

## SCHRIFTLEITUNG

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

## REDAKTION

RiLG Ulf Buermeyer, Prof. Dr. iur.  
Karsten Gaede, RA Dr. iur. Stephan  
Schlegel

## 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, M.Jur. (Oxon),  
(Univ. Cambridge); Prof. Dr. Diethelm  
Klaczewski (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 Prof. 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 aM); Prof. Dr. Christoph  
Sowada (Univ. Greifswald); RA Klaus-  
Ulrich Ventzke (Hamburg) und Prof.  
Dr. Wolfgang Wohlers (Univ. Zürich)

## Publikationen

*Prof. Dr. Ulrich Eisenberg*, Berlin – Referentenentwurf des BMJ „Gesetz zur Stärkung der Rechte von Opfern sexuellen Missbrauchs (StORMG)“ 2010 S. 64

*Stefanie Hagemeyer*, Univ. Hamburg – Das Google WLAN-Scanning aus straf- und datenschutzrechtlicher Sicht S. 72

*Fabian Stam*, Univ. Köln – Verletzung des Rechts auf den gesetzlichen Richter durch Nichtvorlage an den Großen Senat (zugleich Anmerkung zu BGH HRRS 2010 Nr. 432) S. 79

Die Ausgabe umfasst zwei Rezensionen.

## Entscheidungen

- EGMR **Verstoß gegen das Recht auf Freiheit und Sicherheit durch die nachträgliche Sicherungsverwahrung (Haidn vs. Deutschland)**
- EuGH **Missbrauch der innergemeinschaftlichen Lieferung**
- BGHSt **In Deutschland tätige Teilorganisation der ausländischen Vereinigung**
- BGHSt **Betäubungsmittelstrafbarkeit beim Versand von Medikamenten ins Ausland und nicht geringe Menge von Benzodiazepinen und Zolpidem**
- BGHSt **Kronzeugenregelung und Tatopfer**
- BGHR **Vermögensbetreuungspflicht des Gerichtsvollziehers bei der Untreue**
- BGH **Rückwirkende Aufhebung der Höchstfrist der Sicherungsverwahrung – Festhalten des 4. Strafsenats an seiner Rechtsprechung**
- BGH **Wertgrenze bei der Gefährdung von fremden Sachen**
- BGH **Unmittelbares Ansetzen zum Versuch beim Betrug**
- BGH **Verwertbarkeit von Verkehrsdaten im Sinne der §§ 96, 113a TKG trotz Nichtigkeit der Vorratsdatenspeicherung**
- BGH **Vorlage an den EuGH zum grenzüberschreitenden Verkauf eines in Deutschland urheberrechtlich geschützten Werkes**
- BGH **Ablehnung von Beweisanträgen wegen Unzumutbarkeit**
- BGH **Anordnung eines Selbstleseverfahrens bei einem Analphabeten als Angeklagtem**

Die Ausgabe umfasst 156 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](mailto:gerhard.strate@strate.net)

## SCHRIFTFLEITUNG

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

## REDAKTION

RiLG Ulf Buermeyer, Prof. Dr. Karsten Gaede, RA Dr. Stephan Schlegel

Als ständige Mitarbeiter wirken mit:

PD Dr. Jochen Bung, M.A., (HU Berlin); Ass.-Prof. Dr. Daniela Demko, LL.M., (Univ. Luzern); Dr. Antje du Bois-Pedain, M.Jur. (Oxon.), (Univ. Cambridge); RA Wiss. Ass. Dr. Lutz Eidam, LL.M. (Bucerius Law School); Prof. Dr. Diethelm Kleszczewski (Univ. Leipzig); Prof. Dr. Hans Kudlich (Univ. Erlangen-Nürnberg); RA Wiss. Ass. Dr. Frank Meyer, LL.M. (Yale), Univ. Bonn; RA Tilo Mühlbauer (Dresden); RA Prof. 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 a.M.); Prof. Dr. Christoph Sowada (Univ. Greifswald); RA Klaus-Ulrich Ventzke (Hamburg) und Prof. Dr. Wolfgang Wohlers (Univ. Zürich).

ISSN 1865-6277

12. Jahrgang, Februar 2011, Ausgabe

2

Rechtsprechung

## Strafrechtliche/strafverfahrensrechtliche Entscheidungen des EGMR/BVerfG

### **277. EGMR Nr. 6587/04 – Urteil der 5. Kammer vom 13. Januar 2011 (Haidn v. Deutschland)**

Verstoß gegen das Recht auf Freiheit und Sicherheit durch die nachträgliche Sicherungsverwahrung; Verbot der unmenschlichen Behandlung und Strafe.

Art. 3 EMRK; 5 EMRK; Art. 7 EMRK; Art. 1 GG, Art. 2 GG; Art. 20 Abs. 3 GG; Art. 103 Abs. 2 GG

1. Die nachträgliche Sicherungsverwahrung nach deutschem Recht verstößt gegen Art. 5 EMRK. Sie ist durch keinen der enumerativen Rechtfertigungstatbestände des Art. 5 Abs. 1 EMRK gerechtfertigt.

2. Die nachträgliche Sicherungsverwahrung verstößt jedoch auch bei älteren Inhaftierten nicht prinzipiell

gegen das Verbot der unmenschlichen Behandlung oder Bestrafung des Art. 3 EMRK.

### **276. EuGH C-285/09 – Urteil der Großen Kammer vom 7. Dezember 2010 (BGH)**

Steuerhinterziehung (Umsatzsteuer; Mehrwertsteuer; Versagung der Befreiung innergemeinschaftlicher Warenlieferungen; innergemeinschaftliche Lieferung; aktive Teilnahme des Verkäufers an der Hinterziehung; Befugnisse der Mitgliedstaaten im Rahmen der Bekämpfung von Steuerhinterziehungen; Steuerumgehung; Missbrauch).

Art. 28c Teil A Buchst. a der Sechsten Richtlinie 77/388/EWG des Rates vom 17. Mai 1977; Art. 49 Abs. 1 Satz 1 EU-Grundrechtecharta; Art. 103 Abs. 2 GG; § 370 AO; § 4 Nr. 1 Buchst. B UStG; § 6a Abs. 1 UStG

1. Unter Umständen wie denen des Ausgangsverfahrens, wenn also eine innergemeinschaftliche Lieferung von Gegenständen tatsächlich stattgefunden hat, der Lieferer jedoch bei der Lieferung die Identität des wahren Erwerbers verschleiert hat, um diesem zu ermöglichen, die Mehrwertsteuer zu hinterziehen, kann der Ausgangsmitgliedstaat der innergemeinschaftlichen Lieferung aufgrund der ihm nach dem ersten Satzteil von Art. 28c Teil A Buchst. a der Sechsten Richtlinie 77/388/EWG des Rates vom 17. Mai 1977 zur Harmonisierung der Rechtsvorschriften der Mitgliedstaaten über die Umsatzsteuern – Gemeinsames Mehrwertsteuersystem: einheitliche steuerpflichtige Bemessungsgrundlage in der durch die Richtlinie 2000/65/EG des Rates vom 17. Oktober 2000 geänderten Fassung zustehenden Befugnisse die Mehrwertsteuerbefreiung für diesen Umsatz versagen. (EuGH)

2. Die Mitgliedstaaten müssen bei der Ausübung ihrer Befugnisse die allgemeinen Rechtsgrundsätze beachten, die Bestandteil der Rechtsordnung der Union sind und zu denen insbesondere die Grundsätze der Rechtssicherheit und der Verhältnismäßigkeit sowie des Vertrauensschutzes zählen. Der Gerichtshof hat insbesondere in Bezug auf den Grundsatz der Verhältnismäßigkeit bereits für Recht erkannt, dass nach diesem Grundsatz die Maßnahmen, die die Mitgliedstaaten demnach erlassen dürfen, nicht über das hinausgehen dürfen, was zur Erreichung der Ziele, eine genaue Erhebung der Steuer sicherzustellen und Steuerhinterziehungen zu verhindern, erforderlich ist.

3. Das Unionsrecht verwehrt es den Mitgliedstaaten nicht, die Ausstellung unrichtiger Rechnungen als Steuerhinterziehung anzusehen und in einem solchen Fall die Befreiung zu verweigern. In bestimmten Fällen, in denen ernsthafte Gründe zu der Annahme bestehen, dass der mit der fraglichen Lieferung zusammenhängende innergemeinschaftliche Erwerb im Bestimmungsland trotz gegenseitiger Amtshilfe und Zusammenarbeit zwischen den Finanzbehörden der betroffenen Mitgliedstaaten der Zahlung der Mehrwertsteuer entgehen könnte, muss der Ausgangsmitgliedstaat sogar grundsätzlich dem Lieferer der Gegenstände die Befreiung verweigern und ihn verpflichten, die Steuer nachzuentrichten, um zu vermeiden, dass der fragliche Umsatz jeglicher Besteuerung entgeht. (Bearbeiter)

4. Weder die Grundsätze der Neutralität der Mehrwertsteuer und der Rechtssicherheit noch der Grundsatz des Vertrauensschutzes stehen der Versagung der Steuerbefreiung entgegen. Ein Steuerpflichtiger, der sich vorsätzlich an einer Steuerhinterziehung beteiligt und das Funktionieren des gemeinsamen Mehrwertsteuersystems gefährdet, kann sich nicht mit Erfolg auf diese Grundsätze berufen. (Bearbeiter)

**208. BVerfG 2 BvR 1183/09 (3. Kammer des Zweiten Senats) – Beschluss vom 15. November 2010 (LG Kempten [Allgäu]/AG Kempten [Allgäu])**

Anspruch auf rechtliches Gehör (beharrlicher und wiederholter Verstoß; Anspruch auf Kenntnisverschaffung über Stellungnahmen der Gegenseite; Möglichkeit der Äußerung), Rechtsschutzinteresse (Ausweichen auf

Ersatz; Dauer des Verfassungsbeschwerdeverfahrens; Musikinstrument in der Untersuchungshaft: Gitarre).  
Art. 103 Abs. 1 GG

1. Durch ein für den Beschwerdeführer mit Nachteilen verbundenes Ausweichen (vorliegend die Ersatzbeschaffung für einen bereits vorhandenen persönlichen Gegenstand über die Vollzugsanstalt) entfällt das Rechtsschutzinteresse nicht (vgl. BVerfGE 34, 165, 180).

2. Bei gewichtigen Grundrechtsverstößen – wie vorliegend der beharrliche Verstoß gegen das rechtliche Gehör – besteht das Rechtsschutzbedürfnis für eine Verfassungsbeschwerde fort, wenn die direkte Belastung durch den angegriffenen Hoheitsakt sich typischerweise auf eine Zeitspanne beschränkt, in welcher der Betroffene nach dem regelmäßigen Geschäftsgang eine Entscheidung des Bundesverfassungsgerichts kaum erlangen kann (vgl. BVerfGE 110, 77; 117, 244, 268).

3. Nach Art. 103 Abs. 1 GG hat der Einzelne Anspruch darauf, vor einer Entscheidung, die seine Rechte betrifft, zu Wort zu kommen, um als Subjekt Einfluss auf das Verfahren und sein Ergebnis nehmen zu können (vgl. BVerfGE 107, 395, 409). Dementsprechend darf das Gericht nur Tatsachen verwerten, zu denen die Beteiligten vorher Stellung nehmen konnten (vgl. BVerfGE 20, 347, 349; 101, 106, 129). Der bei einer Entscheidung berücksichtigte Sachverhalt eines Verfahrensbeteiligten muss den anderen Verfahrensbeteiligten vor der Entscheidung durch Übersendung der betreffenden Schriftsätze zur Kenntnis gebracht worden sein. Die Verfahrensbeteiligten müssen grundsätzlich Gelegenheit haben, sich zu Stellungnahmen der Gegenseite in tatsächlicher und rechtlicher Hinsicht zu äußern (vgl. BVerfGE 19, 32, 36; 49, 325, 328).

**210. BVerfG 2 BvR 94/11 (3. Kammer des Zweiten Senats) – Beschluss vom 31. Januar 2011**

Gesetz zur Neuordnung des Rechts der Sicherungsverwahrung und zu begleitenden Regelungen vom 22. Dezember 2010 (Therapieunterbringungsgesetz); keine verfassungswidrige Ungleichbehandlung durch Beschränkung auf „Altfälle“.

Art. 3 Abs. 1 GG; § 1 Abs. 1 ThUG

1. Zwar kann ein Betroffener grundsätzlich auch gegen eine gesetzliche Regelung Verfassungsbeschwerde erheben, deren Adressat er nicht ist. Das setzt jedoch voraus, dass er vom Anwendungsbereich der Vorschrift unter Verstoß gegen den Gleichheitssatz ausgenommen ist (BVerfGE 29, 268, 273).

2. Zu einer unsubstantiierten Verfassungsbeschwerde gegen die Begrenzung des Anwendungsbereichs des Therapieunterbringungsgesetzes auf sogenannte Altfälle.

**209. BVerfG 2 BvR 1377/07 (3. Kammer des Zweiten Senats) – Beschluss vom 3. November 2010**

Durchsetzbarkeit einer gerichtlichen Entscheidung im Strafvollzug (Nichtanwendbarkeit der Vorschriften der Verwaltungsgerichtsordnung); Subsidiarität der Verfas-

sungsbeschwerde (Nichtumsetzung gerichtlicher Entscheidungen; Vornahmeantrag nach § 113 StVollzG); Anspruch auf Gewährleistung effektiven Rechtsschutzes.

Art. 19 Abs. 4 GG; § 170 VwGO; § 172 VwGO; § 90 Abs. 2 Satz 1 BVerfGG; § 113 StVollzG

1. Es bleibt offen, ob es Art. 19 Abs. 4 GG gebietet, dass für den Fall der Nichtbeachtung gerichtlicher Entscheidungen durch die Vollzugsbehörde eine Vollstreckungsmöglichkeit im Strafvollzugsgesetz vorzusehen ist.

2. Dem Beschwerdeführer einer Verfassungsbeschwerde, der geltend macht, die Vollzugsbehörde habe ihre Pflicht zu unverzüglicher Befolgung einer erstrittenen gerichtlichen Entscheidung verletzt, kann jedenfalls abverlangt werden, dass er die Frage, ob ein Verstoß der geltend gemachten Art überhaupt vorliegt, zunächst mit einem Antrag nach § 113 Abs. 1 StVollzG fachgerichtlicher Klärung zuführt.

## Rechtsprechung

## Hervorzuhebende Entscheidungen des BGH

## I. Materielles Strafrecht – Allgemeiner Teil

**222. BGH 1 StR 540/10 – Beschluss vom 12. Januar 2011 (LG Augsburg)**

Unmittelbares Ansetzen zum Versuch beim Betrug (unmittelbare Täuschungshandlung); Rücktritt vom Versuch; Konfrontationsrecht (ermittlungsrichterliche Vernehmung; staatliche Vereitelung des Fragerechts: gebrechliche Zeugin, Zurechenbarkeit).

§ 263 StGB; § 22 StGB; § 24 StGB; Art. 6 Abs. 3 lit. d EMRK

1. Zwar trifft es zu, dass das unmittelbare Ansetzen regelmäßig bereits vorliegt, wenn ein Täter bereits ein Merkmal des gesetzlichen Tatbestandes verwirklicht (BGHSt 37, 294, 296; BGH NStZ 2002, 433, 435). Jedoch muss das, was der Täter zur Verwirklichung seines Vorhabens getan hat, zu dem in Betracht kommenden Straftatbestand und dessen beabsichtigter Verwirklichung in Beziehung gesetzt werden. Handelt es sich aber dabei um ein mehraktiges Geschehen, so ist erst diejenige Täuschungshandlung maßgeblich, die den Getäuschten unmittelbar zur irrtumsbedingten Verfügungsverfügung bestimmen und den Vermögensschaden herbeiführen soll.

2. Dies gilt, wenn diese frühe Täuschung nicht ohne weitere wesentliche Zwischenschritte in die angestrebte Vermögensverschiebung münden konnte, sondern diese nur vorbereiten sollte. So liegt es zum Beispiel, wenn es auch nach der Vorstellung des Angeklagten noch der Ausarbeitung eines entsprechenden schriftlichen Vertrages und zwingend (§ 311b Abs. 1 Satz 1 und Abs. 3 BGB) dessen notarieller Beurkundung bedurfte.

3. Maßgeblich für die Abgrenzung von unbeendetem und beendetem Versuch ist der sog. Rücktrittshorizont, d.h. die Vorstellung des Täters nach der letzten Ausführungshandlung (BGHSt 35, 90, 93 f.).

4. Die Rüge, die Strafverfolgungsbehörden hätten es entgehen Art. 6 Abs. 3 lit. d EMRK unterlassen, im Ermittlungsverfahren eine ermittlungsrichterliche Vernehmung der Belastungszeugin durchzuführen, damit diese zumindest durch einen Verteidiger hätte „konfrontativ“ befragt werden können, kann nur erfolgreich sein, wenn das Unterlassen der Vernehmung der Justiz zuzurechnen ist (BGHSt 51, 150), die Durchführung der Vernehmung also geboten gewesen wäre. Dies ist aber nicht schon deshalb gegeben, weil die Zeugen im fraglichen Zeitpunkt 85 Jahre alt und infolge eines Sturzes „körperlich gebrechlich“ war.

**252. BGH 2 StR 536/10 – Urteil vom 8. Dezember 2010 (LG Kassel)**

Anforderungen an den Rücktritt vom Versuch (Abgrenzung vom unbeendeten und beendetem Versuch; keine Vorstellung des möglichen Todeseintritts; besonders gefährliche Gewalthandlungen; Grenzen des Zweifelsgrundsatzes).

§ 24 StGB

1. Nach ständiger Rechtsprechung kommt es für die Abgrenzung eines unbeendeten vom beendetem Versuch und damit für die Frage, unter welchen Voraussetzungen ein strafbefreiender Rücktritt gegeben ist, darauf an, ob der Täter nach der letzten von ihm konkret vorgenommenen Ausführungshandlung den Eintritt des tatbestandsmäßigen Erfolgs für möglich hält (sog. Rücktrittshorizont; vgl. BGHSt 39, 221, 227 f. mwN) oder sich – namentlich nach besonders gefährlichen Gewalthandlungen, die zu schweren Verletzungen geführt haben – keine Vorstellungen über die Folgen seines Handelns macht (vgl. BGHSt 40, 304, 306).

2. Die Annahme eines unbeendeten Versuchs setzt darüber hinaus gerade bei besonders gefährlichen Gewalt-

handlungen eines mit bedingtem Tötungsvorsatz handelnden Täters voraus, dass auch Umstände festgestellt werden, die im Rahmen einer Gesamtwürdigung die Wertung zulassen, er habe nach Beendigung seiner Tat handlung den tödlichen Erfolg nicht (mehr) für möglich gehalten. Es müssen zumindest nach dem Gesamtzusammenhang der Urteilsgründe Umstände festgestellt sein, aus denen geschlossen werden kann, dass der Angeklagte nach seiner letzten Ausführungshandlung nicht mehr mit dessen tödlicher Folge gerechnet habe.

3. Es ist zwar auch bei der Prüfung des Rücktritts im Rahmen der Bewertung des Rücktrittshorizonts zulässig, auf den Zweifelssatz zurückzugreifen. Dies setzt aber zunächst eine Gesamtwürdigung der festgestellten Beweistatsachen voraus, die erst im Ergebnis eine eindeutige Wertung nicht ermöglicht.

### 136. BGH 3 StR 78/10 – Urteil vom 20. Mai 2010 (LG Düsseldorf)

Rücktritt vom Versuch (beendeter Versuch; freiwillige Verhinderung des Erfolgs; freiwilliges Bemühen um Erfolgsverhinderung; neue Kausalkette; Hilfe Dritter); erheblich verminderte Schuldfähigkeit (Urteilsgründe; Wiedergabe eines Sachverständigengutachtens); Totschlag.

§ 24 StGB; § 21 StGB; § 267 Abs. 3 StPO; § 212 StGB

1. Ein strafbefreiender Rücktritt vom beendeten Versuch gemäß § 24 Abs. 1 Satz 1 2. Halbs. StGB kommt zwar auch in Betracht, wenn der Täter unter mehreren Möglichkeiten der Erfolgsverhinderung nicht die sicherste oder „optimale“ gewählt hat. Erforderlich ist aber stets, dass der Täter eine neue Kausalkette in Gang gesetzt hat, die für die Nichtvollendung der Tat ursächlich, oder jedenfalls mitursächlich wird.

2. Straffreiheit gem. § 24 Abs. 1 Satz 2 StGB setzt voraus, dass der Täter alles tut, was in seinen Kräften steht und nach seiner Überzeugung zur Erfolgsabwendung erforderlich ist, und dass er die aus seiner Sicht ausreichenden Verhinderungsmöglichkeiten ausschöpft, wobei er sich auch der Hilfe Dritter bedienen kann. Allerdings sind, wenn ein Menschenleben auf dem Spiel steht, insoweit hohe Anforderungen zu stellen. Der Täter muss sich um die bestmögliche Maßnahme bemühen. Hilft er nicht selbst, so muss er sich zumindest vergewissern, ob die Hilfspersonen das Notwendige und Erforderliche veranlassen.

3. Wenn sich der Tatrichter darauf beschränkt, sich zur Frage der Schuldfähigkeit der Beurteilung eines Sachverständigen anzuschließen, so hat er dessen wesentliche Anknüpfungs- und Befundtatsachen im Urteil so wiederzugeben, wie dies zum Verständnis des Gutachtens erforderlich ist.

### 251. BGH 2 StR 531/10 – Urteil vom 15. Dezember 2010 (LG Aachen)

Bedingter Tötungsvorsatz (Bedeutung der Hemmschwelle vor Tötungen für den Tötungsvorsatz; Einbeziehung der Motivlage: Rache; Gesamtwürdigung; dynamisches, unkontrollierbares Geschehen); Gefährliche Körperverletzung.

§ 212 StGB; § 15 StGB; § 224 Abs. 1 Nr. 2 und 5 StGB

1. Für die Verneinung des zumindest bedingten Tötungsvorsatzes genügt ein Hinweis auf die erhöhte Hemmschwelle bei Tötungsdelikten nicht. Vielmehr ist stets unter Berücksichtigung aller Umstände des Einzelfalles sorgfältig zu prüfen, ob ein Täter, der sein gefährliches Handeln durchführt, obwohl er mit der Möglichkeit tödlicher Verletzung rechnet, den Tod des Opfers billigend in Kauf nimmt. Dies wird bei äußerst gefährlichen Gewalt handlungen nahe liegen wenn das Ausbleiben des Todeserfolgs nur als glücklicher Zufall erscheinen kann (BGHR StGB § 212 Abs. 1 Vorsatz, bedingter 3, 5, 33, 35 und 38; BGH NStZ 2007, 150 f). Erforderlich ist stets eine umfassende Würdigung der objektiven und subjektiven Tatumstände, nämlich der konkreten Tatsituation und Angriffsweise, Lage und Abwehrmöglichkeit des Opfers, der psychischen Verfassung des Täters und seiner Motivation (BGHR StGB § 212 Abs. 1 Vorsatz bedingter 39).

2. Ein dynamisches, von dem Angeklagten nicht mehr kontrollierbares Geschehen kann auch für einen bedingten Tötungsvorsatz sprechen.

3. Auch die einem Angriff zugrunde liegende Motivlage des Angeklagten ist einzubeziehen. So könnte zum Beispiel einem in seiner Ehre gekränkten, aus Wut- und Rachsucht die Auseinandersetzung um jeden Preis suchenden Angeklagten die in der konkreten Situation als möglich erkannte Tötung seines Opfers zumindest gleichgültig gewesen sein. Dass ihm dessen Tod möglicherweise unerwünscht war, steht der Annahme bedingten Vorsatzes nicht entgegen (BGHR StGB § 212 Abs. 1 Vorsatz, bedingter 42, 51).

### 131. BGH 3 StR 65/10 – Beschluss vom 18. März 2010 (LG Krefeld)

Unerlaubtes Handeltreiben mit Betäubungsmitteln; Aufklärungshilfe; Rückwirkungsverbot; intertemporales Strafrecht (Meistbegünstigungsprinzip).

§ 31 BtMG; § 46b Abs. 3 StGB; § 2 StGB; Art. 103 Abs. 2 GG; Art. 316d EGStGB; Art. 49 Abs. 1 Satz 3 EU-Grundrechtecharta

1. Art. 316d EGStGB bestimmt, dass § 46b StGB und § 31 BtMG in der Fassung des 43. StrÄndG nicht auf Verfahren anzuwenden sind, in denen vor dem 1. September 2009 die Eröffnung des Hauptverfahrens beschlossen worden ist. Diese Überleitungsvorschrift stellt eine Derogation des Meistbegünstigungsprinzips (§ 2 Abs. 3 StGB) dar, die die Gerichte in bereits rechtshängigen Verfahren von der gegebenenfalls schwierigen Bewertung entbinden soll, ob die alte oder neue Fassung des § 31 BtMG nach den Umständen des konkreten Einzelfalles das mildere Gesetz sei.

2. Die Regelung des Art. 316d EGStGB bedeutet jedoch nicht, dass im Umkehrschluss die neuen Vorschriften – und damit auch die Präklusionsvorschrift des § 46b Abs. 3 StGB – ohne weiteres auf Verfahren anzuwenden sind, in denen die Eröffnung des Hauptverfahrens nach dem 1. September 2009 beschlossen worden ist. Für die Frage des auf diese Verfahren anwendbaren Rechts gelten viel-

mehr die allgemeinen Regeln, nach denen grundsätzlich das zur Tatzeit geltende materielle Recht Anwendung findet (§§ 1, 2 Abs. 1 StGB), sofern das neuere Recht in seiner Gesamtheit keine für den Angeklagten günstigere Regelung darstellt (§ 2 Abs. 3 StGB).

3. Zu den vom Rückwirkungsverbot (Art. 103 Abs. 2 GG) erfassten Normen gehören auch jene Regeln, die über die Art und Weise der Rechtsfolgen der Erfüllung eines Straftatbestandes entscheiden, und damit auch die Vorschriften über die Strafzumessung wie etwa § 31 BtMG. Dass diese Norm tatbestandlich an das Nachtatverhalten und einen etwaigen Aufklärungserfolg anknüpft, ändert daran nichts, denn mit der gesetzlichen Bestimmung der Strafbarkeit ist der gesamte sachliche Rechtszustand gemeint, von dem die Zulässigkeit und die Modalitäten der Ahndung einer Straftat abhängen.

**137. BGH 3 StR 79/10 – Beschluss vom 27. April 2010 (LG Kleve)**

Unerlaubtes Handeltreiben mit Betäubungsmitteln; Aufklärungshilfe; Rückwirkungsverbot; intertemporales Strafrecht (Meistbegünstigungsprinzip).

§ 31 BtMG; § 46b Abs. 3 StGB; § 2 StGB; Art. 103 Abs. 2 GG; Art. 316d EGStGB

1. Art. 316d EGStGB bestimmt, dass § 46b StGB und § 31 BtMG in der Fassung des 43. StrÄndG nicht auf Verfahren anzuwenden sind, in denen vor dem 1. September 2009 die Eröffnung des Hauptverfahrens beschlossen worden ist. Diese Überleitungsvorschrift stellt eine Derogation des Meistbegünstigungsprinzips (§ 2 Abs. 3 StGB) dar, die die Gerichte in bereits rechtshängigen Verfahren von der gegebenenfalls schwierigen Bewertung entbinden soll, ob die alte oder neue Fassung des § 31 BtMG nach den Umständen des konkreten Einzelfalls das mildere Gesetz sei.

2. Die Regelung des Art. 316d EGStGB bedeutet jedoch nicht, dass im Umkehrschluss die neuen Vorschriften – und damit auch die Präklusionsvorschrift des § 46b Abs. 3 StGB – ohne weiteres auf Verfahren anzuwenden sind, in denen die Eröffnung des Hauptverfahrens nach dem 1. September 2009 beschlossen worden ist. Für die Frage des auf diese Verfahren anwendbaren Rechts gelten vielmehr die allgemeinen Regeln, nach denen grundsätzlich das zur Tatzeit geltende materielle Recht Anwendung findet (§§ 1, 2 Abs. 1 StGB), sofern das neuere Recht in seiner Gesamtheit keine für den Angeklagten günstigere Regelung darstellt (§ 2 Abs. 3 StGB).

3. Zu den vom Rückwirkungsverbot (Art. 103 Abs. 2 GG) erfassten Normen gehören auch jene Regeln, die über die Art und Weise der Rechtsfolgen der Erfüllung eines Straftatbestandes entscheiden, und damit auch die Vorschriften über die Strafzumessung wie etwa §§ 31 BtMG. Dass diese Norm tatbestandlich an das Nachtatverhalten und einen etwaigen Aufklärungserfolg anknüpft, ändert daran nichts, denn mit der gesetzlichen Bestimmung der Strafbarkeit ist der gesamte sachliche Rechtszustand gemeint, von dem die Zulässigkeit und die Modalitäten der Ahndung einer Straftat abhängen.

**184. BGH 5 StR 143/10 – Beschluss vom 18. Mai 2010 (LG Neuruppin)**

Täterschaft (sukzessive Mittäterschaft); Beihilfe; Umfang der revisionsgerichtlichen Kontrolle.

§ 25 StGB; § 27 StGB

1. Zwar ist die tatrichterliche Bewertung über das Vorliegen von Täterschaft oder Teilnahme nur einer eingeschränkten revisionsgerichtlichen Kontrolle zugänglich. Der Tatrichter darf allerdings Mittäterschaft nur aufgrund rechtlich zutreffender Anknüpfungstatsachen annehmen.

2. Zur Annahme sukzessiver Mittäterschaft durch aktives Tun bedarf es der Feststellung eines Beitrags zu einer aktiven Tatbestandsverwirklichung.

**186. BGH 5 StR 171/10 – Beschluss vom 2. Juni 2010 (LG Bautzen)**

Erheblich verminderte Schuldfähigkeit (Schwachsinn); Steuerungsfähigkeit; psychiatrischer Sachverständiger; Überzeugungsbildung; eigene Sachkunde; Urteilsgründe.

§ 21 StGB; § 261 StPO; § 267 Abs. 3 StPO

Zwar handelt es sich bei der Frage der Erheblichkeit der Verminderung der Schuldfähigkeit um eine Rechtsfrage, die das Tatgericht ohne Bindung an die Äußerungen des Sachverständigen unter Beachtung normativer Gesichtspunkte in eigener Verantwortung zu entscheiden hat. Gleichwohl darf der Tatrichter bei der Subsumtion nicht davon absehen, die gebotene fachwissenschaftliche Beurteilung der Auswirkungen einer Intelligenzminderung des Angeklagten auf die Steuerungsfähigkeit gerade hinsichtlich der ihm in der zugelassenen Anklage vorgeworfenen Delikte darzulegen. Diese anspruchsvolle Beurteilung darf er insbesondere nicht ausschließlich durch eigene Erwägungen ersetzen.

**249. BGH 2 StR 519/10 – Beschluss vom 24. November 2010 (LG Gera)**

Konkurrenzen und Tenorierung bei mehrfachen Diebstahlshandlungen (Teilidentität der Ausführungshandlungen).

§ 242 StGB; § 243 StGB

1. Öffnen Mittäter in derselben Nacht an demselben Ort und auf dieselbe Weise die Personenkraftwagen von verschiedenen Eigentümern, um daraus Gegenstände zu entwenden, so liegt möglicherweise schon wegen dieses Zusammenhangs eine natürliche Handlungseinheit vor (vgl. BGH NStZ 1996, 493, 494). Jedenfalls der Umstand, dass die Täter auch durch das gewaltsame Eindringen in die Tiefgaragen zugleich mit dem Beginn des Versuchs des Diebstahls auch das Regelbeispiel des § 243 Abs. 1 Satz 2 Nr. 1 StGB für einen besonders schweren Fall des Diebstahls verwirklicht haben, verbindet die Einzelakte der Wegnahmehandlungen in derselben Tiefgarage zu einer tateinheitlichen Handlung, weil Teilidentität der Ausführungshandlung gegeben ist.

2. Es empfiehlt sich zwar bei gleichartiger Tateinheit, diese im Urteilspruch kenntlich zu machen. Davon kann jedoch abgesehen werden, wenn dadurch der Tenor unübersichtlich würde (vgl. BGH NStZ 1996, 493, 494).

## II. Materielles Strafrecht – Besonderer Teil

### 147. BGH 3 StR 179/10 – Urteil vom 28. Oktober 2010 (OLG Frankfurt am Main)

BGHSt; kriminelle Vereinigung; terroristische Vereinigung; Teilorganisation (organisatorische Selbständigkeit; eigene Willenbildung; eigenverantwortliche Entscheidungen); PKK; ausländisch; inländisch; Verfolgungsermächtigung; Kader; Funktionäre; Mitglieder; § 129 StGB; § 129a StGB; § 129b StGB

1. Eine in Deutschland tätige Teilorganisation einer ausländischen Vereinigung ist nur dann als eigenständige inländische Vereinigung im Sinne der §§ 129, 129a StGB anzusehen, wenn die Gruppierung für sich genommen alle für eine Vereinigung notwendigen personellen, organisatorischen, zeitlichen und voluntativen Voraussetzungen erfüllt. (BGHSt)

2. Hieraus folgt, dass die inländische Teilgruppierung ein ausreichendes Maß an organisatorischer Selbstständigkeit aufweisen und einen eigenen, von der ausländischen (Haupt-)Organisation unabhängigen Willensbildungsprozess vollziehen muss, dem sich ihre Mitglieder unterwerfen. Hierfür reicht es nicht aus, dass die Mitglieder der inländischen Teilgruppe lediglich Einigkeit darüber erzielen, sich dem Willen der Gesamtorganisation unterzuordnen; erforderlich ist vielmehr, dass sich der für eine Vereinigung konstitutive, auf deren Zwecke bezogene Willensbildungsprozess in seiner Gesamtheit in der inländischen Gruppierung vollzieht. (BGHSt)

3. Der Senat hält an der Rechtsprechung fest, wonach als Vereinigung im Sinne der §§ 129 ff. StGB der auf eine gewisse Dauer angelegte, freiwillige organisatorische Zusammenschluss von mindestens drei Personen zu verstehen ist, die bei Unterordnung des Willens des Einzelnen unter den Willen der Gesamtheit gemeinsame Zwecke verfolgen und unter sich derart in Beziehung stehen, dass sie sich untereinander als einheitlicher Verband fühlen. Das notwendige voluntative Element ist regelmäßig hinreichend belegt, wenn festgestellt ist, dass die Mitglieder der Organisation nicht nur kurzfristig ein gemeinsames Ziel verfolgen, das über die Begehung der konkreten Straftaten hinausgeht, auf welche die Zwecke oder Tätigkeit der Gruppe gerichtet sind, und hierbei – etwa im Rahmen der Vorbereitung oder der Verwirklichung dieser Straftaten – koordiniert zusammenwirken. (Bearbeiter)

4. Besteht eine ausländische kriminelle oder terroristische Vereinigung in diesem Sinne, so wird der vereinigungsspezifische Unrechtsgehalt der Tat bereits durch deren Ahndung nach § 129b StGB erfasst. Für eine zusätzliche – gegebenenfalls tateinheitlich neben den Schuldspruch nach § 129b StGB tretende – Verurteilung

nach § 129 oder § 129a StGB ist daher kein Raum. Sie ist mit Blick auf die Betätigung für eine inländische Gruppierung nur dann gerechtfertigt, wenn diese eigenständig alle Voraussetzungen einer Vereinigung erfüllt und aus diesem Grunde die abstrakte Gefahr für die Allgemeinheit erhöht. (Bearbeiter)

5. Das Erfordernis einer Verfolgungsermächtigung gem. § 129b Abs. 1 Satz 2 StGB würde umgangen, würde man bei einer inländischen Teilorganisation einer ausländischen Gruppierung auf die für eine eigenständige Vereinigung konstitutiven Voraussetzungen auch nur teilweise verzichten. (Bearbeiter)

6. Eine Gruppierung kann sich auch in der Art organisieren und strukturieren, dass neben einzelnen regionalen Vereinigungen eine übergeordnete Dach-Vereinigung besteht und beide Gruppierungen die Kriterien einer Vereinigung erfüllen. Einzelne Mitglieder können sich dann sowohl an der regionalen als auch an der Dach-Vereinigung und damit gegebenenfalls an zwei Vereinigungen beteiligen; eine Strafbarkeit gem. § 129 StGB und nach § 129b StGB steht dann ggf. in Tateinheit. (Bearbeiter)

7. Der Senat weist – nicht tragend – darauf hin, dass bezüglich der Mitgliedschaft in der PKK nicht zwischen einem Kreis herausgehobener Funktionäre bzw. Kadern einerseits und den sonstigen Angehörigen zu differenzieren ist. Denn es ist kein ausreichender Grund dafür erkennbar, denjenigen, der sich in Kenntnis von Zielen, Programmatik und Methoden der Organisation dieser anschließt und in ihr betätigt, allein deshalb nicht als Mitglied der Vereinigung einzustufen, weil er nicht dem Kreis der führenden Funktionäre angehört. Zwar mag danach der Kreis potentieller Beschuldigter unter Umständen deutlich größer werden; auch mögen sich Unrechtsgehalt und Verschulden stark unterscheiden. Diesen Umständen wird jedoch im Einzelfall angemessen Rechnung zu tragen sein, gegebenenfalls durch Anwendung der § 129 Abs. 5, § 129a Abs. 6 StGB, §§ 153b, 153c StPO. (Bearbeiter)

### 262. BGH 4 StR 245/10 – Beschluss vom 28. September 2010 (LG Essen)

Gefährdung für fremde Sachen von bedeutendem Wert (drohender Schaden bedeutenden Umfangs; Wertgrenze von 750 €).

§ 315b Abs. 1 StGB; § 315c StGB; § 69 Abs. 2 Nr. 3 StGB; § 142 StGB

1. Eine Gefährdung für fremde Sachen von bedeutendem Wert im Sinne des § 315b Abs. 1 StGB zur Tatbestandserfüllung reicht nur aus, wenn auch der konkret drohende

Schaden bedeutenden Umfangs war (vgl. hierzu BGH NStZ-RR 2008, 83 m.w.N.).

2. Die Wertgrenze für die Annahme der Gefährdung einer Sache von bedeutendem Wert liegt nach der Rechtsprechung des Senats bei mindestens 750 € liegt (vgl. BGHSt 48, 119, 121; BGH NStZ-RR 2008, 289; BGH NZV 2010, 261).

3. Der Senat sieht entgegen anderer Ansätze keinen Grund, diesen Wert zu verändern. Eine Angleichung an die Wertgrenze des bedeutenden Schadens im Sinne des § 69 Abs. 2 Nr. 3 StGB ist nicht angezeigt, weil die Vorschriften unterschiedliche Schutzzwecke verfolgen.

4. Bei der Wertgrenze handelt es sich zwar um eine veränderliche Größe, die maßgeblich von der Entwicklung der Preise und Einkommen abhängig ist. Schon aus verfassungsrechtlichen Gründen, insbesondere im Hinblick auf die Tatbestandsbestimmtheit, kommt eine Anhebung der Wertgrenze aber nur bei einer grundlegenden Veränderung der wirtschaftlichen Verhältnisse in Betracht.

#### **175. BGH 5 StR 114/10 – Beschluss vom 17. Juni 2010 (LG Wuppertal)**

Strafvereitelung; Maßnahmevereitelung (Maßnahme; strafprozessuale Sicherungsmaßnahme; dinglicher Arrest); Verfall (erlangtes Etwas).

§ 258 StGB; § 111d StPO; § 73 StGB; § 11 Abs. 1 Nr. 8 StGB

1. Nach § 258 Abs. 1 Alt. 2, § 11 Abs. 1 Nr. 8, §§ 73 ff. StGB ist nur strafbar, wer absichtlich oder wissentlich ganz oder zum Teil vereitelt, dass ein anderer wegen einer rechtswidrigen Tat einer Maßnahme unterworfen wird; dies kann nach § 11 Abs. 1 Nr. 8 StGB auch der Verfall nach §§ 73 ff. StGB sein.

2. Die Vereitelung (lediglich) einer strafprozessualen Sicherungsmaßnahme erfüllt grundsätzlich nicht den Tatbestand des § 258 Abs. 1 StGB. Sie kann aber als Begehungsform der Maßnahmevereitelung nach § 258 Abs. 1 Alt. 2 StGB in Betracht kommen, wenn der Täter durch die Vereitelung der Sicherungsmaßnahme zugleich jedenfalls bedingt vorsätzlich die spätere Verfallsanordnung im Urteil verhindert hat. Namentlich gilt dies, sofern von einer Verfallsanordnung im Urteil gegen den Vortäter wegen zwischenzeitlich eingetretener Vermögenslosigkeit abgesehen worden ist (vgl. § 73c Abs. 1 StGB), obgleich bei Ausbleiben der Vereitelungshandlung durch eine vorläufige Sicherungsmaßnahme (§§ 111b ff. StPO) Vermögen gesichert worden wäre.

3. Eine Maßnahmevollstreckungsvereitelung nach § 258 Abs. 2 Alt. 2 StGB kann gegeben sein, wenn im Urteil gegen den Vortäter zwar der Verfall angeordnet wurde, dieser allerdings anschließend nicht durchsetzbar ist, weil eine vormals noch aussichtsreiche einstweilige Sicherung durch den Täter jedenfalls bedingt vorsätzlich auch mit Blick auf die dadurch gefährdete Durchsetzbarkeit des im Urteil zu titulierenden Anspruchs verhindert wurde und weiteres Vermögen in nennenswertem Umfang nicht (mehr) vorliegt.

#### **146. BGH 3 StR 168/10 – Urteil vom 7. Oktober 2010 (LG Verden)**

Tötung auf Verlangen (Ernstlichkeit des Tötungsverlangens; Freiheit von Willensmängeln; depressive Augenblicksstimmung).

§ 216 StGB

1. Ein Tötungsverlangen ist von vornherein nur dann als ernstlich im Sinne des § 216 StGB anzuerkennen, wenn das Opfer die zureichende natürliche Einsichts- und Urteilsfähigkeit besitzt, um frei verantwortlich entscheiden sowie die Bedeutung und die Tragweite seines Entschlusses verstandesmäßig überblicken und abwägen zu können. Einem Todesbegehren kann die privilegierende Wirkung mangels Ernstlichkeit aber auch dann noch zu versagen sein, wenn es auf einem Entschluss des Opfers beruhte, der nach diesen Maßstäben frei von Willensmängeln war.

2. Der Senat lässt offen, welche darüber hinausgehenden weiteren Anforderungen an die Ernstlichkeit im Einzelnen zu stellen sind. Jedenfalls aber genügt ein Tötungsverlangen in depressiver Augenblicksstimmung nicht, es sei denn, dass es von innerer Festigkeit und Zielstrebigkeit getragen war.

#### **156. BGH 3 StR 442/09 – Beschluss vom 26. Januar 2010 (LG Oldenburg)**

Brandstiftung (Inbrandsetzen eines Gebäudes, das der Wohnung von Menschen dient; Brandlegung und teilweises Zerstören bei gemischt genutzten Gebäuden); Belehrung über das Zeugnisverweigerungsrecht der Stieftochter; Beruhen.

§ 306 StGB; § 306a StGB; § 52 StPO

1. Für ein vollendetes Inbrandsetzen nach § 306a Abs. 1 Nr. 1 Alt. 1 StGB genügt es bereits, wenn in einem einheitlichen, teils gewerblich, teils zu Wohnzwecken genutzten Gebäude nur solche Gebäudeteile selbständig brennen, die für die gewerbliche Nutzung wesentlich sind, aber nicht auszuschließen ist, dass das Feuer auf Gebäudeteile übergreift, die für das Wohnen wesentlich sind. Denn § 306a Abs. 1 Nr. 1 StGB stellt als abstraktes Gefährdungsdelikt ein Handeln unter Strafe, das typischerweise das Leben von Personen gefährdet, die sich in einem Gebäude aufhalten. Eine solche abstrakte Gefahr besteht aber bereits dann, wenn „das Gebäude“ brennt und der Brand sich ausweiten kann.

2. Besteht hingegen der durch die Brandlegung bewirkte Erfolg nicht darin, dass wesentliche Gebäudeteile der gewerblich genutzten Räume selbständig brennen, sondern allein in der ganzen oder teilweisen Zerstörung dieser Räume durch die Brandlegung, so führt dies auch dann nicht zu einer vollendeten schweren Brandstiftung nach § 306a Abs. 1 Nr. 1 2. Alt. StGB, wenn die Gefahr bestand, dass das Feuer auf den Wohnzwecken dienenden Teil des Gebäudes übergreift.

#### **157. BGH 3 StR 456/09 – Beschluss vom 1. April 2010 (LG Kiel)**

Schwere Brandstiftung (andere Räumlichkeit, die der Wohnung von Menschen dient); Wohnmobil; Wohnge-



bäude (zusammengesetzte Gebäude; gemischt genutzte Gebäude).

§ 306a Abs. 1 StGB

1. Der Qualifikationstatbestand der schweren Brandstiftung (§ 306a StGB) ist beim Inbrandsetzen eines für sich nicht Wohnzwecken dienenden Gebäudeteils nur erfüllt, wenn dieser Teil mit einem Wohngebäude in einer solchen Weise verbunden ist, dass von einem einheitlichen, mehreren Zwecken dienenden Gebäude ausgegangen werden kann. In diesem Falle nämlich genügt es, wenn der Täter allein den nicht zum Wohnen dienenden Teil niederbrennen will. Demgegenüber genügt die Gefahr, dass ein Feuer von einem nicht Wohnzwecken dienenden Teil auf ein Wohngebäude hätte übergreifen können, für die Annahme eines einheitlichen Gebäudes alleine nicht.

2. Bei einem Wohnmobil handelt es sich um eine „andere Räumlichkeit, die der Wohnung von Menschen dient“ im Sinne des § 306a Abs. 1 Nr. 1 StGB, sofern es zumindest vorübergehend als Mittelpunkt der privaten Lebensführung und damit zur Wohnung dient, weil es nicht nur zur Fortbewegung, sondern auch zum Aufenthalt untertags, zur Zubereitung und Einnahme von Mahlzeiten sowie zum Schlafen benutzt wird. Diese Eigenschaft verliert es nicht dadurch, dass es in der Regel nur für bestimmte Zeiträume als Wohnung genutzt und im Übrigen auch für längere Zeit abgestellt oder nur als Fortbewegungsmittel genutzt wird.

3. Der Senat lässt offen, ob auch lediglich zum Verkauf oder zur Vermietung bereitstehende, vom gegenwärtigen Inhaber der tatsächlichen Sachherrschaft nicht einmal zeitweise zu Wohnzwecken genutzte Wohnmobile den Qualifikationstatbestand des § 306a Abs. 1 Nr. 1 StGB erfüllen.

### **229. BGH 1 StR 580/10 – Beschluss vom 12. Januar 2011 (LG Landshut)**

Schulderhöhende Bedeutung der Verwirklichung mehrerer Varianten der sexuellen Nötigung (hilflose Lage; eigenständige Bedeutung, Schutz Behinderter; Gewalt).  
§ 177 Abs. 1 Nr. 2, Nr. 3 StGB

1. Die Tatvarianten der § 177 Abs. 1 Nr. 2, Nr. 3 StGB stehen gleichrangig nebeneinander. Ihrer Begehung kommt schulderhöhende Wirkung zu.

2. Der Verwirklichung des § 177 Abs. 1 Nr. 3 StGB kommt grundsätzlich ein eigener Unrechtsgehalt zu. Der Senat teilt insoweit die vom 2. Strafsenat (BGH NStZ 2009, 207 f.) geäußerten Bedenken nicht.

3. Für die Feststellung, das Tatopfer habe sich in einer schutzlosen Lage befunden, kommt es auf eine Gesamtwürdigung aller tatbestandsspezifischen Umstände an, die ergeben müssen, dass das Tatopfer Einwirkungen des Täters weder mit Aussicht auf Erfolg körperlichen Widerstand entgegensetzen, noch sich ihnen durch Flucht entziehen noch auf die Hilfe dritter Personen hoffen könnte (vgl. BGHSt 50, 359, 362).

4. § 177 Abs. 1 Nr. 3 StGB zielte auch darauf ab, den Schutz geistig und körperlich behinderter Menschen,

deren Widerstandsfähigkeit eingeschränkt ist, vor erzwungenen sexuellen Übergriffen zu verbessern. Gerade in den Fällen, in denen das Opfer zu alt ist, um von § 176a StGB geschützt zu werden, würde bei Nichtvorliegen einer weiteren Alternative des § 177 Abs. 1 StGB eine zu restriktive Auslegung der 3. Begehungsalternative des § 177 Abs. 1 StGB zu ungerechtfertigten Ergebnissen führen.

### **200. BGH 5 StR 256/10 – Beschluss vom 22. Juli 2010 (LG Flensburg)**

Nachstellung (Tatfolgen; Feststellungen; sachverständige Beratung); kurze Freiheitsstrafe (unbestrafter Angeklagter); Unterbringung in einem psychiatrischen Krankenhaus (Verhältnismäßigkeit; gravierende Störungen des Rechtsfriedens).

§ 238 Abs. 2 StGB; § 261 StPO; § 244 StPO; § 47 Abs. 1 StGB

1. Die gemäß § 238 Abs. 2 StGB qualifizierte Nachstellung setzt voraus, dass das Opfer oder eine andere dem Opfer nahe stehende Person durch die Nachstellung in die Gefahr des Todes oder einer schweren Gesundheitsschädigung gebracht wird.

2. Als derartige Tatfolgen können psychosomatischen Beschwerden einhergehend mit depressiven Erschöpfungszuständen grundsätzlich zwar genügen, sie müssen dann jedoch hinreichend belegt sein, tunlichst aufgrund sachverständiger Beratung des Tatrichters bei der Feststellung der Tatfolgen. Eine von einem Zeugen lediglich empfundene Beeinträchtigung seiner Arbeitsfähigkeit reicht jedenfalls nicht aus.

3. Wegen der Schwere des mit einer Unterbringung in einem psychiatrischen Krankenhaus verbundenen Eingriffs in die persönliche Freiheit und mit Rücksicht auf den Grundsatz der Verhältnismäßigkeit (§ 62 StGB) kann die Anordnung dieser Maßregel nur bei gravierenden Störungen des Rechtsfriedens gerechtfertigt sein, die zumindest in den Bereich der mittleren Kriminalität hineinreichen.

### **270. BGH 4 StR 476/10 – Beschluss vom 2. Dezember 2010 (LG Rostock)**

Abgrenzung von Raub und räuberischer Erpressung (besonders schwerer Raub; Qualifikationen).

§ 249 StGB; § 253 StGB; § 255 StGB; § 250 StGB

Für die Abgrenzung von Raub und räuberischer Erpressung ist nach ständiger Rechtsprechung des Bundesgerichtshofs das äußere Erscheinungsbild des vermögensschädigenden Verhaltens des Verletzten maßgebend (BGHR StGB § 255 Konkurrenzen 4; BGHR StGB § 255 Konkurrenzen 3; BGH NStZ 2006, 38).

### **148. BGH 3 StR 180/10 – Beschluss vom 6. Juli 2010 (LG Hannover)**

Räuberischer Diebstahl (taugliche Vortat); Wegnahme (handliche Gegenstände; tatsächliche Sachherrschaft); Gewahrsamsbruch; Unterschlagung; Nötigung.

§ 252 StGB; § 242 StGB; § 246 StGB; § 240 StGB

1. Räuberischer Diebstahl (§ 252 StGB) setzt als Vortat eine von Zueignungsabsicht getragene vollendete Weg-

nahme – den Bruch fremden und die Begründung neuen eigenen Gewahrsams – voraus.

2. Der Täter bricht fremden und begründet neuen eigenen Gewahrsam, wenn er unter Ausschluss des Berechtigten die tatsächliche Sachherrschaft erlangt. Bei handlichen und leicht zu bewegenden Gegenständen genügt hierfür ein bloßes Ergreifen und Festhalten jedenfalls dann, wenn der Berechtigte seine ungehinderte Verfügungsgewalt nur noch gegen den Willen des Täters und unter Anwendung von körperlicher Gewalt wiederherstellen könnte.

**154. BGH 3 StR 428/10 – Beschluss vom 30. November 2010 (LG Krefeld)**

Störung des öffentlichen Friedens (Eignung von Äußerungen; abstrakt-konkretes Gefährdungsdelikt).  
§ 126 StGB

1. Der öffentliche Friede ist ein Zustand allgemeiner Rechtssicherheit und das Bewusstsein der Bevölkerung davon.

2. Gestört ist der öffentliche Friede, wenn eine allgemeine Beunruhigung der Bevölkerung innerhalb der Bundesrepublik Deutschland, mindestens aber einer nicht unerheblichen Personenzahl, etwa einem Teil der Bevölkerung im Sinne des § 130 StGB, eintritt.

3. Für den Tatbestand des § 126 StGB ist zwar der Eintritt einer konkreten Gefahr nicht erforderlich. Die jeweilige Handlung muss aber bei genereller Betrachtung konkret zur Friedensstörung geeignet sein (abstrakt-konkretes Gefährdungsdelikt).

**271. BGH 4 StR 492/10 – Urteil vom 16. Dezember 2010 (LG Paderborn)**

Untreue (Missbrauchsalternative; [Art-]Handlungsvollmacht; Konkurrenzen zum versuchten Betrug; natürliche Handlungseinheit); Provisionsvertreterbetrug.  
§ 266 StGB; § 263 StGB; § 54 HGB; § 52 StGB; § 53 StGB

1. Der Missbrauchstatbestand gemäß § 266 Abs. 1 1. Alt. StGB erfasst Rechtsbeziehungen, durch die einem Beteiligten rechtliches Können gewährt wird, das über das rechtliche Dürfen hinausgeht (BGHR StGB § 266 Abs. 1 Missbrauch 2).

2. Der Handlungsbevollmächtigte gemäß § 54 HGB ist Befugnisinhaber im Sinne des § 266 Abs. 1 1. Alt. StGB. § 54 HGB regelt in Absatz 1 eine widerlegbare Vermutung für einen bestimmten typisierten Umfang der erteilten Handlungsvollmacht. Soweit die Auslegung der erteilten Vollmacht ergibt, dass eine der in Absatz 1 geregelten typisierten Formen vorliegt, ist auf die gesetzliche Vermutung zurückzugreifen.

Rechtsprechung

III. Strafzumessungs- und Maßregelrecht

**188. BGH 5 StR 182/10 – Beschluss vom 19. Mai 2010 (LG Dresden)**

Kronzeugenregelung (Anwendung auf das Tatopfer; Freiwilligkeit; Zeugenpflicht); Ermessenausübung (eigene Interessen; bereits entdeckte Tat; Aufklärungserfolg).

§ 46b StGB; § 51 StPO; § 70 StPO; § 100a Abs. 2 StPO

1. § 46b StGB ist auch auf das Opfer einer in § 46b Abs. 1 Satz 1 Nr. 1 StGB i.V.m. § 100a Abs. 2 StPO bezeichneten Tat anwendbar. (BGHSt)

2. Zur Ermessenausübung im Rahmen des § 46b StGB. (BGHSt)

3. Das Tatbestandsmerkmal der Freiwilligkeit ist nicht mit Blick auf eine strafprozessuale Aussagepflicht des Zeugen (vgl. §§ 51, 70 StPO) ausgeschlossen. Freiwilligkeit ist vielmehr nach der insoweit auf § 46b StGB übertragbaren Rechtsprechung zu § 31 BtMG dann gegeben, wenn sich der Beschuldigte frei zur Offenbarung entschließen kann. Unfreiwillig handelt hingegen, wer meint, nicht mehr anders handeln zu können. Auch eine Zeugnispflicht führt jedoch nicht dazu, dass der Zeuge

nicht Herr seiner Entschlüsse ist und eine Aussage daher nicht mehr auf einem autonomen Entschluss beruhen kann. (Bearbeiter)

4. Unfreiwillig handelt hingegen ein Zeuge, gegen den bereits konkret Erzwingungsmaßnahmen (vgl. §§ 51, 70 StPO) ergriffen wurden und der erst daraufhin aussagt. (Bearbeiter)

5. Der Umstand, dass ein „Kronzeuge“ durch eine wahrheitsgemäße Aussage im Kern nur seine staatsbürgerlichen Pflichten erfüllt, steht zwar der Freiwilligkeit seiner Angaben grundsätzlich nicht entgegen, kann aber gleichwohl im Rahmen der Ermessenausübung gegen die Gewährung einer Strafmilderung sprechen. (Bearbeiter)

6. Im Rahmen der Ermessenausübung über die Gewährung einer Strafmilderung müssen die in § 46b Abs. 2 Nr. 1 StGB beispielhaft aufgeführten Umstände im Einzelnen dargelegt und bewertet werden, soweit sie im konkreten Fall relevant sind. Namentlich kann zu beachten sein, ob und wann ein Angeklagter die Ermittlungsbehörden von der Tat informiert hat oder ob diese bereits Kenntnis von

Tat und Tätern hatten. Ferner kann zu würdigen sein, ob und inwieweit der Angeklagte mit seiner Wissensoffenbarung ausschließlich oder vorrangig eigene Aufklärungs- bzw. Genugtungsinteressen verfolgt hat. (Bearbeiter)

**213. BGH 1 ARs 22/10 – Beschluss vom 15. Dezember 2010 (BGH)**

Anfrageverfahren; rückwirkende Aufhebung der Höchstfrist der Sicherungsverwahrung (anwendbares Recht; Rückwirkung; andere gesetzliche Regelung; EMRK); Gesetzlichkeitsprinzip.

Art. 5 EMRK; Art. 7 EMRK; § 2 Abs. 6 StGB; § 67d Abs. 3 Satz 1 StGB

Aus der Europäischen Konvention zum Schutz der Menschenrechte und Grundfreiheiten in ihrer Auslegung durch den Europäischen Gerichtshof für Menschenrechte ergibt sich für die Maßregel der Unterbringung in der Sicherungsverwahrung keine die Rückwirkung generell hindernde andere Bestimmung im Sinne des § 2 Abs. 6 StGB.

**263. BGH 4 ARs 27/10 – Beschluss vom 18. Januar 2011 (BGH)**

Anfrageverfahren; rückwirkende Aufhebung der Höchstfrist der Sicherungsverwahrung (anwendbares Recht; Rückwirkung; andere gesetzliche Regelung; EMRK); Gesetzlichkeitsprinzip.

Art. 5 EMRK; Art. 7 EMRK; § 2 Abs. 6 StGB; § 67d Abs. 3 Satz 1 StGB

1. Der Senat hält an seiner Rechtsprechung fest, nach der sich aus der Europäischen Konvention zum Schutz der Menschenrechte und Grundfreiheiten in ihrer Auslegung durch den Europäischen Gerichtshof für Menschenrechte für die Maßregel der Unterbringung in der Sicherungsverwahrung eine die Rückwirkung generell hindernde andere Bestimmung im Sinne des § 2 Abs. 6 StGB ergibt.

2. Ohne eine entsprechende, ausdrückliche Aussage des Bundesgesetzgebers ist die Annahme, dass sich dieser mit neuem innerstaatlichem Recht über die durch Ratifizierung der MRK übernommenen völkerrechtlichen Verpflichtungen der Bundesrepublik Deutschland hinwegsetzen wollte, nicht gerechtfertigt.

**244. BGH 2 ARs 456/10 – Beschluss vom 22. Dezember 2010 (BGH)**

Anfrageverfahren; rückwirkende Aufhebung der Höchstfrist der Sicherungsverwahrung (anwendbares Recht; Rückwirkung; andere gesetzliche Regelung; EMRK); Gesetzlichkeitsprinzip.

Art. 5 EMRK; Art. 7 EMRK; § 2 Abs. 6 StGB; § 67d Abs. 3 Satz 1 StGB

1. Aus der Europäischen Konvention zum Schutz der Menschenrechte und Grundfreiheiten in ihrer Auslegung durch den Europäischen Gerichtshof für Menschenrechte ergibt sich für die Maßregel der Unterbringung in der Sicherungsverwahrung keine die Rückwirkung generell hindernde andere Bestimmung im Sinne des § 2 Abs. 6 StGB.

2. Alle staatlichen Organe der Vertragsstaaten sind verpflichtet, die Europäische Konvention zum Schutze der Menschenrechte und Grundfreiheiten in ihrer durch die Entscheidungen des Europäischen Gerichtshofs für Menschenrechte erfahrenen Ausformung zu beachten. Da die Fachgerichte innerhalb der staatlichen Kompetenzordnung als Teil der rechtsprechenden Gewalt gemäß Art. 20 Abs. 3 GG an Gesetz und Recht gebunden sind und die Konvention im Range eines Bundesgesetzes steht, ist der entsprechende Spielraum der Fachgerichte durch diese Rangzuweisung dahingehend begrenzt, dass sie die Konvention wie anderes Bundesrecht im Rahmen methodisch vertretbarer Auslegung der bundesdeutschen Gesetze zu beachten und anzuwenden haben (BVerfGE 111, 307, 317, 323). Aus Gründen der Gesetzesbindung muss daher eine konventionsfreundliche Auslegung dort enden, wo der gegenteilige Wille des nationalen Gesetzgebers deutlich erkennbar wird und eine Auslegung im Sinne der Konvention gegen Wortlaut oder Regelungszweck der Norm erfolgen müsste.

3. Da bei der Anwendung des § 67d Abs. 3 StGB den Gerichten im Rahmen der auch bei nachträglichen Entscheidungen vorzunehmenden Verhältnismäßigkeitsprüfung (§ 62 StGB) ein Abwägungsspielraum eröffnet ist, müssen Art. 7 Abs. 1 und Art. 5 Abs. 1 MRK an dieser Stelle insoweit Beachtung finden, als dies im Rahmen der staatlichen Kompetenzordnung methodisch und sachgerecht vertretbar erscheint. Bei einer konventionsfreundlichen Gesamtwürdigung streiten die Aspekte des Vertrauensschutzes und des Freiheitsrechts in gewichtigem Maße für den Verurteilten. Im Ergebnis werden – worauf der anfragende Strafsenat hinweist – grundsätzlich die Rechtspositionen des Verurteilten überwiegen. Wenn dies zu einer letztlich im Regelfall einschränkenden Auslegung des § 67d Abs. 3 StGB dergestalt führt, dass nur im Falle des Vorliegens einer hochgradigen Gefahr schwerster Gewalt- und Sexualverbrechen der weitere Vollzug auch unter Berücksichtigung der Wertungen der Konvention verhältnismäßig erscheint, steht dies insbesondere dem Regelungszweck des § 67d Abs. 3 StGB nicht entgegen.

**152. BGH 3 StR 406/10 – Beschluss vom 25. November 2010 (LG Wuppertal)**

Unterbringung in einer Entziehungsanstalt; nachträgliche Bildung der Gesamtstrafe; Vorwegvollzug; Herausnahme aus dem Maßregelvollzug zwecks weiteren Vorwegvollzugs.

§ 67 Abs. 2 StGB; § 64 StGB; § 55 StGB

1. Hat der Tatrichter in die nachträgliche Bildung der Gesamtstrafe (§ 55 StGB) auch die Rechtsfolgen aus einer Entscheidung einzubeziehen, in der auf die Unterbringung in einer Entziehungsanstalt erkannt wurde, und stellt er fest, dass die Voraussetzungen der Unterbringung auch zum Zeitpunkt seiner Entscheidung noch vorliegen, so hat er die bereits angeordnete Maßregel aufrechtzuerhalten. Für eine zusätzliche originäre Anordnung der Unterbringung in einer Entziehungsanstalt ist aber kein Raum, da in diesem Fall die Grundsätze der nachträglichen Gesamtstrafenbildung Vorrang vor der Regelung des § 67f StGB haben.

2. Der Senat lässt offen, wie in Fällen zu verfahren ist, in denen nachträglich eine so hohe Gesamtfreiheitsstrafe gebildet wird, dass eine nach § 67 Abs. 2 Satz 2 und 3 StGB bemessene, am Halbstrafenzeitpunkt orientierte Anordnung des Vorwegvollzugs zu einer Herausnahme des Angeklagten aus dem Maßregelvollzug zum Zwecke des Vorwegvollzuges führen müsste. Er neigt jedoch dazu, darin eine der Konstellationen zu sehen, in denen entgegen der Regel des § 67 Abs. 2 Satz 2 StGB auf eine Entscheidung über einen Vorwegvollzug verzichtet werden kann.

**171. BGH 5 StR 84/10 – Beschluss vom 5. Juli 2010 (LG Potsdam)**

Versuch; fakultative Strafmilderung (Gesamtschau; besonderes Gewicht versuchsbezogener Umstände).

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

1. Bei der Frage, ob eine Strafrahmenmilderung wegen Versuchs vorzunehmen ist, ist im Wege der Gesamtschau aller strafzumessungserheblichen Gesichtspunkte im weitesten Sinne und der Persönlichkeit des Täters zu entscheiden.

2. Bei der Entscheidung über die fakultative Strafmilderung wegen Versuchs kommt den wesentlich versuchsbezogenen Umständen besonderes Gewicht zu, weil sie wichtige Kriterien für die Bewertung des Handlungs- und Erfolgsunrechts des versuchten Delikts darstellen. Hierzu gehören namentlich die Nähe zur Tatvollendung, die Gefährlichkeit des Versuchs und die aufgewandte kriminelle Energie.

**155. BGH 3 StR 436/09 – Beschluss vom 12. Januar 2010 (LG Lübeck)**

Verjährung; Sicherungsverwahrung; Ablehnung eines Beweisantrages (weiterer Sachverständiger; überlegene Sachkunde; eigene Sachkunde des Gerichts).

§ 78 StGB; § 244 StPO; § 66 StGB

1. Bei dem Hang im Sinne des § 66 StGB handelt es sich um einen Rechtsbegriff, der als solcher dem Sachverständigenbeweis nicht zugänglich ist. Dass bei einem Angeklagten kein Hang vorliege, kann daher im Rahmen eines Beweisantrages allenfalls das Beweisziel sein, also die Folgerung, die das Gericht nach Auffassung des Antragstellers aus einem beantragten Sachverständigengutachten ziehen soll.

2. Die Erwiesenheit des Gegenteils der behaupteten Tatsache (§ 244 Abs. 4 Satz 2 StPO) ist nur ein weiterer, allein für den Sonderfall eines Antrags auf Anhörung eines weiteren Sachverständigen geltender Grund, einen Beweisantrag zurückzuweisen, der die allgemeinen Zurückweisungsgründe des § 244 Abs. 3 und Abs. 4 Satz 1 StPO nicht ausschließt.

3. Die Ablehnung eines Beweisantrags auf Vernehmung eines weiteren Sachverständigen unter Berufung auf eigene Sachkunde ist dem Tatrichter möglich, auch wenn ihm die eigene Sachkunde erst durch den zunächst vernommenen Sachverständigen vermittelt worden ist. Dies gilt selbst dann, wenn er dem ersten vernommenen Gutachter in seinen Schlussfolgerungen nicht folgen will.

**134. BGH 3 StR 69/10 – Beschluss vom 30. März 2010 (LG Mönchengladbach)**

Sexueller Missbrauch von Kindern (besonders schwerer Fall; Zungenkuss); Sicherungsverwahrung (Hang; Gefährlichkeitsprognose; sorgfältige Gesamtwürdigung aller maßgebenden Umstände; erhöhte Anforderungen mangels früherer Verurteilung oder Strafverbüßung; Bedeutung von Prognoseinstrumenten); Überzeugungsbildung.

§ 176 StGB; § 66 StGB; § 261 StPO

1. Das Merkmal „Hang“ im Sinne des § 66 Abs. 1 Nr. 3 StGB verlangt einen eingeschliffenen inneren Zustand des Täters, der ihn immer wieder neue Straftaten begehen lässt. Hangtäter ist derjenige, der dauerhaft zu Straftaten entschlossen ist oder aufgrund einer fest eingewurzelten Neigung immer wieder straffällig wird, wenn sich die Gelegenheit bietet, ebenso wie derjenige, der willensschwach ist und aus innerer Haltlosigkeit Tatanreizen nicht zu widerstehen vermag.

2. Der Hang als „eingeschliffenes Verhaltensmuster“ bezeichnet einen aufgrund umfassender Vergangenheitsbetrachtung festgestellten gegenwärtigen Zustand. Seine Feststellung obliegt – nach sachverständiger Beratung – unter sorgfältiger Gesamtwürdigung aller für die Beurteilung der Persönlichkeit des Täters und seiner Taten maßgebenden Umstände dem Richter in eigener Verantwortung.

3. Die Gesamtwürdigung von Taten und Täterpersönlichkeit ist mit besonderer Sorgfalt vorzunehmen, wenn bei Vorliegen der formellen Voraussetzungen nach § 66 Abs. 2 und Abs. 3 Satz 2 StGB in Ermangelung von symptomatischen Vortaten und neuerlicher Delinquenz trotz erfolgter Strafverbüßung die Tatsachengrundlage besonders schmal ist.

4. Der Feststellung, ein Angeklagter weise bei Anwendung eines statistischen psychologisch-psychiatrischen Prognoseinstruments eine bestimmte Anzahl von Risikopunkten auf, kommt für die Gefährlichkeitsprognose keine wesentliche Bedeutung zu. Solche Instrumente können für die Prognose zwar Anhaltspunkte über die Ausprägung eines strukturellen Grundrisikos liefern, sind aber nicht in der Lage, eine fundierte Einzelbetrachtung zu ersetzen. Zur individuellen Prognose bedarf es über die Anwendung derartiger Instrumente hinaus einer differenzierten Einzelfallanalyse durch den Sachverständigen.

**197. BGH 5 StR 243/10 – Beschluss vom 21. Juli 2010 (LG Hamburg)**

Unterbringung in einem psychiatrischen Krankenhaus; Gefährlichkeitsprognose (lückenhafte Feststellungen);

§ 63 StGB; § 62 StGB; § 267 Abs. 3 StPO

Die Unterbringung in einem psychiatrischen Krankenhaus darf nur angeordnet werden, wenn eine Wahrscheinlichkeit höheren Grades und nicht nur die einfache Möglichkeit neuerlicher erheblicher Straftaten besteht.

**162. BGH 3 StR 527/09 – Beschluss vom 2. Februar 2010 (LG Lüneburg)**

Sicherungsverwahrung; Rückfallverjährung.  
§ 66 StGB

Bei der Berechnung des von Verwahrung freien Zeitraums nach § 66 Abs. 4 Satz 3 StGB kommt es auf den Zeitraum zwischen den einzelnen zur Begründung der formellen Voraussetzungen der Sicherungsverwahrung in Betracht kommenden Vortaten sowie auf die Frist zwischen der letzten relevanten Vortat und der abzuurteilenden neuen Straftat an.

**164. BGH 3 StR 538/09 – Urteil vom 11. März 2010 (LG Mönchengladbach)**

Unterbringung in einer Entziehungsanstalt (Hang; Therapiedauer; Erfolgsaussicht); Sicherungsverwahrung (Hang; Suchtmittelabhängigkeit; Monokausalität); Anordnung mehrerer Maßregeln der Besserung und Sicherung.

§ 64 StGB; § 66 StGB; § 72 StGB

1. Das Merkmal „Hang“ im Sinne des § 66 Abs. 1 Nr. 3 StGB verlangt einen eingeschliffenen inneren Zustand des Täters, der ihn immer wieder neue Straftaten begehen lässt. Hangtäter ist derjenige, der dauerhaft zu Straftaten entschlossen ist oder aufgrund einer fest eingewurzelten Neigung immer wieder straffällig wird, wenn sich die Gelegenheit bietet, ebenso wie derjenige, der willensschwach ist und aus innerer Haltlosigkeit Tatanreizen nicht zu widerstehen vermag.

2. Auf die Ursache für die fest eingewurzelte Neigung zu Straftaten kommt es nicht an. Deshalb scheidet die Annahme eines Hanges im Sinne von § 66 StGB neben der eines Hanges im Sinne von § 64 StGB selbst dann nicht aus, wenn sich ausnahmsweise feststellen ließe, dass allein die Suchterkrankung eines Täters für dessen Kriminalität ursächlich ist.

3. Stellt der Tatrichter sowohl einen Hang nach § 64 StGB als auch einen allein auf der Suchtmittelabhängigkeit beruhenden Hang im Sinne des § 66 StGB fest, so bestimmt sich nach § 72 StGB, ob die Unterbringung des Täters in beiden Maßregelformen oder nur in einer von ihnen anzuordnen ist. Ist der Zweck der Maßregel bereits durch eine von ihnen zu erreichen, was ein hohes Maß an prognostischer Sicherheit voraussetzt, so wird nur die weniger beschwerende Maßregel, nämlich die Unterbringung in der Entziehungsanstalt, verhängt. Andernfalls sind beide anzuordnen und deren Vollstreckungsreihenfolge zu bestimmen. Vor dem Ende des Vollzugs der ersten Maßregel ist sodann zu entscheiden, ob der Zweck der zweiten Maßregel deren Vollstreckung noch erfordert.

4. Stellt der Tatrichter aufgrund der Erkenntnisse eines Sachverständigen eine voraussichtliche Dauer der Suchtbehandlung gem. § 64 StGB von drei Jahren fest, so ist die notwendige Erfolgsaussicht zu verneinen.

**142. BGH 3 StR 151/10 – Urteil vom 8. Juli 2010 (LG Hannover)**

Strafzumessung (keine Verletzung eines weiteren Strafgesetzes; Ausländereigenschaft).

§ 46 StGB

1. Dass der Täter kein Verhalten gezeigt hat, durch das er den Tatbestand noch eines weiteren Strafgesetzes verwirklicht hätte, kann ihm im Rahmen der Bemessung der Rechtsfolgen nicht zugute gehalten werden.

2. Die tatrichterliche Erwägung, der Angeklagte sei als Ausländer besonders strafempfindlich, ist rechtsfehlerhaft, denn die Ausländereigenschaft begründet für sich alleine keine besondere Strafempfindlichkeit. Nur besondere Umstände wie Verständigungsprobleme, abweichende Lebensbedingungen und erschwerte familiäre Kontakte können ausnahmsweise zu einer anderen Beurteilung führen; hierzu bedarf es gegebenenfalls konkreter Feststellungen.

**129. BGH 3 StR 62/10 – Beschluss vom 6. Mai 2010 (LG Oldenburg)**

Verfall (Bruttoprinzip; Erlangtes; Leistungen über Eck; Saldierung; Anrechnung).

§ 73 Abs. 1 StGB; § 73a StGB

1. Wird der Täter durch die Leistung eines Dritten von einer Verbindlichkeit frei, so hat er hierdurch allein noch nichts im Sinne der §§ 73, 73a StGB erlangt, da der Wert lediglich vom Vermögen eines Dritten in das Vermögen eines anderen Dritten übergeht, ohne dass der Täter selbst Verfügungsgewalt innehat und den Wert dadurch „erlangt“ hätte.

2. Will der Tatrichter den nach dem Bruttoprinzip für verfallen zu erklärenden Geldbetrag – etwa aufgrund der Härtevorschrift des § 73c Abs. 1 StGB – kürzen, so hat er die jeweiligen Kürzungsbeträge selbst zu bestimmen, vom eigentlich verwirkten Verfallsbetrag abzuziehen und den verbleibenden Saldo für verfallen zu erklären. Die Anordnung eines Verfalls nebst Anrechnung ist hingegen unzulässig.

3. Die Annahme einer unbilligen Härte im Sinne von § 73c Abs. 1 Satz 1 StGB kommt nur bei Vorliegen besonderer Umstände in Betracht.

**125. BGH 3 StR 17/10 – Beschluss vom 9. Februar 2010 (LG Verden)**

Besonders schwerer Raub (Verwenden einer Schreckschusswaffe; notwendige Feststellungen); Einziehung bei Dritten; Verfall (Erlangtes; Verfügungsgewalt).

§ 250 Abs. 2 StGB; § 74 Abs. 2 Nr. 2 StGB; § 73 StGB; § 111i StPO; § 267 Abs. 3 StPO

1. Die Feststellung der Geldbeträge, hinsichtlich derer der Tatrichter nur wegen des Bestehens von Ansprüchen Verletzter von der Anordnung des Wertersatzverfalls abgesehen hat (§ 111i Abs. 2 Sätze 1 und 3 StPO), ist auf den Wert des von dem Angeklagten jeweils im Sinne des § 73 Abs. 1 Satz 1 StGB Erlangten beschränkt.

2. Bei mehreren Beteiligten an einer Tat ist entscheidend, was der einzelne Beteiligte selbst tatsächlich erlangt hat. Zwar reicht es aus, dass er die wirtschaftliche Mitverfügungsgewalt an dem Vermögensgegenstand erlangt, jedoch kann ihm nach § 73 StGB nicht darüber hinaus auch das zugerechnet werden, was ausschließlich von einem anderen Tatbeteiligten erlangt ist.

3. Die Vermögensgegenstände, in die Verletzte die Zwangsvollstreckung betreiben (können), müssen im

Urteil nicht bezeichnet werden.

## Rechtsprechung

### IV. Strafverfahrensrecht mit GVG

#### 266. BGH 4 StR 404/10 – Beschluss vom 4. November 2010 (LG Münster)

Verwertung von Verkehrsdaten über Telekommunikationsvorgänge im Sinne der §§ 96, 113a TKG (Nichtigkeit der Vorratsdatenspeicherung); Verfahrenseinstellung nach Strafverfolgungsverjährung (zu Unrecht angenommene Unterbrechung); keine rückwirkende Anwendung der geänderten Vorschriften über die Rückgewinnungshilfe (milderes Recht).

Art. 10 GG; Art. 2 Abs. 1, Art. 1 GG; § 96 TKG; § 113a TKG; § 100g Abs. 1 Satz 1 StPO; § 31 BVerfGG; § 78 StGB; § 206a StPO; § 2 Abs. 5 StGB; § 111i Abs. 2 StPO

1. Auch wenn die §§ 96, 113a TKG gemäß § 31 Abs. 2 Satz 2 i.V.m. Satz 1 BVerfGG nichtig sind, durften Verkehrsdaten, die auf Grund dieser Rechtsgrundlage von den Telekommunikationsdiensteanbietern übermittelt worden sind, bei der Strafverfolgung verwendet und in der Beweiswürdigung verwertet werden, soweit dies nach Maßgabe der bis zur Entscheidung in der Hauptsache und damit im Beschlusszeitpunkt geltenden einstweiligen Anordnung des Bundesverfassungsgerichts (BVerfGE 121, 1) und der dort getroffenen (einschränkenden) Übergangsregelung geschah.

2. Wird eine gesetzliche Regelung, wie im vorliegenden Fall, durch eine Entscheidung des Bundesverfassungsgerichts gemäß § 32 Abs. 1 BVerfGG vorläufig modifiziert, bedeutet dies für die Zeit ihrer Geltung regelmäßig eine endgültige Regelung der Rechtslage. Eine nachträgliche Korrektur für den Geltungszeitraum der einstweiligen Anordnung scheidet aus. Zwar wird die Gesetzeskraft einer solchen Entscheidung, anders als bei der Hauptsacheentscheidung (vgl. § 31 Abs. 2 BVerfGG), nicht ausdrücklich gesetzlich angeordnet; eine der Gesetzeskraft zumindest entsprechende Wirkung der nach § 32 Abs. 1 BVerfGG angeordneten Anwendungseinschränkung ergibt sich aber – für die Geltungsdauer der Anordnung – aus ihrer Funktion als Modifikation eines Gesetzes im formellen Sinne und wird vom Bundesverfassungsgericht in ständiger Rechtsprechung angenommen.

3. Eine andere rechtliche Beurteilung der gerichtlich angeordneten Übermittlung der entscheidungserheblichen Verkehrsdaten ergibt sich auch nicht daraus, dass das Bundesverfassungsgericht in der am 2. März 2010 ergangenen Hauptsacheentscheidung die §§ 113a, 113b TKG sowie § 100g Abs. 1 Satz 1 StPO wegen Verstoßes gegen Art. 10 Abs. 1 GG teilweise für nichtig erklärt hat. Die ex-tunc-Wirkung dieser Entscheidung lässt die selbst-

ständige Legitimierungsfunktion der einstweiligen Anordnung im Rahmen der dort näher umschriebenen einschränkenden Maßgaben als sog. normvertretendes Übergangsrecht unberührt.

#### 223. BGH 1 StR 544/09 – Beschluss vom 2. November 2010 (LG Limburg)

Ablehnung von Beweisanträgen wegen Unzumutbarkeit; Bedeutung des Grundsatzes der Spezialität (Europäischer Haftbefehl; Vollstreckungshindernis; Verfolgungshindernis); Strafverfolgungsverjährung bei der Umsatzsteuerhinterziehung (Unterbrechung; hinreichend bestimmter Ermittlungsumfang und Verfolgungswille); Zurückweisung eines Ablehnungsgesuchs wegen Prozessverschleppungsabsicht; Darlegungsanforderungen bei einer Vielzahl von Verfahrensrügen; fehlerhafte Gerichtsbesetzung (Recht auf den gesetzlichen Richter; Willkürerfordernis; abstrakt-genereller Geschäftsverteilungsplan; Besetzungsrüge); Steuerhinterziehung (Blankettstraftat; Vollendung bei Unterlassungstaten; Sachdarstellung; Berechnungsdarstellung; Kompensationsverbot; ungerechtfertigter Steuervorteil; Verlustabzug durch einen Grundlagenbescheid; verdeckte Gewinnausschüttung).

§ 370 AO; § 78 StGB; § 78c StGB; § 83h Abs. 2 Nr. 3 IRG; Art. 27 Abs. 3 lit. c Rahmenbeschlusses 2002/584/JI; § 26a StPO; § 344 Abs. 2 Satz 2 StPO; Art. 101 Abs. 1 Satz 2 GG; § 338 Nr. 1, 2, 3 und 5 StPO; § 192 Abs. 2 GVG

1. Ein Beweisantrag kann auch zurückgewiesen werden, wenn der Umfang der begehrten Beweisaufnahme auf Unmögliches gerichtet ist bzw. die Grenzen der Zumutbarkeit „eindeutig überschritten“ sind.

2. Eine Besetzungsrüge gemäß § 338 Nr. 1 StPO kann nur Erfolg haben, wenn der in Rede stehenden Besetzung eine willkürliche Verletzung der einschlägigen Bestimmungen zu Grunde liegen würde (vgl. BVerfGE 23, 288, 320). Von Willkür kann aber nur die Rede sein, wenn sich die Entscheidung über die Gerichtsbesetzung so weit von dem die Bestimmungen über die Besetzung des Gerichts beherrschenden Grundsatz des gesetzlichen Richters entfernt hat, dass sie nicht mehr zu rechtfertigen ist. Schon eine nur vertretbare Beantwortung einer Zweifelsfrage zur zutreffenden Gerichtsbesetzung verstößt aber weder gegen den sich aus Art. 101 Abs. 1 Satz 2 GG ergebenden Anspruch auf Mitwirkung des gesetzlichen Richters, noch wird dadurch eine vorschriftswidrige Besetzung des Gerichts i.S.v. § 338 Nr. 1 StPO herbeigeführt (vgl. BVerfGE 29, 45, 48; BGH NSTz 1982, 476, 477

mwN). Zur Anwendung auf die Hinzuziehung von Ergänzungsrichtern.

3. Das Wissen, das ein Richter während des Laufs eines anhängigen Verfahrens dienstlich erlangt und durch eine dienstliche Erklärung in die Hauptverhandlung einbringt, macht den Richter nicht zum Zeugen. Eine Vernehmung als Zeuge wäre ein unzulässiges Beweismittel i.S.d. § 244 Abs. 3 Satz 1 StPO; es entzöge dem Angeklagten den gesetzlichen Richter (BGH NJW 1993, 2758).

4. Die Vorschrift des § 26a StPO gestattet ausnahmsweise, dass ein abgelehnter Richter selbst über ein gegen ihn angebrachtes Befangenheitsgesuch entscheidet. Voraussetzung für diese Ausnahme von dem in § 27 StPO erfassten Regelfall der Entscheidung ohne Mitwirkung des abgelehnten Richters ist, dass keine Entscheidung in der Sache getroffen wird, vielmehr die Beteiligung des abgelehnten Richters auf eine echte Formalentscheidung oder die Verhinderung des Missbrauchs des Ablehnungsrechts beschränkt bleibt (BVerfG, NJW 2005, 3410). Dies gilt auch für die Anwendung des § 26a Abs. 1 Nr. 3 StPO. Allerdings ist es zum Beleg der Prozessverschleppungsabsicht regelmäßig erforderlich, dass die Richter das eigene Verhalten im Rahmen des Prozessgeschehens schildern. Allein hierdurch werden sie aber nicht zu Richtern in eigener Sache. Auch der Umstand, dass die abgelehnten Richter auf vorangehende Beschlüsse Bezug nehmen, mit denen sie bereits eine Prozessverschleppungsabsicht in anderem Zusammenhang festgestellt hatten, macht sie nicht zu Richtern in eigener Sache. Schon in der sogar mehrfachen Wiederholung gleichlautender Anträge kann eine Absicht zur Verfahrensobstruktion erkennbar werden.

5. Der Auftrag der Verteidigung liegt – bei allem anerkennenswerten Engagement für den Mandanten – nicht ausschließlich im Interesse eines Angeklagten, sondern auch in einer am Rechtsstaatsgedanken ausgerichteten Strafrechtspflege (BGHSt 29, 99, 106). Der Verteidiger, von dem das Gesetz besondere Sachkunde verlangt (§§ 138, 139, 142 Abs. 2 StPO, § 392 AO), ist der Beistand, nicht der Vertreter des Beschuldigten, an dessen Weisungen er auch nicht gebunden ist (BGH NStZ 1992, 140).

6. Für die Rüge, ein Ablehnungsgesuch sei zu Unrecht nach § 26a Abs. 1 Nr. 3 StPO abgelehnt worden, folgt aus § 344 Abs. 2 Satz 2 StPO, dass der Beschwerdeführer im Zusammenhang mit dieser Verfahrensrüge (ebenso wie bei Ablehnung eines Beweisantrags wegen Prozessverschleppungsabsicht) auch sein eigenes prozessuales Verhalten wiedergeben muss, soweit es nach dem Inhalt des beanstandeten Beschlusses für die Entscheidung mitbestimmend war. Dem steht nicht entgegen, dass hiermit verlangt wird, dass mit dem Revisionsvorbringen auch solche Umstände vorgetragen werden müssen, die der erhobenen Rüge den Boden entziehen können (vgl. BGHSt 52, 355, 357).

7. Insbesondere dann, wenn sich der Verfahrensgang durch eine kaum zu überblickende Anzahl von Anträgen der Verteidigung auszeichnet, die sich auf umfangreiche Anlagen beziehen, sich teilweise wiederholen und zum Teil auf andere Anträge oder Beschlüsse Bezug nehmen,

kann die Revision nicht von ihrer sich aus § 344 Abs. 2 Satz 2 StPO ergebenden Pflicht entbunden werden, die (und nur die) auf die jeweilige Angriffsrichtung bezogenen Verfahrenstatsachen so vorzutragen, dass das Revisionsgericht allein anhand der Revisionsbegründung die einzelnen Rügen darauf überprüfen kann, ob ein Verfahrensfehler vorliegen würde, wenn die behaupteten Tatsachen erwiesen wären (vgl. BGH NJW 2007, 3010, 3011; BGH NStZ 2005, 463; BVerfG NJW 2005, 1999, 2001).

8. Der dem Spezialitätsgrundsatz zugrunde liegende Tatbegriff umfasst den gesamten mitgeteilten Lebenssachverhalt, innerhalb dessen der Verfolgte einen oder mehrere Straftatbestände erfüllt haben soll. Im Rahmen dieses historischen Vorgangs sind die Gerichte des ersuchenden Staates nicht gehindert, die Tat abweichend rechtlich oder tatsächlich zu würdigen, soweit insofern ebenfalls Auslieferungsfähigkeit besteht (BGH NStZ 2003, 684; 1986, 557).

9. Der Begriff der „anderen Tat“ im Sinne des § 83h Abs. 1 Nr. 1 IRG knüpft allein an die Beschreibung der Straftat in der Auslieferungsbewilligung, diese wiederum an den Europäischen Haftbefehl an. Eine „andere Tat“ liegt nicht vor, wenn sich die Angaben im Europäischen Haftbefehl und diejenigen im späteren Urteil hinreichend entsprechen. Der Umstand, dass der dem Auslieferungersuchen und der Auslieferungsbewilligung zugrunde liegende Haftbefehl im weiteren Verlauf des Ermittlungsverfahrens – verfassungsrechtlichen Vorgaben entsprechend – eine dem jeweiligen Ermittlungsstand angepasste Konkretisierung erfahren hat, lässt die Identität der Tat unberührt.

10. Es bleibt offen, ob aus § 83h Abs. 2 Nr. 3 IRG, der Art. 27 Abs. 3 Buchst. c des Rahmenbeschlusses 2002/584/JI des Rates vom 13. Juni 2002 über den Europäischen Haftbefehl und die Übergabeverfahren zwischen den Mitgliedstaaten (ABl. EG Nr. L 190 vom 18. Juli 2002, S. 1 ff.) wortgleich umgesetzt, folgt, dass sich aus einer Verletzung des Spezialitätsgrundsatzes kein Verfahrenshindernis, sondern lediglich ein Vollstreckungshindernis ergibt (so EuGH NStZ 2010, 35).

11. Im Fall der unterlassenen Abgabe einer Umsatzsteuerjahreserklärung beginnt die Verfolgungsverjährung mit Ablauf der Erklärungsfrist (st. Rspr.; BGH wistra 2009, 189 mwN).

12. Bei der Blankettstrafnorm des § 370 AO, die erst zusammen mit den sie ausfüllenden steuerrechtlichen Vorschriften die maßgebliche Strafvorschrift bildet (vgl. BGH NStZ 2007, 595), muss sich aus den Feststellungen ergeben, welches steuerlich erhebliche Verhalten im Rahmen der jeweiligen Abgabenart zu einer Steuerverkürzung geführt hat.

13. Bei der Hinterziehung von Veranlagungssteuern durch Unterlassen ist – sofern kein Schätzungsbescheid ergangen ist – für die Vollendung der Tat i.S.v. § 370 Abs. 1 Nr. 2 AO derjenige Zeitpunkt maßgebend, zu dem die Veranlagung spätestens stattgefunden hätte, wenn die Steuererklärung eingereicht worden wäre (st. Rspr. BGH NStZ-RR 1999, 218). Dies ist dann der Fall, wenn das zuständige Finanzamt die Veranlagungsarbeiten für die

betreffende Steuerart und den betreffenden Zeitraum im Wesentlichen abgeschlossen hat.

14. Mit „anderen Gründen“ im Sinne des Kompensationsverbots des 370 Abs. 4 Satz 3 AO sind nur solche Tatsachen gemeint, auf die sich der Täter nicht bereits im Besteuerungsverfahren berufen hat (BGH NJW 1987, 1273). Steuervorteile, die dem Täter schon aufgrund seiner Angaben zustanden, dürfen ihm im Steuerstrafverfahren nicht vorenthalten werden.

15. Denn eine Besserstellung des Steuerpflichtigen wird nicht erst durch die tatsächliche Durchführung des Verlustabzugs, sondern bereits durch die Feststellung des (vortragsfähigen) Verlusts in einem Grundlagenbescheid bewirkt. Insofern erlangt der Steuerpflichtige einen Vorteil spezifisch steuerlicher Art, der auf dem Tätigwerden der Finanzbehörde beruht und der eine hinreichend konkrete Gefährdung des Steueranspruchs begründet, die für die Annahme eines nicht gerechtfertigten Steuervorteils genügt (vgl. BGHSt 53, 99, 106f.).

#### **216. BGH 1 StR 422/10 – Beschluss vom 14. Dezember 2010 (LG Wuppertal)**

Anordnung eines Selbstleseverfahrens bei einem Analphabeten als Angeklagtem (Widerspruch; herbeizuführender Gerichtsbeschluss; Wechsel des Verteidigers; Zwischenrechtsbehelf); im Einzelfall entbehrliche Berechnungsdarstellung und Angabe der Schadenshöhe bei der Umsatzsteuerhinterziehung (Vorsteuerabzug; Hinterziehungssystem); Feststellung des Hinterziehungsvorsatzes.

§ 370 AO; § 15 UStG; § 15 StGB; § 267 StPO; Art. 6 EMRK; § 249 StPO; § 238 Abs. 2 StPO

1. Der Vorsitzende bestimmt nach pflichtgemäßem Ermessen, ob ein Selbstleseverfahren durchzuführen ist. Dabei sind auch Anhaltspunkte für Analphabetismus in die Erwägungen einzubeziehen. Einen Rechtssatz, dass in derartigen Fällen ein Selbstleseverfahren keinesfalls zulässig sei, gibt es nicht. Wird ein solches Verfahren für zweckmäßig gehalten, so ist die Situation damit vergleichbar, dass der Angeklagte Urkunden zwar lesen, aber mangels Sprachkenntnissen nicht verstehen kann. Auch dann ist ein Selbstleseverfahren möglich, jedoch muss das Gericht ermöglichen, dass ihm der Inhalt der Urkunde zur Kenntnis gebracht wird.

2. Jedoch kann, von den hier nicht in Rede stehenden Richtern abgesehen, jeder Verfahrensbeteiligte, also auch der Angeklagte, auch darauf verzichten, vom Inhalt der Urkunden Kenntnis zu nehmen. Verzichtet er nicht, kann der Inhalt gegebenenfalls durch einen hierzu bereiten Verteidiger zur Kenntnis gebracht werden, sonst auf andere Weise. Es ist dem Strafprozessrecht auch sonst nicht fremd, dass erforderlichenfalls Urkunden vorgelesen werden.

3. Auf die Rüge der fehlerhaften Anordnung oder Durchführung des Selbstleseverfahrens kann eine Verfahrensrüge nicht mit Erfolg gestützt werden, wenn zuvor kein Gerichtsbeschluss herbeigeführt wurde. Hinsichtlich der Anordnung ist eine Entscheidung des gesamten Spruchkörpers gemäß § 249 Abs. 2 Satz 2 StPO herbeizuführen,

bei der das Ermessen des Spruchkörpers an die Stelle des Ermessens des Vorsitzenden tritt. Geht es nicht um die Anordnung, sondern die ebenfalls zunächst vom Vorsitzenden zu bestimmende Art der Durchführung des Selbstleseverfahrens, ist eine Entscheidung gemäß § 238 Abs. 2 StPO herbeizuführen, wobei dann nur die Rechtmäßigkeit, nicht aber die Zweckmäßigkeit der beanstandeten Maßnahme zu überprüfen ist.

4. Der Bundesgerichtshof hat offen gelassen, ob eine Rüge auch dann daran scheitert, dass keine Entscheidung gemäß § 238 Abs. 2 StPO herbeigeführt wurde, wenn die behauptete Rechtsverletzung durch den Vorsitzenden nicht mehr mit der Einhaltung „der unumstößlichen, eindeutigen Grenzen zulässiger Verfahrensgestaltung“ vereinbar wäre (BGH JR 2007, 381, 384). Dem ist schon dann nicht näher nachzugehen, wenn es um die Wahrung eines Rechts geht, auf das der Angeklagte nach seinem Belieben verzichten kann. Wird die Verletzung eines derartigen Rechts gerügt, bleibt es bei dem Grundsatz, dass eine solche Rüge nur Erfolg haben kann, wenn eine Entscheidung gemäß § 238 Abs. 2 StPO herbeigeführt wurde.

#### **130. BGH 3 StR 63/10 – Urteil vom 29. April 2010 (LG Stade)**

Mord; Beweiswürdigung (unvollständige, unzureichende); rechtsfehlerhafte Zurückweisung eines Beweisantrages (Annahme eines Verwertungsverbots); Bedeutungslosigkeit einer Beweistatsache (tatsächliche Gründe, rechtliche Gründe); Unzulässigkeit einer Beweiserhebung.

§ 211 StGB; § 261 StPO; § 244 StPO; § 136 Abs. 1 Satz 2 StPO; § 163a Abs. 4 StPO

1. Eine Tatsache ist im Sinne des § 244 Abs. 3 Satz 2 aus Rechtsgründen ohne Bedeutung, wenn sie weder allein noch in Verbindung mit weiteren Tatsachen geeignet ist, unmittelbar ein Tatbestandsmerkmal des dem Angeklagten vorgeworfenen Delikts auszufüllen oder für den Rechtsfolgenanspruch direkt Relevanz zu gewinnen, oder darüber hinaus auch dann, wenn eine Verurteilung schon aus anderen bereits erwiesenen Gründen nicht möglich ist, etwa wegen Vorliegens von Prozesshindernissen, Strafausschließungs- oder Strafaufhebungsgründen.

2. Unterfällt ein Beweismittel einem Beweisverwertungsverbot, so ist ein auf die Erhebung eines darauf gestützten Beweises gerichteter Beweisantrag nicht wegen (rechtlicher) Bedeutungslosigkeit der Beweistatsache, sondern wegen Unzulässigkeit der Beweiserhebung (§ 244 Abs. 3 Satz 1 StPO) zurückzuweisen.

3. Eine unterbliebene Beschuldigtenbelehrung begründet grundsätzlich ein Verwertungsverbot für Äußerungen, die der Beschuldigte in der ohne Belehrung durchgeführten Vernehmung gemacht hat. Auch fehlerhafte Belehrungen können je nach Gestaltung des Einzelfalls dazu führen, dass die Einlassung unverwertbar ist.

4. Für den Regelfall empfiehlt es sich zwar, die Belehrung eines zu vernehmenden Beschuldigten in den Worten des § 136 Abs. 1 Satz 2 StPO zu erteilen. Zwingend ist dies



aber nicht; es stellt auch nicht ohne Weiteres einen Verfahrensfehler dar, wenn die Worte des Gesetzes nicht benutzt werden. Maßgebend ist vielmehr, dass die Belehrung dem Beschuldigten Klarheit über seine Aussagefreiheit verschafft und eine diesbezügliche etwaige Fehlvorstellung ausschließt.

**207. BGH StB 46/09 – Beschluss vom 4. März 2010 (Ermittlungsrichter des Bundesgerichtshofs)**

Akteneinsicht (Zeuge; Zeugenbeistand); Zeuge (Beeinflussung durch die Kenntnis der Angaben Dritter); Selbstbelastungsfreiheit; Auskunftsverweigerungsrecht (Gefahr der Strafverfolgung; mosaikartiges Beweisgebäude).

§ 475 StPO; § 477 StPO; § 147 StPO; § 58 StPO; § 243 StPO; Art. 20 Abs. 3 GG; Art. 6 Abs. 1 EMRK; § 55 StPO

1. § 55 Abs. 1 StPO gewährt dem Zeugen das Recht, die Auskunft auf solche Fragen zu verweigern, deren Beantwortung ihn selbst oder einen Angehörigen der Gefahr aussetzen würde, wegen einer Straftat oder einer Ordnungswidrigkeit verfolgt zu werden.

2. Eine Verfolgungsgefahr im Sinne des § 55 Abs. 1 StPO ist anzunehmen, wenn eine Ermittlungsbehörde aus einer wahrheitsgemäßen Aussage des Zeugen Tatsachen entnehmen könnte, die sie zur Einleitung eines Ermittlungsverfahrens (§ 152 StPO) veranlassen oder zur Aufrechterhaltung oder Verstärkung eines Tatverdachts führen könnten. Hierfür genügt es bereits, wenn der Zeuge bestimmte Tatsachen angeben müsste, die lediglich mittelbar den Verdacht einer Straftat begründen. Dies ist zum Beispiel dann der Fall, wenn die wahrheitsgemäße Beantwortung einer Frage zwar allein eine Strafverfolgung nicht auslösen, jedoch „als Teilstück in einem mosaikartigen Beweisgebäude“ zu einer Belastung des Zeugen beitragen könnte.

3. Für die Gefahr strafrechtlicher Verfolgung muss es konkrete tatsächliche Anhaltspunkte geben; bloße Vermutungen oder rein denktheoretische Möglichkeiten reichen nicht aus. Selbst wenn danach von einer Verfolgungsgefahr ausgegangen werden muss, so ist der Zeuge gemäß § 55 Abs. 1 StPO grundsätzlich nur berechtigt, die Auskunft auf einzelne Fragen zu verweigern. Nur ausnahmsweise ist er zu einer umfassenden Verweigerung der Auskunft befugt, wenn seine gesamte in Betracht kommende Aussage mit einem möglicherweise strafbaren Verhalten in so engem Zusammenhang steht, dass im Umfang der vorgesehenen Vernehmungsgegenstände nichts übrig bleibt, wozu er ohne die Gefahr der Verfolgung wegen einer Straftat wahrheitsgemäß aussagen könnte.

4. Ein Zeuge hat, sofern er nicht Verletzter ist, ein Akteneinsichtsrecht nur als „Privatperson“ im Sinne von § 475 StPO. Dies gilt selbst dann, wenn ein Auskunftsverweigerungsrecht im Sinne des § 55 StPO im Raume steht, da der Zeuge seine Besorgnis zu erkennen gibt, sich selbst belasten zu müssen, wenn er wahrheitsgemäße Angaben macht.

5. Einem anwaltlichen Zeugenbeistand steht – im Gegensatz zum Verteidiger (vgl. § 147 Abs. 1 StPO) – ein eigenes Recht auf Akteneinsicht nicht zu. Seine Rechtsstellung leitet sich aus der des Zeugen ab. Er hat keine eigenen Rechte als Verfahrensbeteiligter und keine weitergehenden Befugnisse als der Zeuge selbst.

6. Gemäß § 58 Abs. 1, § 243 Abs. 2 Satz 1 StPO ist ein Zeuge in Abwesenheit der später zu hörenden Zeugen zu vernehmen; während der Einlassung des Angeklagten (sofern diese vor der Zeugenvernehmung abgegeben wird) hat er den Sitzungssaal zu verlassen. Der Zeuge soll auf diese Weise unbeeinflusst von der Kenntnis der Angaben Dritter aussagen. Hieraus folgt mittelbar, dass Zwecke des Strafverfahrens einer Akteneinsicht des Zeugen regelmäßig entgegen stehen (§ 477 Abs. 2 Satz 1 StPO), denn der Beweiswert der Aussage eines Zeugen wäre gemindert, wenn er vor ihr im Einzelnen wüsste, was andere Zeugen zu dem Beweisthema bekundet haben.

**255. BGH 2 StR 563/10 – Beschluss vom 21. Dezember 2010 (LG Aachen)**

Anforderungen an die Rüge einer mangelnden Kompensation einer rechtsstaatswidrigen Verfahrensverzögerung im Wege der Vollstreckungslösung (gesonderter Angriff; Anforderungen an die erforderliche Verfahrensrüge).

Art. 6 EMRK; Art. 13 EMRK; § 344 Abs. 2 Satz 2 StPO

1. Zulässiges Ziel einer Revision kann es auch sein, eine Kompensation einer nach Aufhebung der erstinstanzlichen Verurteilung und Zurückverweisung durch den Bundesgerichtshof eingetretenen rechtsstaatswidrigen Verfahrensverzögerung zu begehren.

2. Dies folgt aus Sinn und Zweck sowie systematischer Stellung der so genannten Vollstreckungslösung, welche die frühere Strafabschlagslösung abgelöst hat (BGHSt 52, 124). Bei der Vollstreckungslösung wird der Ausgleich für einen Verstoß gegen das Beschleunigungsgebot aus dem Vorgang der Strafzumessung herausgelöst, bleibt aber Teil des Rechtsfolgenausspruchs im weiteren Sinne (vgl. BGH, Beschluss vom 22. November 2010 – 5 StR 489/10). Sie konstituiert die notwendige Kompensation für rechtsstaatswidrige Verzögerungen des zugrunde liegenden Verfahrens als eigenständigen, allein an den Maßstäben des Art. 6 Abs. 1 Satz 1 MRK orientierten Prüfungsvorgang, der Unrecht, Schuld- und Strafhöhe unberührt lässt.

3. Die für die Geltendmachung einer Verletzung des Beschleunigungsgebotes grundsätzlich erforderliche Verfahrensrüge (vgl. BGH StV 2009, 118; NJW 2007, 2647) muss aber die die Verzögerung begründenden Tatsachen vollständig mitteilen.

**268. BGH 4 StR 459/10 – Beschluss vom 2. Dezember 2010 (LG Bautzen)**

Unzulässige Revision mangels Beschwer des Angeklagten (Beschlussverwerfung; mangelnde Unterbringung in einer Entziehungsanstalt).

§ 349 Abs. 1, Abs. 2 StPO; § 64 StGB

Es entspricht der ständigen Rechtsprechung des Bundesgerichtshofs, dass ein Angeklagter ein gegen ihn ergangenes Urteil nicht allein deswegen anfechten kann, weil gegen ihn neben der Strafe keine Maßregel nach § 64 StGB angeordnet worden ist (BGHSt 28, 327, 330 f.; 37, 5, 7; 38, 4, 7; 38, 362, 363). Dementsprechend wirkt ein Aufhebungsantrag des Generalbundesanwalts wegen der Nichtanordnung der Unterbringung in einer Entziehungsanstalt zu Lasten des Angeklagten und hindert nicht die Verwerfung der Revision durch Beschluss nach § 349 Abs. 2 StPO (st. Rspr., BGH NStZ-RR 2006, 103). Hieran hat sich durch die Novellierung der §§ 64, 67 StGB durch das Gesetz zur Sicherung der Unterbringung in einem psychiatrischen Krankenhaus und in einer Entziehungsanstalt vom 16. Juli 2007 (BGBl. I S. 1327) nichts geändert.

**194. BGH 5 StR 209/10 – Beschluss vom 20. Juli 2010 (LG Bremen)**

Ablehnung wegen Besorgnis der Befangenheit (Unzulässigkeit; aus zwingenden rechtlichen Gründen völlig ungeeignete Begründung); Unterbringung in einem psychiatrischen Krankenhaus (Gefahrenprognose; Verhältnismäßigkeit).

§ 26a StPO; § 63 StGB; § 62 StGB

Die Beteiligung von Richtern an einer Vorentscheidung vermag deren Befangenheit grundsätzlich nicht zu begründen. Dies gilt für Richter eines Revisionsgerichts in besonderem Maße, wenn deren Vorentscheidung zu einem Erfolg des Rechtsmittels des Beschwerdeführers geführt hat.

**232. BGH 2 ARs 289/10 2 AR 184/10 – Beschluss vom 22. Dezember 2010 (OLG München)**

Ausschließung als Verteidiger; sofortige Beschwerde (mangelnde Abänderungskompetenz; Grenzen der Umdeutung eines Rechtsmittels bei Anträgen eines Rechtsanwalts in eine Gegenvorstellung).

§ 138a StPO; § 311 Abs. 3 Satz 1 StPO

1. Im Verfahren über die sofortige Beschwerde besitzt das Gericht, dessen Beschluss angefochten ist, keine Abänderungskompetenz (§ 311 Abs. 3 Satz 1 StPO) und nur im Fall der Verletzung des Anspruches auf rechtliches Gehör eine Abhilfebefugnis (§ 311 Abs. 3 Satz 2 StPO). Eine Verwerfungskompetenz, wie sie in beschränktem Umfang für andere Rechtsmittel vorgesehen ist (§§ 319 Abs. 1, 346 Abs. 1 StPO), kennt das Beschwerderecht der Strafprozessordnung nicht. Dementsprechend ist das erstinstanzliche Gericht nicht dazu befugt, die Unzulässigkeit des Rechtsmittels festzustellen und es deshalb in eine Gegenvorstellung umzudeuten.

2. Zudem ist für die Umdeutung eines von einem Rechtsanwalt ausdrücklich als „sofortige Beschwerde nach § 138d Abs. 5 Satz 1 StPO“ bezeichneten Rechtsmittels in eine Gegenvorstellung kein Raum, da dies seinem erkennbaren Willen widerspricht.

**220. BGH 1 StR 509/10 – Beschluss vom 30. November 2010 (LG Nürnberg-Fürth)**

Anforderungen an einen hinreichenden Hinweis (Hinweispflicht); Beweisantrag auf polygraphische Untersuchung (Begriff; mangelnde Eignung); Recht auf ein faires Verfahren (Übergehen eines Hilfsbeweis-antrages).

§ 265 StPO; § 244 Abs. 3 Satz 2 4. Var. StPO; § 338 Nr. 8 StPO

1. Ein Hinweis gemäß § 265 StPO muss nicht aus Rechtsgründen stets auf neuen tatsächlichen Erkenntnissen beruhen. Dies ist nur nach forensischer Erfahrung vielfach der Fall. Ein Hinweis nach § 265 StPO ist aber auch dann geboten, wenn sich der Sachverhalt selbst nicht geändert hat, er aber nach Auffassung des Gerichts dennoch rechtlich anders als noch in der zugelassenen Anklage zu bewerten ist.

2. Verlangt der Angeklagte formell eine Untersuchung unter Einsatz eines Polygraphen liegt allein darin noch kein Beweisantrag.

3. Gegen einen auch nur geringfügigen indiziellen Beweiswert des Ergebnisses einer mittels eines Polygraphen vorgenommenen Untersuchung bestehen weiterhin die im Urteil BGHSt 44, 308, 323 ff. dargelegten grundsätzlichen Einwände betreffend den hier allein in Rede stehenden sog. Kontrollfragentest.

**167. BGH 3 StR 564/09 – Beschluss vom 4. Februar 2010 (LG Hildesheim)**

Lückenhafte Beweiswürdigung (fehlende Erörterung naheliegender Sachverhaltsalternativen).

§ 261 StPO

Die Würdigung der erhobenen Beweise obliegt zwar allein dem Tatrichter, sodass sie vom Revisionsgericht auf die Sachrüge nur daraufhin überprüft werden, ob sie Rechtsfehler aufweist. Dies ist jedoch etwa dann der Fall, wenn die Beweiswürdigung lückenhaft ist, insbesondere weil das Tatgericht sich nicht mit nahe liegenden alternativen Geschehensabläufen befasst, obwohl sich dies nach dem Beweisergebnis aufdrängt.

**143. BGH 3 StR 156/10 – Beschluss vom 24. Juni 2010**

Beistand der Nebenklage (Fortwirkung der Bestellung über die Instanz hinaus; hinreichende Gründe für einen Wechsel des Beistands).

§ 397a StPO; § 143 StPO

1. Die Beistandsbestellung durch das erstinstanzliche Gericht wirkt bis zur rechtskräftigen Beendigung des Verfahrens fort; sie erstreckt sich somit auch auf die Revisionsinstanz.

2. Ein Wechsel in der Person des Nebenklagebeistandes kann in entsprechender Anwendung des § 143 StPO nur durch Rücknahme der ursprünglichen Beordnung und Bestellung eines neuen Beistandes erfolgen. Hierfür bedarf es jedoch des Vortrags hinreichender sachlicher Gründe, die den Wechsel in der Person des Beistands rechtfertigen können.

**151. BGH 3 StR 403/09 – Beschluss vom 14. Januar 2010 (LG Hannover)**

Unterrichtung des Angeklagten vom wesentlichen Inhalt dessen, was in seiner Abwesenheit verhandelt worden ist; Beruhen; Bedeutung einer Nachvernehmung.

§ 231b Abs. 2 StPO; § 231a Abs. 2 StPO; § 337 StPO

1. Ein Urteil beruht schon dann auf einem Rechtsfehler, wenn es möglich erscheint oder wenn nicht auszuschließen ist, dass es ohne den Rechtsfehler anders ausgefallen wäre. An dem Beruhen fehlt es nur, wenn die Möglichkeit, dass der Verstoß das Urteil beeinflusst hat, ausgeschlossen oder rein theoretisch ist.

2. Nach aller Erfahrung dienen ergänzende Vernehmungen von Belastungszeugen der Abklärung von Widersprüchen, die sich im Verlauf der Beweisaufnahme nach der ersten Vernehmung ergeben haben. Dies spricht für die Bedeutung der weiteren Aussage eines bereits vernommenen Zeugen. Daher wird regelmäßig nicht ausgeschlossen werden können, dass die Verteidigungsmöglichkeiten eines Angeklagten, der über den Inhalt der zweiten Vernehmung verfahrensfehlerhaft nicht unterrichtet wird, in einer Weise eingeschränkt sind, dass das Urteil hierauf beruhen kann.

**178. BGH 5 StR 127/10 – Beschluss vom 27. April 2010 (LG Flensburg)**

Überzeugungsbildung; Beweiswürdigung (Aussage gegen Aussage; Aussagekonstanz; Detailreichtum); Urteilsgründe; sexueller Missbrauch von Kindern.

§ 261 StPO; § 267 Abs. 3 StPO; § 176 StGB

1. Die Beweislage in einer Konstellation „Aussage gegen Aussage“ stellt besondere Anforderungen an die Beweiswürdigung des Tatrichters. Die Urteilsgründe müssen in einem solchen Fall erkennen lassen, dass das Tatgericht alle Umstände, die seine Entscheidung beeinflussen können, erkannt und in seine Überlegungen einbezogen hat.

2. Bei der tatrichterlichen Beweiswürdigung in einer Konstellation „Aussage gegen Aussage“ ist eine Gesamt abwägung aller relevanten Umstände erforderlich. Hierbei wird regelmäßig eine Auseinandersetzung mit den Umständen zu erfolgen haben, unter denen sich der mutmaßlich Geschädigte erstmals zu belastenden Angaben entschloss. Außerdem wird eine detaillierte Darstellung geboten sein, inwieweit der Belastungszeuge konstante Angaben machte und wie sich der Detailreichtum zwischen verschiedenen Vernehmungen entwickelte.

**163. BGH 3 StR 530/09 – Beschluss vom 19. Januar 2010 (LG Düsseldorf)**

Durchsuchung von Wohnräumen (Gefahr im Verzuge; Anordnung durch die Polizei); richterlicher Bereitschaftsdienst; Verwertbarkeit von Beweismitteln.

§ 102 StPO; § 105 StPO; § 98 StPO; § 261 StPO

Der Senat lässt offen, ob das Fehlen eines richterlichen Bereitschaftsdienstes zur Prüfung von Anträgen auf Durchsuchungen von Wohnräumen während der Nachtzeit in einer Großstadt wie Düsseldorf als ein schwerwie-

gender Organisationsmangel anzusehen ist, der im Einzelfall zu einem Beweisverwertungsverbot führen kann.

**126. BGH 3 StR 24/10 – Beschluss vom 13. April 2010 (LG Hildesheim)**

Abwesenheit während eines wesentlichen Teils der Hauptverhandlung; Verfahrenstrennung; prozessuales Verhältnis zwischen Mitangeklagten; Betrug (psychische Beihilfe; bloßes Dabeisein; aktives Tun).

§ 338 Nr. 5 StPO; § 2 StPO; § 3 StPO; § 4 StPO; § 263 StGB; § 27 StGB

1. Werden Strafsachen gegen mehrere Angeklagte, die wegen eines sachlichen Zusammenhangs miteinander verbunden waren (§§ 2, 3 StPO), wieder getrennt, so führt dies zu einer grundlegenden Veränderung des prozessualen Verhältnisses der Angeklagten zueinander.

2. Zwar liegt der absolute Revisionsgrund des § 338 Nr. 5 StPO nur vor, wenn die Person, deren Anwesenheit das Gesetz vorschreibt, während eines wesentlichen Teils der Hauptverhandlung abwesend war. Dies ist bei der Verhandlung und Entscheidung über die Abtrennung des Verfahrens im Hinblick auf einen von mehreren Angeklagten jedoch der Fall, da nicht denkgesetzlich ausgeschlossen ist, dass das Urteil gegen den Angeklagten, im Hinblick auf den das Verfahren letztlich abgetrennt wurde, auf der Abwesenheit seines Verteidigers während des Verfahrensabschnitts beruht, in dem über die Abtrennung verhandelt und entschieden wurde.

3. Dass der Tatrichter eine Trennung auch außerhalb der Hauptverhandlung beschließen kann, führt zu keinem anderen Ergebnis, denn darin läge eine andere Gestaltung des Verfahrens mit eigenständigen prozessualen Regelungen zur Wahrung der Rechte der Verteidigung. Wählt der Tatrichter jedoch den Weg der Entscheidung in der Hauptverhandlung, so muss sich das Verfahren an den hier geltenden Vorschriften – auch zur notwendigen Anwesenheit – messen lassen.

4. Geht der Haupttäter einen Vertrag ein und erfüllt er damit den Tatbestand des Betrugers, so genügt die Anwesenheit eines Dritten an seiner Seite bei Vertragsschluss für sich allein noch nicht den Anforderungen, die nach § 27 Abs. 1 StGB an eine Beihilfe durch den Dritten zu stellen sind. Soweit keine Garantienpflicht besteht, setzt auch die psychische Beihilfe ein aktives Handeln voraus; sie muss den Haupttäter im Tatplan, im Tatentschluss oder im Tatausführungswillen bestärken und so dessen tatbestandsmäßiges Handeln erleichtern oder fördern. Dies bedarf der konkreten Feststellung.

**161. BGH 3 StR 519/09 – Beschluss vom 12. Januar 2010 (LG Flensburg)**

Ablehnung eines Beweisantrages (völlig ungeeignetes Beweismittel; Bedeutungslosigkeit; Beruhen).

§ 244 Abs. 3 StPO; § 337 StPO

1. Ein Urteil beruht schon dann auf einem Rechtsfehler, wenn nicht auszuschließen ist, dass es ohne den Rechtsfehler anders ausgefallen wäre. An dem Beruhen fehlt es nur, wenn die Möglichkeit, dass der Verstoß das Urteil beeinflusst hat, ausgeschlossen oder rein theoretisch ist.

Die Entscheidung über das Beruhen hängt – insbesondere bei Verstößen gegen das Verfahrensrecht – stark von den Umständen des Einzelfalls ab.

2. Bei mit fehlerhafter Begründung abgelehnten Beweis-anträgen kann ein Beruhen des Urteils in Ausnahmefällen ausgeschlossen werden, wenn die Anträge mit anderer Begründung zu Recht hätten abgelehnt werden können und die Verteidigungsmöglichkeiten des Angeklagten hierdurch nicht berührt wurden. Jedenfalls wenn mehrere Beweis-anträge rechtsfehlerhaft zurückgewiesen wurden, wird sich das Beruhen des Urteils auf den Rechtsfehlern insgesamt kaum mehr ausschließen lassen, selbst wenn dies bei isolierter Betrachtung einzelner Rechtsfehler noch denkbar gewesen sein mag.

3. Insbesondere im Zusammenhang mit Hilfsstatsachen des Beweises, also mit Tatsachen, die einen zwingenden oder möglichen Schluss auf den Beweiswert eines Beweismittels zulassen, kann sich für das Revisionsgericht die Überzeugung ergeben, dass der Tatrichter den Beweis-antrag auch mit der Begründung der tatsächlichen Bedeutungslosigkeit der Beweistatsache hätte zurückweisen und der Angeklagte sich in Kenntnis einer solchen Ablehnung nicht weitergehend hätte verteidigen können. Hierfür ist die gesamte Beweissituation, wie sie sich aus dem Urteil darstellt, ebenso von Bedeutung wie die Art und Anzahl der gestellten Beweis-anträge.

4. Zwar kann ein Beweisbegehren, das sich auf ein völlig ungeeignetes Beweismittel stützt, nach § 244 Abs. 3 Satz 2 StPO abgelehnt werden. Dabei muss es sich aber um ein Beweismittel handeln, dessen Inanspruchnahme von vornherein gänzlich aussichtslos wäre, so dass sich die Erhebung des Beweises in einer reinen Förmlichkeit erschöpfen müsste.

5. Der Beschluss, mit dem ein Beweis-antrag wegen völliger Ungeeignetheit des Beweismittels zurückgewiesen wird, bedarf einer Begründung, die ohne jede Verkürzung oder sinnverfehlende Interpretation der Beweisthematik alle tatsächlichen Umstände dartun muss, aus denen das Gericht auf die völlige Wertlosigkeit des angebotenen Beweismittels schließt.

6. Der Tatrichter darf eine Tatsache nur dann als aus tatsächlichen Gründen bedeutungslos ansehen, wenn

zwischen ihr und dem Gegenstand der Urteilsfindung keinerlei Sachzusammenhang besteht oder wenn sie trotz eines solchen Zusammenhangs selbst im Fall ihres Erwiesenseins die Entscheidung nicht beeinflussen kann, weil sie nur mögliche, nicht aber zwingende Schlüsse zulässt, und das Gericht den möglichen Schluss nicht ziehen will. Dies ist vom Tatrichter in freier Beweiswürdigung auf der Grundlage des bisherigen Beweisergebnisses zu beurteilen. Allerdings darf das Gericht dabei die unter Beweis gestellte Tatsache nicht in Zweifel ziehen oder Abstriche an ihr vornehmen; es hat diese vielmehr so, als sei sie voll erwiesen, seiner antizipierenden Würdigung zu Grunde zu legen.

### 203. BGH 5 StR 487/09 – Beschluss vom 28. April 2010 (LG Potsdam)

Besetzungsreduktion; Zweierbesetzung; Dreierbesetzung; Bedeutung der Sache; Zahl der Angeklagten; Beweisprobleme; Beweis-antrag des Nebenklägers (großzügigere Handhabung des Ablehnungsrechts).

§ 76 Abs. 2 GVG; § 244 StPO; § 397 Abs. 1 StPO

1. Eine große Anzahl von Angeklagten, die Bedeutung einer Sache, das öffentliche Interesse an einer Sache und absehbare beträchtliche Beweisprobleme sind Umstände, die eine Verhandlung unter Mitwirkung eines dritten Berufsrichters nahelegen, also den Verzicht auf den im Rahmen der Entscheidung über die Eröffnung des Hauptverfahrens gem. § 76 Abs. 2 GVG möglichen Beschluss, in der Zweierbesetzung zu verhandeln.

2. Zwar steht auch dem Nebenkläger nach § 397 Abs. 1 Satz 3 StPO das Beweis-antragsrecht zu. Ungeachtet dessen erscheint eine großzügigere Anwendung der gesetzlich vorgesehenen Ablehnungsgründe (§ 244 StPO) auf Beweis-anträge des Nebenklägers im Vergleich zur Behandlung von Beweis-anträgen des Angeklagten vertretbar. Diesem vermittelt das Beweis-antragsrecht nicht nur wie dem Nebenkläger eine Stärkung der aktiven Einflussmöglichkeiten auf den Umfang der Beweisaufnahme, sondern auch eine Konkretisierung seines Rechts auf ein faires Verfahren und damit auf eine gewisse „Waffengleichheit“ sowie eine Ergänzung der für ihn streitenden Unschuldsvermutung.

## V. Wirtschaftsstrafrecht und Nebengebiete

### 212. BGH 1 StR 213/10 – Beschluss vom 8. Dezember 2010 (LG München II)

Vorlage an den EuGH zur Vorabentscheidung; Warenverkehrsfreiheit; Strafbarkeit wegen Beihilfe zum unerlaubten Verbreiten urheberrechtlich geschützter Werke (grenzüberschreitender Verkauf eines in Deutschland urheberrechtlich geschützten Werkes;

Verbreitungsbegriff; Territorialitätsprinzip; „Bauhaus-Fall“).

Art. 267 Abs. 1 lit. a, Abs. 3 AEUV; Art. 34, 36 AEUV; § 27 StGB; § 106 UrhG; § 108a UrhG; § 17 UrhG

1. Dem Gerichtshof der Europäischen Union wird gemäß Art. 267 Abs. 1 lit. a), Abs. 3 AEUV folgende Frage zur

Vorabentscheidung vorgelegt: Sind die den freien Warenverkehr regelnden Art. 34, 36 AEUV dahin auszulegen, dass sie einer aus der Anwendung nationaler Strafvorschriften resultierenden Strafbarkeit wegen Beihilfe zum unerlaubten Verbreiten urheberrechtlich geschützter Werke entgegenstehen, wenn bei einem grenzüberschreitenden Verkauf eines in Deutschland urheberrechtlich geschützten Werkes kumulativ – dieses Werk aus einem Mitgliedstaat der Europäischen Union nach Deutschland verbracht und die tatsächliche Verfügungsgewalt an ihm in Deutschland übertragen wird, – der Eigentumsübergang aber in dem anderen Mitgliedstaat erfolgt ist, in dem urheberrechtlicher Schutz des Werkes nicht bestand oder nicht durchsetzbar war? (BGH)

2. Nach der Rechtsprechung des Gerichtshofs ist davon auszugehen, dass jede Maßnahme oder Regelung, die geeignet ist, den innergemeinschaftlichen Handel unmittelbar oder mittelbar, tatsächlich oder potentiell zu behindern, eine „Maßnahme gleicher Wirkung“ i.S.v. Art. 34 AEUV darstellt und daher unzulässig sein kann. Solche Maßnahmen können nach Art. 36 AEUV aus Gründen des gewerblichen und kommerziellen Eigentums, wozu auch das Urheberrecht zählt (EuGH, Slg. 1981, 147; EuGH, Slg. 1989, 79), gerechtfertigt sein, wenn sie weder ein Mittel zur willkürlichen Diskriminierung noch eine verschleierte Beschränkung des Handels zwischen den Mitgliedstaaten darstellen. Beschränkungen des freien Warenverkehrs zum Schutz des geistigen Eigentums einschließlich des Urheberrechts sind zulässig, solange sie nicht zu einer künstlichen Abschottung der Märkte führen (EuGH, Slg. 1989, 79; EuGH, Slg. 1981, 147; EuGH, Slg. 1971, 487). (Bearbeiter)

3. Der Senat neigt zu der Ansicht, dass die Beihilfestrafbarkeit Art. 34 AEUV nicht verletzt. (Bearbeiter)

4. Nach dem im Urheberrecht bislang allgemein anerkannten Territorialitätsprinzip kann ein inländisches Urheberrecht allein durch eine im Inland begangene Handlung verletzt werden. Erfolgen Verletzungshandlungen oder Beihilfehandlungen hierzu ausschließlich im Ausland, so steht das einem Schutz des inländischen Urheberrechts nach deutschem Strafrecht entgegen. (Bearbeiter)

5. § 106 UrhG ist auch in der Tatbestandsvariante des unberechtigten Inverkehrbringens ein Erfolgsdelikt. Vollendung tritt erst ein, wenn ein Dritter die tatsächliche Verfügungsgewalt über das Werkstück erlangt hat. (Bearbeiter)

### 230. BGH 1 StR 581/09 – Urteil vom 2. November 2010 (LG München I)

BGHSt; Betäubungsmittelstrafbarkeit beim Versand von Medikamenten ins Ausland (unerlaubte Ausfuhr von Betäubungsmitteln; Strafbarkeit bei ausgenommenen Zubereitungen: völkerrechtskonforme Auslegung; nicht geringe Menge von Benzodiazepinen und Zolpidem); Abgrenzung von Tatbestandsirrtum und Verbotsirrtum (Vermeidbarkeit: zuverlässige Auskunft; Handeln ohne Genehmigung; bedingtes Unrechtsbewusstsein); Gesetzlichkeitsprinzip (Verweisungen; Spezifizierung).

§ 30a Abs. 1 BtMG; § 1 Abs. 1, § 2 Abs. 1 Nr. 3 BtMG i.V.m. Anlage III zu § 1 Abs. 1 BtMG; § 29 Abs. 1 Satz 1 Nr. 1, Abs. 3 BtMG; § 17 StGB; § 16 Abs. 1 Satz 1 StGB

1. Zur nicht geringen Menge von Benzodiazepinen und Zolpidem. (BGHSt)

2. Die Grenzwerte betragen für Diazepam 2.400 mg, für Alprazolam 240 mg, für Clonazepam 480 mg, Lorazepam 480 mg, für Lormetazepam 360 mg, für Midazolam 1.800 mg, für Oxazepam 7.200 mg, für Temazepam 4.800 mg, für Tetrazepam 4.800 mg, für Triazolam 120 mg und für Zolpidem 4.800 mg. (Bearbeiter)

3. Bei der Festlegung des Grenzwertes der nicht geringen Menge von Diazepam, Alprazolam, Clonazepam, Lorazepam, Lormetazepam, Midazolam, Oxazepam, Temazepam, Tetrazepam und Triazolam und Zolpidem stützt sich der Senat auf die nach ständiger Rechtsprechung vorrangig anzuwendende Methode, nach der in Ermangelung gesicherter Erkenntnisse zu einer äußerst gefährlichen oder gar tödlichen Dosis die nicht geringe Menge der von den Angeklagten vertriebenen Wirkstoffe anhand der durchschnittlichen Konsumeinheit (hier: Tagesbedarf) und einer an der Gefährlichkeit orientierten Maßzahl zu bestimmen. (Bearbeiter)

4. Werden Medikamente, mit den in Anlage III zu § 1 Abs. 1 BtMG aufgeführten Wirkstoffen, ohne die erforderliche Erlaubnis und Genehmigung über die deutsche Hoheitsgrenze ins Ausland verbracht, erfüllt eine solche Handlung den (Grund)Tatbestand des § 29 Abs. 1 Satz 1 Nr. 1 BtMG auch dann, wenn es sich um ausgenommene Zuwendungen handelt. Dies gilt auch dann, wenn die Tathandlungen in einem gewinnbringenden Verkauf liegen. (Bearbeiter)

5. In den Fällen, in denen ein Täter über ein Genehmigungserfordernis irrt, ist jeweils nach dem in Betracht kommenden Verbotstatbestand zu differenzieren. Dient die Genehmigung dazu, ein grundsätzlich wertwidriges Verhalten im Einzelfall zu erlauben, so handelt es sich bei einem Irrtum über ein solches Genehmigungserfordernis, wovon das Landgericht auch zu Recht ausgegangen ist, nicht um einen Tatbestands-, sondern um einen Verbotsirrtum (BGH NStZ-RR 2003, 55, 56). (Bearbeiter)

6. Rechnet der Angeklagte bei seiner Tat zumindest mit der Möglichkeit, Unrecht zu tun, spricht dies gegen das Vorliegen eines Verbotsirrtums (BGH NStZ 1996, 236, 237). (Bearbeiter)

7. Zwar wird die Vermeidbarkeit durch die Rechtsauskunft einer verlässlichen Person in der Regel ausgeschlossen. Verlässlich in diesem Sinne ist aber nur eine zuständige, sachkundige, unvoreingenommene Person, die mit der Erteilung der Auskunft kein Eigeninteresse verfolgt und die Gewähr für eine objektive, sorgfältige, pflichtgemäße und verantwortungsbewusste Auskunftserteilung bietet (BGHSt 40, 257, 264). (Bearbeiter)

### 267. BGH 4 StR 409/10 – Beschluss vom 7. Januar 2011 (LG Frankenthal)

BGHR; Vermögensbetreuungspflicht des Gerichtsvollziehers bei der Untreue (gesetzliche Stellung als Vollstreckungsorgan; erteilter Vollstreckungsauftrags; Konkurrenzen: natürliche Handlungseinheit)

§ 266 StGB; § 352 StGB; § 353 StGB; § 52 StGB

1. Den Gerichtsvollzieher trifft kraft seiner gesetzlichen Stellung als Vollstreckungsorgan im Rahmen des ihm erteilten Vollstreckungsauftrags eine Vermögensbetreuungspflicht gegenüber dem Vollstreckungsgläubiger. (BGHR)

2. Durch die Berechnung überhöhter Gebühren und deren Einbehalt bei der Weiterleitung der vereinnahmten Teilzahlungen verletzt ein Gerichtsvollzieher die ihm gegenüber den Gläubigern obliegende Vermögensbetreuungspflicht. Er fügt den Gläubigern einen Vermögensnachteil zu. (Bearbeiter)

3. Die Zwangsvollstreckung dient den Gläubigerinteressen. Der Gläubiger bestimmt Beginn, Art und Ausmaß des Vollstreckungszugriffs. Er hat die Herrschaft über seinen vollstreckbaren Anspruch und bleibt somit auch „Herr“ seines Verfahrens. (Bearbeiter)

### 227. BGH 1 StR 579/09 – Urteil vom 2. November 2010 (LG München I)

Betäubungsmittelstrafbarkeit beim Versand von Medikamenten ins Ausland (unerlaubte Ausfuhr von Betäubungsmitteln; Strafbarkeit bei ausgenommenen Zubereitungen: völkerrechtskonforme Auslegung; nicht geringe Menge von Benzodiazepinen und Zolpidem; minder schwerer Fall); Verbotsirrtum (Vermeidbarkeit: zuverlässige Auskunft; Handeln ohne Genehmigung; bedingtes Unrechtsbewusstsein); Gesetzlichkeitsprinzip (Bestimmtheitsgebot; Verweisungen; Spezifizierung).

§ 30a Abs. 1 BtMG; § 1 Abs. 1, § 2 Abs. 1 Nr. 3 BtMG i.V.m. Anlage III zu § 1 Abs. 1 BtMG; § 29 Abs. 1 Satz 1 Nr. 1, Abs. 3 BtMG; § 17 StGB; § 16 Abs. 1 Satz 1 StGB

1. Die Grenzwerte für die nicht geringe Menge betragen für Diazepam 2.400 mg, für Alprazolam 240 mg, für Clonazepam 480 mg, Lorazepam 480 mg, für Lormetazepam 360 mg, für Midazolam 1.800 mg, für Oxazepam 7.200 mg, für Temazepam 4.800 mg, für Tetrazepam 4.800 mg, für Triazolam 120 mg und für Zolpidem 4.800 mg. (Bearbeiter)

2. Bei der Festlegung des Grenzwertes der nicht geringen Menge von Diazepam, Alprazolam, Clonazepam, Lorazepam, Lormetazepam, Midazolam, Oxazepam, Temazepam, Tetrazepam und Triazolam und Zolpidem stützt sich der Senat auf die nach ständiger Rechtsprechung vorrangig anzuwendende Methode, nach der in Ermangelung gesicherter Erkenntnisse zu einer äußerst gefährlichen oder gar tödlichen Dosis die nicht geringe Menge der von den Angeklagten vertriebenen Wirkstoffe anhand der durchschnittlichen Konsumeinheit (hier: Tagesbedarf) und einer an der Gefährlichkeit orientierten Maßzahl zu bestimmen.

3. Werden Medikamente, mit den in Anlage III zu § 1 Abs. 1 BtMG aufgeführten Wirkstoffen, ohne die erforderliche Erlaubnis und Genehmigung über die deutsche Hoheitsgrenze ins Ausland verbracht, erfüllt eine solche Handlung den (Grund)Tatbestand des § 29 Abs. 1 Satz 1 Nr. 1 BtMG auch dann, wenn es sich um ausgenommene Zuwendungen handelt. Dies gilt auch dann, wenn die Tat handlungen in einem gewinnbringenden Verkauf liegen.

4. In den Fällen, in denen ein Täter über ein Genehmigungserfordernis irrt, ist jeweils nach dem in Betracht kommenden Verbotstatbestand zu differenzieren. Dient die Genehmigung dazu, ein grundsätzlich wertwidriges Verhalten im Einzelfall zu erlauben, so handelt es sich bei einem Irrtum über ein solches Genehmigungserfordernis, wovon das Landgericht auch zu Recht ausgegangen ist, nicht um einen Tatbestands-, sondern um einen Verbotsirrtum (BGH NStZ-RR 2003, 55, 56).

5. Rechnet der Angeklagte bei seiner Tat zumindest mit der Möglichkeit, Unrecht zu tun, spricht dies gegen das Vorliegen eines Verbotsirrtums (BGH NStZ 1996, 236, 237).

6. Bei der Prüfung des minder schweren Falls nach § 30a BtMG darf auch in den Fällen der Anlage III zweiter Gedankenstrich lit. b Satz 2 zu § 1 Abs. 1 BtMG für die Einfuhr, Ausfuhr und Durchfuhr von sog. ausgenommenen Zubereitungen die erforderliche Gesamtwürdigung nicht ausbleiben. Die betäubungsmittelrechtlichen Vorschriften gelten auch für diesen Fall und sind nicht von vornherein durch ein erforderliches „Korrektiv“ des gesetzlichen Strafrahmens zurückzusetzen.

### 215. BGH 1 StR 421/10 – Beschluss vom 14. Dezember 2010 (LG Wuppertal)

Im Einzelfall entbehrliche Berechnungsdarstellung und Angabe der Schadenshöhe bei der Umsatzsteuerhinterziehung (Vorsteuerabzug; Hinterziehungssystem); Feststellung des Hinterziehungsvorsatzes.

§ 370 AO; § 15 UStG; § 15 StGB; § 267 StPO

1. Soweit unberechtigter Vorsteuerabzug (§ 15 UStG) auf der Grundlage von Scheinrechnungen erfolgt, reicht es für die Sachdarstellung in den Urteilsgründen aus, dass dessen Höhe beziffert wird. Aus dem Umstand, dass Scheinrechnungen keine tatsächlich erbrachten Leistungen zu Grunde lagen, folgt, dass der gesamte aus diesen Scheinrechnungen geltend gemachte Vorsteuerabzug zu Unrecht erfolgte.

2. Soweit Umsatzsteuer dadurch verkürzt wurde, dass in den Umsatzsteuervoranmeldungen und Umsatzsteuerjahreserklärungen des Unternehmens steuerbare Umsätze verschwiegen wurden, sind demgegenüber Feststellungen zur Höhe der verschwiegenen Umsätze erforderlich. Im Einzelfall kann sich aber auch ohne diese insbesondere aus einem Geständnis eine tragfähige Urteilsgrundlage ergeben. Auch Angaben von Beamten der Finanzverwaltung zu tatsächlichen Gegebenheiten können – wie bei sonstigen Zeugen auch – taugliche Grundlage der Überzeugung des Tatgerichts sein (BGH NJW 2009, 2546 Rn. 18 f.).

3. Erweist sich die Berechnung der verkürzten Steuern auf Grundlage der so getroffenen Feststellungen als einfacher Rechenschritt, kann ausnahmsweise die Feststellung allein der hinterzogenen Steuern ausreichend sein.

**182. BGH 5 StR 138/10 – Beschluss vom 20. Mai 2010 (LG Chemnitz)**

Subventionsbetrug (Leichtfertigkeit; Möglichkeit der Zuordnung von Mitteilungen an den Subventionsgeber).

§ 264 StGB

1. Der Senat lässt offen, ob der objektive Tatbestand des § 264 StGB auch dann erfüllt ist, wenn der Subventionsempfänger die subventionserheblichen Tatsachen dem Subventionsgeber zwar mitteilt, jedoch unter Bezugnahme auf ein anderes Subventionsverfahren. Dies ist jedenfalls in den Fällen zweifelhaft, in denen davon ausgegangen werden kann, dass der Subventionsgeber die Mitteilung ohne weiteres zuzuordnen vermag.

2. Leichtfertigkeit ist enger als die bloße Fahrlässigkeit und von der Rechtsprechung als vorsatznahe Schuldform verstanden worden, die eine besondere Gleichgültigkeit oder grobe Unachtsamkeit voraussetzt (BGHSt 43, 158, 167 m.w.N.).

**138. BGH 3 StR 84/10 – Urteil vom 24. Juni 2010 (LG Duisburg)**

Bestechlichkeit (Tateinheit; Tatmehrheit; Unrechtsvereinbarung); Regelbeispiel (Indizwirkung; Widerlegung; Angemessenheit; Gesamtwürdigung); Verfall (Erlangtes aus der Tat; Erlangtes für die Tat; Verletzter; Schutzzweck; Schutzgut); Wertersatzverfall; unbillige Härte.

§ 332 StGB; § 52 StGB; § 53 StGB; § 73 StGB; § 73c Abs. 1 Satz 1 StGB

1. Nimmt ein Amtsträger dafür, dass er Diensthandlungen vorgenommen hat oder künftig vornehme, wiederkehrend Zuwendungen entgegen, so stehen die einzelnen Tathandlungen in tatbestandlicher Handlungseinheit, wenn sie Teilleistungen betreffen, die auf einer einheitlichen, die Gewährung eines bestimmten Vorteils insgesamt umfassenden Unrechtsvereinbarung beruhen.

2. Sind die Merkmale eines Regelbeispiels erfüllt, so besteht zwar eine Vermutung dafür, dass der Fall insgesamt als besonders schwer anzusehen ist. Jedoch kann diese indizielle Bedeutung durch Umstände entkräftet werden, die für sich oder in ihrer Gesamtheit so gewichtig sind, dass die Anwendung des erhöhten Strafrahmens unangemessen erscheint. Dies hat der Tatrichter im Rahmen einer Gesamtwürdigung aller die Bemessung der Strafe bestimmenden Umstände zu überprüfen.

3. Verletzter im Sinne des § 73 Abs. 1 Satz 2 StGB kann nur derjenige sein, dessen Individualinteressen durch das vom Täter übertretene Strafgesetz geschützt werden sollen. Schutzgut der Bestechlichkeit (§ 332 Abs. 1 Satz 1 StGB) ist nicht das Vermögensinteresse der Anstellungskörperschaft, sondern das Vertrauen der Allgemeinheit in die Lauterkeit des öffentlichen Dienstes. Daher stehen mögliche Regressforderungen der Anstellungskörper-

schaft einem Verfall nicht gemäß § 73 Abs. 1 Satz 2 StGB entgegen, denn die Körperschaft ist nicht in diesem Sinne Verletzter der Bestechlichkeit.

4. Erhält ein Amtsträger aufgrund der mit einem Dritten getroffenen Unrechtsvereinbarung für eine den Dienstherrn schädigende Untreuehandlung eine Belohnung, so hat er diese grundsätzlich „für“ die Tat zulasten des Dienstherrn und nicht „aus“ ihr erlangt. Auf Erlangtes „für“ die Tat bezieht sich § 73 Abs. 1 Satz 2 StGB indes nicht. „Aus“ der Tat zum Nachteil des Dienstherrn ist der Bestechungslohn allerdings ausnahmsweise dann erlangt, wenn er mit dem durch das pflichtwidrige Handeln entstandenen Schaden inhaltlich so verknüpft ist, dass der Vermögensnachteil des Dienstherrn und der Vermögenszuwachs beim Täter gleichsam spiegelbildlich miteinander korrespondieren. Dies kann etwa der Fall sein, wenn einem Dritten Vorteile aus dem Vermögen des Dienstherrn verschafft werden, die dessen Aufwendungen für den Bestechungslohn kompensieren oder die ganz oder teilweise dem Täter zufließen sollen.

**226. BGH 1 StR 574/10 – Beschluss vom 30. November 2010 (LG Aschaffenburg)**

Vorsätzliches unerlaubtes Überlassen einer erlaubnispflichtigen Schusswaffe an einen Nichtberechtigten (Scheinkauf; Versuchsstrafbarkeit); unerlaubtes Handeltreiben mit Schusswaffen; Konkurrenzen bei Waffendelikte; waffenrechtliche Dauerstrafat.

§ 52 Abs. 1, Abs. 2, Abs. 3 Nr. 7 WaffG; § 52 StGB; § 53 StGB

1. Verkauft der Angeklagte einen Revolver an eine Vertrauensperson der Polizei, erfüllt ein solches „Scheingeschäft“ nicht den Tatbestand des „Überlassens“ im Sinne des § 52 Abs. 3 Nr. 7 WaffG, da das von dieser Vorschrift geschützte Rechtsgut, nämlich zu verhindern, dass Waffen unter Missachtung der waffenrechtlichen Vorschriften in Umlauf kommen bzw. bleiben, in einer solchen Fallgestaltung nicht gefährdet wird (BGH NStZ 2010, 456, 457). Insoweit fehlt es im vorliegenden Fall an einer Tatvollendung. Der Versuch ist nicht strafbar, da sich die Versuchsstrafbarkeit gemäß § 52 Abs. 2 WaffG ausschließlich auf Delikte nach § 52 Abs. 1 WaffG bezieht.

2. Allein der Umstand, dass es sich bei dem Waffengeschäft um ein Scheingeschäft mit einer Vertrauensperson der Polizei gehandelt hat, steht einer Strafbarkeit des Angeklagten wegen unerlaubten Handeltreibens mit Schusswaffen nicht entgegen. Handeltreiben stellt auch im Waffenrecht kein Erfolgsdelikt dar. Deshalb ist es für die Tatvollendung rechtlich unerheblich, ob der durch das Handeltreiben erstrebte Umsatz im Einzelfall überhaupt möglich oder undurchführbar war, weil die zum Schein als Käufer auftretende Vertrauensperson der Polizei diesen Umsatz durch ihren Einsatz gerade verhindern wollte.

3. Nach der ständigen Rechtsprechung des Bundesgerichtshofs hat das gleichzeitige Ausüben der tatsächlichen Gewalt über mehrere Waffen, auch wenn diese nicht unter dieselben Strafbestimmungen fallen, zur Folge, dass die verschiedenartigen Verstöße gegen das Waffengesetz bzw. das Kriegswaffenkontrollgesetz tat-

einheitlich zusammentreffen (BGH NStZ-RR 2003, 124). Dies gilt selbst dann, wenn diese Waffen an unterschiedlichen Orten aufbewahrt werden (BGH WaffG § 53 Abs. 3a Konkurrenzen 1; BGHR WaffG § 53 Abs. 3a Konkurrenzen 2).

### 127. BGH 3 StR 54/10 – Beschluss vom 27. April 2010 (LG Stuttgart)

Unterstützen des organisatorischen Zusammenhalts eines Vereins entgegen einem vollziehbaren Verbot; Betätigung als Mitglied in einem verbotenen Verein; Strafklageverbrauch (prozessuale Tat).  
§ 20 VereinsG; § 264 StPO; § 52 StGB

1. Den Tatbestand des § 20 Abs. 1 Nr. 1 3. Alt. VereinsG erfüllt, wer als Mitglied eine aktive, auf Dauer gerichtete Tätigkeit zur Förderung der Ziele des verbotenen Vereins entfaltet. Die Betätigung als Mitglied setzt eine Übereinstimmung zwischen dem Täter und dem Verein dahingehend voraus, dass der Täter dem Kreis des Vereins zugehört und in dieser Eigenschaft tätig wird; die Betätigung auf der Grundlage eines nur einseitigen Willensent-

schlusses genügt nicht. Eine förmliche Beitrittserklärung ist indes nicht erforderlich.

2. Demgegenüber unterstützt einen verbotenen Verein im Sinne des § 20 Abs. 1 Nr. 3 VereinsG, wer, ohne Mitglied zu sein, Hilfe in einer Form leistet, die auf den organisatorischen Zusammenhalt der Vereinigung bezogen ist und der eine messbare organisatorische Bedeutung zukommt.

3. § 20 Abs. 1 Nr. 1 VereinsG ist ein – insoweit den §§ 129 ff. StGB vergleichbares – Organisationsdelikt, bei dem mehrere den Tatbestand erfüllende Einzelakte zu einer rechtlichen Einheit verbunden werden, es sei denn, der Täter unterbricht seine mitgliedschaftliche Beteiligung mit der Folge, dass für einen bestimmten Zeitraum die Voraussetzungen der Vorschrift nicht festgestellt werden können, und beginnt sie sodann wieder neu. Ist das Verhalten des Angeklagten insgesamt als eine einheitliche Handlung im sachlichrechtlichen Sinn zu werten, so liegt auch eine einheitliche prozessuale Tat im Sinne des § 264 StPO vor.

#### Aufsätze und Anmerkungen

## Referentenentwurf des BMJ „Gesetz zur Stärkung der Rechte von Opfern sexuellen Missbrauchs (StORMG)“ 2010

Von Prof. Dr. Ulrich Eisenberg, Berlin

*Im Einklang mit der staatlichen Aufgabe, eine Sekundärviktimisierung nach Möglichkeit zu vermeiden, kommt der Entwurf von der verbalisierten Intention her, den **Interessen** solcher Personen, die als **Opfer** von Straftaten sich bezeichnen oder bezeichnet werden, in erheblicher Weise entgegen. Dies gilt zunächst für sämtliche vorgesehenen Änderungen bezüglich des Tatvorwurfs sexuellen Missbrauchs, und zwar unabhängig von den Tatumständen, d. h. im Unterschied zu dem auf Internate und Heime bezogenen politischen Ausgangspunkt.<sup>1</sup> Zudem gilt es in verschiedener, über den Namen des Gesetzes erheblich hinaus gehender Weise auch für andere deliktische Tatvorwürfe, und zwar*

<sup>1</sup> Vgl. BMJ, Zwischenbericht Runder Tisch vom 14. 7. 2010, Arbeitsgruppe „Durchsetzung staatlicher Strafanspruch – Rechtspolitische Folgerungen – Anerkennung des Leidens der Opfer sexuellen Missbrauchs in jeglicher Hinsicht“, deren *Unterarbeitsgruppe* „Opferschutz im Ermittlungs- und Strafverfahren“ diese Ausweitung bereits in deren Sitzung vom 28. 6. 2010 vorgenommen hat (vgl. im Einzelnen Protokoll).

*sowohl strafverfahrensrechtlich als auch zivilrechtlich.<sup>2</sup> Soweit der Entwurf sich mehrfach auf Erörterungen eines Runden Tisches<sup>3</sup> bezieht, mag das Bewusstsein dafür eingeschränkt worden sein, dass es sich beweisrechtlich stets um **mutmaßliche** Opfer handelt,<sup>4</sup> zumal einzelne der vorgesehenen Änderungen der StPO mit Grundlagen des Strafverfahrensrechts schwerlich vereinbar sind; auch entbehrt der Entwurf einer Stärkung des Schutzes vor **Falschbelastungen**, obgleich sich der Bedarf*

<sup>2</sup> So sieht der Entwurf eine Verlängerung der Verjährungsfristen von Schadensersatzansprüchen nicht nur zugunsten von Opfern von Straftaten sexuellen Missbrauchs, sondern auch von Opfern vorsätzlicher Verletzung anderer höchstpersönlicher Rechtsgüter auf 30 Jahre vor (hierauf wird im Folgenden nicht näher eingegangen).

<sup>3</sup> Vgl. Fußn. 1.

<sup>4</sup> Schon sprachlich verwendet die Entwurfsbegründung (im Folgenden: Begr) durchgängig und ohne Einschränkung den Begriff Opfer.



schon wegen des enthaltenen vermögensrechtlichen Bezugs aufdrängte.<sup>5</sup>

Der Entwurf kommt zugleich in mehrfacher Hinsicht **Belangen** solcher Berufsgruppen entgegen, für die Kriminalität positive Funktionen erfüllt. Dies gilt zunächst hinsichtlich der **Rechtsanwaltschaft**,<sup>6</sup> insbesondere betreffend die Anwaltschaft von Personen, die sich als Opfer von Straftaten bezeichnen. Es gilt aber auch für die **Strafjustiz**, soweit die strafverfolgungsfördernde Intention sowie die neuerlich erweiterte Möglichkeit zur Anklage bei dem Landgericht (Jugendkammern in Jugendschutzsachen) einen Beitrag zur strafjustiziellen Auslastung oder auch Stellenerhöhung leisten. In diesem Zusammenhang insgesamt betrachtet verdienstvoll sind die vorgesehenen Konkretisierungen der **Eignung** der an Jugendgerichten und Jugendstaatsanwaltschaften **Amtierenden**, zumal insoweit etwa entstehende Mehrkosten durch eher geeignete jugendgerichtliche Interventionen fiskalisch ggfs. zumindest ausgeglichen werden können.

## I. 1. Vorgesehene Änderungen der §§ 58 a Abs. 1, 69, 255 a Abs. 2, 406 d Abs. 2 StPO, § 171 b GVG

### a) Änderungen des § 58 a Abs. 1 StPO

aa) Bezüglich der Kann-Vorschrift einer *Video-Aufzeichnung* der Zeugenvernehmung sieht der Entwurf drei Änderungen des § 58a Abs. 1 StPO vor, und zwar *ohne Eingrenzung* hinsichtlich der Art eines mutmaßlichen Delikts, d. h. nicht etwa nur betreffend den Tatvorwurf sexuellen Missbrauchs.

Zum einen betrifft es eine Einfügung in Satz 2 „als *richterliche Vernehmung*“<sup>7</sup> zu dem Zweck, dass in der Hauptverhandlung mehr als bisher von der vernehmungersetzenden Möglichkeit gemäß § 255a Abs. 2 StPO Gebrauch gemacht werde,<sup>8</sup> und zwar in Abkehr von der Praxis polizeilicher bzw. staatsanwaltlicher Vernehmung. Wesentlich für die Wahrheitsermittlung ist jedoch *nicht* der Status der amtierenden Person, sondern vorrangig die persönliche Fähigkeit zu neutraler, nicht voreingenommener Würdigung. Auch kommt eine richterliche Ver-

nehmung – anders als eine polizeiliche – schon wegen der Voraussetzungen gemäß § 268c Abs. 2 StPO einschließlich des Akteneinsichtsrechts<sup>9</sup> im Allgemeinen nicht ohne eine gewisse zeitliche Versetzung zustande.

Zum anderen ist vorgesehen, Nr. 1 dahingehend zu ändern, dass auch solche sich als Opfer einschlägiger Delikte bezeichnende inzwischen Erwachsene darunter fallen, die den *Zeitpunkt* der mutmaßlichen Tat als in ihrer Kindheit oder Jugend liegend angeben. Diese Änderung ist rechtssystematisch brüchig, weil Minderjährigkeit bislang und als Ausnahme im Hinblick auf das Verfahren („bei Antragstellung“) als relevant anerkannt ist. Bar jeder Erörterung der von den strafjustiziell Amtierenden zu verantwortenden Beweiswürdigung<sup>10</sup> wird hierzu lediglich ausgeführt,<sup>11</sup> die Beratungen des Runden Tisches hätten „gezeigt“, dass die Folgen mutmaßlicher Taten das Ermittlungs- und Strafverfahren zu einer „besonderen Belastung“ machen können. Indes haben an der Veranstaltung *Betroffene nicht* teilgenommen, und Beratungen können als Anlass gesetzgeberischer Aktion die zur Vermeidung von Unfug bestehende Notwendigkeit des Vorliegens rechtspsychologischer und -tatsächlicher Befunde mitnichten ersetzen.

Zudem ist statt der bisherigen Fassung „zur Wahrung .... geboten ist“ eine weitere Fassung mit „*besser gewahrt werden können*“ beabsichtigt. Hiermit ist beabsichtigt, die Anzahl der Vernehmungen schon im Ermittlungsverfahren zu reduzieren.<sup>12</sup> Offen bleibt, ob gar auch auf eine Vernehmung durch Polizei bzw. StA vor Einleitung eines Ermittlungsverfahrens verzichtet werden soll. Zugleich wird im Hinblick auf eine etwaige Präjudizwirkung<sup>13</sup> eine zu erwartende höhere Geständnisbereitschaft angeführt<sup>14</sup> – eine sich wegen der Selbstbelastungsfreiheit bzw. des Vernehmungsdrucks (bei nicht seltener Vorab-Dämonisierung des Beschuldigten) verbietende Erwägung.

bb) Die Handhabung des § 58a StPO birgt erhebliche *Gefahren* für die Erforschung der Wahrheit, weil die Aufzeichnung – wengleich sie die vernehmende wie auch die vernommene Person (und zudem etwa sonstige Anwesende) einbeziehen muss – *ein Surrogat* bleibt und faktisch nicht die Vorgänge umfasst, die dem aufgezeich-

<sup>5</sup> Nach einem Zweiten Zwischenbericht einer begleitenden Auswertung zur telefonischen Anlaufstelle der Unabhängigen Beauftragten der Bundesregierung vom 12. 11. 2010 (Fegert u. a., S. 14) stehen bei 366 (64%) einer Stichprobe der Anrufe „Entschädigungsforderungen zusammen mit der Forderung nach Abschaffung der Verjährungsfristen an erster Stelle“, wobei Zahlungen „meistens in Form von finanziellen Hilfen für Behandlungen bzw. allgemein zur Unterstützung des Lebensunterhalts gefordert“ wird, der „durch Frühberentung und Arbeitsunfähigkeit“ oft an der Armutsgrenze liege; nur in wenigen der Anrufe werde „Entschädigung sozusagen als Wiedergutmachung oder als Art Schmerzensgeld“ gewünscht.

<sup>6</sup> Vgl. zu rechtstatsächlichen Anhaltspunkten *Barton/Flotho*, Opferanwälte im Strafverfahren (2010). Für den vorliegenden Zusammenhang bereits BMJ (vgl. Fußn. 1), Unterarbeitsgruppe „Opferschutz im Ermittlungs- und Strafverfahren“ betreffend Sitzungen vom 28. 6. und 16. 8. 2010, S. 48-50.

<sup>7</sup> Vgl. schon Zwischenbericht S. 46.

<sup>8</sup> Vgl. Begr S. 12: „angestrebte Durchbrechung des Unmittelbarkeitsgrundsatzes“, S. 13: „Signal an die Praxis“.

<sup>9</sup> Vgl. aber BGH NJW 2003, 2763 mit abl. Bspr. Verf./Zötsch NJW 2003, 3677 f., Vogel/Norouzi JR 2004, 216 f.

<sup>10</sup> Vgl. hierzu etwa BGH StV 1996, 366; OLG Jena StV 1998, 118; LG Duisburg v 6. 7. 09 (36 Ns 295 Js 748/03), betr. autosuggestiven Verlauf inzwischen erwachsene Zeugin; aus der Forschung etwa *Ernsdorff/Loftus* Journal of Criminal Law and Criminology 1993, 129 ff., 155 ff.; betreffend falsche Angaben *Adshad R&P* 1997, 117 ff.

<sup>11</sup> Begr S. 12. Zustimmung DRB (*Titz*), Januar 2011.

<sup>12</sup> Vgl. zu Vorgaben bezüglich einer rahmenbeschlusskonformen Auslegung EuGH JZ 2005, 838 mit krit. Anm. *Hillgruber* und Anm. *Herrmann* EuZW 2005, 436.

<sup>13</sup> Vgl. zu den Gefahren schon *Fischer* JZ 1998, 818-821.

<sup>14</sup> Begr S. 12. Zu den Gefahren für die Wahrheitsermittlungspflicht vgl. etwa BGH vom 10. 6. 2008 (5 StR 109/08) = HRRS 2008 Nr. 793; (VRiLG) *Prüfer* StV 1998, 232 ff. sowie grundlegend *Gudjonsson* The Psychology of Interrogations and Confessions (2003), 132 ff., 196 f.; erg. Verf., *BewR StPO*<sup>7</sup> Rn. 730-738.

neten Abschnitt der Konfrontation zwischen Vernehmungsperson und Beschuldigtem vorausgegangen bzw. nachgefolgt sind. Auch können sich beim Abspielen besonders umfangreicher Aufzeichnungen Schwierigkeiten hinsichtlich der Konzentration der Zuschauenden ergeben, wogegen Bemühungen um Kürzung („Zusammenschneiden“) wegen nicht auszuschließender Verzerrungen noch abträglicher sind. Strafprozessual ist zudem zu besorgen, dass sich der Akzent bei der Urteilsbegründung verstärkt auf die aufgezeichneten Angaben des Zeugen verlagern könnte, da diese ggfs. auch in der *Revision* überprüft werden,<sup>15</sup> woraus unüberwindbare rechtstatachliche Benachteiligungen für den Beschuldigten folgen können.<sup>16</sup>

Ohnehin bestehen anhaltende Bedenken gegenüber § 58a StPO deshalb, weil es an einer hinreichenden Überprüfung etwaiger Suggestiveffekte einer (wirklichen oder nur) zugeschriebenen Gefährdung ebenso wie etwaiger verzerrender Wirkungen auf Aussagefähigkeit und Glaubhaftigkeit der Aussage wie auch auf deren Würdigung seither fehlt. Auch ist nicht sicher, ob oder inwieweit durch die Aufzeichnung (und den ggfs. damit verbundenen Druck) eine sekundäre Viktimisierung des (zumal minderjährigen) mutmaßlichen Opfers vermieden oder eher vermieden werden kann.

**b) Ergänzung des § 69 StPO**

Hinsichtlich der Muss-Vorschriften des § 69 StPO ist, wiederum ohne Eingrenzung nach der Art eines mutmaßlichen Delikts, als neuer Satz 2 des Abs. 2 vorgesehen, Zeugen „Gelegenheit zu geben, sich zu den Auswirkungen, die die Tat auf sie hatte, zu äußern“. Eine solche Einfügung verstößt gegen die Unschuldsvermutung, und sie nährt die Gefahr, dass durch die Aufforderung oder Anregung gleichsam eine suggestive Wirkung hinsichtlich der Unterstellung des Erwiesenseins der angeblichen Tat ausgelöst und der Zeuge zudem gar zur Verletzung der Pflicht, wahrheitsgemäß auszusagen (§ 48 Abs. 1 StPO), provoziert werden könnte. Gemäß §§ 160, 244 Abs. 2 StPO ist wegen der Relevanz für die Rechtsfolgenbemessung (§ 46 Abs. 2 StGB) die Ermittlung ohnehin auf verschuldete Auswirkungen der Tat zu erstrecken, und zwar ggfs. unter Heranziehung der Gerichtshilfe (§ 160 Abs. 3 S. 2 StPO).

**c) Änderungen des § 255 a Abs. 2 StPO**

aa) Für die Kann-Vorschrift des § 255a Abs. 2 StPO sind zwei Änderungen vorgesehen (denen zufolge der bisherige Satz 2 zu Satz 4 wird). Hiergegen bestehen gewichtige Einwände.

Zum einen ist die Einfügung eines neuen Satz 2 beabsichtigt, demzufolge die Vorschrift auch für erwachsene

Zeugen angewandt werden darf, sofern angegeben wird, die mutmaßliche Tat sei *in der Kindheit* oder *Jugend* geschehen. Auch hier handelt es sich um einen rechtssystematischen Bruch (vgl. oben unter a) bb)). Ansonsten kommt die Entwurfsbegründung über die Version nicht hinaus, für die genannten Personen könne die erneute Vernehmung in der Hauptverhandlung „zu einer ebenso großen Belastung führen wie für minderjährige Zeugen“, wengleich einschränkend hinzugefügt wird, die Abwägung zugunsten der Vernehmungsersetzung „wird umso weniger zu bejahen sein, je näher der Zeuge zum Tatzeitpunkt der Vollendung seines 18. Lbj. war und je länger die Tat zurückliegt“.<sup>17</sup>

Zum anderen ist die Einfügung eines neuen Satzes 3 vorgesehen, wonach das Gericht bei seiner Ermessensentscheidung (vgl. aber Nr. 130a Abs. 4 RiStBV) nach Satz 1 auch die *schutzwürdigen Interessen* des Zeugen zu berücksichtigen hat, wozu beabsichtigt ist, es sei auch zu prüfen, inwieweit die besondere Schutzbedürftigkeit die Vernehmungsersetzung „gebietet“<sup>18</sup>.

bb) Einwände ergeben sich daraus, dass nach § 255 a StPO für die Vorführung der Videoaufnahmen die Vorschriften zur Verlesung einer *Niederschrift* über eine Vernehmung gemäß § 251, 252, 253 und 255 sowie 325 StPO entsprechend gelten, wobei § 255a Abs. 2 S. 1 StPO eine *gesteigerte Durchbrechung* des Unmittelbarkeitsprinzips erlaubt. Das Abspielen der Videoaufnahme steht aber nur dann der Verlesung von Vernehmungsniederschriften gleich, wenn der exakte Wortlaut von Frage und Antwort ebenso wie Pausen oder sonstige Reaktionen sichtbar werden. Demgegenüber bergen die verschiedensten technischen Möglichkeiten des Straffens (oder gar Manipulierens) der Aufzeichnung erhebliche Gefahren für die genannte Voraussetzung. Zwar kann die Aufklärungspflicht (§ 244 Abs. 2 StPO) insbesondere dann, wenn die (frühere) Vernehmung verkürzt gewesen ist, die persönliche Einvernahme verlangen,<sup>19</sup> jedoch würde dies durch die vorgesehene neue Muss-Vorschrift des § 255a Abs. 2 Satz 3 StPO zumindest eingeschränkt. Das Gleiche gilt für Verfahrenskonstellationen, in denen sich neue Gesichtspunkte oder gar neue Ermittlungsergebnisse bzw. Beweisthemen ergeben, die bei der Erstvernehmung noch nicht präsent waren, und bei denen ggfs. auch einem entsprechenden *Beweisantrag* stattzugeben ist.<sup>20</sup> Aussagepsychologisch wirkt eine nur ergänzende Befragung im Sinne abgetrennter Inhalte erhebliche Probleme bezüglich der Verlässlichkeit der Antworten auf.

**d) Ergänzung des § 171 b Abs. 1 GVG**

Hinsichtlich der Anwesenheit der Öffentlichkeit als zentraler Kontrollfunktion ist in § 171b Abs. 1 GVG ein einzuschiebender neuer Satz 2 – der bisherige würde Satz 3

<sup>15</sup> Nach *Wasserburg*, FS-Christian Richter II, S. 557 führe indes diese Kontrollmöglichkeit zu eher restriktiver Handhabung von Bild- und Tonaufzeichnungen durch die tatgerichtliche Praxis.

<sup>16</sup> Für Aufzeichnung auch der Angaben des Beschuldigten *Swoboda*, Videotechnik im Strafverfahren (2002), 436–438, 442 ff.

<sup>17</sup> Begr S. 15.

<sup>18</sup> Begr S. 15.

<sup>19</sup> Vgl. etwa BGH NStZ 2003, 615; NStZ-RR 2005, 45 (LS).

<sup>20</sup> Vgl. etwa BGH NStZ 2003, 615; BGH NStZ-RR 2005, 45 (LS); OLG Karlsruhe StraFo 2010, 71; *Rieß* StraFo 1999, 5; *Schlothauer* StV 1999, 49; eher einschränkend *Weigend/Greff* Kriminalistik 1998, 534.

– folgenden Wortlauts vorgesehen: „Die besonderen Belastungen, die für Kinder und Jugendliche mit einer öffentlichen Verhandlung verbunden sein können, sind dabei zu berücksichtigen“ (hierauf wird aus Raumgründen an dieser Stelle nicht näher eingegangen).

### e) Anfügung einer Nr. 3 in § 406 d Abs. 2 StPO

In § 406d Abs. 2 StPO ist die Anfügung einer neuen Nr. 3 vorgesehen, derzufolge unter bestimmten Voraussetzungen auch die *erneute* Gewährung von Vollzuglockerungen oder Urlaub auf Antrag mitzuteilen ist (auch hierauf wird aus Raumgründen an dieser Stelle nicht näher eingegangen).

## 2. Vershobene Zielsetzung

### a) Abkehr von besonderen schwerwiegenden Konstellationen

Insgesamt betrachtet begegnet der Entwurf in den vorgenannten Teilen einer bei mutmaßlich tatsächlichen Opfern sexuellen Missbrauchs in *Totalen Institutionen* wie z. B. Internaten, Heimen und (Jugend-)Strafvollzugsanstalten nicht selten vorhandenen besonderen Schutz- und Wehrlosigkeit nur in eingeschränkter Weise.<sup>21</sup> So werden allgemein „Abhängigkeits- und Machtverhältnisse in privaten und öffentlichen Einrichtungen“ angeführt und mit solchen „im familiären Bereich“ gleichbehandelt.<sup>22</sup> Einen zwar lediglich punktuellen, aber aufschlussreichen Hinweis auf den qualitativen Unterschied enthielt indes noch ein vorheriges Protokoll<sup>23</sup> bezüglich der Möglichkeit eines der Strafverfolgung entgegenstehenden Willens des mutmaßlichen Opfers, wonach „der Opferwille bei Missbrauch innerhalb der Familie einen wesentlich höheren Stellenwert habe, als wenn dieser innerhalb einer Institution erfolge“<sup>24</sup>.

Insbesondere trägt der Entwurf den Belangen derjenigen Betroffenen, für die die Vernehmung emotional und intellektuell eine vergleichsweise stärkere Belastung darstellt als für gedachte „durchschnittliche“ Zeugen –und die sich möglicherweise auch an Aufrufen zu telefonischer Mitteilung weniger beteiligen<sup>25</sup> –, d. h. *hilflosen* oder gar

<sup>21</sup> Nach einer Auswertung (vgl. Fußn. 5) enthielten, bezogen auf eine entsprechende Teilstichprobe, die Angaben der Anrufenden meistens *keine Details* zum Missbrauchsgeschehen in Institutionen (S. 17), und soweit detaillierte Angaben vorliegen, seien sie meistens kurz gehalten. Auch gebe es, im Gegensatz zur Gesamtstichprobe, *keine Betroffenen unter 19 Jahren* (S. 16, 21).

<sup>22</sup> Begr S. 8.

<sup>23</sup> Unter dem 21. 7. 2010 verfasst (2. Sitzung der Arbeitsgruppe „Durchsetzung staatlicher Strafanspruch – Rechtspolitische Folgerungen – Anerkennung des Leidens der Opfer sexuellen Missbrauchs in jeglicher Hinsicht“).

<sup>24</sup> Dem entspricht die insgesamt differenzierte Fassung dieser Thematik innerhalb eines Entwurfs von „Leitlinien zur Einschaltung der Strafverfolgungsbehörden“ (vgl. Fußn. 1, Zwischenbericht S. 58 ff., insbesondere zum entgegenstehenden Willen S. 64 f.).

<sup>25</sup> Nach einer Auswertung (vgl. Fußn. 5) lagen Angaben zur *Schulbildung* (nur) von 736 Anrufenden vor (S. 5). Von diesen nannten als erreichten Schulabschluss 48% die Allge-

*behinderten Menschen*,<sup>26</sup> nicht effektiv Rechnung. Schon ein Zwischenbericht<sup>27</sup> hatte es mit der Empfehlung bewenden lassen, Regelungen zu treffen, wogegen in einer vorausgegangenen Sitzung<sup>28</sup> noch die besondere Situation behinderter Menschen und insbesondere erörtert wurde, ob eine gesetzliche Regelung „sinnvoll“ ist, die Amtierende zur besonderen Rücksichtnahme auf deren Belange „anhalten soll“.

Demgegenüber stellen sich *Anlass* und auch *Bezeichnung* des Entwurfs auf dem Hintergrund des besonderen öffentlichen Aufsehens hinsichtlich Vorwürfen sexuellen Missbrauchs im Bereich von Institutionen gewissermaßen als Trittbrett dar, um bereits in zurückliegender Zeit vergeblich angestrebte (noch) weiter gehende gesetzliche Änderungen zum Vorteil nicht einschlägig betroffener Personen und in Rede stehender Berufsgruppen durchzusetzen. So wird auch Belangen des Bewahrens sozialer Bindungen Minderjähriger durch Einschränkung der Strafverfolgung weniger Rechnung getragen.<sup>29</sup>

### b) Hintanstellen empirischer Erkenntnisse und strafjustitieller Beweisschwierigkeiten

Erkenntnisse der forensischen Aussageforschung ebenso wie zahlreiche Beispiele aus der strafjustitiellen Praxis lassen erkennen, dass ein Begnügen mit nur *einer* Vernehmung in aller Regel mit der strafverfahrensrechtlichen *Ermittlungspflicht nicht vereinbar* wäre, zumal grundsätzlich nicht auszuschließen ist, dass Nebenkläger bzw. Nebenklageberechtigte (vermöge der zwischenzeitlich ausgedehnten Befugnisse hinsichtlich Informationsgewinnung und selbstständigem Beweisantragsrecht) eine offensive Prozessstrategie betreiben<sup>30</sup> und verfahrensbezogene Kenntnisse auch bei Erfüllung der Zeugenpflichten verwerten können, sodass die Wahrheitsermittlung gefährdet sein kann. Zudem sind empirisch nicht untersucht (und in der Entwurfsbegründung nicht erörtert) *Folgen für solche Zeugen*, denen psychische Robustheit nicht zur Disposition steht und die gleichwohl die Last des Durchstehens einer alles entscheidenden einzigen Vernehmung und insbesondere des Aushaltens dieser

meine Hochschulreife, 7,6% einen Fachhochschulabschluss, 24,8% einen Realschulabschluss und (nur) 14,8% einen Hauptschulabschluss, wogegen 1,5% angaben, auf einer Förderschule gewesen zu sein, und (nur) 3,3%, keinen Schulabschluss zu haben. Noch deutlicher könnte sich ein Privilegierungsfaktor in Auswertung des genannten Zwischenberichts betreffend Fragen zum Strafverfahren und zur Glaubhaftigkeitsbegutachtung bei einer Teilstichprobe von 572 Personen zeigen, wozu bei 321 Anrufenden Angaben zum Schulabschluss vorliegen (S. 11): 48% Abitur, 35% Realschulabschluss, 11% Hauptschulabschluss.

<sup>26</sup> Vgl. speziell etwa betreffend behindertes Kind BGH NSStZ-RR 1997, 172: „sprachliche Vorgaben“ Dritter.

<sup>27</sup> Vom 16. 8. 2010, vorgenannte Unterarbeitsgruppe (Fußn. 1), S. 54 f.

<sup>28</sup> Vorgenannte Unterarbeitsgruppe, Protokoll vom 28. 6. 2010.

<sup>29</sup> Vgl. hierzu aber etwa *Dawid, E. u. a.* (Hrsg.): Kooperation von öffentlicher Jugendhilfe und Strafjustiz bei Sexualdelikten gegen Kinder (Wiesbaden 2010).

<sup>30</sup> Vgl. *Weider StV* 1987, 318; zum 2. OpferRRG *Bung StV* 2009, 435; *Barton JA* 2009, 753 ff.

oder jener, auf diese Vernehmung konzentrierter Beeinflussungen zu tragen hätten.

aa) Bei dem Tatvorwurf sexuellen Missbrauchs an einer minderjährigen Person als Zeuge im Strafverfahren ist im Rahmen der Überprüfung der Glaubhaftigkeit, d. h. Erlebnisbegründetheit der Aussage nahezu regelmäßig auch aufzuklären, ob eine absichtliche bzw. irrtümliche *Induktion* einer Falschaussage vorliegt. Insbesondere kann dies durch eine dritte Person, ggfs. eingebunden in eine Institution geschehen,<sup>31</sup> wobei die Falschaussage vom Zeugen ggfs. als wahr übernommen wird und sodann ein subjektives Überzeugtsein von dem Realitätsgehalt sich einstellt. Eine systematische Untersuchung von Alternativ-erklärungen zu der Hypothese, dass es sich um eine erlebnisbegründete Aussage handelt, muss hingegen scheitern, wenn sich ggfs. induzierte Aussagen kriteriologisch nicht mehr von erlebnisbegründeten unterscheiden oder „teilweise sogar eine höhere Qualität“<sup>32</sup> erreichen. Daraus ergibt sich, dass bei begründeten Hinweisen auf suggestive Einflüsse das Beweismittel „invalidiert“ ist und also eine aussagepsychologische Würdigung sich erübrigt.<sup>33</sup>

bb) Namentlich in Verfahrenskonstellationen, in denen – wie es bei dem Tatvorwurf eines Delikts gegen die sexuelle Selbstbestimmung häufig ist – *Aussage gegen Aussage* steht und bei denen daher die Anforderungen an die Aufklärungspflicht (§ 244 Abs. 2 StPO) erhöht sind, kommen in der Hauptverhandlung Abweichungen von der ursprünglichen Aussage nicht selten etwa dergestalt vor, dass der einzige Belastungszeuge seine frühere Aussage nicht mehr aufrecht hält,<sup>34</sup> die das „Kerngeschehen“ betreffende Aussage ändert<sup>35</sup> bzw. sich ein Teil der belastenden Vorwürfe als unwahr herausstellt.<sup>36</sup> Sind wesentliche Details bewusst falsch wiedergegeben worden, kann eine Verurteilung auf diese Aussage nicht gestützt werden, d. h. es bedarf über die Aussage hinausgehender belastender Indizien.<sup>37</sup> Bezüglich der Entwicklungsgeschichte der Aussage kommt es auf Widerspruchsfreiheit und *Konstanz* als Zeichen von Glaubhaftigkeit an, wenn gleich diese Kriterien, abgesehen von Abgrenzungs-

schwierigkeiten zwischen Kern- und Randbereich der Aussage,<sup>38</sup> keinesfalls überbewertet werden dürfen.<sup>39</sup>

Der Frage nach der *Aussagemotivation* und also auch der Interessenlage des Zeugen kommt bei der Einschätzung der Glaubhaftigkeit einer Aussage naturgemäß eine zentrale Bedeutung zu. So ist die Beweismotivation fehlerhaft und revisionsrechtlich angreifbar, wenn Eigeninteressen des Zeugen oder ihn beeinflussender Dritte (z. B. insbesondere die Vermeidung einer Selbstbelastung; Beeinflussung anderer Rechtsstreite) nicht berücksichtigt werden. Ob solche Umstände gegeben sein können, lässt sich indes bei nur einer Vernehmung und ohne nähere Untersuchung der konkreten sozialen Konstellation oftmals nicht erkennen, und zwar unabhängig von der Aktenkenntnis des Verteidigers; auch darf die Floskel „ohne ersichtliches Belastungsinteresse“ nicht ohne weiteres zur Beurteilung der Aussage als glaubhaft führen.<sup>40</sup>

Eine besondere Gefahr für die Wahrheitsfindung liegt in irreführenden, einer weiteren Kontrollmöglichkeit entzogenen Eindrücken anlässlich nur einer Vernehmung, zumal sich bei der Würdigung von *Inhalt* und *Begleiterscheinungen* einer Aussage jede pauschale Wertung verbietet. So dürfen zwar z. B. logische Folgerichtigkeit, Detailreichtum oder Schilderung unerwarteter Einzelheiten ggfs. als Indizien für die Glaubhaftigkeit einer Aussage gewertet werden, das Vorliegen dieser Kriterien beweist aber die Wahrheit einer Aussage ebenso wenig, wie ihr Nichtvorliegen eine wahre Aussage ausschließt. Die gleiche Zurückhaltung ist bei der Feststellung des Aussageverhaltens des Zeugen geboten, da z. B. sicheres bzw. unsicheres Auftreten und/oder klares bzw. undeutliches Formulieren des Zeugen grundsätzlich auf sehr verschiedenen Gründen beruhen kann und primär von persönlichen sowie situativen Bedingungen abhängt.

### c) Kein Schutz vor Falschbelastungen

Gänzlich ermangelt der Entwurf einer Erörterung der Gefahren von *Falschaussagen* und *Fehlurteilen*, obgleich das kasuistische Schrifttum ebenso wie die empirische Forschung immer wieder deutliche Anhaltspunkte oder gar Nachweise für Fehlbeurteilungen nicht nur seitens polizeilich Vernehmender oder Sachverständiger, sondern auch seitens des vernehmenden Gerichts aufgezeigt haben,<sup>41</sup> ohne dass dem durch die revisionsgerichtliche

<sup>31</sup> Dabei kann es sich um Privatpersonen (gleichfalls speziell Familienangehörige oder Bekannte, BGH StV 2001, 551) ebenso wie z. B. um Beschäftigte von Jugendämtern, Kindergärten oder sonstigen Initiativen (vgl. etwa KG StV 1997, 65 mit krit. Anm. *Düring/Verf.* StV 1997, 456; s. auch BGH StV 1998, 116; BGH NStZ-RR 1998, 16: Heilpädagogin) wie insbesondere auch mit Therapie befasste Personen handeln.

<sup>32</sup> *Böhm u. a.*, in: Fabian (Hrsg.), *Praxisfelder der Rechtspsychologie* (2002), S. 154.

<sup>33</sup> Vgl. *Steller*, in: *Volbert/Steller* (Hrsg.), *Handbuch der Rechtspsychologie* (2008), S. 306 f.

<sup>34</sup> Vgl. BGH StV 1998, 250; zu teilweisem „Abrücken“ BGH StV 1996, 366; 1998, 363 sowie 580; NStZ-RR 2008, 255.

<sup>35</sup> Vgl. BGH NStZ-RR 1999, 139; 2008, 350. – Auch außerhalb von Aussage gegen Aussage-Konstellationen wird eine teilweise Falschbelastung als Indiz gegen die Glaubhaftigkeit gewertet, zumal wenn die Unrichtigkeit das Kerngeschehen betrifft, da dann Wahrnehmungs- und Erinnerungsfehler – anders als betreffend das Randgeschehen – weniger erklärbar sind.

<sup>36</sup> BGH vom 21. 5. 2008 (5 StR 197/08) = HRRS 2008 Nr. 620; BGH NStZ 2008, 581 = HRRS 2008 Nr. 796.

<sup>37</sup> Vgl. nur BGHSt 44, 256.

<sup>38</sup> Vgl. etwa BGH StV 2003, 604, betreffend den Tatvorwurf sexuellen Missbrauchs.

<sup>39</sup> Schon gar nicht darf aus der Konstanz einer Aussage zwingend auf deren Wahrheit geschlossen werden, da je nach Befähigung des Zeugen komplizierte bzw. einfachere Sachverhalte relativ leicht erfunden und konstant vorgetragen werden können (kritisch etwa auch OLG Düsseldorf StV 1982, 12).

<sup>40</sup> Vgl. BGH StV 1992, 98 sowie 556 (betr. § 31 BtMG); BGH StraFo 2006, 411; 2007, 202.

<sup>41</sup> Vgl. grundlegend *Peters* Fehlerquellen im Strafprozess, Bände I-II, 1970, 1972, 1974; *Lange* Fehlerquellen im Ermittlungsverfahren, 1980.; wegen anhaltender psychosozialer Auswirkungen – betreffend langjährige Freiheitsstrafen auf Grund von Fehlurteilungen – vgl. zu empirischen Anhaltspunkten z. B. *Grounds CanadJCrIm* 204, 168 f.; *erg. Verf. BewR*<sup>7</sup> Rn. 913 ff., aber etwa auch 1548.

Beurteilung stets abgeholfen würde oder werden könnte.<sup>42</sup> Die Hinweise legen den Schluss nahe, dass Ermittlungsbehörden (wie z. B. auch Jugendämtern) verschiedentlich eine gewisse Kritiklosigkeit eigen ist, wenn es um Strafanzeigen wegen Delikten gegen die sexuelle Selbstbestimmung geht, und dass gerichtlich Amtierende nicht immer die erforderliche Distanz zu den zusammengetragenen Ermittlungsergebnissen aufzubringen vermögen.

Die Pflicht des Zeugen zur wahrheitsgemäßen und vollständigen Aussage darf zwar nicht mit den Maßnahmen nach § 70 StPO durchgesetzt werden, ihre Verletzung kann jedoch ggfs. einen Straftatbestand erfüllen. Indes könnte den Gefahren von Falschaussagen effektiv kaum durch eine (abermalige) Erhöhung des Strafrahmens etwa für Vortäuschen einer Straftat (§ 145d StGB) und für falsche Verdächtigung (§ 164 StGB) begegnet werden, weil die genannten Straftatbestände aus beweisrechtlichen Gründen in der Praxis zumal auf der Ebene gerichtlicher Aburteilung im Allgemeinen nur eine untergeordnete Bedeutung haben.<sup>43</sup> Dies mag insoweit auch damit in Zusammenhang stehen, dass falsche Strafanzeigen bzw. Zeugenaussagen für die Amtierenden beschäftigungspolitisch positiv funktional sind. – Präventiv kaum geeignet ist die in § 469 Abs. 1 StPO vorgesehene Kostentragungspflicht, weil sie voraussetzt, dass die Unwahrheit sowie Vorsatz oder Leichtfertigkeit feststehen; hinsichtlich der in § 469 Abs. 2 StPO geregelten Abhängigkeit von dem Antrag der StA könnten zudem Belange des Schutzes vor Selbstbelastung hinderlich wirken.

Immerhin hat der Entwurf in Abweichung von Erörterungen innerhalb einer Unterarbeitsgruppe davon abgesehen, in § 58a StPO eine Einfügung dazu vorzunehmen, die Videoübernahme von der Zustimmung des mutmaßlichen Opfers „abhängig zu machen“<sup>44</sup>. Dies ist deshalb nicht unwesentlich, weil der zur Aussage verpflichtete Zeuge die Aufzeichnung zu dulden hat, und weil sie (im Rahmen der Beschränkungen nach § 58a Abs. 2 Satz 1 StPO) auch in einem *gegen den Zeugen* ggfs. anhängigen oder anhängig werdenden (vgl. aber §§ 58a Abs. 2 Sätze 2, 3, 100b Abs. 6 StPO) Verfahren verwertbar ist.

## II. Vorgesehene Änderungen der §§ 397 a, 140 Abs. 1 StPO

### 1. Änderungen des § 397 a StPO

Innerhalb des § 397a StPO sind zwei wesentliche Änderungen vorgesehen.

a) Zum einen ist in § 397a Abs. 1 die *Einfügung* einer neuen Nr. 4 – unter Verschiebung der bisherigen Nr. 4 als Nr. 5 – mit folgendem Wortlaut beabsichtigt: „durch eine rechtswidrige Tat nach den §§ 174-182 und 225 des

Strafgesetzbuches verletzt ist und er zur Zeit der Tat das 18. Lebensjahr noch nicht vollendet hatte oder seine Interessen selbst nicht ausreichend wahrnehmen kann“. Bei Altern. 1 als Verschiebung des Alters auf den Zeitpunkt der mutmaßlichen Tat handelt es sich wiederum um einen rechtssystematischen Bruch (vgl. oben I. 1. a) aa)). Zur Begründung wird ausgeführt, „ein Opferanwalt ist jedoch vielfach auch dann nötig“, wie die Beratungen des Runden Tisches „gezeigt“ hätten (zur Ungeeignetheit als Anlass gesetzgeberischer Aktion vgl. oben I. 1. a) aa)), und der Verletzte werde „häufig nur schwer darlegen können“, nicht in der Lage zu sein, seine „Interessen selbst ausreichend wahrzunehmen“<sup>45</sup>. Nicht erörtert ist, dass Gefahren für die Wahrheitsermittlung durch die Beiordnung ggfs. erhöht werden (vgl. oben I. 1. b)),<sup>46</sup> und auch etwaige Auswirkungen auf die Kostenlast für den Verurteilten finden keine Erwähnung.<sup>47</sup> Soweit die Altersgrenze von 18 Jahren zur Zeit der mutmaßlichen Tat bereits überschritten war, ist gemäß der neuen Nr. 4 Altern. 2 des § 397a Abs. 1 StPO vorgesehen, inhaltlich die bisherige Regelung auch hier einzufügen, d. h. das Fehlen der Fähigkeit zur Interessenwahrnehmung als Anspruchsvoraussetzung.

b) Zum anderen ist hinsichtlich des Antrags der Nebenklage auf Prozesskostenhilfe für die Hinzuziehung eines Anwalts vorgesehen, § 397a Abs. 3 Satz 2 StPO zu streichen, d. h. auch in Fällen des § 397a Abs. 2 StPO die *Anfechtung* der Entscheidung zuzulassen. Abgesehen von Vorzügen im Sinne einer teilweisen Einheitlichkeit der Judikatur wird hierzu angenommen, dies „verbessert den Rechtsschutz für den Verletzten“<sup>48</sup>.

### 2. Ergänzung des § 140 Abs. 1 StPO

Bezüglich der Voraussetzungen notwendiger Verteidigung gemäß § 140 Abs. 1 StPO ist – bei gleichzeitiger Streichung von § 140 Abs. 2 Satz 1 letzter Halbsatz StPO und Anpassung von § 142 Abs. 2 StPO – eine Ergänzung um eine § 140 Abs. 1 Nr. 9 StPO mit folgendem Wortlaut vorgesehen: (für Verfahren, in denen) „dem Verletzten nach §§ 397a und 406g Abs. 3 und 4 StPO ein Rechtsanwalt beigeordnet ist“. Der (gekürzte) Auffangtatbestand des § 140 Abs. 2 Satz 1 StPO bleibt indes erhalten – relevant etwa für die Fallkonstellation, dass dem Verletzten kein Anwalt beigeordnet wurde, er jedoch selbst einen Anwalt beauftragt hat.

<sup>45</sup> Begr S. 9, 16.

<sup>46</sup> Vgl. kritisch aus der Praxis *Schroth* NJW 2009, 2918 f.

<sup>47</sup> Rechtstatsächlich wurde in einer Akten-Vergleichsuntersuchung (betr. Verfahren im Bereich des OLG Hamm aus dem Jahre 2004) berechnet, dass allein durch Opferanwälte es zu einer Kostenerhöhung für den Verurteilten um durchschnittlich 1216,- Euro kam (vgl. *Barton* JA 2009, 758).

<sup>48</sup> Begr S. 16.

<sup>42</sup> Vgl. zu Nachw. aus jüngerer Zeit *Schwenn* StV 2010, 705 ff.

<sup>43</sup> Ähnlich zum Gesetz vom 29. 7. 2009 (BGBl I 2288) aus der Praxis der StA *Frank/Titz* ZRP 2009, 139. – Vgl. aber exemplarisch für besondere Fallkonstellationen etwa OLG Koblenz NStZ 2011, 95.

<sup>44</sup> Vgl. Zwischenbericht (Fußn. 1) S. 47.

### III. Vorgesehene Änderungen der §§ 24 und 26 GVG hinsichtlich der Zuständigkeit der Jugendschutzgerichte<sup>49</sup>

#### 1. Anfügung eines Satzes 2 in § 24 Abs. 1 S. 1 Nr. 3 GVG

§ 24 Abs. 1 Nr. 3 GVG aF trägt dem verbalisierten Ziel der Vermeidung von Sekundärviktimisierungen weniger Rechnung.<sup>50</sup> In § 24 Abs. 1 Satz 1 Nr. 3 GVG ist die Anfügung eines Satzes 2 beabsichtigt, demzufolge i. S. eines *Regelbeispiels*<sup>51</sup> besondere Schutzbedürftigkeit insbesondere dann vorliege, „wenn zu erwarten ist“, dass die Vernehmung „mit einer besonderen Belastung verbunden“ sein wird, „und deshalb mehrfache Vernehmungen vermieden werden sollten“. „Besondere Schutzbedürftigkeit“ ist ein unbestimmter Rechtsbegriff, der durch die StA auszulegen ist, d. h. ihr steht weiterhin kein Wahlrecht hinsichtlich der Entscheidung zu, ob sie Anklage bei dem AmtsG oder bei dem LG erhebt. Wegen der *rechtstatsächlichen Bedenken* gegenüber nur einer Vernehmung wird auf die oben stehenden Ausführungen unter I. 2. b) verwiesen.

#### 2. a) Änderung des § 26 Abs. 2 GVG

Für § 26 Abs. 2 GVG – die Vorschrift gilt nach § 74 b Satz 2 GVG entsprechend für die Anklageerhebung bei Jugendkammern – ist eine Änderung des bisherigen Wortlauts und eine Aufteilung in zwei Sätze vorgesehen, wobei die zweite Altern. des § 26 Abs. 2 GVG aF inhaltlich als Satz 2 erhalten bliebe.<sup>52</sup> Als beabsichtigter § 26 Abs. 2 Satz 1 GVG wird statt der Einschränkung von § 26 Abs. 2 Altern. 1 GVG aF darauf abgestellt, ob „damit die schutzwürdigen Interessen von Kindern oder Jugendlichen ...besser gewahrt werden können“, und bei Vorliegen der Voraussetzungen der Vorschrift soll die StA nur noch in Ausnahmefällen vor dem allgemeinen Strafgericht anklagen,<sup>53</sup> d. h. es wird die tendenziell *regelmäßige* Anklage bei dem *Jugendschutzgericht* bezweckt. – Soweit jedoch nach der Geschäftsverteilung unter den Gerichten für allgemeine Strafsachen z. B. besondere Jugendkammern eingerichtet sind, werde auch weiterhin die Anklage dann nicht bei den Jugendgerichten zu erheben sein, wenn durch eine „Spezialisierung bei den für allgemeine Strafsachen zuständigen Gerichten“ eine gleichwertige Wahrung der in Rede stehenden schutzwürdigen Belange „zu erwarten ist“<sup>54</sup>.

<sup>49</sup> Vgl. dazu schon Zwischenbericht (Fußn. 1) S. 45.

<sup>50</sup> Vgl. dazu schon *Heghmanns* DRiZ 2005, 291 (auch zu den verfassungsrechtlichen Bedenken).

<sup>51</sup> Vgl. Begr S. 17.

<sup>52</sup> Hierzu wird z. B. auf Fälle Bezug genommen, in denen – unabhängig vom Vorliegen der in Rede stehenden schutzwürdigen Interessen – zu erwarten sei, dass die Aussage eines jugendlichen Zeugen über Geschehnisse aus seiner Jugend durch das Jugendgericht besser gewürdigt werden könne (Begr S. 18).

<sup>53</sup> Begr S. 18.

<sup>54</sup> Begr S. 18.

Nach der vorgesehenen Vorschrift hat die StA auch hierin kein Wahlrecht, sondern einen Beurteilungsspielraum.<sup>55</sup>

#### b) Anfügung eines § 26 Abs. 3 GVG

Gemäß eines vorgesehenen anzufügenden § 26 Abs. 3 GVG „gelten die Absätze 1 und 2 entsprechend“ für die Beantragung gerichtlicher Untersuchungshandlungen „im *Ermittlungsverfahren*“, wobei Abs. 1 die Zuständigkeit der Jugendschutzgerichte im Ermittlungsverfahren betrifft.

### IV. Vorgesehene Ergänzungen der §§ 36, 37 JGG

Bezüglich der Eignung Amtierender bei Jugendgerichten und Jugendstaatsanwaltschaften ist beabsichtigt, §§ 36 und 37 JGG zu ergänzen,<sup>56</sup> und zwar – für § 36 JGG gemäß der bisherigen Form als Mussvorschriften, für § 37 JGG hingegen in unterschiedlichen Formen.

#### 1. Ergänzungen bezüglich Jugendstaatsanwälten

a) Zum einen ist ein dem § 36 Abs. 1 Satz 1 JGG anzufügender Satz 2 Hs. 1 vorgesehen, wonach Richter oder Beamte „auf Probe“ *im ersten Jahr* nach Ernennung *nicht* zum Jugendstaatsanwalt bestellt werden dürfen. Zur Begründung wird angeführt,<sup>57</sup> im ersten Jahr sei die Einarbeitung in die Tätigkeit bei der StA zeitlich erschöpfend, so dass es nicht möglich sei, sich während dieser Phase zusätzlich Kenntnisse in einschlägigen außerjuristischen Spezialgebieten (vgl. dazu unten 2. a) zu verschaffen. Um während dieses Jahres jedoch an die Aufgaben der Sitzungsververtretung in Jugendsachen herangeführt zu werden, sieht der Entwurf als § 36 Abs. 1 Satz 2 Hs. 2 JGG vor, dass sie diese Aufgaben unter der Voraussetzung wahrnehmen dürfen, dass ein Jugendstaatsanwalt anwesend ist und ihre Tätigkeit beaufsichtigt.

b) Zudem ist es nach einem vorgesehenen neuen Abs. 2 Satz 1 *unzulässig*, „jugendstaatsanwaltschaftliche Aufgaben“ – sei es im vorbereitenden, sei es im gerichtlichen Verfahren – einem *Amtsanwalt* zu übertragen. Formal nennt § 37 JGG nicht *Amtsanwälte*. Inhaltlich ist ihnen wegen der ausschließlichen Zuständigkeit in Verfahren vor dem AmtsG (§ 142 Abs. 2 GVG) – nicht also vor der Jugendkammer – die Gewinnung praktischer Erfahrung im Umgang mit dem Spektrum von Jugenddelinquenz versagt, und weithin gilt dies aufgrund landesrechtlicher OrgStA<sup>58</sup> auch für die Entbindung von Verfahren vor dem Jugendschöffengericht.

c) Nach einem vorgesehenen neuen, die Regelung gemäß § 2 Abs. 2 JGG, § 142 Abs. 3 GVG konkretisierenden § 36 Abs. 2 Satz 2 JGG dürfen *Referendare* die Sitzungsver-

<sup>55</sup> Begr S. 18.

<sup>56</sup> Zu inhaltlichen sowie gesetzessystematischen Bedenken vgl. Stellungnahme DRB (*Titz*), Januar 2011.

<sup>57</sup> Begr S. 20 f.

<sup>58</sup> Vgl. wegen Nachw. Verf., JGG<sup>14</sup> § 36 Rn. 11.

tung in Verfahren vor den Jugendgerichten „nur unter Aufsicht und im Beisein“ – d. h. nicht aufgrund vorausgegangener Absprachen, Weisungen oder telefonischer Rücksprachen – eines Jugendstaatsanwalts wahrnehmen. Dieses Verbot der alleinigen Sitzungsververtretung durch Referendare entspricht traditionellen Empfehlungen,<sup>59</sup> die insbesondere darauf abheben, dass für den Schuld wie für den Rechtsfolgenausspruch wesentliche Umstände mitunter erst während der Hauptverhandlung bekannt werden, die eine unmittelbare Berücksichtigung durch einen anwesenden Jugendstaatsanwalt erforderlich machen. In Jugendschutzsachen wird ohnehin davon ausgegangen, dass eine Sitzungsververtretung durch Referendare ausscheidet.

## 2. Ergänzungen bezüglich Jugendrichtern

Hinsichtlich § 37 JGG ist für den bisherigen Wortlaut, der als Abs. 1 beibehalten wird, die Anfügung von drei weiteren Sätzen und zudem die Anfügung von zwei neuen Absätzen beabsichtigt.

a) aa) Gemäß eines vorgesehenen neuen Abs. 1 Satz 2 des § 37 JGG sind mehr als nur rudimentäre<sup>60</sup> Kenntnisse auf den Gebieten der „Kriminologie, Pädagogik und Sozialpädagogik sowie der Jugendpsychologie“ vorgesehen, weil für Jugend- wie für Jugendschutzsachen ein *alters- und entwicklungsgemäßer Umgang* mit Minderjährigen und Heranwachsenden und deren Bedürfnissen und Belangen erforderlich ist. Die Begründung hinsichtlich der Abweichung von Nr. 3 RiLi zu § 37 JGG, die auch die Disziplinen Jugendpsychiatrie und Soziologie enthält, ist wenig tragfähig. Bezüglich der Jugendpsychiatrie wird auf heranzuziehende Sachverständige verwiesen, obgleich insbesondere diesen gegenüber die Befähigung zu Leitung (§ 2 Abs. 2 JGG, § 78 StPO) und Kontrolle unerlässlich ist, und zwar nicht minder auch in Jugendschutzsachen. Für die Ersetzung der Soziologie durch die Sozialpädagogik wird u. a. die zu erwartende „gute Zusammenarbeit mit der JGH und der JHilfe“<sup>61</sup> angeführt, obgleich Erkenntnisse der Soziologie z. B. zu informellen und formellen Normensystemen oder zu Totalen Institutionen (vgl. dazu oben I. 2. a)) in ihrer Relevanz auch für den Einzelfall durch die Sozialpädagogik so nicht vermittelt werden.

Im Bemühen um Durchsetzung sieht der Entwurf vor, dass die Kenntnisse „belegbar“ sein sollen, wobei die Bescheidung mit einer Soll-Vorschrift damit begründet wird, dass an schon seit längerem in Jugendsachen Amtierenden „deutlich geringere Anforderungen“ zu stellen sein werden, und dass auch bei „neu eingesetzten Personen“ die Kenntnisse ggfs. erst in berufsbegleitender Fortbildung oder dergleichen erworben werden könnten.<sup>62</sup> Als Beispiele für Belege werden, ohne dass eine Prüfung als erforderlich vorgesehen ist, die Beschäftigung bereits

während des Universitätsstudiums im Rahmen von Wahlfachgruppe bzw. Schwerpunktbereich oder auch Nebenstudiengang, zudem eine „systematische berufsbegleitende oder sonstige“ Fortbildung im Sinne einer „vergleichbaren Weiterqualifizierung“ genannt.<sup>63</sup> Soweit die Anerkennung von Belegen einer „wertenden“ Entscheidung des Präsidiums bzw. der Behördenleitung überlassen bleibe, wird es sich empfehlen, dies durch „im Einvernehmen mit den seither jugendstrafrechtlich Amtierenden“ zu ergänzen. Andernfalls wäre – auch im Verhältnis von Jugendstrafsachen bzw. Jugendschutzsachen – zu besorgen, dass am ehesten (oder gar nur) solche *Inhalte* der jeweiligen Fachgebiete anerkannt werden könnten, die konform zur Strafrechtspraxis schlechthin sind, weniger (oder kaum) aber solche, die – im Rahmen strafrechtlicher Vorgaben – vorrangig an der Zukunft der Jugendlichen und Heranwachsenden orientiert sind. Eine solche Tendenz ließe sich umso eher begründen, als die angeführten Fachgebiete jeweils ein Spektrum an Forschungsperspektiven und -ergebnissen aufweisen, so dass ohne zusätzlich *inhaltliche* Qualitätsvoraussetzungen das Ziel einer Geeignetheit schwerlich erreichbar ist.

Hiernach wäre es im Einklang mit § 2 Abs. 1 JGG unerlässlich und eher konstruktiv, auf die Befähigung zu zukunftsorientierter oder aber retrospektiv-repressiver Verfahrensgestaltung und Rechtsfolgenentscheidung abzustellen. Demgegenüber kommt es darauf in Jugendschutzverfahren gegen erwachsene Beschuldigte, nicht an, vielmehr ist insofern eine Geeignetheit in Würdigung der Belange des mutmaßlichen Opfers intendiert. In diesem *Zweispalt* liegt die Schwäche des in Rede stehenden Teils des Entwurfs.

bb) Als neuer Satz 3 ist eine Muss-Vorschrift beabsichtigt, derzufolge die jugendrichterlichen oder jugendstaatsanwaltlichen Aufgaben dann, wenn Kenntnisse nicht belegt sind, *erstmalig* „zunächst nur für ein Jahr zugewiesen werden dürfen“, und auch nur unter der Voraussetzung, dass „der Erwerb der Kenntnisse alsbald zu erwarten ist“. Gemäß einem vorgesehenen neuen Satz 4 ist in diesen Fällen eine *Verlängerung* der Zuweisung nur zulässig, wenn innerhalb des ersten Jahres die Wahrnehmung „einschlägiger Fortbildungsveranstaltungen oder eine anderweitige einschlägige Weiterqualifizierung“ (z. B. durch „Selbststudium“)<sup>64</sup> glaubhaft gemacht werden kann. Auch hierbei handelt es sich zwar um einen „deutlichen Anstoß“ zu Verbesserungen, ohne dass indes der Erwerb einschlägiger Kenntnisse hinreichend überprüft werden könnte.

b) Im Einklang mit der Zielsetzung des Jugendstrafrechts obliegen dem Jugendrichter/der Jugendrichterin gemäß § 34 Abs. 1 JGG auch Untersuchungshandlungen und Entscheidungen im *Ermittlungsverfahren*<sup>65</sup>, und Entsprechendes gilt gemäß einem vorgesehenen neuen Abs. 3 des § 26 GVG für Jugendschutzsachen. Dies bedeutet gemäß § 36 JGG, dass im Ermittlungsverfahren ebenfalls

<sup>59</sup> Vgl. AG Kamen vom 30. 6. 2009 (Cs 181 Js 24/09-43/09), nach Bericht in StRR 2010, 107: Referendar ohne Kompetenz als Verfahrenshindernis; anders aber, bei verkürzter Begründung, LG Duisburg StRR 2010, 460 mit Anm. *Artkämper*; zum Ganzen Verf., DRiZ 1998, S. 161-164.

<sup>60</sup> Vgl. Begr S. 23.

<sup>61</sup> Begr S. 22.

<sup>62</sup> Begr S. 23.

<sup>63</sup> Begr S. 23.

<sup>64</sup> Begr S. 23.

<sup>65</sup> Vgl. auch BVerfG ZJJ 2005, 320, 324; LG Berlin NStZ 2006, 525.

einschlägig qualifizierte Jugendstaatsanwälte/Jugendstaatsanwältinnen eingesetzt werden müssen.

Wegen der Besetzung bei kleineren Amtsgerichten ermöglicht ein vorgesehener neuer Abs. 2 des § 37 JGG unter den darin genannten Voraussetzungen ein Abweichen von den vorgesehenen neuen Vorschriften des Abs. 1 Sätze 2-4 des § 37 JGG für den Einsatz im Bereitschaftsdienst. Bei der Beurteilung des Vorliegens dieser Voraussetzungen verbleibe ein gewisser Spielraum.<sup>66</sup>

c) Nach einem vorgesehenen neuen Abs. 3 Satz 1 des § 37 JGG „sollen“ als Jugendrichter/Jugendrichterin beim AmtsG oder als Vorsitzender/Vorsitzende einer Jugendkammer nur Amtierende eingesetzt werden, die *bereits* mindestens *ein Jahr* lang „zum überwiegenden Teil“ ihres

<sup>66</sup> Begr S. 24.

Dienstes jugendrichterliche oder jugendstaatsanwaltliche Aufgaben erfüllt haben. Wegen der Besetzung bei kleineren Amtsgerichten ermöglicht ein vorgesehener neuer Abs. 3 Satz 2 des § 37 JGG ein *Abweichen* hiervon für den Einsatz im Bereitschaftsdienst.

Endlich ist es gemäß einem vorgesehenen neuen Abs. 3 Satz 3 des § 37 JGG einem Richter/einer Richterin auf Probe untersagt, im ersten Jahr nach seiner/ihrer Ernennung „Geschäfte des Jugendrichters“ wahrzunehmen,<sup>67</sup> und zwar insoweit entsprechend der für Jugendstaatsanwälte in dem vorgesehenen neuen Abs. 1 Satz 2 des § 36 JGG.

<sup>67</sup> Vgl. bereits de lege lata für den Vorsitzenden eines Jugenderschöffengerichts § 2 Abs. 2 JGG, § 29 Abs. 1 S. 2 GVG (vgl. im Übrigen §§ 22 Abs. 6, 23 b Abs. 2 S. 2 sowie Abs. 3 S. 2 GVG).

## Aufsätze und Anmerkungen

# Das Google WLAN-Scanning aus straf- und datenschutzrechtlicher Sicht

Von Stefanie Hagemeier, Hamburg

Das Street View Projekt des Unternehmens Google Inc. sorgte bereits kurz nach dessen Ankündigung im Jahre 2006 für erheblichen Aufruhr. Das Augenmerk der Diskussion richtete sich auf die Zulässigkeit der Fotoaufnahmen, welche aus datenschutz- und urheberrechtlicher Sicht in Frage gestellt wurde. Durch die Aufdeckung des großflächig vollzogenen WLAN-Scanning bietet sich das Google Street View Projekt nun auch für eine straf- und ordnungsrechtliche Auseinandersetzung an. Der vorliegende Beitrag zeigt nach einem kurzen Überblick zum Erkenntnisstand sowie einer Einführung in die technischen Architekturen anhand der Google WLAN-Affäre auf, welche straf- und ordnungsrechtlichen Folgen sich für das sog. Wardriving im Zusammenhang mit WLAN ergeben.

## A. Einführung

Im Zuge der Ermittlungen französischer Datenschützer stellte sich im Mai 2010 heraus, dass während der Fahrten für die Fotoaufnahmen auch Daten privater drahtloser Heimnetzwerke, sog. Wireless Local Area Networks (WLAN), abgefangen und in den Datenspeichern von

Google aufgezeichnet worden waren.<sup>1</sup> Neben den Netzwerkinformationen wurden zudem Kommunikationsinhalte erfasst. Letztere, die allgemein als Nutzdaten bezeichnet werden, waren private Passwörter für Benutzerkonten und teils vollständige Emailnachrichten.<sup>2</sup> Währenddessen die US-amerikanische Kontrollbehörde Federal Trade Commission (FTC) ihre Ermittlungen gegen den Internetkonzern bereits eingestellt und die Löschung der Daten beantragt hat, ermitteln Staatsanwälte in Kanada und aus 38 US-Bundesstaaten weiterhin, inwieweit Google mit der Aufzeichnung der Daten aus ungesicherten Funknetzwerken gegen die Gesetze verstoßen hat. Auch in Europa, u. a. in Frankreich, Italien und Deutschland, laufen Ermittlungsverfahren gegen die Verantwort-

<sup>1</sup> Sawall, WLAN- Nutzdaten – Google hat auch Passwörter aufgezeichnet, URL: <http://www.golem.de/1006/75899.html> (Stand: 10.01.2011).

<sup>2</sup> Sawall, (Fn. 1); Pressemitteilung der Süddeutschen Tageszeitung, Google Street View – Ganze Emails gespeichert, URL: <http://www.sueddeutsche.de/digital/google-street-view-ganze-e-mails-gespeichert-1.1015255>; Official Google Blog, Wifi data collection: An update, URL: <http://googleblog.blogspot.com/2010/05/wifi-data-collection-update.html> (Stand: 10.01.2011).



lichen.<sup>3</sup> Diese ergaben, dass die zum Einsatz gekommenen Fahrzeuge waren sowohl mit Kameras, GPS-Systemen und einer Laservermessungstechnik als auch mit herkömmlichen Hard- und Software für das sog. Wardriving ausgerüstet, die systematisch WLAN ortet und Informationen über die Netze filtert.<sup>4</sup> Erstere Technik diente hauptsächlich der Ablichtung und Kartografisierung der Umgebung. Letztere – welche im Folgenden genauer erläutert wird – bot die technische Grundlage zur Kartografisierung von WLAN.<sup>5</sup>

## I. WLAN basierte Ortung

Den Vorstellungen des Entwicklers entsprechend wurde der Google Street View Dienst in einer erweiterten Version für Mobilfunkteilnehmer mit sog. walking directions unterlegt. Mit Hilfe derer kann die angefragte Route von unterwegs aus abgerufen, virtuell wie real mit den Bildern aus der Umgebung angezeigt und zeitgleich abgegangen werden.<sup>6</sup> Realisierbar wurde dieser Dienst durch die Kartografisierung von WLAN- Geräten, mittels derer ein Verfahren vorbereitet wurde, welches der Lokalisierung der Teilnehmer dient. Denn anders als das Global Positioning System (GPS) unterliegt die WLAN basierte Ortung trotz Hindernissen wie Gebäuden und Häuserschluchten kaum Schwankungen und Störungen. Hinzu kommt, dass die meisten Mobilfunkgeräte über keine GPS-Funktionen verfügen, so dass eine GPS basierte Lokalisierung schlichtweg ungeeignet ist. Das sog. Fingerprinting-Verfahren erweist sich als eine WLAN basierte Ortung hingegen auf Grund der hohen Präsenz an drahtlosen Heimnetzwerken in städtischer Umgebung als vorzugswürdige Methode, um einen großflächig angelegten Lokalisierungsdienst zu erstellen. Das Verfahren basiert darauf, dass der Bereich, an dem das Mobilfunkgerät geortet werden soll, schon fest steht. So wird das gesamte Zielgebiet durch sog. Referenzpunkte ausgewertet. Diese werden in einer Datenbank abgespeichert und stehen als wieder erkennbare Fingerabdrücke zur Verfügung. Kommt es im Anschluss daran zu einer Teilnehmeranfrage, werden die Daten aus der Datenbank mit den Funkwerten des aktuellen Standorts verglichen. Der Aufenthaltsort des Mobilfunkgerätes, der die höchste Ähnlichkeit mit den Referenzpunkten vorweist, wird schließlich als aktuelle Position angegeben. Als Grundlage der Referenzpunktermittlung werden die Netzwerkinformationen der WLAN benötigt. Die Messwerte, die als Fingerabdrücke dienen, werden erfasst, indem die Abstrahlungsmuster der Signalstärken einzelner WLAN in

Bezug zu einander ausgewertet werden. Die ebenfalls erhobenen MAC-Adressen kennzeichnen die WLAN-Geräte eindeutig und eignen sich daher als Signatur der ermittelten Messwerte.<sup>7</sup>

## II. WLAN-Netzstrukturen

Anhand der Netzstrukturen von WLAN ist nachzuvollziehen, dass das Abfangen dieser Daten ohne technischen und zeitlichen Aufwand zu realisieren ist. Wardriver machen sich üblicherweise die Punkt- zu- Punktübertragung (Point-to-Point-Protocol) von Standard-WLAN der 802.11-Familie zunutze. Der Angriff erfolgt während einer Datenübermittlung. In diesem Zeitraum ist das WLAN-Gerät ausschließlich einem sog. Access Point als Kommunikationspartner zugewiesen, der als zentrale Basisstation die Datenströme verwaltet und an die Zielpfänger koordiniert. Die abzufangenden Datenströme sind nach Schichten für Übertragungs-, Sicherheits- und Anwendungsaufgaben gebündelt. Diese Schichten untergliedern sich in diverse Datenrahmen (Frames), in denen Netzwerkinformationen, aber auch Kommunikationsinhalte als solche codiert werden.<sup>8</sup> Das sog. Management-Frame enthält die benötigten Media Access Control-Adressen (MAC) und u. a. die Benutzererkennung des WLANs. Letztere wird als Service Set Identifier (SSID) bezeichnet. Der Datenrahmen enthält ferner Informationen über den Verschlüsselungsstatus der WLAN. Im Frame Body werden schließlich die Nutzdaten (Emails und Passwörter) transportiert. Die MAC-Adresse und die SSID sind als Autorisierungsinformationen zu charakterisieren, da sie festlegen, welches Endgerät eine Verbindung zum Router aufbauen darf. Sie übernehmen daher Zugriffs- und Verwaltungsaufgaben für den Austausch zwischen den Systemen.<sup>9</sup> Ob ein Nutzer die Bekanntgabe seiner Benutzererkennung deaktiviert hat, indem er eine versteckte SSID verwendet, ist für die Frage einer Strafbarkeit wegen unerlaubten Ausspähens unerheblich. Die eigene Benutzererkennung ist dergestalt zwar nicht in der Netzwerkliste von anderen WLAN-Teilnehmern erkennbar. Es werden jedoch alle Netzwerkinformationen, auch die MAC-Adresse und selbst die versteckten SSID, als Bestandteile des Management Frame unverschlüsselt übertragen und können damit während einer Datenübermittlung jederzeit mithilfe von freiverfügbarer Sniffing-Software ausgelesen werden. Allein die Kommunikationsinhalte, welche durch Wireless Equivalent Privacy

<sup>3</sup> <http://www.heise.de/newsticker/meldung/US-Kontrollbehoerde-stellt-Ermittlungen-gegen-Google-ein-1126657.html>.

<sup>4</sup> Bild Nr.16, URL: <http://www.n-tv.de/mediathek/bilderserien/technik/Was-ist-eigentlich-Google-StreetView-article743657.html> (Stand: 10.01.2011).

<sup>5</sup> Pressemitteilung BfDI, URL: [http://www.bfdi.bund.de/cdn\\_136/DE/Oeffentlichkeitsarbeit/Pressemitteilungen/2010/GoogleWLANScanning.html?nn=408920](http://www.bfdi.bund.de/cdn_136/DE/Oeffentlichkeitsarbeit/Pressemitteilungen/2010/GoogleWLANScanning.html?nn=408920); Google European Public Blog, Data collected by Google cars, URL: <http://googlepolicyeuropa.blogspot.com/2010/04/data-collected-by-google-cars.html> (Stand: 10.01.2011).

<sup>6</sup> Meyer, Bodenständig – Positionsbestimmung per WLAN statt GPS, URL: <http://www.heise.de/mobil/artikel/Positionsbestimmung-per-WLAN-statt-GPS-222253.html> (Stand: 10.01.2011).

<sup>7</sup> Meyer a.a.O. (Fn. 6); IIS-Bericht, URL: <http://www.iis.fraunhofer.de/bf/ln/technologie/rssi/tl/> (Stand: 10.01.2011).

<sup>8</sup> OSI-Referenzmodell mit Erläuterung abrufbar unter: <http://www.netzwerke.com/OSI-Schichten-Modell.htm>; Friedberg, Source Code Analysis Code of Gstumbler, 2010, I. B. 9, URL: [http://static.googleusercontent.com/external\\_content/untrusted\\_dlcp/www.google.com/en/googleblogs/pdfs/friedberg\\_sourcecode\\_analysis\\_060910.pdf](http://static.googleusercontent.com/external_content/untrusted_dlcp/www.google.com/en/googleblogs/pdfs/friedberg_sourcecode_analysis_060910.pdf).

<sup>9</sup> Buntrock, Authentifikation, Autorisierung, Abrechnung (AAA), 2006, Kap. 2. 1, URL: [http://www.sec.informatik.tu-darmstadt.de/pages/dipl/docs/finished/buntrock\\_diplom.pdf](http://www.sec.informatik.tu-darmstadt.de/pages/dipl/docs/finished/buntrock_diplom.pdf); Dörhöfer, Empirische Untersuchungen zur WLAN-Sicherheit mittels Wardriving, 2006, Kap. 5. 2. 1, URL: <http://pi1.informatik.uni-mannheim.de/filepool/theses/diplomarbeit-2006-doerhoefer.pdf>; Friedberg a.a.O. (Fn. 8), I. B. b).

(WEP) oder durch Wi-fi Protected Access 2 (WPA/2) verschlüsselt wurden, können nicht im Klartext abgefangen werden.<sup>10</sup>

## B. Rechtsgutachten

Im Mittelpunkt der rechtlichen Auseinandersetzung stehen die durch das 41. StrÄndG novellierte Vorschriften des StGB zum Schutz des persönlichen Lebens- und Geheimbereichs. Aufbauend auf die allgemeinen Strafvorschriften wird die Strafbarkeit des Wardriving nach den speziellen Straftatbeständen des TKG und BDSG untersucht. Zum Abschluss des Rechtsgutachtens erfolgt eine Bewertung nach den Vorschriften des besonderen Ordnungswidrigkeitsrechts des BDSG. Übertragen auf den aktuellen Fall des Google WLAN-Scanning werden das Orten der drahtlosen Heimnetzwerke, das Aufbereiten der ausgespähten Informationen sowie dessen Ablage in tätereigene Datenspeicher als strafbewährte Handlungen untersucht. Es ist darauf hinzuweisen, dass das Rechtsgutachten die Frage der Täterschaft unberührt lässt. Anzumerken ist, dass gemäß § 14 StGB mangels Straffähigkeit einer juristischen Person als Verantwortliche der Tat nur vertretungsberechtigte Organe und Gesellschafter sowie dessen Vertreter in Betracht kommen. Im Hinblick auf einen ordnungsrechtlichen Verstoß ist für eine Ahndung der Verantwortlichen die Vorschrift des § 30 OWiG zu beachten.

### I. Strafbarkeit nach § 202a Abs. 1 StGB

Die Funkaufnahmen könnten einen elektronischen Hausfriedensbruch gemäß § 202a Abs. 1 StGB verwirklicht haben.

#### 1. Datenbegriff

Was strafrechtlich dem Datenbegriff unterfällt, wird nicht legaldefiniert. Einen Definitionsansatz bietet der Begriff der Computerdaten gemäß Art. 1 b des Übereinkommens über Computerkriminalität. Danach sind „Computerdaten jede Darstellung von Tatsachen, Informationen oder Konzepten in einer für die Verarbeitung in einem Computersystem geeigneten Form einschließlich eines Programms, das die Ausführung einer Funktion durch ein Computersystem auslösen kann“<sup>11</sup>. Der konkrete Informationsgehalt der Daten ist hierbei unerheblich.<sup>12</sup> Tatbestandsmäßig sind gemäß § 202a Abs. 2 StGB Daten, die elektronisch, magnetisch oder sonst nicht unmittelbar wahrnehmbar gespeichert oder übermittelt werden. Daten sind nicht unmittelbar wahrnehmbar, wenn sie ohne eine technische Aufbereitung sinnlich nicht zu erfassen sind.<sup>13</sup> Gespeichert sind Daten, wenn diese auf einem Datenträger zum Zwecke der Weiterverarbeitung oder Nutzung erfasst, aufgenommen oder aufbewahrt werden. Ein Übermitteln bezeichnet den Netzverkehr

zwischen den Systemen.<sup>14</sup> Sämtliche Netzwerkinformationen und Kommunikationsinhalte, die während der Funkübertragung abgefangen wurden, stellen Daten mit den technischen Anforderungen nach § 202a Abs. 2 StGB dar.

#### 2. Verfügungsberechtigung und Sicherungsvorkehrungen

Der objektive Tatbestand erfordert, dass für den Täter keine Verfügungsberechtigung über die Daten bestand und die Daten vom Opfer bereits vor der Tat gegen unberechtigten Zugang besonders gesichert gewesen sind. Normativ schützenswert ist das Geheimhaltungsinteresse des Verfügungsberechtigten über die Daten. Im Falle einer Internetverbindung ist Berechtigter der Versender, nach deren Erhalt auch der Datenempfänger.<sup>15</sup> Übertragen auf den Zeitpunkt, indem die Sniffing-Software in der Lage ist, den Netzverkehr auszuspähen, ist Berechtigter der WLAN-Nutzer, von dem der Sendevorgang ausgeht, und der ihm während der gesamten Verbindungsphase zugewiesene Access Point. Die Informationen sind dazu bestimmt, nur von diesen Teilnehmern genutzt und ausgetauscht zu werden. Dafür spricht, dass der Funkverkehr stets über Point-to-Point-Protokolle abgewickelt wird. Für ein Mithören durch Wardriver sind die Daten hingegen nicht bestimmt. Diese Annahme gilt erst Recht für die Kommunikationsinhalte. Passwörter und Emails sind stets nur für den angegebenen Empfänger bestimmt und keinesfalls für einen Dritten, der sich extern in den Netzverkehr einspäht. Weder für die Netzwerkinformationen, noch für die Nutzdaten lag eine Verfügungsberechtigung seitens der Täter vor.

Das Geheimhaltungsinteresse ist ferner betroffen, wenn der Berechtigte vor einem externen Angriff Sicherungsvorkehrungen vorgenommen hat. Unter einer Sicherung versteht man eine Maßnahme, die den unbefugten Zugang auf die Daten erheblich erschwert oder ausschließt.<sup>16</sup> Eine unüberwindbare Zugangssicherung ist nicht zu fordern.<sup>17</sup> Die Vorkehrung soll den Zweck hinreichend dokumentieren, einen unbefugten Zugang bewusst unterbinden zu wollen. Unbeabsichtigte Erschwerungen oder solche, die bloße Nebeneffekte darstellen, gelten nicht als besondere Zugangssicherung nach § 202a Abs. 1 StGB, auch wenn sie faktisch zugleich einen Zugriffsschutz bewirken.<sup>18</sup> Das bloße Verstecken von Dateien ist darunter ebenfalls nicht zu subsumieren.<sup>19</sup> Als Sicherungen kommen alle physischen und softwaretechnischen Maßnahmen in Betracht. Sofern es um Datensicherungen in drahtlosen Heimnetzwerken geht, ist hier unter letztgenannter Variante zu subsumieren. Zu der

<sup>14</sup> Graf, in: MüKo-StGB (2003), § 202a Rn. 16.

<sup>15</sup> Vgl. Graf (Fn.14), § 202a Rn. 17; Hoyer (Fn. 12), § 202a Rn. 1, 7.

<sup>16</sup> Fischer (Fn. 13), § 202a Rn. 8; Lencker/Eisele, in: Schönke/Schröder, 38. Aufl. (2010), § 202a Rn. 7; Graf (Fn. 14), § 202a Rn. 11.

<sup>17</sup> Fischer (Fn. 13), § 202a Rn. 9; Lencker/Eisele (Fn. 16), § 202a Rn. 7; Jahn JuS 2010, 1030 f.

<sup>18</sup> Gesetzesentwurf der Bundesregierung, S. 13, URL: <http://www.bmj.bund.de/media/archive/1317.pdf>; Jahn JuS 2010, 1030 f.; Hilgendorf, in: LK-StGB, 12. Aufl. (2010), § 202a Rn. 35; Lencker/Eisele (Fn.16), § 202a Rn. 7.

<sup>19</sup> Entsprechend Fischer (Fn. 13), § 202a Rn. 9; Hilgendorf (Fn. 18), § 202a Rn. 35 f.; Graf (Fn. 14), § 202a Rn. 41.

<sup>10</sup> Dörhöfer (Fn. 9), Kap. 3. 3. 4. 3, Kap. 5. 2. 1.

<sup>11</sup> Art. 1b des Übereinkommens über Computerkriminalität, URL: <http://conventions.coe.int/treaty/ger/treaties/html/185.htm>.

<sup>12</sup> Hoyer, in: SK-StGB (2009), § 202a Rn. 1.

<sup>13</sup> Fischer, StGB, 58. Aufl. (2011), § 202a Rn. 4.

Frage, ob Netzwerkinformationen besonders gesichert sind, ist anzumerken, dass diese konzipiert wurden, um den WLAN-Nutzer an einem Access Point zu autorisieren. Dieser Vorgang ermöglicht zwar einen Zugriffsschutz, wenn eine Kommunikation nicht zugelassen wird, bevor eine Authentifizierung durch den Abgleich der MAC-Adresse und der SSID erfolgte.<sup>20</sup> Gegen die Annahme einer Sicherung spricht jedoch, dass ein Management Frame stets unverschlüsselt übertragen wird. Ein unbefugter Zugang durch das Mitschneiden der Daten ist dadurch gerade nicht erheblich erschwert oder gar ausgeschlossen. Als Fall einer bloßen Deaktivierung kann zudem das Verstecken der SSID nicht als besondere Zugangssicherung angesehen werden. Schließlich wird das Datum ebenfalls unverschlüsselt übertragen. Gänzlich an einer Zugangssicherung fehlt es bei unverschlüsselt übertragenen Nutzdaten. Sofern der Nutzer einen Verschlüsselungscode (WEP/WPA/2) aktiviert hat, ist der Wille, seine Daten gegenüber Dritten geheim zu halten, unabhängig von der Effektivität des jeweiligen Verschlüsselungsstatus erkennbar in Erscheinung getreten.<sup>21</sup> Im Ergebnis verfügen die Netzwerkinformationen, insbesondere die Angaben der MAC-Adressen, der (versteckten) SSID, der Signalstärken und des Verschlüsselungsstatus sowie die unverschlüsselten Nutzdaten über keine besondere Zugangssicherung. Diese stellen keine geeigneten Tatobjekte gemäß § 202a Abs. 1 StGB dar. Eine Sicherung ist daher nur im Falle verschlüsselter Kommunikationsinhalte gegeben. Bezogen auf die verschlüsselten Kommunikationsinhalte scheidet die Verwirklichung des objektiven Tatbestand schließlich am fehlenden Taterfolg. Denn jedenfalls beim bloßen Auslesen und Abspeichern von verschlüsselten Daten auf einen Datenträger bleibt die Verschlüsselung unangetastet.<sup>22</sup> Die verschlüsselten Nutzdaten wurden vorliegend von der Sniffing-Software zwar aus dem Netzverkehr extrahiert. Bevor es überhaupt zu einer Speicherung kommen konnte, wurden die Inhalte bereits vom System erkannt und zudem unmittelbar verworfen. Mangels Taterfolgs ist der objektive Tatbestand des § 202a Abs. 1 StGB nicht erfüllt.

## II. Strafbarkeit nach § 202b StGB

In Betracht kommt eine Strafbarkeit nach § 202b StGB, wenn Daten unter Anwendung technischer Mittel aus einer nichtöffentlichen Datenübermittlung oder elektronischen Abstrahlung einer Datenverarbeitungsanlage verschafft wurden.

### 1. Nichtöffentliche Datenvermittlung

Schwierigkeiten bei der rechtlichen Subsumtion nach § 202b StGB ergeben sich allein bei der Frage, ob es sich bei dem Netzverkehr um eine nichtöffentliche Daten-

vermittlung gehandelt hat. Eine Datenvermittlung, die laut Definition jeden Sende- und Empfangsvorgang von Daten zwischen elektronischen Systemen oder innerhalb eines Computersystems zum Tatzeitpunkt bezeichnet,<sup>23</sup> ist vorliegend zweifelsohne zu bejahen. Der Begriff der Nichtöffentlichkeit ist hingegen unbestimmt und bedarf einer Auslegung. Systematisch ließe sich aus der gleichlautenden Vorschrift § 201 Abs. 1 StGB, welche das Aufnehmen des nichtöffentlich gesprochenen Worts unter Strafe stellt, Folgendes entnehmen: Nach dem Wortverständnis des § 201 Abs. 1 StGB ist „nichtöffentlich“, was nach dem Willen des Absenders nicht an die Allgemeinheit, sondern seiner Zielsetzung nach nur an einen beschränkten Adressatenkreis gerichtet ist.<sup>24</sup> Übertragen auf den Netzverkehr in Funknetzen sind Emails und sonstige Nachrichten nichtöffentlicher Art.<sup>25</sup> Auch die Punkt- zu Punkt- Übertragung der Netzwerkinformationen spricht subjektiv für eine nichtöffentliche Datenvermittlung. Zu bedenken ist, dass Äußerungen, die zwar nicht für die Öffentlichkeit bestimmt sind, aber dennoch ohne besonderes Bemühen von anderen mitgehört werden können, nach § 201 Abs. 1 StGB nicht schützenswert sind.<sup>26</sup> Als Beispiele für ein faktisches Mithören gemäß § 201 Abs. 1 StGB werden laute Gespräche in öffentlichen Verkehrsmitteln oder Äußerungen erfasst, die über lizenzfreie, abhörbare Funkwege kommuniziert werden. Unerbetene oder heimliche Lauscher, mit denen nicht unbedingt gerechnet werden muss, stehen der Nichtöffentlichkeit nicht entgegen.<sup>27</sup> Demnach müsste auch bei § 202b StGB eine subjektive Bewertung zurücktreten, wenn faktisch die Möglichkeit besteht, Daten mit herkömmlichen Mitteln aufzufangen. Die Auslegung der nichtöffentlichen Datenübermittlung ist daher sowohl nach einer gewillkürten als auch nach einer faktischen Öffentlichkeit zu bestimmen.<sup>28</sup> Anhand dieser Schlussfolgerungen wird für § 202b StGB zumindest das Mitlesen durch handelsübliche, unmanipulierte Funkgeräte eine nichtöffentliche Datenübermittlung ausschließen.

Nicht nachvollziehbar ist in diesem Zusammenhang die Ansicht, eine Datenvermittlung als öffentlich zu qualifizieren, wenn der Übermittler weiß oder wissen könnte, dass Unbefugte Daten voraussichtlich abfangen werden.<sup>29</sup> Diese Argumentation würde unverschlüsselte Datensätze von dem Schutz der Vorschrift ausnehmen. Dies erscheint mit Blick auf den Schutzgehalt der Norm, die Vertraulichkeit der Daten unabhängig von ihrem Informationsgehalt zu gewährleisten, nicht vereinbar, da eine besondere Zugangssicherung, wie sie für Daten in § 202a Abs. 1 StGB gefordert wird, für § 202b StGB nicht vorgesehen ist. Der Gesetzesentwurf zu § 202b StGB zeigt vielmehr, dass eine Internetverbindung nichtöffentlich sein kann, selbst wenn es sich bei den übermittelten

<sup>20</sup> Vgl. Dörhöfer a.a.O. (Fn. 9), Kap. 3. 3. 4. 2.

<sup>21</sup> A. A. Hilgendorf (Fn. 18), § 202a Rn. 36, der erhöhte technische und zeitliche Anforderungen an die Überwindung zumindest eines Passworts stellt, so dass im Ergebnis nach dieser Ansicht übertragen auf die veraltete WEP-Verschlüsselung keine ausreichende Sicherung angesehen werden könnte.

<sup>22</sup> BGH 4 StR 555/09, Urt. v. 06. Juli 2010 = BeckSR 2010, 18206 = HRRS 2010 Nr. 742; Gröseling/Höfing MMR 2007, 549, 551.

<sup>23</sup> Gesetzesentwurf der Bundesregierung, S. 15, URL: <http://www.bmj.bund.de/media/archive/1317.pdf>.

<sup>24</sup> Eisele (Fn. 16), § 202b Rn. 3 f.; Fischer (Fn. 13), § 202b Rn. 4 und § 201 Rn. 4; Graf (Fn. 14), § 201 Rn. 13 f.

<sup>25</sup> Ebenso Ernst NJW 2007, 2661, 2662.

<sup>26</sup> Eisele (Fn. 16), § 201 Rn. 9 m. w. N..

<sup>27</sup> Eisele (Fn. 16), § 201 Rn. 9; Fischer § 201 Rn. 4; Graf (Fn. 14), § 201 Rn. 14, 17.

<sup>28</sup> Hoyer (Fn. 12), § 202b Rn. 8.

<sup>29</sup> Lenckner/Eisele (Fn. 16), § 202b Rn. 4; Fischer (Fn. 13), § 202b Rn. 4; Hilgendorf (Fn. 18), § 202b Rn. 8; a. A. Hoyer (Fn. 12), § 202b Rn. 8; Schumann NSTz 2007, 675, 677.

Daten um Informationen öffentlich zugänglicher Art handelt.<sup>30</sup> Die Ausführungen verdeutlichen, dass eine faktische Öffentlichkeit nicht danach zu bestimmen ist, ob die Daten verschlüsselt oder unverschlüsselt übertragen werden. Entscheidungserheblich ist, dass der Funkweg und die darüber kommunizierten Informationen für ein herkömmliches Funkgerät abhörbar sind. Als solches lässt sich das Endgerät mit WLAN-Karte einordnen. Dieses erkennt zwar innerhalb der Netzwerkliste andere WLAN-Stationen mit deren Signalstärken, Verschlüsselungsstatus und SSID-Kennung. Allerdings sind darüber weder versteckte SSIDs, MAC-Adressen, noch verschlüsselte oder unverschlüsselte Nutzdaten einsehbar und ohne besondere Bemühungen bzw. Zusatzdienste erst recht nicht ausspähbar. Als ein „besonderes Bemühen“ ist es m. E. zu verstehen, sog. Sniffing-Software zu verwenden. Die von Google verwendeten Programme Kismet und Gslite mögen zwar auf dem Markt frei verfügbar und kostenlos zu erwerben sein, sprachgebräuchlich werden diese als Hacker-Tools<sup>31</sup> bezeichnet. Das Abhören mit dieser Software entspricht einem unerbetenen und heimlichen Lauscher, nicht einem Dritten der laute Gespräche auf öffentlichen Wegen mithört. Nach alledem sind sowohl die Netzwerkinformationen als auch die Nutzdaten einvernehmlich unter den Schutz des § 202b StGB i. S. e. nichtöffentlichen Datenübermittlung zu stellen.

## 2. Verschaffen unter Anwendung technischer Mittel

Fraglich ist, ob in dem zugrunde liegenden Verhalten ein Verschaffen unter Anwendung von technischen Mitteln zu sehen ist. Ein Verschaffen von Daten bezeichnet, die „Herrschaft über die Daten“ zu erlangen.<sup>32</sup> Bei einem weiten Begriffsverständnis ist darunter sowohl die geistige Einverleibung (Kenntnisnahme der Daten), als auch die tatsächliche Einverleibung (Inbesitznahme der Daten) zu verstehen. Dass die Daten bei einer Inbesitznahme tatsächlich zur Kenntnis genommen wurden, ist nicht zu fordern.<sup>33</sup>

Eine Inbesitznahme von Daten ist jedenfalls im Auffangen und Speichern der Netzwerkinformationen und unverschlüsselten Nutzdaten sehen. Da die verschlüsselten Nutzdaten versehentlich ausgespäht und auch nicht gespeichert wurden, fehlt es sowohl an deren Kenntnis als auch an deren Inbesitznahme. Letztere haben sich die Täter nicht gemäß § 202b StGB verschafft.

## 3. Vorsätzliches, rechtswidriges und schuldhaftes Sich Verschaffen

Die Netzwerkinformationen wurden wissentlich und willentlich von den Projektverantwortlichen ausgespäht, um diese für eine WLAN basierte Ortung im Onlinedienst Google Street View zu nutzen. Die Tatsache, dass durch die Software auch unverschlüsselte Nutzdaten

aufgefangen und gespeichert wurden, war diesen weder bekannt noch war dies im Interesse des Unternehmens. Es lag vielmehr eine unerwünschte Fehlprogrammierung der Software vor, die laut Angaben<sup>34</sup> des Unternehmens von einem unauthorisierten Programmierer unerlaubt in die Software implementiert worden war. Diese Fehlprogrammierung ist vorliegend als wesentliche Abweichung vom Kausalverlauf zu bewerten, sodass der Vorsatz zumindest für die Projektverantwortlichen hinsichtlich der unverschlüsselten Nutzdaten gemäß § 16 Abs. 1 S. 1 StGB entfällt. Hinsichtlich der Netzwerkinformationen ist hingegen von einem vorsätzlichem, rechtswidrigen und schuldhaften Verschaffen auszugehen.

Die Voraussetzungen der Strafbarkeit nach § 202b StGB sind wegen Ausspähens und Auswertung der Netzwerkinformationen aus dem Netzverkehr privater Heimnetzwerke verwirklicht. Ein nach § 205 S. 2 StGB erforderlicher Strafantrag ist im Fall Google Street View bereits gestellt worden.<sup>35</sup>

## III. Strafbarkeit nach § 148 Abs. 1 Nr. 1 i. V. m. § 89 S. 1 TKG

Indem Informationen aus einer funkgestützten Übermittlung aufgefangen wurden, könnten die Verantwortlichen gegen das telekommunikationsrechtliche Abhörverbot einer Funkanlage gemäß § 148 Abs. 1 Nr. 1 i. V. m. § 89 S. 1 TKG verstoßen haben.

### 1. Funkanlage

Tatmittel des § 89 S. 1 TKG ist eine Funkanlage. Darunter ist jedes leitungslos arbeitende Kommunikationsgerät in einem Netzwerk, in dem Informationen mittels elektromagnetischen Wellen übertragen werden, zu verstehen.<sup>36</sup> Ein Funkscanner oder auch ein Endgerät mit WLAN-Karte, welche in den Fahrzeugen zum Einsatz kamen, stellen Funkanlagen dar.<sup>37</sup>

### 2. Nachrichten i. S. v. § 89 S. 1 TKG

Währenddessen Kommunikationsinhalte zweifelsohne als Nachrichten zu charakterisieren sind, bereitet es Schwierigkeiten auch den elektronischen Datenverkehr zwischen Endgerät und Router als Nachricht gemäß § 89 S. 1 TKG zu qualifizieren. Nachrichten stellen sich als Informationen in Form von Zeichen, Sprache, Bildern

<sup>34</sup> Official Google Blog, Wifi data collection: An update, URL: <http://googleblog.blogspot.com/2010/05/wifi-data-collection-update.html> (Stand: 10.01.2010).

<sup>35</sup> Stand v. 02.08.2010 – AZ: 7450 Js 430/10, Hinweis abrufbar unter: <http://www.ferner-alsdorf.de/2010/08/ermittlungsverfahren-der-staatsanwaltschaft-hamburg-i-s-google-lauft-weiter/wettbewerbsrecht/strafrecht/recht-sanwalt/verkehrsrecht/> (Stand 10.01.2011).

<sup>36</sup> Ellinghaus, in: Arndt/Fetzer/Scherer, TKG (2008), § 89 Rn. 9 m. w. N..

<sup>37</sup> Vgl. auch Ellinghaus (Fn. 36), § 89 Rn. 9; Bär MMR 07/05, 440.

<sup>30</sup> Gesetzentwurf der Bundesregierung (Fn. 23), S. 14.

<sup>31</sup> Definition eines Hackertool abrufbar unter: [http://www.webopedia.com/TERM/H/hack\\_tool.html](http://www.webopedia.com/TERM/H/hack_tool.html) (Stand 10.01.2011).

<sup>32</sup> BT-Drucks: 16/3656, S. 11.

<sup>33</sup> Hoyer (Fn. 12), § 202b Rn. 5.

oder Tönen dar.<sup>38</sup> Dass der Informationsaustausch nicht zwischen Menschen, sondern rein maschinell stattfindet, ist unerheblich.<sup>39</sup> Der Begriff der Nachricht ließe sich daher weit auslegen, sodass bereits jede funkgestützte Übermittlung von Informationen als Nachrichtenübertragung erfasst wäre.<sup>40</sup> Vergleichsweise hat dazu der Bundesgerichtshof 1980 entschieden, dass die Strahlen einer Radarfalle für den Begriff der Nachricht ausreichen, sofern ihnen noch der Informationsgehalt „Radarfalle aktiv“ entnommen werden könnte.<sup>41</sup> Netzwerkinformationen, denen Akkreditierungs-codes zugrunde liegen, weisen hiernach einen ausreichenden Informationsgehalt auf, um als Nachrichten i. S. v § 89 S.1 TKG charakterisiert zu werden.

Dieses Ergebnis erschiene jedoch zweifelhaft. Zum einen diene das Urteil des BGH historisch der Legitimierung der Strafverfolgung von Radarfallen-Warnern und daran anknüpfend der Sicherung des staatlichen Monopols über Funkanlagen.<sup>42</sup> Für die aktuelle Frage, ob ein Abhören von privaten Netzwerkinformationen strafbar ist, bietet die Auslegung daher keinen Vergleichsmaßstab. Zum anderen ist auf das LG Wuppertal zu verweisen, welches in einem aktuellen Beschluss zur Strafbarkeit des Schwarzsurfens die Ansicht, auch bloße Steuerungsinformationen in den Schutzbereich der Strafrechtsnorm einzubeziehen, als kritisch bewertete.<sup>43</sup> Gegen die Annahme, dass jedes elektrische Signal mit irgendeinem Informationsgehalt als Nachricht aufgefasst werden dürfte, spricht letztlich ein Blick auf den Straf- und Schutzgehalt der Norm. Als im 7. Teil des TKG verortet, handelt es sich bei der Strafnorm um eine einfachgesetzliche Ausprägung des Fernmeldegeheimnis nach Art. 10 Abs. 1 3. Fall GG. Mit Verweis auf § 88 Abs. 1 TKG dienen die Normen in dem genannten Abschnitt dem Schutz der Kommunikationsinhalte. Darüber hinaus sind Kommunikationsvorgänge und nähere Umstände gemäß §§ 88 Abs. 1 und 3 TKG schützenswert. Bezogen auf die Netzwerkinformationen ließe sich vertreten, dass ein Geheimhaltungsinteresse zumindest daran bestehen kann, dass überhaupt eine Kommunikation stattgefunden hat. Zu den näheren Umständen der Kommunikation gehört es insoweit, „ob, wann und wie oft [...] Telekommunikationsverkehr stattgefunden hat“<sup>44</sup>. Den jeweiligen WLAN-Nutzer könnte demnach interessieren, Dritten nicht preisgeben zu wollen, wann und wie er seinen Internetzugang für das Versenden von Nachrichten genutzt hat. Das Abhörverbot bezöge sich nach dieser Sichtweise auch auf Autorisierungsinformationen. Dagegen spricht jedoch eine grammatikalische Auslegung des Begriffs „Nachricht“. Der Gesetzgeber verwendete bei der Ausformulierung des TKG auf der einen Seite den

Begriff der „Verkehrsdaten“ gemäß § 96 TKG, auf der anderen Seite den der „Nachricht“ gemäß §§ 89, 148 TKG. Währenddessen Verkehrsdaten u. a. personenbezogene Berechtigungs-codes oder übermittelte Datenmengen darstellen können, wird man, um eine klare Differenzierung der Begriffe zu gewährleisten, bei einer Nachricht gesteigerte kommunikative Elemente fordern müssen. Welche Informationen letztlich vom Wortgehalt einer Nachricht erfasst werden, bleibt Teil einer Einzelfallbetrachtung. M.E. sind Steuerungsprozesse und deren Datenrahmen vom Begriff der Nachricht gemäß § 89 S.1 TKG auszuschließen.

### 3. Abhören

Entscheidend für eine Strafe nach § 148 Abs. 1 Nr. 1 i. V. m § 89 S. 1 TKG ist, ob die Kommunikationsinhalte der WLAN abgehört wurden. Unter Abhören ist das unmittelbare Zuhören oder das Hörbarmachen für andere, aber auch das Zuschalten einer Aufnahmerichtung zu verstehen.<sup>45</sup> Es ist bereits zu bezweifeln, dass das bloße Aufzeichnen und Abspeichern der Daten ein strafbewährtes Abhören nach § 89 S. 1 TKG darstellt. Eine Tatbestandverwirklichung scheidet jedenfalls aus, soweit die Nachrichten nicht willentlich zur Kenntnis genommen wurden.<sup>46</sup> Nach unwiderlegter Aussage hatten die Projektverantwortlichen keine Kenntnis darüber, dass es zum Aufzeichnen von Nutzdaten, insbesondere Emails und Passwörtern, gekommen war. Ein Abhören gemäß § 89 S. 1 TKG scheidet hiernach im Ergebnis aus.

### IV. Strafbarkeit nach § 44 Abs. 1 i. V. m. § 43 Abs. 2 Nr. 1 und Nr. 3 BDSG

An dieser Stelle kann eine umfassende Prüfung dahinstehen, da die strafbarkeitsbegründenden Voraussetzungen des § 44 Abs. 1 BDSG ersichtlich nicht vorliegen. Eine Entgeltlichkeit, die gemäß § 11 Abs. Nr. 9 StGB als jede in einem Vermögensvorteil bestehende Gegenleistung definiert wird, ist auszuschließen. Hinsichtlich einer Bereicherungsabsicht ist bereits das Vorliegen eines stoffgleichen Vermögensvorteils nicht erkennbar. Mangels gegenteiliger Beweislage kann eine Schädigungsabsicht der Verantwortlichen zu Lasten der betroffenen Netzwerknutzer nicht nachgewiesen werden. Das Auspähen von Daten drahtloser Heimnetzwerke erfüllt somit nicht den Tatbestand des § 44 Abs. 1 i. V. m. § 43 Abs. 2 Nr. 1 und Nr. 3 BDSG.

### V. Ordnungswidrigkeit nach § 43 Abs. 2 Nr. 1 und Nr. 3 BDSG

Möglich ist allerdings ein ordnungsrechtlicher Verstoß gegen die Vorschrift § 43 Abs. 2 Nr. 1 und Nr. 3 BDSG.

<sup>38</sup> Ellinghaus (Fn. 36), § 89 Rn. 10; Zerres, in: Scheuerle/Mayen, TKG, 2.Aufl. (2008), § 89 Rn.4; Bär MMR 07/05, 440; Buermeyer HRRS 2004, 285, 290.

<sup>39</sup> Buermeyer HRRS 2004, 285, 289 f.; Ernst CR 2003, 898, 900; Ernst/Spoenle CR 2008, 439, 440; offen gelassen Gercke ZUM 2010, 633, 644.

<sup>40</sup> Ellinghaus (Fn. 36), § 89 Rn. 10.

<sup>41</sup> BGH, Urt. v. 11.12.1980 – 4 StR 503/, BGHSt 30, 15, 18 ff.

<sup>42</sup> BGH, Urt. v. 11.12.1980 – 4 StR 503/80, BGHSt 30, 15, 20

<sup>43</sup> LG Wuppertal 25 Qs 10 Js 1977/08-177/10, Beschluss v. 19. Oktober 2010 = MIR 2010 Dok.156.

<sup>44</sup> BVerfG MMR 2006, 217, 219; Kühling/Elbracht, Telekommunikationsrecht (2008), S. 22.

<sup>45</sup> AG Wuppertal 26 Ds-10 Js 1977/08-282/08 26 Ds, Beschluss vom 03.08.2010 = BeckRS 2010, 19628.

<sup>46</sup> Ellinghaus (Fn. 36), § 89 Rn. 13; Kleczewski, in: Berl/Komm/TKG, 2. Auf. (2009), § 89 Rn. 11.

## 1. Anwendungsbereich und Subsidiaritätsklausel des BDSG

Eine Strafbarkeit nach dem BDSG kommt in Betracht, soweit der Anwendungsbereich des § 1 Abs. 2 Nr. 3 BDSG eröffnet ist. Dies setzt voraus, dass personenbezogene Daten von einer nicht-öffentlichen Stelle unter Einsatz von Datenverarbeitungsanlagen erhoben, verarbeitet oder genutzt wurden. Google Inc. ist eine nicht-öffentliche Stelle gemäß § 2 Abs. 4 S. 1 BDSG. Unter den Begriff personenbezogener Daten gemäß § 3 Abs. 1 BDSG fallen sowohl Daten, die sich direkt einer bestimmten Person zuordnen lassen, aber auch sog. personenbeziehbare Daten, denen kontextbezogen oder durch einen vertretbaren Aufwand an Zeit, Kosten und Personaleinsatz eine bestimmte Person zu zuordnen ist.<sup>47</sup> Kommunikationsdaten wie Emailnachrichten enthalten Sender- und Empfängerinformationen oder sogar elektronische Signaturen. Selbst pseudonymisierte Emailadressen lassen sich mit vertretbarem zeitlichen und finanziellen Aufwand einer bestimmten Person zuordnen.<sup>48</sup> Sie erfüllen das Merkmal des Personenbezugs. Eine SSID, die vom Benutzer frei zu wählen ist, kann Rückschlüsse auf den Betroffenen geben, soweit dieser Klarnamen verwendet.<sup>49</sup> Im Hinblick darauf erscheint es nicht ausgeschlossen, dass zumindest hinsichtlich dieser Netzwerkinformationen ein Personenbezug gegeben ist. Die Daten müssten erhoben, verarbeitet oder genutzt worden sein. Nach der Legaldefinition des § 3 Abs. 4 BDSG ist unter Erheben, das Verschaffen von Daten, unter Verarbeiten, das Speichern, Verändern, Übermitteln, Sperren und Löschen personenbezogener Daten zu verstehen. Indem die Täter, Sendeinhalte des drahtlosen Netzverkehrs scannten, anschließend durch eine Software aufbereiteten und in Datenspeichern ablegten, erhoben und verarbeiteten sie personenbezogene Daten i. S. d. BDSG. Der Anwendungsbereich des BDSG ist gemäß § 1 Abs. 2 Nr. 3 BDSG eröffnet. Mangels bereichsspezifischer Vorschriften des Bundes kommen die Normen des BDSG gemäß § 1 Abs. 3 BDSG zur Anwendung.

## 2. Tatvoraussetzungen des § 43 Abs. 2 Nr. 1 BDSG

Gemäß Nr. 1 müssten personenbezogene Daten unbefugt erhoben und verarbeitet werden, die nicht allgemein zugänglich sind. Das Erfassen der Kommunikationsdaten, MAC-Adressen und SSID sowie deren anschließende Aufbereitung erfüllt die Tatvoraussetzungen gemäß Nr. 1.

## 3. Tatvoraussetzungen des § 43 Abs. 2 Nr. 3 BDSG

Ferner ist ein Verstoß gegen § 43 Abs. 2 Nr. 3 BDSG möglich. Hierzu müssten die genannten Daten unbefugt abgerufen oder aus automatisierten Verarbeitungen verschafft worden sein. Der unbefugte Abruf von Daten setzt voraus, dass Daten zumindest in automatisierter Form vorgehalten werden.<sup>50</sup> Die verwendete Sniffing-Software arbeitete rein passiv und las nur diejenigen

Daten aus, die sich unmittelbar in einer Übermittlung befanden. Zu keinem Zeitpunkt griff das Programm auf abgespeicherte Daten im Rechner des Nutzers zu. Ein Abrufen von Daten liegt hier nicht vor. Unter einem Verschaffen von automatisierten Verarbeitungen ist gemäß § 3 Abs. 2 BDSG der Einsatz von Datenverarbeitungsanlagen zu verstehen, um personenbezogene Daten zu erheben, verarbeiten oder zu nutzen. Ein herkömmlicher Personal Computer mit WLAN-Karte stellt bereits eine Datenverarbeitungsanlage i. S. d. Norm dar.<sup>51</sup> Die entsprechenden Daten wurden zudem erhoben und verarbeitet.

## 4. Vorsätzlicher, rechtswidriger und schuldhafter Verstoß

Die Datenerhebung und Verarbeitung müsste vorsätzlich oder fahrlässig begangen worden sein. Vorsatz bezeichnet das Wissen und Wollen der Zuwiderhandlung.<sup>52</sup> Fahrlässigkeit ist die unbewusste oder ungewollte, aber pflichtwidrige Verwirklichung eines Tatbestandes. Fahrlässig handelt der Täter, wenn er die Sorgfalt, zu der er nach seinen Umständen und seinen persönlichen Fähigkeiten verpflichtet und imstande ist, außer Acht lässt und deshalb die Tatbestandsverwirklichung nicht erkennt (unbewusste Fahrlässigkeit) oder die Möglichkeit der Tatbestandsverwirklichung zwar erkennt, aber darauf vertraut, sie werde nicht eintreten (bewusste Fahrlässigkeit).<sup>53</sup> Dass die integrierten Softwaresysteme unverschlüsselte Kommunikationsdaten auffangen und abspeichern war den Projektverantwortlichen zum Tatzeitpunkt nach eigenen Angaben nicht bewusst. Das Erfassen und Aufbereiten der Netzwerkinformationen war hingegen willentlich vorgenommen worden, um eine WLAN-basierte Ortung zukünftiger Google Street View-Nutzer vorzubereiten. Die Tatsache, dass die Verantwortlichen die Vorgehensweise des Wardriving als legitim erachteten, ist für die Bewertung eines fahrlässigen Pflichtverstoßes unbeachtlich. Der Rechtsverstoß erfolgte ferner rechtswidrig und schuldhaft. Das von Google Inc. veranlasste WLAN-Scanning begründet eine Ordnungswidrigkeit nach § 43 Abs. 2 Nr. 1 und Nr. 3 BDSG.

## C. Fazit

Das Aufspüren drahtloser Funknetze und das Analysieren der Netzwerkinformationen, welches als Wardriving bekannt ist, verwirklicht die Tatvoraussetzungen des § 202b StGB. Unter der Prämisse, dass eine Personenbeziehbarkeit der Daten ausreicht, eröffnet das Verhalten auch eine datenschutzrechtliche Ahndung nach § 43 Abs. 2 Nr. 1 und Nr. 3 BDSG. Weitere Rechtsverstoße sind nicht ersichtlich. Die dargelegten Ergebnisse zu der Google WLAN-Affäre zeigen, dass seit dem 41. StrÄndG die rechtlichen Rahmenbedingungen zur Gewährleistung des Informationsschutzes und der Daten- und Netzwerksicherheit erheblich ausgebaut wurden. Als zentrale Aussage des Rechtsgutachtens ist festzuhalten, dass ein

<sup>47</sup> Witt, Datenschutz kompakt und verständlich (2010), S. 6.

<sup>48</sup> Vgl. Witt a.a.O. (Fn. 47), S. 123.

<sup>49</sup> Vgl. Gercke ZUM 2010, 633, 644.

<sup>50</sup> Gola/Schomerus, BDSG, 10. Aufl. (2010), § 43 Rn. 22.

<sup>51</sup> Vgl. Definition Datenverarbeitungsanlage abrufbar unter: <http://www.itwissen.info/definition/lexikon/Datenverarbeitungsanlage-DPE-data-processing-equipment-DVA.html>.

<sup>52</sup> Schwacke, Recht der Ordnungswidrigkeiten, 4. Aufl. (2006), S. 32.

<sup>53</sup> Schwacke a.a.O. (Fn. 52), S. 35.

rein passives Scannen von drahtlosen Netzwerken mangels eines Eingriffs in die Computersysteme zwar nicht die Voraussetzungen eines elektronischen Hausfriedensbruchs erfüllt. Als Vorbereitungshandlung für ein Auspähen von übermittelten Daten stellt der Einsatz sog. Sniffer jedoch bereits einen klassischen Anwendungsfall des § 202b StGB dar. Durch das Zusammenspiel mit den telekommunikations- und datenschutzrechtlichen Sondervorschriften werden der Schutz der Vertraulichkeit von Informationen und die Integrität der Informationssysteme verstärkt. Die Novellierung der materiellen Strafvorschriften schließt in diesem Sinne Strafbarkeitslücken und bezieht unterschiedliche Angriffsrichtungen einer modernen Computerkriminalität mit ein. Aus diesem Grund ist auch die weit verbreitete Meinung von Hackern unrichtig, Wireless Lan dürfte stets straflos abgegriffen werden. Die weitläufige Diskussion zu den Tatbestandsmerkmalen – bspw. der Nichtöffentlichkeit

einer Datenübermittlung in § 202b StGB – zeigt allerdings, dass die erklärten Ziele des Gesetzgebers, neue Formen komplexer Computerkriminalität sachgerecht zu erfassen und die einschlägigen Vorgaben des Europarats und der EU umzusetzen, noch nicht vollständig erreicht wurden. Die seit der Novellierung ergangenen Urteile und Beschlüsse verdeutlichen, dass die technischen Funktionsweisen, die den modernen Kommunikationsstrukturen und Übermittlungsvorgängen zu Grunde liegen, eine fehlerfreie rechtliche Einordnung des Sachverhalts erschweren und in diesen Bereichen geradewegs noch keine Rechtssicherheit herrscht. In diesem Zusammenhang wird sich zeigen, ob das eingeleitete Strafverfahren einen Beitrag zu der Klärung noch offener Fragen liefert. Feststeht, dass jedenfalls datenschutzrechtliche Disziplinarmaßnahmen gegen das Unternehmen geführt werden können.

Aufsätze und Anmerkungen

## Verletzung des Rechts auf den gesetzlichen Richter durch Nichtvorlage an den Großen Senat

### Anmerkung zu BGH HRRS 2010 Nr. 432

Von Wiss. Mitarbeiter Fabian Stam, Köln

Das Urteil scheint auf den ersten unbefangenen Blick zu überzeugen. Von Interesse ist hier die folgende Feststellung des 2. Senats: „Weder eine erhebliche Alkoholisierung noch gar ein Handeln in affektiver Erregung und aufgrund spontanen Entschlusses sprechen gegen das Vorliegen von Tötungsvorsatz zum Handlungszeitpunkt; vielmehr sind diese Umstände nach sicherer Erfahrung gerade besonders geeignet, die Hemmschwelle auch für besonders gravierende Gewalthandlungen herabzusetzen.“<sup>1</sup> Hiermit folgt der Senat der Auffassung Fischers, nach der spontane Gewalttätigkeit häufig durch Gleichgültigkeit geprägt, dem Täter „alles egal“ ist, was letztlich in entsprechenden Konstellationen eher für als gegen das Vorliegen von Tötungsvorsatz spreche.<sup>2</sup> Dabei vermischt der 2. Senat jedoch die Hemmschwelle zur Begehung von Gewalttaten in alkoholisiertem oder affektivem Zustand mit der Hemmschwelle zur Tötung. Dass die Hemmschwelle zur Begehung von Gewalttaten etwa unter Alkoholeinfluss sinkt, ist – insofern ist dem Senat zuzustimmen – evident. Dass sich Alkoholisierung und

Affekt auch entsprechend auf die Hemmschwelle zur Tötung auswirken, ist hingegen nicht evident.

Dabei kann die Überlegung, ob der Senat mit seiner Aussage inhaltlich richtig liegt, vorliegend dahinstehen. Denn zu kritisieren ist, dass der 2. Senat sich mit dieser Entscheidung über die bis dato ständige Rechtsprechung des BGH hinwegsetzt, ohne diese auch nur zu erwähnen. Nach ständiger Rechtsprechung ist Tötungsvorsatz nämlich aufgrund der besonders hohen Tötungshemmschwelle auch bei höchstgefährlichen Gewalthandlungen nicht ohne weiteres zu bejahen; vielmehr stellen insbesondere eine affektive Tatbegehung und eine erhebliche Alkoholisierung stets zu prüfende Indikatoren gegen das Vorliegen von Tötungsvorsatz dar.<sup>3</sup> Dies ignoriert der 2. Senat und stellt die angegriffene Argumentation des LG, die sich im Einklang mit der ständigen Rechtsprechung befindet, als abwegig, ja aus der Luft gegriffen dar.

<sup>1</sup> BGH, Urt. v. 24. 2. 2010, Az.: 2 StR 577/09, Rn. 6, HRRS 2010 Nr. 432 Rn. 7 = NStZ-RR 2010, 214, 215.

<sup>2</sup> Fischer, StGB, 58. Aufl. (2011), § 212 Rn. 12.

<sup>3</sup> BGH HRRS 2007 Nr. 208, Rn. 8 f. = NStZ 2007, 331, 332; HRRS 2007 Nr. 141, Rn. 8 f. = NStZ-RR 2007, 45; HRRS 2004 Nr. 430 Rn. 4 = NStZ-RR 2004, 204, 205; HRRS 2004 Nr. 137 Rn. 5 = NStZ 2004, 329, 330; NStZ 2003, 603, 604; NStZ 2004, 51, 52; NStZ 1999, 454.

Hier weicht der Senat in der Frage, ob ein gesicherter Erfahrungssatz, der die nach § 261 StPO grundsätzlich freie Beweiswürdigung des Tatrichters einschränkt, existiert, also einer Rechtsfrage, ab. Selbst für den Fall, dass die Ansicht des 2. Senats sachlich zuträfe, stünde es ihm nicht zu, diese Entscheidung zu fällen. Denn Aufgabe obergerichtlicher Rechtsprechung ist es gerade auch, die Einheitlichkeit der Rechtsanwendung,<sup>4</sup> also Rechtssicherheit zu gewährleisten, die ein Grundpfeiler des Rechtsstaats ist. Dass dies nicht dazu führen kann und darf, eine einmal gebildete Rechtsauffassung für immer beizubehalten, ist dabei ebenso wichtig wie selbstverständlich. Für Fälle der vorliegenden Art, in denen ein Senat des Bundesgerichtshofs von der Entscheidung eines anderen Senats abweichen will, hält das GVG deshalb das Instrument der Divergenzvorlage nach § 132 Abs. 2 bereit. Anders als bei der Vorlage nach § 132 Abs. 4 GVG wegen der besonderen Bedeutung einer Rechtsfrage steht es dabei nicht im Ermessen des erkennenden Senats, ob er vorlegt oder nicht. Ein Senat, der, wie hier der 2., in einer Rechtsfrage von der Auffassung eines anderen Senats abweichen will, ist *verpflichtet*, diese dem Großen Senat vorzulegen. Allein der Große Senat ist in diesem Fall der gesetzliche Richter.<sup>5</sup>

Nach ständiger Rechtsprechung des BVerfG soll eine Verletzung des Rechts auf den gesetzlichen Richter jedoch nur dann vorliegen, wenn die Vorlage willkürlich, nicht aber bloß irrtümlich unterlassen wurde.<sup>6</sup> Dies präzisiert das BVerfG etwa dahingehend, dass die Auslegung der Zuständigkeitsnorm bei verständiger Würdigung der Grundgedanken des Grundgesetzes nicht mehr verständlich und offensichtlich unhaltbar erscheinen,<sup>7</sup> die Auslegung schlechthin unvertretbar sein<sup>8</sup> oder die Entscheidung die Tragweite des Art. 101 Abs. 1 S. 2 GG grund-

gend verkennen muss.<sup>9</sup> Letztlich verweigert das BVerfG also eine Definition des Willkürbegriffs, belässt es bei Einzelfallentscheidungen und zieht sich auf eine Evidenzkontrolle zurück, d.h. auf solche Fälle, bei denen es an der Abweichung der Rechtsauffassung zweier Senate keine Zweifel geben kann.

Wenn es aufgrund der unpräzisen Vorgaben des BVerfG im Einzelfall deshalb auch schwierig sein mag festzustellen, ob Willkür vorliegt oder nicht, so ist diese Frage jedoch jedenfalls dann zu bejahen, wenn der erkennende Senat offensichtlich und vorsätzlich von der Rechtsauffassung eines anderen Senats abweicht.<sup>10</sup> So liegt es hier. Bislang waren nach ständiger Rechtsprechung zunächst die Gefährlichkeit der Tathandlung zu untersuchen und dem sodann Anhaltspunkte, die trotz der hohen Gefährlichkeit gegen Tötungsvorsatz sprechen können, gegenüberzustellen.<sup>11</sup> Ein wesentliches Kriterium, das danach trotz der Gefährlichkeit der Tathandlung gegen Tötungsvorsatz sprechen kann, ist die Begehung der Tat in erheblich alkoholisiertem Zustand oder affektiver Erregung.<sup>12</sup> Wenn nun der 2. Senat ausführt, dass „ein Handeln in affektiver Erregung und aufgrund spontanen Entschlusses“ nicht gegen Tötungsvorsatz spreche, dann liegt darin nicht weniger als eine 180-Grad-Wende in der Rechtsprechung, mithin ein Fall evidenter Abweichung von der bisherigen Rechtsauffassung des BGH. Daran, dass dies auch vorsätzlich erfolgte, kann in Anbetracht der einschlägigen Rechtsprechung, der auch der 2. Senat etwa in BGH, HRRS 2007 Nr. 141 Rn. 8<sup>13</sup> folgte, und der zuvor von *Fischer*<sup>14</sup> – der im Übrigen dem 2. Senat angehört – bereits formulierten Kritik an dieser kein Zweifel bestehen. Daneben enthält auch das Urteil des Landgerichts<sup>15</sup> einen ausdrücklichen Hinweis auf die ständige Rechtsprechung. Auch nach den engen Voraussetzungen des BVerfG handelt es sich also um eine willkürliche Nichtanrufung des Großen Senats und damit um einen Verstoß gegen das Recht des Beschuldigten auf seinen gesetzlichen Richter aus Art. 101 Abs. 1 S. 2 GG.

<sup>4</sup> *Rissing-van Saan*, in: Festschrift für Gunter Widmaier (2008), S. 505.

<sup>5</sup> *Rissing-van Saan*, in: Festschrift für Gunter Widmaier (2008), S. 505, 519; *Kissel/Mayer*, Gerichtsverfassungsgesetz, 4. Aufl. 2005, § 132 Rn. 16; *Schmidt-Bleibtreu/Hofmann/Hopfauf/Müller-Tepitz*, Grundgesetz, 11. Aufl. 2008, Art. 101, Rn. 19; *Maunz/Dürig/Maunz*, Grundgesetz, 53. Aufl. 2009, Art. 101 Rn. 54.

<sup>6</sup> Vgl. die Nachweise bei *Schmidt-Bleibtreu/Hofmann/Hopfauf/Müller-Tepitz* (Fn. 5), Art. 101, Rn. 20.

<sup>7</sup> BVerfGE 29, 198, 207.

<sup>8</sup> BVerfGE 87, 282, 284 f.

<sup>9</sup> BVerfGE 82, 286, 299.

<sup>10</sup> So wohl auch *Schmidt-Bleibtreu/Hofmann/Hopfauf/Müller-Tepitz* (Fn. 5) Art. 101, Rn. 20 a.E. m.w.N.

<sup>11</sup> Ausführlich *Steinberg* JZ 2010, 712-718.

<sup>12</sup> Vgl. Nachweise zur ständigen Rechtsprechung in Fn. 3.

<sup>13</sup> = NStZ-RR 2007, 45.

<sup>14</sup> *Fischer* (Fn. 2), § 212 Rn. 12.

<sup>15</sup> LG Frankfurt am Main, Urt. v. 25. 5. 2009, Az.: 5/KLS 6/10, S. 48.



## Verfahrensdokumentation

In dieser Ausgabe kein Eintrag.

## Schrifttum

**Marcus Danzer: Bekämpfung von Umsatzsteuerkarussellgeschäften. Inhalt und Effizienz der gesetzlichen Instrumentarien des Steuerverkürzungsbekämpfungsgesetzes (StVBG); Verlag Dr. Kovac, 313 Seiten, 88 €, Hamburg 2008.**

Unter einem „typischen“ unehrlichen Steuerbürger stellen wir uns jemanden vor, der die Steuer mit kleinen oder groß angelegten unlauteren Mitteln unter Inkaufnahme einer Straftat zu drücken versucht. Möglichst wenig abzugeben ist hier das Credo des kleinen oder großen Mannes. Bei der Umsatzsteuer tritt ein anderer, typisch zu nennender Akteur hinzu: Der heute auch zu den §§ 370 ff. AO ohne Umschweife oft so genannte „Umsatzsteuerkarussellbetrüger“. Er zapft die Steuer sogar als Finanzquelle fast unerschöpflichen Ausmaßes an. Mithilfe der innergemeinschaftlichen Lieferung, die Spuren zu verwischen hilft, und unter Ausnutzung des Vorsteuerabzuges nach dem Ausfall eines planmäßig verschwindenden oder insolventen sog. *missing traders*, wird das für den deutschen Steuerstaat enorm bedeutsame Umsatzsteueraufkommen erheblich gemindert. Auch wenn zu den genauen Schadenssummen nur Schätzungen verfügbar sind, darf doch ein ernsthaftes Schädigungsrisiko in Milliardenhöhe als realistisch betrachtet werden. Vor diesem Hintergrund hat der Gesetzgeber 2001 das – anschließend zügig novellierte – „Steuerverkürzungsbekämpfungsgesetz“ erlassen. Dieses Gesetz soll die sog. Umsatzsteuerkarussellgeschäfte „effektiv bekämpfen“. Die Effizienz der mit diesem Gesetz geschaffenen Regelungen untersucht *Marcus Danzer* in seiner Jenenser Dissertation, die von der Steuerrechtlerin *Leisner-Egensperger* betreut wurde. Seine Ausführungen beziehen sich auf den Zeitraum vom 2002 bis Mitte 2007. Sie stellen keine empirische Untersuchung dar (S. 25), sondern streben an, das

zulässige rechtliche Wirkungspotential des StVBG systematisch zu ergründen.

*Danzer* leitet seine Arbeit mit einer hilfreichen Darstellung der systemimmanenten besonderen „Betrugsanfälligkeit“ der Umsatzsteuer ein (S. 19-49). Er erläutert dabei das Grundmodell der Kartellgeschäfte. Er weist auf deren Variabilität, nicht aber auch auf die Fragwürdigkeit des gewählten Begriffs „Umsatzsteuerkarussell“ hin. Hier und im Folgenden spricht er stets etwas unbefangen von Betrugsfällen, ohne sich auch mit den Abweichungen von § 263 StGB auseinanderzusetzen oder einen eigenen materiellen Betrugsbegriff zu umreißen. Er schildert dafür aber auch den „Kettenbetrug im Baugewerbe“ und weitere „Betrugsmodelle“ bei der Umsatzsteuer. *Danzer* zeigt, dass eine – politisch nicht gewollte – Durchsetzung des längst *pro forma* angestrebten Ursprungslandprinzips (Art. 402 I MwStRSystRL), die „Betrugsanfälligkeit“ deutlich senken könnte (S. 45 ff.).

Nachdem *Danzer* selbst trotz der von ihm betonten Schätzungsproblematik für einen dringlichen Handlungsbedarf mit einem Ausrufungszeichen eintritt (S. 47-49), zeichnet er die Entstehungsgeschichte des StVBG nach (S. 51-71), mit dem der Gesetzgeber einen solchen Handlungsbedarf ebenfalls bejahte. Anlässe für dieses Gesetz waren nach seiner Schilderung zunehmend öffentlich diskutierte Fälle erheblicher Umsatzsteuerhinterziehungen durch sog. Kartellgeschäfte. Man ging in damals wirkungsmächtigen Schätzungen davon aus, dass bis zu 20 Milliarden DM an Umsatzsteuerausfällen jährlich allein dem deutschen Steueraufkommen durch diese und ähnliche Geschäfte drohen. Besondere Bedeutung hatte insoweit eine Rüge des Bundesrechnungshofes, nach der die Bundesregierung (das BMF) nicht genügend gegen die zunehmenden Umsatzsteuerhinterziehungen unternehme (BT-Drs. 14/4226, S. 216). Im Ganzen stellt *Dan-*

zer hier den Entstehungsprozess des Gesetzes und seiner davon umfassten Einzelregelungen verlässlich dar. Es folgen Hinweise auf die Änderungen, denen die Regelungen des StVGB schon 2002 und 2003 unterzogen worden sind (S. 72-80). Die 2007 erfolgte Abschaffung des § 370a AO erwähnt *Danzer* trotz des im Sommer 2008 beendeten Promotionsverfahrens in der Abhandlung nicht mehr (vgl. aber den Hinweis im Vorwort).

Die Dissertation untersucht nun die einzelnen Neuerungen des StVGB inklusive ihrer späteren Änderungen (bis 2007) auf ihre „Normeffizienz“, wobei sie auch Fragen einer etwaig mangelnden Gemeinschaftsrechts- oder Verfassungskonformität aufgreift. Eingangs behandelt *Danzer* die zwischenzeitlich als Alternative neben der USt-ID modifizierte sanktionierbare Verpflichtung des Unternehmers zur *Angabe einer Steuernummer* in ausgestellten Rechnungen (S. 81-91). Er bewertet sie vorsichtig positiv, da sie die zeitnahe Ermittlung fördere, bei näherer Betrachtung keine unzumutbaren (Kosten-)Folgen nach sich ziehe und auch das Steuergeheimnis nicht konkret gefährde. Den *verkürzten Voranmeldungszeitraum für Neuunternehmer* gemäß § 18 II 3 UStG begrüßt *Danzer* aus den gleichen Gründen (S. 91-94). Die in § 18f UStG eingeführte staatliche Befugnis, die Zustimmung zu Steuervergütungen bei der Umsatzsteuer nur gegen Sicherheitsleistung zu erteilen, wird dagegen nicht als effektives Mittel bei der Bekämpfung des „Umsatzsteuerbetruges“ identifiziert, weil sie sich gerade nicht gegen den *missing trader* richte (S. 94-111). Die Regelung sei aber bei einer gegenüber dem – bedenklich undifferenzierten – Wortlaut eingeschränkten Handhabung immerhin mit dem EU-Recht vereinbar und hinsichtlich der Prüfung einzelner Unternehmer, die eine Vorsteuer geltend machen, von Nutzen.

Auch der neue, heute auf „grobe Fahrlässigkeit“ erweiterte spezialgesetzliche Haftungstatbestand § 25d UStG wird von *Danzer* als ineffektiv beurteilt, da seine – schon bedenklich niedrig angesetzten! – subjektiven Voraussetzungen noch immer eine nennenswerte Praxis der Norm verhinderten (S. 111-136). Die Gemeinschaftsrechtskonformität der Norm will *Danzer* erneut über eine einschränkende, an der Verhältnismäßigkeit orientierte Auslegung gewährleisten. Dies vermag allerdings vor dem Hintergrund der schon jetzt bestehenden Bestimmtheitsbedenken nur denjenigen zu überzeugen, der – wie *Danzer* – den Gesetzgeber bei der Einführung von Haftungstatbeständen für völlig frei hält (S. 270). *Danzer* selbst zeigt, dass der Gesetzgeber schon den Haftungsumfang und den Haftungsschuldner alles andere als vorhersehbar umrissen hat, die Enthftung des von der Vermutung des § 25d II UStG Betroffenen unklar ist und die Norm auf eine Verletzung des Grundsatzes des Sofortabzugs der Vorsteuer in seinem herkömmlichen Verständnis hinausläuft. Da § 25d UStG aus seiner Sicht dem Ziel der „Bekämpfung des Umsatzsteuerbetruges“ gar nicht effektiv dienen könne, sind die Zweifel an der Legitimität einer so beschaffenen Norm neben § 71 AO weiter unausgeräumt.

Strafrechtlich besonders interessant ist die Analyse der neu eingeführten *Tatbestände § 26b UStG (Ordnungswidrigkeit der Schädigung des Umsatzsteueraufkommens)* und *§ 26c UStG (Gewerbsmäßige oder bandenmäßige Schädigung des*

*Umsatzsteueraufkommens)*. Sie sollen, wie *Danzer* erklärt, die vom Gesetzgeber bejahte Ahndungslücke schließen, die vorliegt, wenn eine Umsatzsteuerschuld, die korrekt in einer Rechnung ausgewiesen und gegenüber dem Finanzamt angemeldet wurde, planmäßig vom *missing trader* vereinnahmt aber nicht entrichtet wird. Schon die mangelnde Zahlung einer Steuerschuld ist daher nun zum Schutz des Umsatzsteueraufkommens und zur Vermeidung eines Verdrängungswettbewerbs infolge ungerechtfertigt erlangter Umsatzsteuervorteile eine Ordnungswidrigkeit (dazu S. 136-149). Die gewerbsmäßige und bandenmäßige Nichtentrichtung der Umsatzsteuer ist nun eine Straftat (S. 150-159). *Danzer* hält die Bußgeldnorm für offensichtlich ungeeignet, auf die – vom Gesetzgeber ins Auge gefassten – Strukturen organisierter Umsatzsteuerkriminalität einzuwirken. Eine bloße Ordnungswidrigkeit mit einem so geringen Bußgeldrahmen von 50.000 € könne hier keine disziplinierende Wirkung entfalten (S. 148 f. ohne jede Erörterung von § 17 IV OWiG). Lediglich schlecht organisierte Unternehmer und solche, die *kurzfristig* Liquiditätsvorteile anstreben, dürften nach Einschätzung *Danzers* – obwohl der Gesetzgeber sie gar nicht habe treffen wollen – von der Norm zur Umsatzsteuerdisziplin angehalten werden. Bei der Herleitung dieser und anderer nachvollziehbarer Ergebnisse greift *Danzer* allerdings auch zu Postulaten bzw. Scheinbegründungen, die insbesondere in einer Dissertation nicht befriedigen. So soll z.B. bei der Berechnung der von § 26b UStG erfassten Umsatzsteuerschuld das „Lästigkeitsprinzip“ greifen, weil dies „sinnvoll“ sei. Die fehlgehende Tatbestandskonzeption des § 26b UStG, die von vornherein keine organisierte Kriminalität, sondern säumige Unternehmer über § 240 AO hinaus betrifft, rechtfertigt *Danzer* kurzerhand mit der korrigierenden Anwendbarkeit des – einen vernünftig konturierten Tatbestand voraussetzenden! – Opportunitätsprinzips gemäß § 47 OWiG (S. 147 f.).

Dem Straftatbestand des § 26c UStG bescheinigt *Danzer* „bedingte Effizienz“, da einzelne *missing trader* die Strafe fürchten mögen und bisher säumige Unternehmer nochmals verstärkt zur Erfüllung ihrer steuerlichen Pflichten angehalten würden. Er billigt den Tatbeteiligten dabei bemerkenswerterweise und zustimmungswürdig die Selbstanzeige des § 371 AO zu (S. 152 ff.). Im Übrigen sind seine Ausführungen wenig befriedigend. Er greift die durch frühere Literatur schon aufgeworfene Frage, ob die qualifizierenden Merkmale überhaupt geeignet sind, die tatsächlich angestrebten Fälle zu bezeichnen, ohne andere Fälle mehr als nötig in die Gefahr einer Strafbarkeit zu ziehen, eher cursorisch auf. Insbesondere seine Ablehnung der von *Reiß* erhobenen Kritik an der Verfassungswidrigkeit des § 26c UStG wegen Verstoßes gegen Art. 103 II GG überzeugt nicht. *Danzer* selbst kann nur Einschränkungen des § 26c UStG mit knappen Verweisen auf die zu wahrende Verhältnismäßigkeit postulieren, obschon er zu § 370a AO selbst übertragbar ausführt, dass derartige – von ihm bei § 26c UStG als unumgänglich angesehene – Einschränkungsversuche keinerlei Stütze im Gesetz oder in der bisherigen Rechtsprechung finden könnten (S. 178). Allein der Gebrauch tradiertter Begriffe wie Gewerbsmäßigkeit und Bandenmäßigkeit macht eine Norm nicht stets bestimmt. Zudem unterbleiben Erörterungen des bandenmäßigen Handelns komplett. Zum Beispiel hinsichtlich der Kon-

kurrenzen schweigt die Arbeit zum spannenden Fall einer zunächst falsch angemeldeten Umsatzsteuer, die anschließend auch nicht entrichtet wird.

*Danzer* widmet sich dann der erneut auch strafrechtlich bedeutsamen *Umsatzsteuernachschau des § 27d UStG* (S. 159-174). Sie ermöglicht eine überraschende summarische Prüfung von Unternehmern ohne Bindung an die Voraussetzungen der Außenprüfung. *Danzer* begrüßt diese Regelung uneingeschränkt, da sie helfe, tatsächlich nur vorgetäuschte nachhaltige Geschäftsaktivitäten eines *missing traders* schnell zu erkennen. Die zahlreichen Bedenken, die Umsatzsteuernachschau werde in der Praxis schlicht als Option zur anlasslosen Umgehung der höheren Voraussetzungen der Außenprüfung dienen und praktisch eine gegen Art. 13 GG verstoßende Durchsuchung auch hinsichtlich anderer Steuerarten bedeuten, setzt *Danzer* den Normwortlaut und sein Vertrauen auf die Gesetzmäßigkeit der Verwaltung entgegen. Hierfür will er zwar keinen Anfangsverdacht einer Steuerstraftat fordern, immerhin aber einen – nicht näher umrissenen – „konkreten Aufklärungsbedarf“ für ihre Durchführung voraussetzen (S. 160). Zugunsten des Steuerpflichtigen stuft er die Umsatzsteuernachschau nicht als Prüfung iS des § 371 II Nr. 1 a AO ein (S. 163 ff.), so dass ihre Durchführung allein eine Selbstanzeige nicht hindern soll.

Den folgenden Abschnitt widmet *Danzer* dem heute aufgehobenen § 370a AO, der banden- und gewerbsmäßig begangenen Steuerhinterziehung (S. 174-198). Die in diese Norm gesetzten Erwartungen habe sie bislang allerdings nicht erfüllen können. Die Gründe hierfür liegen für *Danzer* insbesondere in unbegründeten Zweifeln an der Verfassungstreue des § 370a AO und in einem im Vergleich mit den bestehenden Einnahmeaussichten immer noch zu geringen Entdeckungsrisiko. *Danzer* selbst bejaht die Verfassungsgemäßheit des § 370a AO mit einer höchst zweifelhaft zu nennenden Argumentation: Obschon das Merkmal „in großem Ausmaß“ erforderlich sei (S. 178 f.), könne man für die Frage der Bestimmtheit allein auf die anderen qualifizierenden Merkmale abstellen, da das „große Ausmaß“ lediglich täterbegünstigend wirke. Im Übrigen genüge es, wenn der Täter im Irrtumsfall infolge eines fahrlässigen Verhaltens straflos bleibe (!, dazu S. 197 f., zuvor schon näher S. 185 ff.; aA z.B. mwN BGH NJW 2005, 474). Schließlich widmet sich *Danzer* auch der durch Art. 4 StVBG eingeführten Einordnung des § 370a AO als Geldwäschervortat (S. 198-208). Er sieht hierin ein nur wenig effizientes Mittel der „Bekämpfung von Umsatzsteuerkarussellen“. Erneut fällt auf, dass *Danzer* Bedenken hinsichtlich einer bestimmten Auslegung neuer Tatbestände oberflächlich bearbeitet. So genügt ihm hier ein eigener Vorschlag, zu dem sich erst durch die „bislang nicht vorhandene obergerichtliche Rechtsprechung ... zeigen“ werde, ob er auch „praktisch umsetzbar“ sei (S. 205, 207).

*Danzer* kommt zu dem Schluss, dass das StVBG die „Bekämpfung des Umsatzsteuerbetruges“ tatsächlich nur wenig erleichtert habe (S. 209 f., 265). Dies sei dem generell „betrugsanfälligen“ Besteuerungssystem des geltenden Umsatzsteuerrechts zuzuschreiben. Er diskutiert deshalb konsequent auch weitergehende, auf Sys-

temänderungen im Umsatzsteuerrecht bedachte „Bekämpfungsvorschläge“. Dies stellt einen Vorzug seiner am StVBG ansetzenden Arbeit dar. Erörtert werden: Das sog. Mittler-Modell (S. 210-221), das Modell „Reverse-Charge“ mit und ohne Gesamtschuldnerhaftung (S. 221-236), das österreichische „Vorsteueranrechnungsmodell“ (S. 237-240), das Modell des ifo-Instituts (S. 240-247), die generelle Ist-Versteuerung (S. 247-249) und die generelle Ist-Versteuerung mit „Cross-Check“ (S. 250-256). Er kommt zu dem Schluss, dass die Modelle oftmals eine derzeit kaum zu erzielende Änderung des Europäischen Umsatzsteuerrechts (Mehrwertsteuersystemrichtlinie) und einen oft erhöhten Kontrollaufwand voraussetzen würden (S. 256-263, 265). Ob eines der Modelle gegenüber dem von *Danzer* als unbefriedigend charakterisierten *status quo* vorzugswürdig sei, dazu enthält sich der Autor letztlich eines Urteils. So scheint nach den Erkenntnissen dieser Arbeit im Ergebnis alles ineffizient zu sein, ohne dass sich angesichts einer abwehrenden Haltung der Europäischen Kommission eine Lösung abzeichnen würde: das aktuelle Umsatzsteuersystem, die (strafrechtliche) „Bekämpfung des Umsatzsteuerkarussellbetruges“ und die diskutierten Zukunftsmodelle.

Die Arbeit *Danzers* fasst weithin die Erkenntnisse zusammen, die zur mangelnden Effizienz des StVBG bestehen, und sie ergänzt diesen Kenntnisstand. Das Literaturverzeichnis weist allerdings in seiner Aktualität bisweilen Schwächen auf, wenn etwa die 52. Auflage des *Fischer* die letzte von *Danzer* verwertete Auflage darstellt, oder der Aufsatz von *Tormöhlen* UVR 2006, 207 außen vor bleibt. Bemerkenswert ist, dass *Danzer* die Effektivität einer Norm einzig daran misst, ob sie die vom Gesetzgeber erklärtermaßen gesetzten Ziele erreicht (S. 24). Kritische Hinterfragungen etwa zum zweiten genannten Rechtsgut der §§ 26b, 26c UStG – der Verhinderung von Wettbewerbsverzerrungen – kommen ihm dabei nicht in den Blick. Etwa die Legitimationsfrage, ob §§ 26b, 26c UStG vor dem Hintergrund des Ultima-Ratio-Grundsatzes „schlampige Unternehmer“ überhaupt mit Kriminalstrafe bedrohen darf, ist für *Danzer* kaum von Interesse. Da die Arbeit zudem erklärtermaßen nicht empirisch ansetzt, schmälert der rein konsequenzialistische Ansatz der Arbeit den Wert ihrer im einzelnen oft zustimmungswürdigen und belastbaren Ergebnisse. Brauchbar ist die Arbeit vor allem als beispielhafte Analyse dafür, wie eine all zu schnell erfolgende (Straf-)Gesetzgebung durch unklare Normen tatsächlich ihr Ziel verfehlt, die Praxis verbessert im Sinne einer Eindämmung strafwürdiger Sachverhalte zu steuern. *Danzer* stellt dies insgesamt gut lesbar dar. Hierbei setzt er notwendigerweise ein Maß an steuerrechtlichem Vorwissen voraus, das ein Strafrechtler, der steuerstrafrechtlich interessiert und/oder tätig ist, aber auch besitzen dürfte. Ein wenig störend ist an der Darstellung, dass die Überschriften zum Teil unpräzise sind. So wird z.B. Kritik an der Norm(gebung) bereits vor dem damit überschriebenen Abschnitt dargelegt, oder es werden Normen „im Lichte des Grundgesetzes“ untersucht, nachdem zuvor die Wahrung des – etwa nicht verfassungsrechtlichen? – Art. 103 II GG bezüglich eben dieser Norm erörtert wurde (so zB S. 183 ff., 189).

Die Arbeit hinterlässt einen etwas gespaltenen Eindruck. Ihr Leser bleibt nicht ohne Gewinn zurück. *Danzer* informiert brauchbar über den Mitte 2007 bestehenden

Erkenntnisstand zu den Lösungsansätzen, mit denen der Gesetzgeber den tatsächlich dringend zu nennenden Problemen des Missbrauchs der Vorsteuervergütung entgegen treten will. Er gibt auch einen guten Überblick über die zukunftsgerichtete Diskussion neuer Eindämmungsstrategien. Jedenfalls die strafrechtliche Analyse der speziellen „Betrugsbekämpfungsvorschriften“ vermag dagegen nur sehr bedingt zu überzeugen.

**Prof. Dr. Karsten Gaede**, Bucerius Law School, Hamburg

\*\*\*

**Sönke Gerhold: Das System des Opferschutzes im Bereich des Cyber- und Internetstalking; Kieler Rechtswissenschaftliche Abhandlungen (NF) Bd. 61; 211 Seiten, 49,00 €, Nomos Verlag Baden-Baden 2010.**

Die Arbeit von *Sönke Gerhold*, die Ende 2009 an der Christian-Albrechts-Universität zu Kiel als Dissertation angenommen wurde, befasst sich unter den Gesichtspunkten der Prävention sowie der angemessenen Sanktionierung von Cyberstalking auf 198 Seiten mit der Effizienz des gegenwärtigen Reaktionssystems auf derartige Persönlichkeitsverletzungen.

Ausgangspunkt der Untersuchung bildet dabei die Erkenntnis, dass die Theorie eines solchen Schutzkonzeptes eine inter- sowie eine intradisziplinäre Gesamtschau erforderlich macht, da jedes einzelne Rechtsgebiet jeweils nur unter beschränkten Gesichtspunkten eine präventive bzw. repressive Wirkung entfalten kann. Erst die Verzahnung der verschiedenen Regelungsbereiche vermag einen umfassenden Schutz zu gewährleisten. Zu Recht weist deshalb *Gerhold* bereits im Vorwort darauf hin, dass organisatorisch eine enge Kooperation unter allen Beteiligten, die jeweils mit einzelnen Schutzfunktionen betraut sind, notwendig ist und es insoweit eines vernetzten Systems der unterschiedlichen rechtlichen Interventionsmöglichkeiten bedarf. Die professionell agierenden Personenkreise müssen sich dieser Verzahnung bewusst sein, dementsprechend beraten und – soweit erforderlich – fachübergreifende Unterstützung leisten (können).

Die Untersuchung von *Gerhold* gliedert sich in fünf Abschnitte. Im ersten Teil setzt sich *Gerhold* mit den zivilrechtlichen Interventionsmöglichkeiten in Fällen von Cyber-Stalking auseinander. Dieser Teil macht etwa die Hälfte der gesamten Arbeit aus und befasst sich neben mit der Löschungsklage schwerpunktmäßig mit der Unterlassungsklage sowie den Anordnungen nach dem Gewaltschutzgesetz. Vor der abschließenden Zusammenfassung dieser Interventionsmöglichkeiten werden kurz noch weitere zivilrechtliche Handlungsoptionen, wie etwa gerichtliche Schutzanordnungen, strafbewehrte Unterlassungserklärungen oder weitergehende Ansprüche nach dem KOG behandelt. Dem Lösungsanspruch gegenüber dem Täter wird dabei der größte Platz eingeräumt und dort wiederum insbesondere die Identifikation des Anspruchsgegners als Verfahrensvoraussetzung vertieft. Dabei geht *Gerhold* auf das Problem der Identifikation des Stalkers bei Verwendung von Handys und

Telefonen, Anrufen über IP-Telefone oder beim SMS-Verkehr ebenso ein, wie auf Fragen der Identifikationsmöglichkeiten bei Verwendung einer tätereigenen bzw. fremden Homepage oder im E-Mail-Verkehr.

Im zweiten Teil der Untersuchung stehen die strafrechtlichen Interventionsmöglichkeiten bei Cyber-Stalking im Vordergrund. Nach der grundsätzlichen Klärung der Anwendbarkeit des StGB werden die verschiedenen Straftatbestände, die im Zusammenhang mit Cyber- und Internetstalking denkbar sind, dargestellt. Dabei nimmt der Straftatbestand der Nachstellung gemäß § 238 StGB eine besondere Stellung ein. Außerdem wird die strafrechtliche Verantwortlichkeit Dritter ebenso behandelt, wie prozessuale Besonderheiten bei der Verfolgung von Cyberkriminalität. Den Abschluss bildet auch hier eine zusammenfassende Ergebnisdarstellung.

Der dritte Teil der Untersuchung behandelt die letzte Säule möglicher Interventionen, nämlich solche öffentlich-rechtlicher Art. Dabei geht es um die diversen polizeilichen Handlungsmöglichkeiten, wozu Identitätsfeststellungen, Verbote weiterer Kontaktaufnahme und Gefährderansprachen ebenso gehören, wie Ingewahrsamnahmen oder rechtliche Beratungen durch die Polizei. Das Kapitel schließt wiederum mit einem zusammenfassenden Überblick über die gefundenen Ergebnisse.

Der vierte Teil der Arbeit widmet sich sodann dem notwendigen Zusammenspiel der einzelnen Handlungsoptionen. Ausgangspunkt aller Überlegungen bildet dabei die Erkenntnis, dass die verschiedenen Alternativen alle einem einheitlichen Zweck dienen, nämlich den notwendigen Schutz des Opfers vor Stalking zu gewährleisten. Sie zielen aber auf jeweils unterschiedliche Sachverhalte und Intensitäten von Beeinträchtigungen ab. Das mögliche Instrumentarium reicht von niederschweligen Eingriffsmöglichkeiten, etwa in Form polizeilicher Gefährderansprachen für Fälle ganz geringen Unrechtsgehaltes, bis hin zur unbedingten Freiheitsstrafe oder Einweisung in eine psychiatrische Klinik in Fällen von schwerwiegenden Straftaten. Zwischen diesen beiden Polen liegt eine ganze Bandbreite denkbarer Abstufungen, wodurch auf die unterschiedlichsten Sachverhalte, Stalkerpersönlichkeiten sowie die zugrundeliegenden Motivationen stets angemessen reagiert werden kann.

Das Polizeirecht führt dabei vornehmlich kurzfristige Entlastungen herbei und durchbricht eingefahrene Kreisläufe. Das zivilrechtliche Instrumentarium schafft Rechtspositionen und gestaltet die Zukunft, wohingegen das Strafrecht vergangene und nicht hinnehmbare Rechtsverletzungen ahndet. Auf diese Weise greift das Polizei-, Zivil- sowie Strafrecht in Form eines einheitlichen Interventionsrechts ineinander. Entsprechend dem gesetzgeberischen Willen werden die jeweiligen Präventionsstrategien gezielt kombiniert und geschickt miteinander verwoben. Von besonderer Bedeutung ist dabei der Straftatbestand des § 238 StGB, der das Normbewusstsein der Bevölkerung stabilisiert und dem Betroffenen gleichzeitig die Gewissheit gibt, massiven Belästigungen nicht schutzlos ausgeliefert zu sein oder diese nur tatenlos hinnehmen zu müssen. Deshalb geht mit § 238 StGB eine nicht unerhebliche generalpräventive Wirkung einher.

Der letzte Teil der Arbeit fasst schließlich die wesentlichen Ergebnisse der Arbeit nochmals in einem Fazit zusammen. Dabei steht erneut das Problem der zivilrechtlichen Auskunftsansprüche im Mittelpunkt, da eine entsprechende Auskunft unabdingbare Voraussetzungen für die tatsächliche Inanspruchnahme des Cyber-Stalkers sind. Andernfalls wäre der Betroffene seinem „Bully“ im Bereich niederschwelliger Bedrohungen und Belästigungen tatsächlich rechtsschutzlos ausgeliefert, obwohl das Gesetz an sich ausreichende Interventionsmöglichkeiten vorsehen würde. Gerhold fordert deshalb „sowohl eine Prüfungspflicht für gespeicherte Daten, eine Klarstellung im TKG, dass der allgemeine Auskunftsanspruch neben diesem Gesetz anwendbar bleibt, eine Öffnung des TMG hinsichtlich des allgemeinen Auskunftsanspruchs oder einen selbstständigen zivilrechtlichen Auskunftsanspruch“. Die Notwendigkeit einer weitergehenden Gesetzesänderung sieht er jedoch nicht, zumal einer technisch überlegenen Kenntnis des „Bullys“ rechtlich nicht begegnet werden könne. Nach Ansicht von Gerhold ist hier vielmehr eine funktionsfähige und technisch gut ausgebildete Ermittlungsbehörde erforderlich, die Dank notwendiger sachlicher und personeller Ausstattung in die Lage versetzt wird, auch zeitaufwendige Ermittlungen durchzuführen.

Die sprachlich durchweg gut gelungene Arbeit von Gerhold zeichnet sich vor allem durch den „Blick über den Tellerrand“ aus. Völlig zu Recht ist seine Arbeit durch eine inter- sowie intradisziplinäre Gesamtschau geprägt, wodurch die verschiedenen Ebenen und Verzahnungen der jeweiligen Regelungsbereiche unter präventiven bzw. repressiven Gesichtspunkten aufgearbeitet werden. Die Untersuchung sei deshalb all denjenigen Personen empfohlen, die sich beruflich mit dem Thema „Stalking“ befassen. Dazu gehören Strafverteidiger und aber auch vornehmlich im Zivilrecht tätige Anwälte ebenso, wie Staatsanwälte, Familienrichter oder Polizeibeamte. Hervorzuheben ist aber nicht zuletzt der Umstand, dass die

Lektüre auch für technisch weniger Versierte durchaus geeignet erscheint, da der Autor die notwendigen Grundlagen und technischen Voraussetzungen einfach und verständlich erklärt.

Soweit Gerhold im Bereich des Strafrechts kurz auf die Privat- und Nebenklage eingeht, so sind die dortigen Ausführungen durch das 2. Opferschutzreformgesetz, das zum 01.10.2009 in Kraft trat, allerdings überholt. § 238 StGB berechtigt nunmehr nach § 395 Abs. 1 Nr. 4 StPO zum Anschluss als Nebenkläger. Seit der Reform ist Stalking-Opfern nach § 397 a Abs. 1 Nr. 3 StPO auch ein Rechtsanwalt beizuordnen. Eines Prozesskostenhilfefantrags bedarf es somit nicht mehr. Auf dieses kleine Manko, das jedenfalls im Rahmen der vorliegenden Veröffentlichung noch hätte behoben werden können, kommt es jedoch ebenso wenig an, wie auf den Umstand, dass möglicherweise auf die Darstellung der Rechtslage vor der FGG-Reform vom 17.12.2008 zu Gunsten von Ausführungen zur Vollstreckbarkeit hätte verzichtet werden können. Ähnliches gilt für Hinweise auf die tatsächlichen Hilfestellungen und zahlreichen Beratungsangebote privater Träger im Zusammenhang mit Stalking, die sich lediglich in zwei Verweisen wiederfinden. Trotz dieser kleinen Schwäche handelt es sich bei der Untersuchung von Gerhold um eine durchweg lesenswerte Abhandlung, die in anschaulicher Art und Weise die drei Säulen des einheitlichen Schutzkonzeptes gegen Persönlichkeitsverletzungen durch Cyber-Stalking unter den Gesichtspunkten der Prävention und der angemessenen Sanktion darstellt. Aufgrund der inter- sowie intradisziplinären Ausrichtung wendet es sich damit an einen großen Leserkreis, den das Buch zweifellos auch verdient.

RA und Fachanwalt für Strafrecht **Marvin Schroth**, Karlsruhe

\*\*\*

## 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.

### **124. BGH 3 StR 11/10 – Beschluss vom 9. Februar 2010 (LG Stade)**

Besonders schwerer Raub (Schreckschusspistole; gefährliches Werkzeug); Unterbringung in einem psychiatrischen Krankenhaus (länger dauernder psychischer Defekt; Drogenkonsum; Alkoholkonsum).  
§ 250 StGB; § 63 StGB

### **125. BGH 3 StR 17/10 – Beschluss vom 9. Februar 2010 (LG Verden)**

Besonders schwerer Raub (Verwenden einer Schreckschusswaffe; notwendige Feststellungen); Einziehung bei Dritten; Verfall (Erlangtes; Verfügungsgewalt).  
§ 250 Abs. 2 StGB; § 74 Abs. 2 Nr. 2 StGB; § 73 StGB; § 111i StPO; § 267 Abs. 3 StPO

**126. BGH 3 StR 24/10 – Beschluss vom 13. April 2010 (LG Hildesheim)**

Abwesenheit während eines wesentlichen Teils der Hauptverhandlung; Verfahrenstrennung; prozessuales Verhältnis zwischen Mitangeklagten; Betrug (psychische Beihilfe; bloßes Dabeisein; aktives Tun).

§ 338 Nr. 5 StPO; § 2 StPO; § 3 StPO; § 4 StPO; § 263 StGB; § 27 StGB

**127. BGH 3 StR 54/10 – Beschluss vom 27. April 2010 (LG Stuttgart)**

Unterstützen des organisatorischen Zusammenhalts eines Vereins entgegen einem vollziehbaren Verbot; Betätigung als Mitglied in einem verbotenen Verein; Strafkla-geverbrauch (prozessuale Tat).

§ 20 VereinsG; § 264 StPO; § 52 StGB

**128. BGH 3 StR 56/10 – Urteil vom 19. Mai 2010 (LG Osnabrück)**

Körperverletzung; Freiheitsberaubung; Zuhälterei; schwerer Menschenhandel (Drohung mit einem empfindlichen Übel); Tateinheit; Tatmehrheit.

§ 223 StGB; § 232 StGB; § 239 StGB; § 181a StGB; § 52 StGB; § 53 StGB

**129. BGH 3 StR 62/10 – Beschluss vom 6. Mai 2010 (LG Oldenburg)**

Verfall (Bruttoprinzip; Erlangtes; Leistungen über Eck; Saldierung; Anrechnung).

§ 73 Abs. 1 StGB; § 73a StGB

**130. BGH 3 StR 63/10 – Urteil vom 29. April 2010 (LG Stade)**

Mord; Beweiswürdigung (unvollständige, unzureichende); rechtsfehlerhafte Zurückweisung eines Beweisantrages (Annahme eines Verwertungsverbots); Bedeutungslosigkeit einer Beweistatsache (tatsächliche Gründe, rechtliche Gründe); Unzulässigkeit einer Beweiserhebung.

§ 211 StGB; § 261 StPO; § 244 StPO; § 136 Abs. 1 Satz 2 StPO; § 163a Abs. 4 StPO

**131. BGH 3 StR 65/10 – Beschluss vom 18. März 2010 (LG Krefeld)**

Unerlaubtes Handeltreiben mit Betäubungsmitteln; Aufklärungshilfe; Rückwirkungsverbot; intertemporales Strafrecht (Meistbegünstigungsprinzip).

§ 31 BtMG; § 46b Abs. 3 StGB; § 2 StGB; Art. 103 Abs. 2 GG; Art. 316d EGStGB; Art. 49 Abs. 1 Satz 3 EU-Grundrechtecharta

**132. BGH 3 StR 103/10 – Beschluss vom 29. April 2010 (LG Mönchengladbach)**

Mord; Überzeugungsbildung; Beweiswürdigung (Umfang der revisionsrechtlichen Kontrolle); Urteilsgründe (notwendige Mitteilung und Erörterung der Einlassung des Angeklagten).

§ 261 StPO; § 267 Abs. 3 StPO; § 211 StGB

1. Die Würdigung der Beweise ist vom Gesetz dem Tatrichter übertragen (§ 261 StPO). Es obliegt allein ihm, sich unter dem umfassenden Eindruck der Hauptverhandlung ein Urteil über die Schuld oder Unschuld des Angeklagten zu bilden.

2. Das Revisionsgericht ist hinsichtlich der Beweiswürdigung des Tatrichters auf die Prüfung beschränkt, ob sie mit Rechtsfehlern behaftet ist, etwa weil sie Lücken oder Widersprüche aufweist, mit den Denkgesetzen oder gesichertem Erfahrungswissen nicht in Einklang steht.

3. Im Rahmen der Beweiswürdigung ist die Einlassung des Angeklagten mitzuteilen und unter Berücksichtigung der erhobenen Beweise zu bewerten; seine bestreitende Einlassung und ihre Widerlegung bestimmen Umfang und Inhalt der Darlegung im Urteil.

**133. BGH 3 StR 105/10 – Beschluss vom 11. Mai 2010 (LG Duisburg)**

Besonders schwere räuberische Erpressung (unmittelbares Ansetzen; Versuch; Klingeln an der Wohnungstür des Opfers); Unterbringung in einer Entziehungsanstalt (konkrete Aussicht auf Therapieerfolg).

§ 249 StGB; § 250 StGB; § 253 StGB; § 255 StGB; § 22 StGB; § 23 StGB; § 64 StGB

**134. BGH 3 StR 69/10 – Beschluss vom 30. März 2010 (LG Mönchengladbach)**

Sexueller Missbrauch von Kindern (besonders schwerer Fall; Zungenkuss); Sicherungsverwahrung (Hang; Gefährlichkeitsprognose; sorgfältige Gesamtwürdigung aller maßgebenden Umstände; erhöhte Anforderungen mangels früherer Verurteilung oder Strafverbüßung; Bedeutung von Prognoseinstrumenten); Überzeugungsbildung.

§ 176 StGB; § 66 StGB; § 261 StPO

**135. BGH 3 StR 75/10 – Beschluss vom 27. April 2010 (LG Oldenburg)**

Unerlaubtes Handeltreiben mit Betäubungsmitteln (Eigennützigkeit; Gewinnstreben); Unterbringung in einer Entziehungsanstalt (Vorwegvollzug).

§ 29 BtMG; § 30a BtMG; § 64 StGB; § 67 StGB

**136. BGH 3 StR 78/10 – Urteil vom 20. Mai 2010 (LG Düsseldorf)**

Rücktritt vom Versuch (beendeter Versuch; freiwillige Verhinderung des Erfolgs; freiwilliges Bemühen um Erfolgsverhinderung; neue Kausalkette; Hilfe Dritter); erheblich verminderte Schuldfähigkeit (Urteilsgründe; Wiedergabe eines Sachverständigengutachtens); Totschlag.

§ 24 StGB; § 21 StGB; § 267 Abs. 3 StPO; § 212 StGB

**137. BGH 3 StR 79/10 – Beschluss vom 27. April 2010 (LG Kleve)**

Unerlaubtes Handeltreiben mit Betäubungsmitteln; Aufklärungshilfe; Rückwirkungsverbot; intertemporales Strafrecht (Meistbegünstigungsprinzip).

§ 31 BtMG; § 46b Abs. 3 StGB; § 2 StGB; Art. 103 Abs. 2 GG; Art. 316d EGStGB

**138. BGH 3 StR 84/10 – Urteil vom 24. Juni 2010 (LG Duisburg)**

Bestechlichkeit (Tateinheit; Tatmehrheit; Unrechtsvereinbarung); Regelbeispiel (Indizwirkung; Widerlegung; Angemessenheit; Gesamtwürdigung); Verfall (Erlangtes aus der Tat; Erlangtes für die Tat; Verletzter; Schutzzweck; Schutzgut); Wertersatzverfall; unbillige Härte.

§ 332 StGB; § 52 StGB; § 53 StGB; § 73 StGB; § 73c Abs. 1 Satz 1 StGB

**139. BGH 3 StR 88/10 – Beschluss vom 30. März 2010 (LG Hannover)**

Unterbringung in einer Entziehungsanstalt (Hang; psychische Abhängigkeit); Verfall.  
§ 64 StGB; § 73 StGB; § 73a StGB

**140. BGH 3 StR 117/10 – Urteil vom 8. Juli 2010 (LG Kleve)**

Rechtsstaatswidrige Verfahrensverzögerung (Aktenvorlage bei der Generalstaatsanwaltschaft); unbegründete Revision.  
§ 349 Abs. 2 StPO; Art. 20 Abs. 3 GG; Art. 6 Abs. 1 EMRK

**141. BGH 3 StR 140/10 – Beschluss vom 18. Mai 2010 (LG Düsseldorf)**

Unerlaubtes Handeltreiben mit Betäubungsmitteln; Strafzumessung; Rückwirkungsverbot.  
§ 2 Abs. 1 StGB; Art. 103 Abs. 2 GG; § 30a BtMG

**142. BGH 3 StR 151/10 – Urteil vom 8. Juli 2010 (LG Hannover)**

Strafzumessung (keine Verletzung eines weiteren Strafgesetzes; Ausländereigenschaft).  
§ 46 StGB

**143. BGH 3 StR 156/10 – Beschluss vom 24. Juni 2010**

Beistand der Nebenklage (Fortwirkung der Bestellung über die Instanz hinaus; hinreichende Gründe für einen Wechsel des Beistands).  
§ 397a StPO; § 143 StPO

**144. BGH 3 StR 162/10 – Beschluss vom 8. Juni 2010 (LG Hannover)**

Unterbringung in einer Entziehungsanstalt (Hang; maßgeblicher Zeitpunkt der Hauptverhandlung); räuberische Erpressung (Bereicherungsabsicht).  
§ 249 StGB; § 253 StGB; § 255 StGB

**145. BGH 3 StR 166/10 – Beschluss vom 20. Mai 2010 (LG Kleve)**

Unzulässige Revision der Nebenklage (fehlende Angabe eines zulässigen Rechtsmittelziels).  
§ 400 Abs. 1 StPO

**146. BGH 3 StR 168/10 – Urteil vom 7. Oktober 2010 (LG Verden)**

Tötung auf Verlangen (Ernstlichkeit des Tötungsverlangens; Freiheit von Willensmängeln; depressive Augenblicksstimmung).  
§ 216 StGB

**147. BGH 3 StR 179/10 – Urteil vom 28. Oktober 2010 (OLG Frankfurt am Main)**

BGHSt; kriminelle Vereinigung; terroristische Vereinigung; Teilorganisation (organisatorische Selbständigkeit; eigene Willenbildung; eigenverantwortliche Entscheidungen); PKK; ausländisch; inländisch; Verfolgungsermächtigung; Kader; Funktionäre; Mitglieder;  
§ 129 StGB; § 129a StGB; § 129b StGB

**148. BGH 3 StR 180/10 – Beschluss vom 6. Juli 2010 (LG Hannover)**

Räuberischer Diebstahl (taugliche Vortat); Wegnahme (handliche Gegenstände; tatsächliche Sachherrschaft); Gewahrsamsbruch; Unterschlagung; Nötigung.  
§ 252 StGB; § 242 StGB; § 246 StGB; § 240 StGB

**149. BGH 3 StR 194/10 – Beschluss vom 15. Juni 2010 (LG Düsseldorf)**

Nachträgliche Bildung der Gesamtstrafe.  
§ 55 StGB

**150. BGH 3 StR 253/09 – Beschluss vom 9. Februar 2010**

Unbegründete Anhörungsrüge; rechtliches Gehör (unbegründete letztinstanzliche Entscheidungen).  
§ 356a StPO; § Art. 103 Abs. 1 GG

**151. BGH 3 StR 403/09 – Beschluss vom 14. Januar 2010 (LG Hannover)**

Unterrichtung des Angeklagten vom wesentlichen Inhalt dessen, was in seiner Abwesenheit verhandelt worden ist; Beruhen; Bedeutung einer Nachvernehmung.  
§ 231b Abs. 2 StPO; § 231a Abs. 2 StPO; § 337 StPO

**152. BGH 3 StR 406/10 – Beschluss vom 25. November 2010 (LG Wuppertal)**

Unterbringung in einer Entziehungsanstalt; nachträgliche Bildung der Gesamtstrafe; Vorwegvollzug; Herausnahme aus dem Maßregelvollzug zwecks weiteren Vorwegvollzugs.  
§ 67 Abs. 2 StGB; § 64 StGB; § 55 StGB

**153. BGH 3 StR 418/10 – Beschluss vom 30. November 2010 (LG Wuppertal)**

Ablehnung eines Beweisantrags (Vernehmung eines Auslandszeugen; völlige Ungeeignetheit des Beweismittels; kommissarische Vernehmung im Rechtshilfewege; fehlender Beweiswert).  
§ 244 StPO

**154. BGH 3 StR 428/10 – Beschluss vom 30. November 2010 (LG Krefeld)**

Störung des öffentlichen Friedens (Eignung von Äußerungen; abstrakt-konkretes Gefährdungsdelikt).  
§ 126 StGB

**155. BGH 3 StR 436/09 – Beschluss vom 12. Januar 2010 (LG Lübeck)**

Verjährung; Sicherungsverwahrung; Ablehnung eines Beweisantrages (weiterer Sachverständiger; überlegene Sachkunde; eigene Sachkunde des Gerichts).  
§ 78 StGB; § 244 StPO; § 66 StGB

**156. BGH 3 StR 442/09 – Beschluss vom 26. Januar 2010 (LG Oldenburg)**

Brandstiftung (Inbrandsetzen eines Gebäudes, das der Wohnung von Menschen dient; Brandlegung und teilweises Zerstören bei gemischt genutzten Gebäuden); Belehrung über das Zeugnisverweigerungsrecht der Stieftochter; Beruhen.  
§ 306 StGB; § 306a StGB; § 52 StPO

**157. BGH 3 StR 456/09 – Beschluss vom 1. April 2010 (LG Kiel)**

Schwere Brandstiftung (andere Räumlichkeit, die der Wohnung von Menschen dient); Wohnmobil; Wohngebäude (zusammengesetzte Gebäude; gemischt genutzte Gebäude).

§ 306a Abs. 1 StGB

**158. BGH 3 StR 496/09 – Beschluss vom 2. März 2010 (LG Düsseldorf)**

Besonders schwerer Raub (Verwenden eines Messers als Drohmittel); nachträgliche Bildung der Gesamtstrafe (Zäsurwirkung einer Vorverurteilung: Mitteilung des Vollstreckungsstandes).

§ 250 Abs. 2 StGB; § 55 StGB

**159. BGH 3 StR 498/09 – Beschluss vom 4. März 2010 (LG Oldenburg)**

Untreue; Überzeugungsbildung; Widerspruchsfreiheit der Urteilsgründe.

§ 266 StGB; § 261 StPO; § 267 Abs. 3 StPO

**160. BGH 3 StR 499/09 – Beschluss vom 19. Januar 2010 (LG Wuppertal)**

Gesamtstrafenbildung (Zäsur; Bildung zweier Gesamtstrafen); Vorwegvollzug (mehrere Strafen aus einer Verurteilung; einheitliche Bestimmung des Vorwegvollzugs).

§ 54 StGB; § 55 StGB; § 67 Abs. 2 Satz 2 StGB

**161. BGH 3 StR 519/09 – Beschluss vom 12. Januar 2010 (LG Flensburg)**

Ablehnung eines Beweisantrages (völlig ungeeignetes Beweismittel; Bedeutungslosigkeit; Beruhen).

§ 244 Abs. 3 StPO; § 337 StPO

**162. BGH 3 StR 527/09 – Beschluss vom 2. Februar 2010 (LG Lüneburg)**

Sicherungsverwahrung; Rückfallverjährung.

§ 66 StGB

**163. BGH 3 StR 530/09 – Beschluss vom 19. Januar 2010 (LG Düsseldorf)**

Durchsuchung von Wohnräumen (Gefahr im Verzuge; Anordnung durch die Polizei); richterlicher Bereitschaftsdienst; Verwertbarkeit von Beweismitteln.

§ 102 StPO; § 105 StPO; § 98 StPO; § 261 StPO

**164. BGH 3 StR 538/09 – Urteil vom 11. März 2010 (LG Mönchengladbach)**

Unterbringung in einer Entziehungsanstalt (Hang; Therapiedauer; Erfolgsaussicht); Sicherungsverwahrung (Hang; Suchtmittelabhängigkeit; Monokausalität); Anordnung mehrerer Maßregeln der Besserung und Sicherung.

§ 64 StGB; § 66 StGB; § 72 StGB

**165. BGH 3 StR 558/09 – Beschluss vom 2. Februar 2010 (LG Duisburg)**

Totschlag (Vorsatz; Tritte gegen den Kopf); Beweiswürdigung; Widerspruchsfreiheit der Feststellungen; Unterlassen (Ingerenz).

§ 261 StPO; § 212 StGB; § 15 StGB; § 13 StGB

**166. BGH 3 StR 559/09 – Beschluss vom 4. März 2010 (LG Oldenburg)**

Prozessuale Tat (Abweichung der Tatzeit); teilweise Einstellung des Verfahrens; Aufklärungspflicht (Schuldumfang).

§ 264 StPO; § 244 StPO; § 260 Abs. 3 StPO

**167. BGH 3 StR 564/09 – Beschluss vom 4. Februar 2010 (LG Hildesheim)**

Lückenhafte Beweiswürdigung (fehlende Erörterung naheliegender Sachverhaltsalternativen).

§ 261 StPO

**168. BGH 3 StR 568/09 – Urteil vom 18. Februar 2010 (LG Düsseldorf)**

Sicherungsverwahrung (Hang; erhebliche Straftaten); unwirksame Beschränkung der Revision (Sicherungsverwahrung; Unterbringung in einer Entziehungsanstalt; untrennbarer Zusammenhang).

§ 66 StGB; § 64 StGB; § 344 Abs. 1 StPO

**169. BGH 5 StR 24/10 – Beschluss vom 17. Juni 2010 (LG Berlin)**

Unmittelbarkeitsgrundsatz; Beruhen.

§ 250 StPO; § 337 StPO

**170. BGH 5 StR 72/10 – Beschluss vom 14. April 2010 (LG Berlin)**

Vertretung einer AG gegenüber ihren Vorstandsmitgliedern; Untreue (Zuordnung des Kapitalwerts einer Lebensversicherung; Versicherungsnehmer; Bezugsberechtigter).

§ 112 AktG; § 266 StGB

**171. BGH 5 StR 84/10 – Beschluss vom 5. Juli 2010 (LG Potsdam)**

Versuch; fakultative Strafmilderung (Gesamtschau; besonderes Gewicht versuchsbezogener Umstände).

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

**172. BGH 5 StR 103/10 – Beschluss vom 15. April 2010 (LG Leipzig)**

Strafzumessung (Gesamtwürdigung von Tat und Täterpersönlichkeit; gewichtige für den Täter sprechende Umstände).

§ 46 StGB

**173. BGH 5 StR 104/10 – Beschluss vom 20. Mai 2010 (LG Berlin)**

Erheblich verminderte Schuldfähigkeit (Ablehnung; sexuelle Devianz; schwere andere seelische Abartigkeit; Steuerungsfähigkeit; Urteilsgründe).

§ 21 StGB; § 267 Abs. 3 StPO

**174. BGH 5 StR 113/10 – Beschluss vom 13. April 2010 (LG Leipzig)**

Versuch (Strafrahmenwahl); Strafzumessung (Doppelverwertungsverbot; Versagung der Strafmilderung beim Versuch wegen Vollendungsnähe).

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

**175. BGH 5 StR 114/10 – Beschluss vom 17. Juni 2010 (LG Wuppertal)**

Strafvereitelung; Maßnahmevereitelung (Maßnahme; strafprozessuale Sicherungsmaßnahme; dinglicher Arrest); Verfall (erlangtes Etwas).



§ 258 StGB; § 111d StPO; § 73 StGB; § 11 Abs. 1 Nr. 8 StGB

**176. BGH 5 StR 115/10 – Urteil vom 18. Mai 2010 (LG Chemnitz)**

Mord (niedrige Beweggründe; „Abreibung“; Rache; Selbstjustiz); beendeter Versuch (wuchtiger Messerstich); Aufklärungspflicht.

§ 211 StGB; § 22 StGB; § 23 StGB § 24 StGB; § 244 Abs. 2 StPO

**177. BGH 5 StR 122/10 – Beschluss vom 14. April 2010 (LG Berlin)**

Unerlaubtes Handeltreiben mit Betäubungsmitteln (Eigennützigkeit); Beschränkung der Revision (Wirksamkeit trotz Rechtsfehlers in einem nicht angegriffenen Rechtsfolgenausspruch).

§ 344 Abs. 1 StPO; § 29 BtMG; § 40 StGB

**178. BGH 5 StR 127/10 – Beschluss vom 27. April 2010 (LG Flensburg)**

Überzeugungsbildung; Beweiswürdigung (Aussage gegen Aussage; Aussagekonstanz; Detailreichtum); Urteilsgründe; sexueller Missbrauch von Kindern.

§ 261 StPO; § 267 Abs. 3 StPO; § 176 StGB

**179. BGH 5 StR 88/10 – Beschluss vom 23. März 2010 (LG Leipzig)**

Strafzumessung; Urteilsgründe (zwingende Erörterung bestimmender Strafzumessungsgründe).

§ 267 Abs. 3 StPO; § 46 StGB

**180. BGH 5 StR 130/10 – Beschluss vom 17. Mai 2010 (LG Kiel)**

Strafzumessung (minder schwerer Fall; Würdigung der Persönlichkeit des Angeklagten); Unterbringung in einer Entziehungsanstalt (Hang; drogenfreie Intervalle).

§ 64 StGB; § 46 StGB

**181. BGH 5 StR 136/10 – Beschluss vom 28. April 2010 (LG Berlin)**

Einziehung von Wertersatz (Eigentum; Eigentümer); Verfall von Wertersatz (Vorrang der Ansprüche des Verletzten).

§ 74a StGB; § 74c StGB; § 73 StGB

**182. BGH 5 StR 138/10 – Beschluss vom 20. Mai 2010 (LG Chemnitz)**

Subventionsbetrug (Leichtfertigkeit; Möglichkeit der Zuordnung von Mitteilungen an den Subventionsgeber).

§ 264 StGB

**183. BGH 5 StR 142/10 – Beschluss vom 6. Juli 2010 (LG Braunschweig)**

Mord; Sicherungsverwahrung (Aufrechterhaltung der Maßregelverordnung bei nachträglicher Bildung der Gesamtstrafe); Härteausgleich.

§ 55 StGB; § 211 StGB; § 66 StGB

**184. BGH 5 StR 143/10 – Beschluss vom 18. Mai 2010 (LG Neuruppin)**

Täterschaft (sukzessive Mittäterschaft); Beihilfe; Umfang der revisionsgerichtlichen Kontrolle.

§ 25 StGB; § 27 StGB

**185. BGH 5 StR 157/10 – Beschluss vom 17. Mai 2010 (LG Flensburg)**

Lückenhafte Beweiswürdigung (fehlende Erörterung entlastender Indizien); Aussage gegen Aussage; Vergewaltigung.

§ 177 StGB; § 261 StPO

**186. BGH 5 StR 171/10 – Beschluss vom 2. Juni 2010 (LG Bautzen)**

Erheblich verminderte Schuldfähigkeit (Schwachsinn); Steuerungsfähigkeit; psychiatrischer Sachverständiger; Überzeugungsbildung; eigene Sachkunde; Urteilsgründe.

§ 21 StGB; § 261 StPO; § 267 Abs. 3 StPO

**187. BGH 5 StR 172/10 – Beschluss vom 19. Mai 2010 (LG Neuruppin)**

Unterbringung in einem psychiatrischen Krankenhaus (Verhältnismäßigkeit; Schwere der Anlasstat).

§ 62 StGB; § 63 StGB

**188. BGH 5 StR 182/10 – Beschluss vom 19. Mai 2010 (LG Dresden)**

Kronzeugenregelung (Anwendung auf das Tatopfer; Freiwilligkeit; Zeugenpflicht); Ermessenausübung (eigene Interessen; bereits entdeckte Tat; Aufklärungserfolg).

§ 46b StGB; § 51 StPO; § 70 StPO; § 100a Abs. 2 StPO

**189. BGH 5 StR 184/10 – Urteil vom 4. August 2010 (LG Berlin)**

Erweiterter Verfall (Erörterungsmangel; Diskrepanz zwischen Vermögenslage und legalen Einkommensquellen).

§ 73d StGB; § 267 Abs. 3 StPO

**190. BGH 5 StR 193/10 – Beschluss vom 2. Juni 2010 (LG Bremen)**

Unerlaubtes Handeltreiben mit Betäubungsmitteln (Konkurrenzen; Teilmengen); Strafzumessung (Regelbeispiel; Darlegungsanforderungen); erheblich verminderte Schuldfähigkeit.

§ 29 BtMG; § 267 Abs. 3 StPO; § 21 StGB; § 52 StGB; § 53 StGB; § 46 StGB

**191. BGH 5 StR 194/10 – Beschluss vom 6. Juli 2010 (LG Göttingen)**

Beweiswürdigung (Aussage gegen Aussage; Gesamtwürdigung aller Umstände; Erörterung fehlender Aussagekonstanz zum Kerngeschehen); Vergewaltigung.

§ 261 StPO; § 177 StGB

**192. BGH 5 StR 204/10 – Urteil vom 22. Juli 2010 (LG Dresden)**

Strafaussetzung zur Bewährung (weiter Prognosespielraum des Tatrichters; Meinung eines psychiatrischen Sachverständigen: keine Erörterungspflicht).

§ 56 Abs. 1 StGB; § 267 Abs. 3 StPO

**193. BGH 5 StR 206/10 – Beschluss vom 17. Juni 2010 (LG Berlin)**

Meistbegünstigung (doppelte Milderung; minder schwerer Fall); Unterbringung in einer Entziehungsanstalt (Hang; intensive Neigung zum Rauschmittelkonsum).

§ 250 Abs. 3 StGB; § 21 StGB; § 23 StGB; § 49 Abs. 1 StGB; § 64 StGB

**194. BGH 5 StR 209/10 – Beschluss vom 20. Juli 2010 (LG Bremen)**

Ablehnung wegen Besorgnis der Befangenheit (Unzulässigkeit; aus zwingenden rechtlichen Gründen völlig ungeeignete Begründung); Unterbringung in einem psychiatrischen Krankenhaus (Gefahrenprognose; Verhältnismäßigkeit).

§ 26a StPO; § 63 StGB; § 62 StGB

**195. BGH 5 StR 212/10 – Beschluss vom 21. Juli 2010 (LG Bremen)**

Unbegründete Revision; Besetzungsrüge (Präklusion).

§ 222b StPO; § 349 Abs. 2 StPO

**196. BGH 5 StR 240/10 – Beschluss vom 20. Juli 2010 (LG Kiel)**

Erheblich verminderte Schuldfähigkeit; Schuldunfähigkeit; Einsichtsfähigkeit; Steuerungsfähigkeit; Schwachsinn; Unterbringung in einem psychiatrischen Krankenhaus.

§ 20 StGB; § 21 StGB; § 63 StGB

**197. BGH 5 StR 243/10 – Beschluss vom 21. Juli 2010 (LG Hamburg)**

Unterbringung in einem psychiatrischen Krankenhaus; Gefährlichkeitsprognose (lückenhafte Feststellungen);

§ 63 StGB; § 62 StGB; § 267 Abs. 3 StPO

**198. BGH 5 StR 246/10 – Beschluss vom 21. Juli 2010 (LG Cottbus)**

Totschlag (bedingter Vorsatz; Beweiswürdigung; Dauer des Erstickens; wesentliche Anknüpfungstatsache).

§ 212 StGB; § 15 StGB; § 261 StPO

**199. BGH 5 StR 251/10 – Beschluss vom 20. Juli 2010 (LG Flensburg)**

Anrechnung in Portugal erlittener Auslieferungshaft (Maßstab 1:1).

§ 51 Abs. 4 Satz 2 StGB

**200. BGH 5 StR 256/10 – Beschluss vom 22. Juli 2010 (LG Flensburg)**

Nachstellung (Tatfolgen; Feststellungen; sachverständige Beratung); kurze Freiheitsstrafe (unbestrafter Angeklagter); Unterbringung in einem psychiatrischen Krankenhaus (Verhältnismäßigkeit; gravierende Störungen des Rechtsfriedens).

§ 238 Abs. 2 StGB; § 261 StPO; § 244 StPO; § 47 Abs. 1 StGB

**201. BGH 5 StR 300/10 – Beschluss vom 4. August 2010 (LG Berlin)**

Unzulässige Beweisantragsrüge (Mitteilung der den Mangel enthaltenden Tatsachen).

§ 244 StPO; § 344 Abs. 2 Satz 2 StPO

**202. BGH 5 StR 460/08 – Beschluss vom 27. April 2010 (LG Braunschweig)**

Verhandlung über die Entlassung eines in Abwesenheit des Angeklagten vernommenen Zeugen (Abwesenheit des Angeklagten); Anfrageverfahren.

§ 247 StPO; § 338 Nr. 5 StPO; § 132 GVG

**203. BGH 5 StR 487/09 – Beschluss vom 28. April 2010 (LG Potsdam)**

Besetzungsreduktion; Zweierbesetzung; Dreierbesetzung; Bedeutung der Sache; Zahl der Angeklagten; Beweisprobleme; Beweisantrag des Nebenklägers (größzügigere Handhabung des Ablehnungsrechts).

§ 76 Abs. 2 GVG; § 244 StPO; § 397 Abs. 1 StPO

**204. BGH 5 StR 491/09 (alt: 5 StR 109/07) – Beschluss vom 8. April 2010 (LG Potsdam)**

Parteiverrat; Rückwirkungsverbot (Rechtsprechungsänderung bei gleichbleibendem Gesetzeswortlaut).

§ 356 Abs. 2 StGB; Art. 103 Abs. 2 GG

**205. BGH 5 StR 556/09 – Urteil vom 23. März 2010 (LG Dresden)**

Bemessung der Jugendstrafe (schädliche Neigungen; Schwere der Schuld); Urteilsgründe.

§ 17 Abs. 2 JGG; § 18 JGG; § 54 JGG

**206. BGH StB 34/09 – Beschluss vom 31. Juli 2009 (Ermittlungsrichter des Bundesgerichtshofs)**

Hinreichende Wahrscheinlichkeit der Anwendbarkeit deutschen Strafrechts; Überwachung der Telekommunikation; Erhebung von Verkehrsdaten; eigene Sachentscheidung des Beschwerdegerichts (bloß formale Befassung des Vorderrichters).

§ 7 Abs. 2 Nr. 1 StGB; § 100a StPO; § 100g StPO; § 309 Abs. 2 StPO

**207. BGH StB 46/09 – Beschluss vom 4. März 2010 (Ermittlungsrichter des Bundesgerichtshofs)**

Akteneinsicht (Zeuge; Zeugenbeistand); Zeuge (Beeinflussung durch die Kenntnis der Angaben Dritter); Selbstbelastungsfreiheit; Auskunftsverweigerungsrecht (Gefahr der Strafverfolgung; mosaikartiges Beweisgebäude).

§ 475 StPO; § 477 StPO; § 147 StPO; § 58 StPO; § 243 StPO; Art. 20 Abs. 3 GG; Art. 6 Abs. 1 EMRK; § 55 StPO

**208. BVerfG 2 BvR 1183/09 (3. Kammer des Zweiten Senats) – Beschluss vom 15. November 2010 (LG Kempten [Allgäu]/AG Kempten [Allgäu])**

Anspruch auf rechtliches Gehör (beharrlicher und wiederholter Verstoß; Anspruch auf Kenntnisverschaffung über Stellungnahmen der Gegenseite; Möglichkeit der Äußerung), Rechtsschutzinteresse (Ausweichen auf Ersatz; Dauer des Verfassungsbeschwerdeverfahrens; Musikinstrument in der Untersuchungshaft: Gitarre).

Art. 103 Abs. 1 GG

**209. BVerfG 2 BvR 1377/07 (3. Kammer des Zweiten Senats) – Beschluss vom 3. November 2010**

Durchsetzbarkeit einer gerichtlichen Entscheidung im Strafvollzug (Nichtanwendbarkeit der Vorschriften der Verwaltungsgerichtsordnung); Subsidiarität der Verfassungsbeschwerde (Nichtumsetzung gerichtlicher Entscheidungen; Vornahmeantrag nach § 113 StVollzG); Anspruch auf Gewährleistung effektiven Rechtsschutzes.

Art. 19 Abs. 4 GG; § 170 VwGO; § 172 VwGO; § 90 Abs. 2 Satz 1 BVerfGG; § 113 StVollzG

**210. BVerfG 2 BvR 94/11 (3. Kammer des Zweiten Senats) – Beschluss vom 31. Januar 2011**

Gesetz zur Neuordnung des Rechts der Sicherungsverwahrung und zu begleitenden Regelungen vom 22. Dezember 2010 (Therapieunterbringungsgesetz); keine verfassungswidrige Ungleichbehandlung durch Beschränkung auf „Altfälle“.

Art. 3 Abs. 1 GG; § 1 Abs. 1 ThUG

**211. BGH 1 StR 18/10 – Beschluss vom 11. Januar 2011 (LG Hamburg)**

Unbegründete Anhörungsrüge.

§ 356a StPO

**212. BGH 1 StR 213/10 – Beschluss vom 8. Dezember 2010 (LG München II)**

Vorlage an den EuGH zur Vorabentscheidung; Warenverkehrsfreiheit; Strafbarkeit wegen Beihilfe zum unerlaubten Verbreiten urheberrechtlich geschützter Werke (grenzüberschreitender Verkauf eines in Deutschland urheberrechtlich geschützten Werkes; Verbreitungsbegriff; Territorialitätsprinzip; „Bauhaus-Fall“).

Art. 267 Abs. 1 lit. a, Abs. 3 AEUV; Art. 34, 36 AEUV; § 27 StGB; § 106 UrhG; § 108a UrhG; § 17 UrhG

**213. BGH 1 ARs 22/10 – Beschluss vom 15. Dezember 2010 (BGH)**

Anfrageverfahren; rückwirkende Aufhebung der Höchstfrist der Sicherungsverwahrung (anwendbares Recht; Rückwirkung; andere gesetzliche Regelung; EMRK); Gesetzlichkeitsprinzip.

Art. 5 EMRK; Art. 7 EMRK; § 2 Abs. 6 StGB; § 67d Abs. 3 Satz 1 StGB

**214. BGH 1 StR 254/10 – Urteil vom 15. Dezember 2010 (LG Mannheim)**

Anforderungen an einen Freispruch (Grenzen der Revisibilität der Beweiswürdigung; Fall Harry Wörz).

§ 261 StPO

**215. BGH 1 StR 421/10 – Beschluss vom 14. Dezember 2010 (LG Wuppertal)**

Im Einzelfall entbehrliche Berechnungsdarstellung und Angabe der Schadenshöhe bei der Umsatzsteuerhinterziehung (Vorsteuerabzug; Hinterziehungssystem); Feststellung des Hinterziehungsvorsatzes.

§ 370 AO; § 15 UStG; § 15 StGB; § 267 StPO

**216. BGH 1 StR 422/10 – Beschluss vom 14. Dezember 2010 (LG Wuppertal)**

Anordnung eines Selbstleseverfahrens bei einem Analphabeten als Angeklagtem (Widerspruch; herbeizuführender Gerichtsbeschluss; Wechsel des Verteidigers; Zwischenrechtsbehelf); im Einzelfall entbehrliche Berechnungsdarstellung und Angabe der Schadenshöhe bei der Umsatzsteuerhinterziehung (Vorsteuerabzug; Hinterziehungssystem); Feststellung des Hinterziehungsvorsatzes.

§ 370 AO; § 15 UStG; § 15 StGB; § 267 StPO; Art. 6 EMRK; § 249 StPO; § 238 Abs. 2 StPO

**217. BGH 1 StR 477/10 – Beschluss vom 15. Dezember 2010 (LG Mosbach)**

Verwerfung der Revision als unbegründet.

§ 349 Abs. 2 StPO

**218. BGH 1 StR 57/10 – Beschluss vom 14. Dezember 2010 (LG München I)**

Unbegründete Anhörungsrüge (Fassungsversehen; urteilsfremde Tatsachen als Grundlage der Entscheidung).

§ 356a StPO

**219. BGH 1 StR 484/10 – Beschluss vom 16. Dezember 2010 (LG Frankfurt am Main)**

Unbegründete Anhörungsrüge.

§ 356a StPO

**220. BGH 1 StR 509/10 – Beschluss vom 30. November 2010 (LG Nürnberg-Fürth)**

Anforderungen an einen hinreichenden Hinweis (Hinweispflicht); Beweisanspruch auf polygraphische Untersuchung (Begriff; mangelnde Eignung); Recht auf ein faires Verfahren (Übergehen eines Hilfsbeweisanspruches).

§ 265 StPO; § 244 Abs. 3 Satz 2 4. Var. StPO; § 338 Nr. 8 StPO

**221. BGH 1 StR 512/10 – Beschluss vom 15. Dezember 2010 (LG Hamburg)**

Regelbeispiele der Bestechung und Bestechlichkeit (Gewerbsmäßigkeit; Gesamtwürdigung; unbenannter schwerer Fall).

§ 335 Abs. 2 Nr. 1, Nr. 3. 1. Alt. StGB

**222. BGH 1 StR 540/10 – Beschluss vom 12. Januar 2011 (LG Augsburg)**

Unmittelbares Ansetzen zum Versuch beim Betrug (unmittelbare Täuschungshandlung); Rücktritt vom Versuch; Konfrontationsrecht (ermittlungsrichterliche Vernehmung; staatliche Vereitelung des Fragerecht: gebrechliche Zeugin, Zurechenbarkeit).

§ 263 StGB; § 22 StGB; § 24 StGB; Art. 6 Abs. 3 lit. d EMRK

**223. BGH 1 StR 544/09 – Beschluss vom 2. November 2010 (LG Limburg)**

Ablehnung von Beweisansprüchen wegen Unzumutbarkeit; Bedeutung des Grundsatzes der Spezialität (Europäischer Haftbefehl; Vollstreckungshindernis; Verfolgungshindernis); Strafverfolgungsverjährung bei der Umsatzsteuerhinterziehung (Unterbrechung; hinreichend bestimmter Ermittlungsumfang und Verfolgungswille); Zurückweisung eines Ablehnungsgesuchs wegen Prozessverschleppungsabsicht; Darlegungsanforderungen bei einer Vielzahl von Verfahrensrügen; fehlerhafte Gerichtsbesetzung (Recht auf den gesetzlichen Richter; Willkürerfordernis; abstrakt-genereller Geschäftsverteilungsplan; Besetzungsrüge); Steuerhinterziehung (Blankettstraftat; Vollendung bei Unterlassungstaten; Sachdarstellung; Berechnungsdarstellung; Kompensationsverbot; ungerechtfertigter Steuervorteil: Verlustabzug durch einen Grundlagenbescheid; verdeckte Gewinnausschüttung).

§ 370 AO; § 78 StGB; § 78c StGB; § 83h Abs. 2 Nr. 3 IRG; Art. 27 Abs. 3 lit. c Rahmenbeschlusses 2002/584/JI; § 26a StPO; § 344 Abs. 2 Satz 2 StPO; Art. 101 Abs. 1

Satz 2 GG; § 338 Nr. 1, 2, 3 und 5 StPO; § 192 Abs. 2 VVG

**224. BGH 1 StR 556/10 – Beschluss vom 15. Dezember 2010 (LG Nürnberg-Fürth)**

Abfassung der Urteilsgründe.  
§ 267 StPO

**225. BGH 1 StR 556/10 – Beschluss vom 15. Dezember 2010 (LG Nürnberg-Fürth)**

Abfassung der Urteilsgründe.  
§ 267 StPO

**226. BGH 1 StR 574/10 – Beschluss vom 30. November 2010 (LG Aschaffenburg)**

Vorsätzliches unerlaubtes Überlassen einer erlaubnispflichtigen Schusswaffe an einen Nichtberechtigten (Scheinkauf; Versuchsstrafbarkeit); unerlaubtes Handeln mit Schusswaffen; Konkurrenzen bei Waffendelikte; waffenrechtliche Dauerstrafat.  
§ 52 Abs. 1, Abs. 2, Abs. 3 Nr. 7 WaffG; § 52 StGB; § 53 StGB

**227. BGH 1 StR 579/09 – Urteil vom 2. November 2010 (LG München I)**

Betäubungsmittelstrafbarkeit beim Versand von Medikamenten ins Ausland (unerlaubte Ausfuhr von Betäubungsmitteln; Strafbarkeit bei ausgenommenen Zubereitungen: völkerrechtskonforme Auslegung; nicht geringe Menge von Benzodiazepinen und Zolpidem; milder schwerer Fall); Verbotsirrtum (Vermeidbarkeit: zuverlässige Auskunft; Handeln ohne Genehmigung; bedingtes Unrechtsbewusstsein); Gesetzlichkeitsprinzip (Bestimmtheitsgebot; Verweisungen; Spezifizierung).  
§ 30a Abs. 1 BtMG; § 1 Abs. 1, § 2 Abs. 1 Nr. 3 BtMG i.V.m. Anlage III zu § 1 Abs. 1 BtMG; § 29 Abs. 1 Satz 1 Nr. 1, Abs. 3 BtMG; § 17 StGB; § 16 Abs. 1 Satz 1 StGB

**228. BGH 1 StR 580/09 – Urteil vom 2. November 2010 (LG München I)**

Betäubungsmittelstrafbarkeit beim Versand von Medikamenten ins Ausland (unerlaubte Ausfuhr von Betäubungsmitteln; Strafbarkeit bei ausgenommenen Zubereitungen: völkerrechtskonforme Auslegung; nicht geringe Menge von Benzodiazepinen und Zolpidem); unvermeidbarer Verbotsirrtum (Vermeidbarkeit: zuverlässige Auskunft, Vermeidbarkeitszusammenhang; Handeln ohne Genehmigung; bedingtes Unrechtsbewusstsein); Gesetzlichkeitsprinzip (Verweisungen; Spezifizierung).  
§ 30a Abs. 1 BtMG; § 1 Abs. 1, § 2 Abs. 1 Nr. 3 BtMG i.V.m. Anlage III zu § 1 Abs. 1 BtMG; § 29 Abs. 1 Satz 1 Nr. 1, Abs. 3 BtMG; § 17 StGB

1. Die Grenzwerte für die nicht geringe Menge betragen für Diazepam 2.400 mg, für Alprazolam 240 mg, für Clonazepam 480 mg, Lorazepam 480 mg, für Oxazepam 7.200 mg, für Temazepam 4.800 mg und für Zolpidem 4.800 mg.

2. Werden Medikamente, mit den in Anlage III zu § 1 Abs. 1 BtMG aufgeführten Wirkstoffen, ohne die erforderliche Erlaubnis und Genehmigung über die deutsche Hoheitsgrenze ins Ausland verbracht, erfüllt eine solche Handlung den (Grund) Tatbestand des § 29 Abs. 1 Satz 1 Nr. 1

BtMG auch dann, wenn es sich um ausgenommene Zuwendungen handelt. Dies gilt auch dann, wenn die Tat handlungen in einem gewinnbringenden Verkauf liegen.

3. Hält ein Täter es auch nur für möglich, Unrecht zu tun, so fehlt ihm das Unrechtsbewusstsein nicht, wenn er diese Möglichkeit in derselben Weise wie beim bedingten Vorsatz in seinen Willen aufnimmt (st. Rspr., vgl. BGH NStZ 1996, 236, 237 mwN).

4. Zwar wird die Vermeidbarkeit durch die Rechtsauskunft einer verlässlichen Person in der Regel ausgeschlossen. Verlässlich in diesem Sinne ist aber nur eine zuständige, sachkundige, unvoreingenommene Person, die mit der Erteilung der Auskunft kein Eigeninteresse verfolgt und die Gewähr für eine objektive, sorgfältige, pflichtgemäße und verantwortungsbewusste Auskunftserteilung bietet (BGHSt 40, 257, 264).

**229. BGH 1 StR 580/10 – Beschluss vom 12. Januar 2011 (LG Landshut)**

Schulderhöhende Bedeutung der Verwirklichung mehrerer Varianten der sexuellen Nötigung (hilflose Lage: eigenständige Bedeutung, Schutz Behinderter; Gewalt).  
§ 177 Abs. 1 Nr. 2, Nr. 3 StGB

**230. BGH 1 StR 581/09 – Urteil vom 2. November 2010 (LG München I)**

BGHSt; Betäubungsmittelstrafbarkeit beim Versand von Medikamenten ins Ausland (unerlaubte Ausfuhr von Betäubungsmitteln; Strafbarkeit bei ausgenommenen Zubereitungen: völkerrechtskonforme Auslegung; nicht geringe Menge von Benzodiazepinen und Zolpidem); Abgrenzung von Tatbestandsirrtum und Verbotsirrtum (Vermeidbarkeit: zuverlässige Auskunft; Handeln ohne Genehmigung; bedingtes Unrechtsbewusstsein); Gesetzlichkeitsprinzip (Verweisungen; Spezifizierung).  
§ 30a Abs. 1 BtMG; § 1 Abs. 1, § 2 Abs. 1 Nr. 3 BtMG i.V.m. Anlage III zu § 1 Abs. 1 BtMG; § 29 Abs. 1 Satz 1 Nr. 1, Abs. 3 BtMG; § 17 StGB; § 16 Abs. 1 Satz 1 StGB

**231. BGH 1 StR 642/10 – Beschluss vom 15. Dezember 2010 (LG Augsburg)**

Rechtsfehlerhafte Bemessung der Dauer des Vorwegvollzugs (Halbstrafenzeitpunkt).  
§ 67 Abs. 2 Satz 3 StGB

**232. BGH 2 ARs 289/10 2 AR 184/10 – Beschluss vom 22. Dezember 2010 (OLG München)**

Ausschließung als Verteidiger; sofortige Beschwerde (mangelnde Abänderungskompetenz; Grenzen der Umdeutung eines Rechtsmittels bei Anträgen eines Rechtsanwalts in eine Gegenvorstellung).  
§ 138a StPO; § 311 Abs. 3 Satz 1 StPO

**233. BGH 2 StR 356/10 – Beschluss vom 14. Dezember 2010 (LG Aachen)**

Verwerfung der Revision als unbegründet  
§ 349 Abs. 2 StPO

**234. BGH 2 ARs 4/11 (2 AR 322/10) – Beschluss vom 5. Januar 2011 (AG Frankfurt am Main; AG Karlsruhe)**

Unbegründeter Verbindungsantrag (sachlicher Zusammenhang; Beschleunigungsinteresse).  
§ 3 StPO; § 4 StPO

**235. BGH 2 StR 356/10 – Urteil vom 17. November 2010 (LG Aachen)**

Sicherungsverwahrung (Hang).  
§ 66 Abs. 2, Abs. 3 Satz 1 und 2 StGB

**236. BGH 2 ARs 359/10 2 AR 201/10 – Beschluss vom 21. Dezember 2010 (AG Merseburg; AG Iserlohn; AG Aichach; AG Marburg)**

Verfahrensverbindung.  
§ 3 StPO

**237. BGH 2 StR 372/10 – Beschluss vom 8. Dezember 2010 (LG Bonn)**

Voraussetzungen des Auffangrechtserwerbs (mangelnde Darlegung im Urteil; Wertersatzverfall; Mittäterschaft: faktische Mitverfügungsgewalt; entgegenstehende Ansprüche Verletzter).  
§ 11 I Abs. 2 Satz 2 StPO; § 73 Abs. 1 Satz 1 StGB; § 73a Satz 1 StGB

**238. BGH 2 StR 387/10 – Beschluss vom 15. Dezember 2010 (BGH)**

Unzulässige und unbegründete Anhörrungsrüge.  
§ 356a StPO

**239. BGH 2 StR 401/10 – Beschluss vom 15. Dezember 2010 (LG Wiesbaden)**

Fahrlässige Körperverletzung (übersehene Strafverfolgungsverjährung; Strafzumessung; Beruhen).  
§ 229 StGB; § 78 StGB; § 46 Abs. 2 StGB; § 337 StPO

**240. BGH 2 ARs 409/10 2 AR 255/10 – Beschluss vom 22. Dezember 2010 (AG Wuppertal)**

Zuständigkeitsübertragung.  
§ 42 Abs. 3 Satz 1 JGG

**241. BGH 2 ARs 435/10 2 AR 275/10 – Beschluss vom 22. Dezember 2010 (AG Wittmund)**

Zuständigkeitsübertragung.  
§ 12 Abs. 2 StPO

**242. BGH 2 ARs 441/10 2 AR 252/10 – Beschluss vom 21. Dezember 2010 (AG Einbeck; LG Göttingen)**

Zuständigkeit für die Entscheidung über die Bewährungsaufsicht (Befasstsein).  
§ 462a Abs. 1 Satz 1, Abs. 4 Satz 1 und 3 StPO

**243. BGH 2 StR 445/10 – Beschluss vom 22. Dezember 2010 (LG Meiningen)**

Verfahrenseinstellung bei einer ganzen Reihe von Betrugstaten (Vermögensschaden und Rücktrittsrecht; vorläufige Verfahrenseinstellung; Beruhen).  
§ 263 StGB; § 154 Abs. 2 StPO; § 337 StPO

**244. BGH 2 ARs 456/10 – Beschluss vom 22. Dezember 2010 (BGH)**

Anfrageverfahren; rückwirkende Aufhebung der Höchstfrist der Sicherungsverwahrung (anwendbares Recht; Rückwirkung; andere gesetzliche Regelung; EMRK); Gesetzlichkeitsprinzip.

Art. 5 EMRK; Art. 7 EMRK; § 2 Abs. 6 StGB; § 67d Abs. 3 Satz 1 StGB

**245. BGH 2 StR 469/10 – Beschluss vom 1. Dezember 2010 (LG Kassel)**

Beischlaf mit Verwandten (übersehene Strafverfolgungsverjährung; Vorleben; Strafzumessung).  
§ 173 StGB; § 78 StGB; § 46 Abs. 2 StGB

**246. BGH 2 StR 481/10 – Beschluss vom 12. Januar 2011 (LG Mainz)**

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

**247. BGH 2 StR 488/10 – Beschluss vom 15. Dezember 2010 (LG Aachen)**

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

**248. BGH 2 StR 497/10 – Beschluss vom 21. Dezember 2010 (LG Erfurt)**

Berichtigungsbeschluss.  
§ 267 StPO

**249. BGH 2 StR 519/10 – Beschluss vom 24. November 2010 (LG Gera)**

Konkurrenzen und Tenorierung bei mehrfachen Diebstahlhandlungen (Teilidentität der Ausführungshandlungen).  
§ 242 StGB; § 243 StGB

**250. BGH 2 StR 526/10 – Beschluss vom 21. Dezember 2010 (LG Darmstadt)**

Rechtsfehlerhafte nachträgliche Gesamtstrafenbildung.  
§ 55 Abs. 1 StGB

**251. BGH 2 StR 531/10 – Urteil vom 15. Dezember 2010 (LG Aachen)**

Bedingter Tötungsvorsatz (Bedeutung der Hemmschwelle vor Tötungen für den Tötungsvorsatz; Einbeziehung der Motivlage: Rache; Gesamtwürdigung; dynamisches, unkontrollierbares Geschehen); Gefährliche Körperverletzung.  
§ 212 StGB; § 15 StGB; § 224 Abs. 1 Nr. 2 und 5 StGB

**252. BGH 2 StR 536/10 – Urteil vom 8. Dezember 2010 (LG Kassel)**

Anforderungen an den Rücktritt vom Versuch (Abgrenzung vom unbeendeten und beendeten Versuch; keine Vorstellung des möglichen Todeseintritts; besonders gefährliche Gewalthandlungen; Grenzen des Zweifelsgrundsatzes).  
§ 24 StGB

**253. BGH 2 StR 558/10 – Beschluss vom 24. November 2010 (LG Wiesbaden)**

Verfahrenseinstellung.

**254. BGH 2 StR 560/10 – Beschluss vom 15. Dezember 2010 (LG Meiningen)**

Schuldsspruchberichtigung.  
§ 354 Abs. 1 StPO

**255. BGH 2 StR 563/10 – Beschluss vom 21. Dezember 2010 (LG Aachen)**

Anforderungen an die Rüge einer mangelnden Kompensation einer rechtsstaatswidrigen Verfahrensverzögerung im Wege der Vollstreckungslösung (gesonderter Angriff; Anforderungen an die erforderliche Verfahrensrüge).  
Art. 6 EMRK; Art. 13 EMRK; § 344 Abs. 2 Satz 2 StPO

**256. BGH 2 StR 566/10 – Beschluss vom 15. Dezember 2010**

Verfahrenseinstellung (Todeseintritt); Entscheidung über die Kosten und notwendigen Auslagen.  
§ 206a StPO; § 467 Abs. 1, Abs. 3 Satz 2 Nr. 2 StPO

**257. BGH 2 StR 573/10 – Beschluss vom 12. Januar 2011 (LG Limburg)**

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

**258. BGH 2 StR 583/10 – Beschluss vom 12. Januar 2011 (LG Frankfurt am Main)**

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

**259. BGH 2 StR 588/10 – Beschluss vom 15. Dezember 2010 (LG Gera)**

Übersehene Strafverfolgungsverjährung (Beruhen).  
§ 78 StGB; § 337 StPO

**260. BGH 2 StR 594/10 – Beschluss vom 15. Dezember 2010 (LG Aachen)**

Rechtsfehlerhaft unterlassene Unterbringung in einer Entziehungsanstalt (Erörterungsmangel); Verfall von Wertersatz (mangelnde Darlegung der Voraussetzungen).  
§ 64 StGB; § 73 StGB; § 73a StGB

**261. BGH 2 StR 608/10 – Beschluss vom 15. Dezember 2010 (LG Gießen)**

Unzureichende Darlegung der Voraussetzungen des Wertersatzverfalls.  
§ 73a StGB; § 73c StGB

**262. BGH 4 StR 245/10 – Beschluss vom 28. September 2010 (LG Essen)**

Gefährdung für fremde Sachen von bedeutendem Wert (drohender Schaden bedeutenden Umfangs; Wertgrenze von 750 €).  
§ 315b Abs. 1 StGB; § 315c StGB; § 69 Abs. 2 Nr. 3 StGB; § 142 StGB

**263. BGH 4 ARs 27/10 – Beschluss vom 18. Januar 2011 (BGH)**

Anfrageverfahren; rückwirkende Aufhebung der Höchstfrist der Sicherungsverwahrung (anwendbares Recht; Rückwirkung; andere gesetzliche Regelung; EMRK); Gesetzlichkeitsprinzip.  
Art. 5 EMRK; Art. 7 EMRK; § 2 Abs. 6 StGB; § 67d Abs. 3 Satz 1 StGB

**264. BGH 4 StR 328/10 – Beschluss vom 11. Januar 2011 (BGH)**

Keine Wiedereinsetzung in den vorigen Stand zur Vorbereitung seiner Revision nach Verwerfung der Revision durch Beschluss.  
§ 349 Abs. 2 StPO; § 44 StPO

**265. BGH 4 StR 401/10 – Beschluss vom 7. Dezember 2010 (LG Magdeburg)**

Im Urteil belegte unzutreffende Erfassung eines verlesenen Behördengutachtens (Darlegungsanforderungen; Beruhen; Beweiswürdigung).  
§ 256 Abs. 1a StPO; § 337 StPO; § 344 Abs. 2 Satz 2 StPO

**266. BGH 4 StR 404/10 – Beschluss vom 4. November 2010 (LG Münster)**

Verwertung von Verkehrsdaten über Telekommunikationsvorgänge im Sinne der §§ 96, 113a TKG (Nichtigkeit der Vorratsdatenspeicherung); Verfahrenseinstellung nach Strafverfolgungsverjährung (zu Unrecht angenommene Unterbrechung); keine rückwirkende Anwendung der geänderten Vorschriften über die Rückgewinnungshilfe (milderes Recht).

Art. 10 GG; Art. 2 Abs. 1, Art. 1 GG; § 96 TKG; § 113a TKG; § 100g Abs. 1 Satz 1 StPO; § 31 BVerfGG; § 78 StGB; § 206a StPO; § 2 Abs. 5 StGB; § 111i Abs. 2 StPO

**267. BGH 4 StR 409/10 – Beschluss vom 7. Januar 2011 (LG Frankenthal)**

BGHR; Vermögensbetreuungspflicht des Gerichtsvollziehers bei der Untreue (gesetzliche Stellung als Vollstreckungsorgan; erteilter Vollstreckungsauftrags; Konkurrenzen: natürliche Handlungseinheit).  
§ 266 StGB; § 352 StGB; § 353 StGB; § 52 StGB

**268. BGH 4 StR 459/10 – Beschluss vom 2. Dezember 2010 (LG Bautzen)**

Unzulässige Revision mangels Beschwer des Angeklagten (Beschlussverwerfung; mangelnde Unterbringung in einer Entziehungsanstalt).  
§ 349 Abs. 1, Abs. 2 StPO; § 64 StGB

**269. BGH 4 StR 464/10 – Beschluss vom 2. Dezember 2010 (LG Münster)**

Rüge der rechtswidrigen Verwertung der Erkenntnisse aus einer Durchsuchung (Richtervorbehalt; Durchsuchungs- und Sicherstellungsprotokolls; Darlegungsvoraussetzungen).  
§ 105 StPO; § 102 StPO; § 344 Abs. 2 Satz 2 StPO

**270. BGH 4 StR 476/10 – Beschluss vom 2. Dezember 2010 (LG Rostock)**

Abgrenzung von Raub und räuberischer Erpressung (besonders schwerer Raub; Qualifikationen).  
§ 249 StGB; § 253 StGB; § 255 StGB; § 250 StGB

**271. BGH 4 StR 492/10 – Urteil vom 16. Dezember 2010 (LG Paderborn)**

Untreue (Missbrauchsalternative; [Art-]Handlungsvollmacht; Konkurrenzen zum versuchten Betrug; natürliche Handlungseinheit); Provisionsvertreterbetrug.  
§ 266 StGB; § 263 StGB; § 54 HGB; § 52 StGB; § 53 StGB

**272. BGH 4 StR 556/10 – Beschluss vom 30. November 2010 (LG Essen)**

Rechtsfehlerhaft unterbliebene Prüfung eines minder schweren Falles der sexuellen Nötigung.  
§ 177 Abs. 1, Abs. 5 1. Halbsatz StGB

**273. BGH 4 StR 557/10 – Beschluss vom 16. Dezember 2010 (LG Dessau-Roßlau)**

Nachholung einer unterbliebenen Festsetzung der Einzelstrafe in entsprechender Anwendung des § 354 Abs. 1 StPO.  
§ 354 Abs. 1 StPO

**274. BGH 4 StR 574/10 – Beschluss vom 9. Dezember 2010 (LG Stralsund)**

Unbegründeter Antrag des Angeklagten auf Wiedereinsetzung in den vorigen Stand (mangelnde Glaubhaftmachung).  
§ 45 StPO

**275. BGH 4 StR 620/10 – Beschluss vom 21. Dezember 2010 (LG Schwerin)**

Besonders schwere Fälle des Diebstahls (keine Tenorierung im Urteil; Austauschen eines Regelbeispiels: Beruhen).  
§ 243 StGB; § 260 StPO; § 337 StPO

**276. EuGH C-285/09 – Urteil der Großen Kammer vom 7. Dezember 2010 (BGH)**

Steuerhinterziehung (Umsatzsteuer; Mehrwertsteuer; Versagung der Befreiung innergemeinschaftlicher Waren-

lieferungen; innergemeinschaftliche Lieferung; aktive Teilnahme des Verkäufers an der Hinterziehung; Befugnisse der Mitgliedstaaten im Rahmen der Bekämpfung von Steuerhinterziehungen; Steuerumgehung; Missbrauch).

Art. 28c Teil A Buchst. a der Sechsten Richtlinie 77/388/EWG des Rates vom 17. Mai 1977; Art. 49 Abs. 1 Satz 1 EU-Grundrechtecharta; Art. 103 Abs. 2 GG; § 370 AO; § 4 Nr. 1 Buchst. B UStG; § 6a Abs. 1 UStG

**277. EGMR Nr. 6587/04 – Urteil der 5. Kammer vom 13. Januar 2011 (Haidn v. Deutschland)**

Verstoß gegen das Recht auf Freiheit und Sicherheit durch die nachträgliche Sicherungsverwahrung; Verbot der unmenschlichen Behandlung und Strafe.

Art. 3 EMRK; 5 EMRK; Art. 7 EMRK; Art. 1 GG, Art. 2 GG; Art. 20 Abs. 3 GG; Art. 103 Abs. 2 GG

**278. BGH 5 StR 152/10 – Beschluss vom 19. Mai 2010 (LG Hamburg)**

Unbegründete Revision.  
§ 349 Abs. 2 StPO

**279. BGH 5 StR 156/10 – Beschluss vom 5. Juli 2010 (LG Berlin)**

Beweiswürdigung (besonders problematische Beweislage; Angaben eines Mitangeklagten als zentrales belastendes Beweismittel; Umfang der revisionsgerichtlichen Kontrolle).

§ 261 StPO