

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 a.M.); Prof. Dr. Christoph Sowada
(Univ. Greifswald); RA Klaus-Ulrich
Ventzke (Hamburg) und Prof. Dr.
Wolfgang Wohlers (Univ. Zürich)

Publikationen

Prof. Dr. *Sabine Swoboda*, Ruhr-Universität Bochum – **Die Pflicht zur rahmenbe-
schluss-konformen Auslegung im deutschen Strafverfahren** (Zugleich Anm.
zu BGH HRRS 2013 Nr. 314) S. 10

Prof. Dr. *Brian Valerius*, Universität Bayreuth – **Die hypothetische Einwilligung
in den ärztlichen Heileingriff** (Zugleich Anm. zu BGH HRRS 2013 Nr. 500) S. 22

RA *Christoph Kuhlmann*, Freiburg i.Br. – **Ich muss immer das letzte Wort ha-
ben – Vom Gestaltungsmissbrauch bei der mündlichen Urteilsverkün-
dung** S. 25

Entscheidungen

- BVerfG **Kein zwingendes Verwertungsverbot nach fehlender konsula-
rischer Belehrung**
- BGHSt **Unwirksamer Rechtsmittelverzicht nach informeller Urteilsab-
sprache**
- BGHSt **Blankettverweis auf den Anhang eines Übereinkommens des
Europarats**
- BGHSt **Vollendetes Inverkehrbringen von Arzneimitteln**
- BGHR **Nötigung durch anwaltliches Mahnkasso und Verfall**
- BGH **Strafzumessung bei Angriffen auf Polizisten im Einsatz**
- BGH **Verzicht auf die Feststellung des konkret Irrenden beim Betrug
bei Serientaten**
- BGH **Anwendbarkeit der EU-Richtlinien über Drogenausgangsstoffe
auf Arzneimittel**
- BGH **Keine Strafmilderung bei Spielsucht und Hemmschwelle**

Die Ausgabe umfasst 89 Entscheidungen.

HRRS

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

HERAUSGEBER

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

SCHRIFTFLEITUNG

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

REDAKTION

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. (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

15. Jahrgang, Januar 2014, Ausgabe

1

Rechtsprechung

Strafrechtliche/strafverfahrensrechtliche Entscheidungen des EGMR/BVerfG

1. BVerfG 2 BvR 1579/11 (1. Kammer des Zweiten Senats) – Beschluss vom 5. November 2013 (BGH)

Rechtsstaatsprinzip; Recht auf ein faires Verfahren (Rechtsfolgen einer fehlenden Belehrung über die Rechte aus dem Wiener Übereinkommen über konsularische Beziehungen; Recht auf konsularischen Beistand; verfassungsrechtliche Pflicht zur Berücksichtigung der Rechtsprechung des Internationalen Gerichtshofs; umfassende Überprüfung des Schuld- und Strafausspruchs; „review and reconsideration“; Beweisverwertungsverbot; Abwägungslehre; relativer Revisionsgrund; Beruhensprüfung; Vollstreckungslösung).

Art. 2 Abs. 1 GG; Art. 20 Abs. 3 GG; Art. 36 Abs. 1 lit. b Satz 3 WÜK; § 136 StPO; § 137 StPO; § 337 StPO, § 344 Abs. 2 StPO; Art. 6 EMRK

1. Aus der Völkerrechtsfreundlichkeit des Grundgesetzes sowie aus der Gesetzesbindung der Gerichte ergibt sich deren Verpflichtung, die Rechtsprechung des Internationalen Gerichtshofes (IGH) auf dem Gebiet des Konsularrechts zu berücksichtigen und sich mit ihr auseinanderzusetzen, wobei nur eine erkennbar fehlerhafte Rezeption einen Verfassungsverstoß begründet (Folgeentscheidung zu BVerfG, Beschluss vom 19. September 2006 – 2 BvR 2115/01 u.a. – [= HRRS 2006 Nr. 726] sowie BVerfG, Beschluss vom 8. Juli 2010 – 2 BvR 2485/07 u.a. – [= HRRS 2010 Nr. 779]).

2. Die Missachtung der verfassungsrechtlichen Berücksichtigungspflicht begründet im Strafprozess regelmäßig einen Verstoß gegen das Grundrecht auf ein faires, rechtsstaatliches Verfahren, welches auch durch völker-

vertragsrechtliche Vorschriften ausgestaltet wird, sofern diese hinreichend bestimmt („self-executing“) sind.

3. Es entspricht den Vorgaben des IGH zur Auslegung des Art. 36 Abs. 1 lit. b Satz 3 WÜK, wenn eine strafgerichtliche Entscheidung (hier: BGH, Beschluss vom 7. Juni 2011 – 4 StR 643/10 – [= HRRS 2011 Nr. 975]) einen Verstoß gegen die Pflicht zur Belehrung über das Recht auf konsularischen Beistand als relativen Revisionsgrund anerkennt, der eine umfassende Überprüfung des Schuld- und Strafausspruchs („review and reconsideration“) eröffnet.

4. Allerdings darf die Revisionsentscheidung von einer Beruhensprüfung in dem Sinne abhängig gemacht werden, dass ein Ursachenzusammenhang zwischen unterbliebener Belehrung und einem dem Beschuldigten entstandenen Nachteil festgestellt werden muss.

5. Es ist verfassungsrechtlich nicht zu beanstanden, wenn eine Revisionsentscheidung bei einem Verstoß gegen die konsularische Belehrungspflicht nicht von einem zwingenden Beweisverwertungsverbot ausgeht, sondern eine Abwägung der im Rechtsstaatsprinzip angelegten gegenläufigen strafverfahrensrechtlichen Gebote und Ziele vornimmt („Abwägungslehre“). Dabei ist es nicht geboten, die Abwesenheit eines Verteidigers bei einer polizeilichen Vernehmung zu berücksichtigen.

6. Die Nichtgewährung einer vollstreckungsrechtlichen Kompensation für einen Verstoß gegen die konsularische Belehrungspflicht kann den Beschuldigten von vornherein nicht in seinem Recht auf ein faires Verfahren verletzen, weil nach der Rechtsprechung des IGH eine umfassende Überprüfung des Schuld- und Strafausspruchs zu ermöglichen ist, so dass eine Kompensation keine angemessene Wiedergutmachung darstellen würde.

Rechtsprechung

Hervorzuhebende Entscheidungen des BGH

I. Materielles Strafrecht – Allgemeiner Teil

65. BGH 5 StR 377/13 – Urteil vom 7. November 2013 (LG Berlin)

Rechtsfehlerhafte Strafrahmenermilderung wegen „Spielsucht“ beim Verdeckungsmord (pathologisches Spielen als krankhafte seelische Störung; Auswirkung der Spielsucht auf die Tat; Zusammentreffen von Verdeckungsabsicht und Spielsucht als Tatmotiv; Hemmschwelle bei schweren Taten).

§ 211 StGB; § 21 StGB; § 15 StGB; § 20 StGB

1. „Pathologisches Spielen“ stellt für sich genommen keine die Schuldfähigkeit erheblich einschränkende oder ausschließende krankhafte seelische Störung oder schwere andere seelische Abartigkeit dar (BGHSt 49, 365, 369). Allerdings können in schweren Fällen psychische Defekte und Persönlichkeitsveränderungen auftreten, die eine ähnliche Struktur und Schwere wie bei stoffgebundenen Suchterkrankungen aufweisen, und es kann zu massiven Entzugerscheinungen kommen (vgl. BGHSt 58, 192 mwN). Wie bei der Substanzabhängigkeit kann deshalb auch bei der Spielsucht eine erhebliche Verminderung der Steuerungsfähigkeit angenommen werden, wenn diese zu schwersten Persönlichkeitsveränderungen geführt oder der Täter bei den Beschaffungstaten unter starken Entzugerscheinungen gelitten hat. Diese Persönlichkeitsveränderungen müssen in ihrem Schweregrad einer krankhaften seelischen Störung gleichwertig sein.

2. Zusätzlich kann eine Spielsucht unter dem Gesichtspunkt einer Verminderung der Schuldfähigkeit nur dann beachtlich sein, wenn die begangenen Straftaten der

Fortsetzung des Spielens dienen. Dies bedarf im Urteil einer ausreichenden Darlegung.

3. Überlegte, zeitaufwendige Vorbereitungen der Tat sprechen gegen eine erhebliche Verminderung der Steuerungsfähigkeit. Ferner ist bei Taten höchster Schwere bei der Zubilligung der Voraussetzungen erheblich verminderter Steuerungsfähigkeit wegen der hohen Hemmschwelle besondere Zurückhaltung geboten (vgl. BGHSt 49, 45, 53).

4. Die typische hohe emotionale Beeinträchtigung eines Verdeckungsmörders, die für sich genommen nicht zur Annahme des § 21 StGB führt, beruht auf einer gänzlich anderen Wurzel als eine etwa gleichzeitig bestehende Spilleidenschaft desselben Täters. Daher wird auch aus der Kombination beider psychischen Beeinträchtigungen regelmäßig nichts für die Voraussetzungen des § 21 StGB herzuleiten sein.

19. BGH 4 StR 338/13 – Beschluss vom 20. November 2013 (LG Dortmund)

Feststellung des Verzichts auf Verfallsanordnung wegen Ansprüchen Dritter (Auffangrechtserwerb des Staates: Rückwirkungsverbot).

Art. 103 Abs. 2 GG; § 2 Abs. 5 i.V.m. Abs. 3 StGB; § 111i Abs. 2, Abs. 5 StPO

Die Regelung des § 111i Abs. 2 StPO ist erst durch das Gesetz zur Stärkung der Rückgewinnungshilfe und der Vermögensabschöpfung bei Straftaten vom 24. Oktober

2006 (BGBl. I 2350) geschaffen worden und am 1. Januar 2007 in Kraft getreten. Ihrer Anwendung auf bereits zuvor beendigte Taten steht § 2 Abs. 5 i.V.m. Abs. 3 StGB

entgegen. Für diese Fälle gilt das mildere alte Recht, das eine derartige Anordnung ausschließt (vgl. BGH NStZ-RR 2009, 56).

Rechtsprechung

II. Materielles Strafrecht – Besonderer Teil

2. BGH 1 StR 162/13 – Beschluss vom 5. September 2013 (LG Essen)

BGHR; Nötigung durch anwaltliches Mahnschreiben im „Masseninkasso“ (Drohung; empfindliches Übel; Verwerflichkeit bei Einschüchterung durch einen Anwalt; Feststellung der Kausalität bei Massenverfahren); Feststellung des Absehens von der Verfallsanordnung wegen Ansprüchen Dritter (nur bei Erlangung „aus der Tat“: Abgrenzung zur Erlangung „für die Tat“; Erlangung bei versuchter Tat; Urteilstenorierung).

§ 240 Abs. 1 bis 3 StGB; § 22 StGB; § 23 Abs. 1 StGB; § 111i Abs. 2 StPO; § 73 Abs. 1 StGB; § 260 Abs. 4 StPO; § 312 BGB

1. Zur Nötigung durch ein anwaltliches Mahnschreiben. (BGHR)

2. Auch aus einer (versuchten) Nötigung kann der Täter etwas erlangen. (BGHR)

3. Zur Fassung des Urteilstenors bei einer Entscheidung gemäß § 111i Abs. 2 StPO. (BGHR)

4. Bei einem Übel im Sinne des § 240 Abs. 1 StGB handelt es sich um eine künftige nachteilige Veränderung der Außenwelt. Dies trifft für eine Strafanzeige zu, weil daraus zumindest ein Ermittlungsverfahren mit seinen vielfältigen nachteiligen Folgen erwachsen kann. (Bearbeiter)

5. Der Täter droht mit einem Übel, wenn er (sei es zutreffend oder nicht) behauptet, er habe auf dessen Eintritt Einfluss. Soll das Übel von einem Dritten verwirklicht werden, muss er also die Vorstellung erwecken wollen, er könne den Dritten in der angekündigten Richtung beeinflussen und wolle dies für den Fall der Verweigerung des verlangten Verhaltens auch tun (vgl. BGH NStZ 2009, 692, 693). Andernfalls läge lediglich eine nicht von § 240 StGB erfasste Warnung vor (vgl. BGH NStZ 2009, 692, 693). Allerdings kann eine scheinbare Warnung eine Drohung darstellen. Die Abgrenzung von Warnung und Drohung ist ebenso aus der Sicht des Empfängers zu bestimmen wie die Frage, ob das, was angekündigt ist, ein empfindliches Übel ist. (Bearbeiter)

6. Empfindlich im Sinne von § 240 Abs. 1 StGB ist ein angedrohtes Übel, wenn der in Aussicht gestellte Nachteil so erheblich ist, dass seine Ankündigung den Bedrohten im Sinne des Täterverlangens motivieren kann. Besonderheiten des Einzelfalls, die dazu führten, dass die

Empfindlichkeit eines Übels – auch unter Berücksichtigung normativer Gesichtspunkte – gleichwohl zu verneinen wäre, können insbesondere dann vorliegen, wenn und soweit gerade von dem Bedrohten in seiner (häufig: beruflichen) Lage erwartet werden kann, dass er der Drohung in besonnener Selbstbehauptung standhält. (Bearbeiter)

7. Die Androhung einer Strafanzeige ist im Grundsatz geeignet, den Bedrohten zur Begleichung geltend gemachter Geldforderungen zu motivieren. Dies gilt insbesondere bei der zwangssteigernden Drohung durch einen Rechtsanwalt, der ein Bürger im Allgemeinen nicht standhalten muss. (Bearbeiter)

8. Die Verwerflichkeit im Sinne von § 240 Abs. 2 StGB ist gegeben, wenn die Verquickung von Mittel und Zweck mit den Grundsätzen eines geordneten Zusammenlebens unvereinbar ist, sie also „sozial unerträglich“ ist. Dies kann auch angenommen werden, wenn ein Anwalt Forderungen mit der Androhung einer Strafanzeige zwar in der Vorstellung eintreibt, sie bestünden, der Mandant jedoch jede Befassung von Staatsanwaltschaft und/oder Gericht ausschließt. Dies gilt, wenn der Anwalt seine Berufsbezeichnung einsetzt, um juristische Laien durch die Autorität eines Organs der Rechtspflege zur Hinnahme der nur scheinbar vom Angeklagten stammenden Wertungen zu veranlassen. (Bearbeiter)

9. Verfall bzw. Verfall von Wertersatz kann gemäß § 73 StGB, § 73a StGB sowohl dann angeordnet werden, wenn dem Täter etwas „für die Tat“ zugeflossen ist, als auch dann, wenn es ihm „aus der Tat“ zugeflossen ist. Eine Feststellung, wonach von Verfall bzw. Verfall von Wertersatz im Hinblick auf entgegenstehende Ansprüche Dritter im Sinne von § 73 Abs. 1 Satz 2 StGB abgesehen wird (§ 111i Abs. 2 StPO), setzt dagegen voraus, dass dem Täter etwas „aus der Tat“ zugeflossen ist. Diese Feststellung ist hingegen nicht möglich, wenn dem Täter etwas „für die Tat“ zugeflossen ist (vgl. BGH wistra 2013, 347, 350). (Bearbeiter)

10. Auch aus einer versuchten Nötigung kann der Täter etwas im Sinne des Verfalls erlangen. (Bearbeiter)

7. BGH 2 StR 64/13 – Beschluss vom 10. Oktober 2013 (LG Aachen)

Schwere Brandstiftung (konkrete Gesundheitsgefahr für einen Menschen); Rücktritt vom Versuch (Vorliegen eines einzigen Versuches bei mehrfachem Anset-

zen: einheitlicher Lebensvorgang; Feststellungen zum Vorstellungsbild des Täters im Urteil; Fehlschlag).

§ 306a Abs. 2 StGB; § 22 StGB; § 23 Abs. 1 StGB; § 24 StGB; § 267 Abs. 1 StPO

1. § 306a Abs. 2 StGB setzt als konkretes Gefährdungsdelikt voraus, dass die Tathandlung über die ihr innewohnende latente Gefährlichkeit hinaus in eine kritische Situation für das geschützte Rechtsgut – die Gesundheit eines Menschen – führt. In dieser Lage muss – was nach der allgemeinen Lebenserfahrung aufgrund einer objektiv nachträglichen Prognose zu beurteilen ist – die Sicherheit einer bestimmten Person so stark beeinträchtigt sein, dass es nur noch vom Zufall abhängt, ob ihre Gesundheit verletzt wird oder nicht. Zur Annahme einer konkreten Gesundheitsgefährdung in diesem Sinne reicht es noch nicht aus, dass sich Menschen in enger räumlicher Nähe zur Gefahrenquelle befinden.

2. Nach dem Vorstellungsbild des Täters bestimmt sich beim Rücktritt vom Versuch nicht nur die Abgrenzung zwischen beendetem und unbeendetem Versuch; die Sicht des Täters nach Abschluss der letzten Ausführungshandlung ist auch für die Frage entscheidend, ob ein Versuch fehlgeschlagen ist (vgl. BGH NSTz 2013, 156, 157 f.). Schließlich ist das Vorstellungsbild des Täters gegebenenfalls auch für die Beurteilung der Freiwilligkeit eines Rücktritts von Bedeutung (vgl. BGH NSTz-RR 2006, 168, 169). Lässt sich den Urteilsfeststellungen das entsprechende Vorstellungsbild des Angeklagten nicht (hinreichend) entnehmen, hält das Urteil sachlich-rechtlicher Nachprüfung nicht stand (vgl. BGH NSTz-RR 2013, 273, 274). Liegt eine Zäsur zwischen mehreren Versuchshandlungen vor, müssen zudem die Vorstellungen des Angeklagten jeweils nach der (vorläufig) letzten Ausführungshandlung dargetan werden (vgl. BGH NSTz-RR 2013, 273, 274).

3. Setzt der Täter mehrfach zur Tat an, ist Voraussetzung für die Annahme eines Versuchs, dass die vorausgegangenen, erfolglos gebliebenen Teilakte mit dem neuen Anlauf, auf den der Täter schließlich verzichtet hat, einen einheitlichen Lebensvorgang bilden. Dabei ist ein räumlicher und zeitlicher Zusammenhang zwischen den einzelnen Versuchshandlungen erforderlich (vgl. BGH NJW 1996, 936, 937).

11. BGH 2 StR 297/13 – Urteil vom 9. Oktober 2013 (LG Kassel)

Zuhälterei (Begriff der Ausbeutung; Erforderlichkeit von Feststellungen zur Höhe der der Prostituierten entzogenen Einnahmen); Menschenhandel zum Zweck der sexuellen Ausbeutung (Verhältnis von Abs. 1 und Abs. 4; Begriff der List; Tateinheit durch Verklammerung durch andauernde Zuhälterei); tatrichterliche Beweiswürdigung (revisionsrechtliche Überprüfbarkeit); Umfang des Verfahrensgegenstandes (Veränderungen oder Ergänzungen der angeklagten Tat).

§ 181a Abs. 1 Nr. 1 StGB; § 232 Abs. 1, Abs. 4 StGB; § 52 StGB; § 267 Abs. 1 StPO; § 261 StPO; § 200 Abs. 1 StPO

1. Eine Ausbeutung im Sinne des § 181a Abs. 1 Nr. 1 liegt vor, wenn dem Opfer in objektiver Hinsicht ein erhebli-

cher Teil der Einnahmen entzogen wird und dies zu einer gravierenden Beschränkung der persönlichen und wirtschaftlichen Bewegungs- und Entscheidungsfreiheit führt, die geeignet ist, dem Opfer die Lösung aus der Prostitution zu erschweren. Zwar setzt eine solche Annahme im Regelfall Feststellungen zur Höhe der Einnahmen und Abgaben der Prostituierten voraus (vgl. BGH NSTz 1989, 67). Allerdings steht das Fehlen exakter Feststellungen zu Einnahmen und Ausgaben einer Verurteilung wegen ausbeuterischer Zuhälterei nicht zwingend entgegen. Wenn die Prostituierten ihre gesamten Einnahmen abgeben müssen und nur gelegentlich geringe Summen zur Weiterleitung an ihre Familie zurückerhalten, ist ohne Weiteres von einer Ausbeutung im Sinne des § 181a Abs. 1 Nr. 1 StGB auszugehen (vgl. BGH NSTz 1994, 32, 33).

2. § 232 Abs. 4 StGB ist keine Qualifikation des § 232 Abs. 1 StGB, sondern ein eigenständiger Straftatbestand mit von § 232 Abs. 1 StGB unabhängigen Voraussetzungen.

3. Eine „List“ im Sinne des § 232 Abs. 4 Nr. 1 StGB erfordert die ein Ausschalten des Widerstands des Opfers gegen die Prostitution durch täuschende Machenschaften. Das lediglich unredliche und arglistige Schaffen eines Anreizes gegenüber einer Person, die sich frei für oder gegen eine Prostitutionsaufnahme oder -fortsetzung entscheiden kann, genügt zur Verwirklichung des Verbrechenstatbestands nicht (vgl. BGHSt 27, 28).

4. Sieht der Tatrichter von einer Verurteilung ab, weil er Zweifel nicht zu überwinden vermag, so ist dies vom Revisionsgericht in der Regel hinzunehmen. Der revisionsgerichtlichen Überprüfung unterliegt insoweit nur, ob dem Tatgericht bei der Beweiswürdigung Rechtsfehler unterlaufen sind. Dies ist der Fall, wenn die Beweiswürdigung widersprüchlich, unklar oder lückenhaft ist oder gegen Denkgesetze oder gesicherte Erfahrungssätze verstößt oder wenn er an die zur Verurteilung erforderliche Gewissheit überspannte Anforderungen stellt (st. Rspr.).

46. BGH 3 StR 263/13 – Urteil vom 17. Oktober 2013 (LG Oldenburg)

Beisichführen eines gefährlichen Werkzeugs beim Raub (Anwendbarkeit der Qualifikation auf Gegenstände aus der Tatbeute).

§ 249 StGB; § 250 Abs. 1 Nr. 1 lit. a) StGB

Für die Erfüllung des § 250 Abs. 1 Nr. 1 lit. a) StGB ist es nicht erforderlich, dass sich der Täter mit einem der dort bezeichneten Gegenstände zum Tatort begibt. Vielmehr genügt es, dass er einen solchen zu irgendeinem Zeitpunkt während der Tatausführung bei sich führt. Ausreichend ist daher auch, dass sich der Täter erst während der Tat und aus der Tatbeute mit einem solchen Werkzeug versieht (siehe bereits BGH NSTz 1985, 547 m.w.N.).

24. BGH 4 StR 454/13 – Beschluss vom 5. November 2013 (LG Essen)

Gefährlicher Eingriff in den Straßenverkehr (konkrete Gesundheitsgefahr: Beinaheunfall; verkehrsfremder Inneneingriff: subjektive Voraussetzungen, Schädigungsvorsatz, Abgrenzung zur bewussten Fahrlässigkeit).

§ 315b Abs. 1 Nr. 3 StGB; § 15 StGB

1. Nach gefestigter Rechtsprechung muss die Tathandlung bei § 315b Abs. 1 StGB über die ihr innewohnende latente Gefährlichkeit hinaus zu einer kritischen Situation geführt haben, in der – was nach allgemeiner Lebenserfahrung auf Grund einer objektiv nachträglichen Prognose zu beurteilen ist – die Sicherheit einer bestimmten Person oder Sache im Sinne eines „Beinaheunfalls“ so stark beeinträchtigt war, dass es nur noch vom Zufall abhing, ob das Rechtsgut verletzt wurde oder nicht.

2. Bei Vorgängen im fließenden Verkehr muss zu einem bewusst zweckwidrigen Einsatz eines Fahrzeugs in verkehrsförderlicher Absicht ferner hinzukommen, dass das Fahrzeug mit zumindest bedingtem Schädigungsvorsatz missbraucht wurde (vgl. BGHSt 48, 233, 237 f.).

66. BGH 5 StR 386/13 – Beschluss vom 6. November 2013 (LG Dresden)

Verhältnis von sexuellem Missbrauch eines Schutzbefohlenen und sexuellem Missbrauch von Jugendlichen.
§ 174 StGB; § 182 StGB

Die §§ 174 Abs. 1 Nr. 2, 182 Abs. 1 Nr. 1 StGB schützen beide die sexuelle Selbstbestimmung Minderjähriger. Ein Minderjähriger kann weder bei Ausnutzung einer Zwangslage noch bei Missbrauch eines Abhängigkeitsverhältnisses nach § 174 Abs. 1 Nr. 2 StGB wirksam in sexuelle Handlungen einwilligen. Begründet aber gerade das Abhängigkeitsverhältnis eine Zwangslage, so wird der Unrechtsgehalt des § 182 Abs. 1 Nr. 1 StGB von § 174 Abs. 1 Nr. 2 StGB erschöpfend erfasst; demgemäß tritt § 182 Abs. 1 StGB im Wege der Gesetzeskonkurrenz hinter diesen zurück.

Rechtsprechung

III. Strafzumessungs- und Maßregelrecht

28. BGH 2 StR 119/13 – Urteil vom 9. Oktober 2013 (LG Bonn)

Strafzumessung bei besonders schweren Fällen des Landfriedensbruchs (Subsidiaritätsklausel) und des Widerstands gegen Vollstreckungsbeamte (Doppelverwertungsverbot; Vorwurf mangelnder Milderungsgründe).

§ 125 StGB; § 125a Satz 2 Nr. 2 und Nr. 3 StGB; § 224 Abs. 1 Nr. 2 und 5 StGB; § 113 Abs. 1, Abs. 2 Satz 2 Nr. 1 und Nr. 2 StGB; § 46 Abs. 1, Abs. 3 StGB

1. Die strafscharfende Erwägung, der Angeklagte habe seine Angriffshandlungen gegen „Repräsentanten des Staates“ gerichtet, die hierzu „keinerlei Anlass“ gegeben hatten, ist rechtsfehlerhaft, wenn die betroffenen Polizeibeamten dem Angeklagten jedenfalls insoweit einen „Anlass“ gegeben hatten, als sie ihn unter Einsatz unmittelbaren Zwangs abgedrängt haben. Zudem darf der Umstand, dass es keinen berechtigten oder sonst verständlichen Anlass für einen Messereinsatz zulasten der Beteiligten eines Polizeieinsatzes gab, dem Angeklagten nicht zur Strafschärfung entgegengehalten werden, weil es sich dabei um eine strafscharfende Berücksichtigung des bloßen Fehlens eines strafmildernden Umstands handelt.

2. Der Umstand, dass ein Täter „grundlos“ gegen das Tatopfer vorgeht oder dass das Opfer dem Täter „keinerlei Anlass“ für die Tat geboten hat, darf grundsätzlich nicht strafscharfend berücksichtigt werden.

3. Die strafscharfende Erwägung, dass sich die Angriffe gegen „Repräsentanten des Staates“ richteten, ist im Blick auf das Doppelverwertungsverbot (§ 46 Abs. 3 StGB) bei einem Widerstand gegen Vollstreckungsbeamte nicht unbedenklich. Sie lässt besorgen, dass das Tatge-

richt den Umstand, dass es sich bei den Geschädigten um Polizeibeamte handelte, noch einmal zu Lasten des Angeklagten eingestellt hat, obgleich schon der Tatbestand des § 113 StGB eine gegen einen Amtsträger der Bundesrepublik gerichtete Handlung voraussetzt. Im Übrigen lässt sich kaum annehmen, Gewalttätigkeiten, die im Rahmen eines (schweren) Landfriedensbruchs gegen Unbeteiligte oder sonstige Dritte begangen werden, verwirklichten eine „geringere“ Schuld als Gewalt gegen Polizeibeamte.

4. Die revisionsrichterliche Überprüfung der Strafzumessung hat sich am sachlichen Gehalt der Ausführungen des Tatgerichts und nicht an dessen – möglicherweise missverständlichen oder sonst unzureichenden – Formulierungen zu orientieren (BGHSt 34, 345, 349 f.).

5. Auch wenn sich ein Angehöriger der Menschenmenge des § 125 StGB zu dem Zeitpunkt, an dem er Regelbeispiel verwirklicht, räumlich von der Gruppe entfernt hatte, kann er weiter Teil der Menschenmenge sein und die Tat „mit vereinten Kräften“ begehen. Maßgebend für die Beurteilung, ob es sich bei einem Angriff um eine Einzelaktion eines Täters oder aber um eine „mit vereinten Kräften“ „aus einer Menschenmenge“ heraus begangene Gewalttätigkeit handelt, ist, ob die konkret ausgeführte Gewalttätigkeit von der in der gewaltbereiten Menge vorhandenen Grundstimmung und zustimmenden Haltung getragen wird. So kann es auch liegen, wenn durch das Vorrücken der Polizeikette von einer zuvor kompakten Menge Kleingruppen abgespalten haben.

6. Die Subsidiaritätsklausel des § 125 StGB greift auch dann ein, wenn ein besonders schwerer Fall des Landfriedensbruchs nach § 125a StGB vorliegt. Maßstab für den vorzunehmenden Vergleich ist dann aber der Straf-

rahmen der als Strafzumessungsregel ausgestalteten Bestimmung des § 125a Satz 1 StGB, der Freiheitsstrafe von sechs Monaten bis zu zehn Jahren androht. Bei dann übereinstimmenden Strafrahmen des § 125a Satz 1 StGB und des § 224 Abs. 1 StGB steht die Subsidiaritätsklausel der Tateinheit nicht entgegen.

32. BGH 2 StR 466/13 – Beschluss vom 19. November 2013 (LG Frankfurt am Main)

Strafzumessung (Einschränkung des Werts eines Geständnisses).
§ 46 StGB

1. Sagt der Angeklagte zu einem nicht festgestellten weiteren Tatvorwurf möglicherweise die Unwahrheit, kann dies nicht die schuld mindernde Einräumung des gegenständlichen Tatvorwurfs relativieren, der mit den konkret von der möglichen Lüge betroffenen Sachverhalten in keinem Zusammenhang steht.

2. Einem Angeklagten darf in der Strafzumessung nicht vorgeworfen werden, dass er nur zu einem Teil des Vorwurfs ein „Geständnis“ abgelegt habe.

23. BGH 4 StR 426/13 – Beschluss vom 20. November 2013 (LG Bochum)

Nachträgliche Bildung einer Gesamtstrafe (keine Gesamtstrafe bei bereits vollständige Vollstreckung der ersten Verurteilung: Härteausgleich)
§ 55 Abs. 1 StGB

Scheitert eine nach § 55 StGB an sich mögliche nachträgliche Gesamtstrafenbildung daran, dass die zunächst erkannte Strafe bereits vollständig vollstreckt wurde und daher keine Zäsurwirkung mehr entfalten kann, so erfordert eine darin liegende Härte einen angemessenen Ausgleich (st. Rspr.). An einer solchen Härte fehlt es, wenn der Wegfall der Zäsur die Bildung einer nachträglichen Gesamtstrafe mit der Freiheitsstrafe aus einer weiteren

Vorverurteilung ermöglicht, die den Angeklagten nicht beschwert oder sogar begünstigt.

16. BGH 2 StR 494/13 – Beschluss vom 19. November 2013 (LG Frankfurt am Main)

Beihilfe zum unerlaubten Handeltreiben mit Betäubungsmitteln (minderschwerer Fall: Verhältnis zu sonstigen gesetzlichen Strafmilderungsgründen).
§ 27 StGB; § 29a Abs. 2 BtMG; § 49 StGB

Nach ständiger Rechtsprechung ist in den Fällen, in denen das Gesetz bei einer Straftat einen minder schweren Fall vorsieht und im Einzelfall ein gesetzlicher Milderungsgrund nach § 49 StGB gegeben ist, bei der Strafrahmenwahl vorrangig zu prüfen ist, ob ein minder schwerer Fall vorliegt (vgl. BGH NStZ 2012, 271, 272). Ist nach einer Abwägung aller allgemeinen Strafzumessungsumstände das Vorliegen eines minder schweren Falls abzulehnen, sind bei der weitergehenden Prüfung, ob der mildere Sonderstrafrahmen zur Anwendung kommt, gesetzlich vertyppte Strafmilderungsgründe zusätzlich heranzuziehen. Erst wenn der Tatrichter danach weiterhin keinen minder schweren Fall für gerechtfertigt hält, darf er seiner konkreten Strafzumessung den (allein) wegen des gegebenen gesetzlich vertyppten Milderungsgrunds gemilderten Regelstrafrahmen zugrunde legen.

25. BGH 4 StR 464/13 – Beschluss vom 19. November 2013 (LG Essen)

Nachträgliche Bildung einer Gesamtstrafe (Zäsurwirkung einer gesondert bestehen bleibenden Geldstrafe).
§ 55 Abs. 1 StGB; § 53 Abs. 2 Satz 2 StGB

Einer nach einer abgeurteilten Tat ergangenen und noch nicht erledigten früheren rechtskräftigen Verurteilung zu einer Geldstrafe kommt auch dann eine Zäsurwirkung zu, wenn diese Geldstrafe in Anwendung von § 53 Abs. 2 Satz 2 StGB gesondert bestehen bleiben soll (vgl. BGH NStZ-RR 2012, 170).

Rechtsprechung

IV. Strafverfahrensrecht mit GVG

9. BGH 2 StR 267/13 – Beschluss vom 24. September 2013 (LG Marburg)

BGHSt; Verständigung (Umgehung der gesetzlichen Vorschriften durch informelle Urteilsabsprache: Unwirksamkeit eines Rechtsmittelverzichts; Beweiskraft des Protokolls für das Vorliegen einer Absprache).
§ 302 Abs. 1 Satz 2 StPO; § 257c StPO; § 273 Abs. 1a StPO

1. Wenn Verteidigung und Staatsanwaltschaft in Gegenwart der für die Entscheidung zuständigen Richter Anträge zur Straftat und Strafhöhe nach Teileinstellung des Verfahrens und Ablegung eines Geständnisses erörtern, im Anschluss daran das Gericht nach dem Vortrag eines

Formalgeständnisses auf eine – an sich vorgesehene – Beweisaufnahme verzichtet, den übereinstimmenden Anträgen folgt und der Angeklagte Rechtsmittelverzicht erklärt, ist in der Regel von einer konkludent geschlossenen Urteilsabsprache auszugehen, die dem Zweck dient, die Anforderungen und Rechtswirkungen einer Verständigung rechtswidrig zu umgehen. Bloßes Schweigen der Richter bei einem Verständigungsgespräch oder die Erklärung, das Gericht trete den Vorschlägen nicht bei, stehen dem nicht entgegen. (BGHSt)

2. Ein Rechtsmittelverzicht ist unwirksam, wenn dem Urteil eine informelle Verständigung vorausgegangen ist. (BGHSt)

3. Der Protokollvermerk, dass eine „qualifizierte Absprache“ gemäß § 257c StPO nicht stattgefunden habe, steht der freibeweislichen Feststellung nicht entgegen, dass ein hiervon abweichendes Verfahren stattgefunden hat. (Bearbeiter)

4. Nach dem Gesetz zur Regelung der Verständigung im Strafverfahren vom 29. Juli 2009 (BGBl. 2009 I, S. 2353) ist für informelle Absprachen über das Prozessergebnis kein Raum. Nach dem Zweck des gesetzlichen Ausschlusses eines Rechtsmittelverzichts gemäß § 302 Abs. 1 Satz 2 StPO muss diese Regelung für informelle Absprachen erst recht gelten. Ein Angeklagter, der an Erörterungen der Richter, Verteidiger und Vertreter der Staatsanwaltschaft im Beratungszimmer nicht beteiligt war, dem die für das Verständigungsverfahren vorgesehenen Informationen über den wesentlichen Inhalt der Erörterungen (§ 243 Abs. 4 Satz 1 StPO) nicht protokollfest erteilt wurden (vgl. BGH NJW 2013, 3046, 3047 f.) und der nach der Urteilsverkündung vom Gericht nicht qualifiziert über seine Rechtsmittelmöglichkeit belehrt wurde, ist besonders schutzwürdig. Er kann unmittelbar nach Urteilsverkündung nicht eigenverantwortlich entscheiden, ob eine Rechtsmittelmöglichkeit noch mit Aussicht auf Erfolg genutzt werden kann oder ein Rechtsmittelverzicht erklärt werden soll. (Bearbeiter)

42. BGH 3 StR 162/13 – Urteil vom 22. November 2013 (LG Hannover)

Betrug (Irrtum; sachgedankliches Mitbewusstsein; Anforderungen an die beweisrechtliche Feststellung; Erforderlichkeit der Ermittlung und Vernehmung der irrenden Person); Absehen vom Verfall wegen entgegenstehender Ansprüche von Verletzten; Entbindung des Schöffen (Besetzungsrüge; Prüfungsumfang des Revisionsgerichts; Verhinderung des Schöffen in Fällen der Verlegung der Hauptverhandlung).

§ 263 StGB; § 244 Abs. 2, Abs. 3 StPO; § 111i Abs. 2 StPO; § 54 GVG; § 338 StPO

1. Bei Verurteilungen wegen vollendeten Betruges (§ 263 StGB) ist in den Urteilsgründen grundsätzlich festzustellen und darzulegen, welche irrigen Vorstellungen die Person hatte, die die Verfügung getroffen hat. Dabei wird es regelmäßig erforderlich sein, die irrende Person zu ermitteln und in der Hauptverhandlung über die tatrelevante Vorstellung zu vernehmen.

2. Ausnahmsweise kann jedoch in Fällen eines normativ geprägten Vorstellungsbildes (hier: bei Bargeschäften) des Verfügenden die Vernehmung weniger Zeugen genügen; wenn deren Angaben das Vorliegen eines Irrtums (in den sie betreffenden Fällen) belegen, kann auf die Erregung eines Irrtums auch bei anderen Verfügenden geschlossen werden. Im Übrigen kann das Gericht auch aus Indizien auf einen Irrtum schließen. In diesem Zusammenhang kann etwa eine Rolle spielen, ob der Verfügende ein eigenes Interesse daran hatte oder im Interesse eines anderen verpflichtet war, sich von der Wahrheit der Behauptungen des Täters zu überzeugen. Wenn keine Anhaltspunkte dafür bestehen, dass der Verfügende kollusiv mit dem täuschenden Täter zusammengearbeitet oder aus einem sonstigen Grund Kenntnis von der Täu-

schung erlangt hatte und der durch die Täuschung erregte Irrtum deshalb nicht verfügungsursächlich geworden sein könnte, können sogar nähere Feststellungen dazu, wer verfügt hat, entbehrlich sein.

3. Die – bislang in Rechtsprechung und Literatur noch nicht geklärte – Frage, ob bei Verlegung des ordentlichen Sitzungstages die Verhinderung des Hauptschöffen an diesem oder an dem – infolge der Verlegung an einem anderen Tag stattfindenden – tatsächlichen Sitzungstag für seine Entbindung von der Dienstleistung maßgebend ist, ist dahin zu entscheiden, dass für die Entbindung des („Haupt-“) Schöffen von der Dienstleistung seine Verhinderung am tatsächlichen Sitzungstag, nicht diejenige an dem als ordentlichen Sitzungstag bestimmten Tag maßgeblich ist.

4. Die Entbindungsentscheidung selbst ist gemäß § 54 Abs. 3 Satz 1, § 77 Abs. 1 GVG unanfechtbar und unterliegt daher nicht der Prüfung des Revisionsgerichts (§ 336 Satz 2 Alt. 1 StPO). Die auf der Entbindungsentscheidung beruhende Gerichtsbesetzung kann somit grundsätzlich nicht nach § 338 Nr. 1 StPO mit der Revision gerügt werden. Etwas anderes gilt nur dann, wenn die Entscheidung objektiv willkürlich und der verfassungsrechtliche Grundsatz des gesetzlichen Richters nach Art. 101 Abs. 1 Satz 2 GG, § 16 Satz 2 GVG verletzt ist (st. Rspr.). Angesichts der ausdrücklichen gesetzlichen Regelung von § 54 Abs. 3 Satz 1 GVG, § 336 Satz 2 Alt. 1 StPO kommt eine Richtigkeitsprüfung über den Willkürmaßstab hinaus nicht in Betracht und ist auch verfassungsrechtlich nicht erforderlich.

41. BGH 3 StR 154/13 – Beschluss vom 15. Oktober 2013 (LG Osnabrück)

Rechtsfehlerhafte Ablehnung eines Beweisantrags wegen Bedeutungslosigkeit der Beweistatsache (Anforderungen an die prognostische Beurteilung der Bedeutsamkeit); Betrug (einheitliche Tat beim sog. uneigentlichen Organisationsdelikt; Ermittlung des Vermögensschadens).

§ 244 Abs. 3 Satz 2 StPO; § 263 StGB; § 261 StPO

Zur gegebenenfalls möglichen Antizipation des Beweisergebnisses bei Beweisanträgen auf die Vernehmung möglicherweise irrender Opferzeugen in Massenverfahren (serienmäßiger Betrug) bei vorheriger Vernehmung einiger Opferzeugen.

8. BGH 2 StR 265/13 – Beschluss vom 5. November 2013 (LG Koblenz)

Tatrichterliche Beweiswürdigung (Gesetzbindung des Richters: Amtsermittlungsgrundsatz; Überprüfung eines Geständnisses).

Art. 20 Abs. 3 GG; § 261 StPO; § 155 Abs. 2 StPO

1. Aus dem verfassungsrechtlich verankerten Schuldprinzip folgt im Strafprozess die Verpflichtung der Gerichte, von Amts wegen den wahren Sachverhalt zu erforschen (vgl. BVerfG NJW 2013, 1058, 1060). Die Amtsaufklärungspflicht darf schon wegen der Gesetzesbindung des Richters (Art. 20 Abs. 3 GG) nicht dem Interesse an einer einfachen und schnellstmöglichen Erledigung des Verfahrens geopfert werden. Es ist unzulässig, dem Urteil

einen Sachverhalt zu Grunde zu legen, der nicht auf einer Überzeugungsbildung unter Ausschöpfung des verfügbaren Beweismaterials beruht. Dies gilt auch dann, wenn sich der Angeklagte geständig gezeigt hat.

2. Zwar unterfällt auch die Bewertung eines Geständnisses dem Grundsatz der freien richterlichen Beweiswürdigung gemäß § 261 StPO. Das Tatgericht muss aber, will es die Verurteilung des Angeklagten auf dessen Einlassung stützen, von deren Richtigkeit überzeugt sein. Es ist deshalb stets zu untersuchen, ob das Geständnis den Aufklärungsbedarf hinsichtlich der erforderlichen Feststellungen zur Tat erfüllt, ob es in sich stimmig ist und auch im Hinblick auf sonstige Erkenntnisse keinen Glaubhaftigkeitsbedenken unterliegt. Es genügt nicht, das Geständnis des Angeklagten durch bloßen Abgleich des Erklärungsinhalts mit der Aktenlage zu überprüfen, weil dies keine hinreichende Grundlage für die Überzeugungsbildung des Gerichts aus dem Inbegriff der Hauptverhandlung darstellt (vgl. BVerfG NJW 2013, 1058, 1063).

22. BGH 4 StR 389/13 – Beschluss vom 22. Oktober 2013 (LG Halle)

Antrag auf Ausschluss der Öffentlichkeit zum Schutz der Privatsphäre (Zeitpunkt der Antragsstellung; Information der Verfahrensbeteiligten).

§ 171b GVG a.F.; § 174 Abs. 2, Abs. 3 GVG

1. Der Antrag auf Ausschluss der Öffentlichkeit zum Schutze der Intimsphäre gemäß § 171b Abs. 2 GVG a.F. kann vom Zeugen auch außerhalb der Hauptverhandlung gestellt werden.

2. Allerdings ergibt sich aus dem Regelungszusammenhang von § 171b Abs. 1 und 2 GVG a.F. und § 174 Abs. 1 Satz 2 und 3 GVG, dass alle Verfahrensbeteiligten sowie die Zuhörer im Gerichtssaal in der Lage sein müssen, den Ausschlussgrund eindeutig zu erkennen (vgl. BGHSt 45, 117, 119 f.).

12. BGH 2 StR 357/13 – Urteil vom 6. November 2013 (LG Frankfurt am Main)

Beweiswürdigung des Tatrichters (Bewertung entlastender Aussagen; Gesamtwürdigung der Ergebnisse der Beweisaufnahme); Anforderungen an ein freisprechendes Urteil.

§ 261 StPO; § 267 Abs. 5 StPO

Entlastende Angaben eines Angeklagten, für deren Richtigkeit es keine zureichenden Anhaltspunkte gibt und deren Wahrheitsgehalt fraglich ist, sind nicht ohne weiteres als unwiderlegt hinzunehmen und den Feststellungen zugrunde zu legen, nur weil es für das Gegenteil keine Beweise gibt. Der Tatrichter muss sich vielmehr aufgrund einer Gesamtwürdigung des Ergebnisses der Beweisaufnahme seine Überzeugung von der Richtigkeit oder Unrichtigkeit der Einlassung bilden (vgl. BGHSt 34, 29, 34).

15. BGH 2 StR 460/13 – Urteil vom 20. November 2013 (LG Mühlhausen)

Tatrichterliche Beweiswürdigung (Anforderungen an ein freisprechendes Urteil).

§ 261 StPO; § 267 Abs. 5 StPO

Spricht der Tatrichter einen Angeklagten frei, weil er Zweifel an dessen Täterschaft nicht zu überwinden vermag, so ist das durch das Revisionsgericht in der Regel hinzunehmen. Ein Urteil kann indes keinen Bestand haben, wenn die Beweiswürdigung Rechtsfehler aufweist. Das ist etwa der Fall, wenn sie lückenhaft ist, namentlich wesentliche Feststellungen nicht berücksichtigt oder nahe liegende Schlussfolgerungen nicht erörtert werden, wenn sie widersprüchlich oder unklar ist, gegen Denkgesetze oder Erfahrungssätze verstößt oder wenn an die zur Verurteilung erforderliche Gewissheit überspannte Anforderungen gestellt werden (st. Rspr.). Der Tatrichter ist gehalten, die Gründe für den Freispruch so vollständig und genau zu erörtern, dass das Revisionsgericht in die Lage versetzt wird, an Hand der Urteilsgründe zu prüfen, ob der Freispruch auf rechtsfehlerfreien Erwägungen beruht. Insbesondere muss er sich mit den von ihm festgestellten Tatsachen unter allen für die Entscheidung wesentlichen Gesichtspunkten auseinandersetzen, wenn sie geeignet sind, das Beweisergebnis zu beeinflussen (vgl. BGH NJW 2008, 2792, 2793).

21. BGH 4 StR 368/13 – Beschluss vom 22. Oktober 2013 (LG Magdeburg)

Adhäsionsverfahren (Zeitpunkt der Stellung des Adhäsionsantrags; Begründung des Antrags).

§ 404 Abs. 1 StPO

Gemäß § 404 Abs. 1 Satz 1 StPO kann der Adhäsionsantrag nach Beginn der Schlussvorträge, die dem den Rechtszug abschließenden Urteil vorausgehen, nicht mehr gestellt werden. Diese Präklusion greift jedoch nicht ein, wenn das Gericht erneut in die Beweisaufnahme eingetreten ist; es ist stets auf den Beginn der letzten Schlussvorträge abzustellen. Der Zweck der Regelung in § 404 Abs. 1 Satz 1 StPO ist, dass der Staatsanwalt Gelegenheiten haben muss, zu dem geltend gemachten vermögensrechtlichen Anspruch des Verletzten Stellung zu beziehen (vgl. BGH NStZ 2009, 566, 567).

18. BGH 4 StR 242/13 – Urteil vom 21. November 2013 (LG Halle)

Anforderungen an ein freisprechendes Urteil (Feststellungen zu Leben und Persönlichkeit des Angeklagten); Hehlerei (Anforderungen an den subjektiven Tatbestand: bedingter Vorsatz; Wahlfeststellung bei Erpressung).

§ 267 Abs. 5 Satz 1 StPO; § 259 Abs. 1 StGB; § 253 StGB; Vor § 1 StGB

Auch bei freisprechenden Urteilen ist der Tatrichter aus sachlich-rechtlichen Gründen zumindest dann zu Feststellungen über Werdegang, Vorleben und Persönlichkeit des Angeklagten verpflichtet, wenn diese für die Beurteilung des Tatvorwurfs eine Rolle spielen können und deshalb zur Überprüfung des Freispruchs durch das Revisionsgericht auf Rechtsfehler hin notwendig sind (vgl. BGH NStZ 2000, 91).

V. Wirtschaftsstrafrecht und Nebengebiete

13. BGH 2 StR 365/12 – Urteil vom 18. September 2013 (LG Bonn)

BGHSt; Inverkehrbringen von Arzneimitteln zu Dopingzwecken im Sport (Blankettstrafnorm: Bezugnahme auf jährlich aktualisierte Arzneimittellisten, Bestimmtheitsgebot; Dopingmittel für den Breitensport); Anforderungen an die Anklageschrift (Bezeichnung des Verfahrensgegenstands: Tathandlung bei mittelbarer Täterschaft kraft Organisationsherrschaft).

Art. 103 Abs. 2 GG, § 95 Abs. 1 Nr. 2a AMG, § 6a Abs. 1, Abs. 2 Satz 1 AMG a.F.; § 200 Abs. 1 StPO § 25 Abs. 2 StGB

1. Regelt der Gesetzgeber die Strafbarkeit eines Verhaltens durch eine Blankettstrafnorm, die auf eine außergesetzliche Bestimmung Bezug nimmt, so muss die vorrangige Bestimmungsgewalt des Gesetzgebers erhalten bleiben. Dies ist bei der Bezugnahme von § 95 Abs. 1 Nr. 2a i.V.m. § 6a Abs. 1 und Abs. 2 Satz 1 AMG a.F. auf den jährlich aktualisierten Anhang zu dem Übereinkommen des Europarats gegen Doping vom 16. November 1989 jedenfalls insoweit der Fall, als der Gesetzgeber bei Aktualisierungen der Verweisungsnorm des § 6a AMG a.F. die dann aktuellen Verbotslisten in seinen Willen aufgenommen hat. (BGHSt)

2. Damit ist auch Art. 103 Abs. 2 GG Genüge getan, ohne dass insoweit zu entscheiden wäre, ob eine dynamische Verweisung, die der Gesetzgeber mit dem Zweiten Gesetz zur Änderung arzneimittelrechtlicher und anderer Vorschriften vom 19. Oktober 2012 im Normtext „konkretisiert“ hat (vgl. BT-Drucks. 17/9341 S. 48), dem Bestimmtheitsgebot genügt. (Bearbeiter)

3. Der Tatbestand in § 95 Abs. 1 Nr. 2a i.V.m. § 6a Abs. 1 AMG erfasst neben dem Leistungssport auch den Breitensport. Die Stärkung des Muskelwachstums im Zusammenhang mit „Bodybuilding“ durch Einnahme von Anabolika ist als Doping im Sport anzusehen. (Bearbeiter)

4. Zur Erfüllung der Umgrenzungsfunktion der Anklageschrift in Bezug auf den Verfahrensgegenstand ist es bei einem „uneigentlichen Organisationsdelikt“, bei dem einem in leitender Funktion des Unternehmens tätigen Beteiligten die Ausführungshandlungen der Mitarbeiter zugerechnet werden, nicht erforderlich, sämtliche Ausführungshandlungen der Mitarbeiter im Einzelnen mitzuteilen (vgl. BGHSt 57, 88, 94). Der als eine Handlung im Rechtssinne bewertete Tatbeitrag des Angeklagten besteht in der übergreifenden Mitwirkung im Organisationsgefüge des Unternehmens. (Bearbeiter).

17. BGH 2 StR 535/12 – Urteil vom 18. September 2013 (LG Meiningen)

BGHSt; Inverkehrbringen von Arzneimitteln (Begriff des Arzneimittels: Präsentationsarzneimittel, Placebos; Inverkehrbringens durch Vorrätighalten: tatsächliche Lagerhaltung; Inverkehrbringen durch Abgabe an einen anderen: tatsächliche Zugriffsmacht des Empfängers).

§ 95 Abs. 1 Nr. 2a, Nr. 3a AMG; § 2 Abs. 1 AMG; § 4 Abs. 17 AMG

1. Vollendetes Inverkehrbringen von Arzneimitteln durch Abgabe an andere setzt bei einer Versendung voraus, dass die Sendung in den Zugriffsbereich des Empfängers gelangt. (BGHSt)

2. Nach § 2 Abs. 1 AMG sind Arzneimittel unter anderem solche Stoffe oder Zubereitungen aus Stoffen, die entweder zur Anwendung im oder am Körper bestimmt sind und als Mittel mit Eigenschaften zur Heilung, Linderung oder Verhütung von Krankheiten oder krankhaften Beschwerden bestimmt sind (sogenannte Präsentationsarzneimittel, § 2 Abs. 1 Nr. 1 AMG) oder die im Körper angewendet oder einem Menschen verabreicht werden können, um die physiologischen Funktionen durch eine pharmakologische, immunologische oder metabolische Wirkung wiederherzustellen, zu korrigieren oder zu beeinflussen (sogenannte Funktionsarzneimittel, § 2 Abs. 1 Nr. 2 AMG). Von dem Begriff der Präsentationsarzneimittel werden neben echten Arzneimitteln auch solche Produkte erfasst, die nur den Anschein erwecken, therapeutischen oder prophylaktischen Zwecken zu dienen. (Bearbeiter)

3. Soweit das Gesetz das Vorrätighalten zum Verkauf, das Feilhalten oder Feilbieten der Tathandlung des Inverkehrbringens zuordnet, setzt dies in allen Fällen beim Täter eine Lager- oder Vorratshaltung von Arzneimitteln voraus (vgl. BGHSt 23, 286, 288). Das bloße Anbieten ohne Vorratshaltung ist kein Inverkehrbringen. (Bearbeiter)

4. Abgabe im Sinne des § 4 Abs. 17 AMG ist die körperliche Übergabe an einen anderen durch den Inhaber der Verfügungsgewalt in einer Weise, dass der Empfänger tatsächlich in die Lage versetzt wird, sich des Arzneimittels zu bemächtigen und mit ihm nach seinem Belieben umzugehen, insbesondere es zu konsumieren oder weiterzugeben. (Bearbeiter)

38. BGH 3 StR 124/13 – Beschluss vom 22. Oktober 2013 (LG Krefeld)

Vorlage an den EuGH im Betäubungsmittelstrafrecht (Lieferung von Ephedrin-Tabletten; Grundstoffe; Anwendbarkeit der EU-Richtlinien über Drogenausgangsstoffe auf Arzneimittel).

§ 19 GÜG; § 3 GÜG; § 1 Nr. 1 GÜG; Art. 2 lit. a VO (EG) Nr. 273/2004; Art. 2 lit. a VO (EG) Nr. 111/2005; Art. 267 AEUV

1. Für die Frage, ob die Lieferung legal hergestellter und grundsätzlich für eine Verwendung als Arzneimittel bestimmter Ephedrin-Tabletten nach § 19 Abs. 1 Nr. 1 des Grundstoffüberwachungsgesetzes (GÜG) strafbar sein kann, kommt es u.a. darauf an, ob Arzneimittel, die erfasste Stoffe i.S.v. § 1 Nr. 1 GÜG enthalten, aus europarechtlichen Gründen stets vom Anwendungsbereich der Strafvorschrift ausgenommen sind. Ob dies der Fall ist, oder ob dies lediglich dann anzunehmen ist, wenn die Arzneimittel so zusammengesetzt sind, dass die Grundstoffe nicht einfach verwendet oder leicht und wirtschaftlich extrahiert werden können, hängt maßgeblich von der Auslegung des jeweiligen Art. 2 lit. a der VO (EG) Nr. 273/2004 bzw. (EG) Nr. 111/2005 ab, für die gem. Art. 267 AEUV der EuGH zuständig ist.

2. Der Senat legt dem EuGH folgende Frage vor: Sind Arzneimittel gemäß der Definition der Richtlinie 2001/83/EG des Europäischen Parlaments und des Rates vom 6. November 2001 zur Schaffung eines Gemeinschaftskodexes für Humanarzneimittel, die von den Verordnungen (EG) Nr. 273/2004 und (EG) Nr. 111/2005 erfasste Stoffe enthalten, gemäß dem jeweiligen Art. 2 Buchst. a dieser Verordnungen stets von deren Anwendungsbereich ausgenommen, oder ist dies lediglich dann anzunehmen, wenn die Arzneimittel so zusammengesetzt sind, dass die erfassten Stoffe nicht einfach verwendet oder leicht und wirtschaftlich extrahiert werden können?

82. BGH 5 StR 487/13 – Beschluss vom 7. November 2013 (LG Hamburg)

Anrechnung des Aufenthalts in einer „Jugendgerichtlichen Unterbringung“ (JGU) auf die Jugendstrafe (Weisung; vollstreckbarer Unterbringungsbefehl).
§ 18 JGG; § 52a JGG; § 116 Abs. 1 StPO; § 72 Abs. 4 Satz 1 JGG; § 71 Abs. 2 JGG

Die Jugendgerichtliche Unterbringung (JGU) kann eine andere Freiheitsentziehung im Sinne des § 52a Satz 1 JGG sein, auch wenn ihr kein vollstreckbarer Unterbringungsbefehl zugrunde lag und sie „freiwillig“ aufgrund einer Weisung gemäß § 116 Abs. 1 StPO erfolgt ist. Bei wertender Betrachtung steht sie in ihren Wirkungen, auf die es maßgeblich ankommt, einer einstweiligen Unterbringung nach § 72 Abs. 4 Satz 1, § 71 Abs. 2 JGG gleich.

89. BGH 5 StR 576/13 – Beschluss vom 28. November 2013 (LG Berlin)

Bewaffnetes Handeltreiben mit Betäubungsmitteln (keine Qualifikation bei Mitführung der Waffe ausschließlich anlässlich von nicht umsatzbezogenen Tätigkeiten).
§ 30a Abs. 2 Nr. 2 BtMG

Der Qualifikationstatbestand des § 30a Abs. 2 Nr. 2 BtMG ist nicht erfüllt, wenn das Mitführen eines gefährlichen Gegenstands nur bei nicht mit dem Umsatz von Betäubungsmitteln zusammenhängenden Tätigkeiten (hier: Entsorgung von Pflanzenabfällen) erwiesen ist, da diese nicht als Teilstadium des Handeltreibens anzusehen sind.

Aufsätze und Anmerkungen

Die Pflicht zur rahmenbeschlusskonformen Auslegung im deutschen Strafverfahren

Die Europäische Beweisverordnung als Interpretationsvorgabe für die Beweisverwertung. Anmerkung zu BGH 1 StR 310/12 – Beschluss vom 21. November 2012 (LG Hamburg) = HRRS 2013 Nr. 314*

Von Professor Dr. Sabine Swoboda, Ruhr-Universität Bochum

I. Einleitung

Der Beschluss vom 21. November 2012 über die Verwertbarkeit von im Wege der Rechtshilfe aus dem innereuropäischen Ausland gewonnenen Telefonüberwachungsprotokollen ist ein Schulbeispiel für eine rahmenbeschlusskonforme Auslegung deutscher Strafverfahrensregelungen. Er überträgt Leitgedanken aus dem Rah-

menbeschluss [RB 2008/978/JI] über die Europäische Beweisverordnung (im Folgenden: „RB-EBA“)¹ zur Ver-

* Veröffentlicht unter HRRS 2013 Nr. 314; teilweise abgedruckt in NStZ 2013, 596.

¹ Rahmenbeschluss 2008/978/JI des Rates vom 18. Dezember 2008 über die Europäische Beweisverordnung zur Erlangung von Sachen, Schriftstücken und Daten zur Verwendung in Strafsachen, ABIEU L 350, S. 72; die Rechtsgrundlage war damals Art. 31, 34 II lit. b) EUV a. F.;

kehrsfähigkeit von Beweisen im Rahmen eines europäischen Raumes der Freiheit, der Sicherheit und des Rechts² im Wege der Auslegung auf die Regeln zur Beweisverwertung im deutschen Strafverfahrensrecht. Der Beschluss zeigt zugleich, wie allein durch den Austausch eines Richters in einem Senat des Bundesgerichtshofs neue Rechtsprechungsdynamiken entstehen können. Mit der Berufung *Henning Radtkes* in den 1. Strafsenat des BGH beginnt der Senat, die Leitideen und Grundprinzipien des europäischen Straf- und Strafverfahrensrechts, denen er zuvor eher mit Misstrauen zu begegnen schien,³ in seine Rechtsprechung zu übertragen.

Der deutsche Gesetzgeber hat den Rahmenbeschluss zur EBA trotz Umsetzungsverpflichtung bis zum 19. Januar 2011⁴ noch nicht in innerstaatliches Recht umgesetzt und wird dies angesichts der weit fortgeschrittenen Verhandlungen über den Erlass einer Richtlinie über eine Europäische Ermittlungsanordnung („EEA“)⁵ auch nicht mehr tun. Durch die auf der Grundlage von Art. 82 I AEUV zu erlassende Richtlinie über eine Europäische Ermittlungsanordnung sollen zahlreiche Rahmenbeschlüsse und vertragliche Rechtshilferegelungen über den Rechtshilfeverkehr mit Beweisen in Strafsachen

zu den Rechtswirkungen von Rahmenbeschlüssen nach früherer Rechtslage allgemein *Schönberg* ZaöRV 67 (2007), 1107 ff.

² Dieser Programmsatz der EU ist heute ausführlich in Art. 3 II EUV und Art. 4 II lit. j), 67 I AEUV niedergelegt; zu seinen Inhalten s. *Brodowski* Jura 2013, 492 f.

³ Misstrauen anstelle von Vertrauen in die Effizienz und Rechtsstaatlichkeit anderer europäischer Verfahrensordnungen, wie es der Grundsatz der „gegenseitigen Anerkennung“ gem. Art. 67, 82 I AEUV voraussetzt, findet sich beispielsweise in der Entscheidung BGHSt 56, 11 = HRRS 2010 Nr. 1053 (dort para. 16 f.) zur Auslegung von Art. 50 der im Vertrag von Lissabon enthaltene Charta der Grundrechte, in der der 1. Senat mit einer sehr fragwürdigen, aus Art. 52 I GRC abgeleiteten Schrankenkonstruktion die Auslegung von Art. 50 GRC an die Wortlautgrenze des weit enger gefassten Art. 54 Schengener Durchführungsübereinkommens (SDÜ) binden will; ähnl. zuvor schon *Burchard/Brodowski* StraFo 2010, 179, 184; dem BGH folgt die Entscheidung LG Aachen, StV 2010, 237; BGH BeckRS 2010, 30899; *Satzger*, Internationales und Europäisches Strafrecht, 6. Auflage (2013), § 10 Rn. 70; *Hecker*, Europäisches Strafrecht, 4. Auflage (2012), § 13 Rn. 39; *Ambos*, Internationales Strafrecht, 3. Auflage (2011), § 10 Rn. 119; *Hackner* NSTZ 2011, 425, 429; *Kretschmer*, J., ZAR 2011, 384, 387; zu Recht abl. *Böse* GA 2011, 504, 505 ff., *ders.*, ZIS 2010, 607, 612; *Reichling*, StV 2010, 237, 238; *Zöller*, Krey-FS, 2010, S. 501, 518 ff.; *Swoboda* JICJ 9 (2011), 243, 266 f.; *Radtke* NSTZ 2012, 479, 481; *Schomburg/Suominen-Picht* NJW 2012, 1190, 1191 f.; *Merkel/Scheinfeld* ZIS 2012, 206, 209 ff.; *Nestler* HRRS 2013, 337, 343 f.; schon vor Erlass des Urteils auch *Heger*, ZIS 2009, 406, 408.

⁴ Art. 23 I des Rahmenbeschlusses über die Europäische Beweisverordnung (Fn. 1).

⁵ Vgl. die letzte Entwurfsfassung im Ratsdokument Nr. 18918/11 vom 21.12.2011 der „Initiative des Königreichs Belgien, der Republik Bulgarien, der Republik Estland, des Königreichs Spanien, der Republik Österreich, der Republik Slowenien und des Königreichs Schweden für eine Richtlinie des Europäischen Parlaments und des Rates über die Europäische Ermittlungsanordnung in Strafsachen“; zur Entwicklung des Entwurfstexts im Rat s. die Dokumentation der Vorschläge und Entwürfe auf der Seite von *euocrim*, Tübingen, unter [Fehler! Hyperlink-Referenz ungültig.](#)

aus der Zeit vor Inkrafttreten des Vertrags von Lissabon am 1.12.2009 ersetzen werden,⁶ darunter auch der RB-EBA, der für viele Mitgliedsstaaten einerseits zu wenige Rechtshilfemöglichkeiten im Strafverfahren bot und andererseits das Risiko mit sich brachte, nationale Beschuldigten- und Rechtsschutzstandards zu untergraben.⁷ Doch auch ohne innerstaatliche Umsetzung können die europäischen Vorgaben aus dem RB-EBA mit Ablauf der Umsetzungsfrist Einfluss auf das innerstaatliche Recht nehmen. Zu denken ist hier zum einen an den (umstrittenen) Mechanismus der „objektiven Geltung“ von Rahmenbeschlüssen,⁸ darüber hinaus hat der EUGH aus dem Gebot zur Unionstreue aus Art. 4 III UAbs. 2 und 3 EUV⁹ eine Pflicht zur rahmenbeschlusskonformen Auslegung des nationalen Rechts abgeleitet.¹⁰ Damit kann auch ein nicht in innerstaatliches Recht umgesetzter Rahmenbeschluss Einfluss auf die Interpretation und Anwendung des deutschen Strafverfahrensrechts nehmen, wenn auch niemals *contra legem*. Rahmenbeschlüsse entfalten – anders als eine nicht rechtzeitig oder inhaltlich mangelhaft umgesetzte Richtlinie i. S. v. Art. 288 III AEUV – niemals „unmittelbare Wirkung“.¹¹ Sie können

⁶ Vgl. Ziff. 15 der Präambel und Art. 29 I und II des Richtlinienentwurfs über eine Europäische Ermittlungsanordnung (Fn. 4); *Ahlbrecht* StV 2013, 114 (115).

⁷ So die überwiegende Kritik aus der Literatur, s. *Esser*, Roxin-FS, 2011, S. 1497, 1501 ff., 1505 f., 1508; *Stefanopoulos* JR 2011, 54, 57; *Krüssmann* StraFo 2008, 458, 461 f.; *Ahlbrecht* NSTZ 2006, 70, 74 f.; speziell zum Unterlaufen von Beweisverwertungsverböten in den einzelnen mitgliedstaatlichen Rechtsordnungen *Bendler* StV 2003, 133, 135; *Heine*, Die Rechtsstellung des Beschuldigten im Rahmen der Europäisierung des Strafverfahrens, 2008, S. 135, 139 ff.

⁸ Umstr., abl. *Lorenzmeier* ZIS 2006, 567, 577 f.; zur Übersicht über den Meinungsstand zur damaligen Rechtslage auf der Basis von Art. 34 EUV a. F. noch *Wasmeier* in: *von der Groeben/Schwarze* (Hrsg.), EUV/EG-Kommentar, 6. Auflage (2004), Art. 34 Rn. 11 f.

⁹ In diesem Fall begründet sich die Loyalitätspflicht zudem aus der speziellen Ausprägung des Loyalitätsgebots in Art. 325 II AEUV und aus Art. 2 I PIF-Übereinkommen mit dem Gebot an die Mitgliedsstaaten, Betrügereien zulasten der finanziellen Interessen der Union mit effektiven Maßnahmen zu bekämpfen; vgl. zur Pflicht, wirksame, verhältnismäßige und hinreichend abschreckende Sanktionen zum Schutz von Gemeinschaftsinteressen zu schaffen; dazu EuGH (*Griechischer Mais*), NJW 1990, 2245 (2246), ausführlich *Hecker* (Fn. 3) § 7 Rn. 27.

¹⁰ EuGH, Rs. 105/03 (*Pupino*), Slg. 2005, S. I-5285 Rn. 34, 43 ff. = HRRS 2006 Nr. 1 (dort Rz. 50, 59 ff.) = EuZW 2005, 433 (Rn. 34, 43 ff.); *Hecker* (Fn. 3) § 10 Rn. 1 m. w. N.: „bedeutsamster Europäisierungsfaktor“; *Rönnau/Wegner* GA 2013, 561 (562).

¹¹ *Lorenzmeier* ZIS 2006, 567, 577 m. w. N.; dass Rahmenbeschlüsse keine „unmittelbare Wirksamkeit“ entfalten wird abgeleitet aus dem in der Fassung von Art. 34 II lit. b) S. 2 EUV in der Fassung des Vertrags von Amsterdam, ABLEU 1997/C 340, S. 145 v. 10.11.1994, enthaltenen Zusatz: „Sie [Rahmenbeschlüsse] sind nicht unmittelbar wirksam“; dazu auch v. *Unger* NVwZ 2006, 46; *Schönberger* ZaöRV 67 (2007), 1107, 1126; auch nach Inkrafttreten des Vertrags von Lissabon behalten die früheren Rahmenbeschlüsse ihre Geltung, um dann nach Ablauf einer fünfjährigen Übergangszeit in das Unionsrechts, hier dann in den Geltungsbereich der Sekundärakte auf der Grundlage des Art. 82 I AEUV überführt zu werden; Art. 9, 10 I des Protokolls Nr. 36 über Übergangsbestimmungen, Ab-

innerstaatliches Recht damit auch nicht „neutralisieren“, es also nicht aufgrund eines Anwendungsvorrangs für das europäische Sekundärrecht vollständig verdrängen.¹² Daher endet die Pflicht zur rahmenbeschlusskonformen Auslegung an den Grenzen der vom nationalen Recht eröffneten Auslegungs- und Ermessensspielräume.¹³ Allerdings haben die nationalen Gerichte beim Ausloten dieser Auslegungsspielräume das gesamte nationale Recht im Auge zu behalten. Es gilt die Anweisung, das nationale Recht bis zur eindeutigen Wortlautgrenze möglichst so anzuwenden, „dass kein dem Rahmenbeschluss widersprechendes Ergebnis erzielt wird.“¹⁴ Notfalls muss dafür selbst eine ständige nationale Rechtsprechung neuen unionskonformen Norminterpretationen weichen. Auf die Vorhersehbarkeit der Neuinterpretation für den Betroffenen will die h. M. dabei selbst im Bereich des materiellen Strafrechts keine Rücksicht nehmen.¹⁵ Entscheidend ist allein, dass das Gericht das nationale Recht in einer Art und Weise zur Anwendung bringt, die den EU-Vorgaben effektive Wirksamkeit verleiht. Wie das im Bereich strafprozessualer Beweisverwertungsregelungen geschehen kann, hat der BGH an dem vorliegenden Fall eindrucksvoll, wenn auch methodisch nicht besonders transparent demonstriert.

II. Das Schmuggelverfahren und die vom BGH zu meisternden Herausforderungen

1. Die prozessuale Ausgangslage

Die beiden Angeklagten sollen gewerbs- und bandenmäßig zwei Schmuggelfahrten im November 2007 und März 2008 organisiert haben. Laut Anklage hatten sie aus China stammende Zigaretten unversteuert und unverzollt aus dem Hamburger Freihafen in das Bundesgebiet der Bundesrepublik Deutschland schmuggeln lassen, um die Zigaretten später in Tschechien zu veräußern. Die Taten waren bei Zollkontrollen aufgedeckt und die Fahrer der Schmuggelfahrzeuge noch vor Ort verhaftet worden. Während die Fahrer später mühelos wegen Steuerhinterziehung und Schmuggelns gem. §§ 370 I, 373 AO verurteilt werden konnten, fehlte es für den Nachweis der Tatbeteiligung der beiden Angeklagten zunächst an tragfähigen Beweisen. Das Landgericht Hamburg richtete daher im Mai 2009 ein Rechtshilfeersuchen an die Kreisstaatsanwaltschaft Prag, um von dieser die Gesprächsprotokolle von Telefonaten der Angeklagten zu erhalten, die die tschechischen Strafverfolgungsbehörden 2007 und 2008 im Rahmen eines in Tschechien gegen die Ange-

klagten laufenden Ermittlungsverfahrens vor den Bezirksgerichten Prag 4 und Prag 10 wegen Zigaretten Schmuggels gem. § 88 I und II der tschechischen Strafprozessordnung aufgezeichnet hatten. Der Verdacht des Zigaretten Schmuggels auf tschechischem Staatsgebiet erhärtete sich in diesen Telefonmitschnitten nicht. Die Prager Verfahren wurden daher später eingestellt. Jedoch belegten die Telefonmitschnitte und die daraus gefertigten Überwachungsprotokolle, dass die Angeklagten die Hamburger Schmuggelfahrten organisiert hatten. Gegen das Vorspielen der aufgezeichneten Telefongespräche und das Verlesen der übersetzten Gesprächsprotokolle in der Hauptverhandlung wandte sich die Verteidigung der Angeklagten mit einer Fairnessrüge gem. Art. 6 I EMRK. Als die Hamburger Staatsanwaltschaft das Rechtshilfeersuchen an die tschechischen Behörden stellte, hätten die Voraussetzungen für die Gewährung bilateraler Rechtshilfe auf der Grundlage von Art. 17 II und V des Vertrags vom 2.2.2000 zwischen der Bundesrepublik Deutschland und der Tschechischen Republik über die Ergänzung des Europäischen Übereinkommens über die Rechtshilfe in Strafsachen vom 20.4.1959 (CZ-ErgV EuRHÜbk)¹⁶ nicht vorgelegen. Art. 17 II, V CZ-ErgV EuRHÜbk setzt voraus, dass bei Stellung eines Rechtshilfeersuchens auf Überwachung der Telekommunikation oder auf Herausgabe von Unterlagen, die aus einer Überwachung der Telekommunikation in einem im Hoheitsgebiet des ersuchten Vertragsstaates (hier Tschechien) geführten Strafverfahren herrühren, das ersuchende Gericht entweder eine entsprechende Überwachungsanordnung auf der Grundlage des eigenen Rechts vorlegt oder es eine Erklärung abgibt, dass „die Voraussetzungen der Überwachung vorlägen, wenn eine derartige Maßnahmen im Hoheitsgebiet des ersuchenden Vertragsstaates durchzuführen wäre“ (§ 17 II Nr. 1) oder dass zumindest sichergestellt ist, dass „die Überwachung auch nach dem Recht des ersuchten Vertragsstaates angeordnet werden [kann], sofern die Strafverfolgung wegen der dem Ersuchen zu Grunde liegenden Straftat dort durchgeführt werden würde“ (§ 17 II Nr. 2).

Im konkreten Fall hatte das LG Hamburg keine entsprechende Überwachungsanordnung auf der Grundlage von § 100a StPO vorgelegt. Auch die nach § 17 II Nr. 1 CZ-ErgV EuRHÜbk geforderte Erklärung, dass ein entsprechender Beweis nach deutschem Strafverfahrensrecht erhoben werden könnte, fehlte. Hinzu kam, dass der „gewerbsmäßige, gewaltsame und bandenmäßige Schmuggel“ nach § 373 AO erst durch Gesetzesänderung mit Wirkung zum 1.1.2008 in den Katalog der für eine Telefonüberwachung erforderlichen Anlasstaten in § 100a II Nr. 2 lit. b) StPO aufgenommen worden war. Eine entsprechende Überwachungsanordnung wäre also nach deutschem Strafverfahrensrecht im Jahre 2007, als in Tschechien die ersten Telefonmitschnitte angefertigt wurden, noch rechtswidrig gewesen. Was die Rechtmäßigkeit der Anordnungen durch die Bezirksgerichte Prag 4 und 10 auf der Basis des tschechischen Rechts, also § 88 I und II der tschechischen StPO, anging, so hatte das LG Hamburg die Frage der Rechtmäßigkeit gar nicht geprüft. Es war auch unstrittig, dass in Tschechien für die Überwachung eine einschlägige gesetzliche Ge-

IEU C 115 vom 9.5.2008, S. 322, 325 f.; Satzger (Fn. 3) § 10 Rn. 27; OLG München StV 2013, 710, 711.

¹² Frenz, Handbuch Europarecht, Band 5, Wirkungen und Rechtsschutz (2010), Rn. 1070.

¹³ EuGH-Pupino (Fn. 10) Rn. 47; v. Unger NVwZ 2006, 46, 47 f.

¹⁴ EuGH-Pupino (Fn. 10) Rn. 47; Rönnau/Wegner GA 2013, 561, 563.

¹⁵ Satzger (Fn. 3) § 9 Rn. 94 f. m. w. N.; Hecker (Fn. 3) § 10 Rn. 60; Ambos (Fn. 3) § 11 Rn. 50; Anwendungsbeispiel bei Heger HRRS 2012, 211, 213 f. zur Auslegung der §§ 324 ff. StGB a. F. nach Inkrafttreten der Umweltstrafrechts-Richtlinie 2008/99/EG; krit. aber Rönnau/Wegner GA 2013, 561, 563, Fn. 16.

¹⁶ Umgesetzt in nationales Recht durch Gesetz vom 13.7.2001, BGBl II, 733.

setzesgrundlage existierte. Die Verteidigung rügte allerdings, dass die Anordnungen der Prager Bezirksgerichte jeweils den Begründungsanforderungen des tschechischen Rechts nicht genügt hätten. Diese verlangen wenigstens eine kurze Darstellung der den Tatverdacht begründenden Tatsachen und der Beweislage. Im konkreten Fall wären diese Darstellungen zu knapp ausgefallen.

2. Die besondere Pflichtenstellung des BGH, für die finanziellen Interessen der Gemeinschaft zu sorgen, und ihre Grenzen aus dem Gedanken eines europäischen *ordre public*

Um die Verurteilung der Angeklagten nach § 373 AO sicherzustellen, musste der BGH die Verwertbarkeit der 2007 und 2008 angefertigten Telefonmitschnitte begründen, auch wenn § 1 7 II, V CZ-Erg EuRHÜbk mit seinen strengen Voraussetzungen für die Zulässigkeit eines Rechtshilfeersuchens auf Herausgabe von Telekommunikationsüberwachungsprotokollen eindeutig individual-schützende Komponenten enthält,¹⁷ weswegen eine Missachtung der Norm eigentlich ein Beweisverwertungsverbot nahe legen müsste. Der 1. Senat reizt nun aber die im deutschen Strafverfahrensrecht eröffneten Interpretationsspielräume bis aufs Äußerste dahingehend aus, die Verwertbarkeit der Telefonüberwachungsaufzeichnungen zu versichern; – und hat damit trotz manch schwer nachzuvollziehender Wendung in der Argumentationskette Recht, denn unionsrechtlich traf das Gericht eine Pflicht, im Interesse der EU für wirksame Strafmaßnahmen zu sorgen.

Diesen unionsrechtlichen Hintergrund der Entscheidung erhellt das Gericht freilich nicht. Er sei daher an dieser Stelle offenbart: Ein gewerbs- oder bandenmäßiger Schmuggel gem. § 373 I AO beeinträchtigt immer auch die finanziellen Interessen der EU an der Sicherung ihrer Eigenmittel. Zu den für Waren aus Drittstaaten zu entrichtenden Einfuhrabgaben zählen gem. Art. 44 des gemeinsamen Zollkodex¹⁸ auch die Einfuhrzölle, die laut Art. 1 Nr. 1 des Eigenmittelbeschlusses des Rates Nr. 2007/436/EG wiederum zu den traditionellen Eigenmitteln der EU zählen, also direkt in den Unionshaushalt fließen.¹⁹ Wenn der 1. Strafsenat hier also eine effektive innerstaatliche Strafverfolgung nach § 373 AO sicherstellt, dann handelt er in Erfüllung einer mitgliedstaatlichen Treuepflicht aus Art. 325 II AEUV bzw. Art. 21 des gemeinsamen Zollkodex und auch aus Art. 2 I des Übereinkommens auf Grund von Artikel K.3 des Vertrags über die Europäische Union über den Schutz der finanziellen Interessen der Europäischen Gemein-

schaften vom 26.7.1995 („PIF-Übereinkommen“)²⁰, wonach die EU-Mitgliedsstaaten verpflichtet sind, die finanziellen Interessen der EU effektiv zu schützen, indem sie für die im Art. 1 I PIF-Übereinkommen sehr weit definierten Betrugstaten zulasten der EG/EU „wirksame, angemessene und abschreckende Strafen“ vorsehen.²¹ Aus all diesen Rechtsgrundlagen ergab sich für den BGH gleichsam eine „Garantenpflicht“, das nationale Recht durch gemeinschaftskonforme Auslegung für den Schutz der (finanziellen) Interessen der EU „zu funktionalisieren“.²² Als Orientierungspunkt für die unionskonforme Durchsetzung der supranationalen Strafverfolgungsinteressen bot sich dabei an, Art. 17 CZ-ErgV EuRHÜbk im Lichte der Vorgaben des seit Januar 2011 im europäischen Raum gültigen Europäischen Rahmenbeschlusses über eine Europäische Beweisordnung zu interpretieren.

Wie der 1. Strafsenat diese Interpretationsvorgaben für die Auslegung des deutschen Strafverfahrensrechts in der Frage eines Beweisverwertungsverbots aus Art. 17 II, V CZ-ErgV EuRHÜbk nutzbar gemacht hat, wird sogleich Gegenstand der Einzelkritik sein. Vorab aber sei noch positiv angemerkt, dass der 1. Senat die Erfüllung seiner „Garantenpflicht“ für die finanziellen Interessen der Union nicht bis zum Äußersten treibt. Er stellt vielmehr klar, dass er die Zulässigkeit der Beweisverwertung nicht nur an den Vorgaben des RB-EBA messen wird, sondern auch an den Mindestbedingungen eines europäischen *ordre public*.²³ Auch in einem Europäischen Raum der Freiheit, der Sicherheit und des Rechts darf Rechtshilfe nur geleistet werden, wenn dies mit den in Art. 6 EUV verankerten Grundrechtsschutzanforderungen zu vereinbaren ist. Dies ergibt sich zum einen direkt aus Art. 6 I EUV und Art. 51 I Grundrechtecharta, wonach die Union und die Mitgliedsstaaten bei jeder Umsetzung von Gemeinschaftsrecht die Mindestschutzstandards der Charta der Europäischen Grundrechte („EU-Grundrechtecharta“) zu achten haben, die zudem in Art. 6 I UAbs. 1 Hs. 2 EUV in den Rang europäischen Primärrechts erhoben wird und dadurch im Anwendungsbereich des EU-Rechts Geltungsvorrang vor dem nationalem Recht beanspruchen kann. Zum anderen verweisen auch Art. 1 III und Erwägungsgrund 27 RB-EBA auf eine mögliche *ordre-public*-Grenze, denn hiernach berührt der Rahmenbeschluss die Verpflichtung zur Achtung der Grundrechte und allgemeinen Rechtsgrundsätze gemäß Art. 6 EUV nicht. Auch die Verpflichtungen der Justizbehörden bei

²⁰ AbleG 1995 Nr. C 316 v. 27.11.1995, S. 49 ff.; umgesetzt durch Gesetz in BT-Drs. 13/10425, S. 11; KOM (2008) 77 endg. Vom 14.2.2002; dazu Gaede, K., Der Steuerbetrug (2014), S. 213 ff. (im Erscheinen).

²¹ Aufgrund der extrem weiten Betrugsdefinition in Art. 1 I PIF-Übereinkommen zählen hierzu nicht nur der klassische Betrug i. S. v. § 263 I StGB, sondern auch betrugsverwandte Delikte wie die Steuerhinterziehung i. S. v. § 370 I Nr. 1 und Nr. 2 AO oder Schmuggeltaten nach § 373 AO umfassen; zur Systematik der „Deliktsfamilie des Betrugs“ s. ausführlich Gaede, K., Der Steuerbetrug, 2014, S. 222 ff., zur Steuerhinterziehung S. 239 ff. (im Erscheinen).

²² Zur „Garantenstellung“ der Mitgliedsstaaten s. Hecker (Fn. 3) § 7 Rn. 27.

²³ EuGh, Rs. C-361/10 (*Åkerberg Fransson*), JZ 2013, 613 (614) Rn. 21, m. Anm. Dannecker = HRRS 2013 Nr. 335 (dort Rz. 46); s. auch Wegner HRRS 2013, 126, 127; Nestler HRRS 2013, 337, 340 ff.; Winter NZA 2013, 473.

¹⁷ So auch der BGH I StR 310/12, Beschluss v. 12.11.2012, HRRS 2013 Nr. 314 Rz. 25.

¹⁸ Verordnung (EG) Nr. 450/2008 des Europäischen Parlaments und des Rates vom 23. April 2008 zur Festlegung des Zollkodex der Gemeinschaft (Modernisierter Zollkodex); AbleU L 151, S. 1 vom 3.6.2008.

¹⁹ AbleU 2007 L 163/17; der Beschluss des Rates ist noch bis Ende 2013 gültig; zum System der Eigenmittel der EU s. allgemein Art. 310, 311 AEUV.

Anwendung des Rahmenbeschlusses sollen in dieser Hinsicht unberührt bleiben.²⁴ Allerdings bleibt unklar, ob sich aus einem zwingenden europäischen *ordre-public* auch Versagungsgründe für die Rechtshilfeleistung in Umsetzung des Rahmenbeschlusses ableiten lassen könnten.²⁵

Die Verbindung zwischen der Anwendung von Unionsrecht und der daraus resultierenden Verpflichtung der Mitgliedsstaaten zur Achtung der Rechte, Freiheiten und Grundsätze aus der Charta der Grundrechte der Europäischen Union vom 7. Dezember 2000 wurde vom EuGH erst vor Kurzem auch für den nicht vollständig vom Unionsrecht determinierten Bereich des innerstaatlichen Rechts bestätigt. Im Urteil „Åkerberg Fransson“²⁶ stellte der EuGH klar, dass der Begriff der „Durchführung von Unionsrecht“ aus Art. 51 I EU-Grundrechtscharta sämtliche „unionsrechtlich geregelten Fallgestaltungen“ erfasst. Es seien „keine Fallgestaltungen denkbar, die vom Unionsrecht erfasst würden, ohne dass diese Grundrechte [der Grundrechtscharta] anwendbar wären.“²⁷ Der Anwendungsbereich des Unionsrechts entspricht dadurch dem Anwendungsbereich der durch die Charta garantierten Grundrechte,²⁸ oder – anders gewendet – überall dort, wo der „Gegenstand des Ausgangsrechtsstreits eine Anknüpfung an das Unionsrecht aufweist“, handeln die Mitgliedsstaaten in der Durchführung von Unionsrecht und sind auch an die Grundrechtscharta gebunden.²⁹ Die Mitgliedsstaaten haben den europäischen Mindestschutzstandard der Charta damit immer dann zu beachten, wenn sie (i) Gemeinschaftsrecht quasi als „verlängerter Arm“ der Union durchführen³⁰, wobei hiervon jede Form der normativen, administrativen und judikativen Durchführung erfasst wird, insbesondere auch die Umsetzung von Richtlinien oder Rahmenbeschlüssen, einschließlich des auf den eigentlichen (legislativen) Akt der Normumsetzung folgenden Prozesses der Anwendung und Auslegung der nationalen Umsetzungsvorschrift.³¹ Eine Durchführung von Unionsrecht

wurde vom EuGH ferner bejaht, wenn (ii) die Mitgliedsstaaten mit innerstaatlichen Maßnahmen Grundfreiheiten einzuschränken versuchen³² Zuletzt (iii) haben die Mitgliedsstaaten die europäischen Mindestschutzvorgaben der Grundrechtscharta immer dann zu beachten, wenn sie ihr nationales Recht in Erfüllung ihrer Loyalitätsverpflichtungen gegenüber der EU für die Durchsetzung von Unionszielen oder zum Schutz von Unionsinteressen zur Anwendung bringen, also in den Fallgestaltungen, in denen das nationale Recht zwar keinen unmittelbaren Bezug zum Unionsrecht aufweist, in denen die anzuwendenden nationalen Rechtsvorschriften aber dennoch maßgeblich, nur eben nicht vollständig durch EU-Recht „determiniert“ sind.³³

Wenn aber der Anwendungsbereich der Grundrechtscharta seit „Åkerberg Fransson“ den Anwendungsbereich des gesamten Unionsrechts umfasst und für mitgliedstaatliche Maßnahmen in allen Bereichen, die vollständig oder auch nur teilweise unionsrechtlich determiniert sind, gilt,³⁴ so bedeutet das für den vorliegenden Fall, dass der BGH bei der rahmenbeschlusskonformen Auslegung deutscher Strafverfahrensvorschriften auch die Grenzziehungen aus Art. 49 EU-Grundrechtscharta zur Gesetzmäßigkeit und Verhältnismäßigkeit im Zusammenhang mit Straftaten und Strafen und aus dem Gebot der Verfahrensfairness gem. Art. 47 II EU-Grundrechtscharta, der inhaltlich Art. 6 I EMRK³⁵ entspricht, berücksichtigen muss. Diese Konsequenz hat der 1. Strafsenat dann auch gezogen, als er festhielt, dass auch im Geltungsbereich des Prinzips der gegenseitigen Anerkennung bei der justiziellen Zusammenarbeit in Strafsachen (gem. Art. 82 I EUV) eine Unverwertbarkeit von im Ausland erhobenen Beweisen aus grundrechtlichen Erwägungen heraus in Betracht kommt; – so insbesondere, wenn bei der Beweiserhebung völkerrechtlich verbindliche und dem Individualrechtsgüterschutz dienende Garantien nicht gewährleistet wurden (etwa bei einem Verstoß gegen das in Art. 3 EMRK niedergelegte Verbot von Folter und unmenschlicher oder erniedrigender Strafe oder Behandlung) oder wenn allgemeine

²⁴ Kotzerek ZIS 2006, 123, 136 f.; Stefanopoulos JR 2011, 54, 58.

²⁵ Krit. insoweit Krüssmann StraFo 2008, 458, 461; zu den faktischen Schwierigkeiten, *ordre-public*-Verstöße aus der knappen Begründung einer Europäischen Beweisordnung überhaupt zu erkennen Roger GA 2010, 26, 37; Esser, Roxin-FS, 2011, S. 1497, 1502; zu den (letztlich erfolglosen) Vorschlägen, entsprechende Ablehnungsgründe in die Richtlinie über eine Europäische Ermittlungsanordnung einzufügen; Zimmermann/Glaser/Motz EuCLR 2011, S. 56, 79.

²⁶ EuGH-Åkerberg Fransson (Fn. 23) Rn. 21.

²⁷ EuGH-Åkerberg Fransson (Fn. 23) Rn. 21; Wegner HRRS 2013, 126, 127; s. zuvor bereits auch EuGH, Slg. 1989 (Wachauf), I-2633 (2638) Rn. 19.

²⁸ EuGH, Slg. 1991 (ERT), I-2925 (2964) Rn. 42 ff.; krit. Huber, P., EuR 2008 Heft 2, 0190; Wegner HRRS 2013, 126, 127.

²⁹ EuGH, Rs. C-457/09 (Chartry), BeckRS 2011, 80351 Rn. 25; Jarass NVwZ 2012, 457, 459; mit Anwendungsbeispielen aus dem Bereich des unionsbeeinflussten Strafrechts Nestler HRRS 2013, 337, 341 f.

³⁰ Wegner HRRS 2013, 126, 127.

³¹ Jarass NVwZ 2012, 457, 459; unter Verweis auf EuGH, Rs. C-144/04 (Mangold), Slg. 2005, I-9981, NJW 2005, 3695 (3697) Rn. 51; s. auch EuGH, Slg. 1996 (Strafverfahren gegen X), I-06609 Rn. 2, 25; Beispiele aus dem Bereich des Strafrechts bei Nestler HRRS 2013, 337, 341 ff.

³² Jarass NVwZ 2012, 457, 459; Wegner HRRS 2013, 126, 128.

³³ EuGH-Åkerberg Fransson (Fn. 23) m. Anm. Dannecker; zur Erinnerung: im vorliegenden Fall ergab sich die Determinierung der Sanktionierungspflicht daraus, dass die Bundesrepublik mit der Strafverfolgung nach § 373 AO zugleich ihren Treuepflichten zum Schutz der finanziellen Interessen der EU aus Art. 21 I i. V. m. Art. 44 der Verordnung (EG) Nr. 450/2008 des Europäischen Parlaments und des Rates vom 23. April 2008 zur Festlegung des Zollkodex der Gemeinschaft (Modernisierter Zollkodex), ABLEU L 2008, 145 v. 4.6.2008, S. 1, sowie aus Art. 2 I PIF-Übereinkommen nachkommt.

³⁴ Insges. krit. zur Ausdehnung des Anwendungsbereichs der Grundrechtscharta durch eine so „holzschnittartige Begründung“ Rönnau/Wegner GA 2013, 561, 570 m. w. N.; Dannecker JZ 2013, 616, 618; Ladenburger, in: Tettinger/Stern (Hrsg.), EU-Grundrechtscharta, Art. 51 Rn. 45; Weiß EuZW 2013, 287, 288; Rabe NJW 2013, 1407, 1408.

³⁵ Streinz, in: Streinz (Hrsg.), EUV/AEUV-Kommentar, 2. Auflage (2012), Art. 47 GR-Charta Rn. 2, 11; Foltz, in: Vedder/Heintschel von Heinegg (Hrsg.), Europäisches Unionsrecht, Handkommentar (2012), Art. 47 GR-Charta Rn. 8.

rechtsstaatliche Grundsätze „Im Sinne des *ordre public*“ (vgl. § 73 IRG)“ missachtet wurden.³⁶

Damit macht der 1. Strafsenat zugleich deutlich, dass er an der Schranke eines europäischen *ordre public*, wie er für die bereits in deutsches Recht umgesetzten EU-Rahmenbeschlüsse in § 73 S. 2 IRG niedergelegt ist, festhalten wird. Dieses Festhalten an § 73 S. 2 IRG ist keine Selbstverständlichkeit, seit der EuGH in den Urteilen „Melloni“³⁷ und „Radu“³⁸ zur Auslegung des Rahmenbeschlusses über einen europäischen Haftbefehl³⁹ die europarechtliche Legitimität des *ordre-public*-Vorbehalts in § 73 S. 2 IRG in Zweifel gezogen hat.⁴⁰ In diesen Urteilen verbindet der EuGH seine Auslegung der innereuropäischen Rechtshilfeinstrumente mit einer fragwürdigen „effet-utile-Argumentation“, also einer rein funktional auf die Durchsetzung europäischer Integrationsziele gerichteten Interpretationsweise.⁴¹ Die Mitgliedsstaaten dürften die Vollstreckung eines europäischen Haftbefehls nur in den Fällen ablehnen, die abschließend in Art. 3, 4 oder 4a des Rahmenbeschlusses über einen Europäischen Haftbefehl aufgezählt sind. Ansonsten dürften die vollstreckende Justizbehörde die Vollstreckung eines Europäischen Haftbefehls nur noch an die in Art 5 des Rahmenbeschlusses angeführten Bedingungen knüpfen,⁴² die Vollstreckung jedoch nicht unter Verweis auf die Grundrechte, wie sie in Art. 6 EUV verbürgt sind,⁴³ oder mit dem Hinweis auf ein höheres Schutzniveau des nationa-

len Verfassungsrechts ablehnen.⁴⁴ Dass auch der Rahmenbeschluss über den Europäischen Haftbefehl in Erwägungsgrund Nr. 12 und Art. 1 III auf die unberührte Fortgeltung der Grundrechte aus der Europäischen Charta der Grundrechte i. V. m. Art. 6 EUV verweist, berücksichtigt der EuGH nur insoweit, als er die einschlägigen Ablehnungsvorschriften (im konkreten Fall Art. 4a des Rahmenbeschlusses) am Maßstab des Art. 6 EUV i. V. m. Art. 47, 48 II GR-Charta, und damit letztlich am Maßstab des grundrechtlichen Mindestkonsenses der EMRK prüft.⁴⁵ Insgesamt leitet der EuGH mit diesem Argumentationsgang nicht nur ein Absenken des grundrechtlichen Schutzniveaus ein,⁴⁶ er bahnt auch den Weg für eine Grundrechtsmethodik, die den Inhalt der Grund- und Freiheitsrechte „nach der Maßgabe der politisch befürworteten Europäisierung“ bestimmt.⁴⁷ Freiheitsrechte werden nur noch unter dem Vorbehalt ihrer Vereinbarkeit mit europäischen Politiken gewährt. Es erstaunt nicht weiter, dass dieses Votum des EuGH auf vehementen Widerstand in der Literatur und in den ersten Entscheidungen von Gerichten der Mitgliedstaaten gestoßen ist.⁴⁸ Der vorliegende Beschluss des 1. Strafsenats erging drei Monate vor den EuGH-Urteilen in den Fällen „Melloni“ und „Radu“, so dass der Rückgriff des Senats auf eine europäische *ordre-public*-Grenze i. S. v. § 73 S. 2 IRG nicht als offener Widerstand gegen den EuGH interpretiert werden kann. Dennoch deutet sich an, dass der BGH auf eine individualrechtsschützende *ordre-public*-Schranke im Bereich der justiziellen Zusammenarbeit in Strafsachen auch weiterhin nicht verzichten wird, auch nicht dort, wo die Mitgliedstaaten das Prinzip der gegenseitigen Anerkennung für den innereuropäischen Beweis-transfer sekundärrechtlich ausgestaltet haben.

III. Das Vorgehen des Senats bei der rahmenbeschlusskonformen Auslegung in der Einzelkritik

Die Begründung zum Beschluss vom 21.12.2012 mutet sehr kompliziert an. Die Dreh- und Angelpunkte der Argumentation und damit die einzelnen Auslegungs-

³⁶ BGH I StR 310/12, v. 12.11.2012, HRRS 2013 Nr. 314 Rz. 38.

³⁷ EuGH C 399/11 – Urteil vom 26. Februar 2013 (*Stefano Melloni v. Ministero Fiscal*), NJW 2013, 1215 = HRRS 2013 Nr. 223 = EUZW 2013, 305 m. krit. Bespr. Gaede NJW 2013, 1279; Rönnau/Wegner GA 2013, 561, 572; Tinsley, EuCLR 2012, 338 ff. s. auch Satzger (Fn. 3) § 10 Rn. 26.

³⁸ EuGH C 396/11 – Urteil vom 29. Januar 2013 (*Radu*), NJW 2013, 1145 = HRRS 2013 Nr. 198; krit. Bespr. Gaede NJW 2013, 1279; Brodowski HRRS 2013, 54; Rönnau/Wegner GA 2013, 561, 572.

³⁹ Rahmenbeschluss des Rates vom 13. Juni 2002 über den Europäischen Haftbefehl und die Übergabeverfahren zwischen den Mitgliedstaaten [2002/584/JI], ABIEG L 190 v. 18.7.2002, S. 1; zu Art. 4a s. Rahmenbeschluss des Rates zur Änderung der Rahmenbeschlüsse 2002/584/JI, 2005/214/JI, 2006/783/JI, 2008/909/JI und 2008/947/JI, zur Stärkung der Verfahrensrechte von Personen und zur Förderung der Anwendung des Grundsatzes der gegenseitigen Anerkennung auf Entscheidungen, die im Anschluss an eine Verhandlung ergangen sind, zu der die betroffene Person nicht erschienen ist [2009/299/JI] vom 26. Februar 2009; ABIEU L 81 v. 27.3.2009, S. 24.

⁴⁰ So das Fazit von Brodowski HRRS 2013, 54, 56; ebenso OLG München StV 2013, 710, 711; Satzger (Fn. 3) § 10 Rn. 26.

⁴¹ Gaede NJW 2013, 1279, 1280: Der EuGH stellt in *Melloni* die Grundrechte der EU und die EMRK unter den Vorbehalt, dass ihre Auslegung den Abreden der Mitgliedstaaten und dem EU-Sekundärrecht nicht widerstreiten dürfen.

⁴² EuGH C 399/11 – Urteil vom 26. Februar 2013 (*Stefano Melloni v. Ministero Fiscal*), HRRS 2013 Nr. 223 Rz. 79 ff., EuGH C 396/11 – Urteil vom 29. Januar 2013 (*Radu*), HRRS 2013 Nr. 198 Rz. 72; krit. Brodowski HRRS 2013, 54, 55.

⁴³ EuGH C 399/11 – Urteil vom 26. Februar 2013 (*Stefano Melloni v. Ministero Fiscal*), HRRS 2013 Nr. 223 Rz. 98; implizit auch EuGH C 396/11 – Urteil vom 29. Januar 2013 (*Radu*), NJW 2013, 1145 Rz. 38, 40 f.

⁴⁴ EuGH C 399/11 – Urteil vom 26. Februar 2013 (*Stefano Melloni v. Ministero Fiscal*), HRRS 2013, Nr. 223 Rz. 57 ff.: im Hintergrund dieser Entscheidung steht die (von Rechts-Experten einhellig abgelehnte) Überzeugung, die europäischen Rechtsordnungen seien ohnehin aufgrund ihrer gemeinsamen kulturellen und rechtsphilosophischen Geschichte und der menschenrechtsvereinheitlichenden Rechtsprechung des EGMR hinreichend kohärent und damit auch ohne besondere Einschnitte bei den Beschuldigtenschutzstandards miteinander kompatibel; dazu Erbežnik, EuCLR 2012, 3 (6 ff.).

⁴⁵ EuGH C 399/11 – Urteil vom 26. Februar 2013 (*Stefano Melloni v. Ministero Fiscal*), HRRS 2013 Nr. 223 Rz. 86, 93 ff.

⁴⁶ Rönnau/Wegner GA 2013, 561, 573 ff.

⁴⁷ Gaede NJW 2013, 279, 280.

⁴⁸ An § 73 S. 2 IRG hält beispielsweise das OLG München, StV 2013, 710, 711 fest; zur Unverzichtbarkeit eines europäischen *ordre public* im Rahmen der innereuropäischen Rechtshilfe s. zuvor bereits Vogel, in: Grütznauer/Pötz/Kreß/Grotz (Hrsg.), Internationaler Rechtshilfeverkehr in Strafsachen, 3. Auflage, 29. Lfg. (2012), § 73 Rn. 131: „verfassungsrechtlich nahe liegende, wenn nicht gar gebotene Grenze“.

schritte lassen sich jedoch gut nachvollziehen, sobald man die Zielvorgaben kennt, an denen sich die Argumentation ausrichtet. Zielvorgabe ist dabei nichts anderes als eben der Rahmenbeschluss über eine Europäische Beweisverordnung [RB 2008/978/JI], denn der Grundsatz der gemeinschaftsrechtskonformen Auslegung gebietet in Bezug auf Rahmenbeschlüsse, die im Rahmen von Titel VI des Vertrags über die Europäische Union in früherer Fassung ergangen sind, dass ein Gericht eines Mitgliedstaates die Auslegung seines nationalen Rechts so weit wie möglich an „Wortlaut und Zweck des Rahmenbeschlusses“ orientiert, um das mit dem Rahmenbeschluss angestrebte Integrationsergebnis zu erreichen. Nur mit einer größtmöglichen Annäherung an die Zielvorgaben des Rahmenbeschlusses kann der Mitgliedstaat die mit der (einstimmigen) Annahme des Rahmenbeschlusses gem. Art. 34 II lit. b) EUV in der Fassung des Vertrags von Nizza übernommenen Kooperationsverpflichtungen im Bereich der justiziellen Zusammenarbeit erfüllen.⁴⁹ Er muss sicherstellen, dass seine nationalen Normen bis zur Grenze einer Auslegung *contra legem* bzw. im strafrechtlichen Bereich bis zur Grenze des Gesetzlichkeitsprinzips und im Strafverfahren der Grenze der Verfahrensfairness gem. Art. 6 I EMRK „so angewandt werden [können], dass ein Ergebnis erzielt wird, das mit dem durch den Rahmenbeschluss angestrebten Ergebnis vereinbar ist.“⁵⁰

Das bedeutet, dass hier zunächst der Regelungsinhalt des Rahmenbeschlusses über eine Europäische Beweisverordnung vorgestellt werden muss, um dann im Anschluss die Argumentationsschritte des 1. Strafsenats darauf zu überprüfen, ob sie diesen Vorgaben effektive Wirkung verleihen, ob sie nicht vielleicht an manchen Stellen sogar unnötigerweise (zulasten des Beschuldigten) über die Anforderungen des Rahmenbeschlusses hinausgreifen, ob die Wortlautgrenze beachtet ist, die die Grenze des nationalen Ermessensspielraums markiert und damit auch die absolute Grenze für eine rahmenbeschlusskonforme Interpretation des nationalen Rechts anzeigt; und ob hier, in einem Fall, in dem es um ein Strafverfahren geht, auch trotz der Neuinterpretation des innerstaatlichen Rechts insgesamt die Mindestbedingungen an ein faires Strafverfahren eingehalten sind, wie sie sich aus Art. 6 EMRK und Art. 47 II EU-Grundrechtecharta i. V. m. Art. 6 I EUV ergeben.

1. Der Rahmenbeschluss über eine Europäische Beweisverordnung („RB-EBA“)

Die Europäische Beweisverordnung zur Erlangung von Sachen, Schriftstücken und Daten zur Verwendung in Strafverfahren ist eine Maßnahmen zur Umsetzung des Grundsatzes der gegenseitigen Anerkennung, der wiederum als Eckstein einer justiziellen Zusammenarbeit in Zivil- und Strafsachen in der Europäischen Union durch den Europäischen Rat von Tampere im Oktober 1999 beschlossen wurde.⁵¹ Die Idee einer vereinfachten

Rechtshilfe in Beweissachen geht auf Überlegungen im Haager Programm des Europäischen Rates zur Stärkung von Freiheit Sicherheit und Recht in der Europäischen Union vom 4. und 5. November 2004⁵² zurück, wonach zur Entstehung und Stärkung eines Europäischen Rechtsraumes neben Maßnahmen zur Bildung des gegenseitigen Vertrauens in die Rechtsstaatlichkeit der jeweils anderen mitgliedstaatlichen Rechtsordnung auch forciert darauf hinzuwirken ist, dass bestehende rechtliche Hindernisse in der justiziellen Zusammenarbeit in Strafsachen abgebaut und Ermittlungen nicht nur, aber insbesondere in grenzüberschreitenden Fällen besser koordiniert und konzentriert werden.⁵³ Das Maßnahmenprogramm sah hierfür auch Rechtsakte betreffend die gegenseitige Anerkennung von (gerichtlichen) Entscheidungen in Bezug auf die Erhebung und Zulässigkeit von Beweismitteln vor.⁵⁴ Der RB-EBA umfasst die Rechtshilfe hinsichtlich bereits vorhandener Sachbeweise wie Gegenstände, Schriftstücke oder Daten, Protokolle von Aussagen, Vernehmungen und Anhörungen.⁵⁵ Ermittlungsmaßnahmen, Vernehmungen und Untersuchungen, die noch vorgenommen werden müssen, sind gem. Art. 4 II RB-EBA bewusst aus dem Regelungsbereich des Rahmenbeschlusses ausgeklammert worden. Die Rechtshilfe in Bezug auf solche in die Zukunft gerichteten Strafverfolgungsmaßnahmen wird frühestens mit der momentan diskutierten Richtlinie über eine Europäische Ermittlungsverordnung auf der Grundlage von Art. 82 I AEUV in geltendes Recht gegossen werden.⁵⁶

Der Rahmenbeschluss entwickelt die Idee einer „Europäischen Beweisverordnung“, das ist, einer „von einer zuständigen Behörde eines Mitgliedstaats erlassenen justiziellen Entscheidung zur Erlangung von Sachen, Schriftstücken und Daten aus einem anderen Mitgliedstaat“ (Art. 1 I RB-EBA), wenn der „Anordnungsstaat“, gemeint ist der Staat, in dem die Beweisverordnung erlassen wurde, diese Beweise in einem nationalen Strafverfahren, Ordnungswidrigkeitsverfahren oder einem anderen Verfahren wegen Zuwiderhandlungen gegen Rechtsvorschriften benötigt (Art. 1 I, 5 RB-EBA). Der Mitgliedstaat, an den die Europäische Beweisverordnung gerichtet

zip“ im Rahmen des freien Warenverkehrs (Art. 34 ff. AEUV) entwickelt und von dort als „Eckstein“ in den Bereich der justiziellen Zusammenarbeit übertragen worden ist s. Hecker (Fn. 3) § 12 Rn. 51, 59 f.; Kotzurek ZIS 2006, 123 ff.; *Taupiac-Nouvel* EuCLR 2012, 236.

⁵² ABIEU C 53/1 v. 3.3.2005.

⁵³ Erwägung Nr. 3.3 des Haager Programms des Europäischen Rates zur Stärkung von Freiheit Sicherheit und Recht in der Europäischen Union.

⁵⁴ Erwägung Nr. 3.3.1 des Haager Programms des Europäischen Rates zur Stärkung von Freiheit Sicherheit und Recht in der Europäischen Union.

⁵⁵ Erwägungsgrund Nr. 7 und Art. 4 RB-EBA.

⁵⁶ Vgl. die letzte Entwurfsfassung im Ratsdokument Nr. 18918/11 vom 21.12.2011 der „Initiative des Königreichs Belgien, der Republik Bulgarien, der Republik Estland, des Königreichs Spanien, der Republik Österreich, der Republik Slowenien und des Königreichs Schweden für eine Richtlinie des Europäischen Parlaments und des Rates über die Europäische Ermittlungsverordnung in Strafsachen“; zur Entwicklung des Entwurfstexts im Rat s. die Dokumentation der Vorschläge und Entwürfe auf der Seite von *euocrim*, Tübingen, unter Fehler! Hyperlink-Referenz ungültig..

⁴⁹ EuGH-Pupino (Fn. 10) Rn. 43.

⁵⁰ EuGH-Pupino (Fn. 10) Rn. 44, 47, 60.

⁵¹ Zur Genese des Prinzips der „gegenseitigen Anerkennung“, das ursprünglich für den Bereich der wirtschaftlichen Grundfreiheiten des Unionsrechts als „Herkunftslandprin-

ist, ist gem. Art. 1 II RB-EBA verpflichtet, die Anordnung „nach dem Grundsatz der gegenseitigen Anerkennung und gemäß den Bestimmungen dieses Rahmenbeschlusses“, d. h. unverzüglich und vor allem ohne weitere Bedingung oder Formalität (Art. 11 I RB-EBA) und damit ohne vorangehende Bewilligung zu vollstrecken,⁵⁷ sofern die Anordnung in Inhalt und Form den Vorgaben des Rahmenbeschlusses genügt und keiner der in Art. 13 und Art. 14 RB-EBA aufgezählten Versagungsgründe vorliegt. Allenfalls darf die Anerkennung oder Vollstreckung der Europäischen Beweisverordnung noch aufgrund der in Art. 16 RB-EBA genannten Gründe aufgeschoben werden.

Versagt werden kann die Vollstreckung gem. Art. 13 I RB-EBA, wenn (a) die Vollstreckung dem Verbot wiederholter Strafverfolgung (*ne bis in idem*) zuwiderlaufen würde, (b) die Straftat oder Zuwiderhandlung, wegen der die Europäische Beweisverordnung vom Anordnungsstaat erlassen worden ist, im Vollstreckungsstaat keine Straftat darstellt und keiner der in Art. 14 II RB-EBA abschließend aufgezählten Kriminalitätsbereiche berührt ist, oder wenn (c) die zur Vollstreckung der Beweisverordnung notwendige Maßnahme im Vollstreckungsstaat gar nicht zur Verfügung steht. Dabei ist zu beachten, dass die Mitgliedstaaten durch Art. 11 III (i) RB-EBA verpflichtet werden sicherzustellen, dass „alle Maßnahmen, die in einem ähnlich gelagerten innerstaatlichen Fall im Vollstreckungsstaat verfügbar wären, auch für den Zweck der Vollstreckung der Europäischen Beweisverordnung verfügbar sind“. In den in Art. 14 II RB-EBA aufgezählten Kriminalitätsbereichen, in denen sogar auf das sonst für die Leistung von Rechtshilfe zentrale Erfordernis beidseitiger Strafbarkeit verzichtet wird, müssen die Mitgliedstaaten die für die Vollstreckung der Europäischen Beweisverordnung notwendigen Ermittlungsmaßnahmen – einschließlich Durchsuchung und Beschlagnahme – sogar selbst dann zur Verfügung halten, wenn diese Maßnahmen im innerstaatlichen Recht für entsprechende Fälle nicht zur Verfügung stehen. Versagt werden kann die Vollstreckung einer Europäischen Beweisverordnung ansonsten, (d) wenn „nach dem Recht des Vollstreckungsstaates Immunitäten oder Vorrechte bestehen, die es unmöglich machen, die Europäische Beweisverordnung zu vollstrecken“ (Art. 13 I lit. d RB-EBA); oder (e) wenn die Europäische Beweisverordnung nicht durch einen Richter, ein Gericht, einen Ermittlungsrichter oder einen Staatsanwalt erlassen worden ist und auch eine vom Vollstreckungsstaat verlangte Bestätigung der Beweisverordnung durch eine solche zuständige Behörde des Anordnungsstaats nicht erfolgt (Art. 13 I lit. e i. V. m. Art. 11 IV, V RB-EBA). Weitere Versagungsgründe betreffen Mängel der Form (Art. 13 I lit. h RB-EBA), in der die Europäische Beweisverordnung zu erlassen ist, ferner die Gefährdung wesentlicher nationaler Sicherheitsinteresse bzw. eine mögliche Beeinträchtigung von Informationsquellen oder nachrichtendienstlicher Tätigkeit des Vollstreckungsstaates (Art. 13 I lit. g RB-EBA) und Fälle, in denen die Strafverfolgungsbehörden des Vollstreckungsstaates vorrangig strafverfolgungsbefugt sind, weil die

⁵⁷ Das ist die entscheidende Neuerung gegenüber den bereits zuvor existierenden Rechtshilfemöglichkeiten auf der Basis des EuRHÜbk v. 29.5.2000, AblEU 2000, Nr. C 197, S. 1; dazu Hecker (Fn. 3) § 12 Rn. 11.

Straftat ganz oder zu einem wesentlichen Teil auf dem Territorium des Vollstreckungsstaates begangen worden ist, oder wenn die Tat zwar nicht im eigenen Hoheitsgebiet des Vollstreckungsstaates begangen wurde, der Tatort aber jedenfalls auch außerhalb des Hoheitsgebiets des Anordnungsstaates lag und das Recht des Vollstreckungsstaates die strafrechtliche Verfolgung solcher Auslandstaten nicht zulässt (Art. 13 I lit. f RB-EBA).

Die aufgezählten Versagungsgründe sind fakultativ, d. h. auch die Mitgliedstaaten müssen sie bei der Umsetzung in ihr nationales Recht nicht verbindlich machen.⁵⁸ Außerdem sind die Versagungsgründe im Rahmenbeschluss bewusst eng gefasst. Welche menschenrechtlichen Erwägungen über die genannten Gründe hinaus ausnahmsweise ebenfalls zur Ablehnung der Vollstreckung einer Europäischen Beweisverordnung führen dürfen, ist bislang nicht geklärt. Die bereits genannten Urteile des EuGH „Melloni“⁵⁹ und „Radu“⁶⁰ zum Europäischen Haftbefehl lassen ohnehin befürchten, dass der EuGH den Verweis aus Art. 1 III und Erwägungsgrund 27 RB-EBA auf eine mögliche *ordre-public*-Grenze unter Rückbezug auf die Grundrechte der Europäischen Grundrechtscharta und die allgemeinen Rechtsgrundsätze aus Art. 6 EUV ignorieren⁶¹ und stattdessen zu der Aussage kommen wird, dass die Versagungsgründe im RB-EBA gezielt abschließend formuliert wurden, damit ein beschleunigtes und erleichtertes System der Rechtshilfe in Strafsachen auf der Basis des Grundsatzes der gegenseitigen Anerkennung entsteht. Kurzum, es ist zu erwarten, dass der EuGH wieder einmal den Integrationszielen der EU Vorrang vor individuellen Beschuldigtenschutzrechten gewähren wird.⁶²

Im Rahmenbeschluss ausdrücklich ausgeschlossen ist jedenfalls ein Prüfungsrecht des Vollstreckungsstaates, ob denn der Anordnungsstaat selbst den angeforderten Beweis auf der Grundlage seines eigenen nationalen Verfahrensrechts hätte erheben können, wenn er das Beweismittel in seinem Hoheitsgebiet vorgefunden hätte. Dies prüft gem. Art. 7 S. 2 RB-EBA allein die zum Erlass der Beweisverordnung zuständige Stelle des Anordnungsstaates. Immerhin aber wird der Anordnungsstaat in Art. 7 S. 1 RB-EBA ausdrücklich in die Pflicht genommen sicherzustellen, dass die Erlangung der angeforderten Beweismittel für das im eigenen Hoheitsgebiet geführte Straf- oder Verwaltungsverfahren notwendig ist und zu diesem in einem angemessenen Verhältnis steht (Art. 7 S. 1 lit. a RB-EBA), und dass die Beweise in einem vergleichbaren Fall dann, wenn sie im Hoheitsgebiet des Anordnungsstaates verfügbar wären, ebenfalls hätten erhoben werden können – gegebenenfalls auch durch andere zulässige Ermittlungsmaßnahmen (Art. 7 S. 1 lit. b RB-EBA). Mit dieser Verpflichtung versuchen die Autoren des Rahmenbeschlusses der Gefahr einer Ab-

⁵⁸ Roger GA 2010, 27, 39; Krüssmann StraFo 2008, 458, 461.

⁵⁹ S. Fn. 37.

⁶⁰ S. Fn. 38.

⁶¹ So bereits Krüssmann StraFo 2008, 458, 461.

⁶² Vgl. die Aussagen zum Europäischen Haftbefehl in EuGH C 399/11 – Urteil vom 26. Februar 2013 (*Stefano Melloni v. Ministero Fiscal*), HRRS 2013 Nr. 223 Rz. 103 f.; EuGH C 396/11 – Urteil vom 29. Januar 2013 (*Radu*), HRRS 2013 Nr. 198 Rz. 72; m. abl. Anm. Gaede NJW 2013, 1279, 1280.

senkung der innerstaatlichen Beschuldigtenschutzstandards durch gezieltes *forum shopping* der Ermittlungsbehörden zu begegnen, etwa in den Fällen, in denen Ermittler zum Zwecke der Beweisgewinnung gezielt auf niedrigerschwellige ausländische Beweiserhebungsvorschriften zurückgreifen, um die so (im Ausland rechtmäßig) gewonnenen Beweise ohne Rücksicht auf die eigenen höherschwelligen Beweiserhebungsstandards in das innerstaatliche Strafverfahren zu „transferieren“. ⁶³ Art. 7 S. 1 RB-EBA enthält daher eine Selbstverpflichtung aller Mitgliedstaaten, auf eine Europäische Beweisverordnung nur zurückzugreifen, wenn auch die innerstaatlichen Beweiserhebungsregeln eine entsprechende Beweisgewinnung gestatten würden. Für die Einhaltung dieser Selbstverpflichtung garantiert jedoch nur der Anordnungsstaat. Dem Vollstreckungsstaat bleibt eine Prüfung, ob das Gericht des Anordnungsstaates die eigenen Verfahrensstandards beachtet hat, verwehrt. Hier zeigt sich deutlich die grundsätzlich souveränitätsschonende Wirkung des Grundsatzes der gegenseitigen Anerkennung. ⁶⁴ Die Staaten bleiben autonom, ihre Straf- und Strafverfahrensordnung nach eigenen Bedürfnissen und Traditionen auszugestalten und für die Rechtsstaatlichkeit der so gestalteten Rechtsordnung auch allein Verantwortung zu übernehmen. Um aber gleichzeitig eine effektive und zügige Rechtshilfe in einem europäischen Raum der Freiheit, Sicherheit und des Rechts sicherzustellen, muss sich jeder Mitgliedstaat im Gegenzug verpflichten, die justiziellen Entscheidungen des anderen Mitgliedstaates ungeprüft zu akzeptieren und zu vollstrecken. Insoweit werden die klassischen Souveränitätsrechte dann doch eingeschränkt. ⁶⁵

Dass der Vollstreckungsstaat die Vollstreckung der Beweisverordnung nicht mit der Behauptung verweigern kann, der Anordnungsstaat habe gegen eigenes Verfahrensrecht verstoßen, beseitigt aber natürlich nicht die Schwierigkeiten, die aus dieser erweiterten „Verkehrsfähigkeit“ von Beweisen ergeben. Der „Import“ von Beweisen aus einer Strafrechtsordnung in ein möglicherweise völlig anders geartetes Strafverfahrenssystem eines anderen Mitgliedstaates muss vielmehr nahezu zwangsläufig zu Brüchen bei den Beschuldigtenschutzstandards führen. ⁶⁶ Einschnitte in die Beschuldigtenrechte sind dabei insbesondere dann zu erwarten, wenn der Vollstreckungsstaat nur niedrigschwellige Anforderungen an einen strafprozessualen Ermittlungseingriff stellt, wobei er die daraus resultierende Benachteiligung des Beschuldigten innerhalb seines Rechtssystems normalerweise durch strengere Beweisverwertungsvorgaben im Stadium der Hauptverhandlung ausgleicht, während umgekehrt

der Anordnungsstaat hohe rechtliche Hürden für Ermittlungseingriffe vorsieht, er dann aber grundsätzlich sämtliche Beweise, die unter Beachtung dieser hohen Schwellenanforderungen gewonnen wurden, ohne weitere Prüfung zur Verwertung in der Hauptverhandlung zulässt. ⁶⁷ Mithilfe einer Europäischen Beweisverordnung lassen sich nun die strengen Beweiserhebungsvorschriften des Anordnungsstaates umgehen, ohne dass der Beschuldigte zum Ausgleich hierfür von den strengen Beweisverwertungsregeln des Vollstreckungsstaates profitieren ⁶⁸ oder effektiv gegen die Beweiserhebung nach den laxeren Vorschriften des Vollstreckungsstaates vorgehen könnte. ⁶⁹ Zwar sieht Art. 18 I RB-EBA vor, dass die Mitgliedstaaten Rechtsbehelfe gegen die Anerkennung und Vollstreckung einer Europäischen Beweisverordnung durch den Vollstreckungsstaat bereitstellen, doch beschränken sich die Anfechtungsbefugnisse des Beschuldigten inhaltlich auf das Prüfungsprogramm des Vollstreckungsstaates gem. Art. 11 RB-EBA. Für die sachlichen Gründe, warum die Europäische Ermittlungsanordnung erlassen wurde, ob das angeforderte Beweismittel überhaupt für das Strafverfahren im Anordnungsverfahren notwendig ist und ob der Anordnungsstaat selbst die nötigen rechtlichen Befugnisse zu einer Beweiserhebung gehabt hätte, wenn er auf das Beweismittel in seinem eigenen Hoheitsgebiet hätte zugreifen können, also für das gesamte Prüfungsprogramm aus Art. 7 RB-EBA, muss der Vollstreckungsstaat keine Verantwortung übernehmen. Die sachlichen Gründe für den Erlass der Beweisverordnung können gem. Art. 18 II S. 1 RB-EBA daher auch nur vor einem Gericht des Anordnungsstaates zur Überprüfung gestellt werden. ⁷⁰ Dieser „gespaltene“ Rechtsschutz ist für den Beschuldigten mit erheblich erhöhtem Aufwand verbunden. ⁷¹ Außerdem wird die Verteidigung selbst dann, wenn sie sofort gegen den Erlass einer Europäischen Beweisverordnung im Anordnungsstaat vorgeht, die Vollstreckung der Beweisverordnung kaum verhindern können. ⁷² Die Ermittlungsbehörden des Anordnungsstaates werden also zumindest zwischenzeitlich das (rechtswidrig) importierte Beweismittel als Ausgangspunkt für weitere Ermittlungen gegen den Beschuldigten nutzen können.

Der RB-EBA versucht diese „Patchwork“ ⁷³-Problematik zwar dadurch abzumildern, dass er den Vollstreckungs-

⁶³ Zu dieser Gefahr generell *Suhr*, in: *Calliess/Ruffert*, EUV/AEUV – Kommentar, 4. Auflage (2011), Rn. 5; *Satzger* (Fn. 3) § 10 Rn. 23; *Kotzurek* ZIS 2006, 123, 129 f.; zur Europäischen Ermittlungsanordnung *Zimmermann/Glaser/Motz* EuCLR 2011, 56, 73; *Heydenreich* StraFo 2012, 439, 441.

⁶⁴ Oder zumindest wird er im Rahmenbeschluss über die Europäische Beweisverordnung (s. Fn. 1) in dieser Form souveränitätsschonend interpretiert; *Taupiac-Nouvel* EuCLR 2012, 236, 238.

⁶⁵ *Zimmermann/Glaser/Motz* EuCLR 2011, 56, 61.

⁶⁶ *Hecker* (Fn. 3) § 12 Rn. 61; *Roger* GA 2010 26, 29; zur Europäischen Beweisverordnung *Zimmermann/Glaser/Motz* EuCLR 2011, 56, 72; *Heydenreich* StraFo 2012, 439, 440.

⁶⁷ *Satzger* (Fn. 3) § 10 Rn. 23; zur Europäischen Ermittlungsanordnung *Zimmermann/Glaser/Motz* EuCLR 2011, 56, 72 f.; *Heydenreich* StraFo 2012, 439, 441.

⁶⁸ Mit Beispielen *Hecker* (Fn. 3) § 12 Rn. 61 ff.; *Roger* GA 2010 26, 31 f.; *Zimmermann/Glaser/Motz* EuCLR 2011, 56, 72 f.

⁶⁹ Zur Problematik des Rechtsschutzes s. *Esser*, *Roxin-FS*, 2011, S. 1497, 1505; *Roger* GA 2010, 27, 30, 40 ff.; *Satzger* (Fn. 3) § 10 Rn. 23.

⁷⁰ *Roger* GA 2010, 27, 40 f.

⁷¹ *Esser*, *Roxin-FS*, 2011, S. 1497, 1505.

⁷² Gemäß Art. 18 VI RB-EBA kann der Vollstreckungsstaat zwar bei Einlegung eines Rechtsbehelfs (sowohl im Vollstreckungs- als auch im Anordnungsstaat) die Übermittlung des Beweises nach seinem Ermessen aussetzen, doch sieht der Rahmenbeschluss an keiner Stelle vor, dass der Anordnungsstaat den Vollstreckungsstaat über einen im Anordnungsstaat eingelegten Rechtsbehelf informieren muss. Art. 18 IV S. 1 RB-EBA verpflichtet nur zur Unterrichtung des Anordnungsstaates über einen im Vollstreckungsstaat eingelegten Rechtsbehelf; *Roger* GA 2010, 27, 42.

⁷³ *Zimmermann/Glaser/Motz* EuCLR, 2011, 56, 72.

staat über Art. 12 S. 1 RB-EBA verpflichtet, neben den eigenen Verfahrensvorschriften (es gilt das Prinzip *locus regit actum*) auch die von der Anordnungsbehörde ausdrücklich angegebenen Formvorschriften und Verfahren einzuhalten, sofern nicht wesentliche Rechtsgrundsätze des Vollstreckungsstaates oder Vorschriften des Rahmenbeschlusses entgegenstehen.⁷⁴ Außerdem muss die Vollstreckungsbehörde die Anordnungsbehörde (nicht jedoch den Beschuldigten)⁷⁵ sofort über etwaige Rechtsverstöße gegen eigenes oder fremdes vorgegebenes Verfahrensrecht bei der Beweiserhebung unterrichten (Art. 17 II Nr. 1 lit. b und lit. c RB-EBA). Allerdings weist das Patchwork-System auch trotz dieser Verstöße zu mehr Transparenz und Homogenität in der Beweiserhebung zahlreiche Bruchstellen zulasten des Beschuldigten auf. So ist zu beachten, dass bereits die Vorentscheidung nach Art. 7 S. 1 lit. a EB-RBA, ob die Erlangung des ausländischen Beweises für das im eigenen Hoheitsgebiet geführte Straf- oder Verwaltungsverfahren notwendig ist und zu diesem in einem angemessenen Verhältnis steht, von jedem Mitgliedsstaat nach anderen Verhältnismäßigkeitsmaßstäben und nach anderen Verhältnismäßigkeitsbegriffen entschieden wird.⁷⁶ So mag z. B. ein Mitgliedstaat keine besonders hohen Anforderungen an den „Tatverdacht“ stellen, auf den er in seiner Rechtsordnung normalerweise einen Durchsuchungsanordnung stützt, oder er mag für solche grundrechtsintensiven Ermittlungseingriffe eine eher zurückgenommene Prüfung der Verhältnismäßigkeit ausreichen lassen. Deutsche Gerichte jedoch sind verfassungsrechtlich (Art. 13 I GG i. V. m. Art. 105 I StPO) in der Pflicht, den Erlass von Durchsuchungsanordnungen auf Fälle zu beschränken, in denen die Verdachtsgründe für eine Straftat, „über vage Anhaltspunkte und bloße Vermutungen hinausreichen“.⁷⁷ Außerdem muss eine sorgfältige Prüfung der Eingriffsvoraussetzungen und des Grundsatzes der Verhältnismäßigkeit erfolgen.⁷⁸ Kurzum, aus dem Prinzip der gegenseitigen Anerkennung folgen beliebige Möglichkeiten, strafprozessuale Eingriffsmaßnahmen in einem Mitgliedstaat über den anschließenden „Export“ des so gewonnenen Beweismittels in einen anderen Mitgliedsstaat mit dessen Verfahrens- und Verwertungsregeln zu kombinieren, ohne dass die Gerichte dabei Rücksicht auf elementare Beschuldigtenrechte oder andere verfassungsrechtliche Grundprinzipien der einzelnen Mitgliedsstaaten nehmen

müssten.⁷⁹ Eine Lösung für diese aus der „freien Verkehrsfähigkeit“ strafprozessualer Beweise resultierenden Schwierigkeiten ist noch nicht in Sicht. Erst langsam beginnt die EU, gemeinsame Regeln für die Zulässigkeit von Beweismitteln auf gegenseitiger Basis zwischen den Mitgliedstaaten und über die Rechte von Beschuldigten und Opfern bzw. für sonstige spezifische Bereiche des Strafverfahrens zu entwickeln.⁸⁰ Immerhin hat sie mit Art. 82 II AEUV hierfür die notwendigen Gesetzgebungsbefugnisse erhalten.⁸¹

Außerdem wird über Art. 7 RB-EBA nur sichergestellt, dass der Anordnungsstaat im Zeitpunkt des Erlasses der Beweisanordnung über die notwendigen Rechtsgrundlagen für eine hypothetische Beweiserhebung im eigenen Hoheitsgebiet verfügt. Es ist nicht notwendig, dass die Beweiserhebung auch schon zu dem Zeitpunkt zulässig gewesen wäre, zu dem der Beweis durch die Ermittlungsbehörden des Vollstreckungsstaates für eigene Zwecke gewonnen wurde. Der Anordnungsstaat kann sich also über die Europäische Beweisanordnung Beweise „importieren“, die er zu dem Zeitpunkt, da die Beweise im Ausland gewonnen wurden, tatsächlich selbst gar nicht hätte erheben dürfen. Er verleiht seinen erst nachträglich geschaffenen Beweiserhebungsvorschriften gleichsam „rückwirkende“ Geltung. Das mag nun nach der gängigen Auslegung des Rückwirkungsverbots kein rechtsstaatliches Problem zu sein. Das Rückwirkungsverbot soll für strafprozessuale Normen gerade nicht gelten, sofern die Verfahrensnorm keine strafbarkeitsbezogene Wirkung zeigt, die zeitgleich mit der Begehung der Straftat notwendigerweise vorliegen müsste.⁸² Dennoch zeigt sich gerade an diesem Beispiel der Rückwirkung strafprozessualer Eingriffsbefugnisse deutlich, wie sich über die beliebige Übertragbarkeit von Beweisen aus

⁷⁴ Insoweit erfolgt eine Annäherung an das Prinzip *forum regit actum* für das Vollstreckungsverfahren; s. *Kotzurek* ZIS 2006, 123, 131, 134; *Roger* GA 2010 26, 36; *Satzger* (Fn. 3) § 10 Rn. 38.

⁷⁵ Krit. *Krüßmann* StraFo 2008, 458, 462; von einer Übermittlung des rechtswidrig gewonnenen Beweises darf der Vollstreckungsstaat in diesen Fällen auch nicht absehen, wohl weil die Autoren den Rahmenbeschlusses angesichts der großzügigen *Fair-Trial*-Rechtsprechung des EGMR zu Art. 6 EMRK die Chance sahen, die aus der Verwertung der rechtswidrig erlangten Indizien entstehenden Nachteile für den Beschuldigten durch andere Verfahrenssicherungen auszugleichen; s. *Krüßmann*, ebenda, S. 462.

⁷⁶ Vgl. *Ahlbrecht* StV 2013, 114, 116 bezogen auf die geplante Richtlinie über eine Europäische Ermittlungsanordnung.

⁷⁷ BVerfGE 44, 353, 371 f.; 115, 166, 197 f. = HRRS 2006 Nr. 235 Rz. 118; BVerfG StV 2009, 453 = HRRS 2009 Nr. 463; *Esser*, Roxin-FS, 2011, S. 1497, 1501 f.

⁷⁸ BVerfG StV 2009, 453 = HRRS 2009 Nr. 463; *Esser*, Roxin-FS, 2011, S. 1497, 1502.

⁷⁹ *Hecker* (Fn. 3) § 12 Rn. 64; *Heydenreich* StraFo 2012, 439, 440 f.; *Erbežnik* EuCLR 2012, 3, 5 f.

⁸⁰ Zu weiteren Lösungswegen, die aber alle noch nicht beschränkt worden sind, s. *Hecker* (Fn. 3) § 12 Rn. 66 ff.; s. auch den Vorschlag für einen neuen Versagungsgrund bei *Erbežnik* EuCLR 2012, 3, 18 f.; zu den Vorschlägen des Manifests zum Europäischen Strafverfahrensrecht s. ZIS 2013, 412; *Satzger/Zimmermann* ZIS 2013, 406, insbes. 410.

⁸¹ *Zimmermann/Glaser/Motz* EuCLR 2011, 56, 64 f.; zu den notwendigen Maßnahmen s. *Ahlbrecht* StV 2012, 491; speziell zur Europäischen Ermittlungsanordnung *Heydenreich* StraFo 2012, 439, 442 f. Einzelheiten zu Art. 82 II AEUV bei *Satzger* (Fn. 3) § 10 Rn. 53 ff.; auf der Basis dieser Rechtsgrundlage wurden immerhin im Oktober 2010 und im Mai 2012 die Richtlinien über das Recht auf Dolmetscherleistungen und Übersetzungen im Strafverfahren, RiL 2010/64/EU v. 20.10.2010, AbIEU L 280 v. 26.10.2010, S. 1, und die Richtlinie über das Recht auf Belehrung und Unterrichtung in Strafverfahren erlassen, RiL 2012/13/EU v. 22.4.2012, AbIEU L 142 v. 1.6.2012, S. 1; harmonisierende Regelungen über das Recht auf Zugang zu einem Rechtsbeistand und zur Prozesskostenhilfe stehen aber noch aus; s. Vorschlag über eine Richtlinie des Europäischen Parlaments und des Rates KOM (2011) 326; zum Beratungsstand *Ahlbrecht* NSTZ 2013, 114, 118; *Blackstock* EuCLR 2012, 20, 29 ff.

⁸² *Jäger* nennt hier beispielsweise Verjährungsnormen; *Jäger* GA 2006, 615, 627 f., wobei die ganz h. M. aber auch eine rückwirkende Änderung von Verjährungsnormen für unproblematisch hält, solange nur die Verjährungsfrist verlängert oder die Verjährung rückwirkend ganz aufgehoben wird; s. BGH NSTZ 2006 32, 33.

einer mitgliedstaatlichen Rechtsordnung in eine andere die eigenen innerstaatlichen Verfahrensschutzstandards umgehen lassen; – und genau das ist im Schmuggelfall des 1. Strafsenats geschehen.

2. Das Ausloten der nationalen Auslegungsspielräume durch den BGH

In der Entscheidung des 1. Senats lassen sich nunmehr zahlreiche Begründungselemente problemlos als Leitprinzipien des Rahmenbeschlusses über eine Europäische Beweisverordnung identifizieren.

a. So sollen laut dem 1. Senat reine Formfehler des Rechtshilfeersuchens, konkret die fehlende Erklärung gem. Art. 17 II Nr. 1 CZ-Erg EuRHÜbk, dass „die Voraussetzungen der Überwachung vorlägen, wenn eine derartige Maßnahmen im Hoheitsgebiet des ersuchenden Vertragsstaates durchzuführen wäre“, nicht zwingend zur Unverwertbarkeit der übermittelten Telefonüberwachungsaufzeichnungen und -protokolle führen. Zwar dürfe der andere EU-Mitgliedstaat die angefragte Beweisübermittlung aufgrund des Formfehlers ablehnen, der ersuchte Staat habe aber ein Ermessen dies zu tun, ohne dass der Beschuldigte hierauf Einfluss nehmen oder gar Rechtsbehelfe gegen die Übermittlung des Beweises trotz des Formmangels einlegen könnte.⁸³ Im Parallelfall des Erlasses einer Europäischen Beweisverordnung würden solche Formmängel dem Vollstreckungsstaat auch nur *erlauben*, einen Versagungsgrund nach Art. 13 I lit. h RB-EBA geltend zu machen, ohne dass der Staat diesen Grund zwingend geltend machen müsste.

Für den Beschuldigten bleibt also nur, gegen die Verwertung des unter Verstoß gegen Art. 17 II, V CZ-Erg EuRHÜbk gewonnenen Beweises im ersuchenden Staat vorzugehen. Dann aber nicht mit einer Formmängelrüge, sondern nur mit dem Vortrag, dass die von Art. 17 II, V CZ-Erg EuRHÜbk mit geschützten sachlichen Voraussetzungen für ein Rechtshilfeersuchen nicht vorlagen, weil der ersuchende Staat eine entsprechende Beweiserhebung auf der Basis der eigenen Rechtsgrundlagen gar nicht hätte durchführen können. Er hätte den aus dem gesetzlichen Verbot solcher Eingriffe zulasten des Verdächtigen erwachsenen Beschuldigtenschutz damit auch nicht durch Ausweichen auf die Ermittlungsbefugnisse eines anderen EU-Mitgliedstaates umgehen dürfen. Kurzum, die Rüge würde das *forum shopping* des zu den Ermittlungseingriffen selbst nicht befugten und nun deswegen auf fremde Beweise zurückgreifenden Staates anprangern. Der Akt der Beweisübermittlung wäre hier jedoch nicht unmittelbar Anfechtungsgegenstand. Vielmehr würde es darum gehen zu zeigen, dass sich im Zusammenhang mit einzelnen individualschützenden Normen des Rechtshilferechts ein Beweisverwertungsverbot aus der inländischen Rechtsordnung des ersuchenden Staates ergibt.⁸⁴

b. Auch soweit der 1. Senat erklärt, dass er nicht befugt sei zu prüfen, ob „die Überwachung auch nach dem Recht des ersuchten Vertragsstaates angeordnet werden [könnte], sofern die Strafverfolgung wegen der dem Ersuchen zu Grunde liegenden Straftat dort durchgeführt werden würde“ (so Art. 17 II Nr. 2 CZ-Erg EuRHÜbk), weil die Vornahme einer solchen Prüfung eine Verletzung der Souveränität des ersuchten Staates darstellen würde,⁸⁵ wird der Rückgriff auf das Prinzip der gegenseitigen Anerkennung deutlich. Es gilt die souveränitätsschonende Variante des Prinzips der gegenseitigen Anerkennung, wie sie im RB-EBA umgesetzt worden ist. Beide Staaten bleiben autonom in Bezug auf Ausgestaltung, Auslegung und Anwendung ihrer eigenen Rechtsordnung, jedoch muss der ersuchte Staat dem Rechtshilfeersuchen dann, wenn die zwischen den Staaten vereinbarten formellen Rechtshilfevoraussetzungen erfüllt sind, Folge leisten. Umgekehrt muss der ersuchende Staat die fremde justizielle Entscheidung bzw. den auf der Grundlage dieser Entscheidung gewonnenen Beweis ungeprüft übernehmen; – zumindest ist ihm untersagt, die justizielle Entscheidung des anderen Mitgliedstaates am Maßstab des fremden Verfahrensrechts auf ihre Rechtmäßigkeit hin zu überprüfen. Die Verantwortung dafür, dass die Beweiserhebung auf dem eigenen Hoheitsgebiet rechtmäßig erfolgt ist, übernimmt allein der jeweils beweiserhebende Staat. Allerdings wird man aus Art. 17 I lit. b) und c) RB-EBA herauslesen können, dass Verstöße gegen das Recht des beweiserhebenden Staates/des Vollstreckungsstaates im Zuge der Vollstreckung eines Rechtshilfeersuchens/einer Europäischen Beweisverordnung dem ersuchenden/anordnenden Staat mitzuteilen und nach erfolgter Mitteilung dann auch vor dessen Gerichten bei der Prüfung eines potentiellen Beweisverwertungsverbots oder eines Fairnessverstößes zu beachten sind. Gleiches gilt, wenn der Vollstreckungsstaat die Nichteinhaltung der ausdrücklich nach Art. 12 RB-EBA durch den Anordnungsstaat vorgegebenen Formvorschriften und Verfahren meldet. Leider findet sich in Art. 17 I RB-EBA keine Aussage dazu, was gilt, wenn die zuständige Behörde des Vollstreckungsstaates den fraglichen strafprozessualen Beweise rechtswidrig in ihren Besitz gebracht hat und nun aufgefordert wird, diesen Beweis an den Anordnungsstaat herauszugeben. Art. 17 I RB-EBA statuiert in diesem Fall nicht einmal eine Informationspflicht. Allerdings wird man aus Art. 1 III RB-EBA und der darin enthaltenen Verweisung auf die EU-Grundrechtecharta und die allgemeinen Rechtsgrundsätze gemäß Art. 6 EUV herauslesen können, dass ein solcher im Vollstreckungsstaat ursprünglich rechtswidrig erhobener Beweis entweder schon gar nicht an den Anordnungsstaat übermittelt werden darf, weil er noch vor der Übermittlung aus Beschuldigtenschutzgründen entweder vernichtet oder dem rechtmäßigen Besitzer zurückgegeben werden muss, mit der Folge, dass der Vollstreckungsbefehl der Europäischen Beweisverordnung leerläuft, oder dass der Vollstreckungsstaat den Anordnungsstaat bei Übermittlung des Beweises zumindest in Analogie zu Art. 17 I RB-EBA über die Rechtsverstöße bei der Beweisgewinnung informieren muss. Eine solche Informationen würde dann im Anordnungsstaat in die Prüfung eines Beweisverwertungsverbots bzw. in die notwendige Gesamt-

⁸³ BGH 1 StR 310/12, Beschluss v. 12.11.2012, HRRS 2013 Nr. 314 Rz. 27.

⁸⁴ BGH 1 StR 310/12, Beschluss v. 12.11.2012, HRRS 2013 Nr. 314 Rz. 22.

⁸⁵ BGH 1 StR 310/12, Beschluss v. 12.11.2012, HRRS 2013 Nr. 314 Rz. 33 f.

abwägung über die Frage einer Verfahrensfairness gem. Art. 47 II EU-Grundrechtecharta und Art. 6 EMRK mit einfließen.⁸⁶ Im konkreten Schmuggelfall aber hatte die Tschechische Republik keine entsprechende Mitteilung gemacht. Der Vorwurf, dass die tschechischen Gerichtsentscheidungen nach tschechischem Recht nicht ausreichend begründet worden wären, stammte allein von der Verteidigung und war deswegen nicht weiter prüfungsrelevant.

c. Deutlich an Art. 7 S. 2 RB-EBA orientiert sich der BGH ferner bei seiner Argumentation, dass es ausreichen würde, wenn der um Rechtshilfe ersuchende Staat wenigstens in dem Zeitpunkt, in dem ein Gericht das Rechtshilfeersuchen stellt, über hinreichend eigene strafprozessuale Eingriffsbefugnisse verfügt, damit die hypothetische Prüfung, ob der ersuchende Staat das Beweismittel ebenfalls hätte rechtmäßig erlangen können, wenn es sich in seinem Hoheitsgebiet befunden hätte, positiv ausfällt.⁸⁷ Damit war es im vorliegenden Fall völlig ausreichend, dass § 373 AO in dem Zeitpunkt, in dem das LG Hamburg sein Rechtshilfeersuchen an die Tschechische Republik richtete, zu den Katalogtaten des § 100a I, II Nr. 2 lit. b StPO zählte. Eine rückwirkende Anwendung strafprozessualer Normen verstößt grundsätzlich nicht gegen das Gesetzlichkeitsprinzip. Nach geltender Lehre und Rechtsprechung ist bei sich „im Verlaufe eines anhängigen Strafverfahrens ändernden Vorschriften“ immer nur „die neue Rechtslage maßgebend“.⁸⁸ Ferner erinnert der 1. Senat an den Parallelfall der Übertragung von Beweisen und Akteninhalten aus einem innerstaatlichen Strafverfahren in ein anderes innerstaatliches Strafverfahren, wie er in § 477 II S. 2 StPO normiert ist. § 477 II S. 2 StPO formuliert für diese Transferfälle die Voraussetzung, dass bei einer Maßnahme, die nach dem geltenden Verfahrensrecht nur bei Verdacht bestimmter Straftaten zulässig ist (im Schmuggelfall war das die Telefonüberwachung gem. § 100a I i. V. m. II Nr. 2 lit. b StPO), „die auf Grund einer solchen Maßnahme erlangten personenbezogenen Daten ohne Einwilligung der von der Maßnahme betroffenen Personen zu Beweiszwecken in anderen Strafverfahren“ zwar verwertet werden dürfen, jedoch „nur zur Aufklärung solcher Straftaten (...), zu deren Aufklärung eine solche Maßnahme nach diesem Gesetz hätte angeordnet werden dürfen.“ Für die hypothetische Prüfung, ob denn der vorgenommene Grundrechtseingriff (z. B. eine Telefonüberwachung gem. § 100a I, II StPO) auch zur Aufklärung der gegenwärtig abzuurteilenden Tat

zulässig gewesen wäre, kommt es aber nur auf die zum Verwendungs- bzw. Verwertungszeitpunkt geltende Rechtslage an, also auf den Zeitpunkt, in dem ein Gericht die Entscheidung fällt, den bereits existierenden Beweis aus dem einen Strafverfahren in ein anderes zu transferieren.⁸⁹

IV. Schlussfolgerung

Damit lässt sich der Argumentationsgang des 1. Senats wie folgt zusammenfassen: Es ist zwar grundsätzlich möglich, aus Verstößen gegen rechtshilferechtliche Bestimmungen (hier Art. 17 II Nr. 1, V Cz-Erg EuRHÜbk) ein innerstaatliches Beweisverwertungsverbot für den im Wege der Rechtshilfe übermittelten strafprozessualen Beweis abzuleiten, jedoch ist zu beachten, dass in einem Strafverfahren, in dem es auch um die finanziellen Interessen der EU geht, nur solche Verstöße gegen Rechtshilfenormen zu einem Beweisverwertungsverbot führen dürfen, die auch dann beachtlich wären, wenn die justizielle Zusammenarbeit in diesem Verfahren nach den Vorgaben des (seit 2011 objektiv geltenden) Rahmenbeschlusses über eine Europäische Beweisordnung erfolgt wäre.

Seit Ablauf der für den Rahmenbeschluss vorgesehenen Umsetzungsfrist zum 19. Januar 2011 unterliegen die deutschen Strafgerichte der Pflicht zur rahmenbeschlusskonformen Auslegung, der sie bis an die Grenze der vom nationalen Recht eröffneten Auslegungs- und Ermessensspielräume nachkommen müssen.⁹⁰ Das bedeutet, sie müssen die im nationalen Recht eröffneten Auslegungsspielräume so weit ausloten, dass sie – notfalls unter Rückgriff auf das gesamte nationale Recht – Ergebnisse erzielen, die den Zielen des Rahmenbeschlusses entsprechen.⁹¹ Der 1. Senat hätte diese (richtige) Vorgehensweise allerdings noch deutlicher herausstellen können. Er hätte nicht nur auf Art. 82 I EUV, sondern direkt auf den RB-EBA als Orientierungsmaßstab hinweisen sollen, da dessen inhaltliche Vorgaben die Auslegungsziele definieren. Aber auch ungeachtet dieses Mangels an methodischer Transparenz kann man für die Entscheidung dankbar sein. Sie lässt hoffen, dass der BGH auch weiterhin bei der Anwendung europäischen Rechts auf eine Gegenkontrolle am Maßstab des europäischen *ordre public* nicht verzichten wird. Je mehr die Beschuldigten-schutzstandards im europäischen Raum unter die Räder geraten, desto ermutigender ist es zu sehen, dass jedenfalls die nationalen Gerichte an einem Minimum an Beschuldigtenschutzrechten festhalten wollen.

⁸⁶ BGH I StR 310/12, Beschluss v. 12.11.2012, HRRS 2013 Nr. 314 Rz. 29; zur Beachtung des *ordre public* s. ferner BGH I StR 310/12, Beschluss v. 12.11.2012, HRRS 2013 Nr. 314 Rz. 38.

⁸⁷ BGH I StR 310/12, Beschluss v. 12.11.2012, HRRS 2013 Nr. 314 Rz. 45.

⁸⁸ BGH I StR 310/12, Beschluss v. 12.11.2012, HRRS 2013 Nr. 314 Rz. 45; unter Verweis auf BGHSt 22, 321, 325; 46, 310, 317 ff.; 53, 64, 67 f. = HRRS 2009 Nr. 143 Rz. 13.

⁸⁹ Vgl. BGHSt 53, 64, 67 f. = HRRS 2009 Nr. 143 Rz. 13 f.

⁹⁰ EuGH-Pupino (Fn. 10) Rn. 47; v. Unger NVwZ 2006, 46, 47 f.

⁹¹ EuGH-Pupino (Fn. 10) Rn. 47; Rönna/Wegner GA 2013, 561, 563.

Die hypothetische Einwilligung in den ärztlichen Heileingriff

Anmerkung zu BGH 1 StR 320/12 (Urteil vom 20.2.2013) = HRRS 2013 Nr. 500

Von Professor Dr. Brian Valerius, Universität Bayreuth

I. Einleitung

Die noch jüngere Rechtsfigur der hypothetischen Einwilligung entstammt der zivilrechtlichen Rechtsprechung. Hiernach entfällt die Haftung des Arztes für einen Aufklärungsfehler, wenn der Patient auch bei ordnungsgemäßer Aufklärung dem jeweiligen Eingriff zugestimmt hätte.¹ Durch das Gesetz zur Verbesserung der Rechte von Patientinnen und Patienten vom 20.2.2013² wurde die hypothetische Einwilligung mittlerweile ausdrücklich in § 630h Abs. 2 Satz 2 BGB aufgenommen. Zunehmend – wie in der vorliegenden Entscheidung – wird sie auch im Strafrecht als Korrektiv bemüht,³ um die Verantwortlichkeit aufgrund einer Aufklärungspflichtverletzung zu begrenzen und dadurch den außerordentlich hohen Anforderungen zu begegnen, welche vornehmlich die zivilgerichtliche Rechtsprechung an eine ordnungsgemäße Aufklärung stellt.

Allerdings ist jedenfalls im Strafrecht die hypothetische Einwilligung weder in ihrer dogmatischen Begründung noch in ihrer Anerkennung überhaupt unumstritten. Zahlreiche Stimmen aus dem Schrifttum lehnen die Rechtsfigur mit so unterschiedlichen wie beachtlichen Argumenten sogar völlig ab.⁴ Daran dürfte auch die Einführung des § 630h Abs. 2 Satz 2 BGB nichts ändern, handelt es sich hierbei schon ausweislich der amtlichen Überschrift der Vorschrift nur um eine (zivilrechtliche) Beweislastregelung. Dass ohnehin nicht sämtliche zivilrechtlichen Vorgaben für die strafrechtliche Beurteilung verbindlich sind, zeigt exemplarisch die im Zivilrecht

beachtliche Genehmigung des Geschädigten, die im Strafrecht indessen eine bereits eingetretene Strafbarkeit zu dessen Lasten auch bei Disponibilität des durch die Tat beeinträchtigten Rechtsguts nicht wieder zu beseitigen vermag.⁵ In diese Richtung, d.h. die Beachtlichkeit einer nachträglich erteilten Zustimmung, weist wegen der praktischen Schwierigkeiten, den hypothetischen Willen des Betroffenen im Nachhinein zu ermitteln, aber gerade auch die Rechtsfigur der hypothetischen Einwilligung.⁶

Freilich darf bei aller Diskussion über die hypothetische Einwilligung nicht verkannt werden, dass die Strafbarkeitsrisiken für Ärzte nicht unerheblich sind, wenn die hohen Anforderungen der Zivilgerichte an die Aufklärungspflicht unbesehen auf das Strafrecht übertragen werden. Ein Aufklärungsfehler führte nämlich auf dem Boden der hA, die eine tatbestandliche Körperverletzung auch bei einem erfolgreichen und kunstgerecht durchgeführten Heileingriff annimmt,⁷ grundsätzlich zur Unwirksamkeit der (ausdrücklich oder konkludent erteilten) Einwilligung des Patienten und lässt deren rechtfertigende Wirkung⁸ entfallen. Die Notwendigkeit einer Haftungseinschränkung dürfte demzufolge unumstritten sein. Gleichwohl ist die Suche nach einem alternativen Haftungskorrektiv zur hypothetischen Einwilligung bei weitem nicht abgeschlossen. Als gangbarer Weg erscheint, die Anforderungen an die strafrechtliche Aufklä-

¹ Siehe etwa BGHZ 90, 103, 111 ff.; BGHZ 172, 1, 14; BGH NJW 1980, 1333, 1334; BGH NJW 1992, 2351, 2353; kritisch gegenüber dieser „Prüfungsformel“ *Sickor* JR 2008, 179, 179 ff.

² BGBl. I, S. 277.

³ BGH NStZ 1996, 34, 35; BGH NStZ-RR 2004, 16, 17; BGH NStZ 2004, 442 = HRRS 2004 Nr. 193 Rn. 36; BGH NStZ-RR 2007, 340, 341 = HRRS 2007 Nr. 727 Rn. 22; BGH NStZ 2012, 205, 205 f. = HRRS 2011 Nr. 1135 Rn. 24.

⁴ So unter anderem MünchKomm-StGB/Schlehofer 2. Auflage (2011), Vor §§ 32 ff. Rn. 170 ff.; *Otto* Jura 2004, 679, 683; *Otto/Albrecht* Jura 2010, 264, 269 f.; *Puppe* GA 2003, 764, 769 f.; *Sowada* NStZ 2012, 1, 10; *Sternberg-Lieben* StV 2008, 190, 191 ff.; *Swoboda* ZIS 2013, 18, 21 ff.

⁵ BGHSt 17, 359, 360; BayObLG JZ 1983, 268, 268.

⁶ *Sowada* NStZ 2012, 1, 6 f.; *Swoboda* ZIS 2013, 18, 26, jeweils m.w.N.

⁷ Statt vieler RGSt 25, 375, 377 ff.; BGHSt 11, 111, 112; BGHSt 43, 306, 308; BGH NStZ 1996, 34, 35; *Kargl* GA 2001, 538, 553. Eine verbreitete Gegenmeinung im Schrifttum verneint hingegen bei einem ärztlichen Heileingriff unter unterschiedlichen Voraussetzungen bereits den Tatbestand der Körperverletzung; *MAH MedR/Sommer/Tsambikakis* 2. Auflage (2013), § 3 Rn. 20; *Bockelmann* NJW 1961, 945, 946 f.; differenzierend *Schönke/Schröder/Eser/Sternberg-Lieben* 28. Auflage (2010), § 223 Rn. 32 ff.; MünchKomm-StGB/*Joeks* 2. Auflage (2012), § 223 Rn. 53 f.

⁸ Statt vieler BGHSt 16, 309, 310; BGH NStZ-RR 2004, 16, 17; aA (tatbestandsausschließende Wirkung) *LK/Rönnau* StGB, 12. Auflage (2006), Vor § 32 Rn. 156; *Roxin* Strafrecht AT I, 4. Auflage (2006), § 13 Rn. 12 ff.; MünchKomm-StGB/*Schlehofer* (Fn. 4), Vor §§ 32 ff. Rn. 16 ff.

rungspflicht zu senken,⁹ beispielsweise die Wirksamkeit der Einwilligung nur bei erheblichen Aufklärungsmängeln auszuschließen, die wesentliche Umstände des jeweiligen Eingriffs betreffen. Ein anderer jüngst unterbreiteter Vorschlag plädiert dafür, in § 223 StGB eine Verwerflichkeitsklausel einzuführen.¹⁰ Es ist hier allerdings nicht der Ort, die Bedenken gegenüber der hypothetischen Einwilligung zusammenzutragen und zu würdigen oder alternative Lösungen zur Minimierung der Strafbarkeitsrisiken für Ärzte zu diskutieren. Die folgende Anmerkung beschränkt sich darauf, die Ausführungen des BGH zur hypothetischen Einwilligung in seinem Urteil vom 20.2.2013 näher zu besprechen und zu untersuchen, wie sich das Judikat in die bisherige Rechtsprechung einfügt.

II. Anforderungen an die Feststellung des Tatgerichts

1. Allgemeine Anforderungen

Ein großer Teil der Entscheidung des BGH (Rn. 19 ff.) beschäftigt sich mit den Anforderungen an das Tatgericht bei der Feststellung der Voraussetzungen der hypothetischen Einwilligung. Diese Ausführungen sind von Bedeutung, da Zweifel am Vorliegen der hypothetischen Einwilligung in Zivil- und Strafverfahren unterschiedliche Ergebnisse nach sich ziehen. Im Zivilverfahren trägt der Arzt die Beweislast dafür, dass sich der Patient auch bei ordnungsgemäßer Aufklärung zu dem tatsächlich vorgenommenen Eingriff entschlossen hätte, sofern der Patient plausibel einen echten Entscheidungskonflikt bei ordnungsgemäßer Aufklärung darlegt.¹¹ Die Anforderungen an den vom Arzt zu führenden Nachweis sind dabei hoch, soll doch durch den Rückgriff auf die hypothetische Einwilligung das Aufklärungsrecht des Patienten nicht unterlaufen werden.¹²

Im Strafverfahren hingegen wirken sich Zweifel nach dem „in dubio pro reo“-Grundsatz zugunsten des Angeklagten aus. Lässt sich eine hypothetische Einwilligung des Opfers nicht mit zur für das Tatgericht notwendigen Überzeugung ausschließen, bedeutet dies, zugunsten des angeklagten Arztes von einer hypothetischen Einwilligung ausgehen zu müssen.¹³ Jedoch genügt nicht jede theoretische Möglichkeit einer hypothetischen Einwilligung des Geschädigten, um den Zweifelsgrundsatz so gleich zur Anwendung gelangen zu lassen. Vielmehr müssen konkrete Anhaltspunkte für eine solche Annahme gegeben sein.¹⁴ Solche Anhaltspunkte lagen im kon-

kreten Fall indessen zur Genüge vor, wie der BGH bei näherer Auseinandersetzung mit der Würdigung des Tatgerichts darlegt (Rn. 20 f.). Der BGH vermochte demzufolge insoweit – wie auch sonst – keinen revisiblen Rechtsfehler des Tatgerichts festzustellen.

Trotz der unterschiedlichen Folgen in Zweifelsfragen hat der BGH ohne nähere Begründung und zwischen Gedankenstrichen festgehalten, dass „strenge“ Voraussetzungen an die hypothetische Einwilligung zu stellen seien (Rn. 19). In bisherigen Entscheidungen der Strafsenate zu dieser Rechtsfigur fehlte ein solcher Hinweis. Offenbar sollte an die entsprechenden Ausführungen der Zivilgerichte angeknüpft werden, wonach der Nachweis der hypothetischen Einwilligung grundsätzlich strengen Anforderungen unterliege.¹⁵ Diese Rechtsprechung kann jedoch wegen der unterschiedlichen Grundsätze für das Beweisverfahren nicht schlicht auf den Strafprozess übertragen werden. Ob das Wort „strenge“ also eine besondere Bedeutung hat, ggf. eine in Zukunft ebenso „strenge“ Handhabung der hypothetischen Einwilligung ankündigen soll, werden erst kommende Entscheidungen zeigen. Bislang konnte bei den Strafsenaten des BGH jedenfalls nicht von einer zu voreiligen Annahme dieser Rechtsfigur gesprochen werden.

2. Vorsätzliche Täuschung des Arztes

Anlass zu näherer Betrachtung gibt des Weiteren die Bemerkung des BGH, dass sich eine andere Bewertung hätte ergeben können, „wenn die Angeklagten den Geschädigten gezielt über die mangelnden validen Erfolgsaussichten der Behandlung getäuscht hätten“ (Rn. 24). Dieser Satz – zumal unter einem eigenen nummerierten Abschnitt nach den Ausführungen des BGH zu den Feststellungen des Tatgerichts vorgetragen – legt zunächst die Vermutung nahe, dass in einem solchen Falle eine hypothetische Einwilligung ausgeschlossen sei, die bewusste Verletzung der Aufklärungspflicht also einer Berufung auf diese Rechtsfigur entgegenstehe. Schließlich ist nur zwei Sätze später die Rede von „Aufklärungsverstöße[n] [...]“, die im Ergebnis eine vorsätzliche Täuschung des Geschädigten durch den Angeklagten nahelegen und eine hypothetische Einwilligung ausschließen würden“ (Rn. 24).

Ob der BGH hiermit jedoch tatsächlich eine hypothetische Einwilligung kategorisch ausschließen wollte, wenn der Arzt bewusst seine Aufklärungspflicht verletzt, erscheint zweifelhaft. Jedenfalls bedeutete dies eine (nicht begründete) Abkehr von früheren Entscheidungen, in denen trotz einer dem geschilderten Sachverhalt zu entnehmenden Täuschung bei der Aufklärung über die tatgerichtliche Feststellung einer hypothetischen Einwilligung diskutiert und ein Rückgriff auf diese Rechtsfigur somit auch in diesem Fall (wenngleich wiederum ohne nähere Begründung) als zulässig angesehen wurde.¹⁶ Nicht ohne Bedeutung dürfte daher die Einschränkung „im Ergebnis“ im zweiten soeben wiedergegebenen Satz sein (Rn. 24). Sie deutet darauf hin, dass die vorsätzliche Täuschung lediglich ein nicht unwesentlicher Faktor bei

⁹ Otto/Albrecht Jura 2010, 264, 270 f.; Sternberg-Lieben StV 2008, 190, 193.

¹⁰ Swoboda ZIS 2013, 18, 29 ff.

¹¹ BGHZ 90, 103, 112; BGH NJW 1992, 2351, 2353; BGH NJW 1994, 2414, 2415; BGH NJW 1998, 2734, 2734; BGH NJW 2005, 1718, 1719; BGH NJW 2007, 2771, 2772.

¹² BGHZ 90, 103, 111; BGH NJW 1980, 1333, 1334; BGH NJW 1992, 2351, 2353; BGH NJW 1994, 2414, 2415; BGH NJW 1998, 2734, 2734; BGH NJW 2007, 2771, 2773.

¹³ BGH NStZ 1996, 34, 35; BGH NStZ-RR 2004, 16, 17; BGH NStZ 2012, 205, 206 = HRRS 2011 Nr. 1135 Rn. 34.

¹⁴ Kuhlen FS Müller-Dietz (2001), S. 431, 435; Rönau JZ 2004, 801, 804.

¹⁵ Siehe die Nachweise in Fn. 12.

¹⁶ BGH NStZ-RR 2004, 16, 17; BGH NStZ 2004, 442 = HRRS 2004 Nr. 193 Rn. 36.

den Feststellungen des Tatgerichts ist, die der Annahme einer hypothetischen Einwilligung des Patienten zugrunde liegen. Bei einer vorsätzlichen Täuschung könnte demnach viel dafür sprechen, dass der Patient bei ordnungsgemäßer Aufklärung (tatsächlich) nicht in den durchgeführten Eingriff eingewilligt hätte, ohne dadurch sogleich eine hypothetische Einwilligung von vornherein (rechtlich) auszuschließen.

Die Missverständlichkeit der Ausführungen des BGH offenbart auch der einzige Hauch von Begründung in dem betreffenden Absatz (Rn. 24), der sich in einem selbstreferentiellen Hinweis auf den Beschluss des BGH vom 15.10.2003 im sog. Lendenwirbel-Fall¹⁷ erschöpft, der vergleichend herangezogen werden soll. In dieser Entscheidung wurde eine hypothetische Einwilligung in eine Nachoperation diskutiert, die erforderlich wurde, weil zuvor nicht der vorgesehene schwere Bandscheibenvorfall, sondern nur ein leichter Bandscheibenvorfall in einem benachbarten Bandscheibenfach entfernt wurde. Die Verwechslung wurde bei der Aufklärung vor der Nachoperation allerdings nicht offenbart, die vielmehr mit einem Frührezidiv erklärt wurde. Der BGH dürfte hier die Frage, ob sich der Patient von der Ärztin der ersten Operation erneut hätte operieren lassen wollen, indes nur hervorgehoben haben, weil der Patient bei ordnungsgemäßer Aufklärung von deren Behandlungsfehler erfahren hätte, der erst die Nachoperation notwendig werden ließ. Ob sich der Patient bei Kenntnis dieser Umstände nochmals von derselben Ärztin hätte operieren lassen – auch die hypothetische Einwilligung ist personenbezogen¹⁸ –, darf freilich bezweifelt werden. Entscheidend für die Ablehnung einer hypothetischen Einwilligung war hier demzufolge nicht die Täuschung als solche, sondern der Bezugspunkt der Täuschung in Gestalt des der Ärztin unterlaufenen Behandlungsfehlers. Ein Behandlungsfehler oder sonstiges vorangegangenes Fehlverhalten, welches das Vertrauen des Patienten in den behandelnden Arzt zerstört hätte, ist aber im nunmehr entschiedenen Sachverhalt nicht ersichtlich, so dass sich die Ausführungen des BGH im Lendenwirbel-Fall nicht übertragen lassen und der Verweis fragwürdig ist.

III. Anwendungsbereich und dogmatische Einordnung der hypothetischen Einwilligung

Von Interesse sind auch einige Aussagen des BGH zur hypothetischen Einwilligung, die lediglich im Vorübergehen getätigt werden bzw. sogar mehr oder minder unausgesprochen bleiben. Zum einen wird nicht näher erläutert, sondern offenbar stillschweigend vorausgesetzt, dass ein Rückgriff auf die hypothetische Einwilligung auch im vorliegenden Sachverhalt und somit bei Außen-seitermethoden möglich ist. Dies entspricht der zivilgerichtlichen Rechtsprechung¹⁹ und erscheint konsequent, weil die Aufklärungspflichten bei einer nicht dem medizinischen Standard entsprechenden Behandlung umfassender sind und daher häufiger eine ordnungsgemäße

Aufklärung misslingt. Jedoch droht die Rechtsfigur der hypothetischen Einwilligung gerade dann das Selbstbestimmungsrecht zu unterlaufen, wenn zu dessen Wahrung – wie etwa auch bei medizinisch überhaupt nicht indizierten Eingriffen – höhere Anforderungen an die Aufklärung gestellt werden. Dem bleibt dadurch Rechnung zu tragen, dass gerade für die Entscheidung des Patienten, sich einer Außenseitermethode zu unterziehen, konkrete Anhaltspunkte vorhanden sein müssen.²⁰ Im vorliegenden Fall lehnte der Patient nach den Feststellungen des Tatgerichts beispielsweise die Standardbehandlung gerade ab und begab sich gezielt auf die Suche nach alternativen Behandlungsmethoden (Rn. 6 ff.).²¹

Nicht restlos geklärt ist nach wie vor, wie der BGH die Rechtsfigur der hypothetischen Einwilligung dogmatisch überhaupt einordnet. Die insoweit offenen Fragen werden auch durch die vorliegende Entscheidung nicht beantwortet. So bemerkt der BGH an einer Stelle (Rn. 22) bzgl. des Tatvorwurfs der Körperverletzung mit Todesfolge in Tateinheit mit gefährlicher Körperverletzung, es sei nicht zu beanstanden, „dass die Strafkammer sich bei dieser besonderen, durch Tatsachen fundierten Sachlage keine Überzeugung dahingehend hat bilden können, dass der Geschädigte bei vollständiger Aufklärung die Einwilligung in den Eingriff verweigert hätte, oder dass die Angeklagten mit einer solchen Verweigerung gerechnet hätten“, und verweist in der Klammer auf die Anwendung des Zweifelsgrundsatzes. Dem lässt sich entnehmen, dass für eine Strafbarkeit des behandelnden Arztes wegen vorsätzlicher Tat allein dessen Vorstellung genügt, dass der Patient bei ordnungsgemäßer Aufklärung nicht in den durchgeführten Eingriff eingewilligt hätte. Dies legt zunächst nicht nur nahe, dass der BGH – wie bislang – bei der hypothetischen Einwilligung die Rechtswidrigkeit entfallen lässt,²² sondern dass er darüber hinaus von einem Rechtfertigungsgrund ausgeht, der zum Ausschluss der Vollendungsstrafbarkeit eines subjektiven Rechtfertigungselements bedarf.²³ Bei den kurzen Ausführungen zum Vorwurf der fahrlässigen Tötung (Rn. 30) hält der BGH allerdings sodann fest, dass das Tatgericht „mit Blick auf die erteilte hypothetische Einwilligung des Geschädigten zu Recht den erforderlichen Pflichtwidrigkeitszusammenhang zwischen den Aufklärungsverstößen und dem Tod des Geschädigten verneint“ habe. Der BGH hebt dadurch nunmehr – mit einem Großteil der die Rechtsfigur der hypothetischen Einwilligung befürwortenden Literatur²⁴ – hervor, dass für den Strafausschluss aufgrund der hypothetischen

¹⁷ BGH NStZ-RR 2004, 16.

¹⁸ BGH NJW 1996, 3073, 3074.

¹⁹ BGHZ 172, 1, 14 f.; BGHZ 172, 254, 262.

²⁰ Zu den besonders strengen Maßstäben im Zivilrechtsverfahren BGHZ 172, 1, 14 f.; ferner BGHZ 172, 254, 262.

²¹ Siehe zur Würdigung des Falles und zum Recht des Patienten auf eine unvernünftige Entscheidung auch die Anmerkung von *Beckemper* NZWiSt 2013, 232, 233 f.

²² BGH NStZ-RR 2004, 16, 17; BGH NStZ 2004, 442 = HRRS 2004 Nr. 193 Rn. 36; BGH NStZ-RR 2007, 340, 341 = HRRS 2007 Nr. 727 Rn. 22; BGH NStZ 2012, 205, 206 = HRRS 2011 Nr. 1135 Rn. 34.

²³ BGHSt 2, 111, 114 f.; NStZ 2005, 332, 334 = HRRS 2005 Nr. 41 Rn. 22 ff.

²⁴ LK/Rönnau (Fn. 8), Vor § 32 Rn. 230; *Kuhlen* FS Müller-Dietz (2001), S. 431, 441 ff.; *ders.* JR 2004, 227, 227; *Rönnau* JZ 2004, 801, 801; *Rosenau* FS Maiwald (2010), S. 683, 690; kritisch *Mitsch* JZ 2005, 279, 282 ff.; *Swoboda* ZIS 2013, 18, 27 ff.

Einwilligung letzten Endes Überlegungen der (objektiven) Zurechnung den Ausschlag geben.

IV. Fazit

Das Urteil des BGH erweitert die Sammlung an Entscheidungen zur hypothetischen Einwilligung und untermauert weiter die Anwendbarkeit dieser aus dem Zivilrecht stammenden Rechtsfigur auch im Strafrecht. Klargestellt ist nun, dass die hypothetische Einwilligung ebenso bei Außenseitermethoden herangezogen werden kann, ohne dass der BGH insoweit allerdings auf die erhöhten Anforderungen an die Aufklärung wie an die hypothetische Einwilligung explizit hingewiesen hat. Durch seine längeren Ausführungen zur Feststellung der

die hypothetischen Einwilligung tragenden Umstände hat der BGH des Weiteren im Allgemeinen betont, dass auch in einem Strafverfahren die (ggf. nur aufgrund des Zweifelsgrundsatzes nicht auszuschließende) Annahme einer hypothetischen Einwilligung nicht den Regelfall bildet. Verwirrend in diesem Zusammenhang sind aber die Ausführungen über eine etwaige vorsätzliche Täuschung des Geschädigten. Insoweit bleibt abzuwarten, ob der BGH in Zukunft eine hypothetische Einwilligung kategorisch ausschließt oder lediglich – was angesichts des verwiesenen Urteils näher liegen dürfte – die Täuschung (bzw. genauer: deren Bezugspunkt) als wesentliches Kriterium bei der Feststellung der hypothetischen Einwilligung betrachtet.

Aufsätze und Anmerkungen

Ich muss immer das letzte Wort haben

Vom Gestaltungsmissbrauch bei der mündlichen Urteilsverkündung

Von Rechtsanwalt Christoph Kuhlmann, Freiburg i.Br.

Jedes Gericht muss die Prozessbeteiligten anhören, bevor es sich ein Urteil bildet: „audiatur et altera pars“ – und danach? Die Gewährung rechtlichen Gehörs bildet die tragende Säule jedes rechtsstaatlichen Verfahrens. Sie gründet in der Verpflichtung staatlicher Gewalt zur Wahrung der Menschenwürde¹ und genießt als grundrechtsgleiches Recht mit Art. 103 Abs. 1 GG Verfassungsrang. Erst die Anhörung des Betroffenen gewährleistet seine Subjektstellung² und damit zugleich auch eine möglichst sachgerechte Entscheidung des Spruchkörpers.

Die Strafprozessordnung stattet den Angeklagten deshalb gleich mehrfach mit Gehörsrechten aus,³ besonders vornehm mit der Anordnung aus § 258 Abs. 2 StPO: „...dem Angeklagten gebührt das letzte Wort.“ Die Formulierung mutet beinahe pathetisch an, dabei ist es doch der Vorsitzende Richter, der tatsächlich das „letzte Wort“ im Sitzungssaal beansprucht. Ihm allein fällt die Aufgabe zu, „...am Schluss der Verhandlung“ die Entscheidung des Gerichts auch zu verkünden, § 268 Abs. 3 Satz 1 StPO.⁴ Dazu, wie dies zu geschehen hat, formuliert § 268 Abs. 2 Satz 1 StPO lapidar: „Das Urteil wird durch Verlesung der Urteilsformel und Eröffnung der Urteilsgründe ver-

kündet.“ Von solcher Eröffnung soll nachfolgend die Rede sein.

I. Fettnäpfchen und Schuljungen

Von der mündlichen Urteilsbegründung des Landgerichts Augsburg, das den Kollegen Rechtsanwalt Stephan Lucas vom Vorwurf der versuchten Strafvereitelung *freigesprochen* hat, erfahren wir, dass der Vorsitzende Richter gleichwohl mit „galligen Kommentaren“ nicht gespart habe.⁵ Unabhängig von den fragwürdigen Umständen, die zum dortigen Verfahren geführt hatten, überraschen die *wörtlich* übermittelten Ausführungen des Vorsitzenden Richters gleichwohl. So habe dieser dem Angeklagten Kollegen u.a. erklärt: „Ihr Freispruch ist auch nicht der erwartete, sondern einer, der nur knapp wegen des Grundsatzes Im Zweifel für den Angeklagten ergeht!“⁶ Ein gebotener Verweis auf einen Freispruch „2. Klasse“?

Die mündliche Urteilsbegründung im „Kachelmann-Verfahren“ nahm der Vorsitzende Richter vor dem Landgericht Mannheim zum Anlass, dass richterliche Befinden insgesamt mit einer Schelte der Verteidigung zu verbinden „...weil der neue Verteidiger mit dem Anspruch auftrat, uns wie Schuljungen auf die Finger klopf-

¹ BVerfGE 9, 89; 55, 1.

² Vgl. BVerfG 2 BvR 1183/09 = HRRS 2011 Nr 208, Rn. 22.

³ Vgl. §§ 33, 33a, 311a, 356a StPO.

⁴ Bei umfangreichen Urteilsabwägungen soll er diese Aufgabe auch (teilweise) an ein Mitglied des Richterkollegiums übertragen können, ebenso für den Fall, dass er stimmlich eingeschränkt ist, vgl. KK-Engelhart, 6. Aufl. (2008), § 268 Rn. 2.

⁵ <http://www.spiegel.de/panorama/justiz/streit-um-ab-sprache-gericht-spricht-angeklagten-anwalt-frei-a-754615.html>, abgerufen am 01.10.2013.

⁶ Wie zuvor.

fen zu müssen.“⁷ Ein „Nachtreten“ des Gerichts nach zulässigem Prozessverhalten?

Auch vor dem Landgericht Stuttgart wurden Verteidigung und Angeklagtem, bei der mündlichen Urteilsverkündung anlässlich des zweiten Urteils im Verfahren gegen den Vater des „Amokschützen von Winnenden“, besonderes Augenmerk zuteil. Die wörtlichen Ausführungen des Vorsitzenden Richters gegenüber dem sich schweigend verteidigenden Angeklagten mündeten dort gar in der launigen Feststellung: „In tiefere Fettnäpfchen als ihre Verteidiger hätten Sie nicht treten können.“ und weiter „Das muss man als Angeklagter nicht hinnehmen, das man so verteidigt wird.“⁸ Eine gebotene Verhöhnung der Verteidigung und ihrer Strategie?

Die Darstellung mündlicher Urteilsbegründungen vor deutschen Landgerichtskammern kann hier nur einer sehr subjektiven Auswahl folgen. Doch wer das Tagesgeschäft kennt weiß auch, dass es sich hier – wenngleich um jeweils spektakuläre Verfahren – keinesfalls um singuläre oder auch nur regional zu verortende Einzelfälle handelt. Sachfremd erscheinende Ausführungen des Gerichts befremden die Verfahrensbeteiligten und die Gerichtsöffentlichkeit immer wieder, bar jeden Verdachts eines „eingetrübten Fernglases“.⁹ Mit seinem „Wort an die Verteidigung...“ greift der Vorsitzende im Rahmen der mündlichen Urteilsverkündung mitunter selbst neben die Klaviatur. Wo aber liegen die Gründe, was ist der Rahmen und gibt es nicht doch auch Grenzen für eine solche richterliche (Selbst)Darstellung?

II. Die Freiheit zum irren

Die Eröffnung der Urteilsgründe „...geschieht durch Verlesung oder durch mündliche Mitteilung ihres wesentlichen Inhalts.“, § 268 Abs. 2 Satz 2 StPO. Die Urteilsgründe sollen dem Angeklagten und der Gerichtsöffentlichkeit dabei ihrem wesentlichen Inhalt nach angemessen vermittelt werden. Umfang und Tiefe der mündlichen Darstellung sollen hierzu Maß nehmen am Verlauf der vorausgegangenen Hauptverhandlung.¹⁰ Weder in der Strafprozessordnung, noch etwa in den RiStBV (Nr. 141 f.), oder sonst an anderer Stelle im Gesetz, finden sich aber konkretisierende Regelungen zur *inhaltlichen* Ausgestaltung der mündlichen Eröffnung der wesentlichen Urteilsgründe. Der Vorsitzende Richter ist damit weitgehend frei in seinem Vortrag, inhaltlich wie formal. Er legt fest, welche Erwägungen ihm als wesentlich im Sinne des Gesetzes erscheinen und es obliegt allein seinem persönlichen Willen und Können, ob er die Entscheidungsgründe hierbei angemessen und zutreffend mündlich zu vermitteln vermag.

Formal wird diese weitreichende Freiheit nicht zuletzt dadurch gestützt, dass das Gericht, der höchstrichterlichen Rechtsprechung zufolge, Anträge der Prozessbetei-

ligten vom Beginn der mündlichen Urteilsverkündung an nicht mehr entgegen nehmen muss.¹¹ Zusammen mit den (schriftlichen) Urteilsgründen bildet die Urteilsformel in der weiteren Folge zwar inhaltlich eine Einheit, deren Inkongruenz in einem entscheidungserheblichen Teil zur Aufhebung führen kann.¹² Revisionsrechtliche Bedeutung innerhalb der *mündlichen* Urteilsverkündung erlangt regelmäßig aber nur die Urteilsformel selbst. Nur ihre Verlesung ist wesentlicher Teil der Hauptverhandlung, weil ohne sie ein Urteil im Rechtssinne nicht vorliegt.¹³ Das Urteil gilt deshalb etwa auch dann als rechtswirksam verkündet, wenn der Vorsitzende nach Verlesung der Urteilsformel ausfällt.¹⁴ Im Ergebnis aber ist die *mündliche* Urteilsbegründung ihrem Inhalt nach damit praktisch „revisionsirrelevant“¹⁵.

Diese Zwischenfeststellung mutet schon deshalb fragwürdig an, weil unmittelbar nach dem Urteilsspruch kundgegebene innerliche Befindlichkeit des Vorsitzenden Richters im Einzelfall durchaus Zweifel etwa an seiner Unbefangenheit auch bereits bei Abfassung des Urteils tenors nahe legen können. Die Revision soll der höchstrichterlichen Rechtsprechung zufolge ja aber nicht einmal auf einen *offenen* Widerspruch zwischen den zunächst mündlich eröffneten und später dann schriftlich dargelegten Urteilsbegründungen gründen können, weil es insoweit offenbar per se an einem Beruhen mangeln soll.¹⁶ Das kann freilich schon systematisch nicht überzeugen, denn ein Gericht, das eine verbindliche Urteilsformel formuliert und die der mündlichen Urteilsbegründung nach vermeintlich *wesentlichen* Gründe bei der Abfassung der schriftlichen Urteilsgründe dann nachfolgend korrigiert oder gar austauscht, übergeht die Basis seiner eigenen vormaligen Überzeugungsbildung und „münzt“ so nachträglich zurecht, was von Beginn an nicht tragfähig war.

Das sich der Vorsitzende Richter hinsichtlich der wesentlichen Urteilsbegründungen hingegen „irrt“, wie es der Bundesgerichtshof pauschal unterstellt hat, erscheint daneben überaus fragwürdig. Worüber genau sollte der Vorsitzende in der Vorstellungswelt des Bundesgerichts-

¹¹ BGHSt 15, 263.

¹² RGSt 46, 326.

¹³ RGSt 71, 377.

¹⁴ BGHSt 8, 41.

¹⁵ Für das richterliche Selbstverständnis aufschlussreich erscheint die offene Darstellung bei *Föhrig* in „Kleines Strafrichter-Brevier“ 1. Aufl. (2008), S. 90 f., wo die Frage bezeichnenderweise unter der Überschrift „Lange Rede, gar kein Sinn“ (sic!) abgehandelt ist.

¹⁶ Vgl. etwa BGHSt 7, 363 („Lederriemen“): „Auf die behaupteten Widersprüche zwischen der mündlichen und der schriftlichen Urteilsbegründung kommt es nicht an; entscheidend sind nur die schriftlichen Urteilsgründe (vgl. BGH bei Dallinger MDR 1951, 539). Nur die von sämtlichen Berufsrichtern unterzeichnete Urteilsurkunde bietet die Gewähr dafür, daß die Urteilsausführungen das Ergebnis der Beratung wiedergeben. Bei Abweichung der vom Vorsitzenden mündlich mitgeteilten Gründe von den schriftlichen muß daher angenommen werden, daß der Vorsitzende sich geirrt hat. Hierfür ist es, entgegen der Auffassung des Beschwerdeführers, unerheblich, ob die angebliche Abweichung zwischen mündlicher und schriftlicher Urteilsbegründung einen besonders wichtigen oder einen weniger wesentlichen Punkt betrifft.“

⁷ <http://www.spiegel.de/panorama/justiz/kachelmann-urteil-die-angst-der-richter-vor-dem-klaren-wort-a-766105.html>, abgerufen am 01.10.2013.

⁸ <http://www.faz.net/aktuell/gesellschaft/urteil-gegen-vater-des-winnender-schuetzen-jungs-sind-so-12047191.html>, abgerufen am 01.10.2013.

⁹ Vgl. *Leitmeier* HRRS 2012, 540.

¹⁰ BeckOK/Peglau, Edition 17, Stand: 13.09.2013, § 268 Rn. 9.

hof geirrt haben? Ist es der tatsächliche Inhalt der vorangegangenen mündlichen Beratung, die zum Urteilsspruch führte? Dann wäre der Vorsitzende nicht einmal in der Lage, das wesentliche Ergebnis der unmittelbar vorangegangenen Beratung im Spruchkörper darzulegen. Oder aber ist es womöglich doch die *materielle Tragfähigkeit* seiner mündlichen Erwägungen bei denen er irrt, weil diese sich bei Abfassung der schriftlichen Urteilsgründe nachfolgend als eben *nicht* tragfähig erweisen und damit zugleich den erkannten Urteilstenor selbst in Frage stellen?

Doch es sind nicht zuvorderst die revisionsrechtlichen Konsequenzen, die hier angesprochen werden sollen. Es sind vielmehr die Befindlichkeiten auf Seiten des Gerichts und wie sie Eingang in das förmliche Verfahren finden und dadurch tiefe Einblicke in den Prozess der richterlichen Überzeugungsbildung selbst gewähren. Dabei spricht doch manche rechtliche Erwägung für eine deutliche richterliche Zurückhaltung und Selbstbeschränkung bei der mündlichen Urteilsöffnung.

III. Rollenverständnis und Parteiwerdung

Dem geflügelten Wort von *Dahs* zufolge, sind die Rollen klar verteilt. Für die Verteidigung ist das Strafverfahren stets Kampf: „*Kampf um die Rechte des Beschuldigten im Widerstreit mit den Organen des Staates...*“.¹⁷ Zwar ist damit über die im Einzelfall notwendigen und angemessenen Mittel dieses Kampfes noch nichts gesagt; nicht erst die zwischenzeitlichen Erfahrungen etwa zum Verständigungsverfahren sprechen aber eine deutliche Sprache – wer nicht bereit ist zu kämpfen, hat oft genug schon verloren, bevor es überhaupt losgehen könnte. Strukturell entspricht es dem ausdrücklichen Auftrag von Verteidigung, im Strafprozess streng *einseitig* Partei zu nehmen! Aufgabe des Gerichts ist es demgegenüber allein, eine Entscheidung in einem Für und Wider der Sachargumente zu treffen. Parteilichkeit schließt den Richter von seinem Amt aus, mehr noch: schon der bloße *Anschein* von Voreingenommenheit hindert den Richter an der Ausübung seines Amtes, § 24 Abs. 1 StPO. Richterliche Unvoreingenommenheit verträgt sich schon deshalb nicht mit „Selbstvergewisserung“ der hier angesprochenen Art. Denn verbleibenden Zweifeln auf Richterseite steht jederzeit nur ein rechtsstaatlicher Ausweg zur Seite: der *Freispruch*. Richterliche Selbstdarstellung bei der mündlichen Urteilsbegründung legt deshalb nicht selten die Bekenntnis nahe, die eigene Rolle auf dem Weg hin zum Urteil verlassen und in Wahrheit selbst *Partei* in der strafprozessualen Auseinandersetzung geworden zu sein. Der Verteidiger wird deshalb nicht umhin kommen, in solchen Verfahren zum echten „Parteigänger“ zu werden: er „...führt seine Fehde so lange, bis sein Kontrahent sich selbst als Partei bekennet.“¹⁸ Insoweit mag die Verteidigung ihren Anteil an der Demaskierung des wahren richterlichen Selbstverständnisses im Einzelfall erlangen.

Dabei setzt richterliche „Intervention“ nur allzu oft schon sehr viel früher ein, etwa wenn ein als vermeintlich ungebührlich empfundenen Agieren des Angeklagten

oder seines Verteidigers im Prozessverlauf vermeintlich Veranlassung gibt, in die „gleiche Kerbe“ zu schlagen. Dabei stehen einem souveränen Vorsitzenden doch offenbar Möglichkeiten zuhauf beiseite, die Beteiligten, wo dies im Einzelfall tatsächlich notwendig sein sollte, zu maßregeln und das Verfahren so zu „gestalten“.¹⁹ Doch wo sachliche Ermahnungen nicht in Betracht kommen, etwa weil die Verteidigung dem Gesetz nach in zulässiger Weise agiert, oder aber aus „übergeordneten Erwägungen“ nicht ausgesprochen werden sollen, ist eine Rüge vermeintlicher Verfehlungen erst am Ende der Hauptverhandlung regelmäßig als verwirkt anzusehen. Wie sonst sollten die Beteiligten von der kritischen Einordnung ihres Wirkens durch den Vorsitzenden Richter rechtzeitig Kenntnis erlangen, wie sonst sich einer unrechtmäßigen Konfrontation ihrerseits noch erwehren? Ein bis dahin zugestandenes Prozessverhalten kann aber nicht Gegenstand einer nachträglichen Bewertung durch den Vorsitzenden werden – Haltungsnoten stehen dem Gericht nicht zu.

IV. Wahrheitsfindung im Spruchkörper

Nur weil die Urteilsverkündung im Namen des Volkes erfolgt und eine nach dem Gesetz definierte Mehrheit der stimmberechtigten Richter dem eröffneten Urteilsspruch und (hoffentlich) auch den ihn tragenden Erwägungen zustimmen, ist Einstimmigkeit weder Voraussetzung noch nachgewiesene Regel bei der Urteilsfindung.²⁰ Die Darlegung des Ergebnisses richterlicher Überzeugungsbildung kann vernünftige Zweifel, die zu beleuchten die wohl wichtigste Aufgabe von Verteidigung ist, schon deshalb nicht kurzerhand in Wegfall bringen. Denn Zweifel, die Gegenstand auch der richterlichen Beratung selbst oder gar der inneren Überzeugung einzelner – abweichender – Richter des Spruchkörpers geworden sind, mahnen den Vorsitzenden regelmäßig auch aus einer kollegialen Rücksichtnahme heraus zur Mäßigung. Doch wenn Toleranz das unbehagliche Gefühl ist, der andere könnte am Ende vielleicht doch recht haben, erschließt auch solches Unbehagen richterliche Fehlleistungen im Rahmen der mündlichen Urteilsverkündung.

„Wahrheit“ und „Urteil“ bilden zwei allzu verschiedene Kategorien. Der Versuch, sie innerhalb des Strafprozesses in möglichst gute Deckung zu bringen, ehrt die Beteiligten mindestens so wie ihr Wissen um die Unvollkommenheit ihrer Bemühungen: *Konrad Zweigert* hat die notwendigen Zweifel an jeder richterlichen Selbstvergewisserung im Streit um die Einführung der abweichenden Meinung an den deutschen Gerichtszügen deshalb auf den Punkt gebracht, indem er formulierte: „*Die Autoritätsgläubigkeit wird durch die bei uns übliche Art der Urteilsverkündung gefördert, indem die Entscheidung wie eine notwendige unbezweifelbare Ableitung aus einem ebenfalls unzweifelhaften Rechtssatz produziert wird, über deren Richtigkeit sich*

¹⁹ Zum richterlichen Erfindungsreichtum bei der Begegnung vermeintlich unliebsamem Verteidigungsverhaltens vgl. *Föhrig*, „Kleines Strafrichter-Brevier“ (Fn. 15).

²⁰ Nach § 196 Abs. 1 GVG entscheidet das Gericht grundsätzlich mit der absoluten Mehrheit der Stimmen, im „Patt“ entscheidet ggfs. die Stimme des Vorsitzenden, vgl. Abs. 4.

¹⁷ *Dahs*, Handbuch des Strafverteidigers, 6. Aufl. (1999), Rn. 1: „Der Berufsauftrag des Verteidigers“.

¹⁸ *Strate* HRRS 2003, 114.

nicht debattieren lasse und der man blind zu gehorchen habe.“²¹ Lange Rede, gar kein Sinn also?²²

Die Richterschaft ist sich der Macht ihres öffentlichen – unwidersprochen bleibenden – letzten Wortes jedenfalls bewusst. Jeder „Gestaltungsmisbrauch“ im Rahmen der mündlichen Urteilsverkündung erfolgt daher vorsätzlich. Er liegt im Kern in der Missachtung zulässiger Zweifel. Zweifel, die zu wägen Kardinalpflicht innerhalb der richterlichen Beweiswürdigung, zugleich aber auch Wesenskern der Verwirklichung verfassungsgemäßer Anhörungsrechte ist. Zweifel, denen das Gericht im Ergebnis nicht folgen muss, die zu übergehen, oder gar lächerlich zu machen, umgekehrt jedoch Zweifel an der Qualität der Überzeugungsbildung selbst und dem grundsätzlichen Verständnis vom Ergebnis des Strafprozesses offenbaren. Denn: „Die Wahrheit erfährt man...nicht mit einem Schläge, durch Offenbarung, Erleuchtung oder schreckliche Enthüllung, sondern man erfährt sie durch den Prozess und im Prozess der ständigen Unterrichtung, des Vergleichens, Prüfens und wiederum der Unterrichtung“.²³ Es ist dieser Erkenntnisprozess, an dem die Verteidigung aktiv teilnimmt und mit ihren Anregungen Gehör bei und Einfluss auf die gerichtliche Entscheidungsfindung selbst beansprucht.

V. Rechtliches Gehör und Rechtsfrieden

Das Urteil wird gesprochen „Im Namen des Volkes“. Auch wenn sich hieraus kaum unmittelbare Anforderungen an die Art und Weise der Urteilsverkündung selbst ziehen lassen, deutet die Einleitungsformel doch auf den Weg auch der Urteilsbegründung selbst. Denn die Wiederherstellung des *Rechtsfriedens* bleibt vordringliches Ziel jedweden richterlichen Wirkens. Adressat der gerichtlichen Entscheidung ist deshalb neben dem Angeklagten und seinem möglichen Opfer insbesondere auch die Gerichtsöffentlichkeit. Doch wie soll Rechtsfrieden eintreten, wenn berechtigte Zweifel des Angeklagten und seiner Verteidigung übergangen, oder gar lächerlich gemacht werden? Aufgabe der Justiz ist es doch alleine, Recht *anzuwenden*. Auch der verurteilte Straftäter „erfüllt“ eben nur einen strafrechtlichen Tatbestand. Mehr festzustellen, insbesondere aber ein persönliches Unwerturteil über den Angeklagten oder seine Verteidigung zu sprechen, findet weder in der Strafprozessordnung selbst, noch nach Verfassungsrecht eine gesetzliche Grundlage. Zwar sind ergänzende Gehörsrechte für den Abschnitt der mündlichen Urteilsbegründung einfachgesetzlich nicht normiert; Ihre Schutzwirkung reicht aber eben auch in diesen Verfahrensabschnitt zwanglos hinein. Denn die Pflicht zur Wahrung der Menschenwürde des Angeklag-

²¹ Konrad Zweigert, zitiert nach Rolf Lamprecht in „Richter contra Richter – abweichende Meinungen und ihre Bedeutung für die Rechtskultur“, 1. Aufl. (1992), S. 47.

²² Vgl. oben Fn. 15.

²³ Dolf Sternberger, zitiert nach Frankfurter Allgemeine Zeitung vom 20. September 2010.

ten wird von revisionsrechtlichen Reflexen nicht begrenzt. Bei Zweifeln an der ernsthaften Erwägung des berechtigten Vorbringens der Verteidigung, wird deshalb häufig ein Verstoß gegen Anhörungsrechte des Angeklagten überaus nahe liegen.

VI. Fairness und Feuerwerksraketen

Die Strafprozessordnung regelt den Gang des Strafverfahrens durchgängig eng und belässt dem Vorsitzenden Richter bei der Verhandlungsleitung doch erhebliche Spielräume. Bei der mündlichen Darstellung der wesentlichen Urteilsgründe hat sich der Vorsitzende stets allein von sachlich begründeten Erwägungen leiten zu lassen. Weil die Betroffenen gehindert sind auf die mündliche Urteilsbegründung zu erwidern, ist eine Zurückhaltung bei der richterlichen Darstellung insgesamt geboten. Es entspricht deshalb dem Gebot der Fairness, den Streit der Sachargumente nicht ins persönliche und bis in die mündliche Urteilsbegründung hinein-, sondern vielmehr im Rahmen der Beweisaufnahme selbst auszutragen. Was nicht Gegenstand der schriftlichen Urteilsbegründung werden kann (oder werden soll) kann auch nicht „wesentlich“ bei der mündlich erörterten Urteilsbildung geworden sein und hat deshalb auch keinen Platz bei der mündlichen Eröffnung der Urteilsgründe. Die mündliche Urteilsbegründung ist auch nicht der Ort für die Schelte von Verfahrensbeteiligten, oder aber die vermeintlich gefahrlose Darlegung apokrypher Urteilsgründe. Ein persönliches Unwerturteil über den Angeklagten oder seine Verteidiger steht dem Gericht zu keiner Zeit zu. Dort wo sich der Vorsitzende Richter hierüber hinwegsetzt, sehen weder das Gesetz, noch die höchstrichterliche Rechtsprechung eine Konsequenz vor: *weil sie Unlauterkeit auf Richterseite strukturell nicht vorsehen*.

Den so oft zu Unrecht Gescholtenen rettet zumeist nur die Flucht in Ironie.²⁴ Der deutsche Künstler Werner Vollert schuf 1985 einen gebrauchsfertigen Automaten, der – nach Münzeinwurf – beständig Temperatur, Luftfeuchtigkeit und Radioaktivität erfasst.²⁵ Im Umkreis von etwa 25 Kilometer soll der Automat eine mögliche Atombombenexplosion erkennen, worauf der eigentliche Wirkmechanismus auslöst: der Start von fünf Feuerwerksraketen. Der Name der Installation?

„Ich muss immer das letzte Wort haben“.

²⁴ Die Verteidigung im Kachelmann-Verfahren hat die Art und Weise der Urteilsbegründung presseöffentlich als „Erbärmlichkeit im Gerichtssaal“ gegeißelt, vgl. <http://www.bz-berlin.de/kachelmann/kachelmann-anwalt-kritisiert-gericht-article1194612.html>, abgerufen am 01.10.2013, eine Rückzahlung mit gleicher Münze nivelliert indes stets auch das Gefälle des geistig-moralischen Abseits.

²⁵ http://de.wikipedia.org/wiki/Ich_muß_immer_das_letzte_Wort_haben, abgerufen am 01.10.2013.

Dokumentation

Verfahrensdokumentation

In dieser Ausgabe kein Eintrag.

Schrifttum

Schrifttum

In dieser Ausgabe kein Eintrag.

Rechtsprechung

Vollständige Rechtsprechungsübersicht

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

1. BVerfG 2 BvR 1579/11 (1. Kammer des Zweiten Senats) – Beschluss vom 5. November 2013 (BGH)

Rechtsstaatsprinzip; Recht auf ein faires Verfahren (Rechtsfolgen einer fehlenden Belehrung über die Rechte aus dem Wiener Übereinkommen über konsularische Beziehungen; Recht auf konsularischen Beistand; verfassungsrechtliche Pflicht zur Berücksichtigung der Rechtsprechung des Internationalen Gerichtshofs; umfassende Überprüfung des Schuld- und Strafausspruchs; „review and reconsideration“; Beweisverwertungsverbot; Abwägungslehre; relativer Revisionsgrund; Beruhensprüfung; Vollstreckungslösung).

Art. 2 Abs. 1 GG; Art. 20 Abs. 3 GG; Art. 36 Abs. 1 lit. b Satz 3 WÜK; § 136 StPO; § 137 StPO; § 337 StPO, § 344 Abs. 2 StPO; Art. 6 EMRK

2. BGH 1 StR 162/13 – Beschluss vom 5. September 2013 (LG Essen)

BGHR; Nötigung durch anwaltliches Mahnschreiben im „Masseninkasso“ (Drohung; empfindliches Übel; Verwerflichkeit bei Einschüchterung durch einen Anwalt; Feststellung der Kausalität bei Massenverfahren); Feststellung des Absehens von der Verfallsanordnung wegen Ansprüchen Dritter (nur bei Erlangung „aus der Tat“; Abgrenzung zur Erlangung „für die Tat“; Erlangung bei versuchter Tat; Urteilstenorierung).

§ 240 Abs. 1 bis 3 StGB; § 22 StGB; § 23 Abs. 1 StGB; § 111i Abs. 2 StPO; § 73 Abs. 1 StGB; § 260 Abs. 4 StPO; § 312 BGB

3. BGH 1 StR 498/13 – Beschluss vom 19. November 2013 (LG Stuttgart)

Steuerhinterziehung.

§ 370 Abs. 1 AO

4. BGH 1 StR 521/13 – Beschluss vom 3. Dezember 2013 (LG Stuttgart)

Unbegründete Anhörungsrüge.

§ 356a StPO

5. BGH 1 StR 525/13 – Beschluss vom 6. November 2013 (LG Mannheim)

Doppelverwertungsverbot (Strafzumessung beim Versuch: Unterlassen von Rettungsbemühungen)

§ 46 Abs. 3 StGB; § 23 Abs. 2 StGB

6. BGH 2 StR 182/13 – Beschluss vom 30. Oktober 2013 (LG Gießen)

Teilweise Einstellung.

§ 154 Abs. 1 Nr. 1, Abs. 2 StPO

7. BGH 2 StR 64/13 – Beschluss vom 10. Oktober 2013 (LG Aachen)

Schwere Brandstiftung (konkrete Gesundheitsgefahr für einen Menschen); Rücktritt vom Versuch (Vorliegen eines einzigen Versuches bei mehrfachem Ansetzen: einheitlicher Lebensvorgang; Feststellungen zum Vorstellungsbild des Täters im Urteil; Fehlschlag).

§ 306a Abs. 2 StGB; § 22 StGB; § 23 Abs. 1 StGB; § 24 StGB; § 267 Abs. 1 StPO

8. BGH 2 StR 265/13 – Beschluss vom 5. November 2013 (LG Koblenz)

Tatrichterliche Beweiswürdigung (Gesetzbindung des Richters: Amtsermittlungsgrundsatz; Überprüfung eines Geständnisses).

Art. 20 Abs. 3 GG; § 261 StPO; § 155 Abs. 2 StPO

9. BGH 2 StR 267/13 – Beschluss vom 24. September 2013 (LG Marburg)

BGHSt; Verständigung (Umgehung der gesetzlichen Vorschriften durch informelle Urteilsabsprache: Unwirksamkeit eines Rechtsmittelverzichts; Beweiskraft des Protokolls für das Vorliegen einer Absprache).

§ 302 Abs. 1 Satz 2 StPO; § 257c StPO; § 273 Abs. 1a StPO

10. BGH 2 StR 282/13 – Beschluss vom 30. Oktober 2013 (LG Köln)

Besonders schwerer Raub (Verhältnis zum schweren Raub).

§ 250 Abs. 1, Abs. 2 StGB

11. BGH 2 StR 297/13 – Urteil vom 9. Oktober 2013 (LG Kassel)

Zuhälterei (Begriff der Ausbeutung; Erforderlichkeit von Feststellungen zur Höhe der der Prostituierten entzogenen Einnahmen); Menschenhandel zum Zweck der sexuellen Ausbeutung (Verhältnis von Abs. 1 und Abs. 4; Begriff der List; Tateinheit durch Verklammerung durch andauernde Zuhälterei); tatrichterliche Beweiswürdigung (revisionsrechtliche Überprüfbarkeit); Umfang des Verfahrensgegenstandes (Veränderungen oder Ergänzungen der angeklagten Tat).

§ 181a Abs. 1 Nr. 1 StGB; § 232 Abs. 1, Abs. 4 StGB; § 52 StGB; § 267 Abs. 1 StPO; § 261 StPO; § 200 Abs. 1 StPO

12. BGH 2 StR 357/13 – Urteil vom 6. November 2013 (LG Frankfurt am Main)

Beweiswürdigung des Tatrichters (Bewertung entlastender Aussagen: Gesamtwürdigung der Ergebnisse der Beweisaufnahme); Anforderungen an ein freisprechendes Urteil.

§ 261 StPO; § 267 Abs. 5 StPO

13. BGH 2 StR 365/12 – Urteil vom 18. September 2013 (LG Bonn)

BGHSt; Inverkehrbringen von Arzneimitteln zu Dopingzwecken im Sport (Blankettstrafnorm: Bezugnahme auf jährlich aktualisierte Arzneimittellisten, Bestimmtheitsgebot; Dopingmittel für den Breitensport); Anforderungen an die Anklageschrift (Bezeichnung des Verfahrensgegenstands: Tathandlung bei mittelbarer Täterschaft kraft Organisationsherrschaft).

Art. 103 Abs. 2 GG, § 95 Abs. 1 Nr. 2a AMG, § 6a Abs. 1, Abs. 2 Satz 1 AMG a.F.; § 200 Abs. 1 StPO § 25 Abs. 2 StGB

14. BGH 2 StR 427/13 – Urteil vom 20. November 2013 (LG Bonn)

Besonders schwere Vergewaltigung (Verwendung eines gefährlichen Werkzeugs); gefährliche Körperverletzung (Körperverletzung mittels eines gefährlichen Werkzeugs).

§ 177 Abs. 4 Nr. 1 StGB; § 224 Abs. 1 Nr. 2 StGB

15. BGH 2 StR 460/13 – Urteil vom 20. November 2013 (LG Mühlhausen)

Tatrichterliche Beweiswürdigung (Anforderungen an ein freisprechendes Urteil).

§ 261 StPO; § 267 Abs. 5 StPO

16. BGH 2 StR 494/13 – Beschluss vom 19. November 2013 (LG Frankfurt am Main)

Beihilfe zum unerlaubten Handeltreiben mit Betäubungsmitteln (minderschwerer Fall: Verhältnis zu sonstigen gesetzlichen Strafmilderungsgründen).

§ 27 StGB; § 29a Abs. 2 BtMG; § 49 StGB

17. BGH 2 StR 535/12 – Urteil vom 18. September 2013 (LG Meiningen)

BGHSt; Inverkehrbringen von Arzneimitteln (Begriff des Arzneimittels: Präsentationsarzneimittel, Placebos; Inverkehrbringens durch Vorrätighalten: tatsächliche Lagerhaltung; Inverkehrbringen durch Abgabe an einen anderen: tatsächliche Zugriffsmacht des Empfängers).

§ 95 Abs. 1 Nr. 2a, Nr. 3a AMG; § 2 Abs. 1 AMG; § 4 Abs. 17 AMG

18. BGH 4 StR 242/13 – Urteil vom 21. November 2013 (LG Halle)

Anforderungen an ein freisprechendes Urteil (Feststellungen zu Leben und Persönlichkeit des Angeklagten); Hehlerei (Anforderungen an den subjektiven Tatbestand: bedingter Vorsatz; Wahlfeststellung bei Erpressung).

§ 267 Abs. 5 Satz 1 StPO; § 259 Abs. 1 StGB; § 253 StGB; Vor § 1 StGB

19. BGH 4 StR 338/13 – Beschluss vom 20. November 2013 (LG Dortmund)

Feststellung des Verzichts auf Verfallsanordnung wegen

Ansprüchen Dritter (Auffangrechtserwerb des Staates: Rückwirkungsverbot).

Art. 103 Abs. 2 GG; § 2 Abs. 5 i.V.m. Abs. 3 StGB; § 1111 Abs. 2, Abs. 5 StPO

20. BGH 4 StR 363/13 – Urteil vom 21. November 2013 (LG Essen)

Beweiswürdigung des Tatrichters (Aussage-gegen-Aussage-Konstellation)
§ 261 StPO

21. BGH 4 StR 368/13 – Beschluss vom 22. Oktober 2013 (LG Magdeburg)

Adhäsionsverfahren (Zeitpunkt der Stellung des Adhäsionsantrags; Begründung des Antrags).
§ 404 Abs. 1 StPO

22. BGH 4 StR 389/13 – Beschluss vom 22. Oktober 2013 (LG Halle)

Antrag auf Ausschluss der Öffentlichkeit zum Schutz der Privatsphäre (Zeitpunkt der Antragsstellung; Information der Verfahrensbeteiligten).
§ 171b GVG a.F.; § 174 Abs. 2, Abs. 3 GVG

23. BGH 4 StR 426/13 – Beschluss vom 20. November 2013 (LG Bochum)

Nachträgliche Bildung einer Gesamtstrafe (keine Gesamtstrafe bei bereits vollständige Vollstreckung der ersten Verurteilung; Härtausgleich)
§ 55 Abs. 1 StGB

24. BGH 4 StR 454/13 – Beschluss vom 5. November 2013 (LG Essen)

Gefährlicher Eingriff in den Straßenverkehr (konkrete Gesundheitsgefahr: Beinaheunfall; verkehrsfremder Inneneingriff: subjektive Voraussetzungen, Schädigungsvorsatz, Abgrenzung zur bewussten Fahrlässigkeit).
§ 315b Abs. 1 Nr. 3 StGB; § 15 StGB

25. BGH 4 StR 464/13 – Beschluss vom 19. November 2013 (LG Essen)

Nachträgliche Bildung einer Gesamtstrafe (Zäsurwirkung einer gesondert bestehen bleibenden Geldstrafe).
§ 55 Abs. 1 StGB; § 53 Abs. 2 Satz 2 StGB

26. BGH 1 StR 235/13 – Beschluss vom 7. November 2013 (LG Bayreuth)

Unbegründete Anhörungsrüge.
§ 356a StPO

27. BGH 1 StR 656/13 – Beschluss vom 11. Dezember 2013 (LG Augsburg)

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

28. BGH 2 StR 119/13 – Urteil vom 9. Oktober 2013 (LG Bonn)

Strafzumessung bei besonders schweren Fällen des Landfriedensbruchs (Subsidiaritätsklausel) und des Widerstands gegen Vollstreckungsbeamte (Doppelverwertungsverbot; Vorwurf mangelnder Milderungsgründe).
§ 125 StGB; § 125a Satz 2 Nr. 2 und Nr. 3 StGB; § 224 Abs. 1 Nr. 2 und 5 StGB; § 113 Abs. 1, Abs. 2 Satz 2 Nr. 1 und Nr. 2 StGB; § 46 Abs. 1, Abs. 3 StGB

29. BGH 2 StR 164/13 – Beschluss vom 12. September 2013 (LG Bonn)

Ausschluss des Rechtsmittels des Nebenklägers hinsichtlich einer versehentlich unterbliebenen Entscheidung über seinen Adhäsionsantrag.
§ 406a Abs. 1 Satz 2 StPO

30. BGH 2 StR 235/13 – Beschluss vom 5. November 2013 (LG Aachen)

Unbestimmter Ausspruch über den Adhäsionsantrag (gebotene Quotenbestimmung bei mehreren Unterhaltberechtigten).
§ 403 StPO; § 304 ZPO

31. BGH 2 StR 279/13 – Beschluss vom 27. November 2013 (LG Darmstadt)

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

32. BGH 2 StR 466/13 – Beschluss vom 19. November 2013 (LG Frankfurt am Main)

Strafzumessung (Einschränkung des Werts eines Geständnisses).
§ 46 StGB

33. BGH 4 StR 352/13 – Beschluss vom 19. November 2013 (LG Halle)

Vorsätzliche Straßenverkehrsgefährdung und fahrlässige Tötung (Beweiswürdigung: Ausschluss einer Suizidabsicht).
§ 315c StGB; § 222 StGB; § 261 StPO

34. BGH 4 StR 381/11 – Beschluss vom 21. November 2013 (BGH)

Pauschvergütung für das Revisionsverfahren.
§ 42 Abs. 1 RVG; § 60 Abs. 1 Satz 1 RVG

35. BGH 4 StR 413/13 – Beschluss vom 20. November 2013 (LG Magdeburg)

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

36. BGH 4 StR 425/13 – Beschluss vom 20. November 2013 (LG Siegen)

Beweiswürdigung (Anforderungen an die Darlegungen bei DNA-Vergleichsuntersuchungen).
§ 261 StPO

37. BGH 4 StR 440/13 – Beschluss vom 20. November 2013 (LG Magdeburg)

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

38. BGH 3 StR 124/13 – Beschluss vom 22. Oktober 2013 (LG Krefeld)

Vorlage an den EuGH im Betäubungsmittelstrafrecht (Lieferung von Ephedrin-Tabletten; Grundstoffe; Anwendbarkeit der EU-Richtlinien über Drogenausgangsstoffe auf Arzneimittel).
§ 19 GÜG; § 3 GÜG; § 1 Nr. 1 GÜG; Art. 2 lit. a VO (EG) Nr. 273/2004; Art. 2 lit. a VO (EG) Nr. 111/2005; Art. 267 AEUV

39. BGH 3 StR 135/13 – Beschluss vom 12. November 2013 (LG Oldenburg)

Verwerfung der Anhörungsrüge (keine Gehörverletzung bei Verwerfung der Revision durch nicht begründeten Beschluss; Recht auf ein faires Verfahren).

§ 356a StPO; § 349 Abs. 2 StPO; Art. 6 EMRK; Art. 13 EMRK

40. BGH 3 StR 128/13 – Urteil vom 24. Oktober 2013 (LG Hannover)

Verfall (erlangtes Etwas; Bruttoprinzip; rechtsfehlerhaft unterlassene Prüfung der Härtefallvorschrift); Gesamtstrafenbildung.

§ 73 StGB; § 73c StGB; § 55 StGB

41. BGH 3 StR 154/13 – Beschluss vom 15. Oktober 2013 (LG Osnabrück)

Rechtsfehlerhafte Ablehnung eines Beweisantrags wegen Bedeutungslosigkeit der Beweistatsache (Anforderungen an die prognostische Beurteilung der Bedeutsamkeit); Betrug (einheitliche Tat beim sog. uneigentlichen Organisationsdelikt; Ermittlung des Vermögensschadens).

§ 244 Abs. 3 Satz 2 StPO; § 263 StGB; § 261 StPO

42. BGH 3 StR 162/13 – Urteil vom 22. November 2013 (LG Hannover)

Betrug (Irrtum; sachgedankliches Mitbewusstsein; Anforderungen an die beweisrechtliche Feststellung; Erforderlichkeit der Ermittlung und Vernehmung der irrenden Person); Absehen vom Verfall wegen entgegenstehender Ansprüche von Verletzten; Entbindung des Schöffens (Besetzungsrüge; Prüfungsumfang des Revisionsgerichts; Verhinderung des Schöffens in Fällen der Verlegung der Hauptverhandlung).

§ 263 StGB; § 244 Abs. 2, Abs. 3 StPO; § 111i Abs. 2 StPO; § 54 VVG; § 338 StPO

43. BGH 3 StR 215/13 – Beschluss vom 15. Oktober 2013 (LG Hannover)

Rechtsfehlerhafte Anordnung der Unterbringung des Angeklagten in einem psychiatrischen Krankenhaus (Begründungsanforderungen hinsichtlich der Prognose; Wahrscheinlichkeit höheren Grades; umfassende Würdigung).

§ 63 StGB

44. BGH 3 StR 240/13 – Beschluss vom 17. Oktober 2013 (LG Hannover)

Rechtsfehlerhafte Bemessung des Vorwegvollzugs der Freiheitsstrafe.

§ 67 Abs. 2 StGB

45. BGH 3 StR 258/13 – Urteil vom 24. Oktober 2013 (LG Kleve)

Umfang der allgemeinen Kognitionspflicht (vollständige Prüfung des durch die Anklage begrenzten Lebenssachverhalts; Erstreckung der Prüfung auch auf in der Anklage nicht genannte Tatbestände).

§ 264 StPO

46. BGH 3 StR 263/13 – Urteil vom 17. Oktober 2013 (LG Oldenburg)

Beisichführen eines gefährlichen Werkzeugs beim Raub (Anwendbarkeit der Qualifikation auf Gegenstände aus der Tatbeute).

§ 249 StGB; § 250 Abs. 1 Nr. 1 lit. a) StGB

47. BGH 3 StR 295/13 – Beschluss vom 15. Oktober 2013 (LG Düsseldorf)

Gesamtstrafenbildung (Zäsurwirkung; fehlende Erörterung zur Vollstreckung von Geldstrafen aus Vorverurteilungen).

§ 55 StGB

48. BGH 3 StR 306/13 – Beschluss vom 17. Oktober 2013 (LG Düsseldorf)

Rechtsfehlerhaft unterbliebene Entscheidung über die Unterbringung in einer Entziehungsanstalt.

§ 64 StGB

49. BGH 3 StR 322/13 – Beschluss vom 12. November 2013 (LG Krefeld)

Öffentliches Zugänglichmachen kinderpornographischer Schriften im Internet (Bereitstellen von Daten für andere Nutzer ohne nachgewiesenen Lesezugriff; Abgrenzung zum vollendeten Verbreiten).

§ 184b Abs. 1 StGB

50. BGH 3 StR 324/13 – Beschluss vom 26. November 2013 (LG Rostock)

Herabsetzung des Verfallsbetrages.

§ 73 StGB

51. BGH 3 StR 349/13 – Beschluss vom 24. Oktober 2013 (LG Kleve)

Rechtsfehlerhaft angeordnete dauerhafte Unterbringung in einem psychiatrischen Krankenhaus (Anforderungen an die tatrichterliche Prüfung von Schuldunfähigkeit, Zusammenhang mit der psychischen Erkrankung und Gefahrenprognose); Aufhebung des Freispruchs bei nur vom Angeklagten eingelegter Revision.

§ 63 StGB; § 358 Abs. 2 Satz 2 StPO

52. BGH 3 StR 370/13 – Beschluss vom 26. November 2013 (LG Kleve)

Zählfehler im Urteilstenor

§ 267 StPO

53. BGH 3 StR 387/13 – Beschluss vom 26. November 2013 (LG Stralsund)

Erörterungsmangel hinsichtlich der Schuldfähigkeit des Angeklagten (Schuldunfähigkeit statt verminderter Schuldfähigkeit bei nicht vorwerfbar fehlender Einsicht).

§ 20 StGB; § 21 StGB

54. BGH 5 StR 173/13 – Beschluss vom 5. November 2013 (LG Potsdam)

Verständigung (unterbliebene Belehrung über Voraussetzungen und Folgen einer Abweichung des Gerichtes von dem in Aussicht gestellten Ergebnis); Einsatz apparativer Technik und die Entnahme von Stichproben bei Durchsuchung auf Deponiegelände.

§ 257c Abs. 5 StPO; § 40 Abs. 2 KrW-/AbfG

55. BGH 5 StR 297/13 – Urteil vom 22. Oktober 2013 (LG Frankfurt/Oder)

Anforderungen an die Umgrenzungsfunktion der Anklageschrift bei einer Tatserie (hier: mehrere sexuelle Übergriffe gegen ein Kind).

§ 200 StPO

56. BGH 5 StR 302/13 – Urteil vom 6. November 2013 (LG Frankfurt/Oder)

Handeltreiben mit Betäubungsmittel in nicht geringer Menge (Wirkstoffgehalt; Maßgeblichkeit der letztlich beabsichtigten Erntemenge); bandenmäßiges Handeltreiben.

§ 29a Abs. 1 Nr. 2 BtMG; § 30 Abs. 1 Nr. 1 BtMG; § 30a Abs. 1 BtMG

57. BGH 5 StR 302/13 – Beschluss vom 6. November 2013 (LG Frankfurt/Oder)

Verwerfung der Revision als unbegründet.

§ 349 Abs. 2 StPO

58. BGH 5 StR 313/13 – Beschluss vom 23. Oktober 2013 (LG Leipzig)

Unzulässige Verfahrensrüge (fehlende Mitteilung der Begründung eines als zu Unrecht abgelehnt behaupteten Beweisantrags).

§ 344 Abs. 2 Satz 2 StPO

59. BGH 5 StR 333/13 – Beschluss vom 24. Oktober 2013 (LG Potsdam)

Beruhend des Urteils auf einer zu langen Unterbrechung der Hauptverhandlung; rechtzeitige Urteilsabsetzung (für die Korrektur vorgesehene Urteilsfassung trotz Unterschrift durch alle Richter kein endgültiges Urteil).

§ 229 StPO; § 275 StPO; § 338 Nr. 7 StPO

60. BGH 5 StR 347/13 – Beschluss vom 24. Oktober 2013 (LG Berlin)

Verwerfung der Revision als unbegründet.

§ 349 Abs. 2 StPO

61. BGH 5 StR 347/13 – Beschluss vom 28. November 2013 (LG Berlin)

Verwerfung der Anhörrungsrüge als unbegründet.

§ 356a StPO

62. BGH 5 StR 358/13 – Beschluss vom 23. Oktober 2013 (LG Dresden)

Unzureichende Prüfung der Voraussetzungen einer (verminderten) Schuldfähigkeit beim schweren sexuellen Missbrauch von Kindern (Anforderungen an die tatrichterliche Auseinandersetzung mit einem Sachverständigengutachten).

§ 20 StGB; § 21 StGB; § 176a StGB; § 246a StPO

63. BGH 5 StR 368/13 – Beschluss vom 22. Oktober 2013 (LG Hamburg)

Strikte Verhältnismäßigkeitsprüfung bei der Anordnung der Sicherungsverwahrung.

§ 66 StGB

64. BGH 5 StR 371/13 – Beschluss vom 24. Oktober 2013 (LG Potsdam)

Strafrahmenwahl bei der Nötigung (unbenannter besonders schwerer Fall; Anwendung des Regelstrafrahmens durch Verbrauch des vertypten Milderungsgrundes des Versuchs).

§ 240 Abs. 1 StGB; § 240 Abs. 4 StGB; § 23 Abs. 1 StGB; § 49 Abs. 1 StGB

65. BGH 5 StR 377/13 – Urteil vom 7. November 2013 (LG Berlin)

Rechtsfehlerhafte Strafrahmenermilderung wegen „Spielsucht“ beim Verdeckungsmord (pathologisches Spielen als krankhafte seelische Störung; Auswirkung der Spielsucht auf die Tat; Zusammentreffen von Verdeckungsabsicht und Spielsucht als Tatmotiv; Hemmschwelle bei schweren Taten).

§ 211 StGB; § 21 StGB; § 15 StGB; § 20 StGB

66. BGH 5 StR 386/13 – Beschluss vom 6. November 2013 (LG Dresden)

Verhältnis von sexuellem Missbrauch eines Schutzbefohlenen und sexuellem Missbrauch von Jugendlichen.

§ 174 StGB; § 182 StGB

67. BGH 5 StR 392/13 – Beschluss vom 22. Oktober 2013 (LG Neuruppin)

Rechtsfehlerhaft unterbliebene Prüfung der Unterbringung im psychiatrischen Krankenhaus.

§ 63 StGB

68. BGH 5 StR 411/13 – Beschluss vom 23. Oktober 2013 (LG Hamburg)

Mitteilungspflicht bei erfolglosen Verständigungsversuchen (Anforderungen an den wesentlichen Inhalt erfolgreicher Erörterungen als Gegenstand der Mitteilung).

§ 243 Abs. 4 Satz 1 StPO; § 273 Abs. 1a S. 1 StPO

69. BGH 5 StR 421/13 – Beschluss vom 7. November 2013 (LG Saarbrücken)

Zurückweisung der Anhörrungsrüge.

§ 356a StPO

70. BGH 5 StR 425/13 – Beschluss vom 21. Oktober 2013 (LG Saarbrücken)

Fehlender Vorsatz des Gehilfen hinsichtlich des Beisichführens eines Messers durch den Haupttäter beim Raub.

§ 249 StGB; § 250 StGB; § 27 StGB

71. BGH 5 StR 430/13 – Beschluss vom 22. Oktober 2013 (LG Chemnitz)

Verwerfung der Revision als unbegründet.

§ 349 Abs. 2 StPO

72. BGH 5 StR 432/13 – Beschluss vom 6. November 2013 (LG Chemnitz)

Rechtsfehlerhafte Ablehnung der Unterbringung in einer Entziehungsanstalt (zu hohe Anforderungen an den symptomatischen Zusammenhang zwischen abgeurteilter Tat und Hang).

§ 64 StGB

73. BGH 5 StR 433/13 – Beschluss vom 25. November 2013 (LG Hamburg)

Unzureichende Beweiswürdigung (Erörterungsmangel).

§ 261 StPO

74. BGH 5 StR 435/13 (alt: 5 StR 613/12) – Beschluss vom 8. Oktober 2013 (LG Saarbrücken)

Verwerfung der Revision als unbegründet.

§ 349 Abs. 2 StPO

75. BGH 5 StR 437/13 – Beschluss vom 7. November 2013 (LG Hamburg)

Strafzumessung beim Mord (Rechtsfolgenlösung; Aufklärungshilfe kein tatbezogener Umstand von außergewöhnlicher unrechts- und schuldmindernder Wirkung).

§ 211 StGB; § 46 StGB; § 46b StGB

76. BGH 5 StR 459/13 – Beschluss vom 22. Oktober 2013 (LG Chemnitz)

Verwerfung der Revision als unbegründet.

§ 349 Abs. 2 StPO

77. BGH 5 StR 460/13 – Beschluss vom 24. Oktober 2013 (LG Dresden)

Verwerfung der Revision als unbegründet.

§ 349 Abs. 2 StPO

78. BGH 5 StR 464/13 – Beschluss vom 21. Oktober 2013 (LG Berlin)

Zurückweisung der nicht fristgerecht begründeten Revision als unzulässig.

§ 346 StPO

79. BGH 5 StR 467/13 – Beschluss vom 27. November 2013 (LG Chemnitz)

Verwerfung der Revision als unbegründet.

§ 349 Abs. 2 StPO

80. BGH 5 StR 480/13 – Beschluss vom 24. Oktober 2013 (LG Hamburg)

Verwerfung der Revision als unbegründet.

§ 349 Abs. 2 StPO

81. BGH 5 StR 484/13 – Beschluss vom 22. Oktober 2013 (LG Chemnitz)

Verwerfung der Revision als unbegründet.

§ 349 Abs. 2 StPO

82. BGH 5 StR 487/13 – Beschluss vom 7. November 2013 (LG Hamburg)

Anrechnung des Aufenthalts in einer „Jugendgerichtlichen Unterbringung“ (JGU) auf die Jugendstrafe (Weisung; vollstreckbarer Unterbringungsbefehl).

§ 18 JGG; § 52a JGG; § 116 Abs. 1 StPO; § 72 Abs. 4 Satz 1 JGG; § 71 Abs. 2 JGG

Die Jugendgerichtliche Unterbringung (JGU) kann eine andere Freiheitsentziehung im Sinne des § 52a Satz 1

JGG sein, auch wenn ihr kein vollstreckbarer Unterbringungsbefehl zugrunde lag und sie „freiwillig“ aufgrund einer Weisung gemäß § 116 Abs. 1 StPO erfolgt ist. Bei wertender Betrachtung steht sie in ihren Wirkungen, auf die es maßgeblich ankommt, einer einstweiligen Unterbringung nach § 72 Abs. 4 Satz 1, § 71 Abs. 2 JGG gleich.

83. BGH 5 StR 489/13 – Beschluss vom 28. November 2013 (LG Zwickau)

Verwerfung der Revision als unbegründet.

§ 349 Abs. 2 StPO

84. BGH 5 StR 492/13 – Beschluss vom 24. Oktober 2013 (LG Leipzig)

Rechtsfehlerhafte Strafzumessung (fehlende Einzelstrafenfestsetzung; Gesamtstrafenbildung); hinreichend konkrete Aussicht auf einen Behandlungserfolg als Voraussetzung der Unterbringungsanordnung.

§ 46 StGB; § 55 StGB; § 64 StGB

85. BGH 5 StR 513/13 – Beschluss vom 5. November 2013 (LG Berlin)

Verwerfung der Revision als unbegründet.

§ 349 Abs. 2 StPO

86. BGH 5 StR 514/13 – Beschluss vom 28. November 2013 (LG Leipzig)

Strafzumessung beim Mord.

§ 211 StGB; § 46 StGB

87. BGH 5 StR 529/13 – Beschluss vom 27. November 2013 (LG Leipzig)

Verwerfung der Revision als unbegründet.

§ 349 Abs. 2 StPO

88. BGH 5 StR 531/13 – Beschluss vom 25. November 2013 (LG Berlin)

Verwerfung der Revision als unbegründet.

§ 349 Abs. 2 StPO

89. BGH 5 StR 576/13 – Beschluss vom 28. November 2013 (LG Berlin)

Bewaffnetes Handeltreiben mit Betäubungsmitteln (keine Qualifikation bei Mitführung der Waffe ausschließlich anlässlich von nicht umsatzbezogenen Tätigkeiten).

§ 30a Abs. 2 Nr. 2 BtMG