

SCHRIFTFLEITUNG

Prof. Dr. Karsten Gaede

Lehrstuhl für dt., europ. und int.
Strafrecht und Strafprozessrecht
einschließlich Medizin-, Wirtschafts-
und Steuerstrafrecht

Bucerius Law School

Jungiusstraße 6

20355 Hamburg

karsten.gaede@strate.net

REDAKTION

RA Wiss. Ass. Dr. Christian Becker;

RiLG Dr. Ulf Buermeyer, LL.M.; Prof.

Dr. Karsten Gaede; RiLG Dr. Holger

Mann; RA Dr. Stephan Schlegel.

STÄNDIGE MITARBEITER

Christoph Henckel (Redaktionsassis-

tent); Prof. Dr. Jochen Bung, M.A.,

Univ. Hamburg; Prof. Dr. Christoph

Burchard, LL.M. (NYU), Univ. Frank-

furt; Ass.-Prof. Dr. Daniela Demko,

LLM, (Univ. Luzern); Priv. Doz. Dr. Lutz

Eidam, LL.M., Univ. Frankfurt; Dr.

Antje du Bois-Pedain, MJur (Oxon),

(Univ. Cambridge); 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. (Tsam-

bikakis & Partner, Köln); Prof. Dr.

Frank Saliger (LMU München); RA Dr.

Hellen Schilling, (Frankfurt a.M.);

Prof. Dr. Christoph Sowada (Univ.

Greifswald); RA Klaus-Ulrich Ventzke

(Hamburg) und Prof. Dr. Wolfgang

Wohlers (Univ. Basel)

Publikationen

Prof. Dr. Jasper Finke, Bucerius Law School, Hamburg – **Neuer status quo und offene Fragen** – Anm. zum Urteil BVerfG HRRS 2016 Nr. 100 S. 327

Prof. Dr. Frank Meyer, Universität Zürich – **Das BVerfG und der Europäische Haftbefehl – ein Gericht auf Identitätssuche** S. 332

RA Dr. Sven Gerry Gähler, Berlin – **Strafprozessuale Ermittlungsmaßnahmen bei Datenübertragung im Cloud-Computing** S. 340

RA FA StrR Jochen Thielmann, Wuppertal – **Alan Dershowitz und die ungeschriebenen Regeln des Strafprozesses** S. 349

Entscheidungen

EuGH **Reichweite des ne bis in idem bei Verfahrensabschluss ohne eingehende Prüfung (Piotr Kossowski)**

BVerfG **Auslieferung eines dt. Staatsangehörigen nach Polen**

BVerfG **Meinungsfreiheit und Verwendung von „ACAB“**

BGHSt **Jugendstrafe und freiwilliger Rücktritt vom Versuch**

BGHR **Untreue durch Zubilligung von Erfahrungsstufen**

BGHR **Zuständigkeit des Ermittlungsrichters des BGH für Anträge auf Festsetzung einer Pauschgebühr**

BGH **Notwehr in Wohngemeinschaften**

BGH **Beweisverwertungsverbot nach rechtswidriger Durchsuchung**

BGH **Ausfuhr von Dual-Use-Gütern**

Die Ausgabe umfasst 103 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. Karsten Gaede
Lehrstuhl für dt., europ. und int. Strafrecht und Strafprozessrecht einschließlich Medizin-, Wirtschafts- und Steuerstrafrecht
Bucerius Law School
Jungiusstraße 6
20355 Hamburg
karsten.gaede@strate.net

REDAKTION

RA Wiss. Ass. Dr. Christian Becker; RiLG Dr. Ulf Buermeyer, LL.M.; 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. Hamburg); Prof. Dr. Christoph Burchard, LL.M. (NYU), Univ. Frankfurt; Ass.-Prof. Dr. Daniela Demko, LL.M. (Univ. Luzern); Dr. Antje du Bois-Pedain, MJur (Oxon.), (Univ. Cambridge); Priv. Doz. Dr. Lutz Eidam, LL.M., Univ. Frankfurt am Main; 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. (Tsambikakis & Partner, Köln); Prof. Dr. Frank Saliger (LMU München); RA Dr. Hellen Schilling (Frankfurt a.M.); Prof. Dr. Christoph Sowada (Univ. Greifswald); RA Klaus-Ulrich Ventzke (Hamburg) und Prof. Dr. Wolfgang Wohlers (Univ. Basel).

ISSN 1865-6277

17. Jahrgang, Juli 2016, Ausgabe

7

Rechtsprechung

Strafrechtliche/strafverfahrensrechtliche Entscheidungen des BVerfG/EuGH/EGMR

628. EuGH C-486/14 (Große Kammer) – Urteil vom 29. Juni 2016 (Piotr Kosowski)

Vorlage zur Vorabentscheidung (Zulässigkeit); Reichweite des Grundsatzes *ne bis in idem* (Zulässigkeit der Strafverfolgung eines Angeschuldigten in einem Mitgliedstaat, nachdem das in einem anderen Mitgliedstaat gegen ihn eingeleitete Strafverfahren von der Staatsanwaltschaft ohne eingehende Ermittlungen abgeschlossen wurde; Erfordernis der Sachprüfung; Raum der Freiheit und Sicherheit: Funktionstüchtigkeit der Rechtspflege; gegenseitige Anerkennung).

Art. 54 SDÜ; Art. 55 SDÜ; Art. 50 EU-GRCh; Art. 52 EU-GRCh; Art. 3 Abs. 2 EUV; § 170 Abs. 2 StPO; § 153 StPO; Art. 267 AEUV; Art. 35 EU a.F.

1. Das Verbot der Doppelbestrafung gemäß Art. 54 des am 19. Juni 1990 in Schengen (Luxemburg) unterzeichneten Übereinkommens zur Durchführung des Übereinkommens von Schengen vom 14. Juni 1985 zwischen den Regierungen der Staaten der Benelux-Wirtschaftsunion, der Bundesrepublik Deutschland und der Französischen Republik betreffend den schrittweisen Abbau der Kontrollen an den gemeinsamen Grenzen in Verbindung mit Art. 50 der Charta der Grundrechte der Europäischen Union ist dahin auszulegen, dass ein Beschluss der Staatsanwaltschaft, mit dem das Strafverfahren beendet und das Ermittlungsverfahren gegen eine Person vorbehaltlich der Wiedereröffnung des Strafverfahrens oder der Aufhebung des Beschlusses ohne die Auferlegung von

Sanktionen endgültig eingestellt wird, nicht als rechtskräftige Entscheidung im Sinne dieser Vorschriften eingestuft werden kann, wenn aus der Begründung dieses Beschlusses hervorgeht, dass dieses Verfahren eingestellt wurde, ohne dass eingehende Ermittlungen durchgeführt worden wären, wobei die unterlassene Vernehmung des Geschädigten und eines möglichen Zeugen ein Indiz für das Fehlen solcher Ermittlungen darstellt. (EuGH)

2. Der Betroffene ist wegen der ihm vorgeworfenen Tat als „rechtskräftig abgeurteilt“ im Sinne des Art. 54 SDÜ anzusehen, wenn als Erstes die Strafklage endgültig verbraucht ist. Die Beurteilung dieser ersten Voraussetzung ist auf der Grundlage des Rechts des Mitgliedstaats vorzunehmen, der die in Rede stehende strafrechtliche Entscheidung erlassen hat. Eine Entscheidung, die nach dem Recht des Vertragsstaats, der die Strafverfolgung gegen einen Betroffenen einleitet, die Strafklage auf nationaler Ebene nicht endgültig verbraucht, kann nämlich grundsätzlich nicht als ein Verfahrenshindernis hinsichtlich der etwaigen Einleitung oder Fortführung der Strafverfolgung wegen derselben Tat gegen diesen Betroffenen in einem anderen Vertragsstaat angesehen werden. Für die Rechtskraft kann auch ein Beschluss der Staatsanwaltschaft ausreichen, der nicht mit einer Sanktionsvollstreckung verbunden sein muss. (Bearbeiter)

3. Um zu bestimmen, ob ein Beschluss wie der im Ausgangsverfahren in Rede stehende eine Entscheidung darstellt, mit der eine Person im Sinne des Art. 54 SDÜ rechtskräftig abgeurteilt wurde, muss man sich als Zweites vergewissern, dass diese Entscheidung nach einer Prüfung in der Sache erfolgt ist. (Bearbeiter)

4. Der in Art. 54 SDÜ aufgestellte Grundsatz ne bis in idem soll zum einen im Raum der Freiheit, der Sicherheit und des Rechts verhindern, dass eine rechtskräftig abgeurteilte Person, die von ihrem Recht auf Freizügigkeit Gebrauch macht, wegen derselben Tat im Hoheitsgebiet mehrerer Vertragsstaaten verfolgt wird, um die Rechtssicherheit zu gewährleisten, indem bei fehlender Harmonisierung oder Angleichung der strafrechtlichen Vorschriften der Mitgliedstaaten unanfechtbar gewordene Entscheidungen staatlicher Stellen beachtet werden. Zum anderen wird mit Art. 54 SDÜ zwar das Ziel verfolgt, einem Betroffenen zu garantieren, dass er sich, wenn er in einem Vertragsstaat verurteilt worden ist und die Strafe verbüßt hat oder gegebenenfalls endgültig freigesprochen worden ist, im Schengen-Gebiet bewegen kann, ohne befürchten zu müssen, dass er in einem anderen Vertragsstaat wegen derselben Tat verfolgt wird, nicht aber das Ziel, einen Verdächtigen dagegen zu schützen, dass er möglicherweise wegen derselben Tat in mehreren Vertragsstaaten aufeinanderfolgenden Ermittlungen ausgesetzt ist. (Bearbeiter)

5. In diesem Zusammenhang ist Art. 54 SDÜ nämlich im Licht von Art. 3 Abs. 2 EUV auszulegen, wonach die Union ihren Bürgerinnen und Bürgern einen Raum der Freiheit, der Sicherheit und des Rechts ohne Binnengrenzen bietet, in dem – in Verbindung mit geeigneten Maßnahmen u. a. in Bezug auf die Verhütung und Bekämpfung der Kriminalität – der freie Personenverkehr gewährleistet ist. Daher hat die Auslegung der Rechtskraft einer strafrechtlichen Entscheidung eines Mitgliedstaats im Sinne von Art. 54 SDÜ im Licht nicht nur der Notwendigkeit,

die Personenfreizügigkeit zu gewährleisten, sondern auch im Licht der Notwendigkeit zu erfolgen, die Verhütung und Bekämpfung der Kriminalität im Raum der Freiheit, der Sicherheit und des Rechts zu fördern. (Bearbeiter)

6. Art. 54 SDÜ darf nicht die Wirkung haben, dass die konkrete Möglichkeit, das dem Angeschuldigten angelastete rechtswidrige Verhalten in den betroffenen Mitgliedstaaten zu ahnden, erschwert oder gar ausgeschlossen würde. (Bearbeiter)

7. Art. 54 SDÜ impliziert zwingend, dass ein gegenseitiges Vertrauen der Vertragsstaaten in ihre jeweiligen Strafjustizsysteme besteht und dass jeder von ihnen die Anwendung des in den anderen Vertragsstaaten geltenden Strafrechts akzeptiert, auch wenn die Durchführung seines eigenen nationalen Rechts zu einem anderen Ergebnis führen würde. Das gegenseitige Vertrauen kann jedoch nur gedeihen, wenn der zweite Vertragsstaat in der Lage ist, sich auf der Grundlage der vom ersten Vertragsstaat übermittelten Unterlagen zu vergewissern, dass die betreffende Entscheidung der zuständigen Behörden des ersten Vertragsstaats tatsächlich eine rechtskräftige Entscheidung darstellt, die eine Prüfung in der Sache enthält. (Bearbeiter)

631. BVerfG 2 BvR 468/16 (3. Kammer des Zweiten Senats) – Beschluss vom 15. Juni 2016 (KG)

Auslieferung eines deutschen Staatsangehörigen an die Republik Polen aufgrund eines Europäischen Haftbefehls (Vertrauensschutz bei maßgeblichem Inlandsbezug; Grundsatz der Verhältnismäßigkeit; detaillierte Abwägung im Einzelfall bei Handlung im Inland und Erfolgseintritt im Ausland; Gewicht der im Inland ausgeführten Handlungen; grundrechtlich geschützte Interessen des Verfolgten; Ziele der Schaffung eines Europäischen Rechtsraums; Erfordernisse einer effektiven Strafverfolgung; Verfügbarkeit von Beweismitteln; Zumutbarkeit von Rechtshilfersuchen).

Art. 16 Abs. 2 GG; § 32 Abs. 1 BVerfGG; Art. 4 Nr. 7 Buchstabe a RbEuHb; § 80 Abs. 1 IRG

1. Mit dem grundsätzlichen Auslieferungsverbot des Art. 16 Abs. 2 GG sollen die Rechtssicherheit und das Vertrauen des von einer Auslieferung betroffenen Deutschen in die eigene Rechtsordnung gewahrt werden. Dieses Vertrauen ist vor allem dann in besonderer Weise geschützt, wenn die dem Auslieferungssuchen zugrunde liegende Handlung einen maßgeblichen Inlandsbezug aufweist.

2. Ein maßgeblicher Inlandsbezug, der regelmäßig ein Auslieferungshindernis entstehen lässt, ist jedenfalls dann anzunehmen, wenn Handlungs- und Erfolgsort im Wesentlichen auf deutschem Staatsgebiet liegen. Wer hingegen in einer anderen Rechtsordnung handelt, indem er die Tathandlung vollständig oder in wesentlichen Teilen auf dem Territorium eines anderen Mitgliedstaates der Europäischen Union begeht oder dort einen Taterfolg herbeiführt, muss damit rechnen, auch dort zur Verantwortung gezogen zu werden.

3. Einer konkreten Abwägung im Einzelfall bedarf es immer dann, wenn der Beschuldigte ganz oder teilweise in Deutschland gehandelt hat, der Erfolg aber im Ausland

eingetreten ist. In diesen Fällen sind insbesondere das Gewicht des Tatvorwurfs und die praktischen Erfordernisse einer effektiven Strafverfolgung mit den grundrechtlich geschützten Interessen des Verfolgten unter Berücksichtigung der mit der Schaffung eines Europäischen Rechtsraums verbundenen Ziele zu gewichten und zueinander ins Verhältnis zu setzen.

4. Bei der Umsetzung des Rahmenbeschlusses über den Europäischen Haftbefehl hat der Gesetzgeber, soweit er nicht bereits seine Spielräume für eine tatbestandliche Konkretisierung nutzt, dafür Sorge zu tragen, dass die das Gesetz ausführenden Stellen in einem Auslieferungsfall in die gebotene Abwägung der widerstreitenden Rechtspositionen eintreten.

5. Ein Gericht verkennt Bedeutung und Tragweite des Grundrechts aus Art. 16 Abs. 2 GG und verletzt den Verhältnismäßigkeitsgrundsatz, wenn es ohne die gebotene detaillierte und vollständige Abwägung im Einzelfall die Auslieferung eines deutschen Staatsangehörigen nach Polen zulässt, dem ein dort begangenes vorsätzliches Tötungsdelikt vorgeworfen wird, welches allerdings in Deutschland geplant, vorbereitet und möglicherweise auch bereits begonnen worden ist, indem das Tatopfer in Deutschland betäubt und erst dann mit dem Ziel der Tötung nach Polen verbracht worden ist (Hauptsacheentscheidung zur einstweiligen Anordnung vom 9. März 2016 [= HRRS 2016 Nr. 401]).

6. Gleichwohl kann auch in den Abwägungsfällen eine Auslieferung zulässig sein. Insoweit kann neben dem untergeordneten Charakter der im Inland ausgeführten Handlungen auch die Verfügbarkeit der maßgeblichen Beweismittel für ein Verfahren im Inland Berücksichtigung finden. Dabei dürfen allerdings die grundrechtlich geschützten Interessen des Beschuldigten nicht leichtfertig mit dem Hinweis darauf überspielt werden, dass den deutschen Stellen ein zusätzlicher Arbeits- und Zeitaufwand entstünde, weil die ausländischen Behörden um Rechtshilfe ersucht werden müssten.

629. BVerfG 1 BvR 257/14 (3. Kammer des Ersten Senats) – Beschluss vom 17. Mai 2016 (OLG München)

Schutz der Meinungsfreiheit und Strafbarkeit wegen Beleidigung durch Verwendung des Akronyms „ACAB“ bei einem Fußballspiel (Schutzbereich und Schranken der Meinungsfreiheit; Wechselwirkungslehre; Kollektivbeleidigung; Beleidigung unter einer Kollektivbezeichnung; persönliche Betroffenheit der Mitglieder des Kollektivs; hinreichende Individualisierung des negativen Werturteils).

Art. 5 Abs. 1 Satz 1 GG; Art. 5 Abs. 2 GG; § 185 StGB

1. Das Tragen einer Hose mit dem deutlich lesbaren Aufdruck „ACAB“ (als Abkürzung für die englische Parole „all cops are bastards“) im Gesäßbereich bringt eine allgemeine Ablehnung der Polizei und ein Abgrenzungsbedürfnis gegenüber der staatlichen Ordnungsmacht zum Ausdruck und fällt damit in den Schutzbereich der Meinungsäußerungsfreiheit.

2. Der in einer strafrechtlichen Verurteilung wegen Beleidigung liegende Grundrechtseingriff ist nicht gerechtfertigt, wenn die verfassungsrechtlichen Anforderungen an die Anwendung und Auslegung des § 185 StGB als Schranke der freien Meinungsäußerung nicht beachtet worden sind.

3. Die Auslegung und Anwendung der Strafgesetze ist grundsätzlich Aufgabe der Fachgerichte. Gesetze, die in die Meinungsfreiheit eingreifen, müssen dabei jedoch so interpretiert werden, dass der prinzipielle Gehalt dieses Rechts in jedem Fall gewahrt bleibt. Es findet eine Wechselwirkung in dem Sinne statt, dass die Schranken zwar dem Wortlaut nach dem Grundrecht Grenzen setzen, ihrerseits aber aus der Erkenntnis der grundlegenden Bedeutung dieses Grundrechts im freiheitlich demokratischen Staat ausgelegt und so in ihrer das Grundrecht begrenzenden Wirkung selbst wieder eingeschränkt werden müssen.

4. Eine herabsetzende Äußerung, die nicht erkennbar auf bestimmte Personen bezogen ist, sondern ohne Individualisierung ein Kollektiv erfasst, kann unter bestimmten Umständen als Angriff auf die persönliche Ehre der Mitglieder des Kollektivs gewertet werden. Dabei ist die persönliche Betroffenheit des einzelnen Mitglieds des Kollektivs allerdings umso schwächer, je größer das Kollektiv ist.

5. Für die Annahme, eine alle Angehörigen einer Gruppe – hier: alle Polizeibeamten – erfassende Äußerung beziehe sich tatsächlich nur auf eine abgegrenzte Personengruppe – hier: auf die Parole wahrnehmende Polizeikräfte am Rande eines Fußballspiels – bedarf es konkreter Anhaltspunkte, die auf eine hinreichende Individualisierung des negativen Werturteils schließen lassen. Hierfür reicht der bloße Aufenthalt des Beschuldigten in einem Fußballstadion in dem Bewusstsein, dass dort die Polizei präsent ist, ebensowenig aus wie das Verlassen des Stadions hinter einer von der Polizei überwachten Gruppe.

630. BVerfG 1 BvR 2150/14 (3. Kammer des Ersten Senats) – Beschluss vom 17. Mai 2016 (OLG Karlsruhe / LG Karlsruhe)

Schutz der Meinungsfreiheit und Strafbarkeit wegen Beleidigung durch Verwendung des Akronyms „ACAB“ bei einem Fußballspiel (Schutzbereich und Schranken der Meinungsfreiheit; Wechselwirkungslehre; Kollektivbeleidigung; Beleidigung unter einer Kollektivbezeichnung; persönliche Betroffenheit der Mitglieder des Kollektivs; hinreichende Individualisierung des negativen Werturteils; Erfordernis der personalisierten Zuordnung auch bei Schmähungen; enge Auslegung des Begriffs der Schmähung).

Art. 5 Abs. 1 Satz 1 GG; Art. 5 Abs. 2 GG; § 185 StGB

1. Das Hochhalten eines Transparents mit dem Akronym „ACAB“ (als Abkürzung für die englische Parole „all cops are bastards“) bei einem Fußballspiel bringt eine allgemeine Ablehnung der Polizei und ein Abgrenzungsbedürfnis gegenüber der staatlichen Ordnungsmacht zum Ausdruck und fällt damit in den Schutzbereich der Meinungsäußerungsfreiheit.

2. Der in einer strafrechtlichen Verurteilung wegen Beleidigung liegende Grundrechtseingriff ist nicht gerechtfertigt, wenn die verfassungsrechtlichen Anforderungen an die Anwendung und Auslegung des § 185 StGB als Schranke der freien Meinungsäußerung nicht beachtet worden sind.

3. Die Auslegung und Anwendung der Strafgesetze ist grundsätzlich Aufgabe der Fachgerichte. Gesetze, die in die Meinungsfreiheit eingreifen, müssen dabei jedoch so interpretiert werden, dass der prinzipielle Gehalt dieses Rechts in jedem Fall gewahrt bleibt. Es findet eine Wechselwirkung in dem Sinne statt, dass die Schranken zwar dem Wortlaut nach dem Grundrecht Grenzen setzen, ihrerseits aber aus der Erkenntnis der grundlegenden Bedeutung dieses Grundrechts im freiheitlich demokratischen Staat ausgelegt und so in ihrer das Grundrecht begrenzenden Wirkung selbst wieder eingeschränkt werden müssen.

4. Eine herabsetzende Äußerung, die nicht erkennbar auf bestimmte Personen bezogen ist, sondern ohne Individualisierung ein Kollektiv erfasst, kann unter bestimmten Umständen als Angriff auf die persönliche Ehre der Mitglieder des Kollektivs gewertet werden. Dabei ist die persönliche Betroffenheit des einzelnen Mitglieds des Kollektivs allerdings umso schwächer, je größer das Kollektiv ist.

5. Für die Annahme, eine alle Angehörigen einer Gruppe – hier: alle Polizeibeamten – erfassende Äußerung beziehe sich tatsächlich nur auf eine abgegrenzte Personengruppe – hier: auf die die Parole wahrnehmenden Polizeikräfte im Stadion – bedarf es konkreter Anhaltspunkte, die auf eine hinreichende Individualisierung des negativen Werturteils schließen lassen. Hierfür genügt es nicht, dass sich zur Sicherung des Fußballspiels Polizeikräfte im Stadion befanden, die nach der Vorstellung des Beschuldigten möglicherweise die hochgehaltene Buchstabenfolge wahrnehmen würden.

6. Die personalisierte Zuordnung einer Äußerung ist auch dann nicht entbehrlich, wenn sie als Schmähung zu werten ist, die keine Abwägung mit der Meinungsfreiheit mehr verlangt. Der Begriff der Schmähung erfasst außerdem nur Fälle, in denen es nicht mehr um die Auseinandersetzung in der Sache geht, sondern die Diffamierung der Person im Vordergrund steht. Eine Schmähung liegt daher fern, wenn unmittelbar vor der fraglichen Äußerung Kritik an den Polizeieinsätzen im Rahmen des Projekts „Stuttgart 21“ geäußert und damit eine in der Öffentlichkeit viel diskutierte Frage aufgenommen worden war.

Rechtsprechung

Hervorzuhebende Entscheidungen des BGH

I. Materielles Strafrecht – Allgemeiner Teil

671. BGH 2 StR 523/15 – Beschluss vom 12. April 2016 (LG Frankfurt a. M.)

Notwehr (Erforderlichkeit der Notwehrhandlung bei mehreren möglichen Abwehrmitteln: vorherige Androhung lebensgefährlicher Handlungen, Flucht kein gleich geeignetes Mittel; Gebotenheit der Notwehrhandlung: keine grundsätzlichen Einschränkungen wegen bestehendem sozialen Näheverhältnis, keine Güterproportionalität).

§ 32 StGB

1. Ein soziales Näheverhältnis, wie eine Wohngemeinschaft, führt nicht allgemein zu einer Beschränkung des Notwehrrechts im Rahmen der Gebotenheit. Selbst eine Garantenstellung aufgrund einer rasch auflösbaren Gemeinschaft verpflichtet jedenfalls sowohl den Angreifer als auch den Verteidiger zur Rücksichtnahme. Sie kann daher das dem Notwehrrecht zu Grunde liegende Prinzip der Rechtsbewahrung nicht durchbrechen. Die Fallgruppe der besonderen persönlichen Beziehungen, die zu einer sozialethischen Einschränkung des Notwehrrechts führen, ist daher auf Fälle einer engen familiären Verbundenheit oder eheähnlichen Lebensgemeinschaft zu beschränken.

2. Wird eine Person rechtswidrig angegriffen, ist sie grundsätzlich berechtigt, das Abwehrmittel zu wählen, welches eine endgültige Beseitigung der Gefahr gewährleistet. Der Angegriffene muss sich nicht mit der Anwendung weniger gefährlicher Verteidigungsmittel begnügen, wenn deren Abwehrwirkung zweifelhaft ist; auf Risiken braucht er sich nicht einzulassen. Nur wenn mehrere wirksame Mittel zur Verfügung stehen, hat der Verteidigende dasjenige Mittel zu wählen, das für den Angreifer am wenigsten gefährlich ist. Wann eine weniger gefährliche Abwehrhandlung geeignet ist, die Gefahr zweifelsfrei und sofort endgültig zu beseitigen, hängt von den Umständen des Einzelfalls ab (vgl. BGH NJW 1991, 503, 504). Unter mehreren Verteidigungsmöglichkeiten ist der Angegriffene zudem nur dann auf eine für den Angreifer weniger gefährliche Alternative zu verweisen, wenn ihm genügend Zeit zur Wahl des Mittels sowie zur Abschätzung der Lage zur Verfügung steht.

3. Nach dem Rechtsbewahrungsprinzip des Notwehrrechts entfällt dieses Recht im Allgemeinen nicht wegen der Möglichkeit einer Flucht vor dem Angreifer.

4. Das Notwehrrecht setzt keine Güterproportionalität voraus; eine Abwägung der Bedeutung des angegriffenen Rechtsguts mit dem verteidigten Rechtsgut ist danach im Allgemeinen nicht erforderlich. Nur wenn die Rechtsgutbeeinträchtigung durch die Verteidigungshandlung ge-

genüber einem unerheblichen Angriff eindeutig unverhältnismäßig ist, kann ein solches Missverhältnis angenommen werden, das zur Einschränkung des Notwehrrechts führt.

Rechtsprechung

II. Materielles Strafrecht – Besonderer Teil

681. BGH 4 StR 133/16 – Beschluss vom 2. Mai 2016 (LG Bochum)

Sexueller Missbrauch unter Ausnutzung eines Beratungs-, Behandlungs- oder Betreuungsverhältnisses (Begriff des Anvertrautseins: Entgegennahme fürsorglicher Tätigkeit ausreichend; keine Erstreckung auf Erziehungsberechtigte eines behandelten Minderjährigen).

§ 174c Abs. 1 StGB

1. Zwar setzt ein Anvertrautsein im Sinne des § 174c Abs. 1 StGB das Zustandekommen einer rechtsgeschäftlichen Beziehung zwischen Täter und Opfer nicht voraus. Es kommt auch nicht darauf an, ob das Verhältnis auf Initiative des Patienten, Täters oder eines Dritten begründet wurde. Ohne Belang ist zudem, ob tatsächlich eine behandlungsbedürftige Krankheit oder eine Behinderung vorliegt, sofern nur die betroffene Person subjektiv eine Behandlungs- oder Beratungsbedürftigkeit empfindet. Das Beratungs-, Behandlungs- oder Betreuungsverhältnis muss auch nicht von einer solchen – zumindest beabsichtigten – Intensität und Dauer sein, dass eine Abhängigkeit entstehen kann, die es dem Opfer zusätzlich, d.h. über die mit einem derartigen Verhältnis allgemein verbundene Unterordnung unter die Autorität des Täters und die damit einhergehende psychische Hemmung hinaus, erschwert, einen Abwehrwillen gegenüber dem Täter zu entwickeln und zu betätigen. Es ist ausreichend, wenn das Opfer eine fürsorgliche Tätigkeit des Täters entgegennimmt (vgl. BGH NSTz 2012, 440 f.).

2. Schon seinem Wortlaut nach erstreckt sich der Schutz des § 174c StGB nicht auf bloße Informationsgespräche mit einem Dritten über den Behandlungsverlauf eines Patienten. Denn die Vorschrift setzt voraus, dass das Opfer dem Täter wegen einer Krankheit oder Behinderung zur Beratung, Behandlung oder Betreuung anvertraut ist. Somit ist tatbestandlich nicht erfasst, wer sich aus einem anderen Grund als einer eigenen Krankheit oder Behinderung beraten oder betreuen lässt (vgl. BGH StV 2012, 663, 664 f.).

3. Der Schutzzweck des § 174c Abs. 1 StGB gebietet es auch nicht, den Anwendungsbereich der Vorschrift auf Fälle zu erstrecken, in denen ein Arzt oder Psychologe, der einen minderjährigen Patienten behandelt und die Erziehungsberechtigten über den Therapiefortgang informiert, mit einem Elternteil ein einverständliches sexuelles Verhältnis eingeht.

691. BGH 4 StR 317/15 – Beschluss vom 28. April 2016 (LG Essen)

Betrug (Vermögensschaden: Prinzip der Gesamtsaldierung, Schadenseintritt bei Eingehungs- und Erfüllungsbetrug).

§ 263 Abs. 1 StGB

1. Beim Betrug tritt ein Vermögensschaden ein, wenn die Vermögensverfügung des Getäuschten bei wirtschaftlicher Betrachtungsweise unmittelbar zu einer nicht durch Zuwachs ausgeglichenen Minderung des Gesamtwerts seines Vermögens führt (Prinzip der Gesamtsaldierung; st. Rspr.). Welche Vermögenspositionen im Einzelnen in diese Gesamtsaldierung einzustellen sind, bestimmt sich auch danach, auf welches unmittelbar vermögensmindernde Verhalten des im Irrtum befindlichen Täuschungsoffiziers (Vermögensverfügung) abgestellt wird (vgl. BGH NSTz 2016, 283, 284).

2. Beim Betrug durch Abschluss eines Vertrages ergibt ein Vergleich der Vermögenslage vor und nach dem Vertragsabschluss, ob ein Vermögensschaden eingetreten ist. Dabei sind die beiderseitigen Vertragsverpflichtungen zu vergleichen (Eingehungsbetrug; st. Rspr.). Wird im Rahmen eines bereits bestehenden Vertragsverhältnisses über den Umfang einer nach dem Vertrag zu erbringenden Leistung getäuscht und wird daraufhin von dem Getäuschten in vermeintlicher Erfüllung seiner vertraglichen Verpflichtungen eine Leistung erbracht, auf die der Täuschende nach dem Vertragsinhalt keinen Anspruch hatte, so erleidet der Getäuschte in dieser Höhe einen Vermögensschaden (Erfüllungsbetrug; vgl. BGHSt 32, 211, 213).

692. BGH 4 StR 317/15 – Beschluss vom 28. April 2016 (LG Essen)

Betrug (Vermögensschaden: Prinzip der Gesamtsaldierung, Schadenseintritt bei Eingehungs- und Erfüllungsbetrug, Vorsatz bezüglich einer Vermögensschädigung).

§ 263 Abs. 1 StGB; § 15 StGB; § 16 Abs. 1 StGB

1. Beim Betrug tritt ein Vermögensschaden ein, wenn die Vermögensverfügung des Getäuschten bei wirtschaftlicher Betrachtungsweise unmittelbar zu einer nicht durch Zuwachs ausgeglichenen Minderung des Gesamtwerts seines Vermögens führt (Prinzip der Gesamtsaldierung; st. Rspr.). Welche Vermögenspositionen im Einzelnen in diese Gesamtsaldierung einzustellen sind, bestimmt sich

auch danach, auf welches unmittelbar vermögensmindernde Verhalten des im Irrtum befindlichen Täuschungsofers (Vermögensverfügung) abgestellt wird (vgl. BGH NStZ 2016, 283, 284).

2. Beim Betrug durch Abschluss eines Vertrages ergibt ein Vergleich der Vermögenslage vor und nach dem Vertragsabschluss, ob ein Vermögensschaden eingetreten ist. Dabei sind die beiderseitigen Vertragsverpflichtungen zu vergleichen (Eingehungsbetrug; st. Rspr). Wird im Rah-

men eines bereits bestehenden Vertragsverhältnisses über den Umfang einer nach dem Vertrag zu erbringenden Leistung getäuscht und wird daraufhin von dem Getäuschten in vermeintlicher Erfüllung seiner vertraglichen Verpflichtungen eine Leistung erbracht, auf die der Täuschende nach dem Vertragsinhalt keinen Anspruch hatte, so erleidet der Getäuschte in dieser Höhe einen Vermögensschaden (Erfüllungsbetrug; vgl. BGHSt 32, 211, 213).

Rechtsprechung

III. Strafzumessung – und Maßregelrecht

724. BGH 5 StR 583/15 – Urteil vom 11. Mai 2016 (LG Dresden)

Bandendiebstahl (Beurteilung der Beteiligung an Bandentat unabhängig von Bandenmitgliedschaft; psychische Beihilfe durch präsente Bereitschaft zur Unterstützung; psychischer Rückhalt; Bereitschaft zur „Vertretung“; Aufrechterhaltung des Geschäftsbetriebs).

§ 242 StGB; § 243 StGB § 244 StGB

1. Allein die Bandenmitgliedschaft kann nicht zu einer Verurteilung wegen Beteiligung an allen von den Bandenmitgliedern begangenen Tathandlungen führen. Die Bandenmitgliedschaft und die Beteiligung an einer Bandentat sind vielmehr unabhängig voneinander zu beurteilen. Für jede einzelne Tat ist nach den allgemeinen Kriterien festzustellen, ob sich Bandenmitglieder hieran als Mittäter, Anstifter oder Gehilfen beteiligt oder ob sie gegebenenfalls überhaupt keinen strafbaren Tatbeitrag geleistet haben.

2. Wer innerhalb eines persönlichen Näheverhältnisses (hier: Eheleute) durch sein Verhalten eine präsente Bereitschaft zum Ausdruck bringt, den Partner bei Straftaten zu unterstützen, leistet u.U. psychische Beihilfe zu konkret begangenen Taten, wenn das Verhalten über ein bloßes Dulden der kriminellen Machenschaften hinausgeht. Darin kann eine konkludente Billigung der Straftaten liegen, die dem Täter psychischen Rückhalt bei seiner Tätigkeit bietet und ihn in Tatplan, -entschluss und -ausführungswillen unterstützend bestärkt. Insbesondere die Bereitschaft zur „Vertretung“ im Verhinderungsfall kann zur Aufrechterhaltung des auf Straftaten ausgerichteten „Geschäftsbetriebs“ Hilfe leisten.

657. BGH 2 StR 219/15 – Beschluss vom 6. April 2016

Sexueller Missbrauch von Kindern (Strafzumessung: Berücksichtigung eines längeren Zeitabstandes zwischen Tat und Verurteilung).

§ 176 Abs. 1 StGB; § 46 StGB

Der Senat ist, ebenso wie der 3. Strafsenat, der Auffassung, dass die Strafe eine angemessene staatliche Reaktion auf die Begehung einer Straftat sein soll. Ihre Bemessung erfordert eine am Einzelfall orientierte Abwägung der strafzumessungsrelevanten Umstände. Die Schuld des Täters ist die Grundlage für die Zumessung der Strafe (§ 46 Abs. 1 Satz 1 StGB). Die Wirkungen, die von der Strafe für das künftige Leben des Täters in der Gesellschaft zu erwarten sind, sind zu berücksichtigen (§ 46 Abs. 1 Satz 2 StGB). Der lange Ablauf von Zeit seit der Begehung der Tat mindert zwar nicht die Tatschuld, doch kann er Tat und Täter in einem günstigeren Licht erscheinen lassen, als es bei früherer Ahndung der Fall gewesen. Das Strafbedürfnis nimmt mit langem Zeitablauf seit der Begehung der Tat ab (vgl. BGHSt 52, 124, 142). Das gilt prinzipiell auch für Missbrauchsdelikte.

714. BGH 5 StR 102/16 (alt: 5 StR 341/15) – Beschluss vom 12. Mai 2016 (LG Leipzig)

Unzulässige doppelte Berücksichtigung der Vollendungsnähe und Gefährlichkeit des Versuchs bei der Ablehnung der Strafraumenverschiebung und der konkreten Strafzumessung.

§ 23 Abs. 2 StGB; § 49 Abs. 1 StGB; § 46 Abs. 3 StGB

Wird von der Strafraumenverschiebung nach § 23 Abs. 2 StGB aufgrund von Vollendungsnähe und Gefährlichkeit des Versuchs abgesehen, verstößt es gegen den Rechtsgedanken aus § 46 Abs. 3 StGB, wenn diese Elemente bei der konkreten Strafzumessung erneut zu Lasten des Täters gewertet werden.

685. BGH 4 StR 94/16 – Beschluss vom 12. Mai 2016 (LG Trier)

Strafmilderung bei nur versuchter Tat (Voraussetzungen).

§ 22 StGB; § 23 StGB; § 49 Abs. 1 StGB

Nach ständiger Rechtsprechung des Bundesgerichtshofs ist die Frage einer Verschiebung des Strafraumens wegen

Versuchs aufgrund einer Gesamtschau der Tatumstände im weitesten Sinne sowie der Persönlichkeit des Täters zu entscheiden (vgl. BGHSt 16, 351, 353). Dabei kommt den wesentlich versuchsbezogenen Umständen jedoch besonderes Gewicht zu, namentlich der Nähe der Tatvollendung, der Gefährlichkeit des Versuchs und der aufgewandten kriminellen Energie, weil sie die wichtigsten Kriterien für die Einstufung von Handlungs- und Erfolgsunwert einer nur versuchten Tat liefern (vgl. BGHSt 36, 1, 18).

637. BGH 1 StR 62/16 – Beschluss vom 20. April 2016 (LG Kempten)

Schuldunfähigkeit (erforderliche Auseinandersetzung mit einem Sachverständigengutachten im Urteil: Wahnvorstellungen des Täters; nur ausnahmsweises gleichzeitiges Fehlen der Einsichts- und Steuerungsfähigkeit).

§ 20 StGB; § 261 StPO; § 267 Abs. 1 StPO

1. Wenn sich der Tatrichter darauf beschränkt, sich der Beurteilung eines Sachverständigen zur Frage der Schuldunfähigkeit anzuschließen, muss er dessen wesentliche Anknüpfungspunkte und Darlegungen im Urteil so wiedergeben, wie dies zum Verständnis des Gutachtens und zur Beurteilung seiner Schlüssigkeit erforderlich ist (st. Rspr.).

2. Dies gilt auch in Fällen von Wahnvorstellungen. Denn die Diagnose einer Wahnsymptomatik führt nicht zwangsläufig zu der Feststellung einer generellen oder über längere Zeiträume andauernden gesicherten relevanten Beeinträchtigung oder Aufhebung der Schuldunfähigkeit. Erforderlich ist daher die Darlegung, in welcher Weise sich die festgestellte psychische Störung bei Begehung der jeweiligen Tat auf die Handlungsmöglichkeiten des Beschuldigten in der konkreten Tatsituation und damit auf die Einsichts- oder Steuerungsfähigkeit ausgewirkt hat (vgl. BGH NStZ-RR 2012, 306).

3. Der Schuldausschluss kann grundsätzlich nicht zugleich auf fehlende Einsicht und fehlende Steuerungsfähigkeit gestützt werden. Die Frage der Steuerungsfähigkeit ist erst dann zu prüfen, wenn der Täter das Unrecht der Tat eingesehen hat oder einsehen konnte. Störungen, bei denen sowohl die Einsichtsfähigkeit als auch die Steuerungsfähigkeit aufgehoben sind, stellen die Ausnahme dar.

666. BGH 2 StR 483/15 – Beschluss vom 12. April 2016 (LG Bonn)

Gesamtstrafenbildung (Berücksichtigung psychischer Schäden beim Opfer).

§ 54 Abs. 1 StGB

Sind die psychischen Schäden beim Opfer erst Folgen aller Taten, so können sie dem Angeklagten nur einmal – bei der Gesamtstrafenbildung – angelastet werden. Sind sie dagegen unmittelbare Folge allein einzelner Taten, so können sie mit ihrem vollen Gewicht nur in diesen Fällen, nicht aber in gleicher Weise auch bei der Bemessung sämtlicher anderer Einzelstrafen in Ansatz gebracht werden (vgl. BGH NStZ 2014, 701).

632. BGH 1 StR 103/16 – Beschluss vom 12. Mai 2016 (LG Ravensburg)

Anordnung der Unterbringung in der Sicherungsverwahrung (Ermessen des Tatrichters: Darstellung im Urteil).

§ 66 Abs. 3 Satz 1 StGB; § 267 Abs. 6 Satz 1 StPO

Auch wenn sämtliche Voraussetzungen der Verhängung der Sicherungsverwahrung nach § 66 Abs. 3 Satz 1 StGB erfüllt sind, steht nach der gesetzlichen Formulierung die Verhängung der Maßregel im pflichtgemäßen Ermessen des Tatrichters („kann“). Ordnet das Tatgericht eine in sein Ermessen gestellte Unterbringung in der Sicherungsverwahrung an, muss aus den Urteilsgründen deutlich werden, dass es sich seiner Entscheidungsbefugnis bewusst war und welche Gründe für seine Ermessensausübung leitend waren (vgl. BGH NStZ-RR 2016, 77 mwN).

700. BGH 3 StR 48/16 – Beschluss vom 19. April 2016 (LG Koblenz)

Rechtsfehlerhaftes Absehen von der Unterbringungsanordnung (Begriff des Hangs; fortbestehende Arbeits- und Leistungsfähigkeit; Therapieunwilligkeit; Erfolgsaussicht; Ausmaß des Betäubungsmittelkonsums); Erforderlichkeit des Teilfreispruchs zur Erschöpfung des Eröffnungsbeschlusses; Anrechnung der im Ausland erlittenen Untersuchungshaft.

§ 64 StGB; § 51 Abs. 4 S. 2 StGB; § 203 StPO; § 207 StPO

1. Die Beeinträchtigung der Gesundheit oder der Arbeits- und Leistungsfähigkeit durch den Rauschmittelkonsum indiziert zwar einen Hang im Sinne des § 64 Satz 1 StGB, ihr Fehlen schließt diesen indes nicht aus.

2. Auch die aktuelle Therapieunwilligkeit steht der Unterbringung in einer Entziehungsanstalt nicht notwendig entgegen. Sie kann zwar im Einzelfall gegen die Erfolgsaussicht einer Maßregel nach § 64 StGB sprechen. Es bleibt jedoch geboten, im Rahmen einer Gesamtwürdigung der Täterpersönlichkeit und aller sonstigen maßgeblichen Umstände die Gründe des Motivationsmangels festzustellen und zu prüfen, ob eine Therapiewilligkeit für eine erfolversprechende Behandlung geweckt werden kann, da auch darin das Ziel einer Behandlung im Maßregelvollzug bestehen kann.

682. BGH 4 StR 25/16 – Beschluss vom 10. Mai 2016 (LG Halle)

Strafaussetzung zur Bewährung (tatrichterlicher Beurteilungsspielraum: revisionsrechtliche Überprüfbarkeit, Darstellung im Urteil).

§ 56 StGB; § 267 Abs. 3 Satz 4 StPO

1. Grundsätzlich gilt, dass – wie überhaupt bei der Rechtsfolgenbemessung – dem Tatrichter für die Entscheidung über die Strafaussetzung ein weiter Beurteilungsspielraum zuerkannt ist, in dessen Rahmen das Revisionsgericht jede rechtsfehlerfrei begründete Entscheidung hinzunehmen hat (vgl. BGH NStZ 2001, 366). Hat das Gericht die für und gegen eine Aussetzung sprechenden Umstände gesehen und gewürdigt und ist –

namentlich aufgrund seines in der Hauptverhandlung gewonnenen persönlichen Eindrucks – zu dem Ergebnis gekommen, dass die Wahrscheinlichkeit künftigen straffreien Verhaltens nicht größer ist als diejenige neuer Straftaten (vgl. BGH NStZ 1997, 594), so ist dessen Entscheidung grundsätzlich auch dann hinzunehmen, wenn auch eine andere Bewertung denkbar gewesen wäre.

2. Erforderlich ist aber, dass das Gericht die für und gegen eine Aussetzung sprechenden Umstände vollständig erfasst und würdigt und dabei auch und gerade die Wirkung einer zur Bewährung ausgesetzten Freiheitsstrafe auf den Angeklagten in den Blick zu nehmen hat.

664. BGH 2 StR 471/15 – Beschluss vom 12. April 2016 (LG Frankfurt a. M.)

Sperre für die Erteilung einer Fahrerlaubnis (Festsetzung einer neuen einheitlichen Sperre bei nachträglicher Gesamtstrafenbildung).

§ 69a StGB; § 55 Abs. 2 StGB

Bei einer nachträglichen Gesamtstrafenbildung nach § 55 Abs. 2 StGB hat der Tatrichter, wenn in der früheren Entscheidung eine Sperre für die Erteilung einer Fahrerlaubnis gemäß § 69a StGB bestimmt war und der Angeklagte erneut wegen einer Straftat verurteilt wird, die seine fehlende Eignung zum Führen von Kraftfahrzeugen erneut belegt, eine neue einheitliche Sperre festzusetzen (vgl. BGH NJW 2000, 3654), die die alte Sperre gegenstandslos werden lässt.

711. BGH 3 StR 566/15 – Beschluss vom 19. April 2016 (LG Koblenz)

Rechtsfehlerhaftes Absehen von der Unterbringungsanordnung (Begriff des Hangs; eingewurzelte, auf psychischer Disposition beruhende oder durch Übung erworbene intensive Neigung zum übermäßigen Betäubungsmittelkonsum; fortbestehende Arbeits- und Leistungsfähigkeit; Therapieunwilligkeit; Erfolgsaussicht; Ausmaß des Betäubungsmittelkonsums); Erforderlichkeit des Teilfreispruchs zur Erschöpfung des Eröffnungsbeschlusses; Anrechnung der im Ausland erlittenen Untersuchungshaft.

§ 64 StGB; § 51 Abs. 4 S. 2 StGB; § 203 StPO; § 207 StPO

1. Ein Hang i.S.d. § 64 Satz 1 StGB liegt nicht nur im Falle einer chronischen, auf körperlicher Sucht beruhenden Abhängigkeit vor; vielmehr genügt bereits eine eingewurzelte, auf psychischer Disposition beruhende oder durch Übung erworbene intensive Neigung, immer wieder Rauschmittel im Übermaß zu sich zu nehmen, wobei noch keine physische Abhängigkeit bestehen muss.

2. Die Beeinträchtigung der Gesundheit oder der Arbeits- und Leistungsfähigkeit durch den Rauschmittelkonsum indiziert zwar einen Hang im Sinne des § 64 Satz 1 StGB, ihr Fehlen schließt diesen indes nicht aus.

3. Auch die aktuelle Therapieunwilligkeit steht der Unterbringung in einer Entziehungsanstalt nicht notwendig entgegen. Sie kann zwar im Einzelfall gegen die Erfolgsaussicht einer Maßregel nach § 64 StGB sprechen. Es bleibt jedoch geboten, im Rahmen einer Gesamtwürdigung der Täterpersönlichkeit und aller sonstigen maßgeblichen Umstände die Gründe des Motivationsmangels festzustellen und zu prüfen, ob eine Therapiewilligkeit für eine erfolgversprechende Behandlung geweckt werden kann, da auch darin das Ziel einer Behandlung im Maßregelvollzug bestehen kann.

665. BGH 2 StR 478/15 – Urteil vom 6. April 2016 (LG Köln)

Anordnung der Sicherungsverwahrung (einheitliche Jugendstrafe als Anlassverurteilung).

§ 66 Abs. 1 Nr. 1, Abs. 2 Satz 1 StGB; § 31 JGG

Ein in einem früheren Verfahren ausgesprochene einheitliche Jugendstrafe nach § 31 JGG erfüllt die Voraussetzungen des § 66 Abs. 2 Satz 1, Abs. 1 Nr. 1 StGB, wenn zu erkennen ist, dass der Täter wenigstens bei einer der ihr zugrundeliegenden Straftaten eine Jugendstrafe von mindestens einem Jahr verwirkt hätte, sofern sie als Einzeltat gesondert abgeurteilt worden wäre. Dies festzustellen, ist tatrichterliche Aufgabe, die über die Sicherungsverwahrung entscheidenden Richter obliegt. Dabei hat der Tatrichter festzustellen, wie der Richter des Vorverfahrens die einzelnen Taten bewertet hat; er darf sich nicht an dessen Stelle setzen und im Nachhinein eine eigene Strafzumessung vornehmen. Entsprechende Feststellungen muss der Tatrichter so belegen, dass eine ausreichende revisionsgerichtliche Überprüfung möglich ist (vgl. BGH NStZ 2015, 510, 511).

IV. Strafverfahrensrecht mit GVG

712. BGH 3 BGs 197/16 1 BJs 201/80-2 Beschluss vom 8. Juni 2016

BGHR; Zuständigkeit des Ermittlungsrichters am BGH für Festsetzung der Pauschgebühr des Rechtsanwalts (Zuständigkeit des Oberlandesgerichts; Zuständigkeitskonzentration; Strafsache; Bestellung

durch Ermittlungsrichter; Bestellung durch Ermittlungsrichter).

§ 51 Abs. 2 RVG

1. Der Ermittlungsrichter des Bundesgerichtshofs ist für Entscheidungen über Anträge eines von ihm im Ermitt-

lungsverfahren bestellten Rechtsanwalts auf Festsetzung einer Pauschgebühr nicht zuständig. (BGHR)

2. Aus § 51 Abs. 2 Satz 1 RVG ergibt sich, dass für die Entscheidung über die Bewilligung einer Pauschvergütung grundsätzlich das Oberlandesgericht, zu dessen Bezirk das Gericht des ersten Rechtszugs gehört, zuständig ist. Entscheidend für die Bestimmung der Zuständigkeit ist nicht eine sich aus der Bestellung bzw. Beiordnung oder Entgegennahme der Tätigkeit des Anwalts ergebende Sachkunde betreffend den Umfang und die Schwierigkeit dessen Tätigkeit, sondern die Sicherstellung eines möglichst einheitlichen Maßstabes auf der Grundlage der mit der Zuständigkeitskonzentration verbundenen Breite an Erfahrung. (Bearbeiter)

3. § 51 Abs. 2 Satz 2 RVG sieht zwar als Ausnahme von diesem Grundsatz vor, dass der Bundesgerichtshof für die Entscheidung zuständig ist, soweit er den Rechtsanwalt bestellt hat. Diese Ausnahme erfasst jedoch nicht die Fälle, in denen der Bundesgerichtshof während des Ermittlungsverfahrens mit einer Strafsache befasst war, selbst dann nicht, wenn der anwaltliche Vertreter von dem Ermittlungsrichter des Bundesgerichtshofs bestellt worden ist. Der Bundesgerichtshof ist vielmehr nach § 51 Abs. 2 Satz 2 RVG nur für die Bewilligung der Pauschgebühr für die Beteiligung an der Revisionshauptverhandlung und deren Vorbereitung zuständig. Im Übrigen verbleibt es bei der Zuständigkeit des Oberlandesgerichtes gemäß § 51 Abs. 2 Satz 1 RVG. (Bearbeiter)

660. BGH 2 StR 394/15 – Beschluss vom 21. April 2016 (LG Frankfurt a. M.)

Durchsuchung beim Verdächtigen (Richtervorbehalt: Beweisverwertungsverbot bei Umgehung auch bei hypothetisch rechtmäßigem Ermittlungsverlauf, Vorliegen von Gefahr im Verzug); gefährliche Körperverletzung (Begehung mit einem anderen Beteiligten gemeinsam: gefährliche Wirkung der Anwesenheit des Beteiligten).

§ 102 StPO; § 105 Abs. 1 StPO; § 223 Abs. 1 StGB; § 224 Abs. 1 Nr. 4 StGB

1. Dem Aspekt eines möglichen hypothetisch rechtmäßigen Ermittlungsverlaufs kann bei Verkennung des Richtervorbehalts für eine Durchsuchung keine Bedeutung zukommen (vgl. BGHSt 51, 285, 295 f). Die Einhaltung der durch § 105 Abs. 1 Satz 1 StPO festgelegten Kompetenzregelung könnte in diesen Fällen bei Anerkennung des hypothetisch rechtmäßigen Ersatzeingriffs als Abwägungskriterium bei der Prüfung des Vorliegens eines Beweisverwertungsverbots stets unterlaufen und der Richtervorbehalt sogar letztlich sinnlos werden. Bei Duldung grober Missachtungen des Richtervorbehalts entsteht gar ein Ansporn, die Ermittlungen ohne Einschaltung des Ermittlungsrichters einfacher und möglicherweise erfolversprechender zu gestalten. Damit würde das wesentliche Erfordernis eines rechtstaatlichen Ermittlungsverfahrens aufgegeben, dass Beweise nicht unter bewusstem Rechtsbruch oder gleichgewichtiger Rechtsmissachtung erlangt werden dürfen (vgl. BGHSt 51, 285, 296).

2. Eine gemeinschaftliche Begehung im Sinne des § 224 Abs. 1 Nr. 1 ist regelmäßig erst dann anzunehmen, wenn der am Tatort anwesende Gehilfe die Wirkung der Körperverletzungshandlung des Täters – physisch oder psychisch (vgl. BGH NStZ 2006, 572, 573) – bewusst in einer Weise verstärkt, welche die Lage des Verletzten zu verschlechtern geeignet ist. Dies wird in der Regel vor allem durch eine Schwächung der Abwehrmöglichkeiten verwirklicht, wenn das Opfer durch die Präsenz mehrerer Personen auf der Verletzerseite insbesondere auch wegen des erwarteten Eingreifens des oder der anderen Beteiligten in seinen Chancen beeinträchtigt wird, dem Täter der Körperverletzung Gegenwehr zu leisten, ihm auszuweichen oder zu flüchten.

694. BGH 4 StR 569/15 – Urteil vom 12. Mai 2016 (LG Münster)

Aufklärungsrüge (Anforderungen an die Revisionsbegründung: Darstellungsanforderungen, Angabe von Negativtatsachen); Darstellung der persönlichen Verhältnisse des Angeklagten im Urteil (Erforderlichkeit bei freisprechenden Urteilen); bewaffnetes unerlaubtes Handeltreiben mit Betäubungsmitteln in nicht geringer Menge (Begriff des Mitsichführens); Beihilfe zum unerlaubten Handeltreiben mit Betäubungsmitteln in nicht geringer Menge (erforderlicher Vorsatz in Bezug auf die Haupttat).

§ 261 StPO; § 267 Abs. 5 Satz 1 StPO; § 30a Abs. 2 Nr. 2 BtMG; § 29a Abs. 1 Nr. 2 BtMG; § 27 Abs. 1 StGB; § 15 StGB; § 16 Abs. 1 StGB

1. Eine erfolgreiche Aufklärungsrüge setzt voraus, dass der Beweis nicht erhoben wurde. Wird mit einer Aufklärungsrüge beanstandet, dass eine Urkunde nicht verlesen oder im Wege des Selbstleseverfahrens in die Hauptverhandlung eingeführt worden ist, so ist es – zumindest in Fällen, in denen dies in Betracht kommt – daher erforderlich, dass die Revision mitteilt, dass die Urkunde oder deren Inhalt nicht auf andere Weise in die Hauptverhandlung eingeführt wurde (vgl. zur Verpflichtung zum Vortrag sogenannter Negativtatsachen auch BVerfGE 112, 185).

2. Nach der Rechtsprechung des Bundesgerichtshofs kann es einen auf die Sachrüge zu beachtenden Darstellungsmangel darstellen, wenn die Urteilsgründe keine Feststellungen zu den persönlichen Verhältnissen des Angeklagten enthalten. Solche sind zwar in erster Linie bei verurteilenden Erkenntnissen notwendig, um das Revisionsgericht in die Lage zu versetzen, die Strafzumessungserwägungen des Tatgerichts nachvollziehen zu können. Bei freisprechenden Urteilen ist der Tatrichter aus sachlich-rechtlichen Gründen aber zumindest dann zu Feststellungen zur Person 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 (st. Rspr.). Insoweit verbietet sich indes eine schematische Betrachtung; die Entscheidung, ob ein Verstoß gegen § 267 Abs. 5 Satz 1 StPO vorliegt, ist aufgrund der jeweiligen Umstände des Einzelfalles zu treffen.

693. BGH 4 StR 487/15 – Urteil vom 12. Mai 2016 (LG Detmold)

Aufklärungsgrüe (Darstellungsanforderungen: Unterschiede zwischen einem vorbereitenden und dem in der Hauptverhandlung erstatteten Gutachten: Anforderungen an die Revisionsbegründung) Konkurrenzen bei gleichzeitiger Verletzung mehrerer Tatobjekte (mehrfache Tatbegehung nur bei höchstpersönlichen Rechtsgütern: Brandstiftung; Verhältnis von vollendeter und versuchter Verletzung); Strafzumessung (revisionsrechtliche Überprüfbarkeit); Entscheidung über die Aussetzung der Strafe zur Bewährung (revisionsrechtliche Überprüfbarkeit).

§ 244 Abs. 2 StPO; § 344 Abs. 2 Satz 2 StPO; § 52 StGB; § 306 Abs. 1 StGB; § 22 StGB; § 23 Abs. 1 StGB; § 46 StGB; § 56 StGB

1. Die Entscheidung über Verfahrensrügen, die auf Unterschiede zwischen einem vorbereitenden und dem in der Hauptverhandlung erstatteten Gutachten gestützt sind, erfordert regelmäßig einen inhaltlichen Vergleich zwischen den beiden Gutachten. Nur so ist zuverlässig feststellbar, ob beide Gutachten auf identischer tatsächlicher Grundlage erstattet sind oder ob sich die Differenzen aus unterschiedlichen tatsächlichen Grundlagen ohne weiteres von selbst erklären. Während sich jedoch die Grundlagen des in der Hauptverhandlung erstatteten Gutachtens regelmäßig aus den Urteilsgründen ergeben, ist dies hinsichtlich einer durch den weiteren Verfahrensablauf überholten Grundlage eines früheren Gutachtens nicht notwendig der Fall. Der Revisionsführer hat daher regelmäßig jedenfalls den wesentlichen Kern des ursprünglichen Gutachtens vorzutragen (vgl. BGH NStZ 2013, 98, 99 mwN) und kann sich nicht darauf beschränken, die abweichende Passage zu zitieren.

2. Ob eine mehrere taugliche Tatobjekte beeinträchtigende Handlung zu einer mehrmaligen oder lediglich zu einer in ihrem Gewicht gesteigerten einmaligen Gesetzesverletzung geführt hat, hängt von dem in Rede stehenden Tatbestand ab. Stellt dieser auf die Verletzung von Gesamtheiten ab und werden keine höchstpersönlichen Rechtsgüter geschützt, so führt eine handlungseinheitliche Beeinträchtigung mehrerer Tatobjekte selbst dann nicht zu einer mehrfachen Verwirklichung des Tatbestands, wenn verschiedene Rechtsgutsträger geschädigt worden sind (vgl. BGH NStZ-RR 2009, 278, 279).

3. So verhält es sich auch bei der Brandstiftung nach § 306 Abs. 1 StGB, die als „qualifiziertes Sachbeschädigungsdelikt“, dem auch ein Element der Gemeingefährlichkeit anhaftet (vgl. BGH NStZ 2001, 196, 197) keine höchstpersönlichen Rechtsgüter schützt.

4. Wird ein zum Schutzgut gehörendes Tatobjekt beschädigt und die Schädigung weiterer Objekte nur versucht, ist der Tatbestand ebenfalls nur einmal verwirklicht (vgl. BGH NStZ-RR 2009, 278, 279).

651. BGH 2 StR 121/15 – Urteil vom 23. März 2016 (LG Erfurt)

Mitteilung über Verständigungsgespräche außerhalb der Hauptverhandlung (Vorliegen eines Verständigungsgesprächs).

§ 243 Abs. 4 StPO; § 257c StPO

Ein nach § 243 Abs. 4 StPO mitzuteilendes Verständigungsgespräch außerhalb der Hauptverhandlung kann auch dann vorliegen, wenn zwischen den Verfahrensbeteiligten über eine umstrittene Rechtsfrage Einigkeit hergestellt werden soll, ohne dass es dazu eines konkreten Verständigungsvorschlags bedarf.

668. BGH 2 StR 487/15 – Beschluss vom 15. März 2016 (LG Aachen)

Gesamtstrafenbildung (Verschlechterungsverbot bei neuerlicher Gesamtstrafenbildung: Vorrang gegenüber dem Asperationsprinzip).

§ 53 Abs. 1 StGB; § 54 Abs. 1 StGB; § 358 Abs. 2 StPO

Wegen des Verschlechterungsverbots (§ 358 Abs. 2 StPO) darf eine neuerliche Gesamtstrafenbildung eine zuvor rechtsfehlerhaft verhängte Gesamtfreiheitsstrafe nicht überschreiten. Die Regelung des § 54 StGB, wonach die Gesamtstrafe in einer Erhöhung der verwirkten schwersten Einzelstrafe, der Einsatzstrafe, zu bestehen hat, hat b zurückzutreten hinter dem Grundsatz, dass die Rechtsstellung eines Angeklagten, der durch einen nur von ihm angefochtenen Strafausspruch einen über das in §§ 53 bis 55 StGB vorgesehene Maß hinausgehenden Vorteil erlangt hat, durch eine neuerliche Gesamtstrafenbildung nicht mehr beeinträchtigt werden darf. Das Verbot der reformatio in peius geht insoweit dem sachlichen Recht vor (vgl. BGHSt 8, 203, 205).

654. BGH 2 StR 80/16 – Beschluss vom 27. April 2016 (LG Stralsund)

Schuldunfähigkeit (tatrichterlicher Beweiswürdigung: Auseinandersetzung mit einem Sachverständigenutachten, paranoide Schizophrenie als Schuldausschlussgrund).

§ 20 StGB; § 261 StPO

Wenn sich der Tatrichter darauf beschränkt, sich der Beurteilung eines Sachverständigen zur Frage der Schuldfähigkeit anzuschließen, muss er dessen wesentliche Anknüpfungspunkte und Darlegungen im Urteil so wiedergeben, wie dies zum Verständnis des Gutachtens und zur Beurteilung seiner Schlüssigkeit erforderlich ist (st. Rspr.). Dies gilt auch in Fällen paranoide Schizophrenie. Allein die Diagnose einer solchen Erkrankung führt für sich genommen noch nicht zur Feststellung einer generellen oder zumindest längere Zeiträume überdauernden gesicherten erheblichen Beeinträchtigung der Schuldfähigkeit (vgl. BGH NStZ-RR 2012, 239). Erforderlich ist vielmehr die Feststellung eines akuten Schubs der Erkrankung sowie die konkretisierende Darlegung, in welcher Weise sich die festgestellte psychische Störung bei Begehung der jeweiligen Tat auf die Handlungsmöglichkeiten des Angeklagten in der konkreten Tatsituation und damit auf seine Einsichts- oder Steuerungsfähigkeit ausgewirkt hat (vgl. BGH NStZ-RR 2012, 306, 307).

728. BGH StB 9 und 10/16 – Beschluss vom 12. Mai 2016

Keine Beschwerde gegen sitzungspolizeiliche Maßnahmen des erstinstanzlich tätigen OLG (Durchsu-

chung der Verteidiger und Durchsicht mitgeführter Behältnisse).

§ 304 StPO; § 176 GVG

1. Der Senat kann offenlassen, ob sitzungspolizeiliche Maßnahmen (hier: Durchsichtung der Verteidiger und Durchsicht mitgeführter Behältnisse) im Sinne des § 176 GVG überhaupt der Anfechtung unterliegen oder der Beschwerde entzogen sind (näher BGH HRRS 2015 Nr. 1133). Jedenfalls ist ein Rechtsmittel gegen Verfügungen und Beschlüsse der Oberlandesgerichte in Fällen, in denen diese erstinstanzlich tätig werden, nur in den in § 304 Abs. 4 Satz 2 Halbsatz 2 StPO ausdrücklich aufgeführten Fällen statthaft.

2. § 304 Abs. 4 Satz 2 Halbsatz 2 Nr. 1 bezieht sich mit dem Begriff der Durchsichtung auf die „klassische Durchsichtung“ nach Beweismitteln im Sinne der §§ 102 ff. StPO. Auch mit Blick auf möglicherweise tangierte Grundrechtspositionen aus Art. 12 Abs. 1 GG ist es nicht gerechtfertigt, entgegen dem eindeutigen Willen des Gesetzgebers ein Beschwerderecht einzuräumen.

730. BGH StB 9 und 10/16 – Beschluss vom 12. Mai 2016

Keine Beschwerde gegen sitzungspolizeiliche Maßnahmen des erstinstanzlich tätigen OLG (Durchsichtung der Verteidiger und Durchsicht mitgeführter Behältnisse).

§ 304 StPO; § 176 GVG

1. Der Senat kann offenlassen, ob sitzungspolizeiliche Maßnahmen (hier: Durchsichtung der Verteidiger und Durchsicht mitgeführter Behältnisse) im Sinne des § 176 GVG überhaupt der Anfechtung unterliegen oder der Beschwerde entzogen sind (näher BGH HRRS 2015 Nr. 1133). Jedenfalls ist ein Rechtsmittel gegen Verfügungen und Beschlüsse der Oberlandesgerichte in Fällen, in denen diese erstinstanzlich tätig werden, nur in den in § 304 Abs. 4 Satz 2 Halbsatz 2 StPO ausdrücklich aufgeführten Fällen statthaft.

2. § 304 Abs. 4 Satz 2 Halbsatz 2 Nr. 1 bezieht sich mit dem Begriff der Durchsichtung auf die „klassische Durchsichtung“ nach Beweismitteln im Sinne der §§ 102 ff. StPO. Auch mit Blick auf möglicherweise tangierte Grundrechtspositionen aus Art. 12 Abs. 1 GG ist es nicht gerechtfertigt, entgegen dem eindeutigen Willen des Gesetzgebers ein Beschwerderecht einzuräumen.

729. BGH StB 11/16 – Beschluss vom 18. Mai 2016

Beteiligung an einer terroristischen Vereinigung („Gruppe Freital“; Einschüchterung politisch Andersdenkender; Begehung von Tötungsdelikten); dringender Tatverdacht; Schwere Kriminalität; Fluchtgefahr trotz Erfüllung von Meldeauflagen; Anordnung des Vollzugs des ausgesetzten Haftbefehls (neu hervorgetretene Umstände; Erschütterung der Gründe des Haftverschonungsbeschlusses).

§ 129a StGB; § 212 StGB; § 211 StGB; § 112 StPO; § 116 StPO

Gemäß § 116 Abs. 4 Nr. 3 StPO ist der Vollzug des ausgesetzten Haftbefehls anzuordnen, wenn neu hervorgetretene Umstände die Verhaftung erforderlich machen. Diese Einschränkung gilt auch, wenn der außer Vollzug gesetzte Haftbefehl aufgehoben und durch einen neuen ersetzt wird. „Neu“ im Sinne des § 116 Abs. 4 Nr. 3 StPO sind nachträglich eingetretene oder nach Erlass des Aussetzungsbeschlusses bekannt gewordene Umstände, wenn sie die Gründe des Haftverschonungsbeschlusses in einem so wesentlichen Punkt erschüttern, dass keine Aussetzung bewilligt worden wäre, wenn sie bei der Entscheidung bereits bekannt gewesen wären. Ob dies der Fall ist, erfordert eine Beurteilung sämtlicher Umstände des Einzelfalls. Eine bloß nachträgliche andere Beurteilung bei gleichbleibender Sachlage rechtfertigt den Widerruf nicht

723. BGH 5 StR 525/15 – Beschluss vom 5. April 2016 (LG Potsdam)

Auslagenerstattung im Sicherungsverfahren gegenüber dem verstorbenen Beschuldigten.

§ 206a StPO; § 414 Abs. 1 StPO; § 467 StPO

§ 467 Abs. 3 Satz 2 Nr. 2 StPO gilt im Sicherungsverfahren nicht gem. § 414 Abs. 1 StPO entsprechend bei einem Beschuldigten, der aufgrund eines überdauernden psychopathologischen Zustands schuldunfähig ist. Die Vorschrift soll abweichend von der Grundregel des § 467 Abs. 1 StPO von einer Belastung der Staatskasse mit den notwendigen Auslagen des Beschuldigten absehen zu können, wenn eine solche Auslagenüberbürdung grob unbillig bzw. ungerecht erscheint. Grundlage der Bewertung einer Auslagenerstattung als grob unbillig oder ungerecht kann allerdings nur ein dem Beschuldigten vorwerfbares Verhalten sein.

V. Wirtschaftsstrafrecht und Nebengebiete

696. BGH 4 StR 440/15 – Urteil vom 24. Mai 2016 (LG Halle)

BGHR; Untreue (Pflichtverletzung; Reichweite des Grundsatzes der Sparsamkeit für das Handeln von Ho-

heitsträgern, Einschränkung des dabei bestehenden Einschätzungs- und Beurteilungsspielraums bei Personalentscheidungen durch tarifvertragliche Regelungen).

§ 266 StGB, § 16 Abs. 2 Satz 3 TVöD (VKA)

1. Zur (Haushalts-)Untreue durch Zubilligung von Erfahrungsstufen bei Einstellung als Tarifbeschäftigte(r) im Öffentlichen Dienst. (BGH)

2. Der Sparsamkeitsgrundsatz, wonach der Staat nichts „verschenken“ darf, stellt ein allgemeines Prinzip der Haushaltsführung für den gesamten öffentlichen Bereich dar, das von allen Trägern hoheitlicher Gewalt unabhängig davon zu beachten ist, auf welcher Grundlage sie tätig werden (st. Rspr.). Als rechtliche Steuerungsnorm ist er dazu bestimmt, einen äußeren Begrenzungsrahmen für den Entfaltungs- und Gestaltungsspielraum aller Hoheitsträger dahingehend zu bilden, solche Maßnahmen zu verhindern, die mit den Grundsätzen vernünftigen Wirtschaftens schlicht unvereinbar sind. (Bearbeiter)

3. Der Sparsamkeitsgrundsatz verpflichtet indes nicht zur Kostensenkung um jeden Preis. Daher ist auch für die Höhe der im Bereich der öffentlichen Verwaltung gezahlten Vergütungen ein verhältnismäßig weiter Beurteilungs- und Ermessensspielraum eröffnet. Einen durch den Untreuetatbestand strafbewehrten Grundsatz, wonach er der Zubilligung einer höheren Vergütung dann entgegensteht, wenn der Betreffende seine Leistung auch zu anderen, günstigeren Bedingungen erbracht hätte oder erbringen muss, kennt das deutsche Recht nicht. Daher überschreitet der zur Entscheidung Berufene auch im Bereich der öffentlichen Verwaltung, soweit ihn öffentlich-rechtliche Vorschriften insoweit nicht begrenzen, seinen Ermessensspielraum regelmäßig nicht, wenn er eine angemessene Vergütung zahlt, und zwar auch dann, wenn der betreffende Vertragspartner auf Grund seiner persönlichen wirtschaftlichen Situation selbst zu deutlich ungünstigeren Bedingungen kontrahieren würde. Die Grundsätze der Sparsamkeit und Wirtschaftlichkeit bilden insoweit lediglich eine äußere Grenze. (Bearbeiter)

4 Eine Vorschrift, die den Entscheidungsspielraum über die Höhe der im Bereich der öffentlichen Verwaltung gezahlten Vergütungen begrenzt, ist § 16 TVöD (VKA). Denn diese Vorschrift trifft eine für die Höhe der Vergütung von Tarifbeschäftigten relevante Regelung. (Bearbeiter)

5. Der in Bund und Kommunen am 1. Oktober 2005 in Kraft getretene TVöD sowie der TVL für den Bereich der Länder vom 1. November 2006 hatten indes auch zum Ziel, die Entgeltsysteme im öffentlichen Dienst unter Betonung leistungsorientierter Kriterien zu flexibilisieren. Ermöglicht es aber eine tarifvertragliche Bestimmung – wie hier § 16 Abs. 2 Satz 3 TVöD (VKA) – dem öffentlichen Arbeitgeber, diesem Gesichtspunkt bei der Eingruppierung eines Tarifbeschäftigten Rechnung zu tragen, ist er bei seiner auf diese Vorschrift gestützten Entscheidung seinerseits zur Einhaltung der Grundsätze von Wirtschaftlichkeit und Sparsamkeit verpflichtet. (Bearbeiter)

658. BGH 2 StR 320/15 – Urteil vom 20. April 2016 (LG Neubrandenburg)

BGHSt; Verhängung von Jugendstrafe wegen Schwere der Schuld (jugendspezifische Bestimmung der Schuld an vorrangig subjektiven Kriterien; keine Erhöhung der

Schuld durch Tötungsvorsatz bei späterem Rücktritt vom Tötungsdelikt; Strafzumessung (keine strafscharfende Wirkung eines Tötungsvorsatzes bei späterem Rücktritt vom Tötungsdelikt).

§ 17 Abs. 2 JGG; § 24 StGB; § 212 StGB; § 15 StGB; § 16 Abs. 1 StGB

1. Bei freiwilligem Rücktritt vom Versuch ist die schuld-erhöhende Berücksichtigung des zunächst gegebenen Vollendungsvorsatzes im Rahmen der Prüfung der „Schwere der Schuld“ im Sinne von § 17 JGG jedenfalls dann rechtsfehlerhaft, wenn nicht der Umstand der freiwilligen Abkehr von diesem Vorsatz gleichermaßen berücksichtigt wird. Erst beide Gesichtspunkte gemeinsam ergeben das Tatbild, welches in der spezifisch jugendstrafrechtlichen Beurteilung der Schuldschwere zu bewerten ist. (BGHSt)

2. Zwar ist der Schuldgehalt der Tat bei der Deliktsbegehung durch jugendliche und heranwachsende Täter jugendspezifisch zu bestimmen. Die „Schwere der Schuld“ im Sinne des § 17 Abs. 2 JGG wird daher nicht vorrangig anhand des äußeren Unrechtsgehalts der Tat und ihrer Einordnung nach dem allgemeinen Strafrecht bestimmt. In erster Linie ist vielmehr auf die innere Tatseite abzustellen (vgl. BGH NStZ 2014, 407, 408). Der äußere Unrechtsgehalt der Tat und das Tatbild sind jedoch insofern von Belang, als hieraus Schlüsse auf die charakterliche Haltung, die Persönlichkeit und die Tatmotivation des Jugendlichen oder Heranwachsenden gezogen werden können (vgl. BGH NStZ-RR 2015, 155, 156). Entscheidend ist, ob und in welchem Umfang sich die charakterliche Haltung, die Persönlichkeit sowie die Tatmotivation des Täters vorwerfbar in der Tat manifestiert haben (vgl. BGHSt 15, 224, 226). (Bearbeiter)

3. Die Schuld des jugendlichen oder heranwachsenden Täters wird nach der in § 24 StGB zum Ausdruck kommenden, nicht auf das Erwachsenenstrafrecht beschränkten, sondern auch im Jugendstrafrecht zu beachtenden gesetzgeberischen Wertung nicht durch den Umstand erhöht, dass er zunächst mit Tötungsvorsatz handelte, wenn er vor Erreichen dieses tatbestandlichen Zieles die weitere Tatausführung aus autonomen Gründen freiwillig aufgegeben oder die Tatvollendung aktiv verhindert hat. Mit dem freiwilligen Rücktritt vom Versuch hat er vielmehr dokumentiert, dass sein „verbrecherischer Wille“ nicht ausgeprägt genug gewesen ist, um sein deliktisches Ziel zu verwirklichen (vgl. BGHSt 9, 48, 52). Die in dem Versuch zunächst zum Ausdruck gekommene Gefährlichkeit des jugendlichen oder heranwachsenden Täters erweist sich nachträglich als „wesentlich geringer“. (Bearbeiter)

4. Ist der erwachsene Täter vom Versuch einer Straftat strafbefreiend zurückgetreten, gleichwohl aber wegen eines zugleich verwirklichten vollendeten anderen Delikts zu bestrafen, so darf der auf die versuchte Straftat gerichtete Vorsatz nicht strafscharfend berücksichtigt werden (st. Rspr.). Dies trägt dem Grundgedanken des § 24 StGB Rechnung, der im Interesse des Opferschutzes einen persönlichen Strafaufhebungsgrund für Fälle vorsieht, in denen ein Täter freiwillig die weitere Tatausführung aufgibt oder ihre Vollendung aktiv verhindert. Dieser Gesetzeszweck würde unterlaufen, wenn der auf die

Verwirklichung des weitergehenden Delikts gerichtete Vorsatz strafscharfend berücksichtigt würde. (Bearbeiter)

710. BGH 3 StR 347/15 – Urteil vom 10. März 2016 (LG Hamburg)

Ausfuhr von Gütern mit doppeltem Verwendungszweck ohne Genehmigung (Unrechtskontinuität gegenüber altem Recht; Eignung zur erheblichen Gefährdung der auswärtigen Beziehungen der Bundesrepublik Deutschland; Begriff der Ausfuhr; Realakt; kein Sonderdelikt; Unterrichtung des Ausführers); Meistbegünstigungsprinzip; Beschränkung der Revision auf den Strafausspruch (Bindungswirkung); Verfall von Wertersatz (regelmäßig keine Ermessensentscheidung über Absehen vom Verfall bei vorhandenem Vermögen; Vermeidung einer Doppelbelastung durch Abschöpfung und Besteuerung).

§ 18 AWG; § 2 Abs. 3 StGB; § 73 StGB; § 73a StGB; § 73c StGB; Art. 4 Abs. 1 Dual-Use-VO

1. § 18 Abs. 5 Satz 1 Nr. 1 AWG i.V.m. Art. 4 Abs. 1 Dual-Use-VO (Ausfuhr von Gütern mit doppeltem Verwendungszweck ohne Genehmigung) regelt kein Sonderdelikt. Angeknüpft wird an die Ausfuhr als Realakt, weshalb Täter grundsätzlich jedermann sein kann, der an dieser beteiligt ist. Die Abgrenzung von Täterschaft und Teilnahme bestimmt sich nach den allgemeinen Regeln der §§ 25 ff. StGB. Der Begriff des Ausführers ist lediglich insoweit von Bedeutung, als dieser im Sinne von Art. 4 Abs. 1 Dual-Use-VO unterrichtet werden muss, woraus jedoch nicht folgt, dass nur der Adressat der Unterrichtung tatbestandlich handeln kann.

2. Durch die Beschränkung des Rechtsmittels auf den Strafausspruch wird das Revisionsgericht nicht nur an die tatsächlichen Feststellungen zur Schuldfrage, sondern auch an die sie betreffende rechtliche Würdigung im angefochtenen Urteil gebunden. Das gilt auch für den Fall einer unzutreffenden Einschätzung des Handelns eines Angeklagten als Beihilfe, obwohl an und für sich von Täterschaft auszugehen war.

3. Nach § 73c Abs. 1 Satz 2 Alternative 1 StGB kann das Gericht von der nach § 73 Abs. 1 Satz 1, Abs. 3, § 73a Satz 1 StGB zwingenden Anordnung des Verfalls von Wertersatz nur absehen, wenn der Wert des Erlangten zur Zeit der Anordnung in dem Vermögen des Betroffenen nicht mehr vorhanden ist. Dementsprechend ist eine Ermessensentscheidung nach § 73c Abs. 1 Satz 2 StGB grundsätzlich nicht eröffnet, wenn der Verfallsschuldner über Vermögen verfügt, das wertmäßig nicht hinter dem verfallbaren Betrag zurückbleibt, unabhängig davon, ob die vorhandenen Vermögenswerte einen Bezug zu den Straftaten aufweisen. Ein Absehen von der Anordnung des Wertersatzverfalls ist nur dann nicht ausgeschlossen, wenn zweifelsfrei feststeht, dass das vorhandene Vermögen ohne jeden denkbaren Zusammenhang mit den abgeurteilten Straftaten erworben wurde.

4. Eine Doppelbelastung durch Abschöpfung des Bruttobetragtes einerseits und dessen Besteuerung andererseits ist zu vermeiden. Dies geschieht regelmäßig dadurch, dass der abgeschöpfte Betrag im Bestenungsverfahren gewinnmindernd geltend gemacht wird; das Abzugsver-

bot des § 12 Nr. 4 EStG gilt mangels Strafcharakters der Verfallsanordnung nicht. Die Berücksichtigung einer nur voraussichtlichen Besteuerung im Strafverfahren hat zu unterbleiben. Ist jedoch das Besteuerungsverfahren abgeschlossen, darf der Betroffene nicht auf die eventuell gegebene Möglichkeit der Änderung des Steuerbescheids nach § 173 Abs. 1 Nr. 2 AO verwiesen werden; vielmehr ist die bestandskräftig festgesetzte Steuerschuld mildernd zu berücksichtigen.

715. BGH 5 StR 107/14 – Beschluss vom 25. Mai 2016 (LG Itzehoe)

Keine Arzneimitteleigenschaft bei gesundheitsschädlichen Stoffen (synthetische Cannabinoide); Wegfall der Strafbarkeit beim Inverkehrbringen von pflanzlichen Raucherzeugnissen unter Verwendung nicht zugelassener Stoffe.

§ 2 Abs. 1 AMG; § 52 Abs. 2 Nr. 1 VTabakG

1. Synthetische Cannabinoide ohne therapeutischen oder prophylaktischen Nutzen können im Lichte der Rechtsprechung des Gerichtshofs der Europäischen Union nicht als Arzneimittel im Sinne des § 2 Abs. 1 AMG angesehen werden, weil bzw. soweit sie in ihren Wirkungen der menschlichen Gesundheit nicht zuträglich, sondern im Gegenteil gesundheitsschädlich sind. Der Senat ist im Rahmen der richtlinienkonformen Auslegung des Arzneimittelbegriffs nach § 2 Abs. 1 Nr. 2 Buchst. a AMG an die im Vorabentscheidungsverfahren durch den Gerichtshof der Europäischen Union vorgenommene Auslegung der Humanarzneimittel-Richtlinie gebunden (vgl. bereits BGH HRRS 2016 Nr. 248).

2. Soweit der Senat zuvor vertreten hat, dass eine Strafbarkeit wegen gewerbsmäßigen Inverkehrbringens von Tabakerzeugnissen unter Verwendung nicht zugelassener Stoffe in Betracht gekommen wäre (§ 52 Abs. 2 Nr. 1, § 20 Abs. 1 Nr. 1, 2 VTabakG, vgl. BGH HRRS 2015 Nr. 23), ist das Vorläufige Tabakgesetz nach Art. 8 Abs. 3 des Gesetzes zur Umsetzung der Richtlinie über Tabakerzeugnisse und verwandte Erzeugnisse vom 4. April 2016 am 20. Mai 2016 außer Kraft getreten. Das mit diesem Artikelgesetz neu eingeführte, im Wesentlichen gleichfalls am 20. Mai 2016 in Kraft getretene Gesetz über Tabakerzeugnisse und verwandte Erzeugnisse (Tabakerzeugnisgesetz – TabakerzG) vom 4. April 2016 enthält keine Strafbestimmungen, die den § 52 Abs. 2 Nr. 1, § 20 Abs. 1 Nr. 1, 2 VTabakG inhaltlich entsprechen, also das Inverkehrbringen von pflanzlichen Raucherzeugnissen unter Verwendung nicht zugelassener Stoffe pönalisieren.

640. BGH 1 StR 523/15 – Beschluss vom 6. April 2016 (LG Kleve)

Steuerhinterziehung (Schätzung der hinterzogenen Steuern: Voraussetzung der Schätzungsmethode, revisionsrechtliche Überprüfbarkeit).

§ 370 Abs. 1 AO; § 267 StPO

1. Auch im Steuerstrafverfahren ist die Schätzung von Besteuerungsgrundlagen zulässig (st. Rspr.), wenn feststeht, dass der Steuerpflichtige einen Besteuerungstatbestand erfüllt hat, die tatsächlichen Verhältnisse, die für die Bemessung der Steuer maßgebend sind, aber ungewiss sind.

2. Zwar obliegen die Ermittlung und Darlegung der Besteuerungsgrundlagen einschließlich der Schätzung dem Tatrichter in freier und eigenverantwortlicher richterlicher Überzeugungsbildung (st. Rspr.). Allerdings hat er in den Urteilsgründen für das Revisionsgericht nachvollziehbar darzulegen, wie er zu den Schätzungsergebnissen gelangt ist (vgl. BGH wistra 2007, 345).

3. Ziel der Schätzung ist es, aus den vorhandenen Anhaltspunkten in einem Akt des Schlussfolgerns und der Subsumtion diejenigen Tatsachen zu ermitteln, von deren Richtigkeit der Tatrichter überzeugt ist (vgl. BGH wistra 2007, 345). Die Schätzung ist so vorzunehmen, dass sie im Ergebnis einem ordnungsgemäß durchgeführten Bestandsvergleich bzw. einer ordnungsgemäßen Einnahmeüberschussrechnung möglichst nahekommt. Sie muss daher schlüssig, wirtschaftlich möglich und vernünftig sein. Soweit Tatsachen zur Überzeugung des Tatrichters feststehen, hat er diese der Schätzung zugrunde zu legen. Die im Rahmen des Steuerstrafverfahrens erfolgende Schätzung steht zudem unter dem Gebot, dass sich unüberwindbare Zweifel zugunsten des Angeklagten auswirken müssen. Dementsprechend müssen die vom Besteuerungsverfahren abweichenden Verfahrensgrundsätze eingehalten werden (vgl. BGH wistra 2010, 148). Erforderlichenfalls hat der Tatrichter einen als erwiesen angesehenen Mindestschuldumfang festzustellen (vgl. BGH wistra 2010, 148). Das bedeutet u.a., dass der Tatrichter die Schätzung der Höhe nach auf den Betrag zu begrenzen hat, der „mindestens“ hinterzogen worden ist).

4. Erweist sich eine konkrete Ermittlung oder Schätzung der tatsächlichen Umsätze von vorneherein oder nach entsprechenden (darzulegenden) Berechnungsversuchen als nicht möglich und fehlerbehaftet, kann pauschal geschätzt werden, auch unter Heranziehung der Richtwerte für Rohgewinnaufschlagsätze aus der Richtsatzsammlung des Bundesministeriums der Finanzen (vgl. BGH wistra 2014, 276) oder z.B. unter Heranziehung von Erfahrungssätzen vergleichbarer Betriebe.

634. BGH 1 StR 118/16 – Beschluss vom 11. Mai 2016 (LG Lübeck)

Einziehung (Voraussetzungen: Grundsatz der Verhältnismäßigkeit; Einziehung von Beförderungsmitteln, die zur Steuerhinterziehung genutzt wurden; Einziehung des Wertersatzes: Berücksichtigung bei der Strafzumessung); Steuerhinterziehung (Gegenstand, auf den sich die hinterzogenen Steuer beziehen; nicht erlangtes Etwas; Möglichkeit der Einziehung).

§ 74 StGB; § 375 Abs. 2 AO; § 74a StGB; § 74b StGB; § 74c StGB; § 46 StGB; § 370 Abs. 1 AO; § 73 Abs. 1 StGB

1. § 375 Abs. 2 AO stellt eine besondere gesetzliche Vorschrift im Sinne von § 74 Abs. 4 StGB dar (vgl. BGH wistra 1995, 30). § 375 Abs. 2 Satz 1 Nr. 2 AO erlaubt die Einziehung der Beförderungsmittel, die zur Tat benutzt worden sind. Auch vorausfahrende oder nachfolgende Begleitfahrzeuge, die einen Transport unsteuerter Zigaretten lotsen oder absichern sollen, sind Beförderungsmittel im Sinne des § 375 Abs. 2 Satz 1 Nr. 2 AO (vgl. BGHSt 3, 355).

2. Die Verweisung in § 375 Abs. 2 Satz 2 AO auf § 74a StGB ermöglicht, dass Gegenstände auch dann eingezogen werden können, wenn derjenige, dem sie zur Zeit der Entscheidung gehören oder zustehen, wenigstens leistungsfähig dazu beigetragen hat, dass die Sache oder das Recht Mittel oder Gegenstand der Tat oder ihrer Vorbereitung gewesen ist (§ 74a Nr. 1 StGB).

3. Bei der pflichtgemäßen Ausübung des Ermessens über die Anordnung einer Einziehung ist nach § 74b StGB insbesondere der Grundsatz der Verhältnismäßigkeit zu beachten. Erforderlich ist insoweit eine Gesamtwürdigung aller Umstände; die Anknüpfung allein an den Hinterziehungsbetrag genügt nicht. Das Tatgericht hat sowohl die Bedeutung der Tat wie auch den persönlichen Schuldvorwurf des von der Einziehung Betroffenen zu würdigen und mit der Schwere des in der Einziehung des Gegenstands liegenden Eingriffs zu vergleichen. Die Schwere des Eingriffs ergibt sich dabei hauptsächlich aus dem objektiven Wert der Sache, deren Einziehung in Frage steht, den Umständen, unter denen der Betroffene sie erworben hat, und ihrer Bedeutung für seine Lebensgestaltung.

4. Die auf § 375 Abs. 2 AO gestützte Einziehung hat den Charakter einer Nebenstrafe und stellt damit eine Strafzumessungsentscheidung dar. Wird dem Täter auf diese Weise eine ihm gehörende Sache von nicht unerheblichem Wert entzogen, ist dies ein bestimmender Gesichtspunkt für die Bemessung der daneben zu verhängenden Strafe und insoweit im Wege einer Gesamtbeurteilung der den Täter treffenden Rechtsfolgen angemessen zu berücksichtigen. Für die Einziehung des Wertersatzes gemäß § 74c StGB – ebenfalls eine Nebenstrafe – gilt nichts anderes.

5. Zwar ist beim Delikt der Steuerhinterziehung auch ein Betrag in Höhe der verkürzten Steuern erlangtes „etwas“ im Sinne des § 73 Abs. 1 StGB, weil sich der Täter die Aufwendungen für diese Steuern erspart (vgl. BGH wistra 2015, 236). Die Waren, auf die sich die Hinterziehung von Verbrauchsteuern bezieht, sind als solche jedoch nicht durch die Steuerhinterziehung erlangt. Sie unterliegen deshalb nicht dem Verfall gemäß § 73 StGB, können aber gemäß § 375 Abs. 2 Satz 1 Nr. 1 AO eingezogen werden.

633. BGH 1 StR 114/16 – Beschluss vom 12. Mai 2016 (LG Nürnberg-Fürth)

Bankrott (Begriff des Verheimlichens von Vermögensbestandteilen; Begriff des Beiseiteschaffens).

§ 283 Abs. 1 Nr. 1 StGB

1. Verheimlichen im Sinne des § 283 Abs. 1 Nr. 1 StGB ist jedes Verhalten, durch das ein Vermögensbestandteil oder dessen Zugehörigkeit zur Insolvenzmasse der Kenntnis des Insolvenzverwalters oder der Gläubiger entzogen wird (vgl. BGH NJW 2016, 1525). Ein Verheimlichen kann nicht nur durch Verbergen einer Sache verwirklicht werden (vgl. hierzu etwa BGHSt 11, 145, 146), sondern auch durch die Behauptung eines den Gläubigerzugriff hindernden Rechts, durch falsche Auskunft gegenüber dem Insolvenzverwalter über die Voraussetzungen eines Anfechtungsrechts oder durch falsche

Angaben im Rahmen der Abgabe einer eidesstaatlichen Versicherung. Vollendet ist die Tat erst durch Eintritt eines zumindest vorübergehenden Täuschungserfolgs; das auf die Verheimlichung gerichtete Verhalten allein genügt nicht.

2. Ein Beiseiteschaffen liegt vor, wenn ein zum Vermögen des Schuldners gehörender Vermögensgegenstand dem alsbaldigen Gläubigerzugriff entzogen oder der Zugriff zumindest wesentlich erschwert wird. Dies kann entweder durch eine Änderung der rechtlichen Zuordnung eines Vermögensgegenstandes oder eine Zugriffsschwerung aufgrund tatsächlicher Umstände geschehen (vgl. BGHSt 55, 107, 113).

689. BGH 4 StR 170/16 – Beschluss vom 10. Mai 2016 (LG Dortmund)

Abgrenzung von Täterschaft und Teilnahme im Betäubungsmittelrecht (unerlaubtes Handeltreiben mit Betäubungsmitteln: Mittäterschaft).

§ 29a Abs. 1 Nr. 2 BtMG; § 25 Abs. 2 StGB

Für die Abgrenzung von Täterschaft und Teilnahme gelten auch im Betäubungsmittelrecht die Grundsätze des allgemeinen Strafrechts. Beschränkt sich die Beteiligung des Täters am Handeltreiben mit Betäubungsmitteln auf einen Teilakt des Umsatzgeschäfts, kommt es maßgeblich darauf an, welche Bedeutung der konkreten Beteiligungshandlung im Rahmen des Gesamtgeschäfts zukommt (vgl. BGH NStZ-RR 2012, 375 mwN). Erschöpft sich die Tätigkeit im bloßen Transport von Betäubungsmitteln, besteht in der Regel auch dann keine täterschaftliche Gestaltungsmöglichkeit, wenn Handlungsspielräume hinsichtlich der Art und Weise des Transports verbleiben, sodass von einer Beihilfe auszugehen ist. Anderes kann nur gelten, wenn der Beteiligte erhebliche, über den reinen Transport hinausgehende Tätigkeiten entfaltet, am An- und Verkauf des Rauschgifts unmittelbar beteiligt ist oder sonst ein eigenes Interesse am weiteren Schicksal des Gesamtgeschäfts hat, weil er eine Beteiligung am Umsatz oder dem zu erzielenden Gewinn erhalten.

701. BGH 3 StR 52/16 – Beschluss vom 19. April 2016 (LG Lüneburg)

Vermögensschaden bei Einreichung ungedeckter Schecks (Zugriffsmöglichkeit des Angeklagten nach vorläufiger Gutschrift; Gefährdung der Inkassobank; Schaden in Höhe des gesamten Scheckbetrags; Bezifferung).

§ 263 StGB; Art. 103 Abs. 2 GG

Reicht der Täter ungedeckte Schecks bei der Inkassobank ein und schreibt diese die Scheckbeträge täuschungs- und irrtumsbedingt zunächst vorläufig gut, so tritt ein Vermögensschaden bereits zu diesem Zeitpunkt ein, wenn der Täter während des Zeitraums der vorläufigen Gutschrift der Scheckbeträge hierauf Zugriff genommen hat oder jedenfalls Zugriff hätte nehmen können und die Inkassobank nach den konkreten Umständen des Einzelfalles durch das ihr zustehende Rückbelastungsrecht nicht hinreichend gegen eine Vermögenseinbuße gesi-

chert ist. Dies rechtfertigt es regelmäßig, von einem Schaden in Höhe der gesamten Scheckbeträge auszugehen. Eine weitere Bezifferung des Schadens ist dann auch mit Blick auf verfassungsgerichtliche Rechtsprechung nicht erforderlich.

639. BGH 1 StR 161/16 – Beschluss vom 2. Juni 2016 (LG Weiden)

Unerlaubte Einfuhr von Betäubungsmitteln in nicht geringer Menge (Mittäterschaft).

§ 30 Abs. 1 Nr. 4 BtMG; § 25 Abs. 2 StGB

Entscheidender Bezugspunkt für eine Mittäterschaft ist bei der unerlaubten Einfuhr von Betäubungsmitteln der Einfuhrvorgang selbst (vgl. BGH StV 2015, 633). Keine ausschlaggebende Bedeutung kann dabei indes dem Interesse eines mit der zu beschaffenden Betäubungsmittelmenge Handel Treibenden am Gelingen des Einfuhrvorgangs zukommen; in einem solchen Falle gewinnt insbesondere die Tatherrschaft bei der Einfuhr oder der Wille hierzu an Gewicht. Bloßes Veranlassen einer Beschaffungsfahrt ohne Einfluss auf deren Durchführung genügt nicht (vgl. BGH StV 2012, 410).

645. BGH 2 StR 36/16 – Beschluss vom 31. März 2016 (LG Limburg)

Unerlaubtes Handeltreiben mit Betäubungsmitteln in nicht geringer Menge (kein Ausschluss eines minder schwerer Falls bei Überschreitung der Untergrenze zur geringen Menge um das Dreifache).

§ 29a Abs. 1 Nr. 2, Abs. 2 BtMG

Das Handeltreiben mit einem Dreifachen der nicht geringen Menge an Betäubungsmitteln ist noch nicht als bestimmender Strafschärfungsgrund zu bewerten. Eine solche Überschreitung der Untergrenze schließt im Einzelfall die Annahme eines minder schweren Falls des unerlaubten Handeltreibens mit Betäubungsmitteln in nicht geringer Menge nicht aus.

636. BGH 1 StR 43/16 – Beschluss vom 12. Mai 2016 (LG Mannheim)

Unerlaubtes Handeltreiben mit Betäubungsmitteln in nicht geringer Menge (Strafzumessung: Bedeutung der Wirkstoffkonzentration und -menge).

§ 29 Abs. 1 Nr. 2 BtMG; § 46 StGB

Das Unrecht einer Betäubungsmittelstraftat und die Schuld des Täters werden maßgeblich durch die Wirkstoffkonzentration und die Wirkstoffmenge des Rauschgifts bestimmt. Für eine sachgerechte schuldangemessene Festsetzung der Strafen im Betäubungsmittelstrafrecht kann auf nähere Feststellungen zum Wirkstoffgehalt deshalb regelmäßig nicht verzichtet werden (st. Rspr.). Stehen die Betäubungsmittel nicht für eine Untersuchung der Wirkstoffkonzentration zur Verfügung, ist diese – notfalls unter Anwendung des Zweifelsatzes – unter Berücksichtigung der sicher festgestellten Umstände (Herkunft, Preis, Handelsstufe, Beurteilung durch die Tatbeteiligten, Begutachtungen in Parallelverfahren etc.) durch eine „Schätzung“ festzulegen.

Neuer *status quo* und offene Fragen

Anmerkung zum Urteil des BVerfG zum Europäischen Haftbefehl (BVerfG HRRS 2016 Nr. 100)

Von Prof. Dr. Jasper Finke, Bucerius Law School Hamburg

Der Beschluss des BVerfG zum Europäischen Haftbefehl vom 15. Dezember 2015¹ ist in vielerlei Hinsicht bemerkenswert: Er nimmt ein im Grunde alltägliches Rechtsproblem (I.) zum Anlass, um mit der herkömmlichen Systematik (II.) zu brechen. Die damit einhergehende Neuausrichtung des BVerfG, für die es die Identitätskontrolle instrumentalisiert (III.), wird ein neues Kapitel im Grundrechtsschutz aufschlagen. Das Urteil skizziert jedoch allenfalls die Grundzüge dieses neuen Kapitels, dessen genauer Inhalt sich erst durch nachfolgende Entscheidungen herauskristallisieren wird. Urteile des BVerfG sind mithin nicht nur einfache Fallentscheidungen oder Ausdruck eines Kompromisses des jeweiligen Senats. Sie müssen vielfach auch als Fortsetzungsgeschichte gelesen werden, wobei es wohl eher dem momentanen Zeitgeist entsprechen würde, einen Vergleich mit dem Format der Serie zu bemühen. Beide – Fortsetzungsgeschichten und Serien – weisen jedoch die Gemeinsamkeit auf, dass es am Ende entweder ausdrücklich oder unausgesprochen heißt: *to be continued*.

I. Ein alltägliches Rechtsproblem

Die Auseinandersetzung um italienische Auslieferungsersuchen, die auf Verurteilungen in Abwesenheit basieren, ist nicht neu. Sowohl deutsche Gerichte als auch der EGMR haben sich mit den grund- bzw. menschenrechtlichen Implikationen solcher Fälle auseinandergesetzt.² Mit Einführung des Europäischen Haftbefehls³ gewann dieses Problem erneut an Aktualität. Schließlich sollte dieser ohne Angleichung strafprozessualer Standards die Auslieferung innerhalb der Union ohne umfangreiche Prüfungen seitens des um die Auslieferung ersuchten Staates ermöglichen. Der dadurch entstandene latente Konflikt im Umgang mit Verurteilungen in Abwesenheit wurde durch Einführung des Art. 4a Abs. 1 im Rahmenbeschluss 2002/584/JI jedoch entschärft. Die Regelung erlaubt bei Verurteilung in Abwesenheit die Verweige-

rung der Auslieferung, listet in lit. a) bis d) jedoch vier Ausnahmen auf, von denen in Bezug auf den Sachverhalt, der zur Entscheidung anstand, allein die Art. 4a Abs. 1 lit. d) von Bedeutung war. Danach besteht auch im Fall persönlich nicht zugestellter Entscheidungen kein Auslieferungsverweigerungsrecht gegenüber dem ersuchenden Staat, wenn, erstens, der Person nach Übergabe die Entscheidung persönlich zugestellt wird, sie, zweitens, ausdrücklich auf ihr Recht auf Wiederaufnahme des Verfahrens oder ein Berufungsverfahren hingewiesen wird, wobei in dem jeweiligen Verfahren gewährleistet sein muss, dass der ursprüngliche Sachverhalt, einschließlich neuer Beweismittel, erneut geprüft und die ursprüngliche Entscheidung aufgehoben werden kann, und, drittens, die Person über die Frist, innerhalb derer die Wiederaufnahme des Verfahrens bzw. eine Berufung beantragt werden kann, informiert wird.

Der Rahmenbeschluss erlaubt den Mitgliedstaaten, die Auslieferung zu verweigern, sofern einer der Ausnahmetatbestände nicht einschlägig ist, ohne dass er diese zur Verweigerung der Auslieferung verpflichtet. Dementsprechend wäre es nach dem Rahmenbeschluss prinzipiell zulässig, der Auslieferung stattzugeben, auch wenn keine der Ausnahmen, wie z.B. Art. 4 Abs. 1 lit. d) des Rahmenbeschlusses, einschlägig sind. Der deutschen Regelung, die den Rahmenbeschluss umsetzt, liegt wiederum eine andere Systematik zu Grunde. Wenn bestimmte Ausnahmetatbestände, die unter der Überschrift „Ergänzende Zulässigkeitsvoraussetzungen“ in § 83 IRG aufgeführt werden, nicht einschlägig sind, ist die Auslieferung unzulässig. Zu diesen Ausnahmen gehört in § 83 Nr. 3 IRG eine dem Art. 4a Abs. 1 lit. d) entsprechende Regelung. Nach Nr. 3 ist die Auslieferung auch bei Verurteilungen in Abwesenheit zulässig, „wenn die verurteilte Person nach Zustellung des Urteils ausdrücklich erklärt hat, das ergangene Urteil nicht anzufechten, oder innerhalb geltender Fristen keine Wiederaufnahme des Verfahrens oder kein Berufungsverfahren beantragt hat.“ Dabei muss sichergestellt sein, dass „die verurteilte Person ... zuvor ausdrücklich über ihr Recht auf Wiederaufnahme des Verfahrens oder auf ein Berufungsverfahren“ belehrt worden ist. Im Rahmen der Wiederaufnahme und des Berufungsverfahrens muss „der Sachverhalt, einschließlich neuer Beweismittel, erneut geprüft und das ursprüngliche Urteil aufgehoben werden“ können.

¹ BVerfG NJW 2016, 1149 = HRRS 2016 Nr. 100.

² Siehe aus der Rechtsprechung des EGMR z.B. EGMR Colozza v. Italien, Urteil vom 12. Februar 1985, Nr. 9024/80, § 31; EGMR Sejdovic v. Italien, Urteil vom 1. März 2006, Nr. 56581/00, § 103 ff.; für eine Auflistung der Entscheidungen deutscher Gerichte siehe die Nachweise des BVerfG NJW 2016, 1148 (1160 f.) = HRRS 2016 Nr. 100, Rn. 158.

³ Rahmenbeschluss 2002/584/JI vom 13. Juni 2002 i.d.F. des Rahmenbeschlusses 2009/299/JI vom 26. Februar 2009.

Das OLG Düsseldorf, dessen Beschluss Gegenstand der Verfassungsbeschwerde war,⁴ musste sich zunächst nur mit der Frage auseinandersetzen, ob das italienische Strafprozessrecht die Voraussetzungen des § 83 Nr. 3 IRG erfüllt. Dies war u.a. deshalb erforderlich geworden, weil der Betroffene, der in Florenz 1992 in Abwesenheit zu 30 Jahren Haft verurteilt und 2014 in Deutschland festgenommen worden war, Zweifel an der Vereinbarkeit substantiiert dargelegt hatte. Das OLG Düsseldorf reagierte auf das Vorbringen in der Form, dass es von der Generalstaatsanwaltschaft in Florenz Aufklärung über die Rechtslage verlangte. Diese versicherte in ihrer Antwort, der Betroffene werde im Einklang mit den Anforderungen des Rahmenbeschlusses behandelt, ohne allerdings zu begründen, wieso die rechtliche Situation in Italien den in § 83 Nr. 3 IRG aufgestellten Anforderungen entspricht. Das OLG ging nach einer eher cursorischen eigenen Prüfung der italienischen Rechtslage und unter Berücksichtigung der Zusicherung der Generalstaatsanwaltschaft Florenz davon aus, dass dem Betroffenen in Italien ein wirksamer Rechtsbehelf zur Verfügung stehe, in dessen Rahmen eine erneute Beweisaufnahme „jedenfalls nicht ausgeschlossen sei“.⁵

Ausgangspunkt aller weiteren Überlegungen ist damit zunächst die Frage, ob das OLG Düsseldorf tatsächlich davon ausgehen durfte, dass die Voraussetzungen des § 83 Nr. 3 IRG erfüllt sind. Dabei handelt es sich einerseits um eine einfache Subsumtionsfrage. Andererseits ist Voraussetzung für die Subsumtion im engeren Sinne die Konkretisierung des anzuwendenden Maßstabs, bei dem natürlich auch grundrechtliche Überlegungen eine maßgebliche Rolle spielen. Die Bedeutung der Grundrechte bei der Auslegung einfachen Rechts ist jedoch schon lange kein Grundsatzproblem mehr. Vorliegend ging es allenfalls darum, welches Gericht anhand welcher Grundrechte diese Frage zu beantworten hatte.

II. Lösungsansatz nach bisheriger Systematik: Vorlageverpflichtung und Solange II

Das BVerfG unterschied bisher zwischen Rechtsakten, die unionsrechtlich determiniert sind, und solchen, bei denen die Mitgliedstaaten über einen Umsetzungsspielraum verfügen. Bei unionsrechtlich determinierten Rechtsakten nahm das Gericht entsprechend der Solange II-Systematik seine Kontrollbefugnis zurück, solange auf Unionsebene ein strukturell gleichwertiger Grundrechtsschutz gewährleistet wird – ein Maßstab der positivrechtlich als Anforderung an die Europäische Integration in Art. 23 Abs. 1 S. 1 GG verankert worden ist.⁶ Die Differenzierung zwischen unionsrechtlich determinierten

Rechtsakten und solchen mit Umsetzungsspielraum für die Mitgliedstaaten führt dazu, dass im Fall der Determinierung auch der nationale Umsetzungsakt bzw. darauf basierende nationale Entscheidungen an Unionsrecht zu messen sind, was auch die Unionsgrundrechte miteinschließt. Die mitgliedstaatlichen Gerichte können bzw. müssen etwaige Fragen im Wege des Vorabentscheidungsverfahrens gem. Art. 267 AEUV dem EuGH vorlegen.⁷ Kommen sie der Vorlagepflicht nicht nach, kann dagegen Grundrechtsschutz vor dem BVerfG wegen Entzug des gesetzlichen Richters gem. Art. 101 Abs. 1 S. 2 GG gesucht werden. Das Gericht gewährt diesen jedoch nur in Fällen, in denen dem Fachgericht Willkür vorgeworfen werden kann. Auch wenn die Einzelheiten des Willkürmaßstabs umstritten sind,⁸ ist zumindest erforderlich, dass sich das jeweilige Gericht ausreichend mit den unionsrechtlichen Implikationen auseinandergesetzt und entsprechend kundig gemacht hat, so dass die Entscheidung in Bezug auf eine etwaige Vorlagepflicht vertretbar entschieden wurde.⁹

Das OLG Düsseldorf begründet in seiner Entscheidung zwar, warum es davon ausgeht, dass das italienische Strafprozessrecht den Anforderungen nach § 83 Nr. 3 IRG genügt. Es setzt sich allerdings nicht mit unionsrechtlichen bzw. unionsgrundrechtlichen Aspekten auseinander, sondern prüft allein anhand des in § 83 Nr. 3 IRG formulierten Maßstabs die italienische Rechtslage. Geht man aber, wie das BVerfG es ganz offensichtlich tut, davon aus, dass unter Berücksichtigung grundrechtlicher Wertungen erhebliche Zweifel an der Vereinbarkeit bestehen,¹⁰ so wäre es naheliegend gewesen, die Sache wegen Verstoßes gegen Art. 101 Abs. 1 S. 2 GG an das OLG zurückzuverweisen. Schließlich lässt sich nach den vom BVerfG aufgestellten Kriterien die Entscheidung des OLG insoweit als willkürlich bezeichnen, als dass es sich überhaupt nicht mit der Notwendigkeit einer Vorlage an den EuGH auseinandergesetzt und die Bedeutung der Unionsgrundrechte verkannt hat. Es wäre dann am EuGH gewesen zu entscheiden, ob Art. 4a Abs. 1 lit. d) des Rahmenbeschlusses so ausgelegt werden muss, dass in Fällen wie dem vorliegenden unter Berücksichtigung der Unionsgrundrechte die Mitgliedstaaten die Auslieferung verweigern dürfen. Hätte der EuGH dies verneint, hätte sich das BVerfG im Anschluss immer noch mit der Frage auseinandersetzen können, ob eine zusätzliche Kontrolle anhand der deutschen Grundrechte angezeigt ist – entweder, weil die Rechtsprechung ein strukturelles Defizit im Bereich des Grundrechtsschutzes offenbart (zumindest in Bezug auf den Schutz vor Auslieferung bei Verurteilungen in Abwesenheit) oder auf Grundlage der Systematik, die es nun mehr oder minder anlasslos¹¹

⁴ OLG Düsseldorf, Beschluss vom 7. November 2014, III – 3 Ausl 108/14, BeckRS 2015, 03446.

⁵ OLG Düsseldorf, Beschluss vom 7. November 2014, III – 3 Ausl 108/14, Rn. 25, BeckRS 2015, 03446.

⁶ BVerfGE 73, 271, 285; zur Solange II-Systematik gehört insb. die Konkretisierung durch den Bananenmarktbeschluss, wonach das BVerfG seine Kontrollbefugnisse nur ausübt, sofern der als unabdingbar gebotene Grundrechtsschutz auf Unionsebene generell nicht mehr gewährleistet wird; BVerfGE 102, 147, 164.

⁷ Gem. Art. 267 AEUV besteht eine Vorlagepflicht nur für letztinstanzliche Gerichte; zur Abgrenzung zwischen letztinstanzlichen und nicht-letztinstanzlichen Gerichten siehe Wegener in: Calliess/Ruffert (Hrsg.), EUV/AEUV, 4. Aufl. (2011), Art. 267, Rn. 26 ff. m.w.N.

⁸ Siehe hierzu u.a. Kunig in: v. Münch/Kunig (Hrsg.), GG-Kommentar, Band 2, 6. Aufl. (2012), Art. 101. Rn. 35 m.w.N.

⁹ BVerfG NJW 2001, 1267, 1268.

¹⁰ BVerfG NJW 2016, 1149, 1159 f. = HRRS 2016 Nr. 100, Rn. 150 ff.

¹¹ Der Anlass ist zumindest kein Konflikt zwischen dem durch das GG geforderten Mindestmaß an Grundrechts-

entwickelt hat und die auf dem Konzept der Identitätskontrolle basiert.

III. Identitätskontrolle und Grundrechtsschutz

1. Die Kategorisierungen des Lissabon-Urteils

Ausgehend vom Maastricht-Urteil¹² hat das BVerfG mit dem Lissabon-Urteil¹³ drei Konzepte etabliert, mit denen die Europäische Integration rechtlich eingegrenzt und einer gerichtlichen Kontrolle unterworfen wird. Zum Grundrechtsschutz, dessen Voraussetzungen das BVerfG ausgehend von seiner Solange II-Rechtsprechung konkretisiert hat, treten seitdem einerseits die Ultra-vires-Kontrolle und andererseits die Identitätskontrolle.¹⁴ Während die Ultra-vires-Kontrolle ihre Rechtfertigung im Prinzip der begrenzten Einzelermächtigung und damit im Wortlaut des Art. 23 Abs. 1 S. 2 GG findet, basiert der Schutz der grundgesetzlich garantierten Verfassungsidentität auf dem Zusammenspiel von Art. 23 Abs. 1 S. 3 und Art. 79 Abs. 3 GG.¹⁵ Die Verfassungsidentität wird allerdings nicht um ihrer selbst willen geschützt, sondern weil Art. 23 Abs. 1 S. 3 GG den Gesetzgeber verpflichtet, bei Gründung der EU und den Veränderungen der vertraglichen Grundlagen die in Art. 79 Abs. 3 GG statuierten Grenzen zu beachten. Die sog. Ewigkeitsklausel begrenzt die Möglichkeiten der Verfassungsänderung, d.h. die Gliederung des Bundes in Länder, die grundsätzliche Mitwirkung dieser an der Gesetzgebung und die in Artikel 1 und 20 GG niedergelegten Grundsätze dürfen nicht Gegenstand von Verfassungsänderungen sein.¹⁶ Diese Grenzen gelten auch für die Gründungsverträge der EU

schutz und dem vom Unionsrecht gewährleisteten, d.h. eine Konfliktsituation, die im Grunde seit der Solange II-Entscheidung die Perspektive des BVerfG geprägt hat, lag gerade nicht vor. Ganz im Gegenteil: Das BVerfG geht davon aus, dass auch eine Bewertung auf Grundlage des Unionsrechts zu keinem anderen Ergebnis führen würde; vgl. BVerfG NJW 2016, 1157 f. = HRRS 2016 Nr. 100, Rn. 132 ff. Der Anlass könnte vielmehr in einer aus Perspektive des BVerfG ausufernden Anwendung der Unionsgrundrechte durch den EuGH liegen, die ihren Ausdruck in den Entscheidungen Åkerberg Fransson, EuGH EuZW 2013, 302, 303, und Melloni, EuGH NJW 2013, 1215, 1219 gefunden haben. Der Anlass wäre dann eine „wie du mir, so ich dir“-Logik: Weil der EuGH die Unionsgrundrechte extensiv und aus Sicht des BVerfG über die in Art. 52 III GRC gesetzten Grenzen hinweg anwendet, behält sich nun auch das BVerfG eine extensivere Anwendung der deutschen Grundrechte vor; ähnlich auch das Fazit von Sauer NJW 2016, 1134, 1138.

¹² BVerfGE 89, 155 = NJW 1993, 3047.

¹³ BVerfGE 123, 267 = NJW 2009, 2267.

¹⁴ Zur Systematik und Entwicklung siehe ausführlich *Schwerdtfeger* EuR 2015, 290, 292 ff.

¹⁵ So bereits das BVerfG im Lissabon-Urteil; vgl. BVerfG NJW 2009, 2271 f. Auch im Urteil zum Europäischen Haftbefehl führt das Gericht Art. 23 Abs. 1 S. 3 i.V.m. Art. 79 Abs. 3 GG als Grundlage für die Identitätskontrolle an; vgl. BVerfG NJW 2016, 1149, 1150 = HRRS 2016 Nr. 100, Rn. 74.

¹⁶ Siehe hierzu im Einzelnen *Dietlein*, in: Epping/Hillgruber, Beck OK GG, Art. 79 Rn. 22 ff.

und deren Änderungen.¹⁷ Weil nach verbreiteter, wenn auch nicht unwidersprochener Lesart Art. 79 Abs. 3 GG in diesem Kontext auch die Staatlichkeit der Bundesrepublik schützt,¹⁸ hat das BVerfG im Lissabon-Urteil unter dem Stichwort der Verfassungsidentität einen Kern integrationsfester Bereiche genannt, die für die Staatlichkeit Deutschlands und damit die Verfassungsidentität maßgeblich sind.¹⁹

Der Wortlaut des Art. 23 Abs. 1 GG legt deshalb folgende Systematisierung der unterschiedlichen Konzepte nahe: Die Verfassungsidentität kann nur durch die Übertragung weiterer Kompetenzen im Rahmen der Änderung der Unionsverträge betroffen sein. Als Auffangtatbestand nennt Art. 23 Abs. 1 S. 3 GG zwar noch „vergleichbare Regelungen, durch die dieses Grundgesetz seinem Inhalt nach geändert oder ergänzt wird“. Damit soll jedoch lediglich sichergestellt werden, dass auch Kompetenzübertragungen auf Einheiten, die formal außerhalb des institutionellen Gefüges der Union stehen, obwohl sie der Sache nach Teil des Europäischen Integrationsprozesses sind, erfasst sind. Die Identitätskontrolle soll mit anderen Worten vor Entstaatlichung schützen.²⁰ Dies führt jedoch dazu, dass sie auf Sekundärrechtsakte keine Anwendung findet.²¹ Für diese greifen, sofern die Voraussetzungen vorliegen, allenfalls die Ultra-vires- oder die Grundrechtskontrolle. Für letztere bleibt es jedoch beim Solange II-Standard, und auch nicht jede Verletzung der Kompetenzen durch Unionsorgane ist für ein Ultra-vires-Verfahren ausreichend. Vielmehr muss das „kompetenzwidrige Handeln offensichtlich (sein) und der angegriffene Akt im Kompetenzgefüge zwischen Mitgliedstaaten und Union ... erheblich ins Gewicht fallen.“²²

2. Die Neuausrichtung

Diese auf dem Wortlaut des Art. 23 Abs. 1 GG basierende Systematik hat das BVerfG mit seinem Beschluss zum Europäischen Haftbefehl grundlegend verändert. Statt zwischen den drei Konzepten der Identitäts-, der Ultra-vires- und der Grundrechtskontrolle zu unterscheiden, hat das Gericht erstere und letztere zu einer neuen Kategorie verschmolzen, die in Zukunft eigenständig neben

¹⁷ Vgl. *Scholz*, in: Maunz/Dürig (Hrsg.), GG, 76. EL (Dezember 2015), Art. 23 Rn. 122 ff.

¹⁸ So z.B. die Auffassung von *Kirchhof*, in: Isensee/Kirchhof (Hrsg.), Handbuch des Staatsrechts, Band 10 (2012), S. 342 ff.; *Kaufmann*, Europäische Integration und Demokratieprinzip (1997), S. 415; *Gärditz/Hilgruber* JZ 2009, 872, 879. Dagegen steht die schlichte Aussage: „Dafür spricht nichts“; *Bryde* in: v. Münch/Kunig, GG-Kommentar, 5. Aufl. (2003), Art. 79 Rn. 49a.

¹⁹ Hierzu zählen u.a. das polizeiliche und militärische Gewaltmonopol, das Budgetrecht, das Strafrecht, das Sozialstaatsprinzip und kulturelle Fragen; BVerfG NJW 2009, 2267, 2271.

²⁰ *Scholz*, in: Maunz/Dürig (Hrsg.), GG, 76. EL (Dezember 2015), Art. 23 Rn. 123.

²¹ *Schwerdtfeger* EuR 2015, 290, 295.

²² So das BVerfG in seinem Honeywell Beschluss aus dem Jahr 2010; BVerfGE 126, 286,304; diesen Maßstab hat das Gericht auch in seinem OMT-Urteil zu Grunde gelegt; BVerfG 2 BvR 2728/13 u.a. – 21. Juni 2016, Rn. 147 ff.

die bisherigen treten wird.²³ Die Argumentationsstruktur des Gerichts lässt sich mit seinen eigenen Worten wie folgt zusammenfassen: Die „Grenzen für die Öffnung deutscher Staatlichkeit ergeben sich ... aus der in Art. 79 Abs. 3 GG niedergelegten Verfassungsidentität des Grundgesetzes.“²⁴ Die Verfassungsidentität erfasst die in Art. 1 GG statuierten Grundsätze, mithin die Verpflichtung aller staatlichen Gewalt, die Würde des Menschen zu achten und zu schützen.²⁵ Das Schuldprinzip, d.h. der Grundsatz, dass jede Strafe Schuld voraussetzt, hat das BVerfG bereits in seiner früheren Rechtsprechung an Art. 1 Abs. 1 GG rückgekoppelt.²⁶ Da nach der Auffassung des Gerichts nicht gewährleistet ist, dass das italienische Strafprozessrecht die Voraussetzungen des Art. 4a Abs. 1 lit. d) des Rahmenbeschlusses bzw. § 83 Nr. 3 IRG erfüllt, war das Schuldprinzip betroffen, so dass die Auslieferung, bei der die deutschen Grundrechte zu beachten sind, Art. 1 I GG verletzt hätte. Da Art. 79 Abs. 3 GG nur auf die in Art. 1 und 20 GG niedergelegten Grundsätze verweist, werden auch nur Verstöße gegen die Menschenwürde erfasst. Der entscheidende Unterschied zur Solange II-Systematik besteht darin, dass es keines Nachweises eines strukturellen Grundrechtsdefizits auf Unionsebene mehr bedarf. Stattdessen kann nunmehr jeder Verstoß gegen die Menschenwürde unter Verweis auf den Schutz der Verfassungsidentität vor dem BVerfG geltend gemacht werden und zwar auch dann, wenn es sich um unionsrechtlich determinierte Rechtsakte handelt. Der Bruch mit der Solange II-Systematik und die Schaffung einer vierten Kategorie ist insoweit offensichtlich.

Natürlich ist das auf der Solange II-Rechtsprechung basierende Konzept nicht sakrosankt. Es ist in Reaktion auf die Europäische Integration entwickelt worden, so dass Veränderungen in diesem Bereich eine entsprechende Anpassung erfordern können. Dennoch sind der konzeptionelle Aufhänger und die systematische Herleitung, die das BVerfG gewählt hat, nur eingeschränkt überzeugend. Art. 79 Abs. 3 GG schützt die Verfassungsidentität nur im Fall von Verfassungsänderungen. Dasselbe gilt für die Bezugnahme auf die Ewigkeitsklausel in Art. 23 Abs. 1 S. 3 GG. Das BVerfG erweitert den Schutzbereich jedoch auf die Europäische Integration insgesamt. Diese Erweiterung hat allerdings keine Grundlage im Wortlaut des Grundgesetzes. Auch eine teleologische Herleitung ist angesichts der Eindeutigkeit des Wortlauts wenig erfolgsversprechend. Der Schutz der Verfassungsidentität ist kein Meta-Zweck des Grundgesetzes, sondern findet seine Grundlage in Art. 23 Abs. 1 S. 3 GG i.V.m. Art. 79 Abs. 3 GG. Liegen deren tatbestandliche Voraussetzungen nicht vor, verliert das auf den Vorschriften basierende Konzept seine Überzeugungskraft. Die Verfassungsidentität ist damit ein weiteres Beispiel für abstrakte Konzepte, die sich von ihrer ursprünglichen Grundlage lösen und ein dogmatisches Eigenleben entwickeln, weil sie Bestand des Kanons akzeptierter Argumente werden.

²³ So auch Sauer NJW 2016, 1134, 1135; Classen EuR 2016, 304, 307 f.

²⁴ BVerfG NJW 2016, 1149, 1150 = HRRS 2016 Nr. 100, Rn. 79.

²⁵ BVerfG NJW 2016, 1149, 1152 = HRRS 2016 Nr. 100, Rn. 87.

²⁶ Vgl. u.a. BVerfGE 45, 187, 259 f.; 130, 1, 26; 133, 168, 197.

Statt die Verfassungsidentität zu instrumentalisieren wäre es aus systematischer Perspektive naheliegender gewesen, sich entweder auf die herausgehobene Stellung der Menschenwürde zu berufen und die Kriterien der Solange II-Systematik in Bezug darauf zu relativieren. Das Ergebnis wäre dasselbe gewesen, allerdings deutlich gradliniger und ohne Überdehnung des Konzepts der Verfassungsidentität.

Alternativ hätte das BVerfG natürlich auch den gesamten Grundrechtsschutz im Fall durch das Unionsrecht determinierter Rechtsakte neu konzeptualisieren können, statt sich auf den Schutz der Menschenwürde zu beschränken.²⁷ Dafür bot der Fall allerdings wenig Anlass. Schließlich vermittelt der Beschluss in seiner jetzigen Form bereits den Eindruck, dass das BVerfG nach einem Anlass für eine Neuausrichtung der Grundrechtskontrolle und damit einer Neupositionierung im Verhältnis zum EuGH gesucht hat. So betont das Gericht, dass auch die Anwendung der Unionsgrundrechte zu keinem anderen Ergebnis führte, da diese, erstens, durch entsprechende Verweise im Rahmenbeschluss bei dessen Auslegung zu berücksichtigen seien²⁸ und, zweitens, die über Art. 53 Abs. 3 GRC zu berücksichtigende Rechtsprechung des EGMR zur EMRK zum Ergebnis habe, dass eine Anwendung der Unionsgrundrechte zu demselben Auslegungsergebnis des Art. 4a Abs. 1 lit. d) des Rahmenbeschlusses führe, zu dem das BVerfG unter Anwendung von Art. 1 Abs. 1 GG gelangt sei.²⁹ Diese Auslegung sei auch derart evident (*acte clair*), dass es keiner Vorlage nach Art. 267 AEUV bedurfte.³⁰

3. Offene Fragen

Der Beschluss schlägt zwar ein neues Kapitel im Grundrechtsschutz auf, skizziert dessen Inhalt aber nur grob, so dass einige offene Fragen bleiben. Eine von ihnen bezieht sich darauf, in welchem Umfang sich das BVerfG im Bereich des Art. 1 Abs. 1 GG von der Solange II-Systematik verabschiedet. Letztere basiert schließlich auf einem Konflikt zwischen Grundrechtsgewährung auf Unionsebene und Grundrechtsgewährleistung nach dem GG. Wie bereits ausgeführt liegt ein solcher nach Auffassung des BVerfG im vorliegenden Fall jedoch gar nicht vor. Wird das Gericht also nun in Zukunft in Konstellationen, in denen bei durch das Unionsrecht determinierten Rechtsakten eine Verletzung von Art. 1 Abs. 1 GG geltend gemacht wird, immer parallelen Grundrechtsschutz gewähren?

Für ein solches Verständnis sprechen die Aussagen des Gerichts selbst. So stellt es fest, dass es in Zukunft, sofern „die Verletzung der Menschenwürdegarantie geltend gemacht (wird), ... einen solchen schwerwiegenden

²⁷ So haben sich Teile der Literatur in Reaktion auf das Urteil des BVerfG dafür ausgesprochen, das BVerfG möge sich einem neuen Kooperationsmodell zuwenden; vgl. Classen EuR 2016, 304, 308 f.; Sauer NJW 2016, 1134, 1135.

²⁸ BVerfG NJW 2016, 1149, 1157 f. = HRRS 2016 Nr. 100, Rn. 132 ff.

²⁹ BVerfG NJW 2016, 1149, 1158 f. = HRRS 2016 Nr. 100, Rn. 137 ff.

³⁰ BVerfG NJW 2016, 1149, 1162 = HRRS 2016 Nr. 100, Rn. 167.

Grundrechtsverstoß im Rahmen der Identitätskontrolle“ prüfen wird.³¹ Zwar kündigt das Gericht erhöhte Zulässigkeitsanforderungen in Form von Substantiierungspflichten an, so dass Betroffene im Einzelnen darlegen müssen, dass Art. 1 Abs. 1 GG verletzt ist.³² Diese beziehen sich aber nur auf den Menschenwürdeverstoß und nicht darauf, dass es im konkreten Fall zu einem Konflikt mit dem Grundrechtsschutz auf Unionsrechtsebene gekommen ist. Auch die jüngste Entscheidung des BVerfG zum Europäischen Haftbefehl im Rahmen des einstweiligen Rechtsschutzes deutet auf eine parallele Grundrechtsprüfung hin.³³

Es ist jedoch nicht ausgeschlossen, dass das BVerfG in Zukunft zumindest insoweit der Solange II-Systematik treu bleibt, als dass es am Vorliegen eines Konflikts festhält. So könnte der Verzicht auf einen solchen nämlich auch den Besonderheiten der konkreten Fallkonstellation geschuldet sein. Außerdem hätte das Gericht andernfalls gar keinen Anlass gehabt, sich so grundsätzlich zu äußern. Sofern das Urteil also vor allem eine Neupositionierung des BVerfG in Reaktion auf die Rechtsprechung des EuGH in *Åkerberg Fransson*³⁴ und *Melloni*³⁵ bezweckt, sprächen mithin gute Gründe dafür, dass das BVerfG auch in Zukunft nur dann Grundrechtsschutz gewährleistet, wenn ein Konflikt mit der Grundrechtsgewährleistung auf Unionsebene entsteht. Der Unterschied zu Solange II bestünde dann darin, dass ein Einzelverstoß ausreicht. Damit hätte das BVerfG möglicherweise auch ein weiteres Ziel erreicht: Es muss nicht mehr selbst Fragen zur Auslegung des Unionsrechts dem EuGH vorlegen, sondern zwingt die Fachgerichte dies zu tun. Auf Grundlage der EuGH-Rechtsprechung kann es dann im Einzelfall entscheiden, ob es selbst auf Grundlage der neu eingeführten Kategorie im Einzelfall ergänzenden Grundrechtsschutz gewährleistet, um konkrete Entscheidungen des EuGH zur Grundrechtsgewährleistung zu revidieren.

Das leitet über zu einer weiteren offenen Frage. Es geht um die Abgrenzung der „neuen“ Grundrechtskontrolle bei geltend gemachten Menschenwürdeverletzungen unter Bemühung der Verfassungsidentität von allen anderen vorgetragenen Grundrechtsverletzungen, für die nach wie vor der Nachweis eines strukturellen Grundrechtsdefizits erforderlich ist, da für alle Grundrechte außer Art. 1 GG die Solange II-Systematik nach wie vor Bestand hat. Diese Frage ist deshalb besonders drängend,

weil sich argumentieren lässt, dass alle Grundrechte auf Art. 1 Abs. 1 GG basieren, mithin jedes Grundrecht einen Menschenwürdekern aufweist.³⁶ Dieser ist regelmäßig dann betroffen, wenn die Grundrechtsverletzung besonders schwerwiegend ist. Dementsprechend ließe sich in solchen Fällen plausibel begründen, dass das BVerfG auch im Einzelfall eine Grundrechtskontrolle ausüben müsse, weil auch Art. 1 Abs. 1 GG betroffen sei. Betroffene müssten gerade nicht nachweisen, dass der Grundrechtsschutz auf Unionsebene strukturell hinter dem durch das GG gewährten zurückbleibt. Das führt zwangsläufig zu der Frage, anhand welcher Kriterien sich ein „normaler“ Grundrechtsverstoß von einem „schwerwiegenden“ Grundrechtsverstoß abgrenzen lässt. Es dürfte außerordentlich schwierig sein, hierfür einen zuverlässigen Maßstab zu entwickeln, der darüber hinaus auch noch im Rahmen der Zulässigkeitsprüfung operabel ist. In der Praxis wird das BVerfG das Problem wahrscheinlich durch das ebenfalls im Urteil aufgestellte Erfordernis einer Substantiierungspflicht im Einzelnen lösen.³⁷ Diese ist mangels Bestimmtheit als Maßstab allerdings ebenso ungeeignet. Ohne Konkretisierung drohen jedoch maßstabslose und damit willkürliche Entscheidungen.

IV. Fazit

Trotz aller Kritik an der systematischen Herleitung ist die vom BVerfG entwickelte Kategorie einer Grundrechtskontrolle bei geltend gemachter Menschenwürdeverletzung gegen durch das Unionsrecht determinierte Rechtsakte gekommen um zu bleiben. Entscheidend wird deshalb sein, wie das BVerfG die offenen Fragen beantworten bzw. mit den dahinterstehenden Fallkonstellationen umgehen wird. Natürlich ließe sich kritisieren, dass sich das Gericht zu sehr auf die institutionelle Auseinandersetzung mit dem EuGH konzentriert und darüber materielle Fragen nicht beantwortet habe, so dass es nun zu erheblichen Rechtsunsicherheiten hinsichtlich des durch das BVerfG gewährten Grundrechtsschutzes kommt. Letzteres ist richtig, die Forderung nach abschließender Maßstabbildung in einem Urteil wie dem vorliegenden jedoch unrealistisch. Urteile entscheiden eben doch einen konkreten Fall. Außerdem sind sie Ausdruck eines Kompromisses der daran Beteiligten. Dementsprechend ist es für eine abschließende Bewertung noch zu früh. Erst die weiteren Entscheidungen werden zeigen, wie sich die Neupositionierung des BVerfG auswirken wird. Fortsetzung folgt... und dass es eine Fortsetzung geben wird, dürfte zu den derzeit wenigen Gewissheiten gehören.

³¹ BVerfG NJW 2016, 1149, 1151 = HRRS 2016 Nr. 100, Rn. 74.

³² BVerfG NJW 2016, 1149, 1152 = HRRS 2016 Nr. 100, Rn. 89.

³³ BVerfG 2 BvR 890/16 – 6. Mai 2016 (KG) = HRRS 2016 Nr. 517.

³⁴ EuGH EuZW 2013, 302, 303.

³⁵ EuGH NJW 2013, 1215, 1219.

³⁶ So auch *Sauer* NJW 2016, 1134, 1137.

³⁷ BVerfG NJW 2016, 1149, 1152 = HRRS 2016 Nr. 100, Rn. 89.

Das BVerfG und der Europäische Haftbefehl – ein Gericht auf Identitätssuche

Von Prof. Dr. Frank Meyer, Zürich

I. Einleitung

Der EuHb-II-Beschluss des BVerfG hat berechnete Aussichten darauf, zu einer der meist diskutierten Entscheidungen der letzten Jahre zu werden.¹ Er hat weitreichende Folgen für das Gefüge des europäischen Grundrechtsschutzes und die Praxis des Auslieferungsrechts. Dabei hätte es nie zu dieser Entscheidung kommen dürfen, lag ihr doch ein eigentlich simpler Sachverhalt zugrunde.² Eine italienische Staatsanwaltschaft hatte einen Europäischen Haftbefehl gegen einen in Deutschland aufhältigen US-Bürger zur Vollstreckung eines (zwölf Jahre zuvor!) in Abwesenheit ergangenen (und nicht zugestellten) Urteils ausgestellt und Deutschland um Vollstreckung ersucht. Diesem Ansinnen wurde von Seiten des Rechtsbeistands substantiiert entgegengebracht, dass nicht gewährleistet sei, dass dem Gesuchten in Italien die menschenrechtlich gebotene Wiederaufnahme seines Verfahrens³ gegen das Abwesenheitsurteil in effektiver Weise eingeräumt würde. Insbesondere war nicht sichergestellt, dass es zu einer vollwertigen neuen Beweisaufnahme kommen würde. Die italienischen Behörden hatten es bei vagen Erklärungen bewenden lassen und in wenig vertrauenerweckender Form keine eindeutige Garantie dafür ausgesprochen, dass die konkret betroffenen unions- und konventionsrechtlich gewährten Verfahrensrechte eingehalten werden. Damit hätte eigentlich § 83 Nr. 3 IRG a. F. einer Überstellung entgegengestanden. Doch das zuständige OLG Düsseldorf versuchte sich lieber selbst an einer Analyse der italienischen Rechtslage und kam zu dem Schluss, dass man zumindest nicht ausschließen könne (!), dass der Fall nach Überstellung von einem Gericht behandelt wird, das zur Überprüfung des Urteils in rechtlicher und tatsächlicher Hinsicht befugt und auch zur Erhebung neuer Beweise berechtigt wäre, obwohl dies bei italienischen Berufungsgerichten

in der Regel gerade nicht der Fall ist. Dieses haarsträubende Vorgehen blieb nur deshalb ohne gravierende Folgen für den US-Bürger, weil die Überstellung vom BVerfG per einstweilige Anordnung gestoppt wurde. In der Hauptsache entschied das BVerfG dann wenig überraschend, dass das OLG Düsseldorf die Grundrechte der gesuchten Person verletzt hatte, weil es die Überstellung trotz der ernstzunehmenden Gefahr einer schweren Grundrechtsverletzung im Ausstellungsstaat für zulässig erklärt hatte.

Das BVerfG traf damit sachlich die einzig richtige, weil grundrechtsschützende Entscheidung und stopfte zugleich eine empfindliche Lücke im Rechtsschutzsystem des Auslieferungsrechts, die der Fall offengelegt hatte: Gegen Entscheidungen der OLG-Rechtshilfesenate, die Unionsrechte verletzen, besteht weder ein ordentliches nationales Rechtsmittel noch eine europäische Grundrechtsbeschwerde. Der Weg zum EGMR ist subsidiär, sodass das BVerfG gefordert war. Ungläubiges Erstaunen und mittlerweile massive Kritik⁴ haben jedoch der Weg, den das BVerfG einschlägt, um seine Kompetenz zur Prüfung der Implementierung von Unionsrecht anhand des Grundgesetzes zu begründen, und dessen Implikationen hervorgerufen. Denn das BVerfG aktivierte erstmals den in der Lissabon-Entscheidung aus der Taufe gehobenen Identitätsvorbehalt; ohne dass es auf diesen für die Lösung des Falles angekommen wäre bzw. dessen Anwendungsvoraussetzungen überhaupt vorgelegen hätten. Ein aktueller Beschluss des BVerfG im einstweiligen Rechtsschutz gegen eine Überstellung an das Vereinigte Königreich unterstreicht jedoch,⁵ dass es sich nicht um einen Sturm im Wasserglas handelt, sondern um eine fundamentale tektonische Verschiebung mit weitreichenden Konsequenzen, deren genaue Umrisse sich noch nicht genau absehen lassen, die aber die Funktionsfähigkeit des europäischen Rechtshilfesystems erschüttern könnten.

Der Beitrag wird sich nach einem Kurzausschnitt der Entscheidung daher schwerpunktmäßig der materiellen Herleitung der Prüfungskompetenz durch das BVerfG widmen und deren europarechtlichen und rechtshilfe-

¹ BVerfG, Beschluss v. 15.12.2015, 2 BvR 2735/14, NJW 2016, S. 1149 = HRRS 2016 Nr. 100.

² Für eine genauere Darstellung Kühne StV 2016, 299 ff.; Meyer NJECL 2016, Heft 3.

³ Der Verurteilte war vor dem Verfahren nicht ordnungsgemäß geladen worden; zum Recht auf eine neue Verhandlung s. Art. 9 i.V.m. Art. 8 Abs. 2 Richtlinie (EU) 2016/343 des Europäischen Parlaments und des Rates vom 9. März 2016 über die Stärkung bestimmter Aspekte der Unschuldsvermutung und des Rechts auf Anwesenheit in der Verhandlung in Strafverfahren, ABl. L 65/1; zur Rechtslage nach der EMRK Meyer, in: Karpenstein/Mayer (Hrsg.), EMRK, 2. Aufl. (2015), Art. 6 Rn. 111 ff.

⁴ Brodowski JR 2016, II.; Burchardt ZaöRV 76 (2016), 527; Meyer NJECL 2016, Heft 3; Nettessheim JZ 2016, 424; Sachs JuS 2016, 373; Sauer NJW 2016, 1134; Schönberger JZ 2016, 422.

⁵ BVerfG, Beschluss v. 6.5.2016, 2 BvR 890/16 = HRRS 2016 Nr. 517.

rechtlichen Auswirkungen nachgehen. Vor diesem Hintergrund wird auch zu diskutieren sein, wie das BVerfG den Geist, den es gerufen hat, wieder in die Flasche bekommt. Denn unmoderiert ist die derzeitige Position nicht haltbar. Diverse Abschwächungsmechanismen werden dazu aufgezeigt. In der Hauptsacheentscheidung zu der zuvor erwähnten Verfassungsbeschwerde gegen die Für-zulässig-Erklärung einer Überstellung an das Vereinigte Königreich wird das BVerfG bald Gelegenheit haben, offenzulegen, wie es künftig mit den Folgen seiner Identitätsrechtsprechung umzugehen gedenkt. Dieser Fall ist auch deswegen von großer Bedeutung, weil mit der möglichen Verwertung des Schweigens des Angeklagten ein Aspekt im Zentrum steht, der weder im Rahmenbeschluss über den Europäischen Haftbefehl noch in der Rechtsprechung des EGMR als Ablehnungsgrund anerkannt ist.

II. Der EuHb-II-Beschluss in Kürze

Mit Blick auf die etablierten auslieferungsrechtlichen Standards hätte man mit einer nüchternen Feststellung rechnen dürfen, dass der Grundsatz des fairen Verfahrens bei der Anwendung einfachen nationalen Rechts (hier: des IRG) verletzt worden ist, weil der gesuchten Person in Italien ein „*flagrant denial of justice*“ gedroht hätte: ein vom EGMR anerkanntes Auslieferungshindernis, das in RB-EuHb und IRG ausdrücklich Erwähnung findet.⁶ Freilich hat weder die EMRK Verfassungsrang, noch dient das BVerfG als Beschwerdeinstanz für fehlerhafte Beschlüsse von Oberlandesgerichten in Rechtshilfesachen. Das BVerfG musste daher einen unmittelbaren Grundgesetzbezug herstellen, um seine Gerichtsbarkeit zu begründen. Das war eigentlich auch nicht sonderlich schwer, denn das Grundgesetz enthält mit der Garantie des fairen Verfahrens aus Art. 2 Abs. 1 i.V.m. Art. 20 Abs. 3 GG eine parallele Gewährleistung.⁷

Im Kontext des Unionsrechts ist dieser Schritt zwar generell durch dessen allgemeinen Vorranganspruch erschwert, weil dieser auch gegenüber der Verfassung greift. Jedoch ist nach EU-Recht von einer (jurisdiktions-eröffnenden) parallelen Anwendbarkeit von Unionsgrundrechten und nationalen Grundrechten auszugehen, soweit dadurch nicht Vorrang und Wirksamkeit des Unionsrechts beeinträchtigt werden.⁸ Eine solche Kollision war weit und breit nicht in Sicht. Das BVerfG kommt in seiner Begründung selbst zu dem Ergebnis, dass ein Gleichklang zwischen den Anforderungen von Grundgesetz und Grundrechtecharta besteht.⁹ Das BVerfG hätte daher ohne viel Aufhebens eine „normale“ Grundrechts-

prüfung durchführen können. Doch diesen naheliegenden Weg geht das BVerfG nicht, sondern stützt sich (in letztlich nicht mehr vertretbarer Weise) auf den sog. Identitätsvorbehalt. Es präsentiert seine Prüfungskompetenz als prioritäre Pflicht zum Schutz der Verfassungsidentität und damit als Grenze des Anwendungsvorrangs.¹⁰

Neben dem Ultra-vires-Vorbehalt¹¹ ist der Identitätsvorbehalt der zweite Sicherheitsmechanismus, den das BVerfG ersonnen hat, um die fundamentalen, von der Ewigkeitsgarantie umfassten Rechtsgrundsätze des Grundgesetzes (gemäß Art. 23 Abs. 1 Satz 3 in Verbindung mit Art. 79 Abs. 3 und Art. 1 Abs. 1 GG) gegen Übergriffe des Unionsgesetzgebers zu armieren.¹² Ihr Eingreifen setzt voraus, dass die Anwendung der rechtlichen Vorgaben des Unionsrechts sich nicht mehr mit den Schutzgehalten der Ewigkeitsgarantie in Einklang bringen lässt.¹³ In diesem Fall sieht sich das BVerfG nicht mehr an den grundsätzlich akzeptierten Vorrang des Unionsrechts gebunden. Um im vorliegenden Fall zu ihrer Anwendung zu gelangen, musste zum einen ausgeblendet werden, dass eine Kollisionslage gar nicht existierte. Zum anderen musste auch der Fairnessverstoß des OLG neu verpackt werden. Hierbei kam dem BVerfG seine eigene Rechtsprechung zum Schuldgrundsatz gut zupass.¹⁴ Zum einen verortet das BVerfG das personelle Schuldprinzip (auch) in der Menschenwürde,¹⁵ und zum anderen schreibt es ihm in Bezug auf Wahrheitsbegriff und Wahrheitserforschung im Strafverfahren fortlaufend neue Gehalte zu.¹⁶ Prima vista werden dadurch (auch allenfalls lose) schuldbasierte Erfordernisse der Beweiserhebung und Prozessführung zu Bestandteilen der Menschenwürdegarantie und damit zum integrationsfesten Identitätskern der deutschen Verfassung. Vermittelt über den Schuldgrundsatz gelangt das BVerfG im vorliegenden Fall daher zu einem Verstoß gegen Art. 1 GG,¹⁷ weil das OLG die gesuchte Person der Gefahr einer Bestrafung ausgesetzt hätte, ohne dass deren Schuld zuvor in menschenwürdekonformer Weise festgestellt worden wäre. Denn nach deutschem Rechtsverständnis wäre eine umfassende und effektive Überprüfung des Urteils zur Ermittlung der materiellen Wahrheit (als Grundvoraussetzung für eine auf individueller Schuld beruhende Verur-

¹⁰ BVerfG, Beschluss v. 15.12.2015, 2 BvR 2735/14, Rn. 34, 36 = HRRS 2016 Nr. 100.

¹¹ BVerfG, Beschluss v. 6. Juli 2010, 2 BvR 2661/06, Rn. 55 ff.

¹² BVerfG, Beschluss vom 15.12.2015 – 2 BvR 2735/14 = HRRS 2016 Nr. 100; anknüpfend an BVerfG, Urteil v. 30.06.2009, 2 BvE 2/08, 2 BvE 5/08, 2 BvR 1010/08, 2 BvR 1022/08, 2 BvR 1259/08, 2 BvR 182/09 (Lissabon-Vertrag), Rn. 240 ff.; kritisch zu dieser Rechtsfigur jüngst *Bogdandy/Schill* CMLRev 48 (2011), 1417, 1438–1439; *Halberstam/Möllers* German Law Journal 10 (2009), 1241, 1249 ff., *Ingold* AöR 140 (2015), 1; *Schönberger* JöR 63 (2015), 41; *Thym* CMLRev 46 (2009), 1795.

¹³ Vgl. BVerfGE 123, 267, 354; BVerfG, Beschluss v. 15.12.2015, 2 BvR 2735/14, Rn. 43 = HRRS 2016 Nr. 100.

¹⁴ Vgl. BVerfG, Beschluss v. 15.12.2015, 2 BvR 2735/14, Rn. 113, 119, 123 = HRRS 2016 Nr. 100; BVerfG, Urteil v. 30.06.2009, 2 BvE 2/08, 2 BvE 5/08, 2 BvR 1010/08, 2 BvR 1022/08, 2 BvR 1259/08, 2 BvR 182/09, Rn. 364.

¹⁵ BVerfG, Beschluss v. 15.12.2015, 2 BvR 2735/14, Rn. 50 ff. = HRRS 2016 Nr. 100

¹⁶ BVerfG, Beschluss v. 15.12.2015, 2 BvR 2735/14, Rn. 57 = HRRS 2016 Nr. 100; krit. dazu *Brodowski* JR 2016, II. 3.

¹⁷ Skeptisch *Nettesheim* JZ 2016, 424, 427.

⁶ Art. 4a Rb-EuHb; § 83 Nr. 3 IRG; dazu *Meyer*, in: *Ambos/König/Rackow* (Hrsg.), *Rechtshilferecht in Strafsachen* (2015), § 83 Rn. 903 ff.

⁷ So auch noch die 3. Kammer des Zweiten Senats im einstweiligen Rechtsschutz, BVerfG, Beschluss v. 27. 11. 2014 – 2 BvR 2735/14.

⁸ Nach seiner eigenen, mit dem EuGH-Ansatz nicht deckungsgleichen Trennungsthese wäre das BVerfG wohl ebenfalls ohne Schwierigkeiten mit der grundsätzlichen Vorrangstellung zur Anwendbarkeit des Grundgesetzes gelangt; vgl. auch *Schönberger* JZ 2016, 422, 423.

⁹ BVerfG, Beschluss v. 15.12.2015, 2 BvR 2735/14, Rn. 125 = HRRS 2016 Nr. 100.

teilung) durch ein Gericht mit voller Kognition erforderlich gewesen.

Da dieser Verstoß sich im Ausland ereignet und primär in der Verantwortung ausländischer Justizorgane gelegen hätte, bedurfte es aber noch eines weiteren Begründungsschritts. Das BVerfG bedient sich hierbei des auch aus der Praxis des EGMR zu Art. 1 EMRK bekannten „Handreichungsgedankens“.¹⁸ Deutsche Amtsträger dürften keinen fremdstaatlichen Verhaltensweisen im Ausland Vorschub leisten, die ihrer Qualität nach Art. 1 GG verletzen. Auf diesem Weg kommt das BVerfG zu dem in der Sache einzig richtigen Ergebnis, demzufolge das OLG sich sorgfältig hätte vergewissern müssen, dass der gesuchten Person wirklich eine erneute und effektive Überprüfung der Vorwürfe gewährt würde, bevor es eine Überstellung zur Vollstreckung eines Abwesenheitsurteils für zulässig erklärt.¹⁹ Und genau dies hatte das OLG Düsseldorf sträflich vernachlässigt.

Dass das Ergebnis in der Sache richtig und begrüßenswert ist,²⁰ vermag indessen nichts daran zu ändern, dass vorliegend keine Kollision mit dem Unionsrecht vorlag und somit auch kein Anwendungswendungsfall für den Identitätsvorbehalt.²¹ Die sekundärrechtlichen Unionsvorgaben und deren nationale Implementierung boten keinen Anlass, an ihrer Vereinbarkeit mit dem Grundgesetz zu zweifeln.²² Vielmehr hatte ein deutsches Gericht sowohl deutsches als auch EU-Recht verletzt.

Und dennoch macht sich das BVerfG dazu auf, sein Verhältnis zum EuGH im Bereich des Grundrechtsschutzes neu auszutarieren. Der EuHb-II-Beschluss wirft damit vor allem ein Schlaglicht auf die Suche des BVerfG nach einer passenden Rolle im Gefüge des europäischen Grundrechtsschutzverbundes. Das BVerfG nimmt sich des Falles anfänglich als Superrevisionsinstanz in Rechtshilfesachen und Ad-hoc-Menschenrechtsgerichtshof an, mutiert dann zum verfassungspolitischen Akteur²³ und krönt sich schließlich selbst zum (unbe-

dingten, d.h. unionsrechtlich nicht gebundenen und vorrangigen) Letztentscheider und Treuhänder in Sachen höchster nationaler, identitätsprägender Verfassungsgarantien. „Solange II“ hat hier ausgedient; es gilt „Für immer I“.²⁴ Dieser Schritt hat freilich nicht nur erhebliche Auswirkungen für das Europarecht, sondern auch für das Rechtshilferecht.

III. Europarechtliche Implikationen

EuGH und BVerfG sind sich von jeher uneins über die Begründung des unionsrechtlichen Vorrangs.²⁵ Mit dem EuHb-II-Beschluss durchbricht das BVerfG diese Hierarchisierung grundsätzlich und negiert im von ihm aufgezeigten Umfang jedweden Vorranganspruch. Das BVerfG will seine Rolle im Kernbereich des Grundrechtsschutzes dezentral und autonom selbst definieren. Es stellt sich neben den EuGH. Das Gericht lehnt es damit ab, die Stellung im Prüfungsgefüge des europäischen Grundrechtsschutzes einzunehmen, die ihm die Rechtsprechung des EuGH zwangslos eröffnet hätte. Zudem stellt sich das Gericht außerhalb der unionsrechtlichen vorgesehenen Strukturen zum Schutz nationaler Identität und Diversität und beansprucht ein autarkes Selbstdefinitionsrecht, wo das Primärrecht wechselseitige Moderation und supranationale Einbettung vorsieht.

1. Zum Verhältnis von nationalen und europäischen Grundrechten

Sind die Anwendungsvoraussetzungen von Art. 51 GRC wie vorliegend eindeutig erfüllt, gelangt die GRC zur Anwendung und beansprucht infolge der Notwendigkeit einer einheitlichen Rechtsanwendung als verbindlicher Grundrechtskatalog auch Vorrang gegenüber nationalen Grundrechten. Wie der EuGH in der Rs. Åkerberg Fransson ausgeführt hat, bleiben nationale Grundrechte parallel anwendbar und können sogar weitergehenden Schutz gewähren, „sofern durch diese Anwendung weder das Schutzniveau der Charta, wie sie vom Gerichtshof ausgelegt wird, noch der Vorrang, die Einheit und die Wirksamkeit des Unionsrechts beeinträchtigt werden.“²⁶ Auch dies wäre vorliegend eindeutig der Fall gewesen. Das Unionsrecht ermöglichte eine Prüfung des Falles anhand der Grundrechte (für eine unmittelbare Prüfung anhand der GRC fehlt dem BVerfG das Mandat), was zu einem hervorragenden Beispiel für mehrschichtigen, dezentralen Grundrechtsschutz in der EU hätte werden können und auch die Fortentwicklung der GRC-Standards befruchtet hätte. Diesem gemeinsamen Weg erteilt das BVerfG aber eine Absage. Das Bundesverfassungsgericht ist der Rechtsprechung des EuGH zu Art. 51 GRC bereits unter dem Blickwinkel der Ultra-vires-Grenze von vorn-

¹⁸ Vgl. EGMR – *Soering/GB*, Urt. v. 07.07.1989, 14038/88, EuGRZ 1989, 314 = NJW 1990, 2183.

¹⁹ BVerfG, Beschluss v. 15.12.2015, 2 BvR 2735/14, Rn. 56 = HRRS 2016 Nr. 100: „Die Verwirklichung des Schuldgrundsatzes ist gefährdet, wenn die Ermittlung des wahren Sachverhalts nicht sichergestellt ist (aa). Die Zumessung einer angemessenen Strafe, die zugleich einen sittlich-ethischen Vorwurf darstellt, setzt die Auseinandersetzung mit der Persönlichkeit des Angeklagten und damit grundsätzlich dessen Anwesenheit voraus. Der Schuldgrundsatz macht daher Mindestgarantien von Beschuldigtenrechten im Strafprozess erforderlich, durch die gewährleistet wird, dass der Beschuldigte Umstände vorbringen und prüfen lassen kann, die zu seiner Entlastung führen oder für die Strafzumessung relevant sein können (bb). Diese Garantien müssen auch bei der Auslieferung zur Vollstreckung eines in Abwesenheit des Verfolgten ergangenen Strafurteils gewahrt werden (cc).“

²⁰ So auch *Kühne* JZ 2016, 299, 302; *Brodowski* JR 2016, II. 1. b).

²¹ *Brodowski* JR 2016, II. 1. b) u. c); *Meyer* NJECL 2016; Heft 3; *Sauer* NJW 2016, 1134, 1135; *Schönberger* JZ 2016, 422.

²² Das Beispiel, in Abwesenheit Verurteilte ausliefern zu müssen, wird bei *Masing* insofern nicht zutreffend eingeordnet, JZ 2015, 477, 487.

²³ Vgl. auch *Nettesheim* JZ 2016, 424, 425.

²⁴ *Meyer* NJECL 2016, Heft 3; s. ferner *Nettesheim* JZ 2016, 424, 428; *Sauer* NJW 2016, 1134, 1136.

²⁵ *Allg. Craig/De Búrca*, EU Law, 6. Aufl. (2015), S. 266 ff., 278 ff.; ausf. Betrachtung möglicher Hintergründe im konkreten Fall bei *Meyer* NJECL 2016 Heft. 3.

²⁶ EuGH, Rs. C-617/10 (*Åkerberg Fransson*), ECLI:EU:C:2013:105, Rn. 29; EuGH, Rs. C-399/11 (*Melloni*), EU:C:2013:107, Rn. 60; zur fortbestehenden wichtigen Rolle der nationalen Grundrechte s.a. *Wollenschläger*, in: *Enzyklopädie Europarecht*, Bd. 1 (2014), § 8, Rn. 19.

herein kritisch begegnet,²⁷ nicht zuletzt weil man die eigene ausdifferenzierte Grundrechtsordnung einem unitarisierenden Expansionsstreben der Unionsgrundrechte ausgesetzt sah. Im EuHb-II-Beschluss macht das BVerfG gar keine Anstalten mehr, seine Prüfungskompetenz in diesem Kontext zu begründen (oder zumindest mit der sog. Trennungsthese zu einer Anwendbarkeit des Grundgesetzes zu gelangen). Hierzu mag das BVerfG die mit Blick auf die Melloni-Entscheidung nicht ganz unberechtigte Sorge bewogen haben, die Kontrolle über die Anwendbarkeit der nationalen Grundrechte aus der Hand zu geben, falls man sich auf den Begründungsstrang über die Åkerberg-Parallelität einließe. Die parallele Anwendbarkeit endet aus Sicht des EuGH nämlich, sobald die Anwendung nationalen Verfassungsrechts das Schutzniveau der Charta, wie sie vom Gerichtshof ausgelegt wird, oder Vorrang, Einheit und Wirksamkeit des Unionsrechts beeinträchtigen würde.²⁸ Das BVerfG mag daher befürchtet haben, den Selbststand und die Endgültigkeit seiner Entscheidungen gegenüber konkurrierenden Bewertungen europäischer Gerichte nicht hinreichend absichern zu können.

Die Plausibilität dieser Sorge ist nicht von der Hand zu weisen, hat aber im konkreten Fall keine Berechtigung und führt über den konkreten Fall hinaus dazu, dass einem Grundrechts- und Prüfungspartikularismus Vorschub geleistet wird, statt einen konstruktiven Beitrag zur Fortentwicklung eines integrierten europäischen Prüfungsverbundes und gemeinsamer europäischer Grundrechtsstandards zu leisten. Gerade für das Recht der strafrechtlichen Zusammenarbeit ist das bedauerlich, weil es trotz nicht zu bestreitender Bemühungen auf Unionsebene weiterhin viele offene Fragen gibt (z.B. bei den ungeschriebenen Grundrechtsvorbehalten oder der Präzisierung der jeweiligen Prüfungs- und Kontrollpflichten von ausstellendem und vollstreckendem Staat im Rahmen des Trennungsprinzips), die auf gemeinsame, anschlussfähige Lösungen warten.

2. Art. 4 Abs. 2 EUV

Aus strafrechtlicher Sicht nur ein Nebenschauplatz (und daher auch nur kurz zu streifen) ist die Behandlung der Diversitätsklausel in Art. 4 Abs. 2 S. 1 EUV. Danach achtet die Union „die Gleichheit der Mitgliedstaaten vor den Verträgen und ihre jeweilige nationale Identität, die in ihren grundlegenden politischen und verfassungsmäßigen Strukturen einschließlich der regionalen und lokalen Selbstverwaltung zum Ausdruck kommt.“ Das BVerfG deutet diese Passage knapp als Autorisierung des eigenen Vorgehens.²⁹ Dieses Verständnis lässt sich nur schwer mit der vorherrschenden Interpretation der Norm vereinbaren. Soweit man konsequent der Begründungslinie folgen will, dass sich die Anwendbarkeit der nationalen Grundrechte aus dem Identitätsvorbehalt ergibt, wäre deshalb eigentlich eine Vorlage zum EuGH notwendig gewesen. Das BVerfG geht diesen Schritt nicht, wohl ahnend, dass die nationale Identität unter Art. 4 Abs. 2 S.

1 weder absoluten Schutz genießt noch der autonomen Definition der Mitgliedsstaaten überlassen ist.³⁰ Auch in dieser Hinsicht scheut das BVerfG davor zurück, seine Prüfungskompetenz in den supranationalen Rahmen des EUV einzubetten.³¹ Eine Norm, die zentripetale Kräfte freisetzen sollte, wird dadurch in einen Verstärker zentrifugaler Kräfte umgedeutet. Auch dies kann einem integrierten, gemeinsamen Grundrechtsschutz nicht zuträglich sein und fördert auch nicht die wichtige Diskussion darüber, wie der Begriff der nationalen Identität in Art. 4 Abs. 2 S. 1 EUV zu verstehen und in Konkordanz mit anderen Unionsprinzipien und dem Grundsatz der loyalen Zusammenarbeit zu bringen ist.

IV. Implikationen für die Rechtshilfe in Strafsachen

Der Begründungsweg, den das BVerfG gewählt hat, wirft lange Schatten auf die zukünftige Praxis der strafrechtlichen Zusammenarbeit voraus. Die Ausführungen betreffen nicht nur die Zulässigkeitsprüfung von Überstellungersuchen, sondern berühren auch die Vollstreckungshilfe und kleine Rechtshilfe.³² Im Zulässigkeitsverfahren muss sich die Prüfung durch das OLG nach den Vorgaben des BVerfG wohl deutlich ändern.³³ Durchzuführen ist nicht mehr nur das Standardprüfungsprogramm³⁴ aus implementiertem EU-Sekundärrecht und fest etablierten EMRK-Fallgruppen, die über die Kohärenzklausel des Art. 52 Abs. 3 S. 1 GRC materiell der GRC inkorporiert wurden³⁵ und zuletzt zumindest partiell auch vom EuGH anerkannt worden sind.³⁶ Verfahrensmängel, die bei der Strafverfolgung nach Überstellung zu befürchten sind oder bereits vor einer Verurteilung im Ausland stattgefunden haben, werden einer stärkeren Kontrolle zu unterwerfen sein,³⁷ und zwar nicht anhand der Maßstäbe von EMRK und GRC, sondern anhand der Vorstellungen des BVerfG zu einem menschenwürde- und schuldgerechten Strafverfahren. Das BVerfG stellt damit die gewachsenen Strukturen des Auslieferungsrechts insgesamt in Frage und muss sich mehr als je zuvor die Frage gefallen lassen, wie es seine Verfassungsidentitätsrechtsprechung in geordnete und berechenbare Bahnen lenken will.

³⁰ *Bogdandy/Schill* CMLRev 48 (2011), 1417, 1449 f., 1452; *Cloots*, National identity in EU Law (2015), S. 142 ff.

³¹ Vgl. *Bogdandy/Schill* CMLRev 48 (2011), 1417, 1419, 1426; *van der Schyff* European Law Review, 37 (2012), 563; *Meyer* NJECL 2016 Heft 3.

³² *Brodowski* JR 2016, IV., 1.

³³ Vgl. BVerfG, Beschluss v. 15.12.2015, 2 BvR 2735/14, Rn. 63 ff. = HRRS 2016 Nr. 100.

³⁴ Vgl. *Ambos/König/Rackow-Meyer* (Fn. 6), Vor §§ 78 ff. IRG Rn. 761, § 79 IRG Rn. 811 ff.

³⁵ *Borowsky*, in: *J. Meyer* (Hrsg.), GRC, 4. Aufl. (2014), Art. 52 Rn. 35.

³⁶ EuGH, verb. Rs. C-404/15 u. C-669/15 PPU (*Aranyosi u. Căldăraru*) = HRRS 2016 Nr. 283; dazu *Böhm* NJW 2016, 1713; *Meyer* JZ 2016, 621.

³⁷ Das erwartet auch *Kühne* StV 2016, 299.

²⁷ BVerfG, Urteil v. 24.04.2013, 1 BvR 1215/07, Rn. 90.

²⁸ EuGH, Rs. C-399/11 (*Melloni*), EU:C:2013:107, Rn. 60

²⁹ BVerfG, Beschluss v. 15.12.2015, 2 BvR 2735/14, Rn. 44 = HRRS 2016 Nr. 100.

1. Prüfungsumfang im Zulässigkeitsverfahren

Das BVerfG leitet aus Art. 1 Abs. 1 eine Prüfungspflicht her, wonach das über die Auslieferung entscheidende Gericht insbesondere aufklären muss, welche prozessuale Behandlung der Verfolgte im ersuchenden Staat zu erwarten hat.³⁸ Dem Umfang nach gilt diese Pflicht für alle nach Art. 1 Abs. 1 GG gebotenen Mindeststandards. Das verfassungsrechtlich geforderte Ausmaß der Ermittlungen macht das BVerfG vom Einzelfall abhängig; v.a. davon, ob und wie konkret eine Verletzung von identitätsgeschützten verfassungsrechtlichen Grundsätzen vom Verfolgten behauptet worden ist. Grundsätzlich soll sich das OLG erst nach einer substantiierten Rüge an deren Aufklärung machen müssen. Ein generelles Erfordernis zu einer umfassenden Prüfung von Amts wegen will das BVerfG nicht einführen.³⁹ Es verweist insofern auf den Grundsatz des gegenseitigen Vertrauens, der es rechtfertigt, von einer konkreten Nachprüfung abzusehen, solange dieses Vertrauen nicht durch hinreichende (von einem Rechtsbeistand vorgetragene oder anderweitig bekannte) gegenläufige Tatsachen erschüttert wurde.⁴⁰ Das BVerfG bürdet dem Verfolgten die Last auf, hinreichende Anhaltspunkte für Ermittlungen darzulegen,⁴¹ wobei klärungsbedürftig bleibt, was das genau heißt.

So verlangt beispielsweise der EuGH in der Rechtssache „Aranyosi“ als Voraussetzung für die Nichtvollstreckung eines EuHb Belege dafür, dass der Verfolgte auch individuell von den allgemein bekannten desolaten Haftstandards betroffen würde.⁴² Diesen Nachweis wird auch ein hochmotivierter und ressourcenreicher Rechtsbeistand kaum zu leisten vermögen. Hier ist der Staat gefragt. Ferner werden Oberlandesgerichte und Generalstaatsanwaltschaften bestimmte aus ihrer Praxis bekannte, nunmehr womöglich menschenwürderelevante Defizite in einzelnen Staaten nicht ausblenden dürfen, nur weil diese einem (evtl. rechtlich gar nicht vertretenen) Verfolgten nicht bekannt waren. Im entschiedenen Fall hatte der Beistand des Verfolgten die italienische Rechtslage in das Verfahren eingeführt und das OLG auf die Schwierigkeiten aufmerksam gemacht. Ähnlich verhielt es sich beim noch laufenden Verfassungsbeschwerdeverfahren „2 BvR 890/16“. Dort hatte der Beistand des Verfolgten herausgearbeitet, dass aufgrund einer besonderen Regelung des englischen Prozessrechts zur Bewertung von Schweigen eine Verletzung der ebenfalls teilweise in der

Menschenwürde verankerten Selbstbelastungsfreiheit drohen könnte.⁴³

Insgesamt dürfte die neue Prüfungspflicht aber für eine nicht unerhebliche Rechtsunsicherheit in der Anwendungspraxis sorgen; das BVerfG wird hier wohl nachsteuern müssen. Dabei sollte freilich überdacht werden, ob die Begründung, welche das BVerfG für das Regel-Ausnahme-Verhältnis bei der Prüfungspflicht liefert, wirklich überzeugt. Zur Limitierung dieser Pflicht zieht das Gericht den Gedanken des gegenseitigen Vertrauens heran. Als Rechtfertigung für die Absenkung der Kontrolldichte ergibt das Sinn, solange sich das Vertrauen auf einen festen Bestand geteilter Prinzipien und Rechte bezieht. Dies ist beim hier interessierenden Identitätsvorbehalt aber gerade nicht der Fall, denn es geht um die Einhaltung von Anforderungen an den Schutz der Menschenwürde nach spezifisch deutscher Lesart, die dezidiert aus Sicht des deutschen Grundgesetzes unverzichtbar sind. Und überhaupt kommt der Identitätsvorbehalt nach seinen Voraussetzungen nur dann zur Anwendung, wenn das gemeinsame europäische Recht im Widerspruch zu den Anforderungen des Grundgesetzes steht und damit das Vertrauen eigentlich immer schon erschüttert ist. Wenn es das BVerfG mit dem Identitätsvorbehalt also ernst meint, müssten die Prüfungspflichten von Oberlandesgerichten, aber auch von Generalstaatsanwaltschaften viel weiter reichen und näher an eine umfassende positive Prüfungspflicht von Amts wegen heranrücken.

Der Umfang der Prüfung muss in Umsetzung der „Handreichungsdoktrin“ konsequenterweise auf die Feststellung der Totalkompatibilität des ausländischen Verfahrens mit dem schuldgetragenen deutschen Verfahrensverständnis ausgelegt sein. Besonders aufmerksam ist insofern der parallele Trend in der Rechtsprechung des BVerfG zur Kenntnis zu nehmen, dass immer mehr Aspekte des inländischen Strafverfahrensrechts mit zwingenden Geboten des Schuldgrundsatzes in Verbindung gesetzt werden. Wie die weitschweifigen Ausführungen des BVerfG andeuten, drohen diese nun über die „Handreichungsdoktrin“ undifferenziert in das Rechthilferecht eingespiegelt zu werden. Allerdings sind Identitätsverletzungen nicht nur bei Nichteinhaltung des Schuldprinzips denkbar. Momentan kann zwar nur spekuliert werden, welche Fälle künftig auch noch vom Menschenwürdevorbehalt erfasst sein könnten. Aber wenn man das BVerfG beim Wort nimmt, dann müsste auch der Schutz des Menschenwürdekerns der Freiheitsrechte einbezogen sein. Allerdings ist auch das Ausfransungs- bzw. Missbrauchspotenzial in Bezug auf Art. 1 Abs. 1 GG, das die Verfassungsidentiätsrechtsprechung insoweit birgt, evident.⁴⁴ Die Unbestimmtheit des Begriffs der Menschenwürde ermöglicht dem BVerfG ein Einschreiten, wann immer es mit der unionsrechtlichen Situation unzufrieden ist.⁴⁵

³⁸ BVerfG, Beschluss v. 15.12.2015, 2 BvR 2735/14, Rn. 63, 65 = HRRS 2016 Nr. 100.

³⁹ „Das für die Entscheidung über die Zulässigkeit der Auslieferung zuständige Gericht ist daher grundsätzlich nicht verpflichtet, bestehende Aufklärungsmöglichkeiten auszuschöpfen oder positiv festzustellen, dass dem um Auslieferung ersuchenden Mitgliedstaat hinsichtlich der Wahrung des Schuldprinzips vertraut werden kann“, BVerfG, Beschluss v. 15.12.2015, 2 BvR 2735/14, Rn. 73 = HRRS 2016 Nr. 100.

⁴⁰ BVerfG, Beschluss v. 15.12.2015, 2 BvR 2735/14, Rn. 68, 73 f. = HRRS 2016 Nr. 100.

⁴¹ BVerfG, Beschluss v. 15.12.2015, 2 BvR 2735/14, Rn. 69 = HRRS 2016 Nr. 100.

⁴² EuGH, verb. Rs. C-404/15 u. C-669/15 PPU (Aranyosi u. Căldăraru) = HRRS 2016 Nr. 283, Rn. 92 ff.

⁴³ Vgl. BVerfG, Beschluss v. 6.5.2016, 2 BvR 890/16, Rn.7 = HRRS 2016 Nr. 517, unter Verweis auf BVerfGE 56, 37, 41 ff.

⁴⁴ *Nettesheim* JZ 2016, 424, 427.

⁴⁵ Treffend *Kühne* StV 2016, 299, 300, 302.

Um einen kleinen Vorgeschmack darauf zu geben, welche Konsequenzen eine Fortführung der bisherigen Linie für die Rechtshilfepraxis haben könnte, soll im Folgenden ihre potenzielle praktische Tragweite für Auslieferung, Vollstreckungshilfe und Rechtshilfe umrissen werden.

2. Potenzielle praktische Reichweite

Bei der Auslieferung zur Strafverfolgung ist ein Eingreifen des Identitätsvorbehalts in verschiedenen Konstellationen denkbar. Unproblematisch ist die Erfassung der schon bisher international anerkannten Auslieferungshindernisse infolge defizitärer Wiederaufnahmemöglichkeiten bei Abwesenheitsurteilen, menschenunwürdiger (Untersuchungs-)Haftbedingungen, der hochwahrscheinlichen Verhängung unverhältnismäßiger bzw. menschenunwürdiger Strafe oder massiver Verfahrensfehler, welche die Fairness des Verfahrens insgesamt zu erodieren drohen (*flagrant denial of justice*). Künftig wird jedoch zusätzlich jeder Verfahrensfehler, für den sich in der Rechtsprechung des BVerfG ein Schuld- bzw. Menschenwürdebezug findet, zu einer Gefahr für die Verfassungsidentität stilisiert werden können. Zeichnet sich die Verurteilung in einem Abspracheverfahren oder auf der Basis von Zurechnungsfiguren ab, die mit dem deutschen Verständnis von materieller Wahrheit unvereinbar sind, dann könnte die deutsche Verfassungsidentität auf dem Spiel stehen und eine Überstellung unmöglich machen. Letztlich kann die Verfassungsidentität bei jeder Inkompatibilität der Beweisverfahren und jedem Vorliegen unterschiedlicher Ansätze bei der Wahrheitsermittlung und Verfahrenslegitimation betroffen sein, wenn die in Rede stehende Regelung aus deutscher Sicht in der Menschenwürde verankert ist. Welche Blüten das treibt, ist im aktuellen Verfassungsbeschwerdeverfahren zu besichtigen. In der Sache geht es dort um die Vereinbarkeit der Verwertung des Schweigens des Angeklagten zur Abrundung des Beweisergebnisses mit der Selbstbelastungsfreiheit. Der EGMR hat mehrfach, zuletzt 2015,⁴⁶ befunden, dass eine derartige Möglichkeit nicht den Mindestgewährleistungsgehalt von Art. 6 EMRK verletzt. Das kann man mit guten Gründen anders sehen. Aus deutscher Sicht wird daraus aber ein Menschenwürdeverstoß, weil die Selbstbelastungsfreiheit (auch in Bezug auf diesen Aspekt der Beweiswürdigung von Schweigen?) teilweise auch in der Menschenwürde verankert wird. Geht es daher vom Rechtsbeistand vorgetragen, die „Pflicht des Gerichts, das Schweigen des Angeklagten im Rahmen der Beweiswürdigung außer Acht zu lassen, gehöre zur Verfassungsidentität der Bundesrepublik Deutschland.“ Das zeigt nicht nur, dass man in der Anwaltschaft bereits verstanden hat, welche Schätze die neue Linie des BVerfG für die Verteidigung von Verfolgten birgt, sondern auch, dass angesichts des inflationären Gebrauchs von Menschenwürdeillusionen in der Rechtsprechung des BVerfG eine Vielzahl von einfachen Verfahrensverletzungen künstlich zu Verstößen gegen die Verfassungsidentität aufgebauscht zu werden drohen, um so der Verpflichtung zur strafrechtlichen Zusammenarbeit zu entkommen. Aber auch jenseits von Fairness- und Schuldgrundsatz wäre noch einiges zu holen. Verletzt es nicht auch die Verfassungsidentität, einen Verfolgten in

ein Land auszuliefern, in dem (wie z.B. in der Schweiz) beschlagnahmte Tagebuchaufzeichnungen verwertbar wären? In diesem Zusammenhang ist klarzustellen, dass diese Erweiterungen auch für Nichtmitglieder gelten müssten, solange es keinen Menschenwürdeschutz erster und zweiter Klasse geben soll. Wenn das BVerfG formuliert, dass die Verfassungsidentitätsrechtsprechung jedenfalls in Bezug auf Auslieferungen auf der Grundlage eines Europäischen Haftbefehls gelten soll, lässt sich als Argument für eine entsprechende Beschränkung nur anführen, dass aus Sicht des BVerfG eine Gefährdung der Verfassungsidentität nur von Seiten der EU droht. Dennoch geht es trotz der evidenten verfassungspolitischen Motivation des BVerfG im Kern um Verstöße gegen von Art. 1 GG verbürgte Gewährleistungen, die, wenn es das BVerfG materiell ernst meint, auch gegenüber Drittstaaten gewahrt sein müssen.

Im Kontext der Auslieferung zur Strafvollstreckung haben diese Erwägungen mutatis mutandis ebenfalls Gültigkeit. Eine Überstellung zur Vollstreckung von Urteilen, die auf Formen von *plea bargaining* beruhen, die sich nicht mit der Linie des BVerfG vertragen, wäre wohl nicht mehr möglich. Gleiches gälte für Verurteilungen, die sich auf beweisrechtliche Regelungen, Haftungsformen (z.B. *strict liability*) oder funktionalistische Zurechnungsfiguren gründen, welche mit dem normativen Schuldverständnis des BVerfG nicht in Einklang stehen. Diese Gedanken lassen sich nahtlos auf die Vollstreckungshilfe übertragen.⁴⁷ Auch hier stünde in dem beschriebenen Umfang die Zulässigkeit einer Zusammenarbeit in Frage. Wäre es also wegen Gefährdung der Verfassungsidentität erforderlich, einem Bundesbürger eine Überstellung zum Zwecke der Vollstreckung eines ausländischen Strafurteils in seine Heimat zu verwehren, wenn dieses auf verfassungsrechtlich unzulässigen Zurechnungs- und Verständigungsformen oder Beweiskonzeptionen beruht?

Noch offen ist, ob die Verfassungsidentitätsrechtsprechung auch auf die kleine Rechtshilfe erstreckt werden soll. Nach deren konzeptuellem Ausgangspunkt spricht wenig dagegen. Verletzt die Umsetzung eines Sekundärrechtsakts der kleinen Rechtshilfe oder deren konkrete Anwendung geschützte Rechtsgehalte, müsste der Vorbehalt auch hier greifen. Schwierigkeiten kann allenfalls bereiten, in welchen Fällen diese Sperre aktiv werden soll. Genügt schon die abstrakte Möglichkeit einer menschenwürdewidrigen Vorgehensweise im ersuchenden Staat oder bedarf es eines besonderen Kausalitätserfordernisses? Darf man die Handreichungsdogmatik hier überhaupt in vergleichbarer Strenge wie im Auslieferungsrecht anwenden? Sobald die Europäische Ermittlungsanordnung wirksam umgesetzt ist, werden sich Rechtsbeistände gewiss mit professionellem Vergnügen daran machen, die Grenzen auszuloten.

Den Oberlandesgerichten und Generalstaatsanwaltschaften beschert diese Entwicklung nicht nur einen stark erhöhten Arbeitsaufwand, sondern auch erhebliche Rechtsanwendungsunsicherheiten. Vor allem die Oberlandesgerichte geraten in eine unkomfortable Lage.⁴⁸

⁴⁶ EGMR, *O'Donnell*/GB, 7.4.2015, 16667/10.

⁴⁷ Meyer NJECL 2016, Heft 3.

⁴⁸ Vgl. a. *Sauer* NJW 2016, 1134, 1137.

3. Die künftige Rolle der OLG

„Zwischen Skylla und Charybdis sein“ gehört vermutlich zu den meiststrapazierten Metaphern in der Rechtswissenschaft. Aus Sicht der Rechtshilfesenate muss die dadurch umschriebene Situation aber im Spannungsfeld von unionsrechtlicher Vorlagepflicht und Identitätsvorbehalt furchteinflößend real erscheinen. Einerseits trifft sie eine neue Identitätsverletzungsprüfungspflicht unklaren Umfangs, bei deren nicht ordnungsgemäßer Erfüllung ein scharfer Tadel des BVerfG wegen einer Menschenwürdeverletzung in Aussicht steht. Das OLG ist zwar schon heute selbstverständlich zur Anwendung und Auslegung des Grundgesetzes verpflichtet, doch könnten viele Grundrechtsfragen durch die Identitätsrechtsprechung eine neue Einkleidung bekommen haben. Das Gericht wird sich nunmehr stets fragen müssen, wie es um das „Hochzoonungspotenzial“ der behandelten Rechtsfragen bestellt ist. Die Klärung der Identitätsrelevanz kann das OLG auch nicht einfach delegieren, da keine Vorlagemöglichkeit zum BVerfG besteht. Die Oberlandesgerichte müssten also die korrekte Anwendung von Art. 1 GG antizipieren.

Andererseits könnte die Prüfung anhand des Grundgesetzes unionsrechtlich wegen des Vorrangs des Unionsrechts versperrt sein. Der Identitätsvorbehalt befreite das OLG aus Sicht des BVerfG vom Vorranganspruch des Unionsrechts, doch dürfte dieser Vorbehalt wiederum nur durch das BVerfG und nicht durch die Fachgerichte ausgelöst werden. Zur Erleichterung der Entscheidungssituation trägt nicht bei, dass wegen der Unklarheiten über die Anwendungsbereichweite der GRC, insb. im Bereich des Rechtshilferechts, häufig nicht leicht feststellbar ist, ob überhaupt vorrangige Unionsgrundsätze gelten. Diesbezüglich gilt aber, dass neben dem einfachrechtlichen Prüfungsprogramm (erst recht nach der Öffnung des EuGH gegenüber ungeschriebenen Versagungsgründen) das Vorliegen weiterer ungeschriebener Versagungsgründe aus der GRC im Zulässigkeitsverfahren zu reflektieren und ggf. die Meinung des EuGH einzuholen ist. So hat es das OLG Bremen in der Rechtssache „Aranyosi“ vorbildlich vorgemacht, das Kammergericht dagegen beim Schweigerecht vielleicht versäumt.⁴⁹ Denn es stellte sich dort durchaus die Frage, ob nicht der EuGH dazu hätte befragt werden müssen, ob bestimmte Formen der Verwertung von Schweigen mit der GRC vereinbar sind und ggf. auch einer Überstellung entgegenstehen könnten. So trifft nämlich die neue Richtlinie über die Stärkung bestimmter Aspekte der Unschuldsvermutung und des Rechts auf Anwesenheit in der Verhandlung in Strafverfahren in Art. 7 Abs. 5 eine Regelung, die sich als Einschränkung der bisherigen europäischen Zulässigkeitsgrenzen verstehen lassen und insofern auch die Auslegung der korrespondierenden Gewährleistung in der GRC beeinflussen könnte. Eindeutig

⁴⁹ Im Unterschied zu den Fällen vor dem OLG Bremen und dem OLG Düsseldorf bestand hier keine klare Rechtslage auf EMRK-Ebene.

ist das zwar nicht,⁵⁰ hätte insofern aber eben eine Vorlage zur Beseitigung der Unsicherheiten nahegelegt.⁵¹

In eine echte Zwickmühle zwischen Vorabentscheidung und Identitätskontrolle geraten die Senate dadurch aber nicht. Denn erst wenn eine klärende Entscheidung des EuGH vorliegt, lässt sich sagen, ob ein Fall überhaupt das Potenzial hat, dem Identitätsvorbehalt zu unterfallen. Es ist gewiss unglücklich, wenn Oberlandesgerichte (und Generalstaatsanwaltschaften) andauernd zur Spekulation eingeladen werden, welche weiteren Konstellationen als ungeschriebene GRC-Vorbehalte in Betracht kommen könnten; aber dies ist Teil ihrer Schlüsselfunktion im Überstellungssystem. Sie muss daher auch mit der gebotenen Sensibilität und Wachsamkeit wahrgenommen werden. Es ist in jedem Überstellungsfall zu thematisieren, ob es eine Lücke im IRG bzw. Rb-EuHb gibt, deren Schließung das Primärrecht, namentlich die GRC, verlangen könnte. Durch die Verfassungsidentitätsrechtsprechung kommt nun jedoch eine zweite Spekulationsebene hinzu, die den Entscheidungsträgern das Leben nicht einfacher macht. Aber auch auf systemischer Ebene zeitigt sie erhebliche Auswirkungen.

4. Auswirkungen auf Grundstrukturen und Effektivität des Auslieferungsrechts

Die Verfassungsidentitätsrechtsprechung schafft einen neuen Fluchtpunkt im Zulässigkeitsverfahren. Sie bewirkt dadurch eine Überlagerung und teilweise Verdrängung des ausdifferenzierten, über Jahrzehnte gewachsenen Auslieferungsrechts.⁵² Bislang sind die Rechtsschutzaufgaben zwischen ersuchendem und ersuchtem Staat nach Verantwortungskreisen und Sachnähe aufgeteilt; v.a. drohende Fairnessverstöße sind gerade bei Vertragsstaaten der EMRK im ersuchenden Staat zu behandeln. Das Trennungsprinzip und das Konzept wechselseitigen Vertrauens bedürfen in ihrer überkommenen Form zweifelsohne einer weiteren Konkretisierung und Substantiierung, um einen effektiveren Grundrechtsschutz zu erreichen. Der Ansatz des BVerfG läuft aber letztlich auf eine Verabschiedung vom Trennungsprinzip hinaus. Der Identitätsvorbehalt führt zu einer Konzentration aller vermeintlich menschenwürdebezogenen Fragen im ersuchten Staat. Die Verfassungsbeschwerde droht zum Superzulässigkeitsverfahren zu geraten. Dadurch löst das BVerfG die deutschen Rechtshilfegerichte zugleich sukzessive aus dem gemeinsamen europäischen Rechtsrahmen heraus, der das Fundament des Trennungsprinzips

⁵⁰ Zur Diskussion um den absoluten Charakter des Schweigerechts während des Gesetzgebungsprozesses, *Cras/Erbežnik* eucrim 2016, 25, 31 f.

⁵¹ Das Vereinigte Königreich nimmt nicht an der Richtlinie teil, was aber nichts an deren Bedeutung für die Interpretation der GRC ändert. Anders als bei Art. 6 EMRK wäre die Bandbreite zulässiger nationaler Implementierungen (*margin of appreciation*) bei der GRC als integrierter und einheitlicher Grundrechtsordnung für die Ausübung supranationaler Hoheitsgewalt zudem enger, weshalb nicht von vornherein auszuschließen war, dass der Fairnessgrundsatz der GRC einer Überstellung im Wege stehen könnte.

⁵² *Schönberger* JZ 2016, 422, 424.

bildet.⁵³ Dies impliziert auch die „Handreichungsdoktrin“, denn diese ist normtheoretisch nur dann schlüssig, wenn man Autonomie bzw. Höherrangigkeit der eigenen zu wahren Rechtsordnung gegenüber dem „Außenrecht“ annimmt.

Führt man sich die möglichen praktischen Konsequenzen der Verfassungsidentitätsrechtsprechung vor Augen, darf man zudem mit Kühne kritisch konstatieren, dass der gewünschte Vereinfachungs- und Beschleunigungseffekt, auf den die Reformierung der Zusammenarbeit in der PJZS abzielt, auf der Kippe steht.⁵⁴ Die zentralen Bearbeitungsfristen werden zur Makulatur, wenn das BVerfG jede nicht gänzlich abstruse Behauptung einer Identitätsrelevanz dazu nutzt, das Überstellungsverfahren per einstweilige Anordnung anzuhalten.⁵⁵ Noch gravierender wären die Folgen ausufernder, europarechtlich nicht mehr anschlussfähiger nationaler Überstellungshindernisse. Sie gefährden die Statik des Gesamtsystems. Es drängt sich zudem in praktischer Hinsicht die Nachfrage auf, was mit den – vielleicht aufgrund prall gefüllter Beweisdossiers – gesuchten Personen geschehen soll, wenn Deutschland nicht mehr überstellen kann. Man wird die Verfolgten wohl kaum in Haft behalten können, bis der ausländische Staat sein Straf- und Strafverfahrensrecht an die Vorstellungen des BVerfG angepasst hat. Eine Übernahme des Strafverfahrens ist ebenfalls mit vielen Hindernissen behaftet und in der Regel auch kaum opportun, wenn das gesamte Tatgeschehen im Ausland spielt. Derartige Hindernisse rechtfertigen es natürlich nicht, elementare Menschenrechte zu ignorieren; die Entscheidungskosten dürfen aber dennoch klar benannt werden und sollten dort, wo zulässiges Bewertungsermessen besteht, auch nicht unbeachtet bleiben.

V. Ausblick

Mit dem EuHb-II-Beschluss des BVerfG hat die „Vermenschenwürdigung“ des Verfahrens- und Rechtshilferechts einen vorläufigen Höhepunkt erreicht. Die Gewährleistung effektiven Grundrechtsschutzes durch das BVerfG war im konkreten Fall zwar notwendig und sachlich zweifelsohne richtig. Der Fall zeigt, dass weder EuGH noch EGMR ein Monopol auf Grundrechtsschutz haben, sondern gerade nationale Verfassungsgerichte in einem dezentral angelegten Kontrollsystem eine vitale Rolle spielen. Es hätten aber überzeugendere und konstruktivere Lösungswege offengestanden.⁵⁶ Aus verfassungspolitischem Interesse schafft sich das BVerfG unter Verdrän-

gung des EuGH sein eigenes Entscheidungsmonopol. Es entzieht damit Teilbereiche der Rechtshilfe sowohl der Gestaltung durch supranationale Gerichte als auch jener durch nationale und europäische Gesetzgeber.⁵⁷ Mehr noch: Es leistet der Verdrängung europäischer Grundrechte Vorschub, anstatt sich in ein Verbundsystem gemeinsamen europäischen Grundrechtsschutzes einzufinden. Die Åkerberg-Rechtsprechung hatte dafür den Boden bereitet. Sie hätte in einem viel umfassenderen und differenzierteren Ausmaß das Einfließen grundrechtlicher Erwägungen erlaubt. Denn während das Konzept der Verfassungsidentität zu einer Engführung auf die Menschenwürde zwingt, ermöglicht die Åkerberg-Parallelität zwanglos die Berücksichtigung grundsätzlich aller relevanten Grundrechte, ohne deren Schutzbereichsgrenzen ausleiern zu müssen. Probleme des *fair trial*, des Schutzes der Gesundheit oder des Rechts auf Familien- und Privatleben könnten auch als solche differenziert behandelt werden. Durch Rückführung der menschenrechtlichen Diskussion auf das gemeinsame materielle Sachproblem würde auch die Permeabilität zwischen supranationalen und nationalen Normordnungen stimuliert⁵⁸ und vor-schnellen unitarisierenden Eingriffen des EuGH konstruktiv entgegengewirkt. Stattdessen hätte man in der Quintessenz eine organisch-evolutive Amalgamierung europäischer Grundrechte anschieben können. Diesen Weg wollte das BVerfG aber offenbar nicht einschlagen; über die Gründe darf man spekulieren.⁵⁹

Vor diesem Hintergrund muss man sich umso mehr fragen, wo der permanenten Hochzonzung Grenzen zu setzen sind. Im Kern sind die Verstöße, um die es bisher in den Verfassungsbeschwerden ging, typische Verletzungen des *fair-trial*-Prinzips, bei denen es traditionell nur im höchst seltenen Falle eines *flagrant denial of justice* zur Versagung der Auslieferung kam. Nunmehr soll in allen diesen Fällen und womöglich selbst dann, wenn sich lediglich Divergenzen zwischen nationalen Systemen zeigen, die innerhalb der zulässigen Bandbreite von Art. 6 EMRK liegen, die deutsche Verfassungsidentität auf dem Spiel stehen. Ist es aber innerhalb des Europarats wirklich nachvollziehbar, dass eine Verfahrensregelung wie z.B. diejenige zur indiziellen Berücksichtigung des Schweigens eines Angeklagten als konform mit dem europäischen Mindeststandard gilt und andernorts die deutsche Verfassungsidentität untergraben können soll? In der Schweigerechtsentscheidung wird sich zeigen, ob das BVerfG der Inflationierung des Menschenwürdebezugs wirksam entgegentreten will oder ob im strafverfahrens- und rechtshilferechtlichen Missionierungsfuror jede Form von *judicial self-restraint* verloren gegangen ist.

Sofern man nicht einigen Rechtsgrundsätzen ihre Menschenwürdegrundierung wieder entziehen will, bleiben dem BVerfG drei Auswege. Den ersten deutet das Gericht im EuHb-II-Beschluss selbst an, indem es Verfolgten Substantiierungslasten auferlegt.⁶⁰ Ein zweiter Ansatzpunkt wäre die Einhegung der „Handreichungsdoktrin“,

⁵³ Potenziellen Rechtshilf Hindernissen wird der Mantel der Menschenwürde übergeworfen und damit eine kaum anschlussfähige rechtliche Neubewertung von prozessualen und materiellen Rechtsbeeinträchtigungen im Rechtshilfe-recht vorgenommen.

⁵⁴ Kühne StV 2016, 299, 302.

⁵⁵ Vor dem Hintergrund der Rechtssache C-168/13 PPU (Jeremy F.) wirft dieses Vorgehen auch europarechtliche Fragen auf. Der EuGH hält die Gewährung von nationalen Rechtsbehelfen mit aufschiebender Wirkung in seinem Urteil vom 30.05.2013 für zulässig und sieht diese letztlich auch als notwendig an, um den Grundrechtsschutz im Vollstreckungsstaat sicherzustellen. Sie dürfe aber nicht das strenge Fristenregime des Rb-EuHb, namentlich Art. 17, aushöhlen.

⁵⁶ Ausf. Meyer NJECL 2016 Heft 3.

⁵⁷ Dazu Nettesheim JZ 2016, 424, 425.

⁵⁸ Dazu grundlegend Wendel, Permeabilität im europäischen Verfassungsrecht (2011).

⁵⁹ Dazu Meyer NJECL 2016 Heft 3.

⁶⁰ BVerfG, Beschluss v. 15.12.2015, 2 BvR 2735/14, Rn. 50 = HRRS 2016 Nr. 100.

da in weit größerem Maße, als es das BVerfG tut, zu begründen wäre, warum die Verfassungsidentität leidet, wenn man ausländische Staaten unterstützt, deren ihrerseits EMRK- und GRC-konforme Verfahrenssysteme nicht in allen Nuancen mit dem expansiven Menschenwürdeverständnis des BVerfG konform gehen. Darauf Bezug nehmend wäre ein dritter Ausweg, den identitären Teil des menschenwürdegetragenen Schuldprinzips zu präzisieren, um Verfahrensstandards, die im Kern der Menschenwürde verwurzelt sind, von jenen zu scheiden, die allenfalls lose Bezüge aufweisen. So muss z.B. in der anhängigen Verfassungsbeschwerde kritisch hinterfragt werden, ob die abstützende Verwertung des Schweigens eines Angeklagten, die zu dessen Lasten andere aussagekräftige Beweismittel und Indizien ergänzt, tatsächlich als eine Verletzung von Art. 1 Abs. 1 GG bewertet werden kann.⁶¹

⁶¹ Das wirkliche Problem im englischen Fall liegt darin, dass eine Jury über die Schuld entscheidet und daher nicht in

Doch selbst wenn das BVerfG auf die Bremse tritt, bleibt die Verfassungsidentitätsrechtsprechung bereits im Ansatz zu kritisieren.⁶² Das BVerfG verabschiedet sich (auf der Grundlage eines verfassungsrechtlich hochumstrittenen Ansatzes) zumindest teilweise von der Idee eines europäischen *ordre public* zu Gunsten einer maximalen Durchsetzung der eigenen Rechtsposition. Es bereitet einem Grundrechtsinsularismus den Boden, der in bewegten Zeiten hoffentlich keine Schule in Europa macht.

objektiv nachvollziehbarer Weise schriftlich begründet wird, welche Bedeutung die Berücksichtigung des Schweigens tatsächlich für die Beweiswürdigung hatte.

⁶² Wie Schönberger zu Recht bemerkt, hat die Verfassungsidentitätsrechtsprechung enorme Folgekosten: „der Verschleiß der ‚Ewigkeitsklausel‘ des Grundgesetzes für kurzfristige europapolitische Ziele und Kommunikationssignale, die Inflationierung der Menschenwürde zum integrationsfesten Supergrundrecht, die Entdifferenzierung der Unterscheidung zwischen einfachem und änderungsfestem Verfassungsrecht“, JZ 2016, 422, 424.

Aufsätze und Anmerkungen

Strafprozessuale Ermittlungsmaßnahmen bei Datenübertragung im Cloud-Computing

Von Dr. Sven Gerry Gähler, Berlin

Je mehr die technische Entwicklung exponentiell von Jahr zu Jahr zunimmt, desto schneller und weiter verbreiten sich innovative IT-Infrastrukturen und neuere informationstechnische Anwendungen. Einer der neuesten Trends ist die inzwischen verbreitete Nutzung des sog. „Cloud Computing“.¹ Das Spektrum dieser Dienste reicht von der Bereitstellung „einfacher“ Datenspeicherplätze wie etwa Dropbox, Skydrive, Google Drive und der iCloud bis zur Auslagerung ganzer Benutzeroberflächen und gar Firmensystemen in die „Cloud“.² In diesen Fällen verbleibt am eigentlichen Arbeitsplatz nur noch ein Monitor und ein rudimentärer Rechner, der mehr oder weniger nur noch den Zugang zur Cloud ermöglicht. Ging man 2014 noch davon aus, dass ca. 12% der Unternehmen in Deutschland „Cloud-Computing“ in jeweils unterschiedlichen Ausgestaltungen einsetzen,³ gehen

Studien aus dem März 2015 davon aus, dass es sich vielmehr um 44 % handelt.⁴ Vor allem mehr als zwei Drittel der Unternehmen mit mehr als 2.000 Mitarbeitern setzen auf Cloud-Lösungen.⁵

Die grundsätzliche Struktur des Cloud-Zugriffs lässt sich dabei – stark vereinfacht – in drei beteiligte Akteure untergliedern: Den *Cloud-Nutzer* (Kunde oder Endnutzer), der zumeist physisch über das jeweilige Endgerät verfügt, den für die Übertragung auf den Cloud-Server notwendigen *Telekommunikationsdiensteanbieter* und den *Cloud-Diensteanbieter*, der den Cloud-Server bereitstellt und unterhält.⁶

¹ Näher Eymann/Stülpitz DUD 2013, 307.

² Michael Kroker „2,4 Milliarden Menschen nutzen Cloud-Dienste; bis 2017 drei Viertel aller Daten in der Cloud“, Artikel vom 12. August 2015, abrufbar unter <http://blog.wiwo.de/look-at-it/2015/08/12/24-milliarden-menschen-nutzen-cloud-dienste-bis-2017-drei-viertel-aller-daten-in-der-wolke/> (Stand 14. 04.2016).

³ Pressemitteilung des Statistischen Bundesamtes vom 19.12.2014 – 467/14, abrufbar unter https://www.destatis.de/DE/PresseService/Presse/Pressemitteilungen/2014/12/PD14_467_52911.pdf.pdf;jsessionid

=FAE593F45E6E44886CE2846340C4CD38.cae4?__blob=publicationFile (Stand: 14.04.2016).

⁴ „Cloud Monitor 2015“, erstellt von der Bitkom Research GmbH im Auftrag des Wirtschaftsprüfungs- und Beratungsunternehmens KPMG, abrufbar unter <https://www.bitkom.org/Publikationen/2015/Studien/Cloud-Monitor-2015/Cloud-Monitor-2015-KPMG-Bitkom-Research.pdf>.

⁵ Vgl. Fn. 4.

⁶ Pavel/Mattes Cloud Computing: Großes Wachstumspotenzial, Wochenbericht des DIW Berlin, Nr. 48/2010, 10, 14 gehen zwar ebenfalls nur von drei Akteuren aus (Plattformanbieter, Anwendungsanbieter und Endnutzer), blenden indes den Telekommunikationsdiensteanbieter als wichtiges

Es liegt auf der Hand, dass diese neueren Systeme der Datenspeicherung die Strafverfolgungsbehörden vor erhebliche Probleme stellen: Daten sind immer seltener auf physisch greifbaren Speichermedien entweder in der Wohnung oder am Arbeitsplatz des Beschuldigten oder eines Dritten vorhanden.

Es stellt sich aber die Frage, ob nicht die Nutzung von Cloud-Diensten auch neue Zugriffsmöglichkeiten eröffnet.⁷ Aus den umfangreichen und vielschichtigen Problemen, die mit der Verbreitung des Cloud-Computing einhergehen, sollen daher zwei Ansatzpunkte herausgegriffen werden: der heimliche Zugriff bei der Übertragung der Daten in die Cloud, vor allem der Zugriff bei einer (automatischen) Synchronisation der Daten (hierzu unter I.), und der heimliche Zugriff auf den Cloud-Speicher selbst (hierzu unter II.). Dabei handelt es sich in beiden Fällen um sog. Inhaltsdaten,⁸ so dass es auf die mit dem Zugriff auf andere Datenkategorien verbundenen Fragen nicht ankommt. Zudem soll nur der Fall betrachtet werden, dass die eigentlichen Daten stets auf dem Cloud-Server gespeichert werden. Ob sie auch auf den Endgeräten vorhanden sind, ist dagegen unerheblich.

I. Heimlicher Zugriff auf die Datenübertragung in den Cloud-Speicher

Was den Zugriff bei der Übertragung der Daten in die Cloud anbelangt, so hat der Bundesinnenminister Thomas de Maizière in einer Rede anlässlich der BKA-Herbsttagung 2014 das Problem umrissen:

„Die bisherige Zuordnung zu den Schutzbereichen des GG (Art. 10 oder Recht auf Integrität informationstechnischer Systeme) passen nicht mehr wirklich. Dokumente z.B. an denen ich arbeite, werden zu Kommunikationsdaten, wenn mein System sie in der Cloud speichert, obwohl ich sie als Nutzer nicht bewusst übermittele. Unser Rechtssystem setzt bislang am Zustand der Daten an, nicht an der Qualität. Doch das System entscheidet zunehmend über den Zustand, nicht der User.“⁹

Bindeglied aus. *Walterbusch/Teuteberg* HMD Praxis der Wirtschaftsinformatik, Band 49, Ausgabe 6 (Dezember 2012) 50 ff. benennen als Akteure differenzierender Infrastrukturanbieter, Plattformanbieter, Anwendungsanbieter, Mediator, Berater und Kunden.

⁷ Diese Möglichkeit stellt *Singelnstein* NStZ 2012, 593, 594 heraus.

⁸ *Wicker* DSRITB 2013, 981; zu den verschiedenen Datenkategorien (Bestandsdaten gem. § 14 TMG, Nutzungsdaten gem. § 15 TMG und Inhaltsdaten) vgl. *Bruns*, in: Hannich, *Karlsruher Kommentar zur Strafprozessordnung*, 7. Aufl. (2013), § 100a Rn.6 ff.; *Bär*, in: *Wabnitz/Janovsky*, *Handbuch des Wirtschafts- und Steuerstrafrechts*, 4. Aufl. (2014) 27. Kapitel Rn. 73 ff.; *Singelnstein* NStZ 2012, 593, 595; *Boos/Kroschwald/Wicker* ZD 2013, 205, 206.

⁹ Eröffnungsansprache Thomas de Maizière, BKA-Herbsttagung 2014, abrufbar unter http://www.bka.de/nn_250880/SharedDocs/Downloads/D_E/Publikationen/Herbsttagungen/2014/herbsttagung2014/DeMaiziereLangfassung.html (Stand 14.04.2016).

In Bezug auf die Datenspeicherung in der Cloud wird in erster Linie eine automatisierte Synchronisation angesprochen.¹⁰

1. Allgemeines

Ein Zugriff auf diese, während des Synchronisationsvorgangs übertragene Daten bietet einen besonderen Anreiz: Automatische Synchronisierungen umfassen – anders als etwa E-Mails – nicht zwangsläufig nur einen begrenzten Datenstrom. Vielmehr können sie sich eventuell sogar auf die gesamten gespeicherten Daten erstrecken. Ein Zugriff auf all diese Daten ist aus Perspektive der Ermittlungsbehörden selbstredend von großem Interesse.

Ansprechend ist aus der Perspektive der Ermittlungsbehörden daher auch ein *Abgreifen dieses Datenstroms während des Übertragungsvorgangs*. Dies kann entweder durch eine Inanspruchnahme des Telekommunikationsdienstanbieters oder aber durch unmittelbares Abfangen des Datenstroms durch die Ermittlungsbehörden selbst erfolgen. Entscheidend ist jedoch zunächst, auf welcher Eingriffsgrundlage der StPO eine solche Maßnahme beruhen könnte.

Als Ermächtigungsgrundlage für einen heimlichen Eingriff in den Übertragungsvorgang kommt die Telekommunikationsüberwachung nach §§ 100a ff. StPO in Betracht. Dabei stellt sich die entscheidende Frage, ob der Datenstrom einer automatischen Synchronisation ohne menschliches Zutun zwischen Endgerät und Cloud-Server das Merkmal „Telekommunikation“ im Sinne der Norm erfüllt.

2. Datensynchronisation als „Telekommunikation“ i.S.d. § 100a StPO

Das Merkmal „Telekommunikation“ in § 100a StPO wird in der StPO nicht näher definiert. Es wurde damit vom Gesetzgeber bewusst offengehalten, um neue, noch nicht bekannte Techniken der Nachrichtenübertragung zu erfassen.¹¹ Seine Auslegung orientiert sich zum einen an der Legaldefinition des Begriffs „Telekommunikation“ in § 3 Nr. 22 TKG und zum anderen am Grundrecht des Fernmeldegeheimnisses und damit am Schutzbereich des Art. 10 Abs. 1 Var. 3 GG.¹² Eine Grenze stellt in allen Fällen die gebotene restriktive Auslegung dar. Zwar ist die Anwendung eines Analogieverbots – gleich ob man es auf Art. 103 Abs. 2 GG stützt oder es aus allgemeinen rechtsstaatlichen Grundsätzen folgt – im Strafverfahrens-

¹⁰ Hierunter ist der voreingestellte und daher automatisch ablaufende Datenabgleich zwischen der Cloud und dem jeweiligen Endgerät zu verstehen.

¹¹ Hierzu bereits BVerfG, *Beschl. v. 12.10.1977*, 1 BvR 216/75, BVerfGE 46, 120, 143 zu § 1 FAG; *Bär*, in: *Kleinknecht/Müller/Reitberger*, *StPO*, Stand: 77. EL (Oktober 2015), § 100a Rn. 9; *Graf*, in: *Beck'scher Online-Kommentar StPO*, Stand: 01.09.2015, § 100a Rn. 6.

¹² Vgl. *Bär*, in: *Kleinknecht/Müller/Reitberger*, *StPO*, Stand: 77. EL (Oktober 2015), § 100a Rn. 10 ff.; *Graf*, in: *Graf, StPO*, 2010, § 100a Rn. 6; *Bruns*, in: *Hannich, Karlsruher Kommentar zur Strafprozessordnung*, 7. Aufl. (2013), § 100a Rn.4 f.; ähnlich *Kudlich* JA 2000, 227, 231.

recht umstritten und wird von der wohl überwiegenden Auffassung abgelehnt.¹³ Allerdings geht auch in diesen Fällen ein Teil der herrschenden Meinung zumindest davon aus, dass bei der Auslegung strafprozessualer Normen aufgrund der grundrechtsschützenden Funktion von Verfahrensvorschriften restriktiv vorzugehen ist.¹⁴

a) Die Legaldefinition § 3 Nr. 22 TKG

Nach der Legaldefinition des § 3 Nr. 22 TKG ist „Telekommunikation“ der technische Vorgang des Aussendens, Übermittels und Empfangens von Signalen mittels Telekommunikationsanlagen“. Der Wortlaut der Definition differenziert nicht zwischen einem bloßen Datenaustausch zwischen zwei technischen Geräten und legt auch nicht nahe, dass Informationen bewusst von Personen übermittelt werden müssen. Nach dieser rein technischen Definition unterfällt daher auch die automatische Synchronisation von Daten zwischen Endgerät und Cloud-Speicher dem Telekommunikationsbegriff.¹⁵

b) Schutzbereich des Art. 10 Abs. 1 Var. 3 GG

Entscheidend ist daher, ob die Datensynchronisation dem Schutzbereich des Art. 10 Abs. 1 Var. 3 GG unterfällt. In der Literatur wird diese konkrete Frage nur sporadisch behandelt: Zum Teil wird pauschal davon ausgegangen, dass Telekommunikation (denklogisch) das Vorhandensein von (mindestens zwei) menschlichen Kommunikationspartnern voraussetzt.¹⁶ Ein Teil des Schrifttums geht davon aus, dass auch selbstverständlich der maschinelle Datenaustausch miterfasst wird.¹⁷ Auch wird angeführt, dass man nur nach der konkreten Nutzung der Cloud Aussagen zum einschlägigen Grundrecht machen könne.¹⁸ Zumeist wird Kommunikation im Sinne des Art. 10 GG lediglich als Informationsaustausch angesehen, ohne dass auf die Qualität des Kommunikationspartners eingegangen wird.¹⁹ Andererseits wird auch der kommunikative Austausch zwischen zwei Akteuren in den Vordergrund gerückt: Etwa, wenn festgestellt wird, dass sicher-

zustellen sei, dass die Grundrechtsträger unbefangen kommunizieren können.²⁰

Grundsätzlich ist der sachliche Schutzbereich von Art. 10 Abs. 1 GG entwicklungs offen und umfasst daher auch neuartige Übertragungstechniken.²¹ Das Grundrecht begegnet Persönlichkeitsgefährdungen, die sich aus der gestiegenen Bedeutung der Informationstechnik für die Entfaltung des Einzelnen ergeben.²² Betrachtet man die verfassungsrechtlichen Kriterien, nach denen eine Eröffnung des Schutzbereichs beurteilt wird, näher, so zeigt sich, dass sich die Datensynchronisation auf den ersten Blick in einem Spannungsfeld zweier verfassungsgerichtlicher Entscheidungen bewegt: den Beschlüssen des BVerfG zum Einsatz sog. IMSI-Catcher²³ und zum Zugriff auf E-Mail-Server.²⁴

aa) Der Beschluss des BVerfG zum Einsatz sog. IMSI-Catcher

Betrachtet man den Beschluss des BVerfG vom 22. August 2006 zum Einsatz sog. IMSI-Catcher, so scheint es, als nähme das Gericht einen wertungsmäßigen Unterschied zwischen *menschlicher Interaktion* und lediglich *maschinellm Informationsaustausch* an. Gegenstand dieser Entscheidung war der Einsatz eines sog. IMSI-Catchers. Stark vereinfacht erlaubt dieser, Daten, die auf der Karte eines Mobilfunktelefons gespeichert sind, auszulesen und somit den Standort eines Mobiltelefons innerhalb einer Funkzelle einzugrenzen.

In seiner Entscheidung betont das BVerfG, dass die technische Kommunikation zwischen zwei Geräten nicht das spezifische Gefährdungspotential aufweise, vor dem das Grundrecht Schutz gewährt.²⁵ Der Einsatz eines IMSI-Catchers beziehe sich nicht auf einen tatsächlich stattfindenden oder zumindest versuchten Kommunikationsvorgang zwischen *Menschen*. Beim Einsatz des „IMSI-Catchers“ „kommunizieren“ ausschließlich technische Geräte miteinander. Es fehle an einem *menschlich veranlassten* Informationsaustausch, der sich auf Kommunikationsinhalte bezieht.²⁶ Art. 10 GG folge gerade nicht dem rein technischen Telekommunikationsbegriff des § 3 Nr. 22 TKG sondern knüpfe personal an den Grundrechtsträger und dessen Schutzbedürftigkeit an.²⁷

¹³ KG Berlin, Beschl. v. 04.05.1979, (1) 1 StE 2/77 (130/77), NJW 1979, 1668, 1669; Schmidt-Aßmann, in: Maunz/Dürig, GG, Stand: 75. EL (September 2015), Art. 103 Rn. 231 m.w.N.; a.A. von Heintschel-Heinegg, in: v. Heintschel-Heinegg, Beck'scher Online-Kommentar StGB, Stand: 01.03.2016, § 1 Rn. 12a; Bär, in: Wabnitz/Janovsky, Handbuch des Wirtschafts- und Steuerstrafrechts, 4. Aufl. (2014), 27. Kapitel Rn. 7.

¹⁴ Schmidt-Aßmann, in: Maunz/Dürig, GG, Stand: 75. EL (September 2015), Art. 103 Rn. 233; Eser, in: Schönlke/Schröder, StGB, 29. Aufl. (2014), § 1 Rn. 34. So auch Eymann/Stülpitz DUD 2013, 307, 309.

¹⁵ Soiné MMR 2015, 22, 23. Zweifelnd auch Schwabenhauer AöR 137 (2012), 1, 11 und 16 ff., der sich im Ergebnis aber gegen die strenge Beschränkung auf intersubjektive Kommunikation ausspricht.

¹⁶ Graf, in: Beck'scher Online-Kommentar StPO, Stand: 01.09.2015, § 100a Rn. 7a; Bruns, in: Karlsruher Kommentar zur Strafprozessordnung, 7. Aufl. (2013), § 100a Rn. 4; ähnlich Pagenkopf, in: Sachs, GG, 7. Aufl. (2014), Art. 10 Rn. 14.

¹⁷ Guckelberger, in: Schmidt-Bleibtreu/Hofmann/Henneke, GG, 13. Aufl. (2014), Art. 10 Rn. 25.

¹⁸ Vgl. nur Durner, in: Maunz-Dürig, GG, Stand: 75. EL (September 2015), Art. 10, Rn. 45 ff.; Jarass, in: Jarass/Pieroth, GG, 13. Aufl. (2014), Art. 10 Rn. 5.

²⁰ Vgl. BVerfG, Beschl. v. 22.08.2006, 2 BvR 1345/03, NJW 2007, 351 = HRRS 2006 Nr. 807; Urt. v. 14.07.1999, 1 BvR 2226/94, 1 BvR 2420/95, 1 BvR 2437/95, BVerfGE 100, 313, 363; Durner, in: Maunz/Dürig, GG, 75. EL (September 2015), Art. 10 Rn. 46 mit Herv. d. Verf.

²¹ Hierzu nur BVerfGE 46, 120, 144; BVerfG, Urt. v. 02.03.2006, 2 BvR 2099/04, BVerfGE 115, 166, 182 = HRRS 2006 Nr. 235; Durner, in: Maunz-Dürig, GG, Stand: 75. EL (September 2015), Art. 10, Rn. 47.

²² BVerfG, Urt. v. 27.02.2008, 1 BvR 370/07, 1 BvR 595/07, BVerfGE 120, 274, 307 = HRRS 2008 Nr. 160; Durner, in: Maunz-Dürig, GG, Stand: 75. EL (September 2015), Art. 10, Rn. 47 und 82.

²³ BVerfG, NJW 2007, 351 = HRRS 2006 Nr. 807.

²⁴ BVerfG, Beschl. v. 16.06.2009, 2 BvR 902/06, BVerfGE 124, 43 = HRRS 2009 Nr. 800.

²⁵ BVerfG NJW 2007, 351, 354 = HRRS 2006 Nr. 807.

²⁶ BVerfG NJW 2007, 351, 353 = HRRS 2006 Nr. 807, Herv. d. Verf.

²⁷ BVerfG NJW 2007, 351, 354 = HRRS 2006 Nr. 807.

bb) Der Beschluss des BVerfG zum Zugriff auf E-Mail-Server

Demgegenüber betont das BVerfG in seiner Entscheidung vom 16. Juni 2009 zur Sicherstellung und Beschlagnahme von E-Mails auf dem Mailserver des Providers, dass entscheidendes Kriterium für die Eröffnung des Schutzbereichs des Art. 10 Abs. 1 Var. 3 GG die *spezifische Gefährdungslage aufgrund des technisch bedingten Mangels an Beherrschbarkeit* des gewählten Übermittlungsvorgangs sei.²⁸

Zur Begründung führt das BVerfG an, die notwendige Einschaltung Dritter in den Kommunikationsvorgang führe dazu, dass sich die Daten nicht im ausschließlichen Herrschaftsbereich des Nutzers befänden und sie daher einem staatlichen Zugriff leichter ausgesetzt seien als eine direkte Kommunikation unter Anwesenden. Der Nutzer habe technisch keine Möglichkeit die Weitergabe der Informationen durch den E-Mail-Provider zu verhindern.²⁹

cc) Datensynchronisation unterfällt dem Schutzbereich des Art. 10 Abs. 1 Var. 3 GG

Vor diesem Hintergrund ist festzustellen, dass auch die automatische Synchronisation von Daten dem Schutzbereich des Art. 10 Abs. 1 Var. 3 GG unterfallen muss.³⁰

Die Entscheidung des BVerfG zum Einsatz des IMSI-Catchers steht einer Eröffnung des Schutzbereichs nicht entgegen.³¹ Es besteht ein wesentlicher Unterschied zwischen dem Einsatz eines IMSI-Catchers und dem Abgreifen von bei der Synchronisation übertragenen Daten: IMSI-Daten geben lediglich Auskunft über die Kommunikationsanbahnung wohingegen synchronisierte Daten als Inhaltsdaten den Kommunikationsgegenstand *an sich* darstellen. Die Erfassung dieser Inhaltsdaten birgt gerade diejenigen spezifischen Gefahren für die Privatheit des Informationsaustausches, vor denen Art. 10 Abs. 1 Var. 3 GG Schutz gewähren soll.

Stellt man auf das Vorliegen einer telekommunikations-spezifischen Gefährdungslage als entscheidendes Kriterium ab,³² so ist zu konstatieren, dass diese bei der automatischen Datenübertragung in die Cloud gegeben ist.

Technisch beherrscht wird diese Form der Übermittlung vom Telekommunikationsanbieter und vom Cloud-Anbieter selbst. Der Cloud-Nutzer hingegen steht einem von ihm nicht kontrollierbaren *Fremdbeherrschungspotential*

gegenüber.³³ Faktisch kann er auf den konkreten Vorgang der Datenübertragung keinen Einfluss nehmen. Hierüber entscheidet allein der Telekommunikationsanbieter oder der Netzbetreiber als notwendiges Bindeglied zwischen Cloud-Nutzer und Cloud-Anbieter. Zudem stehen auch dem Cloud-Anbieter technische Möglichkeiten zur Verfügung, den Cloud-Nutzer von seinen gespeicherten Daten vollständig auszuschließen.³⁴ Die rechtlichen Konsequenzen, welche eine solche Vorgehensweise nach sich ziehen mag, berühren dabei nicht die faktische Unbeherrschbarkeit der Datenübermittlung durch den Cloud-Nutzer.³⁵ Dieses Fremdbeherrschungspotential ist unabhängig davon, ob die Daten aufgrund menschlicher oder maschineller Veranlassung den Herrschaftsbereich des Cloud-Nutzers verlassen. Dem kann nicht entgegengehalten werden, dass eine Beherrschbarkeit dadurch besteht, dass der Nutzer die Synchronisation aktivieren oder deaktivieren kann. Denn diese Entscheidungsmöglichkeit betrifft lediglich die Einleitung des Übermittlungsvorgangs, nicht aber die technische Übermittlung selbst.

Unerheblich ist ferner, dass kein menschlich veranlasster Kommunikationsvorgang vorliegt.³⁶ Zum einen ist festzustellen, dass Art. 10 Abs. 1 Var. 3 GG von seinem Wortlaut her keine „Kommunikation“ voraussetzt, sondern lediglich das „Fernmeldegeheimnis“ für unverletzlich erklärt. Zudem entsteht die spezifische Gefahr für die Privatheit von übertragenen Inhaltsdaten, vor denen Art. 10 Abs. 1 Var. 3 GG Schutz gewährt, allein durch die räumliche Trennung des zu erreichenden Speichermediums und der notwendigen Nutzung informationstechnischer Wege. Der Nutzer ist gerade wegen der räumlichen Distanz auf eine Übermittlung durch andere angewiesen und deshalb in besonderer Weise einem Zugriff Dritter ausgesetzt.³⁷ Diese mangelnde Beherrschbarkeit ist aber unabhängig von einer menschlichen Veranlassung des entsprechenden Übertragungsvorgangs.

c) Fazit zur Einordnung der Synchronisation als Telekommunikation i.S.d. § 100a StPO

Für die Einordnung der Synchronisation als Telekommunikation i.S.d. § 100a StPO bedeutet dies folgendes: Soweit sich der Terminus an § 3 Nr. 22 TKG und Art. 10 Abs. 1 Var. 3 GG orientiert, ist nach beiden Begriffen die Synchronisation auch als Telekommunikation aufzufassen. Zwar ist es anerkannt, dass allein von der Eröffnung des Schutzbereichs des Art. 10 Abs. 1 Var. 3 GG nicht auf Vorliegen einer „Telekommunikation“ i.S.d. §§ 100a ff. StPO geschlossen werden kann.³⁸ Allerdings ist eine Einbeziehung der Synchronisation in den Anwendungs-

²⁸ BVerfGE 124, 43, 54 f. = HRRS 2009 Nr. 800, Herv. d. Verf.

²⁹ BVerfGE 124, 43, 54 f. = HRRS 2009 Nr. 800; zustimmend Gersdorf, in: Beck'scher Online-Kommentar Informations- und Medienrecht, Stand 01.11.2015, Art. 10 GG Rn. 17; Schwabenhauer AöR 137 (2012), 1, 10.

³⁰ Im Ergebnis Bär MMR 2013, 700, 703; Eymann/Stülpitz DUD 2013, 307, 309; ähnlich auch Gersdorf, in: Beck'scher Online-Kommentar Informations- und Medienrecht, Stand 01.11.2015, Art. 10 GG Rn. 18.

³¹ A.A. Schwabenhauer AöR 137 (2012), 1, 11 mit Fn. 50.

³² Graf, in: Beck'scher Online-Kommentar StPO, Stand: 01.09.2015, § 100a Rn. 28a; Singelstein NStZ 2012, 593, 594 f.; Brodowski/Eisenmenger ZD 2014, 119, 121; a.A. Meini-cke DSRITB, 2013, 967, 974.

³³ Zu diesem Begriff Gaede StV 2009, 96, 97.

³⁴ Zur technischen Beherrschung des E-Mail-Verkehrs durch einen Provider bereits Gaede StV 2009, 96, 97.

³⁵ So bereits Herrmann/Soiné NJW 2011, 2922, 2923.

³⁶ Im Ergebnis wohl auch Singelstein NStZ 2012, 593, 595.

³⁷ In diese Richtung bereits Singelstein NStZ 2012, 593, 594 f.; Gersdorf, in: Beck'scher Online-Kommentar Informations- und Medienrecht, Stand 01.11.2015, Art. 10 GG Rn. 17 f.

³⁸ Deutlich Kudlich JuS 1998, 209, 213 f.; ders. JA 2000, 227, 232; so auch BVerfGE 124, 43, 62 f. = HRRS 2009 Nr. 800; Gaede StV 2009, 96, 99; Zimmerman JA 2014, 321, 325; Saf-ferling/Rückert MMR 2015, 788, 789.

bereich des § 100a StPO auch wertungsgemäß angezeigt.³⁹ Eine Zuordnung muss auch unter Berücksichtigung des Aspektes erfolgen, ob der Betroffene aufgrund der Verdecktheit des Eingriffs in erhöhtem Maße schutzbedürftig ist.⁴⁰ Dies ist der Fall: Der Cloud-Nutzer ist in besonderem Maße schutzwürdig, weil der Zugriff gerade während des von ihm überhaupt nicht kontrollierbaren Übertragungsvorgangs stattfindet.

Hieraus folgt auch nur ein scheinbarer Widerspruch: Die hohe Schutzbedürftigkeit des Cloud-Nutzers ermöglicht nicht erst einen Eingriff auf Basis des § 100a StPO. Durch die Subsumtion als Telekommunikation wird der Cloud-Nutzer vielmehr privilegiert. Der Eingriff darf erst unter den vergleichsweise strengen Voraussetzungen des § 100a StPO⁴¹ erfolgen und nicht schon nach den weiter gefassten Eingriffsvoraussetzungen anderer strafprozessualer Ermittlungsmaßnahmen.

3. Ausblick über die Anwendung einer Überwachung nach § 100a StPO

Wenn nun ein „Abgreifen“ des Datenstroms während des Übertragungsvorgangs nach § 100a StPO möglich ist, so kann eine Telekommunikationsüberwachung zunächst gezielt zum Abgreifen synchronisierter Daten angeordnet werden. Wenn dies erfolgt, so müssen zwar die recht hohen Voraussetzungen der Maßnahmen und der verfahrensrechtlichen Anforderungen beachtet werden. Allerdings limitiert das Gebot der Verhältnismäßigkeit eine Erhebung nicht zwangsläufig. Das BVerfG hat im Kontext der Durchsuchung, Sicherstellung und Beschlagnahme von Datenträgern ein abgestuftes System entwickelt.⁴² Dieses ist auch auf den Zugriff auf den Datenstrom bei einer Synchronisierung übertragbar. Danach beschränkt das Gebot der Verhältnismäßigkeit – insbesondere die Anforderungen der Erforderlichkeit der Maßnahme – den Zugriff auch nur in den Grenzen des technisch Möglichen, d.h. soweit überhaupt ein Aussondern gewisser Daten erreicht werden kann. Ist es technisch nicht möglich, die unterschiedlichen übertragenen Daten bereits beim Abgreifen des Übertragungsvorgangs zu isolieren, so können ohne Verstoß gegen das Gebot der Verhältnismäßigkeit zunächst alle Daten erhoben werden.⁴³ Zudem mögen einer flächendeckenden Anwendung zwar derzeit technische Schwierigkeiten gegenüberstehen, die insbesondere aus der Verschlüsselung der übertragenen

Daten resultieren.⁴⁴ Allerdings betrifft dies nicht zum einen ein Abgreifen von unverschlüsselt oder nur mangelhaft verschlüsselten Daten. Zum anderen ist es in Anbetracht des rasanten technischen Fortschritts im Bereich der Ver- aber auch der Entschlüsselungstechniken nicht von vornherein aussichtslos, zukünftig synchronisierte Daten abzugreifen und vollständig entschlüsseln zu können. So war es noch vor einigen Jahren nicht möglich, Teile eines während einer Datenübertragung mitübertragenen Schlüssels abzugreifen und diesen zu rekonstruieren. Nunmehr ist auch dies in bestimmten Fällen bereits technisch realisierbar.

II. Heimlicher Zugriff auf die im Cloud-Speicher gesicherten Daten

Neben dem heimlichen Zugriff auf die während der Synchronisierung übertragenen Daten kommt vor allem ein zweiter Ansatzpunkt für eine Ermittlungsmaßnahme in Frage: Der heimliche, direkte Zugriff auf den (inländischen) Cloud-Speicher selbst.⁴⁵

1. Allgemeines

Was die Zulässigkeit und die Ermächtigungsgrundlage eines derartigen Eingriffs anbelangt, so zeigt sich die Literatur relativ gespalten und geht zumeist über die eigentlichen Fragestellungen hinweg. So wird etwa ohne nähere Begründung angenommen, es fehle für einen Eingriff eine Ermächtigungsgrundlage in der StPO.⁴⁶ Parallelen zur Entscheidung des BGH zur Online-Durchsuchung eines Computers drängen sich auf.⁴⁷ Hier muss der zweite Schritt vor dem ersten getätigt werden. Denn ob die Rechtsprechung des BGH zur Online-Durchsuchung auf den Zugriff auf Cloud-Speicher tatsächlich vollständig übertragbar ist, bestimmt sich nach zwei Fragen, die – wie bereits aufgezeigt – eng miteinander verbunden sind: Erstens, ob ein Zugriff auf den Cloud-Speicher auch nach § 100a StPO möglich wäre. Und zweitens, welchen grundrechtlichen Schutz die auf einem Cloud-Speicher befindlichen Daten genießen.⁴⁸ Denn – dieser Vorgriff sei erlaubt – die Gleichsetzung eines Cloud-Speichers mit einem Heimrechner geht fehl. Der sich zunächst aufdrängende Verweis auf die naheliegende „Online-Durchsuchung“ trifft in der Sache nicht zu.

Sucht man daher zunächst nach einer strafprozessualen Ermächtigungsgrundlage für einen *heimlichen* Zugriff auf

³⁹ Für einen Zugriff nach § 100a StPO auch *Bär* MMR 2013, 700, 703.

⁴⁰ BVerfGE 124, 43, 62 f. = HRRS 2009 Nr. 800; *Singelstein* NStZ 2012, 593, 596; *Zimmermann* JA 2014, 321, 324 f.; *Safferling/Rückert* MMR 2015, 788, 793.

⁴¹ Siehe nur zur einschränkenden Voraussetzung der Katalogtaten *Bär*, in: *Wabnitz/Janovsky*, Handbuch des Wirtschafts- und Steuerstrafrechts, 4. Aufl. (2014), 27. Kapitel Rn. 79 f.

⁴² BVerfG, Beschl. v. 12.04.2006, 1 BvR 1027/02, BVerfGE 113, 29, 55 ff.; BVerfGE 124, 43, 67 ff. = HRRS 2009 Nr. 800.

⁴³ Vgl. BVerfGE 113, 29, 57; BVerfGE 124, 43, 68 = HRRS 2009 Nr. 800.

⁴⁴ *Bär*, in: *Wabnitz/Janovsky*, Handbuch des Wirtschafts- und Steuerstrafrechts, 4. Aufl. (2014), 27. Kapitel Rn. 146 ff.; *Eymann/Stipitz* DUD 2013, 307, 309 f.

⁴⁵ Ein Zugriff auf einen sich im Ausland befindlichen Cloud-Speicher wirkt – soweit man den genauen Standort überhaupt lokalisieren kann – weitergehende Fragen des Rechtshilfe- und Völkerrechts auf, auf die im Rahmen dieses kurzen Beitrages nicht näher eingegangen werden kann.

⁴⁶ *Singelstein* NStZ 2012, 593, 597.

⁴⁷ In diese Richtung wohl *Wicker* MMR 2014, 298, 302 mit Fn. 75; instruktiv auch *Bär*, in: *Wabnitz/Janovsky*, Handbuch des Wirtschafts- und Steuerstrafrechts, 4. Aufl. (2014), 27. Kapitel Rn. 133.

⁴⁸ Siehe hierzu *Bär*, in: *Wabnitz/Janovsky*, Handbuch des Wirtschafts- und Steuerstrafrechts, 4. Aufl. (2014), 27. Kapitel Rn. 133.

den Cloud-Speicher, so kommt wiederum § 100a StPO in Betracht. Es stellt sich daher auch hier die Frage: Ist auch die Datenspeicherung auf Cloud-Servern „Telekommunikation“ i.S.d. § 100a StPO?

2. Die Speicherung von Daten auf Cloud-Servern als Telekommunikation i.S.d. § 100a StPO

Wirft man zunächst einen Blick auf die Definition des § 3 Nr. 22 TKG, so ist festzustellen, dass eine „Telekommunikation“ nach dieser Norm einen „Übertragungsvorgang“ voraussetzt. Ein solcher ist aber bei einer bloßen Speicherung von Daten nicht mehr gegeben.

a) Der grundrechtliche Schutz des Cloud-Speichers

Scheidet daher Telekommunikation nach der ersten Orientierung an der Legaldefinition des TKG aus, so kommt es entscheidend auf die zweite Orientierung, den grundrechtlichen Schutz des Cloud-Speichers an.

aa) Die Einordnung des Cloud-Speichers in der Literatur

Infrage kommt insoweit sowohl eine Miteinbeziehung der auf einem Cloud-Server gespeicherten Daten in den grundrechtlichen Schutzbereich des Art. 10 Abs. 1 Var. 3 GG oder des Grundrechts auf Gewährleistung der Vertraulichkeit und Integrität informationstechnischer Systeme, Art. 2 Abs. 1 GG i.V.m. Art. 1 Abs. 1 GG. Diese Frage ist in der Literatur umstritten: Eine Ansicht tendiert zu einem Schutz durch das informationstechnische Grundrecht.⁴⁹ Eine andere Strömung spricht sich für eine Eröffnung des Schutzbereichs des Art. 10 Abs. 1 Var. 3 GG aus.⁵⁰

Insoweit ist festzustellen, dass die auf einem Cloud-Server gespeicherten Daten *jedenfalls* dem Schutzbereich des Grundrechts auf Gewährleistung der Vertraulichkeit und Integrität informationstechnischer Systeme unterfallen. Nach der Rechtsprechung des BVerfG erstreckt sich der Schutz dieses Grundrechts auch auf solche Systeme, die der Nutzer nur über informationstechnische Systeme erreichen kann.⁵¹ Allerdings kann daraus gerade nicht geschlossen werden, dass der Cloud-Speicher ausschließlich diesem Grundrecht unterfällt. Denn das Grundrecht auf Gewährleistung der Vertraulichkeit und Integrität informationstechnischer Systeme ist *subsidiär* und findet nur dann Anwendung, wenn ein anderes Grundrecht keinen Schutz gewährleistet.⁵²

Somit ist vorrangig zu fragen, ob die auf einem Cloud-Server gespeicherten Daten nach Art. 10 Abs. 1 Var. 3 GG

⁴⁹ In der Tendenz wohl auch *Wicker* MMR 2013, 766.

⁵⁰ In diese Richtung *Gersdorf*, in: Beck'scher Online-Kommentar Informations- und Medienrecht, Stand 01.11.2015, Art. 10 GG Rn. 18; *Singelstein* NStZ 2012, 593, 603, Fn. 181; *Brodowski/Eisenmenger* ZD 2014, 119, 121; im Ergebnis wohl auch *Schwabenhauer* AöR 137 (2012), 1, 20.

⁵¹ BVerfGE 120, 274, 306 f., 315 = HRRS 2008 Nr. 160.

⁵² BVerfGE 120, 274, 302 f. = HRRS 2008 Nr. 160; BVerfGE 124, 43, 57 = HRRS 2009 Nr. 800.

Schutz genießen. Denn das BVerfG ging in seiner Entscheidung zur „Online-Durchsuchung“ davon aus, dass ein Schutz durch das informationstechnische Grundrecht notwendig sei, weil die auf einem Heimrechner befindlichen Daten nicht dem Schutzbereich des Art. 10 Abs. 1 Var. 3 GG unterfielen.⁵³

bb) Schutzbereich des Art. 10 Abs. 1 Var. 3 GG

Maßgebliches Kriterium für die Eröffnung dieses Schutzbereichs ist nach der Rechtsprechung des BVerfG die Frage, ob eine spezifische Gefahr vorliegt, die aus der räumlich distanzierten Kommunikation und der fehlenden Herrschaftsmacht des Nutzers – korrespondierend mit einem erheblichen Fremdbeherrschungspotential – resultiert.

Etwas anderes folgt nicht aus der Rechtsprechung des BVerfG zur sog. „Online-Durchsuchung“.⁵⁴ Denn zwar betont das BVerfG in dieser Entscheidung mehrfach, dass Art. 10 Abs. 1 GG die Inhalte und Umstände des „laufenden“ Kommunikationsvorgangs umfasst.⁵⁵ Allerdings misst das BVerfG einem anderen Kriterium eine entscheidendere Bedeutung zu: Art. 10 Abs. 1 Var. 3 GG erfasse deswegen nicht die nach Abschluss eines Kommunikationsvorgangs vorhandenen Daten, weil diese *im Herrschaftsbereich eines Teilnehmers* gespeichert sind, wenn und soweit dieser auch *eigene Schutzvorkehrungen gegen den heimlichen Datenzugriff* treffen könne.⁵⁶ Ausschlaggebend ist daher nicht, ob es sich um einen Übertragungsvorgang handelt und die Daten sich noch in einem solchen befinden, sondern vielmehr ob der Nutzer selbst die *Herrschaft* über Daten innehat und ausreichende Schutzvorkehrungen treffen kann. Dieses ist ein Aspekt des Kriteriums der telekommunikationsspezifischen Gefährdungslage.⁵⁷

Wendet man diese Kriterien konsequent an, so unterfällt auch der Cloud-Speicher dem Schutzbereich des Art. 10 Abs. 1 Var. 3 GG.⁵⁸ Die nach dem ersten Anschein einleuchtende Gleichsetzung von Cloud-Speichern mit lokalen Speichermedien trifft in verfassungsrechtlicher Hinsicht nicht zu. Denn auf Cloud-Speichern gesicherte Daten entsprechen vielmehr den auf Mail-Servern belas-

⁵³ BVerfGE 120, 274, 307 ff. = HRRS 2008 Nr. 160.

⁵⁴ So aber wohl *Singelstein* NStZ 2012, 593, 598: Wenn nicht sichergestellt werde, dass durch Infiltration des Computers „ausschließlich auf Daten aus einem laufenden Telekommunikationsvorgang“ zugegriffen werden kann, müssten sich die jeweiligen Rechtsgrundlagen auch an den Anforderungen des Grundrechts auf Gewährleistung der Vertraulichkeit und Integrität informationstechnischer Systeme messen lassen.

⁵⁵ BVerfGE 120, 274, 307, 308 ff. und 340 = HRRS 2008 Nr. 160.

⁵⁶ BVerfGE 120, 274, 307 f. = HRRS 2008 Nr. 160.

⁵⁷ So auch *Gersdorf*, in: Beck'scher Online-Kommentar Informations- und Medienrecht, Stand 01.11.2015, Art. 10 GG Rn. 17 f.; *Brodowski/Eisenmenger* ZD 2014, 119, 121; *Schwabenhauer* AöR 137 (2012), 1, 34.

⁵⁸ *Brodowski/Eisenmenger* ZD 2014, 119, 121. Für die Miteinbeziehung von „ruhender“ Telekommunikation, insbesondere von auf Servern gespeicherten E-Mails bereits *Gersdorf*, in: Beck'scher Online-Kommentar Informations- und Medienrecht, Stand 01.11.2015, Art. 10 GG Rn. 17 f. m.w.N.; *Gaede* StV 2009, 96, 97.

senen E-Mails. Ausschlaggebend ist hierfür die Tatsache, dass Cloud-Speicher wie auch E-Mail-Server *fremdberrscht* sind.⁵⁹

Technisch beherrscht wird auch diese Form der Datenspeicherung in erster Linie durch den Cloud-Anbieter. Ihm sind diese Daten prinzipiell technisch zugänglich. Er kennt zumeist die notwendigen Verschlüsselungsalgorithmen. Entscheidender ist aber, dass er dem Cloud-Nutzer jederzeit die gespeicherten Daten vollständig vorenthalten kann, indem er etwa den Dienst vollkommen einstellt.⁶⁰

Hierin liegt auch der entscheidende Unterschied zur Situation der sog. „Online-Durchsuchung“: In diesen Fällen geht es um die einmalige oder dauerhafte Überwachung eines bestimmten Zielrechners, der sich in der Herrschaftssphäre des Betroffenen befindet.⁶¹ Zu weit geht daher die Definition des Bundesministerium des Inneren⁶², welche hierunter jeden verdeckten staatlichen Zugriff auf fremde informationstechnische Systeme über Kommunikationsnetze versteht. Denn die Entscheidung des BGH zum repressiv-strafrechtlichen Vorgehen betraf den heimlichen Zugriff auf den *vom Beschuldigten benutzten Rechner* und den damit verbundenen Einsatz spezieller Computerprogramme zur Durchsuchung des Computerspeichers und die Übertragung dieser Daten an die Ermittlungsbehörden.⁶³ Auch der Entscheidung des BVerfG zur präventiv-polizeirechtlichen Durchsuchung lag die Konstellation zugrunde, dass die sog. „Online-Durchsuchungen“ den Zugriff auf ein Zielsystem ermöglichen sollten, das sich in der *Herrschaftssphäre seines Nutzers* befindet. Dies betrifft *Rechner* und sonstige *Endgeräte*, die der Betroffene selbst nutzt.⁶⁴ Denn zum einen soll gerade auf diese Weise eine wirkungsvolle Umgehung der Verschlüsselungstechnologien erreicht werden.⁶⁵ Zum anderen besteht nach Ansicht des BVerfG ein Schutz nach Art. 10 Abs. 1 Var. 3 GG deswegen nicht, weil sich die Daten im Herrschaftsbereich eines Kommunikationsteilnehmers befänden und dieser eigene Schutzvorkehrungen gegen den heimlichen Datenzugriff treffen könne, so dass die spezifische Gefahr der räumlich distanzierten Kommunikation nicht vorliege.⁶⁶ Offensichtlich ging das

BVerfG insoweit allein von dem sich im *physischen Herrschaftsbereich* des Nutzers befindlichen PC aus und gerade nicht von einem räumlich getrennten Cloud-Server. Dieser ist für den Nutzer ausschließlich im Wege eines räumlichen distanzierten Zugriffs zu erreichen. Zudem kennt der Nutzer in den meisten Fällen nicht einmal den Standort des entsprechenden Speichermediums: Sie befinden sich außerhalb seines räumlichen Einflussbereichs und unter Umständen sogar im Ausland.⁶⁷

Aufgrund dessen unterfällt auch der Cloud-Speicher dem Schutzbereich des Art. 10 Abs. 1 Var. 3 GG.

b) „Ruhende“ Daten als „Telekommunikation“ i.S.d. § 100a StPO

Nachdem festzustellen ist, dass auch der Cloud-Speicher den Schutz des Art. 10 Abs. 1 Var. 3 GG genießt, stellt sich die Frage, ob diese „*ruhenden*“ Daten als Telekommunikation i.S.d. § 100a StPO aufzufassen sind. Diese Frage liegt an der Schnittstelle zweier Problemkreise, die je nachdem wie man den Cloud-Speicher einordnen möchte, zu unterschiedlichen Ergebnissen führen: Versteht man den Cloud-Speicher eher als eine Art „ausgelagerte Festplatte“ so gelangt man schnell zu dem Themenkomplex, der unter dem Schlagwort „Online-Durchsuchung“ geführt wird. Erkennt man hingegen eine Parallele zwischen Cloud-Speichern und Daten auf externen Mailservern so geht es um einen weiteren in Wissenschaft und Rechtsprechung präsenten Themenkomplex: den heimlichen Zugriff auf gespeicherte E-Mails auf Mailservern.

aa) Gleichbehandlung des Zugriffs auf Cloud-Server und des Zugriffs auf E-Mail-Server

Zutreffend ist es, im Rahmen der Telekommunikationsüberwachung nach § 100a StPO den Zugriff auf einen Cloud-Speicher wie den heimlichen Zugriff auf einen E-Mail-Server zu behandeln. Denn es besteht kein relevanter Unterschied in der Art und Weise der Datenspeicherung. Werden E-Mails auf Servern belassen, so wird der Server selbst nicht anders als ein externer Speicherplatz im Sinne einer Datenablage gebraucht. Hierfür spricht insbesondere auch, dass E-Mail-Dienste Ordner und Archivierungsmöglichkeiten anbieten. Durch die Nutzung derartiger Möglichkeiten wird der Server zu einem Medium der reinen Verwaltung von Datenbeständen. Nichts anders geschieht aber bei der Übertragung der Daten zur Sicherung auf Cloud-Servern: In beiden Fällen sollen die Daten lediglich gesichert und „abgelegt“ werden.

⁵⁹ Vgl. Gersdorf, in: Beck'scher Online-Kommentar Informations- und Medienrecht, Stand 01.11.2015, Art. 10 GG Rn. 18; für den Schutz von E-Mails auf Servern bereits Gaede StV 2009, 96, 97.

⁶⁰ Vgl. Gersdorf, in: Beck'scher Online-Kommentar Informations- und Medienrecht, Stand 01.11.2015, Art. 10 GG Rn. 18; Herrmann/Soiné NJW 2011, 2922 f.; Wicker DSRITB 2013, 981, 986 und 988; für den Schutz von E-Mails auf Servern bereits Gaede StV 2009, 96, 97.

⁶¹ Vgl. Graf, in: Beck'scher Online-Kommentar StPO, Stand: 01.09.2015, § 100a Rn. 108 ff.

⁶² Antworten des Bundesministeriums des Innern auf den Fragenkatalog des Bundesministeriums der Justiz vom 22.08.2007, abrufbar unter <http://netzpilotik.org/wp-upload/fragen-onlinedurchsuchung-BMJ.pdf> (Stand: 14.04.2016).

⁶³ BGH, Beschl. v. 31.01.2007, StB 18/06, BGHSt 52, 211 f. und 218 = HRRS 2007 Nr. 197.

⁶⁴ Vgl. BVerfGE 120, 274, 278 f. und 303 f. = HRRS 2008 Nr. 160.

⁶⁵ Vgl. BVerfGE 120, 274, 278 f. = HRRS 2008 Nr. 160.

⁶⁶ BVerfGE 120, 274, 207 f. = HRRS 2008 Nr. 160 mit Herv. d. Verf.

⁶⁷ Vgl. Brodowski/Eisenmenger ZD 2014, 119, 121; Zerbes/El-Ghazi NSTz 2015, 425, 428; Schwabenhauer AöR 137 (2012), 1, 34. Aufgrund der günstigeren klimatischen Bedingungen für die Kühlung befinden sich viele größere Serverfarmen in kalten Regionen, so z.B. die Serverfarm von Facebook in Luleå, Schweden (<http://arstechnica.com/information-technology/2013/06/facebook-opens-data-center-filled-entirely-with-servers-it-designed/>, Stand: 14.04.2016), und auch die auch Serverfarmen von Google in Finnland, Schweden und Österreich (vgl. <http://diepresse.com/home/techscience/internet/google/545190/Google-baut-riesige-Serverfarm-in-Finnland>, Stand: 14.04.2016).

Hiergegen kann nicht vorgebracht werden, dass eine Differenzierung nach der Qualität der jeweils gespeicherten Daten angezeigt sei. So wurde in der Literatur – im Kontext des heimlichen Zugriffs auf Mailserver – vorgebracht, dass bei einem Provider gespeicherte E-Mails noch einen gewissen Kommunikationsbezug aufwiesen.⁶⁸ Dies überzeugt nicht. Auf das Kriterium eines „Kommunikationsbezug“ sollte vollständig verzichtet werden.

Zum einen sind bereits die Grenzen unklar, ab wann Daten einen „Kommunikationsbezug“ tatsächlich verlieren: Jeder Versuch, eine zeitliche Grenze festzulegen, wäre willkürlich. Denn streng genommen E-Mails verlieren bereits dann ihren Kommunikationsbezug, wenn der Empfänger sie zur Kenntnis genommen, genauer gesagt gelesen hat. Anschließend wird die E-Mail zu einer Datei, die lediglich archiviert wird, so dass es sich um bloße Datenablage handelt. Damit weist sie dieselbe Qualität in kommunikativer Hinsicht auf wie ein zur Sicherung auf einem Cloud-Server gespeicherte Datei.

Zum anderen sind Kriterien für eine sinnvolle qualitative Differenzierung nicht auszumachen:

Erstens ist eine Abgrenzung nach der ursprünglichen Herkunft der Daten nicht erfolversprechend. Zwar würde man hierdurch den auf dem Server belassenen E-Mails aufgrund ihrer ursprünglichen Verwendung als Kommunikationsmedium einen Kommunikationsbezug zubilligen. Wird eine E-Mail aber nicht auf dem Server belassen, sondern heruntergeladen, lokal archiviert und danach wieder – etwa im Zuge einer automatischen Synchronisierung – „in die Cloud“ übertragen, ist diese Datei wie auch alle anderen Dateien längst zur Datenablage geworden. Deutlicher wird dies noch, wenn E-Mails nicht mal mehr in einem hierfür vorgesehenen Programm, sondern in Word-Dateien gespeichert werden. Zudem liegt bei jeder Übertragung von Daten in die Cloud bereits eine Telekommunikation vor.⁶⁹ Das bedeutet: Ein Kommunikationsbezug i.S.d. § 100a StPO und Art. 10 Abs. 1 Var. 3 GG wäre bei jeder Datei, die in eine Cloud übertragen wird, automatisch bereits durch die Art und Weise ihrer Übertragung gegeben.

Und zweitens kann auch eine Differenzierung nicht danach vorgenommen werden, ob eine Kommunikation im Sinne eines *Austausches zwischen zwei Personen* vorliegt.⁷⁰ Eine solche kann auch auf Cloud-Servern stattfinden. Viele Cloud-Anbieter eröffnen die Möglichkeit, dass mehrere Benutzer auf denselben Speicherplatz zugreifen können, um Daten auszutauschen oder gemeinsam zu bearbeiten. Oder aber ein Benutzer kann seine auf dem Cloud-Sever gespeicherten Daten für den Download durch andere freigeben, ein Verfahren, das insbesondere den Austausch größerer Dateien wie etwa Bildern erleichtert. In diesen Fällen dient der Cloud-Dienst funktional als E-Mail-Ersatz und als Kommunikationsmittel

zwischen zwei oder mehreren natürlichen Personen. Zudem dienen streng genommen auch abgelegte E-Mails nicht einmal mehr dem Informationsaustausch. Denn dieser hat bereits mit der Kenntniserlangung stattgefunden und ist daher *abgeschlossen*. Auch weisen sowohl E-Mails⁷¹ als auch in der Cloud gespeicherte Daten eine gewisse „Telekommunikationsnachwirkung“ auf. Diese Nachwirkung wird durch die spezifische Telekommunikationsgefährdungslage begründet, weil die E-Mail gerade im Herrschaftsbereich des E-Mail-Diensteanbieters verbleibt.⁷² Bei auf Cloud-Servern gespeicherten Daten besteht jedoch die gleiche tatsächliche Gefährdungslage.⁷³

Dementsprechend sind im Anwendungsbereich von § 100a StPO Daten auf Cloud-Servern und die auf E-Mail-Servern abgelegten E-Mails gleich zu behandeln.

bb) Fazit zur Einordnung „ruhender“ Daten als Telekommunikation i.S.d. § 100a StPO

Geht man nunmehr von einer grundsätzlichen Gleichbehandlung beider Sachverhalte aus, stellt sich die Frage, ob die Speicherung von Daten auf externen Speicherplätzen – gleich ob auf E-Mail- oder Cloud-Servern – eine „Telekommunikation“ im Sinne des § 100a StPO darstellt. In beiden Fällen liegt zwar nach der Definition des § 3 Nr. 22 TKG kein Übertragungsvorgang mehr vor, allerdings ist der Schutzbereich des Art. 10 Abs. 1 Var. 3 GG eröffnet.

Was den heimlichen Zugriff auf E-Mails anbelangt, so ist umstritten, ob § 100a StPO als Ermächtigungsgrundlage einschlägig ist. Während der BGH davon ausging, dass § 100a StPO ausscheide, da kein Kommunikationsvorgang mehr vorläge,⁷⁴ wollen Teile der Literatur und Rechtsprechung einen Zugriff auf die auf dem E-Mail-Server gespeicherten Daten nur nach §§ 100a, 100b StPO zulassen.⁷⁵ Entgegen Stimmen in der Literatur⁷⁶ hat das BVerfG noch *keine Aussage* darüber getroffen, ob auf E-Mail-Servern belassene E-Mails „Telekommunikation“ i.S.d. § 100a StPO darstellen: Zwar differenziert das Gericht in seinem Beschluss vom 16. Juni 2009 nicht danach, ob ein „laufender“ oder „ruhender“ Kommunikationsvorgang vorliegt. Es stellt vielmehr hauptsächlich auf die Schwere des Eingriffs ab, d.h. ob ein Eingriff heimlich oder offen erfolgen soll.⁷⁷ Allerdings behandelt diese Entscheidung zum einen nur die Frage, ob „ruhende“ E-

⁶⁸ Vgl. zur Darstellung des Meinungsstandes *Park*, Durchsuchung und Beschlagnahme, 3. Aufl. (2015), § 4 Rn. 806.

⁶⁹ Hierzu bereits unter A.II.

⁷⁰ Für die Gleichbehandlung automatisierten und menschlich veranlassten Informationsaustausches als Telekommunikation vgl. *Graf*, in: Beck'scher Online-Kommentar StPO, Stand: 01.09.2015, § 100a Rn. 2.

⁷¹ *Klein* NJW 2009, 2996, 2997.

⁷² Vgl. *Klein* NJW 2009, 2996, 2997 unter Verweis auf BVerfGE 124, 43 = HRRS 2009 Nr. 800.

⁷³ Hierzu bereits unter B.II.1.b).

⁷⁴ BGH, Beschl. v. 31.03.2009, 1 StR 76/09, NStZ 2009, 397, 398 = HRRS 2009 Nr. 419.

⁷⁵ Siehe nur LG Hanau, Beschl. v. 23. 09. 1999, 3 Qs 149-99, NJW 1999, 3647; LG Mannheim, Beschl. v. 30.11.2001, 22 KLs 628 Js 15705/00, StV 2002, 242 f.; LG Hamburg, Beschl. v. 08.01.2008, 619 Qs 1/08, MMR 2008, 186 f.; *Schmitt*, in: Meyer-Goßner/Schmitt, StPO, 58. Aufl. (2015), § 100a Rn. 6c mwN; *Schlegel* HRRS 2007, 44, 49 ff.; *Gaede* StV 2009, 96, 99.

⁷⁶ Vgl. *Singelstein* NStZ 2012, 593, 597; *Bruns*, in: Hannich, Karlsruher Kommentar zur Strafprozessordnung, 7. Aufl. (2013), § 100a Rn.18; von einer zumindest impliziten Aussage geht *Zimmermann* JA 2014, 321, 325 aus.

⁷⁷ BVerfGE 124, 43, 55 f. = HRRS 2009 Nr. 800.

Mails dem Schutzbereich des Art. 10 Abs. 1 Var. 3 GG unterfallen, nicht aber, ob sie auch Telekommunikation i.S.d. § 100a StPO darstellen. Zum anderen war Streitgegenstand der Entscheidung nicht die Frage, ob der heimliche Zugriff auf E-Mails auf § 100a StPO gestützt werden könnte, sondern vielmehr, ob eine offene Durchsuchung und Beschlagnahme nach §§ 94 ff. StPO verfassungsrechtlich zulässig sei. Die Entscheidung behandelt also die Frage, ob die §§ 94 ff. StPO den verfassungsrechtlichen Anforderungen an einen Eingriff in Art. 10 Abs. 1 Var. 3 GG genügen.⁷⁸

Gegen einen Zugriff auf Cloud- oder E-Mail-Server nach §§ 100a, 100b StPO ließe sich anführen, dass ein solches Vorgehen den Wortsinn des Merkmals „Telekommunikation“ überschreite und somit nicht den – für einen Eingriff in Art. 10 Abs. 1 GG erforderlichen – Anforderungen des Gebots der Normenklarheit und Normenwahrheit entspreche. Erfasst werden könnten nur „laufende“ Kommunikationsvorgänge, nicht aber der Zugriff auf „ruhende“ Daten.⁷⁹ Hierfür streitet, dass sich die Ermittlungsbehörden auf diese Weise Zugriff auf umfangreiche Datenbestände – nämlich alle auf den Cloud-Servern gespeicherten Daten – verschaffen könnten. Dies entspräche nicht dem herkömmlichen Verständnis einer „Telekommunikationsüberwachung“.⁸⁰

Allerdings ist die durch den Wortlaut gezogene Grenze (noch) nicht erreicht. Zumindest wenn ein Cloud-Speicher als Platz zum Datenaustausch genutzt wird, ist dies einleuchtend. Insoweit ersetzt der Upload und die Speicherung der Dateien lediglich den Datenaustausch per E-Mail oder anderen Medien.⁸¹ Aber auch für die bloße Speicherung von Daten und E-Mails auf externen Servern gilt nichts anderes. Wenn man die auf E-Mail-Servern belassenen E-Mails und die in einer Cloud gespeicherten Daten grundsätzlich gleichsetzt, so streiten für die Zulässigkeit eines heimlichen Zugriff auf Cloud-Server nach §§ 100a, 100b StPO prinzipiell die gleichen Argumente, die von Seiten der Literatur und der Rechtsprechung⁸² für eine Durchsuchung von E-Mail-Servern nach diesen Normen vorgebracht werden. Insbesondere ist *Gaede* beizupflichten, dass der Wortsinn „Überwachung“ nicht nur auf ein punktuell Abgreifen beschränkt ist, sondern vielmehr auch entwicklungs offen andere Arten des Zugriffs erfasst.⁸³ Zudem steht einem Rekurs auf §§ 100a, 100b StPO auch nicht das Gebot der Normenklarheit und Normenbestimmtheit entgegen. Dieses Gebot besagt lediglich, dass der Anlass, der Verwendungszweck und die Grenzen des Eingriffs in der Ermächtigung bereichsspezifisch, präzise und normenklar festgelegt werden müssen.⁸⁴ Nicht zu beanstanden ist die Verwendung unbestimmter Rechtsbegriffe und die

Auslegungsbedürftigkeit einer Norm.⁸⁵ Anders als die vom BVerfG in seinem Urteil vom 27. Februar 2008 als nicht ausreichend betrachteten Vorschriften des Verfassungsschutzgesetzes Nordrhein-Westfalen sind die tatbestandlichen Voraussetzungen des § 100a StPO sehr restriktiv gefasst und insbesondere durch den Straftatenkatalog des § 100a Abs. 2 StPO begrenzt.⁸⁶ Zudem wahren die §§ 100a, 100b StPO – anders als die (nichtigen) Vorschriften des Verfassungsschutzgesetzes Nordrhein-Westfalen – den Grundsatz der Verhältnismäßigkeit: Sie sehen einen Richtervorbehalt vor (§ 100b StPO) und § 100a Abs. 4 StPO trifft hinreichende gesetzliche Vorkehrungen, um Eingriffe in den absolut geschützten Kernbereich privater Lebensgestaltung zu vermeiden.⁸⁷ Zudem stellt § 100a Abs. 1 und Abs. 2 StPO eine ausreichend hohe materielle Eingriffsschwelle auf.⁸⁸

3. Ausblick über die weiteren Voraussetzungen eines Zugriffs nach §§ 100a, 100b StPO

Nachdem somit ein Zugriff auf die auf einem Cloud-Server gespeicherten Daten prinzipiell nach §§ 100a, 100b StPO möglich ist,⁸⁹ stellt sich weiterhin die Frage, ob ein heimlicher Zugriff aus anderen Gründen nicht von der StPO gedeckt wäre.

Es muss beachtet werden, dass in verfahrensrechtlicher Hinsicht Art. 10 Abs. 1 Var. 3 GG dem Grundrechtsträger einen Anspruch auf Kenntnis der Datenerhebung vermittelt.⁹⁰ Eine Ausnahme ist jedoch dann geboten, wenn durch die Kenntnis des Grundrechtsträgers der staatliche Ermittlungserfolg gefährdet wäre.⁹¹ Dies wird bei einfach zu beseitigenden Datenbeständen in der Cloud fast regelmäßig der Fall sein. In der Literatur wird weiter gefolgert, dass gegenüber dem Telekommunikationsanbieter die Maßnahme ohne Ausnahme offen zu erfolgen habe. Deswegen könne insbesondere der verdeckte Zugriff auf Daten in einer Cloud unter Überwindung des Passwortschutzes nicht von der StPO gedeckt sein.⁹² Dies steht einem Zugriff auf den Cloud-Speicher nach §§ 100a, 100b StPO zwar nicht prinzipiell entgegen. Denn diese Einschränkung betrifft nur heimliche Maßnahme gegen-

⁷⁸ BVerfGE 124, 43, 58 ff. = HRRS 2009 Nr. 800.

⁷⁹ Siehe nur AG Hamburg, Beschl. v. 10.12.2007, 164 Gs 1082/07, S. 3.

⁸⁰ Im Kontext des Zugriffs auf E-Mail-Server bereits *Gaede* StV 2009, 96, 99.

⁸¹ So bereits *Zimmermann* JA 2014, 321, 326; *Brodowski/Eisenmenger* ZD 2014, 119. Im Kontext des Art. 10 Abs. 1 Var. 3 GG *Schwabenhauer* AöR 137 (2012), 1, 16.

⁸² Siehe hierzu die Nachweise unter Fn. 75.

⁸³ *Gaede* StV 2009, 96, 99 f.

⁸⁴ BVerfG, Beschl. v. 03.03.2004, 1 BvF 3/92, BVerfGE 110, 33, 53; BVerfGE 120, 274, 315 f. = HRRS 2008 Nr. 160.

⁸⁵ BVerfG, Beschl. v. 13.06.2007, 1 BvR 1550/03, 2357/04, 603/05, BVerfGE 118, 168, 188 f. = HRRS 2007 Nr. 648; BVerfGE 120, 274, 316 = HRRS 2008 Nr. 160.

⁸⁶ BVerfG, Beschl. v. 12.10.2011, 2 BvR 236/08, 2 BvR 237/08, 2 BvR 422/08, BVerfGE 129, 208, 242 ff. = HRRS 2012 Nr. 29.

⁸⁷ BVerfGE 129, 208, 245 ff. und 250 = HRRS 2012 Nr. 29; vgl. auch BGHSt 52, 211, 216 = HRRS 2007 Nr. 197.

⁸⁸ BVerfGE 129, 208, 243 ff. = HRRS 2012 Nr. 29; vgl. auch BGHSt 52, 211, 216 = HRRS 2007 Nr. 197.

⁸⁹ So auch *Schmitt*, in: Meyer-Goßner/Schmitt, StPO, 58. Aufl. (2015), § 100a Rn. 6c; *Zimmermann* JA 2014, 321, 326; differenzierter *Bär*, in: Wabnitz/Janovsky, Handbuch des Wirtschafts- und Steuerstrafrechts, 4. Aufl. (2014), 27. Kapitel Rn. 134: Kombination aus § 100a StPO und §§ 102, 103, 110 Abs. 3 StPO.

⁹⁰ BVerfGE 124, 43, 71 = HRRS 2009 Nr. 800.

⁹¹ BVerfGE 100, 313, 361; BVerfG, Urt. v. 03.03.2004, 1 BvR 2378/98, 1 BvR 1084/99, BVerfGE 109, 279, 363 ff. = HRRS 2004 Nr. 170; BVerfGE 124, 43, 71 = HRRS 2009 Nr. 800.

⁹² *Singelstein* NStZ 2012, 593, 596.

über dem Cloud-Anbieter, nicht jedoch solche die ausschließlich gegenüber dem Cloud-Nutzer verdeckt erfolgen. §§ 100a, 100b StPO sehen aber gerade verdeckte Maßnahmen gegen den Nutzer der Telekommunikation vor. Wenn also der Cloud-Anbieter vor dem Zugriff auf die Cloud unterrichtet wird, die Maßnahme aber gegenüber dem Cloud-Nutzer verdeckt erfolgt – was im Übrigen auch eine übliche Vorgehensweise bei einer Telekommunikationsüberwachung darstellt⁹³ – bleibt ein Zugriff auf den Cloud-Speicher nach §§ 100a, 100b StPO weiterhin möglich. Hierfür müsste sowohl der Cloud-Anbieter bekannt sein, als auch involviert werden. Die praktischen Vorteile eines heimlichen Zugriffs fielen in diesen Fällen daher in gewissem Umfang fort. Zudem ist überhaupt fraglich, ob auch den Cloud-Anbieter Mitwirkungspflichten nach § 100b Abs. 2 StPO treffen können.⁹⁴

III. Fazit

Die verbreitete Verwendung von Cloud-Speichern stellt somit die Strafverfolgungsbehörden nicht nur vor neue Probleme, um auf inkriminierende Daten zuzugreifen.

⁹³ Vgl. Zerbes/El-Ghazi NStZ 2015, 425, 431: Abfragen der Nachrichten beim Anbieter des Kommunikationsdienstes als Konzept, dass der Gesetzgeber bei der Schaffung der §§ 100a ff. StPO zugrunde gelegt hat.

⁹⁴ Vgl. zu § 100j StPO Wicker MMR 2014, 298, 300.

Vielmehr eröffnet sie in der Tat neue Ansatzmöglichkeiten, um etwa zukünftig auf Basis der strafprozessualen Vorschriften über die Telekommunikationsüberwachung sowohl auf den Datenstrom im Zuge einer automatischen Synchronisierung, als auch auf den Cloud-Speicher selbst heimlich zuzugreifen. Die Tatsache, dass die hohe Schutzbedürftigkeit des Nutzers solcher Daten dazu führt, dass diese Datensätze den grundrechtlichen Schutz des Art. 10 Abs. 1 Var. 3 GG genießen, steht nur scheinbar im Widerspruch zu der gleichzeitig eröffneten Möglichkeit, auf diese Daten nach §§ 100a, 100b StPO zuzugreifen. Denn gerade die hohen Eingriffsvoraussetzungen der §§ 100a, 100b StPO entfalten in ihrem Anwendungsbereich eine Sperrwirkung, so dass ein heimlicher Zugriff auf diese Daten nicht aufgrund anderer strafprozessualer Normen mit geringeren tatbestandlichen Voraussetzungen vorgenommen werden kann. Ob derartige Zugriffe zukünftig durchgeführt werden, ist im Wesentlichen eine Frage der technischen Umsetzbarkeit: Entscheidend ist dabei, wer im Wettlauf der Ver- und Entschlüsselungstechnik im Moment der Maßnahme den technischen Vorsprung genießt. Die rechtlichen Rahmenbedingungen für einen Zugriff sind jedenfalls bereits geschaffen worden.

Aufsätze und Anmerkungen

Alan Dershowitz und die ungeschriebenen Regeln des Strafprozesses

Von RA FA StrR Jochen Thielmann, Wuppertal

I. Einleitung

Das Justizministerium des Landes Nordrhein-Westfalen gibt seit Jahren eine Broschüre mit dem Titel „Was Sie über den Strafprozess wissen sollten.“ heraus, mit der der interessierte Bürger über die wichtigsten Themen des Strafverfahrens unterrichtet werden soll. Das „Ziel des Strafverfahrens“ wird ebenso erläutert wie die einzelnen Verfahrensabschnitte, das Strafbefehlsverfahren und die „Beteiligung der Verletzten, Opferschutz“. Liest der juristische Laie diese Broschüre, so kann er sich ein Bild machen über den theoretischen Gang des Strafverfahrens; die Praxis des Strafverfahrens bleibt ihm jedoch verborgen. Aber selbst der angehende Strafrechtler wird weder durch das Studium noch durch das Referendariat darauf vorbereitet, wie die Realität eines Strafprozesses aussieht. Die Juristenausbildung an der Universität führt die

Studenten nicht in einen Verhandlungssaal, allenfalls beim anwaltlichen Praktikum darf man Gerichtsluft schnuppern. Das Referendariat ändert dies zwar, aber es geht dort in der staatsanwaltlichen Station nur um kleine Strafsachen, in denen die Referendare die Sitzungsververtretung übernehmen. Es sind erste Einblicke in die Praxis der Strafjustiz, aber ein echtes Verständnis über die Mechanismen geben sie nicht, denn sobald eine Strafsache schwierig zu werden droht, wird ein „echter“ Staatsanwalt eingesetzt.

Jedem, der als Strafverteidiger arbeitet, werden früher oder später die Augen aufgehen und er wird erkennen, nach welchen Regeln außerhalb der Strafprozessordnung tatsächlich gespielt wird. Wahrscheinlich wird es jedem jungen Richter oder jungen Staatsanwalt genauso ergehen, wenn auch mit einer anderen Perspektive. Nach und

nach werden die Regeln sichtbar, nach denen ein Strafverfahren abläuft. Niedergeschrieben werden diese Regeln doch in den seltensten Fällen, dabei wäre es für alle Beteiligten wichtig, möglichst frühzeitig darüber aufgeklärt zu werden.

Die Rolle des Aufklärers übernahm für mich der amerikanische Universitätsprofessor und Strafverteidiger *Alan Dershowitz*. Das erste auch in Deutschland erschienene Buch des Revisionspezialisten aus Harvard hieß „Reversal of fortune“¹ und berichtete von dem in den USA berühmten-berüchtigten von-Bülow-Skandal, in dessen Verlauf *Dershowitz* eine entscheidende Rolle spielte und das aufzeigte, wie engagierte Strafverteidigung aussehen sollte. Da Professor *Dershowitz* offenbar bis heute niemals mit dem Schreiben aufgehört hat, wurde in den folgenden Jahren meine „Dershowitz-Bibliothek“ immer größer. Die Lektüre der Bücher von Professor *Dershowitz* war stets trotz der Unterschiede zwischen dem anglo-amerikanischen Strafrechtssystem und den Prinzipien der Strafprozessordnung eine sehr große Hilfe beim Verständnis des Strafverfahrens und hat mich mehr gelehrt als jede Vorlesung an der Universität.

II. Die 13 Regeln des Strafprozesses

Vor fast 35 Jahren stellte *Alan Dershowitz* in seinem Buch „The Best Defense“ die dreizehn Spielregeln des amerikanischen Strafprozesses auf.² Diese Regeln hat er knapp zwanzig Jahre später in seinem Buch „Letters to a young lawyer“ noch einmal aufgenommen und in den Erläuterungen ergänzt.³ Dass diese Regeln aus seiner Sicht noch immer Gültigkeit besitzen, beweist der Umstand, dass er sich in seiner 2013 erschienenen Autobiografie „Taking the Stand – My Life in the Law“ erneut darauf berufen hat.⁴ Die dreizehn ursprünglichen Regeln des Professors *Dershowitz* lauten wie folgt:

Regel I: Die meisten Angeklagten sind tatsächlich schuldig.

Regel II: Alle Strafverteidiger, Staatsanwälte und Richter kennen und glauben Regel I.

Regel III: Es ist grundsätzlich leichter, schuldige Angeklagte zu verurteilen, indem man die Verfassung verletzt, als wenn man sich daran hält, und in manchen Verfahren ist es sogar unmöglich, schuldige Angeklagte zu verurteilen, ohne gegen die Verfassung zu verstoßen.

Regel IV: Viele Polizisten lügen bei der Frage, ob sie die Verfassung verletzt haben, damit schuldige Angeklagte verurteilt werden.

Regel V: Alle Staatsanwälte, Richter und Strafverteidiger sind sich der Regel IV bewusst.

Regel VI: Viele Staatsanwälte ermutigen stillschweigend die Polizei, darüber zu lügen, ob sie die Verfassung verletzt haben, damit schuldige Angeklagte verurteilt werden.

Regel VII: Alle Richter sind sich der Regel VI bewusst.

Regel VIII: Viele Instanzrichter geben vor, den Polizisten zu glauben, von denen sie wissen, dass sie lügen.

Regel IX: Alle Revisionsrichter sind sich der Regel VIII bewusst und geben trotzdem vor, den Instanzrichtern zu glauben, die vorgeben, den lügenden Polizisten zu glauben.

Regel X: Viele Richter behaupten, Angeklagten nicht zu glauben, die von einer Verletzung ihrer verfassungsmäßigen Rechte berichten, selbst wenn diese die Wahrheit sagen.

Regel XI: Die meisten Richter und Staatsanwälte würden nicht bewusst einen Angeklagten verurteilen, von dem sie glauben, dass er hinsichtlich der angeklagten Tat (oder einer eng verwandten Tat) unschuldig ist.

Regel XII: Regel XI ist nicht anwendbar auf Mitglieder des organisierten Verbrechens, Drogendealer, Berufsverbrecher oder potentielle Spitzel.

Regel XIII: Niemand will wirklich Gerechtigkeit.

Die Regeln *Dershowitz`* sind eine Mischung aus Selbstverständlichkeiten (Regeln I, II und XI), deutlicher Kritik an den Ermittlungsbehörden und dem gesamten Justizapparat (Regeln III-X, XII) und einer Provokation (Regel XIII), die so bodenlos ist, dass *Dershowitz* mittlerweile das kleine Wort „Almost“ (Fast) an deren Beginn gestellt hat.⁵ Die aufgelisteten Punkte sind aus Sicht des Professors einige stark vereinfachte „Schlüsselregeln“, die jedem bewusst sind, der sich seit einiger Zeit auf diesem Feld bewegt. Sie sind so einfach formuliert, dass sie keiner weiteren Erläuterung bedürfen, gleichwohl massig Diskussionsstoff bieten. Es soll hier nur auf die wichtigsten Regeln näher eingegangen werden.

1. Die durch Regel III aufgeworfene Fragestellung ist nicht nur die Grundlage für alle folgenden Regeln, sondern auch eine Art Gradmesser für die Rechtsstaatlichkeit einer Justizordnung. Die von *Dershowitz* gewählte Formulierung beinhaltet hier keinen Angriff gegen bestimmte Beteiligte des Justizapparates, sondern belässt es bei einer schlichten Feststellung: Es ist tatsächlich einfacher, einen schuldigen Angeklagten zu verurteilen, wenn man seine Rechte verletzt, und manchmal ist nur

¹ *Alan M. Dershowitz*, „Reversal of fortune – Inside the von Bülow case“, 1986; der deutsche Titel lautete – eine zugegebenermaßen nicht ganz wörtliche Übersetzung: „Die Affäre der Sunny von B.“ (in deutscher Sprache erschienen); vgl. Rezension von Salditt, StV 1988, 75f.

² *Alan M. Dershowitz* „The Best Defense“, 1982, Introduction S. XXI.

³ *Alan Dershowitz*, „Letters to a young Lawyer“ (2001), S. 80; vgl. Rezensionen von *Thielmann*, NJW 2004, 586 ff. und *JuS-Magazin* 2004, 25.

⁴ *Alan Dershowitz*, „Taking the Stand – My Life in the Law“ (2013), S. 70.

⁵ *Alan Dershowitz*, „Taking the Stand – My Life in the Law“ (2013), S. 70. Eine weitere Veränderung ist das Wort „Terrorist“ in der Aufzählung von Regel XII.

dadurch eine Verurteilung möglich. Darauf aufbauend stellt sich die Frage nach der staatlichen Reaktion auf diesen Umstand, denn die daraus durch die Strafjustiz gezogenen Konsequenzen führen zu der Qualifizierung eines Systems als Rechtsstaat oder Unrechtsstaat, wo es keine Rolle spielt, wie ein Angeklagter verurteilt wird, denn es gibt keine, zumindest keine unabänderlichen Regeln, die man bei der Verfolgung von Rechtsbrechern einhalten muss. Wenn ein solcher Staat einen bestimmten Angeklagten bestrafen sehen will, wird er bestraft, unabhängig von den angewandten Gesetzen und dem Weg dorthin. In einem Rechtsstaat darf so etwas nicht vorkommen, denn nur wenn die Gesetze richtig angewandt werden und ein fairer Prozess dem Urteil zugrunde liegt, ist eine Verurteilung gerechtfertigt.

Die nachfolgenden Regeln des Harvard-Professors machen deutlich, dass sich im Amerika der 70er Jahre des letzten Jahrhunderts und offenbar bis heute Polizisten, Staatsanwälte und Richter gerade nicht an gewisse Regeln halten. Zwar gibt es keine gesetzliche Regelung, wie ein Richter speziell die Zeugenaussage eines Polizisten zu werten hat, so dass ein Gesetzesverstoß nicht offenkundig vorliegt. Wenn der Richter erklärt, er glaube dem Zeugen, weil es keinerlei Anlass gebe, an dessen überzeugenden Ausführungen zu zweifeln, so ist das Gesetz dadurch nur verletzt, wenn der Richter subjektiv eine völlig andere Überzeugung hat. Ein solcher Verstoß ist fast unmöglich nachzuweisen, denn ebenso wie in Deutschland gibt es auch in den USA die freie Beweiswürdigung.⁶ Und weil man nicht in den Kopf des Richters eindringen kann, muss man nicht selten mit der Überzeugung leben, dass der Richter nach einem Motto verfahren ist, das laut Professor *Dershowitz* über jedem Gerichtsgebäude eingemeißelt sein müsste: „Der Zweck heiligt die Mittel.“⁷ In der deutschen Rechtsprechung ist seit langem anerkannt, dass nicht jeder Gesetzesverstoß der Ermittlungsbehörden dazu führen muss, dass ein Beschuldigter davon z.B. mittels eines Beweisverwertungsverbotes profitiert. Es kommt auf die Schwere des Verstoßes ebenso an wie auf die Schwere der vorgeworfenen Tat. Zum Beispiel führt aus Sicht des Bundesgerichtshofs der Umstand, dass eine Wohnraumüberwachung auf einer verfassungswidrigen Norm beruht, nicht zur Unverwertbarkeit ihrer Ergebnisse, weil eine Interessenabwägung notwendig ist und die Interessen des Angeklagten an der Erhaltung seiner Privatsphäre gegenüber den Interessen des Staates an der Verfolgung terroristischer Straftaten zugunsten des Staates ausfällt.⁸ Das Bundesverfassungsgericht hat die Entscheidung in die-

sem Punkt nicht beanstandet.⁹ Mit solchen Entscheidungen fallen Grenzen, die zum Schutz des Bürgers aufgestellt worden sind. Wie *Dershowitz* sagt: es ist halt leichter, Angeklagte zu verurteilen, wenn man sich nicht an die eigenen Regeln hält, und in dem angesprochenen Fall wäre es unmöglich gewesen, die Angeklagten zu verurteilen, wenn man sich an die Regeln gehalten hätte. Es ist daher nicht mehr notwendig, dass ein schwerer Eingriff wie eine präventive, verdachtsunabhängige Wohnraumüberwachung auf einer verfassungsmäßigen Eingriffsgrundlage basiert, wenn damit nur vermeintliche Terrorverdächtige, Mafiosi oder Berufskriminelle dingfest gemacht werden können. Der Zweck heiligt die Mittel.

Besonders interessant wird die Regel III, wenn man sie leicht verändert und das Adjektiv „schuldig“ eliminiert: „Es ist grundsätzlich leichter, Angeklagte zu verurteilen, indem man die Verfassung verletzt, als wenn man sich daran hält, und in manchen Verfahren ist es sogar unmöglich, Angeklagte zu verurteilen, ohne gegen die Verfassung zu verstoßen.“ Dadurch wird einerseits deutlich, dass auch die Verurteilung Unschuldiger in dem Moment leichter möglich ist, wenn man gegen bestimmte Regeln zum Schutz von Beschuldigteninteressen verstößt. Natürlich ist es nicht das Ziel von Richtern und Staatsanwälten, Unschuldige anzuklagen und zu verurteilen (siehe Regel XI). Aber in den meisten Fällen kann der Richter nicht wissen, ob der Angeklagte tatsächlich schuldig ist oder nicht, es sei denn, es geht um ein Beweisverwertungsverbot, das den ansonsten sicheren Schuldnachweis entfallen ließe. Dies führt direkt zum entscheidenden Punkt: es ist erst der manchmal beschwerliche Weg eines prozessual geordneten und fairen Verfahrens, der es einem Richter ermöglicht, eine verlässliche Aussage über die Schuld des Angeklagten zu treffen. *Dershowitz*'s Regel vermischt insofern formelle und materielle Richtigkeit, indem sie das materielle Ergebnis – die Schuld des Angeklagten – voraussetzt, obwohl sie erst durch den formell ordnungsgemäßen Prozess ermittelt werden muss. Der Rechtsgelehrte nimmt hier eine Art „göttliche Perspektive“ ein, um seinen Punkt klarzumachen. Nichts anderes machen Richter, die schon nach dem Aktenstudium überzeugt sind, dass der Angeklagte schuldig ist und daher eine Verurteilung für das richtige Ergebnis halten. Es sei an das leuchtende Beispiel einer langjährigen Strafkammervorsitzenden erinnert, die im Jahre 2007 in einem Leserbrief an die Deutsche Richterzeitung folgendes schrieb: „Das – insbesondere Steuern zahlende – Volk ist empört, wenn ein Angeklagter nach einer immens langen und teuren Beweisaufnahme mangels Beweises auf Kosten des Steuerzahlers zu Unrecht freigesprochen wird.“¹⁰ Einfacher formuliert: „Das Volk ist empört, wenn ein schuldiger Angeklagter mangels Beweises freigesprochen wird.“ Dass sich in einem solchen Fall diese Richterin nicht an die Regeln der Strafprozessordnung halten würde, um ein – auch von ihr selbst offenbar als empörend empfundenen – Ergebnis zu vermeiden, versteht sich fast von selbst. Die Feststellung von Schuld hängt nicht mehr von zur Verfügung stehenden Beweismitteln ab, sondern wird im Voraus aufgrund des Bauchgefühls

⁶ Was passieren kann, wenn Geschworene das Sagen haben und in ihrer Einstellung zur Aussage von Polizeibeamten kritischer sind als Berufsjuristen, zeigt besonders anschaulich das Verfahren gegen O. J. Simpson, das vor allem aufgrund von zwielichtigen Kriminalbeamten mit einem Freispruch endete; vgl. *Alan Dershowitz*, „Reasonable Doubt – The Criminal Justice System and the O. J. Simpson Case“ (1996).

⁷ Siehe „Letters to a young lawyer“, S. 90.

⁸ BGHSt 54, 69 = HRRS 2009 Nr. 890 = NStZ 2010, 44. Die Entscheidung wurde jedoch aufgrund einer verfassungswidrigen Behandlung des Betrugstatbestandes vom Bundesverfassungsgericht komplett aufgehoben (s. Fn. 9).

⁹ BVerfGE 130, 1-51 = HRRS 2012 Nr. 27 = NJW 2012, 907.

¹⁰ *Von Hasseln*, DRiZ 2007, 294.

des Gerichts gewonnen. Gleichzeitig wird konkludent das Fehlen von Beweismitteln beklagt.

2. Nach der Mitwirkung als Verteidiger in zwei außergewöhnlichen Staatsschutzverfahren¹¹ haben für den *Verf.* vor allem die zusammenhängenden Regeln XI und XII besondere Bedeutung erlangt. Danach konstatiert *Dershowitz*, dass die meisten Richter und Staatsanwälte bewusst einen wegen Terrorismus Angeklagten verurteilen würden, auch wenn sie glauben, dass er hinsichtlich der angeklagten Tat (oder einer eng verwandten Tat) unschuldig ist. Meine Erfahrungen können diese These zwar nicht zweifelsfrei bestätigen, jedoch spricht sehr viel dafür, dass gerade in solchen Verfahren andere Maßstäbe angelegt werden als bei normalen Strafverfahren.

Der Verlauf des ersten deutschen Al-Qaida-Verfahrens deutet stark darauf hin. Das Urteil des Oberlandesgerichts Düsseldorf wurde zunächst zum Teil vom Bundesgerichtshof aufgehoben, weil der Staatsschutzsenat aus einem Angeklagten ein Mitglied der Terrorgruppe machte, obwohl die Vereinigung von der Existenz dieses Mannes niemals erfahren hatte.¹² Später wurde dann dieses Urteil des Bundesgerichtshofs wegen einer verfassungswidrigen Feststellung von vielfachen Betrugstaten in Gänze durch das Bundesverfassungsgericht aufgehoben.¹³ Hier hatten also die Instanzgerichte in wichtigen *rechtlichen* Punkten die Grenzen nachweisbar rechtswidrig bzw. sogar verfassungswidrig zulasten der Angeklagten verschoben.¹⁴

Das Oberlandesgericht Stuttgart hat im September 2015 zwei Exil-Ruander zu hohen Haftstrafen verurteilt, die als Präsident und Vizepräsident einer Vereinigung mit einem politischen und einem militärischen Arm strafrechtliche Verantwortung für angebliche Massaker in der Demokratischen Republik Kongo tragen sollen.¹⁵ Es spielte dabei keine entscheidende Rolle, dass keiner der Männer solche Taten befohlen oder sich jemals innerhalb der Organisation für irgendwelche Gewalttaten ausgesprochen, sondern im Gegenteil nachweisbar vielfach auf ein gutes Zusammenleben mit der einheimischen Bevölkerung hingewirkt hatte.¹⁶ Es soll jedoch nach Ansicht

des OLG Stuttgart ausreichen, dass sie in Pressekommunikations Berichten über Gewaltakte dementiert haben, von denen in den Medien berichtet, die aber von ihren Kontaktpersonen vor Ort bestritten wurden. Für die Überzeugung, dass es in der DRC tatsächlich zu Kriegsverbrechen und Verbrechen gegen die Menschlichkeit durch diese Gruppe gekommen ist, stützte sich der Senat maßgeblich auf Aussagen von Zeugen vom Hörensagen von den Vereinten Nationen und von Human Rights Watch. Dass die Ansichten von Verteidigung und Gericht über den Gang dieses Verfahrens im Grundsatz nicht auseinander lagen, zeigte die in den Medien vielfach zitierte Zusammenfassung des Vorsitzenden Richters in der mündlichen Urteilsbegründung: „So geht es nicht!“¹⁷ Wenn aber selbst ein Vorsitzender Richter die Meinung vertritt, dass es so, wie es gelaufen ist, nicht gehe, so stellt sich zwangsläufig die Frage, wieso dann Angeklagte zu dreizehn bzw. acht Jahre langen Freiheitsstrafen verurteilt werden konnten, die sich in ihrer politischen Arbeit nachweisbar stets (vergeblich) dafür eingesetzt hatten, den ruandischen Konflikt mithilfe von Verhandlungen zu lösen.

Wenn aber am Ende dieser beiden Verfahren durch die Gerichte jeweils Schuldsprüche erfolgten, dann zeigt dies, dass es nicht in erster Linie um die Straftaten der konkret Angeklagten ging, sondern eher darum, den Staat vor Terrorismus zu schützen bzw. der (internationalen) Öffentlichkeit zu zeigen, dass auf die deutsche Justiz bei der Jagd auf Terroristen Verlass ist. Wenn Richter noch während der Urteilsverkündung bekennen, dass sie sich herausgefordert gefühlt haben, um das Ziel der Verurteilung zu erreichen, oder dass es so nicht gehe, wie es gerade unter der eigenen Verhandlungsführung gelaufen ist, versteht sich fast von selbst, dass es bei einer solchen Vorgehensweise zu Kollateralschäden kommen muss.¹⁸

3. Mit der Provokation der letzten Regel, dass (fast) niemand wirklich Gerechtigkeit will, können Strafverteidiger wesentlich unbeschwerter umgehen als Richter und Staatsanwälte. Für Verteidiger sollte es eine Selbstverständlichkeit sein, dass das Interesse ihrer – meist schuldigen (Regel I) – Mandanten möglicherweise nicht in einem gerechten Urteil liegt. *Dershowitz* nimmt in seinen Büchern vielfach Bezug auf die alte Geschichte des Anwalts, der seinem ortsabwesenden Mandanten nach Urteilsverkündung glücklich telegrafierte, „Die Gerechtigkeit hat gesiegt!“ und als prompte Antwort erhielt: „Sofort Rechtsmittel einlegen!“ Insofern ist es möglicherweise im Interesse des Angeklagten, dass die Wahrheit nicht ans Tageslicht kommt, so dass der Verteidiger als Interessenvertreter seines Mandanten nicht der materiel-

¹¹ Es handelt sich einmal um das erste deutsche Al-Qaida-Verfahren vor dem OLG Düsseldorf (2007/07) und um das erste Strafverfahren wegen eines Verstoßes gegen das Völkerstrafgesetzbuch vor dem OLG Stuttgart (2011-15).

¹² Vgl. Fn. 8.

¹³ Vgl. Fn. 9.

¹⁴ Wer kann angesichts eines solch verheerenden Zeugnisses sicher sein, dass die *tatsächlichen* Feststellungen völlig fair und korrekt im Urteil wiedergegeben wurden, vor allem wenn man bedenkt, dass der Vorsitzende Richter in der mündlichen Urteilsbegründung davon sprach, es sei eine „Herausforderung“ gewesen, den Angeklagten ihre Täterschaft nachzuweisen (vgl. *Thielmann*, StV 2009, 607 (611))?

¹⁵ Es ging um die Organisation FDLR (Demokratische Kräfte zur Befreiung Ruandas); das Urteil ist nicht rechtskräftig.

¹⁶ Dass dies von den Medien vielfach überhaupt nicht verstanden worden ist, zeigt die Berichterstattung nach dem Urteil. So heißt es „Von Deutschland aus steuerten sie 2008 und 2009 per Satellitentelefon Massaker im Kongo“ (<http://www.n-tv.de/politik/Stuttgarter-Gericht-verurteilt-Milizenfuehrer-article16027601.html>) oder „Die Verbrechen habe er von Deutschland aus per Satellitentelefon, SMS und E-Mail gesteuert“ (<http://www.faz.net/>

aktuell/politik/inland/lange-haftstrafen-im-ruanda-prozess-13827722.html).

¹⁷ Vgl. nur <http://www.sueddeutsche.de/politik/strafrecht-wo-die-deutsche-justiz-an-ihre-grenzen-stoesst-1.2668853>; <http://www.taz.de/!5236145/>; <http://www.spiegel.de/politik/deutschland/ruanda-prozess-zu-weit-weg-fuer-die-wahrheit-a-1055142.html>.

¹⁸ Das persönliche Fazit des *Verf.*, wonach er zwar zweimal in sog. Terrorverfahren verurteilte Angeklagte verteidigt hat, aber noch niemals einen Terroristen, stellt dem deutschen Rechtsstaat kein gutes Zeugnis aus und stützt die Thesen von *Alan Dershowitz*.

len Wahrheit und Gerechtigkeit verpflichtet sein kann. Dies gilt allenfalls bei unschuldigen Angeklagten.

Der Vorwurf, dass niemand Gerechtigkeit will, muss aber Staatsanwälte und Richter gleichermaßen treffen, denn sie sind in Deutschland verpflichtet, der Wahrheit und der Gerechtigkeit zu dienen.¹⁹ Der Vorwurf, Gerechtigkeit nicht zu wollen, obwohl man zu Beginn seiner beruflichen Laufbahn geschworen hat, der Gerechtigkeit zu dienen, geht schon fast über die Provokation hinaus in den Bereich einer strafbaren Beleidigung. Denn vielleicht liegt ein Problem darin, dass manche Richter Gerechtigkeit zu sehr wollen. Ist es gerecht, einen wahrscheinlich schuldigen Angeklagten freizusprechen, wenn die Beweise zur Überführung nicht ausreichen? Ist es gerecht, eine falsche dienstliche Erklärung abzugeben, um so ein materiell als richtig empfundenes Urteil gegen einen Angeklagten zu „retten“? Kann es nicht sein, dass Richter dazu neigen, bei Gerechtigkeit nur an die materielle Gerechtigkeit zu denken, die durch den Urteilspruch erreicht werden soll? Hinsichtlich dieser Gerechtigkeit stellt *Dershowitz* den meisten Richtern in Regel XI einen Persilschein aus, auch wenn Regel XII dies wieder relativiert. Wenn es aber darum geht, dem Beschuldigten durch den korrekten Ablauf des Strafverfahrens Gerechtigkeit zukommen zu lassen, also bei der „formellen Gerechtigkeit“, sieht die Sache aus dem Blickwinkel von *Dershowitz* anders aus. Hier wird aus seiner Perspektive als Wissenschaftler und Strafverteidiger nicht selten unsauber gespielt, weil (erneut) der Zweck die Mittel heiligt und der allem übergeordnete Zweck das „richtige“ Urteil ist. Wenn Richter insoweit den Vorwurf „Niemand will wirklich Gerechtigkeit“ empört zurückweisen, weil sie sich auf die „Gerechtigkeit des Zwecks“ konzentrieren, geht die Zielrichtung des US-Professors erkennbar in Richtung „Gerechtigkeit des Mittels“. Und an diesem Punkt sind die Argumente von Richtern und Staatsanwälten weit weniger überzeugend

III. Weitere Regeln des Strafprozesses

Die Praxis in Deutschland zeigt, dass es zwischen dem Strafprozess hier und in den Vereinigten Staaten – bei allen Unterschieden in Einzelheiten – grundlegende Gemeinsamkeiten gibt. Da Strafprozessrecht praktiziertes Verfassungsrecht darstellt, tauchen in jedem demokratischen Rechtsstaat zwangsläufig die gleichen Probleme auf. Nach dem Vorbild von Professor *Dershowitz* soll im Folgenden aufgrund der eigenen Erfahrungen und aus Gesprächen mit Kollegen eine Reihe ergänzender Regeln aus der Praxis niedergelegt werden, die ebenfalls das Tagesgeschäft vor deutschen Strafgerichten beherrschen. (Die Liste ist nicht abschließend. Jeder vor deutschen Gerichten tätige Praktiker wird weitere Regeln anbringen können, die in die eine oder andere Kategorie gehören.)

¹⁹ Gem. § 38 Abs. 1 DRiG hat ein Richter den folgenden Eid zu leisten: „Ich schwöre, das Richteramt getreu dem Grundgesetz für die Bundesrepublik Deutschland und getreu dem Gesetz auszuüben, nach bestem Wissen und Gewissen ohne Ansehen der Person zu urteilen und nur der Wahrheit und Gerechtigkeit zu dienen (so wahr mir Gott helfe).“

Regel XIV: Die Unschuldsvermutung fristet in den deutschen Gerichtssälen ein stiefmütterliches Dasein – und je schwerwiegender das angeklagte Verbrechen, umso unbedeutender wird sie.

Regel XV: Richter entscheiden oftmals „im Zweifel für die volle Überzeugung von der Schuld des Angeklagten“.

Regel XVI: Tatsächlich bestehende Zweifel an der Schuld eines Angeklagten werden in der Strafzumessung strafmildernd berücksichtigt.

Regel XVII: Schöffen sind überflüssig, weil sie nur am Rande in die Entscheidungsbildung einbezogen und nicht ernst genommen werden.

Regel XVIII: Nicht wenigen Verteidigern ist der gute Kontakt zu den ortsansässigen Richtern – auch im Hinblick auf Beiordnungen – wichtiger als eine engagierte Verteidigung des Mandanten.

Regel XIX: Viele Richter ziehen faule Verteidiger den fleißigen vor und ordnen solche Anwälte auch regelmäßig als Pflichtverteidiger bei.

Regel XX: Gerichte halten sich Haus- und Hofgutachter, die immer wieder beauftragt werden und die diejenigen Ergebnisse liefern, die die Grundeinstellung der jeweiligen Strafkammern berücksichtigt.

Regel XXI: Eine Vielzahl der Vorsitzenden von Kleinen Strafkammern hält ihren eigenen Job – zumindest was die Berufungen von Verurteilten angeht – für überflüssig.

Regel XXII: Hinsichtlich der Untersuchungshaft gehen viele Richter nach dem uralten Prinzip „U-Haft schafft Rechtskraft“ vor.

Regel XXIII: Faulheit und Oberflächlichkeit von Richtern nützen einem Angeklagten mehr als jeder gute Verteidigerschriftsatz; Faulheit oder Oberflächlichkeit seines Verteidigers brechen ihm das Genick.

Regel XXIV: Je mehr Vorstrafen ein Angeklagter hat, desto geringer sind seine Chancen, unabhängig von seiner Schuld im Einzelfall.

Regel XXV: Es gibt kein Strafverfahren, in dem eine professionelle Strafverteidigung überflüssig ist.

Auch diese Regeln sollen – soweit sie sich nicht selbst erklären – kurz erläutert werden.

1. Die Regeln XIV-XVI beziehen sich auf den insgesamt eher schlechten Gesundheitszustand der beiden stärksten verfassungsrechtlichen Schwerter der Verteidigung, der Unschuldsvermutung und dem Grundsatz „in dubio pro reo“. Dass die Durchschlagskraft beider Prinzipien zum größten Teil mangelhaft ist, mag auch daran liegen, dass die deutschen Richter die Regel I von Alan *Dershowitz* so sehr verinnerlicht haben. Folglich stellt statistisch ein Freispruch materiell-rechtlich immer eher ein Fehlurteil dar als eine Verurteilung.

Mit der Stellung der Schöffen ist es auch nicht zum Besten bestellt. Nur wenige ehrenamtliche Richter scheinen das Interesse und gleichzeitig auch den Mut zu haben, ihren Vorsitzenden Paroli zu bieten. Nur wenige Berufsrichter ermuntern die Schöffen, sich aktiv an der Hauptverhandlung zu beteiligen. Die Sicht von Berufsrichtern auf Schöffen ist vielfach von (teilweise sicherlich auch berechtigter) Skepsis und Ablehnung bestimmt. Für Strafverteidiger sind Schöffen das unbekannte Wesen, das nicht selten Angst vor ihnen zu haben scheint.²⁰

Die Regeln XVIII-XX beschreiben die unsägliche Allianz zwischen Organen der Rechtspflege bzw. ihren Helfershelfern, die erkennbare Züge von Korruption zulasten der jeweils Beschuldigten trägt. Eine enge Zusammenarbeit zwischen Richtern und ortsansässigen Rechtsanwälten, die eine „ständige Vertretung“ in den Gerichtssälen zur Folge hat, gibt es wohl schon seit Jahrzehnten und wurde schon oft genug in der Literatur angeprangert.²¹ Jeder Strafverteidiger – und auch jeder Strafrichter – wird die überschaubare Anzahl an Kollegen nennen können, die regelmäßig von den Richtern in einem Gerichtsbezirk bedacht werden. Solange das Beiordnungsrecht keinerlei Transparenz beinhaltet, werden solche Seilschaften bestehen, was für die Beschuldigten zumindest die konkrete Gefahr birgt, nicht engagiert verteidigt zu werden. Im Hinblick auf die Arbeit von Sachverständigen ist allerspätestens dann besondere Aufmerksamkeit geboten, sobald ein (finanzielles) Abhängigkeitsverhältnis besteht und der Gutachter ohne die Aufträge des Gerichts entsprechende Probleme bekommen würde.²²

Das Problem der Berufungsrichter ist wahrscheinlich ein rein menschliches: wer seinen Arbeitsaufwand dadurch positiv bestimmen kann, dass er Angeklagten (und ggf. ihre Verteidigern) schon zu Beginn deutlich macht, dass eine Berufung keinerlei Aussicht auf Erfolg hat, um sie so zu einer Rechtsmittelrücknahme zu veranlassen, der wird mit einer anderen Einstellung das Aktenstudium betreiben, als wenn er die Verhandlung in jedem Fall durchzuführen hat. Wer sich darüber hinaus den Ruf verdienen will, dass in den Verfahren, in denen er zuständig ist, eine Sprungrevision in jedem Fall mehr Aussicht auf Erfolg hat, bemüht sich bei störrischen Verteidigern um eine möglichst genaue Aufklärung des Sachverhalts und des Vorlebens zulasten des Verurteilten.²³ Die belastenden Umstände werden überhöht, die entlastenden Umstände übersehen. So wird irgendwann jedem Verteidiger deutlich, dass eine Berufung bei diesem Gericht keinen Sinn macht. Umgekehrt kann sich die Staatsanwaltschaft sicher sein, einen als falsch empfundenen Freispruch spätestens in der nächsten Instanz korrigieren zu können.

²⁰ Vgl. zum Verhältnis Verteidiger-Schöffe Thielmann RoR 2015, 83f.

²¹ Vgl. zu diesem Thema nur Thielmann StraFo 2006, 358; ders. HRRS 2009, 452; ders. NJW 2011, 1927.

²² Dasselbe gilt natürlich auch für Verteidiger, die nur durch Pflichtverteidigungen ihre Kanzlei am Leben erhalten können.

²³ Als in Wuppertal beheimateter Verteidiger muss ich konstatieren, dass hier das Rechtsmittel der Berufung (des Angeklagten) seinem Wesen nach nicht mehr existiert. In anderen Gerichtsbezirken mag es (hoffentlich!) anders sein.

IV. Konsequenzen?

Die strafprozessualen Regeln – aufgestellt und inspiriert von Professor Alan Dershowitz – könnten Anlass bieten zur Diskussion, auch wenn einige der nun insgesamt 25 Regeln nicht verändert werden können oder auch sollten – wie zum Beispiel Regel I und Regel XXV. Auch eine rein beschreibende Regel wie Regel III ist systemimmanent. Sobald aber regelmäßig Verfahrensweisen zu konstatieren sind, die die festgeschriebenen strafprozessualen Vorschriften auf den Kopf stellen, um das als gerecht empfundene Ergebnis zu erreichen (Regeln IV-X), sollte man sich fragen, ob man sich mit diesem Bild der Strafjustiz abfinden will oder ob man nicht versuchen sollte, diese Praxis zu verändern. Und wenn man zu dem Ergebnis kommt, dass sich der Status quo in verschiedenen Punkten wandeln muss, dann stellt sich die Frage, wie dies vonstatten gehen kann.

Einerseits müsste die juristische Ausbildung stärker auf die „wahre“ Praxis des Strafprozesses eingehen und sich auch mit den Kehrseiten der Medaille auseinandersetzen. Später sind regelmäßige Fortbildungen für alle Beteiligten ebenso wichtig wie wirksame Kontrolle.²⁴ Es muss sowohl bei den Richtern als auch bei den Strafverteidigern (auch mithilfe der jeweiligen Berufsorganisationen) Druck auf die schwarzen Schafe ausgeübt werden, die es überall gibt. Die Schaffung von Transparenz ist – wie in allen Bereichen der Gesellschaft – ein wichtiger Schritt gegen eine schleichende Oberflächlichkeit und Unlust oder festgefahrene Vetternwirtschaft. Was sagt es einer Gerichtsverwaltung, wenn die Erfolgsaussichten der

²⁴ Dass die wirksame Kontrolle durch die obere Instanz gerade in Staatsschutzsachen in Gefahr ist, beweist z.B. der Aufsatz „Gemeinsam Neuland betreten – Das Zusammenspiel zwischen Bundesverfassungsgericht, Bundesgerichtshof und den Staatsschutzsenaten der Oberlandesgerichte in der Praxis“ (Paulsen in FSS Tolksdorf, S. 343 ff.), in dem es wie folgt heißt: „Die Staatsschutzverfahren, die gemäß § 120 Abs. 1 und 2 GVG in erster Instanz den Oberlandesgerichten am Sitz der jeweiligen Landesregierung zugewiesen sind, werfen eine Vielzahl spezifischer Problemstellungen auf. Sehr häufig muss auf diesem Felde juristisches Neuland betreten werden. Zugleich ist der Fokus der Öffentlichkeit auf diese Verfahren gerichtet, so dass materielle oder formelle Fehler daher gravierende Konsequenzen haben können. Staatsschutzverfahren erfordern daher auf allen Rechtsprechungsebenen ein hohes Maß an Sensibilität und Genauigkeit. Die Strafprozessordnung kennt indes keinen Modus, der es ermöglichen würde, die an sich wünschenswerte Koordination über die Instanzen hinweg in formalisierter Art zu bewerkstelligen, etwa um bestimmte Rechtsfragen schon einmal vorab klären zu lassen und damit den Strafprozess von Ballast und Risiken zu befreien. Gleichwohl hat es sich in der Vergangenheit erwiesen, dass die Fortentwicklung des Rechts anhand von Fragestellungen aus den Staatsschutzverfahren besonders nachdrücklich, zugleich aber auch praxistauglich geschehen kann. Der gedankliche Wechsel hin zu der Perspektive der jeweils anderen Rechtsprechungsebene, aber auch der informelle Austausch im persönlichen Kontakt sind dabei probate Mittel, um den immer wieder neuen Herausforderungen angemessen begegnen zu können.“ (Hervorhebung durch den Verf.) Wenn sich vor einer Entscheidung die Richter der verschiedenen Instanzen auf einen gemeinsamen Weg einigen, dann ist das Rechtsmittel des Angeklagten von vornherein überflüssig.

Berufung von Angeklagten bei einer bestimmten Strafkammer statistisch bei nahezu Null angekommen sind? Was hätte es für Auswirkungen, wenn sich feststellen ließe, dass bei einem bestimmten Amtsgericht zum größten Teil immer dieselben fünf Rechtsanwälte als Pflichtverteidiger beigeordnet werden, von denen einige nicht einmal Fachanwälte für Strafrecht sind? Spätestens wenn die große Öffentlichkeit erkennen könnte, wie es alltäglich in den Gerichtssälen und hinter den verschlossenen Türen der Beratungszimmer aussieht, würde sich vielleicht ein entsprechender Druck auf die handelnden Akteure entfalten. Hierzu müssten auch die Medien ein mehr als nur oberflächliches Interesse an der Justiz entwickeln. Es müsste mehr mutige Menschen wie *Thomas Fischer* innerhalb der Justiz geben, die einmal den Vorhang wegziehen, so dass man ungeschminkt auf die guten und weniger guten Dinge innerhalb der deutschen Justiz schauen kann, wenn man denn nur will. In bestimmten Bereichen könnte der Gesetzgeber mit Änderungen den Weg in die richtige Richtung beschleunigen. Schließlich scheint es der beste Weg zu sein, wenn jeder Beteiligte seine eigene Handlungsweise von Zeit zu Zeit kritisch hinterfragt. Sollte man dabei Verhaltensweisen

finden, die sich im Laufe der Zeit eingeschlichen haben und die man bei Kollegen in Anwalt- oder Richterschaft beanstanden würde, so besteht stets die Möglichkeit, auf den richtigen Weg zurückzukehren.

Dass in einem von Strafverteidigern aufgestellten Regelkatalog weitaus öfter Richter in der Kritik stehen als Rechtsanwälte, liegt wahrscheinlich in der Natur der Sache. Es wird dabei auf ein Zitat des französischen Literaten Francois de La Rochefoucauld verwiesen: „Unsere Feinde kommen in ihrem Urteil über uns der Wahrheit näher als wir selber“. Auch wenn das Wort „Feinde“ vorliegend natürlich nicht angebracht ist, können Verteidiger die Arbeitsweise von Richtern oftmals besser einschätzen als die der eigenen Kollegen, ebenso wie wahrscheinlich Richter die Arbeitsweise von Verteidigern besser einschätzen können als die der Richterkollegen. Aus diesem Grund wäre es sehr interessant, weitere „ungeschriebene Regeln des Strafprozesses“ aus Richtersicht aufzustellen, in denen die Balken in den Augen der Verteidiger dargelegt werden, die vorliegend nicht angesprochen wurden.

Dokumentation

Verfahrensdokumentation

In dieser Ausgabe kein Eintrag.

Schrifttum

Schrifttum

In dieser Ausgabe kein Eintrag.

Vollständige Rechtsprechungsübersicht

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

628. EuGH C-486/14 (Große Kammer) – Urteil vom 29. Juni 2016 (Piotr Kossowski)

Vorlage zur Vorabentscheidung (Zulässigkeit); Reichweite des Grundsatzes *ne bis in idem* (Zulässigkeit der Strafverfolgung eines Angeschuldigten in einem Mitgliedstaat, nachdem das in einem anderen Mitgliedstaat gegen ihn eingeleitete Strafverfahren von der Staatsanwaltschaft ohne eingehende Ermittlungen abgeschlossen wurde; Erfordernis der Sachprüfung; Raum der Freiheit und Sicherheit: Funktionstüchtigkeit der Rechtspflege; gegenseitige Anerkennung).

Art. 54 SDÜ; Art. 55 SDÜ; Art. 50 EU-GRCh; Art. 52 EU-GRCh; Art. 3 Abs. 2 EUV; § 170 Abs. 2 StPO; § 153 StPO; Art. 267 AEUV; Art. 35 EU a.F.

629. BVerfG 1 BvR 257/14 (3. Kammer des Ersten Senats) – Beschluss vom 17. Mai 2016 (OLG München)

Schutz der Meinungsfreiheit und Strafbarkeit wegen Beleidigung durch Verwendung des Akronyms „ACAB“ bei einem Fußballspiel (Schutzbereich und Schranken der Meinungsfreiheit; Wechselwirkungslehre; Kollektivbeleidigung; Beleidigung unter einer Kollektivbezeichnung; persönliche Betroffenheit der Mitglieder des Kollektivs; hinreichende Individualisierung des negativen Werturteils).

Art. 5 Abs. 1 Satz 1 GG; Art. 5 Abs. 2 GG; § 185 StGB

630. BVerfG 1 BvR 2150/14 (3. Kammer des Ersten Senats) – Beschluss vom 17. Mai 2016 (OLG Karlsruhe / LG Karlsruhe)

Schutz der Meinungsfreiheit und Strafbarkeit wegen Beleidigung durch Verwendung des Akronyms „ACAB“ bei einem Fußballspiel (Schutzbereich und Schranken der Meinungsfreiheit; Wechselwirkungslehre; Kollektivbeleidigung; Beleidigung unter einer Kollektivbezeichnung; persönliche Betroffenheit der Mitglieder des Kollektivs; hinreichende Individualisierung des negativen Werturteils; Erfordernis der personalisierten Zuordnung auch bei Schmähungen; enge Auslegung des Begriffs der Schmähung).

Art. 5 Abs. 1 Satz 1 GG; Art. 5 Abs. 2 GG; § 185 StGB

631. BVerfG 2 BvR 468/16 (3. Kammer des Zweiten Senats) – Beschluss vom 15. Juni 2016 (KG)

Auslieferung eines deutschen Staatsangehörigen an die Republik Polen aufgrund eines Europäischen Haftbefehls (Vertrauensschutz bei maßgeblichem Inlandsbezug;

Grundsatz der Verhältnismäßigkeit; detaillierte Abwägung im Einzelfall bei Handlung im Inland und Erfolgseintritt im Ausland; Gewicht der im Inland ausgeführten Handlungen; grundrechtlich geschützte Interessen des Verfolgten; Ziele der Schaffung eines Europäischen Rechtsraums; Erfordernisse einer effektiven Strafverfolgung; Verfügbarkeit von Beweismitteln; Zumutbarkeit von Rechtshilfeersuchen).

Art. 16 Abs. 2 GG; § 32 Abs. 1 BVerfGG; Art. 4 Nr. 7 Buchstabe a RbEuHb; § 80 Abs. 1 IRG

632. BGH 1 StR 103/16 – Beschluss vom 12. Mai 2016 (LG Ravensburg)

Anordnung der Unterbringung in der Sicherungsverwahrung (Ermessen des Tatrichters: Darstellung im Urteil).

§ 66 Abs. 3 Satz 1 StGB; § 267 Abs. 6 Satz 1 StPO

633. BGH 1 StR 114/16 – Beschluss vom 12. Mai 2016 (LG Nürnberg-Fürth)

Bankrott (Begriff des Verheimlichens von Vermögensbestandteilen; Begriff des Beiseiteschaffens).

§ 283 Abs. 1 Nr. 1 StGB

634. BGH 1 StR 118/16 – Beschluss vom 11. Mai 2016 (LG Lübeck)

Einziehung (Voraussetzungen: Grundsatz der Verhältnismäßigkeit; Einziehung von Beförderungsmitteln, die zur Steuerhinterziehung genutzt wurden; Einziehung des Wertersatzes: Berücksichtigung bei der Strafzumessung); Steuerhinterziehung (Gegenstand, auf den sich die hinterzogene Steuer beziehen; nicht erlangtes Etwas; Möglichkeit der Einziehung).

§ 74 StGB; § 375 Abs. 2 AO; § 74a StGB; § 74b StGB; § 74c StGB; § 46 StGB; § 370 Abs. 1 AO; § 73 Abs. 1 StGB

635. BGH 1 StR 119/16 – Beschluss vom 10. Mai 2016 (LG Weiden)

Strafzumessung (Revisibilität; Erörterungsmängel bei hoher Strafe im minder schweren Fall).

§ 46 StGB; § 212 StGB; § 213 StGB

636. BGH 1 StR 43/16 – Beschluss vom 12. Mai 2016 (LG Mannheim)

Unerlaubtes Handeltreiben mit Betäubungsmitteln in nicht geringer Menge (Strafzumessung: Bedeutung der Wirkstoffkonzentration und -menge).

§ 29 Abs. 1 Nr. 2 BtMG; § 46 StGB

637. BGH 1 StR 62/16 – Beschluss vom 20. April 2016 (LG Kempten)

Schuldunfähigkeit (erforderliche Auseinandersetzung mit einem Sachverständigengutachten im Urteil: Wahnvorstellungen des Täters; nur ausnahmsweises gleichzeitiges Fehlen der Einsichts- und Steuerungsfähigkeit).
§ 20 StGB; § 261 StPO; § 267 Abs. 1 StPO

638. BGH 1 StR 122/16 – Beschluss vom 21. April 2016 (LG Koblenz)

Steuerhinterziehung (Tatmehrheit bei unterlassener Abgabe von Lohnsteueranmeldungen).
§ 370 Abs. 1 AO; § 41a EStG

639. BGH 1 StR 161/16 – Beschluss vom 2. Juni 2016 (LG Weiden)

Unerlaubte Einfuhr von Betäubungsmitteln in nicht geringer Menge (Mittäterschaft).
§ 30 Abs. 1 Nr. 4 BtMG; § 25 Abs. 2 StGB

640. BGH 1 StR 523/15 – Beschluss vom 6. April 2016 (LG Kleve)

Steuerhinterziehung (Schätzung der hinterzogenen Steuern: Voraussetzung der Schätzungsmethode, revisionsrechtliche Überprüfbarkeit).
§ 370 Abs. 1 AO; § 267 StPO

641. BGH 1 StR 669/15 – Beschluss vom 10. Mai 2016 (LG Regensburg)

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

642. BGH 1 StR 669/15 – Beschluss vom 10. Mai 2016 (LG Regensburg)

Strafzumessung (Doppelverwertungsverbot).
§ 46 Abs. 1, Abs. 3 StGB

643. BGH 2 StR 3/16 – Beschluss vom 25. Mai 2016 (LG Köln)

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

644. BGH 2 StR 16/16 – Beschluss vom 19. Mai 2016 (LG Frankfurt a. M.)

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

645. BGH 2 StR 36/16 – Beschluss vom 31. März 2016 (LG Limburg)

Unerlaubtes Handeltreiben mit Betäubungsmitteln in nicht geringer Menge (kein Ausschluss eines minder-schwerer Falls bei Überschreitung der Untergrenze zur geringen Menge um das Dreifache).
§ 29a Abs. 1 Nr. 2, Abs. 2

646. BGH 2 StR 47/16 – Beschluss vom 18. Mai 2016 (LG Bonn)

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

647. BGH 2 StR 49/16 – Beschluss vom 27. April 2016

Zulassung als Nebenkläger.
§ 395 Abs. 1 StPO

648. BGH 2 StR 51/16 – Beschluss vom 25. Mai 2016 (LG Köln)

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

649. BGH 2 StR 58/16 – Beschluss vom 26. April 2016 (LG Hanau)

Vorwegvollzug eines Teils der Freiheitsstrafe (Anrechnung von erlittener Untersuchungshaft).
§ 67 Abs. 2 StGB; § 51 Abs. 1 StGB

650. BGH 2 StR 120/15 – Beschluss vom 14. Juni 2016 (LG Köln)

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

651. BGH 2 StR 121/15 – Urteil vom 23. März 2016 (LG Erfurt)

Mitteilung über Verständigungsgespräche außerhalb der Hauptverhandlung (Vorliegen eines Verständigungsgesprächs).
§ 243 Abs. 4 StPO; § 257c StPO

652. BGH 2 StR 157/16 – Beschluss vom 3. Mai 2016 (LG Köln)

Verspätetes Zu-den-Akten-bringen der Urteilsgründe.
§ 275 Abs. 1 StPO

653. BGH 2 StR 159/16 – Beschluss vom 19. Mai 2016 (LG Frankfurt a. M.)

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

654. BGH 2 StR 80/16 – Beschluss vom 27. April 2016 (LG Stralsund)

Schuldunfähigkeit (tatrichterlicher Beweiswürdigung: Auseinandersetzung mit einem Sachverständigengutachten, paranoide Schizophrenie als Schuldausschlussgrund).
§ 20 StGB; § 261 StPO

655. BGH 2 StR 97/16 – Beschluss vom 26. April 2016 (LG Gießen)

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

656. BGH 2 StR 190/12 – Beschluss vom 7. Juni 2016

Gewährung einer Pauschgebühr.
§ 42 Abs. 1 RVG

657. BGH 2 StR 219/15 – Beschluss vom 6. April 2016

Sexueller Missbrauch von Kindern (Strafzumessung: Berücksichtigung eines längeren Zeitabstandes zwischen Tat und Verurteilung).
§ 176 Abs. 1 StGB; § 46 StGB

658. BGH 2 StR 320/15 – Urteil vom 20. April 2016 (LG Neubrandenburg)

BGHSt; Verhängung von Jugendstrafe wegen Schwere der Schuld (jugendspezifische Bestimmung der Schuld an

vorrangig subjektiven Kriterien; keine Erhöhung der Schuld durch Tötungsvorsatz bei späterem Rücktritt vom Tötungsdelikt; Strafzumessung (keine strafscharfende Wirkung eines Tötungsvorsatzes bei späterem Rücktritt vom Tötungsdelikt).

§ 17 Abs. 2 JGG; § 24 StGB; § 212 StGB; § 15 StGB; § 16 Abs. 1 StGB

659. BGH 2 StR 377/15 – Beschluss vom 12. April 2016

Sexueller Missbrauch von Kindern (Strafzumessung: Berücksichtigung eines längeren Zeitabstandes zwischen Tat und Verurteilung).

§ 176 Abs. 1 StGB; § 46 StGB

660. BGH 2 StR 394/15 – Beschluss vom 21. April 2016 (LG Frankfurt a. M.)

Durchsuchung beim Verdächtigen (Richtervorbehalt: Beweisverwertungsverbot bei Umgehung auch bei hypothetisch rechtmäßigem Ermittlungsverlauf, Vorliegen von Gefahr im Verzug); gefährliche Körperverletzung (Begehung mit einem anderen Beteiligten gemeinsam: gefahrsteigernde Wirkung der Anwesenheit des Beteiligten).

§ 102 StPO; § 105 Abs. 1 StPO; § 223 Abs. 1 StGB; § 224 Abs. 1 Nr. 4 StGB

661. BGH 2 StR 423/15 – Beschluss vom 12. April 2016 (LG Stralsund)

Tatrichterliche Beweiswürdigung.

§ 261 StPO

662. BGH 2 StR 435/15 – Beschluss vom 21. April 2016 (LG Erfurt)

Tatrichterliche Beweiswürdigung (unzureichende Feststellung von Indiztatsachen).

§ 261 StPO

663. BGH 2 StR 464/15 – Beschluss vom 30. März 2016 (LG Aachen)

Anordnung der Unterbringung in einem psychiatrischen Krankenhaus (Voraussetzungen).

§ 63 StGB

664. BGH 2 StR 471/15 – Beschluss vom 12. April 2016 (LG Frankfurt a. M.)

Sperre für die Erteilung einer Fahrerlaubnis (Festsetzung einer neuen einheitlichen Sperre bei nachträglicher Gesamtstrafenbildung).

§ 69a StGB; § 55 Abs. 2 StGB

665. BGH 2 StR 478/15 – Urteil vom 6. April 2016 (LG Köln)

Anordnung der Sicherungsverwahrung (einheitliche Jugendstrafe als Anlassverurteilung).

§ 66 Abs. 1 Nr. 1, Abs. 2 Satz 1 StGB; § 31 JGG

666. BGH 2 StR 483/15 – Beschluss vom 12. April 2016 (LG Bonn)

Gesamtstrafenbildung (Berücksichtigung psychischer Schäden beim Opfer).

§ 54 Abs. 1 StGB

667. BGH 2 StR 487/15 – Beschluss vom 15. März 2016 (LG Aachen)

Verwerfung der Revision als unbegründet.

§ 349 Abs. 2 StPO

668. BGH 2 StR 487/15 – Beschluss vom 15. März 2016 (LG Aachen)

Gesamtstrafenbildung (Verschlechterungsverbot bei neuerlicher Gesamtstrafenbildung; Vorrang gegenüber dem Asperationsprinzip).

§ 53 Abs. 1 StGB; § 54 Abs. 1 StGB; § 358 Abs. 2 StPO

669. BGH 2 StR 487/15 – Beschluss vom 15. März 2016 (LG Aachen)

Unerlaubtes Handeltreiben mit Betäubungsmitteln in nicht geringer Menge (Tateinheit: Bewertungseinheit).

§ 29a Abs. 1 Nr. 2 BtMG; § 52 StGB

670. BGH 2 StR 523/15 – Beschluss vom 12. April 2016 (LG Frankfurt a. M.)

Aufhebung eines Haftbefehls.

§ 126 Abs. 3 StPO

671. BGH 2 StR 523/15 – Beschluss vom 12. April 2016 (LG Frankfurt a. M.)

Notwehr (Erforderlichkeit der Notwehrhandlung bei mehreren möglichen Abwehrmitteln: vorherige Androhung lebensgefährlicher Handlungen, Flucht kein gleich geeignetes Mittel; Gebotenheit der Notwehrhandlung: keine grundsätzlichen Einschränkungen wegen bestehendem sozialen Näheverhältnis, keine Güterproportionalität).

§ 32 StGB

672. BGH 2 StR 564/15 – Beschluss vom 27. April 2016 (LG Darmstadt)

Verwerfung der Revision als unbegründet.

§ 349 Abs. 2 StPO

673. BGH 2 StR 568/15 – Beschluss vom 26. April 2016 (LG Frankfurt a. M.)

Verwerfung der Revision als unbegründet.

§ 349 Abs. 2 StPO

674. BGH 2 StR 570/15 – Beschluss vom 5. April 2016 (LG Darmstadt)

Strafzumessung (strafverschärfende Berücksichtigung der laufenden Bewährung: Anforderungen an die Darstellung im Urteil).

§ 46 StGB; § 56 StGB; § 267 Abs. 1 StPO

675. BGH 2 StR 572/15 – Beschluss vom 9. Juni 2016 (LG Aachen)

Verwerfung der Revision als unbegründet.

§ 349 Abs. 2 StPO

676. BGH 2 StR 587/15 – Beschluss vom 26. April 2016 (LG Limburg)

Verwerfung der Revision als unbegründet.

§ 349 Abs. 2 StPO

677. BGH 2 ARs 231/15 (2 AR 133/15) – Beschluss vom 18. April 2016

Unzulässige Ablehnung eines Richters wegen Verdachts der Befangenheit.

§ 24 Abs. 1 StPO

678. BGH 2 ARs 24/16 (2 AR 300/15) – Beschluss vom 27. April 2016

Abgabe der Zuständigkeit in einer Jugendstrafsache nach Aufenthaltswechsel des Angeklagten.

§ 42 Abs. 3 JGG

679. BGH 2 ARs 66/16 (2 AR 22/16) – Beschluss vom 7. Juni 2016

Verwerfung eines unzulässigen Ablehnungsantrags.

§ 26a Abs. 1 StPO

680. BGH 4 StR 116/16 – Beschluss vom 7. Juni 2016 (LG Essen)

Verwerfung der Revision als unbegründet.

§ 349 Abs. 2 StPO

681. BGH 4 StR 133/16 – Beschluss vom 2. Mai 2016 (LG Bochum)

Sexueller Missbrauch unter Ausnutzung eines Beratungs-, Behandlungs- oder Betreuungsverhältnisses (Begriff des Anvertrautseins: Entgegennahme fürsorglicher Tätigkeit ausreichend; keine Erstreckung auf Erziehungsberichtigte eines behandelten Minderjährigen).

§ 174c Abs. 1 StGB

682. BGH 4 StR 25/16 – Beschluss vom 10. Mai 2016 (LG Halle)

Strafaußsetzung zur Bewährung (tatrichterlicher Beurteilungsspielraum: revisionsrechtliche Überprüfbarkeit, Darstellung im Urteil).

§ 56 StGB; § 267 Abs. 3 Satz 4 StPO

683. BGH 4 StR 33/16 – Beschluss vom 8. Juni 2016 (LG Neuruppin)

Unbegründete Anhörungsrüge.

§ 356a StPO

684. BGH 4 StR 72/15 – Beschluss vom 10. Mai 2016

Gewährung einer Pauschvergütung.

§ 51 Abs. 1 Satz 1, Abs. 2 Satz 2 RVG

685. BGH 4 StR 94/16 – Beschluss vom 12. Mai 2016 (LG Trier)

Strafmilderung bei nur versuchter Tat (Voraussetzungen).

§ 22 StGB; § 23 StGB; § 49 Abs. 1 StGB

686. BGH 4 StR 134/15 – Beschluss vom 11. Mai 2016

Unbegründete Anhörungsrüge.

§ 356a StPO

687. BGH 4 StR 140/16 – Beschluss vom 23. Mai 2016 (LG Halle)

Totschlag (Tötungsvorsatz: tatrichterliche Beweiswürdigung).

§ 212 Abs. 1 StGB; § 15 StGB; § 16 Abs. 1 StGB; § 261 StPO

688. BGH 4 StR 147/16 – Beschluss vom 25. Mai 2016 (LG Baden-Baden)

Verfall (Auffangrechtserwerb: entgegenstehender Härtefall).

§ 73 Abs. 1 StGB; § 111i Abs. 2 StPO; § 73c Abs. 1 StGB

689. BGH 4 StR 170/16 – Beschluss vom 10. Mai 2016 (LG Dortmund)

Abgrenzung von Täterschaft und Teilnahme im Betäubungsmittelrecht (unerlaubtes Handeltreiben mit Betäubungsmitteln: Mittäterschaft).

§ 29a Abs. 1 Nr. 2 BtMG; § 25 Abs. 2 StGB

690. BGH 4 StR 190/16 – Beschluss vom 7. Juni 2016 (LG Offenburg)

Verwerfung der Revision als unbegründet.

§ 349 Abs. 2 StPO

691. BGH 4 StR 317/15 – Beschluss vom 28. April 2016 (LG Essen)

Betrug (Vermögensschaden: Prinzip der Gesamtsaldierung, Schadenseintritt bei Eingehungs- und Erfüllungsbetrug).

§ 263 Abs. 1 StGB

692. BGH 4 StR 317/15 – Beschluss vom 28. April 2016 (LG Essen)

Betrug (Vermögensschaden: Prinzip der Gesamtsaldierung, Schadenseintritt bei Eingehungs- und Erfüllungsbetrug, Vorsatz bezüglich einer Vermögensschädigung).

§ 263 Abs. 1 StGB; § 15 StGB; § 16 Abs. 1 StGB

693. BGH 4 StR 487/15 – Urteil vom 12. Mai 2016 (LG Detmold)

Aufklärungsrüge (Darstellungsanforderungen: Unterschiede zwischen einem vorbereitenden und dem in der Hauptverhandlung erstatteten Gutachten: Anforderungen an die Revisionsbegründung) Konkurrenzen bei gleichzeitiger Verletzung mehrerer Tatobjekte (mehrfache Tatbegehung nur bei höchstpersönlichen Rechtsgütern: Brandstiftung; Verhältnis von vollendeter und versuchter Verletzung); Strafzumessung (revisionsrechtliche Überprüfbarkeit); Entscheidung über die Aussetzung der Strafe zur Bewährung (revisionsrechtliche Überprüfbarkeit).

§ 244 Abs. 2 StPO; § 344 Abs. 2 Satz 2 StPO; § 52 StGB; § 306 Abs. 1 StGB; § 22 StGB; § 23 Abs. 1 StGB; § 46 StGB; § 56 StGB

694. BGH 4 StR 569/15 – Urteil vom 12. Mai 2016 (LG Münster)

Aufklärungsrüge (Anforderungen an die Revisionsbegründung: Darstellungsanforderungen, Angabe von Negativtatsachen); Darstellung der persönlichen Verhältnisse des Angeklagten im Urteil (Erforderlichkeit bei freisprechenden Urteilen); bewaffnetes unerlaubtes Handeltreiben mit Betäubungsmitteln in nicht geringer Menge (Begriff des Mitsichführens); Beihilfe zum unerlaubten Handeltreiben mit Betäubungsmitteln in nicht geringer Menge (erforderlicher Vorsatz in Bezug auf die Haupttat).

§ 261 StPO; § 267 Abs. 5 Satz 1 StPO; § 30a Abs. 2 Nr. 2 BtMG; § 29a Abs. 1 Nr. 2 BtMG; § 27 Abs. 1 StGB; § 15 StGB; § 16 Abs. 1 StGB

695. BGH 4 StR 428/15 – Beschluss vom 11. Mai 2016 (LG Dortmund)

Ablehnung eines Richters wegen Besorgnis der Befangenheit.

§ 24 Abs. 1 StPO

696. BGH 4 StR 440/15 – Urteil vom 24. Mai 2016 (LG Halle)

BGHR; Untreue (Pflichtverletzung; Reichweite des Grundsatzes der Sparsamkeit für das Handeln von Hoheitsträgern, Einschränkung des dabei bestehenden Einschätzungs- und Beurteilungsspielraums bei Personalentscheidungen durch tarifvertragliche Regelungen).

§ 266 StGB, § 16 Abs. 2 Satz 3 TVöD (VKA)

697. BGH 4 StR 458/15 – Beschluss vom 25. Mai 2016 (LG Halle)

Verwerfung der Revision als unbegründet.

§ 349 Abs. 2 StPO

698. BGH 3 StR 13/16 – Beschluss vom 14. Juni 2016 (LG Mönchengladbach)

Verwerfung der Revision als unbegründet.

§ 349 Abs. 2 StPO

699. BGH 3 StR 3/16 – Beschluss vom 19. April 2016 (LG Koblenz)

Erforderlichkeit des Teilfreispruchs zur Erschöpfung des Eröffnungsbeschlusses; fehlende Bestimmung über den Maßstab der Anrechnung einer im Ausland erlittenen Freiheitsentziehung.

§ 203 StPO; 51 Abs. 4 Satz 2 StGB

700. BGH 3 StR 48/16 – Beschluss vom 19. April 2016 (LG Koblenz)

Rechtsfehlerhaftes Absehen von der Unterbringungsanordnung (Begriff des Hangs; fortbestehende Arbeits- und Leistungsfähigkeit; Therapieunwilligkeit; Erfolgsaussicht; Ausmaß des Betäubungsmittelkonsums); Erforderlichkeit des Teilfreispruchs zur Erschöpfung des Eröffnungsbeschlusses; Anrechnung der im Ausland erlittenen Untersuchungshaft.

§ 64 StGB; § 51 Abs. 4 S. 2 StGB; § 203 StPO; § 207 StPO

701. BGH 3 StR 52/16 – Beschluss vom 19. April 2016 (LG Lüneburg)

Vermögensschaden bei Einreichung ungedeckter Schecks (Zugriffsmöglichkeit des Angeklagten nach vorläufiger Gutschrift; Gefährdung der Inkassobank; Schaden in Höhe des gesamten Scheckbetrags; Bezifferung).

§ 263 StGB; Art. 103 Abs. 2 GG

702. BGH 3 StR 55/16 – Beschluss vom 21. April 2016 (LG Hannover)

Rechtsfehlerhafte Begründung der Annahme von – erheblich verminderter – Schuldfähigkeit (Unfähigkeit zur Handlungskontrolle in der Tatsituation).

§ 20 StGB

703. BGH 3 StR 67/16 – Beschluss vom 19. April 2016 (LG Mainz)

Anforderungen an die Anordnung der unbefristeten Unterbringung in einem psychiatrischen Krankenhaus (Beruhen der Tatbegehung auf psychischem Defekt; Verhältnismäßigkeit).

§ 63 StGB

704. BGH 3 StR 78/16 – Beschluss vom 4. Mai 2016 (LG Koblenz)

Unzureichende Begründung schädlicher Neigungen beim Ausspruch über die Jugendstrafe.

§ 17 Abs. 2 JGG

705. BGH 3 StR 83/16 – Beschluss vom 3. Mai 2016 (LG Mainz)

Fehlende Feststellung konkreter Täuschungshandlungen bei der Verurteilung wegen Betruges im Rahmen des Betriebs einer Partnervermittlung.

§ 263 StGB

706. BGH 3 StR 102/16 – Beschluss vom 14. Juni 2016 (LG Koblenz)

Verwerfung der Revision als unbegründet.

§ 349 Abs. 2 StPO

707. BGH 3 StR 114/16 – Beschluss vom 3. Mai 2016 (LG Oldenburg)

Strafantragserfordernis beim Diebstahl geringwertiger Sachen (keine konkludente Bejahung des öffentlichen Interesses durch Erstreckung der Anklage auf die geringwertige Sache).

§ 248a StGB

708. BGH 3 StR 135/16 – Beschluss vom 31. Mai 2016 (LG Stade)

Fehlende Feststellungen zum Vorstellungsbild des Täters beim möglichen Rücktritt vom versuchten Raub (Rücktrittshorizont; fehlgeschlagener Versuch; unbeendeter Versuch; beendeter Versuch; Freiwilligkeit).

§ 24 StGB; § 249 StGB

709. BGH 3 StR 204/16 – Beschluss vom 14. Juni 2016 (LG Duisburg)

Verwerfung der Revision als unbegründet.

§ 349 Abs. 2 StPO

710. BGH 3 StR 347/15 – Urteil vom 10. März 2016 (LG Hamburg)

Ausfuhr von Gütern mit doppeltem Verwendungszweck ohne Genehmigung (Unrechtskontinuität gegenüber altem Recht; Eignung zur erheblichen Gefährdung der auswärtigen Beziehungen der Bundesrepublik Deutschland; Begriff der Ausfuhr; Realakt; kein Sonderdelikt; Unterrichtung des Ausführers); Meistbegünstigungsprinzip; Beschränkung der Revision auf den Strafausspruch (Bindungswirkung); Verfall von Wertersatz (regelmäßig keine Ermessensentscheidung über Absehen vom Verfall bei vorhandenem Vermögen; Vermeidung einer Doppelbelastung durch Abschöpfung und Besteuerung).

§ 18 AWG; § 2 Abs. 3 StGB; § 73 StGB; § 73a StGB; § 73c StGB; Art. 4 Abs. 1 Dual-Use-VO

711. BGH 3 StR 566/15 – Beschluss vom 19. April 2016 (LG Koblenz)

Rechtsfehlerhaftes Absehen von der Unterbringungsanordnung (Begriff des Hangs; eingewurzelte, auf psychischer Disposition beruhende oder durch Übung erworbene intensive Neigung zum übermäßigen Betäubungsmittelkonsum; fortbestehende Arbeits- und Leistungsfähigkeit).

higkeit; Therapieunwilligkeit; Erfolgsaussicht; Ausmaß des Betäubungsmittelkonsums); Erforderlichkeit des Teilfreispruchs zur Erschöpfung des Eröffnungsbeschlusses; Anrechnung der im Ausland erlittenen Untersuchungshaft.

§ 64 StGB; § 51 Abs. 4 S. 2 StGB; § 203 StPO; § 207 StPO

712. BGH 3 BGs 197/16 1 BJs 201/80-2 Beschluss vom 8. Juni 2016

BGHR; Zuständigkeit des Ermittlungsrichters am BGH für Festsetzung der Pauschgebühr des Rechtsanwalts (Zuständigkeit des Oberlandesgerichts; Zuständigkeitskonzentration; Strafsache; Bestellung durch Ermittlungsrichter; Bestellung durch Ermittlungsrichter).

§ 51 Abs. 2 RVG

713. BGH 5 StR 71/16 – Beschluss vom 20. April 2016 (LG Berlin)

Beschränkung auf Willkürkontrolle bei der Feststellung der Hemmung von Unterbrechungsfristen.

§ 229 Abs. 3 S. 2 StPO

714. BGH 5 StR 102/16 (alt: 5 StR 341/15) – Beschluss vom 12. Mai 2016 (LG Leipzig)

Unzulässige doppelte Berücksichtigung der Vollendungsnähe und Gefährlichkeit des Versuchs bei der Ablehnung der Strafrahmenverschiebung und der konkreten Strafzumessung.

§ 23 Abs. 2 StGB; § 49 Abs. 1 StGB; § 46 Abs. 3 StGB

715. BGH 5 StR 107/14 – Beschluss vom 25. Mai 2016 (LG Itzehoe)

Keine Arzneimitteleigenschaft bei gesundheitsschädlichen Stoffen (synthetische Cannabinoide); Wegfall der Strafbarkeit beim Inverkehrbringen von pflanzlichen Raucherzeugnissen unter Verwendung nicht zugelassener Stoffe.

§ 2 Abs. 1 AMG; § 52 Abs. 2 Nr. 1 VTabakG

716. BGH 5 StR 129/16 – Beschluss vom 11. Mai 2016 (LG Berlin)

Verwerfung der Revision als unbegründet.

§ 349 Abs. 2 StPO

717. BGH 5 StR 132/16 – Beschluss vom 12. Mai 2016 (LG Potsdam)

Verwerfung der Revision als unbegründet.

§ 349 Abs. 2 StPO

718. BGH 5 StR 163/16 – Beschluss vom 24. Mai 2016 (LG Dresden)

Verwerfung der Revision als unbegründet bei gleichzeitiger Änderung des Schuldspruchs.

§ 349 Abs. 2 StPO

719. BGH 5 StR 184/16 – Beschluss vom 25. Mai 2016 (LG Berlin)

Verwerfung der Revision als unbegründet.

§ 349 Abs. 2 StPO

720. BGH 5 StR 186/16 (alt: 5 StR 290/14) – Beschluss vom 26. Mai 2016 (LG Dresden)

Verletzung des Gebots zügiger Verfahrenserledigung durch verzögerte Übersendung der Revisionsakten an

den Generalbundesanwalt ohne sachlichen Grund (Beschleunigungsgebot).

Art. 6 Abs. 1 Satz 1 EMRK; Art. 20 Abs. 3 GG

721. BGH 5 StR 85/16 – Urteil vom 25. Mai 2016 (LG Görlitz)

Lückenhafte Beweiswürdigung zur alkoholbedingten Schuldunfähigkeit (fehlende umfassende Würdigung des Nachtatverhaltens); rechtsfehlerhafte Unterbringungsanordnung; Rauschatat beim Vollrausch als objektive Bedingung der Strafbarkeit.

§ 20 StGB; § 64 StGB; § 323a StGB; § 261 StPO

722. BGH 5 StR 456/15 – Urteil vom 11. Mai 2016 (LG Frankfurt (Oder))

Sachlich-rechtlich fehlerhafte Beweiswürdigung (Lückenhaftigkeit; fehlende Übereinstimmung von Feststellungen und Beweiswürdigung).

§ 261 StPO

723. BGH 5 StR 525/15 – Beschluss vom 5. April 2016 (LG Potsdam)

Auslagenerstattung im Sicherungsverfahren gegenüber dem verstorbenen Beschuldigten.

§ 206a StPO; § 414 Abs. 1 StPO; § 467 StPO

724. BGH 5 StR 583/15 – Urteil vom 11. Mai 2016 (LG Dresden)

Bandendiebstahl (Beurteilung der Beteiligung an Bandentat unabhängig von Bandenmitgliedschaft; psychische Beihilfe durch präsente Bereitschaft zur Unterstützung; psychischer Rückhalt; Bereitschaft zur „Vertretung“; Aufrechterhaltung des Geschäftsbetriebs).

§ 242 StGB; § 243 StGB § 244 StGB

725. BGH 5 StR 594/15 – Urteil vom 19. April 2016 (LG Berlin)

Sachlich-rechtlich fehlerhafte Beweiswürdigung (Erörterungsmangel aufgrund von tätergünstigen Unterstellungen ohne Anhaltspunkte im Beweisergebnis).

§ 261 StPO

726. BGH AK 25/16 – Beschluss vom 18. Mai 2016

Fortdauer der Untersuchungshaft über sechs Monate bei dringendem Tatverdacht wegen Ausübung einer geheimdienstlichen Tätigkeit gegen die Bundesrepublik Deutschland für den Geheimdienst einer fremden Macht (Ausforschung von in legaler Weise politisch aktiven Personen).

§ 112 StPO; § 116 StPO; § 121 StPO; § 99 Abs. 1 Nr. 1 StGB

727. BGH AK 28/16 – Beschluss vom 2. Juni 2016

Dringender Tatverdacht wegen Beteiligung an einer terroristischen Vereinigung als Rädelsführer („Gruppe Freital“; gezieltes Vorgehen gegen politisch Andersdenkende und Asylbewerber); Fortdauer der Untersuchungshaft über sechs Monate; Fluchtgefahr.

§ 129a StGB; § 112 StPO; § 116 StPO; § 120 StPO

728. BGH StB 9 und 10/16 – Beschluss vom 12. Mai 2016

Keine Beschwerde gegen sitzungspolizeiliche Maßnahmen des erstinstanzlich tätigen OLG (Durchsuchung der Verteidiger und Durchsicht mitgeführter Behältnisse).
§ 304 StPO; § 176 GVG

729. BGH StB 11/16 – Beschluss vom 18. Mai 2016

Beteiligung an einer terroristischen Vereinigung („Gruppe Freital“; Einschüchterung politisch Andersdenkender; Begehung von Tötungsdelikten); dringender Tatverdacht; Schwerekriminalität; Fluchtgefahr trotz Erfüllung von Meldeauflagen; Anordnung des Vollzugs des ausgesetz-

ten Haftbefehls (neu hervorgetretene Umstände; Erschütterung der Gründe des Haftverschonungsbeschlusses).
§ 129a StGB; § 212 StGB; § 211 StGB; § 112 StPO; § 116 StPO

730. BGH StB 9 und 10/16 – Beschluss vom 12. Mai 2016

Keine Beschwerde gegen sitzungspolizeiliche Maßnahmen des erstinstanzlich tätigen OLG (Durchsuchung der Verteidiger und Durchsicht mitgeführter Behältnisse).
§ 304 StPO; § 176 GVG