

SCHRIFTLICHTUNG

Wiss. Ass.

Dr. iur. Karsten Gaede

Bucerius Law School

Jungiusstraße 6

20355 Hamburg

karsten.gaede@strate.net

REDAKTION

Ulf Buermeyer, Dr. iur. Karsten

Gaede, Stephan Schlegel (Web-

master)

STÄNDIGE MITARBEITER

PD Dr. Jochen Bung, M.A., HU Berlin;

Ass.-Prof. Dr. Daniela Demko, LL.M.,

(Univ. Luzern); Wiss. Ass. Dr. Lutz

Eidam, LL.M. (Bucerius Law School); Dr.

Antje du Bois-Pedain, MJur (Oxon),

(Univ. Cambridge); Prof. Dr. Diethelm

Kluszczewski (Univ. Leipzig); Prof. Dr.

Hans Kudlich (Univ. Erlangen-

Nürnberg); RA Wiss. Ass. Dr. Frank

Meyer, LL.M. (Yale), Univ. Bonn; RA Tilo

Mühlbauer (Dresden); RA Dr. Ralf

Neuhaus (Dortmund); RA Markus

Rübenstahl, mag. iur. (Flick Gocke

Schaumburg, Frankfurt a.M.); Prof. Dr.

Frank Saliger (Bucerius Law School

Hamburg); RA Dr. Hellen Schilling,

(Frankfurt a.M.); Prof. Dr. Christoph

Sowada (Univ. Rostock); RA Klaus-

Ulrich Ventzke (Hamburg) und Prof.

Dr. Wolfgang Wohlers (Univ. Zürich)

Publikationen

Ass. *Jan Dehne-Niemann*, Heidelberg/Freiburg i.Br. – **Nie sollst du mich befragen – Zur Behandlung des Rechts zur Konfrontation mitbeschuldigter Belastungszeugen (Art. 6 Abs. 3 lit. d EMRK) durch den BGH Zugl. Bespr. von BGH HRRS 2009 Nr. 803 und EGMR HRRS 2009 Nr. 459** S. 189

Wiss. Mit. *Goya Gräfin Tyszkiewicz*, LL.B., Bucerius Law School, Hamburg – **Skimming als Ausspähen von Daten gemäß § 202a StGB? Zugl. Anm. zu BGH HRRS 2010 Nr. 173** S. 207

Philipp Reinhold, Bremen – **Zur Strafbarkeit der „Klimapflege“ nach §§ 331, 333 StGB Zugl. Anm. zu BGH HRRS 2008 Nr. 896** S. 213

Die Ausgabe umfasst zwei Rezensionen.

Entscheidungen

- EGMR (Zaichenko v. Russland) **Verletzung des Schweigerechts durch Verwertung einer selbstbelastenden Aussage aus der ersten Vernehmung ohne Verteidigerbeistand**
- BGHSt **Sich-Verschaffen bei der Geldwäsche trotz Drohung**
- BGHR **Verwendung eines gefährlichen Werkzeugs nach Vollendung**
- BGH **Versuchter Mord mit gemeingefährlichen Mitteln durch den Wurf schwerer Steine von einer Autobahnbrücke**
- BGHSt **Aufnahme der Feststellung nach § 111i Abs. 2 StPO in die Urteilsformel**
- BGH **Vorlagebeschluss zu den Anforderungen an den Anklagesatz beim Vorwurf einer großen Zahl von Vermögensdelikten**
- BGH **Auslieferungsfreiheit bei konkurrierender Gerichtsbarkeit und Verjährung im Inland**
- BGH **Reichweite des Zeugnisverweigerungsrechts eines Geistlichen und Belehrung über dieses Recht**
- BGH **Aktenwahrheit bei durchgeführter Observation**
- BGH **Beihilfe zum Betäubungsmittelhandel trotz Sicherstellung**

Die Ausgabe umfasst 90 Entscheidungen.

HRRS

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

HERAUSGEBER

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

SCHRIFTLÉITUNG

Wiss. Ass. Dr. iur. Karsten Gaede
Bucerius Law School
Jungiusstraße 6
20355 Hamburg
karsten.gaede@strate.net

REDAKTION

Ri Ulf Buermeyer, Dr. iur. Karsten Gaede, Stephan Schlegel (Webmaster)

Als ständige Mitarbeiter wirken mit:

PD Dr. Jochen Bung, M.A., (HU Berlin); Ass.-Prof. Dr. Daniela Demko, LL.M., (Univ. Zürich); Dr. Antje du Bois-Pedain, MJur (Oxon.), (Univ. Cambridge); RA Wiss. Ass. Dr. Lutz Eidam, LL.M. (Bucerius Law School); Prof. Dr. Diethelm Kleszczewski (Univ. Leipzig); Prof. Dr. Hans Kudlich (Univ. Erlangen-Nürnberg); RA Wiss. Ass. Dr. Frank Meyer, LL.M. (Yale), Univ. Bonn; RA Tilo Mühlbauer (Dresden); RA Dr. Ralf Neuhaus (Dortmund); RA Markus Rübenstahl, mag. iur. (Kanzlei Flick Gocke Schaumburg, Frankfurt a.M.); Prof. Dr. Frank Saliger (Bucerius Law School Hamburg); RA Dr. Hellen Schilling (Frankfurt aM); Prof. Dr. Christoph Sowada (Univ. Rostock); RA Klaus-Ulrich Ventzke (Hamburg) und Prof. Dr. Wolfgang Wohlers (Univ. Zürich).

ISSN 1865-6277

11. Jahrgang, April 2010, Ausgabe

4

Rechtsprechung

Strafrechtliche/strafverfahrensrechtliche Entscheidungen des EGMR/BVerfG

228. EGMR Nr. 39660/02 (1. Kammer) – Urteil vom 18. Februar 2010 (Aleksandr Zaichenko v. Russland)

Recht auf konkreten und wirksamen Verteidigerbeistand bei der ersten Vernehmung im Ermittlungsverfahren (Konsultationsrecht; Anwesenheitsrecht; Reichweite der Selbstbelastungsfreiheit; Schweigerecht; prinzipielles Verwertungsverbot für selbstbelastende Aussagen ohne Verteidigerbeistand; Beschuldigtenbegriff der EMRK: substantielle Beeinträchtigung der Situation des Verdächtigen, Zeitpunkt der ersten Belehrung über das Schweigerecht); Recht auf ein faires Strafverfahren (Gesamtbetrachtung; Anwendung im Ermittlungsverfahren; Verzicht auf Konventionsrechte); Sondervotum Spielmann.

Art. 6 Abs. 1 S. 1 EMRK; Art. 6 Abs. 3 lit. c EMRK

1. Art. 6 EMRK erfordert prinzipiell schon für die erste (polizeiliche) Befragung des Beschuldigten im Ermitt-

lungsverfahren den Beistand eines Verteidigers. Das Recht auf Verteidigerbeistand darf insoweit nur eingeschränkt werden, wenn für den Einzelfall zwingende Gründe vorliegen, die eine solche Einschränkung rechtfertigen. Dies gilt uneingeschränkt nur bei einer Inhaftierung des Beschuldigten oder nach der Erhebung einer Anklage i.S. des Art. 6 EMRK.

2. Die Selbstbelastungsfreiheit kann nicht auf Schuldeingeständnisse oder direkt belastende Äußerungen beschränkt werden. Der Schutz erstreckt sich auch auf Äußerungen, die auf den ersten Blick nicht belastend sind, aber im späteren Strafverfahren die Anklage zum Beispiel deshalb unterstützen, weil sie die Glaubwürdigkeit des Angeklagten unterminieren.

3. Ein Verzicht im Sinne des Art. 6 EMRK ist auch hinsichtlich des Schweigerechts im Ermittlungsverfahren nur wirksam, wenn er eindeutig erklärt wurde und von einem

Mindestmaß an prozessualen Schutzinstrumenten begleitet wurde, die seiner Bedeutung entsprechen. Bevor von einem Angeklagten angenommen werden kann, dass er durch sein Verhalten konkludent auf ein Recht des Art. 6 EMRK verzichtet hat, muss der Staat zeigen, dass der Angeklagte dabei die Konsequenzen seines Tuns vorhersehen konnte.

4. Einzelfall der Verletzung des Schweigerechts durch die Verwertung einer inkriminierenden Äußerung, die ein Verdächtiger unbelehrt und ohne Verteidigerbeistand in einer Stresssituation gemacht hat, in der er die Konsequenzen seiner Äußerung nicht vernünftig einschätzen konnte.

Rechtsprechung

Hervorzuhebende Entscheidungen des BGH

I. Materielles Strafrecht – Allgemeiner Teil

229. BGH 1 ARs 1/10 – Beschluss vom 11. März 2010 (BGH)

Normatives Stufenverhältnis zwischen dem Verdacht der Beteiligung an einer in § 138 Abs. 1 oder 2 StGB bezeichneten Katalogtat und der Nichtanzeige geplanter Straftaten (Zweifelsgrundsatz).

§ 138 StGB; § 261 StPO

Auch bei fortbestehendem Verdacht einer Beteiligung an einer in § 138 Abs. 1 oder 2 StGB bezeichneten Katalogtat hindert der Zweifelssatz eine Verurteilung wegen Nichtanzeige geplanter Straftaten nicht (Zustimmung zur entsprechenden Anfrage des 5. Strafsenats).

Rechtsprechung

II. Materielles Strafrecht – Besonderer Teil

236. BGH 1 StR 95/09 – Urteil vom 4. Februar 2010 (LG München I)

BGHSt; Geldwäsche (Sich-Verschaffen und kollusives Zusammenwirken; Einvernehmen mit dem Vortäter; Relativität der Rechtsbegriffe; tatbestandsrelative Auslegung; Anwendung auf die Forderungseinziehung durch Rechtsanwälte; kein strafloser Vorerwerb bei Zahlung über das Anderkonto eines Rechtsanwaltes); Betrugsvorsatz (Schädigungsvorsatz); Hehlerei (Sich-Verschaffen); Untreue als mitbestrafte Nachtat (Ausbleiben eines vertiefenden Vermögensnachteils; Vermögensbetreuungspflicht als besonderes persönliches Merkmal).

§ 261 Abs. 2 Nr. 1, Abs. 6 StGB; § 259 StGB; § 263 StGB; § 266 StGB; § 28 Abs. 1 StGB; 2. Geldwäscherichtlinie

1. „Sich-Verschaffen“ im Sinne des § 261 Abs. 2 Nr. 1 StGB fordert kein kollusives Zusammenwirken von Geldwäscher und Vortäter. Dieses Tatbestandsmerkmal verlangt nur, dass der Geldwäscher die Verfügungsgewalt über den inkriminierten Gegenstand im Einvernehmen mit dem Vortäter erlangt. (BGHSt)

2. Einvernehmen setzt nicht voraus, dass das Einverständnis des Vortäters frei von Willensmängeln ist. Deshalb ist es ohne Bedeutung, wenn der Vortäter infolge

von Täuschung oder Nötigung in die Übertragung der Verfügungsgewalt „einwilligt“. (BGHSt)

3. Normzweck des § 261 Abs. 2 StGB ist es, den Vortäter gegenüber der Umwelt zu isolieren, indem der aus einer der in § 261 Abs. 1 Satz 2 StGB genannten Straftaten herrührende Gegenstand „praktisch verkehrsunfähig“ gemacht wird (BGH NStZ-RR 2010, 53, 54). Der Isolierungstatbestand des § 261 Abs. 2 StGB ist damit auf die Vortat bezogen und schützt zugleich deren Rechtsgüter. (Bearbeiter)

4. Es erscheint grundsätzlich durchaus bedenkenswert, dass eine Strafbarkeit wegen Geldwäsche ausscheidet, wenn ein Rechtsanwalt im Auftrag eines Gläubigers eine (nicht bemakelte) Forderung betreibt und dabei auch in Kauf nimmt, auf anderweitig i.S.d. § 261 Abs. 1 StGB inkriminiertes Vermögen des Schuldners zuzugreifen. Dies gilt aber dann nicht, wenn der Rechtsanwalt an Geldwäschevorgängen beteiligt ist, die Rechtsberatung zum Zwecke der Geldwäsche erteilt wird oder der Rechtsanwalt weiß, dass der Klient die Rechtsberatung für Zwecke der Geldwäsche in Anspruch nimmt. (Bearbeiter)

5. Der § 261 Abs. 6 StGB schränkt den Tatbestand des § 261 Abs. 2 StGB ein, um zum Schutz des allgemeinen

Rechtsverkehrs die Entstehung unangemessen langer Ketten von Anschlussstaten zu verhindern. Sie soll dem gutgläubigen Erwerber eines inkriminierten Gegenstandes ermöglichen, diesen unbeeinträchtigt von § 261 Abs. 2 StGB weiterveräußern zu können. Der Transfer inkriminierter Gelder über das Anderkonto eines gutgläubigen Rechtsanwalts an einen bösgläubigen Dritten ist davon nicht erfasst. (Bearbeiter)

6. Das Wissenselement des Betrugsvorsatzes setzt in Fällen der vorliegenden Art – Kompensation durch Sicherheiten – voraus, dass der Täter im Zeitpunkt der Vermögensverfügung die Minderwertigkeit des Anspruchs der Anleger wegen wertloser Sicherheiten gekannt oder wenigstens für möglich gehalten hat (vgl. BGH StraFo 2009, 342 f.; NStZ-RR 2001, 328, 330 m.w.N.). (Bearbeiter)

314. BGH 5 StR 542/09 – Beschluss vom 25. Februar 2010 (LG Berlin)

BGHR; schwerer Raub (Verwenden einer Waffe bei der Tat; Verwenden eines gefährlichen Werkzeugs bei der Tat; Beendigung).

§ 250 StGB

Setzt der Täter, vom Opfer wahrgenommen, nach Vollendung, aber noch vor Beendigung der Raubtat eine Waffe oder ein anderes gefährliches Werkzeug mit dem Ziel weiterer Wegnahme ein, so genügt dies für ein Verwenden „bei der Tat“ im Sinne des § 250 Abs. 2 Nr. 1 StGB auch dann, wenn die angestrebte weitere Wegnahme nicht vollendet wird. (BGHR)

270. BGH 4 StR 450/09 – Urteil vom 14. Januar 2010 (LG Leipzig)

Versuchter Mord durch den Wurf von schweren Steinen auf eine Autobahn (Heimtücke; gemeingefährliche Mittel; bedingter Tötungsvorsatz); versuchte gefährliche Körperverletzung; gefährlicher Eingriff in den Straßenverkehr.

§ 212 StGB; § 211 StGB; § 15 StGB; § 22 StGB; § 23 Abs. 1 StGB; § 315b StGB; § 224 Abs. 1 Nr. 5, Abs. 2 StGB

1. Das Mordmerkmal der Tötung mit gemeingefährlichen Mitteln ist erfüllt, wenn der Täter ein Mittel zur Tötung einsetzt, das in der konkreten Tatsituation eine Mehrzahl von Menschen an Leib und Leben gefährden kann, weil er die Ausdehnung der Gefahr nicht in seiner Gewalt hat. Dabei ist nicht allein auf die abstrakte Gefährlichkeit eines Mittels abzustellen, sondern auf seine Eignung und Wirkung in der konkreten Situation unter Berücksichtigung der persönlichen Fähigkeiten und Absichten des Täters (BGHSt 38, 353, 354; BGHR StGB § 211 Abs. 2 Gemeingefährliche Mittel 2, und BGH NStZ 2006, 503, 504).

2. Auf dieser Grundlage hängt es vom konkreten Einzelfall ab, ob Steinwürfe von einer Autobahnbrücke bei Vorliegen eines entsprechenden Vorsatzes als Tötung bzw. Tötungsversuche mit gemeingefährlichen Mitteln zu bewerten sind. Trifft der Täter bei einem solchen Steinwurf ein bestimmtes Fahrzeug, so schließt ein solcher Angriff gegen dessen Insassen, also bereits individuali-

sierte Opfer, zwar die Annahme, er habe ein gemeingefährliches Mittel eingesetzt, nicht vor vorneherein aus. Eine tödliche Gefahr für eine Vielzahl von Menschen wird jedoch zumeist nur dann bestehen, wenn dichter Verkehr herrscht und in der Folge des durch den Steinwurf unmittelbar verursachten Unfalls eine unbestimmte Anzahl weiterer Personen – also regelmäßig die Insassen anderer Fahrzeuge – tödliche Verletzungen erleiden können (vgl. BGHSt 38, 353, 355).

3. Nichts anderes gilt in den Fällen, in denen der Täter bei dem Steinwurf noch kein bestimmtes Fahrzeug im Auge hat, sondern sich die Tat auf ein beliebiges, sich möglicherweise noch außerhalb seines Sichtbereichs befindliches Fahrzeug und dessen Insassen bezieht. Auch hier fehlt es bezogen auf die Kollision zwischen diesem Fahrzeug und dem auf der Fahrbahn liegenden Stein regelmäßig daran, dass allein hierdurch eine Mehrzahl von Menschen an Leib und Leben gefährdet werden kann, weil der Täter die Ausdehnung der Gefahr nicht in seiner Gewalt hat. Daher wird auch in solchen Fällen eine Tötung mit gemeingefährlichen Mitteln – von Ausnahmefällen wie etwa einer Kollision eines voll besetzten Omnibusses mit dem Stein abgesehen – nur dann in Betracht kommen, wenn Folgeunfälle mit tödlichen Verletzungen drohen.

271. BGH 4 StR 556/09 – Beschluss vom 9. Februar 2010 (LG Marburg)

Konkurrenz zwischen Nötigung und Bedrohung; gefährlicher Eingriff in den Straßenverkehr (konkrete Gefährdung von Leib oder Leben; Schädigungsvorsatz beim verkehrsfeindlichen Innenangriff).

§ 240 StGB; § 241 StGB; § 315b StGB

1. Nach der neueren Rechtsprechung des Senats (BGHSt 48, 233) setzt die Strafbarkeit bei einem sog. verkehrsfeindlichen Inneneingriff, wie ihn das Landgericht hier festgestellt hat, voraus, dass zu dem bewusst zweckwidrigen Einsatz des Fahrzeugs in verkehrsfeindlicher Einstellung hinzu kommt, dass es der Täter mit zumindest bedingtem Schädigungsvorsatz – etwa als Waffe oder Schadenswerkzeug – missbraucht; erst dann liege eine – über den Tatbestand des § 315c hinausgehende und davon abzugrenzende – verkehrsatypische „Pervertierung“ des Verkehrsvorgangs zu einem gefährlichen „Eingriff“ in den Straßenverkehr im Sinne des § 315b Abs. 1 StGB vor.

2. Soweit in BGHSt 48, 233, 238 ausgeführt wird, das Nötigungselement allein mache ein Verkehrsverhalten noch nicht zu einem gefährlichen Eingriff in den Straßenverkehr, wenn das eigene Fortkommen primäres Ziel einer gewollten Behinderung sei, ist diese Formulierung nicht im Sinne einer Einschränkung des oben ausgeführten Grundsatzes zu verstehen. Der Senat stellt vielmehr klar, dass ein vorschriftswidriges Verkehrsverhalten bei sog. Inneneingriffen im fließenden Verkehr grundsätzlich nur dann von § 315b Abs. 1 StGB, erfasst wird, wenn der Fahrzeugführer nicht nur mit Gefährdungsvorsatz, sondern mit zumindest bedingtem Schädigungsvorsatz handelt. Es erfolgt keine Differenzierung der Fälle danach, ob der Täter seine Fahrt nach dem gefährlichen Eingriff fortsetzen will oder nicht.

255. BGH 2 StR 391/09 – Urteil vom 10. Februar 2010 (LG Limburg)

Ausnutzungsbewusstsein bei der Heimtücke (Beweiswürdigung; niedrige Beweggründe: Gefühl der Hilflosigkeit).

§ 211 Abs. 2 StGB

Für das bewusste Ausnutzen der Arg- und Wehrlosigkeit des Opfers genügt es, wenn der Täter die Arg- und Wehrlosigkeit in ihrer Bedeutung für die hilflose Lage des Angegriffenen und die Ausführung der Tat in dem Sinne erfasst, dass er sich bewusst ist, einen durch seine Ahnungslosigkeit gegenüber einem Angriff schutzlosen Menschen zu überraschen (BGH BGHR § 211 Abs. 2 Heimtücke 25, 26; NStZ 2005, 688, 689; 2009, 501, 502). Zwar kann die Spontanität des Tatentschlusses im Zusammenhang mit der Vorgeschichte und dem psychischen Zustand des Täters ein Beweisanzeichen dafür sein, dass ihm das Ausnutzungsbewusstsein fehlt (BGH NStZ 2006, 503, 504 m.w.N.). Andererseits hindert aber nicht jede affektive Erregung oder heftige Gemütsbewegung einen Täter daran, die Bedeutung der Arg- und Wehrlosigkeit des Opfers für die Tat zu erkennen (BGH NStZ 2006, 167, 169; 2009, 571, 572, jew. m.w.N.). Vielmehr ist bei erhaltener Einsichtsfähigkeit auch die Fähigkeit des Täters, die Tatsituation in ihrem Bedeutungsgehalt für das Opfer realistisch wahrzunehmen und einzuschätzen, im Regelfall nicht beeinträchtigt (BGH NStZ 2008, 510, 511 f.; Beschl. v. 24. November 2009 – 1 StR 520/09). Kommt der Tatrichter dennoch zu dem Ergebnis, dass der Täter die für die Heimtücke maßgeblichen Umstände auf Grund seiner Erregung nicht in sein Bewusstsein aufgenommen hat, so muss er die Beweisanzeichen dafür darlegen und würdigen.

278. BGH 3 StR 215/08 – Beschluss vom 10. Juli 2008 (LG Flensburg)

Besitz kinderpornografischer Schriften; Sichverschaffen kinderpornografischer Schriften; Konkurrenzen.

§ 52 StGB; § 53 StGB; § 184b StGB

Der Besitz kinderpornografischer Schriften ist ein Anfangtatbestand, der hinter dem Sich-Verschaffen als dem eingriffsintensiveren Delikt zurücktritt. Eine Bestrafung kann daher nur erfolgen, wenn andere umfassendere

Formen des strafbaren Umgangs mit kinderpornografischen Schriften nicht nachgewiesen werden können.

268. BGH 4 StR 433/09 – Urteil vom 11. Februar 2010 (LG Arnsberg)

Anforderungen an die Darstellung eines Freispruchs; Kognitionspflicht des Gerichts im Rahmen der Tat im prozessualen Sinne; Beihilfe zum Kreditbetrug (sukzessive Beihilfe); Bankrott (Überschuldung; Zahlungsfähigkeit); Insolvenzverschleppung (verspätete Insolvenzantragstellung).

§ 265b StGB; § 283 StGB; § 261 StPO; § 267 Abs. 5 Satz 1 StPO; § 15a Abs. 4, Abs. 1 InsO; § 84 GmbHG

1. Eine strafbare Beihilfe ist nach der ständigen Rechtsprechung auch noch nach Vollendung der Haupttat bis zu deren Beendigung möglich. Die Teilnahme am Kreditbetrug ist bis zum Erbringen der letzten Leistung möglich. Wann die Leistung als erbracht anzusehen ist, hängt von der Art des beantragten Kredits ab.

2. Eine Strafbarkeit gemäß § 283 Abs. 1 Nr. 7 lit. a StGB scheidet nicht allein daran, dass der Angeklagte die in einem Jahresabschluss enthaltene Bilanz nicht unterschrieben hat.

289. BGH 3 StR 440/09 – Beschluss vom 29. Oktober 2009 (LG Flensburg)

Urteilsgründe (Verbreitung pornografischer Schriften; Bezeichnung eines Tatgegenstands als Pornofilm).

§ 11 Abs. 3 StGB; § 184 StGB; § 267 Abs. 3 StPO

Allein die Bezeichnung „Pornofilm“ in den Urteilsgründen ist keine hinreichende Feststellung dafür, dass Filme sexualbezogenes Geschehen in pornografischer Form darstellen.

277. BGH 3 StR 205/08 – Beschluss vom 12. August 2008 (LG Verden)

Besonders schwere räuberische Erpressung (Urteilsformel).

§ 260 Abs. 4 Satz 1 StPO

Bei einer Verurteilung wegen besonders schwerer räuberischer Erpressung ist dies nach § 260 Abs. 4 Satz 1 StPO als rechtliche Bezeichnung der Tat in der Urteilsformel anzugeben.

Rechtsprechung

III. Strafzumessungs- und Maßregelrecht

258. BGH 2 StR 509/09 – Urteil vom 24. Februar 2010 (LG Mainz)

Anordnung der Sicherungsverwahrung (Hang; Gelegenheitstaten; Spontantaten; Mitgliedschaft bei den Hells Angels; Verhältnismäßigkeit; symptomatischer Zusammenhang).

§ 66 Abs. 1 Nr. 3 StGB; § 62 StGB

1. Für die Annahme eines Hanges ist ein „dauerhafter Entschluss“, Straftaten zu begehen, nicht erforderlich. Vielmehr kann eine entsprechende, in der Persönlichkeit liegende Neigung (vgl. BGH NStZ 2003, 201; 2005, 265 f.; BGHR StGB § 66 Abs. 1 Hang 8) auch bei sog. Gelegenheits- und Augenblickstaten zu bejahen sein. Dies ist der Fall, wenn sie ihre Ursache darin haben, dass der

Täter dazu neigt, mit einer neuen strafbaren Handlung auf einen äußeren Tatanstoß zu reagieren (BGH NStZ 1994, 280). Selbst der Umstand, dass ein Täter seine kriminellen Handlungen völlig ungeplant begeht und sich ihm bietende Gelegenheiten spontan ausnutzt, ohne Vorbereitungen für seine Taten zu treffen, schließt einen Hang nicht aus (vgl. BGH NStZ-RR 2008, 337).

2. Die Prüfung der Verhältnismäßigkeit ist von der Prüfung des Hanges im Rahmen des § 66 StGB zu trennen.

3. Für einen symptomatischen Zusammenhang zwischen der abgeurteilten Tat und den die formellen Voraussetzungen der Sicherungsverwahrung ist es nicht stets erforderlich, dass die „Symptomtaten“ gleichartig sind oder das gleiche Rechtsgut verletzen. Selbst bei Straftaten, die ganz verschiedener Art sind, ist ihr Indizwert für einen schwerkriminellen Hang und für die Gefährlichkeit des Täters für die Allgemeinheit nicht ausgeschlossen; dieser bedarf lediglich besonders sorgfältiger Prüfung nach Anlass und Umständen der Tatbegehung sowie der Täterpersönlichkeit (BGH NJW 1999, 3723, 3725; BGHR § 66 Abs. 1 Hang 10).

293. BGH 3 StR 502/09 – Beschluss vom 21. Januar 2010 (LG Krefeld)

Unterbringung in einer Entziehungsanstalt (Therapiewille; Aussicht auf Erfolg); Aufklärungshilfe (zwingende Erörterung bei Vorliegen der tatbestandlichen Voraussetzungen).

§ 64 StGB; § 31 Nr. 1 BtMG

1. Fehlender Therapiewille allein hindert eine Unterbringung nach § 64 StGB grundsätzlich nicht. Zwar kann dieser Umstand ein gegen die Erfolgsaussicht der Entwöhnungsbehandlung sprechendes Indiz sein. Ob der Mangel an Therapiebereitschaft den Schluss auf das Fehlen einer hinreichend konkreten Erfolgsaussicht der Maßregel rechtfertigt, lässt sich aber nur aufgrund einer

Gesamtwürdigung der Täterpersönlichkeit und aller sonstigen maßgeblichen Umstände beurteilen.

2. Die Unterbringung in einer Entziehungsanstalt hängt nicht vom Therapiewillen des Betroffenen ab. Ziel einer Behandlung im Maßregelvollzug kann es gerade sein, die Therapiebereitschaft beim Angeklagten erst zu wecken. Das Gericht hat daher gegebenenfalls zu prüfen, ob die konkrete Aussicht besteht, dass die Therapiebereitschaft für eine Erfolg versprechende Behandlung in der Maßregel geweckt werden kann.

306. BGH 5 StR 503/09 – Urteil vom 10. März 2010 (LG Görlitz)

Unterbringung in einem psychiatrischen Krankenhaus (Gefährlichkeit aufgrund psychischer Störung); Ablehnung des Antrags im Sicherungsverfahren; Entschädigungspflicht (Störung des Rechtsfriedens; Maß des Sonderopfers).

§ 63 StGB; § 20 StGB; § 2 Abs. 1 StrEG; § 413 StPO

1. Für eine Unterbringung in einem psychiatrischen Krankenhaus muss die in der Anlasstat zum Ausdruck gekommene Gefährlichkeit des Täters als Folge der psychischen Störung erscheinen. Die Störung muss mindestens wesentlich mitursächlich für die rechtswidrige Tat geworden sein.

2. Die Ablehnung einer beantragten Unterbringung nach § 63 StGB im Sicherungsverfahren ist einem Freispruch gleichzusetzen, sodass nach § 2 Abs. 1 StrEG grundsätzlich eine Entschädigungspflicht der Staatskasse für die Zeit eines vorläufigen Freiheitsentzugs besteht. Die Norm gilt auch dann, wenn die Staatsanwaltschaft von vornherein ein Sicherungsverfahren betreibt, ihr Ziel der Unterbringung des Beschuldigten nach § 63 StGB jedoch nicht erreicht.

Rechtsprechung

IV. Strafverfahrensrecht mit GVG

260. BGH 2 StR 524/09 – Urteil vom 17. Februar 2010

BGHSt; Tenorierung beim Auffangrechtserwerb (Rückgewinnungshilfe; Aufnahme in die Urteilsformel; Revision als statthaftes Rechtsmittel; Wertersatzverfall); Wiedereinsetzung in den vorigen Stand zur Ermöglichung einer Verfahrensrüge.

§ 111i Abs. 2 StPO; § 73a StGB; Art. 103 Abs. 1 GG; § 44 StPO

1. Die nach § 111i Abs. 2 StPO notwendige Feststellung ist in die Urteilsformel aufzunehmen. (BGHSt)

2. Die Revision ist das statthafte Rechtsmittel, wenn das Landgericht die Entscheidung gemäß § 111i Abs. 2 StPO nicht in der Urteilsformel, sondern im Anschluss an die

Urteilsverkündung durch Beschluss getroffen hat. (BGHSt)

232. BGH 1 StR 260/09 – Beschluss vom 24. Februar 2010 (BGH)

Vorlagebeschluss; Anforderungen an den Anklagesatz beim Vorwurf einer großen Zahl von Vermögensdelikten (Umgrenzungsfunktion; Informationsfunktion; Recht auf effektive Verteidigung).

Art. 6 EMRK; § 243 Abs. 3 Satz 1 StPO; § 200 Abs. 1 Satz 1 StPO; § 132 Abs. 2, Abs. 4 GVG

Wenn einem Angeklagten eine große Zahl von Vermögensdelikten zur Last gelegt wird, die einem einheitlichen modus operandi folgen, genügt der Anklagesatz den Anforderungen des § 243 Abs. 3 Satz 1 StPO i.V.m. § 200

Abs. 1 Satz 1 StPO, wenn in diesem neben der Schilderung der gleichartigen Tatausführung, die die Merkmale des jeweiligen Straftatbestandes erfüllt, die Gesamtzahl der Taten, der Tatzeitraum sowie der Gesamtschaden bezeichnet werden und die Einzelheiten der Taten, d.h. die konkreten Tatzeitpunkte, die Tatorte, die Tatopfer und die jeweiligen Einzelschäden, ergänzend in einem anderen nicht zu verlesenden Teil der Anklageschrift detailliert beschrieben sind.

266. BGH 4 ARs 16/09 – Beschluss vom 18. Februar 2010 (OLG Oldenburg)

Auslieferungsfreiheit bei konkurrierender Gerichtsbarkeit und Verjährung im Inland (Substitution; Auslieferung Deutscher; grundrechtsschonende Auslegung; Grundsatz gegenseitiger Anerkennung; Verjährung nach ausländischem Recht); Reichweite der Bindungswirkung von BVerfG-Kammerentscheidungen.

Art. 16 Abs. 2 Satz 1 GG; § 9 Nr. 2 IRG; § 78c StGB; § 31 BVerfGG; Art. 10 EuAIÜbk

1. Die Auslegung von § 9 Nr. 2 IRG in der Weise, dass bei konkurrierender Gerichtsbarkeit die Auslieferung Deutscher zur Strafverfolgung auch dann zulässig sei, wenn die Tat im Inland wegen Verfolgungsverjährung nicht mehr geahndet werden kann, die Strafverfolgungsbehörden des ersuchenden Staates jedoch Handlungen vorgenommen haben, die „ihrer Art nach“ geeignet wären, die Verjährung nach deutschen Rechtsvorschriften zu unterbrechen, berücksichtigt die Tragweite des Grundrechts nicht hinreichend und greift unverhältnismäßig in die Auslieferungsfreiheit nach Art. 16 Abs. 2 GG ein.

2. Im Rahmen von § 9 Nr. 2 IRG in Verbindung mit § 78c StGB genügt eine Substitution nicht den Anforderungen des Art. 16 Abs. 2 Satz 1 GG. Die unzuverlässige und mit Unsicherheiten behaftete Ermittlung funktionsäquivalenter Unterbrechungstatbestände bietet jedenfalls im grundrechtssensiblen verfahrensrechtlichen Kontext der Auslieferung deutscher Staatsangehöriger keine hinreichende Vorhersehbarkeit der Grundrechtsbeeinträchtigungen.

3. Zugeständnisse im Rahmen der gegenseitigen Anerkennung können nicht weiter gehen, als dies die grundrechtlichen Spielräume bei der Auslieferung deutscher Staatsangehöriger zulassen.

4. Die Bindungswirkung gemäß § 31 Abs. 1 BVerfGG betrifft nicht nur den Tenor, sondern auch die die Entscheidung tragenden Gründe. Dabei sind die den Tenor tragenden Entscheidungsgründe jene Rechtssätze, die nicht hinweggedacht werden können, ohne dass das konkrete Entscheidungsergebnis nach dem in der Entscheidung zum Ausdruck gekommenen Gedankengang entfällt. Nicht tragend sind dagegen bei Gelegenheit der Entscheidung gemachte Rechtsausführungen, die außerhalb des Begründungszusammenhangs stehen. Bei der Beurteilung, ob ein tragender Grund vorliegt, ist von der niedergelegten Begründung in ihrem objektiven Gehalt auszugehen.

267. BGH 4 StR 394/09 – Urteil vom 4. Februar 2010 (LG Essen)

Belehrung eines Geistlichen über sein Zeugnisverweigerungsrecht (Reichweite des Zeugnisverweigerungsrechts); Beweiswürdigung zum bedingten Tötungsvorsatz bei einer Brandstiftung mit Todesfolge (Leichtfertigkeit).

§ 53 Abs. 1 Nr. 1 StPO; § 212 StGB; § 15 StGB; § 306c StGB; § 306a StGB

1. Ein Zeugnisverweigerungsrecht im Sinne des § 53 Abs. 1 Nr. 1 StPO erstreckt sich nur auf Tatsachen, die dem betreffenden Geistlichen in seiner Eigenschaft als Seelsorger anvertraut oder bekannt geworden sind und nicht auf das, was er in ausschließlich karitativer oder fürsorglicher Tätigkeit erfahren hat (BGHSt 51, 140, 141; vgl. auch BVerfG NJW 2007, 1865).

2. Eine Pflicht zur Belehrung in Fällen des § 53 StPO besteht nicht (vgl. BGH, Urteil vom 19. März 1991 – 5 StR 516/90, NJW 1991, 2844, 2846, in BGHSt 37, 340 insoweit nicht abgedruckt; Senatsurteil vom 27. Mai 1971 – 4 StR 81/71, VRS 41 (1971), 93, 94). Das Gericht darf regelmäßig davon ausgehen, dass der Zeuge sein Recht zur Zeugnisverweigerung kennt. Dies gilt für den Geistlichen eines fremden Landes jedenfalls dann, wenn er sich in Deutschland dauerhaft aufhält und hier eine Gemeinde betreut.

3. Soweit der Gesetzgeber die leichtfertige Todesverursachung unter Strafe gestellt hat, umschreibt das Gesetz nach der ständigen Rechtsprechung des Bundesgerichtshofs mit dem Begriff der Leichtfertigkeit ein Verhalten, das – bezogen auf den Todeseintritt – einen hohen Grad von Fahrlässigkeit aufweist. Leichtfertig handelt hiernach, wer die sich ihm aufdrängende Möglichkeit eines tödlichen Verlaufs aus besonderem Leichtsinne oder aus besonderer Gleichgültigkeit außer Acht lässt (BGHSt 33, 66, 67).

4. Nach der ständigen Rechtsprechung des Bundesgerichtshofs setzt bedingt vorsätzliches Handeln voraus, dass der Täter den Eintritt des tatbestandlichen Erfolges als möglich und nicht ganz fern liegend erkennt und dass er ihn billigt oder sich um des erstrebten Zieles willen mit der Tatbestandsverwirklichung abfindet (st. Rspr.; vgl. nur BGHSt 36, 1, 9; BGHR StGB § 212 Abs. 1 Vorsatz, bedingter 53). In Abgrenzung zu der Schuldform der bewussten Fahrlässigkeit müssen beide Elemente der inneren Tatseite, also sowohl das Wissenselement als auch das Willenselement in jedem Einzelfall besonders geprüft und durch tatsächliche Feststellungen belegt werden (BGHR aaO). Tritt die Lebensgefährlichkeit einer äußerst gefährlichen Gewalthandlung offen zu Tage, liegt es zwar nahe, dass der Täter mit der Möglichkeit eines tödlichen Ausganges der von ihm in Gang gesetzten Handlungskette rechnet. Da es jedoch auch Fälle geben kann, in denen der Täter zwar alle Umstände kennt, die sein Tun zu einer das Leben gefährdenden Behandlung machen, er sich aber gleichwohl nicht bewusst ist, dass der Tod des Opfers eintreten kann, bedarf es für den Schluss auf die Billigung eines Todeserfolges im Hinblick auf die insoweit bestehende hohe Hemmschwelle einer sorgfältigen Prüfung des Einzelfalles (BGH, Urteil vom 22. November 2001 – 1 StR 369/01, NStZ 2002, 314, 315).

5. Bei der Inbrandsetzung eines Gebäudes sind im Rahmen der Gesamtwürdigung insbesondere die Beschaffenheit des Gebäudes (im Hinblick auf Fluchtmöglichkeiten und Brennbarkeit der beim Bau verwendeten Materialien), die Angriffszeit (wegen der erhöhten Schutzlosigkeit der Bewohner zur Nachtzeit), die konkrete Angriffsweise sowie die psychische Verfassung des Täters und seine Motivation bei der Tatbegehung zu berücksichtigen (BGHR StGB § 212 Abs. 1 Vorsatz, bedingter 39).

269. BGH 4 StR 436/09 – Urteil vom 11. Februar 2010 (LG Bielefeld)

Verbotene Vernehmungsmethoden (Vernehmung nach vorheriger Observation und Vortäuschung einer allgemeinen Verkehrskontrolle; Vortäuschen eines Zufallsfundes; Täuschung; Darlegungsanforderungen der Verfahrensrüge); Verstoß gegen das Recht auf ein faires Verfahren; Aufklärungshilfe; Anwendung der Vollstreckungslösung auf Verstöße gegen das Recht auf ein faires Strafverfahren.

§ 136a StPO; § 344 Abs. 2 Satz 2 StPO; Art. 6 Abs. 1 EMRK; § 31 BtMG

Auch wenn die Unterrichtung über die Durchführung einer Observation ohne richterliche Zustimmung zurückgestellt werden kann (vgl. § 101 Abs. 4 Satz 1 Nr. 12, Abs. 5, Abs. 6 Satz 1 StPO), darf daraus nicht der Schluss gezogen werden, dass in den Ermittlungsakten ein unwahrer Sachverhalt niedergelegt werden dürfe oder der auf Grund einer Observation festgenommene Beschuldigte aktiv über die wahren Hintergründe seiner Festnahme getäuscht werden dürfte.

288. BGH 3 StR 367/09 – Beschluss vom 17. Dezember 2009 (LG Wuppertal)

Ablehnungsgesuch wegen Besorgnis der Befangenheit (unverzögliche Anbringung; Fristberechnung; Kenntnis des Angeklagten; keine Zurechnung der verspäteten Kenntnisnahme des Verteidigers; rechtsfehlerhafte Verwerfung; völlig ungeeignete Begründung); gesetzlicher Richter (Unvoreingenommenheit (Formulierungen eines Haftbefehls im Indikativ; Richter in eigener Sache); Mittäterschaft (Gesamtabrede; Feststellung individueller Beiträge zu jeder einzelnen Tat).

Art. 101 Abs. 1 Satz 2 GG; Art. 6 EMRK; § 26a StPO; § 25 Abs. 2 Nr. 2 StPO; § 27 StPO; § 25 StGB; § 26 StGB; § 27 StGB

1. Für die Beurteilung, ob ein Ablehnungsgesuch unverzüglich angebracht wurde, ist allein der Zeitpunkt der Kenntnis des ablehnungsberechtigten Angeklagten von den dem Gesuch zu Grunde liegenden Tatsachen maßgeblich. Eine etwaige schuldhaft verspätete Kenntnisnahme dieser Tatsachen durch den Verteidiger wird dem Angeklagten nicht zugerechnet.

2. Ein Ablehnungsgesuch, dessen Begründung aus zwingenden rechtlichen Gründen zur Rechtfertigung eines Ablehnungsgesuchs völlig ungeeignet ist, kann wie ein vollends ohne Begründung gestelltes Ablehnungsgesuch behandelt werden. Ein lediglich nach Ansicht des abgelehnten Richters „offensichtlich unbegründetes“ Ablehnungsgesuch hingegen darf nicht im Sinne des § 26a Abs.

1 Nr. 2 StPO als ohne Begründung gestellt behandelt werden, sondern ist nach § 27 StPO zu behandeln.

3. Bei der Prüfung, ob die für eine Ablehnung wegen Besorgnis der Befangenheit vorgebrachte Begründung in diesem Sinne völlig ungeeignet ist, muss wegen des Rechts auf den gesetzlichen Richter (Art. 101 Abs. 1 Satz 2 GG) ein strenger Maßstab angelegt werden. Entscheidend ist, ob das fragliche Ablehnungsgesuch bereits bei rein formaler Betrachtung, ohne nähere Prüfung und losgelöst von den konkreten Umständen des Einzelfalls zur Begründung der Befangenheit gänzlich ungeeignet ist. Darüber hinaus dürfen sich abgelehnte Richter nicht durch Mitwirkung an einer näheren inhaltlichen Prüfung der Ablehnungsgründe zu „Richtern in eigener Sache“ machen.

4. Bestehen Zweifel, ob die Begründung eines Ablehnungsgesuchs völlig ungeeignet ist, so ist dem Vorgehen nach § 27 StPO der Vorzug zu geben.

5. Unbedenklich ist die Verwerfung eines Ablehnungsgesuchs, das lediglich damit begründet wird, der Richter sei mit der zur Aburteilung stehenden Tat bereits in einem anderen Verfahren befasst gewesen. Da eine solche Vorbefassung vom Gesetz vorgesehen ist, kann sie als solche die Besorgnis der Befangenheit grundsätzlich nicht begründen. Anders verhält es sich dagegen in Fällen, in denen weitere Umstände hinzutreten, die über die Tatsache der bloßen Vorbefassung als solche und die damit notwendig verbundenen inhaltlichen Äußerungen hinausgehen.

6. Die Entscheidung darüber, ob ein Angeklagter nach Kenntnisnahme von einem in einem noch andauernden Verfahren ergangenen Beschluss des erkennenden Richters bei verständiger Würdigung davon ausgehen kann, der betreffende Richter sei von der Schuld des Angeklagten bereits endgültig überzeugt, steht nicht dem abgelehnten Richter selbst zu, sondern allein dem nach § 27 StPO zuständigen Richter.

7. Schließen sich mehrere Beteiligte zusammen, um fortgesetzt Straftaten eines bestimmten Typus zu begehen, so hat dies nicht ohne weiteres zur Folge, dass die von einem von ihnen auf Grund der Gesamtabrede begangenen Straftaten den anderen Beteiligten als gemeinschaftlich begangene Straftaten im Sinne des § 25 Abs. 2 StGB zugerechnet werden können. Vielmehr ist für jede einzelne Tat nach den allgemeinen Kriterien festzustellen, ob die anderen Beteiligten hieran als Mittäter, Anstifter oder Gehilfen mitgewirkt oder überhaupt keinen strafbaren Tatbeitrag geleistet haben.

299. BGH 5 StR 23/10 – Beschluss vom 24. Februar 2010 (LG Hamburg)

Verfahrensrüge (Begründung); Antrag auf Auswechslung des Verteidigers (konkludente Rücknahme durch Abschluss einer Verständigung).

§ 344 Abs. 2 Satz 2 StPO; § 257c Abs. 2 StPO

Im Abschluss einer Verständigung unter Mitwirkung des allein tätig gewordenen Pflichtverteidigers liegt eine

wirksame konkludente Rücknahme des Antrags auf Auswechslung des Pflichtverteidigers.

283. BGH 3 StR 302/08 – Beschluss vom 16. September 2008 (LG Bückeburg)

Beweiswürdigung (Abweichen vom Gutachten eines Sachverständigen zur Frage der Glaubhaftigkeit einer Zeugenaussage).

§ 261 StPO

Es ist im Grundsatz rechtlich nicht zu beanstanden, wenn der Tatrichter eine von dem Gutachten eines Sachverständigen abweichende eigene Beurteilung der Glaubhaftigkeit der Angaben eines Zeugen vornimmt, denn der Tatrichter ist im Rahmen seiner freien Beweiswürdigung stets zu einer eigenen Beurteilung verpflichtet. Weicht der Tatrichter jedoch mit seiner Beurteilung von einem Sachverständigengutachten ab, so muss er sich konkret mit den Ausführungen des Sachverständigen auseinandersetzen sowie seine Auffassung tragfähig und nachvollziehbar begründen, um zu belegen, dass er mit Recht das bessere Fachwissen für sich in Anspruch nimmt, nachdem er zuvor glaubte, sachverständiger Beratung zu bedürfen.

282. BGH 3 StR 274/08 – Beschluss vom 7. August 2008 (LG Hannover)

Rechtsfehlerhafte Ablehnung eines Beweisantrages (Einholung eines Sachverständigengutachtens; völlige Ungeeignetheit des Beweismittels); Unterbringung in einer Entziehungsanstalt.

§ 244 Abs. 3 StPO; § 64 StGB; § 246a StPO

1. Ein Beweismittel ist völlig ungeeignet im Sinne des § 244 Abs. 3 Satz 2 StPO, wenn ungeachtet des bisher gewonnenen Beweisergebnisses nach sicherer Lebenserfahrung feststeht, dass sich mit ihm das im Beweisantrag in Aussicht gestellte Ergebnis nicht erzielen lässt und die Erhebung des Beweises sich deshalb in einer reinen Förmlichkeit erschöpfen würde.

2. Steht die Ablehnung eines Beweisantrages auf Einholung eines Sachverständigengutachtens in Rede, so kommt es nicht etwa darauf an, ob ein Sachverständiger aus dem ihm zur Verfügung stehenden Tatsachenmaterial sichere und eindeutige Schlüsse ziehen kann. Schon dann, wenn der Sachverständige nur Erfahrungssätze und Schlussfolgerungen darzulegen vermag, die die unter Beweis gestellte Behauptung mehr oder weniger wahrscheinlich machen, und sein Gutachten hierdurch unter Berücksichtigung des sonstigen Beweisergebnisses Einfluss auf die Überzeugungsbildung des Gerichts erlangen kann, ist das Gericht nicht berechtigt, den gestellten Beweisantrag wegen völliger Ungeeignetheit des Beweismittels zurückzuweisen.

280. BGH 3 StR 250/08 – Beschluss vom 17. Juli 2008 (LG Duisburg)

Unzulässige Beschränkung der Verteidigung durch (unterlassenen) Gerichtsbeschluss.

§ 238 StPO; § 338 Nr. 8 StPO

1. Der Revisionsgrund nach § 338 Nr. 8 StPO ist nur gegeben, wenn die Verteidigung durch einen Gerichtsbeschluss unzulässig beschränkt worden ist.

2. Einem Gerichtsbeschluss steht es zwar gleich, wenn die Beschränkung darin liegt, dass es das Gericht unterlässt, einen Antrag der Verteidigung durch Beschluss zu bescheiden. Dies gilt indessen nur dann, wenn über den Antrag der gesamte Spruchkörper zu entscheiden hat. Darf über den Antrag dagegen der Vorsitzende im Rahmen seiner Sachleitungsbefugnis (§ 238 Abs. 1 StPO) allein befinden, so kann dessen Unterlassen einer Entscheidung die Revisionsrüge nach § 338 Nr. 8 StPO nicht begründen.

272. BGH 4 StR 599/09 – Beschluss vom 23. Februar 2010 (LG Saarbrücken)

Rüge der unvollständigen Akteneinsicht in TÜ-Protokolle; wesentliche Beschränkung der Verteidigung (Darlegungsanforderungen; erforderliches Bemühen um die Offenlegung der vermissten Aktenbestandteile); Auffangrechtserwerb.

§ 147 StPO; § 338 Nr. 8 StPO; § 111i Abs. 2 StPO

1. Es bleibt offen, ob bei einem zeitweise gegen mehrere Beschuldigte geführten Ermittlungsverfahren nach der Abtrennung des Verfahrens gegen einen oder mehrere Beschuldigte das Akteneinsichtsrecht im anhängigen Verfahren auch solche Akten oder Aktenanteile umfasst, die dem Gericht tatsächlich nicht vorliegen, die aber in dem (auch und noch) gegen die Angeklagten geführten Ermittlungsverfahren wegen der Taten angefallen sind, die letztlich Gegenstand der Anklageschriften geworden sind (vgl. BGH, Urt. vom 18. Juni 2009 – 3 StR 89/09). Dem könnte entgegenstehen, dass sich nach der bisherigen Rechtsprechung der Anspruch auf Akteneinsicht nur auf die dem Gericht tatsächlich vorliegenden Akten bezieht (BGHSt 30, 131, 138, 141, und BGHSt 49, 317, 327 m.w.N.; ähnlich [„bei Gericht vorliegende Unterlagen“] BGHSt 37, 204, 206), also Aktenbestandteile aus anderen Verfahren dem Akteneinsichtsrecht nach § 147 Abs. 1 StPO selbst dann nicht unterliegen, wenn die Verfahren zeitweise gemeinsam geführt, später aber getrennt und diese im formellen Sinne „fremden“ Akten nicht beigezogen wurden (BGHSt 52, 58, 62; vgl. auch BGHSt 50, 224, 229).

2. Für die Annahme, die Verteidigung sei in einem für die Entscheidung wesentlichen Punkt beschränkt worden, genügt es nicht, dass diese Beschränkung nur generell (abstrakt) geeignet ist, die gerichtliche Entscheidung zu beeinflussen. Vielmehr ist § 338 Nr. 8 StPO nur dann gegeben, wenn die Möglichkeit eines kausalen Zusammenhangs zwischen dem Verfahrensverstoß und dem Urteil konkret besteht. Bei der Rüge der Beschränkung der Verteidigung in einem wesentlichen Punkt durch Ablehnung eines Antrags auf Beiziehung von Akten bzw. eines Akteneinsichtsanspruchs ist daher ein substantiierter Vortrag erforderlich, welche Tatsachen sich aus welchen genau bezeichneten Stellen der Akten ergeben hätten und welche Konsequenzen für die Verteidigung daraus

folgten (vgl. BGHSt 30, 131, 138, 143, und BGH StV 2000, 248, 249). Damit korrespondiert das Erfordernis möglichst konkreten Vortrags bei einer Rüge wegen unterlassener Beiziehung von Akten unter dem Aspekt der Verletzung der Aufklärungspflicht (BGHSt 49, 317, 328 m.w.N.; vgl. auch BGH, Beschl. vom 21. Oktober 2004 – 1 StR 324/04).

3. Sollte eine solche konkrete Bezeichnung wesentlichen vorenthaltenen Aktenmaterials dem Verteidiger nicht möglich sein, weil ihm die Akten, in die er Einsicht nehmen will, verschlossen geblieben sind, so muss er sich – damit die Ausnahme von der an sich nach § 344 Abs. 2 Satz 2 StPO bestehenden Vortragspflicht gerechtfertigt und belegt wird – jedenfalls bis zum Ablauf der Frist zur Erhebung der Verfahrensrüge weiter um die Akteneinsicht bemüht haben und die entsprechenden Anstrengungen gegenüber dem Revisionsgericht auch dartun (BGHSt 49, 317, 328, und BGH StraFo 2006, 459, 460).

241. BGH 1 StR 627/09 – Beschluss vom 23. Februar 2010 (LG Baden-Baden)

Verbindung nach den §§ 4 und 5 StPO.
§ 4 StPO; § 5 StPO

1. Nach den §§ 4, 5 StPO können zusammenhängende Strafsachen (§ 2 StPO), von denen die eine im ersten Rechtszug beim Amtsgericht und die andere im ersten Rechtszug beim Landgericht anhängig ist, durch die Strafkammer miteinander verbunden werden (vgl. BGHSt 22, 185, 186).

2. Nach § 4 Abs. 2 Satz 2 StPO ist das gemeinschaftliche obere Gericht nur dann für den Beschluss über die Verbindung der Strafsachen zuständig, wenn die Voraussetzungen von § 4 Abs. 2 Satz 1 StPO nicht gegeben sind (vgl. BGHR StPO § 4 Verbindung 9 und 12).

286. BGH 3 StR 336/08 – Beschluss vom 4. November 2008 (LG Oldenburg)

Strafschärfende Berücksichtigung zulässigen Verteidigerungsverhaltens (Rechtskraft des Schuldspruchs); keine rechtsstaatswidrige Verfahrensverzögerung bei vorrangiger Bearbeitung von Haftsachen über neun Monate.

Art. 6 Abs. 1 EMRK; Art. 20 Abs. 3 GG; § 46 StGB

Es ist auch dann unzulässig, das Verteidigerverhalten eines Angeklagten zu dessen Nachteil zu verwerten, wenn der Schuldspruch bereits rechtskräftig und nur noch über die Strafe zu befinden ist.

257. BGH 2 StR 427/09 – Urteil vom 3. März 2010 (LG Fulda)

Anforderungen an die Darstellung eines Freispruchs.
§ 267 Abs. 5 StPO

Spricht der Tatrichter einen Angeklagten frei, weil er Zweifel an seiner Täterschaft nicht zu überwinden vermag, so ist dies durch das Revisionsgericht in der Regel hinzunehmen. Der Beurteilung durch das Revisionsgericht unterliegt insoweit nur, ob dem Tatrichter bei der Beweiswürdigung Rechtsfehler unterlaufen sind. Das ist dann der Fall, wenn die Beweiswürdigung widersprüchlich, unklar oder lückenhaft ist, bzw. gegen Denkgesetze oder gesicherte Erfahrungssätze verstößt (vgl. BGHR StPO § 261 Beweiswürdigung 16 m.w.N.). Insbesondere sind die Beweise auch erschöpfend zu würdigen (BGHSt 29, 18, 20). Ist die Beweislage schwierig und hängt die Entscheidung im Wesentlichen davon ab, ob das Gericht den Angaben des potentiellen Opfers einer Sexualstraftat oder dem Angeklagten folgt, müssen die Urteilsgründe erkennen lassen, dass der Tatrichter alle Umstände, welche die Entscheidung beeinflussen können, erkannt und in seine Überlegungen einbezogen hat (BGHR StPO § 261 Beweiswürdigung 13, 14). Dies gilt insbesondere dann, wenn die einzige Belastungszeugin in der Hauptverhandlung ihre Vorwürfe im Wesentlichen nicht mehr aufrechterhält (BGHSt 44, 153, 159; 256; BGH NSTZ-RR 2008, 254).

Rechtsprechung

V. Wirtschaftsstrafrecht und Nebengebiete

254. BGH 2 StR 368/09 – Urteil vom 3. Februar 2010 (LG Darmstadt)

Beihilfe zum unerlaubten Handeltreiben mit Betäubungsmitteln und zur Einfuhr von Betäubungsmitteln (straflose versuchte Beihilfe).
§ 29 BtMG; § 27 StGB

1. Allein die Sicherstellung der Betäubungsmittel, hinsichtlich derer in Deutschland ein Handeltreiben begangen wird, führt nicht zur Beendigung des Handeltreibens. Zwar kommt der Warenfluss durch die Sicherstellung objektiv und auch endgültig zur Ruhe. Ist dies aber den Käufern des Rauschgifts als Empfänger der Lieferung

nicht bekannt und bemühen sie sich weiter darum, in den Besitz der bestellten Ware zu gelangen, entfalten sie damit eine eigennützige auf den Umsatz von Betäubungsmitteln gerichtete Tätigkeit.

2. Hierzu ist auch eine Beihilfe möglich. Dafür muss der Gehilfe die auf die Erlangung der Betäubungsmittel gerichteten Bemühungen der Drogenkäufer erleichtern oder fördern. So wie das strafrechtliche Verhalten des Haupttäters den tatsächlichen Umsatzerfolg nicht zu umschließen braucht, weil das hierauf abzielende Verhalten genügt, reicht es für den Gehilfen aus, dass er dieses auf Erfolg abzielende Verhalten unterstützt (vgl. BGH

NJW 1994, 2162; NJW 2008, 2276; anders der 5. Strafsenat, NStZ 2008, 465 f. für den Sonderfall der Unterstützung einer nach Sicherstellung der Betäubungsmittel von den Ermittlungsbehörden angeschobenen und lediglich zum Schein vereinbarten Geldübergabe).

244. BGH 1 StR 635/09 – Urteil vom 2. Februar 2010 (LG Hagen)

Steuerhinterziehung und Steuerhhelei (Steuerschuldnerschaft; Zigarettenschmuggel; Empfänger); Aufrechterhaltung der übrigen Einzelstrafen.

§ 370 AO; § 374 AO; Art. 40 Zollkodex; § 12 Abs. 1 TabStG; § 19 Satz 2, Satz 3 TabStG; § 71 AO; § 354 StPO; § 154 StPO; § 154a StPO

1. Gemäß § 19 Satz 1 TabStG knüpft das Entstehen der Tabaksteuerschuld an das Verbringen oder Versenden der Tabakwaren aus einem anderen Mitgliedstaat in das Steuergebiet der Bundesrepublik Deutschland an. Aus dem Wortlaut und der Systematik der Vorschrift ergibt sich, dass als weiterer Steuerschuldner neben dem Verbringer und dem Versender allein derjenige „Empfänger“ der Ware in Betracht kommt, der im Rahmen des Verbringungs- bzw. Versandvorgangs selbst den Besitz an den Tabakwaren erlangt. Dies bestimmt sich nach den Umständen des Einzelfalls. Empfänger im Sinne dieser Vorschrift kann aber nicht mehr sein, wer den Besitz an den Tabakwaren erst dann erlangt, wenn der Verbringungs- bzw. Versandvorgang bereits beendet ist. Beendigung in diesem Sinne ist – ebenso wie z.B. bei der Einfuhr i.S.v. § 21 Satz 1 TabStG – dann gegeben, wenn die Tabakwaren in Sicherheit gebracht und „zur Ruhe gekommen“ sind (vgl. insoweit für Fälle der Einfuhr BGHSt 3, 40, 44; BGH wistra 2007, 262; 2000, 425). Dies ist auch beim Verbringen oder Versenden i.S.v. § 19 Satz 1 TabStG erst dann der Fall, wenn die Tabakwaren

die „gefährliche“ Phase des Grenzübertretts passiert haben und der Verbringer bzw. Versender sein Unternehmen insgesamt erfolgreich abgeschlossen hat (vgl. BGH aaO). In der Regel wird das Verbringen oder Versenden erst dann beendet sein, wenn die Tabakwaren ihren Bestimmungsort erreicht haben (vgl. auch BGH NStZ 2007, 590, 592; wistra 2000, 425).

2. Bei der Bemessung steuerstrafrechtlicher Rechtsfolgen ist im Blick zu behalten, dass das gemeinschaftsrechtliche Verbrauchsteuersystem davon ausgeht, dass verbrauchsteuerpflichtige Waren im Ergebnis grundsätzlich nicht mit den Verbrauchsteuern mehrerer Mitgliedstaaten belastet sein sollen. Das Gemeinschaftsrecht sieht deshalb die Möglichkeit der Erstattung von in anderen Mitgliedstaaten entstandenen und auch erhobenen Verbrauchsteuern vor (vgl. Art. 7 Abs. 6 und Art. 22 Abs. 3 der Richtlinie Nr. 92/12/EWG des Rates vom 25. Februar 1992 über das allgemeine System, den Besitz, die Beförderung und die Kontrolle verbrauchsteuerpflichtiger Waren [ABl. EG Nr. L 76/1 – „Verbrauchsteuer-Systemrichtlinie“] sowie Art. 33 Abs. 6 der Richtlinie 2008/118/EG des Rates vom 16. Dezember 2008 über das allgemeine Verbrauchsteuersystem und zur Aufhebung der Richtlinie 92/12/EWG sowie die dortigen Erwägungsgründe Nr. 12, 30 und 31; ABl. EU 2009 Nr. L 9/12). Vor diesem Hintergrund liegt es nahe, in zukünftigen, dem vorliegenden Fall vergleichbaren Fällen der Steuerhhelei oder Steuerhinterziehung die Strafverfolgung hinsichtlich der verkürzten Abgaben gemäß §§ 154, 154a StPO auf die bei der Einfuhr in einen anderen Mitgliedstaat hinterzogenen Einfuhrabgaben Zoll und Einfuhrumsatzsteuer sowie die bei dem Verbringen in das deutsche Verbrauchsteuergebiet hinterzogene deutsche Tabaksteuer zu beschränken.

„Nie sollst du mich befragen“ – Zur Behandlung des Rechts zur Konfrontation mitbeschuldigter Belastungszeugen (Art. 6 Abs. 3 lit. d EMRK) durch den BGH

Zugleich Besprechung von BGH 4 StR 461/08 – Beschluss vom 9. Juni 2009, HRRS 2009 Nr. 803 und EGMR HRRS 2009 Nr. 459.

Von Assessor Jan Dehne-Niemann, Heidelberg/Freiburg i.Br.*

I. Sachverhalt und Entscheidungsinhalt

Dem BGH lag der folgende Verfahrenssachverhalt zur Entscheidung vor: Das Landgericht hat den Angeklagten (im Folgenden: A.) u.a. wegen schweren räuberischen Diebstahls, räuberischen Angriffs auf Kraftfahrer sowie wegen schweren Raubes zu einer Gesamtfreiheitsstrafe von zwölf Jahren verurteilt. Während des Verfahrens konnte A. seinen Mitangeklagten K., der in der Hauptverhandlung den Revisionsführer belastet hatte, nicht durch seinen Verteidiger (§ 240 Abs. 2 S. 2 StPO) befragen lassen, weil K. gegenüber dem Verteidiger des A. wie auch gegenüber dem Verteidiger eines Mitangeklagten von seinem Recht auf Selbstbelastungsfreiheit Gebrauch gemacht hatte. Das LG Berlin verwertete die Angaben des Mitangeklagten K. zu Lasten des A. In welcher Weise die Verwertung geschah – ob sich K. vor Gericht (ggf. nur über seinen Verteidiger) geständig eingelassen oder ob er nur im Ermittlungsverfahren gestanden hatte und dann in der Hauptverhandlung das Geständnisprotokoll nach § 254 StPO verlesen worden war¹ –, teilt der BGH nicht mit.

A. stützte die Verfahrensrüge in der Revision auf eine Verletzung des Konfrontationsrechts aus Art. 6 Abs. 3 lit. d EMRK. Das Tatgericht habe unter Hinweis auf die besondere Bedeutung des Befragungsrechts der Verteidiger der anderen Angeklagten an den Mitangeklagten K.

appellieren müssen, deren Fragen zu beantworten, nachdem dieser durch seinen Verteidiger hatte erklären lassen, Fragen der anderen Verteidiger nicht beantworten zu wollen. Jedenfalls sei es der Kammer verwehrt gewesen, die den A. belastenden Angaben des Mitangeklagten K. im Rahmen der Beweiswürdigung zu berücksichtigen, weshalb das Tatgericht mit der Einbeziehung der belastenden Aussagen des K. gegen § 261 StPO verstoßen habe. Dem folgte der 4. Strafsenat des BGH nicht, vielmehr verwarf er die Revision des R und führte aus, zwar habe der Verteidiger des R nicht das von Art. 6 Abs. 3 lit. d EMRK geschützte Fragerecht ausüben können, weil K. die Fragen – was nach Meinung des BGH zulässig war – nicht beantworten wollte. Doch stehe dies „der Verwertung der Angaben des Mitangeklagten K. nicht entgegen“, weil der BGH „das Verfahren in seiner Gesamtheit einschließlich der Art und Weise der Beweiserhebung und -würdigung“ für fair hielt², sei es doch nicht der Justiz anzulasten, dass A. bzw. dessen Verteidiger keine Gelegenheit zur konfrontativen Befragung des K. hatte: Über das „verfassungsrechtlich durch die gemäß Art. 1, 2 Abs. 1 GG garantierten Grundrechte auf Achtung der Menschenwürde sowie der freien Entfaltung der Persönlichkeit“ abgesicherte und „zum Kernbereich des von Art. 6 EMRK garantierten Rechts auf ein faires Strafverfahren“ gehörende Recht auf Selbstbelastungsfreiheit des K. zu Recht habe sich die Kammer nicht hinwegsetzen dürfen und, weil eine Verpflichtung, (rechtlich) Unmögliches zu leisten nicht existiere, es auch nicht müssen.³ Jedenfalls weil der Verteidiger des Mitangeklagten K. in der Hauptverhandlung mitgeteilt habe, sein Mandant habe „von vornherein“ nicht vorgehabt, sich durch die Verteidiger der anderen Angeklagten befragen zu lassen, sei es auch nicht zu beanstanden, dass die Kammer nicht weiter auf den belastenden Mitangeklagten K. eingewirkt habe. Die danach noch vorliegende, nicht der Justiz anzulastende und auf einem sachlichen Grund – nämlich auf

* Für ihre wertvolle Hilfe bei der Literaturbesorgung gilt der Dank des Verfassers den stud. iur. Anne Huhn, Christian Lüninghöner, Sarah Johanna Horn und Alexander Schiff.

¹ Was nach herrschender Meinung die Verwertung des Inhalts des Geständnisses des K. auch gegen A. nicht hindern soll, sofern es dabei um die dem Geständigen vorgeworfene Tat geht und die dabei relevanten Tatsachen mit dem Anklagevorwurf gegen A. in einem inneren Zusammenhang stehen; vgl. BGHSt 3, 149, 153; Diemer, in: Karlsruher Kommentar zur Strafprozessordnung, 6. Aufl. (2008), § 254 Rn. 8.

² BGH HRRS 2009 Nr. 803 Rn. 3.

³ BGH HRRS 2009 Nr. 803 Rn. 4 f.

dem Schweigerecht des K. – beruhende „Nichtgewährung des Konfrontationsrechts“ des A. habe „das Landgericht im Übrigen ... im Rahmen der Beweiswürdigung ausreichend kompensiert.“⁴

Die Problematik des entschiedenen Sachverhalts liegt in der Behandlung des Konfrontationsrechts durch den BGH, die in der Sache auf eine Versagung des Konfrontationsrechts hinausläuft; dies nicht etwa schon deshalb, weil der Revisionsführer A. nicht befragen konnte (Primärebene der Beweiserhebung), sondern vielmehr erst wegen der Konsequenzen der fehlenden Befragungsmöglichkeit (Sekundärebene der Beweisverwertung). Indem der Senat in seiner – mit Blick auf die Schilderung des Verfahrenssachverhalts und auf die Begründung – eigentümlich schwachen Entscheidung eine Verurteilung des A. aufgrund einer unkonfrontierten Aussage des K. für möglich gehalten hat und nur eine „Kompensation“ mittels einer besonders sorgfältigen Beweiswürdigung (Tertiärebene der Beweiswürdigung) angenommen hat, hat er gegen Art. 6 Abs. 3 lit. d EMRK verstoßen.

II. Hintergrund der Revision: Das Konfrontationsrecht aus Art. 6 Abs. 3 lit. d EMRK

1. Der konventionsrechtliche Zeugenbegriff und der Gewährleistungsgehalt des Art. 6 Abs. 3 lit. d EMRK: Examinationsrecht auch gegenüber Mitangeklagten

Von grundsätzlichem Interesse ist die Entscheidung zunächst schon deshalb, weil der BGH die Vorschrift des Art. 6 Abs. 3 lit. d EMRK für in personaler Hinsicht auf K. anwendbar hält und die die Berufung des K auf das Zeugenkonfrontationsrecht nicht schon daran scheitern lässt, dass es sich bei K., den der Verteidiger des A. vergeblich zu befragen trachtete, nicht um einen Zeugen im Sinne der Vorschriften der StPO handelt, sondern um einen (Mit-)Beschuldigten, der nach deutschem Strafprozessrecht nicht zugleich Zeuge sein kann. Der BGH hatte in seiner früheren Rechtsprechung den Zeugenbegriff des Art. 6 Abs. 3 lit. d EMRK (angesichts Art. 31 WVRK höchst bedenklich⁵) im Lichte des nationalen Zeugenbegriffs ausgelegt⁶ und lange Zeit mit prinzipieller Billigung des BVerfG⁷ aus Art. 6 Abs. 3 lit. d EMRK ein „Fragerecht nur bei Fragen an den Belastungszeugen und nicht bei solchen an den Mitbeschuldigten“ abgeleitet.⁸ Demgegenüber vertritt der EGMR zu Art. 6 Abs. 3 lit. d EMRK bekanntlich einen konventionsrechtlich-eigenständigen Zeugenbegriff, den die deutsche Rechtsprechung – nach

langem Zögern und bis in die jüngste Zukunft nur halberzig – übernommen hat. Zeuge ist danach jeder, dessen Aussage durch das Gericht in die Urteilsfindung einbezogen wird,⁹ namentlich also auch ein Mitbeschuldigter.¹⁰ Dass der dem angelsächsischen Parteiprozess entstammende, sich eigentlich an eine adversatorische Verfahrensstruktur¹¹ anlehrende konventionsrechtliche Zeugenbegriff auch für das reformierte Inquisitionsprozessrechtssystem der deutschen StPO gilt und sich diese Erkenntnis auch am BGH durchzusetzen beginnt, kann als erfreulicher Aspekt der Entscheidung verbucht werden; eine Selbstverständlichkeit ist es nicht, hatte doch zuletzt der 1. Strafsenat des BGH in einer Art „Restabild“ der früheren formalen Deutung des Zeugenbegriffs eine analoge Anwendung des § 168c Abs. 1, 2 StPO auf die Vernehmung eines Mitbeschuldigten abgelehnt und deshalb einen Verstoß gegen die Benachrichtigungspflicht aus § 168 Abs. 5 S. 1 StPO verneint¹² – angesichts der von Art. 6 Abs. 3 lit. d EMRK bezweckten Gleichstellung von Mitbeschuldigten und von Zeugen im formellen Sinne gewiss ein konventionsrechtlich unhaltbarer Standpunkt.¹³

Art. 6 Abs. 3 lit. d EMRK gewährleistet das Recht, Fragen an Zeugen zu stellen und – anders als die deutsche Übersetzung es nahelegt – im Sinne voller Waffengleichheit auch die konfrontative Überprüfung („Examinierung“) der Aussage eines Belastungszeugen;¹⁴ es geht um ein

⁹ EGMR *Kostovski v. Niederlande* Urteil vom 20. November 1989, § 40; *Asch v. Österreich*, Urteil vom 26. April 1991, § 25 = EuGRZ 1992, 474 = ÖJZ 1991, 517; *Artner v. Österreich*, Urteil vom 28. August 1992, § 19 = EuGRZ 1992, 476; *Haas v. Deutschland*, Entscheidung vom 17. November 2005, JR 2006, 289 m. Anm. *Gaede* = NStZ 2007, 103, 104 m. Anm. *Esser*.

¹⁰ EGMR *Isgro v. Italien*, Urteil vom 19. Februar 1991, § 33; *Lucà v. Italien*, Urteil vom 27. Februar 2001, §§ 41 ff. = HRRS 2006 Nr. 62; *Kostovski v. Niederlande* (Fn. 9), § 40 = StV 1990, 481, 482; *Asch v. Österreich* (Fn. 9), § 25; *Craxi v. Italien*, Urteil vom 5. Dezember 2002, § 86; so nunmehr auch die deutsche Strafrechtsprechung, vgl. BGH HRRS 2009 Nr. 803 Rn. 3; BGH JR 2005, 247, 248 m. Anm. *Esser*; vgl. auch *Renzikowski*, in: *Renzikowski* (Hrsg.), *Die EMRK im Privat-, Straf- und Öffentlichen Recht* (2004), S. 97, 102 f.; *Sommer StraFo* 2002, 309, 312; *Walther* HRRS 2004, 310, 312. – Vor dem Hintergrund eines so verstandenen Art. 6 Abs. 3 lit. d EMRK ist der Ausschluss des *Angeklagtenkonfrontationsrechts* gegenüber Mitbeschuldigten nach § 240 Abs. 2 StPO (entgegen BVerfG NJW 1996, 3408) nicht zu halten, vgl. *Renzikowski*, in: *Festschrift für Mehle* (2009), S. 529, 533.

¹¹ Zur adversatorischen Provenienz des Art. 6 Abs. 3 lit. d EMRK im Kontext der hier interessierenden unterschiedlichen Begriffsdeutung näher *Gaede*, in: HRRS-Festgabe für Gerhard Fezer, 2008, S. 21, 24 f.

¹² BGH NStZ 2009, 345 m. Anm. *Fezer* NStZ 2009, 524 = JR 2009, 300 m. Anm. *Kudlich*.

¹³ Vgl. *Gless* NStZ 2010, 98, 99, wo indes nicht deutlich genug hervorgehoben wird, dass es angesichts Art. 6 Abs. 3 lit. d EMRK und der gebotenen konventionsfreundlichen Auslegung des § 168c Abs. 1, 2 StPO auf die von der Rechtsprechung bisher abgelehnte Analogiefähigkeit (vgl. BGHSt 42, 391, 396 f.) der Vorschrift gar nicht ankommt.

¹⁴ EGMR *Unterpertinger v. Österreich*, Urteil vom 24. November 1986, § 31 = NJW 1987, 3068; EGMR *Lucà v. Italien* (Fn. 10), § 39 ff. = HRRS 2006 Nr. 62; eingehend *Walther* GA 2003, 204, 212 ff., die das Konfrontationsrecht jedoch im Anspruch des Beschuldigten auf rechtliches Gehör

⁴ BGH HRRS 2009 Nr. 803 Rn. 7 f.

⁵ *Renzikowski*, in: *Festschrift für Mehle* (2009), S. 529, 533.

⁶ Beispielsweise beim Verdeckten Ermittler hatte der BGH zunächst nur dem Zeugen vom Hörensagen den Status eines Belastungszeugen zugebilligt, vgl. BGHSt 17, 382, 383; BGH StV 1991, 100, 101.

⁷ BVerfG NJW 2007, 204.

⁸ So BGH StV 2002, 584 m. krit. Anm. *Wohlers*; zuvor schon BGHSt 42, 391 m. abl. Anm. *Fezer* JZ 1997, 1019; OLG Düsseldorf StV 2003, 488.

Recht auf „Infragestellung“.¹⁵ Deshalb – das sei nur um der Vermeidung übersetzungsbedingter Missverständnisse erwähnt – lässt sich das Problem der fehlenden Konfrontationsmöglichkeit des K. nicht etwa dadurch aus der Welt räumen, dass man sophistisch darauf verweist, der Verteidiger des Angeklagten habe ja Fragen stellen können und nur keine Antworten erhalten.¹⁶ Art. 6 Abs. 3 lit. d EMRK möchte dem Angeklagten die Möglichkeit gewähren, den Nachweis einer falschen Beschuldigung durch den Belastungszeugen zu führen, „die Glaubwürdigkeit (des Belastungszeugen) auf die Probe zu stellen, Ergänzungen zu den bereits vorliegenden Informationen zu verlangen, mit dem Ziel der vollständigen Tatsachenaufklärung“,¹⁷ weshalb Art. 6 Abs. 3 lit. d EMRK auch verlangt, dass der Beschuldigte bzw. sein Verteidiger (§ 240 Abs. 2 S. 2 StPO) examinationsfähige Antworten auf seine Fragen im Wege unmittelbarer Wahrnehmung erhält, andernfalls der Angeklagte ja keine Möglichkeit hat „darzutun, dass die Person (scil. der Zeuge, J.D.-N.) voreingenommen, feindselig oder ungläubwürdig sei“.¹⁸ Angesichts dieser rechtlichen Ausgangslage hätte daher der Beschuldigte A. in strikter Anwendung des Art. 6 Abs. 3 lit. d EMRK „im Prinzip“ auch die Überprüfung des vom Mitangeklagten K. vorgebrachten belastenden Tatsachenmaterials durch Beantwortung der von seinem Verteidiger an K. gerichteten Fragen verlangen können.

2. Der Konflikt zwischen dem Konfrontationsrecht des Beschuldigten und dem Schweigerecht des Mitbeschuldigten

Dem Anspruch des A. auf Examination des Mitbeschuldigten K. standen jedoch dessen Recht auf Selbstbelastungsfreiheit und das damit verbundene Schweigerecht entgegen, die zum Kernbereich des von Art. 6 Abs. 1 EMRK garantierten fairen Strafverfahrens gehören.¹⁹ Die Bedeutung dieser Rechte des K. hat der BGH derart ausführlich hervorgehoben, dass es einem oberflächlichen Leser scheinen mag, streitbefangen sei nicht das Konfrontationsrecht des A., sondern das Schweigerecht des K. Allerdings hat der 4. Strafsenat damit glatt das Thema verfehlt, denn dem Revisionsführer A. war es ja nicht darum zu tun, den beschriebenen Konflikt zwischen seinem Konfrontationsrecht aus Art. 6 Abs. 3 lit. d EMRK und dem Recht des K., (auch teilweise) zu den Vorwürfen zu schweigen, einseitig zulasten des Schwei-

gerechts zu lösen; soweit ersichtlich, möchte auch dann niemand einem Beschuldigten das (Teil-)Schweigerecht nehmen, wenn dieser nur gegen einen Mitbeschuldigten aussagt und im Übrigen schweigt. In der Praxis dürften diese Konstellationen, nebenbei bemerkt, hauptsächlich dann auftreten, wenn mit einem oder mehreren Beschuldigten eine Verständigung (eine „Absprache“, ein „Deal“) zustande kommt und sich diese Beschuldigten dann geständig und in einer die übrigen Mitbeschuldigten belastenden Weise einlassen, die übrigen Beschuldigte sich aber an der Absprache nicht beteiligen und schweigen oder gar bestreiten. Ob auch das den A. mitbelastende Geständnis des K. aufgrund einer Verständigung zustande kam, teilt der BGH nicht mit; für die Auflösung der Kollision zwischen Schweigerecht und Konfrontationsrecht ist es ohne Bedeutung.

Es fällt auf, dass der BGH mit der Begründung des Schweigerechts des Mitbeschuldigten K. zugleich offensichtlich die Beeinträchtigung des Konfrontationsrechts des Revisionsführers A. für gleichsam „dem Grunde nach“ gerechtfertigt hält und nur noch floskelhaft die – angebliche – Fairness des Verfahrens „in seiner Gesamtheit“ bemüht (dazu unten III. 1.) und die von ihm für maßgeblichen Kompensationskriterien nennt (unten III. 2. und 3.). Aber die Wahrung des Schweigerechts des K. gibt der Justiz noch kein Recht zum Eingriff in das Konfrontationsrecht des A. Zwar trifft es zu, dass die Beachtung des Schweigerechts des Einen mit einem Eingriff in das Konfrontationsrecht des Anderen notwendig verbunden ist, also – sozusagen auf der Primärebene – in einem gegen mehrere Mitbeschuldigte geführten Strafverfahren immer nur entweder das Schweigerecht des einen oder das Konfrontationsrecht des anderen gewahrt werden kann, wenn einer der Mitbeschuldigten den anderen belastet und auf dessen Fragen im Übrigen schweigt; eine andere, vom BGH nur äußerst cursorisch behandelte Frage ist es jedoch, ob und gegebenenfalls unter welchen zusätzlichen Voraussetzungen die ohne die Möglichkeit einer Konfrontation erlangte belastende Aussage gegen A. – auf der Sekundär- bzw. Tertiärebene – verwertet werden durfte.

Dass die Beachtung der Rechte des Einen noch keine ausreichende Grundlage für eine konfrontationslose Verwertung zulasten des Anderen und damit für eine Versagung des Konfrontationsrechts (auch) auf der Verwertungsebene bietet, erhellt aus Folgendem: Was sich aus Sicht des K. gerade als Schutz einer verfahrensmäßigen Menschenrechtsposition darstellt, wirkt aus der Perspektive des A. als Beeinträchtigung; gegenüber A. hat die Praktizierung des Defensivrechts des K. eine stark offensive Wirkung, weil es seine Verteidigungsmöglichkeiten erheblich einschränkt. Diese Doppelwirkung hoheitlicher Handlungen gegenüber mehreren Verfahrensbeteiligten ist im Strafverfahren nichts Ungewöhnliches. In einem gegen mehrere Beschuldigte geführten Strafverfahren greifen die Strafverfolgungsbehörden in die Grund- oder Menschenrechte mehrerer Personen ein; geraten dabei verschiedene Interessen miteinander in Konflikt, so kann man von einem mehrpoligen Menschenrechtsverhältnis sprechen. In solchen mehrpoligen Menschenrechtsverhältnissen ist der Staat grundsätzlich jeder menschenrechtlichen Gewährleistung verpflichtet, weshalb die Beeinträchtigung jeder einzelnen menschen-

verankert sieht (a.a.O., 219 ff.).

¹⁵ Walther GA 2003, 204, 215; Ambos ZStW 115 (2003), 583, 607 f.

¹⁶ Vgl. bereits BGH JR 1969, 305, 306, wonach das Fragerecht „bis zur Inhaltslosigkeit verkümmert, wenn ... es nicht das ... selbstverständliche ... Recht einbegriffe, auf die Fragen auch Antworten zu bekommen“.

¹⁷ Sondervotum Trechsel zu EGMR Unterpertinger v. Österreich, EuGRZ 1987, 147, 153.

¹⁸ Walther GA 2003, 204, 215.

¹⁹ EGMR Weh v. Österreich, Urteil vom 8. April 2004, JR 2005, 423 m. Anm. Gaede; Murray v. Großbritannien, Urteil vom 8. Februar 1996, § 45; Saunders v. Großbritannien, Urteil vom 17. Dezember 1996, § 68; vgl. ferner Gaede, Fairness als Teilhabe – Das Recht auf konkrete und wirksame Teilhabe durch Verteidigung gemäß Art. 6 EMRK (2007), S. 312 ff.

rechtlichen Gewährleistung nach ihren je eigenen Zulässigkeitsregeln zu beurteilen ist. Die Zulässigkeit der Beschränkung einer menschenrechtlichen Gewährleistung bemisst sich also auch in mehrpoligen Menschenrechtsverhältnissen grundsätzlich nach dem Verhältnis der Menschenrechtseinhabers zum Staat, nicht aber nach dem Verhältnis einzelner Rechteinhaber untereinander.

Daher erwächst – anders als es der BGH anzunehmen scheint – aus dem Individualrecht eines Mitbeschuldigten dem Staat noch kein Eingriffsrecht in die Rechtsposition eines anderen Beschuldigten. In einer solchen Situation darf der Schutz der Rechtsposition des Schweigeberechtigten nicht per se zu einer Beeinträchtigung der Rechtsposition des Konfrontationsberechtigten verwendet werden. Umgekehrt formuliert und auf den vorliegenden Fall gewendet folgt daraus, dass die Beeinträchtigung des Konfrontations- und Fragerechts des A. nicht gottgegeben-schicksalhaft als unausweichliche Begleiterscheinung des Schweigerechts des K. akzeptiert werden kann. Dies muss umso mehr gelten, als die strikte Beachtung beider konventionsrechtlicher Gewährleistungen – des Konfrontations- und Fragerechts (auf der sekundären Beweiswertungsebene) einerseits, des Schweigerechts (auf der Primärebene) andererseits – im vorliegenden Strafverfahren möglich gewesen wäre, also keine Notwendigkeit bestand, beide konventionsrechtliche Garantien – und damit letztlich auch die Interessen beider Beschuldigter – gegeneinander auszuspielen. Die Beeinträchtigung des Fragerechts auf der Primärebene durch das nicht zu beseitigende Schweigerecht auf der Primärebene wäre nämlich auf der Sekundärebene durch die Annahme eines Beweisverwertungsverbotes auszugleichen gewesen (unten III. 3.).

III. Kritik der Entscheidung BGH HRRS 2009 Nr. 803

Dass die Beeinträchtigung des Fragerechts nicht ohne weiteres einseitig zugunsten des Schweigerechts aufgelöst werden kann, ist dem 4. Senat denn auch nicht entgangen. Seiner Apologie des Schweigerechts des K. hat er in wenigen dürren Worten die Paraphrase hinzugefügt, die „Nichtgewährung des Konfrontationsrechts, die aus den vorgenannten Gründen (scil. wegen des Schweigerechts des K., J.D.-N.) auf einem relevanten Grund“ beruhe, habe „das Landgericht im Übrigen, wie der Generalbundesanwalt im Einzelnen zutreffend dargelegt hat, im Rahmen der Beweiswürdigung ausreichend kompensiert.“²⁰ Sie stehe „der Verwertung der Angaben des Mitangeklagten K. nicht entgegen, weil das Verfahren in seiner Gesamtheit einschließlich der Art und Weise der Beweiserhebung und -würdigung fair war.“²¹

Diese Sätze sind bei näherem Zusehen in mehrfacher Hinsicht rechtlich problematisch: Zum einen offenbart der Senat ein durch die „Gesamtbetrachtungsrechtsprechung“ des EGMR nicht gedecktes und auch inhaltlich unzutreffendes Verständnis der Verhältnisse des Art. 6 Abs. 1 und Abs. 3 lit. d EMRK und kommt so zur Verwertbarkeit von Zeugenaussagen, die Teil eines – nach

welchen Kriterien auch immer – „in seiner Gesamtheit fairen“ Verfahrensablaufs sein sollen (sogleich 1.). Zweitens wird man bezweifeln dürfen, dass der BGH – selbst wenn man den von ihm angelegten, unangebracht verengten Prüfungsmaßstab akzeptieren und die Prüfung mit dem BGH sozusagen durch die Brille des EGMR fortsetzen wollte – die Kriterien der Gesamtbetrachtung richtig verstanden und zutreffend angewandt hat (unten 2.). Und schließlich wird – zumal im hier streitbefangenen Bereich der Verwertung von belastenden Aussagen eines *Mitangeklagten* – als Konsequenz der fehlenden Befragungs- und Konfrontationsmöglichkeit auf der Primärebene einzig ein Beweisverwertungsverbot auf der Sekundärebene der sachlichen Problematik gerecht (unten 3.).

1. Die Bezugnahme des BGH auf die „Gesamtbetrachtungsrechtsprechung“ des EGMR

Hinter der kryptischen Bezugnahme des 4. Senats auf die „Gesamtheit“ des „einschließlich der Art und Weise der Beweiserhebung und -würdigung“ fairen Verfahrens steckt eine weit verbreitete Deutung der Rechtsprechung des EGMR, wonach es sich bei den Gewährleistungen des Art. 6 Abs. 3 EMRK um unselbständige Ausprägungen der allgemeinen Verfahrensfairness nach Art. 6 Abs. 1 EMRK handele,²² weshalb die Verletzung des Art. 6 Abs. 3 lit. d EMRK unter dem Vorbehalt der Verletzung des „Gesamtrechts“ nach Abs. 1 stehe. Bei einem solchen Verständnis des Art. 6 Abs. 3 lit. d EMRK als einem unselbständigen Teilrecht des Art. 6 Abs. 1 EMRK ließen sich eventuelle Versäumnisse bei der Gewährung des Konfrontationsrechts im Rahmen einer die Gesamtfairness betreffenden Abwägung durch ausgleichende Maßnahmen („counterbalancing measures“) kompensieren. Doch erstens trifft diese Deutung der Rechtsprechung des EGMR nicht zu (sogleich a)), zweitens wäre sie, selbst wenn sie der Position des EGMR entspräche, kaum sachgerecht (unten b)), und drittens hat der BGH offensichtlich ein Judikat des EGMR aus jüngster Zeit übersehen, mit dem möglicherweise der Anfang vom Ende der „Gesamtbetrachtungsdoktrin“ eingeläutet worden ist (unten c)).

a) Die Bedeutung der Gesamtbetrachtungsrechtsprechung des EGMR

Einem zu einem Kategorienfehler führenden Missverständnis ist der BGH zunächst dort erlegen, wo er davon auszugehen, dass der EGMR mit dem Erfordernis eines im Ganzen unfair verlaufenen Verfahrens *inhaltlich-materielle* Abstriche an die Feststellung eines Verstoßes gegen die Gewährleistung des Art. 6 Abs. 3 lit. d EMRK machen möchte. In Wahrheit resultiert die Gesamtbetrachtung, die der EGMR bei der Feststellung eines Verstoßes gegen Art. 6 Abs. 3 lit. d EMRK vornimmt, nämlich nicht aus

²⁰ BGH HRRS 2009 Nr. 803 Rn. 8.

²¹ BGH HRRS 2009 Nr. 803 Rn. 3.

²² Vgl. etwa EGMR V. v. Finnland, Urteil vom 24. April 2007, § 73 („specific aspects“); *Ambos*, Internationales Strafrecht, 2. Aufl. (2008), S. 368 („Bestandteile“); *Meyer-Ladewig*, Europäische Menschenrechtskonvention, 2. Aufl. (2006), Art. 6 Rn. 88 („Ausprägungen“ des Fairnessgrundsatzes).

einem bestimmten systematischen Verständnis des Verhältnisses der Absätze 1 und 3, sondern daraus, dass sich der EGMR nur in einem möglichst geringen Maße in die Besonderheiten der nationalen verfassungsstaatlichen Rechtsordnungen einmischte. Der dabei praktizierte *judicial self restraint* soll also gerade keine Relativierung der ausdrücklich gewährleisteten Konfrontationsmöglichkeit bewirken, sondern trägt nur dem Umstand Rechnung, dass der EGMR nicht – ähnlich wie auf nationaler Ebene das BVerfG nur spezifische Verfassungsrechtsverletzungen prüft – nicht die Anwendung nationalen Prozessrechts kontrolliert, sondern ausschließlich die Beachtung der Konventionsgarantien überwacht und nicht zu einer Superrevisionsinstanz werden möchte.²³ Besonders deutlich hat der EGMR dies in seiner Entscheidung im Fall Haas betont:

„Die Zulässigkeit von Beweismitteln muss in erster Linie durch staatliches Recht geregelt werden, und es ist grundsätzlich Aufgabe der staatlichen Gerichte, die ihnen vorliegenden Beweise zu würdigen. Aufgabe des Gerichtshofs ist es festzustellen, ob das Verfahren insgesamt, einschließlich des Beweisverfahrens, fair war.“²⁴

Diese (im Beweisrecht mittlerweile wohl überholte, s.u. c.) Zurückhaltung des EGMR ist in der Literatur Gegenstand heftiger Kritik; man wirft dem Gerichtshof mit einiger Berechtigung vor, die Verletzung von Konventionsrechten zu tolerieren, obwohl der EGMR zur Wahrung derselben gerade berufen sei.²⁵ Auch sei die Propagierung einer „Gesamtfairness“ maßstabslos, vermöge dem Rechtsanwender keine Leitlinie vorzugeben²⁶ und führe zu einem Bedeutungsverlust des Art. 6 EMRK.²⁷ Ferner entspreche das Paradigma der Entscheidungs- und Deutungshoheit der Mitgliedstaaten über die Auslegung, Anwendung und Umsetzung des Art. 6 EMRK in der Rechtsprechung des EGMR ohnehin nur einer „general rule“,²⁸ einem allgemeinen Grundsatz, von der der Gerichtshof in den verschiedensten Fällen ad libitum abgewichen ist: Zunehmend – das ist insbesondere für das im vorliegenden Fall streitbefangene Konfrontationsrecht bedeutsam – verzichte der EGMR auf eine nur allgemeine

Gesichtspunkte der Verfahrensfairness überprüfende zurückhaltende Einzelfallrechtsprechung zu einzelnen Teilrechten des Art. 6 Abs. 3 EMRK. In diesem Bereich nehme der EGMR seine „supervisory role“ also zunehmend ernster – gerade bei der Beurteilung der Anwendung nationalen Beweisrechts schaue der EGMR mitunter sehr konkret hin,²⁹ habe damit sein Postulat, wonach Art. 6 EMRK den Mitgliedstaaten keine Vorgaben im Einzelnen mache, längst partiell durchbrochen und zum Teil recht detaillierte Vorgaben gesetzt, unter welchen Voraussetzungen sich die Verwertung einer unkonfrontierten Zeugenaussage als „insgesamt unfair“ darstellt.³⁰ Der Topos der verfassungsstaatlichen Verfahrenshoheit entpuppe sich damit als Feigenblatt, hinter das sich der EGMR in bestimmten Fällen nach Belieben zurückziehen könne³¹ und das den Topos von der „Gesamtverfahrensfairness“ insgesamt in Frage stelle.

Ungeachtet all dieser begründeten Kritik des mit der Verfahrensgesamtbetrachtung verbundenen *self restraint*, die an dieser Stelle keiner vertieften Auseinandersetzung bedarf und die die Perspektive und den Prüfungsmaßstab ausschließlich des EGMR betrifft, sich aber erst recht gegen die vom BGH betriebene materielle Relativierung des Konfrontationsrechts in Stellung bringen lässt, kann festgehalten werden, dass – was für den vom BGH entschiedenen Verfahrenssachverhalt entscheidend ist – der dogmatische Gehalt der Gesamtbetrachtungsdoktrin jedenfalls nur in einem aus dem Charakter des EGMR als des Hüters nur der EMRK resultierenden reduzierten Prüfungsmaßstab besteht. Diese Einordnung der Rechtsprechung des EGMR ist keine beckmesserische Spitzfindigkeit, sondern hat erhebliche Konsequenzen, was die Verpflichtung der nationalen Gerichte zur Überwachung der Frage- und Konfrontationsmöglichkeiten anbelangt: Da die Gesamtbetrachtung nur die Prüfungsdichte des EGMR klarstellt und jedes Gericht die ihm nach seiner Funktion im Rechtssystem zukommende je eigene Perspektive bei der Prüfung des Art. 6 Abs. 3 lit. d EMRK einnehmen muss (Art. 19 Abs. 4 GG), können sich – entgegen der Praxis des BGH – die verfassungsstaatlichen Gerichte einen so großzügigen *self restraint* gerade nicht genehmigen. Für den BGH als nationales Revisionsgericht besteht kein Anlass, diesen zurückgenommenen Prüfungsmaßstab anzulegen; vielmehr muss das Gericht die verfahrensmäßige Einhaltung des Art. 6 Abs. 3 lit. d EMRK vollinhaltlich überprüfen. Deshalb liegt der in der Entscheidung BGH HRRS 2009 Nr. 803 mitschwingenden Ansicht, wonach nur ein insgesamt unfairer Verfahrensablauf eine Verletzung des Art. 6 Abs. 3 lit. d EMRK begründen können soll, eine Stufenkonfusion zugrunde; die inhaltlichen Anforderungen des Art. 6 Abs. 3 lit. d EMRK, die auch den BGH binden, haben mit der nachgelagerten Frage der Überprüfungsstärke durch den EGMR nichts zu tun. Der BGH liegt also falsch, wenn er glaubt, Art. 6 Abs. 3 lit. d EMRK gestatte es ihm *per se*, das

²³ EGMR van Mechelen u.a. v. Niederlande, Urteil vom 23. April 1997, § 50 = StV 1997, 617; A.M. v. Italien, Urteil vom 14. Dezember 1999, § 24; Sadak u.a. v. Türkei, Urteil vom 17. Juli 2001, § 63.

²⁴ EGMR Haas v. Deutschland (Fn. 9), NStZ 2007, 103, 104.

²⁵ Esser, Auf dem Weg zu einem europäischen Strafverfahrensrecht (2002), S. 123.

²⁶ Vgl. Schroeder GA 2003, 293, 295, nach dem „die standardprägende Kraft der Entscheidungen des EGMR erheblich beeinträchtigt“ werde; auch biete die „Gesamtbetrachtung“ den nationalen Gerichten einen guten Grund, „um Vorgaben des EGMR zu unterlaufen“.

²⁷ Kühne/Nash JZ 2000, 996, 997 f.; Gaede StV 2004, 46, 48 f.; ders./Buermeyer HRRS 2008, 279, 283 f.; Walther GA 2003, 204, 218 („Weichspül- und Schleuderprogramm“); Rzepka, Zur Fairness im deutschen Strafverfahren (2000), S. 103 (Verstoß gegen die „Idee“ des Art. 6 EMRK, der nicht Menschenrechte verfahrensmäßig absichere, sondern selbst das zu schützende Menschenrecht darstelle).

²⁸ Vgl. etwa EGMR Dowsett v. Großbritannien, Urteil vom 24. Juni 2003, § 43; zur Bedeutung im Bereich der Übergriffe in den Bereich der Beweiswürdigung vgl. Trechsel AJP 11 (2003), 1366, 1368; Krauß, V-Leute im Strafprozeß und die Europäische Menschenrechtskonvention, 1999, S. 110.

²⁹ So Jung GA 2009, 235, 237 m.w.N. in Fn. 18.

³⁰ Eingehend Gaede, Fairness als Teilhabe (Fn. 19), S. 808 ff., insb. 818: Man könne „nicht davon ausgehen, dass die EMRK den nationalen Prozessordnungen nicht ein fair gestaltetes Beweisrecht abverlangt (Hervorhebung original).“

³¹ Vgl. zu diesem „spirit of minimalism“ auch Ashworth, Human Rights and Serious Crimes (2002), S. 4 f., 94 ff.: „avoiding human rights“.

Konfrontationsrecht als eine Art unverbindlichen Vorschlag der Vertragsstaaten zu behandeln und die Beeinträchtigung des Fragerechts von vornherein unter dem Vorbehalt der Gesamtverfahrensfairness zu würdigen.

b) Das Verhältnis des Art. 6 Abs. 3 lit. d EMRK zu Art. 6 Abs. 1 EMRK – selbständig bedeutsamer oder unselbständiger Bestandteil des Gesamtrechts?

Auch inhaltlich ist – selbst wenn damit die Position des EGMR zutreffend beschrieben wäre (dagegen oben a) – ein Verständnis des Konfrontationsrecht als eines bloß unselbständig-unverbindlichen Bestandteils des in Art. 6 Abs. 1 EMRK garantierten „Gesamtrechts“ auf ein faires Verfahren, welches der BGH für seine Relativierung des Konfrontationsrechts in Anspruch nehmen möchte, sehr zweifelhaft. Zunächst wäre schon die Existenzberechtigung eines in Art. 6 Abs. 3 lit. d EMRK gesondert niedergelegten, aber ex hypothesi gleichwohl unselbständigen Teilrechts kaum zu erklären; denn stünde eine Verletzung des Konfrontationsrechts stets unter dem Vorbehalt der Verletzung des Verfahrensgesamtfairness (wovon der BGH auszugehen scheint³²), so wäre die hervorgehobene Nennung des ersteren in Art. 6 Abs. 3 lit. d EMRK redundant.

Auch jenseits dieses eher formalen Arguments – das genau genommen zu viel belegt, weil mit ihm das integrale Verständnis des Konfrontationsrechts³³ insgesamt in Abrede gestellt werden könnte – spricht nichts dafür, mit dem völlig unbestimmten Topos eines insgesamt „irgendwie fairen“ Verfahrensablaufs an Art. 6 Abs. 3 lit. d EMRK heranzutreten. Die „Gesamtbetrachtungsdoktrin“ muss als reine *Prüfungsmethode* des integralen Teilrechts des Art. 6 Abs. 3 lit. d EMRK begriffen werden,³⁴ so dass aus ihr – entgegen der Praxis der deutschen Rechtsprechung und der Auffassung weiter Teile des Schrifttums – keinerlei Rückschlüsse auf die Einschränkungskriterien gezogen werden können, weil sich allein daraus, dass der EGMR eine Gesamtbetrachtung vornimmt, keine Kriterien für eine Entscheidung in der Sache gewinnen lassen;³⁵ die „Gesamtbetrachtung“ kann nicht ihr eigener Maßstab sein, weil sie als bloßes prozessuales Prüfungskriterium nicht maßstabsbildend fungieren kann. Daher stellt eine Verletzung des Art. 6 Abs. 3 lit. d

EMRK stets (wenn man so will: zugleich, wegen des ausprägenden Charakters des Teilrechts nicht aber nicht zusätzlich) eine Verletzung des Gesamtrechts dar;³⁶ nicht aber lässt sich das Verhältnis umkehren und die Feststellung der Verletzung des Art. 6 Abs. 3 lit. d EMRK unter den Vorbehalt der Verletzung des Gesamtrechts stellen. Mit der Eingliederung der in Art. 6 Abs. 3 EMRK benannten Teilrechte in das Gesamtrecht ist nicht ausgemacht, dass sie nur wegen dieser Eingliederung beschränkt überhaupt werden können und nach welchen Kriterien etwaige Beschränkungen zulässig sind.³⁷ Daraus folgt zugleich, dass über die Einschränkungsbedingungen des Art. 6 Abs. 3 lit. d EMRK aus der spezifischen Bedeutung des Konfrontationsrechts heraus und nicht nach allgemeinen Fairnesserwägungen zu befinden ist.

Vieles deutet darauf hin, dass der Rechtsprechung des EGMR eben dieses Verständnis der integralen Selbständigkeit der Teilrechte aus Art. 6 Abs. 3 EMRK zugrunde liegt; so hat der Gerichtshof in Fällen, in denen ein Konventionsstaat einen Vorbehalt gegen ein Teilrecht des Art. 6 Abs. 3 EMRK eingelegt hatte, gleichwohl auf Art. 6 Abs. 1 EMRK zurückgegriffen und ausgeführt, ein Vorbehalt könne nicht „dahin ausgelegt werden, dass er die Verpflichtung aus Art. 6 Abs. 1 EMRK berührt“.³⁸ Wenn es wegen des Vorbehalts auf die Rechtfertigung des Teilrechts gar nicht ankommt, sondern allein auf die Beeinträchtigung des Gesamtrechts und deren Rechtfertigung, diese aber wieder nach den selben Kriterien zu beurteilen sind wie die Rechtfertigung des Eingriffs in das Konfrontationsrecht, so kann daraus nur gefolgert werden, dass eine Verletzung des Rechts auf Verfahrensfairness aus Art. 6 Abs. 1 EMRK im Anwendungsbereich des Konfrontationsrecht mit einer Verletzung des Art. 6 Abs. 3 lit. d EMRK identisch ist. Ist Art. 6 Abs. 3 lit. d EMRK für sich genommen zwar beeinträchtigt, nicht aber verletzt, so kann sich die Verletzung des Gesamtrechts danach immer noch aus einer sub specie Art. 6 Abs. 1 EMRK insgesamt unfairen Verfahrensgestaltung ergeben, für die die (für sich genommen akzeptable) Beeinträchtigung des Art. 6 Abs. 3 lit. d EMRK nur einen Aspekt von möglicherweise mehreren darstellt.³⁹ Dass der EGMR – ganz unabhängig von den genannten Vorbehaltsfällen – oftmals sogleich das Gesamtrecht auf Verfahrensfairness (Art. 6 Abs. 1 EMRK) prüft und sich nicht weiter mit einer (alleinigen) Prüfung des Art. 6 Abs. 3 lit. d EMRK aufhält, dürfte zum einen auf prüfungsökonomische Erwägungen und zum anderen darauf zurückzuführen sein, dass der EGMR in Verletzungsfällen aus Plausibilitätsgründen und um der höheren Durchschlagskraft seiner Argumente willen alle Gesichtspunkte additiv heranzieht,⁴⁰ mitnichten aber etwa darauf, dass der Gerichtshof die „Gesamtbetrachtung“ als materiales Kompensatorium bei Art. 6 Abs. 1 EMRK verorten würde.

³² BGH HRRS 2009 Nr. 803 Rn. 3: „weil das Verfahren in seiner Gesamtheit einschließlich der Art und Weise der Beweiserhebung und -würdigung fair war“; Rn. 4: „Prüfung, ob insgesamt ein faires Verfahren vorlag“.

³³ Eingehend zur Vorzugswürdigkeit eines integralen, d.h. von einem selbständigen Bestandteil eines Gesamtrechts der Verfahrensfairness ausgehenden Verständnis der Teilrechte des Art. 6 Abs. 3 EMRK *Gaede*, Fairness als Teilhabe (Fn. 19), S. 383 ff.

³⁴ Eingehend *Gaede*, Fairness als Teilhabe (Fn. 19), S. 442 ff., 447 ff.

³⁵ *Wohlens* ZStR 123 (2005), 144, 167 f. – Exemplarisch für die verfehlt „Materialisierung“ der nur heuristisch taugenden Gesamtbetrachtungsdoktrin SK-StPO-*Paeffgen*, Art. 6 EMRK Rn. 83, der die hier interessierende Fallgruppe der belastenden Wirkung unkonfrontierten Schweigens wegen der durchzuführenden Gesamtbetrachtung akzeptieren möchte. Nach welchen sachlichen Kriterien der Verfahrensablauf dabei „gesamtbetrachtet“ wird, bleibt im Dunkeln.

³⁶ *Gaede* JR 2006, 292, 294.

³⁷ Vgl. *Gaede*, Fairness als Teilhabe (Fn. 19), S. 384 ff.

³⁸ Näher dazu *Schaden*, in: Festschrift für Rill (1995), S. 213, 219 ff. m.w.N.

³⁹ Zur sog. Fallgruppe *additiv* begründeter Verletzungen EGMR *Barberà u.a. vs. Spanien*, Urteil vom 6. Dezember 1988, §§ 67 ff.,

89; *Gaede/Buermeyer* HRRS 2008, 279, 283; *Gaede*, Fairness als Teilhabe (Fn. 19), S. 430 f., 447 f.

⁴⁰ *Gaede/Buermeyer* HRRS 2008, 279, 283.

Dafür, dass der EGMR die „Gesamtbetrachtung“ in der Sache als bloßen Oberbegriff einer Prüfungsmethode sieht, spricht schließlich auch, dass er an verschiedene jeweils die Versagung einer Konfrontation betreffende Fallgruppen bisher unterschiedliche Kriterien anlegte, um flexibel auf unterschiedliche Konstellationen reagieren zu können; so folgte etwa die Behandlung unerreichbarer Zeugen gegenüber etwa der unkonfrontierten Zeugenaussagen im Falle staatlicher Zeugensperre in puncto Verwertbarkeit noch immer (graduell) unterschiedlichen Regeln – ohne dass diese unterschiedliche Behandlung freilich vom EGMR jemals begründet würde.⁴¹ Insbesondere ließ – um die vorliegend virulente Fallgruppe zu benennen – der EGMR bislang die Verwertung von unkonfrontierten Aussagen bei Zeugen i.S. des Art. 6 Abs. 3 lit. d EMRK, die sich in der Hauptverhandlung auf ein Zeugnisverweigerungsrecht berufen, unter gewissen einschränkenden Bedingungen zu, die er im verwandten Fall der staatlichen Zeugensperre nicht akzeptiert.⁴²

c) Die Entscheidung des EGMR im Fall Al-Khawaja und Tahery: Der Anfang vom Ende der „Gesamtbetrachtungsdoktrin“?

Über die die bisherige Rechtsprechung des EGMR und ihre fehlerhafte Rezeption durch den BGH betreffenden obigen Einwänden (a) und b)) hinaus bedarf der Hervorhebung, dass der 4. Strafsenat eine Entscheidung des EGMR aus jüngster Zeit übersehen hat, derzufolge sich nunmehr auch am EGMR nun das Bestreben durchsetzen dürfte, Verletzungen des Art. 6 Abs. 3 lit. d EMRK nicht länger ausschließlich mithilfe einer Verletzung des Gesamtrechts, sondern – wie auch die Einschränkungsbegründungen des Konfrontationsrechts – ausschließlich aus diesem selbst heraus zu begründen. Im nämlichen Fall Al-Khawaja and Tahery hat der EGMR ausgeführt:

“... the Court is not persuaded that any more appropriate direction could effectively counterbalance the effect of an untested statement ...“.

Aus dieser Aussage lässt sich auch bei Anlegung der gebotenen Vorsicht zumindest schlussfolgern, dass nicht jede Beeinträchtigung des Konfrontationsrecht im Rahmen der vom EGMR bisher angelegten Gesamtbetrachtung in ein insgesamt (noch) faires Verfahren „wegabgewogen“ werden kann⁴³ (zu den Voraussetzungen unten 2. und 3.). Einige Textstellen⁴⁴ legen darüber hinaus die Interpretation nahe, dass sich der Gerichtshof gegen jegliche Relativierung des Konfrontationsrechts mittels einer Verfahrensgesamtwürdigung als fair wendet:⁴⁵

„As minimum rights, the provisions of Article 6 § 3 constitute express guarantees and cannot be read ... as illustrations of matters to be taken into account when

⁴¹ Renzikowski, in: Festschrift für Mehle (2009), S. 529, 540 f.

⁴² Darauf weist Renzikowski, in: Festschrift für Mehle (2009), S. 529, 541 hin.

⁴³ Jung GA 2009, 235, 239.

⁴⁴ EGMR Al-Khawaja und Tahery v. Großbritannien, Urteil vom 20. Januar 2009, §§ 34, 37 = HRRS 2009 Nr. 459 Rn. 26, 29.

⁴⁵ So zutreffend die knappe Einschätzung bei Renzikowski, in: Festschrift für Mehle (2009), S. 529, 547.

considering whether a fair trial has been held ... Equally, even where those minimum rights have been respected, the general right to a fair trial guaranteed by Article 6 § 1 requires that the Court ascertain whether the proceedings as a whole were fair“.⁴⁶

Die Rechte des Art. 6 Abs. 3 EMRK – und damit auch das Konfrontationsrecht – können also nicht als bloßes Abwägungsmaterialien bei der Frage nach der (Gesamt-)Verfahrensfairness behandelt werden; im Gegenteil kann – das hebt der EGMR nun in der (allerdings mit Blick auf Art. 44 EMRK nicht rechtskräftigen) Entscheidung des Falls Al-Khawaja und Tahery mit aller wünschenswerten Deutlichkeit hervor – eine Verletzung des Gesamtrechts nach Art. 6 Abs. 1 EMRK auch vorliegen, wenn alle Einzelgarantien des Art. 6 Abs. 3 lit. d EMRK jeweils für sich genommen beachtet worden sind und ein Verstoß gegen das Gesamtrecht nur aus der Kumulation der Einzelbeeinträchtigungen resultiert, das Verfahren also insgesamt nicht mehr fair ist. Das heißt, dass eine Verletzung des Art. 6 Abs. 3 lit. d EMRK eine Verletzung des Art. 6 Abs. 1 EMRK hinreichend, aber nicht notwendig bedingt. Damit kann – anders als der BGH meint – eine Beeinträchtigung des Art. 6 Abs. 3 lit. d EMRK nicht durch die Beachtung der Verfahrensfairness im Übrigen sub specie Art. 6 Abs. 1 EMRK geheilt werden; ob Art. 6 Abs. 3 lit. d EMRK verletzt ist, muss nach den speziell an das Teilrecht vom EGMR angelegten Kriterien beantwortet werden.

2. „Kompensation“ der Beeinträchtigung des Fragerechts in BGH HRRS 2009 Nr. 803 durch fehlende Verantwortlichkeit der Justiz?

Das soeben herausgearbeitete Verhältnis des Fragerechts zum Gesamtrecht auf Verfahrensfairness gilt es im Auge zu behalten, wenn nun gezeigt werden soll, dass der BGH bei der revisionsrichterlichen Prüfung der Frage, ob die mit dem Schweigerecht einhergehende Beeinträchtigung des Konfrontationsrechts des A. „kompensiert“ worden ist, falsche Maßstäbe angelegt hat. Gerade daraus, dass jede Beeinträchtigung des Konfrontationsrecht irrelevant sein soll, wenn das Verfahren „insgesamt fair“ verlaufen ist, will die strafrechtliche Rechtsprechung mit Billigung des BVerfG⁴⁷ die Kompensationsfähigkeit der von ihm für maßgeblich gehaltenen Kompensationskriterien der fehlende Verantwortlichkeit der Justiz für die Konfrontationsrechtsbeeinträchtigung (dazu sogleich) sowie der besonders vorsichtigen Beweiswürdigung (zu letzterem unten 3.) ableiten.⁴⁸ In Wahrheit jedoch handelt es sich, wie zu zeigen sein wird, bei beiden genannten Aspekten nicht um Kompensationskriterien, weil die fehlende Verantwortlichkeit der Justiz für das Konfrontationshindernis und eine „besonders sorgfältige Beweiswürdigung“ dem Angeklagten A. ja nicht etwa einen als Individualverteidigungsrecht ausübbarer Ersatz für die wegen

⁴⁶ EGMR Al-Khawaja und Tahery v. Großbritannien (Fn. 44), § 34 = HRRS 2009 Nr. 459 Rn. 26.

⁴⁷ BVerfG NJW 2001, 2245, 2246 f. (Fall Haas).

⁴⁸ Vgl. BGH HRRS 2009 Nr. 803 Rn. 3: „... weil das Verfahren in seiner Gesamtheit einschließlich der Art und Weise der Beweiserhebung und -würdigung fair war“.

des Schweigerechts des K. entgangene Befragungs- und Konfrontationsmöglichkeit gewähren, sondern lediglich um Kriterien für die Beantwortung der Frage, in welcher Weise und unter welchen Voraussetzungen die unkonfrontiert erlangte Aussage des Mitbeschuldigten K. verwertet werden darf, also um Verwertungskriterien.⁴⁹ Weil hier davon ausgegangen wurde, dass die mit dem Teilschweigen des K einhergehende Beeinträchtigung des Konfrontationsrechts konventionsrechtlich akzeptabel, ja unabdingbar war und insofern ein sachlicher Grund für das Konfrontationsdefizit vorlag (*impossibile nullum est obligatio*), geht es nicht um die prozessualen Folgen einer nicht konventionsgemäßen Beweisgewinnung,⁵⁰ sondern um die Gewährleistung von Verfahrensfairness bei der Beweisverwertung – wenn man so will, um die Verlängerung des Konfrontationsrechts in die Beweisverwertungsebene hinein (woran sich wiederum die Einbettung des Konfrontationsrechts aus Art. 6 Abs. 3 lit. d EMRK in das Gesamtrecht aus Art. 6 Abs. 1 EMRK zeigt). Um es vorwegzunehmen: Bei unkonfrontierten Aussagen von Mitbeschuldigten kann nur ein Beweisverwertungsverbot der in die Beweisverwertung hinein verlängerten Konfrontationsrecht Rechnung tragen; belastende Mitbeschuldigtenaussagen dürfen also ohne Verstoß gegen Art. 6 Abs. 3 lit. d EMRK nur verwertet werden, wenn der Angeklagte bzw. sein Verteidiger die Möglichkeit effektiver Konfrontation hatten.

a) Zur Kriterienwahl des BGH

Zunächst entspricht es nicht (mehr) dem aktuellen Stand der EGMR-Rechtsprechung, dass es für „Verfahrensfairness insgesamt“, wie der BGH meint, „insbesondere darauf an(kommt), ob der Umstand, dass der Angeklagte keine Gelegenheit zur konfrontativen Befragung hatte, der Justiz zuzurechnen ist“.⁵¹ Zwar hat der EGMR die Verwertung einer seitens des Beschuldigten bzw. seines Verteidigers völlig unkonfrontierten Zeugenaussage bisher nicht rundheraus abgelehnt, sondern in Einzelfällen zugelassen, wenn die Verteidigung eine Stellungnahme zu der unkonfrontierten Aussage einreichen konnte, neben der Aussage weitere sie stützende Belastungsindizien vorhanden waren und die Aussage zum Gegenstand einer besonders vorsichtigen („*extreme care*“) Beweiswürdigung gemacht wurde.⁵² Das soll nach der höchst fragwürdigen, mit denkbar knapper Mehrheit gefällten

Entscheidung Haas nunmehr auch dann gelten, wenn eine Verurteilung in entscheidendem Maße auf der unkonfrontierten Aussage beruht,⁵³ was allein damit begründet wird, dass die Verantwortung für die fehlender Konfrontierbarkeit nicht der Staat trage, wenn sich ein Zeuge bzw. Mitbeschuldigter auf sein Zeugnisverweigerungs- bzw. Schweigerecht beruft. Für die vorliegend relevante Besonderheit, dass es sich bei der nichtkonfrontierten Zeugenaussage um die eines *mitbeschuldigten* Belastungszeugen handelt, galt jedoch – auch das hat der BGH in der vorliegenden Entscheidung übersehen – bis dato der Fall *Lucà*⁵⁴ als *leading case*, in dem der EGMR über die BGH HRRS 2009 Nr. 803 ähnelnden Konstellation eines nur im Ermittlungsverfahren den Beschwerdeführer belastenden, ansonsten jedoch schweigenden Mitbeschuldigten zu befinden hatte. Es verwundert daher, dass der BGH sich zu den dort aufgestellten Beschränkungen des „*Lucà-Tests*“ mit keiner Silbe verhalten hat und nur lapidar auf die Fundstelle der Haas-Entscheidung des EGMR verwiesen hat. Im Fall *Lucà* hatte der Gerichtshof entschieden, dass Bedürfnisse des Zeugenschutzes den Verzicht auf eine Aussage des Zeugen in einer öffentlicher Hauptverhandlung rechtfertigen können, „sofern dem Angeklagten eine adäquate und angemessene Gelegenheit gegeben worden ist, die Angaben auf die Probe zu stellen“, jedoch seien die Verteidigungsrechte „dann, wenn eine Verurteilung allein oder zu einem entscheidendem Grad auf Aussagen beruht, die von einer Person gemacht worden sind, hinsichtlich derer der Angeklagte weder während der Ermittlungen noch während des gerichtlichen Hauptverfahrens eine Gelegenheit hatte, sie zu prüfen oder prüfen zu lassen, in einem Ausmaß beschränkt, das mit den von Art. 6 EMRK gewährten Garantien unvereinbar ist“.⁵⁵ Dies gelte „unbeschadet dessen, ob“ die Aussage „von einem Zeugen im engeren Sinne oder von einem Mitangeklagten gemacht worden ist“.⁵⁶

In der *Lucà*-Entscheidung steht kein Jota davon zu lesen, dass es für die Ausgleichsfähigkeit eines Eingriffs in das Konfrontationsrechts darauf ankommen soll, inwieweit die Justiz für den die Konfrontation hindernden Umstand verantwortlich ist – zu Recht: Ob ein Beschuldigter, der im Strafverfahren ein Verfahrenssubjekt mit eigenen (Teilhabe-)Rechten ist und gerade nicht Objekt des Verfahrens, der optimalen Verwirklichung seines Konfrontationsrechts verlustig geht, hängt nicht davon ab, ob die Justiz für die Unmöglichkeit der Konfrontation verantwortlich ist, sondern allein umgekehrt davon, ob er als Beschuldigter qua Verletzung einer prozessualen Obliegenheit selbst dafür verantwortlich ist.⁵⁷ Für die Erfüllung der Zielvorgabe des Art. 6 Abs. 3 lit. d EMRK ist der die Strafverfolgung und eine Verurteilung im Strafverfahren betreibende Staat *eo ipso* verantwortlich (oder, sys-

⁴⁹ So auch *Esser* NStZ 2007, 106, der der „Beweiswürdigungslösung“ des BGH „dogmatische Ungenauigkeit“ attestiert.

⁵⁰ So aber (zum Fall Haas) *Esser* NStZ 2007, 106, der damit jedoch die selbständige Integriertheit des Konfrontationsrechts in das Gesamtrecht ignoriert (ähnlich *Walther* GA 2003, 204, 218 f.); indes ist Art. 6 Abs. 3 lit. d EMRK (i.V.m. Art. 6 Abs. 1 EMRK) nur dann verletzt, wenn Beweiserhebung und -verwertung zusammengenommen unfair waren. Dies ist schon dann der Fall, wenn die Verwertung eines ordnungsgemäß erhobenen Beweises für sich genommen konventionswidrig ist; vgl. *Renzikowski*, in: *Festschrift für Lampe* (2003), 791, 792 m. Fn. 9.

⁵¹ BGH HRRS 2009 Nr. 803 Rn. 4 unter Bezugnahme auf BGHSt 51, 150, 155.

⁵² EGMR S.N. v. Schweden, Rep. 2002-V § 53; *Doorson* v. Niederlande, Urteil vom 26. März 1996, § 76 = ÖJZ 1996, 717; *Ferrantelli* u. Santangelo v. Italien, Urteil vom 7. August 1996, §§ 51 ff.; aus der deutschen Rechtsprechung BGH HRRS 2005 Nr. 74.

⁵³ EGMR Haas v. Deutschland (Fn. 9), JR 2006, 289, 291 f.

⁵⁴ EGMR *Lucà* v. Italien (Fn. 10), HRRS 2006 Nr. 62.

⁵⁵ EGMR *Lucà* v. Italien (Fn. 10), HRRS 2006 Nr. 62 Rn. 40.

⁵⁶ EGMR *Lucà* v. Italien (Fn. 10), HRRS 2006 Nr. 62 Rn. 41.

⁵⁷ Vgl. *Renzikowski*, in: *Festschrift für Mehle*, S. 529, 541: „Eine Einschränkung des Art. 6 Abs. 3 lit. d EMRK ist nur gerechtfertigt, wenn der Angeklagte die Gründe für eine unterbliebene Konfrontation zu vertreten hat“; ferner *Mosbacher* JuS 2007, 724, 728, der darauf hinweist, dass sich am Beweiswert einer Aussage nichts dadurch ändert, wer das Konfrontationsmanko zu vertreten hat.

temfunktional gesprochen, „zuständig“).⁵⁸ Schon deshalb kann die Kompensation (oder präziser: das Fehlen der Kompensationsbedürftigkeit, sogleich unten b]) nicht mit der fehlenden justiziellen Verantwortlichkeit für das Konfrontationshindernis begründet werden; im Anwendungsbereich des staatlicherseits stets zu gewährleisten den Art. 6 Abs. 3 lit. d EMRK existiert eine solche Kategorie gar nicht. Es nimmt denn auch nicht wunder, dass der BGH, soweit ersichtlich, noch nie positiv begründet hat, warum die Verwertung einer Aussage trotz rechtlich unmöglicher Konfrontation zulässig sein soll, nur weil die Justiz „nichts dafür kann“, sondern es schlicht vorausgesetzt hat.⁵⁹ In der Sache dürfte sich hier eine latent vorhandene verdeckte Verurteilungspräponderanz offenbaren (zu dieser noch unten c]).

b) Die Auswirkungen der Entscheidung im Fall Al-Khawaja und Tahery

Jedenfalls im Ergebnis ebenso hat es nunmehr auch der EGMR in der bereits genannten Entscheidung Al-Khawaja und Tahery aus dem Jahre 2009 gesehen, die damit den Fall *Lucà* als Leitentscheidung zwar nicht abgelöst, jedenfalls aber ergänzt haben dürfte. In dieser hat der EGMR unter Bezugnahme auf den Fall *Doorson*⁶⁰ die Grenzen der Kompensationsfähigkeit, jenseits derer eine Konfrontationsrechtsbeeinträchtigung nicht mehr ausgeglichen werden kann, recht eng gezogen.⁶¹

„(I)n the absence of such special circumstances, the Court doubts whether any counterbalancing factors would be sufficient to justify the introduction in evidence of an untested statement which was the sole or decisive basis for the conviction of an applicant. While it is true that the Court has often examined whether the procedures followed in the domestic courts were such as to counterbalance the difficulties caused to the defence, this has been principally in cases of anonymous witnesses whose evidence has not been regarded as decisive and who have been subjected to an examination in some form or other.“⁶²

Der Gerichtshof ist hier offenbar der Meinung, dass eine wie auch immer geartete Kompensation der Frage- und Konfrontationsrechtsbeeinträchtigung dort a limine ausscheiden muss, wo eine unkonfrontierte Zeugenaussage die alleinige oder jedenfalls eine entscheidende Grundlage der Verurteilung („the sole or decisive basis for the conviction“) darstellt. Nur gewissermaßen hilfsweise („selbst wenn“)⁶³ hat der EGMR erörtert, ob „special

⁵⁸ Gaede, *Fairness als Teilhabe* (Fn. 19), S. 841 ff.; so auch implizit das Sondervotum *Walsh, Macdonald* und *Palm* zum Fall *Artner*, EuGRZ 1992, 477: „Der Bf. wurde ohne eigenes Verschulden des Rechts beraubt, ... Fragen zu stellen ...“ (kursive Hervorhebung vom Verfasser).

⁵⁹ Gaede, *Fairness als Teilhabe* (Fn. 19), S. 840 f.

⁶⁰ EGMR *Doorson v. Niederlande* (Fn. 52), § 76.

⁶¹ So die Deutung bei *Jung* GA 2009, 235, 239 („Nicht alles kann ausgeglichen werden“).

⁶² EGMR *Al-Khawaja und Tahery v. Großbritannien* (Fn. 44), § 37 = HRRS 2009 Nr. 459 Rn. 29.

⁶³ EGMR *Al-Khawaja und Tahery v. Großbritannien* (Fn. 44), § 42 = HRRS 2009 Nr. 459 Rn. 34: „Even if it were not so, the Court is not persuaded that any more appropriate direction could effectively counterbalance the effect of an untested statement which was the only evidence against the

circumstances“ vorlagen, die einen ausnahmsweisen Rückgriff auf „uncontested evidence“ zuließen und – die Frage verneinend – dabei in auffälligem Kontrast zur Praxis des BGH nicht darauf abgestellt, ob eine Verantwortung der Justiz für die mangelnde Überprüfbarkeit der Mitbeschuldigenaussage besteht, sondern umgekehrt allein die Verantwortlichkeit des Angeklagten für das Konfrontationshindernis geprüft. Der BGH hat also auch insofern die falsche Perspektive gewählt, als er entgegen der jüngsten Rechtsprechung des EGMR die fehlende Verantwortung der Justiz als Kompensationskriterium gewählt hat, anstatt unabhängig davon zu fragen, ob der Angeklagte die fehlende Konfrontierbarkeit zu verantworten hat (womit Fälle der Bedrohung des Zeugen oder des Verzichts durch den Angeklagten gemeint sein dürften⁶⁴).

c) Fehlende Verantwortlichkeit des Staates bzw. Verantwortlichkeit des Beschuldigten als Kompensationskriterium? Zur Einordnung des Verantwortlichkeitskriteriums

Auch wird man noch grundsätzlicher fragen müssen, ob es sich bei der Frage, in wessen Verantwortung das Konfrontationshindernis fällt, überhaupt sachlich um ein Kompensationskriterium handelt; denn damit wird nicht die aus rechtlichen Gründen unmögliche Konfrontierbarkeit ausgeglichen – schließlich erhält der Angeklagte dadurch keinen Ersatz für die ihm entgehende Ausübung des Konfrontationsrechts –, sondern es wird nur – ungleich prinzipieller und auf der der Kompensation vorgelegerten Ebene der Kompensationsbedürftigkeit – entschieden, dass das Konfrontationshindernis nicht oder jedenfalls wesentlich geringer ins Gewicht fällt als ein Konfrontationsverstoß, der (nach dem BGH) staatlicherseits nicht zu verantworten ist bzw. (nach dem EGMR) den der Angeklagte nicht obliegenheitswidrig herbeigeführt hat. Denn wenn – worauf es, wie dargelegt, allein ankommt – der Konfrontationsverstoß allein „mit dem Angeklagten selbst heimgeht“,⁶⁵ also in dessen alleinigen Verantwortungsbereich fällt, dann wird es regelmäßig erst gar keiner Kompensationsmaßnahmen (wie einer „besonders sorgfältigen Beweiswürdigung“) bedürfen. Umgekehrt heißt das, dass es auf die Möglichkeit der Kompensation mittels einer „besonders vorsichtigen Beweiswürdigung“ überhaupt nur dann ankommt, wenn keine staatliche Verantwortlichkeit für den Konfrontationsmangel besteht,⁶⁶ liefe doch die Verwertung einer unkonfrontiert erlangten Aussage andernfalls auf einen staatlichen Selbstwiderspruch hinaus.

applicant“ (kursive Hervorhebung vom Verfasser); ähnlich Rn. 47.

⁶⁴ Vgl. *Jung* GA 2009, 235, 239.

⁶⁵ *Jung* GA 2009, 235, 239.

⁶⁶ So auch *Esser* JR 2005, 248, 251 (unter Verweis auf EGMR *Ferrantelli u. Santangelo v. Italien* [Fn. 52]), §§ 30, 51 f.), 252, der jedoch nur auf die die fehlende Verantwortung der Justiz abstellt; dagegen sogleich im Text.

d) Verantwortlichkeit des Justizapparats oder Verantwortlichkeit des Staates als Gesamtheit?

Der Beachtung bedarf weiter, dass die Bewertung des BGH – selbst wenn man seinen Ausgangspunkt teilt, es genüge für die Kompensation des mit der fehlenden Kompensationsfähigkeit einhergehenden Fairnessdefizits, dass die Justiz dafür nicht verantwortlich ist – auch dort zu kurz greifen dürfte, wo der Senat zur Ermittlung einer staatlichen Verantwortlichkeit für die fehlende Konfrontation nur auf eine Verantwortlichkeit der Judikative, also des Justizapparats, abstellt. Das Problem liegt im vorliegenden Fall nicht darin, dass der Kammervorsitzende nicht alles vor dem Hintergrund des Schweigerechts des Mitbeschuldigten K. Akzeptable unternommen hat, sondern sitzt gewissermaßen eine Stufe höher, nämlich dort wo der Staat – der dem Beschuldigten im reformiert-inquisitorischen Strafverfahren als Einheit gegenübertritt – die Grundlage für die fehlende Konfrontierbarkeit mit der Schaffung des Schweigerechts auf legislativer Ebene (§ 55 StPO beim mitbeschuldigten Zeugen im formellen Sinne; Art. 6 Abs. 1 EMRK, § 243 Abs. 5 S. 1 StPO) beim Mitbeschuldigten) gelegt hat. Der Staat ist in einem solchen Fall gleichsam in einem höheren Sinne für die fehlende Konfrontierbarkeit des mitbeschuldigten Zeugen verantwortlich, weil er die gesetzlichen Voraussetzungen für das Konfrontationshindernis geschaffen hat,⁶⁷ und dass ein ansonsten geständiger Mitbeschuldigter diese staatlicherseits geschaffenen Voraussetzungen mit belastender Wirkung ausnützt, liegt in der Natur der Sache.⁶⁸ Der BGH hat also aus einem allzu engen Blickwinkel heraus über die fehlende Verantwortlichkeit des Staates befunden, indem er nur auf die fehlende Verantwortlichkeit der Justiz (Staatsanwaltschaft und Strafgerichtsbarkeit) für den Konfrontationsmangel abgestellt hat.

Hier tut sich ein im Grundsatz „dreipoliges Spannungsfeld“⁶⁹ auf zwischen dem Schutz des mitbeschuldigten Zeugen vor Selbstbelastung, dem Recht des von dem Mitangeklagten belasteten Angeklagten auf Konfrontation und Überprüfung der belasteten Aussagen sowie dem das Strafrecht beherrschende, wenngleich nicht um jeden Preis bestehende staatliche Interesse an der Ermittlung der materiellen Wahrheit. Jedoch bedarf diese sehr grobschlächtige Einteilung zumindest für die vorliegend in Rede stehende Fallkonstellation des zunächst aussagen-

den und belastenden, dann aber schweigenden Mitbeschuldigten der Präzisierung: Da die Beschränkung von Verteidigungsrechten zum Zwecke des Zeugenschutzes – wenn überhaupt – nur dann die Findung der materiellen Wahrheit befördert, wenn es ohne die schützende Maßnahme überhaupt nicht zu einer oder nur zu einer inhaltlich unrichtigen Aussage gekommen wäre, muss bei einem belastend aussagenden Mitbeschuldigten berücksichtigt werden, dass dieser – anders als ein von vornherein bestreitender oder schweigender Angeklagter – stets ein originäres Eigeninteresse daran hat, sich selbst in seiner Aussage in einem möglichst günstigen Licht zu präsentieren und deshalb die anderen Mitangeklagten möglichst stark zu belasten,⁷⁰ beispielsweise indem er seine eigenen Tatanteile auf einen Mitangeklagten abwälzt.⁷¹ Man kann dieses Interesse als institutionelle Belastungstendenz eines Mitangeklagten bezeichnen. In solchen Situation würde sich die Versagung des Schweigerechts und die Konfrontation des (teilweise) schweigenden Mitbeschuldigten gewiss positiv auf die Ermittlung der materiellen Wahrheit auswirken – zumal (anders als ein normaler Zeuge) der Mitangeklagte falsche belastende Angaben machen kann, ohne Strafe aus §§ 153, 154 StGB befürchten zu müssen und die Konfrontation hier als Korrektiv dienen würde. Daher laufen im Falle des belastenden Mitangeklagten die Interessen der Wahrheitsfindung und der Wahrung des Konfrontationsrechts prinzipiell gleich; hier dient also das Verteidigungsrecht neben der Konstituierung der prozessualen Rolle des Beschuldigten zugleich auch der Wahrheitsfindung.

Das mit diesem Interessengleichlauf verbundene „Übergewicht“ auf Seiten des Konfrontationsrechts und des Wahrheitsinteresses sollte nun, um es nochmals zu betonen, keinesfalls dazu verführen – *horribile dictu!* –, das Schweigerecht anzutasten; doch muss die staatliche Strafrechtspflege dem Umstand, dass die persönliche Situation eines belastenden Mitangeklagten diesen zur Beeinträchtigung des hehren Ziels der Wahrheitsfindung geradezu anhält, der Bedeutung dieses Befundes entsprechend berücksichtigen; einen „sachlichen Grund“ für die Beeinträchtigung des Konfrontationsrechts gibt das Schweigerecht nämlich nur auf der Primärebene, wo die Mitbeschuldigtenkonfrontation dem Schweigerecht des K. weichen muss (Art. 6 Abs. 1 EMRK), nicht aber dafür, die unkonfrontiert erlangte Aussage anschließend auf der Sekundärebene zu verwerten und den geminderten Be-

⁶⁷ Vgl. auch *Wohlers* ZStR 123 (2005), 144, 173 zur ähnlich gelagerten Problematik des sich auf ein Zeugnisverweigerungsrecht berufenden Zeugen: „(D)ie Unmöglichkeit der Ausübung des Konfrontationsrechts“ liege „jedenfalls auch in der Sphäre des Staates, der das Zeugnisverweigerungsrecht ja begründet hat.“ Vgl. ferner *Schwaighöfer* ÖJZ 1996, 124, 127, der für Fälle rechtlicher Unerreichbarkeit unkonfrontierte Aussagen nicht zulassen will.

⁶⁸ *Esser* JR 2005, 248, 252 m. Fn. 54, der darauf verweist, dass die Vorhersehbarkeit der Ausübung des Schweigerechts nur dann nicht vorhersehbar ist, wenn kein Schweigerecht (mehr) besteht; das gilt für das hier virulente teilweise Schweigen auf Verteidigerfragen in der Hauptverhandlung gleichfalls.

⁶⁹ Vgl. zur ähnlichen Lage beim Schutz von Zeugen im formalen Sinne *Wohlers* ZStR 123 (2005), 144, 150 unter Verweis auf die Entscheidung des schweizerischen Bundesgerichts BGE 125 I, 142.

⁷⁰ Vgl. auch *Schaden*, in: Festschrift für Rill (1995), 213, 232, der – zur Konstellation des anonymen Zeugen unter Bezugnahme auf die *Kostovski*-Entscheidung des EGMR (Fn. 9) darauf hinweist, dass absichtliche Falschaussagen nun einmal vorkommen. Dies gilt für einen – nicht einmal der strafbewehrten Zeugenpflicht (§§ 153, 154 StGB) unterliegenden – Mitbeschuldigten nicht nur in Einzelfällen, sondern ist schon in der Struktur eines Prozesses gegen einen geständigen und gegen einen nichtgeständigen Angeklagten angelegt, wie die Rechtsprechung andernorts eigentlich klar und deutlich erkannt hat, vgl. BGH NStZ 2003, 245; NStZ 2004, 691; BGH Urteil vom 17. September 2009 – 4 StR 174/09, HRRS 2009 Nr. 986 Rn.12.

⁷¹ *Esser* JR 2005, 248, 255, der daraus aber nicht die allein zutreffende Konsequenz eines Beweisverwertungsverbots zieht; s.a. *Wohlers*, in: Festschrift für Trechsel (2002), S. 813, 828 zur vergleichbaren Fallgruppe der milieugehörigen V-Leute.

weiswert nur auf der Tertiärebene der Beweiswürdigung zu berücksichtigen. Dass der Staat aus einem menschenrechtlich unabweisbaren Grund ein Schweigerecht gewährt, darf folglich nicht dazu führen, dass die mit diesem einhergehenden Beseitigung des Konfrontationsrechts auf Seiten eines dadurch belasteten und insoweit verteidigungsunfähigen Mitangeklagten auf der Sekundärebene der Beweisverwertung folgenlos bleibt (dazu sogleich 3.).

Für den hier in Rede stehende Spezialfall der Verwertung einer belastenden *Mitbeschuldigten*aussage lässt sich die Existenzberechtigung des Kriteriums der fehlenden staatlichen Verantwortlichkeit zusätzlich mit der prinzipiellen Erwägung in Frage stellen, dass von einer solchen Beschränkung des Konfrontationsrechts gegenüber dem belastenden Mitbeschuldigtenaussagen nicht nur – bedenklich genug – die Sphäre des Angeklagten betroffen ist, sondern wegen des Interessengleichlaufs auch das staatliche Strafverfolgungsinteresse der Wahrheitsermittlung.⁷² Warum dieses zurücktreten soll, wenn das Ermittlungshindernis der rechtlichen Unkonfrontierbarkeit (angeblich und nach welchen Kriterien auch immer) nicht in den Verantwortungsbereich des Staates fällt, ist noch weniger erklärbar als die Eskamotierung des Verteidigungsinteresses des Beschuldigten.

3. Kompensationsfähigkeit der fehlenden Konfrontierbarkeit durch das Korrektiv einer „besonders sorgfältigen“ oder „besonders vorsichtigen“ Beweiswürdigung?

Über die fehlende Verantwortlichkeit der Justiz für das Konfrontationshindernis hinaus hat der BGH ein weiteres Kompensationskriterium darin gesehen, dass die Kammer den Konfrontationsmangel „im Rahmen der Beweiswürdigung ausreichend kompensiert“ habe.⁷³ Hintergrund dieser apodiktischen und nicht weiter begründeten, sondern mit einem bloßen Verweis auf die Ausführungen des Generalbundesanwalts versehenen Äußerung ist die für die deutsche Rechtsprechung typische Sichtweise, Beweiserhebungsfehler oder sonstige Ungereimtheiten im Verfahrensablauf – die, wie der vorliegende Verfahrenssachverhalt zeigt, nicht unbedingt verfahrensfehlerhaft sein müssen, denn die Gewährung des Schweigerechts des K. beruhte ja auf einem sachlichen Grund (Art. 6 Abs. 1 EMRK) – auf Ebene der Beweiswürdigung „hinwegwürdigen“ zu können, indem dem Beweismittel auf der ein geringeres Gewicht beigegeben wird, es also im Beweiswert herabgestuft wird.⁷⁴ Angesichts der Unterschiedlichkeit der von dieser Herangehensweise erfassten Fallkonstellationen⁷⁵ wird

⁷² So tendenziell auch *Esser* JR 2005, 248, 255.

⁷³ BGH HRRS 2009 Nr. 803 Rn. 8.

⁷⁴ *Renzikowski* JZ 1999, 605, 609; *Schlothauer* StV 2001, 127, 131.

⁷⁵ In der Sache liegt eine „Beweiswürdigungslösung“ den Entscheidungen BGHSt 17, 382, 385 f.; 33, 83, 88 f.; 33, 178, 181; 34, 231, 234; 36, 159, 166; 45, 321, 340 m. Anm. *Sinner/Kreuzer* StV 2000, 114; BGH NStZ 1998, 312 m. zust. Anm. *Wönne*; BGH StV 2000, 593, 598 m. Anm. *Fezer* JZ 2001, 363, 364; BGH StV 2000, 649, 650 f. m. Bspr. *Wattenberg* StV 2000, 688; BGH NStZ-RR 2002, 176; BGH

überbegriffsartig von sog. „Beweiswürdigungslösung“ gesprochen.⁷⁶ Im hier interessierenden Zusammenhang hat der BGH in einer jüngeren Entscheidung ausgeführt:

„Kann der Angeklagte ... sein durch Art. 6 Abs. 3 lit. d MRK garantiertes Recht, Fragen an den Belastungszeugen zu stellen oder stellen zu lassen, nicht ausüben, weil diesem ein ... Auskunftsverweigerungsrecht zugestanden wird, muss dieser Umstand schon deshalb bei der Beweiswürdigung bedacht werden, weil die durch die Vernehmung der Verhörsperson eingeführte Aussage bei Fehlen eines kontradiktorischen Verhörs nur beschränkt hinterfragt und vervollständigt werden kann.“⁷⁷

Wie der vorliegende Verfahrenssachverhalt zeigt, muss es nicht unbedingt ein Verfahrensfehler sein, der auf der Beweiswürdigungsebene beseitigt werden soll – die Gewährung des Schweigerechts des K. beruhte ja auf einem sachlichen Grund (Art. 6 Abs. 1 EMRK) und war allein für sich genommen nicht konventionsrechtsfehlerhaft, sondern, wie zu zeigen sein wird, nur in Verbindung mit der anschließenden Verwertung der unkonfrontierten Aussage. Die Einwände gegen die Beweiswürdigungslösung liegen denn auch nicht nur auf der vordergründigen und hier nicht einschlägigen Ebene der Außerachtlassung eines geschehenen und den Urteilsinhalt mitprägenden (§ 337 Abs. 1 StPO) Verfahrensfehlers nach deutschem Strafprozessrecht (der wegen der reduzierten Gesamtbeachtungsperspektive des EGMR sowieso nichts über eine Verletzung des Art. 6 Abs. 3 lit. d EMRK aussagen würde); sie sind vielmehr prinzipieller Natur (so dass es auch nichts verschlägt, dass der BGH den genauen Inhalt der Kompensation „im Rahmen der Beweiswürdigung“ nicht mitteilt):

a) Zur Unmethodik der „besonders vorsichtigen Beweiswürdigung“ im Allgemeinen

Zunächst ist schon nicht vorstellbar, wie eine „besonders sorgfältige“ bzw. „besonders vorsichtige“ Beweiswürdigung im Umgang mit der unkonfrontiert zustande gekommenen Aussage in praxi durchgeführt werden soll und was man sich darunter vorzustellen hat. Schließlich würde sich kein Tatrichter nachsagen lassen wollen, Beweismittel, die ohne Beeinträchtigung des Konfrontationsrechts zustande gekommen sind, nicht „besonders sorgfältig“ bzw. nicht „besonders vorsichtig“ gewürdigt zu haben. Soll ein Tatgericht bei auf korrektem Wege erlangten Beweismitteln etwa nur eine Beweiswürdigung „mittlerer Art und Güte“ schulden, bei unkonfrontierten

NJW 2005, 1132 m. Anm. *Esser* JR 2005, 248 zugrunde; auch BGHSt 2, 300, 304 und BGH NStZ 1985, 376 zur „Kompensation“ der Anwendung inkompatiblen fremdstaatlichen Verfahrensrechts gehören hierher. Das BVerfG hat die „Beweiswürdigungslösung“ stets gebilligt, vgl. etwa BVerfGE 57, 250, 290 ff.; BVerfG NStZ 1991, 445; BVerfG StV 1995, 561; BVerfG StV 1997, 1 m. Anm. *Kinzig*; BVerfG NJW 2001, 2245, 2246; BVerfG NJW 2007, 204, 205; BVerfG HRRS 2008 Nr. 391; BVerfG HRRS 2009 Nr. 1114, Rn. 10 ff., 13 ff.

⁷⁶ So der 1. Strafsenat selbst, vgl. BGHSt 46, 93, 103.

⁷⁷ BGH, Urteil vom 17. März 2009 – 4 StR 662/08, HRRS 2009 Nr. 458 Rn. 11 unter Verweis auf BGH NStZ 2004, 691, 692.

hingegen eine „Güteklasse-A-Beweiswürdigung“? Verlässliche Kriterien für besondere Sorgfalt oder Zurückhaltung bei der Beweiswürdigung hat die Rechtsprechung bislang nicht entwickelt.⁷⁸ Allenfalls kann man die Rede von der „besonders sorgfältigen“ bzw. „besonders vorsichtigen“ Beweiswürdigung – auf unseren Fall angewendet – dahin deuten, dass einer unkonfrontiert zustande gekommen Mitbeschuldigtenaussage minderer Beweiswert zukommen soll;⁷⁹ warum sie aber überhaupt in die Beweiswürdigung eingestellt werden soll, obwohl sie nicht den Regelbedingungen des Art. 6 Abs. 3 lit. d EMRK genügt, ist damit noch nicht begründet. Die Rede von der „besonderen Sorgfalt“ oder dem an die Beweiswürdigung anzulegenden „besonders strengen Maßstab“ erweckt in diesem Zusammenhang zwar den Eindruck, mit dem Korrektiv sei eine besondere Absicherung praeter legem geschaffen worden, in Wahrheit handelt es sich aber um eine bloße „Beschwichtigungsformel“,⁸⁰ weil das die unkonfrontierte Aussage mit wenn auch vermindertem Beweiswert ansetzende Tatgericht von der Richtigkeit des Aussageninhalts gleichwohl überzeugt sein muss, um darauf eine Verurteilung stützen zu können; dies wiederum ist nur möglich, wenn andere Beweismittel den Inhalt der Aussage mit hinreichender Sicherheit stützen. Bei einer solchen Sachlage aber hat die unkonfrontierte Aussage die Bestätigung durch andere Beweismittel ohnehin nicht nötig.⁸¹ Dass dieses Evidenzergebnis der (deutschen⁸²) höchstrichterlichen Rechtsprechung bislang verborgen geblieben ist und sie eine unkonfrontierte Zeugenaussage gar als ausschlaggebendes, maßgebliches Hauptbeweismittel akzeptiert, solange sie nur durch andere, ergänzende Hilfsbeweismittel gestützt, bestätigt oder abgerundet werden,⁸³ dürfte daran liegen, dass der BGH über den bloßen formalen Verweis auf die vom EGMR für erforderlich gehaltenen Kriterien sich noch nie inhaltlich mit ebendiesen Kriterien oder gar den Entwicklungen zur Verwertbarkeit unkonfrontiert zustande gekommener Zeugenaussagen in der jüngeren EGMR-Rechtsprechung auseinandergesetzt hat.⁸⁴

Ganz ähnlich wie hier hat es – schon vor der Entscheidung im Fall Al-Khawaja und Tahery – auf der Grundlage

seiner Gesamtbetrachtungsperspektive und damit zumindest im Ergebnis auch der EGMR beurteilt. Zwar hat der Gerichtshof bisweilen – vor allem in der Fallgruppe des den staatlichen Behörden trotz zureichender Bemühungen unerreichbaren Zeugen – die Zuziehung und Verwertung einer unkonfrontierten (zumeist im Ermittlungsverfahren getätigten) Zeugenaussage gestattet, sofern die Verteidigung zu der betreffenden Aussage Stellung beziehen konnte und sie einer besonders sorgfältigen Beweiswürdigung unterzogen wurde („extreme care“).⁸⁵ Jedoch verlangt der EGMR in gefestigter Rechtsprechung seit dem Fall Doorson zusätzlich, dass eine unkonfrontierte Aussage allenfalls als ergänzendes Beweismittel, nicht aber als alleiniges und auch nicht als (mit-)entscheidendes („solely or to a decisive extent“) das Urteil stützen darf.⁸⁶ Entgegen seiner textbausteinartig geäußerten, auf den oben dargelegten (angeblichen) judicial self restraint zurückzuführenden Grundposition, dass die Beweiswürdigung der nationalen Jurisdiktion obliege,⁸⁷ überprüft der EGMR hier also sehr wohl, in welchem Maße und mit welcher Gewichtung eine unkonfrontierte Aussage in das tatrichterliche Urteil eingeflossen ist.⁸⁸ Diese Haltung des EGMR wurde manchenorts (auch ohne Bezugnahme auf die neueste Rechtsprechung in Al-Khawaja und Tahery) unter Bezugnahme auf die die Voraussetzungen noch verschärfende Entscheidung des Gerichtshofs im Fall Visser, wonach eine unkonfrontierte Aussage „not in any respect decisive“,⁸⁹ also in keiner Hinsicht entscheidend sein dürfe, als ein faktisches Beweisverwertungsverbot gedeutet – „ein Beweis, der in keiner Weise maßgeblich sein darf, ist wertlos und überflüssig“, hat *Renzikowski*⁹⁰ konstatiert. Auch wenn man eine solche Sicht der Verwertbarkeit von unkonfrontiert zustande gekommenen belastenden Aus-

⁷⁸ Fezer JZ 1985, 496, 497; Hamm StV 2001, 81 ff. („Weichmacher“) Schlothauer StV 2001, 127, 131 („Leerformeln“; „Beweiswürdigungsarithmetik“).

⁷⁹ Vgl. *Renzikowski* JZ 1999, 605, 609.

⁸⁰ So Fezer JZ 1985, 496, 497.

⁸¹ Vgl. näher die durchschlagende Fundamentalkritik bei Fezer JZ 1985, 496, 497 f.

⁸² Das schweizerische Bundesgericht sieht es anders und stellt – insoweit mit dem EGMR – darauf ab, dass die belastende Zeugenaussage nicht den Ausschlag geben darf, vgl. BGE 125 I 127, 141, 157.

⁸³ BGHSt 17, 382, 386; 33, 178, 181; 36, 159, 166; BGH StV 2000, 593, 598; anders aber wohl BGH NJW 2000, 1661, 1662: „vorsichtige Bewertung und Heranziehung der ... Angaben nur zur Bestätigung der sonst gewonnenen Beweisergebnisse.“ – Ob dies im vorliegenden Fall vom 4. Strafsenat des BGH ebenso konventionsrechtsfehlerhaft gehandhabt wurde, lässt sich anhand des pauschalen Verweises auf die Kompensation im Rahmen der Beweiswürdigung nicht beurteilen.

⁸⁴ *Demko* ZStR 122 (2004), 416, 432 f. – Dass die „Beweiswürdigungslösung“ sich auch nicht mit der „Gesamtbetrachtung des Verfahrens“ durch den EGMR rechtfertigen lässt (oben im Text 1. a)), betont *Gleiß* NJW 2001, 3606.

⁸⁵ EGMR Doorson v. Niederlande (Fn. 52), § 76 = ÖJZ 1996, 717; EGMR Haas v. Deutschland (Fn. 9). NStZ 2007, 103, 104.

⁸⁶ EGMR Doorson v. Niederlande (Fn. 52), § 76 = ÖJZ 1996, 717; *Lucà* v. Italien (Fn. 10), HRRS 2006 Nr. 62 Rn. 40; *Gossa* v. Polen, Urteil vom 9. Januar 2007, § 63; A.L. v. Finnland, Urteil vom 27.1.2009, § 37; zur vorherigen wechselhaften Praxis des EGMR in den Fällen Unterpertinger, Asch und Artner s. *Renzikowski*, in: Festschrift für Mehle (2009), S. 529, 543 f.; *Wohlens* ZStR 123 (2005), 144, 169 f. Zu den Kriterien des „solely or to a decisive extent“ s. *Esser*, Auf dem Weg zu einem europäischen Strafverfahrensrecht (Fn. 25), S. 674 f. – Schon die bloße Ergänzungstauglichkeit der unkonfrontierten Aussage ist aber aus dem soeben im Text genannten Grund in Abrede zu stellen.

⁸⁷ EGMR Asch v. Österreich (Fn. 9), § 25 = EuGRZ 1992, 474; *Vidal* v. Belgien, Urteil vom 22. April 1992, §§ 33 f.; *Gossa* v. Polen (Fn. 86) § 52; A.L. v. Finnland (Fn. 86), § 35.

⁸⁸ Vgl. *Schaden*, in: Festschrift für Rill (1995), 213, 231 der die Frage aufwirft, wie der EGMR überhaupt beurteilen kann, wann eine unkonfrontierte Aussage (mit-)entscheidend gewesen ist. Diese Frage lässt sich trefflich auch als Argument gegen die Revisionsrechtsprechung des BGH ins Feld führen, nach der gewiss keine „Signifikanzvermutung“ besteht; vgl. in diesem Zusammenhang ferner *Schroeder* GA 2003, 293, 296, der die „Gesamtbetrachtung als Form der Beruhensprüfung“ deutet, dabei aber kategorienfehlerhaft die unterschiedliche Perspektive des EGMR und der deutschen Revisionsgerichte unberücksichtigt lässt.

⁸⁹ EGMR Visser v. Niederlande, Urteil vom 14. Februar 2002, § 46 = StraFo 2002, 160.

⁹⁰ *Renzikowski*, in: Festschrift für Mehle (2009), S. 529, 544.

sagen angesichts der wechselhaften Praxis und der eklektizistischen, von Fall zu Fall schwankenden Kriterienwahl des EGMR für überoptimistisch hält, ist diese Deutung fraglos sachlich richtig: „Dass (und ggf. in welchem Maße, J.D.-N.) auch anderes Belastungsmaterial vorlag, ist nicht der entscheidende Punkt. Es scheint, dass es ohne die Verwendung der Zeugenaussage zu keiner Verurteilung gekommen wäre. Anderenfalls wäre es nicht notwendig gewesen, die Aussage zuzulassen“, haben die Richter *Walsh*, *MacDonald* und *Palm* in ihrem Sondervotum zum Fall *Artner* geäußert.⁹¹

In der Tat wäre es eine *protestatio facto contraria*, wollte ein nationales Gericht, das eine unkonfrontierte Zeugen- oder Mitbeschuldigtenaussage verwertet hat, sich darauf berufen, die Aussage sei nicht entscheidend gewesen; entweder reichen die anderen Beweismittel für einen Schuldspruch aus – dann kann man auf die unkonfrontierte Aussage getrost verzichten –, oder sie bilden keine hinreichende Verurteilungsgrundlage – dann handelt es sich bei der unkonfrontierten Aussage um ein Beweismittel, auf dem die Verurteilung in einem entscheidenden Maße („to a decisive degree“⁹²) beruht.⁹³ Hat der Tatrichter jedoch die unkonfrontierte Aussage trotz ihrer Überflüssigkeit verwertet, so führt kein Weg an der Einsicht vorbei, dass damit ein ohne hinreichende Verteidigungsmöglichkeit des Angeklagten erlangtes Beweismittel in die Verurteilungsgrundlage Eingang gefunden hat, das Tatgericht also auf einer – gemessen an dem aus Art. 6 Abs. 3 lit. d EMRK fließenden Teilhaberecht⁹⁴ – auf einer sehr verkürzten Basis entschieden hat.⁹⁵ Gegen diesen Befund verfängt auch die ohnehin hypothetische Erwägung nicht, dass sich die unkonfrontiert zustande gekommene belastende Aussage nicht weiter ausgewirkt habe, weil die übrigen belastenden Beweismittel ja ausgereicht hätten. Denn wenn schon hypothetische Erwägungen angestellt werden, so muss auch Berücksichtigung finden, dass die unterbliebene Konfrontation ja, wäre sie rechtlich möglich gewesen, erheblich entlastende Wirkung hätte haben können, die das Gericht nun gar nicht erst in die Beweiswürdigung einstellen kann.⁹⁶ Bereits hierin – und nicht erst in der Frage, wie sich ein

durch andere Beweismittel bestätigte unkonfrontierte Aussage in belastender Hinsicht ausgewirkt hat – liegt eine erhebliche Beeinträchtigung der Verteidigungsrechte des Angeklagten; davon dass das Konfrontationsrecht als Verteidigungsrecht im Kern gewahrt bliebe, kann bei einer solchen Lage der Dinge nicht die Rede sein.

b) Einwände gegen die „Beweiswürdigungslösung“ bei der Verwertung von unkonfrontierten belastenden Mitbeschuldigtenaussagen im Besonderen

All die soeben dargelegten Einwände gegen eine „Lösung“ des Problems lediglich auf der Ebene der Beweiswürdigung beanspruchen Geltung auch und insbesondere für die vorliegend virulente Konstellation der fehlenden Konfrontierbarkeit von belastenden Aussagen von Mitbeschuldigten. Dies gilt insbesondere vor dem Hintergrund der oben konstatierten institutionellen Belastungstendenz eines Mitangeklagten – ist dieser der ihm vorgeworfenen und von ihm gestandenen Tat schuldig, so wird er, sofern er nicht von dem belasteten Angeklagten befragt werden kann, gegenüber den Fragen des Gerichts und gegebenenfalls der Staatsanwaltschaft regelmäßig in der Lage sein, wegen der mit seiner Tatbeteiligung verbundenen besonderen Kenntnisse den belastenden Sachverhalt so darzustellen und gegebenenfalls zu manipulieren, dass er aus Sicht des Tatgerichts plausibel erscheint und kaum einen Ansatzpunkt für begründete Zweifel am Aussageinhalt bietet. So ist es bei einem tatbeteiligten Mitbeschuldigten gerade kein besonderes Glaubwürdigkeitsmerkmal, dass nähere Tatumstände präzise beschrieben werden können. Eine ernstzunehmende gerichtliche Glaubwürdigkeitsprüfung der unkonfrontierten, eine latente Manipulationsgefahr in sich tragenden Aussage des belastenden Mitbeschuldigten ist damit schlechterdings ausgeschlossen.⁹⁷

Wird die Verteidigung zur „Kompensation“ dieses Konfrontationsmangels mit einer Möglichkeit der Stellungnahme zu der unkonfrontierten Aussage vertröstet, so läuft das lediglich darauf hinaus, dem Angeklagten etwas zu Ausgleichszwecken zu gewähren, worauf er ohnehin stets Anspruch hat (Art. 103 Abs. 1 GG⁹⁸).⁹⁹ Einfluss auf die Entstehung des Ergebnisses der Zeugen- bzw. Mitbeschuldigtenvernehmung kommt einer solchen, dem bereits feststehenden „stabilisierten“ Beweisergebnis nur reaktiv entgegentretenden Stellungnahme anders als der aktiven Verteidigungsbefugnis des Frage- und Konfrontationsrechts¹⁰⁰ nicht zu¹⁰¹ – mehr noch: Insbesondere mit

⁹¹ Veröffentlicht in *EuGRZ* 1992, 477.

⁹² *EGMR P.S. v. Deutschland*, Urteil vom 20. Dezember 2001, § 24 = *EuGRZ* 2002, 37.

⁹³ *Renzikowski*, in: *Festschrift für Mehle* (2009), S. 529, 544; *Wohlers ZStR* 123 (2005), 144, 170 f. – Dabei kommt es insbesondere nicht darauf an, ob das erkennende Tatgericht selbst die betreffende Aussage als im Sinne des Textes entscheidend bezeichnet, vgl. *BGE* 118 Ia, 472.

⁹⁴ So tendenziell *Gaede*, *Fairness als Teilhabe* (Fn. 19), S. 733: „(E)in Nachteilsausgleich durch eine besonders vorsichtige Beweiswürdigung“ sei „nicht möglich, weil der Teilhabemangel über ein von ihm betroffenes Beweismittel auf die Verfahrensentscheidung selbst fortwirkt“, S. 839 ff.

⁹⁵ Vgl. *Sommer NJW* 2005, 1240, 1242: „Ist Aufklärung durch ein von der Verteidigung nicht examinierendes Beweismittel nicht möglich, so ändert auch das Korrektiv der besonders vorsichtigen Beweiswürdigung nichts an der eingeschränkten Tatsachengrundlage.“

⁹⁶ Vgl. *Korn*, *Defizite bei der Umsetzung der EMRK im deutschen Strafverfahren* (2005), S. 79 f.; *Wattenberg StV* 2000, 688, 693; ferner *Ambos NSTz* 2003, 14, 17: Es ist „gerade nicht sicher ..., ob eine Aussage mit demselben Inhalt bei Wahrung der Beteiligungsrechte des Beschuldigten erlangt worden wäre.“

⁹⁷ Ähnlich *Wohlers*, in: *Festschrift für Trechsel* (2002), S. 813, 821 f. zur Parallelproblematik der Einführung von Beweismittelsurrogaten bei der Sperrung von V-Leuten; *Velten*, *Befugnisse der Ermittlungsbehörden zu Information und Geheimhaltung* (1995), S. 223 ff.

⁹⁸ Vgl. *BVerfGE* 57, 250, 274, wonach einer richterlichen Entscheidung nur solche Tatsachen zugrunde gelegt werden dürfen, zu denen der Beschuldigte Stellung nehmen konnte.

⁹⁹ Vgl. *Gaede*, *Fairness als Teilhabe* (Fn. 19), S. 843.

¹⁰⁰ Vgl. *Degener StV* 2002, 618, 621; *Schleiminger*, *Konfrontation im Strafprozess* (2001), S. 322 f. *dies. AJP* 1999, 1223, 1227 f., 1231; *Demko ZStR* 122 (2004), 416, 429.

¹⁰¹ *Demko ZStR* 122 (2004), 416, 429; *Schleiminger*, *Konfronta-*

Blick auf das der rechtssoziologischen Forschung geläufige Phänomen des „anchoring“ handelt es sich bei der Stellungnahme nach erfolgter Zeugenvernehmung um kaum mehr als eine bloße Gegenvorstellung, die sich kaum eignen dürfte, den schon mit der Anklageerhebung verbundenen und durch das Geständnisverhalten des mitbeschuldigten Belastungszeugen verstärkten Schulterchluss- und Perserveranzeffekten¹⁰² entgegenzuwirken¹⁰³ – immerhin ist ja zuvor ein Mitbeschuldigter soziologisch gesprochen „aus seiner prozessualen Rolle gefallen“, indem er gestanden und dabei mit der Belastung von Mitangeklagten auch noch „Ross und Reiter benannt“ hat, anstatt das ihm nach dem richterlichen Erwartungshorizont zugewiesene Verteidigungsverhalten an den Tag zu legen. Dass eine „besonders vorsichtige Beweiswürdigung“ usw. bei einer von kognitiven Dissonanzen gezeichneten Entscheidungsbasis wie einer Hauptverhandlung¹⁰⁴ überhaupt möglich ist, muss deshalb aus sozialpsychologischer Sicht von vornherein in Abrede gestellt werden. Die Annahme, mit einer „Beweiswürdigungslösung“ gravierende Einschnitte in ein Verteidigungsrecht ausgleichen zu können, verkennt die „kommunikative Struktur der Hauptverhandlung.“¹⁰⁵

Nur nebenbei sei in diesem Zusammenhang erwähnt, dass die Rechtsprechung bei der Verwertung belastender Aussagen von Mitangeklagten gegen andere Angeklagte ohnehin jedenfalls dann eine besonders vorsichtige und kritische Beweiswürdigung in einer für das Revisionsgericht nachprüfbar Weise verlangt, wenn die belastende Aussage (wie zumeist) auf einer Absprache beruht,¹⁰⁶ weil, wie der BGH in seltener Hellsichtigkeit bemerkt, „bei dieser Sachlage unter anderem die Gefahr (besteht), dass die Mitangeklagten den Nichtgeständigen zu Unrecht belasten, weil sie sich dadurch für die eigene Verteidigung Vorteile versprechen. In einem solchen Fall hat der Tatrichter die Geständnisse der anderen Angeklagten kritisch zu würdigen.“¹⁰⁷ Wie soll nun das Tatgericht

einem etwa hinzutretenden Konfrontationshindernis begegnen? Man stelle sich vor, absprachengemäß sagt einer der Mitangeklagten aus und belastet den anderen schwer, verweigert aber gegenüber dessen Verteidiger die Aussage¹⁰⁸ – soll hier das Tatgericht die zu den einseitigen Belastungstendenzen hinzutretende Beeinträchtigung des Konfrontationsrechts auf der Beweisverwertungsebene durch eine „noch sorgfältigere Beweiswürdigung als sowieso schon“ ausgleichen? Jedenfalls wenn der belastenden, aber unkonfrontierten Mitbeschuldigtenaussage eine Absprache zugrunde liegt, gibt die „Beweiswürdigungslösung“ dem Angeklagten einmal mehr nichts, was die Rechtsprechung nicht auch ohnedies schon verlangt.

Füglich bezweifelt werden darf schließlich, dass die Vorgaben des EGMR beachtet werden, indem eine unkonfrontierte Mitbeschuldigtenaussage bei der Würdigung überhaupt Berücksichtigung finden kann, und sei es mit erheblich gemindertem Beweiswert – auch hier ist die Rezeption der menschenrechtlichen Vorgaben des EGMR durch die deutsche höchstrichterliche Rechtsprechung von „Idiosynkrasie“ gekennzeichnet.¹⁰⁹ Spätestens mit der – allerdings noch nicht rechtskräftigen – Entscheidung im Fall Al-Khawaja und Tahery ist der EGMR nämlich zu der schon im Fall Kostovski klar verfochtenen Linie zurückgekehrt, wonach die vorsichtige Beweiswürdigung eines Belastungszeugen „schwerlich als geeigneter Ersatz für eine direkte Beobachtung angesehen werden“ kann.¹¹⁰ Auch dieses nicht weiter begründete Diktum trifft zu, und zwar nicht nur aus tatsächlichen und soziologischen, sondern aus prinzipiellen rechtlichen Gründen selbst dann, wenn die unkonfrontierte Aussage des Mitbeschuldigten weder das einzige noch das in entscheidendem Ausmaß bedeutsame Beweismittel ist: Der Substituierung der unkonfrontierten Aussage durch die „Beweiswürdigungslösung“ kommt – ähnlich wie der Stellungnahmeberechtigung der Verteidigung – keine ausgleichende Funktion zu,¹¹¹ weil sie dem von einem Mitbeschuldigten belasteten Angeklagten keine Teilhabe an der Verurteilungsbasis im Wege der Einflussnahme auf die Aussage selbst ermöglicht,¹¹² sondern ihm nur das gewährt, was ihm wegen der im Strafverfahren

tion im Strafprozess (Fn. 100), S. 316; vgl. auch *Mosbacher JuS* 2007, 724, 728.

¹⁰² Zu diesen z.B. *Schünemann StV* 2000, 159, der zudem (a.a.O., 164) darauf hinweist, dass wegen dieser Effekte im inquisitorischen Verfahrensmodell „eine maximale Garantie für eine objektive Wahrheitsfindung in der deutschen Hauptverhandlung gerade nicht besteht.“ Um so dramatischer ist es, wenn das die Amtsermittlung „auflockernde“ adversatorische Element des Konfrontationsrechts durch die „Beweiswürdigungslösung“ zu einer quantität négligeable degradiert wird.

¹⁰³ Vgl. zur kognitiven Dissonanz auf Ermittlerseite bei „Beschuldigungen durch Beschuldigte“ *Jansen*, in: *Festschrift für Hamm* (2008), S. 227, 229 f.

¹⁰⁴ Vgl. zudem *Wohlers*, in: *Festschrift für Trechsel* (2002), S. 813, 825: „das Strafverfahren ist eben kein herrschaftsfreier Diskurs, sondern das genaue Gegenteil.“

¹⁰⁵ Bei *Demko ZStR* 122 (2004), 416, 429 f. ist die Rede davon, dass die Beweiswürdigungslösung die „kommunikative Struktur des Strafprozesses“ vernachlässige; im hier interessierenden Bereich geht es jedoch nur um die Hauptverhandlung.

¹⁰⁶ BGHSt 48, 161 m. Anm. *Weider StV* 2003, 266 u. *Kargl/Rüdiger NStZ* 2003, 672; BGH StV 2006, 118; BGH NStZ 2004, 691, 692; BGH NStZ-RR 2007, 116, 119; BGH NStZ 2008, 54.

¹⁰⁷ BGH NJW 2008, 1749, 1750 m. Anm. A. *Schmitz* = JZ 2008, 796, 797 m. Anm. *Stübinger* = HRRS 2008 Nr. 31.

¹⁰⁸ Ähnlich der Sachverhalt in BGH NStZ 2004, 691 (verdichtetes Auskunftsverweigerungsrecht des Zeugen nach § 55 StPO), wo die Kumulation verschiedener Aspekte der „Beweiswürdigungslösung“ übersehen wurde.

¹⁰⁹ *Wattenberg StV* 2000, 688, 693 (zur Haas-Entscheidung BGH StV 2000, 649); vgl. auch allg. *Gaede*, Fairness als Teilhabe (Fn. 19), S. 142, wonach sich die deutsche Rechtsprechung „durch eine selektive, beschränkende Wahrnehmung“ der Ansätze des EGMR zu erwehren versuche.

¹¹⁰ EGMR *Kostovski v. Niederlande* (Fn. 9), § 43 = StV 1990, 481, 482; ebenso *Hulki Güne v. Türkei*, Urteil vom 19. Juni 2003, § 95; *Al-Khawaja und Tahery v. Großbritannien* (Fn. 44), §§ 42, 47 = HRRS 2009 Nr. 459 Rn. 34, 39.

¹¹¹ Vgl. auch *Kolz*, in: *NJW-Sonderheft für Gerhard Schäfer* (2002), 35, 36 f.

¹¹² Krit. zum Teilhabecharakter des Art. 6 Abs. 3 lit. d EMRK *Walther GA* 2003, 204, 222 f. m. Fn. 112, die darin ein „klassisches Abwehrrecht“ sieht. Diese letztere Einordnung als Abwehrrecht trifft zu, ist, aber kein Einwand gegen den Teilhabecharakter des Konfrontationsrechts; im Strafverfahren ist Eingriffsabwehr nun einmal regelmäßig nur durch möglichst effektive Teilhabe möglich und deshalb staatlicherseits auch zu gewähren.

gemäß Art. 6 Abs. 2 EMRK geltenden Unschuldsvermutung ohnedies zusteht, nämlich dass der verurteilende Staat ein Mindestmaß an verfahrensgerecht erlangten Tatbeweisen vorweisen kann.¹¹³ Daher enthält die vermeintliche Kompensation des Konfrontationsmangels mittels einer besonders sorgfältigen Beweiswürdigung nicht mehr als den Verweis darauf, „dass immerhin nicht noch weitere Rechte des Art. 6 EMRK entzogen worden sind.“¹¹⁴ Ein Staat, der einem Beschuldigten im Strafverfahren als „Ausgleich“ etwas gibt, das zu gewähren er ohnehin verpflichtet ist, gibt dem Beschuldigten nicht einmal Steine statt Brot – er gibt ihm gar nichts.

Diese Einsicht lässt sich – unter Verweis auf Art. 1 Abs. 1 GG – auch von der Stellung des Angeklagten im Strafverfahren als einem Subjekt mit eigenen verfahrensmäßigen Rechten her formulieren, indem man mit *Wohlers*¹¹⁵ betont, dass ein durch eine Gesellschaft wie die der Bundesrepublik Deutschland konstituierter Staat, der „den Eigenwert der Person als normative Grundlage der Gesellschaft“ anerkennt, auch und gerade im Strafverfahren den Zweck der Wahrheitsfindung – dem die Verwertbarkeit einer mit latenter Belastungstendenz versehenen Mitbeschuldigtenaussage sowieso eher im Weg stünde als ihm dienlich wäre – nicht mit allen Mitteln verfolgen kann. Wenn nun der Staat der eigenen prinzipiellen Allmacht aus dem normativen Grund der Achtung der verfahrensrechtlichen Subjektstellung des Beschuldigten heraus selbst Grenzen setzt, ist es mit dieser Subjektstellung nicht zu vereinbaren, dass die Justizorgane im Wege der freien „besonders vorsichtigen“ Beweiswürdigung ein Recht, das nach Art. 6 Abs. 3 lit. d EMRK der eigenverantwortlichen Wahrnehmung des Beschuldigten zugewiesen ist, in loco rei usurpieren.¹¹⁶ Eine solche Bevormundung macht den Beschuldigten im Hinblick auf die von Art. 6 Abs. 3 lit. d EMRK beabsichtigte Infragestellung einer belastenden Aussage zu einem Objekt des Verfahrens; der Beschuldigte wird damit nicht als *Subjekt im Verfahren* behandelt, sondern (mindestens partiell) als *Objekt des Verfahrens* behandelt. Das Fehlen jeder Befragungs- und Konfrontationsmöglichkeit gegenüber dem belastend aussagenden Mitangeklagten bewirkt eben mit den Worten *Sommers* mehr als „lediglich eine graduell messbare Minimierung gerichtlicher Wahrheitssuche“, es

ist „kein quantitatives Problem im Rahmen der Bewertung von Beweisen“ sondern „berührt ... die zugrunde liegenden Qualität rechtsstaatlichen Prozessierens.“¹¹⁷

c) Weil´s der Wahrheitsfindung dient: Annahme eines selbständigen Verwertungsverbotes aus Art. 6 Abs. 3 lit. d EMRK hinsichtlich unkonfrontierter Mitbeschuldigtenaussagen

Ist demnach die richterliche „Allzweckwaffe“ der besonders vorsichtigen Beweiswürdigung auch unter Berücksichtigung einer „Gegenvorstellung“ der Verteidigung kein kompensationsfähiges „Weniger“ gegenüber der konfrontativen Befragung eines Mitbeschuldigten,¹¹⁸ sondern konfrontationsrechtlich ein bloßes „nullum“, und ist sie auch nicht in der Lage, der prozeduralen Zielvorgabe eines legitimierend wirkenden fairen Verhandeln in verobjektivierbarer Weise im Sinne eines „Justice must not only be done, it must also be seen to be done“¹¹⁹ auf die Sprünge zu helfen, so kann weder rechts-tatsächlich-soziologisch noch menschenrechtstheoretisch davon die Rede sein, dass im Falle der fehlenden Konfrontierbarkeit eines Mitangeklagten die von der Rechtsprechung des BGH praktizierte „Beweiswürdigungslösung“ einen Residualbestand an Konfrontationsberechtigung des Angeklagten achten würde.¹²⁰ Deshalb muss im Falle eines gegenüber dem belasteten Mitangeklagten bzw. dessen Verteidiger das Gericht von Konventionen wegen die Unmöglichkeit der Bildung einer dem Art. 6 Abs. 3 lit. d EMRK Rechnung tragenden Überzeugungsgrundlage einräumen. Prozedural lässt sich dies allein mittels der Annahme eines Verbots der Verwertung der unkonfrontiert zustande gekommenen Mitbeschuldigtenaussage bewerkstelligen. Für die Annahme eines solchen de iure – und nicht, wie bisweilen angenommen,¹²¹ lediglich de facto – bestehenden Beweisverwertungsverbots streitet auch und gerade die Überlegung,¹²² dass es „weiche“ Verfahrensebeneentscheidungen wie die Anordnung von U-Haft gibt, bei denen sich in der bei der Prüfung des dringenden Tatverdachts vorzunehmenden Prognose eine geminderte Beweisbedeu-

¹¹³ Gaede, *Fairness als Teilhabe* (Fn. 19), S. 843 f.; eingehend zum Zusammenhang von Art. 6 Abs. 2 EMRK und den Teilrechten des Art. 6 Abs. 3 EMRK *ders.*, a.a.O., S. 817 ff. – Das gilt insbesondere, wenn man mit EKMR Barberà u.a. v. Spanien, Urteil vom 16. Oktober 1986, § 104 das Recht auf kontradiktorische Befragung zusätzlich aus Art. 6 Abs. 2 EMRK ableitet.

¹¹⁴ Gaede, *Fairness als Teilhabe* (Fn. 19), S. 731 (unter dem Aspekt der allgemeinen Anforderungen an die Beweiswürdigung nach Art. 6 Abs. 1 S. 1 EMRK).

¹¹⁵ *Wohlers*, in: *Festschrift für Trechsel* (2002), S. 813, 824 f., 831.

¹¹⁶ Dieses Bedenken liegt besonders nahe, wenn man das Konfrontationsrecht verfassungsrechtlich aus dem Anspruch auf rechtliches Gehör (Art. 103 Abs. 1 GG) ableitet und damit den Einwand der Systemfremdheit ausräumt, vgl. allg. *Walther* GA 2003, 204, 220 ff. m. Fn. 92 unter Verweis auf BVerfGE 7, 53, 56 f., wonach es wegen Art. 103 Abs. 1 GG den Parteien bzw. Beteiligten „nicht zugemutet werden (soll), sich darauf zu verlassen, dass ein Gericht schon aufgrund der Officialmaxime zu einer richtigen Entscheidung gelangen werde“.

¹¹⁷ *Sommer* NJW 2005, 1240, 1242.

¹¹⁸ So auch *Esser*, Auf dem Weg zu einem europäischen Strafverfahrensrecht (Fn. 25), S. 679 f.

¹¹⁹ Zu diesem Verständnis des von Art. 6 EMRK garantierten Verfahrensschutzes durch den EGMR s. *Esser*, Auf dem Weg zu einem europäischen Strafverfahrensrecht (Fn. 25), S. 400; *Gaede* HRRS 2004, 44, 51 m. Fn. 86, beide m.w.N.

¹²⁰ Verkannt von *Cornelius* NStZ 2008, 244, 248 und *Safferling* NStZ 2006, 75, 81, die ein „flexibleres und der jeweiligen Sachverhaltskonstellation angemessenes Vorgehen“ als Vorteil ansehen (*Cornelius*) oder gar „(d)ie Konfrontation des Zeugen durch den Beschuldigten“ für „keine originäre Methode der Wahrheitsfindung“ halten (*Safferling*) und damit in der Sache den Charakter des Art. 6 Abs. 3 lit. d EMRK als unmittelbar geltendes Bundesrecht in Frage stellen – obwohl nach *Safferling* „das Fragerecht ... als Ausdruck des ... fairen Strafverfahrens ... den Angeklagten als Subjekt ernst nimmt und ihm deshalb (sic!) die Belastungszeugen gegenüberstellt.“

¹²¹ *Renzikowski*, in: *Festschrift für Mehle* (2009), S. 529, 544.

¹²² *Ambos* NStZ 2003, 14, 17: „klare Handlungsanleitung für Staatsanwalt und Ermittlungsrichter“; *Kunert* NStZ 2001, 217, 218.

tung kaum je auswirken wird,¹²³ ein Beweisverwertungsverbot hingegen von vornherein in die U-Haft-Entscheidung einzustellen ist und damit der durch die Anordnung von Untersuchungshaft beeinträchtigten Unschuldsvermutung (Art. 6 Abs. 2 EMRK) in besonderem Maße zur Geltung verhilft.

Einem solchen Verwertungsverbot bezüglich unkonfrontierter belastender Aussagen von Mitbeschuldigten stehen weder der in § 261 StPO niedergelegte Grundsatz der freien richterlichen Beweiswürdigung noch die Pflicht zur Wahrheitserforschung aus § 244 Abs. 2 StPO entgegen – im Gegenteil. Zwar hat der BGH (mit bereichsüberschreitendem Anspruch) ausgeführt, „dem Strafverfahrensrecht (ist) ein allgemein geltender Grundsatz, dass jeder Verstoß gegen Beweiserhebungsvorschriften ein strafprozessuales Verwertungsverbot nach sich ziehe, fremd.“ Es müsse „beachtet werden, dass die Annahme eines Verwertungsverbots, auch wenn die Strafprozessordnung nicht auf Wahrheitserforschung um jeden Preis gerichtet ist, eines der wesentlichen Prinzipien des Strafverfahrensrechts einschränkt, nämlich den Grundsatz, dass das Gericht die Wahrheit zu erforschen und dazu die Beweisaufnahme von Amts wegen auf alle Tatsachen und Beweismittel zu erstrecken hat, die von Bedeutung sind. Daran gemessen bedeutet ein Beweisverwertungsverbot eine Ausnahme, die nur nach ausdrücklicher gesetzlicher Vorschrift oder aus übergeordneten wichtigen Gründen im Einzelfall anzuerkennen ist.“¹²⁴ Konsequenz einer solchen Wahrheitsermittlungspflicht wäre die Einstellung der in casu durch die unkonfrontierte Vernehmung erlangten Mitbeschuldigtenaussage in die Beweiswürdigung (§ 261 StPO).

aa) Indes treffen – zum ersten – derlei Erwägungen den vorliegenden Fall gar nicht, denn wie ausgeführt ist höchst zweifelhaft, dass die Verwertung der Aussage eines latent belastungstendenziösen Mitbeschuldigten, den die Verteidigung nicht „ins Gebet nehmen“ konnte, sich auf die Ermittlung der materiellen Wahrheit förderlich auswirkt; im Gegenteil steht zu erwarten, dass damit einseitig gesetzte materielle Unwahrheit zur Verurteilungsgrundlage wird, indem sich der Mitbeschuldigte zum „Herrn des Verfahrens“ aufschwingt, wenn ihm die Befugnis zugestanden wird, dem Gericht in wesentlichen Punkten einen von der Verteidigung nicht überprüfbaren Sachverhalt unterzuschieben.¹²⁵ Eine Kammer, die – und

mag es, auf welche Weise auch immer, „besonders umsichtig“ geschehen – eine solche geständige und belastende, aber unkonfrontierte Mitbeschuldigtenaussage verwertet, greift, um in einem Bild *Wollwebers*¹²⁶ zu bleiben, im günstigsten Falle „nach der halben Wahrheit“, die im Bereich des auf Verfahrensfairness basierenden Teilhaberechts aus Art. 6 Abs. 3 lit. d EMRK eben nicht die „bessere“ Wahrheit ist. Dass die vom BGH in seiner oben zitierten Aussage angestrebte Limitierung von Fehlerfolgen ein „legitimes Anliegen für die Dogmatik der Beweisverwertungsverbote darstellt“, mag sein (und selbst darüber kann man bekanntlich streiten), indes darf sie nicht Selbstzweck sein, sondern ist in ihrer Existenzberechtigung an die Verfahrensoptimierung gebunden, die wiederum untrennbar mit der Beweismittelqualität zusammenhängt – und eine nicht weiter hinterfragbare belastende Aussage eines geständigen Mitangeklagten ist von vornherein von sehr überschaubarer Qualität, die Verwertung einer solchen Aussage in puncto Wahrheitsfindung mithin kontraindiziert. Deshalb ist der Wahrheitsfindung mit der Unverwertbarkeit unkonfrontierter Mitbeschuldigtenaussagen wesentlich besser gedient als mit der kontur- und maßstabslosen¹²⁷ „Beweiswürdigungslösung“.¹²⁸

bb) Zweitens – und noch grundsätzlicher – ist das zitierte Diktum des BGH schon deshalb mit äußerster Vorsicht zu genießen, weil das dort zugrunde gelegte Wahrheitsverständnis nur sehr eingeschränkt dem der Strafprozessordnung entspricht. Gerade weil Wahrheitserforschung nach der StPO nicht um jeden Preis betrieben werden darf, enthält die StPO ja Beweisverwertungsverbote (z.B. §§ 136a Abs. 3 S. 2, 252 StPO). Man kann von materieller Wahrheit als einem oder gar dem Ziel des Strafprozesses also nur insoweit sprechen, als sie durch eine prozessordnungsgemäße Verhandlung und in diesem Bereich durch zahlreiche weitere ungeschriebene Beweisverwertungsverbote konstituiert wird.¹²⁹ Daher

„auch sachgerecht“ sei, „einen solchen isolierten Verzicht auf das Beweisverwertungsverbot zuzulassen“. Auch hier besteht die Gefahr der Herrschaft eines (zumal geschädigten) Zeugen über die Urteilsgrundlage, vgl. *Wohlens*, in: *Festschrift für Trechsel* (2002), S. 813, 826 m. Fn. 69.

¹²⁶ Vgl. zum Zitat und zum im Text Folgenden *Wollweber* NJW 2000, 1702 f. – Einem Schluss vom Sollen aufs Sein (oder präziser: aufs richterliche Können) erliegt *Ranft* NJW 2001, 1305, 1307, wo er gegen *Wollwebers* Aussage (a.a.O.), es sei Zweck des § 252 StPO, „die rechtsstaatliche Garantiefunktion der Hauptverhandlung gegenüber antizipierenden Beweisergebnissen aus dem Ermittlungsverfahren abzusichern“, betont, der Gesetzgeber bringe „dem von Amts wegen zur Ermittlung der Wahrheit verpflichteten Richter ein solches Misstrauen nicht entgegen.“

¹²⁷ Vgl. BGHSt 46, 93, 104: „...liegt es nahe, eine dem konkreten Fall gerecht werdende Lösung zu finden.“

¹²⁸ Vgl. *Renzikowski*, in: *Festschrift für Lampe* (2003), S. 791, 800 nach dem „(d)ie Chance, der Wahrheit näherzukommen, ... jedenfalls größer (ist), wenn alle Verfahrensbeteiligten effektiv (scil. mittels Teilhabe an der Urteilsgrundlage, J.D.-N.) auf das Ergebnis Einfluss nehmen konnten.“

¹²⁹ Vgl. *Renzikowski*, in: *Festschrift für Lampe* (2003), S. 791, 797 ff., der darauf hinweist, dass sich die Ausgestaltung der Pflicht zur Wahrheitserforschung nach der StPO wahrheitstheoretisch weder nach Korrespondenz- noch nach Konsensalkriterien zufriedenstellend einordnen lässt; s.a. *Jung* GA 2003, 191, 196: Der Strafprozess sei „zuvörderst

¹²³ So *Fezer*, in: *Festschrift für Gössel* (2002), 627, 641.

¹²⁴ BGHSt 37, 30, 32 = NW 1989, 1801; ganz ähnlich BGHSt 40, 211, 217; 44, 243, 249 = NStZ 1999, 203, 204; vgl. auch BGHSt 32, 345, 350 f.; 33, 283 f.; 37, 10, 13. Besonders eindeutig schimmert die Präponderanz der Strafverfolgung durch in BGHSt 35, 32, 34 = NJW 1988, 1223, 1224: „... darf ein Verfahrensfehler, der ein Verwertungsverbot für ein Beweismittel zur Folge hat, deshalb nicht ohne weiteres dazu führen, dass das gesamte Strafverfahren lahmgelegt wird“.

¹²⁵ Ähnlich liegt es bei zeugnisverweigerungsberechtigten Zeugen (im formalen Sinne der StPO), die von ihrem Verweigerungsrecht Gebrauch machen, aber entgegen § 252 StPO die Verwertung einer vorprozessualen Sachverständigenvernehmung gestattet, was die Rechtsprechung gestattet, vgl. BGHSt 45, 203 = NJW 2000, 596, 597 m. krit. Anm. *Fezer* JR 2000, 341; auch hier läuft das Konfrontationsrecht leer, auch hier verweist der BGH auf „den Grundsatz der Wahrheitserforschung“, im Hinblick auf welchen es

lässt sich die Frage nach der prozedural gebotenen Art und Weise der Wahrheitsfindung und dem der Rechtsanwendung zugrunde zu legenden materiell wahren Urteilssachverhalt von vornherein nicht unabhängig von der Verfahrensordnung beantworten. Entsteht demnach „richtige Erkenntnis nicht ausschließlich durch Verfahren, aber ganz sicher auch nicht ohne Verfahren“,¹³⁰ so kann das Postulat strafprozeduraler Verfahrensfairness (Art. 6 Abs. 1 EMRK), dessen Teilaspekt das Konfrontationsrecht aus Art. 6 Abs. 3 EMRK darstellt, nicht gegen die Pflicht zur Wahrheitserforschung – etwa im Sinne eines Zielkonfliktes¹³¹ – in Stellung gebracht und abgewogen werden. Wer hingegen glaubt, das Erfordernis der Einhaltung bestimmter schützender Verfahrensförmlichkeit in Abhängigkeit vom Verfahrensziel der Wahrheitsfindung bestimmen zu können, der macht den zweiten Schritt vor dem ersten, indem er Wahrheitserforschung betreibt, die überhaupt erst unter der Bedingung der Beachtung der schützenden Verfahrensförmlichkeiten stattfinden darf und kann.¹³²

Dass damit Aspekte der Verfahrensfairness von vornherein der Abwägung entzogen sind, die Einhaltung der Verfahrensfairness vielmehr den Rahmen bildet, innerhalb dessen sich materielle Wahrheit und Gerechtigkeit ausschließlich verwirklichen können, wird in der Rechtsprechung stets übersehen; hier dürfte letztlich der Geburtsfehler der Beweiswürdigungslösung liegen. So wird der Umstand, dass im Bereich der unkonfrontierten Mitbeschuldigtenaussagen der Gesetzgeber geschwiegen hat und sich Art. 6 Abs. 3 lit. d EMRK keine (etwa § 136a Abs. 3 S. 2 StPO vergleichbare) ausdrückliche Anordnung eines Beweisverwertungsverbotes entnehmen lässt, von der deutschen Revisionsrechtsprechung unter Verkennung der menschenrechtlichen Vorgaben zum Anlass genommen, eine eindeutige Stellungnahme im Sinne eines Beweisverwertungsverbotes zu vermeiden. Das BVerfG hat die „Beweiswürdigungslösung“ jüngst für verfassungsgemäß erklärt, in dem es ausgeführt hat:

„Verfassungsrechtlich ist diese „Beweiswürdigungslösung“ angesichts der für die Rechtsstaatlichkeit des

ein Erkenntnisssystem“, mit dem „fast alle prozeduralen Rechte des Beschuldigten ... in Verbindung“ stünden. Zum damit angesprochenen Stellenwert der „Verfahrensgerechtigkeit“ im Allgemeinen vgl. etwa *Röhl/Röhl*, Allgemeine Rechtslehre, 3. Aufl. 2008, § 65.

¹³⁰ *Renzikowski*, in: Festschrift für Lampe (2003), S. 791, 800.

¹³¹ Vgl. *Esser JR* 2005, 248, 254, der von einem „echten Zielkonflikt“ zwischen dem „Gebot einer effektiven Verteidigung“ und der „Effektivität der Strafverfolgung“ spricht und dessen Erwägung, ein striktes Beweisverwertungsverbot hinsichtlich unkonfrontierter belastender Mitbeschuldigten „brächte zwangsläufig die Gefahr materiell fehlerhafter Strafurteile mit sich“, wie *Esser* selbst sieht, „nicht den Verzicht auf ein justizförmiges Verfahren rechtfertigt“; tendenziell anders, aber nicht grundsätzlich gegen die Beweiswürdigungslösung nun *ders.* *NStZ* 2007, 106.

¹³² Vgl. *Rieß*, in: Brüssow/Gatzweiler/Krekeler/Mehle (Hrsg.), *Strafverteidigung in der Praxis*, Band 1: Grundlagen des Strafverfahrens, 3. Aufl. (2004), § 13 Rn. 29: Das korrekte Verfahren sei „eine Bedingung der richtigen Entscheidung“; ähnlich auch *Neumann*, in: *KritV* (Hrsg.), Sonderheft zum 60. Geburtstag von Winfried Hassemer (2000) S. 158 m. Fn. 36.

Verfahrens zentralen Idee der Gerechtigkeit, an der sie sich orientiert und an der sich jedwede Rechtspflege messen lassen muss ..., nicht zu beanstanden.“¹³³

Andernorts, aber ebenfalls mit Bezug zur „Beweiswürdigungslösung“ heißt es noch deutlicher:

„Hierbei handelt es sich um Erwägungen, die die Funktionstüchtigkeit der Strafrechtspflege in den Blick nehmen und daher geeignet sind, das aus dem Fairnessgebot folgende Fragerecht des Beschuldigten zu begrenzen“.¹³⁴

In beiden eher beiläufig vorgetragenen, nicht weiter begründeten Bemerkungen kommt zum Ausdruck, dass die „Beweiswürdigungslösung“ „materiell in der richterlichen Sicht des Verhältnisses von effektiver Strafverfolgung und fairem Verfahren und im damit zusammenhängenden Selbstverständnis des Inquisitionsprozesses“ wurzelt.¹³⁵ Weil – ebenso wie der fair-trial-Grundsatz – auch die staatliche Verpflichtung zur Gewährleistung einer effektiven Strafrechtspflege aus dem Rechtsstaatsprinzip abgeleitet wird,¹³⁶ könnten beide – der „Idee der Gerechtigkeit“ wegen – miteinander abgewogen werden¹³⁷ bzw. einander begrenzen.¹³⁸ Zur Austarierung sei aus Gewaltenteilungsgründen primär der Gesetzgeber berufen.¹³⁹ Solange dieser schweigt, vermeidet die Rechtsprechung strikte Alles-oder-Nichts-Lösungen¹⁴⁰ und präferiert flexible Lösungen mit einer Interessenabwägung im Einzelfall – wie die „Beweiswürdigungslösung“. *Fezer* hat mit Recht darauf hingewiesen, dass die damit prinzipiell bestehende bleibende (vermeintliche) „Beweisbarkeit“ im Einzelfall von der Rechtsprechung als „sachgerecht“¹⁴¹ angesehen wird, weil damit die eindeutigen Auswirkungen eines Beweisverwertungsverbotes zugunsten der „Effektivität der Strafverfolgung“ relativiert werden können.¹⁴² Abgesehen davon, dass mit diesem völlig unbestimmten Begriff nur einige weitere Topoi in einer Zusammenschau der strafprozeduralen Ziele Wahrheit, Gerechtigkeit, Rechtssicherheit und effektiver Verbre-

¹³³ BVerfG Beschluss vom 23. Januar 2008 – 2 BvR 2491/07, Rn. 7 = HRRS 2008 Nr. 391 Rn. 7.

¹³⁴ BVerfG Beschluss vom 8. Oktober 2009 – 2 BvR 547/08, Rn. 25 = HRRS 2009 Nr. 1114 Rn. 25.

¹³⁵ *Renzikowski*, in: Festschrift für Mehle (2009), S. 529, 544.

¹³⁶ BVerfGE 33, 367, 383; 77, 65, 76.

¹³⁷ Vgl. z.B. *Kühne*, in: Löwe/Rosenberg, StPO, 26. Aufl. (2006), Einl. I Rn. 110; *Tettinger*, *Fairneß und Waffengleichheit* (1984), S. 66; andeutungsweise *Grabenwarter*, *Europäische Menschenrechtskonvention*, 2. Aufl. (2005), S. 332. Mit Recht krit. bis abl. *Renzikowski*, in: Festschrift für Lampe (2003), S. 791, 793 ff.; *ders.*, in: Festschrift für Mehle (2009), S. 529, 545 f.; *Niemöller/Schuppert AöR* 107 (1982), 387, 399 ff.; *Wolter*, in: 50 Jahre BGH, Festgabe aus der Wissenschaft, Band 4 (2000), S. 987 ff.

¹³⁸ *Rieß*, in: Löwe/Rosenberg, StPO, 25. Aufl. (1999), Einl. H Rn. 108.

¹³⁹ Etwa BVerfGE 57, 250, 276.

¹⁴⁰ Vgl. auch BGHSt 24, 239, 241 (zur Verletzung des Verzögerungsverbotes); 45, 321, 334 (zur konventionswidrigen Tatprovokation).

¹⁴¹ BGHSt 46, 93, 103: „... Beweiswürdigungslösung ... sachgerechter als ein Verwertungsverbot ...“

¹⁴² *Fezer*, in: Festschrift für Gössel (2002), S. 627, 639; ferner *Walther GA* 2003, 204, 219, die von einer „altbekannteren inquisitionstypischen Sichtweise“ spricht; zur Kritik ferner *Schleiminger*, *Konfrontation im Strafprozess* (Fn. 100), S. 241 ff.

chenbekämpfung zusammengefasst werden,¹⁴³ lässt sich auch konstatieren, dass hier eine eindeutige, in der höchstrichterlichen Rechtsprechung latent vorherrschende „Verurteilungspräponderanz“ durchschimmert, deren Berücksichtigung als verfahrensrechtsextern gebildete Überzeugung im Verfahren den Wert des Verfahrens als solches und seiner Förmlichkeiten desavouiert. Als „gerecht“ ausgegeben werden verfahrensrechtsextern erwünschte Verurteilungen, perhorresziert werden sachlich „ungerechtfertigte Freisprüche“, die es mit einer flexiblen Handhabung und der prinzipiellen Verwertbarkeit der unkonfrontierten Aussage (im hier besprochenen Fall des Mitangeklagten K.) zu verhindern gilt.¹⁴⁴ Wie sich insbesondere an der Argumentationsfigur der fehlenden staatlichen Verantwortlichkeit für das Konfrontationshinderinis, aber auch an der „Wachsweichheit“ der „Beweiswürdigungslösung“ und der sie stützenden Schleiflackerhetik des BVerfG zur „Idee der Gerechtigkeit“ zeigt, läuft dies darauf hinaus, dem Angeklagten ein Fehlverurteilungsrisiko aufzuerlegen,¹⁴⁵ das schon nach allgemeinen Regeln die Gesellschaft zu tragen hat¹⁴⁶ und das auch angesichts des in Art. 6 Abs. 3 lit. d EMRK zum Ausdruck gekommenen *Prinzips*¹⁴⁷ nicht zu Lasten des Angeklagten gehen darf. Um die mit dieser Unmethode verbundene Erosion von Verteidigungsrechten zu vermeiden, ist ein klar handhabbares Verbot der Verwertung von unkonfrontiert zustande gekommenen belastenden Mitbeschuldigtenaussagen unumgänglich.

cc) Ist folglich die „Beweiswürdigungslösung“ nach alledem schon ihrem Ansatz nach weder prinzipiell mit den Grundlagen des Strafprozesses vereinbar (oben bb)) noch – für den vorliegenden Fall relevant – die Verwertung einer unkonfrontierten belastenden *Mitbeschuldigtenaussage* der Erforschung der „materiellen Wahrheit“ überhaupt dienlich (aa)), so lässt sich ein Beweisverwertungsverbot für den vorliegenden Fall mit einem Blick auf die Grundlagen der Beweisverwertungsdogmatik legitimieren: Die Differenzierung zwischen gebundener primärer Beweiserhebungs- sowie sekundärer -verwer-

tungsebene einerseits und tertiärer freier Beweiswürdigungsebene andererseits soll sicherstellen, dass – etwa wegen Defiziten bei der Beweiserhebung (in casu: Fehlende Konfrontierbarkeit des K.) – in die tertiäre freie richterliche Beweiswürdigung bestimmte Erkenntnisse von vorneherein nicht einfließen, die, um es mit *Gleß* zu sagen, „infolge des Fehlens strenger Regeln (scil. der Beweiswürdigung) ... doch (maßgeblich) in der Urteilsfindung durchschlagen“,¹⁴⁸ obwohl man sie für die Urteilsfindung aus guten übergeordneten Gründen nicht maßgebend sein lassen möchte. Solche die Berücksichtigung auf der Beweiswürdigungsebene hindernden übergeordneten Gesichtspunkte sind im vorliegenden Fall darin zu finden, dass die Wahrheitserforschung die Verwertung unkonfrontierter belastender Mitbeschuldigtenaussagen nicht verlangt und es in einem auf Verdachtsklärung angelegten Strafverfahren auch sonst keinen sachlichen Grund für die mit der Verwertung verbundene Beeinträchtigung der Findung der materiellen Wahrheit und der Beschuldigtenrechte aus Art. 6 EMRK gibt. Die Konsequenz der Forderung des EGMR, dass eine konfrontationslos erlangte belastende Zeugenaussage in keiner Weise entscheidend oder maßgeblich sein darf, muss in der deutschen Beweisverwertungsdogmatik im Hinblick auf belastende Mitbeschuldigtenaussagen also ein Verwertungsverbot sein;¹⁴⁹ andernfalls würde „einer gewissen Kategorie von Zeugen (scil. hier einem geständigen mitbeschuldigten Belastungszeugen, J. D.-N.) Privilegien auf Kosten des Angeklagten ... eingeräumt werden. In diesem Fall gibt es daher nur die Alternative, dass die Zeugen in der Hauptverhandlung aussagten und sich damit bereit erklärten, auch von der Verteidigung befragt zu werden oder dass ihre Aussagen völlig unbeachtet bleiben“, hat es *Trechsel* in seinem Sondervotum zum Fall *Unterpertinger* auf den Punkt gebracht. Seiner Aussage ist nur hinzuzufügen, dass sie für die Konstellation des mitbeschuldigten Belastungszeugen erst recht Geltung beansprucht.

IV. Fazit

Der BGH hat eine gute Chance verstreichen lassen, die Vorgaben des EGMR zum Maßstab des Umgang der deutschen Tatgerichte mit dem Konfrontationsrecht zu erheben oder – besser noch – über diese hinausgehend und unter Anlegung des gebotenen eigenen nationalgerichtlichen Prüfungsmaßstabs gleich ein Verwertungsverbot bezüglich unkonfrontierter Mitbeschuldigtenaussagen zu statuieren, eine Option, an der ihn entgegenstehende EGMR-Rechtsprechung angesichts Art. 53 EMRK keinesfalls gehindert hätte. Anstatt dessen hat er sich einmal mehr hinter dem kategorienfehlerhaften Argument der Verfahrensgesamt Betrachtung verschanzt, dabei aber zusätzlich – gleichsam „doppelfehlerhaft“ – verkannt, dass man die Verwertung einer unkonfrontierten, mit einer institutionellen Belastungstendenz versehenen Aussage eines mitbeschuldigten Belastungszeugen kaum zum Bestandteil eines insgesamt (noch) fairen Verfahrens machen kann. Abzuwarten bleibt, ob

¹⁴³ Vgl. auch zum ähnlich gestrickten Begriff der „Funktionsfähigkeit der Rechtspflege“ *Spaniol*, Das Recht auf Verteidigerbeistand im Grundgesetz und in der Europäischen Menschenrechtskonvention (1990), S. 236 ff.

¹⁴⁴ Vgl. *Kunert* NStZ 2001, 217 („Sorge vor dem unberechtigten Freispruch eines Schuldigen“).

¹⁴⁵ Zur (Verfahrens-)„Gerechtigkeit im Fehlerurteil“ und zur Schlussfolgerung, dass (gemessen an dem Vergleichsbegriff der materiellen Wahrheit) ein freisprechendes „Fehlerurteil“ im Strafverfahren sozusagen institutionell verankert ist, s. *Trechsel* ZStR 118 (2000), 1, 5, 10 ff.

¹⁴⁶ *Wohlers*, in: Festschrift für *Trechsel* (2002), S. 813, 826 ff.; so auch zur Parallelproblematik der Abwälzung von staatlichen Geheimhaltungsinteressen bei V-Leuten auf den Angeklagten und dessen Verteidigungsinteressen *Grünwald*, in: Festschrift für *Dünnebieber* (1982), 347, 362.

¹⁴⁷ Vgl. auch *Gaede*, Fairness als Teilhabe (Fn. 19), S. 735 m.w.N. in Fn. 225, der darauf hinweist, dass Art. 6 EMRK einer Zuweisung von Fehlverurteilungsrisiken zum Angeklagten gerade ausschließt; s.a. *Trechsel* AJP 2000, 1366, 1369, nach dem die Abweichungen von der Regel des Art. 6 Abs. 3 lit. d EMRK „einer Begründung, einer Rechtfertigung“ bedürfen; in der Sache geht es um die Deutung des Konfrontationsrechts als eines Prinzips im *Alexys*chen Sinne (Recht, Vernunft, Diskurs [1995], S. 225 f.), aus dem ein Optimierungsgebot fließt, also um eine Argumentationslastregel.

¹⁴⁸ *Gleß* NJW 2001, 3606, 3607, die hierin den entscheidenden Kern der „Justizförmigkeit der Beweiserhebung“ sieht.

¹⁴⁹ Hierhin allgemein tendierend auch *Gaede*, Fairness als Teilhabe (Fn. 19), S. 733 ff.

sich der EGMR mit dem vorliegenden Fall befassen muss und wie der Gerichtshof gegebenenfalls auf der Basis der Gesamtbetrachtungsdoktrin entscheiden wird; jedenfalls für die vorliegende Sonderkonstellation der Verwertung einer unkonfrontiert zustande gekommenen Mitangeklagtenaussage spricht auch unter Berücksichtigung des reduzierten Prüfungsmaßstabs des EGMR nichts gegen ein Beweisverwertungsverbot von Konventionen wegen. Insbesondere läge hierin auch keine unzulässige Einmischung in das Beweisrecht der Bundesrepublik Deutschland. Denn um einschätzen zu können, ob ein nationalstaatliches Tatgericht einer unkonfrontierten Aussage entscheidende Bedeutung beigemessen hat, muss der EGMR ja ohnehin einen eigenen „Beweiswürdigungsakt nach Aktenlage“ vornehmen, und es ist sehr fraglich, ob die praeter conventionem entwickelten sehr detaillierten Vorgaben, derer sich der Gerichtshof zur Prüfung eines Konfrontationsverstößes bedient, wirklich einen weniger einschneidenden Eingriff in das deutsche Beweisrecht bedeutet als die „klare Kante“ eines Beweisverwertungsverbotes.¹⁵⁰ Dem deutschen Beweisrecht mitsamt seiner freien richterlichen Beweiswürdigung (§ 261 StPO) sind Beweiswürdigungsvorgaben im Sinne von Beweisregeln eben wesentlich fremder als Beweisverwertungsvorgaben.¹⁵¹

¹⁵⁰ Eine solche Sicht klingt an im Sondervotum *Thor Vilhjálmsson* zum Fall *Artner*, EuGRZ 1992, 477: „... führt die Auslegung dieser Bestimmung unseren Gerichtshof sozusagen auf verbotenes Terrain, nämlich in das Gebiet der Beweiswürdigung, welches den nationalen Gerichten vorbehalten werden sollte (kursive Hervorhebung vom Verfasser).“

¹⁵¹ Vgl. auch *Mosbacher* JuS 2007, 724, 727 f., der von einem „eher systemfremden Einbruch in den das deutsche Straf-

Darüber hinaus ist der EGMR von der Etablierung eines Beweisverwertungsverbotes de facto seit der Entscheidung im Fall *Al-Khawaja* und *Tahery* ohnehin nicht mehr weit entfernt; ein kleiner, wenn auch mutiger Schritt in Straßburg bedeutete einen großen Schritt für die Beschuldigtenrechte in der Bundesrepublik Deutschland, deren Tat- und Revisionsgerichte zur Durchsetzung ihrer verfahrensrechtsextern zustande gekommenen Schuldüberzeugungen nicht mehr die „Beweiswürdigungslösung“ vorschieben könnten. Und schließlich hätte ein Beweisverwertungsverbot für die Verteidigung – und die Strafverfahrenskultur insgesamt – den angenehmen Nebeneffekt, dass in gegen mehrere Beteiligte geführten Absprachenprozessen die Anzahl der unwürdigen „Wettrennen um das erste Geständnis“ abnehmen dürfte,¹⁵² wenn sich der Wert eines vorausseilend abgegebenen belastenden Mitbeschuldigtengeständnisses erst in der Feuerprobe der Konfrontation erweisen muss; die Absprachenerfüllung wäre in vielen Fällen abhängig von der Abgabe einer vollumfänglichen, also konfrontierbaren Aussage. Weil dies auch der Wahrheitsfindung dienlich wäre, müssten sich eigentlich auch die die Gralshüter der „materiellen Wahrheit“ an den Bundesgerichten dem hier verfochtenen Standpunkt anschließen können.

prozessrecht bestimmenden Grundsatz der freien Beweiswürdigung“ spricht.

¹⁵² Vgl. zu „Beschuldigungen durch Beschuldigte“, der „Verlockung zur (Un)wahrheit“ und den dahinter stehenden rechtstatsächlichen motivations- und aussagepsychologischen Aspekten *Jansen*, in: *Festschrift für Hamm* (2008), S. 227 ff.

Aufsätze und Anmerkungen

Skimming als Ausspähen von Daten gemäß § 202a StGB?

Zugleich Anmerkung zu BGH HRRS 2010 Nr. 173

Von Wiss. Mit. Goya Gräfin Tyszkiewicz, LL.B., Bucerius Law School, Hamburg

I. Einleitung

Der Tatbestand des Ausspähens von Daten gemäß § 202a StGB stellt einen Kerntatbestand des sog. Computerstrafrechts dar, das mit dem 2. WiKG im Jahre 1986 Einzug in das StGB erhalten hat.¹ Die kriminalpolitische Bedeutung des § 202a StGB wird eher als gering eingeschätzt, auch sind höchstrichterliche Entscheidungen rar gesät.² Jedoch lässt sich in den vergangenen Jahren ein sehr deutlicher

Anstieg in der Anzahl der verfolgten Taten nach § 202a StGB³ anhand der polizeilichen Kriminalstatistik (PKS)⁴ verzeichnen. Sie stieg von 538 im Jahre 2000⁵ auf 7.727 im Jahre 2008.⁶ Das von § 202a StGB geschützte Rechtsgut liegt nach überwiegender Auffassung im formellen

³ Seit 2007 einschl. der neu eingefügten §§ 202b, 202c.

⁴ Abrufbar unter www.bka.de ab 1997, eingeschränkt ab 1987.

⁵ <http://www.bka.de/pks/pks2000/index2.html>.

⁶ http://www.bka.de/pks/pks2008/download/pks2008_imk_kurzbericht.pdf.

¹ BT-Drucks. 10/5058.

² Vgl. *MüKo-Graf*, StGB, Band 3 (2003), § 202a Rn. 4.

Verfügungsrecht an den Daten.⁷ Es darf jedoch vermutet werden, dass die Verwirklichung des § 202a StGB in der Regel für die Täter mit Interessen verbunden ist, die über die bloße Verletzung fremder Verfügungsrechte hinausgeht. Häufig sind mit Daten auch wirtschaftliche Werte verbunden,⁸ so dass deren Erlangung sich eher als Zwischenziel zu einer später angestrebten Bereicherung darstellt. So verwundert es nicht, dass § 202a StGB insbesondere im Zusammenhang mit der illegalen Beschaffung von Bankdaten thematisiert wird. Besondere Aufmerksamkeit hat in der strafrechtlichen Literatur in den letzten Jahren z.B. das sog. *Phishing*⁹ erfahren, in Zuge dessen die Täter mittels e-Mails und gefälschter Webseiten Teilnehmer am Online-Banking dazu veranlassen, ihre Zugangsdaten und TANs (Transaktionsnummern) einzugeben.

Wer jedoch meint, der Zugriff auf fremde Bankdaten und -Konten erfolge allein im virtuellen Bereich, irrt. Der Zugriff auf fremde Bankkonten erfolgt vielfach mittels gefälschter Zahlungskarten, die mit den Daten einer tatsächlich existierenden, von einem Kreditinstitut ausgegebenen Zahlungskarte beschrieben wurden. Dabei können die Täter sich die Daten auf unterschiedliche Weise beschaffen. Zum einen ist denkbar, dem Inhaber der Karte selbige abzunehmen oder ihm die einschlägigen Informationen z.B. durch Drohung zu entlocken. Dies bedeutet für die Täter jedoch notwendigerweise die Herstellung eines Kontakts mit dem Opfer, was nicht nur den Aufwand, sondern auch das Entdeckungsrisiko erhöht. „Durchgesetzt“ hat sich daher in der „kriminellen Szene“ ein Verfahren, das unter Fachleuten als *Skimming* bezeichnet wird¹⁰ und im strafrechtlichen Schrifttum bislang kaum Beachtung gefunden hat. Der folgende Beitrag gibt zunächst einen Überblick über die Vorgehensweise beim *Skimming*. Danach wird er im Rahmen einer kritischen Auseinandersetzung mit der Rechtsprechung des BGH die Frage untersuchen, inwieweit das *Skimming* vom Tatbestand des Ausspähens von Daten gemäß § 202a StGB und gegebenenfalls vom Vorbereitungsdelikt gemäß § 202c StGB erfasst wird.

⁷ Vgl. BGH NStZ 2005, 566; Lenckner, in: Schönke/Schröder, StGB, 27. Aufl. (2006), § 202a Rn. 1; SK-Hoyer, StGB, 56. Lfg., 7. Aufl. (2003), § 202a Rn. 1; Lackner/Kühl, StGB, 26. Aufl. (2007) Rn. 1; LK-Schünemann, StGB, 11. Aufl. (2000), § 202a Rn. 2.

⁸ Hieraus ergibt sich auch die Uneinigkeit, die bez. des Rechtsguts des § 202a herrscht. Haft NStZ 1987, 6, 9 f. sieht z.B. das Vermögen als von § 202a geschütztes Rechtsgut und beschränkt dadurch den Tatbestand von vorne herein auf Daten, denen ein wirtschaftlicher Wert zukommt. Zum Streitstand NK-Kargl 3. Auflage (2010) § 202a Rn. 3 f.

⁹ Vgl. Zur Strafbarkeit des *Phishing* Weber HRRS 2004, 406 ff.; Graf NStZ 2007, 129 ff.; Goeckenjan, wistra 2009, 47 ff.; Seidl/Fuchs HRRS 2010, 85 ff.

¹⁰ Zur Funktionsweise des *Skimming* <http://www.heise.de/security/artikel/Manipulierte-Geldautomaten-270934.html>, sehr detailliert <http://www.cyberfahnder.de>; auch LG Hannover Urteil vom 17.11.2009 – 33 Kls 14/09.

II. Der Begriff des sog. *Skimming* und die klassische Vorgehensweise

Um an die Daten, die auf einer EC-Karte gespeichert sind, heranzukommen, verwenden die Täter (hier als *Skimmer* bezeichnet) Magnetkartenlesegeräte. Diese sind ohne großen technischen und finanziellen Aufwand im freien Handel zu beschaffen. Die Kartenlesegeräte werden optisch dergestalt verändert, dass sie den Eindruck erwecken, es handele sich um bloße Karteneinzugsvorrichtungen von Geldautomaten oder an Eingangstüren zu Bankfilialen. Anschließend werden die Lesegeräte auf dem Einzug eines Geldautomaten oder einer Eingangstür montiert. Jeder Karteninhaber, der sich unter Einsatz seiner Karte Zutritt zur Filiale verschaffen oder Geld abheben möchte, legt seine Karte in den Einzug. Die Karte wird eingezogen und so, bevor sie in die Datenverarbeitungsanlage der Bank gerät, vom Gerät des Täters ausgelesen und die ausgelesenen Daten vom Täter gespeichert. Einem durchschnittlich aufmerksamen Bankkunden wird die Manipulation am Automaten oder im Eingangsbereich der Bank nicht auffallen.

Ohne die dazugehörige PIN (Persönliche Identifikationsnummer) sind die Daten für die Täter kaum nutzbar, da sie im sog. EC-Cash-Verfahren zum Abheben von Geld immer erforderlich ist. Sie ermöglicht die Authentifizierung, d.h. erst nach ihrer Eingabe werden die im Netzwerk hinterlegten Kontoinformationen (Kontostand, Abgleich mit dem geforderten Betrag) freigegeben, so dass die Auszahlung möglich wird. Entgegen einer weit verbreiteten Annahme ist die PIN jedoch nicht auf der Karte gespeichert. Sie dient daher gerade nicht dem Schutz der auf der Karte gespeicherten Daten. Beim *Skimming* wird die PIN in den meisten Fällen über eine kleine Funkkamera ausgespäht, die am Geldautomaten montiert ist und kleiner sein kann als ein Stecknadelkopf.¹¹ In anderen Fällen werden Tastenfeld-Attrappen eingesetzt, die über das Eingabefeld des Geldautomaten geklebt werden und so die Tastendrücke aufzeichnen. Letztgenannte Variante wird aufgrund des Installationsaufwandes nur selten verwendet und soll in den folgenden Erörterungen außer Betracht bleiben.

Mit einem höchstwahrscheinlich klassischen Fall des *Skimming* hatte sich in der vorgenannten Entscheidung auch der 4. Strafsenat des BGH zu befassen.¹² Die Angeklagten hatten falsche Zahlungskarten hergestellt (vgl. §§ 152a, 152b StGB). Hierfür hatten sie sich auf fremden Zahlungskarten gespeicherte Daten verschafft, die PIN ausgespäht und anschließend Kartendubletten erstellt. Inhaltlich setzte sich der Senat mit der Frage auseinander, ob bereits das bloße Auslesen der Daten von dem Magnetstreifen der Karte sowie die Erlangung der PIN über eine Videokamera den Tatbestand des § 202a StGB erfüllen. Dieser Frage soll im Folgenden unter Bezugnahme auf den Beschluss nachgegangen werden.

¹¹ http://www.mt-online.de/lokales/polizeiticker_minden/3359231_Mit_Spionage-Kamera_Bankdaten_ausgespaehet_Foto.html.

¹² Vgl. BGH Beschluss vom 14. Januar 2010 – 4 StR 93/09 = HRRS 2010 Nr. 173.

III. Ausspähen der Daten auf dem Magnetstreifen einer EC-Karte gemäß § 202a StGB?

Der Tatbestand des § 202a StGB setzt neben der Dateneigenschaft der Tatobjekte voraus, dass diese Daten nicht für den Täter bestimmt sind *und* gegen unberechtigten Zugang besonders gesichert sind. Der Täter muss sich unter Überwindung der Zugangssicherung die Daten oder den Zugang zu ihnen verschaffen. Der Tatbestand ist mithin als Erfolgsdelikt ausgestaltet.¹³

1. Besondere Sicherung der Daten auf dem Magnetstreifen

Dem 4. Senat zufolge sind die auf der EC-Karte gespeicherten Daten¹⁴ nicht besonders gegen unberechtigten Zugriff gesichert. Sie müssten lediglich mittels eines handelsüblichen Lesegeräts und entsprechender Software ausgelesen werden. Dass die Informationen ohne derartiges Gerät nicht wahrnehmbar sind, würde lediglich die Dateneigenschaft iSd § 202a II StGB bestätigen, eine besondere Sicherung gegen unberechtigten Zugang sei hiermit nicht verbunden, der Tatbestand des § 202a StGB folglich nicht erfüllt.

Der Begriff des Datums ist im StGB nicht legaldefiniert, sondern wird in § 202a II StGB vorausgesetzt.¹⁵ Einigkeit besteht jedoch in Rechtsprechung und Schrifttum, dass es sich bei Daten um Informationen handeln muss, die in einer Weise codiert sind, dass sie für eine automatische Verarbeitung verwendet werden können.¹⁶ Dieser Begriff des Datums findet im Rahmen des § 202a II StGB eine zweifache Einschränkung: Zum einen dürfen die Daten nicht unmittelbar wahrnehmbar sein.¹⁷ Damit scheiden z.B. manuell erstellte Datensammlungen aus und solche, die unmittelbar visuell wahrnehmbar sind. Zudem müssen Daten im Sinne des § 202a II StGB gespeichert sein oder übermittelt werden, sie müssen damit erfasst, aufgenommen oder aufbewahrt werden.¹⁸

¹³ In der Variante des Verschaffens von Daten sogar als Verletzungsdelikt, vgl. MüKo-Graf (Fn. 2), § 202a Rn. 3; auch SK-Hoyer (Fn. 3), § 202a Rn. 11 ff. Zu bemerken ist noch, dass der Gesetzgeber mit der Einführung des § 202a eine Lücke für die Fälle schließen wollte, in denen wegen fortschreitender Technisierung § 202 ff. nicht mehr zum Zuge kommen konnten. Die Einordnung in den 15. Abschnitt des StGB („Verletzung des persönlichen Lebens- und Geheimnisbereichs“) erscheint unter diesem Aspekt zwar konsequent, war aber, wie ein Blick auf andere Rechtsordnungen zeigt, keineswegs zwingend. Im Schweizerischen StGB findet sich der entsprechende Tatbestand in Art. 143 in unmittelbarer Nähe zum Diebstahl (Art. 139) und anderen Vermögensdelikten.

¹⁴ Die PIN stellt im Übrigen auch kein Datum iSd § 202a II StGB dar, da sie im Augenblick ihrer Eingabe nicht in der erforderlichen Weise gespeichert ist.

¹⁵ Lenckner, in: Schönke/Schröder (Fn. 7), § 202a Rn. 2.

¹⁶ Vgl. SSW-Hilgendorf, StGB, (2009), § 268 Rn. 5, Fischer, StGB, 57. Aufl. (2009), § 268 Rn. 4; LK-Schünemann (Fn. 7), § 202a Rn. 3.

¹⁷ Vgl. statt vieler Lenckner, in: Schönke/Schröder (Fn. 7), § 202a Rn. 4.

¹⁸ Lenckner, in: Schönke/Schröder (Fn. 7), § 202a Rn. 4.

Der Magnetstreifen einer EC-Karte enthält drei sog. Spuren. Die erste kann mit alphanumerischen Datensätzen, die zweite und dritte nur mit numerischen Datensätzen beschrieben werden. Für den Beschreibungsvorgang ist eine Codierung der Informationen erforderlich. Herangezogen wird dafür ein Code,¹⁹ der einheitlich für Datenspeicherungen auf handelsüblichen Magnetstreifen verwendet wird. Nach der abgeschlossenen Beschreibung enthält der Magnetstreifen der EC-Karte folgende Informationen²⁰: Den Benutzernamen und dessen Kontonummer (die gleichzeitig die EC-Kartenummer ist), den Landescode und die Gültigkeitsdauer. Zudem befindet sich auf der dritten Spur eine verschlüsselte Sicherungsnummer. Diese Sicherungsnummer entspricht *nicht* der PIN. Sie ist jedoch der PIN dergestalt zugeordnet, dass sie als Referenzinformation bei der erforderlichen Authentifizierung am Geldautomaten durch Eingabe der PIN fungiert.

Die auf dem Magnetstreifen gespeicherten Informationen werden bei Einsatz der Karte einem Datenverarbeitungsprozess zugeführt und sind aufgrund ihrer (dauerhaften) Speicherung auf dem Magnetstreifen nicht unmittelbar wahrnehmbar, es handelt sich somit um Daten im Sinne des § 202a II StGB.

Die Verwirklichung des Tatbestandes § 202a StGB setzt jedoch *zusätzlich* voraus, dass die einschlägigen Daten gegen unberechtigten Zugang besonders gesichert sind. Dies ist der Fall, wenn Vorkehrungen getroffen sind, die objektiv geeignet und vom Berechtigten dazu bestimmt sind, den Zugriff auf die Daten auszuschließen oder zumindest erheblich zu erschweren. Der Berechtigte muss durch die Sicherung sein besonderes Interesse an der Geheimhaltung dokumentieren.²¹

Da die Beschreibung von EC-Karten nach dem Standard erfolgt, der für alle Magnetstreifen gilt, ist die Auslesung der Daten mittels eines handelsüblichen Lesegeräts in der Tat unproblematisch möglich. Es mangelt damit bereits an einer Eignung der Codierung, den unbefugten Zugriff auszuschließen oder erheblich zu erschweren. Den Daten ist ihre Entschlüsselbarkeit nach der Art ihrer Codierung bereits immanent. Da die Codierung notwendiger Bestandteil des Speichervorgangs ist, beruht auf ihr – wie der BGH zu Recht ausführt – erst die Dateneigenschaft der gespeicherten Informationen. Auch bezüglich der Sicherungsnummer ergibt sich nichts anderes: Im verschlüsselten Zustand kann auch sie durch jedes herkömmliche Kartenlesegerät ausgelesen werden. Da die Entschlüsselung erst im Rahmen der Transaktion, z.B. dem Geldabheben, erfolgt, ist eine Übertragung im verschlüsselten Zustand auf eine Dublette für die Zwecke des Täters ausreichend. Eine Zugangssicherung kann auch nicht darin gesehen werden, dass zum Auslesen des Magnetstreifens erst ein technisches Gerät beschafft

¹⁹ Ein sog. Zweiphasenmarkierungscode (auch Biphasen-Mark-Code), vgl. <http://de.wikipedia.org/wiki/Biphase-Mark-Code>. Zum Erfordernis einer Codierung NK-Kargl, StGB, 3. Aufl. (2010), § 202a Rn. 4.

²⁰ <http://www.itwissen.info/definition/lexikon/EC-Karte-EC-smartcard.html>.

²¹ BT-Drucks 10/5058, S. 29; Fischer (Fn. 16), § 202a Rn. 9; LK-Schünemann (Fn. 7), § 202a Rn. 14 f.

werden muss. Auch hierin liegt keine erheblich zu nennende Erschwerung des Zugriffs. Für die Wahrnehmbarkeit eines Datums im Sinne von § 202 II StGB muss stets ein technisches Gerät beschafft werden, das eine Decodierung leistet. Das zusätzliche Merkmal der besonderen Sicherung würde bei einem anderen Verständnis leerlaufen. Dem BGH ist damit uneingeschränkt beizupflichten, dass die auf dem Magnetstreifen gespeicherten Daten nicht besonders gegen unberechtigten Zugang gesichert sind. Sie sind damit kein taugliches Tatobjekt im Sinne des § 202a StGB.

2. Keine Entscheidung in der Sache

Im Ergebnis hat der 4. Strafsenat jedoch keine Entscheidung in der Sache getroffen. Das Landgericht hatte die Angeklagten u.a. wegen Ausspähens von Daten gemäß § 202a StGB und u.a. wegen Fälschens von Zahlungskarten mit Garantiefunktion gemäß § 152b StGB verurteilt. Der 4. Strafsenat änderte den Schuldspruch dahingehend, dass die Verurteilungen wegen Ausspähens von Daten entfielen, da er die Taten nach § 202a StGB gemäß § 154a I Nr. 1, II StPO von der Verfolgung ausnahm. Da das Landgericht die – mehrfache – Verwirklichung des § 202a StGB ausdrücklich strafscharfend gewürdigt hatte, sah der Senat sich genötigt, den gesamten Strafausspruch aufzuheben und zur neuen Verhandlung und Entscheidung an das Landgericht zurück zu verweisen.

Dies ist bemerkenswert, da sich den Ausführungen des Senats, die ein reines *obiter dictum* darstellen, eindeutig entnehmen lässt, dass er den Tatbestand des § 202a StGB durch das Verhalten der Angeklagten als nicht verwirklicht ansah. Der Senat erklärt seine Vorgehensweise vor dem Hintergrund einer abweichenden Rechtsprechung zu § 202a StGB des 3. Strafsenats aus dem Jahre 2005.²² Eine Entscheidung in der Sache des 4. Senats hätte ein Anfrageverfahren gemäß § 132 III GVG sowie unter Umständen eine anschließende Anrufung des Großen Senats gemäß § 132 II GVG erfordert. Dies würde eine erhebliche Verzögerung nach sich ziehen. Darüber hinaus falle die angedrohte Freiheitsstrafe des § 202a von bis zu drei Jahren gegenüber dem Verbrechen des § 152b StGB, der Fälschung von Zahlungskarten mit Garantiefunktion (das durch dieselbe Tat im prozessualen Sinne verwirklicht wurde) nicht beträchtlich ins Gewicht. Aus diesen Gründen habe der Senat von einer Klärung der Rechtsfrage abgesehen.

In der Tat hatte sich der 3. Strafsenat im Jahre 2005 ebenfalls mit einem klassischen Fall des *Skimming* zu befassen und die rechtliche Würdigung der Vorinstanz, dass hierdurch der Tatbestand des § 202a StGB verwirklicht sei, nicht beanstandet. Er hat sie durch seine Ausführungen zu den Konkurrenzen zu anderen Tatbeständen sogar bestätigt. Eine Divergenz, wie sie von § 132 GVG gefordert wird,²³ ließe sich damit feststellen. Dass ein Anfrageverfahren und ggf. die Anrufung des Großen Senats eine erhebliche Verzögerung nach sich gezogen

hätte, soll hier ebenso wenig bestritten werden, wie die Erwägungen des Senats, dass § 202a StGB gegenüber dem Verbrechen des § 152b StGB nicht erheblich ins Gewicht fällt. Der 4. Senat hat durch die Anwendung des § 154a StPO aber immerhin den Strafausspruch aufgehoben und die Sache an das Landgericht zurück verwiesen, ohne einen *entscheidungserheblichen Rechtsfehler* feststellen zu können. Ein klassischer Revisionsgrund gemäß § 337 StPO lag damit nicht vor. Angesichts der erheblichen Verzögerungen, die mit einem Anfrageverfahren und den daraus entstehenden Nachteilen für den Angeklagten verbunden gewesen wären, erscheint die Entscheidung des Senats zwar nachvollziehbar. Offenbar bestehen grundsätzlich weder in der Rechtsprechung²⁴ noch im Schrifttum²⁵ Bedenken gegen eine derartige Vorgehensweise. In der Sache werden damit allerdings die Befugnisse des Revisionsgerichts zu Lasten des Tatgerichts nicht unerheblich ausgedehnt. Dem Angeklagten wird hierdurch die Möglichkeit eines Freispruchs von der vorgeworfenen Gesetzesverletzung (seine Zustimmung ist bei einer Ausnahme nach § 154a II StPO gerade nicht erforderlich) genommen. Zudem hat die eindeutige inhaltliche Positionierung des 4. Senats ein hohes Maß an Rechtsunsicherheit geschaffen, da auch die anders tendierende Entscheidung des 3. Senats weiterhin im Raum steht. Diese Unsicherheit wird langfristig nur durch ein Anfrageverfahren bzw. eine Anrufung des Großen Senats beseitigt werden können, in der sich nach der obigen Analyse die Auffassung des 4. Senats durchsetzen sollte. Zuletzt ist anzumerken, dass § 132 GVG in den Fällen, in denen ein Senat von der Rechtsprechung eines anderen Senats abweichen will, eine *Vorlagepflicht* (und eine vorherige *Anfragepflicht*) statuiert.²⁶ Die Lösung, den einschlägigen Tatbestand gemäß § 154a StPO von der Verfolgung auszunehmen vermeidet eine Abweichung im engeren Sinne, wie sie für ein Verfahren nach § 132 GVG erforderlich ist. Damit sprechen zwar gute Gründe im vorliegenden Fall gegen eine Vorlagepflicht. Stellte man sich jedoch auf den gegenteiligen Standpunkt, weil man § 154a StPO für überdehnt hält, so könnte man in dem Vorgehen des 4. Senats eine Umgehung dieser Pflicht erblicken, die den Angeklagten seinem gesetzlichen Richter, Art. 101 I 2 GG, entzieht.²⁷

IV. Ausspähen der Kontodaten durch Erlangung der Informationen auf dem Magnetstreifen der Karte

Der 4. Strafsenat hat sich in seinem Beschluss ausschließlich auf die Frage konzentriert, ob der Tatbestand des § 202a StGB durch das Auslesen der Daten auf dem Magnetstreifen erfüllt sei *und* sich in seinen Ausführungen auf die auf der Karte gespeicherten Daten als in Frage kommende Tatobjekte beschränkt. Erweitert man das Blickfeld auf die Einsatzmöglichkeiten der erlangten

²⁴ Vgl. z.B. BGH 4 StR 172/03; den Hinweis bei Rieß NStZ 1982, 49, 51 (Fn. 19).

²⁵ Vgl. KK-Schoreit, StPO, 6. Aufl. (2008), § 154a Rn. 14; Pfeiffer, StPO, 5. Aufl. (2005), § 154a Rn. 11.

²⁶ Vgl. KK-Hannich (Fn. 26), § 132 GVG Rn. 4; auch Müko-Zimmermann (Fn. 24), § 132 GVG Rn. 6.

²⁷ Vgl. BVerfGE 3, 359, 364; auch jüngst BVerfG NStZ 2009, 560 = HRRS 2009 Nr. 558.

²² Vgl. BGH Urteil vom 10. Mai 2005 – 3 StR 425/04, HRRS 2005 Nr. 513 = NStZ 2005, 566.

²³ Vgl. zu den Voraussetzungen einer Abweichung Müko-Zimmermann, ZPO, 3. Aufl. (2007), § 132 GVG Rn. 8.

Daten, kommt eine Verwirklichung des Tatbestandes durch das Auslesen auch unter einem anderen Aspekt in Betracht.

In dem Augenblick, in dem der *Skimmer* die Karten-Daten und die PIN durch das Auslesen/Filmen erhält, verfügt er über alle nötigen Voraussetzungen, um an Kontoinformationen zu gelangen, die ausschließlich dem Kontoinhaber und seiner Bank zustehen. Der Täter muss lediglich die Kartendaten auf einen Kartenrohling (sog. *White Plastic*) überspielen, um Geld abheben zu können²⁸ – ein Vorgang, der nur Minuten dauert. Jeder Vorgang des Geldabhebens erfordert einen Datenaustausch. Sobald die EC-Karte (oder die Dublette) durch den Kartenleser in das Terminal gezogen wird, baut der Geldautomat über die Kopfstellen der Verbände eine Verbindung zum Autorisierungssystem der Kundenbank auf. Im Rahmen dieses Autorisierungssystems wird die Karte gegen eine Sperrdatei und die eingegebene PIN (anhand der Sicherheitsnummer) auf Plausibilität geprüft. Schließlich wird der vom Benutzer eingegebene Zahlbetrag dem Kontostand (Guthaben und Dispokredit) des Kontoinhabers gegenübergestellt.²⁹ Fällt die Prüfung eines Punktes negativ aus, wird die Zahlung abgewiesen. Insbesondere die Gegenüberstellung des Kontostandes mit dem eingegebenen Zahlbetrag könnte mit Blick auf § 202a StGB Relevanz erlangen. Denn in dem Augenblick, in dem die Zahlung freigegeben wird, erhält der Täter automatisch die Information, dass sein gewünschter Zahlbetrag vom Konto des Karteninhabers gedeckt war. Bei unbefangener Betrachtung könnte man daher geneigt sein, das Auslesen der Daten vom Magnetstreifen und das Filmen der PIN als Zugangverschaffung zu den Kontoinformationen zu werten, denn damit könnten die PIN und die Daten auf dem Magnetstreifen als besondere Sicherung gegen unberechtigten Zugang überwunden worden sein.

Die Tatbestandsvariante der Zugangverschaffung wurde erst 2007 in die Vorschrift des § 202a StGB aufgenommen.³⁰ Dies geschah in erster Linie in Umsetzung EG-rechtlicher Vorgaben.³¹ Die *Zugangverschaffung* zu Daten unterscheidet sich von der Variante der *Verschaffung von Daten* dahingehend, dass eine tatsächliche Herrschaftserlangung z.B. durch Speicherung oder Kenntnisnahme der Daten nicht erforderlich ist. Insbesondere soll mit dieser Variante das sog. *Hacking* erfasst werden, das der Gesetz-

geber bei Schaffung des § 202a StGB a.F. im Jahre 1986³² bewusst straflos stellte.³³ Ob durch Einführung der zusätzlichen Variante, die auch als „elektronischer Hausfriedensbruch“³⁴ bezeichnet wird, tatsächlich deutlich mehr Verhaltensweisen erfasst werden, ist fraglich und wird im Schrifttum zu Recht bestritten.³⁵ Zum einen war bereits vor der Novelle ein Großteil der *Hacker-Tätigkeiten* erfasst, da das *Hacken* in ein System in den allermeisten Fällen mit einer (unbefugten) Datenverschaffung einhergeht.³⁶ Zum anderen setzt § 202a StGB voraus, dass die Zugangverschaffung unter Überwindung der Zugangssicherung stattfindet.³⁷ Eine Zugangssicherung im Sinne des § 202a StGB ist eine Vorkehrung, die objektiv dazu geeignet und subjektiv nach dem Willen des Berechtigten dazu bestimmt ist, den Zugriff auf die Daten auszuschließen oder zumindest nicht unerheblich zu erschweren. Nicht erforderlich ist, dass die Sicherung hauptsächlich dem Schutz der in Rede stehenden Daten dient, solange ihr Schutz nicht von gänzlich untergeordneter Bedeutung ist.³⁸ Als Zugangssicherung gegen den unberechtigten Zugriff auf die Kontoinformationen kommen zwar die Daten auf der EC-Karte gemeinsam mit der PIN in Betracht.³⁹ Denn diese sollen sicher stellen, dass nur die Bank selbst und der Karteninhaber, dem als Einzigem die PIN auch mitgeteilt wird, Zugriff auf das Konto und die einschlägigen Informationen erlangen. Jedoch ist zweifelhaft, ob bereits mit Erlangung der PIN und Kartendaten die Zugangssicherung als „überwunden“ gelten kann oder ob dies erst im Zeitpunkt des Einsatzes von Dublette und PIN der Fall ist. Die Überwindung der Zugangssicherung setzt nach allgemeiner Auffassung einen nicht unerheblichen zeitlichen oder technischen Aufwand voraus.⁴⁰ Technisch gesehen birgt der Verschaffungsvorgang der einschlägigen „Zugangsdaten“ (Kartendaten und PIN) den größten Aufwand. Hiergegen stellt sich der Einsatz der Dublette und der PIN fast schon als unwesentlicher Zwischenschritt dar. Dies könnte für die Annahme einer Überwindung sprechen.

²⁸ An dieser Stelle sei kurz bemerkt, dass das Geld abheben mittels der Dubletten in Deutschland nicht möglich ist, da jede EC-Karte über ein sog. „MM-Merkmal“ (moduliertes Merkmal). Hierbei handelt es sich um eine geheime und damit – noch (!) – sichere maschinenlesbare Substanz, die sich im Kartenkörper befindet. In jedem Deutschen Geldautomaten befindet sich eine sog. MM-Box, die das MM-Merkmal jeder eingegebenen Karte überprüft und nur bei positiver Prüfung eine Transaktion zulässt. Vgl. https://www.kartensicherheit.de/ww/de/pub/oeffentlich/sicherheitsprodukte/mm_merkmal.php.

²⁹ Zum Ablauf der EC-Transaktion: <http://www.eurocheques.de/electronic-cash.html>.

³⁰ 41. StrÄndG (BGBl I, 1786), hierzu *Ernst NJW* 2007, 2661 ff.

³¹ Übereinkommen des Europarates über Computerkriminalität vom 23.11.2001, ETS 185 sowie den Rahmenbeschluss des Rates der Europäischen Union über Angriffe auf Informationssysteme (EU-Rahmenbeschluss) vom 24. Februar 2005 (ABl. EU Nr. L 69, S. 67).

³² § 202a StGB wurde durch das 2. WiKG vom 14.5.1986 (BGBl. I S. 721) zur Bekämpfung der Computer- und Datenkriminalität in das StGB eingeführt.

³³ Vgl. BT-Drucks. 10/5058, S. 28. Aus Sicht des damaligen Gesetzgebers würde mit dem Ausschluss (entgegen der Anregung der damaligen Bundesregierung) des bloßen „Eindringens“ in fremde System der Gefahr der Überkriminalisierung vorgebeugt. Eine strafwürdige Rechtsgutsverletzung könne erst in der Verletzung fremder Verfügungsrechte erblickt werden, die erst mit einem „Verschaffen“ der Daten eintrete, während die Zugangverschaffung mit Blick hierauf lediglich als – wenn auch potentiell gefährliche – Vorbereitungshandlung zu erkennen sei. Eingehend hierzu *NK-Kargl* (Fn. 20), § 202a Rn. 1.

³⁴ *NK-Kargl* (Fn. 20), § 202a Rn. 1.

³⁵ Vgl. *Fischer* (Fn. 16), § 202a Rn. 10; *Ernst NJW* 2007, 2661.

³⁶ Vgl. BT-Drucks. 16/3656, 9 f. darauf abstellend, dass nach herrschender Auslegung des § 202a StGB a.F. das *Hacking* vielfach erfasst war und der Neufassung überwiegend klarstellende Bedeutung zukomme.

³⁷ Diese Einschränkung ist durch Art. 2 S. 2 EU-Rahmenbeschlusses ausdrücklich vorgesehen, S. BT-Drucks. 16/3656, S. 10.

³⁸ *Lenckner*, in: *Schönke/Schröder* (Fn. 7), § 202a Rn. 7.

³⁹ Sofern man dem Schutz der Kontoinformationen keine absolut nachrangige Bedeutung zusprechen möchte.

⁴⁰ Vgl. BT-Drucks. 16/3656, S. 10; *NK-Kargl* (Fn. 20), § 202a Rn. 14; *Fischer* (Fn. 16), § 202a Rn. 11b.

Mit der Einführung der Variante der Zugangsverschaffung war seitens des Gesetzgebers eine bedeutsame Verlagerung der Strafbarkeit jedoch gerade nicht bezweckt.⁴¹ Erfasst werden sollten vornehmlich die Fälle, in denen *Hacker* sich Zutritt zu einem System verschaffen, ohne dabei jedoch eine Herrschaftsgewalt über Daten zu erlangen.⁴² Vorausgesetzt wird damit jedenfalls eine Systempenetration⁴³, die einen unmittelbaren Zugriff auf die Daten ermöglicht.⁴⁴ Ein derartiger Zugriff besteht jedoch erst nach Einsatz der Dublette und der PIN. Eine Verwirklichung des Tatbestandes des § 202a StGB durch *Skimming* kommt daher auch unter dem Aspekt der Zugangsverschaffung zu Kontoinformationen nicht in Betracht.

V. Verwirklichung weiterer Tatbestände durch *Skimming*

Zeitgleich zur Änderung des § 202a StGB hat der Gesetzgeber die neuen Tatbestände der §§ 202b, 202c geschaffen. § 202b stellt das sog. Abfangen von Daten unter Strafe. Demnach wird mit Freiheitsstrafe bis zu zwei Jahren oder mit Geldstrafe bestraft wer sich oder einem anderen unter Anwendung von technischen Mitteln nicht für ihn bestimmte Daten (§ 202a II StGB) aus einer nichtöffentlichen Datenübermittlung oder aus der elektromagnetischen Abstrahlung einer Datenverarbeitungsanlage verschafft. Auch dieser Tatbestand könnte geeignet sein, das *Skimming* zu erfassen. § 202b StGB aber setzt voraus, dass die abgefangenen Daten sich zum Zeitpunkt der Tat bereits in einem Übermittlungsvorgang befinden.⁴⁵ In dem Zeitpunkt, in dem die EC-Karten vom Gerät des *Skimmers* ausgelesen werden, findet eine Datenübermittlung jedoch (noch) nicht statt, da die Lesegeräte vor dem Einzug des Automaten installiert werden. Auch kommt eine Parallele zu den zu § 263a StGB entwickelten Grundsätzen, die in der Initiierung eines Datenverarbeitungsvorgangs auch eine Beeinflussung desselben erblicken, nicht in Betracht.⁴⁶ Denn das Auslesen der Karte durch das Gerät erfolgt ebenfalls vor der Initiierung des Datenübermittlungsvorgangs durch den Geldautomaten.

Dagegen erfasst § 202c StGB das Vorbereiten des Ausspähens und Abfangens von Daten. Gemäß § 202c I Nr. 1

⁴¹ Vgl. BT-Drucks. 16/3656, S. 9.

⁴² Vgl. BT-Drucks. 16/3656, S. 10.

⁴³ *Kudlich*, Stellungnahme zum Gesetzesentwurf der Bundesregierung zu einem Strafrechtsänderungsgesetz zur Bekämpfung der Computerkriminalität (BT-Drucks. 16/3656) zur Vorbereitung der öffentlichen Anhörung im Rechtsausschuss am 21.3.2007, S. 3. http://www.bundestag.de/bundestag/ausschuesse/a06/anhoeungen/Archiv/15_Computerkriminalitaet/04_Stellungnahmen/Stellungnahme_Kudlich.pdf.

⁴⁴ Auf das Unmittelbarkeitskriterium stellt auch *SSW-Bosch* (Fn. 16), § 202a Rn. 6 ab.

⁴⁵ BT-Drucks. 16/3656, S. 11; vgl. auch *NK-Kargl* (Fn. 20), § 202b Rn. 4 unter Verweis auf *Grömeling/Höfing* MMR 2007, 549; *Fischer* (Fn. 16), § 202b Rn. 3;

⁴⁶ Vgl. zum Meinungsstand *Müko-Wohlers*, StGB, Band 4 (2006), § 263a Rn. 18.

StGB⁴⁷ wird mit Freiheitsstrafe bis zu einem Jahr oder mit Geldstrafe bestraft, wer eine Straftat nach § 202a oder § 202b StGB vorbereitet, in dem er Passwörter oder sonstige Sicherungscodes, die den Zugang zu Daten (§ 202a II StGB ermöglichen, sich oder einem anderen verschafft.

Sieht man im Vorgang des Geldabhebens mittels der Dublette ein tatbestandsmäßiges Verhalten im Sinne des § 202a StGB (vgl. oben IV.), könnte die Beschaffung der Kartendaten und der PIN eine Vorbereitungshandlung im Sinne des § 202c StGB darstellen. Taugliche Tatgegenstände des § 202c I Nr. 1 StGB sind Passwörter, Zugangscodes und ähnliche Daten. Diese müssen lediglich den Zugang zu einem Computersystem als Ganzem oder eines Teils davon ermöglichen.⁴⁸ Nicht erforderlich ist, dass die Tatgegenstände ihrerseits bereits Daten im Sinne von § 202a II StGB sind. Die auf der Karte gespeicherte Sicherungsnummer ermöglicht durch die Authentifizierung den Zugriff auf die Kontoinformationen sofern die dazugehörige PIN eingegeben wird. In ihr wird man einen Sicherungscode erblicken können, den sich der Täter durch das Auslesen der Karte verschafft und dadurch § 202c I Nr. 1 StGB verwirklicht. Entsprechend wird auch im Abfilmen der PIN, deren Eingabe ebenfalls notwendige Bedingung für den Zugang zum Netzwerk der Bank darstellt, ein tatbestandsmäßiges Verschaffen eines Sicherungscodes gemäß § 202c I Nr. 1 StGB liegen.⁴⁹

VI. Schlussbemerkungen und Ausblick

Skimming stellt kein tatbestandliches Verhalten im Sinne des § 202a StGB dar, sondern kann lediglich als Vorbereitungshandlung für ein späteres Ausspähen gemäß § 202c StGB gewertet werden. Für die Zukunft ist jedoch zu beachten, dass die klassische EC-Karte mit Magnetstreifen in absehbarer Zeit durch Karten ersetzt wird, die mit einem sog. EMV-Chip versehen sind.⁵⁰ Es handelt sich hierbei nicht um ein reines Speichermedium, sondern um einen Mikroprozessor, der eigene Rechenleistungen erbringen kann. Auf ihm können die Daten, die derzeit auf dem Magnetstreifen gesichert sind, nicht nur gespeichert, sondern auch derart verschlüsselt werden, dass sie nicht kopiert werden können. Dabei kann der sog. Entschlüsselungswert nicht vom Chip ausgelesen werden.⁵¹ Der EMV-Chip soll Sicherheit gegen unbefugtes Kopieren von Kartendaten und den Einsatz von Dubletten bieten und wird länderübergreifend eingesetzt.⁵²

⁴⁷ Eingehend zum geschichtlichen Hintergrund von § 202c StGB und insb. zu § 202c I Nr. 2 StGB (Computerprogramme) *Popp*, GA 2008, 375 ff.

⁴⁸ BT-Drucks. 16/3656, S. 11.

⁴⁹ Vgl. auch *NK-Kargl* (Fn. 20), § 202c Rn. 4.

⁵⁰ „EMV“ steht hierbei nicht als Kürzel für ein technisches Verfahren, sondern für die Gesellschaften, die den Chip entwickelt haben (Europay International [heute: Mastercard Europe], Mastercard und Visa).

⁵¹ Darüber hinaus kann anhand des Chips die „Kartenechtheit“ überprüft werden. Dies kann – ebenso wie die PIN-Prüfung – dank des Verschlüsselungsverfahrens offline erfolgen.

⁵² Hierzu wurde ein sog. EMV-Standard entwickelt, der den Bedürfnissen aller Länder gerecht wird.

Bereits im Jahre 2009 waren zwischen 60 – 70 % aller Zahlungskarten mit einem EMV-Chip ausgestattet.⁵³ In Deutschland sind ca. 92% aller aufgestellten Geldautomaten bereits EMV kompatibel. Die Gesamtumstellung auf das EMV-System soll bis Ende 2010 erfolgen. Zweck des EMV-Chips ist, erhöhte Sicherheit gegen unbefugtes

Kopieren von Kartendaten und den Einsatz von Dubletten zu bieten. Zwar wird der Sicherheitsstandard z.T. in Zweifel gezogen.⁵⁴ Festzuhalten bleibt jedoch, dass ein Auslesen der Daten von diesem Chip nunmehr nur noch unter Überwindung von Zugangssicherungen möglich sein wird und im Zuge dessen § 202a StGB in Zukunft größere Bedeutung erlangen kann.

⁵³ Vgl. die Angaben unter http://www.kartensicherheit.de/ww/de/pub/oeffentlich/sicherheitsprodukte/emv_chip.php (60%) und http://de.wikipedia.org/wiki/EMV_Kartenzahlungsverkehr (70%). Dem Entwicklungsunternehmen EVMco LLP zufolge, waren 2009 etwa 944 Millionen Zahlungskarten mit EMV-Chip weltweit im Einsatz. Vgl. Fehler! Hyperlink-Referenz ungültig. .

⁵⁴ <http://www.cl.cam.ac.uk/research/security/banking/relay/> Vgl. dazu auch <http://www.handelsblatt.com/technologie/forschung/sicherheitsluecke-forscher-knacken-neuen-chip-auf-kreditkarten;2530576> .

Aufsätze und Anmerkungen

Zur Strafbarkeit der „Klimapflege“ nach §§ 331, 333 StGB

Zugleich Anmerkung zu BGHSt 53, 6 ff. = HRRS 2008 Nr. 896

Von Philipp Reinhold, Bremen*

Seit der Reform der §§ 331 ff. StGB durch das Korruptionsbekämpfungsgesetz von 1997 soll „Klimapflege“ nach §§ 331, 333 StGB strafbar sein.¹ „Klimapflege“ stellt keinen fest umrissenen Rechtsbegriff dar, gemeint sind Geschenke oder andere Vorteile für einen Amtsträger, die einem guten zwischenmenschlichen Verhältnis dienen und allgemeines Wohlwollen von Seiten des Amtsträgers fördern sollen. Hintergrund solcher Bemühungen um Sympathie und Wohlwollen ist dabei meist die Hoffnung, dass sich ein so gefördertes zwischenmenschliches Klima positiv auf die Entscheidungen des Amtsträgers auswirkt. Ob dies tatsächlich bereits im Rahmen der §§ 331, 333 StGB strafbar ist, soll auf Grundlage der vorliegenden Entscheidung des Bundesgerichtshofes untersucht werden.²

I. Der vom Bundesgerichtshof entschiedene Sachverhalt

Bei dem Angeklagten handelte es sich um den damaligen Vorstandsvorsitzenden des Energiekonzerns Energie

Baden-Württemberg AG (EnBW). Die EnBW war Hauptsponsor der Fußballweltmeisterschaft 2006 in Deutschland, in deren Rahmen ihr ca. 14 000 Eintrittskarten für Fußballspiele zur Verfügung standen. Nach einem von der Marketingabteilung der EnBW erarbeiteten Konzept sollte ein Teil dieser Karten an Repräsentanten aus Wirtschaft, Gesellschaft, Kultur, Wissenschaft und Politik verteilt werden. Durch das öffentliche Erscheinen angesehener und bekannter Persönlichkeiten wollte man die Rolle der EnBW als Sponsor der Fußballweltmeisterschaft werbewirksam hervorheben. Gutscheine für solche Eintrittskarten wurden zusammen mit Weihnachtsgrüßkarten im Dezember 2005 an 36 Personen versandt. Diese wurden durch die Mitarbeiterinnen des Angeklagten in Zusammenarbeit mit der Leiterin der Protokollabteilung der EnBW ausgesucht, wobei die endgültige Entscheidung bei dem Angeklagten lag, der dem Vorschlag in allen Fällen zustimmte. Unter den mit einem Gutschein für ein Fußballspiel bedachten Personen befanden sich der Ministerpräsident und fünf weitere Minister des Landes Baden-Württemberg, sowie ein beamteter Staatssekretär im Bundesministerium für Umwelt, Naturschutz und Reaktorsicherheit. Diesen sieben Personen war gemein, dass sie bzw. ihre Ministerien im Rahmen ihrer Ressortzuständigkeit mit Angelegenheiten befasst waren, die für die EnBW oder den Angeklagten persönlich von erheblicher Bedeutung waren, was dem Angeklagten auch bekannt war. Alleine auf diese sieben Fälle konzentrierte sich die Anklage der Staatsanwaltschaft wegen Vorteilsgewährung (§ 333 StGB). Nach Einleitung des Ermittlungsverfahrens bzw. Berichten in der Presse über das Versenden der WM-

* Der Autor ist Referendar beim Hanseatischen Oberlandesgericht in Bremen und Doktorand auf dem Gebiet des Korruptionsstrafrechts bei Prof. Dr. Bernhard Haffke, Universität Passau.

¹ Vgl. nur Fischer, StGB, 57. Auflage (2010), § 331 Rn. 24; LK-Bauer/Gmel, StGB, Nachtrag §§ 331 – 338 (2000), Rn. 12; Lackner/Kühl, StGB, 26. Auflage (2007), § 331 Rn. 10a.

² Vgl. zu der vorliegenden Entscheidung meist unter dem Aspekt des „Sponsorings“ Hettinger JZ 2009, 370 ff.; Noltensmeier HRRS 2009, 151 ff.; Schlösser wistra 2009, 155 f.; Trüg NJW 2009, 196 ff.

Gutscheine wurden keine weiteren Regierungsmitglieder durch die EnBW zu Fußballspielen eingeladen, die sieben verfahrensgegenständlichen Gutscheine wurden durch die Bedachten nicht eingelöst.

II. Die Entscheidung des Bundesgerichtshofes

Den Tatbestand der Vorteilsgewährung sah der Bundesgerichtshof in diese Konstellation als nicht verwirklicht an und bestätigte damit das vorangehende Urteil des Landgerichts Karlsruhe.³ Es sei nicht nachgewiesen, dass eine für die Tatbestandsmäßigkeit zu fordernde Unrechtsvereinbarung vorgelegen habe.⁴ Was man sich unter der Unrechtsvereinbarung in Bezug auf § 333 StGB vorzustellen hat, konkretisiert der Bundesgerichtshof wie folgt:

„Zwischen dem Vorteil und der Dienstausbübung muss ein „Gegenseitigkeitsverhältnis“ in dem Sinne bestehen, dass der Vorteil nach dem (angestrebten) ausdrücklichen oder stillschweigenden Einverständnis der Beteiligten seinen Grund gerade in der Dienstausbübung hat (vgl. BGH NJW 2005, 3011, 3012 m.w.N.). Dies erfordert, dass Ziel der Vorteilszuwendung ist, auf die künftige Dienstausbübung Einfluss zu nehmen (vgl. BGH NStZ-RR 2007, 309, 310f.) und/oder die vergangene Dienstausbübung zu honorieren. In diesem allgemeinen Sinne muss der Vorteil somit nach wie vor Gegenleistungscharakter haben.“⁵

Weiter heißt es:

„Ob der Vorteilsgeber ein solches von § 333 Abs. 1 StGB pönalisiertes oder ein anderes Ziel verfolgt ist Tatfrage. Die Grenzbestimmung hat in wertender Beurteilung zu erfolgen, die mit oftmals schwierigen Beweisfragen einhergeht. Pauschale Bewertungen in Anlehnung an Begrifflichkeiten wie „allgemeine Klimapflege“ oder „Anfüttern“ verbieten sich dabei. Vielmehr ist die Abgrenzung nach den fallbezogenen Umständen – insbesondere der gesamten Interessenlage der Beteiligten – vorzunehmen.“⁶

III. Die Strafbarkeit nach § 333 StGB im Lichte der Entscheidung

1. Der Vorteil für die künftige Dienstausbübung

Nach der vorliegenden Entscheidung wird ein Vorteil dann gemäß § 333 StGB „für die Dienstausbübung“ ge-

³ LG Karlsruhe NStZ 2008, 407 f.

⁴ Es sollen hier nur die Ausführungen in Bezug auf die Unrechtsvereinbarung interessieren. Im Rahmen der Entscheidung beschäftigte sich der BGH auch mit Fragen des „Vorteils“ und der „Genehmigung“ nach § 331 Abs. 3 StGB, die im Vergleich zu den Ausführungen zur Unrechtsvereinbarung allerdings eine untergeordnete Rolle spielen und hier nicht weiter von Interesse sein sollen; zu den hier nicht bearbeiteten Punkten siehe die Nachweise unter Fn. 2.

⁵ BGHSt 53, 6, 16 = HRRS 2008 Nr. 896.

⁶ BGHSt 53, 6, 16 = HRRS 2008 Nr. 896.

währt, wenn mit dem Vorteil auf die zukünftige Dienstausbübung des Amtsträgers Einfluss genommen werden soll. Zeigt ein Blick auf den Tatbestand der Bestechung eines Amtsträgers nach § 334 StGB, dass es auch hier im Kern um die Beeinflussung eines Amtsträgers geht (vgl. § 334 Abs. 3 Nr. 2), erweist sich die Klassifizierung von § 333 StGB als Bestechungsdelikt trotz der unterschiedlichen Deliktsbezeichnung als durchaus treffend.⁷

a) Widersprüchliches aus der Entstehungsgeschichte von § 333 StGB

Gerade diese Gemeinsamkeit mit § 334 StGB sorgt nun aber für eine gewisse Irritation. Beschäftigt man sich einmal etwas näher mit der Entstehungsgeschichte von § 333 StGB, so erscheint es durchaus bemerkenswert, dass der Bundesgerichtshof einen Beeinflussungswillen als Voraussetzung für eine Strafbarkeit nach § 333 StGB fordert. Eingeführt wurde § 333 StGB durch das EGStGB von 1974. Danach war die Gewährung eines Vorteils als Gegenleistung für eine zukünftige Ermessensentscheidung unter Strafe gestellt. Ebenfalls eingeführt wurde durch die Reform § 334 Abs. 3 StGB, der entsprechend der heutigen Fassung unter seiner Nr. 2 den Versuch der Beeinflussung einer Ermessensentscheidung bestrafte. Laut den Gesetzgebungsmaterialien sollte § 333 StGB nun insbesondere dann zur Anwendung kommen, wenn bei Bezugnahme auf eine Ermessensentscheidung ein Beeinflussungswille nach § 334 Abs. 3 Nr. 2 StGB nicht nachgewiesen werden konnte.⁸ Für § 333 StGB a.F. sollte damit gerade kein Wille zur Beeinflussung nötig sein.

Bereits im Rahmen der Reform von 1974 bestanden allerdings Zweifel an diesem Ansatz. Zu Recht erschien es als wenig realistisch, dass ein Vorteil als Gegenleistung für eine Ermessensentscheidung gewährt wird, um damit gerade die Sachlichkeit und Unbeeinflusstheit der Amtshandlung zu gewährleisten.⁹ Abgesehen davon bedeutet das Anstreben einer bestimmten Ermessensentscheidung mit einem Vorteil stets das Streben nach der Verwerfung einer alternativen Entscheidungsmöglichkeit¹⁰, was doch stets eine Beeinflussung darstellt. Es spricht somit entsprechend der vorliegenden Entscheidung des Bundesgerichtshofes trotz anders lautender Aussagen im Rahmen der Gesetzesbegründung einiges dafür, dass die Strafbarkeit nach § 333 StGB auf einem Beeinflussungswillen basiert.

b) Das Verhältnis von § 333 StGB und § 334 StGB

Erfordert nun sowohl § 333 StGB als auch § 334 StGB den Willen zur Beeinflussung von Diensthandlungen des Amtsträgers, muss man sich fragen, worin eigentlich der entscheidende Unterschied zwischen den beiden Vorschriften liegt. Die griffige Formel, dass sich die §§ 332, 334 StGB auf pflichtwidrige, die §§ 331, 333 StGB auf nicht pflichtwidrige Amtshandlungen beziehen, über-

⁷ Zur Klassifizierung der §§ 331 ff. StGB als „Bestechungsdelikte“, siehe Bock JA 2008, 199.

⁸ BT-Drs. 7/550, 274 f.

⁹ Dornseifer JZ 1973, 267, 270.

¹⁰ Zur Definition der Ermessensentscheidung in diesem Sinne vgl. Fischer a.a.O. (Fn. 1), § 332 Rn. 9.

zeugt spätestens jetzt nicht mehr.¹¹ Denn die Dienstausbübung, die im Rahmen von § 333 StGB mit dem Vorteil beeinflusst werden soll, ist nicht mehr unbedingt pflichtgemäß und Pflichtwidrigkeit vermag angesichts von § 334 Abs. 3 Nr. 2 StGB auch nicht mehr das entscheidende Charakteristikum von § 334 StGB darzustellen. Vielmehr ergibt sich aus dem Vergleich zu § 334 Abs. 3 Nr. 2 StGB, dass bei einem Vorteil für eine pflichtwidrige Amtshandlung im Sinne von § 334 Abs. 3 Nr. 1 StGB der Schwerpunkt weniger auf dem Verstoß gegen eine Norm sondern vielmehr auf der Abweichung von normiertem Verhalten und damit auf dem Gedanken der Beeinflussung liegt.

aa) Bestimmtheit der zu beeinflussenden Amtshandlung

Der entscheidende Unterschied zwischen § 333 StGB und § 334 StGB könnte nun darin liegen, dass letzterer die Beeinflussung einer bestimmten Diensthandlung unter Strafe stellt, wohingegen § 333 StGB die Beeinflussung der Dienstausbübung im Allgemeinen umschreibt. Dass § 333 StGB nicht mehr die Bezugnahme auf eine bestimmte Amtshandlung erfordert, steht außer Zweifel, war diese Lockerung des Beziehungsverhältnisses von Vorteil und Amtshandlung gerade Sinn und Zweck seiner Reform durch das Korruptionsbekämpfungsgesetz von 1997.¹² Ausgedrückt wird dies durch die Formulierung „für die Dienstausbübung“, die die vorherige Formulierung „als Gegenleistung dafür, dass er“ – der Amtsträger – „eine in seinem Ermessen stehende Handlung künftig vornehme“ abgelöst hat.

Ob dieser Unterschied zwischen § 333 StGB und § 334 StGB nun so markant ist, dass sich daraus die unterschiedliche Deliktsbezeichnung und der enorme Sprung im Strafmaß erklärt, erscheint sehr fraglich. Denn wird Vorteilsgewährung nach § 333 StGB mit Freiheitsstrafe bis zu drei Jahren oder mit Geldstrafe bestraft, steht auf Bestechung nach § 334 StGB Freiheitsstrafe von drei Monaten bis zu fünf Jahren. Blickt man nun auf die Anforderungen, die an eine Bezugnahme auf eine bestimmte Amtshandlung im Sinne von § 334 StGB zu stellen sind, so zeigt sich, dass der Unterschied zur Beeinflussung der Dienstausbübung im Allgemeinen gar nicht so groß ist. Nach ständiger Rechtsprechung soll eine bestimmte Amtshandlung nämlich bereits dann konkretisiert sein, wenn „der Amtsträger innerhalb eines bestimmten Aufgabenkreises oder Kreises von Lebensbeziehungen in eine gewisse Richtung tätig werden soll und die Diensthandlung in ihrem sachlichen Gehalt zumindest in groben Umrissen erkennbar und festgelegt ist.“¹³ Ist auch bei einer Beeinflussung der Dienstausbübung im Allgemeinen regelmäßig klar, in welchem Rahmen der Amtsträger dem Geber nützlich sein kann und wie für den Geber nützliche Amtshandlungen in diesem Zusammenhang aussehen, vermag man einen allzu großen Unter-

schied hier nicht auszumachen.¹⁴ Der enorme Sprung im Strafmaß erklärt sich so jedenfalls nicht.

bb) Kommunikation des Beeinflussungswillens

Ein Blick auf die Deliktsbezeichnung lässt nun an eine weitere Differenzierung denken. Soll mit „Vorteilsgewährung“ umschrieben sein, welches Verhalten nach § 333 StGB unter Strafe steht, so ereignet sich hier in objektiver Hinsicht wohl ausschließlich die Gewährung eines Vorteils. Der Beeinflussungswille tritt als rein subjektive Komponente nicht durch einen weiteren objektiven Akt zu Tage. In Abgrenzung dazu bedeutet Bestechung dann nicht nur die Gewährung eines Vorteils in Beeinflussungsabsicht, sondern auch die Kommunikation des mit dem Vorteil verfolgten Ziels. Der Geber macht dem Amtsträger seine an den Vorteil geknüpften Erwartungen deutlich, um ihn so im Rahmen einer Absprache auf eine bestimmte Gegenleistung zu verpflichten. Damit wird nicht nur dem klassischen Bild von Bestechung entsprochen, ein solcher Akt der Kommunikation erscheint im Tatbestand von § 334 StGB gerade angelegt. Dies ergibt sich weniger aus seinem Abs. 1, der eine sehr ähnliche, vor dem Korruptionsbekämpfungsgesetz von 1997 fast identische Struktur zum Tatbestand des § 333 StGB aufweist bzw. aufgewiesen hat. Angespielt ist vielmehr auf § 334 Abs. 3 StGB.¹⁵ Darin heißt es, dass der Geber sich in Bezug auf künftige Amtshandlungen dann der Bestechung strafbar macht, wenn er den Amtsträger zu bestimmen versucht, dass dieser bei der Handlung seine Pflichten verletzt oder sich bei der Ausübung des Ermessens durch den Vorteil beeinflussen lässt.¹⁶ „Zu bestimmen versuchen“ muss dabei die gleiche Bedeutung wie in wie in § 30 Abs. 1 S. 1 StGB haben.¹⁷ Bestechung erweist sich danach als Sonderfall der Anstiftung¹⁸, so dass sich ein Blick auf die Grundsätze der Anstiftungsdogmatik lohnt. Diese können und sollen an dieser Stelle nicht in ihren Einzelheiten erörtert werden. Zu bemerken ist aber, dass nach der wohl überwiegenden Ansicht für ein „Bestimmen“ nach § 26 StGB bzw. ein „Zu-bestimmen-versuchen“ nach § 30 StGB ein kommunikativer Akt erforderlich sein soll.¹⁹ Dies spricht dafür, dass auch Bestechung nach § 334 StGB eines solchen bedarf. In Betracht kommen hierfür sowohl ausdrückliche als auch konkludente Erklärungen.²⁰ Entscheidend ist, dass der Geber mit einem objektiven Verhalten jenseits der bloßen Gewährung des Vorteils sicherstellen will, dass der Amtsträger die Erwartung hinter dem Vorteil erkennt. Diese muss darin bestehen, dass der Amtsträger eine bestimmte Amtshandlung vornimmt, durch die er entweder eine Pflichtwidrigkeit begehen würde oder die eine Ermessensentscheidung darstellt. Denn ein solches Ansinnen des Gebers stellt sich stets als Beeinflussung dar,

¹¹ Für ein Überdenken dieses Verhältnisses bereits *Haffke* JuS 1973, 402, 406.

¹² BT-Drs. 13/8079, 15.

¹³ Vgl. die Nachweise bei *Fischer* a.a.O. (Fn. 1), § 332 Rn. 5.

¹⁴ Vgl. hierzu *Haffke*, in: Tondorf (Hrsg.), Staatsdienst und Ethik (1995), S. 34 f.

¹⁵ Vgl. hierzu *Schönke/Schröder-Heine*, StGB, 27. Auflage (2006), § 334 Rn. 7.

¹⁶ Zum „Bestimmen“ als „Korumpierende Aufforderung“ *Amelung*, in: Festschrift für Schroeder (2006), S. 163 ff.

¹⁷ *Schönke/Schröder-Heine* a.a.O. (Fn. 15), § 334 Rn. 6.

¹⁸ So *Amelung*, a.a.O. (Fn. 16), S. 166; a.A. wohl *NK-Kuhlen*, StGB, 2. Auflage (2005), § 334 Rn. 7.

¹⁹ Zum Erfordernis der Kommunikation für ein „Bestimmen“ siehe Ergebnis und Nachweise bei *Krüger* JA 2008, 492 ff.

²⁰ *Schönke/Schröder-Heine* a.a.O. (Fn. 15), § 334 Rn. 6.

sei es hin zur Abweichung von normierten Verhalten oder zur Verwerfung einer Entscheidungsalternative.

Kann ein solcher kommunikativer Akt meist nur vom Amtsträger wahrgenommen werden, ist dieser naturgemäß nur schwer nachzuweisen.²¹ Insoweit kommt § 333 StGB – wie in den Gesetzgebungsmaterialien angedacht²² – doch eine gewisse Auffangfunktion zu. Denn kann die Kommunikation der Erwartung einer bestimmte pflichtwidrigen oder im Ermessen des Amtsträgers stehenden Diensthandlung als Gegenleistung für den Vorteil nicht nachgewiesen werden, so steht § 333 StGB offen, wenn das Gericht der Überzeugung ist, dass mit dem Vorteil Einfluss auf die Dienstausübung des Amtsträgers genommen werden sollte.²³ Für eine Strafbarkeit nach § 333 StGB muss der Geber diese Erwartung dem Amtsträger nicht offen gelegt haben und es reicht im Gegensatz zu § 334 StGB der bloße Wille zur Beeinflussung der Dienstausübung.

c) Konkretisierung des Beeinflussungswillens nach § 333 StGB

Für die Frage nach der Strafbarkeit von „Klimapflege“ ist es nun erforderlich, sich näher mit dem Beeinflussungswillen im Rahmen des § 333 StGB auseinanderzusetzen.

aa) Der Beeinflussungswille als Element einer „Unrechtsvereinbarung“

Nach den Ausführungen des Bundesgerichtshofes in der vorliegenden Entscheidung versteht sich der Beeinflussungswille als Teil einer zumindest angestrebten Unrechtsvereinbarung, die als Kern der §§ 331 ff. StGB gilt.²⁴ Davon ausgehend lässt sich als Ergebnis vorwegnehmen, dass ein Vorteil dann „für die Dienstausübung“ im Sinne von § 333 StGB gewährt wird, wenn der Geber billigend in Kauf nimmt, dass der Amtsträger hinter dem Vorteil die Erwartung einer Gegenleistung im Rahmen der künftigen Dienstausübung erkennt.

Erklärt der Bundesgerichtshof einen Beeinflussungswillen zur Voraussetzung der Strafbarkeit nach § 333 StGB, so könnte man dieses Ergebnis zunächst dahingehend anzweifeln, dass der Wortlaut von § 333 StGB von „beeinflussen“ so ausdrücklich nicht spricht. Ein Beeinflussungszusammenhang zeigt sich allerdings dann, wenn man entsprechend dem möglichen Wortsinn mit dem Bundesgerichtshof „für die Dienstausübung“ im Sinne von „als Gegenleistung für die Dienstausübung“ versteht.²⁵ Für den Geber stehen Vorteil und Dienstausübung nämlich nur dann in einem Gegenleistungsverhältnis, wenn sich gerade letztere als Gegenleistung für den Vorteil erweist. Davon kann man sinnvoll nur dann

sprechen, wenn sie ein Entgegenkommen seitens des Amtsträgers darstellt. Denkbare Entgegenkommen stellt dabei entweder eine günstige Ermessensentscheidung oder die Abweichung von verbindlichen Vorgaben im Rahmen einer gebundenen Amtshandlung dar.²⁶ Wie ein Entgegenkommen im konkreten Fall aussieht, ist dabei nicht von Relevanz, muss eine Gelegenheit für ein solches noch nicht einmal im Raum stehen.²⁷ Es reicht daher, wenn es dem Geber allgemein um ein generelles Entgegenkommen im Rahmen der zukünftigen Dienstausübung geht. Der Beeinflussungswille ist mit Blick auf den Wortlaut „für die Dienstausübung“ daher dahingehend zu konkretisieren, dass der Geber als Gegenleistung für den Vorteil ein Entgegenkommen im Rahmen der zukünftigen Dienstausübung erwartet.

Wie lässt sich ein so konkretisierter Beeinflussungswille nun als Element einer (angestrebten) Unrechtsvereinbarung verstehen? Eine Vereinbarung lässt sich ohne einen Akt der Kommunikation nur schwer vorstellen. Ein solcher ist nach dem hier gefundenen Ergebnis für § 333 StGB aber gerade nicht erforderlich. Spricht die Entscheidung von einem (angestrebten) stillschweigenden Einverständnis, so soll es für die Unrechtsvereinbarung aber anscheinend entscheidend auf das Einigsein ob des Zwecks des Vorteils ankommen und nicht darauf, dass man sich formell nach dem Vorbild eines Vertrages geeinigt hat.²⁸ Mindestbedingung für ein solches Einigsein ist, dass der Amtsträger die vom Geber verfolgten Zwecke erst einmal erkennt. Viel mehr kann der Geber von seiner Seite aus auch nicht bewerkstelligen, hängt ein Einverständnis des Amtsträgers mit dem Vorteilszweck dann alleine von diesem ab. Der Geber muss entsprechend der Formulierung des Bundesgerichtshofes ein solches Einverständnis aber anstreben²⁹ und damit wollen, dass der Amtsträger seine Erwartungen erkennt. Unter dem Gesichtspunkt der (angestrebten) Unrechtsvereinbarung muss der Geber daher zumindest billigend in Kauf nehmen, dass der Amtsträger erkennt, dass für den Vorteil eine Gegenleistung im Rahmen der Dienstausübung erwartet wird. Hierfür ist nicht zwingend ein besonderer Akt der Kommunikation erforderlich. Denn dem Gewähren oder Anbieten eines Vorteils kommt per se ein gewisses kommunikatives Element zu. Wer einen Vorteil erhält oder angeboten bekommt, macht sich automatisch darüber Gedanken, was der Hintergrund dieses Vorteils ist, geht man im Zweifel nicht von der Unentgeltlichkeit eines solchen aus. Ein gewährter Vorteil muss damit nicht zwingend erklärt werden, damit der Empfänger sich die richtigen Gedanken macht und ihn versteht. Ein solcher erklärt sich in vielen Fällen aus sich heraus, insbesondere bei hohen Zuwendungen und prinzipieller Bedeutung von Entscheidungen des Amtsträgers für die Belange des Gebers.³⁰

²¹ „Zeugen“ der (objektiven) Kommunikation sind regelmäßig nur der Geber und der Amtsträger, denen beiden Strafe droht, vgl. Köhler, Die Reform der Bestechungsdelikte (2005), S. 2.

²² BT-Drs. 7/550, 274 f.

²³ BGHSt 53, 6, 16 = HRRS 2008 Nr. 896.

²⁴ BGHSt 53, 6, 16 = HRRS 2008 Nr. 896.

²⁵ BGHSt 53, 6, 16 = HRRS 2008 Nr. 896; so bereits Schümann a.a.O. (Fn. 3), S. 786.

²⁶ Eine gebundene, rechtmäßige Entscheidung, die der Amtsträger unabhängig vom Vorteil genau so hätte vornehmen müssen, lässt sich wohl kaum als Gegenleistung einstufen, was wohl der Grund dafür ist, dass sich § 333 StGB a.F. nur auf Ermessensentscheidungen bezogen hat.

²⁷ BGHSt 53, 6, 16 = HRRS 2008 Nr. 896.

²⁸ BGHSt 49, 275, 282 f. = HRRS 2004 Nr. 959.

²⁹ BGHSt 53, 6, 16 = HRRS 2008 Nr. 896.

³⁰ Dies entspricht dann auch den in der vorliegenden Entscheidung als maßgeblich herausgestellten Indizien, vgl. BGHSt 53, 6, 16 f. = HRRS 2008 Nr. 896.

bb) Indizien für den Nachweis des hier konkretisierten Beeinflussungswillens

Es stellt sich natürlich die Frage, wann man von einem so konkretisierten Beeinflussungswillens ausgehen darf. Was entsprechende Indizien anbelangt kann zunächst auf die Ausführungen des Bundesgerichtshofes in der vorliegenden Entscheidung verwiesen werden:³¹

„Als mögliche Indizien für oder gegen das Ziel, mit dem Vorteil auf die künftige Dienstausbübung Einfluss zu nehmen oder die vergangene Dienstausbübung zu honorieren, fließen neben der Plausibilität einer anderen – behaupteten oder sonst in Betracht kommenden – Zielsetzung in die wertende Beurteilung namentlich ein: die Stellung des Amtsträgers und die Beziehung des Vorteilsgebers zu dessen dienstlichen Aufgaben, die Vorgehensweise bei dem Angebot, dem Versprechen oder dem Gewähren von Vorteilen sowie die Art, der Wert und die Zahl solcher Vorteile.“³²

Damit sind die entscheidenden Kriterien wohl benannt.³³ Hat der Vorteil eine Höhe oder Regelmäßigkeit, die es unwahrscheinlich erscheinen lassen, dass dieser „umsonst“ sein soll, stellt sich die Frage nach der erwarteten Gegenleistung. Besteht auf Grund des Zuständigkeitsbereichs des Amtsträgers ein grundsätzliches Interesse an dessen Entscheidungen und ist keine alternative Gegenleistung denkbar³⁴, kann man davon ausgehen, dass Gegenleistung ein Entgegenkommen im Rahmen der Dienstausbübung sein soll. Muss der Geber nach dem hier vertretenen Ansatz zumindest billigend in Kauf nehmen, dass der Amtsträger sein Ansinnen auch erkennt, kommt insbesondere dem Wert des Vorteils eine entscheidende Bedeutung zu.³⁵ Denn bei der Gewährung hoher oder vieler Vorteile wird der Geber regelmäßig nicht überzeugend darlegen können, er habe nicht in Betracht gezogen, dass sich der Empfänger Gedanken über den Hintergrund des Vorteils macht und hinter dem Vorteil die Erwartung einer Gegenleistung vermutet. Die Beweisfrage bleibt aber letztlich eine schwierige Einzelfallentscheidung, die dem Gericht eine nicht unerhebliche Entscheidungsmacht einräumt. Dies entspricht aber wohl der Konzeption des § 333 StGB und damit dem Willen des Gesetzgebers.³⁶

d) Zur Strafbarkeit von „Klimapflege“

Vor dem Hintergrund des nunmehr konkretisierten Beeinflussungswillens bleibt die Frage zu beantworten, wie es um die Strafbarkeit von „Klimapflege“ bestellt ist. Wer

³¹ Zu entsprechenden Kriterien in der früheren Rechtsprechung und Literatur vgl. *Schlösser* a.a.O. (Fn. 2), 156 Fn. 19.

³² BGHSt 53, 6, 16 f. = HRRS 2008 Nr. 896.

³³ Vgl. zu den Kriterien bereits *Schlösser/Nagel* Wistra 2007, 211, 213 f.; *Paster/Sättle* NStZ 2008, 366, 373 f.

³⁴ Als alternative Gegenleistung wurde im vorliegenden Fall der wertvolle, da werbewirksame Auftritt der Politiker „im Namen“ der EnBW anerkannt, vgl. BGHSt 53, 6, 18 f. = HRRS 2008 Nr. 896.

³⁵ Zur Rolle hoher Zuwendungen im Rahmen der Reform der §§ 331 ff. StGB durch das Korruptionsbekämpfungsgesetz von 1997, vgl. BT-Drs. 13/8079, 15.

³⁶ BGHSt 53, 6, 17 = HRRS 2008 Nr. 896; kritisch zu diesem Befund *Noltensmeier*, a.a.O. (Fn. 2), 153 f.

sich nun zum Beispiel durch eine Einladung zum Geschäftsessen, durch die Mitnahme im Taxi oder ein Präsenztage zu allgemeinen oder persönlichen Festtagen um ein angenehmes zwischenmenschliches Klima im Rahmen der Zusammenarbeit mit einem Amtsträger bemüht, geht regelmäßig davon aus, dass ein so gefördertes Klima sich positiv im Rahmen von Entscheidungen des Amtsträgers auswirken kann. Von einem Beeinflussungswillens ließe sich daher in soweit schon sprechen. Das Bewusstsein um solche positiven Wirkungen ist nun aber davon abzugrenzen, dass der Geber billigend in Kauf nimmt, dass der Amtsträger den Vorteil als Gegenleistung für ein erwartetes Entgegenkommen im Rahmen der Dienstausbübung versteht. Mögen die unterbewussten Wirkungen von guter Stimmung oder Sympathie auf das Entscheidungsverhalten vielleicht billigend in Kauf genommen werden, beginnt strafbare Klimapflege erst dort, wo sich der Vorsatz des Gebers auf das Bewusst-Werden seiner Erwartungen durch den Amtsträger bezieht. Ein gutes Klima erscheint hier gar zweitrangig, soll der Amtsträger im Wege des Sich-Bewusst-Werdens der mit dem Vorteil verknüpften Erwartungen letztlich unabhängig von Sympathie oder allgemeinen Wohlwollens dem Geber im Rahmen der Dienstausbübung entgegenkommen. Die Schaffung eines guten Klimas hat für die Strafbarkeit nach § 333 StGB damit letztlich keine Bedeutung und es ist dem Bundesgerichtshof beizupflichten, dass sich eine Pauschalisierung der Strafbarkeit nach § 333 StGB durch den Begriff der „Klimapflege“ verbietet.³⁷

2. Das Honorieren der vergangenen Dienstausbübung

Nicht unmittelbar eingängig erscheint die vom Bundesgerichtshof für die Unrechtsvereinbarung gemachte Alternative, dass Ziel der Vorteilszuwendung auch das Honorieren der vergangenen Dienstausbübung sein kann.³⁸ Die Beeinflussung der zukünftigen Dienstausbübung und das Honorieren der vergangenen erscheinen so unterschiedlich, dass man sich dahinter kaum ein vergleichbares, unter einen gemeinsamen Tatbestand subsumierbares Unrecht vorzustellen vermag. Denn beeinflusst werden kann die vergangene Dienstausbübung nicht mehr und was ohne das Element der Einflussnahme unter einer Unrechtsvereinbarung verstanden werden soll, erschließt sich zumindest nicht auf den ersten Blick. Die Bezugnahme auf vergangene Diensthandlungen wird dabei seit jeher im Rahmen der §§ 331 ff. StGB diskutiert³⁹ und ist spätestens seit dem EGStGB von 1974 zumindest für die §§ 331, 332, 334 StGB tatbestandlich verankert. Nach der Reform durch das Korruptionsbekämpfungsgesetz von 1997 soll dies nun auch für § 333 StGB gelten, was der Bundesgerichtshof im Rahmen der vorliegenden Entscheidung wohl zum ersten Mal so ausdrücklich festgestellt hat.⁴⁰

³⁷ BGHSt 53, 6, 16 = HRRS 2008 Nr. 896.

³⁸ BGHSt 53, 6, 16 = HRRS 2008 Nr. 896.

³⁹ Vgl. bereits *Binding*, Lehrbuch des gemeinen deutschen Strafrechts – Besonderer Teil Band 2,2 (1904), S. 730.

⁴⁰ BGHSt 53, 6, 16 = HRRS 2008 Nr. 896; vgl. hierzu *Schlösser* a.a.O. (Fn. 2), 156.

Es liegt nun der Verdacht nahe, dass es beim Honorieren der vergangenen Dienstausbübung insbesondere um die Erfassung solcher Fälle geht, in denen eine der (Ermessens-)Handlung vorangehende Unrechtsvereinbarung vermutet wird, diese allerdings nicht nachgewiesen werden kann.⁴¹ Lässt sich alleine mit einer solchen Vermutung die Strafbarkeit wohl nicht legitimieren, stellt sich die Frage, ob sich der Bestechungsgedanke hier nicht noch auf andere Weise verorten lässt. Geht man einmal davon aus, dass es keine Unrechtsvereinbarung vor der honorierten Dienstausbübung gegeben hat, so ist folgendes Kalkül hinter einem Vorteil für die vergangene Dienstausbübung denkbar: Versteht der Amtsträger den Vorteil als Ausdruck einer grundsätzlichen Bereitschaft zur Honorierung (günstiger) Amtshandlungen, verleitet ihn dies möglicher Weise dazu, von sich aus dem Geber im Rahmen der zukünftigen Dienstausbübung entgegenzukommen, um sich so wieder ein entsprechendes Honorar zu „verdienen“.⁴² So verstanden stellt sich die Honorierung der vergangenen Dienstausbübung mittelbar als intendierte Beeinflussung der zukünftigen Dienstausbübung dar. Insoweit fügt es sich in das bisherige Verständnis von § 333 StGB ein. Dies gilt auch in Bezug auf die Frage der Erfassung von „Klimapflege“. Denn auch in den Fällen des Honorierens erscheint die Schwelle zur Strafbarkeit erst dann überschritten, wenn der Geber nicht auf unterbewusste, nicht zu kalkulierende Wirkungen eines Vorteils hofft, sondern es ihm auf ein bestimmtes Bewusst-Werden, auf einen bestimmten Eindruck beim Amtsträger ankommt. Letzteres kann auch hier wieder als Mindestbedingung für eine (angestrebte) Unrechtsvereinbarung verstanden werden, die auch im Falle der Bezugnahme auf die vergangene Dienstausbübung das entscheidende Strafbarkeitskriterium darstellen soll.⁴³ Damit reicht es eben nicht, die vergangene Amtstätigkeit zu honorieren – was prinzipiell so auch den Hintergrund (echter) Dankbarkeit oder Freude haben könnte⁴⁴ – der Geber muss vielmehr den Eindruck beim Amtsträger billigend in Kauf nehmen, dass er entgegenkommende Amtshandlungen generell honoriere.

IV. Die Strafbarkeit des Amtsträgers wegen „Klimapflege“ nach § 331 StGB

Lässt die relative Kürze der folgenden Ausführungen die Strafbarkeit des Amtsträgers unter dem Gesichtspunkt der „Klimapflege“ fast nur als Annex zur Strafbarkeit des Gebers erscheinen, so ist dieser Effekt nicht unwillkommen. Die Strafbarkeit des Amtsträgers lässt sich im Falle der Initiative des Gebers nämlich maßgeblich von dessen Verhalten aus bzw. als Reaktion auf das Verhalten des Gebers beschreiben.

Dem entspricht, dass das Merkmal der Unrechtsvereinbarung gerade in Bezug auf den Amtsträger als das ent-

scheidende Element für seine Strafbarkeit formuliert wird.⁴⁵ Letztere soll – wie der Bundesgerichtshof in der vorliegenden Entscheidung betont hat – in dem ausdrücklichen oder stillschweigenden Einverständnis liegen, dass der Vorteil seinen Grund gerade in der Dienstausbübung hat.⁴⁶ Es geht damit um eine Art von Willensübereinstimmung in Bezug auf den Zweck des Vorteils, der vom Geber festgelegt wird. Willensübereinstimmung könnte man nun natürlich dahingehend deuten, dass der Amtsträger tatsächlich mit diesem Zweck einverstanden ist und sich dementsprechend verhalten will. Dies würde man sich unter einer „echten“ Unrechtsvereinbarung im ersten Moment vorstellen, sowohl was das Element der „Vereinbarung“ angeht, als auch in Bezug auf das Merkmal „Unrecht“. Ein echtes Einverständensein mit dem Ansinnen des Gebers, eine Bereitschaft, auf Grund des Vorteils dem Geber im Rahmen der Dienstausbübung entgegenzukommen, muss aber nicht einmal im Rahmen „echter“ Bestechlichkeit nach § 332 StGB nachgewiesen werden, vgl. § 332 Abs. 3 StGB. Denn hinter der kaum näher bestimmbar formulierung „sich bereit gezeigt hat“ steckt ausgehend von unseren obigen Erkenntnissen zu § 334 Abs. 3 StGB, dass der Geber dem Amtsträger gegenüber seine Bestechungsabsicht deutlich macht und der Amtsträger trotzdem diesen Vorteil annimmt. Wurde der Zweck des Vorteils kommuniziert, stellt seine Annahme für den Geber immer ein (konkulent) erklärtes Einverständnis mit diesem Zweck dar. Jetzt soll sich der Amtsträger aber nicht mehr darauf berufen können, dass er gar nicht entsprechend dem erklärten (und verstandenen) Ansinnen des Gebers handeln wollte, den von ihm gewährten Vorteil gar nur angenommen hat, um den Vorteilsgeber der Bestechung nach § 334 StGB zu überführen. Dazu knüpft man für die Strafbarkeit alleine an die Annahme des Vorteils und damit an den so vermittelten Anschein der Bestechlichkeit an.⁴⁷ Für eine Unrechtsvereinbarung kann es dann höchstens auf das Erkennen der Ziele des Gebers ankommen, was dann auch für § 331 StGB der entscheidende Maßstab sein muss. Denn strengere Anforderungen als im Rahmen des schwereren § 332 Abs. 3 StGB erscheinen nicht überzeugend und weniger als das Erkennen der Absichten des Gebers kann man nicht fordern, um sinnvoll noch von einer „Unrechtsvereinbarung“ sprechen zu können. Für die Strafbarkeit des Amtsträgers nach § 331 StGB und damit auch für dessen Bestrafung unter dem Gesichtspunkt der „Klimapflege“ ist damit erforderlich, dass der Amtsträger erkennt, dass der Geber eine Gegenleistung im Rahmen der Dienstausbübung für den Vorteil erwartet oder dass er tatsächlich den Eindruck gewinnt, der Geber

⁴⁵ Statt vieler MünchKomm-Korte, StGB, 2006, § 331 Rn. 93.

⁴⁶ BGHSt 53, 6, 16 = HRRS 2008 Nr. 896.

⁴⁷ Dies scheint der entscheidende Hintergrund der bereits vom Reichsgericht begründeten und vom Bundesgerichtshof fortgeführten Rechtsprechung zu sein, nach der für die Verwirklichung von § 332 StGB der so begründete Anschein der Käuflichkeit als ausreichend eingestuft wurde, vgl. nur BGHSt 15, 88, 96 f.; ob man diesen „Kniff“ mit § 332 Abs. 3 StGB unbedingt in Gesetzesform gießen und den Anscheinsgedanken über das Rechtgut „Vertrauen der Allgemeinheit in die Lauterkeit des öffentlichen Dienstes“ zur Grundlage des Unrechtsverständnisses der §§ 331 ff. StGB insgesamt machen musste, erscheint mehr als fraglich.

⁴¹ Zur Frage der Beweiserleichterung als leitendes Prinzip im Rahmen der Entwicklung der §§ 331 ff. StGB, vgl. das Ergebnis bei Köhler, Die Reform der Bestechungsdelikte (2005), S. 206.

⁴² In diese Richtung Hardtung, Erlaubte Vorteilsannahme (1994), S. 43 Fn. 33.

⁴³ BGHSt 53, 6, 16 = HRRS 2008 Nr. 896.

⁴⁴ Fischer a.a.O. (Fn.1), § 331 Rn. 25a.

honoriere generell entgegenkommende Amtshandlungen.⁴⁸

V. Fazit

Abschließend bleibt noch einmal hervorzuheben, dass auch die Strafbarkeit nach § 333 StGB maßgeblich auf einem Beeinflussungswillen beruht. Wenn es in Abgrenzung zu § 334 StGB auch nicht der Kommunizierung der

⁴⁸ Das Erkennen der Absichten des Gebers stellt dann auch das entscheidende Abgrenzungskriterium zwischen der gemäß § 71 BBG verbotenen Annahme eines Vorteils „in Bezug auf das Amt“ und der nach § 331 StGB strafbaren Annahme eines Vorteils „für die Dienstausbübung“ dar; vgl. hierzu *Battis*, BBG, 4. Auflage (2009), § 71 Rn. 5.

eigenen Erwartungen bedarf, verlangt eine Strafbarkeit nach § 333 StGB, dass der Geber zumindest billigend in Kauf nimmt, dass der Amtsträger die mit dem Vorteil verbundene Erwartung einer Gegenleistung im Rahmen der Dienstausbübung versteht. Erkennt der Amtsträger diesen Hintergrund des Vorteils und nimmt diesen trotzdem an, überschreitet er die Schwelle zur strafbaren Annahme eines Vorteils gemäß § 331 StGB. Alleine insoweit und nicht per se ist „Klimapflege“ strafbar. Damit trägt der Begriff letztlich nichts zur Bestimmung der nach den §§ 331, 333 StGB strafbaren Verhaltensweisen bei und ist in diesem Zusammenhang eher zu vermeiden.⁴⁹

⁴⁹ Zweifelnd am Begriff der Klimapflege zur Beschreibung der Strafbarkeit nach §§ 331, 333 StGB *Schünemann* a.a.O. (Fn. 3), S. 786.

Dokumentation

Verfahrensdokumentation

In dieser Ausgabe kein Eintrag.

Schrifttum

Schrifttum

Christian Matejka. Der Irrtum über Verwaltungsnormen im Rahmen der Verwaltungsakzessorietät – Ein Beitrag zur strafrechtlichen Irrtumslehre unter besonderer Berücksichtigung des Umweltstrafrechts, 290 Seiten, 64 €, Baden-Baden 2008.

1. Der Autor widmet sich in seiner Gießener Dissertation zwei Problemkreisen des Strafgesetzbuchs, die bereits je für sich als sperrig und unübersichtlich gelten können: der Irrtums- und Vorsatzdogmatik des Allgemeinen Teils (§§ 16, 17, 22, 23 StGB) und im Besonderen Teil den Straftaten gegen die Umwelt (§§ 324 ff. StGB) unter besonderer Berücksichtigung ihrer Verwaltungsakzessorietät. In der Verschränkung dieser beiden Problemkreise potenzieren sich die Fragen. Dem Autor gelingt es, die Probleme übersichtlich aufzubereiten und auf Grundlage des geltenden Rechts überwiegend klare Antworten zu finden. Wer die Arbeit *Matejkos* gelesen hat, wird die

Rede von der „Verwaltungsakzessorietät des Umweltstrafrechts“ jedenfalls nicht mehr in der vom Autor beklagten Schlagwortartigkeit führen können.

2. Ein erster Abschnitt informiert über die Verwaltungsnormen, die bei den verwaltungsakzessorischen Straftatbeständen des 29. Abschnitts des StGB eine Rolle spielen (S. 14 ff.). Instrukтив ist insbesondere der Überblick über die Erscheinungsformen der Akzessorietät, bei denen der Autor die auf die Begriffe des Verwaltungsrechts bezogene Akzessorietät, die Verwaltungsrechtsakzessorietät, die Verwaltungsaktsakzessorietät sowie die Verwaltungsvertrags- und Verwaltungsjudikatsakzessorietät unterscheidet (S. 23 ff.), wobei er den letzten beiden Akzessorietätsformen für seine Untersuchung keine große Bedeutung beimisst. Die Klärung des Untersuchungsgegenstands wird sodann durch die Bestimmung des Strafrechtsirrtums vorangebracht. Die Unterscheidung zwischen dem vorsatzausschließenden Tatbestandsirrtum als Unkenntnis eines Umstandes, der zum gesetzlichen Tatbestand

gehört, und dem Verbotsirrtum als die bei der Tatbegehung fehlende Einsicht, Unrecht zu tun, vollzieht die Regelungen der §§ 16, 17 StGB nach (S. 33 ff.).

3. Zum Verständnis des Tatbestandsirrtums, also der dem Täter generell eher günstigen Irrtumskonstellation, tragen der Abriss der historischen Entwicklung und die gründliche Darstellung der aktuellen gesetzlichen Grundlage wesentlich bei (S. 36 ff.). Der Autor bezieht sodann – nach grundsätzlichen Ausführungen, die leider auf den Begriff der „Parallelwertung in der Laiensphäre“ nicht verzichten können (S. 65) – die Konstellation des Tatbestandsirrtums auf die verschiedenen Kategorien der Akzessorität. Die aus der von ihm akzeptierten Relativität der Rechtsbegriffe folgenden irrumsrelevanten Widersprüche zwischen Verwaltungs- und Strafrecht löst der Autor dadurch auf, dass es für die rechtliche Bewertung nur auf die Würdigung nach dem Umweltverwaltungsrecht ankommen kann. Strafrechtliche sind also in Übereinstimmung mit den verwaltungsrechtlichen Begriffen auszulegen. Die Strafbarkeit eines nach Verwaltungsrecht gestatteten Verhaltens muss mangels Schaffung einer rechtlich relevanten Gefahr verneint werden. Ausgehend von etwas lehrbuchhaft, wo nicht reichlich absurd (S. 81, Fall 4: Aufbewahrung von Kernbrennstoffen in einem alten Schuppen) anmutenden Beispielen kommt es nun hinsichtlich der Verwaltungsrechts- und der Verwaltungsaktsakzessorität zum Schwur: Der Bürger kann sich so lange nicht strafbar machen, als es ihm unter zumutbaren Bedingungen unmöglich ist, von der die Strafnorm konstituierenden Verwaltungsnorm Kenntnis zu erlangen (S. 91). Im Hinblick auf erforderliche Genehmigungen geht es dem Umweltstrafrecht nicht um die Kontrollbefugnis der Verwaltungsbehörden, sondern um den Schutz der Umweltgüter in Bezug auf den Menschen (S. 94). Auf dieser freiheitssichernden Argumentationslinie liegt es auch, dass der Autor die Regelbeispieltechnik zutreffend als rechtsstaatlich bedenklich bezeichnet und § 16 Abs. 1 Satz 1 StGB auf Straferschwerungsgründe ohne Tatbestandscharakter analog angewendet wissen möchte (S. 101). Angesichts der Verzweigkeit der umweltstrafrechtlichen Tatbestände ist es verdienstvoll, dass der Autor dem Variantenirrtum breiten Raum widmet. Für die Behandlung dieses Irrtums wendet er den problematischen Gegenstand seiner Untersuchung ins Positive: Beruhen die Tatbestandsvarianten auf ein und derselben verwaltungsrechtlichen Regelungslage, so ist die durch § 16 Abs. 1 StGB gezogene Grenze der subjektiven Zurechnung gewahrt (S. 120 f.).

4. Auch zum Verbotsirrtum, also die den Täter tendenziell eher belastende Irrtumskonstellation, informiert der Autor zunächst übersichtlich über die historische Entwicklung dieses Rechtsinstituts – nicht von ungefähr kommt der Hinweis auf die Herkunft von kriegsrechtlichen Ausnahmebestimmungen, die Reichsabgabenordnung und das Wirtschaftsstrafgesetz – sowie über die aktuelle gesetzliche Grundlage (S. 124 ff.). Zum Objekt des Verbotsirrtums verabschiedet der Autor Konzeptionen, die den Bezugsgegenstand in der Sittenordnung oder der Sozialschädlichkeit sehen wollen (S. 136 ff.). Dem Moral- oder Gesellschaftsbezug wird in überzeugender Weise als rationaler Anknüpfungspunkt die Kenntnis der Strafbarkeit des Verhaltens entgegengesetzt. Leider kommen die Ausführungen hier aber nicht ohne

sprachliche Rückfälle auf eine „Volksüberzeugung“ oder ein „sittliches Grundgut“ aus (S. 150). Hinsichtlich der Bewusstseinsform der Unrechtseinsicht setzt der Autor in überzeugender Weise auseinander, dass ein „sachgedankliches Mitbewusstsein“ nicht ausreichen kann, sondern aktuelle Unrechtseinsicht zu fordern ist (S. 155 ff.). Der Verbotsirrtum soll vermeidbar sein, wenn der Täter Anlass hatte, die Strafrechtswidrigkeit seines Verhaltens in Erfahrung zu bringen (S. 180 f.). Dass diese Definition indes Steine statt Brot geben dürfte, ist kein Manko der besprochenen Abhandlung, sondern die Konsequenz des Begriffs Vermeidbarkeit in § 17 StGB. Dieses Wertungselement überantwortet der Rechtsprechung im Konflikt mit Art. 103 Abs. 2 GG, § 1 StGB und dem Gewaltenteilungsgrundsatz (Art. 20 Abs. 2 Satz 2 GG) die Feinsteuerung des Umfangs der Strafbarkeit.

5. In ihrem abschließenden Teil widmet sich die Arbeit dem Irrtum zu Lasten des Täters, also dem weiten Feld von untauglichem Versuch und Wahndelikt (S. 181 ff.). Ziel des Autors ist es, den Bereich straflosen Verhaltens für diese Irrtumskonstellation sicher zu bestimmen. Einer Auseinandersetzung mit der Rechtsprechung (S. 197 ff.) schließt sich die Darstellung der in der Literatur maßgeblich vertretenen Meinungen an (S. 210 ff.). Die Vorfeldtheorie *Herzbergs* lehnt der Autor als zu weitgehend ab. Wenn allein die Gesetzgebungstechnik über die Strafbarkeit bestimmt, ist in der Tat die Grenze des gesetzlichen Tatbestands nicht hinreichend bestimmt. Die entgegengesetzte Ansicht der Straflosigkeit aller Rechtsirrtümer hält die Abhandlung für zu weit, weil sie die subjektive Vorstellung des Täters gar nicht in den Blick nehme. Auch die in Rechtsprechung und Literatur anzutreffende Lehre vom Umkehrschluss – Tatsachenirrtum und Strafrechtsirrtum finden ihre Entsprechung in untauglichem Versuch und Wahndelikt – kann nach *Matejko* die Bestimmung des strafrechtlich relevanten Normbereichs nicht leisten, sondern setzt sie voraus. Dass in der Dogmatik des untauglichen Versuchs eher die Teleologie als die Logik am Werke sei, was auch den Umkehrschluss als Abgrenzungskriterium untauglich mache, trifft selbstverständlich zu (S. 230). Diese Feststellung hätte aber Anlass gegeben, die Berechtigung der Rechtsfigur des untauglichen Versuchs doch zu erörtern (vgl. S. 235 f.). Der Autor schlägt – mit einem Seitenblick auf das Problem der Blankettnormen (S. 250 ff.) – eine eigene Lösung zur Begrenzung der Strafbarkeit des Irrtums über die Reichweite von Vorfeldnormen vor: Der Irrtum über definierende oder definitionersetzende Verwaltungsnormen soll als Wahndelikt straflos, der Irrtum über normbereichsneutrale Normen soll strafbar sein (S. 240 ff.). Das Ergebnis wird anhand von Beispielfällen auf seine Anwendungsgauglichkeit überprüft und für gut befunden (S. 252 ff.). Ob nicht hinsichtlich einzelner Verwaltungsnormen doch Abgrenzungsprobleme auftauchen können, weil sich die Lösung ihrerseits werter Begriffe bedient, wird ihre künftige Anwendung zeigen müssen.

6. Bei aller lobenswerten Arbeit mit dem strafrechtlichen Instrumentarium, bei allem Bemühen um eine strafrechtseinschränkende Handhabung von Begriffen und Theorien und bei aller Genauigkeit im Detail bleibt nach der Lektüre doch der Eindruck, dass sich jenseits der Dogmatik von Tatbestands- und Verbotsirrtum, von un-

tauglichem Versuch und Wahndelikt, von Akzessorietät und Blankettnorm noch mehr hätte zu Tage fördern lassen. „Umweltstrafrecht ist Strafrecht, ebenso wie es sich etwa bei den Delikten gegen Leib und Leben um Strafrecht handelt“ (S. 17). Wer das so apodiktisch feststellen kann, muss diesem Rechtsgebiet angesichts der überbordenden Menge an Irrtumsfragen aber auch die Frage nach seiner Legitimation stellen. Andernfalls liefert die fein zisierte Irrtumsdogmatik bloß ein Feigenblatt für eine zu weit geratene Pönalisierung. Jede der angesprochenen Irrtumskonstellationen ist auch ein Hinweis darauf, dass der entsprechende Tatbestand an einem Mangel leidet, der strafrechtstheoretisch als ungerechtfertigte Freiheitsbeschränkung, verfassungsrechtlich als Konflikt mit dem Bestimmtheitsgrundsatz (Art. 103 Abs. 2 GG) ausbuchstabiert werden kann. Zudem stellt sich die Frage, wie das Umweltstrafrecht angesichts der beschriebenen Vagheit den hohen verhaltenssteuernden Ansprüchen genügen soll, die aus generalpräventiver Sicht an dieses Strafrechtsgebiet gestellt werden. Diese Zusammenhänge nur angerissen zu haben und der Strafrechtsdogmatik auf der Grundlage des positiven Rechts verhaftet geblieben zu sein, kann der sonst gelungenen Arbeit angesichts ihrer selbstbeschränkten Zielsetzung nicht wirklich angekreidet werden. Dennoch – ein Blick über das am Ende der Arbeit behandelte Verhältnis von Strafrecht und Wasserhaushaltsrecht hinaus (S. 264 ff.) hätte womöglich ganz andere Perspektiven eröffnen können.

Dr. **Stefan Sinner**, Berlin/Leipzig

Ulrich Sommer. Korruptionsstrafrecht, 259 S., 34 €, ZAP-Verlag LexisNexis Deutschland GmbH, Münster 2009.

Korruption ist und bleibt ein dominantes Thema in der aktuellen gesellschaftlichen und kriminalpolitischen Diskussion. Korruptionsskandale prägen die Schlagzeilen der Medien. Preisabsprachen und Korruption führen zu Milliarden Schäden, Ansehensverlust der öffentlichen Verwaltung und Wirtschaft, Aushöhlung des Rechtsstaats und letztendlich zu einem Verfall ethisch-moralischer Werte. Für Verantwortliche in Politik, Wirtschaft und öffentlicher Verwaltung ist es zu einer Dauerpflicht geworden, auf Korruption in angemessener Weise zu reagieren. Obwohl die Zahl der Korruptionsverfahren deutlich gesunken ist (nach dem Bundeslagebild Korruption des BKA 2009 ein Rückgang um 10% gegenüber dem Vorjahr), mussten sich im Jahre 2008 Gerichte, Staatsanwaltschaften und Verteidiger immerhin mit 8569 Korruptionsverfahren beschäftigen.

Das Gesetz zur Bekämpfung der Korruption vom 13.08.1997 hat zahlreiche Änderungen gebracht, deren Anwendungen in der Praxis nicht unbedingt zu der gewünschten Klarheit und Sicherheit geführt haben. Für die Bewältigung dieser Probleme in der täglichen Praxis erweist sich das in der StRR-Schriftenreihe für die Strafrechtspraxis erschienene Werk als nützvoller „Leitfaden“, dessen Zielsetzung, „dem Strafverteidiger praktische Tipps und Hinweise für Korruptionsverfahren zu geben“ – soweit vorausgeschickt – voll und ganz erreicht wird.

Der junge Jurist, der Allgemeinanwalt, aber auch der erfahrene Praktiker erhalten einen übersichtlichen Leitfaden, der dem Nutzer die Möglichkeit gibt, ohne aufwändige Recherche in den gängigen Kommentaren einen umfassenden Überblick über die korruptionsrechtlichen Tatbestände einerseits als auch über die kasuistisch anmutende Entscheidungsvielfalt der Gerichte zu erlangen.

Nach der Einleitung, die einen kurzen Einblick in die Phänomenologie der Korruption und deren Gesetzgebungsgeschichte gibt, befasst sich der Autor ausführlich mit den „klassischen“ Korruptionsdelikten der Vorteilsannahme und -gewährung sowie der Bestechung und Bestechlichkeit im Amt (§§ 331 bis 336 StGB). Die zum Teil umstrittenen Begrifflichkeiten und Tatbestandsvoraussetzungen der einzelnen Vorschriften werden im gebotenen Umfang dargestellt, wobei der Autor sich nicht darauf beschränkt, Rechtsprechung und Literaturmeinungen zu rezitieren, sondern sich auch kritisch mit den gefundenen Ergebnissen auseinandersetzt. So weist er – wohl zu Recht – darauf hin, dass sich das Korruptionsstrafrecht, gemessen am gesetzlichen Wortlaut, derzeit der Berechenbarkeit für den Bürger weitgehend entzieht und die BGH-Judikatur zum Korruptionsstrafrecht zu einem „case law“ im klassischen Sinne geführt hat (Rn 36). Hierzu werden Fälle aus der Praxis besprochen, wobei – gerade für den Verteidiger bedeutsam – Schwachstellen und Interpretationsmöglichkeiten der jeweiligen Tatbestandsmerkmale herausgearbeitet werden, deren Kenntnisnahme jedenfalls auch Richtern und Staatsanwälten angeraten werden kann. Die durch zahlreiche Fundstellen belegte Kasuistik erleichtert dem Anwender die „Arbeit“ mit dem Werk. Wer sich – ohne das ganze Buch schon gelesen zu haben – zunächst mit einem Einzelfall befassen muss oder will, kann mit Hilfe des übersichtlichen Stichwortverzeichnisses und der am Rande des Textes befindlichen Randnummern schnelle und umfassende Informationen erhalten.

Der Leser wird durch die ihm aus dem Strafrechtsreport bekannten, besonders hervorgehobenen „Hinweise“ auf praxisrelevante Problemstellungen aufmerksam gemacht, die regelmäßig als Empfehlungen für die Verteidigungsstrategie umgesetzt werden können. Die zum „Amtsträger einer sonstigen Stelle“ in Rn 81 dargestellte Checkliste hätte ich mir auch in Bezug auf weitere Merkmale oder Begriffe gewünscht. So wäre ein solcher Überblick u.a. auch hinsichtlich der Merkmale der Diensthandlung (Rn 91 ff.) und des Vorteils (Rn 110 ff.) denkbar gewesen.

Mit einer angemessenen Darstellung geht der Autor nicht nur auf die Voraussetzungen der einzelnen Tathandlungen ein (Rn 185 ff.), sondern er beschäftigt sich auch mit den zahlreichen denkbaren Konstellationen im subjektiven Bereich der beteiligten Personen. Mentalvorbehalt des Amtsträgers, Fehlvorstellungen, Tatbestands- und Verbotsirrtum (Rn 201 ff.) bieten den Verfahrensbeteiligten ein breites Feld unterschiedlicher Bewertungsmöglichkeiten. Die Ausführungen zur Verjährung (Rn 210 ff.) sind ein gelungener Abschluss der Darstellung der wesentlichen Korruptionstatbestände.

Im Abschnitt C stellt der Autor den im Alltag des Verteidigers immer bedeutsamer werdenden § 299 StGB (Be-

Schrifttum

stechung und Bestechlichkeit im geschäftlichen Verkehr) dar (Rn 223 ff.). Auch hier erweist sich die Kasuistik als unentbehrliche Hilfe für den Nutzer. Trotz des zutreffenden Hinweises auf die praktische Irrelevanz der Tatbestände der Wähler- und Abgeordnetenbestechung (§§ 108b, 108e StGB) erscheint es legitim, diese Tatbestände in einem Leitfaden (kurz) anzusprechen (Rn 305-318). Die Ausführungen zur Korruption im internationalen Zusammenhang (Rn 319-333) werden ebenfalls der Bedeutung in der Praxis gerecht. Internationale Korruptionssachverhalte spielen nach dem Lagebild 2009 des BKA – noch – eine untergeordnete Rolle.

Die Abschnitte F (Ermittlungsverfahren) und G (Rechtsfolgen einer Verurteilung) enthalten neben gängigem Praxiswissen hilfreiche Hinweise und Tipps für den Verteidiger, sei es auf die Möglichkeit der Anzeigeerstattung über das sog. Business Keeper Monitoring System (Rn 343) oder die Blockierung des Vermögens der Mandantschaft durch Maßnahmen der Vermögensabschöpfung/Rückgewinnungshilfe (Rn 390 ff.). Als besondere Rechtsfolgen im Korruptionsverfahren werden u.a. Be-

rufsverbot, Disziplinarverfahren und Unternehmensgeldbußen behandelt (Rn 414, 416, 427).

Vermeidungsstrategien und Korruptionsprävention in der öffentlichen Verwaltung und der Wirtschaft mit Richtlinien und Verhaltenskodizes im Anhang runden das Buch ab.

Insgesamt handelt es sich um ein rundum gelungenes Werk, das sich zwar in erster Linie an Anwälte richtet, gleichermaßen aber auch Richtern und Staatsanwälten empfohlen werden kann. Die vorliegende Bestandsaufnahme der strafrechtlich geregelten Korruption habe – so der Autor – in weiten Teilen nur den Charakter einer Momentaufnahme. Das Korruptionsstrafrecht befinde sich aktuell in einer Zeit des Umbruchs. Man darf auf die 2. Auflage von Sommers Korruptionsstrafrecht gespannt sein.

LOStA **Dr. Günter Braun**, Drensteinfurt/Detmold

Rechtsprechung

Vollständige Rechtsprechungsübersicht

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

228. EGMR Nr. 39660/02 (1. Kammer) – Urteil vom 18. Februar 2010 (Aleksandr Zaichenko v. Russland)

Recht auf konkreten und wirksamen Verteidigerbeistand bei der ersten Vernehmung im Ermittlungsverfahren (Konsultationsrecht; Anwesenheitsrecht; Reichweite der Selbstbelastungsfreiheit; Schweigerecht; prinzipielles Verwertungsverbot für selbstbelastende Aussagen ohne Verteidigerbeistand; Beschuldigtenbegriff der EMRK: substantielle Beeinträchtigung der Situation des Verdächtigen, Zeitpunkt der ersten Belehrung über das Schweigerecht); Recht auf ein faires Strafverfahren (Gesamtbeurteilung; Anwendung im Ermittlungsverfahren; Verzicht auf Konventionsrechte); Sondervotum Spielmann. Art. 6 Abs. 1 S. 1 EMRK; Art. 6 Abs. 3 lit. c EMRK

229. BGH 1 ARs 1/10 – Beschluss vom 11. März 2010 (BGH)

Normatives Stufenverhältnis zwischen dem Verdacht der Beteiligung an einer in § 138 Abs. 1 oder 2 StGB bezeichneten Katalogtat und der Nichtanzeige geplanter Straftaten (Zweifelsgrundsatz).

§ 138 StGB; § 261 StPO

230. BGH 1 StR 14/10 – Beschluss vom 24. Februar 2010 (LG Ingolstadt)

Übersehene Strafverfolgungsverjährung (Aufrechterhaltung des Strafausspruchs; Beruhen); strafschärfende Berücksichtigung verjährter Straftaten. § 78 StGB; § 223 StGB; § 337 StPO; § 354 Abs. 1 StPO; § 46 StGB

231. BGH 1 StR 19/10 – Beschluss vom 10. März 2010 (LG Nürnberg-Fürth)

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

232. BGH 1 StR 260/09 – Beschluss vom 24. Februar 2010 (BGH)

Vorlagebeschluss; Anforderungen an den Anklagesatz beim Vorwurf einer großen Zahl von Vermögensdelikten (Umgrenzungsfunktion; Informationsfunktion; Recht auf effektive Verteidigung).

Art. 6 EMRK; § 243 Abs. 3 Satz 1 StPO; § 200 Abs. 1 Satz 1 StPO; § 132 Abs. 2, Abs. 4 GVG

233. BGH 1 StR 43/10 – Beschluss vom 9. März 2010 (LG München I)

Rechtsfehlerhaft unterbliebene Anrechnung der erlittenen Untersuchungshaft auf die Dauer des Vorwegvollzugs.

§ 67 Abs. 2 StGB

234. BGH 1 StR 528/09 – Beschluss vom 3. Februar 2010 (LG Traunstein)

Unbegründete Anhörungsrüge.

§ 356a StPO

235. BGH 1 StR 9/10 – Beschluss vom 10. März 2010 (LG Landshut)

Verwerfung der Revision als unbegründet.

§ 349 Abs. 2 StPO

236. BGH 1 StR 95/09 – Urteil vom 4. Februar 2010 (LG München I)

BGHSt; Geldwäsche (Sich-Verschaffen und kollusives Zusammenwirken; Einvernehmen mit dem Vortäter; Relativität der Rechtsbegriffe; tatbestandsrelative Auslegung; Anwendung auf die Forderungseinziehung durch Rechtsanwälte; kein strafloser Vorerwerb bei Zahlung über das Anderkonto eines Rechtsanwaltes); Betrugsvorsatz (Schädigungsvorsatz); Hehlerei (Sich-Verschaffen); Untreue als mitbestrafte Nachtat (Ausbleiben eines vertiefenden Vermögensnachteils; Vermögensbetreuungspflicht als besonderes persönliches Merkmal).

§ 261 Abs. 2 Nr. 1, Abs. 6 StGB; § 259 StGB; § 263 StGB; § 266 StGB; § 28 Abs. 1 StGB; 2. Geldwäscherichtlinie

237. BGH 1 StR 95/09 – Beschluss vom 17. Februar 2010 (BGH)

Unbegründete Anhörungsrüge.

§ 356a StPO

238. BGH 1 StR 558/09 – Beschluss vom 25. März 2010 (LG Bayreuth)

Verwerfung der Revision als unbegründet.

§ 349 Abs. 2 StPO

239. BGH 1 StR 599/09 – Beschluss vom 10. März 2010 (LG Mannheim)

Verwerfung der Revision als unbegründet.

§ 349 Abs. 2 StPO

240. BGH 1 StR 623/09 – Urteil vom 23. Februar 2010 (LG Hildesheim)

Bestechlichkeit (Entkräftung der Indizwirkung von Regelbeispielen auch durch einen eher geringen Vorteil im Gegensatz zu einem geringwertigen Vorteil; gewerbsmäßiges Handeln).

§ 332 StGB; § 335 Abs. 2 Nr. 3 StGB; § 266 Abs. 1 und 2 StGB; § 263 Abs. 3 Nr. 1 StGB; § 248a StGB; § 27 StGB

241. BGH 1 StR 627/09 – Beschluss vom 23. Februar 2010 (LG Baden-Baden)

Verbindung nach den §§ 4 und 5 StPO.

§ 4 StPO; § 5 StPO

242. BGH 1 StR 630/09 – Beschluss vom 10. März 2010 (LG Augsburg)

Verwerfung der Revision als unbegründet.

§ 349 Abs. 2 StPO

243. BGH 1 StR 633/09 – Beschluss vom 24. Februar 2010 (LG Regensburg)

Offensichtliches Fassungsversehen; Aufrechterhaltung des Strafausspruchs (Beruhen).

§ 337 StPO; § 354 Abs. 1 StPO

244. BGH 1 StR 635/09 – Urteil vom 2. Februar 2010 (LG Hagen)

Steuerhinterziehung und Steuerhehlerei (Steuerschuldnerschaft; Zigarettschmuggel; Empfänger); Aufrechterhaltung der übrigen Einzelstrafen.

§ 370 AO; § 374 AO; Art. 40 Zollkodex; § 12 Abs. 1 TabStG; § 19 Satz 2, Satz 3 TabStG; § 71 AO; § 354 StPO; § 154 StPO; § 154a StPO

245. BGH 1 StR 647/09 – Beschluss vom 23. Februar 2010 (LG Augsburg)

Verwerfung der Revision als unbegründet.

§ 349 Abs. 2 StPO

246. BGH 1 StR 649/09 – Beschluss vom 10. März 2010 (LG München I)

Unanwendbarkeit des Doppelbestrafungsverbots gemäß § 46 Abs. 3 StGB bei der Bemessung von Jugendstrafe.

§ 46 Abs. 3 StGB; § 17 JGG

247. BGH 1 StR 652/09 – Beschluss vom 23. Februar 2010 (LG Tübingen)

Sexuelle Nötigung; gefährliche Körperverletzung (Verabreichung von K.O.-Tropfen); Nötigung; Aufhebung der ursprünglichen Einsatzstrafe bei verkannter Handlungseinheit (Berücksichtigung später eingetretener belastender Folgen).

§ 177 Abs. 1, Abs. 3 Nr. 2 StGB; § 224 Abs. 1 Nr. 1, Nr. 3 StGB; § 240 StGB; § 52 StGB; § 46 StGB

248. BGH 2 StR 16/10 – Beschluss vom 17. Februar 2010 (LG Mühlhausen)

Mangels fristgemäßer Revisionsbegründung unzulässige Revision.

§ 345 Abs. 2 StPO

249. BGH 2 ARs 19/10 (2 AR 16/10) – Beschluss vom 24. Februar 2010 (AG Bremen)

Rechtsfehlerhafte Abgabe der Sache.

§ 42 JGG

250. BGH 2 StR 3/10 – Beschluss vom 26. Februar 2010 (LG Gera)

Verwerfung der Revision als unbegründet.

§ 349 Abs. 2 StPO

251. BGH 2 StR 37/10 – Beschluss vom 17. März 2010 (LG Aachen)

Verwerfung der Revision als unbegründet.

§ 349 Abs. 2 StPO

252. BGH 2 StR 66/10 – Beschluss vom 10. März 2010 (LG Aachen)

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

253. BGH 2 ARs 9/10 (2 AR 6/10) – Beschluss vom 3. Februar 2010 (AG Dortmund)

Unzweckmäßiger Abgabebeschluss.
§ 42 JGG

254. BGH 2 StR 368/09 – Urteil vom 3. Februar 2010 (LG Darmstadt)

Beihilfe zum unerlaubten Handeltreiben mit Betäubungsmitteln und zur Einfuhr von Betäubungsmitteln (straflose versuchte Beihilfe).
§ 29 BtMG; § 27 StGB

255. BGH 2 StR 391/09 – Urteil vom 10. Februar 2010 (LG Limburg)

Ausnutzungsbewusstsein bei der Heimtücke (Beweiswürdigung; niedrige Beweggründe: Gefühl der Hilflosigkeit).
§ 211 Abs. 2 StGB

256. BGH 2 StR 417/09 – Beschluss vom 3. Februar 2010 (BGH)

Unbegründete Anhörungsrüge.
§ 356a StPO

257. BGH 2 StR 427/09 – Urteil vom 3. März 2010 (LG Fulda)

Anforderungen an die Darstellung eines Freispruchs.
§ 267 Abs. 5 StPO

258. BGH 2 StR 509/09 – Urteil vom 24. Februar 2010 (LG Mainz)

Anordnung der Sicherungsverwahrung (Hang; Gelegenheitstaten; Spontantaten; Mitgliedschaft bei den Hells Angels; Verhältnismäßigkeit; symptomatischer Zusammenhang).
§ 66 Abs. 1 Nr. 3 StGB; § 62 StGB

259. BGH 2 StR 510/09 – Beschluss vom 26. Februar 2010 (LG Köln)

Begrenzung der Zurechnung eines Bandendiebstahls durch die Bandenabrede (Vollendung; Versuch); Erstreckung des Erfolgs der Revision auf nichtrevidierende Mitangeklagte.
§ 244 StGB; § 244a StGB; § 357 StPO

260. BGH 2 StR 524/09 – Urteil vom 17. Februar 2010

BGHSt; Tenorierung beim Auffangrechtserwerb (Rückgewinnungshilfe; Aufnahme in die Urteilsformel; Revision als statthaftes Rechtsmittel; Wertersatzverfall); Wiedereinsetzung in den vorigen Stand zur Ermöglichung einer Verfahrensrüge.
§ 111i Abs. 2 StPO; § 73a StGB; Art. 103 Abs. 1 GG; § 44 StPO

261. BGH 2 StR 529/09 – Beschluss vom 26. Februar 2010 (LG Köln)

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

262. BGH 2 StR 532/09 – Beschluss vom 10. Februar 2010 (BGH)

Unbegründete Anhörungsrüge.
§ 356a StPO

263. BGH 2 StR 552/09 – Urteil vom 24. Februar 2010 (LG Köln)

Verminderte Schuldfähigkeit bei einem affektiven Ausrasten unter erheblichem Alkoholeinfluss.
§ 21 StGB; § 211 StGB

264. BGH 2 ARs 565/09 2 AR 350/09 – Beschluss vom 27. Januar 2010 (LG Oldenburg)

Zuständigkeit für die Bewährungsüberwachung.
§ 462a Abs. 1 Satz 1 StPO

265. BGH 2 StR 594/09 – Beschluss vom 17. Februar 2010 (LG Köln)

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

266. BGH 4 ARs 16/09 – Beschluss vom 18. Februar 2010 (OLG Oldenburg)

Auslieferungsfreiheit bei konkurrierender Gerichtsbarkeit und Verjährung im Inland (Substitution; Auslieferung Deutscher; grundrechtsschonende Auslegung; Grundsatz gegenseitiger Anerkennung; Verjährung nach ausländischem Recht); Reichweite der Bindungswirkung von BVerfG-Kammerentscheidungen.
Art. 16 Abs. 2 Satz 1 GG; § 9 Nr. 2 IRG; § 78c StGB; § 31 BVerfGG; Art. 10 EuAÜbk

267. BGH 4 StR 394/09 – Urteil vom 4. Februar 2010 (LG Essen)

Belehrung eines Geistlichen über sein Zeugnisverweigerungsrecht (Reichweite des Zeugnisverweigerungsrechts); Beweiswürdigung zum bedingten Tötungsvorsatz bei einer Brandstiftung mit Todesfolge (Leichtfertigkeit).
§ 53 Abs. 1 Nr. 1 StPO; § 212 StGB; § 15 StGB; § 306c StGB; § 306a StGB

268. BGH 4 StR 433/09 – Urteil vom 11. Februar 2010 (LG Arnsberg)

Anforderungen an die Darstellung eines Freispruchs; Kognitionspflicht des Gerichts im Rahmen der Tat im prozessualen Sinne; Beihilfe zum Kreditbetrug (sukzessive Beihilfe); Bankrott (Überschuldung; Zahlungsfähigkeit); Insolvenzverschleppung (verspätete Insolvenzantragstellung).
§ 265b StGB; § 283 StGB; § 261 StPO; § 267 Abs. 5 Satz 1 StPO; § 15a Abs. 4, Abs. 1 InsO; § 84 GmbHG

269. BGH 4 StR 436/09 – Urteil vom 11. Februar 2010 (LG Bielefeld)

Verbotene Vernehmungsmethoden (Vernehmung nach vorheriger Observation und Vortäuschung einer allgemeinen Verkehrskontrolle; Vortäuschen eines Zufallsfundes; Täuschung; Darlegungsanforderungen der Verfahrensrüge); Verstoß gegen das Recht auf ein faires Verfahren; Aufklärungshilfe; Anwendung der Vollstreckungslösung auf Verstöße gegen das Recht auf ein faires Strafverfahren.

§ 136a StPO; § 344 Abs. 2 Satz 2 StPO; Art. 6 Abs. 1 EMRK; § 31 BtMG

270. BGH 4 StR 450/09 – Urteil vom 14. Januar 2010 (LG Leipzig)

Versuchter Mord durch den Wurf von schweren Steinen auf eine Autobahn (Heimtücke; gemeingefährliche Mittel; bedingter Tötungsvorsatz); versuchte gefährliche Körperverletzung; gefährlicher Eingriff in den Straßenverkehr.

§ 212 StGB; § 211 StGB; § 15 StGB; § 22 StGB; § 23 Abs. 1 StGB; § 315b StGB; § 224 Abs. 1 Nr. 5, Abs. 2 StGB

271. BGH 4 StR 556/09 – Beschluss vom 9. Februar 2010 (LG Marburg)

Konkurrenz zwischen Nötigung und Bedrohung; gefährlicher Eingriff in den Straßenverkehr (konkrete Gefährdung von Leib oder Leben; Schädigungsvorsatz beim verkehrsfeindlichen Innenangriff).

§ 240 StGB; § 241 StGB; § 315b StGB

272. BGH 4 StR 599/09 – Beschluss vom 23. Februar 2010 (LG Saarbrücken)

Rüge der unvollständigen Akteneinsicht in TÜ-Protokolle; wesentliche Beschränkung der Verteidigung (Darlegungsanforderungen; erforderliches Bemühen um die Offenlegung der vermissten Aktenbestandteile); Auffangrechtserwerb.

§ 147 StPO; § 338 Nr. 8 StPO; § 111i Abs. 2 StPO

273. BGH 3 StR 242/08 – Beschluss vom 5. August 2008 (LG Lüneburg)

Lückenhafte Beweiswürdigung (fehlende Erörterung einer naheliegenden Motivation eines Zeugen zur Falschbelastung); Betrug durch das Versprechen eines Dokortitels; Anstiftung zur Urkundenunterdrückung.

§ 261 StPO; § 263 StGB; § 267 StGB

274. BGH 3 StR 15/10 – Beschluss vom 9. Februar 2010 (LG Duisburg)

Strafzumessung; Sachrüge (Prüfungsumfang).

§ 344 StPO; § 46 StGB

275. BGH 3 StR 169/08 – Beschluss vom 24. Juni 2008 (LG Kleve)

Schwerer sexueller Missbrauch von Kindern (lückenhafte Beweiswürdigung).

§ 176a StGB; § 261 StPO

276. BGH 3 StR 198/08 – Beschluss vom 17. Juni 2008 (LG Kiel)

Sexueller Missbrauch einer widerstandsunfähigen Person (Irrtum über das Vorliegen einer Einwilligung; Tatbestandsirrtum; Erlaubnistatumsirrtum; Irrtum über die tatsächlichen Voraussetzungen eines Rechtsfertigungstatbestands).

§ 16 StGB; § 179 Abs. 1 StGB

277. BGH 3 StR 205/08 – Beschluss vom 12. August 2008 (LG Verden)

Besonders schwere räuberische Erpressung (Urteilsformel).

§ 260 Abs. 4 Satz 1 StPO

278. BGH 3 StR 215/08 – Beschluss vom 10. Juli 2008 (LG Flensburg)

Besitz kinderpornografischer Schriften; Sich-verschaffen kinderpornografischer Schriften; Konkurrenzen.

§ 52 StGB; § 53 StGB; § 184b StGB

279. BGH 3 StR 224/08 – Beschluss vom 5. August 2008 (LG Osnabrück)

Unterbringung in einer Entziehungsanstalt (zwingende Erörterung); Bestimmen einer Person unter 18 Jahren zum unerlaubten Handeltreiben mit Betäubungsmitteln.

§ 64 StGB; § 30a BtMG

280. BGH 3 StR 250/08 – Beschluss vom 17. Juli 2008 (LG Duisburg)

Unzulässige Beschränkung der Verteidigung durch (unterlassenen) Gerichtsbeschluss.

§ 238 StPO; § 338 Nr. 8 StPO

281. BGH 3 StR 260/08 – Beschluss vom 12. August 2008 (LG Düsseldorf)

Unerlaubtes Handeltreiben mit Betäubungsmitteln (Bewertungseinheit; Konkurrenzen).

§ 29a BtMG; § 52 StGB; § 53 StGB

282. BGH 3 StR 274/08 – Beschluss vom 7. August 2008 (LG Hannover)

Rechtsfehlerhafte Ablehnung eines Beweisantrages (Einholung eines Sachverständigengutachtens; völlige Ungeeignetheit des Beweismittels); Unterbringung in einer Entziehungsanstalt.

§ 244 Abs. 3 StPO; § 64 StGB; § 246a StPO

283. BGH 3 StR 302/08 – Beschluss vom 16. September 2008 (LG Bückeburg)

Beweiswürdigung (Abweichen vom Gutachten eines Sachverständigen zur Frage der Glaubhaftigkeit einer Zeugenaussage).

§ 261 StPO

284. BGH 3 StR 309/09 – Beschluss vom 5. November 2009 (LG Wuppertal)

Misshandlung von Schutzbefohlenen (Gefahr des Todes; Vorsatz); Urteilsgründe.

§ 225 Abs. 3 StGB; § 267 Abs. 3 StPO; § 15 StGB

285. BGH 3 StR 312/08 – Beschluss vom 16. September 2008 (LG Wuppertal)

Unterbringung in einer Entziehungsanstalt (zwingende Erörterung bei Vorliegen der tatbestandlichen Voraussetzungen).

§ 64 StGB

286. BGH 3 StR 336/08 – Beschluss vom 4. November 2008 (LG Oldenburg)

Strafschärfende Berücksichtigung zulässigen Verteidigungsverhaltens (Rechtskraft des Schuldspruchs); keine rechtsstaatswidrige Verfahrensverzögerung bei vorrangiger Bearbeitung von Haftsachen über neun Monate.

Art. 6 Abs. 1 EMRK; Art. 20 Abs. 3 GG; § 46 StGB

287. BGH 3 StR 337/08 – Beschluss vom 9. September 2008 (LG Duisburg)

Unterbringung in einer Entziehungsanstalt.
§ 64 StGB

288. BGH 3 StR 367/09 – Beschluss vom 17. Dezember 2009 (LG Wuppertal)

Ablehnungsgesuch wegen Besorgnis der Befangenheit (unverzögliche Anbringung; Fristberechnung; Kenntnis des Angeklagten; keine Zurechnung der verspäteten Kenntnisnahme des Verteidigers; rechtsfehlerhafte Verwerfung; völlig ungeeignete Begründung); gesetzlicher Richter (Unvoreingenommenheit (Formulierungen eines Haftbefehls im Indikativ; Richter in eigener Sache); Mit-täterschaft (Gesamtabrede; Feststellung individueller Beiträge zu jeder einzelnen Tat).

Art. 101 Abs. 1 Satz 2 GG; Art. 6 EMRK; § 26a StPO; § 25 Abs. 2 Nr. 2 StPO; § 27 StPO; § 25 StGB; § 26 StGB; § 27 StGB

289. BGH 3 StR 440/09 – Beschluss vom 29. Oktober 2009 (LG Flensburg)

Urteilsgründe (Verbreitung pornografischer Schriften; Bezeichnung eines Tatgegenstands als Pornofilm).
§ 11 Abs. 3 StGB; § 184 StGB; § 267 Abs. 3 StPO

290. BGH 3 StR 451/09 – Beschluss vom 28. Januar 2010 (LG Hannover)

Einziehung (Urteilsgründe).
§ 74 StGB; § 267 Abs. 3 StPO

291. BGH 3 StR 474/09 – Beschluss vom 1. Dezember 2009 (LG Kleve)

Unterbringung in einer Entziehungsanstalt (zwingende Erörterung).
§ 64 StGB

292. BGH 3 StR 478/09 – Beschluss vom 1. Dezember 2009 (LG Wuppertal)

Gesamtstrafenbildung; Härteausgleich.
§ 53 StGB; § 54 StGB

293. BGH 3 StR 502/09 – Beschluss vom 21. Januar 2010 (LG Krefeld)

Unterbringung in einer Entziehungsanstalt (Therapiewil-le; Aussicht auf Erfolg); Aufklärungshilfe (zwingende Erörterung bei Vorliegen der tatbestandlichen Vorausset-zungen).

§ 64 StGB; § 31 Nr. 1 BtMG

294. BGH 3 StR 528/09 – Beschluss vom 13. Januar 2010 (LG Hannover)

Absprache (Dokumentation: Urteilsgründe, Nieder-schrift; Prüfungsumfang: Sachrüge, Verfahrensrüge).
§ 257c StPO; § 273 Abs. 1a StPO

295. BGH 3 StR 547/09 – Beschluss vom 26. Januar 2010 (LG Kleve)

Urteilsformel (Qualifikation; besonders schwerer Raub; besonders schwere räuberische Erpressung).
§ 260 Abs. 4 Satz 1 StPO; § 250 Abs. 2 Nr. 1 StGB

296. BGH 3 StR 567/09 – Beschluss vom 9. Februar 2010 (LG Stade)

Geldstrafe (obligatorische Festsetzung der Tagessatzhöhe auch bei Einbeziehung in Gesamtfreiheitsstrafe).

§ 40 Abs. 2 Satz 3 StGB; § 54 Abs. 1 StGB; § 354 Abs. 1 StPO

297. BGH 5 StR 13/10 – Beschluss vom 24. Februar 2010 (LG Bremen)

Anrechnung in Österreich erlittener Untersuchungshaft (Maßstab 1:1); Festsetzung von Einzelstrafen auf das gesetzliche Mindestmaß.

§ 51 Abs. 4 Satz 2 StGB; § 354 StPO

298. BGH 5 StR 17/10 – Beschluss vom 10. März 2010 (LG Berlin)

Unbegründete Revision; erheblich verminderte Schuldfä-higkeit.

§ 349 Abs. 2 StPO; § 21 StGB

299. BGH 5 StR 23/10 – Beschluss vom 24. Februar 2010 (LG Hamburg)

Verfahrensrüge (Begründung); Antrag auf Auswechse-lung des Verteidigers (konkludente Rücknahme durch Abschluss einer Verständigung).

§ 344 Abs. 2 Satz 2 StPO; § 257c Abs. 2 StPO

300. BGH 5 StR 27/10 – Beschluss vom 23. Februar 2010 (LG Lübeck)

Teilvorwegvollzug.

§ 67 StGB

301. BGH 5 StR 3/10 – Urteil vom 24. Februar 2010 (LG Itzehoe)

Strafzumessung (geringe Gefährlichkeit einer Waffe; kopfloses Handeln; geringe Gewaltbereitschaft; Vorstrafen).

§ 46 StGB

302. BGH 5 StR 35/10 (alt: 5 StR 240/09) – Beschluss vom 9. März 2010 (LG Göttingen)

Aussetzung einer Maßregel zur Bewährung (Verhältnis-mäßigkeit).

§ 62 StGB

303. BGH 5 StR 38/10 – Beschluss vom 24. Februar 2010 (LG Bremen)

Unerlaubtes Handeltreiben mit Betäubungsmitteln; Ab-sprache; unzureichende Beweiswürdigung.

§ 29a BtMG; § 261 StPO; § 257c StPO

304. BGH 5 StR 39/10 – Beschluss vom 9. März 2010 (LG Bremen)

Lebenslange Freiheitsstrafe als Gesamtstrafe.

§ 54 Abs. 1 Satz 1 StGB

305. BGH 5 StR 433/09 – Beschluss vom 24. Februar 2010 (LG Göttingen)

Unbegründete Anhörungsrüge (Antrag auf Durchführung einer Revisionshauptverhandlung).

§ 356a StPO

306. BGH 5 StR 503/09 – Urteil vom 10. März 2010 (LG Görlitz)

Unterbringung in einem psychiatrischen Krankenhaus (Gefährlichkeit aufgrund psychischer Störung); Ableh-nung des Antrags im Sicherungsverfahren; Entschädi-

gungspflicht (Störung des Rechtsfriedens; Maß des Sonderopfers).

§ 63 StGB; § 20 StGB; § 2 Abs. 1 StrEG; § 413 StPO

307. BGH 5 StR 53/10 – Beschluss vom 9. März 2010 (LG Berlin)

Unbegründete Revision.

§ 349 Abs. 2 StPO

308. BGH 5 StR 531/09 – Beschluss vom 24. Februar 2010 (LG Leipzig)

Beweiswürdigung; Urteilsgründe.

§ 261 StPO; § 267 Abs. 3 StPO

309. BGH 5 StR 59/10 – Beschluss vom 9. März 2010 (LG Berlin)

Notwehr (Erforderlichkeit der Notwehrhandlung).

§ 32 StGB

310. BGH 5 StR 62/10 – Beschluss vom 10. März 2010 (LG Cottbus)

Totschlag (unbenannter minder schwerer Fall; Beweiswürdigung); Unterbringung in einer Entziehungsanstalt (Hang; kurze Phasen der Abstinenz); Doppelverwendungsverbot (Totschlag; Brutalität; Aggressivität).

§ 212 StGB; § 213 StGB; § 64 StGB; § 46 Abs. 3 StGB

311. BGH 5 StR 66/10 – Beschluss vom 10. März 2010 (LG Neuruppin)

Rechtsstaatswidrige Verfahrensverzögerung (Kompensation).

§ 51 StGB; Art. 6 Abs. 1 EMRK; Art. 20 Abs. 3 GG

312. BGH 5 StR 68/10 – Beschluss vom 9. März 2010 (LG Flensburg)

Schuldfähigkeit (Urteilsgründe; Erörterung).

§ 21 StGB; § 267 Abs. 3 StPO

313. BGH 5 StR 533/09 – Beschluss vom 23. Februar 2010 (LG Dresden)

Unbegründete Revision (unsauber abgefasste Urteilsgründe; Widersprüchlichkeiten; Beruhen).

§ 267 Abs. 3 StPO; § 337 StPO

314. BGH 5 StR 542/09 – Beschluss vom 25. Februar 2010 (LG Berlin)

BGHR; schwerer Raub (Verwenden einer Waffe bei der Tat; Verwenden eines gefährlichen Werkzeugs bei der Tat; Beendigung).

§ 250 StGB

315. BGH 5 StR 548/09 – Beschluss vom 23. Februar 2010 (LG Hamburg)

Unerlaubte Einfuhr von Betäubungsmitteln; unerlaubtes Handeltreiben mit Betäubungsmitteln; Beweiswürdigung (nicht nachvollziehbare Erwägung; im Übrigen sorgfältige Würdigung); Strafzumessung (unvertretbar hohe Strafe gegen unbestraften Angeklagten).

§ 261 StPO; § 46 StGB; § 30 Abs. 1 Nr. 4 BtMG

316. BGH 5 StR 550/09 – Beschluss vom 10. März 2010 (LG Frankfurt/Oder)

Verfahrensrüge (Anhörung eines weiteren Gutachters; Mitteilung der den Mangel enthaltenden Tatsachen).

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

317. BGH 5 StR 558/09 – Beschluss vom 23. Februar 2010 (LG Berlin)

Nachträgliche Bildung der Gesamtstrafe (fehlerhafte Einbeziehung; Beruhen).

§ 55 StGB; § 337 StPO