu erörtern, inwieweit etwaigen Gefahren durch mildere Maßnahmen wie insbesondere durch geeignete Auflagen im Rahmen der Führungsaufsicht begegnet werden kann.

8. Je länger der Freiheitsentzug andauert, desto strenger werden die Voraussetzungen für die Verhältnismäßigkeit sowie die verfassungsrechtlichen Anforderungen an die Begründungstiefe einer negativen Prognoseentscheidung. Zugleich wächst mit dem stärker werdenden Freiheitsingriff die verfassungsgerichtliche Kontrolldichte.

9. Die von einem Untergebrachten ausgehende Gefahr ist nicht in hinreichendem Maße konkretisiert, wenn sich das Gericht ohne eigenständige Prognoseentscheidung lediglich darauf beruft, der Sachverständige sei in der Anhörung von einer sehr hohen Wahrscheinlichkeit für den Anlasstaten vergleichbare Taten ausgegangen, ohne sich damit auseinanderzusetzen, dass derselbe Sachverständige in seinem vorbereitenden Gutachten die Gefahr künftiger Taten nicht sicher quantifizieren konnte.

10. An einer hinreichenden Konkretisierung der Gefahr fehlt es auch dann, wenn sich das Gericht zur Begründung einer sehr hohen Wahrscheinlichkeit für den Anlasstaten vergleichbare Taten lediglich auf eine nicht näher begründete Stellungnahme der Unterbringungseinrichtung und auf ein schriftliches Sachverständigen Gutachten beruft, aus dem sich eine solche Wahrscheinlichkeit gerade nicht ergibt.

11. Eine Gefährlichkeitsprognose genügt auch dann nicht den verfassungsrechtlichen Anforderungen, wenn den Untergebrachten entlastende Umstände keine Berücksichtigung finden und etwa unerwähnt bleibt, dass der Untergebrachte sich zwischenzeitlich deutlich angepasster und unauffälliger verhält, dass er sich von Rachegedanken distanziert und dass Lockerungen ohne jede Beanstandung verlaufen sind.

12. Ist die Unterbringung eines Betroffenen aus Anlass zehn Jahre zurückliegender Körperverletzungen zu Lasten seiner zwischenzeitlich von ihm geschiedenen Ehefrau angeordnet worden, so genügt eine Fortdauerentscheidung den verfassungsrechtlichen Anforderungen nicht, wenn das Gericht ohne Erörterung der bereits vor vielen Jahren vollzogenen Trennung von einer fortbestehenden Gefahr vergleichbarer Delikte zu Lasten der früheren Ehefrau oder Dritter ausgeht.

840. BVerfG 2 BvR 533/13 (2. Kammer des Zweiten Senats) - Beschluss vom 9. September 2013 (LG Augsburg / AG Augsburg)

Durchsuchungsbeschluss (mündliche Durchsuchungsanordnung; richterliche Bestätigung; Widerspruch); Beschränkung der Akteneinsicht („in camera“-Verfahren; Geheimhaltungsinteresse); strafprozessuales Beschwerdeverfahren (rechtliches Gehör; Rechtsstaatsgedanke; funktionaler Zusammenhang; Zurückstellung der Beschwerdeentscheidung).

Art. 103 Abs. 1 GG; § 33 Abs. 4 StPO; § 33a StPO; § 94 StPO; § 98 Abs. 2 StPO; § 102 StPO; § 105 StPO; § 147 Abs. 2 StPO

1. Das Recht auf rechtliches Gehör steht in einem funktionalen Zusammenhang mit der Rechtsschutzgarantie und gewährleistet den Verfahrensbeteiligten ein Recht auf Information, Äußerung und Berücksichtigung ihres Vorbringens. So stellt es sicher, dass die Beteiligten ihr Verhalten im Prozess selbstbestimmt und situationsspezifisch gestalten können.

2. Werden im strafprozessualen Ermittlungsverfahren Eingriffsmaßnahmen ohne vorherige Anhörung des Betroffenen gerichtlich angeordnet, ist das rechtliche Gehör spätestens im Beschwerdeverfahren nachträglich zu gewähren. Denn eine den Beschuldigten belastende gerichtliche Entscheidung darf jedenfalls im Beschwerdeverfahren nur auf Tatsachen und Beweismittel gestützt werden, die dem Beschuldigten durch Akteneinsicht der Verteidigung bekannt sind. „In camera“-Verfahren sind insoweit nicht mit Art. 103 Abs. 1 GG vereinbar.

3. Daneben gebietet es auch der Rechtsstaatsgedanke, dass der von einer strafprozessualen Eingriffsmaßnahme betroffene Beschuldigte zumindest nachträglich, aber noch vor der abschließenden gerichtlichen Entscheidung

über die Rechtmäßigkeit des Eingriffs, Gelegenheit erhält, sich in Kenntnis aller Entscheidungsgrundlagen gegen den Eingriff zu verteidigen. Dies gilt auch insoweit, als nach § 147 Abs. 2 Satz 1 StPO die Akteneinsicht verweigert oder beschränkt werden kann, wenn andernfalls der Untersuchungszweck gefährdet würde.

4. Besteht ein öffentliches Interesse daran, den (vollständigen) Akteninhalt vorerst geheim zu halten und im Verborgenen weiter zu ermitteln, so kann dem im Verfahren über die nachträgliche Überprüfung der Rechtmäßigkeit eines bereits erledigten strafprozessualen Eingriffs – wie etwa einer bereits durchgeführten Durchsuchung – ohne Verstoß gegen Art. 19 Abs. 4 GG oder den Beschleunigungsgrundsatz dadurch Rechnung getragen werden, dass das Gericht seine Entscheidung solange zurückstellt, bis die zunächst verwehrt Akteneinsicht gewährt wurde und der Beschuldigte sich umfassend äußern konnte.

5. Das Beschwerdegericht verkennt die Bedeutung des funktionalen Zusammenhangs des Art. 103 Abs. 1 GG mit der Rechtsschutzgarantie, wenn es die Rechtmäßigkeit einer bei dem Beschuldigten durchgeführten Durchsuchung bestätigt, obwohl dem Beschuldigten eine umfassende Akteneinsicht bislang nach § 147 Abs. 2 StPO verwehrt wird und dieser daher keine Gelegenheit hatte, Einsicht in eine bei den Akten befindliche, für die Entscheidung maßgebliche Stellungnahme der Staatsanwaltschaft zu nehmen und sich hierzu zu äußern.

842. BVerfG 2 BvR 1582/13 (3. Kammer des Zweiten Senats) - Beschluss vom 25. September 2013 (LG Stendal)

Strafvollzug (Resozialisierung; Lockerungen; Beschleunigungsgrundsatz; Verpflichtung zur Neubescheidung); Subsidiarität der Verfassungsbeschwerde (Antrag auf Vollstreckungsmaßnahmen zur Durchsetzung einer gerichtlich ausgesprochenen Verpflichtung).

§ 90 Abs. 2 BVerfGG; § 120 Abs. 1 StVollzG; § 172 VwGO

1. Die Vollzugsbehörden sind verpflichtet, Anträge von Strafgefangenen – insbesondere solche, die die Gewährung von Lockerungen oder andere für die Resozialisierung bedeutsame Aspekte betreffen – zeitnah zu bescheiden. Dies gilt namentlich dann, wenn eine getroffene

Entscheidung bereits gerichtlich beanstandet und die Justizvollzugsanstalt zu einer Neubescheidung verpflichtet worden ist.

2. Gegen die zögerliche Umsetzung eines Gerichtsbeschlusses, der die Justizvollzugsanstalt zur Neubescheidung verpflichtet, kann der Gefangene Antrag auf Vollstreckungsmaßnahmen zur Durchsetzung der Verpflichtung stellen. Diesen Weg muss er vor der Erhebung einer Verfassungsbeschwerde beschreiten, um dem Grundsatz der Subsidiarität der Verfassungsbeschwerde zu genügen.

841. BVerfG 2 BvR 1412/13 (3. Kammer des Zweiten Senats) - Beschluss vom 7. August 2013 (LG Braunschweig)

Strafvollzug (Vollzugsplan; effektiver Rechtsschutz; Rechtsschutzbedürfnis; Statthaftigkeit der Rechtsbeschwerde; Rechtswegerschöpfung vor Erhebung der Verfassungsbeschwerde; Rechtsmittelbelehrung; Rechtsbeschwerdefrist; Wiedereinsetzung in den vorigen Stand).

Art. 19 Abs. 4 GG; § 90 Abs. 2 BVerfGG; § 109 StVollzG; § 116 StVollzG; § 120 Abs. 1 StVollzG; § 44 StPO

1. Das Rechtsschutzbedürfnis für den Antrag eines Strafgefangenen auf gerichtliche Entscheidung gegen einen Vollzugsplan entfällt nicht automatisch mit der Erstellung eines neuen Vollzugsplanes.

2. Die gerichtliche Mitteilung an einen Strafgefangenen, über seinen Antrag auf gerichtliche Entscheidung gegen einen Vollzugsplan werde mangels Rechtsschutzbedürfnisses nicht entschieden, weil zwischenzeitlich ein neuer Vollzugsplan erstellt sei, kann der Gefangene mit der Rechtsbeschwerde angreifen. Diesen Weg muss der Gefangene vor Erhebung einer Verfassungsbeschwerde zur Erschöpfung des Rechtsweges beschreiten.

3. Enthält die gerichtliche Mitteilung, dass über einen Antrag auf gerichtliche Entscheidung mangels Rechtsschutzbedürfnisses nicht entschieden werde, keine Rechtsmittelbelehrung hinsichtlich der insoweit statthaften Rechtsbeschwerde, ist die Versäumung der Rechtsbeschwerdefrist als unverschuldet anzusehen, so dass dem Betroffenen Wiedereinsetzung in den vorigen Stand zu gewähren ist.

Hervorzuhebende Entscheidungen des BGH

I. Materielles Strafrecht – Allgemeiner Teil

935. BGH 2 StR 139/13 - Urteil vom 17. Juli 2013 (LG Koblenz)

Totschlag (Tötungsvorsatz); schwere Körperverletzung (Vorliegen einer erheblichen Entstellung); Beweiswür-

digung (Umgang mit ambivalenten Beweiszeichen; revisionsrechtliche Kontrolle).

§ 212 Abs. 1 StGB; § 226 Abs. 1 StGB; § 261 StPO

1. Zwar ist anerkannt, dass insbesondere bei spontanen, unüberlegten, in affektiver Erregung ausgeführten Handlungen aus dem Wissen um den möglichen Eintritt des Todes nicht ohne Berücksichtigung der sich aus der Tat und der Persönlichkeit des Täters ergebenden Besonderheiten darauf geschlossen werden kann, dass das – selbständig neben dem Wissenselement stehende – voluntative Vorsatzelement gegeben ist (vgl. BGH NStZ 2011, 338 mwN). Bei einem spontanen Handeln in affektiver Erregung handelt es sich aber um ein ambivalentes Beweiszeichen, das, je nachdem, wie das Tatgericht es im Einzelfall bewertet, rechtlich zulässige Schlüsse sowohl zu Gunsten als auch zu Lasten des Angeklagten ermöglichen kann (vgl. BGH NStZ 2009, 629, 630).

2. Eine rechtlich vertretbare tatrichterliche Entscheidung darüber, in welchem der möglichen, zueinander in einem Gegensatz stehenden Beweiszusammenhänge ein solcher Umstand im konkreten Fall indizielle Bedeutung entfaltet, ist vom Revisionsgericht hinzunehmen. Der Tatrichter ist indes nicht davon befreit, basierend auf konkreten Feststellungen zu den objektiven und subjektiven Umständen der Tat erkennen zu lassen, warum er einem ambivalenten Beweiszeichen überhaupt eine indizielle Bedeutung in eine Richtung zumisst.

3. Erheblich im Sinne des § 226 Abs. 1 Nr. 3 ist eine Entstellung zwar nur dann, wenn sie zumindest dem Gewicht der geringsten Fälle nach § 226 Abs. 1 Nr. 1 und Nr. 2 StGB gleichkommt. Dies kann jedoch im Einzelfall bei besonders großen oder markanten Narben der Fall sein; insbesondere aber auch bei verunstaltenden Narben im Gesicht eines Opfers (vgl. BGH NJW 1967, 297).

939. BGH 2 StR 180/13 - Beschluss vom 13. August 2013 (LG Frankfurt am Main)

Versuchter Totschlag (Tötungsvorsatz; Beweiswürdigung bei Eventualvorsatz; Verhältnis zum mitverwirklichten [versuchten] Körperverletzungsdelikt und zur schweren Körperverletzung).

§ 212 StGB; § 22 StGB; § 23 Abs. 1 StGB; § 223 Abs. 1 StGB; § 226 Abs. 1 StGB; § 52 StGB; § 261 StPO

1. Bedingt vorsätzliches Handeln setzt voraus, dass der Täter den Eintritt des tatbestandlichen Erfolgs als möglich und nicht ganz fernliegend erkennt und ihn billigt oder sich um des erstrebten Ziels willen mit ihm abfindet. Da die Schuldformen des bedingten Vorsatzes und

der bewussten Fahrlässigkeit im Grenzbereich eng beieinander liegen, müssen vor der Annahme bedingten Vorsatzes beide Elemente der inneren Tatseite, also sowohl das Willens- als auch das Wissenselement, umfassend geprüft und gegebenenfalls durch tatsächliche Feststellungen belegt werden. Hierzu bedarf es einer Gesamtschau aller objektiven und subjektiven Tatumstände des Einzelfalls, in die die objektive Gefährlichkeit der Gewalthandlung, aber auch die konkrete Angriffsweise des Täters, seine psychische Verfassung bei der Tatbegehung und seine Motive mit einzubeziehen sind (st. Rspr.).

2. Zwischen einem vollendeten vorsätzlichen Tötungsdelikt und einem vollendeten vorsätzlichen Körperverletzungsdelikt liegt keine Tateinheit vor, sondern das Körperverletzungsdelikt tritt – soweit tatbestandlich überhaupt anwendbar – als subsidiär zurück (st. Rspr.). Nichts anderes kann gelten, wenn sowohl das Tötungsdelikt als auch das Körperverletzungsdelikt im Versuchsstadium steckengeblieben sind. Ein eine andere Beurteilung rechtfertigender selbständiger Unwertgehalt der Körperverletzung liegt in Fällen, in denen nach den Feststellungen bei einer einheitlichen Verletzungshandlung alle Verletzungsfolgen – und damit auch solche im Sinne des § 226 Abs. 1 StGB – bis hin zum Tode gleichermaßen billigend in Kauf genommen werden, nicht vor.

931. BGH 1 StR 332/13 - Beschluss vom 21. August 2013 (LG München II)

Schwerer Bandendiebstahl (Einbruchsdiebstahl: Tateinheit mit Sachbeschädigung; Konsumtion).

§ 244a Abs. 1 StGB; § 243 Abs. 1 Satz 2 Nr. 1 StGB; § 303 Abs. 1 StGB

1. Der schwere Bandendiebstahl und Sachbeschädigung stehen im Verhältnis der Tateinheit zueinander. Gesetzeinheit zwischen § 244a StGB und zwischen § 303 StGB käme nur dann in Betracht, wenn wegen der in § 244a StGB als Tatbestandsmerkmal verlangten Voraussetzungen der unrechtssteigernden Merkmale aus § 243 Abs. 1 Satz 2 StGB kein eigener, nicht bereits über den schweren Bandendiebstahl erfasster Unrechtsgehalt der Sachbeschädigung mehr vorhanden wäre. Dies ist jedoch nicht der Fall.

2. Die gegen Gesetzeinheit von Diebstahl in einem besonders schweren Fall und Sachbeschädigung bei Zurücktreten letzterer sprechenden Umstände gelten unabhängig davon, ob die unrechtssteigernden Merkmale gesetzestechnisch als Regelbeispiele wie in § 243 Abs. 1 Satz 2 StGB oder als Tatbestandsmerkmale wie in § 244a Abs. 1 StGB ausgestaltet sind.

II. Materielles Strafrecht – Besonderer Teil

872. BGH 2 ARs 299/13 - Beschluss vom 15. August 2013 (BGH)

Hehlerei (Absetzen; einem Dritten Verschaffen).
§ 259 StGB

1. Der Senat tritt der Ansicht des anfragenden 3. Strafsenats bei (vgl. schon Senat, NJW 1976, 1698, 1699). Für das vollende Absetzen einer Sache ist ein Absatzerfolg erforderlich.

2. Soweit die Abgrenzung zwischen einer als Erfolgsdelikt verstandenen Tatvariante des Absetzens und der Tatvariante des Einem-Dritten-Verschaffens inmitten steht, wird es Aufgabe der Rechtsprechung sein, klare Abgrenzungskriterien zu entwickeln. Es liegt nahe, die beiden Varianten danach zu differenzieren, in wessen „Lager“ der Täter objektiv und subjektiv steht.

921. BGH 5 ARs 34/13 - Beschluss vom 20. August 2013 (BGH)

Erfordernis eines Absatzerfolges bei der Hehlerei (Aufgabe der bisherigen Rechtsprechung; Zustimmung zur Anfrage des 3. Strafsenats).
§ 259 StGB

Eine Verurteilung wegen vollendeter Hehlerei durch Absetzen setzt die Feststellung eines Absatzerfolges voraus (hier: Zustimmung des 5. Strafsenats).

889. BGH 3 StR 192/13 - Beschluss vom 20. August 2013 (LG Neubrandenburg)

Räuberische Erpressung (keine qualifizierte Nötigung durch die Drohung, den Hund des Opfers zu erschießen); Voraussetzungen der Mittäterschaft und Abgrenzung zur Beihilfe.
§ 253 StGB; § 255 StGB; § 25 Abs. 2 StGB

Droht der Täter gegenüber einem potentiellen Nötigungs-/Erpressungsopfer mit der Anwendung von Gewalt gegen nichtmenschliche Objekte (hier: mit der Tötung des Hundes des Drohungsadressaten), liegt unabhängig von der Intensität der willensbeugenden Wirkung keine qualifizierte Drohung mit einer Gefahr für Leib oder Leben i.S.d. §§ 249, 255 StGB vor.

929. BGH 1 StR 86/13 - Urteil vom 11. Juni 2013 (LG München II)

Mord (Heimtücke: Ausnutzen der Arg- und Wehrlosigkeit; Tötungsvorsatz); Raub (Zueignungsabsicht); Rücktritt (Rücktrittsvoraussetzungen bei mehreren Beteiligten: aktive Rücktrittsbemühungen, vom Zufall abhängige Rettung).
§ 211 StGB; § 249 Abs. 1 StGB; § 24 Abs. 2 Satz 1 StGB

1. Zueignung ist die Anmaßung der Stellung eines Eigentümers an der aus fremdem Gewahrsam genommenen Sache. Kennzeichnend für diese Eigentumsanmaßung ist die Inbesitznahme der Sache zu einem Zweck, der mit der Anerkennung fremden Eigentums nicht zu vereinbaren ist. Wie der spätere konkrete Umgang mit der Sache nichts mit dem Eigentumserwerb selbst zu tun hat, sondern nur als Akt der Ausübung des Eigentumsrechts zu verstehen ist, so darf beim Diebstahl aber die (geplante) Sachverwendung nicht mit der Zueignung als dem angemästen Eigentumserwerb gleichgesetzt werden. Weder das Fortschaffen vom Tatort noch das bloße Verbergen eines weggenommenen Gegenstandes sind allein geeignete Kriterien der Abgrenzung, da sie nicht hinreichend zwischen bloßer Gewahrsams-Lockerung und der Begründung neuen Gewahrsams unterscheiden.

2. Es liegt bei äußerst gefährlichen Gewalthandlungen nahe, dass der Täter mit der Möglichkeit rechnet, das Opfer könne zu Tode kommen und - weil er mit seinem Handeln gleichwohl fortfährt - einen solchen Erfolg billigend in Kauf nimmt (vgl. BGH NStZ 1992, 587, 588).

3. Die Voraussetzungen eines Rücktritts gemäß § 24 Abs. 2 Satz 1 StGB liegen grundsätzlich schon dann nicht vor, wenn der Angeklagte keine aktiven Rücktrittsbemühungen gezeigt hat. Gemäß § 24 Abs. 2 Satz 1 StGB reicht es bei mehreren Tatbeteiligten grundsätzlich nicht hin, wenn einer von diesen einfach nur die weitere Tatausführung aufgibt. Dies ist unabhängig von der Vorstellung des Angeklagten zu Rettungsbemühungen Dritter. Ein Ausnahmefall in dem bereits die Untätigkeit eines Angeklagten oder sein Nichtweiterhandeln die Tatvollendung verhindert, liegt nicht vor, wenn es aufgrund der konkreten Situation am Tatort, gerade auch wegen der selbst bei gezieltem Suchen nur schweren Auffindbarkeit des Opfers im dunklen und infolge des wegen der zahlreichen parkenden Autos unübersichtlichen Hofbereichs, praktisch vom Zufall abhing, ob und wann der Geschädigte gefunden würde.

861. BGH 2 StR 150/13 - Beschluss vom 30. Juli 2013 (LG Darmstadt)

Vermögensschaden bei Verlust des illegal erlangten Besitzes (Erpressung; Betrug; Darlegungsgebot).
§ 253 StGB; § 263 StGB; § 25 Abs. 2 StGB; § 265 StPO

1. Dass der Verlust des illegalen Besitzes an Betäubungsmitteln ein vom Recht anerkannter Vermögensschaden ist, ist jedenfalls nicht unbestritten und bedarf deshalb in einem dies bejahenden Urteil näherer Darlegung.

2. Wird dem Angeklagten in der Anklage eine mittäter-schaftlich begangene Erpressung vorgehalten, muss ihm

gemäß § 265 Abs. 1 StPO mitgeteilt werden, dass ihm nunmehr der Vorwurf einer Alleintäterschaft gemacht wird.

946. BGH 4 StR 274/13 - Beschluss vom 27. August 2013 (LG Halle)

Schwere Körperverletzung (qualifizierte Begehung mit dolus directus: Anforderungen an den Vorsatz); unterlassene Hilfeleistung (Konkurrenzen gegenüber dem unechten Unterlassungsdelikt); Ablehnung eines Beweisantrages wegen Bedeutungslosigkeit (Begründung).

§ 226 Abs. 2 StGB; § 323c StGB; § 13 StGB; § 244 Abs. 2 Satz 3 StPO; § 354 StPO; § 357 StPO; § 358 StPO

1. Bei § 226 Abs. 2 StGB handelt es sich nicht nur um eine Strafzumessungsregel, sondern um eine Qualifikation gegenüber dessen Absatz 1, die durch das „absichtliche“ oder „wissentliche“ Verursachen der schweren Folge gekennzeichnet ist. Hierfür reicht zwar aus, dass der Täter die schwere Körperverletzung als sichere Folge seines Handelns voraussieht (vgl. BGH NJW 2001, 980, 981). Dafür genügt es nicht, dass der Angeklagte wusste und wollte, dass sein Opfer „erheblich verletzt“ wird.

2. Der Straftatbestand der unterlassenen Hilfeleistung tritt gegenüber einer Unterlassungstäterschaft bezüglich des ausschlaggebenden Geschehens lediglich als subsidiär zurück. Wird er dennoch im Schuldspruch aufgenommen, liegt darin keine Beschwer des Angeklagten.

3. Bei der Ablehnung des hier nicht lediglich eine Negativtatsache enthaltenden Beweisantrags wegen Bedeutungslosigkeit der Beweisbehauptung aus tatsächlichen Gründen darf die Beweiserheblichkeit einer Indiztatsache nicht nur mit der Begründung, auch wenn der Zeuge die Behauptung bestätige, müsse dies nicht richtig sein, verneint werden (vgl. BGH StraFo 2008, 29, 30). Zudem ist das Ergebnis der Prüfung - soweit es nicht für alle Beteiligten auf der Hand liegt (vgl. BGH NJW 2011, 1299) - mit den hierfür maßgeblichen Erwägungen konkret darzulegen, um dem Antragsteller zu ermöglichen, sein weiteres Prozessverhalten hierauf einzurichten. Die Anforderungen an die Begründung entsprechen dabei grundsätzlich den Darlegungserfordernissen bei der Würdigung von durch die Beweisaufnahme gewonnenen Indiztatsachen in den Urteilsgründen (vgl. BGH NSTZ-RR 2012, 255).

936. BGH 2 StR 163/13 - Beschluss vom 16. Juli 2013 (LG Trier)

Räuberische Erpressung (Rechtswidrigkeit der Bereicherungsabsicht: Irrtum über das Vorliegen eines Anspruchs für die Bereicherung).

§ 253 Abs. 1 StGB; § 255 StGB; § 16 Abs. 1 Satz 1 StGB

Bei der Erpressung ist die Rechtswidrigkeit des erstrebten Vermögensvorteils normatives Tatbestandsmerkmal, auf das sich der zumindest bedingte Vorsatz des Täters erstrecken muss. Der Täter will sich oder einen Dritten dann zu Unrecht bereichern, wenn er einen Vermögensvorteil erstrebt, auf den er oder der Dritte keinen rechtlich begründeten Anspruch haben (vgl. BGH NSTZ 2011,

519 mwN). Stellt sich der Täter für die erstrebte Bereicherung eine in Wirklichkeit nicht bestehende Anspruchsgrundlage vor, so handelt er dagegen in einem Tatbestandsirrtum im Sinne des § 16 Abs. 1 Satz 1 StGB (st. Rspr.).

932. BGH 1 StR 457/12 - Urteil vom 5. Juni 2013 (LG Waldshut-Tiengen)

Heimtücke (Arglosigkeit bei vorherigen Todesdrohungen); minder schwerer Fall des Totschlags (Reizung zum Zorn bei einem zur Tat Entschlossenen).

§ 211 StGB; § 213 StGB

1. Heimtücke im Sinne des § 211 StGB setzt Arglosigkeit und dadurch bedingte Wehrlosigkeit des Opfers voraus. Die Arglosigkeit entfällt, wenn das Opfer mit einem jedenfalls erheblichen körperlichen Angriff rechnet. Maßgeblich ist der Zeitpunkt, zu dem der Täter den ersten Angriff mit Tötungsvorsatz führt. Jedoch entfällt die Arglosigkeit dann nicht, wenn die Spanne zwischen dem Erkennen der Gefahr und dem Angriff zu kurz war, um dem Opfer noch zu ermöglichen, dem Angriff zu begegnen

2. Strafmilderung wegen Reizung zum Zorn (§ 213 1. Alt. StGB) kommt einem ohnehin zur Tat Entschlossenen nicht zugute. Zur Tat entschlossen ist dabei auch derjenige, der die Tat nur bei einer von seinem Willen unabhängigen Situation begehen will (vgl. BGHSt 21, 14).

937. BGH 2 StR 38/13 - Urteil vom 31. Juli 2013 (LG Aachen)

Gefährliche Körperverletzung (lebensgefährliche Behandlung: abstrakte Lebensgefahr unter den Umständen des Einzelfalls); Bemessung der Jugendstrafe (Einbeziehung anderer Strafzwecke neben dem Erziehungsgedanken).

§ 224 Abs. 1 Nr. 5 StGB; § 18 Abs. 2 JGG

1. Für eine Bewertung nach § 224 Abs. 1 Nr. 5 StGB erforderlich, aber auch ausreichend ist, dass die Art der Behandlung durch den Täter nach den Umständen des Einzelfalls generell dazu geeignet ist, das Leben des Opfers zu gefährden. Tritte oder heftige Schläge gegen den Kopf des Opfers können eine das Leben gefährdende Behandlung darstellen. Dabei ist aber die konkrete Schädlichkeit der Einwirkung auf den Körper des jeweiligen Verletzten im Einzelfall zu berücksichtigen.

2. Nach § 18 Abs. 2 JGG ist die Jugendstrafe so zuzumessen, dass die erforderliche erzieherische Einwirkung möglich ist. Dies bedeutet nicht, dass die Erziehungswirkung als einziger Gesichtspunkt heranzuziehen ist. Vielmehr sind daneben andere Strafzwecke zu beachten, insbesondere bei Gewaltdelikten mit erheblichen Folgen für das Opfer auch das Erfordernis gerechten Schuldausgleichs. Das Gewicht des Tatunrechts muss gegen die Folgen der Strafe für die weitere Entwicklung des Verurteilten abgewogen werden. Erziehungsgedanke und Schuldausgleich stehen dabei regelmäßig nicht im Widerspruch.

924. BGH 1 StR 204/13 - Beschluss vom 23. Juli 2013 (LG Nürnberg-Fürth)

Schwerer sexueller Missbrauch von Kindern (Begriff der sexuellen Handlung; Handlungen von einiger Erheblichkeit).

§ 176 Abs. 1 StGB; § 184g Nr. 1 StGB

Berührungen anderer Körperstellen als der Geschlechtsteile stellen nicht ohne Weiteres Handlungen „von einiger Erheblichkeit“ im Sinne des § 184g Nr. 1 StGB dar.

Rechtsprechung

III. Strafzumessungs- und Maßregelrecht

940. BGH 2 StR 220/13 - Urteil vom 31. Juli 2013 (LG Limburg)

Anordnung der Unterbringung in einer psychiatrischen Anstalt (Zusammenhang zwischen der schuldvermindernden Krankheit und der Anlasstat; Verhältnismäßigkeitsgrundsatz).

Art. 20 Abs. 3 GG; § 63 StGB; § 21 StGB

1. Der Grundsatz der Verhältnismäßigkeit ist mit Verfassungsrang ausgestattet. In § 62 StGB hat ihn der Gesetzgeber ausdrücklich nochmals einfachgesetzlich geregelt, um seine Bedeutung bei der Anordnung von Maßregeln der Besserung und Sicherung hervorzuheben. Er beherrscht auch die Anordnung und Fortdauer der Unterbringung in einem psychiatrischen Krankenhaus und gebietet, dass die Freiheit der Person nur beschränkt werden darf, soweit dies im öffentlichen Interesse unerlässlich ist.

2. Die Unterbringung darf nicht angeordnet werden, wenn die wegen ihrer unbestimmten Dauer sehr belastende Maßnahme außer Verhältnis zu der Bedeutung der begangenen und zu erwartenden Taten stehen würde (vgl. BGH NStZ-RR 2007, 300, 301). Bei der gebotenen Abwägung zwischen den Sicherungsbelangen der Allgemeinheit und dem Freiheitsanspruch des Betroffenen ist auf die Besonderheiten des Falles einzugehen (vgl. BVerfGE 70, 297, 313). Zu erwägen sind nicht nur der Zustand des Beschuldigten und die von ihm ausgehende Gefahr, sondern auch sein früheres Verhalten, seine aktuellen Lebensumstände, die ihn konkret treffenden Wirkungen einer Unterbringung nach § 63 StGB sowie die Möglichkeiten, ggf. durch andere Maßnahmen auf ihn einzuwirken.

857. BGH 1 StR 440/13 - Beschluss vom 22. August 2013 (LG Hof)

Kronzeugenregelung (Voraussetzungen der Versagung der vertypen Strafmilderung bei einer lediglich anfänglichen Aussagebereitschaft im Ermittlungsverfahren; Ermessensausübung nach einer Gesamtwürdigung).

§ 46b Abs. 1 Nr. 1, Abs. 2 StGB

Trägt ein Mitangeklagter durch eine Aussage im Ermittlungsverfahren zur Aufdeckung einer Katalogtat im Sinne von § 100a Abs. 2 Nr. 1 Buchst. n StPO bei und verwei-

gert er als Zeuge in der gegen einen anderen Tatbeteiligten durchgeführten Hauptverhandlung die Aussage, kann das Tatgericht die Strafmilderung nach § 46b Abs. 1 Nr. 1 StGB verweigern. Dies setzt jedoch eine Ermessensausübung auf der Grundlage einer notwendig umfassenden Gesamtwürdigung der in § 46b Abs. 2 StGB genannten und der möglicherweise weiteren relevanten Kriterien voraus.

904. BGH 5 StR 36/13 - Urteil vom 20. August 2013 (LG Kiel)

Verminderte Schuldfähigkeit bei Straftatbegehung aus Furcht vor Entzugserscheinungen.

§ 21 StGB

Der Senat lässt offen, ob die Annahme einer eingeschränkten Schuldfähigkeit in der Fallvariante der Furcht vor gravierenden Entzugserscheinungen bei einer Cannabisabhängigkeit grundsätzlich in Betracht kommt (dazu zuletzt für den Fall der Heroinabhängigkeit BGH HRRS 2012 Nr. 619). Jedenfalls scheidet eine solche Annahme regelmäßig aus, wenn der Täter durchgängig Zugriff auf das Suchtmittel hat und dieses sogar vor Begehung der Taten konsumiert. Das allgemeine Bestreben, ständig einen Vorrat an Betäubungsmitteln bereit zu halten, auch um unangenehme körperliche Folgewirkungen tunlichst zu vermeiden, sowie ein „Suchtdruck“ sind generelle Merkmale zumindest gewichtigerer Formen der Drogenabhängigkeit, die als solche nach ständiger Rechtsprechung die Annahme verminderter Schuldfähigkeit nicht zu begründen vermag.

874. BGH 4 StR 288/13 - Beschluss vom 13. August 2013 (LG Mönchengladbach)

Strafzumessung (Berücksichtigung von Tätermotiven und allgemeinen Lebensführungsumständen des Täters; mangelnde Strafmilderungsgründe).

§ 46 Abs. 1 StGB

1. Umstände, die zur allgemeinen Art der Lebensführung des Täters gehören, dürfen ihm bei der Strafzumessung nur dann zur Last gelegt werden, wenn sie eine Beziehung zu der abgeurteilten Tat haben und sich daraus eine höhere Tatschuld ergibt (vgl. BGH NStZ 2001, 87, 88). Zur Anwendung auf eine mangelnde schulische und berufliche Ausbildung sowie eine mangelnde regelmäßige Erwerbstätigkeit bei begangenen Vermögens- und Eigentumsdelikten.

2. Das Fehlen eines Strafmilderungsgrundes darf dem Angeklagten nicht zur Last gelegt werden (BGH NStZ-RR 2010, 24, 25; StV 1995, 584).

941. BGH 2 StR 574/12 - Urteil vom 14. August 2013 (LG Fulda)

Strafzumessung (Tatmodalitäten als Strafschärfungsgrund bei gleichzeitiger gemilderter Schuldfähigkeit).
§ 49 Abs. 1 StGB; § 21 StGB

Die Art der Tatausführung darf einem Angeklagten nur dann ohne Abstriche strafschärfend zur Last gelegt werden, wenn sie in vollem Umfang vorwerfbar ist, nicht aber, wenn ihre Ursache in einer von ihm nicht oder nur eingeschränkt zu vertretenen geistig-seelischen Beeinträchtigung liegt

944. BGH 4 StR 179/13 - Urteil vom 15. August 2013 (LG Bochum)

Anordnung der Unterbringung in einer psychiatrischen Klinik (Gefährlichkeitsprognose: zukünftige Begehung erhebliche Straftaten).
§ 63 StGB

1. Wegen der Schwere des Eingriffs in die persönliche Freiheit und mit Rücksicht auf den Grundsatz der Verhältnismäßigkeit (§ 62 StGB) rechtfertigen nur schwere Störungen des Rechtsfriedens, die zumindest in den Bereich der mittleren Kriminalität hineinreichen, eine Unterbringung in einem psychiatrischen Krankenhaus (vgl. BGHSt 27, 246, 248).

2. Die Anlasstat selbst muss dabei nicht erheblich im Sinne des § 63 StGB sein. Maßgeblich ist vielmehr, welche Taten künftig von dem Täter infolge seines Zustandes zu erwarten sind und ob diese erheblich im Sinne des § 63 StGB sind (vgl. BGH NStZ 2008, 563). Allerdings bedarf die Gefährlichkeitsprognose einer besonders sorgfältigen Darlegung, wenn die Anlasstaten nach ihrem Gewicht dem unteren Bereich strafbaren Verhaltens zuzuordnen sind.

863. BGH 2 StR 225/13 - Beschluss vom 15. August 2013 (LG Kassel)

Anordnung der Unterbringung in einer Entziehungsanstalt (symptomatischer Zusammenhang zwischen der Tatbegehung und der Alkoholabhängigkeit; ausreichende Mitursächlichkeit).
§ 64 StGB

Eine Mitursächlichkeit des Hangs zum Alkoholkonsum im Übermaß für die Tatbegehung genügt zur Bejahung der Maßregelvoraussetzung eines symptomatischen Zusammenhangs (vgl. BGH NStZ-RR 2013, 54, 55). Die Tatsache, dass auch eine Persönlichkeitsakzentuierung des Angeklagten festgestellt wurde, die ebenfalls für die Tatbegehung von Bedeutung gewesen ist, steht der Maßregelanordnung nicht entgegen.

928. BGH 1 StR 246/13 - Beschluss vom 7. August 2013 (LG Deggendorf)

Anordnung der Sicherungsverwahrung (Übergangsvorschriften zur Anwendung der Vorschriften über die Sicherungsverwahrung bei „Altfällen: Voraussetzungen;

Anwendbarkeit auf die Anordnung der vorbehaltenen Sicherungsverwahrung).

§ 66 StGB; § 66a StGB; § 316f Abs. 2 Satz 2 EGStGB

1. Nach Art. 316f Abs. 2 Satz 2 EGStGB ist die Anordnung oder Fortdauer der Sicherungsverwahrung auf Grund einer gesetzlichen Regelung, die zur Zeit der letzten Anlasstat noch nicht in Kraft getreten war, nur zulässig, wenn bei dem Betroffenen eine psychische Störung vorliegt und aus konkreten Umständen in seiner Person oder seinem Verhalten eine hochgradige Gefahr abzuleiten ist, dass er infolge dieser Störung schwerste Gewalt- oder Sexualstraftaten begehen wird.

2. 316f Abs. 2 Satz 2 EGStGB erfasst auch die Anordnung der vorbehaltenen Sicherungsverwahrung.

867. BGH 2 StR 321/13 - Beschluss vom 10. September 2013 (LG Frankfurt am Main)

Rechtfehlerhafte Ablehnung einer verminderten Schuldfähigkeit bei festgestellter Pädophilie (Krankheitswert; seelische Abartigkeit).
§ 20 StGB; § 21 StGB

1. Für die Beurteilung der verminderten Schuldfähigkeit ist es auch bei der Pädophilie unerheblich, dass es über diese hinaus keine weitere Persönlichkeitsstörung pathologischen Ausmaßes gebe. Ein solcher Ansatz ist rechtlich nicht tragfähig, weil es unerheblich ist, ob die Persönlichkeitsveränderung „Krankheitswert“ erreicht; das Merkmal der schweren anderen seelischen Abartigkeit erfasst gerade solche Veränderungen in der Persönlichkeit, die nicht pathologisch bedingt sind, also gerade keine krankhaften seelischen Störungen darstellen (BGH StGB § 21 Seelische Abartigkeit 33).

2. Eine Devianz im Sexualverhalten in Form einer Pädophilie ist zwar nicht ohne weiteres mit einer schweren anderen seelischen Abartigkeit im Sinne der §§ 20, 21 StGB gleichzusetzen. Vielmehr kann auch nur eine gestörte sexuelle Entwicklung vorliegen, die als allgemeine Störung der Persönlichkeit, des Sexualverhaltens oder der Anpassung nicht den Schweregrad einer anderen seelischen Abartigkeit im Sinne des § 21 StGB erreicht. Ob eine Persönlichkeitsstörung im sexuellen Bereich das Wesen des Täters so nachhaltig verändert hat, dass er zur Bekämpfung seiner Triebe nicht die erforderlichen Hemmungen aufbringt, kann nur im Wege einer Gesamtbeurteilung der Persönlichkeit des Täters unter Einbeziehung seiner Entwicklung, seines Charakterbildes sowie der ihm zur Last gelegten Taten einschließlich der ihnen zugrundeliegenden Motive festgestellt werden (BGHR StGB § 21 Seelische Abartigkeit 37).

938. BGH 2 StR 174/13 - Beschluss vom 30. Juli 2013 (LG Darmstadt)

Anordnung der Unterbringung in einer Entziehungsanstalt (Hang, berauschende Mittel im Übermaß zu sich zu nehmen; Zusammenhang zwischen Hang und Anlasstat).
§ 64 StGB

1. Für einen Hang ist nach ständiger Rechtsprechung ausreichend eine eingewurzelte, auf psychische Disposi-

tion zurückgehende oder durch Übung erworbene Neigung, immer wieder Rauschmittel zu konsumieren, wobei diese Neigung noch nicht den Grad einer physischen Abhängigkeit erreicht haben muss. Ein übermäßiger Genuss von Rauschmitteln ist jedenfalls dann gegeben, wenn der Betroffene auf Grund seiner psychischen Abhängigkeit sozial gefährdet oder gefährlich erscheint (st. Rspr.). Nicht erforderlich ist, dass beim Täter bereits eine Persönlichkeitsdepravation eingetreten ist (vgl. BGH NStZ-RR 2008, 8). Dem Umstand, dass durch den Rauschmittelkonsum die Gesundheit sowie die Arbeits- und Leistungsfähigkeit des Betroffenen beeinträchtigt sind, kommt nur eine indizielle Bedeutung zu. Das Feh-

len solcher Beeinträchtigungen schließt nicht notwendigerweise die Bejahung eines Hangs aus (vgl. BGH NStZ-RR 2012, 204).

2. Nach ständiger Rechtsprechung ist nicht erforderlich, dass der Hang die alleinige Ursache für die Anlasstat ist. Vielmehr ist ein symptomatischer Zusammenhang auch dann zu bejahen, wenn der Hang neben anderen Umständen mit dazu beigetragen hat, dass der Angeklagte eine erhebliche rechtswidrige Tat begangen hat, und dies bei unverändertem Suchtverhalten auch für die Zukunft zu besorgen ist.

Rechtsprechung

IV. Strafverfahrensrecht mit GVG

838. AG Nürnberg 46 Ds 513 Js 1382/11 – Urteil vom 2. August 2012

Beweiswert von Steuer-CDs für den Nachweis einer Steuerhinterziehung (LGT-Bank; Erträge; Stiftungen; Beweiswürdigung: ungenügende Vermutung).

§ 370 AO; § 261 StPO

1. Zum Beweiswert der Informationen, die sich auf einer Steuer-CD hinsichtlich eines im Ausland bei der LGT-Bank geführten Kontos befinden, unter dem Gesichtspunkt der Steuerhinterziehung.

2. Lässt sich einer Daten-CD letztlich allenfalls ein bestimmter Kontostand zu einem bestimmten Zeitpunkt und die Berechtigung der Angeklagten hieran entnehmen, genügt dies allein – unabhängig von der Frage, ob die auf dem Datenträger vorhandenen Unterlagen verwertbar sind –, nicht für den Tatnachweis einer Steuerhinterziehung. Dies gilt jedenfalls dann, wenn eine Überführung des Vermögens in andere, nicht steuerpflichtige Werte möglich ist. Eine gewisse Wahrscheinlichkeit dafür, dass nicht benötigte Gelder zinsträchtig angelegt werden, genügt für die Überzeugungsbildung nicht. Letztlich ist nur eine recht wahrscheinliche, für eine Verurteilung indes nicht ausreichende Vermutung der Steuerhinterziehung begründet.

934. BGH 2 StR 116/13 – Beschluss vom 10. Juli 2013 (LG Aachen)

Recht auf den gesetzlichen Richter (nachträgliche Änderung des Geschäftsverteilungsplans: Voraussetzungen, revisionsrechtliche Überprüfbarkeit; Verhältnis zum Beschleunigungsgrundsatz).

Art. 101 Abs. 1 Satz 2 GG; Art. 20 Abs. 3 GG; § 21e Abs. 3 Satz 1 GVG

1. Eine nachträgliche Änderung der Geschäftsverteilung kann verfassungsrechtlich geboten sein, wenn nur auf diese Weise die Gewährung von Rechtsschutz innerhalb angemessener Zeit, insbesondere eine beschleunigte

Behandlung von Strafsachen, erreicht werden kann. Das Beschleunigungsgebot lässt indes das Recht auf den gesetzlichen Richter nicht vollständig zurücktreten. Vielmehr besteht Anspruch auf eine zügige Entscheidung durch diesen. Daher muss in derartigen Fällen das Recht des Angeklagten auf den gesetzlichen Richter mit dem rechtsstaatlichen Gebot einer funktionstüchtigen Strafrechtspflege und dem verfassungsrechtlichen Beschleunigungsgrundsatz zu einem angemessenen Ausgleich gebracht werden (vgl. BGHSt 53, 268, 270 f.).

2. § 21e Abs. 3 GVG lässt - ohne dass insoweit Art. 101 Abs. 1 Satz 2 GG entgegensteht - eine Änderung der Zuständigkeit auch für bereits anhängige Verfahren zu, jedenfalls dann wenn die Neuregelung generell gilt, zum Beispiel mehrere anhängige Verfahren und eine unbestimmte Vielzahl künftiger, gleichartiger Fälle erfasst und nicht aus sachwidrigen Gründen geschieht. In jedem Fall ist aber erforderlich, dass jede Umverteilung während des laufenden Geschäftsjahres, die bereits anhängige Verfahren erfasst, geeignet ist, die Effizienz des Geschäftsablaufs zu erhalten oder wiederherzustellen. Änderungen der Geschäftsverteilung, die hierzu nicht geeignet sind, können vor Art. 101 Abs. 1 Satz 2 GG keinen Bestand haben (vgl. BVerfG NJW 2005, 2689, 2690 mwN).

3. Eine Überlastung des Spruchkörpers im Sinne des § 21e Abs. 3 GVG liegt vor, wenn über einen längeren Zeitraum ein erheblicher Überhang der Eingänge über die Erledigungen zu verzeichnen ist, sodass mit einer Bearbeitung der Sachen innerhalb eines angemessenen Zeitraums nicht zu rechnen ist und sich die Überlastung daher als so erheblich darstellt, dass der Ausgleich nicht bis zum Ende des Geschäftsjahrs zurückgestellt werden kann.

4. Die Entscheidung des Präsidiums nach § 21e Abs. 3 GVG unterliegt nicht lediglich einer Vertretbarkeits- oder Willkürkontrolle, sie ist vielmehr einer vollständigen

revisionsgerichtlichen Überprüfung unterworfen, insbesondere auch daraufhin, ob eine Überlastung einer Strafkammer vorgelegen hat und die vom Präsidium getroffenen Maßnahmen erforderlich waren (vgl. BGHSt 53, 268, 275 f.). Dabei sind vom Revisionsgericht nur solche Umstände heranzuziehen, die bis zur Entscheidung der neu zur Entscheidung berufenen Strafkammer über einen in der Hauptverhandlung erhobenen Besetzungseinwand bekannt gemacht sind (vgl. BGHSt 53, 268, 282 f.).

901. BGH 5 StR 318/13 - Urteil vom 3. September 2013 (LG Hamburg)

Verständigung (Abgrenzung von Angabe eines für den Fall der Verständigung in Betracht kommenden Strafrahmens und sog. „Sanktionsschere“); Bestimmung des Prüfungsumfangs des Revisionsgerichts durch die Angriffsrichtung der Revision.

§ 257c StPO; § 344 Abs. 2 Satz 2 StPO

1. Zwar sieht § 257c Abs. 3 Satz 2 StPO die Angabe einer Unter- und einer Obergrenze der Strafe vor. Damit ist nach dem Regelungsgehalt der Vorschrift aber nicht die Mitteilung der sogenannten Sanktionsschere gemeint, sondern allein der für den Fall einer erfolgreichen Verständigung – deren Bestandteil in aller Regel ein Geständnis ist (vgl. § 257c Abs. 2 Satz 2 StPO) – konkret in Betracht kommende Strafrahmen.

2. Rügt die Revision, dem Angeklagten sei „bei einem voll umfassenden Geständnis ... im Sinne der Anklage“ lediglich „eine Strafuntergrenze von drei Jahren und neun Monaten“ zugesichert, nicht aber eine Strafobergrenze „für den Fall des Bestreitens“ genannt worden, damit er seinen prozessualen Vorteil erkennen könne, richtet sich der Angriff eindeutig nur auf die seitens des Tatgerichts unterlassene Mitteilung einer Strafobergrenze „im Bestreitensfalle“; sie erweist sich als nicht auslegungsfähig. Damit ist dem Senat eine Prüfung verwehrt, ob das Landgericht durch Nichtangabe einer Strafobergrenze im Sinne des § 257c Abs. 3 Satz 2 StPO rechtsfehlerhaft gehandelt haben könnte. Die Angriffsrichtung bestimmt den Prüfungsumfang seitens des Revisionsgerichts.

927. BGH 1 StR 237/13 - Beschluss vom 3. September 2013 (LG München)

Mitteilungspflicht über die Erörterung einer Verständigung (keine Vorschrift zur Öffentlichkeit des Verfahrens; keine Mitteilungspflicht bei Erörterung der Sach- und Rechtslage).

§ 257c StPO; § 243 Abs. 4 StPO; § 169 Abs. 1 GVG

Zwar dient auch die Vorschrift des § 243 Abs. 4 StPO der Transparenz des Strafverfahrens, weil ihr Sinn und Zweck auch ist, die Öffentlichkeit über etwaige Vorgespräche der Verfahrensbeteiligten zu informieren. Allerdings kann der Verstoß gegen Mitteilungspflichten über Vorgänge außerhalb der Hauptverhandlung nicht mit einem Verstoß gegen den Grundsatz der Öffentlichkeit der Verhandlung vor dem erkennenden Gericht (§ 169 Satz 1 GVG) gleichgesetzt werden. Denn die Mitteilungspflicht aus § 243 Abs. 4 StPO sichert in erster Linie den Informationsgleichstand sämtlicher Verfahrensbeteiligter. Demgegenüber bezieht sich § 169 Satz 1 GVG auf die unmittelbare Öffentlichkeit im Sinne einer Möglichkeit

der Teilnahme an der Verhandlung vor dem erkennenden Gericht (vgl. BGHSt 36, 119, 122).

943. BGH 4 StR 171/13 - Beschluss vom 18. Juli 2013 (LG Dortmund)

Beweiswürdigung (Anforderungen an die Urteilsbegründung bei gegensätzlichen Aussagen).

§ 261 StPO; § 267 Abs. 1 StPO

Es bestehen besondere Anforderungen an die tatrichterliche Beweiswürdigung in Fällen, in denen sich in Ermangelung objektiver Beweisanzeichen die gegensätzlichen Aussagen des Angeklagten und des Tatopfers gegenüberstehen oder in denen ein Zeuge, auf dessen Aussage die Verurteilung des Täters maßgeblich gestützt wird, bereits wegen Beteiligung an derselben Tat verurteilt wurde oder die Angaben des betreffenden Zeugen auf eine verfahrensbeendende Absprache in seinem eigenen Strafverfahren zurückzuführen sind (st. Rspr.). Die Urteilsgründe müssen dann erkennen lassen, dass der Tatrichter alle Umstände, die geeignet sind, die Entscheidung zu Gunsten oder zu Ungunsten des Angeklagten zu beeinflussen, in seine Überlegungen einbezogen und in einer Gesamtschau gewürdigt hat. Bei einem Tatbeteiligten oder Mitangeklagten ist je nach den Umständen des Falles in Betracht zu ziehen, dass dieser den Angeklagten um eigener Vorteile willen zu Unrecht belasten könnte.

923. BGH 1 StR 201/13 - Urteil vom 6. August 2013 (LG Mosbach)

Verfahrensabtrennung (Überprüfung der Zweckmäßigkeit und des richterlichen Ermessens; Darlegungsanforderungen); Rüge der vorschriftswidrigen Besetzung (Präklusion: rechtzeitiges Vorbringen in der Hauptverhandlung); Ablehnung eines Schöffen wegen Befangenheit (Vorbefassung mit der Tat); Beweiswürdigung. § 2 Abs. 2 StPO; § 338 Nr. 1 StPO; § 25 Abs. 1 StPO; § 261 StPO

1. Auch wenn Verbindung und Trennung von Verfahren grundsätzlich dem Ermessen des Tatrichters überlassen sind, kann ein Beschwerdeführer im Revisionsverfahren mit der Verfahrensrüge geltend machen, dass der Tatrichter das ihm zustehende Ermessen missbraucht hat (vgl. BVerfG StV 2002, 578). Ob die Trennung hingegen zweckmäßig war, hat das Revisionsgericht anders als das Beschwerdegericht nicht zu überprüfen.

2. Für Schöffen gelten keine anderen Maßgaben für die Unvoreingenommenheit als bei Berufsrichtern, auch wenn es sich um schwierige Beweissituationen handelt (vgl. BGHSt 42, 191, 193 f.). Mithin stellt eine Vorbefassung mit dem Sachverhalt durch Verurteilung eines Mittäters für sich genommen keinen Ablehnungsgrund dar.

925. BGH 1 StR 206/13 - Beschluss vom 3. September 2013 (LG Regensburg)

Beweiswürdigung (teilweise Verwertung von Zeugnisaussagen; Belastungszeugen; in dubio pro reo; Widersprüche).

§ 261 StPO; Art. 6 Abs. 3 lit. d EMRK

1. Die Beweiswürdigung ist Sache des Tatgerichts (§ 261 StPO). Ihm allein obliegt es, das Ergebnis der Hauptverhandlung festzustellen und zu würdigen. Seine Schluss-

folgerungen brauchen nicht zwingend zu sein, es genügt, dass sie möglich sind. Die revisionsgerichtliche Prüfung ist darauf beschränkt, ob dem Tatgericht Rechtsfehler unterlaufen sind. Dies ist dann der Fall, wenn die Beweiswürdigung widersprüchlich, unklar oder lückenhaft ist oder gegen die Denkgesetze oder gesicherte Erfahrungssätze verstößt (st. Rspr.).

2. Glaubt das Gericht in Teilen der Aussage des Belastungszeugen, obwohl es ihr in anderen Teilen nicht folgt, bedarf dies regelmäßig einer besonderen Begründung (vgl. BGHSt 44, 153).

880. BGH 4 StR 336/13 - Beschluss vom 28. August 2013 (LG Arnsberg)

Unzulässiger Antrag auf Wiedereinsetzung in den vorigen Stand gegen die Versäumung der Revisionsbegründungsfrist (Nebenklage).
§ 44 StPO; § 344 Abs. 1 StPO; § 85 Abs. 2 ZPO

Das Verschulden seines Prozessbevollmächtigten ist dem Nebenkläger, der nach Versäumung der Revisionsbegründungsfrist Wiedereinsetzung beantragt, nach dem allgemeinen Verfahrensgrundsatz des § 85 Abs. 2 ZPO zuzurechnen (st. Rspr.). Deshalb erfordert die Begründung eines Antrags auf Wiedereinsetzung in den vorigen Stand grundsätzlich eine genaue Darlegung und Glaubhaftmachung aller zwischen dem Beginn und Ende der versäumten Frist liegenden Umstände, die für die Frage bedeutsam sind, wie und gegebenenfalls durch wessen Verschulden es zur Versäumung gekommen ist; zu dem erforderlichen Tatsachenvortrag gehört dabei auch, dass der Antragsteller einen Sachverhalt vorträgt, der ein der Wiedereinsetzung entgegenstehendes Verschulden ausschließt (BGH, Beschluss vom 17. März 2010 - 2 StR 27/10 mwN).

845. BGH 1 StR 189/13 - Beschluss vom 3. September 2013 (LG Augsburg)

Rechtsprechung

V. Wirtschaftsstrafrecht und Nebengebiete

846. BGH 1 StR 226/13 - Beschluss vom 13. Juni 2013 (LG Augsburg)

Steuerhinterziehung (Schenkungssteuer); Verlängerung der Verjährungsfrist gemäß § 376 AO (Steuerverkürzung in großem Ausmaß; grober Eigennutz und Tatvorsatz); Ablehnung eines Beweisantrages als bedeutungslos.
§ 370 AO n.F.; § 370 Abs. 3 AO a.F. § 376 AO; § 244 Abs. 3 StPO

1. Die zehnjährige Verjährungsfrist gilt auch für Taten, für die bereits eine ursprünglich fünfjährige Strafverfolgungsverjährungsfrist zu laufen begann. Hierfür genügt es, wenn die Tat das Regelbeispiel des § 370 Abs. 3 Satz 2 Nr.

Inhalt des Grundsatzes der Unmittelbarkeit.
§ 250 StPO

Der Grundsatz materieller Unmittelbarkeit ist in § 250 StPO auf den Vorrang des Personalbeweises vor dem Urkundenbeweis begrenzt. Eine Ausweitung auf das allgemein sachnächste Beweismittel ergibt sich aus § 250 StPO nicht.

930. BGH 1 StR 305/13 - Beschluss vom 20. August 2013 (LG Karlsruhe)

Rücknahme der Revision; Wiedereinsetzung in den vorherigen Stand (Fristversäumnis).
§ 302 Abs. 1 StPO; § 44 Satz 1 StPO

Eine Frist kann nur derjenige versäumen, der sie einhalten wollte, aber nicht eingehalten hat. Wer von einem befristeten Rechtsbehelf bewusst keinen Gebrauch macht, war nicht im Sinne des § 44 Satz 1 StPO verhindert (vgl. BGH NStZ 2001, 160).

942. BGH 2 ARs 267/13 (2 AR 206/13) - Beschluss vom 27. August 2013

Widerruf der Bewährung (zuständige Strafvollstreckungskammer bei erneuter Haftstrafe in anderem Gerichtsbezirk: Begriff des Befasst sein).
§ 14 StPO; § 462a Abs. 1 Satz 2 StPO

Mit einer Sache befasst im Sinne des § 462a Abs. 1 ist ein Gericht schon, sobald eine nachträgliche Entscheidung von Amts wegen erforderlich sein kann, weil Tatsachen aktenkundig sind, die einen Widerruf der Strafaussetzung zur Bewährung erfordern können (vgl. BGHSt 30, 189). Befasst ist ein Gericht auch dann, wenn es zunächst nichts veranlasst, sondern den Ausgang des neuen Verfahrens abwartet, aus dem sich Widerrufspründe ergeben können.

1 AO für einen besonders schweren Fall der Steuerhinterziehung (Steuerverkürzung in großem Ausmaß) verwirklicht. Der Umstand, dass dieses Regelbeispiel bis zur Änderung durch Gesetz vom 21. Dezember 2007 (BGBl. I, 3198, 3209) und damit zum Zeitpunkt der Tatbeendigung enger gefasst war und das einschränkende Merkmal des Handelns aus grobem Eigennutz enthielt, steht der Anwendung der verlängerten Verjährungsfrist des § 376 Abs. 1 AO nicht entgegen. Die zehnjährige Verjährungsfrist des § 376 Abs. 1 AO kommt unabhängig davon zur Anwendung, ob die Tat zum Zeitpunkt der Tatbegehung eines der Regelbeispiele des § 370 Abs. 3 Satz 2 AO erfüllt hat, namentlich, ob der Angeklagte „aus grobem Eigennutz“ i.S.v. § 370 Abs. 3 Satz 2 Nr. 1 AO aF gehandelt hat.

2. Die Ablehnung eines Beweisantrags als bedeutungslos erfordert regelmäßig eine konkretisierte Begründung. Wenn der Beweisantrag auf eine bestimmte beweiswürdige Schlussfolgerung der Ermittlungsbehörden Bezug nimmt (Vorsatz ergebe sich aus der Verschleierung) und andererseits der Ablehnungsbeschluss die dieser Schlussfolgerung zu Grunde liegende Tatsachenbewertung (Verschleierung) für bedeutungslos erklärt, so bringt dies mit noch hinlänglicher Klarheit zum Ausdruck, dass das Gericht die Auffassung der Ermittlungsbehörden, die durch die Anträge widerlegt werden soll, im Ergebnis nicht teilt, letztlich also der Sache nach dem Antrag folgt.

3. Unabhängig davon kann aber nach der Rechtsprechung des Bundesgerichtshofs eine (möglicherweise) unzulängliche Begründung der Ablehnung eines Beweisantrags dann unschädlich sein, wenn den Urteilsgründen im Ergebnis die Beweisbehauptungen zu Grunde liegen (BGH wistra 2010, 410, 412).

4. Grob eigennützig handelt, wer sich bei seinem Verhalten von dem Streben nach Vorteil in besonders anstößigem Maße leiten lässt. Dabei muss das Gewinnstreben des Täters das bei jedem Steuerstraftäter vorhandene Gewinnstreben deutlich übersteigen (vgl. BGH NJW 1985, 208; wistra 1991, 106). Bei der Beurteilung, ob dies der Fall ist, hat das Tatgericht einen vom Revisionsgericht hinzunehmenden Beurteilungsspielraum (vgl. BGH NJW 1985, 208; wistra 1987, 71). Erforderlich ist jedoch eine vom Tatgericht vorzunehmende Gesamtbetrachtung sämtlicher Tatumstände, namentlich der vom Täter gezogenen Vorteile, der Art, Häufigkeit und Intensität der Tatbegehung und des Verwendungszwecks der erlangten Vorteile. Diese Umstände müssen im Zusammenhang gesehen und daraufhin überprüft werden, ob sie den Schluss auf groben Eigennutz des Täters rechtfertigen (vgl. BGHR AO § 370 Abs. 3 Nr. 1 Eigennutz 3 mwN).

5. Es ist nicht zu beanstanden, dass das Tatgericht dem sehr großen Ausmaß der hinterzogenen Steuer indizielle Wirkung für die Annahme eines grob eigennützigem Verhaltens des Täters beigemessen hat. Der Umfang der verkürzten Steuern lässt je nach den Umständen des Einzelfalls Rückschlüsse auf das Maß des Gewinnstrebens des Täters zu (vgl. BGHR AO § 370 Abs. 3 Nr. 1 Eigennutz 3; BGH wistra 1993, 109). Es darf die Annahme, der Angeklagte habe aus grobem Eigennutz gehandelt, letztlich aber nicht allein auf die Höhe des dem Angeklagten nach Abzug der geschuldeten Steuer noch verbleibenden Rests der Schenkungen stützen. Der Umstand, dass der Angeklagte in der Lage war, aus legal durch Schenkungen erworbenem Vermögen die Schenkungsteuer ohne Einbußen in seiner Lebensführung zu entrichten, belegt groben Eigennutz für sich allein indes nicht.

855. BGH 1 StR 374/13 - Beschluss vom 4. September 2013 (LG Hamburg)

Gewerbsmäßiger und bandenmäßiger Schmuggel hinsichtlich der Einfuhrumsatzsteuer (Steuerverkürzung bei zugleich entstehender Vorsteuerabzugsberechtigung; unionsrechtskonforme Auslegung; Kompensation; unionsrechtskonforme Auslegung); Beihilfe zur Umsatzsteuerhinterziehung.

§ 373 AO; § 370 AO; § 27 StGB; § 15 Abs. 1 Satz 1 Nr. 2 UStG; Art. 168 Buchst. e, Art. 178 Buchst. e der Richtlinie 2006/112/EG (Mehrwertsteuer-Systemrichtlinie); § 1 Abs. 1 Nr. 4 UStG; § 16 UStG; § 18 Abs. 1 UStG; § 21 Abs. 2 UStG; Art. 59, 217 ff. ZK; § 264 StPO; Art. 103 Abs. 3 GG; Art. 50 GRC

1. Die Möglichkeit eines späteren Vorsteuerabzugs gemäß § 15 Abs. 1 Satz 1 Nr. 2 UStG steht einer Strafbarkeit wegen Schmuggels (§ 373 AO) auch hinsichtlich der Einfuhrumsatzsteuer nicht entgegen. Die Strafbarkeit wegen Schmuggels und eine solche wegen Beihilfe zur Hinterziehung von Umsatzsteuer (§ 370 Abs. 1 AO, § 27 StGB) können insoweit kumulativ auftreten.

2. Nach Art. 168 Buchst. e Mehrwertsteuer-Systemrichtlinie entsteht das Recht zum Abzug der Einfuhrumsatzsteuer als Vorsteuer nicht erst dann, wenn die Einfuhrumsatzsteuer entrichtet wird, sondern bereits dann, wenn sie für die Einfuhr geschuldet wird, also noch zu entrichten ist. Das Vorsteuerabzugsrecht ist integraler Bestandteil des Mechanismus der Mehrwertsteuer und muss zur Gewährleistung der steuerlichen Neutralität der Mehrwertsteuer für die gesamte Steuerbelastung der vorausgehenden Umsatzstufen sofort ausübar sein (EuGH, Véleclair SA, Rn 27, DStR 2012, 697). Unionsrechtlich ist nicht die Entrichtung der Einfuhrumsatzsteuer Voraussetzung für die Ausübung des Rechts auf Vorsteuerabzug.

3. Das Recht, die bei der Einfuhr entstandene Einfuhrumsatzsteuer auch ohne ihre vorherige Entrichtung sofort als Vorsteuer geltend zu machen, steht einer Strafbarkeit wegen Schmuggels nicht entgegen, da das Vorsteuerabzugsrecht die bei der Einfuhr entstandene Einfuhrumsatzsteuer unberührt lässt. Eine Gefährdung für das Umsatzsteueraufkommen tritt bereits mit dem Verstoß gegen die steuer- und zollrechtlichen Erklärungs- und Abgabepflichten bei der Einfuhr von Waren in das Bundesgebiet ein. Die Erklärungs- und Abgabepflichten bei der Einfuhr von Waren einerseits und bei der Abgabe von Umsatzsteuervoranmeldungen und Umsatzsteuerjahreserklärungen andererseits betreffen unterschiedliche wirtschaftliche Sachverhalte.

4. Bei dem Schmuggel und der nachfolgenden Hinterziehung von Umsatzsteuer handelt es sich regelmäßig um unterschiedliche Taten im materiell-rechtlichen Sinn (§ 53 StGB), die durch unterschiedliche Tathandlungen, zu unterschiedlichen Zeitpunkten, in unterschiedlichen Besteuerungsverfahren, bezogen auf unterschiedliche Steuernormen und gegenüber unterschiedlichen Behörden begangen wurden. Es liegen dann keine Taten im prozessualen Sinne vor. Allein der Umstand, dass die Beantwortung der Frage, ob und in welcher Höhe Umsatzsteuer i.S.v. § 370 Abs. 1 AO verkürzt worden ist, auch von der Höhe der Vorsteuer abhängt, führt nicht dazu, dass der Schuldgehalt der Umsatzsteuerhinterziehung und derjenige der vorangehenden Hinterziehung von Einfuhrumsatzsteuer nur gemeinsam gewürdigt werden können. Es bestehen keine sich aus dem materiellen Steuerrecht ergebenden so engen Verzahnungen wie im Verhältnis zwischen den Umsatzsteuervoranmeldungen und der Umsatzsteuerjahreserklärung des nämlichen

Jahres. Auch aus dem Umstand, dass das Institut der Einfuhrumsatzsteuer den Zweck verfolgt, den endgültigen Eingang der Umsatzsteuer sicherzustellen, ergibt sich nicht, dass die Taten der Hinterziehung von Einfuhrumsatzsteuer (bei der Einfuhr) und der nachfolgenden Hinterziehung von Umsatzsteuer (nach Weiterveräußerung der eingeführten Waren) in ihrem Unrechts- und Schuldgehalt nur gemeinsam zutreffend gewürdigt werden könnten.

945. BGH 4 StR 255/13 - Beschluss vom 14. August 2013 (LG Kaiserslautern)

Untreue (Vermögensbetreuungspflicht: faktische Vermögensbetreuungspflicht nach Erlöschen des begründenden rechtlichen Verhältnisses, Vermögensbetreuungspflicht des Gerichtsvollziehers; Missbrauch der Stellung als Amtsträger).

§ 266 Abs. 1, Abs. 2 StGB; § 263 Abs. 3 Satz 2 Nr. 4 StGB

1. Zwar erlischt grundsätzlich die Vermögensbetreuungspflicht zugleich mit dem zugrunde liegenden Rechtsverhältnis; diese geht nicht von selbst in ein Treueverhältnis tatsächlicher Art über. Anders verhält es sich jedoch, wenn erloschene Rechtsverhältnisse vermögensfürsorglicher Art – auch einseitig – unter Wahrnehmung der eingeräumten Herrschaftsposition fortgesetzt werden und somit ein enger sachlicher Zusammenhang mit der zunächst begründeten Vermögensbetreuungspflicht besteht (vgl. BGHSt 8, 149, 150).

2. Den Gerichtsvollzieher trifft kraft seiner gesetzlichen Stellung als Vollstreckungsorgan im Rahmen des ihm erteilten Vollstreckungsauftrags eine Vermögensbetreuungspflicht gegenüber den Gläubigern (vgl. BGH NStZ 2011, 281, 282) und den Schuldern, soweit sich diesen zustehende Überschüsse ergeben.

3. Ein Missbrauch der Stellung als Amtsträger liegt vor, wenn der Amtsträger vorsätzlich rechtswidrig, insbeson-

dere vorsätzlich ermessenswidrig handelt. „Befugnisse“ werden missbraucht, wenn der Amtsträger innerhalb seiner an sich gegebenen Zuständigkeit handelt; Missbrauch der „Stellung“ meint Handlungen außerhalb des Zuständigkeitsbereichs, aber unter Ausnutzung der durch das Amt gegebenen Handlungsmöglichkeiten. In allen Fällen knüpft der Straferschwerungsgrund somit an den Missbrauch des tatsächlich innegehabten Amtes an; die bloße Vorgabe einer Amtsträgereigenschaft genügt – wie bereits der Wortlaut der Vorschrift („als Amtsträger“) nahelegt – nicht.

897. BGH 5 StR 152/13 - Urteil vom 4. September 2013 (LG Berlin)

Anforderungen an ein freisprechendes Urteil (unzureichende Beweiswürdigung; erforderlicher Umfang der Würdigung von Einlassungen des Angeklagten); Schätzkosten und Kostenrahmen bei Ausschreibungen als Betriebs- oder Geschäftsgeheimnis.

§ 267 Abs. 5 S. 1 StPO; § 17 Abs. 2 UWG

1. Unter den Begriff des Geschäfts- oder Betriebsgeheimnisses (§ 17 Abs. 2 UWG) fallen solche betriebsbezogene Tatsachen, die nach dem erkennbaren Willen des Betriebsinhabers geheim gehalten werden sollen, die ferner nur einem begrenzten Personenkreis bekannt und damit nicht offenkundig sind und hinsichtlich derer der Betriebsinhaber deshalb ein berechtigtes Geheimhaltungsinteresse hat, weil die Aufdeckung der Tatsache geeignet wäre, dem Geheimnisträger wirtschaftlichen Schaden zuzufügen.

2. Schätzkosten und Kostenrahmen bei öffentlichen Ausschreibungen sind grundsätzlich geeignet, im Falle ihres Bekanntwerdens den Ausschreibenden wirtschaftlich zu schädigen, weshalb es sich hierbei regelmäßig um Geschäfts- oder Betriebsgeheimnisse handelt.

Aufsätze und Anmerkungen

Der Verteidigungswille bei Notwehr und Notwehrexzess

Anmerkung zu BGH 4 StR 551/12 = BGH HRRS 2013 Nr. 618

Von Prof. Dr. Armin Engländer, Universität Passau

Aufgrund des politischen Kontextes hat die hier zu besprechende Entscheidung des 4. Strafsenats einige mediale Aufmerksamkeit erfahren: Zu entscheiden war über die gewaltsame Auseinandersetzung eines Rechtsextremisten mit mehreren Antifa-Aktivisten. Das Urteil ist

jedoch auch aus rechtswissenschaftlicher Sicht interessant, befasst es sich doch mit wichtigen Aspekten der Notwehr und des Notwehrexzesses. Im Mittelpunkt steht dabei mit dem Verteidigungswillen ein inzwischen schon klassisches Problem der Notwehrdogmatik.

1. Die gefährliche Körperverletzung nach § 224 I Nr. 2 StGB beim gezielten Anfahren des Opfers mit einem Kfz

Auch wenn der Schwerpunkt der Urteilsanalyse im Folgenden auf die Probleme rund um die Notwehr gelegt werden soll, eingangs eine kurze Bemerkung zur Tatbestandsebene: Da der Angeklagte zur Begehung der vollendeten Körperverletzung an K und der versuchten Körperverletzung an P und S gezielt sein Auto eingesetzt hat, stellt sich die Frage, ob dadurch der Qualifikationstatbestand des § 224 I Nr. 2 StGB erfüllt ist. Der Senat perpetuiert hier die Rspr. des BGH zu den „Fahrzeug-Fällen“. Danach soll § 224 I Nr. 2 StGB ausscheiden, wenn der Körperverletzungserfolg nicht *unmittelbar* als Folge eines gezielten Anfahrens mit dem Fahrzeug eintritt, sondern erst aus einem Sturz des Opfers zu Boden resultiert. In einer solchen Konstellation sei die Körperverletzung nicht „mittels“ des gefährlichen Werkzeugs begangen.¹ Das erscheint indes zumindest in dieser Allgemeinheit zweifelhaft. Jedenfalls dann, wenn das Opfer nicht wegen einer Ausweichbewegung, sondern aufgrund des Zusammenpralls mit dem Fahrzeug zu Boden stürzt und sich verletzt, realisiert sich die spezifische Gefährlichkeit der Einwirkung des Fahrzeugs auf den Körper des Opfers, so dass die besseren Gründe für eine Bejahung des § 224 I Nr. 2 StGB sprechen.²

2. Die Erforderlichkeit der Trutzwehr trotz Fluchtmöglichkeit

Nun zur Notwehr: Für eine etwaige Rechtfertigung des Angeklagten nach § 32 StGB kommt es zunächst darauf an, ob das direkte Zufahren mit dem Auto auf die Angeklagten zur Abwehr des Angriffs erforderlich war. Zutreffend weist der Senat hier darauf hin, dass sich das Fehlen der Erforderlichkeit – anders als das LG meint – nicht mit der Möglichkeit des Angeklagten, in die entgegengesetzte Richtung davon zu fahren, begründen lässt. Den Angegriffenen trifft im Normalfall keine Pflicht auszuweichen oder zu fliehen. Umstände, die eine sog. sozialetische Notwehreinschränkung rechtfertigen könnten, bei der ausnahmsweise etwas anderes gilt,³ sieht der Senat zu Recht nicht.⁴ Nicht ganz zu überzeugen vermag aller-

¹ So bereits BGH NStZ 2007, 405 = HRRS 2007 Nr. 212; NStZ 2012, 697 = HRRS 2013 Nr. 618.

² Zumindest in der Tendenz auch OLG Jena NStZ-RR 2008, 74. Näher zur Kritik der BGH-Rspr. *Eckstein* NStZ 2008, 125, 127 ff.; *Jäger* JA 2013, 472, 473 f. Ebenfalls kritisch *Küper* BT, 8. Aufl. (2012), S. 452; *Rengier* BT II, 14. Aufl. (2013), § 14 Rn. 42. Dagegen folgen dem BGH *Eisele* BT I, 2. Aufl. (2012), Rn. 336; *Fischer* StGB, 60. Aufl. (2013), § 224 Rn. 7a; *Krüger* NZV 2007, 482 f.

³ Vgl. dazu *Matt/Renzikowski-Engländer* StGB (2013), § 32 Rn. 42 ff.

⁴ Zu einer anderen Einschätzung könnte man womöglich gelangen, wenn man auf die vorliegende Konstellation Überlegungen aus dem jüngeren Schrifttum – *Burchard* HRRS 2012, 421, 451 ff.; *Jäger* JA 2012, 227, 230; *G. Merkel* FAZ v. 19.04.2012, S. 6 – aus Anlass der „Hells-Angels-Entscheidung“ des 2. Strafsenats – BGH NStZ 2012, 272 = HRRS 2012 Nr. 153 – überträgt, bei Auseinandersetzungen im Rockermilieu grds. eine sozialetische Notwehreinschränkung anzunehmen. Die Begründungen für eine solche Notwehreinschränkung vermögen indes nicht zu überzeugen. Zur Kritik vgl. *Engländer*, FS Wolter, 2013, S. 319, S. 323 ff.; *van Rienen* ZIS 2012, 377, 382 ff.

dings die Begründung des Senats, weshalb Ausweichen und Flucht bei der Feststellung der Erforderlichkeit grds. außer Betracht bleiben. Der Senat stützt sich auf das dualistische Notwehrmodell⁵, gegen das in jüngerer Zeit jedoch zu Recht grundsätzliche Einwände vorgebracht werden⁶. Freilich lässt sich das Nichtbestehen einer Ausweichpflicht auch ohne den Rückgriff auf den problematischen Topos des Rechtsbewahrungsgedankens begründen. Zu beachten ist nämlich, dass in jedem Angriff stets auch eine rechtswidrige Beeinträchtigung der Freiheit des Angegriffenen liegt. Diese Freiheitsbeeinträchtigung würde aber durch eine Pflicht zum Ausweichen nicht beseitigt, sondern ganz im Gegenteil verstetigt.⁷

3. Der Verteidigungswille bei der Notwehr

Wie eingangs angedeutet, geht es in der zu besprechenden Entscheidung schwerpunktmäßig um die Frage, ob die Rechtfertigung nach § 32 StGB und die Entschuldigung nach § 33 StGB voraussetzen, dass der Täter mit einem Verteidigungswillen im Sinne einer Verteidigungsabsicht handelt. Betrachtet sei zunächst die Notwehr und damit die Rechtswidrigkeitsebene: Dass jeder Rechtfertigungsgrund auch ein subjektives Element besitzt, ist mittlerweile weitestgehend anerkannt. Denn vollständig aufgehoben wird das Unrecht deliktstatbestandlichen Handelns nur, wenn der Täter die objektiv bestehende Rechtfertigungslage auch subjektiv erfasst. Anderenfalls bleibt sein Verhalten nach seiner Vorstellung von der Tat auf die Verwirklichung von Unrecht gerichtet und damit strafwürdig.⁸

Umstritten ist allerdings der genaue Inhalt des subjektiven Rechtfertigungselements. Der Senat hält hier – ohne

schränkung anzunehmen. Die Begründungen für eine solche Notwehreinschränkung vermögen indes nicht zu überzeugen. Zur Kritik vgl. *Engländer*, FS Wolter, 2013, S. 319, S. 323 ff.; *van Rienen* ZIS 2012, 377, 382 ff.

⁵ Vgl. BGHSt 24, 356, 359; 48, 207, 212; *AnwK-Hauck* StGB (2010), § 32 Rn. 1; *Kühl* AT, 7. Aufl. (2012), § 7 Rn. 6 ff.; *Murmann*, GK Strafrecht, 2. Aufl. (2013), § 25 Rn. 71; *Roxin* AT I, 4. Aufl. (2006), § 15 Rn. 1 ff.; *Schönke/Schröder-Perron* StGB, 28. Aufl. (2010), § 32 Rn. 1 f.; *ausf. Kaspar* RW 2013, 40 ff.; *van Rienen*, Die „sozialetischen“ Einschränkungen des Notwehrrechts (2009), S. 138 ff.

⁶ Näher dazu *Engländer*, Grund und Grenzen der Nothilfe (2008), S. 7 ff. Eine Auseinandersetzung mit der Kritik aus (modifiziert-)dualistischer Sicht findet sich bei *Kaspar* RW 2013, 40, 46 ff. Zur vorzugswürdigen individualistischen Notwehrkonzeption s. *MüKo-Erb* StGB, 2. Aufl. (2011), § 32 Rn. 18; *Frister* GA 1988, 291, 299 ff.; *Lesch*, FS Dahs, 2005, S. 81, S. 88 f.; *Pawlik* Das Unrecht des Bürgers (2012), S. 237 ff.; *Renzikowski*, Notstand und Notwehr (1994), S. 221 ff., S. 275; *ausf. – auch zu den unterschiedlichen Begründungsansätzen im Einzelnen – Engländer* a.a.O., S. 38 ff.

⁷ So schon *Berner Archiv d. CriminalR* 1848, 547, 578. Ebenso u.a. *Koch* ZStW 104 (1992), 785, 796; *Wagner*, Individualistische oder überindividualistische Notwehrbegründung (1984), S. 32.

⁸ *Lackner/Kühl* StGB, 27. Aufl. (2011), Vor § 32 Rn. 6; *LK-Rönau* StGB, 12. Aufl. (2007), Vor § 32 Rn. 82; *Wessels/Beulke* AT, 43. Aufl. (2013), Rn. 275; *aA* noch *Spendel*, FS Bockelmann, 1979, S. 245 ff.

inhaltliche Auseinandersetzung mit der Gegenansicht – am Standpunkt der Rspr. fest, dass die bloße Kenntnis der notwehrbegründenden Umstände nicht genügt. Die Abwehr des Angriffs müsse darüber hinaus in voluntativer Hinsicht zudem das maßgebliche Handlungsmotiv für den Verteidiger bilden.⁹ Erforderlich ist danach also, dass dieser auch *subjektiv* den Zweck verfolgt, zu dem ihm das Gesetz eine Eingriffsbefugnis einräumt. Das bedeutet: Geht es dem Angegriffenen primär darum, durch sein Zurückschlagen den oder die Angreifer zu verletzen und sind somit zumindest ganz überwiegend andere Motive als der Schutz seiner Rechtsgüter für sein Verhalten ausschlaggebend, fehlt ihm nach der Auffassung des BGH der Verteidigungswille. Vor diesem Hintergrund ist die Zurückverweisung der Sache an das LG folgerichtig. Angesichts der Äußerungen des Angeklagten im Vorfeld der Tat durfte die Strafkammer hier nicht ohne nähere Aufklärung des Sachverhaltes vom Vorliegen des Verteidigungswillens ausgehen.

Die Forderung des Senats nach einer über die Kenntnis der notwehrbegründenden Umstände hinausgehenden Verteidigungsabsicht vermag allerdings nicht zu überzeugen. Denn solange der Täter sich mit seinem Verhalten im Rahmen des *rechtlich Erlaubten* hält und dies auch weiß, sind seine Handlungsgründe rechtlich irrelevant. Wer den Handelnden trotz objektiver Rechtfertigungslage und subjektiver Kenntnis der rechtfertigungsbegründenden Umstände bestrafen will, weil er nicht aus dem „richtigen Motiv“ gehandelt hat, pönalisiert nicht mehr eine unrechte Tat, sondern allein eine missbilligte innere Einstellung, betreibt also Gesinnungsstrafrecht und verstößt damit gegen das Tatschuldprinzip.¹⁰ Die besseren Gründe sprechen deshalb dafür, die Kenntnis der notwehrbegründenden Umstände für das subjektive Rechtfertigungselement bei der Notwehr ausreichen zu lassen.

Das hat Konsequenzen für den vorliegenden Fall: Eine Rechtfertigung des Angeklagten scheidet dann keinesfalls am Fehlen des Verteidigungswillens. Entscheidend ist allein, ob das Zufahren mit dem Auto zur Abwehr des Angriffs erforderlich war oder nicht – was das LG in neuer Verhandlung nun zu klären hat. Käme das LG bei der Erforderlichkeit zu einer positiven Einschätzung, müsste es den Angeklagten wegen Notwehr vom Vorwurf der vollendeten bzw. versuchten gefährlichen Körperverletzung freisprechen.

⁹ So bereits BGH NStZ 1996, 29, 30; NStZ 2005, 332, 334 = HRRS 2005 Nr. 41; NStZ 2007, 325, 326 = HRRS 2007 Nr. 202; NStZ-RR 2012, 84 = HRRS 2012 Nr. 14. Dem BGH zustimmend *Baumann/Weber/Mitsch* AT, 11. Aufl. (2003), § 17 Rn. 32; *Rengier* AT, 5. Aufl. (2013), § 18 Rn. 108.

¹⁰ Ebenso i.E. *Kühl* (Fn. 5), § 7 Rn. 128; *LK-Rönnau/Hohn* (Fn. 8), § 32 Rn. 266 f.; *Murmann* (Fn. 5), § 25 Rn. 105; *MüKo-Erb* (Fn. 6), § 32 Rn. 241; *NK-Kindhäuser* StGB, 4. Aufl. (2013), § 32 Rn. 147; *Puppe* AT, 2. Aufl. (2011), § 13 Rn. 5; *Schönke/Schröder-Perron* (Fn. 5) § 32 Rn. 63.

4. Die rechtlichen Folgen des Nichtvorliegens des subjektiven Rechtfertigungselements

Fordert man hingegen mit dem Senat trotz der eben dargelegten Einwände über die Kenntnis der notwehrbegründenden Umstände hinaus auch eine Verteidigungsabsicht, stellt sich die Frage nach den rechtlichen Folgen, falls sich in der neuen Hauptverhandlung ergeben sollte, dass dem Angeklagten ebenjene Absicht gefehlt hat. Der Senat erörtert diese Problematik allein im Hinblick auf die Entschuldigung nach § 33 StGB, d.h. auf der Schuldenebene. Bedeutsam werden kann die Thematik aber bereits auf der Rechtswidrigkeitsebene im Rahmen der Notwehrprüfung.

Dabei kommt es zunächst wiederum darauf an, zu welchen Ergebnissen die neue Hauptverhandlung hinsichtlich der Erforderlichkeit der vom Angeklagten ergriffenen Verteidigungsmaßnahme gelangt. Gewinnt das LG die Überzeugung, dass das Zufahren mit dem PKW zur Verteidigung nicht erforderlich gewesen ist, sind bereits die objektiven Voraussetzungen des § 32 StGB nicht erfüllt. Eine Rechtfertigung scheidet dann schon aus diesem Grund aus. Relevant wird das Fehlen der Verteidigungsabsicht hier deshalb erst auf der Ebene der Schuld. Dazu sogleich.

Anders verhält es sich dagegen, wenn sich in der neuen Hauptverhandlung herausstellt, dass das Zufahren mit dem Auto zur Abwehr des Angriffs erforderlich war. Objektiv betrachtet liegt dann eine Rechtfertigungslage vor. Gemäß einer u.a. von der (allerdings nicht ausnahmslosen) Rspr. vertretenen Auffassung soll das freilich für die Rechtswidrigkeit keine Rolle spielen. Die unrechtausschließende Wirkung eines Rechtfertigungsgrundes entfalle nämlich vollständig, sobald auch nur eine Voraussetzung des Rechtfertigungstatbestandes fehle.¹¹ Danach wäre der Angeklagte hier, sofern er auch schuldhaft gehandelt hat, wegen vollendeter gefährlicher Körperverletzung an K zu bestrafen. Das verdient indes keine Zustimmung. Zwar weist bei Fehlen des subjektiven Rechtfertigungselements das Verhalten des Täters einen *subjektiven Handlungsunwert* auf, da es nach seiner Vorstellung von der Tat auf die Verwirklichung von Unrecht gerichtet ist.¹² Deshalb bleibt eine Bestrafung aus versuchtem Delikt ungeachtet des Bestehens einer objektiven Rechtfertigungslage auch ohne weiteres möglich. Durch die objektive Rechtfertigungslage mangelt es aber an dem für eine Strafbarkeit aus vollendetem Delikt erforderlichen *Erfolgsunwert* der Tat. Daher kann der Täter

¹¹ BGHSt 2, 111, 114 f.; BGH NStZ 2005, 332, 334 = HRRS 2005 Nr. 41; *Krey/Esser* AT, 5. Aufl. (2012), Rn. 454 ff.; *NK-Paeffgen* (Fn. 10), Vor §§ 32 ff Rn. 128.

¹² Strenggenommen gilt das freilich nur in den Fällen, in denen der Täter in Unkenntnis der Rechtfertigungslage handelt, nicht aber dann, wenn ihm wie hier lediglich das „richtige“ Motiv fehlt. Das führt indes wieder zurück zu der bereits erörterten Problematik, welchen Inhalt das subjektive Rechtfertigungselement besitzt. Deshalb soll an dieser Stelle, an der probenhalber der Standpunkt des Senats zum Erfordernis eines besonderen Verteidigungswillens eingenommen wird, von diesem Umstand abgesehen werden.

in einem solchen Fall nur wegen *versuchten Delikts* bestraft werden.¹³ Leider nimmt der Senat zu dieser Problematik keine Stellung. Dabei hätte er dazu im vorliegenden Fall durchaus Anlass gehabt. Denn eine Bestrafung des Angeklagten wegen vollendeter gefährlicher Körperverletzung an K wäre nur auf der Grundlage der erstgenannten Auffassung möglich (die jedoch den dargelegten Einwänden ausgesetzt ist). Gerade vor dem Hintergrund der bislang nicht eindeutigen Judikatur zu den rechtlichen Folgen bei Fehlen des subjektiven Rechtfertigungselements hat der Senat hier eine Gelegenheit verpasst, die Position der Rspr. zu klären.

5. Der Verteidigungswille beim Notwehrexzess

Auch für die Entschuldigung nach § 33 StGB¹⁴ verlangt der Senat eine Verteidigungsabsicht.¹⁵ Angesichts seiner Auffassung zum Erfordernis einer solchen bei § 32 StGB erscheint das prima facie folgerichtig. Die Begründung, die der Senat gibt, ist indes keineswegs zwingend. Er argumentiert, § 33 StGB setze voraus, dass der Täter die Grenzen der Erforderlichkeit bei der Abwehr des Angriffs überschreite; eine Angriffsabwehr liege jedoch nicht vor, wenn der Täter nicht mit dem Willen zur Verteidigung handle. Dem ließe sich freilich entgegenhalten, dass *objektiv* betrachtet der Angriff sehr wohl auch bei fehlender Verteidigungsabsicht abgewendet wird.¹⁶

Die Lösung muss deshalb bei der Ratio des § 33 StGB ansetzen. Nach hM beruht die Entschuldigung beim Notwehrexzess auf dem Gedanken einer *doppelten Schuld-minderung*. Erstens reduzierten die asthenischen Affekte der Verwirrung, der Furcht oder des Schreckens die Fähigkeit des Täters zu normgemäßem Verhalten. Und zweitens wehre er, auch wenn er die Grenzen der Notwehr überschreite, gleichwohl einen rechtswidrigen Angriff ab, so dass seine Tat einen positiven Handlungs- und Erfolgswert aufweise, der ihren Handlungs- und Erfolgswert zwar nicht kompensiere, ihn jedoch herabsetze. Mit dem geringeren Unrecht gehe aber zugleich eine geschmälerte Schuld einher. Im Ergebnis führe die zweifache Schuld-minderung dann dazu, dass das Verhalten des Täters nicht mehr strafwürdig sei.¹⁷ Stellt man

die problematischen Aspekte¹⁸ dieses Begründungsansatzes einmal zurück und akzeptiert ihn probenhalber, ist allerdings zu beachten, dass sich die Schuld nur dann in ausreichendem Maße verringert, wenn nicht die Beweggründe des Täters entgegenstehen. Die Verteidigung des angegriffenen Rechtsguts muss deshalb zumindest ein nicht völlig untergeordnetes Motiv für seine Tat darstellen. Anders als bei § 32 genügt die bloße Kenntnis der Notwehrlage hier nicht.¹⁹ Denn da der Täter sich im Unterschied zur Notwehr nicht mehr im Rahmen des Erlaubten bewegt, ist die strafrechtliche Bewertung seiner Tat auch von seinen Handlungsgründen abhängig zu machen (vgl. § 46 Abs. 2 StGB).

Nichts anderes ergibt sich, wenn man die Entschuldigung beim Notwehrexzess, einer vorzugswürdigen a.A. folgend, ausschließlich oder zumindest ergänzend mit Strafzweckaspekten begründet.²⁰ Danach bedarf es in den Fällen des § 33 StGB weder aus spezial-, noch aus generalpräventiven Gesichtspunkten einer Bestrafung, weil der Täter an sich „sozial integriert“ bleibt und seine aus Gefühlen der Schwäche resultierende Tat niemanden zur Nachahmung verleitet. Jedoch gilt das wiederum nur unter der Bedingung, dass es dem Täter um die Verteidigung seiner Rechtsgüter und nicht vorrangig um die Schädigung des Angreifers geht.

Die Ratio des § 33 StGB spricht somit dafür, eine Verteidigungsabsicht zu fordern und bei ihrem Fehlen eine Entschuldigung nach dieser Vorschrift prinzipiell zu versagen. Aber selbst wer diesen teleologischen Überlegungen nicht folgen mag, gelangt bei fehlender Verteidigungsabsicht regelmäßig zum selben Ergebnis. Denn entschuldigt ist die Überschreitung der Notwehrgrenzen nur, wenn sie aufgrund von asthenischen Affekten erfolgt, die ihren Grund wiederum in der Wahrnehmung der angriffsbedingten Bedrohung finden müssen. Zwar braucht es sich, wie der Senat zutreffend betont, bei den Gemütsregungen der Verwirrung, Furcht oder Schrecken nicht um die alleinigen oder wenigstens dominanten Motive für den Notwehrexzess zu handeln. Ein auch asthenische Affekte wie Wut, Zorn oder Kampfes-eifer beinhaltendes Motivbündel hindert die Anwendbarkeit von § 33 StGB daher keineswegs. Die asthenischen Affekte müssen die Notwehrüberschreitung jedoch zumindest *mitverursacht* haben.²¹ Fehlt nun die Verteidigungsabsicht, bezweckt der Täter also primär die Schädigung des Angreifers, stellen etwaige asthenische Affekte (sofern sie überhaupt vorliegen) aber im Normalfall lediglich bloße Begleiterscheinungen einer anderweitig motivierten

¹³ BGHSt 38, 144, 155 f. für den Fall des § 218a; AnwK-Hauck (Fn. 5) Vor §§ 32 ff. Rn. 9; LK-Rönnau (Fn. 8) Vor §§ 32 Rn. 90; Murmann (Fn. 5), § 25 Rn. 10; NK-Kindhäuser (Fn. 10), § 32 Rn. 148; Roxin (Fn. 5), § 14 Rn. 104 f.; SSW-Rosenau StGB (2009), Vor §§ 32 ff. Rn. 16; Schönke/Schröder-Lenckner/Sternberg-Lieben (Fn. 5), Vorbem. §§ 32 ff. Rn. 15; Wessels/Beulke (Fn. 8), Rn. 279; krit. zur Versuchsstrafbarkeit Rath, Das subjektive Rechtfertigungselement (2002), S. 253 ff.

¹⁴ Zum Charakter des § 33 StGB als Entschuldigungsgrund s. Matt/Renzikowski-Engländer (Fn. 3), § 33 Rn. 1 ff. m.w.N.

¹⁵ Ebenso LK-Zieschang (Fn. 8), § 33 Rn. 48.

¹⁶ Ähnlich Hardtung ZStW 108 (1996), 26, 50, der anmerkt, dass in der gesetzlichen Formulierung des § 33 StGB der Notwehrwille nicht als Merkmal genannt werde.

¹⁷ AnwK-Hauck (Fn. 5), § 33 Rn. 1; Diederich, Ratio und Grenzen des straflosen Notwehrexzesses (2001), S. 55 ff.; LK-Zieschang (Fn. 8), § 33 Rn. 35 ff.; Murmann (Fn. 5), § 26 Rn. 303; Rengier (Fn. 9), § 27 Rn. 1; Schönke/Schröder-Perron (Fn. 5), § 33 Rn. 2.

¹⁸ S. dazu Matt/Renzikowski-Engländer (Fn. 3), § 33 Rn. 2.

¹⁹ A.A. Dölling/Duttge/Rössner-Duttge HK Ges. Strafr, 3. Aufl. (2013), § 33 Rn. 14; Kühl (Fn. 5), § 13 Rn. 149a.

²⁰ Jakobs AT, 2. Aufl. 1991, 20/28; Motsch, Der straflose Notwehrexzess (2003), S. 60 ff.; Roxin (Fn. 5), § 22 Rn. 69; Seeberg, Aufgedrängte Nothilfe, Notwehr und Notwehrexzess (2005), S. 204 ff.; als Ergänzung zum Gedanken der doppelten Schuld-minderung MüKo-Erb (Fn. 6), § 33 Rn. 3.

²¹ BGHSt 3, 194, 198; BGH NJW 2001, 3200, 3202; BGH NStZ 1987, 20 f.; Lackner/Kühl (Fn. 8), § 33 Rn. 3; LK-Zieschang (Fn. 8), § 33 Rn. 63 f.; weitergehend fordern eine Dominanz der asthenischen Affekte MüKo-Erb (Fn. 6), § 33 Rn. 22; Schönke/Schröder-Perron (Fn. 5), § 33 Rn. 5.

Exzesstat dar, so dass eine Entschuldigung dann auch aus diesem Grund ausscheidet.²²

6. Die Rechtfertigung der mit der Notwehrhandlung verbundenen Verletzung von Rechtsgütern der Allgemeinheit

Abschließend noch einmal zurück zur Rechtswidrigkeits-ebene: Erweist sich in der neuen Hauptverhandlung, dass die vollendete Körperverletzung an K sowie die versuchten Körperverletzungen an P und S durch Notwehr gerechtfertigt sind, stellt sich noch die Frage nach der Rechtfertigung des gefährlichen Eingriffs in den Straßenverkehr. Denn mit dem direkten Zufahren auf K, P und S hat der Angeklagte im Wege eines sog. verkehrsfeindlichen Inneneingriffs²³ auch den Tatbestand des § 315b

²² In diese Richtung *Heinrich AT*, 3. Aufl. (2012), Rn. 590.

²³ S. dazu *Wessels/Hettinger BT I*, 37. Aufl. (2013), Rn. 979 f. m.w.N.

Abs. 1 Nr. 3 erfüllt. Der Senat geht hier davon aus, dass die Verletzung von Rechtsgütern der Allgemeinheit ebenfalls von § 32 StGB gerechtfertigt wird, sofern sie untrennbar mit der erforderlichen Verteidigung verbunden ist.²⁴ Das verdient indes keine Zustimmung. § 32 StGB vermag nur die Verletzung von Rechtsgütern des Angreifers zu rechtfertigen. Allein ihm gegenüber lässt sich die weitreichende Eingriffsbefugnis der Notwehrovorschrift legitimieren. Die Beeinträchtigung von Rechtsgütern der Allgemeinheit oder Rechtsgüter Dritter zur Angriffsabwehr kann deshalb lediglich nach Notstandsregeln gerechtfertigt werden.²⁵ Rechtfertigungsgrund ist daher im vorliegenden Fall der rechtfertigende Notstand gem. § 34 StGB und nicht die Notwehr nach § 32 StGB.

²⁴ So auch schon im Hinblick auf eine waffenrechtlich unzulässig geführte Pistole *BGHSt 39*, 305, 308; *BGH NStZ 2011*, 82, 83 = *HRRS 2010 Nr. 954*; anders allerdings *BGH NJW 1986*, 2716, 2717.

²⁵ *Kühl* (Fn. 5), § 7 Rn. 84; *Matt/Renzikowski-Engländer* (Fn. 3), § 32 Rn. 23; *MüKo-Erb* (Fn. 6), § 32 Rn. 122 f.; *NK-Kindhäuser* (Fn. 10), § 32 Rn. 80; *Rengier* (Fn. 9), § 18 Rn. 31.

Zu den verfassungsrechtlichen Anforderungen an die Steuerhinterziehung durch Erlangen eines unrichtigen Feststellungsbescheides

Anmerkung zum Beschluss des BGH, 1 StR 537/12, Beschluss vom 22.11.2012 = HRRS 2013 Nr. 317

Von Prof. Dr. Petra Wittig, LMU München

I. Einleitung

Der 1. Strafsenat bestätigt in der zu besprechenden Entscheidung zunächst seine Rechtsprechung, dass bereits die Bekanntgabe eines unrichtigen Feststellungsbescheides die Erlangung eines tatbestandsmäßigen „nicht gerechtfertigten Steuervorteils“ i.S.d. § 370 AO darstellt. Damit macht sich derjenige der vollendeten (und nicht nur versuchten) Steuerhinterziehung strafbar, der vorsätzlich mittels unrichtiger oder unvollständiger Angaben den Erlass eines unrichtigen Feststellungsbescheides erwirkt, da wegen der Bindungswirkung des § 182 Abs. 1 S. 1 AO der Steueranspruch des Staates bereits hinreichend konkret gefährdet sei.

Erstmalig nimmt der BGH dazu Stellung, ob die neuere Rechtsprechung des BVerfG¹ zu den verfassungsrechtlichen Anforderungen an die Auslegung der Untreue (§ 266 StGB) und des Betrugs (§ 263 StGB) im Hinblick auf das Bestimmtheitsgebot des Art. 103 Abs. 2 GG Anlass dazu gibt, von der dargelegten bisherigen Auslegung des § 370 Abs. 1 AO abzugehen. Der BGH sieht zunächst in seiner Rechtsprechung, wonach ein „nicht gerechtfertigter Steuervorteil“ bereits bei Erwirken eines (nach § 182 Abs. 1 AO bindenden) Feststellungsbescheides in Bezug auf zu niedrige Gewinnfeststellungen, nicht gerechtfertigte Verlustvorträge oder nicht verbrauchte Verlustvorträge vorliegt, keinen Verstoß gegen das vom

¹ BVerfGE 126, 170 = HRRS 2010 Nr. 656; BVerfGE 130, 1 = HRRS 2012 Nr. 27.

BVerfG u.a. entwickelte „Verschleifungsverbot“ (Rn. 8). Das ist zutreffend.² Erforderlich ist aber auch nach Ansicht des BGH, dass die Strafgerichte im Urteil darlegen, welcher Vorteil zu Unrecht festgestellt worden ist und welche Höhe der Steuervorteil hat (Rn. 8). Dies sei hier durch die Tatgerichte geschehen. Es sei jedoch (verfassungsrechtlich) nicht geboten, die Vollendung der Tat davon abhängig zu machen, „auf der Grundlage des bezifferten Steuervorteils die (zukünftigen) Auswirkungen auf den Steueranspruch des Staates zu berechnen“ (Rn. 9). Auf der Ebene der Strafzumessung, die von der Frage der Auslegung des § 370 AO zu unterscheiden ist, sieht der BGH weder einen Verstoß gegen den Grundsatz schuldangemessenen Strafs noch gegen Art. 103 Abs. 2 GG für gegeben (Rn. 19 ff.).

Diese Aussagen sollen anhand der Argumentationslinie des BGH kritisch hinterfragt werden. Begründet werden sie vor allem mit weitgehenden Erwägungen zur tatbestandlichen Struktur, zum Rechtsgut und zum Deliktsscharakter des Tatbestandes der Steuerhinterziehung, die in sich bereits von großer Bedeutung für das Verständnis und die Auslegung des § 370 Abs. 1 AO sein dürften, an dieser Stelle aber nicht vertieft behandelt werden können. Das Gericht hält im Ergebnis die auf die „Rechtsungsverletzungsdelikte“ der § 263 StGB und § 266 StGB bezogenen verfassungsrechtlichen Vorgaben hinsichtlich des tatbestandlichen Vermögensschadens bzw. Vermögensnachteils für nicht auf den „nicht gerechtfertigten Steuervorteil“ als tatbestandsmäßigen Erfolg des konkreten Gefährdungsdelikts des § 370 Abs. 1 AO übertragbar.

II. Zur Übertragbarkeit der verfassungsgerichtlichen Vorgaben

1. Vorbemerkung

Der BGH begründet seine Ansicht, dass die zu den allgemeinen Vermögensdelikten entwickelten verfassungsgerichtlichen Vorgaben aus Art. 103 Abs. 2 GG nicht auf die Steuerhinterziehung übertragbar sind, mit Unterschieden hinsichtlich der Tatbestandsstruktur, des Rechtsguts und des Deliktcharakters. Vorab ist hierzu anzumerken, dass die Entscheidungen des BVerfG zwar unmittelbar die Auslegung der Untreue und des Betrugs zum Gegenstand hatten, die Vorgaben, die das BVerfG jedoch aus Art. 103 Abs. 2 GG für die Auslegung von Strafnormen durch die Fachgerichte entwickelt, sich weder nach dem Wortlaut der Entscheidung noch in der Sache auf diese Tatbestände beschränken. Dies sind schlagwortartig das sog. „Verschleifungsverbot“, das „Rechtsunsicherheitsminimierungsgebot“ und das „Präzisierungsgesetz“³, wobei hier insbesondere das sog. „Verbot der Verschleifung oder Entgrenzung von Tatbestandsmerkmalen“ interessiert: Danach „dürfen einzelne Tatbestandsmerkmale auch innerhalb ihres möglichen Wortsinns nicht so weit ausgelegt werden, dass sie voll-

ständig in anderen Tatbestandsmerkmalen aufgehen, also zwangsläufig mitverwirklicht werden“.⁴

2. Zum Argument: „Unterschiedliche Tatbestandsstruktur“

Das erste Argument des BGH lässt sich wie folgt zusammenfassen: Anders als die allgemeinen Vermögensdelikte der §§ 263, 266 StGB, deren Taterfolg einzig der Eintritt eines Vermögensschadens bzw. Vermögensnachteils ist, enthält § 370 AO zwei alternative Tatbestandserfolge, die Steuerverkürzung und das Erlangen eines ungerechtfertigten Steuervorteils (siehe auch § 370 Abs. 4 Satz 1 und Satz 2), so dass schon wegen der unterschiedlichen Tatbestandsstruktur eine Übertragbarkeit der verfassungsgerichtlichen Vorgaben zu §§ 263, 266 StGB auf die Steuerhinterziehung „nicht nahe“ (Rn. 13) liege. Allerdings definiert der BGH auch in der vorliegenden Entscheidung weder den Begriff des Steuervorteils noch grenzt er ihn von dem der Steuerverkürzung ab. Auch wenn – so der BGH – die Differenzierung zwischen beiden Taterfolgen nicht abschließend geklärt sei, handele es sich jedenfalls nicht um einen „identischen Taterfolg des § 370 Abs. 1 AO, die Gefährdung des staatlichen Steueranspruchs, aus unterschiedlichen Blickwinkeln“ (Rn. 13). Für die vorliegende Konstellation bedeutet dies, dass dem Taterfolg der Steuervorteilerlangung durch das Erwirken eines unrichtigen Feststellungsbescheides ein weiterer Taterfolg in Gestalt einer Steuerverkürzung im Festsetzungsverfahren nachfolgen kann (aber nicht muss).

Dem BGH ist darin zuzustimmen, dass sich §§ 263, 266 StGB und § 370 Abs. 1 AO hinsichtlich der Tatbestandsstruktur unterscheiden, was auch bedeutet, dass Vollen- dung bereits mit Erlangung eines ungerechtfertigten Steuervorteils eintritt, nicht erst mit einer wie auch immer gearteten endgültigen Schädigung des Vermögens des Fiskus. Der Umstand jedoch, dass es bei § 370 Abs. 1 AO zwei Erfolgsvarianten gibt, kann nicht die verfassungsrechtlichen Maßstäbe, die das BVerfG aus Art. 103 Abs. 2 GG für die Auslegung aller Strafgesetze durch die Fachgerichte entwickelt und dann lediglich auf die verfahrensgegenständlichen allgemeinen Vermögensdelikte übertragen hat, unanwendbar machen. Dies gilt insbesondere für das oben genannte Verbot der „Verschleifung oder Entgrenzung von Tatbestandsmerkmalen“. § 370 Abs. 1 AO ist ein vermögensbezogenes Erfolgsdelikt, das neben dem Vorliegen einer tatbestandlichen Handlung den Eintritt eines Erfolges entweder in Gestalt einer Steuervorteilerlangung oder einer Steuerverkürzung als strafbarkeitsbegrenzende Tatbestandsvoraussetzungen verlangt, eine „Verschleifung“ zwischen tatbestandlicher Handlung und Erfolg (egal in welcher Variante) bleibt unzulässig.

⁴ BVerfGE 126, 170, 198 = HRRS 2010 Nr. 656 m.w.N.

² So auch Wittig ZIS 2011, 660, 666 f.

³ Siehe hierzu nur Beckemper ZJS 2011, 88; Krüger NSTZ 2011, 369; Kudlich JA 2011, 67; Saliger NJW 2010, 3195.

3. Zum Argument: „Unterschiedlicher Deliktscharakter/unterschiedliches Rechtsgut“

Ferner argumentiert der BGH gegen eine Übertragbarkeit der verfassungsgerichtlichen Vorgaben auf die vorliegende Konstellation, dass §§ 263, 266 StGB Rechtsgutsverletzungsdelikte darstellten, während es sich bei § 370 Abs. 1 AO in beiden Taterfolgsvarianten um ein konkretes Gefährungsdelikt handele. Die allgemeinen Vermögensdelikte setzten für ihre Vollendung den Eintritt eines Schadens am Rechtsgut Vermögen voraus, so dass bei diesen allgemeinen Vermögensdelikten die Annahme von Tatvollendung bei einer konkreten Gefahr wegen Art. 103 Abs. 2 GG „lediglich in den vom Bundesverfassungsgericht gezogenen engen Grenzen gestattet sei“ (Rn. 14). Bei § 370 Abs. 1 AO genüge für die Vollendung bereits eine Gefährdung des tatbestandlich geschützten Rechtsguts. Das durch § 370 AO geschützte Rechtsgut ist nach ständiger Rechtsprechung die Sicherung des staatlichen Steueranspruchs, d.h. des rechtzeitigen und vollständigen Steueraufkommens⁵, also letztlich des Vermögens des Fiskus, nach der vorliegenden Entscheidung „des öffentlichen Interesses am vollständigen und rechtzeitigen Aufkommen jeder einzelnen Steuerart“ (Rn. 17).⁶ Diese Gefährdung liege beim Taterfolg „Steuerverkürzung“ bereits in der zu niedrigen Festsetzung der Steuer als solcher, bei dem Taterfolg „Steuervorteilerlangung“ bereits in der unberechtigten Gewährung des Vorteils (§ 370 Abs. 4 Satz 2 AO), etwa in der Konstellation des mit Bindungswirkung (§ 182 Abs. 1 Satz 1 AO) versehenen Feststellungsbescheides.

In der Tat: Das Bemühen des BVerfG, eine „verfassungswidrige Überdehnung des Untreuetatbestandes“, nämlich „in Richtung auf ein bloßes Gefährungsdelikt“ zu vermeiden, greift nicht unmittelbar bei § 370 Abs. 1 AO, wenn man diese Strafnorm verfassungsrechtlich zulässig als konkretes Gefährungsdelikt und nicht als ein Verletzungsdelikt begreift.⁷ Die vom BVerfG entwickelten Anforderungen aus Art. 103 Abs. 2 GG beschränken sich aber, wie bereits ausgeführt, nicht auf diese Auslegungsfrage, sondern sind allgemeiner Natur. Das hier maßgebliche Verschleifungsverbot bezieht sich nicht auf Rechtsgutsverletzungen, sondern auf Tatbestandsmerkmale. Auch konkrete Gefährungsdelikte sind Erfolgsdelikte. Und dieser Erfolg (oder bei § 370 AO die Taterfolge) ist – wie bei Verletzungsdelikten auch – ein Tatbestandsmerkmal.

Deshalb ist eine Übertragbarkeit der verfassungsrechtlichen Anforderungen, die das BVerfG hinsichtlich der

⁵ BGHSt 53, 71, 80 = HRRS 2009 Nr. 127 m.w.N.

⁶ Zwar umschreibt der BGH zutreffend, dass sich das Rechtsgut der allgemeinen Vermögensdelikte und der Steuerhinterziehung unterscheiden, warum dies aber gegen eine Übertragbarkeit der verfassungsgerichtlichen Vorgaben sprechen soll, wird nicht klar. Letztlich argumentiert der BGH an dieser Stelle nur mit dem unterschiedlichen Deliktscharakter.

⁷ So auch Wittig ZIS 2011, 660, 667.

Feststellung einer konkreten Vermögensgefährdung⁸ bei § 266 StGB und § 263 StGB, insbesondere im Hinblick auf die Bezifferbarkeit aus Art. 103 Abs. 2 GG entwickelt hat, auf das Tatbestandsmerkmal Steuervorteilerlangung nicht per se ausgeschlossen. Wird § 370 Abs. 1 AO in beiden Taterfolgsvarianten als konkretes Gefährungsdelikt verstanden, was verfassungsrechtlich nicht zu beanstanden ist⁹, muss durch die Fachgerichte fallbezogen präzisiert werden, worin wirtschaftlich genau die konkrete (und nicht nur abstrakte) Gefährdung des staatlichen Steueranspruchs (oder des öffentlichen Interesses daran) liegt. Andernfalls ist der eigenständige strafbarkeitsbegrenzende Gehalt dieses Merkmals nicht mehr zu erkennen, den Anforderungen des Art. 103 Abs. 2 GG wird nicht entsprochen. Die Berufung auf die Bindungswirkung des Feststellungsbescheides für die späteren Festsetzungsbescheide gem. Art 182 Abs. 1 Satz 1 AO genügt dafür nicht. Die Gründe für die hier vertretene Ansicht hat die Verfasserin bereits an anderer Stelle im Einzelnen dargelegt.¹⁰

III. Zur Bezifferung des erlangten Steuervorteils als Grundlage der Strafzumessung

Nachdem der BGH die verfassungsgerichtlichen Anforderungen an die Tatvollendung bei §§ 263, 266 StGB für nicht auf die Auslegung des § 370 AO übertragbar erklärt hat, führt er aus, dass „weder das Verfassungsgebot schuldangemessenen Strafens noch Art. 103 Abs. 2 GG die Bezifferung der sich aus den Feststellungsbescheiden ergebenden Auswirkungen auf die Besteuerung der begünstigten Steuerpflichtigen als Grundlage der Strafzumessung“ geböten (Rn. 19). Mit dem Verfassungsgebot schuldangemessenen Strafens¹¹ wird neben dem Bestimmtheitsgebot ein weiterer rechtlicher Gesichtspunkt allerdings nun nicht auf der Ebene der Auslegung des Tatbestandes, sondern der Strafzumessung eingeführt. Gleichzeitig finden sich hier aber auch Anhaltspunkte für die Feststellung der Höhe des Steuervorteils, die auch für den BGH wegen des Verschleifungsverbots von den Strafgerichten zu ermitteln und im Urteil darzulegen sind (Rn. 8).

Grundlage für die Zumessung der Strafe ist auch bei § 370 AO die persönliche Schuld des Täters.¹² Zwar sei – so der BGH – die Höhe der hinterzogenen Steuern ein bestimmender Strafzumessungsfaktor, die Strafzumess-

⁸ Nach Ansicht des BVerfG ist es nämlich grundsätzlich mit dem verfassungsrechtlichen Bestimmtheitsgrundsatz vereinbar, bereits bei der konkreten Gefahr eines zukünftigen Verlusts einen gegenwärtigen Vermögensschaden anzunehmen (s. BVerfGE 126, 170 [221 ff.] = HRRS 2010 Nr. 656; BVerfGE 130, 1 [47] = HRRS 2012 Nr. 27).

⁹ Siehe auch Wittig ZIS 2011, 660, 667. Dies bedeutet jedoch nicht, dass für diese Auslegung die besseren inhaltlichen Argumente sprechen, sondern nur, dass aus Art. 103 Abs. 2 GG eine solche Auslegung durch die Fachgerichte nicht zu beanstanden ist.

¹⁰ Wittig ZIS 2011, 660, 667 f.

¹¹ St. Rspr. vgl. nur BVerfGE 20, 323, 331; BVerfGE 25, 269, 286; BVerfGE 50, 5, 12; BVerfGE 54, 100, 108.

¹² Zur Strafzumessung bei Steuerhinterziehung BGHSt 53, 71, 79 ff. = HRRS 2009 Nr. 127.

sung erfolge jedoch nicht „tarifmäßig“, sondern „einzel-fallbezogen nach den in § 46 StGB genannten Kriterien“ (Rn. 20).¹³ Immerhin lasse sich die „Dimension der Gefährdung des geschützten Rechtsguts“ in der hier zu beurteilenden Konstellation „anhand der Höhe des im Feststellungsbescheid ausgewiesenen Steuervorteils erkennen“, dies genüge „angesichts der Natur des § 370 AO ... ungeachtet der noch nicht bezifferten Auswirkungen auf die Steuerlast als Grundlage für die Strafzumessung“ (Rn. 21). Somit bleibe für den Täter nicht unklar, „was für eine Art von Steuervorteil in welcher Höhe von ihm erlangt worden sei“ (Rn. 21). Nicht deutlich wird nach dem Beschluss dagegen, warum der Steuervorteil von dem Täter („von ihm“) erlangt worden ist, wenn jedenfalls in der Regel (zumindest auch) die wirtschaftliche Besserstellung Dritter erfolgt (z.B. bei Abschreibungsgesellschaften der Gesellschafter).¹⁴ Allerdings kann nach der Formulierung des § 370 Abs. 1 AO der Täter den Steuervorteil „für sich oder einen anderen“ erlangen.¹⁵ Insgesamt dürfte es für die Kriterien schuldangemessen Strafens unter Zugrundelegung der BGH-Rechtsprechung, wonach der Steuervorteil bereits in der Erwirkung des Feststellungsbescheides liegt, ausreichen, auf die Höhe des im Feststellungsbescheid ausgewiesenen Steuervorteils abzustellen.

Problematischer ist es dagegen, ob dies tatsächlich auch den Anforderungen des Art. 103 Abs. 2 GG genügt. Art. 103 Abs. 2 GG erfasst nicht nur den Straftatbestand an sich, sondern auch die Strafandrohung.¹⁶ Nach Ansicht des BGH soll auch das Regelbeispiel des § 370 Abs. 3 Satz 1 AO („großes Ausmaß“), das auch auf die Taterfolgsvariante der Steuervorteilerlangung anwendbar sei, eine Feststellung und Bezifferung der Auswirkungen eines Steuervorteils nicht verlangen.¹⁷ Strafzumessungs-

regeln, die einen erhöhten Strafraum an das Vorliegen eines „besonders schweren Falls“ knüpfen, sind aber ebenfalls am Bestimmtheitsgebot des Art. 103 Abs. 2 GG zu messen.¹⁸ Dies gilt auch für das Regelbeispiel der Steuerhinterziehung „in großem Ausmaß“.¹⁹ Diese Frage bedarf keiner abschließenden Klärung; immerhin aber lässt sich argumentieren, dass auf der Ebene der Strafzumessung im Hinblick auf das Gebot schuldangemessenen Strafens, das in einem Spannungsverhältnis zum Bestimmtheitsgrundsatz steht²⁰, das Abstellen nicht auf die endgültigen Auswirkungen des Feststellungsbescheides auf das Steueraufkommen, sondern auf die Höhe des im Feststellungsbescheid ausgewiesenen Betrags noch verfassungsgemäß ist.

IV. Zur Bezifferung des Steuervorteils als Voraussetzung einer verfassungsgemäßen fallbezogenen Tatbestandsauslegung

Die Ausführungen des BGH zur Bezifferung des Steuervorteils als Grundlage der Strafzumessung werfen abschließend die Frage auf, ob es den verfassungsgerichtlichen Maßstäben aus Art. 103 Abs. 2 GG an die fachgerichtliche Auslegung des Straftatbestandes des § 370 AO auf Tatbestandsebene genügt, wenn lediglich die Höhe des im Feststellungsbescheid ausgewiesenen Steuervorteils dem Urteil zugrunde gelegt wird; dies unter der Prämisse, dass die Ausführungen des BVerfG zur Bezifferung des Vermögensschadens bzw. Vermögensnachteils auch auf die Steuervorteilerlangung zu übertragen sind.²¹ Hierbei ist zu bedenken, dass die Anforderungen aus Art. 103 Abs. 2 GG an die Bestimmtheit der Strafdrohung andere (und weniger strenge) sind als die an die Auslegung der Straftatbestände.

Das BVerfG fordert die Fachgerichte bei der Auslegung der allgemeinen Vermögensdelikte auf, „die Schadensfeststellung auf eine sichere Grundlage zu stellen, sie rational nachvollziehbar zu machen und sich zu vergewissern, ob im Einzelfall eine hinreichend sichere Grundlage für die Feststellung eines Vermögensnachteils überhaupt existiert oder ob man sich in einem Bereich bewegt, in dem von einem zahlenmäßig fassbaren Schaden noch nicht die Rede sein kann“²². Eine solche Bezifferung könne lediglich bei einfach gelagerten und eindeutigen Fällen (etwa bei einem greifbaren Mindestschaden) unterbleiben, nicht aber aus der Erwägung heraus, „daß sie mit praktischen Schwierigkeiten verbunden ist“²³. Diese Grundsätze sind auf das Tatbestandsmerkmal Erlangung eines ungerechtfertigten Steuervorteils zu übertragen. Die zur Verfügung stehende Methode, die Höhe des

¹³ S. auch BGHSt 53, 71, 80.

¹⁴ Denkbar sind auch Fälle, in denen der Täter überhaupt keinen eigenen Vorteil erlangt hat. Welche Verwerfungen die Rechtsprechung zur vollendeten Steuerhinterziehung durch Erwirkung eines unrichtigen Feststellungsbescheides (ohne Berücksichtigung der Auswirkungen auf das Steueraufkommen) aufwirft, zeigt sich auch, wenn bei einer Selbstanzeige im Falle der Erwirkung eines unrichtigen Feststellungsbescheides der vom Täter gem. § 371 Abs. 3 AO nachzuzahlende Betrag ermittelt werden soll. Dieser richtet sich bei der zugrundeliegenden wirtschaftlichen Betrachtungsweise danach, „in welchem Umfange der Täter von der Tat profitierte bzw. in welchem Umfange durch sein Verhalten dem Fiskus ein Schaden entstanden ist“ (Joecks in: Franzen/Gast/Joecks, Steuerstrafrecht mit Zoll- und Verbrauchssteuerrecht, 7. Aufl. [2009], § 371 Rn. 105). Entscheidend ist also, welche Beträge dem Fiskus bei steuerehrlichem Verhalten zugeflossen wären, was erst nach der Steuerfestsetzung in den Folgebescheiden feststeht, nicht aber aufgrund des im Feststellungsbescheid ausgewiesenen Betrags.

¹⁵ Denkbar ist allerdings auch, dass der Steuervorteilerlangung keine Steuerverkürzung im Festsetzungsverfahren nachfolgt, so dass bei einer wirtschaftlichen Betrachtungsweise weder ein Nachteil des Fiskus noch ein Vorteil beim Täter oder einem Dritten eintritt. Schon deshalb erscheint es nicht sachgerecht, auf den im Feststellungsbescheid ausgewiesenen Betrag abzustellen.

¹⁶ BVerfG NJW 2008, 3627, 3628 = HRRS 2008 Nr. 830; s. auch BVerfGE 45, 363, 372; BVerfGE 86, 288, 311.

¹⁷ Zu der Bestimmung des Merkmals „großen Ausmaß“ bei einer Steuerverkürzung s. BGHSt 53, 71, 81 ff.

¹⁸ BVerfG NJW 2008, 3627, 3628 = HRRS 2008 Nr. 830.

¹⁹ Übersicht bei Kühlen, Grundfragen der strafbaren Steuerhinterziehung (2012), S. 49 f.; s. auch zu § 370a AO a.F. BGH NStZ 2005, 105 = HRRS 2004 Nr. 714.

²⁰ Wegen dieses Spannungsverhältnisses sind insoweit weniger strenge Maßstäbe anzulegen (BVerfGE 105, 135 [154 f.]; Schönke/Schröder/Eser/Hecker, StGB, 28. Aufl. [2010], § 46 Rn. 22 m.w.N.).

²¹ Hierzu ausführlich Wittig ZIS 2011, 660, 667 sowie oben II.

²² BVerfGE 126, 170, 212 = HRRS 2010 Nr. 656.

²³ BVerfGE 126, 170, 211 = HRRS 2010 Nr. 656.

Steuervorteils (auf Tatbestandsebene) zu ermitteln, ist, die Auswirkungen auf die Steuerlast zu beziffern, was erst nach der Festsetzung möglich sein wird.

V. Zusammenfassung

Der BGH bleibt letztlich eine Antwort schuldig, warum die verfassungsgerichtlichen Vorgaben zu der Auslegung von Strafgesetzen durch die Fachgerichte nicht auf § 370 AO und die Konstellation der Steuerhinterziehung durch Erwirkung eines unrichtigen Feststellungsbescheides übertragbar sein sollen. Dies gilt insbesondere für das Verbot der „Verschleifung“ und Entgrenzung von Tatbe-

standsmerkmalen, das nach hiesiger Ansicht fallbezogen eine Bezifferung der Auswirkungen des erlangten Steuervorteils auf das staatliche Steueraufkommen anhand wirtschaftlicher Kriterien erfordert. Der Hinweis auf die unterschiedliche Tatbestandsstruktur und den unterschiedlichen Deliktscharakter der allgemeinen Vermögensdelikte einerseits und der Steuerhinterziehung andererseits genügt nicht. Selbst wenn im Bereich der Strafzumessung unter Berücksichtigung des Grundsatzes schuldangemessenen Strafens kein Verstoß gegen das Bestimmtheitsgebot aus Art. 103 Abs. 2 GG vorliegen sollte, gilt dies nicht für die Tatbestandsebene, für die das BVerfG seine Vorgaben entwickelt hat.

Aufsätze und Anmerkungen

Zur Unvereinbarkeit von § 329 Abs. 1 S. 1 StPO mit der EMRK

Zugleich eine Besprechung der Entscheidung des OLG München vom 17. Januar 2013 – 4 StRR (A) 18/12

Von Akadem. Rat a. Z. Dr. Christoph Zehetgruber, Universität Bayreuth

I. Einführung

Die Beschäftigung mit und – um die Terminologie des BVerfG in einer für die Thematik ausgesprochen bedeutenden Entscheidung zu verwenden¹ – „Berücksichtigung“ der EMRK bei der Auslegung und Anwendung nationalen Straf- und Strafprozessrechts erscheint immer noch von großer Skepsis bzw. Geringschätzung gegenüber dem allein zur autonomen Auslegung der EMRK befugten Organ, dem EGMR geprägt. Ziel des vorliegenden Beitrags ist zum einen (nochmals)² darzulegen, weshalb § 329 Abs. 1 S. 1 StPO in der derzeit zur Anwendung gebrachten Form konventionswidrig ist sowie den Argumenten bzw. Formalismen des OLG München und anderer, in ähnlichen Fallkonstellationen nahezu ident entscheidender OLG entgegenzutreten und aufzuzeigen, dass eine konventionsfreundliche Auslegung der Vorschrift des § 329 StPO sehr wohl „im Rahmen geltender

methodischer Standards“ möglich ist, da „Auslegungs- und Abwägungsspielräume“ eröffnet sind.³

II. § 329 Abs. 1 StPO und das Recht des Angeklagten auf wirksame Verteidigung nach Art. 6 Abs. 3 lit. c EMRK

1. § 329 Abs. 1 S. 1 StPO und dessen Auslegung im nationalen Recht

Das Regelungsziel des § 329 Abs. 1 S. 1 StPO ist das Hintanhalten von Verfahrensverzögerungen, die durch „unentschuldigtes“ Fernbleiben des ordnungsgemäß geladenen, über die Folgen seines Fernbleibens informierten und dennoch nicht zur Berufungsverhandlung erschienenen Angeklagten eintreten können.⁴ Als Rechtsfolge bestimmt die genannte Norm, dass die Berufung des Angeklagten ohne jegliche Sachprüfung zu verwerfen

¹ BVerfG NJW 2004, 3407, 3410, 3411 (Görgülü) = HRRS 2004 Nr. 867.

² So bereits Meyer-Mews NJW 2002, 1928, 1929; vorausschauend, wenngleich kritisch LR-StPO/Esser, 26. Aufl. (2012) EMRK Art. 6 Rn. 708 – 710.

³ Vgl. BVerfG NJW 2004, 3407, 3411 (Görgülü) = HRRS 2004 Nr. 867.

⁴ BeckOK-StPO/Eschelbach, 15. Aufl. (2012) § 329 Rn. 1; KK-StPO/Paul 6. Aufl. (2008) § 329 Rn. 1; LR-StPO/Gössel 26. Aufl. (2012) § 329 Rn. 1; Meyer-Gofßner/Schmitt, StPO, 55. Aufl. (2012) § 329 Rn. 2.

ist, eine weitere Sachaufklärung somit entfällt.⁵ Rechtstechnisch geschieht dies durch die Verkündung eines (reinen) Prozessurteils,⁶ welches mit Revision⁷ oder Wiedereinsetzung⁸ bekämpft werden kann.

Mit § 329 Abs. 1 S. 1 StPO hat sich der Gesetzgeber entschieden, das durchaus diffizile Verhältnis zwischen dem Aspekt der Erforschung der materiellen Wahrheit im Strafverfahren und dem sog. Beschleunigungsgebot, angereichert um einen nicht näher definierten Missbrauchsabwehraspekt,⁹ zu Gunsten des Letztgenannten zu entscheiden, wobei an dieser Stelle das Rangverhältnis der genannten Prinzipien¹⁰ zueinander in Frage zu stellen ist. Die Rechtsordnung, insbesondere das Strafrecht bzw. Strafverfahren als „ultima ratio“ des menschlichen Rechtsgüterschutzes gebietet eine möglichst genaue, keinesfalls allein von ökonomisch-zeitlichen Vorgaben bestimmte, tatsächliche wie rechtliche Auseinandersetzung mit dem zu entscheidenden Rechtsfall sowohl im Hauptverfahren wie auch in der Berufungsinstanz. Dazu zählt neben einer exakten Aufklärung der tatsächlichen Ereignisse (Sachaufklärung) zweifellos das Eingehen auf und die Auseinandersetzung mit der Verantwortung des Angeklagten. Es ist aus diesem Grund wenig einsichtig, warum dem Aspekt der zeitlichen Durchführung und Beschleunigung des Berufungsverfahrens vom Gesetzgeber der Vorrang vor dem Grundprinzip des Strafverfahrens, der Erforschung der materiellen Wahrheit, eingeräumt worden ist, wie dies in § 329 Abs. 1 S. 1 StPO in der noch geltenden Fassung zum Ausdruck gelangt, stünden doch (vgl. nur § 329 Abs. 4 StPO) dem Grunde nach ausreichende Möglichkeiten zur Verfügung, den Angeklagten vorladen oder verhaften zu lassen, ohne die Sachaufklärung gänzlich zu unterlassen und die rechtlichen Aspekte seiner Berufung zu negieren.

Von Seiten der jüngeren Rechtsprechung werden ferner die Prinzipien der Unmittelbarkeit und Mündlichkeit zur Begründung der Ablehnung der Möglichkeit eines Abwesenheitsverfahrens für den Beschuldigten, der durch unentschuldigtes Fernbleiben über seine Rechte auf rechtliches Gehör und Verteidigerbeistand disponieren könnte, unter Hinweis auf die durch die gesetzliche Regelung zum Ausdruck gelangende Verhältnismäßigkeit des § 329 Abs. 1 S. 1 StPO bemüht.¹¹ Auch diese von der

Rechtsprechung wiederholt als „Strukturprinzipien des Strafprozessordnung“ bezeichneten Rechtsinstitute¹² vermögen im Rahmen einer Abwägung das höherrangige Ziel des Strafverfahrens – i.S. des Grundsatzes der materiellen Wahrheitserforschung – das tatsächliche Geschehen zu eruieren, dieses unter strafrechtlichen Gesichtspunkten zu würdigen und den Beschuldigten dabei, als wichtiger Teilaspekt, seine Rechte ausüben zu lassen, keinesfalls als geringer einzustufen. Unmittelbarkeit und Mündlichkeit rangieren i.d.S. unter der jedem Strafverfahren innewohnenden Suche nach dem tatsächlich Geschehen und demzufolge rechtlich zu Folgenden, können dieses Ziel also nicht verdrängen. Darüber hinaus ist nicht einsichtig, weswegen zwar dem Prinzip der Unmittelbarkeit und Mündlichkeit des Verfahrens ein so großer Stellenwert eingeräumt wird, bei Fernbleiben des Angeklagten aber nicht versucht wird, diese Unmittelbarkeit und Mündlichkeit herzustellen, sondern sogleich ein Verzicht auf jegliche mündliche und inhaltliche Verhandlung seitens des Gesetzgebers erfolgt und dem Angeklagten damit seine Verteidigungsmöglichkeiten genommen werden.

Als Begründung der Rechtsfolge des § 329 Abs.1 S. 1 StPO wird vereinzelt noch mittels einer widerlegbaren gesetzlichen Vermutung die Ansicht vertreten, ein zur Berufungsverhandlung nicht erscheinender Angeklagter wolle sein Rechtsmittel nicht weiter verfolgen,¹³ was jedenfalls in Fällen eines anwesenden, vertretungsbefugten und zur Verteidigung bereiten Verteidigers nicht schlüssig zu begründen sein wird, bringt doch der abwesende Angeklagte durch die Entsendung seines Verteidigers deutlich zum Ausdruck, sein Rechtsmittel wahrnehmen zu wollen. Überwiegend geht die h.M. freilich in Bezug auf § 329 Abs. 1 S. 1 StPO davon aus, dass im unentschuldigten Nichterscheinen des Angeklagten zur Berufungsverhandlung, welches einen Verstoß gegen seine persönliche Anwesenheitspflicht darstelle, ein Verwirken seines Rechts auf Berufung zu sehen sei.¹⁴

Lange Zeit blieb – ungeachtet der im Jahre 1993 ihren Anfang nehmenden und sich kontinuierlich weiterentwickelnden Rechtsprechung im Hinblick auf Art. 6 Abs. 3 lit. c EMRK und dem darin immer exakter herausgearbeiteten Recht des Angeklagten auf Vertretung durch einen Verteidiger (siehe näher unter II. 2. und 3.) – die Auslegung des § 329 Abs.1 S. 1 StPO durch die deutschen Gerichte sowie durch den Großteil der Literatur in höchstem Maße rein formalistisch, kaum die Vorgaben des EGMR in ähnlichen Fällen beachtend bzw. wurde schlicht für konventionskonform gehalten.¹⁵ So entschied

⁵ BeckOK-StPO/*Eschelbach* § 329 Rn. 1 (Fn. 4); LR/*Gössel* (Fn. 4) § 329 Rn. 60, 61.

⁶ KK/*Paul* (Fn. 4) § 329 Rn. 14; LR/*Gössel* (Fn. 4) § 329 Rn. 69.

⁷ Vgl. allgemein dazu nur BeckOK-StPO/*Eschelbach* (Fn. 4) § 329 Rn 55 ff.; KK/*Paul* (Fn. 4) § 329 Rn. 14, 22; LR/*Gössel* (Fn. 4) § 329 Rn. 95 ff.; *Meyer-Gofßner/Schmitt* (Fn. 4) § 329 Rn. 48 ff.

⁸ Vgl. allgemein dazu nur KK/*Paul* (Fn. 4) § 329 Rn. 23, 24; LR/*Gössel* (Fn. 4) § 329 Rn. 111 ff.; *Meyer-Gofßner/Schmitt* (Fn. 4) § 329 Rn. 40 ff.

⁹ So etwa BeckOK-StPO/*Eschelbach* (Fn. 4) § 329 Rn. 1.

¹⁰ BeckOK-StPO/*Eschelbach* (Fn. 4) § 329 Rn. 6 spricht zutreffend von einem „Spannungsverhältnis zwischen dem Verfahrenszweck und dem Interesse an Prozessökonomie“; KK/*Paul* (Fn. 4) § 329 Rn. 1.

¹¹ BVerfG StraFo 2007, 190, 192 (*Neziraj*); OLG Düsseldorf Beschl. v. 27.2.2012 III-2 RVs 11/12 Rn 11 und OLG Hamm Beschl. v. 14.6.2012 III-1 RVs 41/12 Rn. 8 (wörtliche Wiedergabe der Ausführungen des BVerfG in seinem Beschl. im Fall *Neziraj*), beide zitiert nach juris.

¹² OLG Düsseldorf (Fn. 11) Rn. 13 (wörtliche Wiedergabe der Ausführungen des BVerfG in seinem Beschl. im Fall *Neziraj*), zitiert nach juris; *Lampe* Anm. zu EGMR, *Neziraj* v. Deutschland, Urteil vom 8. November 2012, Nr. 30804/07, jurisPR-StrafR 5/2013 Anm. 1.

¹³ OLG Köln NStZ-RR 1999, 112; BeckOK-StPO/*Eschelbach* (Fn. 4) § 329 Rn. 6; KK/*Paul* (Fn. 4) § 329 Rn. 1 mN; *Meyer-Gofßner/Schmitt* (Fn. 4) § 329 Rn. 2 mN.

¹⁴ OLG Köln (Fn. 13) NStZ-RR 1999, 112; KK/*Paul* (Fn. 4) § 329 Rn. 1 mN; LR/*Gössel* (Fn. 4) § 329 Rn. 77 mN in Fn. 291; *Meyer-Gofßner/Schmitt* (Fn. 4) § 329 Rn. 2.

¹⁵ BeckOK-StPO/*Eschelbach* (Fn. 4) § 329 Rn. 7; LR/*Esser* (Fn. 2) EMRK Art. 6 Rn. 707; *Meyer-Gofßner/Schmitt* (Fn. 4)

etwa das OLG Oldenburg 1998¹⁶ im Rahmen eines Revisionsbeschlusses (sogar unter Hinweis auf die zuvor ergangenen Entscheidungen des EGMR in den Fällen *Poitrimol/Frankreich* und *Lala/Niederlande*), dass die dort aufgestellten Grundsätze auf die deutsche Rechtslage nicht anwendbar seien, würde doch nach § 329 Abs. 1 S. 1 StPO bei Vorliegen der Umstände in den vom EGMR behandelten Fällen (anders als bei jenen) eine Verhandlung zur Sache gar nicht stattfinden und sei deshalb eine Vergleichbarkeit mit dem gegebenen deutschen Sachverhalt nicht vorhanden.¹⁷ Ähnlich argumentierte das OLG Köln¹⁸ in einer Revisionssache, in welcher sich der Revisionsführer (neben anderen vom EGMR entschiedenen Verfahren) auf das Urteil im Fall *Poitrimol/Frankreich* berief: Da diese Rechtssache ein Abwesenheitsverfahren zum Gegenstand gehabt hatte, § 329 Abs. 1 StPO aber gerade kein solches regele, das Prinzip der Waffengleichheit nach § 329 nicht berührt sei und eine Verhandlung zur Sache durch den allein erschienenen Verteidiger nicht verlangt werden könne, stelle das Vorgehen des Landgerichts, welches die Berufung verworfen habe, keinen Verstoß gegen Art. 6 Abs. 3 lit. c EMRK dar.¹⁹ Auch das BayObLG²⁰ erklärte im Wege eines eine Revision als unbegründet verwerfenden Beschlusses, der unter Hinweis auf die EGMR-Entscheidung *van Geyselghem/Belgien* gefällt wurde, es liege „die von der Verteidigung offenbar gesehene Inkongruenz zwischen Art. 6 Abs. 3 c MRK und § 329 Abs. 1 S. 1 StPO nicht vor“ und die Revision im deutschen Verfahren habe ja auch nicht – anders als im *van Geyselghem*-Fall – behauptet, der zur Verteidigung betraute Rechtsanwalt sei an der Wahrnehmung seines Mandats gehindert worden; ferner habe § 329 StPO auch nichts mit dem Recht auf Beistand eines Verteidigers zu tun.²¹ Diese Tendenz innerhalb der deutschen Rechtsprechung, eine möglichst von der Rechtsprechung des EGMR Abstand nehmende Haltung zu verfolgen und sich nicht mit dem Telos der einschlägigen Entscheidungen auseinanderzusetzen, gipfelte in dem (nunmehr inhaltlich) umstrittenen Beschluss des BVerfG vom 27. Dezember 2006 (Fall *Neziraj*; zur EGMR-Entscheidung dieser Rechtssache näher unter II. 2.), welcher einerseits § 329 Abs. 1 S. 1 StPO als mit dem Recht auf effektive Verteidigung i.S. des Art. 2 Abs. 1 i.V.m. Art. 20 Abs. 3 GG für vereinbar erklärte, den Anspruch auf rechtliches Gehör (Art. 103 Abs. 1 GG) als gewahrt ansah und § 329 auch als mit Art. 6 Abs. 3 lit. c der EMRK für vereinbar erklärte,²² und die Revision des Antragsstellers als offen-

sichtlich unbegründet verwarf. Darauf bezogen sich in weiterer Folge das OLG Düsseldorf²³ in einem eine Revision als unbegründet ablehnenden Beschluss, (der Berufungsführer hatte in der Revision die Entscheidung des EGMR im Fall *Pietiläinen/Finnland* zur Begründung herangezogen) sowie das OLG Hamm,²⁴ ebenfalls in einem eine Revision als erfolglos qualifizierenden Beschluss. Selbst nach dem Urteil des Gerichtshofs im Fall *Neziraj*, in welchem die Konventionswidrigkeit des § 329 Abs. 1 S. 1 StPO festgestellt und Deutschland nach Art. 41 EMRK zur Zahlung einer Entschädigung in Höhe von € 1.000 wegen Verursachung eines immateriellen Schadens sowie zur Zahlung von € 3.500 für Kosten und Auslagen verurteilt wurde,²⁵ hielt das OLG München in seinem Beschluss vom 17. Januar 2013²⁶ unter Verweis auf die Entscheidung des BVerfG aus 2006²⁷ und der Beschlüsse des OLG Düsseldorf bzw. Hamm, die vor dem EGMR-Urteil im Fall *Neziraj* ergangen waren, fest, obwohl durch dieses richterliche Vorgehen eine weitere Verurteilung Deutschlands durch den EGMR auf Grund der Konventionswidrigkeit des § 329 Abs. 1 S. 1 StPO nur noch eine Frage der Zeit sein dürfte.

2. Die einschlägige Judikatur des EGMR zu Art. 6 Abs. 3 lit. c EMRK, insbesondere der Fall *Neziraj/Deutschland*, sowie ihre Auswirkungen für § 329 Abs. 1 S. 1 StPO

In der Rechtsprechung des EGMR ist das Recht eines Angeklagten, einer Verhandlung sowohl in erster Instanz als auch im Rechtsmittelverfahren persönlich fern bleiben und dennoch von einem Verteidiger wirksam vertreten werden zu können, bereits seit der Leitentscheidung *Poitrimol/Frankreich* vom 23. November 1993²⁸ als Grund-

StrafR 5/2013 Anm. 1; LR/Esser (Fn. 2) EMRK Art 6. Rn. 706 mN in Fn. 1760, der darauf hinweist, dass das BVerfG nach § 93b BVerfGG einen Nichtannahmebeschluss gefällt hatte, somit eine Entscheidung zur Sache nicht vornahm hat und daher die Entscheidung nicht Rechtsverbindlichkeit nach § 31 Abs. 1 BVerfGG beanspruchen kann; *Grabenwarter* JZ 2010, 857, 863 führt in diesem Zusammenhang schlüssig aus, dass die Bindungswirkung des § 31 Abs. 2 BVerfGG sich auch bei einer Entscheidung des BVerfG nach § 31 Abs. 1 BVerfGG auf Grund der unterschiedlichen Prüfungsmaßstäbe des BVerfG und EGMR nicht auf Fragen der Konventionskonformität eines nationalen Gesetzes erstreckt, und damit als Folge keine Gesetzeskraft eines Beschlusses oder Urteils des BVerfG hinsichtlich der EMRK gegeben sein könne. *Esser/Gaede/Tsambikakis* NStZ 2011, 140, 147; *Püschel* Anm. zu EGMR, *Neziraj v. Deutschland*, Urteil vom 8. November 2012, Nr. 30804/07, StraFo 2012, 493, 494.

²³ OLG Düsseldorf (Fn. 11), zitiert nach juris.

²⁴ OLG Hamm (Fn. 11), zitiert nach juris.

²⁵ EGMR NMLR 6/2012, 371, 372 (*Neziraj/Deutschland*) = HRRS 2013 Nr. 69 Rn. 78.

²⁶ OLG München Beschl. v. 17.01.2013 – 4 StRR (A) 18/12 BeckRS 2013, 03324; befürwortend *Lampe* Anm. zu EGMR, *Neziraj v. Deutschland* (Fn. 12), jurisPR-StrafR 5/2013 Anm. 1.

²⁷ BVerfG StraFo 2007, 190 ff. (*Neziraj*); vgl. *Lampe* Anm. zu EGMR, *Neziraj v. Deutschland* (Fn. 12), jurisPR-StrafR 5/2013 Anm. 1.

²⁸ EGMR *Poitrimol v. Frankreich*, Urteil vom 23. November 1993, Nr. 39/1992/384/462, ÖJZ 1994, 467. Der Gerichts-

§ 329 Rn. 2, 15; *Lampe* Anm. zu EGMR, *Neziraj v. Deutschland* (Fn. 12), jurisPR-StrafR 5/2013 Anm. 1.

¹⁶ OLG Oldenburg NStZ 1999, 156; LR/Esser (Fn. 2) EMRK Art. 6 Rn. 705.

¹⁷ OLG Oldenburg (Fn. 16) NStZ 1999, 156; *Meyer-Mews* NJW 2002, 1928, 1929.

¹⁸ OLG Köln (Fn. 13) NStZ-RR 1999, 112; *Meyer-Mews* NJW 2002, 1928, 1929.

¹⁹ OLG Köln (Fn. 13) NStZ-RR 1999, 112; LR/Esser (Fn. 2) EMRK Art. 6 Rn. 705; *Meyer-Mews* NJW 2002, 1928, 1929.

²⁰ BayObLG NStZ-RR 2000, 307 f.

²¹ BayObLG NStZ-RR 2000, 308; *Meyer-Mews* NJW 2002, 1928, 1929.

²² Siehe BVerfG StraFo 2007, 190, 194 (*Neziraj*) sowie die zusammenfassende Wiedergabe der betreffenden Teile dieses Beschlusses in den Entscheidungen des OLG Düsseldorf (Fn. 11) Rn. 6, 12 – 14, zitiert nach juris sowie OLG Hamm (Fn. 11) Rn. 6, 8 und 9, zitiert nach juris; *Lampe* Anm. zu EGMR, *Neziraj v. Deutschland* (Fn. 12), jurisPR-

satz verankert, und mit unterschiedlichen argumentativen Konturierungen auf ähnliche Sachverhalte angewendet, zur ständigen Rechtsprechung des EGMR geworden.²⁹ So entschied der EGMR im Fall *Lala/Niederlande*, dass es zwar im Interesse eines fairen Strafverfahrens liege, dass der Beschuldigte in der Hauptverhandlung wie auch im Rechtsmittelverfahren anwesend sein solle; von „entscheidender Wichtigkeit“ sei jedoch die Tatsache anzusehen, dass der Beschuldigte sowohl in erster Instanz als auch im Rechtsmittelverfahren angemessen verteidigt sei.³⁰ Im Urteil *van Geyselghem/Belgien* bejahte der EGMR ebenfalls einen Verstoß gegen Art. 6 Abs. 3 lit. c EMRK (mit 16:1 Stimmen), da es auch hier dem Anwalt, der in Abwesenheit der Beschuldigten aufgetreten war, nicht erlaubt worden war, diese zu verteidigen.³¹ Explizit nahm der Gerichtshof auf die Vorentscheidungen *Poitrimol* und *Lala* Bezug, stellte deren Vergleichbarkeit mit dem Fall *van Geyselghem* fest und bekräftigte, dass der Gesetzgeber zwar dem unentschuldigten Nichterscheinen eines Beschuldigten vor Gericht zu begegnen habe, dass dies jedoch nicht den Verlust des Rechts auf Beistand eines Verteidigers rechtfertige, habe das Recht auf wirksame Verteidigung doch Vorrang vor jenem auf Anwesenheit des Beschuldigten im Verfahren.³² Dieselbe Tendenz verfolgte der EGMR auch in der sog. *Krombach*-Entscheidung.³³ Ganz auf der soeben skizzierten Linie sprach der EGMR aus, dass die Tatsache, dass es sich im Fall *Krombach* um ein Schwurgerichtsverfahren handle, für ihn keinen Grund bilde, vom eingeschlagenen Weg des Vorrangs des Verteidigungsrechts vor der Anwesenheitspflicht des Angeklagten abzuweichen.³⁴ Zwar gelte das Recht des Angeklagten, sich von seinen Verteidigern verteidigen zu lassen, nicht absolut, doch verliere es ein Angeklagter nicht allein deshalb, weil er in der Hauptverhandlung nicht erscheine.³⁵ Der Gesetzgeber dürfe das Ausbleiben ahnden, jedoch nicht durch Einschränkung des Rechts auf Beistand durch einen Verteidiger, (verstanden als Vertretung und Verteidigung),³⁶ dies sei un-

verhältnismäßig und damit konventionswidrig.³⁷ In exakt dieselbe Kerbe schlug die Entscheidung *Pietiläinen/Finnland*, die feststellte, dass – solange die Anwesenheit des Beschuldigten nicht zwingend erforderlich sei – dieser einen Anspruch darauf habe, von seinem Verteidiger (sowohl in erster Instanz wie auch im Rechtsmittelverfahren³⁸) verteidigt und vertreten zu werden, ob er nun entschuldigt oder unentschuldigt (arg. „even in the absence of an excuse“) abwesend sei.³⁹ Die Konventionsstaaten dürften zur Erzwingung der Anwesenheit nicht so weit gehen, dass sie dem Beschuldigten alle Verteidigungsmöglichkeiten nehmen, indem sie sein Rechtsmittel ohne Prüfung in der Sache verwerfen.⁴⁰ Sollte die Anwesenheit des Beschuldigten unentbehrlich für den Verlauf des Verfahrens sein, so müsse zu anderen Mitteln als der Verwerfung des Rechtsmittels gegriffen werden; da dies nicht geschehen sei, liege ein Verstoß gegen die EMRK vor.⁴¹

Die soeben in gebotener Kürze dargestellte ständige Rechtsprechung des EGMR in Bezug auf die Frage der Verteidigung und Vertretung eines unentschuldigten im Haupt- wie Rechtsmittelverfahren abwesenden Angeklagten konnte und kann – wie von *Meyer-Mews* bereits 2002 aufgezeigt – eine Art „Allgemeingültigkeit“ für alle Vertragsstaaten der EMRK beanspruchen, war sie doch gegenüber mehreren Staaten in Bezugnahme auf deren nationale Strafverfahrensordnungen ergangen und hatte die Sichtweise des EGMR hinsichtlich des Umfangs des Art. 6 Abs. 3 lit. c EMRK (das Recht auf [effektive] Verteidigung schließt auch ein Recht auf Vertretung des fehlenden Angeklagten durch den Verteidiger mit ein) mehr als deutlich zum Ausdruck gebracht.⁴² Aus diesem Grund ist es verwunderlich, weshalb – ungeachtet der nicht in Frage zu stellenden inter-partes Wirkung der Judikate des EGMR – es Deutschland auf eine Entscheidung im Fall *Neziraj* (hierzu sogleich) ankommen ließ, war doch Kritik hinsichtlich der Konventionswidrigkeit des § 329 Abs. 1 S. 1 StPO vorhanden⁴³ und wäre eine konventionskonforme Auslegung oder ein Eingriff des Gesetzgebers durchaus möglich gewesen.

hof hielt in dieser Rechtssache fest, dass ein freiwillig nicht zur Rechtsmittelverhandlung erschienener Angeklagter sich wirksam von seinem Verteidiger vertreten lassen könne, und damit, dass das Recht auf effektive Verteidigung auch das Recht auf Vertretung beinhalte; der Wortlaut des Art. 6 Abs. 3 lit. c EMRK stünde dieser Ansicht nicht entgegen; LR/Esner (Fn. 2) EMRK Art. 6 Rn. 686 Fn. 1728; *Ambos* ZStW 115 (2003) 583, 606; *Esner/Gaede/Tsambikakis* NStZ 2011, 140, 147; *Meyer-Mews* NJW 2002, 1928; *Püschel* Anm. zu EGMR, *Neziraj* v. Deutschland (Fn. 22), *StraFo* 2012, 493.

²⁹ Siehe *Esner/Gaede/Tsambikakis* NStZ 2011, 140, 147 u.V.a. die Entscheidungen *Poitrimol* und *van Geyselghem*; *Gundel* NJW 2001, 2380.

³⁰ EGMR *Lala* v. Niederlande, Urteil vom 22. September 1994, Nr. 25/1993/420/499, ÖJZ 1995, 196, 197.

³¹ EGMR *van Geyselghem* v. Belgien, Urteil vom 21. Januar 1999, Nr. 26103/95, NJW 1999, 2353.

³² EGMR, *van Geyselghem* v. Belgien (Fn. 31), NJW 1999, 2353, 2354.

³³ EGMR *Krombach* v. Frankreich, Urteil vom 13. Februar 2001, Nr. 29731/96, NJW 2001, 2387 ff.; *Meyer-Mews* NJW 2002, 1928.

³⁴ EGMR, *Krombach* v. Frankreich (Fn. 33), NJW 2001, 2387, 2391.

³⁵ EGMR, *Krombach* v. Frankreich (Fn. 33), NJW 2001, 2387, 2391; LR/Esner (Fn. 2) EMRK Art. 6 Rn. 682.

³⁶ Vgl. LR/Esner (Fn. 2) Art. 6 EMRK Rn. 708.

³⁷ EGMR, *Krombach* v. Frankreich (Fn. 33), NJW 2001, 2387, 2389, 2391; *Meyer-Mews* NJW 2002, 1928, 1929.

³⁸ EGMR *Pietiläinen* v. Finnland, Urteil vom 22. September 2009, HRRS 2009 Nr. 981 Rn. 27; *Püschel* Anm. zu EGMR, *Neziraj* v. Deutschland (Fn. 22), *StraFo* 2012, 493 u.V.a. *Pietiläinen* v. Finnland; LR/Esner (Fn. 2) EMRK Art. 6 Rn. 703.

³⁹ EGMR, *Pietiläinen* v. Finnland (Fn. 38), HRRS 2009 Nr. 981 Rn. 27; LR/Esner (Fn. 2) EMRK Art. 6 Rn. 702; *Esner/Gaede/Tsambikakis* NStZ 2011, 140, 147.

⁴⁰ EGMR, *Pietiläinen* v. Finnland (Fn. 38), HRRS 2009 Nr. 981 Rn. 27; LR/Esner (Fn. 2) EMRK Art. 6 Rn. 704; SK-StPO/Paeffgen 4.Aufl. (2012) EMRK Art. 6 Rn. 138a; *Esner/Gaede/Tsambikakis* NStZ 2011, 140, 147.

⁴¹ EGMR, *Pietiläinen* v. Finnland (Fn. 38), HRRS 2009 Nr. 981 Rn. 28; LR/Esner (Fn. 2) EMRK Art. 6 Rn. 704; SK-StPO/Paeffgen (Fn. 40) EMRK Art. 6 Rn. 138a; *Esner/Gaede/Tsambikakis* NStZ 2011, 140, 147.

⁴² *Meyer-Mews* NJW 2002, 1928.

⁴³ *Meyer-Mews* NJW 2002, 1928, 1929; ebenso, wenngleich zeitlich gesehen „nachträglich“ *Püschel* Anm. zu EGMR, *Neziraj* v. Deutschland (Fn. 22), *StraFo* 2012, 493, 494.

Durch die Entscheidung im Fall *Neziraj/Deutschland* vom 8. November 2012⁴⁴ hat der EGMR nun auch (in Fortsetzung und unter Verweis auf seine ständige Rechtsprechung) für das deutsche Recht eindeutig klargestellt, dass die Berufung eines Angeklagten, der zwar nicht in personam, als sein Vertreter aber ein vertretungswilliger und –befugter Verteidiger erscheint, nicht ohne Verhandlung zur Sache i.S. des § 329 Abs. 1 S. 1 StPO verworfen werden darf, da dies eine unverhältnismäßige Einschränkung des Rechts auf wirksame Verteidigung darstellt.⁴⁵ Zwar sei es richtig, dass das Erscheinen eines Angeklagten vor Gericht (auch in der Berufungsinstanz, in welcher sich der vorliegende Fall ereignet hatte) eine große Bedeutung für das Strafverfahren habe, doch könne dieses – gewissermaßen janusköpfige – Institut der „persönlichen Anwesenheit“, welches sowohl aus einer Pflicht zur Anwesenheit als auch aus einem Recht zur solchen und zusätzlich aus dem Recht, sich wirksam verteidigen und auch vertreten zu lassen, bestehe, nicht so verstanden werden, dass bei freiwilliger Abwesenheit die Pflicht zur Anwesenheit das Recht, sich verteidigen und vertreten zu lassen, überwiege.⁴⁶ Vielmehr gehe das letztgenannte vor, der Angeklagte verliere dieses Recht nicht dadurch, dass er nicht zur Verhandlung erscheine und ein vollkommener Verlust des Verteidigungsrechts (welchen der EGMR bereits in *Pietiläinen/Finnland*⁴⁷ und nun nochmals in Z. 49, 54 und 55 der Entscheidung *Neziraj/Deutschland* mit „Beraubung des Rechts auf Verteidigung“ titulierte⁴⁸) wie von § 329 Abs. 1 S. 1 StPO vorgesehen, sei – ganz i.S. einer bei Verfahren nach Art. 6 EMRK gebotenen Gesamtbetrachtung⁴⁹ – ein derart schwerwiegender Verstoß gegen Art. 6 Abs. 3 lit. c EMRK, dass er das Verfahren unfair mache.⁵⁰ Der Gesetzgeber könne Schritte gegen das ungerechtfertigte Fernbleiben von Angeklagten setzen, diese dürften jedoch nicht den soeben aufgezeigten Schweregrad hinsichtlich des Verteidigungsrechts erreichen (Z. 47 und 54 der *Neziraj*-Entscheidung).⁵¹ Zudem hielt der EGMR fest, dass die Berufungsverhandlung die letzte nationale Instanz gewesen war, in welcher der Fall auf tatsächliche wie rechtliche Fragen vollständig untersucht werden konnte, und dennoch der Verteidiger des Beschwerdeführers nicht berechtigt war, diesen ohne einen Entschuldigungsgrund zu vertreten.⁵² Der Gerichtshof klassifizierte den Fall *Neziraj* daher als vergleichbar mit den oben genannten sowie weiteren, ähnlich gelagerten Fällen, wendete die daraus abgeleiteten

Grundsätze an und verurteilte Deutschland folgerichtig wegen Verstoßes gegen Art. 6 Abs. 3 lit. c EMRK.⁵³ Somit stand (spätestens) seit dem *Neziraj*-Urteil die Konventionswidrigkeit des § 329 Abs. 1 S. 1 StPO in der derzeit geltenden Anwendungspraxis fest.⁵⁴

3. Zwischenfazit

Die Rechtsprechung des EGMR in Bezug auf § 329 Abs. 1 S. 1 StPO ist als eindeutig zu bezeichnen, die Argumentationen der nationalen Gerichte, es sei keine Anwendbarkeit des Art. 6 EMRK gegeben, da überhaupt keine Verhandlung stattfinde, sondern bei Vorliegen der Voraussetzungen sogleich ein Verwerfungsurteil ergehe, gehen insoweit ins Leere, als dieser Umstand in keiner Weise dem vom Gerichtshof in seiner Rechtsprechung herausgearbeiteten Sinn des Art. 6 EMRK entspricht und nur den Verlust der Verteidigungsrechte des Angeklagten – sogar ohne eine vorherige Verhandlung – als quasi „automatische“ Rechtsfolge dokumentiert. Sich insoweit auf den rein formalistischen Standpunkt des „Nichtvorhandenseins“ einer Verhandlung zurückzuziehen, um so zu versuchen, Art. 6 EMRK den Bezugspunkt zu nehmen, kann – schon unter Berücksichtigung auf den klaren Wortlaut des *Neziraj*-Urteils⁵⁵ – nicht überzeugen, drückt die Skepsis der nationalen Gerichte gegenüber der Konvention und dem EGMR jedoch sehr deutlich aus. Auch die Rechtsprechung des BVerfG ist in Bezug auf die EMRK und deren Geltung im nationalen Recht nicht hinreichend klar: Zwar wird in der Leitentscheidung *Görgülü* die „Berücksichtigung“ der EMRK (wobei damit ein bloßes „Auseinandersetzen“ mit der Entscheidung, nicht eine Umsetzung derselben gemeint ist) sowie deren völkerrechtliche Verbindlichkeit betont, jedoch zugleich mithilfe und innerhalb „des Rahmens der geltenden methodischen Standards“ samt deren „Auslegungs- und Abwägungsspielräumen“ ein Vorbehalt gegen die konventionskonforme Auslegung des nationalen Rechts eingezogen, der zumindest hinsichtlich des „einfachen“ Rechts von den Gerichten beinahe ausschließlich zu Ungunsten der EMRK und der Rechtsprechung des EGMR ausgelegt wird. Diese Negierung völkerrechtlicher Verbindlichkeiten, die Mindeststandards im Menschenrechtsschutz darstellen und von den Vertragsstaaten freiwillig durch Unterwerfung unter das Regelungsregime der EMRK angenommen wurden, ist in ihrer Konsequenz abzulehnen, haben doch sowohl der Gesetzgeber als auch Gerichte und Behörden nicht sehenden Auges gegen verbindliches Recht zu verstoßen bzw. bereits durch den EGMR festgestellte Verstöße gleichsam zu zementieren. Die mangelnde Bereitschaft der nationalen Gerichte, sich tatsächlich mit den Judikaten des EGMR

⁴⁴ EGMR *Neziraj v. Deutschland*, Urteil vom 8. November 2012, Nr. 30804/07, StraFo 2012, 490 ff = HRRS 2013 Nr. 69.

⁴⁵ EGMR, *Neziraj v. Deutschland* (Fn. 44), StraFo 2012, 490, 491, 492 = HRRS 2013 Nr. 69 Rn. 52, 53.

⁴⁶ EGMR, *Neziraj v. Deutschland* (Fn. 44), StraFo 2012, 490, 491 = HRRS 2013 Nr. 69 Rn. 51, 57.

⁴⁷ EGMR, *Pietiläinen v. Finnland* (Fn. 38), HRRS 2009 Nr. 981 Rn. 27 [...] „depriving him of his right under Art. 6 § 3 of the Convention to be defended by counsel“ [...].

⁴⁸ EGMR, *Neziraj v. Deutschland* (Fn. 44), StraFo 2012, 490, 491, 492 = HRRS 2013 Nr. 69 Rn. 58.

⁴⁹ Vgl. statt vieler *Ambos ZStW* 115 (2003) 583, 611 ff.

⁵⁰ EGMR, *Neziraj v. Deutschland* (Fn. 44), StraFo 2012, 490, 491, 492; NLMR 6/2012, 371, 372 = HRRS 2013 Nr. 69 Rn. 65 – 69.

⁵¹ EGMR, *Neziraj v. Deutschland* (Fn. 44), StraFo 2012, 490, 491; NLMR 6/2012, 371, 372 = HRRS 2013 Nr. 69 Rn. 56.

⁵² EGMR, *Neziraj v. Deutschland* (Fn. 44), StraFo 2012, 490, 491; NLMR 6/2012, 371, 372 = HRRS 2013 Nr. 69 Rn. 55.

⁵³ EGMR, *Neziraj v. Deutschland* (Fn. 44), StraFo 2012, 490, 491, 492; NLMR 6/2012, 371, 372 = HRRS 2013 Nr. 69 Rn. 69.

⁵⁴ Ganz in diesem Sinne *Püschel* Anm. zu EGMR, *Neziraj v. Deutschland* (Fn. 22), StraFo 2012, 493, der davon spricht, die „Verwerfungsregel des § 329 Abs. 1 S. 1 StPO“ sei „faktisch obsolet“; a.A. *Lampe* Anm. zu EGMR, *Neziraj v. Deutschland* (Fn. 12), jurisPR-StrafR 5/2013 Anm. 1 unter Billigung der Entscheidung des OLG München.

⁵⁵ EGMR, *Neziraj v. Deutschland* (Fn. 44), StraFo 2012, 490, 492, Z. 60 – 63 der Entscheidung = HRRS 2013 Nr. 69 Rn. 62 – 64.

zu beschäftigen und sich auch an einer konventionskonformen Auslegung zu versuchen, war – ausgedrückt durch den Inhalt ihrer Beschlüsse – bereits vor der nun zu besprechenden Entscheidung des OLG München offenkundig. Eine Berücksichtigung der klaren EGMR-Judikatur i.S. der EMRK (seitens der Gerichte oder des Gesetzgebers) hätte eine Verurteilung im Fall *Neziraj* jedenfalls verhindert; die Verurteilung Deutschlands war auf Grund der langjährigen, gefestigten Rechtsprechung vorhersehbar.⁵⁶ Mit dem Beschluss des OLG München hat die Diskussion um § 329 Abs. 1 S. 1 StPO nun jedoch einen weiteren – als völkerrechtlicher Sicht höchst interessanten, wenngleich in mehrfacher Hinsicht zu hinterfragenden – Höhepunkt erfahren.

III. Die Entscheidung des OLG München vom 17. Januar 2013 – 4 StRR (A) 18/12

1. Ausgangsposition

Der zu besprechenden Entscheidung des OLG München lag ein durch das AG Landshut entschiedener Fall einer vorsätzlichen Körperverletzung zu Grunde, wobei der in erster Instanz zu drei Monaten Haft Verurteilte Berufung gegen das Urteil einlegte. Trotz ordnungsgemäßer Ladung zum Termin der Berufungsverhandlung vor dem LG Landshut erschien der Angeklagte zu jenem nicht, jedoch seine mit einer Vollmacht zur Vertretung und Verteidigung ausgestattete Verteidigerin, die ausdrücklich ihre Bereitschaft zur Verteidigung erklärte. Das LG Landshut verwarf gem. § 329 Abs. 1 S. 1 StPO daraufhin die Berufung und führte unter Hinweis auf die Rechtsprechung des EGMR aus, eine konventionsfreundliche Auslegung der Norm des § 329 sei entgegen dem Wortlaut nicht möglich. Das OLG München als Revisionsgericht bestätigte die Entscheidung des LG Landshut und führte darüber hinaus aus, der EGMR verkenne in der Entscheidung *Neziraj/Deutschland*, auf welche der Revisionsführer explizit verwies, das Regelungsgefüge der Vorschrift des § 329 StPO und die Stellung des Strafverteidigers im deutschen Strafprozessrecht. Selbst bei vom OLG München (hypothetisch) angenommener Konventionswidrigkeit des § 329 Abs. 1 S. 1 StPO sei die Vorschrift auf Grund ihres eindeutigen Wortlauts von deutschen Gerichten auf Grund der Gesetzesbindung der Art. 20 Abs. 3 und 97 Abs. 1 GG im konkreten Fall anzuwenden; eine auf die Konventionswidrigkeit der Vorschrift gestützte Revision sei damit nach § 349 Abs. 2 StPO offensichtlich unbegründet.⁵⁷

2. Die Argumente des OLG München im vorliegenden Fall

Das OLG München nahm im konkreten Fall an, eine konventionskonforme Auslegung des § 329 Abs. 1 StPO sei auf Grund des „eindeutigen“ Wortlauts der Vorschrift nicht möglich und verwies hierbei in allgemeiner Weise

⁵⁶ Vorausschauend LR/Esser (Fn. 2) EMRK Art. 6 Rn. 710; Esser/Gaede/Tsambikakis NStZ 2011, 140, 147.

⁵⁷ Siehe zum gesamten Absatz OLG München (Fn. 26) BeckRS 2013, 03324.

auf Urteile des BVerfG sowie des BGH, in welchen festgehalten wurde, dass die Grenzen der konventionskonformen Auslegung dort erreicht seien, wo diese nach den anerkannten Methoden der Gesetzesauslegung und Verfassungsinterpretation nicht mehr vertretbar erscheine⁵⁸ oder der Auslegung der Wille des nationalen Gesetzgebers in der Gestalt von bestehendem Gesetzesrecht entgegenstände.⁵⁹ Zur Stützung dieser Argumentationslinie bemühte das OLG ferner die ständige Rechtsprechung des BVerfG hinsichtlich der Bindung an Richtlinien der EU und der Rechtsprechung des EuGH.⁶⁰ Sodann kam es zum Schluss, dass „die Anwendung dieser Grundsätze“ (damit auch der „Grundsätze“ der Judikatur des BVerfG zu rein europarechtlichen Fragen!) für den vorliegenden Fall bedeute, dass „§ 329 Abs. 1 S. 1 StPO nicht entgegen seinem eindeutigen Wortlaut ausgelegt werden kann“ und nur im Falle des § 411 Abs. 2 S. 1 StPO eine Vertretung des Angeklagten durch seinen Verteidiger zulässig sei.⁶¹

Gewissermaßen als „Hilfsargument“ erklärte das OLG München schließlich en passant und unter Verweis auf den Beschluss des OLG Hamm (oben unter II. 1.), dass selbst im Falle einer konventionsfreundlichen Auslegung die Verteidigerin, welche eine schriftliche Vertretungsvollmacht vorlegte, nicht berechtigt gewesen wäre, den Angeklagten zu vertreten, handelte es sich bei der vorgelegten Vollmacht doch um eine solche, welche ihrem Wortlaut nach auf die Fälle des § 411 Abs. 2 StPO beschränkt sei, und daher habe es im gegebenen Fall jedenfalls am Erfordernis der „besonderen schriftlichen Vertretungsvollmacht“ gefehlt.⁶²

3. Kritische Besprechung der Entscheidung des OLG München

Der vorliegende Beschluss des OLG München ist in mehrfacher Hinsicht als erstaunlich zu bezeichnen; er ist jedenfalls in der Sache verfehlt. Zuallererst muss die vom Gericht am EGMR geübte Kritik in den Blick genommen werden: Aus der Tatsache, dass der EGMR im Fall *Neziraj* eine Konventionswidrigkeit des § 329 Abs. 1 S. 1 StPO festgestellt hat, den Schluss zu ziehen, dies liege an einer „Verkennung des Regelungsgefüges jener Vorschrift und der Stellung des Verteidigers im deutschen Strafprozessrecht“ zeugt von einer grundlegenden Einstellung und Ablehnung gegenüber dem Gerichtshof, der als einziges Organ befugt ist, die EMRK verbindlich auszulegen,⁶³ und zusätzlich von einer recht deutlichen Negierung des Problems der festgestellten Konventionswidrigkeit der

⁵⁸ BVerfG NJW 2011, 1931, 1936 = HRRS 2011 Nr. 488 Rn. 93; siehe dazu auch OLG Düsseldorf (Fn. 11) Rn. 17, zitiert nach juris.

⁵⁹ OLG München (Fn. 26) BeckRS 2013, 03324 unter Zitierung von BGH Beschl. v. 9.11.2010 – 5 StR 394/10 Rn. 32, zitiert nach juris; vgl. auch BVerfG (Fn. 1) NJW 2004, 3407, 3410, 3411 (*Görgülü*) = HRRS 2004 Nr. 867.

⁶⁰ OLG München (Fn. 26) BeckRS 2013, 03324.

⁶¹ OLG München (Fn. 26) BeckRS 2013, 03324; i.d.S. auch SK-StPO/Paeffgen (Fn. 40) EMRK Art. 6 Rn. 138a.

⁶² OLG München (Fn. 26) BeckRS 2013, 03324.

⁶³ Siehe nur Meyer-Ladewig, EMRK, 3.Aufl. (2011), Art. 19 Rn. 1.

Norm, mit welcher sich das OLG München nicht abfinden will.

Die vom OLG München zur Stützung seiner Argumentation ins Spiel gebrachte Gesetzesbindung verkehrt sich bei genauerer Betrachtung ins Gegenteil dessen, was die Intention des Gerichts war, ist es doch (wie vom OLG selbst explizit festgehalten) ebenso wie an § 329 Abs. 1 S. 1 StPO auch an die EMRK (in der Gestalt des Textes sowie der Auslegung des Inhalts ihrer Normen durch den EGMR) im Rahmen der Art. 20 Abs. 3 und 97 Abs. 1 GG und Art. 46 EMRK gebunden⁶⁴, und hätte somit – da diese beiden Gesetze nach Meinung des OLG anscheinend miteinander in Konkurrenz stehen – zu versuchen gehabt, jene „nach den anerkannten Methoden der Gesetzesauslegung“ miteinander in Einklang zu bringen, was jedoch nicht einmal ansatzweise geschehen ist.

Der Verweis, eine konventionsfreundliche Interpretation „entgegen dem eindeutigen Wortlaut“ des § 329 Abs. 1 S. 1 StPO sei nicht möglich, geht gleichfalls fehl. Zusätzlich zu der – vom OLG München ausschließlich bemühten – wengleich nicht die Gesamtheit der Norm des § 329 StPO sowie deren Systematik noch den exakten Wortlaut (samt Verweis auf Ausnahmen) berücksichtigenden – Wortlautinterpretation existieren noch andere und keineswegs zu vernachlässigende „anerkannte Methoden der Gesetzesauslegung“, wie etwa die teleologische Interpretation einer oder mehrerer im Zusammenhang stehender Vorschriften. Sofern die Norm des § 329 StPO im Widerspruch mit der Judikatur des EGMR, somit dem Inhalt der EMRK, steht, mithin also zwei formell gleichrangige Gesetze miteinander konkurrieren, stellt sich die Frage nach der Lösung dieses Konflikts, wobei dies jedoch keinesfalls nur nach dem (bei einer dieser Normen nicht vorhandenen) Wortlaut geschehen darf. Insofern – wie das OLG München in seinem Beschluss vorgeht – allein auf den Wortlaut des § 329 Abs. 1 S. 1 StPO abzustellen, und zusätzlich diesem mit dem Scheinargument, der „Wille des nationalen Gesetzgebers in der Gestalt von bestehendem Gesetzesrecht stünde einer konventionskonformen Auslegung entgegen“ den Vorzug zu geben, verkennt den Bedeutungsinhalt der Gesetzesbindung, die keinesfalls zwingend bei zwei sich (scheinbar) widersprechenden Normen eine zugunsten der nationalen Norm auflösende „einseitige“ ist; so verfährt aber das OLG München, wenn es den Grundsatz der Gesetzesbindung undifferenziert und unbegründet zu Gunsten der nationalen Norm des § 329 Abs. 1 S. 1 StPO auslegt.⁶⁵ Zu ergänzen ist darüber hinaus, dass im vorliegenden Fall wegen der Berührungspunkte mit verbindlichem Völkervertragsrecht im Kollisionsfall der Wille des nationalen Gesetzgebers nicht allein den Ausschlag bei der Anwendung des maßgeblichen Rechts geben kann, ist doch offensichtlich auch der Wille des „Quasi-EMRK-Gesetzgebers“ (des EGMR)⁶⁶ bei der Lösung der Kollisionsfrage zu berücksichtigen.

⁶⁴ Siehe nur *Meyer-Ladewig* (Fn. 63) Art. 1 Rn. 4 und Art. 46 Rn. 30.

⁶⁵ Eindeutig in diesem Zusammenhang *Meyer-Ladewig* (Fn. 63) Art. 46 Rn. 30: Berücksichtigen der Konvention bedeute, sie auf den Fall anzuwenden, wenn nicht Verfassungsrecht entgegenstehe.

⁶⁶ *Meyer-Ladewig* (Fn. 63) Art. 46 Rn. 17.

Im Übrigen stellt die EMRK kein „einfaches Bundesrecht“ wie jedes andere dar; dies wird auch durch die Entscheidung des OLG München explizit nochmals bestätigt, diese der Konvention inhaltlich jedoch keineswegs gerecht, würde doch die so oft genannte, grundsätzliche Völkerrechtsfreundlichkeit des Grundgesetzes hier den Ausschlag zugunsten der EMRK geben. Den angesprochenen Konflikt entgegen dieser Tatsächlichkeit zu Gunsten des nationalen Rechts und ohne nähere Begründung oder den Versuch einer völkerrechtsfreundlichen Auslegung aufzulösen, missversteht insofern den hervorgehobenen Rang der EMRK in der deutschen Rechtsordnung und auch den Regelungsgehalt und die völkerrechtliche Verpflichtung Deutschlands hinsichtlich der Konvention als solche. Wenn es als Hindernis einer konventionskonformen Auslegung und damit Anwendung der EMRK nicht mehr bedürfte als den durch bestehendes (undifferenziertes) Gesetzesrecht aufgezeigten Willen des nationalen Gesetzgebers, wäre die Konvention ein Muster ohne Wert, eine bloße unverbindliche Charta, ein in Bezug auf die Durchsetzbarkeit der in ihr verankerten Mindestrechte vom Goodwill der Mitgliedstaaten abhängendes, ohne über das bloße Bekenntnis zum Schutz der Menschenrechte hinausgehendes Stück Papier, etwas, was sie in der Rechtswirklichkeit zweifellos nicht darstellt. Der EGMR entscheidet ja gerade Fälle, in welchen die Staaten eine Konformität ihres Gesetzesrechts oder des staatlichen Handelns ihrer Organe annehmen; stellt der Gerichtshof die EMRK-Widrigkeit in einem Verfahren fest, können die Staaten danach nicht mehr behaupten, die nationale Regelung sei konventionskonform gewesen, und müssen darüber hinaus Abhilfe schaffen. Die EMRK normiert Mindestmaßstäbe im Menschenrechtsschutz, die einzelnen, freiwillig beigetretenen Mitgliedstaaten sind zur Umsetzung der Entscheidungen des EGMR verpflichtet, der Weg ist ihnen dabei nicht vorgegeben, besteht allerdings primär in konventionskonformer Auslegung durch Gerichte und Behörden, die die völkerrechtliche Verpflichtung haben, eine solche zumindest zu versuchen, wollen sie dem Staat eine weitere Verurteilung durch den EGMR ersparen. Gerade dadurch, dass sich die Staaten der Judikatur des EGMR in Fragen der EMRK unterworfen haben, haben sie zum Ausdruck gebracht, dass ihr nationales Gesetzesrecht auch „von außen“ überprüft werden darf (vgl. nur Art. 1 EMRK); sich im Falle der Verurteilung somit auf den Standpunkt: „Der nationale Gesetzgeber will es aber so“ zurückzuziehen, vermag nicht zu überzeugen.

Systematisch-thematisch bedenklich erscheint auch das Vorgehen des OLG München, zur Stützung seiner Rechtsansicht auf eine Entscheidung des BVerfG in einer europarechtlichen Angelegenheit zurückzugreifen, stellt die durch den Europarat verabschiedete EMRK doch in keiner Weise „Europarecht“ i.S. eines Rechts der Europäischen Union dar, und unterscheidet sich die EU, ihr Aufbau und ihre rechtlichen Grundlagen massiv von jenen der Konvention, sodass eine zitierte „vergleichbare Problematik“ nicht gegeben, und die dergestalteten Ausführungen somit an dieser Stelle gänzlich ungeeignet sind, die vorgebrachte Argumentation zu stützen.

Als Schlussbemerkung hält das OLG München in seiner Entscheidung fest, dass selbst bei „konventionsfreundlicher“ Auslegung für den Revisionsführer im vorliegenden

Fall nichts gewonnen wäre, und begründet dies mit dem „schon nach ihrem Wortlaut für den Fall der Abwesenheit des Angeklagten beschränkt auf die Fälle des § 411 Abs. 2 StPO“ vorgelegten schriftlichen Vertretungsvollmacht. Ein Fall des § 411 StPO sei jedoch nicht gegeben gewesen, daher habe (unter Verweis auf das OLG Hamm) die „besondere schriftliche Vertretungsvollmacht“ nicht vorgelegen und die Verteidigerin sei nicht zur Vertretung des Angeklagten berechtigt gewesen. Diese Begründung des OLG München, welches sich jene des OLG Hamm (siehe oben unter II. 1.) zu eigen gemacht hat, ist mit Art. 6 Abs. 3 lit. c EMRK wohl nicht in Einklang zu bringen, knüpft an die überaus formalistische und restriktive Handhabung hinsichtlich der hinreichenden Vertretungsvollmacht im Rahmen des § 329 StPO an und zeigt die Tendenz der obergerichtlichen Rechtsprechung, jedenfalls an § 329 Abs. 1 S. 1 StPO in der gegenständlichen Anwendung und Form festhalten zu wollen, deutlich auf. Bereits im *Lala*-Fall sprach der EGMR aus, dass, damit das Recht durch einen Verteidiger verteidigt zu werden, „praktisch und wirksam ist und nicht nur theoretisch“ sei, „seine Ausübung nicht an die Erfüllung ungebührlich formalistischer Bedingungen geknüpft werden“ dürfe.⁶⁷ Da die Gerichte die Fairness des Verfahrens zu gewährleisten hätten, sei von ihnen sicherzustellen, dass einem „Verteidiger, der der Verhandlung zu dem offensichtlichen Zweck, den Angeklagten in seiner Abwesenheit zu verteidigen, beiwohnt, Gelegenheit gegeben wird, dies zu tun“⁶⁸. Damit brachte der Gerichtshof schon 1994 zum Ausdruck, dass es für die Ausübung des Rechts auf Verteidigung ausschließlich auf den Zweck des Zugewesenseins des Verteidigers ankomme und er eng verstandenen Formalismen, die zu einer Beschränkung oder Verhinderung des Agierens eines verteidigungs- und vertretungsbereiten Verteidigers führen, unter dem Aspekt des Art. 6 Abs. 3 lit. c EMRK ablehnend gegenübersteht. Im Bewusstsein dieser Rechtsprechung und unter Berücksichtigung der anhaltenden Tendenz des EGMR, das Recht auf Verteidigung durchaus weit auszulegen, es sowohl als Recht auf Verteidigung als auch Recht auf Vertretung zu verstehen, und somit der Verzicht auf Anwesenheit in der Verhandlung nicht als Verzicht auf mittelbare Teilhabe an der Verhandlung durch einen Verteidiger zu werten ist,⁶⁹ erscheint die einschränkende Interpretation des OLG München (wie auch jene des OLG Hamm) als nicht konventionskonform, werden hier doch extrem formalistische Ansätze bemüht, die die Anforderungen an die Vertretungsvollmacht im Rahmen des § 329 StPO sehr hoch ansetzen. Zieht man darüber hinaus ins Kalkül, dass im Rahmen des § 411 StPO sogar die von einem Verteidiger auf Grund einer durch den Angeklagten mündlichen erteilten Vollmacht selbst unterzeichnete Vollmachtsurkunde als ausreichend für die Vertretung desselben erachtet wird,⁷⁰ erscheint es unverhältnismäßig und nicht schlüssig, in Fällen des § 329 an die Vollmachtsurkunde derartig strenge Maßstäbe anzulegen.

⁶⁷ EGMR, *Lala v. Niederlande* (Fn. 30), ÖJZ 1995, 196, 197; *Meyer-Mews* NJW 2002, 1928.

⁶⁸ EGMR, *Lala v. Niederlande* (Fn. 30), ÖJZ 1995, 196, 197.

⁶⁹ LR/Esler (Fn. 2) EMRK Art. 6 Rn. 708 u.V.a. Pietiläinen v. Finnland in Fn. 1766.

⁷⁰ BayObLG NStZ 2002, 277; *Püschel* Anm. zu EGMR, *Neziraj v. Deutschland* (Fn. 22), StraFo 2012, 493, 494.

4. Zur Möglichkeit konventionskonformer Auslegung des § 329 Abs. 1 S. 1 StPO

Anders als das OLG München ortet ein Teil der Lehre sehr wohl Raum für eine konventionskonforme Auslegung des § 329 Abs. 1 S. 1 StPO, sind die geltenden nationalen Normen doch – solange methodisch vertretbar – völkerrechtsfreundlich auszulegen, um einen Konventionsverstoß Deutschlands nicht eintreten zu lassen.⁷¹ Zutreffend führt *Esler* in Bezug auf § 329 Abs. 1 StPO aus, dass in ihm eine Vertretung des Angeklagten nicht ausgeschlossen, sondern in Fällen, „in denen dies zulässig ist“, erlaubt sei, sodass eine Berücksichtigung der Rechtsprechung des EGMR keine Schwierigkeiten bereitet.⁷² Durch diese wird ein Fall erzeugt, in welchem eine Abwesenheitsverhandlung durchgeführt werden darf: Immer dann, wenn der Beschuldigte das Gericht informiert, durch seinen Verteidiger vertreten werden zu wollen, sei diese Vertretung zu gewähren.⁷³ Es entstünden insofern keine verfassungsrechtlichen oder – auch von *Esler* zu Recht kritisch gesehenen – Bedenken einfachen Bundesrechts, die ein anderes Ergebnis fordern würden.⁷⁴

Nur in engsten Ausnahmefällen könnte – sofern es etwa für die Sachaufklärung unerlässlich erscheine⁷⁵ – die Anwesenheit des Angeklagten mit mildereren (Zwangs-)Mitteln als der generellen Verwerfung seiner Berufung herbeigeführt werden,⁷⁶ ansonsten eine Konventionswidrigkeit drohe.⁷⁷ Auch ein Größenschluss a maiore ad minus streitet für eine Vereinbarkeit der EMRK mit dem Wortlaut des einschlägigen Bundesrechts, denn wenn die Konvention schon auf Grund der Verfassung in einem Maße Beachtung finden muss, dass sie am Vorrang des Gesetzes teilhat und von der Rechtsprechung zu beachten ist, so spricht umso mehr dafür, eine Berücksichtigung der EMRK für mit dem Wortlaut des einschlägigen Bundesrechts vereinbar zu halten, selbst wenn dieser Wortlaut ausdrücklich auf eine (abweichende) gesetzliche Regelung verweist.⁷⁸

Eine Aufspaltung des Verteidigungs- und Vertretungsrechts i.S. des Art. 6 Abs. 3 lit. c EMRK auf Ebene des nationalen Rechts in eine „Verhandlung zur Sache“, die bei Abwesenheit des Angeklagten nicht stattfinden dürfe

⁷¹ LR/Esler (Fn. 2) EMRK Art. 6 Rn. 711.

⁷² LR/Esler (Fn. 2) EMRK Art. 6 Rn. 711.

⁷³ LR/Esler (Fn. 2) EMRK Art. 6 Rn. 711; *Esler/Gaede/Tsambikakis* NStZ 2011, 140, 148; *Püschel* Anm. zu EGMR, *Neziraj v. Deutschland* (Fn. 22), StraFo 2012, 493, 494 mN.

⁷⁴ LR/Esler (Fn. 2) EMRK Art. 6 Rn. 711; i.d.S. *Püschel* Anm. zu EGMR, *Neziraj v. Deutschland* (Fn. 22), StraFo 2012, 493, 494.

⁷⁵ EGMR, *Pietiläinen v. Finnland* (Fn. 38), HRRS 2009 Nr. 981 Rn. 28; *Püschel* Anm. zu EGMR, *Neziraj v. Deutschland* (Fn. 22), StraFo 2012, 493, 494.

⁷⁶ Grundsätzlich dafür votierend *Esler/Gaede/Tsambikakis* NStZ 2011, 140, 148; *Lampe* Anm. zu EGMR, *Neziraj v. Deutschland* (Fn. 12), jurisPR-StrafR 5/2013 Anm. 1; *Püschel* Anm. zu EGMR, *Neziraj v. Deutschland* (Fn. 22), StraFo 2012, 493, 494; skeptisch LR/Esler (Fn. 2) EMRK Art. 6 Rn. 711.

⁷⁷ *Püschel* Anm. zu EGMR, *Neziraj v. Deutschland* (Fn. 22), StraFo 2012, 493, 494.

⁷⁸ *Grabewarther* JZ 2010, 857, 866.

und eine Erörterung von Rechtsfragen, welche auch mit dem Verteidiger allein und ohne Vertretungsvollmacht i. S. einer konventionsfreundlichen Auslegung des § 329 Abs. 1 S. 1 StPO durchgeführt werden könne, (wie von *Lampe* propagiert)⁷⁹ entspricht in keiner Weise dem weiten Verständnis des EGMR in Bezug auf diese Teilgewährleistung des fairen Verfahrens⁸⁰ und ist als Versuch der Umdeutung der klaren inhaltlichen Entscheidung des Gerichtshofs im Fall *Neziraj* zu werten.

IV. Schlussbetrachtung und Fazit

§ 329 Abs. 1 S. 1 StPO ist in der derzeit geltenden Anwendungspraxis konventionswidrig. Der EGMR hat in seiner Entscheidung *Neziraj/Deutschland* seine bereits seit langem bestehende Rechtsprechungslinie beibehalten, dem Angeklagten eine stärkere Verfahrensposition als im deutschen Recht zuzubilligen, sodass das Recht auf Verteidigung i.S. des Art. 6 Abs. 3 lit. c EMRK als ein Recht auf Verteidigung und Vertretung verstanden werden muss. Subtile Unterscheidungen zwischen einer in freiwilliger Abwesenheit des Angeklagten zulässigen „Erörterung von Rechtsfragen“ im Rahmen des § 329 Abs. 1 S. 1 StPO durch den Verteidiger und einer als nicht zulässig erachteten „Verhandlung zur Sache“ in ebensolcher Abwesenheit entsprechen keineswegs dem Telos dieser Entscheidung und sind in ihr nicht intendiert. Deutschland ist an das klare Urteil des EGMR gebunden; anders als der insofern die Bedeutung des Urteils *Neziraj* verkennende Beschluss des OLG München wäre es (spätestens) jetzt – jedenfalls bis zu einer wohl tunlichen gesetzgeberischen Lösung – Aufgabe der Gerichte, § 329 Abs. 1 S. 1 StPO konventionskonform auszulegen. Dies wäre – entgegen der Rechtsansicht der genannten OLG –

⁷⁹ *Lampe* Anm. zu EGMR, *Neziraj v. Deutschland* (Fn. 12), jurisPR-StrafR 5/2013 Anm. 1.

⁸⁰ So eindeutig *Püschel* Anm. zu EGMR, *Neziraj v. Deutschland* (Fn. 22), StraFo 2012, 493, 495: Reduzierung der Verteidigung auf reine Unterstützungs- und Beistandsfunktion ist mit Rechtsprechung des EGMR unvereinbar.

sehr wohl und ohne Schwierigkeiten möglich. In der Entscheidung des OLG München liegt somit in Verkenning der aus mehreren Ebenen bestehenden Rechtslage ein weiterer Verstoß gegen die EMRK,⁸¹ der – sofern das BVerfG eine etwaige Verfassungsbeschwerde hinsichtlich dieses Beschlusses annehme würde – von jenem noch im innerstaatlichen Rechtsweg problematisiert werden könnte.⁸² Sollte dies nicht geschehen, wird Deutschland neuerlich vom EGMR verurteilt werden.

Darzulegen, welche weiteren, durchaus weitreichenden Folgen die Entscheidung *Neziraj/Deutschland* durch den EGMR sowie jene des OLG München für das deutsche Strafprozessrecht in Zukunft zeitigen könnten, würde den Rahmen des vorliegenden Beitrags übersteigen und kann daher nicht mehr dessen Ziel sein; zu nennen seien nur Überlegungen zur (möglicherweise weiter zu fassenden) Abwesenheit des Angeklagten auch in der 1. Instanz, zur Konventionskonformität des § 329 Abs. 2 S. 2 StPO oder zur Abwesenheit im OWi-Verfahren, die aus dem Blickwinkel der *Neziraj*-Entscheidung des EGMR als mögliche „Baustellen“ im Verfahrensrecht angesehen werden könnten.⁸³

Aus Gründen der Rechtssicherheit – sowohl für die Rechtsanwender als auch -unterworfenen – könnte sich der Gesetzgeber zur Reformierung der einschlägigen Vorschriften der StPO durchringen.⁸⁴ Ob dies jedoch tatsächlich erfolgt, darf angesichts der derzeit aufgezeigten nationalen Meinung zur Bedeutung der EMRK und der Rechtsprechung des EGMR bezweifelt werden.

⁸¹ Vgl. zu den daraus erwachsenden möglichen Folgen bzw. zur Überwachung der Umsetzung der Urteile des EGMR im Allgemeinen nur *Meyer-Ladewig* (Fn. 63) Art. 46 Rn. 43 ff.

⁸² *Meyer-Ladewig* (Fn. 63) Art. 46 Rn. 38.

⁸³ *Püschel* Anm. zu EGMR, *Neziraj v. Deutschland* (Fn. 22), StraFo 2012, 493, 495.

⁸⁴ So etwa der Wunsch von *Püschel* Anm. zu EGMR, *Neziraj v. Deutschland* (Fn. 22), StraFo 2012, 493, 495.

Beweisqualität von Daten-CDs – Anforderungen an den Nachweis einer Steuerhinterziehung

Kurzanmerkung zu AG Nürnberg, 46 Ds 513 Js 1382/11 (Urteil v. 2.8. 2012)
= HRRS 2013 Nr. 838

Von Dr. Victoria Ibold, München

I. Einleitung

Über den Ankauf von Daten-CDs mit Informationen über deutsche „Steuersünder“ aus Ländern wie der Schweiz und Liechtenstein wurde in den letzten Jahren viel geschrieben. Während in den Medien über die moralische Legitimität des staatlichen Ankafs unberechtigt erlangter Daten-CDs gestritten wurde, wurde in der Strafrechtsdogmatik eine etwas leisere, wenngleich nicht weniger kontroverse Diskussion über die Rechtmäßigkeit einer solchen Beweiserhebung und ihrer Verwertung im Strafverfahren geführt.¹

Die Rechtsprechung schien sich relativ zügig eindeutig entschieden zu haben. 2010 urteilte das BVerfG auf eine Verfassungsbeschwerde² hin, dass der erforderliche Anfangsverdacht für eine Wohnungsdurchsuchung ohne Verfassungsverstoß auf Daten gestützt werden kann, die ein Informant aus dem Ausland auf einem Datenträger an die Bundesrepublik Deutschland verkauft; ein Beweisverwertungsverbot bestehe selbst dann nicht, wenn bei der Datenbeschaffung nach innerstaatlichem Recht rechtswidrig oder gar strafbar gehandelt worden sei.³

Überraschend scheint daher – knapp zwei Jahre nach der Entscheidung des BVerfG – das Urteil des AG Nürnberg vom 2. August 2012⁴ – und dies sogar in zweierlei Hinsicht, nämlich sowohl hinsichtlich seines Ergebnisses als auch seiner Begründung:

Den Angeklagten lag zur Last, Kapitalerträge eines Kontos in Liechtenstein nicht ordnungsgemäß in Deutschland erklärt zu haben; als Tatnachweis sollten Unterlagen dienen, die auf einer angekauften Daten-CD aufgefunden worden waren. Das AG Nürnberg sprach die beiden Angeklagten aus tatsächlichen Gründen frei – seine Entscheidung stützte das Gericht dabei nicht etwa auf die Unverwertbarkeit der erlangten Beweise, sondern auf deren mangelnde Eignung, den Tatnachweis einer Steuerhinterziehung zu führen.

II. Sachverhalt

Den beiden Angeklagten wurde seitens der Staatsanwaltschaft zusammengefasst folgender Sachverhalt zur Last gelegt:

Einer der Angeklagten soll einen Betrag von 1.876.053,21 DM am 17.01.2001 einer Stiftung in Liechtenstein gewidmet und in diese überführt haben. Das Stiftungsvermögen habe den Angeklagten als Erstbegünstigte zu ungeteilter Hand zugestanden, für das Konto der Stiftung bei der LGT Bank seien sie daher letztlich wirtschaftlich Berechtigte. In der Zeit zwischen 2002 und 2006 sollen die Angeklagten aus diesem Kapitalvermögen Einkünfte erzielt haben, die sie nicht in den für diese Jahre gemeinsam abgegebenen Steuererklärungen angegeben haben sollen. Insgesamt belaufe sich die hinterzogene Steuer auf 76.099,00 €.

III. Entscheidungsgründe des AG Nürnberg

Die Frage der Verwertbarkeit der Unterlagen auf der Daten-CD spielte für das Gericht ebenso wenig eine Rolle wie die Frage ihrer Authentizität. Nach Ansicht des AG Nürnberg lässt sich im vorliegenden Fall vielmehr der Tatnachweis einer Steuerhinterziehung nicht mit der notwendigen Sicherheit feststellen; deshalb waren die Angeklagten aus tatsächlichen Gründen freizusprechen.

¹ Siehe zu einer Übersicht anstatt vieler nur *Heine*, FS Roxin (2011), S. 1087 ff. zur Rechtmäßigkeit/Rechtswidrigkeit des Datenankaufs durch deutsche Behörden sowie *Schünemann* NStZ 2008, 305, 309 zur Frage der Beweisverwertung.

² Die Verfassungsbeschwerde richtete sich gegen einen Durchsuchungsbeschluss des AG Bochum v. 8.4.2009 sowie die diesbezügliche Beschwerdeentscheidung des LG Bochum v. 7.8.2009 HRRS 2009 Nr. 1112 = NStZ 2010, 351.

³ BVerfG HRRS 2010 Nr. 1128 = NJW 2011, 2417.

⁴ AG Nürnberg HRRS 2013 Nr. 838.

Es bestehe zwar eine naheliegende und insgesamt recht wahrscheinlich Vermutung für eine Steuerhinterziehung; über diesen Anfangsverdacht hinaus hätten sich jedoch keine weiteren Anhaltspunkte für eine Steuerhinterziehung ergeben; die verbliebenen Zweifel gingen zu Gunsten der Angeklagten.

Nach Ansicht des Gerichts lassen sich aus den auf dem Datenträger vorhandenen Unterlagen lediglich ein bestimmter Kontostand zu einem bestimmten Zeitpunkt und die Berechtigung der Angeklagten hieran sicher feststellen. Über das Anlageverhalten, insbesondere die Anlageform, sowie die Anlagedauer sei nichts bekannt. Möglich sei beispielsweise auch eine Überführung des Stiftungsvermögens in eine Immobilie. Es spreche zwar eine gewisse Wahrscheinlichkeit dafür, dass die Gelder zinsträchtig angelegt worden seien; ein dahin gehender, allgemein gültiger Grundsatz bestehe hingegen nicht. Es bestehe zudem auch kein Anhaltspunkt dafür, dass die im Jahr 2000 gewidmeten Beträge auch im Jahr 2006 angelegt gewesen seien und Zinserträge ermöglichten.

IV. Bewertung

Das Urteil des AG Nürnberg beschäftigt sich mit einem Aspekt um die angekauften Daten-CDs, der in der bisherigen Diskussion neben der Frage der Beweisverwertung oder der Beweisauthentizität⁵ weitgehend unbeleuchtet geblieben ist: nämlich der der *Beweisqualität* – genügen die auf der Daten-CD vorhandenen Unterlagen, um aus sich heraus, den Tatnachweis einer Steuerhinterziehung zu führen? Denn: außer den auf der Daten-CD vorhandenen Unterlagen standen dem Gericht keine weiteren Beweise zur Verfügung – weder wurden im Rahmen der durchgeführten Durchsicherung Unterlagen aufgefunden noch äußerten sich die Angeklagten zum Tatvorwurf.

Diese Frage hat das Gericht zu Recht verneint. Und es setzt sich damit nicht, wie auf den ersten Blick zu vermuten wäre, in Widerspruch zu den – verfassungsgerichtlich bestätigten – untergerichtlichen Entscheidungen⁶, die sich bisher mit der Problematik der angekauften Daten-CDs beschäftigt haben. In diesen Entscheidungen ging es wesentlich um die Frage der Beweisverwertbarkeit – diese Frage lässt jedoch das Amtsgericht Nürnberg mangels Entscheidungserheblichkeit offen. Auch mussten sich die bisherigen Entscheidungen lediglich mit der Frage eines Anfangsverdachts einer Steuerhinterziehung zur Rechtfertigung eines Durchsuchungsbeschlusses beschäftigen. Hierfür ließ bspw. das LG Bochum in seiner Entscheidung v. 7.8.2009⁷ Beweise genügen, wie sie auch dem AG Nürnberg vorlagen: eine Widmungserklärung bzgl. eines Geldbetrags für eine Stiftung, einen Kontoauszug zu einem bestimmten Zeitpunkt sowie einen Vermerk über die Feststellung der wirtschaftlich berechtigten Personen. Andere Anforderungen gelten jedoch an

den Nachweis für eine Steuerhinterziehung allein auf der Basis angekaufter Bankdaten mit denen sich nun – soweit ersichtlich erstmals – das AG Nürnberg auseinandersetzen musste.

In Ermangelung anderweitiger Regelungen in den §§ 386-408 AO gelten auch für das Strafverfahren die allgemeinen Grundsätze des Strafprozesses für die Feststellung des Tatnachweises.⁸ Voraussetzung ist daher für das Führen eines Tatnachweises insbesondere eine *objektiv hohe Wahrscheinlichkeit* der Tatbegehung auf Grundlage der zur Verfügung stehenden Beweise.⁹ Bestehende Zweifel gehen nach dem Grundsatz in dubio pro reo zu Gunsten des Täters. Keine Anwendung findet insbesondere die im Besteuerungsverfahren geltende Beweiswürdigung, die insbesondere dann, wenn der Steuerpflichtige „sich nicht einlässt“ und seine Mitwirkungspflicht gem. § 90 AO verletzt, eine Begrenzung der Sachaufklärungspflicht und Minderung des Beweismaßes erlaubt.¹⁰ Einzig bei der Feststellung des Schuldumfangs sind Lockerungen an den Tatnachweis möglich und zwar durch die Möglichkeit, die Besteuerungsgrundlagen zu schätzen. Eine Schätzung der Besteuerungsgrundlagen kommt aber nach der st. Rspr. des BGH nur dann in Betracht, wenn lediglich das Ausmaß der verwirklichten Besteuerungsgrundlagen ungewiss ist, hingegen aber feststeht, dass ein Besteuerungstatbestand erfüllt ist.¹¹

Genau dies konnte aber das AG Nürnberg in der vorliegenden Entscheidung unter Zugrundelegung der Anforderungen an die richterliche Überzeugung nicht feststellen: Es lagen schon keine hinreichenden Beweise vor, dass die Angeklagten überhaupt Kapitalerträge in Liechtenstein erzielt haben, dass also überhaupt ein Besteuerungstatbestand vorliegt. Eine Schätzung der Besteuerungsgrundlagen kommt daher schon nicht in Betracht.

Überzeugend argumentiert das Gericht, es bestehe kein allgemein gültiger Grundsatz, dass nicht benötigte Gelder zinsträchtig angelegt werden. Es führt richtigerweise aus, dass nicht benötigte Gelder, die sich zu einem bestimmten Zeitpunkt auf einem ausländischen Konto befinden, weder einen Schluss auf das Ob noch insbesondere auf das Wie einer Anlage zulassen. Möglich erscheint etwa, wie das Gericht ausführt, eine Anlage in Immobilien oder auch in Gold oder einer Lebensversicherung, die nicht zwangsläufig steuerrechtlich relevante Erträge abwerfen. Daneben lässt die Beweisgrundlage auch keinen Schluss auf die Dauer einer möglichen kapitalertragssteuerrechtlich relevanten Anlage zu – selbst wenn 2001 Kapitalerträge erzielt worden sein mögen, muss dies nicht für die Folgejahre bis 2006 der Fall gewesen sein.

Auf einer solchen Beweisgrundlage durfte das Gericht nicht von einer *objektiv hohen Wahrscheinlichkeit* einer Tatbegehung ausgehen. Zwingend war daher vom AG Nürnberg die Anwendung des Grundsatzes in dubio pro reo und der Freispruch der beiden Angeklagten.

⁵ Sofern auf den Daten-CDs nicht Originaldokumente vorhanden sind, sondern nur die bloßen Informationen über angebliche Auslandskonten, stellt sich die Frage nach deren inhaltlichen Richtigkeit.

⁶ Siehe dazu LG Bochum v. 7.8.2009 a.a.O. (Fn. 2) sowie LG Bochum v. 22.4.2009 = HRRS 2009 Nr. 1111 = BeckRS 2009, 07104.

⁷ a.a.O. (Fn. 2).

⁸ Siehe nur MüKo-StGB/Schmitz/Wulf (2006), § 370 Rn. 168. BGH NJW 1988, 3273; NJW 1999, 1562, 1564.

⁹ Siehe zu Nachweisen unten Fn. 12.

¹⁰ BGH NSTZ-RR 2009, 343, 344 = HRRS 2009 Nr. 179; NSTZ 2007, 589 = HRRS 2007 Nr. 630.

So sehr sich das Urteil des AG Nürnberg in die bestehenden Anforderungen des BGH an die Bildung richterlicher Überzeugung einzufügen scheint und keinen Widerspruch zu den bestehenden Entscheidungen zu den Daten-CDs erzeugt, so bleibt doch offen, ob seine Erwägungen auch auf das stets zum Strafverfahren parallel laufende Besteuerungsverfahren übertragbar sind.

Kann im Besteuerungsverfahren ein steuerbegründender Sachverhalt nicht vollständig aufgeklärt werden, weil der Steuerpflichtige „sich nicht einlässt“, sondern seine Mitwirkungspflicht gem. § 90 AO verletzt, geht dies nicht zwangsläufig zu Gunsten des Steuerpflichtigen. Es führt vielmehr zu einer Begrenzung der Sachaufklärungspflicht und zu einer Minderung des Beweismaßes; insbesondere können bei der Verletzung der Mitwirkungspflicht bzgl. Tatsachen und Beweismitteln, die aus dem alleinigen Verantwortungsbereich des Steuerpflichtigen stammen, nachteilige Schlüsse aus seinem Verhalten gezogen und insbesondere eine Schätzung gem. § 162 AO auch auf nicht bezifferbare Besteuerungsgrundlagen bezogen werden.¹² Ein Schätzen im Sinne eines Schlussfolgerns mit vermindertem Überzeugungsgrad bezieht sich nach dieser Rechtsprechung des BFH dann wohl unter bestimmten Voraussetzungen – im Gegensatz zum BGH – auch auf die Feststellung, ob überhaupt ein Besteuerungstatbestand vorliegt.

Vor diesem Hintergrund ist denn auch eine Entscheidung des FG Köln aus dem Jahr 2010¹³ zu sehen, die bzgl. der Beweiswürdigung von Unterlagen auf einer angekauften Daten-CD eine andere Richtung einschlägt als das AG Nürnberg. Auch in diesem Fall lagen dem Gericht nur die Unterlagen einer Daten-CD vor. Das FG Köln entschied im Rahmen eines Antrags auf Aufschub der Vollstreckung, dass keine ernsthaften Zweifel an der Rechtmäßigkeit des angefochtenen Steuerbescheides gegeben seien, weil der Antragsteller seiner – durch einen Auslandssachverhalt begründeten – erhöhten Mitwirkungspflicht nicht nachgekommen sei. Der Steuerpflichtige könne sich nicht darauf berufen, dass er Sachverhalte nicht aufklären oder Beweismittel nicht beschaffen könne. Denn insbesondere hätte der Sachverhalt durch den Steuerpflichtigen etwa durch Vorlage von Kontounterlagen über die Geldanlagen leicht transparent gemacht werden können. Das FG Köln ließ damit anders als das AG Nürnberg wohl eine „recht wahrscheinliche“ Steuerhinterziehung genügen, in dem es die fehlende Mitwirkung des Steuerpflichtigen mit einer Minderung des Beweismaßes „quittierte“. Ob das FG Köln sich dabei noch im Rahmen des vom BFH vorgesehenen geminderten Beweismaßes bewege oder vielmehr der Rückschluss von Kontoständen in bestimmten Jahren auch auf Vorjahre zu weit geht¹⁴, mag dahin stehen. Die Entscheidung des FG Köln verdeutlicht jedenfalls die bestehenden grundsätzlichen Unterschiede in der Beweiswürdigung zwischen dem Straf- und Besteuerungsverfahren, und damit auch die möglicherweise begrenzte Aussage-

kraft des Urteils des AG Nürnberg rein auf das Strafrecht.

V. Fazit und Ausblick

Das Urteil des AG Nürnberg scheint nur auf den ersten Blick überraschend: Das Urteil setzt sich gerade nicht in Widerspruch zu der bisherigen Rechtsprechung zu angekauften Daten-CDs, da im vorliegenden Fall die Frage der Beweisverwertung nicht berührt wurde und es im Übrigen nicht bloß um die Feststellung eines Anfangsverdachts ging, sondern um den tatsächlichen Nachweis einer Steuerhinterziehung. Zudem fügt sich das Urteil in die ständige Rechtsprechung des BGH ein, wonach eine Beweiserleichterung im Strafverfahren in Form einer Schätzung der Besteuerungsgrundlagen nur dann in Betracht kommt, wenn feststeht, dass ein Besteuerungstatbestand erfüllt ist.

Abzuwarten bleibt, welche Auswirkung dieses Urteil auf die Praxis haben wird. Dem Urteil mag als untergerichtliche Entscheidung per se nicht großes Gewicht beizumessen sein. Dennoch – das Urteil ist rechtskräftig und es bereichert die Debatte um die angekauften Daten-CDs um den bisher weitgehend unbeachtet gebliebenen, jedoch maßgeblichen Aspekt der Beweisqualität. Zudem ist das Urteil von bezwingender Logik und Klarheit und lässt wenig Raum für eine andere Bewertung der Beweisgrundlagen.

Zu beachten bleibt, dass das vorliegende Urteil nur auf diejenigen Fälle Anwendung findet, in denen neben den Unterlagen auf den Daten-CDs keine weiteren Beweise etwa durch Hausdurchsuchungen oder Einlassungen der Beschuldigten vorliegen.¹⁵ Zudem hängt eine Übertragbarkeit der Entscheidung auch davon ab, welche Unterlagen im konkreten Fall auf einer CD vorhanden sind. Es mag Fälle geben, die einen Schluss darauf zulassen, dass im Ausland kapitalertragssteuerrechtlich relevante Erträge erzielt wurden, mithin ein Besteuerungstatbestand erfüllt ist.

Sofern aber wie in der vorliegenden Entscheidung lediglich die Berechtigung an einem nicht erklärten Konto im Ausland, auf welchem sich zu einem bestimmten Zeitpunkt ein bestimmter Geldbetrag befindet, feststeht und die Beschuldigten sich nicht einlassen, weist die Entscheidung des AG Nürnberg den Weg, den ein solches steuerstrafrechtliches Verfahren gehen muss: nämlich den einer Einstellung nach § 170 Abs. 2 StPO bzw. eines Freispruchs mangels Tatnachweis.

Offen bleibt, ob dieses Urteil Einfluss auf Entscheidungen in parallel geführten Besteuerungsverfahren haben wird. Dies vor dem Hintergrund der grundsätzlichen Möglichkeit der Reduzierung des Beweismaßes im Besteuerungsverfahren sowie der entgegenstehenden Entscheidung des FG Köln aus dem Jahr 2010.

¹² BFH NVwZ-RR 1990, 282, 283.

¹³ FG Köln DStRE 2011, 1076 = BeckRS 2011, 95441.

¹⁴ Kritisch hierzu etwa *Stepputat/Bergan* DStRE 2011, 1076, 1078.

¹⁵ Solche Fälle werden jedoch nicht selten vorkommen, da viele deutsche Bankkunden Vorsorge gegen etwaige Hausdurchsuchungen dadurch getroffen hatten, dass sie Bankunterlagen „banklagernd“ deponierten.

Zur empirischen Herleitung des Zehn-Augen-Prinzips im Revisionsverfahren

Von Dominik Brodowski, LL.M. (UPenn), München

Fischer setzt mit seinem Beitrag „Der Einfluss des Berichterstatters auf die Ergebnisse strafrechtlicher Revisionsverfahren“¹ sein Plädoyer fort, dass sämtliche zur Entscheidung berufenen (Revisions-)Richter am Bundesgerichtshof *unmittelbar* Kenntnis zu nehmen haben von den verfahrensgegenständlichen Akten („Zehn-Augen-Prinzip“)² und nicht allein *mittelbar* durch den Aktenvortrag des Berichterstatters in Kenntnis gesetzt werden dürfen.³ Neben scharfsinnigen normativen Überlegungen tritt dabei eine empirische Argumentation, die auf dem Einfluss der Person des Berichterstatters auf das Ergebnis des Revisionsverfahrens basiert. Bei dieser auf beachtlichen Rohdaten⁴ beruhenden empirischen Herleitung des Zehn-Augen-Prinzips im Revisionsverfahren lässt *Fischer* den Leser indes im Unklaren, ob und auf welche mathematisch-statistischen Methoden⁵ er seine Schlussfolgerungen stützt.⁶ Diese Lücke in seiner Argumentation sei im Folgenden geschlossen.

¹ *Fischer* NStZ 2013, 425.

² Das „Senatsheft“ enthält neben dem angefochtenen Urteil „die Revisionseinlegung(en) und Revisionsbegründung(en), die Gegenerklärung(en) des Revisionsgegners, die Stellungnahme des GBA (ggf. mit einer in Bezug genommenen Stellungnahme des Generalstaatsanwalts des OLG-Bezirks) sowie ggf. weitere, nachgereichte Schriftsätze“, *Fischer* NStZ 2013, 425, 427.

³ Ebenso *Fischer/Eschenbach/Krehl* StV 2013, 395; *Fischer/Krehl* StV 2012, 550; a.A. *Brause* JR 2013, 134, 136 ff.; differenzierend *Becker* HRRS 2013, 264; s. nun auch die Erwiderung der Mitglieder des 5. Strafsenats, *Basdorf/Sander/Schneider/Dölp/König/Berger/Bellay* NStZ 2013, 563 sowie die Replik von *Fischer/Eschenbach/Krehl* NStZ 10, 564; vgl. ferner *Hassemmer* NJW-Editorial 35/2013.

⁴ Zur Qualität dieser Rohdaten s. aber bereits *Fischer* NStZ 2013, 425, 429 f., 432 in Fn. 31.

⁵ Exemplarisch zur statistischen Methodik *Bortz/Schuster*, Statistik für Human- und Sozialwissenschaftler, 7. Aufl. 2010; *Dytham*, Choosing and Using Statistics, 3. Aufl. 2011; *Hatzinger/Hornik/Nagel*, R – Einführung durch angewandte Statistik, 2011; *Wickens*, Multiway contingency table analysis for the social sciences, 1989.

⁶ Kritik hieran richten auch *Basdorf/Sander/Schneider/Dölp/König/Berger/Bellay* NStZ 2013, 563, 564, die einer Überprüfung der Ergebnisse „auf statistische Signifikanz“ fordern. Explizit, aber methodisch so nicht hinnehmbar ist die Herangehensweise *Beckers*, der in einer deskriptiven Beschreibung aus den „Unterschiede[n] von 30%“ in den Aufhebungsquoten zwischen den Berichterstattern auf eine

I. Einfluss des Strafsenats auf das Ergebnis des Revisionsverfahrens

Fischer referiert zunächst, mit welcher Häufigkeit welcher Strafsenat des BGH in den Jahren 2008 bis 2012 im Beschlussweg eine Revision als offensichtlich unbegründet verwarf oder das angefochtene Urteil teilweise oder vollständig aufhob (§§ 349 II, IV StPO).⁷ Als zu widerlegenden Nullhypothese verwendet *Fischer*, dass es auf das im Beschlussweg getroffene Ergebnis des Revisionsverfahrens – sprich: auf die Häufigkeitsverteilung zwischen Verwerfungen, Teilaufhebungen und Komplettaufhebungen – keinen Einfluss habe, welcher Senat die Entscheidung treffe. Da es für die Revisionsentscheidung keine *a priori* zu erwartende Verteilung gibt, sondern allein zu überprüfen ist, ob das Merkmal „Strafsenat“ von dem Merkmal „Ergebnis des Revisionsverfahrens“ stochastisch unabhängig ist, eignen sich hierfür der (klassische) χ^2 -Test⁸ sowie der – hier im Folgenden verwendete⁹ – (modernere) *G-Test*¹⁰; zur Auswahl der Testmethoden sei auf die einschlägige statistische Spezialliteratur verwiesen.¹¹ Als Signifikanzniveau sei, wie in den empirischen Sozialwissenschaften üblich, $\alpha = .05$ gewählt; mit diesem vorab zu bestimmenden Wert gibt man an, welches statistische „Restrisiko“ – hier also 5 % – man bei empirischen Schlussfolgerungen zu tragen bereit ist.

Da keine zeitlichen Unterschiede untersucht werden sollen, bietet es sich hier an, den gesamten Beobach-

Signifikanz der Unterschiede schließt; *Becker* HRRS 2013, 264, 266 bei und mit Fn. 26.

⁷ *Fischer* NStZ 2013, 425, 428. Zuvor belegt *Fischer* noch, dass in allen Strafsenaten die Erledigung im Beschlussweg dominiert.

⁸ Pearson's Chi-squared Test for Count Data; vgl. *Pearson* Philosophical Magazine Series 5-50, 157, 157 ff.

⁹ Statistisch relevante Unterschiede zwischen diesen beiden Testmethoden ergeben sich beim vorliegenden Datenmaterial nicht. Das Auswertungsskript ist beim Verf. verfügbar; als Auswertungssoftware wurde R 2.15.1 sowie das R-Skript von *Hurd*, verfügbar unter <http://www.pmc.ucsc.edu/~mclapham/Rtips/G%20test.txt> (Stand: 15.10.2013), verwendet.

¹⁰ Vgl. nur *Sokal/Rohlf*, Biometry, 3. Aufl. 1995, S. 729 ff.

¹¹ S. hierzu insbesondere *Bortz/Schuster* (o. Fn. 5), S. 137 ff.; *Dytham* (o. Fn. 5), S. 7 ff.; 72 ff.; *Hatzinger/Hornik/Nagel* (o. Fn. 5), S. 202 ff.; *Wickens* (o. Fn. 5), S. 26 ff.

tungszeitraums 2008-2012 zusammenzufassen¹²; dabei zeigt sich eine signifikante Abhängigkeit des Ergebnisses des Revisionsverfahrens vom zur Entscheidung berufenen Strafsenat, $G^2(8) = 458.34, p < .001$. Zur Erläuterung: Der G^2 -Wert ist eine aus den Rohdaten berechnete statistische Prüfgröße, welche – stark vereinfacht gesprochen – die Unterschiede in der Häufigkeitsverteilung bemisst. Der sich aus dem G^2 -Wert und aus der Anzahl der Freiheitsgrade – hier 8 – ergebende p -Wert gibt die Wahrscheinlichkeit an, mit der man das vorliegende (oder noch abweichenderes) Datenmaterial beobachten kann, wenn die Nullhypothese zutrifft. Ist der p -Wert kleiner als das gewählte Signifikanzniveau α , wird die Nullhypothese verworfen; ist dieser größer, so wird die Nullhypothese beibehalten. Da hier $p < .001$ und damit deutlich kleiner als $\alpha=.05$ ist, ist die Nullhypothese zu Gunsten der gegenteiligen Alternativhypothese zu verwerfen: Das Ergebnis des Revisionsverfahrens hängt vom zur Entscheidung berufenen Strafsenat in statistisch signifikanter Weise ab. Die Abhängigkeit lässt sich auch nicht durch einen einzelnen „Ausreißer“-Senat erklären.¹³ All dies stützt folglich die Bewertung *Fischers*, dass die berichteten Häufigkeiten „durch Zufall gar nicht und in der Sache nur schwer zu erklären“ seien.¹⁴

Gewisse Vorsicht bei der Interpretation ist dennoch geboten, denn Aussagen aufgrund inferenzstatistischer Auswertungen setzen grundsätzlich voraus, dass andere als die untersuchten Merkmale möglichst konstant gehalten werden und daher keinen Einfluss auf das Ergebnis haben (*ceteris paribus*). Diese Voraussetzung ist hier nur bedingt erfüllt, denn die angefochtenen Urteile unterscheiden sich nach ihrer regionalen Herkunft¹⁵ und teilweise auch nach ihrem Sachgegenstand, da der Geschäftsverteilungsplan gewisse Zuständigkeitskonzentrationen vorsieht.¹⁶ Weitere Unterschiede ergeben sich aus der Besetzung der Senate und deren Spruchkörper zwischen und innerhalb der einzelnen Jahre.¹⁷ Daneben lässt die vorstehende Analyse auch außen vor, welche Verfahren im Beschlusswege entschieden werden und bei welchen Verfahren der jeweilige Senat die Entscheidung durch Urteil wählt.¹⁸

¹² Die Rohdaten finden sich in *Fischer* NStZ 2013, 425, 428, Tabelle 4, insb. Spalte „Summe“.

¹³ Lässt man denjenigen Senat mit den größten Residuen (d.h. mit der größten Abweichung) außen vor – das ist hier der 1. Strafsenat –, so ergibt sich gleichwohl eine hoch signifikante Abhängigkeit, $G^2(6) = 116.21, p < 0.001$; auch eine Korrektur dieser *post hoc*-Analyse nach *Bonferroni* änderte hieran nichts.

¹⁴ *Fischer* NStZ 2013, 425, 428.

¹⁵ Hierzu *Fischer* NStZ 2013, 425, 428 f.

¹⁶ Exemplarisch waren etwa Steuer- und Zollstrafsachen im Geschäftsverteilungsplan (nicht nur) des Jahres 2012 allein dem 1. Strafsenat zugewiesen.

¹⁷ Dabei handelt es sich jeweils nur um teilweise Veränderungen der Besetzung; dies legitimiert die hier gewählte Herangehensweise, die Häufigkeiten für den gesamten Berichtszeitraum aufzusummieren.

¹⁸ Summiert man die im Beschluss- und im Urteilswege ergangenen Verwerfungen einerseits sowie die Komplett- bzw. Teilaufhebungen andererseits auf und lässt die Abänderungen des Urteils mit eigener Entscheidung in der Sache außen vor, zeigt sich ebenfalls eine hoch signifikante Abhängigkeit des Merkmals „Ergebnis“ vom Merkmal „Strafsenat“, $G^2(4) = 402.24, p < .001$. Die Rohdaten fin-

II. Einfluss des Berichterstatters auf das Ergebnis des Revisionsverfahrens

Sodann untersucht *Fischer* den Einfluss des Berichterstatters im 2. Strafsenat auf das Ergebnis des Revisionsverfahrens. Eine Auswertung seines Datenmaterials¹⁹ ergibt, dass das Ergebnis des Revisionsverfahrens (Verwerfung, Teil- oder Komplettaufhebung) signifikant davon abhängig ist, wer Berichtersteller ist, $G^2(18) = 108.65, p < .001$. Eine zusätzliche *post hoc*-Analyse zeigt auch hier, dass dies nicht auf einem einzelnen „Abweichler“ beruht.²⁰ Der für geringe absolute Häufigkeiten besonders geeignete *G*-Test ergibt hier markante Ergebnisse, was gegen den Einwand spricht, es liege zu wenig Datenmaterial vor.²¹ Doch auch bei diesem Datenmaterial ist *ceteris paribus* nur teilweise gegeben: Zwar wird der jeweilige Berichtersteller im 2. Strafsenat streng nach abstrakten Kriterien ausgewählt.²² Welcher Berichtersteller für wie viele Urteilsverfahren – und mit welchem Ergebnis – verantwortlich zeichnet, ist hingegen ein unbekannter Faktor. Ein weiterer, gewichtiger Einflussfaktor sind zudem die weiteren zur (einstimmigen) Entscheidung berufenen Senatsmitglieder, die sich je nach personeller Besetzung des 2. Strafsenats und auch je nach Spruchgruppe unterscheiden. Trotz dieser qualitativen Einschränkungen der Datengrundlage spricht viel für die Bewertung *Fischers*, die unterschiedliche Häufigkeitsverteilung und damit der Einfluss der Person des Berichter-

den sich in *Fischer* NStZ 2013, 425, 427, Tabelle 2 sowie 428, Tabelle 4, insb. Spalte „Summe“.

¹⁹ Die von *Fischer* NStZ 2013, 425, 430 f., Tabelle 5, nach Jahren mitgeteilten Häufigkeiten von Verwerfungen, Komplettaufhebungen und Teilaufhebungen bei Entscheidungen nach § 349 II, IV StPO lasen sich, differenziert nach Berichterstattern im 2. Strafsenat, über den Beobachtungszeitraum aufsummieren:

Berichter-statter	Verwerfung	Kom-plettaufhe-bung	Teilaufhe-bung
Nr. 1	173	1	21
Nr. 2	167	0	15
Nr. 3	232	31	67
Nr. 4	212	2	30
Nr. 5	361	7	51
Nr. 6	337	12	54
Nr. 7	229	16	51
Nr. 8	179	11	46
Nr. 9	167	19	26
Nr. 10	148	3	31

²⁰ Lässt man denjenigen Berichtersteller mit den größten außen vor – das ist hier Berichtersteller Nr. 3 –, so ergibt sich gleichwohl eine hoch signifikante Abhängigkeit, $G^2(16) = 71.30, p < 0.001$; auch eine Korrektur dieser *post hoc*-Analyse nach *Bonferroni* änderte hieran nichts.

²¹ So aber – ohne eigene inferenzstatistische Auswertung – tendenziell *Basdorf/Sander/Schneider/Dölp/König/Berger/Bellay* NStZ 2013, 563, 564; vgl. hiergegen *Fischer/Eschelbach/Krehl* NStZ 2013, 564, 565.

²² *Fischer* NStZ 2013, 425, 427.

statters auf das Ergebnis des Revisionsverfahrens sei „signifikant“.²³

III. Einfluss des Vorsitzenden auf das Ergebnis des Revisionsverfahrens

Betrachtet man zur Analyse des Einflusses des Senatsvorsitzenden auf das Ergebnis des Revisionsverfahrens zunächst nur die – aufsummierten – unter den jeweiligen Vorsitzenden getroffenen Entscheidungen, so lässt sich keine statistisch signifikante Abhängigkeit dieses Ergebnisses vom Merkmal „Vorsitzender“ feststellen; je nach Datenquelle²⁴ $G^2(6) = 7.26, p = .30$ oder $G^2(6) = 9.26, p = .16$.²⁵ Allerdings ist in der Tat zu hinterfragen, ob die Vorsitzenden V2 bis V4 in den 6 bis 11 Monaten ihrer Tätigkeit bereits eine ausreichende Zeit hatten, „ihren“ – zudem durch personelle Turbulenzen aufgewiegelt und zeitweise durch einen Doppelvorsitz belasteten – Senat zu prägen.²⁶

Innerhalb des Beobachtungszeitraums 2008-2012 kam es allerdings noch zu einem weiteren Wechsel des Vorsitzes, der einen statistischen Seitenblick lohnt, namentlich im 4. Strafsenat.²⁷ Vergleicht man die Erledigungen im (letzten) vollen Amtsjahr der vorherigen Vorsitzenden 2009 und im (ersten und letzten) vollen Amtsjahr des neuen Vorsitzenden 2011,²⁸ so zeigt sich eine signifikante Ab-

hängigkeit zwischen Vorsitz und Ergebnis, $G^2(2) = 9.21, p = .01$. Diese Analyse lässt indes die umfanglichen weiteren personellen Veränderungen im 4. Strafsenat zwischen 2009 und 2011 außer Acht.

Auf Grundlage dieser geringen, unsicheren und zweideutigen Datengrundlage lässt sich somit schlicht – so auch Fischer²⁹ – keine fundierte Aussage darüber treffen, ob ein Vorsitzender einen statistisch signifikanten Einfluss auf die Ergebnisse der im Beschlussweg erledigten Revisionen hat. Hierfür wären weitere Erhebungen erforderlich.³⁰

IV. Fazit

Fischer bewies Treffsicherheit in seiner empirischen Argumentation: Das Ergebnis der im Beschlussweg erledigten Revisionen ist signifikant abhängig von dem zur Entscheidung berufenen Senat sowie innerhalb des Senats vom zur Vorbereitung der Entscheidung berufenen Berichterstatter. Mit den von ihm berichteten Rohdaten und den hier angewandten inferenzstatistischen Methoden lässt sich allerdings weder eine kausale Wirkungskette nachweisen (so ginge es etwa fehl, aus dieser Auswertung zu schließen, jeder Berichterstatter setze sich „fast immer“ mit seinem Votum durch) noch eine Aussage für Einzelfälle oder für einzelne Berichterstatter treffen. Auch ist anzuerkennen, dass in der weit überwiegenden Mehrzahl der Revisionsverfahren das Ergebnis identisch sein dürfte, wer auch immer Berichterstatter ist. Es verbleibt aber, vereinfacht gesprochen, eine statistische Auffälligkeit bei einer nicht unerheblichen Anzahl von Revisionsverfahren, bei denen derselbe Senat unterschiedliche Entscheidungen trifft, je nach dem welcher Richter als Berichterstatter wirkt. Die – ungeklärte – normative Kernfrage ist nun, ob eben dies verfassungs- und strafprozessrechtlich hinzunehmen ist.

Schließlich: Der Einsatz statistischer Methoden hält etliche Fallstricke bereit, in denen man sich – als Rechtswissenschaftler, aber auch als Praktiker – bei einer zu oberflächlichen Betrachtung von empirischem Datenmaterial verfangen kann.³¹ Bewertungen solchen Datenmaterials sollten daher, um nachvollziehbar zu sein, stets Ausführungen zur angewendeten statistischen Methodik enthalten.

²³ Fischer NStZ 2013, 425, 430.

²⁴ Summenwerte aus Fischer NStZ 2013, 425, 430 f., Tabelle 5 bzw. 432, Tabelle 6. Zu den Unterschieden zwischen diesen beiden Datenquellen vgl. Fischer NStZ 2013, 425, 432 in Fn. 31. Ferner ist zu beachten, dass 2011 innerhalb des Jahres der Vorsitzende wechselte.

²⁵ Dieser Eindruck verstärkt sich noch, wenn man ceteris paribus-Bedingungen wenigstens annähernd herzustellen sucht, indem man das Datenmaterial auf diejenigen Berichterstatter Nr. 5 bis Nr. 9, die unter dem Vorsitz von V1 bis V4 agierten, und auf den Beobachtungszeitraum 2010 bis 2012 begrenzt, denn dann ergibt sich $G^2(6) = 2.08, p = .91$.

²⁶ Weniger skeptisch Fischer NStZ 2013, 425, 432 in Fn. 30.

²⁷ Im 3. Strafsenat wechselte der Vorsitz bereits im Laufe des Jahres 2008; im 4. Strafsenat erneut erst im Laufe des Jahres 2012; im 1. und 5. Strafsenat kam es im Beobachtungszeitraum zu keinem Wechsel in der Person des Vorsitzenden.

²⁸ Aus den von Fischer NStZ 2013, 425, 428, Tabelle 4 mitgeteilten Rohdaten lassen sich die Häufigkeiten von Verwerfungen, Komplettaufhebungen und Teilaufhebungen bei Entscheidungen des 4. Strafsenats nach § 349 II, IV StPO in den Jahren 2009 (Vorsitz: V) und 2011 (Vorsitz: V*) bestimmen:

Jahr	Verwerfung	Komplettaufhebung	Teilaufhebung
2009 – Vorsitzende V	485	9	87
2011 – Vorsitzender V*	467	15	129

²⁹ Fischer NStZ 2013, 425, 428 bezeichnet dies als „offen“.

³⁰ Ein Ansatzpunkt für eine solche Auswertung wäre, sich auf diejenigen Berichterstatter zu konzentrieren, die – infolge wechselnder Zuweisung – unter verschiedenen Vorsitzenden agierten bzw. agieren.

³¹ Exemplarisch sei verweisen auf die sog. „prosecutor’s fallacy“ – grundlegend Thompson/Schumann Law and Human Behavior 11 (1987), S. 167-187 – sowie auf die Fehlerquellen beim Umgang mit biometrischen und aus Datenbanken extrahierten Daten – zusammenfassend Brodowski, Weighting Digital Evidence in Criminal Proceedings, in: Jänke u.a. (Hrsg.), Current Issues in IT Security (2012), S. 9, 19 ff.

Der Widerspruch zur rechten Zeit

Von Wiss. Ass. Dr. Mohamad El-Ghazi/Wiss. Mit. Andreas Merold*

I. Einführung

Das Erfordernis, einen Widerspruch gegen die Verwertung eines Beweismittels zu erheben, um dessen Verwertbarkeit im Strafverfahren auszuschließen, steht bereits von jeher in der Diskussion.¹ Der Diskurs beschränkt sich dabei überwiegend auf die Frage nach der dogmatischen Berechtigung und der Reichweite des Widerspruchserfordernisses.² Neuerdings wird der Versuch unternommen, die Widerspruchslösung auf ein neues dogmatisches *Fundament* zu stellen. Insbesondere *Mosbacher* spricht sich dafür aus, in den Fällen eines fehlenden Widerspruchs dem Beschwerdeführer das notwendige Rechtsschutzbedürfnis abzusprechen.³ Der Bundesgerichtshof beruft sich bislang (noch) auf die sog. Tatbestandslösung, die den Widerspruch gegen die Verwertung des Beweismittels zur notwendigen tatbestandlichen Voraussetzung für das Eingreifen eines Beweisverwertungsverbots erhebt.⁴

Ein *ausdrückliches* Widerspruchserfordernis wurde in der Rechtsprechung des Bundesgerichtshofs erstmals im Zusammenhang mit der Verletzung der Belehrungspflichten aus § 136 Abs. 1 S. 2 StPO (auch i. V. m. § 163a Abs.

4 S. 2 StPO) formuliert.⁵ Im Laufe der Zeit wurde der Anwendungsbereich der Widerspruchslösung auf immer mehr Beweisverwertungsverbote ausgedehnt. Ein Widerspruch ist nach heutiger Rechtsprechung u. a. auch bei einer fehlerhaften Belehrung über die Rechte nach Art. 36 Abs. 1 lit. b Satz 3 WÜK,⁶ bei einem Verstoß gegen den Richtervorbehalt aus § 81a Abs. 2⁷ oder § 105 Abs. 1 S. 1 StPO⁸, bei der Verwertung von Erkenntnissen aus einer Telefonüberwachung⁹ oder bei einem Verstoß gegen die Benachrichtigungspflichten aus § 168c Abs. 5 StPO¹⁰ erforderlich, um ein Beweisverwertungsverbot auszulösen.

Zum Widerspruchserfordernis an sich kommen qualitative Anforderungen hinzu. Der Widerspruch bedarf einer inhaltlichen Begründung, die die Stoßrichtung des Angriffs erkennen lassen muss.¹¹ Er muss sich ferner auf *jedes* Beweismittel beziehen, das für unverwertbar gehalten wird.¹² Ein allgemeiner Widerspruch soll damit nicht genügen.

* Der Autor El-Ghazi ist Wissenschaftlicher Assistent am Lehrstuhl für Straf- und Strafprozessrecht von Frau Prof. Dr. Ingeborg Zerbos (Universität Bremen); der Autor Merold ist Wissenschaftlicher Mitarbeiter an der Universität Bremen.

¹ Zur Entwicklung der Widerspruchslösung vgl. *Kudlich* HRRS 2011, 114 ff.

² Zur Begründung aus dem Gedanken der Disposition siehe BGHSt 50, 272, 274 = HRRS 2006 Nr. 40 Rn. 13; kritisch hierzu *Mosbacher*, in: Festschrift für *Widmaier* (2008), S. 339, 343; dem Gedanken folgend, dem erkennenden Gericht die Möglichkeit zu geben, dem Beweisverwertungsverbot nachzugehen: BGHSt 42, 38; hierzu *Mosbacher* NJW 2007, 3686; *Mosbacher* JuS 2008, 125; allgemein kritisch zur Widerspruchslösung siehe *Fezer* StV 1997, 57, 58 f.; *Fezer* JZ 2006, 474; *Roxin* JZ 1997, 346; *Roxin* NStZ 2007, 616, 618; *Herdegen* NStZ 2000, 1; *Heinrich* ZStW 112, S. 39. Weitere Nachweise bei *Meyer-Gofßner*, 56. Aufl. (2013), § 136 Rn. 15; dargestellt bei *Kuhn* JA 2010, 891 ff.; insbesondere zum Begründungsdefizit siehe *Fezer* HRRS 2010, 281, 282 f.

³ *Mosbacher*, in: Festschrift für *Widmaier* (2008), S. 339, 348.

⁴ Vgl. nur BGHSt 38, 214, 225; BGH StV 1987, 139, 140; BGH StV 1995, 283, 286; OLG Celle StV 1997, 68; kritisch beispielsweise *Dudel*, Das Widerspruchserfordernis bei Beweisverwertungsverböten, Diss. (1999), S. 88 ff.

⁵ BGHSt 38, 214, 218; 39, 349; 42, 15, 22 ff.; 50, 272, 274 = HRRS 2006 Nr. 40 Rn. 12; 52, 38 = HRRS 2007 Nr. 900 Rn. 19; BGH NJW 1997, 2893; BGH NStZ 1997, 502; BGH NStZ 2004, 389 = HRRS 2004 Nr. 324 Rn. 4; hierzu *Burhoff* StraFo, 2003, 267, 268; zum Begriff der Beschuldigtenvernehmung siehe *Hinderer* JA 2012, 115 ff.; *Finger* JA 2006, 529, 534 f. Hinsichtlich der Belehrung über das Recht, einen Verteidiger hinzuzuziehen, vgl. BGH NStZ 1997, 609; *Kaufmann*, NStZ 1998, 474. Zur Anwendung bei § 136a StPO offengelassen in BGH NStZ 1996, 290 und BGH NStZ 2008, 706, 707 = HRRS 2009 Nr. 133 Rn. 3; angedeutet in BGH NStZ 2011, 596, 598 = HRRS 2011 Nr. 612 Rn. 6; kritisch *Fezer* StV 1997, 57 ff.

⁶ BGHSt 52, 38, 41 = HRRS 2007 Nr. 900 Rn. 18; kritisch *Gaede* HRRS 2007, 402, 403 ff.

⁷ OLG Frankfurt NStZ-RR 2011, 46; OLG Hamm NJW 2009, 242, 243; OLG Hamburg StV 2008, 454; *Prittowitz* StV 2008, 486, 492 f.; *Heß* NJW-Spezial 2008, 297, 298.

⁸ Vgl. nur OLG Hamm StV 2009, 567, 568; (wohl) BGH NStZ 2009, 648 = HRRS 2009 Nr. 663 Rn. 4.

⁹ BGH StV 2001, 545; BGH StV 2008, 63, 64 = HRRS 2006 Nr. 473 Rn. 35; a. A. *Wollweber* wistra 2001, 182. Zum Verständnis des § 238 Abs. 2 StPO als Widerspruchshandlung siehe *Fezer* HRRS 2006, 239, 240.

¹⁰ *Mosbacher*, in: Festschrift für *FS Widmaier* (2008), S. 339, 342.

¹¹ Vgl. BGHSt 52, 38, 42 = HRRS 2007 Nr. 900 Rn. 20; BGH StV 2011, 603, 604 = HRRS 2011 Nr. 975 Rn. 13.

¹² BGHSt 39, 349, 352 f.; *Burhoff* StraFo, 2003, 267, 271. Es genügt jedoch, wenn aus dem Widerspruch deutlich wird, dass er sich auf alle ein Beweisthema betreffenden Beweis-

Inwieweit der Angeklagte durch die Statuierung eines Widerspruchserfordernisses belastet wird, hängt jedoch vor allem davon ab, wie lange ihm das Recht zur Disposition über die Verwertbarkeit des betreffenden Beweismittels zugestanden wird. Es macht natürlich einen gravierenden Unterschied, ob der Widerspruch unverzüglich nach Beginn der Hauptverhandlung angebracht werden muss oder ob die Verteidigung sich ihn bis zum letzten Wort des Angeklagten vorbehalten kann. Je enger das zeitliche Fenster gespannt wird, in dem der Verwertungswiderspruch erhoben werden kann, desto eher besteht die Gefahr, dass eine Verwertung von Beweiserkenntnissen gegen den Willen des Angeklagten erfolgt. Eine solche Gefahr gilt es insbesondere dann zu vermeiden, wenn man ein Widerspruchserfordernis unter Berufung auf die Dispositionsfreiheit des Angeklagten über das Verwertungsverbot zu rechtfertigen sucht.¹³

Die Rechtsprechung verlangt diesbezüglich, dass der Widerspruch in einem engen temporären Zusammenhang mit der jeweiligen Beweiserhebung erfolgen muss. Zur Determination des letztmöglichen Zeitpunktes greift der BGH dabei auf § 257 StPO zurück.¹⁴ Der Verwertung müsse spätestens nach Abschluss der jeweiligen Beweiserhebung und damit noch vor Beginn der darauffolgenden Beweiserhebung widersprochen werden.

Ein verspäteter Widerspruch soll nicht, auch nicht nach Aussetzung des Verfahrens oder im Rahmen eines neuen Instanzenzugs nach Aufhebung des Urteils durch das Revisionsgericht, nachgeholt werden können.¹⁵ Ob der rechtzeitig erhobene Widerspruch in die nächste Tatsacheninstanz fortwirkt, ist hingegen bislang nicht höchst-richterlich geklärt – dieser Frage soll hier aber nicht näher nachgegangen werden.¹⁶

II. Anwendung des § 257 StPO

Nach § 257 StPO haben sowohl der Angeklagte als auch die Verteidigung und die Staatsanwaltschaft nach jeder Beweiserhebung die Gelegenheit, sich zu ihr zu erklä-

erhebungen beziehen soll, vgl. zuletzt BGH NJW 2013, 2769, 2772 f. = HRRS 2013 Nr. 805 Rn. 27.

¹³ So BGHSt 51, 1, 3 = HRRS 2006 Nr. 313 Rn. 7, 10.

¹⁴ BGHSt 38, 214, 225 f.; 39, 349, 352; 50, 272, 274 = HRRS 2006 Nr. 40 Rn. 12; kritisch Fezer JZ 1994, 686, 687.

¹⁵ So auch nicht nach einer Zurückverweisung durch das Revisionsgericht, vgl. BGHSt 50, 272 = HRRS 2006 Nr. 40 Rn. 12; a. A. Schlothauer StV 2006, 397, 398; Burhoff StraFo, 2003, 267, 271; Basdorf StV 1997, 488, 492; Hartwig JR 1998, 359, 363; Herdegen NStZ 2000, 1, 4; für die Wiederaufnahme siehe OLG Stuttgart StV 2001, 388; Burhoff StraFo, 2003, 267, 271.

¹⁶ Gegen eine Fortwirkung z. B. OLG Stuttgart StV 2001, 388. So könnte sich unter Beachtung der Begründung des Widerspruchs über das Rechtsschutzbedürfnis ergeben, dass der Verteidiger jedes mögliche Mittel ergreifen muss, um sein Rechtsschutz zu verfolgen. Dies würde bedeuten, dass auch im Rahmen einer nachfolgenden Berufungsinstanz der Widerspruch erhoben werden müsste, da es sich hierbei um ein anderes Gericht handelt, dass noch nicht über die Frage der Beweisverwertung entschieden hat und ferner nicht an die rechtliche Frage des Gerichts in der ersten Instanz gebunden ist.

ren.¹⁷ Der Angeklagte soll vom Vorsitzenden gefragt werden, ob er zu der vorausgegangenen Beweiserhebung etwas zu erklären habe (Abs. 1); Staatsanwaltschaft und Verteidigung ist die Gelegenheit dazu auf Verlangen zu gewähren (Abs. 2). Zum Umfang des Erklärungsrechts gibt zumindest § 257 Abs. 3 StPO Anhaltspunkte.¹⁸ Die Erklärung darf nicht zu einem vorweggenommenen Schlussplädoyer *ausufern*.

Prima facie mag die Heranziehung des § 257 StPO auf Verwunderung stoßen. Zum einen lässt sich dieser Vorschrift, die u. a. zur Verwirklichung des Anspruchs des Angeklagten auf rechtliches Gehör beiträgt¹⁹, keine Erklärungs*pflicht*, sondern nur ein Recht auf Erklärung entnehmen. Zum anderen bewirkt § 257 StPO keine Präklusion des Erklärungsrechts.²⁰ Sowohl der Angeklagte als auch der Verteidiger und die Staatsanwaltschaft bleiben auch nach dem in § 257 StPO benannten Zeitpunkt weiterhin berechtigt, zu einem späteren Zeitpunkt, z. B. im Rahmen der Schlussvorträge oder des letzten Wortes, zu den Ergebnissen der Beweisaufnahme (nochmals) Stellung zu beziehen. Mithilfe einer schlichten Analogie des § 257 StPO lässt sich die Befristung des Verwertungswiderspruchs damit methodisch nicht bewerkstelligen. Eine solche Analogie wird vonseiten der Rechtsprechung wohl auch nicht verfolgt.

Das Erfordernis, den Widerspruch bis zu dem in § 257 StPO genannten Zeitpunkt zu erheben, kann daher im Ergebnis nur als immanenter Bestandteil der Widerspruchslösung begriffen werden. Betrachtet man das Widerspruchserfordernis als ungeschriebenes Tatbestandsmerkmal eines Beweisverwertungsverbotes, dann lässt sich die Rechtzeitigkeit des Widerspruchs als eine Art Untertatbestandsmerkmal des Widerspruchs ansehen. Tatbestandsvoraussetzung für das Eingreifen eines Beweisverwertungsverbotes ist damit von vorneherein, dass der Widerspruch – nicht nur überhaupt und in der richtigen Form, sondern – auch zur richtigen Zeit erhoben worden ist. Die Rechtzeitigkeit ist damit Teil der Gesamtkonzeption der *Widerspruchsidee* an sich. Unterstellen wir, der Gesetzgeber wollte die Frage, wann ein Verstoß gegen eine Beweiserhebungsvorschrift zu einem Verwertungsverbot führen soll, nicht selbst regeln, sondern ihre Beantwortung bewusst der Rechtsprechung überlassen, dann wäre das Erfordernis eines rechtzeitigen Widerspruchs, die im Wege einer gesetzesimmanenten Rechtsfortbildung erzielte Lösung der Rechtsprechung auf die Beweisverbotsproblematik.

Nur zur Klarstellung: Die vorformulierten Erwägungen sollen keine Stellungnahme zur Legitimation der Widerspruchslösung beinhalten. Ihre Berechtigung soll hier als *unverrückbare* Prämisse den nachfolgenden Gedankengängen, die sich mit der Recht- und Zweckmäßigkeit einer

¹⁷ Ausdrücklich miteinbezogen werden die Vernehmung des Angeklagten selbst und die des Mitangeklagten.

¹⁸ Leibold StraFo 2001, 300, 301.

¹⁹ LR/Stuckenberg, 26. Aufl. (2013), § 257 Rn. 2.

²⁰ Maiberg, Zur Widerspruchsabhängigkeit von strafprozessualen Verwertungsverboten, Diss. (2003), S. 239.

zeitlichen Anknüpfung an § 257 StPO befassen, zugrunde gelegt werden.²¹

1. Notwendigkeit einer zeitlichen Fixierung des Widerspruchs

Die Anknüpfung des Widerspruchs an einen Zeitpunkt ist integraler Bestandteil der Widerspruchslösung. Ohne sie wäre die Widerspruchslösung nicht das, was sie heute faktisch ist: nämlich ein Mittel zur wirksamen Beschränkung der materiellen Gerechtigkeit zugunsten der Rechtssicherheit. Nur durch die Festlegung eines hinreichend statischen Zeitpunktes, an dem der Widerspruch gegen die Verwertung des Beweismaterials spätestens zu erfolgen hat, kann die Widerspruchslösung der Funktion gerecht werden, die ihr die Rechtsprechung zugetragen hat.²² Der von der unstatthafter Beweiserhebung Betroffene soll zum vorgegebenen Zeitpunkt spätestens und endgültig darüber befinden müssen, ob er die Beweisverwertung für die Urteilsfindung gestattet oder nicht. Im Nachgang an seine Entscheidung soll für das erkennende Gericht definitiv feststehen, wie es mit dem von dem Erhebungsverbot betroffenen Beweis weiter zu verfahren hat. Auf diese Weise treten keine Unsicherheitsfaktoren mehr auf. Das Gericht weiß nun, ob es den Beweis im weiteren Verlauf der Hauptverhandlung heranziehen darf oder nicht. Räumte man hingegen dem Widerspruchsberechtigten ein zeitlich unbeschränktes Widerspruchsrecht ein, dann bestünde eine solche Gewissheit über das verwertungsspezifische Schicksal des Beweismittels nicht. Ließe man den Widerspruch bis zum Ende des Hauptverfahrens zu, so hätte es der Widerspruchsberechtigte sogar in der Hand, dem Urteil noch im Nachhinein seine tatsächliche Grundlage zu *rauben*, indem er den Verwertungswiderspruch erst im Revisionsverfahren erhebt. Nunmehr wird deutlich, warum die Notwendigkeit einer zeitlichen Fixierung des Widerspruchs als integraler Bestandteil der Widerspruchslösung qualifiziert werden muss. Ohne eine temporäre Beschränkung des Widerspruchsrechts wäre die von der Rechtsprechung entwickelte Widerspruchslösung zum Scheitern verurteilt. Die Widerspruchslösung löst damit notwendig die Frage nach einer zeitlichen Schranke des Widerspruchsrechts auf.

2. Die verfassungsrechtliche Dimension der Widerspruchslösung

Besteht demnach also mit der Anerkennung der Widerspruchslösung auch die Notwendigkeit, eine zeitliche Schranke für den Widerspruch zu installieren, so darf nicht übersehen werden, dass die Beschränkung des Widerspruchsrechts in zeitlicher Hinsicht mit einer Intensivierung des Eingriffs in die (Grund-)Rechte des Angeklagten einhergeht. Diese Eingriffsintensivierung

bedarf einer speziellen Rechtfertigung in dem Sinne, dass die Gründe, die für eine zeitliche Beschränkung des Widerspruchsrechts – und damit des Verwertungsverbotes – streiten, gegenüber dem Interesse des Angeklagten, dass seine Verurteilung nicht auf rechtswidrig gewonnene Beweismittel gestützt wird, überwiegen. Im Einzelnen:

Die Erhebung und Verwertung rechtswidrig gewonnener Beweisergebnisse tangieren die Grundrechte des Angeklagten auf vielschichtige Weise. Strafprozessuale Beweisgewinnungsmaßnahmen, wie beispielsweise die körperliche Untersuchung, die Beschlagnahme, die Telekommunikationsüberwachung oder die Durchsuchung, die unter Verletzung von Beweiserhebungsvorschriften angeordnet oder vollzogen worden sind, greifen ungerichtet in die Grundrechte der von ihnen betroffenen natürlichen (oder juristischen) Person ein.²³ Erfolgt im Anschluss an die rechtswidrige Beweisgewinnung eine Beweisverwertung (zulasten des Grundrechtsträgers²⁴), wird dieser Eingriff in das jeweilige Grundrecht potenziert (bzw. wiederholt). Jede weitere Verwendung von (rechtswidrig gewonnenen) Daten bedeutet einen weiteren (neuen) Grundrechtseingriff, welcher einer eigenständigen Ermächtigungsgrundlage bedarf.²⁵ Als gesetzliche Grundlagen für die weitere Verwendung der Beweisergebnisse eignen sich die § 244 Abs. 2 StPO für die Einführung in die Hauptverhandlung und § 261 StPO für die Berücksichtigung der Beweise bei der Urteilsfindung.²⁶ Diese Vorschriften beschränken sich von ihrem Anwendungsbereich nicht auf rechtmäßig erhobene Beweise.²⁷ Ob aber die Potenzierung (bzw. Wiederholung) des Grundrechtseingriffs gestützt auf § 244 Abs. 2 und § 261 StPO verfassungsrechtlich gerechtfertigt ist, muss – unter Zugrundelegung der Abwägungslehre – davon abhängen, ob die Interessen des Angeklagten gegenüber dem Interesse der Allgemeinheit an der Verfolgung und Verurteilung der Straftat überwiegen.²⁸ Ist dies der Fall, so folgt aus den Grundrechten des Betroffenen ein Anspruch darauf, dass die weitere Verwendung der rechtswidrig erhobenen Beweise durch die Strafverfolgungsbehörden unterbleibt.²⁹

Zumindest gedanklich bietet sich hier eine Heranziehung der Grundsätze zum öffentlich-rechtlichen Folgenbeseiti-

²³ Erfolgt die Beweiserhebung unter Verstoß gegen die gesetzlichen Vorgaben, kann der Grundrechtsverstoß schon deshalb nicht verfassungsrechtlich gerechtfertigt sein, weil das Gesetz den Grundrechtseingriff, zumindest nicht in dieser Art und Weise, gestatten.

²⁴ Zum Gedanken der Mühlenteichtheorie vgl. *Roxin/Schäfer/Widmaier StV* 2006, 655 ff.

²⁵ Vgl. zuletzt BGH NStZ 2013, 242, 243 = HRRS 2013 Nr. 230 Rn. 33; vgl. auch *Jahn Gutachten C* zum 67. DJT (2008), S. C 68 ff.

²⁶ BVerfG NJW 2012, 907, 912 = HRRS 2012 Nr. 27 Rn. 118; *Rogall JZ* 2008, 818, 822 f., 825.

²⁷ Vgl. BGH NStZ 2013, 242, 243 = HRRS 2013 Nr. 230 Rn. 34.

²⁸ Grundlegend zur Abwägungslehre *Rogall ZStW* 91 (1979), S. 1, 28 ff.; *Neumann ZStW* 101 (1989), S. 52, 64 ff.; zur Rechtsprechung BGHSt 24, 125, 130 f.; 38, 214, 221 f.; 38, 372.

²⁹ Vgl. *Papier in Maunz/Düring*, 69. Ergänzungs-Lfg. (2013), Art. 34 Rn. 62.

²¹ Auch nach *Roxin/Schünemann*, StrafverfahrensR, 27. Aufl. (2012), § 24 Rn. 34, ist eine Lossagung der Rechtsprechung von der Widerspruchslösung nicht mehr zu erwarten.

²² BVerfG NStZ 2012, 496, 499 = HRRS 2012 Nr. 27 Rn. 111 ff.; BGHSt 42, 15, 23; OLG Celle NZV 1993, 42, 43 f.; Hamm NJW 1996, 2185, 2188.

gungs- oder Unterlassungsanspruch an.³⁰ Wird aber dieser Anspruch auf Unterbleiben der weiteren Verwendung der rechtswidrig gewonnenen Beweisergebnisse durch ein zeitgebundenes Widerspruchserfordernis beschränkt, so bedarf auch diese, durch den Widerspruch ausgelöste Restriktion einer (erneuten) verfassungsrechtlichen Rechtfertigung in dem Sinne, dass das Widerspruchserfordernis der Erreichung eines legitimen Zweckes dient und der Eingriff in die Grundrechte geeignet, erforderlich und – mit Blick auf die Belastungen des Grundrechtsträgers – auch angemessen ist. Denn die Notwendigkeit der Erhebung eines Widerspruchs wirkt sich selbst grundrechtsbeschränkend aus, weil es den aus den Grundrechten derivierten Anspruch des Angeklagten darauf, dass die Folgen der rechtswidrigen Beweiserhebung vollständig beseitigt werden, *zusätzlich* beschränkt. Schon aus diesem Grund bedarf die zeitliche Fixierung des Widerspruchs einer eigenständigen verfassungsrechtlichen Rechtfertigung.

Das zeitlich gebundene Widerspruchserfordernis weist aber noch eine weitere grundrechtstangierende Dimension auf. Es ist nicht ausgeschlossen, dass das Widerspruchserfordernis auch in Konflikt mit der Rechtsschutzgarantie treten kann. Um das Spannungspotenzial zu Art. 19 Abs. 4 GG aufzuzeigen, bedarf es jedoch einer subtileren Betrachtung:

Art. 19 Abs. 4 GG gewährleistet jedem Grundrechtsträger, der meint durch die öffentliche Gewalt in seinen subjektiven Rechten verletzt zu sein, einen Anspruch auf einen effektiven Rechtsschutz durch Zugang zum Rechtsweg.³¹ Damit garantiert das Leistungsgrundrecht aus Art. 19 Abs. 4 GG einen Individualrechtsschutz zugunsten des Grundrechtsträgers.³²

Verletzt eine Beweiserhebungsmaßnahme durch die Strafverfolgungsbehörden ein subjektives Recht des von ihr betroffenen Rechtsträgers, dann stehen ihm nach dem gesamtstrafprozessualen Rechtsschutzgefüge mehrere Möglichkeiten offen, sich gegen die Rechtsbeeinträchtigung und ihre Folgen auf dem Rechtsweg zur Wehr zu setzen. Zunächst besteht für den potenziell Rechtsbeeinträchtigten grundsätzlich die Möglichkeit, die Zwangsmaßnahme isoliert entweder auf dem Wege des § 98 Abs. 2 S. 2. StPO (analog)³³ oder, für den Fall, dass die Maßnahme auf einem ermittelungsrichterlichen Beschluss beruht, mit der Beschwerde nach § 304 StPO anzugreifen. Ein solcher Rechtsschutz gewährleistet zwar, dass die Zwangsmaßnahme bzw. die Art und Weise, wie sie von staatlicher Seite vollzogen worden ist, als rechtswid-

rig *enttarnt* werden kann. Damit sind die möglichen negativen Folgen der rechtswidrigen Beweisgewinnung aber mitnichten vollständig abgewehrt. Zur Erreichung dieses Zieles eignen sich die Verfahren nach § 98 Abs. 2 S. 2 StPO (analog) oder § 304 StPO nicht. Zum einen entfalten die auf diesem Wege erzielten Entscheidungen keine präjudizielle Wirkung für das Hauptverfahren.³⁴ Zum anderen ist mit einem Rechtswidrigkeitsverdikt noch keine Entscheidung über die Verwertbarkeit der rechtswidrig erhobenen Beweisergebnisse in der Hauptverhandlung gefällt. Weder im Verfahren nach § 98 Abs. 2 S. 2 StPO (analog) noch im Beschwerdeverfahren hat das Gericht auch eine Entscheidung über die Verwertbarkeit der Beweisergebnisse zu treffen. Ein effektiver Rechtsschutz gegen die Folgen der rechtswidrigen Beweiserhebung ist allein auf diesem Wege damit nicht gewährleistet.

Solange die Strafgerichte das Eingreifen eines Beweisverwertungsverbotes aber von der Erhebung eines Widerspruchs abhängig machen und somit den Rechtsschutz gegen die Folgen der rechtswidrigen Beweiserhebung nicht von Amts wegen gewährleisten, besteht mit Blick auf die Rechtsschutzgarantie des Art. 19 Abs. 4 GG das Bedürfnis, den Widerspruch selbst als Rechtsschutzgewährleistungsmittel im Sinne dieses Grundrechts anzuerkennen. Mithin existiert nicht nur eine Obliegenheit zur Widerspruchserhebung, die Verfassung garantiert auch ein Recht auf Widerspruch gegen die Beweisverwertung, weil erst dieser Widerspruch einen wirksamen Rechtsschutz ermöglicht. Erst seine Erhebung gewährleistet, dass die dem Angeklagten drohenden Beweismachteile effektiv abgewehrt werden. Somit bedeutet eine zeitliche Beschränkung des Widerspruchs zugleich auch eine Beschränkung des (effektiven) Rechtsschutzes. Die Anerkennung des Widerspruchsrechts vor dem Hintergrund der Rechtsschutzgarantie bedeutet dabei aber nicht die Anerkennung eines *Rechtsschutzes gegen den Richter*.³⁵ Der Widerspruch garantiert weiterhin nur einen *Rechtsschutz durch den Richter*, indem erst seine Anbringung dazu führt, dass das Tatgericht überhaupt ein Beweisverwertungsverbot annehmen darf. Erst der Widerspruch garantiert, dass die Folgen der rechtswidrigen Beweiserhebung wirksam beseitigt werden können.

Die Rechtsschutzgarantie wird dann beeinträchtigt, wenn der Rechtsweg entweder gar nicht oder nur in einer Weise eröffnet wird, die dem Betroffenen unzumutbar ist, weil sie aus Sachgründen nicht mehr gerechtfertigt werden kann.³⁶ Wird das Recht, einen Widerspruch gegen die Verwertung zu erheben, ganz oder in unzumutbarer Weise beschränkt, obwohl nur seine Erhebung die Abwehr der Folgen einer rechtswidrigen Beweisgewinnung

³⁰ Zur Ableitung des Folgenbeseitigungsanspruches aus den Freiheitsgrundrechten vgl. BVerwG NJW 1985, 817, 818 f.; BVerwGE 69, 366, 368; 82, 76, 95; 94, 100, 103; Fiedler NVwZ 1986, 969 ff. Zur Heranziehung des Folgenbeseitigungsgedankens für die Beweisverbotslehre vgl. Südhoff, Der Folgenbeseitigungsanspruch als Grundlage verwaltungsverfahrensrechtlicher Wertungsverbote, Diss. (1995), insbesondere S. 175 f.

³¹ Vgl. BVerfGE 40, 272, 274; 60, 253, 269; zum Anspruch auf wirksame Kontrolle vgl. BVerfGE 84, 34, 49; 93, 1, 13; 113, 273, 310 = HRRS 2005 Nr. 550 Rn. 102 ff.

³² Vgl. Jarass in Jarass/Pieroth, 12. Aufl. (2012), Art. 19 Rn. 32.

³³ Vgl. nur Roxin/Schünemann (Fn. 21), § 29 Rn. 14.

³⁴ Die Entscheidung außerhalb der Hauptverhandlung entfaltet keine Bindung zulasten des erkennenden Gerichts, vgl. Bottke, StV 1986, 120 (125); Fezer, in: Festschrift für Rieß (2002), S. 93, 106; Hilger JR 1990, 485, 488 f. A. A. Schlotthauer StV 2003, 208, 210; mit ausführlicher Begründung gegen eine Bindungswirkung H. Schmidt NStZ 2009, 243 ff.

³⁵ Art. 19 Abs. 4 gewährleistet lediglich einen Rechtsschutz durch den Richter, nicht gegen den Richter. Die Existenz eines Instanzenzugs wird daher nicht durch Art. 19 Abs. 4 GG garantiert, vgl. nur BVerfGE 4, 74, 94 f.; 11, 232, 233; 28, 21, 36.

³⁶ Vgl. nur BVerfGE 40, 272, 274.

garantiert, hat dies eine Verletzung des Art. 19 Abs. 4 GG zur Folge. Mit Blick auf die zeitlichen Schranken, die die Rechtsprechung für den Verwertungswiderspruch formuliert, bedeutet dies, dass die Beschränkungen nicht dazu führen dürfen, dass dem Rechtsschutzsuchenden die Herbeiführung der Unverwertbarkeitsfolge unzumutbar erschwert wird.

3. Die grundsätzliche Rechtmäßigkeit der zeitlichen Anknüpfung an § 257 StPO

Erkennt man die Widerspruchslösung – trotz einer Vielzahl von Bedenken³⁷ – an, dann bestehen gegen die von Rechtsprechung im Wege der Rechtsfortbildung gewählte Anknüpfung an den Zeitpunkt des § 257 StPO *zumindest im Grundsatz* keine verfassungsrechtlichen Einwände.³⁸

Soweit ersichtlich hat sich das Bundesverfassungsgericht bislang nicht dezidiert mit der Widerspruchslösung befasst. Einzig in seiner Al Qaida-Entscheidung aus dem Jahre 2011³⁹ nimmt das Gericht im Zusammenhang mit seinen Ausführungen zur Beweisverbotslehre zu ihr wie folgt Stellung:

„Es begegnet keinen Bedenken, dass ein Verwertungsverbot nach einem Rechtsverstoß bei der Informationserhebung oder -verwendung von einem Widerspruch in der Hauptverhandlung abhängig gemacht wird. Dies trägt einerseits dem Interesse des Angeklagten an einer möglichst weitreichenden Dispositionsbefugnis Rechnung und gewährleistet andererseits, dass eine Beanstandung sowie die sich daraus ergebenden Rechtsfolgen noch während der Hauptverhandlung geprüft werden können, damit rechtzeitig Klarheit für deren weiteren Verlauf geschaffen wird.“⁴⁰

Damit hat das Bundesverfassungsgericht den Zweck des Widerspruchs und seiner zeitlichen Fixierung zumindest im Ansatzpunkt zutreffend umschrieben. Darüber, dass dem Interesse des Angeklagten an einer Dispositionsbefugnis auf anderen Wegen als durch Anwendung der Grundsätze der Widerspruchslösung *weitreichender* zur Verwirklichung verhelfen werden könnte, ließe sich zwar streiten,⁴¹ dies soll jedoch nicht Thema des vorliegenden Beitrags sein. Auch ohne eine nähere Auseinandersetzung mit dieser Thematik lässt sich jedoch ohne weiteres konstatieren, dass die vom Bundesverfassungsgericht angesprochenen Zwecke sich ebenso unter Anwendung einer Zustimmungslösung verwirklichen ließen.⁴²

Neben dem Erhalt einer Dispositionsbefugnis kann das Widerspruchserfordernis, wie das Bundesverfassungsgericht zu Recht feststellt, auch dazu dienen, rechtzeitig Klarheit über das verwertungsrechtliche Schicksal des rechtswidrig gewonnenen Beweismittels zu schaffen. Erhebt die Verteidigung einen Widerspruch gegen die Beweiserhebung (und -verwertung), dann macht sie dem erkennenden Gericht deutlich, dass sie der Auffassung ist, das Beweismittel sei unter Verletzung des Gesetzes gewonnen worden. Das Gericht kennt dadurch die Einwände des Widerspruchsführers und es wird dadurch garantiert, dass die beweisspezifischen Schwierigkeiten vonseiten des Tatgerichts nicht einfach übergangen werden.

Die Orientierung an § 257 StPO als den letztmöglichen Zeitpunkt ist dabei *in der Regel* zweckmäßig und führt für den Angeklagten auch zu keinen *unzumutbaren* Belastungen.⁴³ Als zweckmäßig erweist sie sich deshalb, weil § 257 StPO zeitlich und sachlich an die Beweiserhebung in der Hauptverhandlung anknüpft. Spätestens nach der Erhebung des bemakelten Beweises sollte die Verteidigung eine Entscheidung darüber treffen, ob sie seine Verwertung im weiteren Verlauf zulassen möchte oder nicht. Sie kann nunmehr beurteilen, ob die Erkenntnisse, die sich aus dem Beweismittel für den Schuld- und Rechtsfolgenausspruch ableiten lassen, den Angeklagten be- oder entlasten und wie sie das weitere Verfahren beeinflussen können. Die Verfahrensbeteiligten stehen zu diesem Zeitpunkt noch unmittelbar unter dem Eindruck der vorausgegangenen Beweiserhebung. Die zeitliche Nähe zur Beweiserhebung eröffnet weiterhin auch die Möglichkeit, die im Widerspruch aufgeworfenen Fragestellungen unter Rückgriff auf das Beweismittel selbst aufzuklären. Zeugen und Sachverständige befinden sich eventuell noch vor Ort und können zu den verfahrensrelevanten Fragestellungen befragt werden. Die Anknüpfung an § 257 StPO erweist sich insoweit als greifbar und sinnvoll.⁴⁴ Erkennt man die Widerspruchslösung an, dann sind die grundrechtlichen Beschränkungen, die mit einer Anknüpfung an § 257 StPO verbunden sind, *grundsätzlich* auch verhältnismäßig und dem Angeklagten zumutbar. Das zeitliche beschränkte Widerspruchsrecht eignet sich ohne weiteres dazu, Rechtssicherheit herbeizuführen. Ist der durch § 257 StPO determinierte Zeitpunkt erst einmal verstrichen, und hat die Verteidigung gegen die Beweiserhebung bzw. -verwertung keine Einwände erhoben, dann darf das erkennende Gericht von nun an von einer Verwertbarkeit der rechtswidrig erhobenen Beweisergebnisse ausgehen. Es ist demnach auch nicht mehr verpflichtet, von Amts wegen einem möglichen Verstoß gegen Verfahrensvorschriften nachzugehen und aufzuklären. Nach der Konzeption der Widerspruchslösung darf es dies nicht einmal mehr.⁴⁵ Mangels (rechtzeitigen) Widerspruchs scheidet der Eintritt einer Unverwertbarkeitsfolge aus. Das Gericht kann sich jetzt darauf einstellen, dass das Beweismittel für die weitere Hauptverhandlung, insbesondere aber für seine Urteilsfindung, nutzbar bleibt.

³⁷ Vgl. nur Schlothauer/Jahn RuP 2012, 222 ff.

³⁸ Vgl. BVerfG NStZ 2012, 496, 499 = HRRS 2012 Nr. 27 Rn. 122.

³⁹ BVerfG NStZ 2012, 496 ff. = HRRS 2012 Nr. 27.

⁴⁰ BVerfG NStZ 2012, 496, 499 = HRRS 2012 Nr. 27 Rn. 122.

⁴¹ Vgl. Vorschlag der Bundesrechtsanwaltskammer zur Einführung einer Zustimmungslösung: <http://www.brak.de/zur-rechtspolitik/stellungnahmen-pdf/stellungnahmen-deutschland/2012/april/stellungnahme-der-brak-2012-17.pdf>.

⁴² Zur Zustimmungslösung vgl. Leibold StraFo 2001, 300, 303; Kasiske NJW-Spezial 2011, 376, 377.

⁴³ Hamm NJW 1996, 2185, 2188, spricht von „vertretbarer Grenze“.

⁴⁴ Dahn StraFo 1998, 253, 256.

⁴⁵ OLG Celle StV 1997, 68 f.

Solange man die Widerspruchslösung nicht insgesamt infrage stellt, kann die zeitliche Anknüpfung an § 257 StPO weiterhin auch als erforderlich angesehen werden. Die Orientierung an einen späteren Zeitpunkt hätte naturgemäß zur Folge, dass Rechtsklarheit über die Verwertungsfrage auch erst zu diesem späteren Zeitpunkt eintreten würde. Das Ziel, so früh wie möglich Klarheit über das verwertungsrechtliche Schicksal des Beweismittels zu schaffen, würde damit aber nicht in gleicher Weise gefördert.

Die zeitliche Anbindung ist für die Erreichung des Zwecks des Widerspruchs aber nicht nur erforderlich, sie ist generell auch sinnvoll. Zunächst einmal könnte eine spätere zeitliche Anknüpfung ohnehin nur dann gelingen, wenn sich ein hinreichend konstanter Zeitpunkt benennen ließe, an den man den Widerspruch temporär anbinden könnte. Hierfür bietet sich entweder der Schluss der Beweisaufnahme oder das letzte Wort des Angeklagten an. Letzteres wird in der Literatur vereinzelt gefordert.⁴⁶ Die Unsicherheiten, die mit einer solchen Dilation verbunden wären, erwiesen sich jedoch als beträchtlich. Der materielle Lebenssachverhalt, der Grundlage für den Schuld- und Rechtsfolgenausspruch werden soll, stünde fast bis zuletzt immer *auf wackligen Beinen*. Die Verfahrensbeteiligten könnten bis zum letzten Wort ein Beweisverwertungsverbot auslösen. Dies birgt die Gefahr, dass der vom Tatgericht beschrittene Weg zur Aufklärung der ontologischen Wahrheit nachträglich vollkommen infrage gestellt und sämtliche auf dieses Ziel ausgerichtete Bemühungen und Aufwendungen letztlich hinfällig würden. Fast bis zuletzt bliebe der Ausgang des Verfahrens ungewiss. Wird gegen Ende der Hauptverhandlung ein Widerspruch erhoben, drohte die komplette Wiederholung der Beweisaufnahme, wenn das Tatgericht aufgrund des Eingreifens eines Beweisverwertungsverbotes sich nicht imstande sähe, die Sache auf Grundlage des nunmehr limitierten Beweismaterials zu entscheiden. Dies wäre nicht nur für alle Verfahrensbeteiligten unbefriedigend; diese Konsequenz stünde auch in einem fundamentalen Widerspruch zum Gedanken der Beschleunigung des Verfahrens.

Mithin gilt *bis hierhin*: Wer die Notwendigkeit sieht, die Verwertbarkeit von einem Widerspruch abhängig zu machen, der tut gut daran, ihn zeitlich an die betroffene Beweiserhebung selbst anzuknüpfen. Solange der Verteidigung noch ein effektives Recht verbleibt, über die Verwertung der rechtswidrig erhobenen Beweisergebnisse frei zu disponieren, sind die durch die zeitliche Fixierung verursachten Beschränkungen auch angemessen. Die Belastungen sind in der Regel nicht so gravierend, dass ihre Hinnahme unzumutbar wäre. Die Verteidigung wird nicht überfordert, wenn ihr abverlangt wird, ihre Einwände gegen die Beweisverwertung im unmittelbaren Zusammenhang zur Beweiserhebung zu formulieren. Spätestens zu diesem Zeitpunkt muss den Betroffenen klar sein, dass Verwertungsfrage von ihr nunmehr aufgeworfen werden muss. Schweigt die Verteidigung jedoch weiterhin, kann dies den Eindruck erwecken, sie sei mit der Verwertung einverstanden. Die Entstehung eines solchen Eindrucks muss sie jedoch vermeiden.

Obwohl das zeitlich beschränkte Widerspruchsrecht somit einen Eingriff in die Grundrechte des Angeklagten bedeutet und auch mit Blick auf die in Art. 19 Abs. 4 GG verankerte Rechtsschutzgarantie Friktionen hervorrufen kann, lässt sich konstatieren, dass der vonseiten der Rechtsprechung beschrittene Weg *zumindest im Grundsatz* verfassungsrechtlich gerechtfertigt ist.

III. Notwendigkeit einer Einschränkung der Widerspruchslösung

1. Die unverschuldete Unkenntnis von einer rechtswidrigen Beweiserhebung

Nicht nur dem aufmerksamen Leser wird nicht entgangen sein, dass die bisherigen Ausführungen stets von dem Bemühen getragen waren, ihren Aussagegehalt *auf das Grundsätzliche* zu beschränken. Es ist natürlich nicht ausgeschlossen, dass es Fälle geben kann, in denen ein striktes Festhalten an dem in § 257 StPO bezeichneten Zeitpunkt für den Angeklagten mit unangemessenen bzw. unzumutbaren Belastungen und damit mit einem nicht mehr gerechtfertigten Eingriff in seine Grundrechte verbunden sein kann. Als verfassungsrechtlich problematisch müssen insbesondere die Fälle angesehen werden, in denen der Widerspruchsberechtigte zum Zeitpunkt des § 257 StPO noch keine Kenntnis von den verwertungsrelevanten Umständen besitzt und unter Anwendung der gebotenen Sorgfalt auch nicht besitzen konnte.⁴⁷ Veranschaulichen lässt sich diese Fallgruppe anhand eines Beispiels.

A wird mit seinem Pkw nachts auf der Straße von den Polizeibeamten K und L angehalten. Nachdem sie bei A Ausfallerscheinungen feststellen, wird er als Beschuldigter belehrt. Nach einigem Hin und Her ordnet K zur Bestimmung der BAK einen körperlichen Eingriff zur Blutentnahme nach § 81a Abs. 1 StPO an. Diese wird ordnungsgemäß durch einen Arzt vollzogen. Später fertigt K einen Aktenvermerk an, in dem er angibt, dass er mehrfach versucht habe, die Staatsanwaltschaft und den Ermittlungsrichter telefonisch zu erreichen. Er habe weder einen Staatsanwalt noch einen Ermittlungsrichter telefonisch erreichen können. Im Anschluss hieran habe er A auf das Revier verbracht und abermals erfolglos versucht, einen Ermittlungsrichter zu erreichen. Nachdem in der Hauptverhandlung das BAK-Gutachten gemäß § 256 Abs. 1 StPO verlesen und im Anschluss hieran K vernommen worden war, der nach Vorhalt seines Vermerks das Geschehen bestätigte, wurde L vernommen. Dieser gab an, dass er sicher sei, dass er sich von seinem Kollegen K in der Tatnacht davon habe überzeugen lassen, dass ein Versuch, eine ermittlungsrichterliche Anordnung für den körperlichen Eingriff zu erlangen, nur unnötige Zeitverzögerung verursachen würde. Der Vermerk des K gäbe den Sachverhalt seines Erachtens daher nicht wahrheitsgemäß wieder.

Erhebt der Verteidiger des A nunmehr nach der Vernehmung des L Widerspruch gegen die Verwertung des BAK-

⁴⁶ Leipold StraFo 2001, 300, 303.

⁴⁷ Diese Fallgruppe wurde bereits von Ventzke StV 1997, 543, 548, als ungelöst bezeichnet.

Gutachtens, dann kommt dieser Verwertungswiderspruch nach Ansicht der Rechtsprechung zu spät.⁴⁸ Der Widerspruch hätte spätestens nach Erhebung des Beweises erhoben werden müssen, dessen Unverwertbarkeit selbst beanstandet werden soll. Der Inhalt des BAK-Gutachtens bliebe damit weiterhin verwertbar, obwohl die Verteidigung nach dessen Verlesung – aufgrund des eindeutigen Protokollvermerks – noch keinen Anlass hatte, an der Rechtmäßigkeit der Beweiserhebung zu zweifeln. Anders sehe es nur dann aus, wenn man den Eintritt der Präklusion davon abhängig machen würde, dass der Widerspruchsberechtigte die tatsächlichen Umstände, die potenziell Auslöser eines Verwertungsverbots sein können, gekannt oder hätte kennen müssen. Ein solches Kenntnis- bzw. Verschuldenserfordernis ist der bisherigen Widerspruchsdoktrin bislang fremd.⁴⁹

2. Notwendigkeit einer verfassungskonformen Einschränkung

Unser (vorläufiges) Urteil, die durch die Rechtsprechung in das Strafverfahrensrecht implementierte Widerspruchslösung und die zeitliche Anbindung des Widerspruchs an den § 257 StPO verbundenen (Grundrechts-)Beschränkungen seien verfassungsgemäß, kann aber nur dann aufrechterhalten bleiben, wenn es gelingt, die rigiden Mechanismen der Widerspruchslösung durch die Integration eines weiteren Kriteriums für bestimmte Fälle zu dynamisieren. In gewisser Hinsicht ist die zeitliche Anknüpfung § 257 StPO bislang zu starr, wenn man berücksichtigt, dass den zeitlichen Beschränkungen selbst ein eigenständiger verfassungsrechtlicher Eingriff innewohnt.⁵⁰ Die mit der zeitlichen Beschränkung des Widerspruchsrechts verbundenen Grundrechtseingriffe können nur solange als angemessen – bzw. mit Blick auf Art. 19 Abs. 4 GG als zumutbar – angesehen werden, wie der Träger des Widerspruchsrechts nicht unverschuldet daran gehindert war, einen Widerspruch bis zu dem in § 257 StPO genannten Zeitpunkt anzubringen. War es der Verteidigung hingegen nicht möglich, den Widerspruch zur rechten Zeit zu erheben, darf dies nicht zur Folge haben, dass ein Verwertungsverbot nicht mehr eintreten kann. Andernfalls wäre der Anspruch des Betroffenen auf Beseitigung der Folgen der rechtswidrigen Beweisgewinnungsmaßnahme für diese Fälle wertlos.

Die Vorteile, die mit einer Anknüpfung des Widerspruchs an § 257 StPO verbunden sind (Klarheit für den weiteren Gang des Verfahrens), sind nicht so gewichtig, dass es gerechtfertigt wäre, auch die Fälle einer Präklusion zu unterstellen, in denen der Betroffene tatsächlich gar nicht die Gelegenheit hatte, einen Widerspruch zu erheben. Fehlt der Verteidigung die Kenntnis von den Umständen, die die Verletzung des Gesetzes bei der Beweiserhebung und damit auch das Beweisverwertungsverbot begrün-

den, und konnte sie diese auch bei Anwendung der erforderlichen Sorgfalt auch nicht kennen, muss die verfassungsrechtliche Abwägung nunmehr zugunsten des Angeklagten ausfallen. Ihm wäre andernfalls das Recht genommen, sich gegen die rechtswidrige Beweiserhebung zur Wehr zu setzen. Gelänge nur unter Heranziehung des *bemakelten* Beweises seine Überführung, müsste er zugunsten der Klarheit des Strafverfahrens eine Verurteilung hinnehmen, obwohl ihm (oder seinem Verteidiger) hinsichtlich der Versäumung der Widerspruchsfrist kein Vorwurf gemacht werden kann. Würde der Beweis unter Verletzung des Gesetzes (und damit rechts- und verfassungswidrig) gewonnen, muss demjenigen, der von der rechtswidrigen Beweiserhebungsmaßnahme betroffen ist, zumindest dann ein Recht zur Abwendung der rechtswidrigen Folgen auch nach Ablauf des in § 257 StPO determinierten Zeitpunktes verbleiben, wenn er ihn unverschuldet versäumt hat.

Vor dem Hintergrund der verfassungsrechtlichen Tragweite des zeitgebundenen Widerspruchsrechts muss die von der Rechtsprechung im Wege der Rechtsfortbildung entwickelte Widerspruchslösung damit noch als unvollständig qualifiziert werden. Sieht das Gesetz für eine bestimmte Prozesshandlung einen Zeitpunkt vor, an dem sie letztmalig wirksam angebracht werden kann, und verbindet es mit der Versäumung dieses Zeitpunktes einen substanziellen Rechtsverlust, so ist dies, zumindest soweit der Ausschluss ein verfassungsrechtlich gewährleistetetes Recht betrifft, nur dann gerechtfertigt, wenn tatbestandlich gesichert ist, dass der Eintritt des Rechtsverlustes für den Betroffenen bei Einhaltung der gebotenen Sorgfalt auch abwendbar war. Die Widerspruchslösung bedarf somit einer verfassungskonformen Reduktion.

3. Gesetzliche Vorbilder für eine verfassungskonforme Einschränkung einer Präklusionsnorm

Hierbei sind dem Rechtsinterpreten zumindest in grammatikalischer Hinsicht methodisch keine Grenzen gesetzt, da das Widerspruchserfordernis und die zeitliche Anknüpfung des Widerspruchs an § 257 StPO nämlich selbst Produkte einer Rechtsfortbildung sind, und somit keine gesetzliche Bestimmung existiert, deren Wortlaut einer verfassungskonformen Auslegung entgegenstehen könnte. Schranken bestehen lediglich insoweit, als sich das Korrektiv kohärent in das Paradigma der Widerspruchslösung *einbetten* lassen muss.

Erkennt man mit Blick auf das Verfassungsrecht ein Bedürfnis an, die strengen Mechanismen der Widerspruchslösung für bestimmte Fälle zu flexibilisieren, so finden sich im Prozessrecht Vorbilder dafür, auf welche Weise der Eintritt einer Präklusionsfolge für bestimmte (Härte-)Fälle verhindert werden kann.

So kann zwar ein erkennender Richter wegen der Besorgnis der Befangenheit nach § 25 Abs. 1 StPO zunächst nur bis zum Beginn der Vernehmung des ersten Angeklagten über seine persönlichen Verhältnisse abgelehnt

⁴⁸ BGHSt 39, 349 ff.; BGH NStZ 2008, 55, 56 = HRRS 2007 Nr. 900 Rn. 22 ff.

⁴⁹ Ableitbar z. B. aus BGHSt 39, 349, 352 f. Vgl. auch BGH NStZ 2008, 55, 56 = HRRS 2007 Nr. 840 Rn. 1, in Bezug auf den Rechtsprechungswandel zu Art. 36 WÜK aufgrund der Entscheidung des BVerfG StV 2008, 1 ff. = HRRS 2006 Nr. 726.

⁵⁰ Vgl. II. 2.

werden.⁵¹ Aber auch noch nach Verstreichenlassen dieses Zeitpunktes ist das Ablehnungsrecht nicht vollständig präkludiert. Dies gilt naturgemäß dann, wenn die Umstände, auf die die Ablehnung gestützt wird, erst danach eingetreten sind. Aber nicht nur für diesen Fall sieht § 25 Abs. 2 StPO die Möglichkeit vor, die Ablehnung auch nach Ablauf des in Abs. 1 genannten Zeitpunktes vorzubringen. Auch dann, wenn die Umstände, die zur Ablehnung berechtigen (könnten), bereits zuvor bestanden, dem Ablehnungsberechtigten jedoch erst im Nachgang an das in Abs. 1 in Bezug genommene Ereignis bekannt geworden sind, besteht das Ablehnungsrecht fort. In beiden Fällen muss die Ablehnung aber unverzüglich erfolgen. Nach dem letzten Wort des Angeklagten ist die Ablehnung dagegen nicht mehr möglich, § 25 Abs. 2 S. 2 StPO, und zwar auch dann nicht, wenn der Ablehnungsberechtigte die ablehnungsbegründenden Umstände nicht kennen konnte. Obwohl damit auch im Bereich des Befangenheitsrechts der Inhaber des Ablehnungsrechts durch § 25 Abs. 1 StPO dazu angehalten werden soll, seine Ablehnung so früh wie möglich geltend zu machen, um dadurch die Gefahr zu verringern, dass die Hauptverhandlung mehrfach wiederholt werden muss,⁵² ist bereits normativ gewährleistet, dass der Rechtsverlust – grundsätzlich – nicht verschuldensunabhängig eintreten kann. Das Ablehnungsrecht wird dem Ablehnungsberechtigten sogar auch dann weiterhin zugestanden, wenn er die Umstände der Ablehnung nicht kannte. Ein bloßes *Kenntnismüssen* führt damit noch nicht zu einer Präklusion.

Erkenntnisreich ist auch ein Blick in die Präklusionsvorschriften der Zivilprozessordnung. U. a. regelt § 295 Abs. 1 ZPO, dass die Verletzung einer das Verfahren und insbesondere die Form einer Prozesshandlung betreffenden Vorschrift dann nicht mehr gerügt werden kann, wenn die Partei auf die Befolgung der Vorschrift entweder verzichtet hat, oder wenn sie bei der nächsten mündlichen Verhandlung, die aufgrund des betreffenden Verfahrens stattgefunden hat oder in der darauf Bezug genommen ist, den Mangel nicht rügt, obgleich sie erschienen und ihr der Mangel bekannt war oder bekannt sein musste. Auch nach dieser Vorschrift, die der zügigen Prozessbeendigung dient,⁵³ bleibt eine Präklusion somit dann aus, wenn die Partei den Mangel des Verfahrens auch bei Anwendung der erforderlichen Sorgfalt (§ 276 BGB) nicht hätte kennen müssen.⁵⁴ Solange die Partei die Versäumung des Rügezeitpunktes nicht zu vertreten hat, bleibt ihr das Recht zur Rüge weiterhin erhalten. Auch § 296 ZPO erlaubt in allen Konstellationen, die in dieser Vorschrift Erwähnung finden, eine Zurückweisung nur dann, wenn sich die Partei nicht entschuldigen kann. Im Unterschied zu § 25 Abs. 2 StPO tritt eine Präklusion bereits dann ein, wenn die Rüge verspätet erfolgt und der Rügeberechtigte den Mangel des Verfahrens hätte kennen müssen.

Da § 257 StPO selbst keine Präklusion kennt, sieht diese Regelung verständlicherweise auch eine Lösung für die

Konstellationen, in denen der Berechtigte unverschuldet die Erhebung des Widerspruchs versäumt hat, nicht vor. Auch in der Rechtsprechung sind vergleichbare Restriktionstendenzen in Bezug auf die Widerspruchsdoktrin nicht auszumachen.⁵⁵ Die Kritik in der Literatur richtet sich in erster Linie gegen das Widerspruchserfordernis an sich, weniger hingegen findet eine Auseinandersetzung mit den Friktionen statt, die eine statische Anbindung des Widerspruchs an § 257 StPO zur Folge haben kann. Wenn aber die zeitliche Beschränkung des Widerspruchsrechts selbst einen (zusätzlichen) verfassungsrechtlich rechtfertigungsbedürftigen Eingriff in die Rechte der Angeklagten bedeutet, die Rechtfertigung in bestimmten Fällen jedoch versagt, weil die Belastungen dem Angeklagten nicht mehr zuzumuten sind, kann die Widerspruchslösung nur aufrechterhalten bleiben, wenn es gelingt, Schutzkriterien zu *installieren*, die ihre Verfassungskonformität in jedem Einzelfall gewährleisten. Derartige Mechanismen sieht das Gesetz an anderen Stellen für andere Präklusionsbestimmungen bereits vor (§§ 25 Abs. 2 StPO, § 295 Abs. 1 ZPO). Bei der Implementierung einer *Schutzklausel* in die Widerspruchslösung können diese als Vorbilder herangezogen werden. Die Frage, ob man dabei auf Vorschriften Rückgriff nehmen sollte, die auf die tatsächliche Kenntnis abstellen (z. B. § 25 Abs. 2 StPO), oder ob man bereits ein Kennenmüssen für den Eintritt einer Präklusion genügen lässt (z. B. § 295 Abs. 1 ZPO), soll hier aber nicht näher untersucht werden. Es soll hier auch nicht um die Problematik gehen, dass die Widerspruchslösung dem Grunde nach mit einer im Gesetz nicht vorgesehenen Zurechnung des Verteidigerverschuldens zulasten des Angeklagten verbunden ist.⁵⁶ Allein die Feststellung, dass eine strikte zeitliche Anbindung des Widerspruchs an § 257 StPO nicht in jedem Fall verfassungsrechtlich gerechtfertigt ist, soll als Ertrag des vorliegenden Beitrags genügen.

IV. Zusammenfassung

Der Gedanke, der sich hinter der Widerspruchslösung verbirgt, findet nur dann Verwirklichung, wenn der Widerspruch auch zeitlich befristet wird.

Die zeitliche Befristung, die in der Rechtsprechung durch eine Anknüpfung des Widerspruchsrechts an den in § 257 StPO determinierten Zeitpunkt vollzogen wird, führt jedoch mindestens zu einer Potenzierung des Grundrechtseingriffs, der von der rechtswidrigen Beweisgewinnung durch die Strafverfolgungsbehörden ausgeht. Löst die rechtswidrige Beweiserhebung unter Zugrundelegung der überkommenen Abwägungslehre ein (latentes) Beweisverwertungsverbot aus, so hat der Grundrechtsträger bereits von Verfassungs wegen einen Anspruch darauf, dass der rechtswidrig gewonnene Beweis nicht gegen seinen Willen zu seinen Lasten herangezogen wird. Dieser verfassungsrechtliche Anspruch, der auf die Beseitigung der Folgen der rechtswidrigen Beweiserhebung gerichtet ist, wird durch die zeitliche Bindung des Widerspruchsrechts beschränkt.

⁵¹ Für die Hauptverhandlung über die Berufung und die Revision muss die Ablehnung bis zum Beginn des Vortrags des Berichterstatters angebracht sein.

⁵² *Rudolphi* in SK-StPO, 4. Aufbau-Lfg (Mai 1990), § 25 Rn. 2.

⁵³ *Prütting* in MK-ZPO, 4. Aufl. (2013), § 295 Rn. 1.

⁵⁴ Vgl. nur BGHZ 8, 383, 386.

⁵⁵ Vgl. BGHSt 39, 349, 352 f.

⁵⁶ Vgl. *Widmaier* NStZ 1992, 519, 521; *Dornach* NStZ 1995, 57, 62 f.

Ist der Widerspruch des Weiteren das einzige justizielle Mittel, um diese Folgen abzuwenden, kann die zeitliche Begrenzung des Widerspruchs ferner in Konflikt mit der Rechtsschutzgarantie geraten. Dem Grundrechtsträger muss ein zumutbarer Rechtsweg eröffnet werden, um sich gegen die Folgen der rechtswidrigen Beweiserhebung (also gegen die Beweisverwertung) zur Wehr zu setzen.

Aus verfassungsrechtlicher Perspektive bedarf die zeitliche Restriktion des Widerspruchsrechts daher einer Rechtfertigung in dem Sinne, dass mit ihr ein legitimer Zweck verfolgt wird und sich der Eingriff in die Grundrechte des Betroffenen noch als verhältnismäßig und mit Blick auf Art. 19 Abs. 4 GG auch als zumutbar erweist. Erblickt man einen legitimen Zweck darin, dass ab einem bestimmten Zeitpunkt für das Gericht feststehen muss,

ob es das rechtswidrig gewonnene Beweismittel in die Hauptverhandlung einbringen und für ihren weiteren Verlauf nutzen darf, erweist sich der Eingriff nur dann als verhältnismäßig und zumutbar, wenn es gelingt, die zeitliche Fixierung zumindest für die Fälle zu dynamisieren, in denen der Widerspruchsberechtigte unverschuldet keine Kenntnis von den verwertungsrelevanten Umständen haben konnte. Ohne eine Härtefallklausel, die im Gesetz an anderen Stellen Vorbilder findet (vgl. z. B. § 25 Abs. 2 StPO und § 296 Abs. 1 ZPO), erweist sich die zeitliche Anbindung des Widerspruchs an § 257 StPO als zu statisch und daher in den hier angesprochenen Fällen auch als verfassungswidrig. Solange die Rechtsprechung an der – ohnehin streitbaren – Widerspruchslösung festhalten will, bedarf sie (mindestens) einer verfassungskonformen Restriktion.

Dokumentation

Verfahrensdokumentation

In dieser Ausgabe kein Eintrag.

Schrifttum

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.

838. AG Nürnberg 46 Ds 513 Js 1382/11 – Urteil vom 2. August 2012

Beweiswert von Steuer-CDs für den Nachweis einer Steuerhinterziehung (LGT-Bank; Erträge; Stiftungen; Beweiswürdigung; ungenügende Vermutung).
§ 370 AO; § 261 StPO

839. BVerfG 2 BvR 371/12 (2. Kammer des Zweiten Senats) - Beschluss vom 26. August 2013 (OLG Bamberg / LG Bayreuth)

Rechtsschutzbedürfnis (Feststellungsinteresse nach Entlassung aus dem Maßregelvollzug; tiefgreifender Grundrechtseingriff); Fortdauer der Unterbringung im psychiatrischen Krankenhaus (Fall „Mollath“; Freiheitsgrundrecht; Sicherungsbelange der Allgemeinheit; Abwägung im Einzelfall; Tatsachengrundlage; bestmögliche Sachaufklärung; verfassungsgerichtliche Kontrolldichte); Gefährlichkeitsprognose (erhebliche Gefahr künftiger rechtswidriger Taten; Sachverständigengutachten; eigene gerichtliche Prognoseentscheidung; Beziehungsstaten; Erörterung entlastender Umstände); Grundsatz der Verhältnismäßigkeit (milderes Mittel; Führungsaufsicht; Auflagen und Weisungen).
Art. 2 Abs. 2 Satz 2 GG; Art. 20 Abs. 3 GG; § 63 StGB; § 67d StGB

840. BVerfG 2 BvR 533/13 (2. Kammer des Zweiten Senats) - Beschluss vom 9. September 2013 (LG Augsburg / AG Augsburg)

Durchsuchungsbeschluss (mündliche Durchsuchungsanordnung; richterliche Bestätigung; Widerspruch); Beschränkung der Akteneinsicht („in camera“-Verfahren; Geheimhaltungsinteresse); strafprozessuales Beschwerdeverfahren (rechtliches Gehör; Rechtsstaatsgedanke; funktionaler Zusammenhang; Zurückstellung der Beschwerdeentscheidung).
Art. 103 Abs. 1 GG; § 33 Abs. 4 StPO; § 33a StPO; § 94 StPO; § 98 Abs. 2 StPO; § 102 StPO; § 105 StPO; § 147 Abs. 2 StPO

841. BVerfG 2 BvR 1412/13 (3. Kammer des Zweiten Senats) - Beschluss vom 7. August 2013 (LG Braunschweig)

Strafvollzug (Vollzugsplan; effektiver Rechtsschutz; Rechtsschutzbedürfnis; Statthaftigkeit der Rechtsbeschwerde; Rechtswegerschöpfung vor Erhebung der Ver-

fassungsbeschwerde; Rechtsmittelbelehrung; Rechtsbeschwerdefrist; Wiedereinsetzung in den vorigen Stand).
Art. 19 Abs. 4 GG; § 90 Abs. 2 BVerfGG; § 109 StVollzG; § 116 StVollzG; § 120 Abs. 1 StVollzG; § 44 StPO

842. BVerfG 2 BvR 1582/13 (3. Kammer des Zweiten Senats) - Beschluss vom 25. September 2013 (LG Stendal)

Strafvollzug (Resozialisierung; Lockerungen; Beschleunigungsgrundsatz; Verpflichtung zur Neubescheidung); Subsidiarität der Verfassungsbeschwerde (Antrag auf Vollstreckungsmaßnahmen zur Durchsetzung einer gerichtlich ausgesprochenen Verpflichtung).
§ 90 Abs. 2 BVerfGG; § 120 Abs. 1 StVollzG; § 172 VwGO

843. BGH 1 StR 115/13 - Beschluss vom 20. August 2013 (LG Landshut)

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

844. BGH 1 StR 115/13 - Beschluss vom 20. August 2013 (LG Landshut)

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

845. BGH 1 StR 189/13 - Beschluss vom 3. September 2013 (LG Augsburg)

Inhalt des Grundsatzes der Unmittelbarkeit.
§ 250 StPO

846. BGH 1 StR 226/13 - Beschluss vom 13. Juni 2013 (LG Augsburg)

Steuerhinterziehung (Schenkungssteuer); Verlängerung der Verjährungsfrist gemäß § 376 AO (Steuerverkürzung in großem Ausmaß; grober Eigennutz und Tatvorsatz); Ablehnung eines Beweisantrages als bedeutungslos.
§ 370 AO n.F.; § 370 Abs. 3 AO a.F. § 376 AO; § 244 Abs. 3 StPO

847. BGH 1 StR 245/13 - Beschluss vom 6. August 2013 (LG Freiburg)

Unzulässiger Antrag des Angeklagten auf Wiedereinsetzung in den vorigen Stand gegen die Versäumung der Frist zur Begründung der Revision.
§ 44 StPO; § 45 StPO; § 344 StPO

848. BGH 1 StR 248/13 - Beschluss vom 7. August 2013 (LG München I)

Unbegründete Anhörungsrüge.
§ 356a StPO

849. BGH 1 StR 251/13 - Beschluss vom 22. August 2013 (LG München I)

Notwendige Anwesenheit des Verteidigers (absoluter Revisionsgrund).
§ 338 Nr. 5 StPO

850. BGH 1 StR 252/13 - Beschluss vom 23. August 2013 (BGH)

Unbegründete Anhörungsrüge.
§ 356a StPO

851. BGH 1 StR 352/13 - Beschluss vom 3. September 2013 (LG Augsburg)

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

852. BGH 1 StR 360/13 - Beschluss vom 21. August 2013 (LG Bamberg)

Verletzung der Belehrungspflicht über die Folgen einer gescheiterten Verständigung.
§ 257c Abs. 5 StPO

853. BGH 1 StR 364/13 - Beschluss vom 16. September 2013 (LG Augsburg)

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

854. BGH 1 StR 364/13 - Beschluss vom 16. September 2013 (LG Augsburg)

Unbegründeter Antrag auf Beiordnung eines weiteren Pflichtverteidigers.
§ 142 StPO; § 143 StPO; Art. 6 Abs. 3 lit. c EMRK

855. BGH 1 StR 374/13 - Beschluss vom 4. September 2013 (LG Hamburg)

Gewerbsmäßiger und bandenmäßiger Schmuggel hinsichtlich der Einfuhrumsatzsteuer (Steuerverkürzung bei zugleich entstehender Vorsteuerabzugsberechtigung; unionsrechtskonforme Auslegung; Kompensation; unionsrechtskonforme Auslegung); Beihilfe zur Umsatzsteuerhinterziehung.

§ 373 AO; § 370 AO; § 27 StGB; § 15 Abs. 1 Satz 1 Nr. 2 UStG; Art. 168 Buchst. e, Art. 178 Buchst. e der Richtlinie 2006/112/EG (Mehrwertsteuer-Systemrichtlinie); § 1 Abs. 1 Nr. 4 UStG; § 16 UStG; § 18 Abs. 1 UStG; § 21 Abs. 2 UStG; Art. 59, 217 ff. ZK; § 264 StPO; Art. 103 Abs. 3 GG; Art. 50 GRC

856. BGH 1 StR 392/13 - Beschluss vom 18. September 2013 (LG Halle)

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

857. BGH 1 StR 440/13 - Beschluss vom 22. August 2013 (LG Hof)

Kronzeugenregelung (Voraussetzungen der Versagung der vertypten Strafmilderung bei einer lediglich anfänglichen Aussagebereitschaft im Ermittlungsverfahren; Ermessensausübung nach einer Gesamtwürdigung).

§ 46b Abs. 1 Nr. 1, Abs. 2 StGB

858. BGH 1 StR 481/13 - Beschluss vom 17. September 2013 (LG Mannheim)

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

859. BGH 2 StR 110/13 - Beschluss vom 1. August 2013 (LG Aachen)

Strafschärfende Berücksichtigung verjährter Straftaten (Verjährung; sexueller Missbrauch von Schutzbefehlen).
§ 78 StGB; § 46 StGB; § 174 StGB

860. BGH 2 StR 144/13 - Beschluss vom 14. August 2013 (LG Aachen)

Sperrwirkung des § 29a Abs. 1 BtMG hinsichtlich der Mindeststrafe.
§ 29a BtMG

861. BGH 2 StR 150/13 - Beschluss vom 30. Juli 2013 (LG Darmstadt)

Vermögensschaden bei Verlust des illegal erlangten Besitzes (Erpressung; Betrug; Darlegungsgebot).
§ 253 StGB; § 263 StGB; § 25 Abs. 2 StGB; § 265 StPO

862. BGH 2 StR 152/13 - Beschluss vom 14. August 2013 (LG Aachen)

Sperrwirkung des § 29a Abs. 1 BtMG hinsichtlich der Mindeststrafe.
§ 29a BtMG

863. BGH 2 StR 225/13 - Beschluss vom 15. August 2013 (LG Kassel)

Anordnung der Unterbringung in einer Entziehungsanstalt (symptomatischer Zusammenhang zwischen der Tatbegehung und der Alkoholabhängigkeit; ausreichende Mitursächlichkeit).
§ 64 StGB

864. BGH 2 StR 318/13 - Beschluss vom 31. Juli 2013 (LG Aachen)

Sexuelle Nötigung (Anforderungen an die Gewalt bei widerstandslos hergestellter Körperberührung).
§ 177 Abs. 1 Nr. 1 StGB; § 174 Abs. 1 Nr. 1 StGB

865. BGH 2 StR 63/13 - Beschluss vom 1. August 2013 (LG Gera)

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

866. BGH 2 StR 87/13 - Beschluss vom 27. August 2013 (LG Bonn)

Unbegründete Anhörungsrüge.
§ 356a StPO

867. BGH 2 StR 321/13 - Beschluss vom 10. September 2013 (LG Frankfurt am Main)

Rechtfehlerhafte Ablehnung einer verminderten Schuldfähigkeit bei festgestellter Pädophilie (Krankheitswert; seelische Abartigkeit).
§ 20 StGB; § 21 StGB

868. BGH 2 StR 374/13 - Beschluss vom 27. August 2013 (LG Erfurt)

Verwerfung der Revision als unzulässig.
§ 349 Abs. 1 StPO

869. BGH 2 StR 622/12 - Beschluss vom 13. August 2013 (LG Erfurt)

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

870. BGH 2 ARs 253/13 (2 AR 175/13) - Beschluss vom 17. September 2013 (BGH)

Unbegründete Anhörungsrüge.
§ 356a StPO

871. BGH 2 ARs 281/13 (2 AR 193/13) - Beschluss vom 1. August 2013 (AG Frankfurt/Oder)

Unzuweckmäßige Verfahrensabgabe.
§ 42 Abs. 3 JGG

872. BGH 2 ARs 299/13 - Beschluss vom 15. August 2013 (BGH)

Hehlerei (Absetzen; einem Dritten Verschaffen).
§ 259 StGB

873. BGH 4 StR 234/13 - Beschluss vom 27. August 2013 (LG Bielefeld)

Anforderungen an die Darstellung der Aufklärungsrüge (hinreichend genaue Bezeichnung der maßgeblichen Beweismittel; Negativtatsachen).
§ 344 Abs. 2 Satz 2 StPO; § 244 Abs. 2 StPO

874. BGH 4 StR 288/13 - Beschluss vom 13. August 2013 (LG Mönchengladbach)

Strafzumessung (Berücksichtigung von Tätermotiven und allgemeinen Lebensführungsumständen des Täters; mangelnde Strafmilderungsgründe).
§ 46 Abs. 1 StGB

875. BGH 4 StR 241/13 - Beschluss vom 27. August 2013 (LG Bochum)

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

876. BGH 4 StR 249/13 - Beschluss vom 13. August 2013 (LG Essen)

Symptomatischer Zusammenhang zwischen Hang und Anlasstat bei der Unterbringung in einer Entziehungsanstalt und konkrete Erfolgsaussicht (Darlegungsanforderungen).
§ 64 StGB

877. BGH 4 StR 280/13 - Beschluss vom 27. August 2013 (LG Halle)

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

878. BGH 4 StR 291/13 - Beschluss vom 28. August 2013 (LG Dortmund)

Wirksame Rücknahme der Revision.
§ 302 StPO

879. BGH 4 StR 331/13 - Beschluss vom 10. September 2013 (LG Bielefeld)

Verwerfung der Revision als unbegründet.

§ 349 Abs. 2 StPO

880. BGH 4 StR 336/13 - Beschluss vom 28. August 2013 (LG Arnsberg)

Unzulässiger Antrag auf Wiedereinsetzung in den vorigen Stand gegen die Versäumung der Revisionsbegründungsfrist (Nebenklage).
§ 44 StPO; § 344 Abs. 1 StPO; § 85 Abs. 2 ZPO

881. BGH 3 StR 128/13 - Beschluss vom 6. August 2013 (LG Hannover)

Verfall (rechtsfehlerhafte Ermittlung der Höhe des aus der Tat Erlangten).
§ 73 StGB

882. BGH 3 StR 128/13 - Beschluss vom 20. August 2013 (LG Hannover)

Verfallsanordnung (unbillige Härte; eingeschränkte Revisibilität; Anforderungen an die tatrichterlichen Darlegungen).
§ 73c StGB

883. BGH 3 StR 141/13 - Beschluss vom 22. August 2013 (LG Oldenburg)

Erneute Bildung einer Gesamtstrafe nach Aufhebung und Zurückverweisung (Maßgeblichkeit der Vollstreckungssituation im Zeitpunkt der ersten Entscheidung).
§ 55 StGB

884. BGH 3 StR 158/13 - Beschluss vom 17. September 2013 (LG Düsseldorf)

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

885. BGH 3 StR 158/13 - Beschluss vom 17. September 2013 (LG Düsseldorf)

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

886. BGH 3 StR 158/13 - Beschluss vom 17. September 2013 (LG Düsseldorf)

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

887. BGH 3 StR 163/13 - Urteil vom 22. August 2013 (LG Neubrandenburg)

Fehlende Vorwerfbarkeit einer Tatbegehung unter Alkoholeinfluss aufgrund von Alkoholabhängigkeit; Berücksichtigung der Alkoholisierung bei der Strafraumenbestimmung sowie – neben anderen Gründen – bei der Verneinung niedriger Beweggründe.
§ 21 StGB; § 49 StGB; § 211 StGB

888. BGH 3 StR 179/13 - Beschluss vom 8. August 2013 (LG Oldenburg)

Verfall (Erlangung von nicht bloß kurzfristiger Verfügungsmacht über gestohlene Gegenstände durch den Täter als Voraussetzung des Verfalls; Anforderungen an die tatrichterlichen Erörterungen bei der Anwendung der Härtefallvorschrift).
§ 73 StGB; § 73c StGB

889. BGH 3 StR 192/13 - Beschluss vom 20. August 2013 (LG Neubrandenburg)

Räuberische Erpressung (keine qualifizierte Nötigung durch die Drohung, den Hund des Opfers zu erschießen); Voraussetzungen der Mittäterschaft und Abgrenzung zur Beihilfe.

§ 253 StGB; § 255 StGB; § 25 Abs. 2 StGB

890. BGH 3 StR 196/13 - Beschluss vom 20. August 2013 (LG Hannover)

Verwerfung der Revision als unbegründet.

§ 349 Abs. 2 StPO

891. BGH 3 StR 199/13 - Beschluss vom 5. September 2013 (LG Kleve)

Zulässigkeit und Begründetheit der Aufklärungsrüge bei gerügter Nichtbegutachtung des Angeklagten.

§ 244 Abs. 2 StPO

892. BGH 3 StR 228/13 - Beschluss vom 20. August 2013 (LG Hannover)

Rechtsfehlerhafte Anordnung von Wertersatzverfall (Härtefallvorschrift; unzureichende tatrichterliche Auseinandersetzung mit den Vermögensverhältnissen des Angeklagten).

§ 73 StGB; § 73c StGB

893. BGH 3 StR 232/13 - Beschluss vom 3. September 2013 (LG Düsseldorf)

Regelmäßige Unzulässigkeit der Nichtanordnung einer Unterbringung allein aufgrund fehlender Sprachkenntnisse des Angeklagten.

§ 64 StGB

894. BGH 3 StR 234/13 - Beschluss vom 6. August 2013 (LG Mönchengladbach)

Bewertungseinheit im Betäubungsmittelstrafrecht (denselben Güterumsatz betreffende Verkaufsvorgänge); Voraussetzungen der Berücksichtigung bisher nicht abgeurteilter Taten bei der Strafzumessung.

§ 29 BtMG; § 46 StGB

895. BGH 3 StR 237/13 - Beschluss vom 20. August 2013 (LG Hannover)

Unzulässigkeit der Berücksichtigung eines als Exzess zu wertenden Verhaltens im Rahmen der Strafzumessung (hier: bei der Jugendstrafe) trotz dessen nachträglicher Billigung.

§ 25 StGB; § 46 StGB; § 17 JGG

896. BGH 3 StR 248/13 - Beschluss vom 3. September 2013 (LG Oldenburg)

Verwerfung der Revision als unbegründet.

§ 349 Abs. 2 StPO

897. BGH 5 StR 152/13 - Urteil vom 4. September 2013 (LG Berlin)

Anforderungen an ein freisprechendes Urteil (unzureichende Beweiswürdigung; erforderlicher Umfang der Würdigung von Einlassungen des Angeklagten); Schätzkosten und Kostenrahmen bei Ausschreibungen als Betriebs- oder Geschäftsgeheimnis.

§ 267 Abs. 5 S. 1 StPO; § 17 Abs. 2 UWG

898. BGH 5 StR 248/13 - Urteil vom 20. August 2013 (LG Hamburg)

Rechtsfehlerhafte Strafzumessung (Rückgabe der Asservate als bestimmender Milderungsgrund; Berücksichtigung der Untersuchungshaft).

§ 46 StGB

899. BGH 5 StR 306/13 - Beschluss vom 4. September 2013 (LG Berlin)

Fehlschlag des Selbstleseverfahrens wegen fehlendem Eintrag seines Abschlusses im Hauptverhandlungsprotokoll; Beruhen des Urteils auf diesem Rechtsfehler.

§ 249 StPO; § 261 StPO; § 337 StPO

900. BGH 5 StR 310/13 - Beschluss vom 22. August 2013 (LG Braunschweig)

Verwerfung der Revision als unbegründet.

§ 349 Abs. 2 StPO

901. BGH 5 StR 318/13 - Urteil vom 3. September 2013 (LG Hamburg)

Verständigung (Abgrenzung von Angabe eines für den Fall der Verständigung in Betracht kommenden Strafrahmens und sog. „Sanktionsschere“); Bestimmung des Prüfungsumfanges des Revisionsgerichts durch die Angriffsrichtung der Revision.

§ 257c StPO; § 344 Abs. 2 Satz 2 StPO

902. BGH 5 StR 323/13 (alt: 5 StR 493/12) - Beschluss vom 22. August 2013 (LG Berlin)

Verwerfung der Revision als unbegründet.

§ 349 Abs. 2 StPO

903. BGH 5 StR 332/13 - Beschluss vom 22. August 2013 (LG Berlin)

Verwerfung der Revision als unbegründet.

§ 349 Abs. 2 StPO

904. BGH 5 StR 36/13 - Urteil vom 20. August 2013 (LG Kiel)

Verminderte Schuldfähigkeit bei Straftatbegehung aus Furcht vor Entzugserscheinungen.

§ 21 StGB

905. BGH 5 StR 340/13 - Beschluss vom 3. September 2013 (LG Leipzig)

Unzulässige Verfahrensrüge (Erforderlichkeit der Mitteilung der Länge eines Gesprächsmitschnitts, um die Anwendbarkeit der Methode der automatischen Sprechererkennung beurteilen zu können; Negativtatsachen).

§ 244 Abs. 3, Abs. 4 StPO; § 344 Abs. 2 Satz 2 StPO

906. BGH 5 StR 348/13 - Beschluss vom 21. August 2013 (LG Berlin)

Verwerfung der Revision als unbegründet.

§ 349 Abs. 2 StPO

907. BGH 5 StR 352/13 - Beschluss vom 20. August 2013 (LG Lübeck)

Rechtsfehlerhafter Ausschluss der erheblich beeinträchtigten Schuldunfähigkeit (Bedeutung einer BAK von 2,7‰ als Beweisanzeichen für die Stärke der alkoholischen Beeinflussung).

§ 21 StGB

908. BGH 5 StR 354/13 - Beschluss vom 21. August 2013 (LG Itzehoe)

Beweiswürdigung bei verständigungs-basiertem Geständnis.
§ 257c Abs. 2 StPO

909. BGH 5 StR 356/13 (alt: 5 StR 394/12) - Beschluss vom 22. August 2013 (LG Saarbrücken)

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

910. BGH 5 StR 357/13 - Beschluss vom 21. August 2013 (LG Berlin)

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

911. BGH 5 StR 360/13 - Beschluss vom 22. August 2013 (LG Braunschweig)

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

912. BGH 5 StR 365/13 - Beschluss vom 22. August 2013 (LG Leipzig)

Rechtsfehlerhaft unterbliebene Erörterungen zum Ausschluss schuldrelevanter pädophiler Neigungen des Angeklagten.
§ 21 StGB

913. BGH 5 StR 370/13 - Beschluss vom 22. August 2013 (LG Hamburg)

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

914. BGH 5 StR 380/13 (alt: 5 StR 472/12) - Beschluss vom 22. August 2013 (LG Berlin)

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

915. BGH 5 StR 384/13 - Beschluss vom 4. September 2013 (LG Cottbus)

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

916. BGH 5 StR 390/13 - Beschluss vom 3. September 2013 (LG Leipzig)

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

917. BGH 5 StR 314/13 - Beschluss vom 21. August 2013 (LG Lübeck)

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

918. BGH 5 AR (VS) 41/13 - Beschluss vom 20. August 2013

Unzulässigkeit der Rechtsbeschwerde.
§ 29 Abs. 1 EGGVG

919. BGH 5 AR (Vs) 43/13 - Beschluss vom 20. August 2013

Unzulässigkeit der Rechtsbeschwerde
§ 29 Abs. 1 EGGVG

920. BGH 5 AR (VS) 60/12 - Beschluss vom 21. August 2013

Nachträgliche Unzulässigkeit der Rechtsbeschwerde (Wegfall des Verpflichtungsbedürfnisses).
§ 29 EGGVG

921. BGH 5 ARs 34/13 - Beschluss vom 20. August 2013 (BGH)

Erfordernis eines Absatzerfolges bei der Hehlerei (Aufgabe der bisherigen Rechtsprechung; Zustimmung zur Anfrage des 3. Strafsenats).
§ 259 StGB

922. BGH 1 StR 166/13 - Beschluss vom 15. Mai 2013 (LG Mannheim)

Verständigung (Einbeziehung von Vorverurteilungen in den Strafvorschlag).
§ 257c Abs. 2 StPO

923. BGH 1 StR 201/13 - Urteil vom 6. August 2013 (LG Mosbach)

Verfahrensabtrennung (Überprüfung der Zweckmäßigkeit und des richterlichen Ermessens; Darlegungsanforderungen); Rüge der vorschriftswidrigen Besetzung (Präklusion: rechtzeitiges Vorbringen in der Hauptverhandlung); Ablehnung eines Schöffen wegen Befangenheit (Vorbefassung mit der Tat); Beweiswürdigung.
§ 2 Abs. 2 StPO; § 338 Nr. 1 StPO; § 25 Abs. 1 StPO; § 261 StPO

924. BGH 1 StR 204/13 - Beschluss vom 23. Juli 2013 (LG Nürnberg-Fürth)

Schwerer sexueller Missbrauch von Kindern (Begriff der sexuellen Handlung: Handlungen von einiger Erheblichkeit).
§ 176 Abs. 1 StGB; § 184g Nr. 1 StGB

925. BGH 1 StR 206/13 - Beschluss vom 3. September 2013 (LG Regensburg)

Beweiswürdigung (teilweise Verwertung von Zeugenaussagen; Belastungszeugen; in dubio pro reo; Widersprüche).
§ 261 StPO; Art. 6 Abs. 3 lit. d EMRK

926. BGH 1 StR 234/13 - Beschluss vom 24. Juli 2013 (LG Konstanz)

Verständigung (Belehrung des Angeklagten über Folgen des Abweichens des Gerichts von der Verständigung: Einzelfall des ausgeschlossenen Beruhens des Urteils auf fehlenden Belehrung nach einer gescheiterten Verständigung).
§ 257c Abs. 4, Abs. 5 StPO

927. BGH 1 StR 237/13 - Beschluss vom 3. September 2013 (LG München)

Mitteilungspflicht über die Erörterung einer Verständigung (keine Vorschrift zur Öffentlichkeit des Verfahrens; keine Mitteilungspflicht bei Erörterung der Sach- und Rechtslage).
§ 257c StPO; § 243 Abs. 4 StPO; § 169 Abs. 1 GVG

928. BGH 1 StR 246/13 - Beschluss vom 7. August 2013 (LG Deggendorf)

Anordnung der Sicherungsverwahrung (Übergangsvorschriften zur Anwendung der Vorschriften über die Sicherungsverwahrung bei „Altfällen: Voraussetzungen;

Anwendbarkeit auf die Anordnung der vorbehaltenen Sicherungsverwahrung).

§ 66 StGB; § 66a StGB; § 316f Abs. 2 Satz 2 EGStGB

929. BGH 1 StR 86/13 - Urteil vom 11. Juni 2013 (LG München II)

Mord (Heimtücke: Ausnutzen der Arg- und Wehrlosigkeit; Tötungsvorsatz); Raub (Zueignungsabsicht); Rücktritt (Rücktrittsvoraussetzungen bei mehreren Beteiligten: aktive Rücktrittsbemühungen, vom Zufall abhängige Rettung).

§ 211 StGB; § 249 Abs. 1 StGB; § 24 Abs. 2 Satz 1 StGB

930. BGH 1 StR 305/13 - Beschluss vom 20. August 2013 (LG Karlsruhe)

Rücknahme der Revision; Wiedereinsetzung in den vorherigen Stand (Fristversäumnis).

§ 302 Abs. 1 StPO; § 44 Satz 1 StPO

931. BGH 1 StR 332/13 - Beschluss vom 21. August 2013 (LG München II)

Schwerer Bandendiebstahl (Einbruchdiebstahl: Tateinheit mit Sachbeschädigung; Konsumtion).

§ 244a Abs. 1 StGB; § 243 Abs. 1 Satz 2 Nr. 1 StGB; § 303 Abs. 1 StGB

932. BGH 1 StR 457/12 - Urteil vom 5. Juni 2013 (LG Waldshut-Tiengen)

Heimtücke (Arglosigkeit bei vorherigen Todesdrohungen); minder schwerer Fall des Totschlags (Reizung zum Zorn bei einem zur Tat Entschlossenen).

§ 211 StGB; § 213 StGB

933. BGH 2 StR 108/13 - Beschluss vom 13. August 2013 (LG Wiesbaden)

Versuch des schweren sexuellen Missbrauchs von Kindern (Rücktritt vom unbeeendeten Versuch).

§ 176a Abs. 2 StGB; § 22 StGB; § 23 Abs. 1 StGB; § 24 Abs. 1 Satz 1 StGB

934. BGH 2 StR 116/13 - Beschluss vom 10. Juli 2013 (LG Aachen)

Recht auf den gesetzlichen Richter (nachträgliche Änderung des Geschäftsverteilungsplans: Voraussetzungen, revisionsrechtliche Überprüfbarkeit; Verhältnis zum Beschleunigungsgrundsatz).

Art. 101 Abs. 1 Satz 2 GG; Art. 20 Abs. 3 GG; § 21e Abs. 3 Satz 1 GVG

935. BGH 2 StR 139/13 - Urteil vom 17. Juli 2013 (LG Koblenz)

Totschlag (Tötungsvorsatz); schwere Körperverletzung (Vorliegen einer erheblichen Entstellung); Beweiswürdigung (Umgang mit ambivalenten Beweiszeichen; revisionsrechtliche Kontrolle).

§ 212 Abs. 1 StGB; § 226 Abs. 1 StGB; § 261 StPO

936. BGH 2 StR 163/13 - Beschluss vom 16. Juli 2013 (LG Trier)

Räuberische Erpressung (Rechtswidrigkeit der Bereicherungsabsicht: Irrtum über das Vorliegen eines Anspruchs für die Bereicherung).

§ 253 Abs. 1 StGB; § 255 StGB; § 16 Abs. 1 Satz 1 StGB

937. BGH 2 StR 38/13 - Urteil vom 31. Juli 2013 (LG Aachen)

Gefährliche Körperverletzung (lebensgefährliche Behandlung: abstrakte Lebensgefahr unter den Umständen des Einzelfalls); Bemessung der Jugendstrafe (Einbeziehung anderer Strafzwecke neben dem Erziehungsgedanken).

§ 224 Abs. 1 Nr. 5 StGB; § 18 Abs. 2 JGG

938. BGH 2 StR 174/13 - Beschluss vom 30. Juli 2013 (LG Darmstadt)

Anordnung der Unterbringung in einer Entziehungsanstalt (Hang, berauschende Mittel im Übermaß zu sich zu nehmen; Zusammenhang zwischen Hang und Anlassstat).

§ 64 StGB

939. BGH 2 StR 180/13 - Beschluss vom 13. August 2013 (LG Frankfurt am Main)

Versuchter Totschlag (Tötungsvorsatz: Beweiswürdigung bei Eventualvorsatz; Verhältnis zum mitverwirklichten [versuchten] Körperverletzungsdelikt und zur schweren Körperverletzung).

§ 212 StGB; § 22 StGB; § 23 Abs. 1 StGB; § 223 Abs. 1 StGB; § 226 Abs. 1 StGB; § 52 StGB; § 261 StPO

940. BGH 2 StR 220/13 - Urteil vom 31. Juli 2013 (LG Limburg)

Anordnung der Unterbringung in einer psychiatrischen Anstalt (Zusammenhang zwischen der schuldvermindernden Krankheit und der Anlassstat; Verhältnismäßigkeitsgrundsatz).

Art. 20 Abs. 3 GG; § 63 StGB; § 21 StGB

941. BGH 2 StR 574/12 - Urteil vom 14. August 2013 (LG Fulda)

Strafzumessung (Tatmodalitäten als Strafschärfungsgrund bei gleichzeitiger gemilderter Schuldfähigkeit).

§ 49 Abs. 1 StGB; § 21 StGB

942. BGH 2 ARs 267/13 (2 AR 206/13) - Beschluss vom 27. August 2013

Widerruf der Bewährung (zuständige Strafvollstreckungskammer bei erneuter Haftstrafe in anderem Gerichtsbezirk: Begriff des Befasst sein).

§ 14 StPO; § 462a Abs. 1 Satz 2 StPO

943. BGH 4 StR 171/13 - Beschluss vom 18. Juli 2013 (LG Dortmund)

Beweiswürdigung (Anforderungen an die Urteilsbegründung bei gegensätzlichen Aussagen).

§ 261 StPO; § 267 Abs. 1 StPO

944. BGH 4 StR 179/13 - Urteil vom 15. August 2013 (LG Bochum)

Anordnung der Unterbringung in einer psychiatrischen Klinik (Gefährlichkeitsprognose: zukünftige Begehung erhebliche Straftaten).

§ 63 StGB

945. BGH 4 StR 255/13 - Beschluss vom 14. August 2013 (LG Kaiserslautern)

Untreue (Vermögensbetreuungspflicht: faktische Vermögensbetreuungspflicht nach Erlöschen des begründenden

rechtlichen Verhältnisses, Vermögensbetreuungspflicht des Gerichtsvollziehers; Missbrauch der Stellung als Amtsträger).

§ 266 Abs. 1, Abs. 2 StGB; § 263 Abs. 3 Satz 2 Nr. 4 StGB

946. BGH 4 StR 274/13 - Beschluss vom 27. August 2013 (LG Halle)

Schwere Körperverletzung (qualifizierte Begehung mit dolus directus: Anforderungen an den Vorsatz); unterlassene Hilfeleistung (Konkurrenzen gegenüber dem unechten Unterlassungsdelikt); Ablehnung eines Beweisantrages wegen Bedeutungslosigkeit (Begründung).

§ 226 Abs. 2 StGB; § 323c StGB; § 13 StGB; § 244 Abs. 2 Satz 3 StPO; § 354 StPO; § 357 StPO; § 358 StPO