

## SCHRIFTFLEITUNG

Prof. Dr. iur. Karsten Gaede

Juniorprofessor für deutsches und  
europäisches Strafrecht  
und Strafverfahrensrecht

Bucerius Law School

Jungiusstraße 6

20355 Hamburg

karsten.gaede@strate.net

## REDAKTION

RiLG Ulf Buermeyer, Prof. Dr. iur.

Karsten Gaede, RA Dr. iur. Stephan  
Schlegel

## STÄNDIGE MITARBEITER

Prof. Dr. Jochen Bung, M.A., Univ.

Passau; Ass.-Prof. Dr. Daniela Demko,  
LLM, (Univ. Luzern); Wiss. Ass. Dr. Lutz  
Eidam, LLM (Bucerius Law School);

Dr. Antje du Bois-Pedain, MJur  
(Oxon), (Univ. Cambridge); Prof. Dr.

Diethelm Kleszczewski (Univ. Leipzig);

Prof. Dr. Hans Kudlich (Univ. Erlan-  
gen-Nürnberg); StA Dr. Holger Mann,

Berlin/Karlsruhe; Prof. Dr. Frank  
Meyer, LLM (Yale), Univ. Zürich; 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. *Martin Böse*, Universität Bonn – **Der Grundsatz „ne bis in idem“ und der Europäische Haftbefehl: europäischer ordre public vs. gegenseitige Anerkennung** (Bespr. zu EuGH HRRS 2011 Nr. 970) S. 19

Prof. Dr. *Ulrich Eisenberg*, FU Berlin – **Zum Unvermögen mordmerkmalsspezifischer Motivationsbeherrschung bei (normalpsychologisch) nicht erklärbarem exzeptionellen Anerkennungsbedürfnis** (zugl. Anm. zu BGH HRRS 2011 Nr. 1166) S. 23

RA *Christian Richter*, Hamburg – **Tödliche militärische Gewalt und strafrechtliche Verantwortung** S. 28

Die Ausgabe umfasst eine Rezension.

## Entscheidungen

EGMR **Grenzen legitimer Einschränkungen des Konfrontationsrechts (Al-Khawaja u. Tahery vs. UK)**

BVerfG **Betrugsschaden und Beweisverwertung im Al Qaida-Verfahren**

BVerfG **Neuregelung der Telekommunikationsüberwachung**

BGHSt **Garantenstellung von Betriebsinhaber oder Vorgesetzten bei wiederholtem Mobbing**

BGHSt **Geltendmachung eines absoluten Revisionsgrundes gemäß § 338 Nr. 4 StPO ohne objektive Willkür nach Verständigung**

BGHSt **Verweisung auf ein elektronisches Speichermedium im Urteil**

BGHSt **Nicht geringe Menge bei Methamphetaminracemat**

BGHR **Anforderungen an die Wahllichtbildvorlage und Verwertbarkeit sowie Beweiswert bei Fehlern**

BGH **Erforderliche Vernehmung des Geschädigten beim Betrug**

BGH **Grenzen des öffentlichen Verkehrsraums beim gefährlichen Eingriff in den Straßenverkehr**

BGH **Rechtsfehlerhafte Strafschärfung bei ausländischen Vorstrafen wegen möglicher Tilgungsreife**

BGH **Vermeintliche Unwirksamkeit der Anklageschrift wegen des Gebrauchs der englischen Sprache**

BGH **Zustimmung zur Aufgabe der Interessentheorie**

Die Ausgabe umfasst 91 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

## SCHRIFTFLEITUNG

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

## REDAKTION

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

Als ständige Mitarbeiter wirken mit:

Prof. Dr. Jochen Bung, M.A., (Univ. Passau); Ass.-Prof. Dr. Daniela Demko, LLM, (Univ. Luzern); Dr. Antje du Bois-Pedain, MJur (Oxon.), (Univ. Cambridge); RA Wiss. Ass. Dr. Lutz Eidam, LLM (Bucerius Law School); Prof. Dr. Diethelm Kleszczewski (Univ. Leipzig); Prof. Dr. Hans Kudlich (Univ. Erlangen-Nürnberg); StA Dr. Holger Mann, Berlin/Karlsruhe; Prof. Dr. Frank Meyer, LLM (Yale), Univ. Zürich; 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  
13. Jahrgang, Januar 2012, Ausgabe

1

Rechtsprechung

## Strafrechtliche/strafverfahrensrechtliche Entscheidungen des EGMR/BVerfG

### 1. EGMR Nr. 26766/05 und 22228/06 (Große Kammer) – Urteil vom 15. Dezember 2011 (Al-Khawaja und Tahery v. Großbritannien)

Recht auf Konfrontation und Befragung von Zeugen (Recht auf ein faires Verfahren: Mindestrechte und Abwägung; prinzipielles Verbot der Verwertung als entscheidendes oder einziges Beweismittel; besonders vorsichtige Beweiswürdigung; Zeugenbegriff; anonyme und nicht erreichbare Zeugen; legitime Gründe für Rechtseinschränkungen bei zurechenbarer und allgemeiner Furcht des Zeugen; Gesamtrecht und Gesamtbetrachtung; R. v. Horncastle und Human Rights Act); Sondervotum Sajó und Karakas.

Art. 6 Abs. 1 Satz 1, Abs. 3 lit. d EMRK; Art. 2 Abs. 1 GG; Art. 20 Abs. 3 GG; § 240 StPO; § 244 Abs. 2 StPO; § 251 StPO; § 250 StPO; § 261 StPO

1. Wenn eine Verurteilung nur oder in entscheidendem Ausmaß auf einer Aussage beruht, die von einem Zeugen gemacht worden ist, hinsichtlich derer der Angeklagte unverschuldet weder während der Ermittlungen noch während des gerichtlichen Hauptverfahrens eine Gelegenheit hatte, sie zu prüfen oder prüfen zu lassen, sind die Verteidigungsrechte in der Regel in einem Umfang beschränkt, der mit den von Art. 6 EMRK gewährten Garantien unvereinbar ist. Anderes kann aber – auch in Abhängigkeit von den Besonderheiten des jeweiligen nationalen Strafverfahrenssystems – im Einzelfall bei der anzustellenden Gesamtprüfung der Fairness gelten, wenn hinreichende kompensierende Faktoren vorliegen, die insbesondere eine faire und angemessene Beurteilung des Beweiswerts der Aussage ermöglichen müssen. Die Prüfung ob derartige prozessuale Ausgleichsmaßnahmen in

einem Verfahren tatsächlich vorlagen, nimmt der EGMR mit der größtmöglichen Gründlichkeit vor.

2. Eine Verletzung des Art. 6 III lit. d, I 1 EMRK ist nicht nur dann möglich, wenn eine unkonfrontierte Aussage das einzige oder das entscheidende Beweismittel war. Eine Verletzung kann auch dann anzunehmen sein, wenn kein überzeugender Grund für eine Einschränkung des Konfrontationsrechts bestand. Ob eine Einschränkung durch überzeugende Gründe im Einzelfall gerechtfertigt war, ist vorrangig zu prüfen. Eine vollständige Verweigerung des Konfrontationsrechts muss hierbei gegenüber mildernden Einschränkungen als ultima ratio behandelt werden.

3. Einschränkungen des Art. 6 III lit. d, I 1 EMRK können aus verschiedenen Gründen gerechtfertigt sein. Sie kommen insbesondere in Betracht, wenn ein Zeuge verstorben ist. Auch die tatsächlich vorhandene Furcht eines lebenden Zeugen kann einen Grund darstellen. Hier ist jedoch zwischen einer allgemeinen Furcht und einer solchen zu unterscheiden, die dem Angeklagten zurechenbar ist. In letzterem Fall kann sich der Angeklagte nicht mehr auf Art. 6 III lit. d EMRK berufen. Es genügt jedoch nicht nur eine rein subjektiv begründete Furcht.

4. Die entscheidende Bedeutung einer Zeugenaussage ist nicht schon dann anzunehmen, wenn das Urteil auf ihr beruht. Eine entscheidende Bedeutung ist für Beweismittel anzunehmen, die für den Ausgang des Verfahrens absehbar oder nach dem vorliegenden Urteil besonders maßgeblich sind. Diese Prüfung ist auch von den vorhandenen weiteren Beweismitteln und ihrem Beweiswert abhängig.

5. Die Regel, dass sich Verurteilungen nicht allein oder in einem entscheidenden Ausmaß auf unkonfrontierte Zeugenaussagen stützen dürfen, erklärt sich insbesondere daraus, dass mit einer größeren Bedeutung des Beweismittels, das von Einschränkungen der Verteidigungsrechte betroffen ist, auch die Gefahr einer insgesamt im Verfahren eintretenden Unfairness wächst. Die Erfahrung zeigt, dass die Überzeugungskraft eines Beweismittels nur in Abhängigkeit von den Möglichkeiten zu seiner kritischen Überprüfung besteht. Zudem darf dem Angeklagten nicht das Recht entzogen werden, die gegen ihn erhobene Anklage effektiv zu prüfen und sich gegen diese zu verteidigen. Der Angeklagte muss effektiv am Verfahren teilhaben können.

6. Die Frage, ob ein Verfahren fair war, hängt nicht allein davon ab, ob die vorgelegten Beweise prima facie verlässlich erscheinen.

7. Zur Beurteilung in zwei Einzelfällen, in denen der EGMR in einem ersten Fall (Al-Khawaja) die Verwertung der Aussage einer mittlerweile verstorbenen unkonfrontierten Augenzeugin unter Rückgriff auf ihre Bestätigung durch weitere Beweismittel gestattete, und in einem zweiten Fall (Tahery) die Verwertung der Aussage eines wegen seiner starken Furcht unkonfrontierten Augenzeugen trotz der Belehrung der Jury über eine gebotene vorsichtige Beweiswürdigung als Verletzung einstufte.

**27. BVerfG 2 BvR 2500/09, 2 BvR 1857/10 (Zweiter Senat) – Beschluss vom 7. Dezember 2011 (BGH / OLG Düsseldorf)**

Akustische Wohnraumüberwachung (präventiv-polizeiliche; Kernbereich privater Lebensgestaltung; Rundumüberwachung; Persönlichkeitsprofil); Beweisverwertungsverbot (relatives, absolutes; Abwägungslösung; Widerspruchslösung); Recht auf ein faires Verfahren; Rechtsstaatsprinzip; Verhältnismäßigkeitsgrundsatz; Zitiergebot; Versicherungsbetrug (konkludente Täuschung; Eingehungsbetrug; Lebensversicherungsvertrag; Vermögensschaden und Gesetzlichkeitsprinzip: Schadenseintritt, Wahrscheinlichkeit, Bezifferung, Feststellungen).

Art. 1 Abs. 1 GG; Art. 2 Abs. 2 GG, Art. 13 GG; Art. 19 Abs. 1 Satz 2 GG; Art. 20 Abs. 3 GG; Art. 103 Abs. 2 GG; Art. 6 Abs. 1 EMRK; § 100c StPO; § 100d StPO; § 261 StPO; § 29 POG Rheinland-Pfalz; § 263 StGB

1. Nach dem Urteil des Bundesverfassungsgerichts vom 3. März 2004 (BVerfGE 109, 279 = HRSS 2004 Nr. 170) sind Vorschriften der Strafprozessordnung über die akustische Wohnraumüberwachung unvereinbar mit dem Grundgesetz, wenn sie keine Vorkehrungen zum Schutz des Kernbereichs privater Lebensgestaltung enthalten. Entsprechendes gilt für präventivrechtliche Vorschriften der Landespolizeigesetze.

2. Akustische Wohnraumüberwachungsmaßnahmen sind unzulässig, wenn durch sie zum Kernbereich privater Lebensgestaltung gehörende Informationen erfasst werden oder wenn dies zu erwarten ist. Werden gleichwohl derartige Informationen erhoben, so unterliegen diese einem absoluten Verwertungs- und Verwendungsverbot.

3. Vor dem Hintergrund des Persönlichkeitsrechts des Beschuldigten ist eine Überwachung unzulässig, die sich über einen längeren Zeitraum erstreckt und derart umfassend ist, dass nahezu lückenlos alle Bewegungen und Lebensäußerungen des Beschuldigten registriert werden und zur Grundlage für ein Persönlichkeitsprofil werden können (sog. Rundumüberwachung).

4. Informationen aus einer präventiv-polizeilichen akustischen Wohnraumüberwachung, deren Rechtsgrundlage mangels Vorkehrungen zum Kernbereichsschutz als grundgesetzwidrig einzustufen ist, müssen aus verfassungsrechtlicher Perspektive nicht generell ein Beweisverwertungsverbot zur Folge haben. Eine Beweisverwertung ist insbesondere dann zulässig, wenn die konkrete Durchführung der Ermittlungsmaßnahme den verfassungsrechtlichen Anforderungen zum Schutz des Kernbereichs privater Lebensgestaltung entsprochen hat.

5. Ein Beweisverwertungsverbot kann jedoch im Einzelfall anzunehmen sein, wenn andernfalls das Recht auf ein faires Verfahren verletzt würde. Dies ist der Fall, wenn die Verwertung des rechtswidrig erhobenen Beweises bei einer Abwägung des staatlichen Strafverfolgungsinteresses mit den Beschuldigtenrechten diese unverhältnismäßig beeinträchtigen würde, etwa weil der Beschuldigte keine angemessene Einflussnahmemöglichkeit auf das Verfahren mehr hätte oder weil die Mindestanforderun-

gen an eine zuverlässige Wahrheitserforschung nicht mehr gewahrt sind. Dasselbe gilt nach schwerwiegenden oder willkürlichen Rechtsverstößen, bei denen grundrechtliche Sicherungen systematisch missachtet worden sind.

6. Die Verwertung personenbezogener Informationen des Beschuldigten in einem strafgerichtlichen Urteil greift zwar in dessen allgemeines Persönlichkeitsrecht ein, ist jedoch auf der Grundlage des § 261 StPO zu rechtfertigen, sofern der Grundsatz der Verhältnismäßigkeit gewahrt wird. Die Rechtsprechung der Strafgerichte trägt dem Verhältnismäßigkeitsgrundsatz angemessen Rechnung, indem sie Beweisverwertungsverbote anerkennt, die im Rahmen einer Abwägungslösung im Einzelfall aus Verstößen bei der Informationserhebung folgen. Im Rahmen der Verhältnismäßigkeitsprüfung stellen die Anforderungen einer funktionstüchtigen Strafrechtspflege einen mit Verfassungsrang ausgestatteten, die Verwertung rechtfertigenden Zweck dar. Dies gilt auch im Falle einer Zweckänderung, etwa bei Daten, die ursprünglich zu präventiv-polizeilichen Zwecken erhoben worden sind.

7. Auf § 261 StPO findet das Zitiergebot nach Art. 19 Abs. 1 Satz 2 GG keine Anwendung. Im Hinblick auf dessen Warn- und Besinnungsfunktion reicht es aus, wenn ihm auf der Erhebungsebene Rechnung getragen wird, wenn dabei zugleich die weitere Verwendung der Daten in einem gerichtlichen Verfahren geregelt ist.

8. Die von der strafgerichtlichen Rechtsprechung entwickelte Fallgruppe des Eingehungsbetruges, wonach bereits der täuschungsbedingte Abschluss eines Vertrages zu einer Strafbarkeit wegen vollendeten Betruges führen kann, wenn der vom Vertragspartner erworbene Anspruch einen geringeren Wert hat als die eingegangene Verpflichtung, verstößt im Grundsatz nicht gegen die Anforderungen des Bestimmtheitsgebots des Art. 103 Abs. 2 GG.

9. Nicht gegen das Bestimmtheitsgebot verstößt in diesem Zusammenhang im Grundsatz auch die Annahme eines bereits eingetretenen Vermögensschadens auf der Grundlage der konkreten Gefahr eines noch in der Zukunft liegenden Vermögensverlustes. Voraussetzung ist hierbei jedoch, dass der angenommene Vermögensschaden im Sinne des § 263 Abs. 1 StGB in den Urteilsgründen wirtschaftlich nachvollziehbar festgestellt und dargelegt wird. Eine exakte Bezifferung kann bei Unsicherheiten durch die Schätzung eines Mindestschadens ersetzt werden, die allerdings normativ-wirtschaftlich tragfähig sein muss. In Evidenzfällen erübrigt sich eine nähere Darlegung.

10. Die Annahme des Bundesgerichtshofs in dem Urteil vom 14. August 2009 (3 StR 552/08 = HRRS 2009 Nr. 890), bereits der Abschluss einer Lebensversicherung in der Absicht, später den Versicherungsfall vorzutauschen, stelle einen vollendeten Eingehungsbetrag dar, verletzt das Bestimmtheitsgebot des Art. 103 Abs. 2 GG, weil es an der tragfähigen Feststellung eines Vermögensschadens fehlt. Hierfür genügt nicht das abstrakte Risiko des Versicherungsunternehmens, welches in dem Vertragsschluss mit einem unredlichen Vertragspartner begründet liegt. Vielmehr wäre die Höhe der angenommenen bereits

eingetretenen Vermögenseinbuße für das Versicherungsunternehmen darzulegen und die Wahrscheinlichkeit festzustellen gewesen, mit welcher die geplante, noch von wesentlichen Zwischenschritten abhängige Vortäuschung des Versicherungsfalles letztlich gelingen würde.

11. Die Erfassung konkludenter Täuschungen darüber, zukünftig den eigenen vertraglichen Verpflichtungen nachkommen zu wollen und keine Verletzung vertraglicher Pflichten zu beabsichtigen, bewirkt keine Entgrenzung des § 263 Abs. 1 StGB oder Ausuferung der Strafbarkeit, soweit nicht schon allein „allgemeine Unredlichkeit“ oder „böse Absichten“ strafbar sind und ein schlüssiges Verhalten mit entsprechendem Erklärungswert für den konkreten Einzelfall aufgewiesen wird. Weder die bloße Verletzung oder beabsichtigte Verletzung von Vertragspflichten ohne Vermögensbezug führt zur Strafbarkeit.

### **29. BVerfG 2 BvR 236/08, 2 BvR 237/08, 2 BvR 422/08 (Zweiter Senat) – Beschluss vom 12. Oktober 2011**

Gesetz zur Neuregelung der Telekommunikationsüberwachung; Zitiergebot; Grundsatz der Verhältnismäßigkeit; Katalogtat; Kernbereich privater Lebensgestaltung; effektiver Rechtsschutz; Benachrichtigungspflicht; Berufsgeheimnisträger; Beweiserhebungsverbot; Beweisverwertungsverbot.

Art. 1 Abs. 1 GG; Art. 3 Abs. 1 GG; Art. 10 GG; Art. 13 GG; Art. 19 Abs. 1 Satz 2 GG; Art. 19 Abs. 4 GG; Art. 47 GG; § 53 StPO; § 100a Abs. 2 StPO; § 100a Abs. 4 StPO; § 100f StPO; § 101 StPO; § 110 Abs. 3 StPO; § 160a StPO

1. § 100a Abs. 2 und 4, § 101 Abs. 4 bis 6 und § 160a StPO in der Fassung, die sie durch das Gesetz zur Neuregelung der Telekommunikationsüberwachung vom 21. Dezember 2007 erhalten haben, sind verfassungsgemäß.

2. Das Zitiergebot nach Art. 19 Abs. 1 Satz 2 GG fordert vom Gesetzgeber die Bezeichnung des einzuschränkenden Grundrechts nicht nur bei der Schaffung von Eingriffsnormen, sondern auch bei einer erheblichen Änderung solcher Bestimmungen. Eine erhebliche Gesetzesänderung liegt nicht darin, dass nach der Neuregelung des § 101 Abs. 6 Satz 3 StPO mit Zustimmung des Gerichts von der Benachrichtigung des von einer verdeckten Ermittlungsmaßnahme Betroffenen abgesehen werden kann. Der Gesetzgeber durfte davon absehen, das von der Vorschrift neben Art. 10 GG berührte Grundrecht auf Unverletzlichkeit der Wohnung zu bezeichnen.

3. Die Erweiterung des Katalogs von Straftaten, zu deren Aufklärung nach § 100a Abs. 2 StPO Maßnahmen der Telekommunikationsüberwachung zulässig sind, verletzt nicht den Grundsatz der Verhältnismäßigkeit, weil nach wie vor nur schwere Straftaten erfasst sind. Die Schwere ergibt sich zwar nicht allein aus der bei allen erfassten Taten angedrohten Höchststrafe von mindestens fünf Jahren Freiheitsstrafe, weil diese im Strafgesetzbuch den Regelfall darstellt. Jedoch sind in den Katalog nur Taten aufgenommen worden, die in erheblicher Weise entweder die Funktionsfähigkeit des Staates und seiner Einrichtungen oder Rechtsgüter Privater beeinträchtigen. Zur Wah-

rung der Verhältnismäßigkeit trägt daneben bei, dass die jeweilige Tat auch im Einzelfall schwer wiegen muss.

4. Die Menschenwürdegarantie des Art. 1 Abs. 1 GG gewährleistet, dass ein Kernbereich privater Lebensgestaltung vor Eingriffen durch Maßnahmen der Telekommunikationsüberwachung unberührt bleibt. Den Kernbereich betreffende Informationen dürfen nicht in einem Urteil verwertet oder sonst verwendet werden. Dem trägt § 100a Abs. 4 StPO angemessen Rechnung, indem er die zielgerichtete Erhebung kernbereichsrelevanter Daten verbietet und Überwachungsmaßnahmen untersagt, wenn etwa aufgrund des Gesprächspartners ein abschließlicher Kernbereichsbezug zu erwarten ist. Für den Fall der versehentlichen (Mit-)Erfassung kernbereichsrelevanter Informationen stellt § 100a Abs. 4 StPO in der Auswertungsphase den Grundrechtsschutz hinreichend sicher, indem er Dokumentations- und Löschungspflichten sowie ein Verwertungsverbot vorsieht.

5. Das von Art. 19 Abs. 4 GG garantierte Recht auf effektiven Rechtsschutz gewährleistet, dass ein von einer verdeckten strafprozessualen Ermittlungsmaßnahme Betroffener zumindest nachträglich von der Maßnahme unterrichtet wird. Ausnahmen von diesem Grundsatz sind nur in engen Grenzen und nur in Abwägung mit verfassungsrechtlich geschützten Rechtsgütern Dritter zulässig, etwa wenn die Maßnahme ansonsten ihren Zweck verfehlen würde, wenn die Benachrichtigung zu einer Gefährdung von Leib und Leben einer Person führen würde oder wenn sie den Grundrechtseingriff noch vertiefen würde. Diesen Vorgaben wird die Regelung in § 101 Abs. 4 bis Abs. 6 StPO gerecht.

6. Ein absolutes Beweiserhebungs- und Verwendungsverbot, wie es § 160a Abs. 1 StPO vorsieht, ist angesichts der verfassungsrechtlichen Verpflichtung des Staates, eine effektive Strafverfolgung zu gewährleisten, auf besondere Ausnahmefälle zu beschränken. Eine derartige Beschränkung kann geboten sein, wenn die keiner Abwägung zugängliche Menschenwürdegarantie berührt ist, weil die Kommunikation des Beschuldigten bei typisierender Betrachtung den unantastbaren Bereich privater Lebensgestaltung betrifft, wie dies etwa bei Gesprächen mit einem Geistlichen, dem Verteidiger oder – aufgrund der Nähe der Tätigkeitsfelder – einem Rechtsanwalt der Fall ist. Bei Abgeordneten rechtfertigt sich der absolute Schutz aus der verfassungsrechtlichen Gewährleistung der Institution des Parlaments und seiner Funktionsfähigkeit, die Art. 47 GG auch in strafprozessualer Hinsicht absichert. Die Kommunikation aller anderen Berufsgheimnisträger mit dem Beschuldigten unterliegt demgegenüber nur einem relativen Beweisverbot, was § 160 Abs. 2 StPO in verfassungsrechtlich nicht zu beanstandender Weise normiert.

**28. BVerfG 2 BvR 148/11 (2. Kammer des Zweiten Senats) – Beschluss vom 15. Dezember 2011 (BGH / LG Aachen)**

Doppelbestrafungsverbot (europäisches, transnationales); gesetzlicher Richter; Europäischer Gerichtshof; Vorlagepflicht; Unvollständigkeit der Rechtsprechung. Art. 101 Abs. 1 Satz 2 GG; Art. 103 Abs. 3 GG; Art. 50 EU-Grundrechtecharta; Art. 52 Abs. 1 EU-

Grundrechtecharta; Art. 54 SDÜ; § 1 Abs. 2 EuGHG; Art. 267 Abs. 3 AEUV

1. Das Doppelbestrafungsverbot des Art. 103 Abs. 3 GG ist nur einschlägig, wenn eine Entscheidung durch ein deutsches Gericht ergangen ist. Auf transnationale Sachverhalte ist die Bestimmung nicht anwendbar. Abweichendes ergibt sich nicht aus völkerrechtlichen Vereinbarungen wie Art. 14 des Internationalen Paktes über bürgerliche und politische Rechte oder Art. 4 des 7. Zusatzprotokolls zur EMRK, deren Anwendungsbereich jeweils ebenfalls auf innerstaatliche Aburteilungen beschränkt ist.

2. Der Europäische Gerichtshof ist gesetzlicher Richter im Sinne des Art. 101 Abs. 1 Satz 2 GG. Unterlässt ein Gericht eine nach Art. 267 Abs. 3 AEUV gebotene Vorlage an den EuGH, so stellt dies allerdings nur dann einen Verstoß gegen Art. 101 Abs. 1 Satz 2 GG dar, wenn die Nichtvorlage willkürlich war. Dies kann insbesondere der Fall sein, wenn ein Gericht trotz Zweifeln an der Rechtsauslegung eine Vorlage nicht in Betracht zieht oder wenn es trotz bewusster Abweichung von der Rechtsprechung des EuGH von einer Vorlage absieht.

3. In Fällen der Unvollständigkeit der Rechtsprechung des EuGH verletzt ein Gericht durch die Nichtvorlage Art. 101 Abs. 1 Satz 2 GG nur dann, wenn es die entscheidungserhebliche Frage in unvertretbarer Weise beantwortet. Dies ist nur der Fall, wenn die gegenteilige Auffassung eindeutig vorzuziehen ist, nicht bereits dann, wenn sie von Stimmen in der Literatur unterstützt wird.

4. Die Auffassung, das Verbot der Doppelbestrafung in Art. 50 Grundrechtecharta sei wie Art. 54 SDÜ an die Vollstreckung der zuvor verhängten Strafe gekoppelt, obwohl die Vorschrift dies nicht ausdrücklich festschreibt, ist nicht willkürlich. Dies ergibt sich insbesondere aus der Einschränkungsmöglichkeit nach Art. 52 Abs. 1 Grundrechtecharta in Verbindung mit den Erläuterungen zur Charta.

**30. BVerfG 2 BvR 1334/10 (3. Kammer des Zweiten Senats) – Beschluss vom 22. November 2011 (OLG Düsseldorf / LG Kleve)**

Unterbringung in einem psychiatrischen Krankenhaus; Aussetzung zur Bewährung; Sachaufklärung (richterliche); Prognoseentscheidung; Sachverständigengutachten; Aktenbeziehung; Überprüfungsfristen.

Art. 2 Abs. 2 GG; Art. 104 Abs. 1 GG; § 63 StGB; § 67d StGB; § 67e StGB; § 463 Abs. 4 StPO

1. Aus der freiheitssichernden Funktion des Art. 2 Abs. 2 GG folgt, dass alle Entscheidungen, die den Entzug der persönlichen Freiheit betreffen, auf einer den Mindestanforderungen genügenden richterlichen Sachaufklärung beruhen müssen. Die richterliche Aufklärungspflicht gilt dabei auch im Vollstreckungsverfahren sowie generell in Verfahren, die dem Freibeweis unterliegen.

2. Bei der Prognose über die Gefährlichkeit eines in einem psychiatrischen Krankenhaus Unterbrachten ist das Gericht auch bei einer turnusmäßigen Überprüfung der Unterbringung nach § 67e Abs. 2 StGB in der Regel verpflichtet, einen Sachverständigen hinzuzuziehen.

Zugleich kann es verfassungsrechtlich geboten sein, die Akten des Erkenntnisverfahrens beizuziehen und das dort enthaltene Gutachten als zusätzliche Erkenntnisquelle bei der Fortdauerentscheidung zu berücksichtigen.

3. Die Vorschriften über die regelmäßige Überprüfung der weiteren Vollstreckung der Unterbringung in einem psychiatrischen Krankenhaus (§ 67d Abs. 2 und Abs. 6, § 67e StGB) dienen der verfahrensrechtlichen Absicherung des Grundrechts aus Art. 2 Abs. 2 Satz 2 GG und der Wahrung des Grundsatzes der Verhältnismäßigkeit. Das Vollstreckungsgericht muss eine rechtzeitige Entscheidung vor Ablauf der Überprüfungsfrist sicherstellen und dabei berücksichtigen, dass in aller Regel eine sachverständige Begutachtung sowie eine persönliche Anhörung des Betroffenen durchzuführen ist. Im Falle einer Fristüberschreitung hat das Vollstreckungsgericht deren Gründe in der Fortdauerentscheidung darzulegen.

### **32. BVerfG 2 BvR 1758/10 (3. Kammer des Zweiten Senats) – Beschluss vom 29. November 2011 (OLG Nürnberg)**

Lebenslange Freiheitsstrafe (Reststrafaussetzung zur Bewährung; Legalprognose; Vollzugslockerungen). Art. 2 Abs. 2 Satz 2 GG; Art. 104 Abs. 2 GG; § 57a StGB; § 454a Abs.1 StPO

1. Die Entscheidung über die Aussetzung des Strafrestes einer lebenslangen Freiheitsstrafe zur Bewährung ist verfassungsrechtlich vor allem daraufhin zu überprüfen, ob der Freiheitsanspruch des Verurteilten und das Sicherheitsbedürfnis der Allgemeinheit in einen dem Grundsatz der Verhältnismäßigkeit entsprechenden Ausgleich gebracht worden sind. Dabei sind die Anforderungen an die Verhältnismäßigkeit des Freiheitsentzuges umso höher, je länger dieser bereits andauert. Umgekehrt muss das Rückfallrisiko umso geringer sein, je höherwertige Rechtsgüter durch den Verurteilten gefährdet werden.

2. Die gebotene Abwägung muss auf der Grundlage einer hinreichenden Tatsachengrundlage erfolgen. Mit zunehmender Dauer des Freiheitsentzuges steigen die verfahrensrechtlichen Anforderungen an die Sachverhaltsaufklärung ebenso wie die verfassungsgerichtliche Kontrolldichte. Bei einer Vollzugsdauer von ca. 45 Jahren sind dabei jeweils strengste Maßstäbe anzulegen.

3. Besondere Bedeutung im Rahmen der Prognoseentscheidung kommen dem Verurteilten gewährte Vollzugslockerungen zu, weil diese einen geeigneten Indikator für die künftige Legalbewährung darstellen. Die unberechtigte Versagung von Vollzugslockerungen führt zu einem von der Vollzugsbehörde zu verantwortenden Prognosedefizit, welches sich weder einseitig zu Lasten des Verurteilten noch des Sicherheitsbedürfnisses der Allgemeinheit auswirken darf.

4. Das Vollstreckungsgericht hat die Rechtmäßigkeit der Versagung von Vollzugslockerungen zu prüfen. Ein durch rechtswidrig unterbliebene Vollzugslockerungen entstandenes Prognosedefizit hat es zu beseitigen, indem es eine Aussetzung der weiteren Vollstreckung zur Bewährung nach § 454a Abs.1 StPO in Erwägung zieht. Dabei kann es bereits für die Zeit vor der Entlassung Auflagen und

Weisungen erteilen und seine Bewährungsentscheidung bei Bedarf jederzeit unter erleichterten Voraussetzungen korrigieren.

### **31. BVerfG 2 BvR 1665/10 (3. Kammer des Zweiten Senats) – Beschluss vom 29. November 2011 (OLG Frankfurt am Main / LG Gießen)**

Unterbringung in einem psychiatrischen Krankenhaus; Fortdauerentscheidung; Überprüfungsfristen. Art. 2 Abs. 2 GG; Art. 104 Abs. 1 GG; § 63 StGB; § 67d StGB; § 67e StGB

1. Die Vorschriften über die regelmäßige Überprüfung der weiteren Vollstreckung der Unterbringung in einem psychiatrischen Krankenhaus dienen der verfahrensrechtlichen Absicherung des Grundrechts aus Art. 2 Abs. 2 Satz 2 GG und der Wahrung des Grundsatzes der Verhältnismäßigkeit. Das Vollstreckungsgericht muss eine rechtzeitige Entscheidung vor Ablauf der Überprüfungsfrist sicherstellen.

2. Im Falle einer Fristüberschreitung haben das Vollstreckungsgericht wie auch das Rechtsmittelgericht in ihren Entscheidungen darzulegen, welche Umstände die Einhaltung der Frist verhindert haben, um eine (verfassungs-)gerichtliche Nachprüfung zu ermöglichen, ob die Grundrechte des Untergebrachten angemessen berücksichtigt worden sind. Dies gilt insbesondere, wenn die Überprüfungsfrist erheblich – konkret: über ein halbes Jahr – überschritten worden ist.

### **33. BVerfG 2 BvR 2181/11 (2. Kammer des Zweiten Senats) – Beschluss vom 8. Dezember 2011 (OLG Dresden / LG Dresden)**

Einstweilige Unterbringung in einem psychiatrischen Krankenhaus (schizophrene Psychose; unerkannte Schuldunfähigkeit; Gefahrprognose; Verhältnismäßigkeit; Beschleunigungsgrundsatz). Art. 2 Abs. 2 GG; Art. 104 Abs. 1 GG; § 62 StGB; § 63 StGB; § 120 StPO; § 126a StPO

1. Eingriffe in das Grundrecht auf Freiheit der Person können durch unabwiesbare Bedürfnisse einer wirksamen Strafrechtspflege gerechtfertigt sein, die jedoch im Falle vorläufiger Freiheitsbeschränkungen laufend mit dem Freiheitsanspruch des noch nicht rechtskräftig verurteilten Beschuldigten abzuwägen sind. Dabei folgt aus dem Verhältnismäßigkeitsgrundsatz, dass derartige Verfahren beschleunigt durchzuführen sind. Dasselbe gilt, wenn das Strafverfahren wegen einer zunächst unerkannten Schuldunfähigkeit wieder aufgenommen wird.

2. Alle strafprozessualen Verfahren, die mit einer Freiheitsentziehung verbunden sind, sind in einer Weise zu betreiben, die der Bedeutung des Freiheitsgrundrechts gerecht wird. Ist etwa im Sicherungsverfahren eine einstweilige Unterbringung in einem psychiatrischen Krankenhaus nach § 126a StPO angeordnet, so sind umso höhere Anforderungen an die Rechtfertigung des Freiheitsentzuges zu stellen, je länger dieser bereits andauert. Eine besonders sorgfältige Prüfung der Verhältnismäßigkeit ist auch geboten, wenn sich ein Beschuldigter vor der Einleitung des Sicherungsverfahrens bereits lange

Zeit und ohne angemessene psychiatrische Behandlung in Straftat befunden hat, weil er unerkannt schuldunfähig war.

3. Die einstweilige Unterbringung in einem psychiatrischen Krankenhaus setzt bereits einfachrechtlich eine erhöhte Wahrscheinlichkeit voraus, dass eine Gesamtwürdigung in der Hauptverhandlung ergeben wird, dass von dem Beschuldigten infolge seines Zustandes erhebliche rechtswidrige Taten zu erwarten sind und er deshalb für die Allgemeinheit gefährlich ist. Diese Prognose kann sich entweder aus dem Charakter der Anlasstaten oder aus der konkreten Erwartung von Gewalt- oder Aggressionsdelikten ergeben. Nicht ausreichend ist es hingegen regelmäßig, wenn lediglich Beleidigungs- und Bedrohungsdelikte und allenfalls bei fortschreitender Exazerbation möglicherweise auch Körperverletzungsdelikte oder schwerwiegendere Taten zu erwarten sind.

4. Erhebliche, vermeidbare und dem Staat zuzurechnende Verfahrensverzögerungen sind allenfalls dann verhältnismäßig, wenn von dem Beschuldigten eine außergewöhnlich hohe Gefahr für die Allgemeinheit ausgeht. Dem Staat zuzurechnen sind insbesondere Verzögerungen, die sich daraus ergeben, dass das Revisionsgericht wegen Darlegungsmängeln hinsichtlich der Sachverständigenbewertung das Urteil aufgehoben hat, mit dem eine Unterbringung nach § 63 StGB ausgesprochen worden ist. Dasselbe gilt in der Regel, wenn nicht innerhalb von drei Monaten nach Eröffnung des Hauptverfahrens oder nach einer Wiederaufnahmeentscheidung mit der Hauptverhandlung begonnen wird.

5. Hat das Revisionsgericht das Urteil aufgehoben, mit dem eine Unterbringung nach § 63 StGB ausgesprochen worden ist, so ist eine (weitere) einstweilige Unterbringung nicht bereits deshalb ohne Weiteres gerechtfertigt, weil es deren Voraussetzungen nicht nach § 126 Abs. 3 StPO abschließend verneint hat.

**34. BVerfG 2 BvR 2297/11 (3. Kammer des Zweiten Senats) – Beschluss vom 22. November 2011 (OLG Hamm / LG Münster)**

Maßregelvollzug; Verlegung; Vollzugslockerungen;

Rechtswegerschöpfung (Anhörungsrüge); rechtliches Gehör; Begründungspflicht.

Art. 103 Abs. 1 GG; § 90 Abs. 2 BVerfGG; § 33a StPO; § 119 Abs. 3 StVollzG; § 120 Abs. 1 StVollzG; § 138 Abs. 3 StVollzG

1. Zulässigkeitsvoraussetzung einer Verfassungsbeschwerde ist nach § 90 Abs. 2 BVerfGG die vorherige Erschöpfung des Rechtsweges. Dazu gehört auch eine Anhörungsrüge, soweit diese nach dem jeweiligen Verfahrensrecht statthaft und bei objektiver Betrachtung nicht aussichtslos ist.

2. Ein Gehörsverstoß nach Art. 103 Abs. 1 GG ist nicht immer bereits dann anzunehmen, wenn ein Gericht in den Entscheidungsgründen ausdrücklich auf jedes Vorbringen der Beteiligten eingeht. Dies gilt insbesondere dann, wenn besondere Verfahrensvorschriften wie etwa § 119 Abs. 3 StVollzG das Gericht von der Begründungspflicht gänzlich entbinden. Auch in diesen Fällen kann der Anspruch auf rechtliches Gehör hingegen verletzt sein, wenn besondere Umstände darauf hindeuten, dass das Gericht entscheidungserhebliches Vorbringen nicht in der gebotenen Weise zur Kenntnis genommen oder erwogen hat.

3. Ein derartiger besonderer Umstand kann darin liegen, dass das Gericht seine Entscheidung trotz gesetzlicher Entbindung von der Begründungspflicht mit einer Begründung versieht, sich in dieser jedoch lediglich auf einen für den Betroffenen ungünstigen Umstand stützt, ohne dabei ein sachlich eng zusammenhängendes Vorbringen des Betroffenen zu erwähnen.

4. Begründet das Beschwerdegericht die Unzulässigkeit einer Beschwerde unter Hinweis auf ein fehlendes Vorverfahren, so liegt ein Gehörsverstoß nahe, wenn der Beschwerdeführer umfassend und unter Darlegung einer in der Rechtsprechung des betreffenden Rechtsmittelgerichts anerkannten Fallgruppe (hier: den Einzelfall betreffende, bindende Weisung der Aufsichtsbehörde) zur Entbehrlichkeit eines Vorverfahrens vorgetragen hatte und das Beschwerdegericht auf diesen Vortrag nicht eingeht.

Rechtsprechung

# Hervorzuhebende Entscheidungen des BGH

## I. Materielles Strafrecht – Allgemeiner Teil

**74. BGH 4 StR 71/11 – Urteil vom 20. Oktober 2011 (LG Siegen)**

BGHSt; Garantenstellung des Betriebsinhabers oder Vorgesetzter (Verhinderung von betriebsbezogenen Straftaten nachgeordneter Mitarbeiter: Überwachergarantenstellung, Beschützergarantenstellung; Mobbing);

Beihilfe durch Unterlassen und psychische Unterstützung; unterlassene Hilfeleistung (Unglückfall).

§ 13 Abs. 1 StGB; § 323c StGB; § 27 StGB; § 357 StGB

1. Aus der Stellung als Betriebsinhaber bzw. Vorgesetzter kann sich eine Garantenpflicht zur Verhinderung von

Straftaten nachgeordneter Mitarbeiter ergeben. Diese beschränkt sich indes – unabhängig von den tatsächlichen Umständen, die im Einzelfall für die Begründung der Garantenstellung maßgebend sind – auf die Verhinderung betriebsbezogener Straftaten und umfasst nicht solche Taten, die der Mitarbeiter lediglich bei Gelegenheit seiner Tätigkeit im Betrieb begeht. (BGHSt)

2. Betriebsbezogen ist eine Tat dann, wenn sie einen inneren Zusammenhang mit der betrieblichen Tätigkeit des Begehungstäters oder mit der Art des Betriebes aufweist. Es muss sich eine dem Betrieb oder der im Rahmen des Arbeitsverhältnisses zu erbringenden Tätigkeit spezifisch anhaftende Gefahr verwirklichen. (Bearbeiter)

3. Die Betriebsbezogenheit kann nicht daraus hergeleitet werden, dass die Taten Bestandteil einer Serie wiederkehrender und sich über einen Zeitraum von mehreren Jahren erstreckender Misshandlungen waren, die bei Gelegenheit der betrieblichen Tätigkeit erfolgt sind. Anderenfalls würde das Merkmal der Betriebsbezogenheit jedenfalls für gemeinschaftlich begangene Körperverletzungen und Nötigungen überdehnt, die praktisch in jedem Unternehmen mit mehr als einem Mitarbeiter auftreten können. Ließe man allein das iterative Moment für die Annahme der Betriebsbezogenheit ausreichen, würde die mit diesem Merkmal bezweckte und im Hinblick auf Art. 103 Abs. 2 GG gebotene Einschränkung der Haftung des Geschäftsherrn aufgegeben und dieser im Ergebnis doch für eine insgesamt straffreie Lebensführung seiner Mitarbeiter während der Arbeitszeit verantwortlich gemacht. In solchen Fällen ist jedoch auf eine mögliche Strafbarkeit wegen unterlassener Hilfeleistung zu achten. (Bearbeiter)

4. Eine aus der Übertragung arbeitsvertraglicher Schutzpflichten resultierende Garantenstellung hinsichtlich nachgeordneter Mitarbeiter setzt jedenfalls voraus, dass sich der zu Schützende innerhalb des personellen Verantwortungsbereichs des Angeklagten befindet. (Bearbeiter)

5. Ein Unglücksfall im Sinne des § 323c StGB ist ein plötzlich eintretendes Ereignis, das erheblichen Schaden an Menschen oder Sachen anrichtet und weiteren Schaden zu verursachen droht (BGHSt 3, 65, 66). Als solches Ereignis kommt auch eine Straftat Dritter in Betracht (BGH NSTz 1997, 127; BGHSt 3, 65, 66; 30, 391). Ein drohender Schaden reicht für die Annahme eines Unglücksfalles aus. (Bearbeiter)

#### 14. BGH 5 StR 328/11 – Urteil vom 9. November 2011 (LG Berlin)

Überzeugungsbildung; lückenhafte Beweiswürdigung; Notwehr (Überschreiten der Grenzen; extensiver Notwehrexzess; Würgen; Erdrosseln; nahezu fehlender Verteidigungswillen); Rücktritt vom Versuch (unbeendeter Versuch; Aufgeben; Verhinderung der Rettung des Opfers); Tateinheit (verschiedene Angriffsmittel auf dasselbe Rechtsgut; einheitlicher Angriffswille; einheitlicher Entschluss).

§ 261 StPO; § 267 Abs. 3 StPO; § 32 StGB; § 33 StGB; § 24 Abs. 1 StGB; § 52 StGB; § 53 StGB

1. Das Revisionsgericht muss es zwar grundsätzlich hinnehmen, wenn das Tatgericht einen Angeklagten freispricht, weil es Zweifel an seiner Täterschaft nicht zu überwinden oder die Annahme der Voraussetzungen eines Rechtfertigungsgrundes nicht auszuschließen vermag. Die Beweiswürdigung ist Sache des Tatgerichts.

2. Die revisionsgerichtliche Prüfung beschränkt sich darauf, ob dem Tatgericht Rechtsfehler unterlaufen sind. Dies ist in sachlichrechtlicher Hinsicht der Fall, wenn die Beweiswürdigung widersprüchlich, unklar oder lückenhaft ist, gegen Denkgesetze oder gesicherte Erfahrungssätze verstößt.

3. Die Tötung eines Menschen durch Erwürgen oder Erdrosseln ist in aller Regel nicht als Notwehrhandlung gerechtfertigt, selbst wenn vom Opfer zunächst ein Angriff ausging, aus dem eine Notwehrlage resultierte. Denn beim Würgen oder Erdrosseln verstreicht bis zum Todeseintritt in der Regel ein ganz erheblicher Zeitraum der Gewaltanwendung. Vor Eintritt des Todes kommt es zu körperlichen Reaktionen des gewürgten Opfers, die eine Verminderung der Handlungsfähigkeit bewirken. Damit ist der frühere Angriff auf den nunmehr in Notwehr Würgenden durch fortschreitende Anzeichen der Ermattung des (ehemaligen) Angreifers regelmäßig als sicher beendet zu erkennen.

4. Ein trotz erkennbarer Ermattung des ursprünglichen Angreifers fortgesetztes, zum Tode führendes Würgen bzw. Drosseln ist regelmäßig als ein Überschreiten der gebotenen Notwehr in zeitlicher Hinsicht (nachzeitiger extensiver Notwehrexzess) zu qualifizieren. Damit kann der Täter allenfalls unter den Voraussetzungen des § 33 StGB ohne Schuld gehandelt haben. Er ist jedoch nicht nach § 32 StGB gerechtfertigt.

5. Wer die baldige Rettung des von ihm verletzten, stark blutenden Opfers durch Freiheitsberaubung zu verhindern sucht, gibt die weitere Ausführung eines Tötungsversuchs in aller Regel gar nicht auf, auch wenn er auf weitere unmittelbare Verletzungshandlungen verzichtet.

#### 58. BGH 2 StR 386/11 – Beschluss vom 9. November 2011 (LG Aachen)

Hehlerei (Wahlfeststellung mit dem Betrug; abgeschlossene Vortat; mögliche Unterschlagung).

§ 259 StGB; § 246 StGB; § 263 StGB; § 1 StGB; Art. 103 Abs. 2 GG

1. Kommt eine weitere Sachverhaltskonstellation in Betracht, in der weder eine Hehlerei, noch ein Betrug, sondern allenfalls eine Unterschlagung gegeben ist, kann eine Wahlfeststellung zwischen Betrug und Hehlerei nicht angenommen werden.

2. Die Strafbarkeit wegen Hehlerei setzt voraus, dass die gegen fremdes Vermögen gerichtete Tat zum Zeitpunkt des abgeleiteten Erwerbs abgeschlossen ist (BGHSt 13, 403, 405). Daher liegt Hehlerei nicht vor, wenn die Vortat erst durch die Verfügung zugunsten des Hehlers begangen wird. In diesem Fall kommt lediglich eine Beteiligung des Erwerbers an der Vortat – einer durch Verfü-



gung oder Weggabe begangenen Unterschlagung – in Betracht.

**55. BGH 2 StR 348/11 – Beschluss vom 17. November 2011 (LG Frankfurt am Main)**

Beteiligung am unerlaubten Handelreiben mit Betäubungsmitteln (Garantenstellung infolge der Wohnungsinhaberschaft; Voraussetzungen der Beihilfe durch Tun oder Unterlassen).

§ 13 StGB; § 29 BtMG; § 27 StGB

1. Allein die Kenntnis und Billigung der Aufbereitung und des Vertriebs der Betäubungsmittel in der Wohnung erfüllt für den Wohnungsinhaber noch nicht die Voraussetzung strafbarer Beihilfe (BGH NJW 1993, 76; NStZ 1999, 451; StV 2003, 280; Senat, StV 2007, 81; NStZ 2010, 221).

2. Auch die Begründung, dass die Angeklagte ihrem die Tat begehenden Lebensgefährten die Wohnung „zur Verfügung gestellt“ habe, genügt hierfür nicht, wenn der Angeklagte, die sich die Wohnung mit dem Lebensgefährten schon längere Zeit die Wohnung geteilt hatte, bevor er mit dem Betäubungsmittelhandel begann, der Sache nach ausschließlich ein Unterlassen vorgeworfen wird.

3. Eine Strafbarkeit wegen Beihilfe zum Handelreiben mit Betäubungsmitteln durch Unterlassen würde voraussetzen, dass sie als Wohnungsinhaberin rechtlich verpflichtet gewesen wäre, gegen die Tat einzuschreiten (§ 13 Abs. 1 StGB). Eine solche Rechtspflicht eines Wohnungsinhabers besteht nach ständiger Rechtsprechung aber grundsätzlich nicht.

**15. BGH 5 StR 360/11 – Urteil vom 1. Dezember 2011 (LG Hamburg)**

Tötungsvorsatz (äußerst gefährliche Gewalthandlung); Mittäterschaft (sukzessive; gemeinsamer Tatplan; Beweiswürdigung; überraschende Handlungen; Mittäterexzess; Urteilsgründe).

§ 212 StGB; § 15 StGB; § 25 Abs. 2 StGB; § 267 Abs. 3 StPO

1. Bei äußerst gefährlichen Gewalthandlungen liegt es nahe, dass der Täter mit dem Eintritt des Todes seines Opfers rechnet. Indem er gleichwohl sein gefährliches Handeln beginnt oder fortsetzt, nimmt er einen solchen Erfolg billigend in Kauf. Deshalb ist in derartigen Fällen ein Schluss von der objektiven Gefährlichkeit der Handlungen des Täters auf bedingten Tötungsvorsatz möglich und regelmäßig ein Vertrauen des Täters auf das Ausbleiben des tödlichen Erfolges zu verneinen, wenn der von ihm vorgestellte Ablauf des Geschehens einem tödlichen Ausgang so nahe kommt, dass nur noch ein glücklicher Zufall diesen verhindern kann.

2. Der für mittäterschaftliches Handeln konstitutive gemeinsame Tatplan kann auch konkludent durch arbeitsteilige Tatausführung gefasst werden. Seine Feststellung erfordert jedoch eine sorgfältige Beweiswürdigung. Nimmt einer der möglichen Mittäter eine Handlung vor, die der Tatrichter als aus Sicht des anderen möglichen Mittäters „überraschend“ kennzeichnet, so

erfordert ein gleichwohl angenommener gemeinsamer Tatplan zumindest Erwägungen in den Urteilsgründen, die die dem tatrichterlichen Schluss zugrundeliegenden Anknüpfungstatsachen nennen und den Widerspruch auflösen.

3. Zur Zurechnung in Fällen sukzessiver Täterschaft muss der Hinzutretende die Vorstellung haben, die Herbeiführung des tatbestandsmäßigen Erfolges durch sein eigenes Handeln weiter zu fördern.

**46. BGH 2 StR 201/11 – Beschluss vom 3. November 2011 (LG Frankfurt am Main)**

Beihilfe zum Handelreiben mit Betäubungsmitteln in nicht geringer Menge (Anwendbarkeit des deutschen Strafrechts beim unbefugten Vertrieb von Betäubungsmitteln); versuchte Durchfuhr von Betäubungsmitteln.

§ 29 BtMG; § 27 StGB; § 7 Abs. 2 Nr. 2 StGB; § 6 Nr. 5 StGB; § 29 Abs. 1 S. 1 Nr. 5 BtMG; § 22 StGB

1. § 6 Nr. 5 StGB, der für den „unbefugten Vertrieb von Betäubungsmitteln“ vorschreibt, erfasst nicht deren Besitz (st. Rspr. BGH StV 1984, 286; NStZ 2010, 521).

2. Insoweit kommt es nicht auf den Begriff des „Handelreibens“ im Sinne des § 29 BtMG an, der „jede eigenständige auf den Umsatz von Betäubungsmitteln gerichtete Tätigkeit“ erfasst (vgl. BGH GS, NJW 2005, 3790, 3792 mwN) und der den Besitz von Betäubungsmitteln als unselbständiges, im täterschaftlichen Handelreiben aufgehendes Teilstück des Geschehens umfasst (BGHSt 30, 359 ff; 25, 290). Der Begriff des „Vertriebs“ ist vielmehr autonom auszulegen. Im Sinne des § 6 Nr. 5 StGB vertreibt Betäubungsmittel, wer allein oder durch seine Mitwirkung ihren in der Regel entgeltlichen Absatz an andere fördert (BGHSt 34, 1, 2). Gefordert wird eine Tätigkeit, die ein Betäubungsmittel entgeltlich in den Besitz eines anderen bringen soll. Von den zahlreichen Teilakten des Handelreibens werden durch den „Vertrieb“ nur solche erfasst, die unmittelbar auf Weitergabe gerichtet sind.

**3. BGH 3 StR 206/11 – Beschluss vom 25. Oktober 2011 (LG Duisburg)**

Untreue; psychische Beihilfe (objektiv fördernde Funktion; konkrete Feststellungen); Anschlussdelikte; Recht auf Verfahrensbeschleunigung und Recht auf Beschwerde (rechtsstaatswidrige Verfahrensverzögerung; Bemessung der Kompensation).

§ 266 StGB; § 27 StGB; § 267 Abs. 3 StPO; Art. 6 Abs. 1 EMRK; Art. 13 EMRK; Art. 20 Abs. 3 GG

1. Eine als Beihilfe strafbare Unterstützung kann auch in der Form der psychischen Beihilfe geleistet werden. Voraussetzung ist dann allerdings ein konkreter Tatbeitrag des Gehilfen, durch den der Haupttäter in seinem Tatentschluss bestärkt wird.

2. Die Annahme (allein) psychischer Beihilfe bedarf genauer Feststellungen, insbesondere zur objektiv fördernden Funktion sowie zur entsprechenden Willensrichtung des Gehilfen sowie gegebenenfalls zu einer konkludenten Verständigung zwischen Haupttäter und diesem.

3. Eine Beihilfe nach Beendigung der Untreue ist ausgeschlossen; möglich sind dann allenfalls noch Anschlussdelikte nach den §§ 257 ff. StGB.

4. Die Höhe der im Falle einer rechtsstaatswidrigen Verfahrensverzögerung zu gewährenden Entschädigung richtet sich nicht nach der Höhe der Strafe, auf die das Tatgericht erkannt hat. Denn die im Wege des Vollstreckungsmodells vorzunehmende Kompensation koppelt den Ausgleich für das erlittene Verfahrensrecht von vornherein von Fragen des Tatumrechts, der Schuld und der Strafhöhe ab. Der Ausgleich für eine rechtsstaatswidrige Verfahrensverzögerung stellt eine rein am Entschädigungsgedanken orientierte eigene Rechtsfolge neben der Strafzumessung dar. Das Gewicht der Tat und das Maß der Schuld spielen weder für die Frage, ob das Verfahren rechtsstaatswidrig verzögert worden ist, noch für Art und Umfang der zu gewährenden Kompensation eine Rolle.

**86. BGH 4 StR 480/11 – Beschluss vom 22. November 2011 (LG Stralsund)**

Konkurrenzen bei der (versuchten) räuberischen Erpressung (Handlungseinheit; rechtliche Bewertungseinheit).

§ 253 StGB; § 22 StGB; § 53 StGB; § 52 StGB

1. Mehrere natürliche Handlungen können als eine Tat im Rechtssinne anzusehen sein (sog. rechtliche Bewertungseinheit), wenn sie sich als Teilakte einer sukzessiven Tatausführung zur Erreichung eines einheitlichen Erfolges darstellen (BGH NStZ 2007, 578). Eine sukzes-

sive Tatausführung kann auch dann gegeben sein, wenn der Täter zunächst davon ausgeht, den angestrebten Taterfolg durch eine Handlung erreichen zu können, sich dann aber umgehend zu weiteren Tathandlungen entschließt, nachdem die ins Auge gefasste Handlung keinen oder nur einen Teilerfolg erbracht hat.

2. Dabei ist es jedoch erforderlich, dass die weiteren Tathandlungen auf die vorhergehende Handlung aufsetzen (vgl. BGHR StGB § 253 Abs. 1 Konkurrenzen 5) und sich nicht als neuer Anlauf zur (vollständigen) Erreichung des ursprünglich angestrebten Taterfolges darstellen. Ein Wechsel des Angriffsmittels, räumliche Trennungen oder längere zeitliche Intervalle zwischen den jeweiligen Einzelakten stellen die Annahme einer Bewertungseinheit nicht grundsätzlich in Frage (BGHR StGB § 253 Abs. 1 Konkurrenzen 5), können aber ein Indiz für einen neuerlichen Tatbeginn sein.

3. Für die Erpressung ist anerkannt, dass mehrere Angriffe auf die Willensentschließung des Opfers als eine Tat im Rechtssinne zu werten sind, wenn dabei die anfängliche Drohung lediglich den Umständen angepasst und aktualisiert (BGHSt 40, 75, 77), im Übrigen aber nach wie vor dieselbe Leistung gefordert wird. Die rechtliche Bewertungseinheit endet in diesen Fällen erst dann, wenn der Täter sein Ziel vollständig erreicht hat oder nach den insoweit entsprechend heranzuziehenden Wertungen des Rücktrittsrechts von einem fehlgeschlagenen Versuch auszugehen ist (vgl. BGHSt 41, 368, 369).

Rechtsprechung

II. Materielles Strafrecht – Besonderer Teil

**68. BGH 4 StR 252/11 – Beschluss vom 9. November 2011 (LG Halle)**

Betrug (erforderliche Feststellungen für die Täuschungshandlung, den Irrtum und die Kausalität der Täuschung; erforderliche Vernehmung der vermeintlich im Einzelfall Getäuschten; Vorsatz; uneigentliches Organisationsdelikt); strafbare Werbung.

§ 263 StGB; § 15 StGB; § 261 StPO; § 16 UWG; § 52 StGB

1. Ein Betrug scheidet aus, wenn die vermeintlich Getäuschten nach den Urteilsgründen möglicherweise positive Kenntnis über den vermeintlichen Täuschungsinhalt hatten.

2. Die erforderliche Kausalität der Täuschung für den Irrtum des Verfügenden muss im Urteil hinreichend belegt sein. Daran fehlt es, wenn die Motivation der Verfügenden widersprüchlich dargestellt ist.

3. Bei einer disparaten Ausgangs- und Motivationslage mehrerer Personen, die möglicherweise durch identische

Tathandlungen getäuscht worden sind, ist es fragwürdig, lediglich einige der betroffenen Personen zum Beweis der Kausalität zu vernehmen. Bei dieser Sachlage verbietet sich der Schluss von den Vorstellungen und Beweggründen der gehörten Zeugen auf diejenigen der übrigen Geschädigten. Die Angaben der gehörten Zeugen müssen insbesondere in diesem Fall einer näheren Beweiswürdigung unterzogen werden.

**75. BGH 4 StR 401/11 – Beschluss vom 5. Oktober 2011 (LG Hagen)**

Vorsätzlicher gefährlicher Eingriff in den Straßenverkehr (Beeinträchtigung der Sicherheit des Straßenverkehrs: Grenzen des öffentlichen Verkehrsraums).

§ 315b Abs. 1 Nr. 3, Abs. 3 StGB; § 315 Abs. 3 Nr. 1a StGB

1. Geschütztes Rechtsgut der Bestimmung des § 315b StGB ist die Sicherheit des Straßenverkehrs. Sie bezieht sich nur auf den öffentlichen Verkehrsraum. Voraussetzung für eine Strafbarkeit ist daher, dass durch die Tathandlung in den Verkehr auf solchen Wegen und Plätzen

eingegriffen worden ist, die – mit ausdrücklicher oder stillschweigender Zustimmung des Verfügungsberechtigten und ohne Rücksicht auf die Eigentumsverhältnisse oder eine verwaltungsrechtliche Widmung – jedermann oder allgemein bestimmten Gruppen dauernd oder vorübergehend zur Benutzung offen stehen und auch in dieser Weise benutzt werden (st. Rspr.).

2. Jedoch erfüllt nicht jede Tathandlung, die vom öffentlichen Straßenraum ausgeht, den objektiven Tatbestand des gefährlichen Eingriffs in den Straßenverkehr. Zwar wird die Anwendbarkeit der Strafvorschrift des § 315b StGB nicht schon dadurch ausgeschlossen, dass die konkrete Gefahr oder gar der Schaden außerhalb des öffentlichen Verkehrsraums eintritt, etwa, wenn der Täter sein Opfer bereits von der öffentlichen Straße aus mit dem Fahrzeug verfolgt, aber erst außerhalb des öffentlichen Verkehrsraums erfasst. Voraussetzung dafür ist jedoch, dass sich das Opfer in dem Zeitpunkt, in dem der Täter zur Verwirklichung des Tatbestandes der Straßenverkehrsgefährdung durch zweckwidrigen Einsatz des Fahrzeugs als Waffe oder Schadenswerkzeug unmittelbar ansetzt, noch im öffentlichen Raum befindet, die abstrakte Gefahr also noch im öffentlichen Verkehrsraum entsteht. Hält sich das Opfer zu diesem Zeitpunkt außerhalb des öffentlichen Verkehrsraums auf, fehlt es an einer Beeinträchtigung der Sicherheit des Straßenverkehrs und damit an einer tatbestandlichen Voraussetzung für die Anwendbarkeit des § 315b StGB (BGH NStZ 2004, 625).

3. Ein Zugang zu Büroräumen, der durch Betonstufen auch in der Höhe von einem allgemein zugänglichen Kunden- und Besucherparkplatz eines mehrstöckigen Gebäudes abgesetzt ist, rechnet nicht mehr zum öffentlichen Verkehrsraum.

#### **81. BGH 4 StR 455/11 – Beschluss vom 25. Oktober 2011 (LG Magdeburg)**

Gefährliche Körperverletzung (gemeinschaftlich; mittels einer das Leben gefährdenden Behandlung; Zwang, sich in der Elbe treiben zu lassen); rechtsfehlerhafte Anordnung der Unterbringung in einer Entziehungsanstalt.

§ 224 Abs. 1 Nr. 4, Nr. 5 StGB; § 64 StGB

1. Eine Körperverletzung mittels einer das Leben gefährdenden Behandlung liegt vor, wenn das als Körperverletzung zu beurteilende Verhalten nach den konkreten Umständen des Einzelfalls generell geeignet war, das Leben des Opfers zu gefährden. Nicht erforderlich ist es, dass das Opfer auch tatsächlich in Lebensgefahr geraten ist (BGH NStZ-RR 2010, 176).

2. Zwingen die Angeklagten einen bekleideten jungen Mann, im September in die Elbe zu steigen und sich stromabwärts treiben zu lassen, liegt darin jedenfalls dann keine das Leben gefährdende Behandlung, wenn der Geschädigte ein guter Schwimmer und ortskundig ist und er sich trotz der vorhandenen Dunkelheit räumlich orientieren kann.

#### **50. BGH 2 StR 93/11 – Urteil vom 28. September 2011 (LG Gera)**

Schwerer Bandendiebstahl (Bezug der Tat zur Bandenrede; Bandidos); Beweiswürdigung (Grenzen der Revisibilität; Freispruch).

§ 244a StGB; § 244 StGB; § 243 StGB; § 261 StPO

1. Nach der Rechtsprechung des Bundesgerichtshofs setzt eine Bande i.S.d. § 244 Abs. 1 Nr. 2 StGB den Zusammenschluss von mindestens drei Personen voraus, die sich zur fortgesetzten Begehung einer noch unbestimmten Zahl von Diebstählen verbunden haben (BGHSt [GS] 46, 321, 325). Erforderlich ist eine – ausdrücklich oder konkludent getroffene – Bandenabrede, bei der das einzelne Mitglied den Willen hat, sich mit mindestens zwei anderen Personen zur Begehung von Straftaten in der Zukunft für eine gewisse Dauer zusammenzuschließen (BGHSt 50, 160, 164; BGH wistra 2010, 347).

2. Zwar kann nach vorheriger Bandenabrede eine von nur zwei Mitgliedern verübte Tat als Bandentat zu qualifizieren sein, da das für das Vorliegen einer Bande erforderliche dritte Mitglied nicht in die konkrete Tatbegehung eingebunden sein muss. Voraussetzung für die Annahme einer bandenmäßigen Begehungsweise ist neben der Mitwirkung eines weiteren Bandenmitglieds jedoch, dass die Einzeltat Ausfluss der Bandenabrede ist und nicht losgelöst davon ausschließlich im eigenen Interesse der jeweils unmittelbar Beteiligten ausgeführt wird (BGH NStZ 2006, 342 f.; NStZ-RR 2011, 245; StV 2011, 410, 411).

3. Der bandenmäßigen Begehung steht es aber nicht entgegen, wenn die Tatbeute lediglich zwischen den unmittelbar Beteiligten der jeweiligen Einzeltat und nicht innerhalb der an der Bandenabrede Beteiligten aufgeteilt wird (vgl. BGH NStZ 2006, 574). Ebenso schadet es nicht, wenn nicht festgestellt werden kann, ob über die beiden tatbeteiligten Bandenmitglieder hinaus ein weiteres Bandenmitglied Kenntnis von der Begehung der Taten hatte.

#### **13. BGH 3 StR 390/11 – Beschluss vom 29. November 2011 (LG Düsseldorf)**

Besonders schwere räuberische Erpressung (Einsatz eines Messers als Drohmittel); gegenwärtige Gefahr (Dauergefahr; längerer Zeitraum des drohenden Schadenseintritts).

§ 250 StGB; § 253 StGB; § 255 StGB

Eine Drohung mit „gegenwärtiger“ Gefahr für Leib oder Leben kann auch vorliegen, wenn das angedrohte schädigende Ereignis nicht unmittelbar bevorsteht. Denn „gegenwärtig“ in diesem Sinne ist auch eine Dauergefahr, die innerhalb eines längeren Zeitraums jederzeit in einen Schaden umschlagen kann.

#### **77. BGH 4 StR 409/11 – Beschluss vom 19. Oktober 2011 (LG Essen)**

Abgrenzung von versuchtem Betrug und versuchtem Computerbetrug beim Einsatz von entwendeten „EC-Karten“ (POZ-Einzugsermächtigungsverfahren; Eingabe der PIN und Vortäuschung der Unterschrift des Karteninhabers).

§ 263 StGB; § 263a StGB; § 22 StGB

Geht der Angeklagte davon aus, Waren mittels entworfener „EC-Karten“ ohne Eingabe einer PIN durch Vortäuschung der Unterschrift des Karteninhabers bezahlen zu können, liegt bei dieser Verwendung der Karten im Lastschriftverfahren kein (versuchter) Computerbetrug, sondern ein (versuchter) Betrug zum Nachteil des jeweiligen Geschäftspartners vor (vgl. BGH NJW 2003, 1404 [zum POZ-Einzugsermächtigungsverfahren]).

**80. BGH 4 StR 445/11 – Beschluss vom 8. November 2011 (LG Dessau)**

Vergewaltigung (schutzlose Lage; Vorsatz).

§ 177 Abs. 1 Nr. 3, Abs. 2 Satz 2 Nr. 1 StGB; § 15 StGB; § 16 StGB

Der objektive Tatbestand des § 177 Abs. 1 Nr. 3, Abs. 2 Satz 2 Nr. 1 StGB setzt voraus, dass das Tatopfer unter dem Eindruck seines schutzlosen Ausgeliefertseins aus Furcht vor möglichen Einwirkungen des Täters auf einen ihm grundsätzlich möglichen Widerstand verzichtet. Der subjektive Tatbestand setzt zumindest bedingten Vorsatz dahingehend voraus, dass das Tatopfer in die sexuellen Handlungen nicht einwilligt und dass es gerade im Hinblick auf seine Schutzlosigkeit auf möglichen Widerstand verzichtet (BGHSt 50, 359). Der hierzu erforderliche Zwangszusammenhang ergibt sich nicht schon allein daraus, dass das betroffene Opfer dem Täter körperlich unterlegen ist oder dass der sexuelle Übergriff in einer Tatsituation begangen wird, in welcher das Opfer sich eines solchen nicht versieht (vgl. hierzu auch BGH aaO S. 368).

**4. BGH 3 StR 244/11 – Beschluss vom 8. November 2011 (LG Dortmund)**

Nötigung eines Mitglieds eines Verfassungsorgans; Nötigung; Annahme der Zuständigkeit mit Unrecht.

§ 106 StGB; § 240 StGB; § 355 StPO; § 354 Abs. 1 StPO

1. Zielt der im Übrigen tatbestandsmäßige Nötigungsversuch nicht auf die Ausübung oder Nichtausübung von Befugnissen im Sinne des § 106 StGB, sondern auf eine sonstige Handlung, Duldung oder Unterlassung, so lebt die ansonsten verdrängte Strafbarkeit nach § 240 StGB wieder auf.

2. Ob der Tatrichter seine Zuständigkeit „mit Unrecht“ im Sinne des § 355 StPO angenommen hat, bemisst sich nicht nach dessen subjektiver rechtlicher Einschätzung, sondern nach der objektiven Rechtslage. Verurteilt also der Tatrichter zu Unrecht wegen eines Tatbestands, dessen Aburteilung ihm nicht oblag, während er zur Aburteilung des aufgrund der Feststellungen tatsächlich verwirklichten Tatbestands zuständig war, so kann das Revisionsgericht selbst entscheiden (§ 354 Abs. 1 StPO) und verweist nicht etwa gemäß § 355 StPO an das Gericht zurück, das nur für den irrtümlich angenommenen Tatbestand zuständig gewesen wäre.

**85. BGH 4 StR 468/11 – Beschluss vom 8. November 2011 (LG Dessau)**

Tenorierung der sexuellen Nötigung und der Vergewaltigung bei gemeinschaftlichem Handeln.

§ 177 Abs. 1, Abs. 2 StGB; § 46 StGB; § 267 StPO

1. Erfolgt das Einführen von Gegenständen durch das Opfer selbst, ist nicht § 177 Abs. 2 StGB, sondern allein § 177 Abs. 1 StGB verwirklicht. Eine Verurteilung wegen „gemeinschaftlicher Vergewaltigung“ scheidet in diesem Falle aus.

2. Der Fall des § 177 Abs. 2 Nr. 2 StGB ist im Urteilstenor als „sexuelle Nötigung“ zu bezeichnen.

Rechtsprechung

III. Strafzumessungs- und Maßregelrecht

**79. BGH 4 StR 425/11 – Beschluss vom 19. Oktober 2011 (LG Dortmund)**

Rechtsfehlerhafte Strafschärfung bei ausländischen Vorstrafen wegen möglicher Tilgungsreife (Strafzumessung; Rahmenbeschluss 2008/675/JI des Rates der Europäischen Union vom 24. Juli 2008 zur Berücksichtigung der in anderen Mitgliedsstaaten der Europäischen Union ergangenen Verurteilungen in einem neuen Strafverfahren; Erörterungspflichten).

§ 46 StGB; Art. 3 Abs. 1 i.V.m. Nr. 5 Rahmenbeschlusses 2008/675/JI des Rates der Europäischen Union vom 24. Juli 2008; § 54 BZRG; § 53a BZRG; § 51 Abs. 1 BZRG; § 56 Abs. 1 Satz 1 BZRG; § 63 Abs. 4 BZRG; § 58 BZRG

1. Zwar dürfen bei der Strafzumessung auch rechtskräftige ausländische Vorstrafen berücksichtigt werden, wenn die Tat nach deutschem Recht strafbar wäre. Sind sie zur Bewertung des Vorlebens des Täters im Sinne des § 46 Abs. 2 Satz 2 StGB relevant, müssen in einem Mitgliedsstaat der Europäischen Union ergangene Verurteilungen grundsätzlich sogar „mit gleichwertigen tatsächlichen bzw. verfahrens- und materiellrechtlichen Wirkungen versehen werden ... wie denjenigen, die das innerstaatliche Recht den im Inland ergangenen Verurteilungen zuerkennt“. Dabei ist nicht Voraussetzung, dass es sich um eine nach § 54 BZRG im Bundeszentralregister eingetragene ausländische Vorstrafe handelt (BGH NSTZ-RR 2007, 368, 369).

2. Auch die Verwertbarkeit einer ausländischen Verurteilung in einem in Deutschland geführten Strafverfahren zum Nachteil des Beschuldigten setzt aber grundsätzlich auch voraus, dass diese – würde es sich um eine Verurteilung nach deutschem Recht handeln – nicht tilgungsreif wäre. Dies gilt auch für ausländische Vorstrafen, die im BZRG nicht eingetragen sind. Der Rahmenbeschluss 2008/675/JI des Rates der Europäischen Union vom 24. Juli 2008 steht dem nicht entgegen.

3. Kommt mithin bei einer dem Tatrichter bekannt gewordenen, von ihm zum Nachteil des Beschuldigten berücksichtigungsfähigen ausländischen Vorstrafe in Betracht, dass diese – würde es sich um eine deutsche Verurteilung handeln – im Falle ihrer Eintragung im Bundeszentralregister tilgungsreif wäre (ohne dass eine Ausnahmeregelung – etwa die in § 52 Abs. 1 Nr. 2 BZRG – eingreift), muss er die für die Tilgungsreife erforderlichen Feststellungen treffen und bewerten und dies im Urteil darlegen.

**53. BGH 2 StR 328/11 – Beschluss vom 26. Oktober 2011 (LG Darmstadt)**

Verfassungsgemäße Anwendung der Vorschriften über die Unterbringung in der Sicherungsverwahrung nach dem Urteil des BVerfG vom 4.5.2011 (Kinderpornographie; schwere Sexualstraftaten).

§ 66 Abs. 1 Nr. 3 StGB; Art. 2 Abs. 2 GG; Art. 103 Abs. 2 GG; Art. 5 EMRK; Art. 7 EMRK; § 184b StGB

Delikte der Kinderpornographie gemäß § 184b Abs. 1 und 2 StGB sind nicht als ausreichend schwere (Sexual-)Straftaten anzusehen, auf die sich nach der Weitergeltungsanordnung des Bundesverfassungsgerichts der kriminelle Hang im Sinne des § 66 Abs. 1 Nr. 3 StGB aF beziehen muss.

**25. BGH 5 StR 488/11 – Beschluss vom 14. Dezember 2011 (LG Braunschweig)**

Unterbringung in einem psychiatrischen Krankenhaus (erhebliche rechtswidrige Taten; schwere Störung des Rechtsfriedens; Vermögensdelikte); Verhältnismäßigkeit (milderes Mittel; Subsidiarität; Bestellung eines Betreuers).

§ 62 StGB; § 63 StGB; § 263 StGB

1. Die Unterbringung in einem psychiatrischen Krankenhaus ist eine außerordentlich beschwerende Maßnahme. Deshalb darf sie nur angeordnet werden, wenn die Wahrscheinlichkeit höheren Grades besteht, der Täter werde infolge seines fortdauernden Zustandes in Zukunft erhebliche rechtswidrige Taten begehen. Die zu erwartenden Taten müssen schwere Störungen des Rechtsfriedens besorgen lassen. Die bloße Möglichkeit zukünftiger Straftaten reicht nicht aus.

2. Die Frage, ob von den künftig zu erwartenden Straftaten schwere Störungen des Rechtsfriedens ausgehen, kann nicht allein mit dem abstrakten Gewicht des gesetzlichen Straftatbestandes beantwortet werden. Vielmehr kommt es grundsätzlich auf die zu befürchtende konkrete Ausgestaltung der Taten an.

3. Der Senat deutet an, dass eine schwere Störung des Rechtsfriedens – soweit allein Vermögensdelikte in Rede stehen – bei konkret existenzbedrohenden Schädigungen Dritter in Betracht kommen könnte.

4. Die Unterbringung in einem psychiatrischen Krankenhaus ist gegenüber wirksamen mildernden Maßnahmen subsidiär. So ist insbesondere zu prüfen, ob der von einem Angeklagten ausgehenden Gefahr auch durch Bestellung eines Betreuers begegnet werden kann.

**51. BGH 2 StR 251/11 – Urteil vom 2. November 2011 (LG Meiningen)**

Wirksame Ausnahme der Nichtanordnung der Maßregel nach § 64 StGB vom Rechtsmittelangriff (Revisionsbeschränkung); Erörterungsbedürftigkeit des § 21 StGB bei Drogenkonsum.

§ 64 StGB; Vor § 296 StPO; § 344 StPO; § 21 StGB

1. Die Ausnahme der Nichtanordnung der Maßregel nach § 64 StGB vom Rechtsmittelangriff ist als Revisionsbeschränkung grundsätzlich möglich und wirksam, wenn sich weder den Urteilsgründen noch der Strafhöhe entnehmen lässt, dass die Strafe von dem Unterbleiben der Anordnung einer Maßnahme nach § 64 StGB beeinflusst worden ist.

2. Der Senat stellt klar, dass eine Ausnahme der Nichtanordnung der Maßregel gemäß § 64 StGB vom Revisionsangriff nur dann unwirksam ist, wenn sich im Einzelfall aus den Urteilsgründen eine unlösbare Verbindung von Straf- und Maßregelanspruch ergibt.

3. Allein der Umstand, dass der Angeklagte seit Jahren selbst Rauschmittel konsumierte und u.a. auch zur Finanzierung seines eigenen Konsums mit Drogen handelte, drängt nicht zu einer näheren Erörterung des § 21 StGB. Eine Abhängigkeitserkrankung kann die Annahme von § 21 StGB nur dann begründen, wenn ein langjähriger Konsum zu schweren Persönlichkeitsveränderungen geführt hat oder wenn starke Entzugerscheinungen bzw. die Angst vor solchen handlungsbestimmend sind.

**61. BGH 2 StR 427/11 – Beschluss vom 9. November 2011 (LG Koblenz)**

Rechtsfehlerhaftes Absehen der Anordnung der Unterbringung in einer Entziehungsanstalt (Hang ohne Depravation).

§ 64 StGB

1. Ein Hang im Sinne des § 64 StGB setzt keine Depravation voraus. „Depravation“ und „erhebliche Persönlichkeitsstörung“ können im Zusammenhang mit der Frage des Vorliegens eines Hanges zum übermäßigen Konsum von Betäubungsmitteln nicht gleichgesetzt werden mit den Anforderungen, die die Rechtsprechung des Bundesgerichtshofs für die Annahme einer erheblichen Verminderung der Schuldfähigkeit wegen Betäubungsmittelabhängigkeit stellt. Danach begründet die Abhängigkeit von Betäubungsmitteln eine erhebliche Verminderung der Steuerungsfähigkeit nur ausnahmsweise, zum Beispiel wenn langjähriger Betäubungsmittelgenuss zu schwers-

ten Persönlichkeitsänderungen geführt hat. Solche schwersten Persönlichkeitsstörungen müssen für die Bejahung eines Hanges zum übermäßigen Konsum von Betäubungsmitteln nicht vorliegen.

2. Der Hang im Sinne des § 64 StGB verlangt eine chronische, auf körperlicher Sucht beruhende Abhängigkeit oder zumindest eine eingewurzelte, auf psychischer Disposition beruhende oder durch Übung erworbene intensive Neigung, immer wieder Alkohol oder andere Rauschmittel zu sich zu nehmen, wobei auch das Fehlen ausgeprägter Entzugssyndrome sowie Intervalle der Abstinenz dem nicht entgegenstehen (BGH NStZ-RR 2010, 216).

**78. BGH 4 StR 417/11 – Beschluss vom 10. November 2011 (LG Schwerin)**

Rechtsfehlerhafte Anordnung der Sicherungsverwahrung nach der Entscheidung des BVerfG vom 4.5.2011 (verfassungskonforme Rechtsanwendung; Gesamtwürdigung zur Voraussetzung des Hanges).

§ 66 Abs. 3 Satz 1 i.V.m. § 66 Abs. 1 Satz 1 Nr. 3 StGB a.F.; Art. 2 Abs. 2 Satz 2 GG; Art. 316e Abs. 1 und 2 EGStGB; Art. 103 Abs. 2 GG; Art. 7 EMRK; Art. 5 EMRK; § 267 Abs. 6 Satz 1 StPO

Gemäß § 267 Abs. 6 Satz 1 StPO muss die Anordnung einer Maßregel aus sich heraus verständlich im Urteil begründet werden. Wird, was regelmäßig der Fall sein wird, die Feststellung eines Hanges auch mit den Vorverurteilungen des Täters begründet, dürfen sich die Urteilsgründe nicht mit der bloßen Mitteilung dieser Verurteilungen nach Schuldspruch und Strafmaß begnügen. Vielmehr müssen die Urteilsgründe im Zusammenhang mit der Darstellung des Werdegangs des Täters eine eingehende Mitteilung der Einzelheiten seiner Vortaten und ihrer Genese enthalten.

**47. BGH 2 StR 218/11 – Beschluss vom 26. Oktober 2011 (LG Aachen)**

Zusammentreffen mehrerer vertypter Strafmilderungsgründe (minder schwerer Fall).

§ 50 StGB; § 46 StGB

1. Nach ständiger Rechtsprechung ist in den Fällen, in denen das Gesetz bei einer Straftat einen minderschweren Fall vorsieht und im Einzelfall ein gesetzlicher Milderungsgrund nach § 49 StGB gegeben ist, bei der Strafrahmenwahl vorrangig zu prüfen, ob ein minderschwerer Fall vorliegt (BGHR StGB vor § 1 minderschwerer Fall Strafrahmenwahl 7). Dabei ist im Rahmen einer Gesamtwürdigung zunächst zu prüfen, ob die allgemeinen Milderungsgründe allein zur Annahme eines minderschweren Falls führen, da die vertypten Milderungsgründe dann für eine Strafrahmenmilderung nach § 49 StGB noch nicht verbraucht sind.

2. Ist nach einer Abwägung aller allgemeinen Strafzumessungsumstände das Vorliegen eines minderschweren Falles abzulehnen, sind bei der weitergehenden Prüfung, ob der mildere Sonderstrafrahmen zur Anwendung kommt, gesetzlich vertypte Strafmilderungsgründe zusätzlich heranzuziehen. Erst wenn der Trichter danach weiterhin keinen minderschweren Fall für gerechtfertigt hält, darf er seiner konkreten Strafzumessung den (al-

lein) wegen des gegebenen gesetzlich vertypten Milderungsgrundes gemilderten Regelstrafrahmen zugrunde legen.

**26. BGH 5 StR 489/11 – Beschluss vom 14. Dezember 2011 (LG Leipzig)**

Unterbringung in einem psychiatrischen Krankenhaus (Gefahr der Begehung erheblicher rechtswidriger Taten; Wahrscheinlichkeit höheren Grades für schwere Störungen des Rechtsfriedens); einstweilige Unterbringung.

§ 63 StGB; § 126a StPO

Die Unterbringung in einem psychiatrischen Krankenhaus setzt eine Gefahr der Begehung „erheblicher rechtswidriger Taten“ voraus; dies wiederum erfordert eine Wahrscheinlichkeit höheren Grades für schwere Störungen des Rechtsfriedens.

**71. BGH 4 StR 331/11 – Urteil vom 24. November 2011 (LG Neubrandenburg)**

Anordnung der Sicherungsverwahrung nach der Verhängung von Jugendstrafe (Einheitsjugendstrafe; Zweijahresgrenze).

§ 66 Abs. 3 Satz 2 StGB; Art. 2 Abs. 2 GG; Art. 103 Abs. 2 GG; Art. 20 Abs. 3 GG; Art. 5 EMRK

1. Die Unterbringung in der Sicherungsverwahrung nach der Bestimmung des § 66 Abs. 3 Satz 2 StGB a.F. setzt in formeller Hinsicht voraus, dass der Täter zwei Katalogtaten im Sinne des § 66 Abs. 3 Satz 1 StGB a.F. begangen hat, durch die er jeweils Freiheitsstrafe von mindestens zwei Jahren verwirkt hat, und er wegen einer oder mehrerer dieser Taten zu Freiheitsstrafe von mindestens drei Jahren verurteilt wird. Verwirkt ist bei einer bereits abgeurteilten Tat die tatsächlich verhängte Strafe. Bei einer einheitlichen Jugendstrafe nach § 31 JGG gelten die gleichen Grundsätze, wie sie die Rechtsprechung für den Anwendungsbereich des § 66 Abs. 1 StGB entwickelt hat. Eine Einheitsjugendstrafe erfüllt die Voraussetzungen des § 66 Abs. 3 Satz 2 StGB a.F. nur dann, wenn zu erkennen ist, dass gegen den Täter wenigstens bei einer ihr zugrunde liegenden Katalogtat eine Jugendstrafe von mindestens zwei Jahren verhängt worden wäre, sofern sie als Einzeltat gesondert abgeurteilt worden wäre. Dies festzustellen, ist eine im Wesentlichen trichterliche Aufgabe, die dem über die Sicherungsverwahrung entscheidenden Richter obliegt.

2. Davon, dass im Falle gesonderter Aburteilung der Katalogtat auf eine Jugendstrafe von mindestens zwei Jahren erkannt worden wäre, darf nur ausgegangen werden, wenn der Trichter Feststellungen darüber treffen kann, wie der Richter des Vorverfahrens die einzelnen der Vorverurteilung zu Grunde liegenden Taten bewertet hat. Er darf sich nicht an dessen Stelle setzen und im Nachhinein eine eigene Strafzumessung vornehmen. Als Grundlage für die erforderlichen Feststellungen zu der Bewertung der Katalogtat im früheren Verfahren kommen in erster Linie die jugendgerichtlichen Strafzumessungserwägungen, daneben aber auch die Höhe der Einheitsjugendstrafen in der Vorverurteilung und möglicherweise einbezogenen Urteilen sowie Zahl und Art der abgeurteilten Taten in Betracht.

**88. BGH 4 StR 516/11 – Beschluss vom 23. November 2011 (LG Essen)**

Rechtsfehlerhafte Anordnung des Wertersatzverfalls (übersehene gesamtschuldnerische Haftung bei Mitverfügungsmacht; Tenorierung; Erstreckung des Erfolgs der Revision).

§ 73a StGB; § 111i Abs. 2 StPO; § 357 StPO

Bei der Anordnung von Wertersatzverfall nach § 73a StGB bedarf es des Ausspruchs über die gesamtschuldnerische Haftung mehrerer Täter oder Teilnehmer schon im tatrichterlichen Urteil.

## Rechtsprechung

## IV. Strafverfahrensrecht mit GVG

**2. BGH 3 StR 196/11 – Beschluss vom 13. September 2011 (LG München)**

BGHSt; Zuständigkeit (Staatsschutzkammer; Rüge; absoluter Revisionsgrund auch ohne objektive Willkür); kriminelle Vereinigung (Bildung; Mitgliedschaft; tateinheitliches Zusammentreffen mit einem Verstoß gegen das BtMG); Absprache (keine konkludente Rücknahme eines Zuständigkeitseinwands; kein widersprüchliches oder missbräuchliches Verhalten).

§ 257c StPO; § 338 Nr. 4 StPO; § 6a StPO; § 74a Abs. 1 Nr. 1 GVG; § 29a BtMG; § 129 StGB

1. Die Revisionsrüge, das Gericht habe seine Zuständigkeit mit Unrecht angenommen (§ 338 Nr. 4 StPO), bleibt dem Angeklagten auch dann uneingeschränkt erhalten, wenn dem Urteil eine Verständigung (§ 257c StPO) vorausgegangen ist. (BGHSt)

2. Ein in der Revision beachtlicher Rechtsfehler nach § 338 Nr. 4, § 6a StPO, § 74a Abs. 1 Nr. 4 GVG liegt nicht nur dann vor, wenn das Tatgericht seine Zuständigkeit auf der Grundlage objektiv willkürlicher Erwägungen angenommen hat. (BGHSt)

3. Die Ausnahmeregelung des § 74a Abs. 1 Nr. 4 Halbsatz 2 GVG greift unabhängig davon ein, ob neben einem Betäubungsmitteldelikt weitere Straftaten mit der Bildung einer kriminellen Vereinigung in Tateinheit stehen. (BGHSt)

4. Die Zustimmung eines Angeklagten zu einer Verständigung ist nicht als konkludente Rücknahme eines zuvor erhobenen Zuständigkeitseinwands zu werten. (Bearbeiter)

5. Die Einlegung der Revision und Erhebung einer Verfahrensrüge stellt auch nach einer vorhergehenden Absprache kein widersprüchliches oder missbräuchliches Verhalten dar, das zum Verlust der Rügemöglichkeit in der Revisionsinstanz führen könnte. (Bearbeiter)

6. Der Senat tritt ausdrücklich dem 1. und 5. Strafsenat entgegen, die – vor Inkrafttreten der Normierung der Absprache in der StPO – in bestimmten Konstellationen eine Einschränkung der Rügeberechtigung aufgrund einer Absprache angenommen hatten (vgl. BGH 1 StR

323/08 – HRRS 2009 Nr. 1 sowie BGH 5 StR 404/08 – HRRS 2008 Nr. 990). Die Zustimmung des Angeklagten zu einer Verständigung nach § 257c StPO führt als solche nach der Konzeption des die Verständigung betreffenden Regelungsgefüges der StPO nicht zum Verlust einzelner prozessualer Rechte. Dies würde umgangen, wollte man die Erhebung einer Rüge nach § 338 Nr. 4 StPO in der Revisionsinstanz als rechtsmissbräuchlich oder widersprüchlich bewerten. (Bearbeiter)

**54. BGH 2 StR 332/11 – Urteil vom 2. November 2011 (LG Marburg)**

BGHSt; Verweisung auf ein elektronisches Speichermedium (wirksame Bezugnahme; Abbildung; Beruhen); Anforderungen an ein freisprechendes Urteil (Beweiswürdigung).

§ 267 Abs. 1 Satz 3 StPO; § 261 StPO; § 337 StPO

1. In der Verweisung auf ein elektronisches Speichermedium liegt keine wirksame Bezugnahme im Sinne von § 267 Abs. 1 Satz 3 StPO. (BGHSt)

2. Abbildungen sind Wiedergaben der Außenwelt, die unmittelbar durch den Gesichts- oder Tastsinn wahrgenommen werden können. Ob sich der Wortsinn auch auf Filme oder Filmsequenzen erstreckt, die in einer kontinuierlichen Abfolge einer Vielzahl von visuellen Eindrücken den Ablauf eines Geschehens dokumentieren, mag bereits zweifelhaft erscheinen. Selbst wenn man von dem Begriff – etwa im Kontext von § 184 StGB – grundsätzlich auch Filme umfasst sieht, setzt eine Bezugnahme nach § 267 Abs. 1 Satz 3 StPO aber voraus, dass diese selbst Aktenbestandteil geworden sind. Dies ist jedenfalls bei auf elektronischen Medien gespeicherten Bilddateien nicht der Fall. (Bearbeiter)

3. Eine Beweiswürdigung kann ihrer Natur nach nicht erschöpfend in dem Sinne sein, dass alle irgendwie denkbaren Gesichtspunkte und Würdigungsvarianten in den Urteilsgründen ausdrücklich abgehandelt werden. Aus einzelnen denkbaren oder tatsächlichen Lücken in der ausdrücklichen Erörterung kann nicht abgeleitet werden, der Tatrichter habe nach den sonstigen Urteilsfeststellungen auf der Hand liegende Wertungsgesichtspunkte nicht bedacht. (Bearbeiter)

**43. BGH 1 StR 524/11 – Beschluss vom 9. November 2011 (LG Heilbronn)**

BGHR; Anforderungen an die Wahllichtbildvorlage und Verwertbarkeit sowie Beweiswert bei Fehlern.  
§ 261 StPO

1. Bei einer Wahllichtbildvorlage sollten einem Zeugen Lichtbilder von wenigstens acht Personen vorgelegt werden. Dabei ist es vorzugswürdig, ihm diese nicht gleichzeitig sondern nacheinander (sequentiell) vorzulegen oder (bei Einsatz von Videotechnik) vorzuspielen. Wird die Wahllichtbildvorlage vor der Vorlage bzw. dem Vorspielen von acht Lichtbildern abgebrochen, weil der Zeuge erklärt hat, eine Person wiedererkannt zu haben, macht dies das Ergebnis der Wahllichtbildvorlage zwar nicht wertlos, kann aber ihren Beweiswert mindern. (BGHR)

2. Einem Zeugen sollten auf jeden Fall im Rahmen einer Wahllichtbildvorlage (mindestens) acht Personen gezeigt bzw. vorgespielt werden, auch wenn er schon zuvor angibt, eine Person erkannt zu haben: Der Zeuge kann bei einer größeren Vergleichszahl etwaige Unsicherheiten in seiner Beurteilung besser erkennen und dementsprechend offen legen, so dass im Ergebnis eine Wiedererkennung unter (mindestens) acht Vergleichspersonen einen höheren – in Grenzfällen möglicherweise entscheidenden – Beweiswert gewinnen kann. (Bearbeiter)

**83. BGH 4 BGs 1/11 3 BJs 11/06-4 – Beschluss vom 26. Januar 2011 (Ermittlungsrichter)**

Ersuchen um Akteneinsicht (Gefährdung des Untersuchungszwecks für den Fall einer möglichen Wiederaufnahme der Ermittlungen und für ein Verfahren vor dem Internationalen Strafgerichtshof; Antrag auf gerichtliche Entscheidung; Ermittlungsrichter des BGH); Verbrechen gegen die Menschlichkeit; Komplementaritätsgrundsatz; gesetzlicher Richter.

Art. 5 Abs. 4 EMRK; Art. 6 Abs. 1, Abs. 3 lit. a, b EMRK; Art. 101 Abs. 1 Satz 2 GG; § 147 Abs. 2, Abs. 5 Satz 2 StPO; § 153f StPO; § 153c StPO; § 1 VStGB; § 7 VStGB; § 8 VStGB; § 9 VStGB; § 11 VStGB; § 129a StGB; § 129b StGB; Artikels 17 IStGH-Statut (Römisches Statut)

1. Über § 147 Abs. 5 Satz 2 StPO ist die Entscheidung der Staatsanwaltschaft, mit der sie die Akteneinsicht verweigert, regelmäßig nicht anfechtbar (BGH NStZ-RR 2009, 145). Dies gilt auch dann, wenn der Generalbundesanwalt vor dem Abschluss der Ermittlungen im Hinblick auf das von der Anklagebehörde des Internationalen Strafgerichtshof betriebene Ermittlungsverfahren von der Verfolgung des Beschuldigten gemäß § 153 f Abs. 1 Satz 1, Abs. 2 Satz 1 Nr. 4 StPO in Verbindung mit § 153c Abs. 1 Satz 1 Nr. 1 StPO absieht. Die Anwendung des § 153f StPO in Verbindung mit § 153c StPO setzt nicht voraus, dass Ermittlungen zum Abschluss gebracht worden sind.

2. Die Entscheidung, gemäß § 153f StPO von der Verfolgung abzusehen, erwächst nicht in Rechtskraft. Eine Wiederaufnahme des Ermittlungsverfahrens ist jedenfalls bis zu einem vollständigen Abschluss des Verfahrens –

durch Sachentscheidung – vor dem Internationalen Strafgerichtshof möglich.

3. Die dritte Alternative des § 147 Abs. 5 Satz 2 StPO, dass sich der Beschuldigte nicht auf freiem Fuß befindet, ist nicht schon dann gegeben, wenn sich der Beschuldigte in einer anderen Sache in Haft befindet.

4. Eine Gefährdung des Untersuchungszwecks im Sinne des § 147 Abs. 2 StPO kann sich auch auf ein vor dem Internationalen Strafgerichtshof geführtes Verfahren beziehen. Allgemein kann sich eine der Gewährung von Akteneinsicht entgegenstehende Gefährdung des Untersuchungszwecks gemäß § 147 Abs. 2 Satz 1 StPO auch daraus ergeben, dass durch die beantragte Akteneinsicht der Untersuchungszweck in einem anderen Strafverfahren gefährdet würde.

5. § 153f StPO flankiert das in § 1 VStGB verankerte Weltrechtsprinzip im Verfahrensrecht. Wie der Gesetzgeber anlässlich der Einfügung des § 153f StPO durch das Gesetz zur Einführung des Völkerstrafgesetzbuchs vom 26. Juni 2002 in der Gesetzesbegründung ausgeführt hat, besteht auch bei Fällen, die dem Weltrechtsprinzip unterliegen, eine gestufte Zuständigkeitspriorität: In erster Linie sind zur Verfolgung der Tatortstaat und der Heimatstaat von Täter oder Opfer sowie – stellvertretend für diese – ein zuständiger internationaler Gerichtshof berufen; die (an sich gegebene) Zuständigkeit von Drittstaaten ist demgegenüber als Auffangzuständigkeit zu verstehen, die Straflosigkeit vermeiden, aber im Übrigen die primär zuständigen Gerichtsbarkeiten nicht unangemessen zur Seite drängen soll. Dem Tatortstaat und dem Heimatstaat von Täter oder Opfer gebührt der Vorrang wegen ihres besonderen Interesses an der Strafverfolgung und wegen der regelmäßig gegebenen größeren Nähe zu den Beweismitteln; und ein internationaler Strafgerichtshof, der bereit ist, den Fall an sich zu ziehen, vermag den Gedanken der internationalen Solidarität am besten zur Geltung zu bringen und verfügt typischerweise über weiterreichende Möglichkeiten, Beweismittel im Wege der (vertikalen) strafrechtlichen Zusammenarbeit zu erlangen. Einem internationalen Gerichtshof, der bereit ist, den Fall an sich zu ziehen, soll daher gegenüber einer Strafverfolgung durch Drittstaaten der Vorrang zukommen.

**84. BGH 4 BGs 2/11 3 BJs 6/10-4 – Beschluss vom 21. Februar 2011 (Ermittlungsrichter)**

Akteneinsicht des Verletzten (Antrag auf gerichtliche Entscheidung; überwiegendes schutzwürdiges Interesse anderer Personen; Geheimhaltungsinteressen bei der Kunduz-Affäre: Schutz der ISAF-Soldaten und der mit ihnen zusammenarbeitenden Informanten, militärische Geheimnisse); Klageerzwingungsverfahren.

Art. 2 Abs. 1 EMRK; Art. 2 Abs. 2 Satz 2 GG; Art. 19 Abs. 4 GG; § 406e Abs. 1, Abs. 4 Satz 2 StPO; § 172 StPO

1. Bei der Prüfung gemäß § 406 Abs. 2 Satz 1 StPO ist davon auszugehen, dass diese Vorschrift einen vertretbaren Ausgleich im schwierigen Spannungsverhältnis zwischen Datenschutz, Verteidigungsinteressen, Wahrheitsfindung, Funktionsinteressen der Strafrechtspflege und



dem legitimen, verfassungsrechtlich abzuleitenden Informationsanspruch des Verletzten sucht (BGHSt 39, 112, 115). Deshalb sind im Rahmen des § 406e Abs. 2 Satz 1 StPO die gegenläufigen Interessen des Verletzten sowie des Beschuldigten oder anderer Personen sorgfältig gegeneinander abzuwägen, um hierdurch festzustellen, welchem Interesse im Einzelfall der Vorrang gebührt.

2. Anwendung auf eine namentlich zum Schutz von Leib und Leben der am ISAF-Einsatz beteiligten Soldaten und der Personen, die mit ihnen zusammenarbeiten, für zulässig befundene Teilversagung der Akteneinsicht in der Kunduz-Affäre.

3. Andere Personen im Sinne des § 406e Abs. 1 StPO sind nicht nur solche, die in einem sehr engen, unmittelbaren Zusammenhang mit dem Ermittlungsverfahren stehen und konkret individualisiert in den Akten benannt oder beschrieben sind.

4. Die im Rahmen des § 406e Abs. 2 Satz 1 StPO zu berücksichtigenden schutzwürdigen Interessen sind nicht nur auf die informationelle Selbstbestimmung beschränkt. Demgemäß kommen als schutzwürdige Interessen gemäß § 406e Abs. 2 Satz 1 StPO neben den persönlichkeitsrechtlichen Interessen im weitesten Sinne beispielsweise auch wirtschaftliche Interessen, wie etwa Geschäfts- und Betriebsgeheimnisse in Betracht. Wenn aber bereits wirtschaftliche Interessen an der Geheimhaltung von Betriebs- oder Geschäftsgeheimnissen als schutzwürdige Interessen anerkannt sind, muss dies erst Recht für militärische Geheimnisse gelten, die dem Schutz des durch Artikel 2 Abs. 2 Satz 1 GG garantierten Rechts auf Leben und körperliche Unversehrtheit der Soldaten und der mit ihnen zusammenarbeitenden Personen, hier insbesondere der afghanischen Informanten, gelten.

### 60. BGH 2 StR 405/11 – Beschluss vom 20. Oktober 2011 (LG Hanau)

Feststellung der rechtzeitigen Revisionseinlegung beim Einwurf in einen Gerichtsbriefkasten (Zugang der Revisionsbegründung; Ergänzung der Urteilsgründe).  
§ 341 Abs. 1 StPO; § 267 Abs. 4 Satz 4 StPO; § 275 Abs. 1 Satz 2 StPO

1. Eine schriftliche Erklärung ist zugegangen, sobald sie in verkehrüblicher Weise in die tatsächliche Verfügungsgewalt des Empfängers gelangt ist und für den Empfänger unter gewöhnlichen Verhältnissen die Möglichkeit besteht, davon Kenntnis zu nehmen. Das ist bei einem Einwurf in den Briefkasten regelmäßig der Fall. Bei einem besonders für fristgebundene Schriftsätze vorgesehenen Gerichtsbriefkasten ist der Zeitpunkt des Einwurfes als Zeitpunkt des Zugangs zu werten.

2. Legt der Verteidiger die Handlung, die entsprechend zum rechtzeitigen Zugang geführt hat, genau dar und versichert er diese an Eides Statt, ohne dass Hinweise darauf vorliegen, dass dies tatsächlich nicht zutrifft, ist vom rechtzeitigen Zugang der Rechtsmittelschrift auszugehen. In diesem Fall ist für eine Wiedereinsetzung in den vorigen Stand weder Raum noch Bedarf.

3. Auf die Tatsache, dass der Schriftsatz danach nicht zu den Akten gelangt ist, kommt es nicht an. § 341 Abs. 1 StPO stellt nur auf den Eingang bei dem Gericht ab und nicht auf den bei der zuständigen Abteilung (BGHR StPO § 341 Wirksamkeit 1).

4. Wird eine abhandengekommene Revisionsbegründungsschrift fehlerhaft als nicht zugegangen gewertet, kann das Landgericht innerhalb der in § 275 Abs. 1 Satz 2 StPO vorgesehenen Frist die Urteilsgründe entsprechend § 267 Abs. 4 Satz 4 StPO ergänzen, wenn die Wahrung der Rechtsmittelfrist festgestellt wird. Die Frist für die Ergänzung der Urteilsgründe beginnt in diesem Fall, sobald die Akten nach der Feststellung des Nichtvorliegens eines Abkürzungsgrundes gemäß § 267 Abs. 4 Satz 1 StPO bei dem für die Ergänzung zuständigen Gericht eingehen.

### 36. BGH 1 StR 302/11 – Urteil vom 9. November 2011 (LG Leipzig)

Zuständigkeit des Revisionsgerichts; Kognitionspflicht des Gerichts (vermeintliche Unwirksamkeit der Anklageschrift wegen des Gebrauchs der englischen Sprache in den aufgelisteten Beweismitteln: Verfahrenshindernis; staatsanwaltschaftlicher Verfolgungswille); Untreue (schwarze Kasse); Strafzumessung nach informeller Absprache (mangelnder Vertrauenstatbestand).  
§ 200 StPO; § 264 StPO; § 266 StGB; § 3 StPO; § 184 GVG; § 257c StPO

1. Eine Anklageschrift, die Passagen fremdsprachiger Schriftstücke enthält oder sich zumindest teilweise auf nicht übersetzte fremdsprachige Schriftstücke stützt, führt nicht zu einem Verfahrenshindernis der unwirksamen Anklage. Dies gilt auch dann, wenn sich die Anklageschrift mit dem Inhalt der Urkunden auseinandersetzt oder dieser von hohem Belang für die Bewertung der Vorwürfe sei, weil die Staatsanwaltschaft aus dem Inhalt und dem Wortlaut der Urkunden selbst die Unrechtsvorwürfe herleiten will.

2. Auch wenn die Generalstaatsanwaltschaft eine Verurteilung wegen vorliegender Steuerhinterziehungsdelikte nicht angreifen möchte, ist der 1. Strafsenat zur Entscheidung über die Revision infolge seiner Zuständigkeit für die Revisionen in Steuerstrafsachen ausschließlich zuständig. Dies gilt jedenfalls dann, wenn die auch wegen der Steuerstraftat verhängten Einzelstrafen angefochten sind. Die so begründete Zuständigkeit ist gemäß § 3 StPO auch auf einen Mitangeklagten zu übertragen.

3. Einer Anklageschrift kommt auch eine Informationsfunktion zu. Im Hinblick darauf wäre es vorliegend beispielsweise geboten gewesen, die näheren Umstände der Abschlüsse der Verträge, insbesondere deren genaue Ausgestaltung darzulegen. Es ist jedoch anerkannt, dass insoweit bestehende Defizite grundsätzlich nicht zu einem Verfahrenshindernis führen, diese vielmehr im weiteren Verfahrensverlauf insbesondere durch gerichtliche Hinweise zur Gewährung rechtlichen Gehörs behoben werden können (BGHSt 44, 153, 156). Sonstige Mängel, etwa im Aufbau, in der Darstellung des wesentlichen Ergebnisses der Ermittlungen oder im Äußeren

der Anklageschrift machen diese ebenfalls nicht unwirksam und begründen deshalb kein Verfahrenshindernis.

4. Gemäß § 184 GVG ist die Gerichtssprache deutsch. Die Regelung betrifft auch Zuschriften an das Gericht und namentlich staatsanwaltschaftliche Anklageschriften. Die Generalstaatsanwaltschaft genügt dieser gesetzlichen Vorgabe jedoch schon dann hinreichend entsprochen, wenn die Anklageschrift in allen maßgeblichen Teilen in deutscher Sprache verfasst worden ist. Dies gilt speziell für den gesamten Anklagesatz und das wesentliche Ergebnis der Ermittlungen.

5. Fremdsprachige Urkunden dürfen in ihrer Originalbezeichnung in der Liste der Beweismittel aufgeführt werden.

6. Eine „informelle“, d.h. außerhalb des gesetzlich geregelten, insbesondere eine Mitwirkung der Staatsanwaltschaft vorsehenden Verfahrens getroffene „Verständigung“ allein zwischen Gericht und Angeklagten widerspricht der Strafprozessordnung. Sie könnte weder eine gerichtliche Bindung an die in Aussicht gestellte Strafobergrenze noch einen durch den fair-trial-Grundsatz geschützten Vertrauenstatbestand bei den Angeklagten hervorrufen.

**39. BGH 1 StR 475/11 – Beschluss vom 18. November 2011 (LG Konstanz)**

Entscheidung über die Entschädigung des Verletzten (wirksamer Adhäsionsantrag).  
§ 404 StPO; § 406 StPO

Die bloße Ankündigung eines Adhäsionsantrages reicht zur wirksamen Antragstellung i.S.v. § 404 Abs. 1 StPO nicht aus (BGHR StPO § 404 Abs. 1 Antragstellung 1). Wird ein als Entwurf bezeichneter Adhäsionsantrag allen Verfahrensbeteiligten zugestellt, der dem Antrag des Nebenklägervertreters auf Prozesskostenhilfe für den Adhäsionsantrag beigelegt war, und behandeln die Verfahrensbeteiligten den Antrag daraufhin in der Hauptverhandlung als gestellt, liegt aber nicht nur ein Antragsankündigung, sondern eine unbedingte und wirksame Antragsstellung vor. Einer weiteren förmlichen Erklärung des Nebenklägervertreters bedurfte es in diesem Falle nicht.

**5. BGH 3 StR 314/11 – Beschluss vom 10. November 2011 (LG Lüneburg)**

Eröffnungsbeschluss; Anklagegrundsatz; Einstellung des Verfahrens; prozessualer Tatbegriff (Identität der Tat; Auffassung des Lebens; individualisierende Tatmodalitäten); Verfall (entgegenstehende Ansprüche eines Verletzten).  
§ 206a Abs. 1 StPO; § 264 StPO; § 111i Abs. 2 StPO; § 200 StPO; § 203 StPO

1. Das Gericht muss seine Untersuchung auch auf Teile der Tat erstrecken, die erst in der Hauptverhandlung bekannt werden. Die angeklagte Tat im verfahrensrechtlichen Sinne ist erschöpfend abzuurteilen. Das Gericht ist dabei an die rechtliche Beurteilung, wie sie der Anklage und dem Eröffnungsbeschluss zugrunde liegt, nicht gebunden.

2. Der verfahrensrechtliche Tatbegriff umfasst den von der zugelassenen Anklage betroffenen geschichtlichen Vorgang, innerhalb dessen der Angeklagte einen Straftatbestand verwirklicht haben soll. Zu dieser Tat gehört deshalb das gesamte Verhalten, soweit es mit dem durch die Anklage bezeichneten geschichtlichen Vorkommnis nach der Auffassung des Lebens einen einheitlichen Vorgang darstellt.

3. Bei der Untersuchung und Entscheidung muss die Identität der Tat gewahrt bleiben. Dies ist nicht der Fall, wenn das Gericht Umstände feststellt, die von den die angeklagten Taten individualisierenden Tatmodalitäten in erheblicher Weise abweichen.

**70. BGH 4 StR 300/11 – Beschluss vom 9. November 2011 (LG Essen)**

Sexueller Missbrauch Widerstandsunfähiger (Verfahrenshindernis: übersehene gerichtliche Einstellungsentscheidung nach § 154 Abs. 2 StPO).  
§ 179 StGB; § 154 Abs. 2 StPO

Mit der Einstellung durch einen Gerichtsbeschluss gemäß § 154 Abs. 2 StPO entsteht ein von Amts wegen zu beachtendes Verfahrenshindernis, zu dessen Beseitigung ein förmlicher Wiederaufnahmebeschluss gemäß § 154 Abs. 5 StPO erforderlich ist (BGH NStZ 2007, 476).

**44. BGH 1 StR 528/11 – Beschluss vom 30. November 2011 (BGH)**

Unbegründete Anhörungsrüge (Gelegenheit zur Gegenerklärung binnen zwei Wochen; Wiedereinsetzung in den vorigen Stand wegen Verteidigerverschuldens).  
Art. 6 Abs. 3 lit. c EMRK; § 356a StPO; § 349 Abs. 3 Satz 2 StPO

Ein Verteidiger muss wissen, dass nach Zugang des Verwerfungsantrags des Generalbundesanwalts gemäß § 349 Abs. 3 Satz 2 StPO die Gelegenheit zur Gegenerklärung binnen zwei Wochen besteht. Ebenso wenig wie diese Frist verlängert werden kann, muss der Generalbundesanwalt über sie belehren. In einem Fall der Versäumung der Frist wegen der mangelnden Belehrung über die Frist kommt auch eine Wiedereinsetzung wegen dem Angeklagten nicht anzulastenden Verteidigerverschuldens nicht in Betracht.

## Rechtsprechung

## V. Wirtschaftsstrafrecht und Nebengebiete

**6. BGH 3 StR 315/10 – Urteil vom 17. November 2011 (LG Verden)**

BGHSt; Methamphetaminracemat – (RS)-(methyl)(1-phenylpropan-2-yl)azan; nicht geringe Menge (Wirkungsweise; Wirkungsintensität; Konsumverhalten).

§ 29a BtMG; § 30 Abs. 1 BtMG

1. Für Methamphetaminracemat – (RS)-(methyl)(1-phenylpropan-2-yl)azan – beginnt die nicht geringe Menge im Sinne von § 29a Abs. 1 Nr. 2, § 30 Abs. 1 Nr. 4 BtMG bei 10 g der wirkungsbestimmenden Base. (BGHSt)

2. Der Grenzwert der nicht geringen Menge eines Betäubungsmittels ist stets in Abhängigkeit von dessen konkreter Wirkungsweise und Wirkungsintensität festzulegen. Maßgeblich ist zunächst die äußerst gefährliche, gar tödliche Dosis des Wirkstoffs. Fehlen hierzu gesicherte Erkenntnisse, so errechnet sich der Grenzwert als ein Vielfaches der durchschnittlichen Konsumeinheit eines nicht an den Genuss dieser Droge gewöhnten Konsumenten, das zu bemessen ist nach Maßgabe der Gefährlichkeit des Stoffes, insbesondere seines Abhängigkeiten auslösenden oder sonst die Gesundheit schädigenden Potentials. Lassen sich auch zum Konsumverhalten keine ausreichenden Erkenntnisse gewinnen, so entscheidet ein Vergleich mit verwandten Wirkstoffen. (Bearbeiter)

3. Zwar ist nicht zu verkennen ist, dass sich – etwa wegen des Fehlens getrennter Märkte – ein praktisches Bedürfnis ergeben kann, zwei oder mehrere Substanzen mit gleicher Wirkungsweise, aber unterschiedlicher Wirkungsintensität einheitlich zu behandeln. Dem muss jedoch dadurch Rechnung getragen werden, dass insgesamt der Wert für diejenige Erscheinungsform zugrunde gelegt wird, welche die geringste Wirkungsintensität aufweist. (Bearbeiter)

**35. BGH 1 ARs 19/11 – Beschluss vom 29. November 2011 (BGH)**

Anfrageverfahren zur Aufgabe der Interessentheorie (Untreue; Bankrott; Merkmalszurechnung bei Organen juristischer Personen und Vertretern; Interessenformel).

§ 14 StGB; § 266 StGB; § 283 StGB

Der 1. Strafsenat des BGH schließt sich der vom 3. Strafsenat beabsichtigten Aufgabe der sog. Interessenformel an. Er gibt entgegenstehende eigene Rechtsprechung auf.

**8. BGH 3 StR 353/11 – Beschluss vom 25. Oktober 2011 (LG Hildesheim)**

Bemessung der Jugendstrafe (Vorrang des Erziehungszwecks; Schwere der Schuld; äußerer Unrechtsgehalt der Tat; Teilnahme).

§ 17 Abs. 2 JGG

1. Bei der Beurteilung der Schuldschwere im Sinne von § 17 Abs. 2 Alt. 2 JGG kommt dem äußeren Unrechtsgehalt der Tat und ihrer Einstufung im Strafgesetzbuch als Verbrechen keine selbständige Bedeutung zu. Entscheidend ist vielmehr, inwieweit sich die charakterliche Haltung und die Persönlichkeit sowie die Tatmotivation des Jugendlichen oder Heranwachsenden in vorwerfbarer Schuld niedergeschlagen haben.

2. Der äußere Unrechtsgehalt der Tat ist im Rahmen der Entscheidung über Verhängung und Bemessung von Jugendstrafe nur insofern von Belang, als aus ihm Schlüsse auf die Persönlichkeit des Täters und die Höhe der Schuld gezogen werden können. Diese ermisst sich aus dem Gewicht der Tat und der persönlichkeitsbegründenden Beziehung des Täters zu dieser. Dabei ist bei einer Teilnahme vorrangig auf die Schuld des Teilnehmers abzustellen.

**9. BGH 3 StR 355/11 – Beschluss vom 10. November 2011 (LG Mönchengladbach)**

Unerlaubtes Handeltreiben mit Betäubungsmitteln (Kurier; Täterschaft; Teilnahme); besonderes persönliches Merkmal; Bande; Bandenabrede; Tatbegehung „als Mitglied einer Bande“; nachträgliche Bildung der Gesamtstrafe (Zäsurwirkung; Verschlechterungsverbot).

§ 28 StGB; § 29a BtMG; § 30 BtMG; § 30a BtMG; § 25 StGB; § 27 StGB; § 55 StGB; § 358 Abs. 2 StPO

1. Ob jemand Mitglied einer Bande ist, bestimmt sich nach der deliktischen Vereinbarung, der sogenannten Bandenabrede. Die Begründung der Mitgliedschaft folgt nicht aus der Bandentat, sondern geht dieser regelmäßig voraus.

2. Mitgliedschaft in einer Bande einerseits und bandenmäßige Begehung andererseits sind begrifflich voneinander zu trennen. Entsprechend handelt es sich bei dem Tatbestandsmerkmal „als Mitglied einer Bande“ – im Unterschied zum tatbezogenen Mitwirkungserfordernis – um ein besonderes persönliches Merkmal im Sinne des § 28 Abs. 2 StGB.

3. Die bloße Schilderung eines wiederholten deliktischen Zusammenwirkens mehrerer ist für sich nicht ausreichend, um das Zustandekommen einer Bandenabrede zu belegen.

# Der Grundsatz „ne bis in idem“ und der Europäische Haftbefehl: europäischer ordre public vs. gegenseitige Anerkennung

Besprechung von EuGH, Urt. v. 16.11.2010, Rs. C-261/09 – Gaetano Mantello, HRRS 2011 Nr. 970

Von Prof. Dr. Martin Böse, Universität Bonn

## 1. Einleitung

Mit dem Europäischen Haftbefehl<sup>1</sup> ist der Auslieferungsverkehr innerhalb der Europäischen Union auf eine neue Grundlage gestellt worden. Nach dem Prinzip der gegenseitigen Anerkennung (vgl. Art. 67 Abs. 3, Art. 82 Abs. 1 Unterabs. 1 AEUV) ist ein Auslieferungsersuchen in Form eines Europäischen Haftbefehls vom ersuchten Staat zu „vollstrecken“ (Art. 1 Abs. 2 RbEuHB). Dies gilt allerdings nicht, sofern eines der im Rahmenbeschluss genannten Vollstreckungshindernisse vorliegt (vgl. Art. 3 – 5 RbEuHB). Die vorliegende Entscheidung des EuGH<sup>2</sup> hat mit dem Grundsatz „ne bis in idem“ eines dieser Vollstreckungshindernisse zum Gegenstand (Art. 3 Nr. 2 RbEuHB). Ausgangspunkt der Vorabentscheidung war ein Europäischer Haftbefehl des Tribunale di Catania, mit dem um die Auslieferung des Verfolgten wegen Mitgliedschaft in einer kriminellen Vereinigung und Handels mit Betäubungsmitteln im Zeitraum von Januar 2004 bis November 2005 ersucht wird. Das OLG Stuttgart hatte Zweifel an der Zulässigkeit der Auslieferung, da der Verfolgte (ebenfalls vom Tribunale di Catania) bereits wegen einer in diesem Zeitraum begangenen Einzeltat rechtskräftig verurteilt worden war und die Ermittlungsbehörden bereits zu diesem Zeitpunkt über Beweismaterial im Hinblick auf die Tatvorwürfe verfügten, auf die später der Europäische Haftbefehl gestützt wurde, diese Informationen aber aus ermittlungstaktischen Gründen in dem Erstverfahren nicht offengelegt hatten.<sup>3</sup> Dem OLG Stuttgart stellte sich bei der Prüfung des in Art. 3 Nr. 2 RbEuHB enthaltenen und in § 83 Nr. 1 IRG umgesetzten Vollstreckungshindernisses zwei Fragen, die es dem

EuGH zur Vorabentscheidung vorlegte, nämlich erstens, nach welchem Recht das Vorliegen „derselben Tat“ (*idem*) zu beurteilen ist (Recht des Ausstellungsstaates, des Vollstreckungsstaates, Unionsrecht) und zweitens, sofern es sich um eine Frage des Unionsrechts handelt, ob in Konstellationen wie der vorliegenden eine identische Tat anzunehmen ist.<sup>4</sup> Der EuGH beantwortete die erste Frage auf der Grundlage seiner Rechtsprechung zu Art. 54 SDÜ dahingehend, dass der Begriff derselben Tat nach Maßgabe des Unionsrechts, also autonom auszulegen ist (s. dazu unten 2.).<sup>5</sup> Der zweiten Frage wich der Gerichtshof allerdings aus, indem er sie als Frage nach dem Vorliegen einer rechtskräftigen Aburteilung umdeutete, insoweit auf das Recht des Ausstellungsstaates abstellte und die Beurteilung durch die dort zuständige Justizbehörde (in diesem Fall das Tribunale di Catania) als maßgeblich erachtete (s. dazu unten 3.).<sup>6</sup> Die vom OLG Stuttgart gestellte Frage nach der Tatidentität blieb daher letztlich offen (s. dazu unten 4.).

## 2. Der Tatbegriff im Spannungsfeld von gegenseitiger Anerkennung und europäischem ordre public

Dem EuGH ist darin zuzustimmen, dass die Anforderungen an die Tatidentität im Rahmen des Art. 54 SDÜ einerseits und im Rahmen des Vorbehalts nach Art. 3 Nr. 2 RbEuHB andererseits einheitlich zu bestimmen sind. Das Vollstreckungshindernis nach Art. 3 Nr. 2 RbEuHB wurde aufgenommen, um dem aus Art. 54 SDÜ folgenden grenzüberschreitenden Strafklageverbrauch Rechnung zu tragen:<sup>7</sup> Sofern die Durchführung eines Strafverfahrens nach dem Grundsatz „ne bis in idem“ unzulässig ist, darf auch ein zu diesem Zweck ausgestellter Europäischer Haftbefehl (der angesichts des bestehenden Verfol-

<sup>1</sup> Rahmenbeschluss des Rates Nr. 2002/584/JI vom 13. Juni 2002 über den Europäischen Haftbefehl und die Übergabeverfahren zwischen den Mitgliedstaaten (ABl. L 190 vom 18.7.2002, S.1), geändert durch Rahmenbeschluss Nr. 2009/299/JI vom 26. Februar 2009 (ABl. L 81 vom 27.3.2009, S. 24).

<sup>2</sup> EuGH, Urt. v. 16.11.2010, Rs. C-261/09 – Gaetano Mantello, HRRS 2011 Nr. 970 = EuGRZ 2011, 32 = NJW 2011, 983 = NStZ 2011, 466 = StV 2011, 425.

<sup>3</sup> OLG Stuttgart StV 2010, 264, 265.

<sup>4</sup> OLG Stuttgart StV 2010, 264.

<sup>5</sup> EuGH (Fußn. 2), Rn. 38.

<sup>6</sup> EuGH (Fußn. 2), Rn. 43, 49 ff.

<sup>7</sup> S. aus den Ratsverhandlungen zum RbEuHB: Rats-Dok. 14867/01, S. 11 (in Fußn. 2).

gungshindernisses gar nicht hätte erlassen werden dürfen) nicht vollstreckt werden.<sup>8</sup> Der Generalanwalt hat in seinen Schlussanträgen zu Recht darauf hingewiesen, dass der Grundsatz „ne bis in idem“ als Verfahrensgrundrecht Bestandteil des europäischen *ordre public* ist (vgl. Art. 1 Abs. 3 RbEuHb) und die Achtung der nach Art. 6 EUV garantierten Grundrechte (s. Art. 50 GRC) und rechtsstaatlichen Grundsätze auch vom Vollstreckungsstaat sicherzustellen ist.<sup>9</sup> Dementsprechend wird auch von der Kommission ausdrücklich anerkannt, dass keine Pflicht zur Vollstreckung eines Europäischen Haftbefehls besteht, sofern die Übergabe zur Verletzung von Grundrechten des Verfolgten führen würde.<sup>10</sup> Die Aufnahme von Vollstreckungshindernissen ist Ausdruck der gemeinsamen Verantwortung von Ausstellungs- und Vollstreckungsstaat für die Einhaltung von Grund- und Verfahrensrechten im Rahmen einer transnational-arbeitsteiligen Strafverfolgung.<sup>11</sup> Diese Mitverantwortung des Vollstreckungsstaates für die Wahrung der Grundrechte des Verfolgten impliziert eine Befugnis, das Vorliegen entsprechender Vollstreckungshindernisse zu prüfen. Dass eine Überprüfung der Entscheidung des ersuchenden Mitgliedstaates mit der sekundärrechtlichen Umsetzung des Prinzips der gegenseitigen Anerkennung zum Teil ausgeschlossen wird, steht dem nicht entgegen<sup>12</sup>, sondern bestätigt als Ausnahme die Regel, dass mit der Einführung eines Vollstreckungshindernisses eine entsprechende Prüfungsbefugnis bzw. -pflicht des (ersuchten) Vollstreckungsstaates einhergeht.<sup>13</sup>

Angesichts des Zusammenhangs zwischen Art. 3 Nr. 2 RbEuHb und Art. 54 SDÜ konnte der EuGH auf seine mittlerweile gefestigte Rechtsprechung zu den Anforderungen an die Identität der Tat im Rahmen des Art. 54 SDÜ verweisen, wonach der Begriff derselben Tat in der gesamten Union einheitlich und daher unabhängig vom Recht der Mitgliedstaaten, d.h. autonom auszulegen ist.<sup>14</sup> Der EuGH hat damit einer Prüfung der Tatidentität auf der Grundlage des nationalen Rechts, sei es das Recht

des (um Auslieferung ersuchten) Vollstreckungsstaates, sei es das Recht des (ersuchenden) Ausstellungsstaates, eine deutliche Absage erteilt. Zugleich wird damit (erneut) die im Schrifttum vertretene Auffassung zurückgewiesen, wonach der Tatbegriff nach dem Recht des Mitgliedstaates zu bestimmen ist, in dem die Tat rechtskräftig abgeurteilt wurde.<sup>15</sup> Soweit dabei aus dem Grundsatz der gegenseitigen Anerkennung abgeleitet wird, dass dem Urteilsstaat die Definitionsmacht über den Verfahrensgegenstand und damit die Reichweite des Strafklageverbrauchs zustehe<sup>16</sup>, wird damit zwar im Ausgangspunkt zutreffend auf den Zusammenhang zwischen Art. 54 SDÜ und dem Grundsatz der gegenseitigen Anerkennung hingewiesen<sup>17</sup>, aber der Charakter des Grundsatzes „ne bis in idem“ als Verfahrensgrundrecht nur unvollständig erfasst. Mit der Aufnahme des Grundsatzes „ne bis in idem“ in Art. 50 GRC und deren Übernahme als verbindliches Primärrecht durch den Reformvertrag von Lissabon ist die individualschützende Funktion dieses Grundsatzes deutlich gestärkt worden. Indem Art. 50 GRC die transnationale Dimension (Art. 54 SDÜ) und die interne (d.h. auf die Geltung innerhalb der jeweiligen Rechtsordnung bezogene) Dimension (Art. 4 des 7. Zusatzprotokolls zur EMRK) zusammenführt<sup>18</sup>, emanzipiert sich die primärrechtliche Gewährleistung vom Prinzip der gegenseitigen Anerkennung und formuliert damit einen Maßstab, den auch der Urteilsstaat gegen sich gelten lassen muss. Dementsprechend hat der Generalanwalt die von einigen Mitgliedstaaten vertretene Auffassung zurückgewiesen, wonach Art. 3 Nr. 2 RbEuHb und Art. 54 SDÜ nur auf transnationale (rechtskräftige Verurteilung in einem anderen als dem Ausstellungsstaat), nicht aber auf intranationale Konstellationen (rechtskräftige Verurteilung im Ausstellungsstaat) anwendbar sei<sup>19</sup>, und zur Begründung auf den Wortlaut des Art. 3 Nr. 2 RbEuHb und die grundrechtsschützende Funktion der Regelung verwiesen.<sup>20</sup> Da es im Ausgangsverfahren um die Auslegung und Anwendung („Durchführung“) von Unionssekundärrecht (Art. 3 Nr. 2 RbEuHb) geht und die Mitgliedstaaten bei der Ausstellung und Vollstreckung eines Europäischen Haftbefehls an die Grundrechte-Charta gebunden sind (vgl. Art. 51 Abs. 1 S. 1 GRC), sind die primärrechtlichen Vorgaben des Art. 50 GRC im vorliegenden Fall zu beachten.<sup>21</sup> Muss der Ausstellungsmitgliedstaat selbst sich am Maßstab dieses Unionsgrundrechts messen lassen, so kann die Reichweite des Schutzes nicht unter Rückgriff auf dessen innerstaatliches Recht bestimmt werden, denn in diesem Fall bestünde die Gefahr, dass sich die Mitgliedstaaten den

<sup>8</sup> Vgl. Generalanwalt *Bot*, Schlussanträge vom 7. September 2010, in: EuGH (Fußn. 2), Rn. 78, 89 f.

<sup>9</sup> Generalanwalt *Bot*, a.a.O., Rn. 86, 87 f.; s. bereits Generalanwalt *Ruiz-Jarabo Colomer*, in: EuGH, Verb. Rs. C-187/01 und C-385/01 (Gözütok und Brügge), Slg. 2003, I-1345 Rn. 57.

<sup>10</sup> S. den Bericht der Kommission über die seit 2007 erfolgte Umsetzung des RbEuHb vom 11. April 2011, KOM (2011) 175 endg., S. 7.

<sup>11</sup> S. allgemein *Schomburg/Lagodny/Gleß/Hackner*, Internationale Rechtshilfe in Strafsachen, 4. Aufl. (2006), Einleitung Rn. 113; *Vogel*, in: Grützner/Pötz/Kreß (Hrsg.), Internationaler Rechtshilfeverkehr in Strafsachen, 3. Aufl. (Stand: 24. Lieferung – November 2011), Vor § 1 IRG Rn. 40.

<sup>12</sup> In diesem Sinne *Ligeti* KritV 93 (2010), 380, 387, mit Hinweis auf Art. 9 Abs. 2 des Rahmenbeschlusses Nr. 2006/783/JI vom 6. Oktober 2006 über die Anwendung des Grundsatzes der gegenseitigen Anerkennung auf Einziehungsentscheidungen (ABl. L 328 vom 24.11.2006, S. 59).

<sup>13</sup> Vgl. *de Schutter* Columbia Journal of European Law 14 (2008), 509, 543 f.

<sup>14</sup> EuGH (Fußn. 2), Rn. 38 f.; s. zu Art. 54 SDÜ: EuGH, Rs. C-436/04 (van Esbroeck), Slg. 2006, I-2333 Rn. 36; Rs. C-150/05 (van Straaten), Slg. 2006, I-9327 Rn. 48; s. ferner zu Art. 4 Nr. 6 RbEuHb: EuGH, Rs. C-66/08 (Kozłowski), Slg. 2008, I-6041 Rn. 41 f.; zusammenfassend *Stuckenberg*, in: Meng/Ress/Stein /Hrsg.), Europäische Integration und Globalisierung (2011), S. 567, 575 ff.

<sup>15</sup> So insbesondere *Hecker*, Europäisches Strafrecht, 3. Aufl. (2010), § 13 Rn. 55 m.w.N.; s. dagegen bereits *Böse* GA 2003, 744, 757 f.

<sup>16</sup> *Hecker*, a.a.O (Fußn. 15).

<sup>17</sup> EuGH, Verb. Rs. C-187/01 und C-385/01 (Gözütok und Brügge), Slg. 2003, I-1345 Rn. 33 („gegenseitiges Vertrauen“); eingehend Generalanwalt *Ruiz-Jarabo Colomer*, ebenda, Rn. 122 ff.

<sup>18</sup> S. die Erläuterungen des Präsidiums des Konvents zu Art. 50 GRC, C 303 vom 14.12.2007, S. 17, 31.

<sup>19</sup> Vgl. Schlussanträge von Generalanwalt *Bot* vom 7. September 2010 (Fußn. 8), Rn. 75, 80, 83; zur Terminologie: OLG Stuttgart StV 2010, 264 (265).

<sup>20</sup> Schlussanträge von Generalanwalt *Bot*, a.a.O., Rn. 84 ff.

<sup>21</sup> Schlussanträge von Generalanwalt *Bot*, a.a.O., Rn. 91 f.

Bindungen der Grundrechte-Charta entziehen.<sup>22</sup> Die autonome Auslegung des Tatbegriffs im Zusammenhang mit dem Grundsatz „ne bis in idem“ ist daher Konsequenz der fortschreitenden Entwicklung des Grundrechtsschutzes in der Union. Dieses Verständnis ist durch die neuere Rechtsprechung des EGMR zu Art. 4 des 7. Zusatzprotokolls zur EMRK bestätigt worden, in der dem Grundsatz „ne bis in idem“ unter Bezugnahme auf die Rechtsprechung des EuGH zu Art. 54 SDÜ ein prozessualer (faktischer) Tatbegriff zu Grunde gelegt wird.<sup>23</sup>

### 3. Die rechtskräftige Aburteilung als „Einfallstor“ für das Prinzip der gegenseitigen Anerkennung?

Nachdem der EuGH sich in Bezug auf den Tatbegriff mit klaren Worten zu einer autonomen, unionsrechtlichen Auslegung bekannt hat, relativiert er dieses Ergebnis anschließend in seinen Ausführungen zur rechtskräftigen Aburteilung. Ausgangspunkt ist die Argumentation des OLG Stuttgart, dass es nach der bisherigen Rechtsprechung nahe liege, Tatidentität zu verneinen (s. dazu unten 4.), dass sich der vorliegende Fall aber dadurch auszeichne, dass dem Tatgericht bestimmte Informationen – möglicherweise pflichtwidrig – vorenthalten worden seien; damit werde die Frage aufgeworfen, ob der gesamte den Ermittlungsbehörden bekannte Sachverhalt (d.h. die abgeurteilte Einzeltat und das Organisationsdelikt sowie weitere Einzeltaten) als abgeurteilt gelten müsse.<sup>24</sup> Der EuGH greift diese Frage auf, indem er prüft, ob die unterlassene Unterbreitung einer rechtskräftigen Aburteilung „gleichzusetzen ist“.<sup>25</sup> Damit wird das Problem auf eine Voraussetzung des Grundsatzes „ne bis in idem“ verlagert, dessen Vorliegen nach der bisherigen Rechtsprechung davon abhängt, ob die betreffende Entscheidung nach innerstaatlichem Recht einen Strafklageverbrauch begründet.<sup>26</sup> Der EuGH wendet sich nun erneut der Frage nach der Reichweite des Strafklageverbrauchs (d.h. dem Vorliegen derselben Tat) zu und stellt fest:

„In einem Fall wie dem des Ausgangsverfahrens, in dem die ausstellende Justizbehörde auf ein Informationssuchen der vollstreckenden Justizbehörde ... gemäß ihrem nationalen Recht und unter Beachtung der Anforderungen, die sich aus dem in Art. 3 Nr. 2 [RbEuHb] aufgeführten Begriff „derselben Handlung“ ergeben ausdrücklich festgestellt hat, dass das zuvor im Rahmen ihrer Rechtsordnung erlassene Urteil keine rechtskräftige Verurteilung wegen der in ihrem Haftbefehl bezeichneten Handlungen darstellt ..., besteht für die vollstreckende Justizbehörde kein Anlass, wegen dieses Urteils den in

diesem Art. 3 Nr. 2 vorgesehenen zwingenden Grund für die Ablehnung der Vollstreckung anzuwenden.“<sup>27</sup>

Mit dieser Kehrtwendung kommt der EuGH dem Vorbringen mehrerer Mitgliedstaaten entgegen, dass die Würdigung des Ausstellungsstaates, wonach die Strafklage nach seinem innerstaatlichen Recht nicht verbraucht sei, vom Vollstreckungsstaat anzuerkennen sei.<sup>28</sup> Wenngleich der EuGH äußerlich an seine Rechtsprechung zu Art. 54 SDÜ anknüpft, so beruht die Rücknahme der Prüfungskompetenz des (um Auslieferung ersuchten) Vollstreckungsstaates letztlich auf dem Prinzip der gegenseitigen Anerkennung und dem mit dem Europäischen Haftbefehl verfolgten Ziel, den Auslieferungsverkehr zu vereinfachen und zu beschleunigen.<sup>29</sup> Wie oben dargelegt worden ist (s. oben unter 2.), stößt die gegenseitige Anerkennung jedoch dort an ihre Grenzen, wo der europäische *ordre public*, d.h. der den Mitgliedstaaten gemeinsame grundrechtliche Mindeststandard, verletzt wird. Dass dem Grundrechtsschutz der Vorrang vor dem öffentlichen Interesse an einer „reibungsfreien“ Vollstreckung eines Europäischen Haftbefehls gebührt, wird durch Art. 1 Abs. 3 RbEuHb bzw. im vorliegenden Fall durch Art. 3 Nr. 2 RbEuHb klar entschieden.

Auch im Übrigen sind die Ausführungen des EuGH zur „rechtskräftigen Aburteilung“ wenig überzeugend: Die „rechtskräftige Aburteilung“ setzt nach bisheriger Rechtsprechung eine verfahrensabschließende Entscheidung voraus, gegen die keine Rechtsmittel mehr eingelegt werden können (formelle Rechtskraft) und die nach dem innerstaatlichen Recht einen (ggf. auch eingeschränkten) Strafklageverbrauch für die verfolgte „Tat“ begründet (materielle Rechtskraft).<sup>30</sup> Im Hinblick auf die neuere Entwicklung, insbesondere das Inkrafttreten von Art. 50 GRG, erscheint es bereits zweifelhaft, ob der Eintritt eines Strafklageverbrauchs allein nach Maßgabe des innerstaatlichen Rechts des Urteilsstaates zu beurteilen ist; in jedem Fall wird die Reichweite der materiellen Rechtskraft jedoch durch den Tatbegriff bestimmt, der nach den obigen Ausführungen autonom auszulegen ist. Die Frage nach dem Vorliegen einer rechtskräftigen Verurteilung stellt sich im vorliegenden Verfahren nicht, da in Bezug auf die abgeurteilte Einzeltat eine solche unzweifelhaft vorliegt, während in Bezug auf die in dem Europäischen Haftbefehl bezeichneten Taten jeder Anhaltspunkt für eine verfahrensabschließende Entscheidung fehlt, sofern man nicht in der Aburteilung der Einzeltat eine solche sieht; dies aber ist eine Frage der Tatidentität, nicht eine solche nach den Anforderungen an eine rechtskräftige Aburteilung.

<sup>27</sup> EuGH (Fußn. 2), Rn. 51.

<sup>28</sup> Vgl. Generalanwalt Bot (Fußn. 8); Rn. 72 f.

<sup>29</sup> Vgl. EuGH (Fußn. 2), Rn. 36.

<sup>30</sup> EuGH, Verb. Rs. C-187/01 und C-385/01 (Gözütok und Brügger), Slg. 2003, I-1345 Rn. 30; Rs. C-491/07 (Turanský), Slg. 2008, I-11039 Rn. 35 f.

<sup>22</sup> S. zum Begriff „Strafverfahren“ in Art. 4 des 7. Zusatzprotokolls zur EMRK: EGMR (Große Kammer), NJOZ 2010, 2630 Rn. 52 (Zolotukhin / Russland).

<sup>23</sup> S. EGMR (Große Kammer), NJOZ 2010, 2630 Rn. 79 ff. (Zolotukhin / Russland).

<sup>24</sup> OLG Stuttgart StV 2010, 264, 265 f.

<sup>25</sup> EuGH (Fußn. 2), Rn. 44.

<sup>26</sup> EuGH (Fußn. 2), Rn. 46 f., mit Hinweis auf EuGH, Rs. C-491/07 (Turanský), Slg. 2008, I-11039 Rn. 36 f.

## 4. Tatidentität bei Organisationsdelikt und Einzeltat

Der EuGH hätte sich also der Frage nach dem Vorliegen von Tatidentität und dem Verhältnis von Organisationsdelikt und Einzeltat nicht entziehen dürfen. Das OLG Stuttgart hat mit Recht auf die Bedeutung hingewiesen, die dieser Frage bei der Verfolgung der organisierten Kriminalität zukommt.<sup>31</sup> Die praktische Relevanz spiegelt sich auch in der deutschen Rechtsprechung zu Art. 54 SDÜ wider, die allerdings kein einheitliches Bild erkennen lässt. Zum Teil wird eine Verklammerung mit dem bzw. über das Organisationsdelikt abgelehnt und dementsprechend von mehreren Taten ausgegangen.<sup>32</sup> Zum Teil wird aber auch angenommen, dass die Nutzung derselben Organisationsstruktur bei der Ausführung einzelner Tathandlungen eine einheitliche Tat begründet.<sup>33</sup> Nach der bisherigen Rechtsprechung des EuGH kann eine einheitliche Tat nicht bereits deshalb angenommen werden, weil mehrere Handlungen (wie der Verkauf von Drogen und der anschließende Umtausch des auf diese Weise erlangten Bargeldes in einer Wechselstube als Geldwäsche) über einen einheitlichen Vorsatz miteinander verbunden sind.<sup>34</sup> Erforderlich ist vielmehr, dass die einzelnen Handlungen auch objektiv, d.h. in räumlicher und zeitlicher Hinsicht und nach ihrem Zweck unlösbar miteinander verbunden sind.<sup>35</sup> Auf der Grundlage dieser Rechtsprechung verneint der BGH beim grenzüberschreitenden Zigarettenschmuggel eine einheitliche Tat i.S.d. Art. 54 SDÜ, wenn der Transport für einen längeren Zeitraum unterbrochen wird, die Schmuggelware zwischengelagert wird oder wenn der genaue Ablauf des Transportes bei Beginn der Fahrt noch nicht feststeht und noch weitere Entscheidungen (z.B. über die genaue Route) getroffen werden müssen.<sup>36</sup> Unter diesen Vorzeichen kann auch der Umstand, dass eine Einzeltat als Mitglied einer kriminellen Vereinigung begangen wird, nicht dazu führen, dass diese Tat mit anderen Einzeltaten bzw. der damit zugleich vorliegenden Beteiligung an einer kriminellen Organisation als einheitliche Tat i.S.d. Art. 50 GRC, Art. 54 SDÜ anzusehen ist.<sup>37</sup>

Dementsprechend sah sich das OLG Stuttgart zu seiner zweiten Vorlagefrage vor allem durch den weiteren Umstand veranlasst, dass die Strafverfolgungsbehörden dem Gericht Tatsachen und Beweismittel vorenthalten haben, auf deren Grundlage der Angeklagte auch wegen Mitgliedschaft in einer kriminellen Vereinigung hätte angeklagt und verurteilt werden können. Der Angeklagte dürfte jedoch nur unter der Voraussetzung darauf vertrauen, nach Abschluss des Erstverfahrens nicht mehr wegen der Mitgliedschaft in einer kriminellen Vereinigung verfolgt zu werden, wenn die Strafverfolgungsbe-

hörden verpflichtet gewesen wären, das Organisationsdelikt zusammen mit der Einzeltat zur Anklage zu bringen.<sup>38</sup> Besteht keine derartige Verpflichtung, so fehlt es an einer normativen Grundlage, auf die eine entsprechende Erwartung und ein berechtigtes Vertrauen in den Schutz vor erneuter Strafverfolgung gestützt werden könnte. Eine solche Pflicht ließe sich nicht aus Art. 50 GRC, sondern allenfalls aus dem Anspruch auf ein faires Verfahren (Art. 6 Abs. 1 EMRK) ableiten.<sup>39</sup> Der EGMR hat insoweit allerdings festgestellt, dass die Verfolgung zusammenhängender Taten in getrennten Verfahren keinen Verstoß gegen Art. 6 Abs. 1 EMRK begründet, sofern dieses Vorgehen „aus Gründen der geordneten Rechtspflege“ erforderlich und angemessen ist.<sup>40</sup> Im Interesse einer geordneten Rechtspflege erscheint es nicht illegitim, wenn die Anklage bestimmter Tatkomplexe aufgeschoben wird, um den Erfolg der Ermittlungen gegen andere Tatbeteiligte bzw. wegen anderer Taten nicht zu gefährden.<sup>41</sup> Art. 6 Abs. 1 EMRK gebietet daher im vorliegenden Fall keine Korrektur des Tatbegriffs.

## 5. Fazit

Nach alledem kann man sich damit trösten, dass im vorliegenden Fall die Auslieferung des Verfolgten wohl keinen Verstoß gegen den Grundsatz „ne bis in idem“ begründete. Gleichwohl ist es zu bedauern, dass der EuGH bei der Konturierung der grundrechtsschützenden Vorbehalte des RbEuHB auf halbem Wege stehen geblieben ist, indem er die Justizbehörde des Vollstreckungsstaates *de facto* an die rechtliche Beurteilung des Ausstellungs- bzw. Urteilsstaates bindet. Mit dieser Reduzierung der gerichtlichen Kontrolle wird der grundrechtliche Hintergrund der Vorlagefragen allenfalls ansatzweise erfasst. Angesichts des Umstands, dass Art. 50 GRC in dem gesamten Urteil keinerlei Erwähnung findet, drängt sich beinahe der Eindruck auf, der EuGH habe das Inkrafttreten der Grundrechte-Charta mit dem Lissabonner Vertrag nicht zur Kenntnis genommen. Der Hinweis auf das Prinzip der gegenseitigen Anerkennung steht damit in einem eklatanten Missverhältnis zur grundrechtlichen Dimension der Vollstreckungshindernisse und lässt außer Acht, dass die gemeinsame Verpflichtung auf die in der EMRK und der GRC niedergelegten Grundrechte das Fundament der strafrechtlichen Zusammenarbeit zwischen den Mitgliedstaaten und der gegenseitigen Anerkennung gerichtlicher Entscheidungen (vgl. Art. 82 Abs. 1 Unterabs. 1 lit. a AEUV) darstellt. Der ordre-public-Vorbehalt sollte daher nicht als Misstrauensvotum

<sup>31</sup> OLG Stuttgart StV 2010, 264, 266.

<sup>32</sup> OLG Köln OLGSt Art. 54 SDÜ Nr. 3 [juris] Rn. 35 f.

<sup>33</sup> OLG München NStZ 2007, 412.

<sup>34</sup> EuGH, Rs. C-367/05 (Kraaijenbrink), Slg. 2007, I-6619 Rn. 30 f., 36.

<sup>35</sup> EuGH, Rs. C-367/05 (Kraaijenbrink), Slg. 2007, I-6619 Rn. 28; Rs. C-288/05 (Kretzinger), Slg. 2007, I-6642 Rn. 34.

<sup>36</sup> BGH NStZ 2009, 457, 459 = HRRS 2008 Nr. 623.

<sup>37</sup> Vgl. auch OLG Stuttgart, StV 2010, 264, 265.

<sup>38</sup> Alternativ könnte ein entsprechendes Vertrauen auch mit der Aufklärungspflicht des Gerichts begründet werden (vgl. zu diesem Zusammenhang: BGHSt 46, 349, 358). Im vorliegenden Fall bestanden jedoch keine Anhaltspunkte für eine solche Pflicht, sei es nach europäischem, sei es nach nationalem (italienischen) Recht.

<sup>39</sup> Lampe, jurisPR-StrafR 2/2011 Anm. 2 (unter C. 3. und 4.).

<sup>40</sup> EGMR, Slg. 1992, Ser. A, Bd. 235, Rn. 39 (Boddaert / Belgien); NJW 2004, 3691, 3694 (Garaudy / Frankreich).

<sup>41</sup> S. auch Lampe jurisPR-StrafR 2/2011 Anm. 2 (unter C. 4.), der allerdings erst bei willkürlichem Vorgehen einen Verstoß gegen Art. 6 Abs. 1 EMRK annimmt.

gegenüber anderen Mitgliedstaaten<sup>42</sup>, sondern als vertrauensbildende, besser vertrauenssichernde Maßnahme

<sup>42</sup> Vgl. *Ligeti* KJ 93 (2010), 380, 388.

begriffen werden, die zur Wahrung der Grundrechte im Raum der Freiheit, der Sicherheit und des Rechts einen wichtigen Beitrag leistet.

## Aufsätze und Anmerkungen

# Zum Unvermögen mordmerkmalsspezifischer Motivationsbeherrschung bei (normalpsychologisch) nicht erklärbarem exzeptionellen Anerkennungsbedürfnis

Zugleich Besprechung des Urteils des BGH vom 19. 10. 2011 (1 StR 273/11) = HRRS 2011 Nr. 1166 auf die Revisionen gegen das Urteil des LG Tübingen vom 16. 12. 2010 (3 Kls 46 Js 3954/10 Jug.)\*

Von Prof. Dr. Ulrich Eisenberg, FU Berlin

## I. Einleitung

1. Nach allgemeiner Auffassung muss die Bejahung strafrechtlicher Verantwortlichkeit einer vorsätzlichen Tötung nicht zur Folge haben, dass auch die objektive Verwirklichung eines Mordmerkmals als schuldhaft zu beurteilen ist (vgl. grundsätzlich etwa BGH v. 22. 8. 1984 [3 StR 177/84] Rn. 11 f., MDR 1984, 979 f. bei *Holtz* = iuris), vielmehr kann es zu einem „Auseinanderklaffen“ (MüKo-StGB/*Schneider*, 2003, § 211 Rn. 98 mit Nachw.) kommen. Auch wenn z. B. das Merkmal niedrige Beweggründe objektiv erfüllt ist, gebietet das Schuldprinzip die davon unabhängige Prüfung, ob bezüglich dieses Merkmals eine spezifische Motivationsbeherrschung vorlag. Die Prüfung dessen hat im materiellen Jugendstrafrecht grundsätzlich nicht anders zu geschehen als im allgemeinen Strafrecht, wohl aber sind alters- und reifegemäße Besonderheiten zu würdigen, die tendenziell eher zu einer Verneinung der mordmerkmalsspezifischen Motivationsbeherrschung führen werden als bei Erwachsenen.

In der hier zu besprechenden Entscheidung hat ein Nicht-Jugendgericht (§ 35 Abs. 2, §§ 36, 37 [erg. § 34 Abs. 2] JGG e contr; krit. schon *Dallinger/Lackner*, JGG, 2.

\* Die Aufhebungsentscheidung profiliert eine Verböserungstendenz eines Nicht-Jugendgerichts zum Nachteil Jugendlicher und Heranwachsender, wozu der Revisionsverwerfungsbeschluss im sogen. „Brunner-Verfahren“ (BGH v. 20. 9. 2011 [1 StR 326/11] = HRRS 2011 Nr. 1137 mit Bspr. Verf. ZKJ 2012, H 2) gewissermaßen einen Zwilling abgibt.

Aufl. 1965, § 33 Rn. 5), von dem z. B. auch nicht Kenntnisse gemäß Richtlinie Nr. 3 zu § 37 JGG zu erwarten sind, die diesbezügliche Würdigung der Jugendkammer beanstandet, obgleich diese bei ihrer Würdigung argumentativ ohne alters- und reifegemäße Umstände auskam (näher dazu unten II. 2.). Auch für Nicht-Jugendgerichte gilt aber, dass Eingriffe in die (jugend-)tatgerichtliche Beweiswürdigung nur in engen Grenzen zulässig sind. Insofern regt die Vielzahl auch sonstiger Beanstandungen des tatgerichtlichen Urteils schon deshalb zu einer Erörterung an, weil die Hauptverhandlung sechs Termine umfasste, und zwar im Zeitraum vom 15.11. bis zum 16.12.2010, d. h. nicht außergewöhnlich zeitfern von dem Tattag des 25. 2. 2010 stattfand. Zudem hat sich bereits das tatgerichtliche Urteil zu sämtlichen der im aufhebenden Urteil angeführten Rechtsfragen verhalten (mit Ausnahme des hier ohnehin nicht einschlägigen qualifizierenden Merkmals Mordlust), was das aufhebende Urteil indes nicht immer erkennen lässt. Auch hat das Tatgericht den R als uneingeschränkt schuldfähig beurteilt, obwohl die Feststellungen (vgl. näher unter II. 2.) zur selbst initiierten Kundgabe der Tatbegehung unmittelbar danach gegenüber einer Vielzahl von Personen, zur möglichen BAK und zu der Zäsur durch das Sich-Entfernen des S wie auch die Anzahl und Art der Messerstiche die Bejahung einer „tiefgreifenden Bewusstseinsstörung“ nicht ausgeschlossen hätten (vgl. erg. etwa [betr. affektiven Gehalt] LG Düsseldorf v. 20. 4. 2011 [17 Ks 10 Js 476/10 – 6/11] mit Bspr. Verf. DRiZ 2011, 596 ff.); ob eine zerebrale Untersuchung des R stattgefunden hat, lässt sich dem tatgerichtlichen Urteil nicht entnehmen.



Im Übrigen ist die Aufhebung des tatgerichtlichen Urteils deshalb bemerkenswert, weil sich die Angeklagten in der Hauptverhandlung zu den Tatvorwürfen nicht geäußert haben, und nur insoweit, als sie im Ermittlungsverfahren Angaben gemacht haben, diese inhaltlich durch Vernehmung der polizeilichen Zeugen in das Verfahren eingeführt wurden. Wie aber sollte die für die neue Verhandlung bestimmte Jugendkammer für den nicht unwahrscheinlichen Fall, dass die Angeklagten wiederum ihr Schweigerecht ausüben, trotz größerer zeitlicher Distanz zu dem Tattag zu zusätzlichen Erkenntnissen gelangen können?

2. Jugendstrafrechtlich und jugendkriminologisch ist das Verfahren aufschlussreich, weil beide Angeklagte nicht vorbestraft waren – ein Ermittlungsverfahren gegenüber R wegen Verstoßes gegen das WaffenG (betreffend einen Wurfstern), das auf Anzeige der Mutter des späteren Tatopfers hin eingeleitet wurde, war zum Zeitpunkt der Verurteilung noch nicht abgeschlossen, ein Ermittlungsverfahren gegen S wegen Ladendiebstahls war gemäß § 45 Abs. 1 JGG eingestellt worden. R war zum Tatzeitpunkt 18 Jahre und 3 ½ Monate alt, S 14 Jahre und 10 Monate alt. Die tatgerichtlichen Feststellungen bezüglich R und S erlauben eine gewisse Einordnung des Rollenverhältnisses bei der Tatbegehung:

R hatte zum Zeitpunkt der Tat keine konkreten Pläne mehr, wie er seine berufliche Zukunft weiter gestalten sollte. Er hatte einen manifesten Alkoholmissbrauch entwickelt – seit Sommer 2009 habe er nach eigenen Angaben täglich – an anderer Stelle heißt es zeitweise – eine halbe bis eine ganze Flasche Wodka getrunken. Nach der beratenden Beurteilung des jugendpsychiatrischen Sachverständigen, die insoweit (nach der Wiedergabe im tatgerichtlichen Urteil) indes kaum etwas über das Tatgeschehen Hinausgehendes enthält, sei eine deutliche Tendenz zu aggressivem Verhalten und zu „narzisstischer Selbstdarstellung oder -aufblähung“ zu erkennen – die Zuschreibung des primär psychoanalytischen Konstrukts „narzisstisch“ weist allerdings – grundsätzlich nicht anders als die Kategorie „narzisstische Persönlichkeitsstörung“, die mangels Validität bisher nicht in das ICD-10 aufgenommen ist (zur klinischen und wissenschaftlichen Ungeklärtheit etwa *Fiedler, Persönlichkeitsstörungen*, 6. Aufl., S. 202) – kaum überwindbare Abgrenzungsschwierigkeiten auf. Hinsichtlich der Schuldfähigkeit liege allenfalls eine sogen. „akzentuierte“, d. h. wegen geringerer Ausprägung nicht als „Störung“ zu beurteilende „Persönlichkeitsentwicklung“ mit gefühlarmen, empathiearmen, „narzisstischen“ und verdeckt aggressiven Momenten vor, die die Einsichts- und Steuerungsfähigkeit aber noch nicht aufgehoben oder erheblich vermindert habe. Der Sachverständigen hat indessen ausgeführt, dass die Tendenz zu „narzisstischer Selbstdarstellung“ maßgeblich dazu beigetragen haben mag, dass sich bei R mit der Zeit ein äußerst massiver Handlungsdruck aufgebaut habe. Seit seiner Festnahme am 25. 2. 2010 befand R sich in U-Haft.

S sei in der Schule wegen Übergewichts und seiner roten Haare gehänselt worden. Seit seiner Festnahme am 25. 2. 2010 war S zunächst in U-Haft, wo er von Mitgefangenen

drangsaliert und kahlgeschoren worden sei. Sodann wurde er vorläufig in einem Landesjugendheim untergebracht, von wo aus er die Realschule besuche und anstrebe, die Mittlere Reife zu erwerben.

## II. Taten des R

### 1. Heimtücke

Das Tatgericht hat das Mordmerkmal der Heimtücke geprüft, dessen Vorliegen jedoch verneint. Es hat weder einen hinterlistigen Angriff festgestellt, noch dass eine Arglosigkeit und dadurch bedingte Wehrlosigkeit des Tatopfers ausgenutzt wurde. Das aufhebende Urteil bezieht sich bezüglich der Beanstandung dessen auf andere Entscheidungen, denen zufolge trotz „offen feindseligen“ Entgegentretens die Voraussetzungen dann erfüllt sein können, wenn „die Zeitspanne“ zwischen der Gefahrerkenntnis und dem unmittelbaren Angriff so kurz sei, dass keine Möglichkeit verbleibe, dem Angriff „irgendwie“ zu begegnen (Rn. 23). Indes war der vorausgegangene Geschehensablauf in den beiden in Bezug genommenen Entscheidungen anders als in dem vorliegenden Fall.

In dem vom 1. Strafsenat entschiedenen Fall (BGHR StGB § 211 Abs. 2 Heimtücke 3 = iuris) hatten der Angeklagte und das spätere Tatopfer zuvor „ein freundschaftliches Gespräch“ geführt“ (Rn. 2), zu dem vom 5. Strafsenat entschiedenen Fall (BGHSt 37, 397 = JR 1992, 118 mit Anm. *Grasnick*) ist wiedergegeben, der Angeklagte habe, bevor er mit einem Gewehr in den Raum zurückkehrte, „mit dem Vorwand getäuscht“, ein Schriftstück zu holen (Rn. 3, 9). Ob im vorliegenden Fall das vorausgegangene Verhalten des R indes dahingehend interpretiert werden darf, dass bei dem späteren Tatopfer „Vertrauen aufgebaut“ wurde und er „in Sicherheit gewiegt“ wurde (so das aufhebende Urteil Rn. 24), ist schon deshalb eher zu verneinen, weil R, ohne dass das aufhebende Urteil es hier berücksichtigt hätte, mehr oder weniger oft alkoholisiert war und im Zeitpunkt der Tatbegehung eine BAK von nicht ausschließbar 1,8‰ hatte. Auch ist im tatgerichtlichen Urteil die Bekundung des Zeugen F. O. wiedergegeben, er habe selbst einmal gehört, dass der R etwa sechs Wochen vor der Tat dem späteren Tatopfer ein Schreiben aus dem bereits erwähnten Verfahren wegen Verstoßes gegen das WaffenG „vor die Nase gehalten“ und gedroht habe, er werde ihn „aufschlitzen“, wenn er bei der Polizei gegen ihn aussage. Weiterhin ist die Schilderung der Zeugen D, H und C über einen Vorfall enthalten, bei dem das spätere Tatopfer und R sich geprügelt hätten, das spätere Tatopfer schon am Boden gelegen und R sich zu ihm heruntergebogen habe, um ihn weiter zu schlagen, bis die drei Zeugen die Streitenden getrennt hätten. Zudem betrafen die beiden in Bezug genommenen Entscheidungen das allgemeine Strafrecht, ohne dass das aufhebende Urteil eine im Jugendstrafrecht ggfs. zu berücksichtigende Relevanz von Spontanverhalten zwischen Jugendlichen und Heranwachsenden erörtert hätte, obgleich bei der Gesetzesauslegung (zumindest im Sinne teleologischer Reduktion) etwaige altersbezogene Umstände zu würdigen sind (§ 2 Abs. 2 JGG, Grundsätze).

## 2. Niedrige Beweggründe

a) Ausführlich hat sich das Tatgericht mit der Frage befasst, ob die Tat als Mord aus niedrigen Beweggründen zu beurteilen ist. Als Motiv komme einerseits die Tötung als Vergeltung für die Anzeige bei der Polizei in Betracht, andererseits habe sich aufgrund der „narzisstischen Persönlichkeitsstruktur“ ein massiver innerer Druck aufgebaut, diese Drohungen wahr zu machen, um sich Respekt zu verschaffen und endlich ernst genommen zu werden. Auch angesichts des Verhaltens nach der Tat sei dieser Drang nach Respekt das bestimmende Motiv gewesen. Im Einzelnen ist im tatgerichtlichen Urteil ausgeführt, dass R von Gleichaltrigen seit langem als „Schwätzer“ beurteilt, „nicht für voll genommen“ und „verlacht“ wurde, weil er sich mit unzutreffenden Behauptungen über Kontakte zur „Unterwelt“ brüstete und sonstige Geschichten erfand, die ihn wichtig erscheinen lassen sollten, etc. Dementsprechend sei er von Gleichaltrigen auch verlacht worden, als er wiederholt angekündigt habe, er werde das spätere Tatopfer wegen der Strafanzeige umbringen. Mit zunehmendem Zeitablauf sei der „Handlungsdruck“ gewachsen, sich nunmehr endlich Respekt zu verschaffen, wogegen ein Rachebedürfnis dem späteren Tatopfer gegenüber „immer mehr in den Hintergrund“ getreten sei. Dazu heißt es bezüglich des Nachtatverhaltens im tatgerichtlichen Urteil, dass R zunächst den Mitangeklagten S zu Hause aufsuchte, ihm unter Vorzeigen seiner blutverschmierten Hände von der Tötung mittels Messerstichen erzählte und ihn zu der Leiche führte. Weiterhin ist tatgerichtlich festgestellt, dass R „kurz vor 20:00 Uhr den Zeugen G anrief“, den er gleichfalls zur Leiche führte, nachdem er ihm und dem zufällig vorbeikommenden Zeugen M „freudig erregt“ berichtet habe, er habe das Tatopfer getötet, und „zum Beweis präsentierte er das blutverschmierte Seil und die Handschuhe“. Anschließend habe R noch den Zeugen R aufgesucht und „erzählte diesem gleichfalls, er habe jemanden umgebracht und erbot sich, den Zeugen zur Leiche zu führen und ihm die Tatwerkzeuge zu zeigen“. Gegen 21:30 Uhr habe er den Zeugen B getroffen „und führte auch diesen zur Leiche“, wobei er angegeben habe, er habe „den geschlitzt“, er „in auffallend guter Laune“ gewesen sei „sich mehrfach geradezu euphorisch ins Fäustchen lachte“. Hiernach ist das Verhalten des R unmittelbar nach der Tat und im weiteren Verlauf des Abends am Tagtag von einem extremen Bestreben gekennzeichnet, seine Täterschaft triumphierend kundzutun und unter Beweis zu stellen.

Insbesondere hat das Tatgericht erörtert, dass in subjektiver Hinsicht der Täter sich bei der Tat der Umstände bewusst sein müsse, die seine Beweggründe als niedrig erscheinen lassen. Soweit es sich um gefühlsmäßige oder triebhafte Regungen handelt, müsse der Täter sie gedanklich beherrschen und willensmäßig unter Kontrolle haben, wozu das Tatgericht sich auf zwei Entscheidungen des 5. Strafsenats des BGH bezogen hat (vgl. BGHSt 47, 128 Rn. 18 = JZ 2002, 566 mit Anm. Otto = JR 2002, 470 mit Anm. Neumann = StV 2003, 19 mit Bspr. Saliger StV 2003, 38; BGH NStZ 2004, 497 Rn. 6 mit krit. Anm. Trüch). Kommen mehrere Motive für die Tat in Betracht, dann könne ein Mord aus niedrigen Beweggründen nur dann bejaht werden, wenn hinsichtlich des Hauptmotivs

niedrige Beweggründe zu bejahen sind – hierzu hat das Tatgericht auf eine Entscheidung des 4. Strafsenats des BGH verwiesen (NStZ-RR 2007, 111 Rn. 9 = HRRS 2007 Nr. 89: „der Tat ihr Gepräge gibt“) –, oder wenn jeder der in Frage kommenden Beweggründe als niedrig anzusehen ist, wozu sich das Tatgericht auf eine Entscheidung des 1. Strafsenats des BGH bezogen hat (BGH NStZ 2006, 166 Rn. 20 = HRRS 2005 Nr. 896). In der abschließenden Würdigung gelangt das Tatgericht zur Verneinung, weil nicht ausgeschlossen werden könne, dass die Persönlichkeitsstruktur des R, insbesondere die ihm eigene Tendenz zu „narzisstischer Selbstaufblähung“, ihm auch die Einsicht versperrt hat, aus niedrigen Beweggründen heraus zu handeln. Das gelte nach Entscheidungen des BGH auch für solche Persönlichkeitsmängel, die – wie bei R – nicht das Ausmaß einer Persönlichkeitsstörung haben und keine erheblich verminderte Schuldfähigkeit i. S. der §§ 20, 21 StGB begründen, wozu sich das Tatgericht auf Entscheidungen des 5. Strafsenats sowie des 4. Strafsenats des BGH bezogen hat (BGH NStZ-RR 2004, 44; NStZ 2004, 620 f. = HRRS 2004 Nr. 529). Damit fehle es bei dem bestimmenden Tatmotiv an den subjektiven Voraussetzungen für einen Mord aus niedrigen Beweggründen. – Relevant für die Frage, ob R zu einer mordmerkmalsspezifischen Motivationsbeherrschung in der Lage war, könnte zudem sein, dass R nach den tatgerichtlichen Feststellungen, wie bereits erwähnt, zum Tatzeitpunkt nicht ausschließbar eine BAK von 1,8 ‰ hatte, und dass zudem eine Zäsur dadurch eingetreten ist, dass S, der nach den tatgerichtlichen Feststellungen psychische Beihilfe leistete, sich vom Tatort entfernte.

b) Die Beanstandung des aufhebenden Urteils hierzu wird damit begründet, das Tatgericht habe das Vortat- und Nachtatverhalten nicht mit einbezogen. Diese Kritik trifft indes eher das aufhebende Urteil selbst, das diejenigen Feststellungen, die das vom Tatgericht als bestimmend beurteilte Tatmotiv belegen und das Spezifikum des Falles ausmachen, außen vor gelassen hat. Stattdessen beschränkt das aufhebende Urteil die Würdigung des Vortatverhaltens auf die Tatplanung und des Nachtatverhaltens auf – objektiv betrachtet untaugliche – Bemühungen, die Tat nicht den Ermittlungsbehörden bekannt werden zu lassen. Diese Umstände besagen zwar Wesentliches für den Tötungsvorsatz und das Normbewusstsein, haben jedoch mit der Frage nach dem in Rede stehenden spezifischen Beherrschungsvermögen nichts zu tun.

Auch der Verweis auf eine Entscheidung des 5. Strafsenats (BGHR StGB § 211 Abs. 2 niedrige Beweggründe 27 Rn. 14 = NJW 1994, 395), der zufolge es auf die Selbstbewertung des Täters nicht ankomme, kehrt sich inhaltlich gegen die Argumentation des aufhebenden Urteils. Denn in dieser Entscheidung ist zuvor erörtert worden, ob Anhaltspunkte dafür vorliegen, dass der Angeklagte bei seinem Handeln aus dieser Motivation „von gefühlsmäßigen oder triebhaften Regungen bestimmt gewesen“ ist, die er gedanklich nicht hätte beherrschen und willensmäßig nicht hätte steuern können, und hierzu heißt es darin sodann verneinend, „nach den Urteilsfeststellungen war er sich seiner Beweggründe, die ihm das Bezirksgericht bei der Strafzumessung uneingeschränkt angelastet hat ... wie der Umstände, die ihre Niedrigkeit

ausmachen, klar bewusst“ (Rn. 14). Eben hierin unterscheidet sich der vorliegende Fall, denn das Tatgericht hat gegenüber R zwar bei der Beurteilung der Schwere der Schuld ausgeführt, „seine innere Haltung und sein eigenes Selbstwertgefühl waren davon bestimmt, dass er durch die Tat um jeden Preis als eine Persönlichkeit dastehen wollte, der andere Respekt erweisen müssen“. Jedoch hat das Tatgericht dies auf den Totschlag bezogen, d. h. es berührt nicht die tatgerichtliche Überzeugung, nicht ausschließen zu können, dass die Persönlichkeitsstruktur des R, insbesondere seine Tendenz zu „narzisstischer Selbstaufblähung“, ihm die Einsicht versperrt habe, aus niedrigen Beweggründen zu handeln. Vergleichbare Feststellungen finden sich in der vorgenannten Entscheidung des 5. Strafsenats gerade nicht.

### 3. Andere mordqualifizierende Merkmale

Der Hinweis an die nunmehr zuständige Jugendkammer, auch die mordqualifizierenden Merkmale „grausame Begehungsweise“ sowie „Handeln aus Mordlust“ (Rn. 40) durch R zu prüfen, steht ohne Begründung eher vage im Raum.

Bereits das Tatgericht hatte geprüft, ob die Tatbegehung durch R mittels minutenlanger Strangulation und anschließend 30 Messerstichen gegen den Hals, die objektiv als besonders brutal und qualvoll erscheine, das Mordmerkmal der grausamen Tatbegehung erfüllt. Es hat dies jedoch abgelehnt, weil es ebenfalls eine spezifische innere Haltung des Täters voraussetzt. Diese als besonders unbarmherzig beurteilte Gesinnung hat das Tatgericht konsequent nicht bejaht, weil die „narzisstisch geprägte Persönlichkeitsstruktur“ des R ihm die Einordnung der konkreten Tatbegehungsweise als grausam und deshalb besonders verwerflich verstellt habe.

Das qualifizierende Merkmal Mordlust scheidet nach den tatsächlichen Feststellungen von vornherein aus, weil hierfür Voraussetzung wäre, dass der Tod der einzige Zweck der Handlung gewesen ist (vgl. nur BGHSt 34, 59 Rn. 7; NJW 1994, 2629 Rn. 6; vgl. auch SK-StGB/Sinn, Lfg. Okt. 2010, § 211 Rn. 11), und dass das Tatopfer gewissermaßen austauschbar gewesen ist, woran es im vorliegenden Fall unbeschadet dessen fehlt, dass ein Vergeltungsmotiv in den Hintergrund getreten ist.

## III. Taten des S

### 1. Heimtücke

Was die Wendung in dem aufhebenden Urteil anbelangt, eine Prüfung von Heimtücke durch Unterlassen hätte „nahe gelegen“, wobei unter Hinweis auf Umstände des Vortat- und Nachtatgeschehens hinzugefügt wird, es wäre „nicht fernliegend“, dass S schon zu dem Zeitpunkt, als R ihn abholte, gewusst habe, dass dieser das Opfer töten werde, so fehlt es für diesen Eingriff in die tatgerichtliche Würdigung an einer tragfähigen Begründung. Noch mehr trifft dies für den anschließenden Satz zu, unter diesen Voraussetzungen „erkannte er auch das Ausnutzen von Arg- und Wehrlosigkeit durch R und schloss sich dessen Handeln an“ (Rn. 33).

## 2. Niedrige Beweggründe

Das Tatgericht hat geprüft, ob der Totschlag durch Unterlassen von „niedrigen Beweggründen“ motiviert war, die Frage jedoch verneint. Es hat, beraten durch den jugendpsychiatrischen Sachverständigen, festgestellt, S sei nicht (mehr) durch Wut oder Hass motiviert gewesen, vielmehr sei ihm das Tatopfer als Person und dessen Schicksal vollkommen gleichgültig gewesen. Gleichgültigkeit aber könne schon per se kein niedriger Beweggrund sein, weil es dann gerade an einer besonderen Motivation über den Tötungsvorsatz hinaus fehle.

Die Beanstandung in dem aufhebenden Urteil dazu, aus dem Internet-Eintrag von S unmittelbar nach Rückkehr von dem Tatort mit dem Wortlaut „Stadt heute war geil“ könnte der „mögliche Schluss“ gezogen werden, dass S „sich über die Tötung freute“, eine solche Freude aber wäre als niedriger Beweggrund „in seiner Person“ anzusehen (Rn. 30), kommt einer Spekulation nahe, zumal zumindest eine Erörterung altersbezogener Umstände und Ausdrucksweisen („geil“) notwendig gewesen wäre (Rn. 32). Ähnliches gilt für die ergänzende Bezugnahme auf eine SMS, soweit – unter Hinweis auf eine Entscheidung des 2. Strafsenats (NStZ-RR 2010, 175=HRRS 2010 Nr. 255), die schon nach Deliktsart wie Täterpersönlichkeit mit dem vorliegenden Fall nicht vergleichbar ist – ausgeführt wird, aus dieser „könnte zu entnehmen sein“, dass S sich das Motiv einer Sanktionierung der Strafanzeige „zu eigen machte“ (Rn. 31). Zu der hinzugefügten Erwägung, S habe meinen können, „nach eigenem Gutdünken über das Leben des Opfers verfügen zu können“, findet sich eine Bezugnahme auf Entscheidungen des 5. Strafsenats bzw. des 2. Strafsenats (BGHSt 47, 128 Rn. 16 = JZ 2002, 566 mit Anm. Otto = JR 2002, 470 mit Anm. Neumann = StV 2003, 19 mit Bspr. Saliger StV 2003, 38 bzw. BGHR StGB § 211 niedrige Beweggründe 44, Rn. 10), denen es wiederum an einer Vergleichbarkeit mit dem vorliegenden Fall fehlt.

### 3. Mittäterschaft durch aktives Tun

In dem tatgerichtlichen Urteil heißt es entgegen der in der Anklage zum Ausdruck gebrachten Auffassung der StA, „Das Gericht konnte dagegen nicht feststellen, dass S schon vorher den Tod des Tatopfers herbeiführen wollte oder gar, dass er gemeinsam mit R als Mittäter geplant hätte, ihn an diesem Tag umzubringen“. Abwägend hat das Tatgericht seinerseits ausgeführt, es könne nicht ausschließen, dass es sich bei der Darstellung von S anlässlich der polizeilichen Vernehmungen um Schutzbehauptungen oder um prozessuale Taktik gehandelt habe. Die Verneinung einer Mittäterschaft ist aber mit mehreren tatsächlichen Feststellungen begründet.

So ist in dem tatgerichtlichen Urteil der Text einer von S verfassten SMS vom 23. 2. 2010 des Inhalts wiedergegeben „ich mach mir doch nich die finger an den schmutzig...ich nich!!...“. Das aufhebende Urteil erörtert dies ebenso wenig wie die tatgerichtliche Feststellung, dass der Zeuge G berichtet hat, R habe nach der Tötung zu ihm gesagt, S sei auch dabei gewesen, er habe aber „nur zugeschaut und nichts gemacht“, eine Aussage, die das

Tatgericht ausdrücklich als glaubhaft gewürdigt hat. Weiterhin wird im tatgerichtlichen Urteil – gleichfalls im aufhebenden Urteil nicht erörtert – u. a. auf Aussagen der Zeugen O, M-K und K. R. des Inhalts hingewiesen, dass S, als die Gruppe kam, um ihn abzuholen, zunächst gar nicht habe aus seiner Wohnung rauskommen wollen, vielmehr erst habe überredet werden müssen. Auch enthält das tatgerichtliche Urteil Anhaltspunkte dafür, dass R nicht der körperlichen Unterstützung durch S bedurfte. So ist, wie bereits unter II. 2. erwähnt, die Schilderung der Zeugen D, H und C über einen Vorfall wiedergegeben, bei dem das spätere Tatopfer und R sich geprügelt hätten. Das spätere Tatopfer habe schon am Boden gelegen und R habe sich zu ihm heruntergebeugt, um ihn weiter zu schlagen.

Zudem ist festgestellt, dass der wuchtige Faustschlag des R in das Gesicht des Tatopfers besonders kräftig gewesen ist, denn unter Bezugnahme auf die Ausführungen des rechtsmedizinischen Sachverständigen anhand der gefertigten Lichtbilder ist ausgeführt, dass die rechte Hand des R Hautabschürfungen und Rötungen im Knöchelbereich aufwies, und dass „diese Verletzungen“ an der Hand des R zu einem kräftigen Fausthieb gegen das Gesicht des Tatopfers passen. In diesem Zusammenhang ist auch festgestellt, dass eine erhebliche Einblutung am Augapfel des Tatopfers nicht anders als durch den Faustschlag entstanden sein kann. Diese rechtsmedizinischen Befunde, die den Schluss zumindest auf eine die Wehrunfähigkeit bedingende Benommenheit des Tatopfers nahe legen, finden in dem aufhebenden Urteil keine Erwähnung.

Die Gesamtheit der tatgerichtlichen Feststellungen entkräftet die zunächst als gewichtig erscheinende Beanstandung in dem aufhebenden Urteil hinsichtlich des Fehlens von Abwehrspuren an dem Leichnam. Auch handelt es sich, soweit der rechtsmedizinische Sachverständige ausgeführt hat, es sei „kaum anzunehmen“ – im aufhebenden Urteil modifiziert in „ist davon auszugehen“ (Rn. 35) –, dass eine der Strangulierung ausgesetzte Person sich nicht nach Kräften zu befreien versuche, nicht um einen allgemeinen Erfahrungssatz; das Gleiche gilt für die im tatgerichtlichen Urteil wiedergegebene Einschätzung des Sachverständigen, er erachte es eher als wahrscheinlich, dass der Angriff auf das Tatopfer, um ihn zu Boden zu bringen oder dort zu halten, durch mehrere Personen erfolgt sei und einer der Angreifer Abwehrversuche unterbunden habe, etwa durch Festhalten der Beine des Tatopfers. Objektive Spuren für den Nachweis eines solchen Zusammenwirkens hat der Sachverständige nicht befinden können. Entgegen dem aufhebenden Urteil muss die Feststellung im tatgerichtlichen Urteil, dass das Tatopfer, als S sich entfernte, „noch röchelte und mit den Füßen zappelte“, nicht bedeuten, dass es bei Bewusstsein war, zumal im tatgerichtlichen Urteil die Aussagen der Zeugen KHK R und KHK L zu den Vernehmungen des S dergestalt wiedergegeben sind, dieser habe zweimal berichtet, dass das Tatopfer nur noch „zuckte“ (nicht einmal heißt es hier „zappelte“). Im Übrigen könnten hinsichtlich des Bewusstseins bzw. einer Benommenheit wie aber auch Entkräftung des Tatopfers Unterschiede zwischen dem Zeitpunkt unmit-

telbar nach dem Faustschlag und dem Zeitpunkt nach der Strangulierung, d. h. als S sich entfernte, nicht auszuschließen sein.

#### 4. Schädliche Neigungen

Das Tatgericht hat keine schädlichen Neigungen festgestellt, und dazu vorweg ausgeführt, dass S in der Vergangenheit weder durch Gewaltdelikte noch durch sonst aggressives Verhalten aufgefallen ist, vielmehr bisher nur einmal wegen eines Ladendiebstahls „ermahnt“ wurde. Das Tatgericht hat auch die zuletzt ordentlichen schulischen Leistungen des nach dem jugendpsychiatrischen Gutachten überdurchschnittlich intelligenten S anerkannt und im Übrigen festgestellt, dass sein bisheriger Werdegang „in der Gesamtschau unauffällig verlaufen“ ist. Zu seinen Gunsten hat die Jugendkammer bezüglich der Anlasstat angenommen, dass er seine Mitwirkung am Tatgeschehen nicht von langer Hand geplant hatte, sondern durch den deutlich älteren R erst kurz vor der Tat aufgefordert worden ist, mitzuwirken und dass er „erst aufgrund der vorausgegangenen Demütigung“ durch das spätere Tatopfer und die übrigen Jugendlichen, die ihn ausgelacht haben, dazu veranlasst worden ist. Zwar sei bei seiner Tat das – „insbesondere unter Jugendlichen als nachvollziehbar hingenommene“ – Maß einer Vergeltung bei weitem überschritten worden. Jedoch seien, wie auch der das Tatgericht beratende jugendpsychiatrische Sachverständige dargelegt habe, offen aggressive oder dissoziale Züge nicht festzustellen. S sei ohne weiteres in der Lage einzusehen, dass man einen Menschen nicht töten und der Tötung auch nicht tatenlos zusehen dürfe, ohne selbst einzugreifen oder Hilfe zu holen. Es sei dem Sachverständigen lediglich eine ausgeprägte Gleichgültigkeit und Empathielosigkeit aufgefallen, so dass S in emotionaler Hinsicht noch einer erheblichen Nachreifeung bedürfe. Die Tötung durch Unterlassen sei zwar „rechtlich als täterschaftliche Tötung (Beschützergarant) anzusehen“, sie habe jedoch „mit Blick auf den Tatbeitrag und die Tatherrschaftsgesichtspunkte“ für S in einer „wertenden Parallelbetrachtung“ mit dem Sanktionsrahmen für einen Erwachsenen (§§ 13 Abs. 2, 49 Abs. 1 StGB) nur ein Gewicht, das zu einer Festsetzung von Jugendstrafe im unteren Bereich einer möglichen Jugendstrafe führt.

Hiernach steht der an die nunmehr zuständige Jugendkammer gerichtete Hinweis in dem aufhebenden Urteil, bezüglich S erscheine die Verneinung der Voraussetzung des § 17 Abs. 1 S. 1 JGG „weniger naheliegend“, ohne Begründung eher vage im Raum. Dies gilt auch deshalb, weil für die Bejahung schädlicher Neigungen bei einer Tat, die unter dem Einfluss eines Tatbeteiligten begangen wurden, besonders gewichtige tatsächliche Feststellungen erforderlich sind (vgl. BGH NStZ 2010, 280 Rn. 9 = HRRS 2009 Nr. 637), und weil die Voraussetzungen auch im Zeitpunkt der letzten tatgerichtlichen Hauptverhandlung vorliegen müssen (allgemeine Auffassung, insbesondere auch stg. Rspr. der Senate des BGH), das aufhebende Urteil die Entwicklung des S während des knapp 10-monatigen Verlaufs seit dem Tattag jedoch unerwähnt lässt.

# Tödliche militärische Gewalt und strafrechtliche Verantwortung

## Anmerkungen zum Einstellungsbeschluss der Generalbundesanwaltschaft

Von Christian Richter\*

### I. Einleitung

Am 16.04.2010 stellte die Generalbundesanwaltschaft das Ermittlungsverfahren wegen der Ereignisse des 4. September 2009 gegen Oberst Klein und Hauptfeldwebel Wilhelm gemäß § 170 Abs. 2 StPO ein. Die Einstellung des Ermittlungsverfahrens ist im Ergebnis begrüßenswert und nicht zu beanstanden.

Problematisch sind jedoch die in der Begründung des Einstellungsbeschlusses der Generalbundesanwaltschaft aufgestellten Behauptungen und juristischen Prämissen. Wesentliche Ursache hierfür ist die Auslegung des Völkerstrafgesetzbuches (VStGB). Die vorliegende Arbeit untersucht, inwieweit die im VStGB gewählten Formulierungen mit den Grundsätzen des Strafrechts, Völkerstrafrechts und des Völkerrechts unter besonderer Berücksichtigung des Statuts von Rom vereinbar sind. Daneben soll aufgezeigt werden, dass der Einstellungsbeschluss an der sensiblen und bisher kaum erforschten Schnittstelle zwischen Strafrecht, Völkerstrafrecht und Völkerrecht an Defiziten insbesondere in der Berücksichtigung des Humanitären Völkerrechts leidet.

Folgende Behauptungen und Prämissen der Generalbundesanwaltschaft sollen in dieser Untersuchung genauer betrachtet werden:

1. Das Verbot des unterschiedslosen Angriffs gelte unmittelbar auch in einem nichtinternationalen bewaffneten Konflikt.<sup>1</sup>

\* Der Autor ist Rechtsanwalt und Dozent an der Führungsakademie der Bundeswehr in Hamburg sowie Doktorand an der Johannes Kepler Universität Linz. Besonderer Dank gilt Herrn Leitenden Regierungsdirektor *Gerhard Stöhr*, der den Anstoß für diese Untersuchung gegeben hat, sowie Herrn stud.iur. *Leonhard Diekmann* für die Hilfe bei der formalen Korrektur der Endfassung.

<sup>1</sup> Vgl. Einstellungsbeschluss der Generalbundesanwaltschaft vom 16.04.2010, S. 46, 49, 51 (<http://www.generalbundesanwalt.de/docs/einstellungsvermerk20100416offen.pdf> (29.07.2011)). Ausdrücklich auch Pressemitteilung der Generalbundesanwaltschaft vom 19.04.2010 zur Einstellung des Ermittlungsverfahrens wegen des Luftangriffs vom 4. September 2009,

2. Deutsche Soldaten seien im Rahmen des ISAF-Einsatzes reguläre Kombattanten.<sup>2</sup>
3. Ein Angriff sei nach § 11 Abs. 1 Nr. 3 VStGB bereits dann strafbar, wenn er außer Verhältnis zum militärischen Vorteil stehe.<sup>3</sup>
4. Das allgemeine Strafrecht sei neben dem Völkerstrafrecht anwendbar.<sup>4</sup>

### II. Kein Verbot des unterschiedslosen Angriffs im nichtinternationalen bewaffneten Konflikt

#### 1. Kriegsbegriff obsolet

Der Begriff des Krieges ist im modernen Völkerrecht obsolet. Dies begründet sich einmal darin, dass Krieg nach dem Humanitären Völkerecht dann vorliegt, wenn ein Staat zumindest einem anderen Staat den Krieg erklärt. Kriegserklärungen werden seit Endes des Zweiten Weltkrieges nicht mehr ab- oder übergeben. Zum anderen dürfte die Tatsache, dass eine Vielzahl der modernen Staaten Signatarstaaten des Briand-Kellogg Paktes sind, der formal immer noch in Kraft ist, dazu führen, dass diese Staaten zögern den Krieg einem anderen Staat zu erklären. In Art. 1 des Briand Kellogg Paktes verzichten die Signatarstaaten nämlich im gegenseitigen Verhältnis auf den Krieg als Mittel der nationalen Politik.

#### 2. Internationaler bewaffneter Konflikt oder nichtinternationaler bewaffneter Konflikt

Heute wird der Begriff des bewaffneten Konflikts verwendet. Dabei wird zwischen dem internationalen be-

<http://www.generalbundesanwalt.de/de/showpress.php?themenid=12&newsid=360> (11.07.2011).

<sup>2</sup> Vgl. Einstellungsbeschluss der Generalbundesanwaltschaft vom 16.04.2010, S. 45 (<http://www.generalbundesanwalt.de/docs/einstellungsvermerk20100416offen.pdf> (29.07.2011)).

<sup>3</sup> Vgl. Ebenda, S. 46.

<sup>4</sup> Vgl. Ebenda, S. 51 ff.

waffneten Konflikt zwischen Staaten und dem nicht-internationalen bewaffneten Konflikt innerhalb eines Staates unterschieden. Phänotypisch entspricht der internationale bewaffnete Konflikt dem umgangssprachlichen Krieg. Der nichtinternationale bewaffnete Konflikt entspricht in etwa dem Phänotyp des umgangssprachlichen Bürgerkrieges.

Diese beiden kodifizierten Formen des bewaffneten Konflikts basieren auf zwei verschiedenen Grundprämissen. Im internationalen bewaffneten Konflikt stehen sich zwei gleichartige Entitäten gegenüber, nämlich die Streitkräfte der beteiligten Staaten. Im nichtinternationalen Konflikt hingegen kommt der Gegner der bewaffneten Macht des Staates aus Teilen der Zivilbevölkerung.

In einem internationalen bewaffneten Konflikt wird hinsichtlich der betroffenen Personen im Wesentlichen zwischen zwei Kategorien differenziert, dem der Zivilperson und dem des Kombattanten.<sup>5</sup> Grundsätzlich sind nur Kombattanten legitime militärische Ziele, die bekämpft werden dürfen. Zivilpersonen sind keine militärischen Ziele und dürfen grundsätzlich nicht bekämpft werden.<sup>6</sup> Auf dieser Prämisse beruht das Verbot des unterschiedslosen Angriffs in Art. 51 Abs. 4 und 5 des ersten Zusatzprotokolls (ZP I).

Die bewaffneten Konflikte nach dem zweiten Weltkrieg entsprachen nicht mehr dem Phänotyp des klassischen europäischen Zweistaatenkriegs. Daher wurden im Jahr 1977 zwei Zusatzprotokolle zu den Genfer Abkommen verabschiedet. Das ZP I erweitert den Begriff des bewaffneten Konflikts auf den Kampf von Völkern gegen Kolonialherrschaft, Besetzung und rassistische Regime unter dem Topos des Selbstbestimmungsrechts der Völker. Das zweite Zusatzprotokoll (ZP II) weitet den Schutz des Humanitären Völkerrechts auf nichtinternationale bewaffnete Konflikte über den bereits bestehenden Minimalschutz des Art. 3 Genfer Abkommen aus.

Nach Art. 51 Abs. 5 b) ZP I sind Angriffsarten als unterschiedslos anzusehen, wenn bei einem Angriff, bei dem damit zu rechnen ist, dass er auch Verluste an Menschenleben unter der Zivilbevölkerung, die Verwundung von Zivilpersonen, die Beschädigung ziviler Objekte oder mehrere derartige Folgen zusammen verursacht, die exzessiv in Relation zu dem erwartenden konkreten und unmittelbaren Vorteil stehen.

### 3. Keine direkte Anwendung des Verbots des unterschiedslosen Angriffs

In einem nichtinternationalen bewaffneten Konflikt sind die potentiellen Gegner einschließlich der Abtrünnigen naturgemäß ausschließlich der Zivilbevölkerung zuzurechnen. Damit ist eine direkte Anwendung des Verbots des unterschiedslosen Angriffs begrifflich nicht möglich.

<sup>5</sup> Vgl. Ipsen, Kombattanten und Nichtkombattanten, in: Fleck (Hrsg.), Handbuch des Humanitären Völkerrechts (1994), S. 56, der vom völkerrechtlichen Primärstatus spricht.

<sup>6</sup> Zivilpersonen können lediglich unter besonderen Voraussetzungen zum legitimen militärischen Ziel werden.

Auf der einen Seite stehen die staatlichen Streitkräfte des sich in der Aufstandsbekämpfung befindlichen Staates und gegebenenfalls staatliche Streitkräfte anderer Staaten, die den in der Aufstandsbekämpfung befindlichen Staat unterstützen.

Auf der anderen Seite befinden sich Teile der Zivilbevölkerung im Aufstand gemäß ZP II und sind „organisierte bewaffnete Gruppen“ und „sonstige kämpfende Zivilisten“. Kennzeichen der Mitglieder der organisierten bewaffneten Gruppen ist die *continuous combat function*. Während sich die sonstigen kämpfenden Zivilisten durch die *direct participation in hostilities*, also durch die unmittelbare Teilnahme an Feindseligkeiten qualifizieren. Dabei wird die *direct participation in hostilities* angenommen, wenn kumulativ ein gewisser *threshold of harms* überschritten ist, eine *direct causation* gegeben ist und ein *beligerent nexus* vorliegt.<sup>7</sup> Dies bedeutet, dass eine gewisse Erheblichkeitsschwelle überschritten sein muss. Zudem muss eine unmittelbare kausale Beziehung zwischen Handlung und Schädigung vorliegen. Letztlich muss die Schädigungshandlung noch in Verbindung mit dem bewaffneten Konflikt stehen. Beide Teilgruppen der Zivilbevölkerung dürfen grundsätzlich bekämpft und getötet werden. Nicht bekämpft dürfen hingegen die unbeteiligten Zivilpersonen.

Der Konflikt in Afghanistan, insbesondere auch im nördlichen Bereich, dem Verantwortungsbereich der Bundeswehr, wird mittlerweile uneingeschränkt als nichtinternationaler bewaffneter Konflikt charakterisiert.<sup>8</sup> Dies konstatiert zutreffenderweise auch die Generalbundesanwaltschaft.<sup>9</sup>

Wenn Zivilpersonen wie die Taliban einer militärisch organisierten Gruppe angehören unberechtigt zur Waffe greifen, darf gegen sie im Rahmen der Bestimmungen des Humanitären Völkerrechts Gewalt ausgeübt werden. Die mittelbare oder unmittelbar an Feindseligkeiten teilnehmenden Zivilpersonen verlieren den sonst allen zustehenden Anspruch auf Schutz nach Art. 51 ZP I. Diese zulässige Gewalt beinhaltet selbstverständlich auch letale Gewalt.

Diskutiert wurde lediglich, ob Zivilpersonen, die einen ständigen Kampfauftrag haben, im Rahmen des *targeted killing* gezielt getötet werden dürfen. Spätestens seit der Veröffentlichung der Auslegungshilfe des Internationalen

<sup>7</sup> Instrukтив International Committee Of The Red Cross, Interpretive Guidance On The Notion Of Direct Participation In Hostilities Under International Humanitarian Law, 2009, S. 39ff.

<sup>8</sup> So hat auch Bundesaußenminister Westerwelle im Februar 2010 die Situation im Verantwortungsbereich der Bundeswehr in Afghanistan als nichtinternationalen bewaffneten Konflikt qualifiziert. FAZ.NET vom 10.02. 2010, <http://www.faz.net/artikel/C30190/bundeswehr-einsatz-westerwelle-bewaffneter-konflikt-in-afghanistan-30082331.html> (11.07.2011).

<sup>9</sup> Vgl. Einstellungsbeschluss der Generalbundesanwaltschaft vom 16.04.2010, S. 41ff (<http://www.generalbundesanwalt.de/docs/einstellungsvermerk20100416offen.pdf> (29.07.2011)).

Komitees des Roten Kreuzes im Frühjahr 2009 dürfte diese Diskussion entscheidend vorangekommen sein.<sup>10</sup>

Die an Feindseligkeiten beteiligten Zivilpersonen erhalten aber nicht den Status von Kombattanten, sondern bleiben Teil der Zivilbevölkerung.<sup>11</sup> Dies gilt genauso für die Zivilisten mit *continuous combat function*. Daher dient es nicht der Präzision, wenn die Generalbundesanwaltschaft in ihrem Einstellungsbeschluss von „Zivilisten“ und den „Taliban“ oder den „Aufständischen“ spricht, als ob diese hinsichtlich des Humanitären Völkerrechts zu unterscheiden wären.

Im nichtinternationalen bewaffneten Konflikt gibt es keinen Kombattantenstatus. Auch wenn in anderen Bereichen eine Tendenz zur Vereinheitlichung beider Rechtsregime festzustellen ist, bleibt dies ein wesentliches und wichtiges Unterscheidungsmerkmal zum internationalen bewaffneten Konflikt.<sup>12</sup> Die Unterscheidung zwischen internationalem bewaffnetem Konflikt und nichtinternationalen bewaffneten Konflikt ist eines der wichtigsten Grundprinzipien des Humanitären Völkerrechts.<sup>13</sup> Eine andere Form des bewaffneten Konflikts oder einen dritten Primärstatus kennt das Humanitäre Völkerrecht nicht. Folglich stehen der Bundeswehr und den anderen Streitkräften der ISAF in Afghanistan nur Zivilisten als Opponenten gegenüber.<sup>14</sup>

Daraus folgt unweigerlich, dass das Verbot des unterschiedslosen Angriffs insoweit nicht im nichtinternationalen bewaffneten Konflikt Geltung beanspruchen kann, als dem Soldaten vorgegeben ist, militärische Gewalt nur gegen legitime militärische Ziele anzuwenden. Eine grundsätzliche Unterscheidung zwischen zu schonendem Zivilisten, der kein militärisches Ziel ist und dem Kombattanten, der ein militärisches Ziel ist, ist in Afghanistan begrifflich nicht durchführbar. Der Zivilist oder die Zivilbevölkerung scheidet als begrifflich zu fassendes generelles Schutzgut im nicht internationalen bewaffneten Konflikt aus. Schutzgut ist der „Unbeteiligte“. Dies wird wohl auch ein Grund dafür sein, dass sich das Verbot des unterschiedslosen Angriffs im ZP II in Bezug auf Personen im Gefechtsfeld explizit nicht findet.

Dennoch prüft die Generalbundesanwaltschaft das Verhalten des Oberst Klein nach § 11 Abs. 1 Nr. 3 VStGB nach der Maßgabe, dass es sich bei den Taliban nicht um Aufständische handeln würde und nur die unbeteiligten Zivilpersonen den Schutz der Zivilbevölkerung genös-

sen.<sup>15</sup> Nach § 11 Abs. 1 Nr. 3 VStGB wird bestraft, wer im Zusammenhang mit einem nichtinternationalen bewaffneten Konflikt mit militärischen Mitteln einen Angriff durchführt und dabei als sicher erwartet, dass der Angriff die Tötung von Zivilpersonen in einem Ausmaß verursachen wird, das außer Verhältnis zu dem insgesamt erwarteten konkreten und unmittelbaren militärischen Vorteil steht.

### 4. Aufgabe des *two box approach* durch das VStGB

Ursache hierfür dürfte wohl das strukturelle Problem des VStGB sein, das sämtliche Kriegsverbrechenstatbestände des Art. 8 des IStGH-Statuts, also solche Verbrechen, die in einem internationalen bewaffneten Konflikt stattfinden, auch im nichtinternationalen bewaffneten Konflikt zur Anwendung bringen will. Im IStGH-Statut wurden demgegenüber lediglich in Art. 8 c und e Tatbestände für den nichtinternationalen bewaffneten Konflikt unter Strafe gestellt.

Es ist unzweifelhaft wünschenswert, dass Lücken im Völkerstrafrecht geschlossen werden und das Völkerstrafrecht gestärkt wird. Dies darf aber nicht durch pauschale Ausweitungen geschehen, die im Humanitären Völkerrecht keine Entsprechung finden. Nach Art. 17 IStGH-Statut hat die nationale Strafgerichtsbarkeit Vorrang vor der Zuständigkeit des Gerichtshofs. Der Internationale Strafgerichtshof darf seine Strafgerichtsbarkeit nicht ausüben, wenn ein Staat in der Lage und willens ist die Strafverfolgung durchzuführen. Regelmäßig ist ein Staat dann in der Lage, die Strafverfolgung im Umfang des Strafgerichtshofs durchzuführen, wenn sein nationales Strafrecht das Strafrecht des IStGH-Statuts abdeckt. Die Bundesrepublik Deutschland war völkerrechtlich also nur dazu verpflichtet, das IStGH-Statut umzusetzen und nicht über dieses hinauszugehen. In Deutschland hat man sich jedoch mit dem bereits epochalen Schritt der Strafbarkeit der Tatbestände des IStGH-Statuts nicht begnügt.

Nach der damaligen Bundesministerin der Justiz Däubler-Gmelin sollte der Entwurf des VStGB wo es sinnvoll und rechtlich möglich ist, über das IStGH-Statut hinausgehen, um die Vereinheitlichung der Strafbarkeiten im internationalen und im nichtinternationalen bewaffneten Konflikt auf der breiteren Grundlage des weiterentwickelten und gesicherten Völkergewohnheitsrecht zu erreichen.<sup>16</sup>

Die Ausweitung sämtlicher Kriegsverbrechenstatbestände des IStGH-Statut auf den nichtinternationalen bewaffneten Konflikt, die Aufgabe des so genannten *two box approach*, wird mit einem Verweis auf das *Tadic*-Urteil

<sup>10</sup> Vgl. nur Häußler, Gezieltes Töten erlaubt, FAZ.NET vom 13.08.2010, <http://www.faz.net/artikel/C31408/gastbeitrag-gezieltes-toeten-erlaubt-30038907.html> (30.05.2011), Kreß/Nolte, Im ungleichen Krieg, FAZ.NET 31.12.2009 vom <http://www.faz.net/artikel/C31408/gastbeitrag-im-ungleichen-krieg-30036993.html> (30.05.2011).

<sup>11</sup> Gasser, Humanitäres Völkerrecht (2007), S. 81.

<sup>12</sup> Wissenschaftliche Dienste des Bundestages, Aktueller Begriff, Nr. 46 vom 28. Juni 2010, Zur völkerrechtlichen Kategorisierung von Konflikten, [http://www.bundestag.de/dokumente/analysen/2010/Kategorisierung\\_von\\_Konflikten.pdf](http://www.bundestag.de/dokumente/analysen/2010/Kategorisierung_von_Konflikten.pdf) (30.05.2011).

<sup>13</sup> Hobe, Einführung in das Völkerrecht, 9. Aufl. (2008), S. 558.

<sup>14</sup> Für Afghanistan konstatieren das auch Safferling/Kirsch JA 2010, 81, 83.

<sup>15</sup> Vgl. Einstellungsbeschluss der Generalbundesanwaltschaft vom 16.04.2010, S. 46 ff. (<http://www.generalbundesanwalt.de/docs/einstellungsvermerk20100416offen.pdf> (29.07.2011)).

<sup>16</sup> Vgl. Bundesministerium der Justiz (Hrsg.), Arbeitsentwurf eines Gesetzes zur Einführung des Völkerstrafgesetzbuches, Geleitwort der Bundesministerin der Justiz Däubler-Gmelin, S. VI.

des Internationale Strafgerichtshofs für die Ahndung von Kriegsverbrechen im ehemaligen Jugoslawien (ICTY) begründet. Seitdem wird vertreten, die traditionelle Unterscheidung zwischen einem internationalen und einem nichtinternationalen bewaffneten Konflikt könne für den Bereich des Völkerstrafrechts in ihrer Absolutheit nicht mehr aufrechterhalten werden.<sup>17</sup>

Der ICTY hat im Tadic-Urteil tatsächlich die Definitionen des internationalen bewaffneten Konflikts und des nicht-internationalen bewaffneten Konflikts zusammengefasst und nur von einem bewaffneten Konflikt gesprochen. Nach Auffassung des ICTY können demnach grundlegende Prinzipien des Rechts des internationalen bewaffneten Konflikts auch auf den nichtinternationalen bewaffneten Konflikt anwendbar sein:

125. State practice shows that general principles of customary international law have evolved with regard to internal armed conflict also in areas relating to methods of warfare. In addition to what has been stated above, with regard to the ban on attacks on civilians in the theatre of hostilities, mention can be made of the prohibition of perfidy. Thus, for instance, in a case brought before Nigerian courts, the Supreme Court of Nigeria held that rebels must not feign civilian status while engaging in military operations. (See Pius Nwaoga v. The State, 52 International Law Reports, 494, at 496-97 (Nig. S. Ct. 1972).)<sup>18</sup>

Unbeantwortet bleibt jedoch auch bisher die Frage, wie die Unterscheidung zwischen unbeteiligten und aufständischen „Zivilisten“ getroffen werden soll und welchen Status letztere dann haben sollen. Grundsätzlich darf bezweifelt werden, ob für die prinzipielle Ausweitung des Verbots des unterschiedslosen Angriffs auf den nicht-internationalen bewaffneten Konflikt gesichertes Völkergewohnheitsrecht besteht. Völkergewohnheitsrecht entsteht nach überwiegender Auffassung, durch eine gleichförmige Staatenpraxis zu der eine entsprechende Rechtsauffassung, *opinio juris* hinzutritt.<sup>19</sup> Die Begründung völkerstrafrechtlicher Normen durch Völkergewohnheitsrecht ist problematisch. Die Existenz ungeschriebener völkergewohnheitsrechtlicher Strafnormen steht im starken Widerspruch zum *nullum crimen* Grundsatz.<sup>20</sup> Daneben ist die Existenz ungeschriebener völkergewohnheitsrechtlicher Strafnormen auch problematisch im Hinblick

auf den Grundsatz des *nulla poena sine lege scripta* Grundsatzes.<sup>21</sup>

Zudem ist insbesondere die Begründung von Völkerstrafgewohnheitsrecht durch die Heranziehung der Urteilspraxis der ad-hoc Tribunale, wie der des ICTY und des Strafgerichtshofes für Ruanda (ICTR), grundsätzlich problematisch. Der ICTY und der ICTR wurden auf der Grundlage des Art 41. UN-Charta errichtet. Dies wurde damit begründet, dass Art. 41 UN-Charta dem Sicherheitsrat alles erlaube, was in Art 41. UN-Charta dem Sicherheitsrat nicht erlaubt sei. Nach der Logik dieses Arguments darf der Sicherheitsrat auch jegliche Standards internationaler Menschenrechtskonventionen ignorieren.<sup>22</sup>

Darüber hinaus hat sich der ICTY in seiner Begründung zwar ausführlich mit der Entstehung etwaigen Völkergewohnheitsrecht beschäftigt, sich dabei aber nur auf Statements, Resolutionen und Erklärungen gestützt, und nicht auf die operativer Praxis.<sup>23</sup> Damit fehlt es an dem Erfordernis der Staatenpraxis für die Entstehung etwaigen Völkergewohnheitsrechts.

Schiebt man diese Bedenken beiseite, ist zuzugeben, dass der ICTY explizit konstatiert, dass das Verbot des unterschiedslosen Angriffs auch im nichtinternationalen bewaffneten Konflikt Geltung beansprucht:

127. Notwithstanding these limitations, it cannot be denied that customary rules have developed to govern internal strife. These rules, as specifically identified in the preceding discussion, cover such areas as protection of civilians from hostilities, in particular from *indiscriminate attacks*, protection of civilian objects, in particular cultural property, protection of all those who do not (or no longer) take active part in hostilities, as well as prohibition of means of warfare proscribed in international armed conflicts and ban of certain methods of conducting hostilities.<sup>24</sup>

Dies mag der wachsenden Überzeugung entsprechen, dass sich das Recht der beiden Konfliktarten aufeinander zu bewegt. Dies gilt aber nur dann, wenn sachliche Gegebenheiten die Anpassung nicht ausschließen.<sup>25</sup> Insbesondere ist es wenig hilfreich, wenn die Gerichtsbarkeit einen generellen Schutz von „civilians“ postuliert, davon sogleich aber „participants in hostilities“ wieder ausnimmt. Folgerichtig schränkt der ICTY seinen revolutionären Ansatz auch selbst in zweifacher Hinsicht wieder ein: Der ICTY konstatiert, dass nur eine Anzahl von Prinzipien des Rechts des internationalen bewaffneten Konflikts auf den nichtinternationalen bewaffneten Konflikt anwendbar sind und diese Ausweitung nicht im Sinne einer

<sup>17</sup> Ambos, in: Joecks / Miebach (Hrsg.), Münchener Kommentar zum Strafgesetzbuch, 2009, Bd. 6 / 2, Vor § 8ff VStGB, Rn. 2, ähnlich: Werle, Völkerstrafrecht, 2. Aufl. (2007), Rn. 940 f.

<sup>18</sup> ICTRY, Prosecutor v. Tadic, Decision On The Defence Motion For Interlocutory Appeal On Jurisdiction, 2 octobre 1995, <http://www.icty.org/x/cases/tadic/acdec/en/51002.htm> (27.06.2011).

<sup>19</sup> Hobe, (Fn. 13), S. 191, Heintschel von Heinegg, in: Ipsen: Völkerrecht, 5. Aufl. (2008), § 16, Rn. 5 f., Verdross/Simma, Universelles Völkerrecht, 3. Aufl. (1984), § 551. Grundlegernd kritisch zur Notwendigkeit von Völkergewohnheitsrecht im modernen Völkerrecht: Estreicher, Virginia Journal of International Law 2003, 5 ff.

<sup>20</sup> Ausführlich Dencker ZIS 2008, 298 ff.

<sup>21</sup> Ausführlich Satzger, Internationale und Europäisches Strafrecht, 5. Aufl. (2011), § 15, Rn. 13.

<sup>22</sup> Dencker ZIS 2008, 298, 301.

<sup>23</sup> Meron AJIL 1996, 243.

<sup>24</sup> ICTRY, Prosecutor v. Tadic, Decision On The Defence Motion For Interlocutory Appeal On Jurisdiction, 2 octobre 1995, <http://www.icty.org/x/cases/tadic/acdec/en/51002.htm> (27.06.2011), Hervorhebungen durch den Verfasser.

<sup>25</sup> Vgl. nur Gasser (Fn. 11), S. 59.



mechanischen Verpflanzung dieser Prinzipien stattgefunden hat. Nur die Essenz der Prinzipien findet Anwendung:

126. The emergence of the aforementioned general rules on internal armed conflicts does not imply that internal strife is regulated by general international law in all its aspects. Two particular limitations may be noted: (i) only a number of rules and principles governing international armed conflicts have gradually been extended to apply to internal conflicts; and (ii) this extension has not taken place in the form of a full and mechanical transplant of those rules to internal conflicts; rather, the general essence of those rules, and not the detailed regulation they may contain, has become applicable to internal conflicts. (On these and other limitations of international humanitarian law governing civil strife, see the important message of the Swiss Federal Council to the Swiss Chambers on the ratification of the two 1977 Additional Protocols (38 *Annuaire Suisse de Droit International* (1982) 137 at 145-49.))<sup>26</sup>

## 5. Fazit

Folglich findet sich für eine generelle Anwendung des Verbots des unterschiedslosen Angriffs im Rahmen des § 11 Abs. 1 Nr. 3 VStGB wie die Generalbundesanwaltschaft es getan hat, keine völkerrechtliche Grundlage. Die große Mehrheit der bewaffneten Konflikte nach dem Zweiten Weltkrieg sind nichtinternationale bewaffnete Konflikte. Daher ist auch eine völkerstrafrechtliche Einhegung des nichtinternationalen bewaffneten Konflikts nicht nur wünschenswert, sondern dringend erforderlich. Dies darf aber nicht durch eine pauschale Ausweitung der Prinzipien des Rechts des internationalen bewaffneten Konflikts auf den nicht internationalen bewaffneten Konflikt geschehen. Beide Konfliktarten sind grundverschieden. Daher behandeln die geltende Rechtsordnung und die überwiegende Mehrheit der Staaten den internationalen bewaffneten Konflikt und den nichtinternationalen bewaffneten Konflikt nach wie vor getrennt.<sup>27</sup>

Auf dem Boden interner Konflikte wie sie zum Beispiel in Afghanistan geführt werden, ist die begriffliche Unterscheidung Zivilist / Kombattant nicht nur völkerrechtlich unmöglich, auch die Unterscheidung Aufständischer / unbeteiligter Zivilist bleibt oftmals für die Handelnden praktisch kaum durchführbar:

„The burden of decision on whether to open fire or not lay heavily on all the British, and often demanded a degree of judgment and maturity that it was perhaps not always reasonable to expect of them. Gunman or civilian; civilian or gunman? The enemy wore no uniforms in Hel-

mand, and could effectively switch identity simply by putting down or picking up a weapon.“<sup>28</sup>

Deshalb kommt es entscheidend darauf an, welche Vorstellung der zum Kampf berechtigte Soldat *ex ante* aus seiner Sicht von der Lage haben durfte.

## III. Deutsche Soldaten keine Kombattanten im ISAF-Einsatz

Die Generalbundesanwaltschaft führt an, dass die Soldaten der Bundeswehr im Rahmen des ISAF-Mandats – im Gegensatz zu den Aufständischen – reguläre Kombattanten seien.<sup>29</sup>

Wie die Generalbundesanwaltschaft zu Recht festgestellt hat, ist auch im Norden Afghanistans, dem Einsatzgebiet der Bundeswehr spätestens seit Beginn des Jahres 2009 die Schwelle zum nichtinternationalen bewaffneten Konflikt überschritten worden.<sup>30</sup> In einem nichtinternationalen bewaffneten Konflikt gibt es jedoch keinen Kombattanten.<sup>31</sup> Die Regeln des Humanitären Völkerrechts über einen nichtinternationalen bewaffneten Konflikt finden sich in Art. 3 der Genfer Konventionen (1949) und im ZP II.<sup>32</sup> Zudem gelten noch ergänzend völkergewohnheitsrechtliche Bestimmungen und allgemeine Grundsätze des Humanitären Völkerrechts. In einem nichtinternationalen bewaffneten Konflikt des Art. 3 der Genfer Konvention (1949) sind Taliban Terroristen, die nationales afghanisches Recht verletzen.<sup>33</sup> Das Privileg des Kombattantenstatus steht den Taliban nicht zu. Daran ändert sich auch nichts, wenn man eine Bindung Aufständischer an völkergewohnheitsrechtliche Normen des Humanitären Völkerrechts bejaht. Die Bindung wird beispielsweise damit begründet, dass sich die Regeln des Humanitären Völkerrechts zweifellos unmittelbar an einzelne Personen richten.<sup>34</sup> Ein besonderer Status wie der des Kombattanten ist hierfür nicht erforderlich. In Afghanistan wird deutlich, dass sich Taliban jedoch nicht an das Humanitäre Völkerrecht gebunden sehen. Dies wird beispielsweise durch die gezielte Bekämpfung von Sanitätsfahrzeugen der Bundeswehr, die das Schutzzeichen des Roten Kreuzes tragen, dokumentiert.<sup>35</sup>

Genauso wenig nimmt das ZP II eine etwaige Kategorisierung vor, sondern setzt voraus, dass die gesamte Be-

<sup>28</sup> Ferguson, *A Million Bullets* (2008), S. 119.

<sup>29</sup> Vgl. Einstellungsbeschluss der Generalbundesanwaltschaft vom 16.04.2010, S. 45 (<http://www.generalbundesanwalt.de/docs/einstellungsvermerk20100416offen.pdf> (29.07.2011)).

<sup>30</sup> Vgl. Ebenda, S. 44.

<sup>31</sup> Solis, *The Law of Armed Conflict* (2010), S. 212.

<sup>32</sup> Der Unterschied zwischen Art. 3 der Genfer Konventionen (1949) und ZP II liegt darin, dass die Schwelle für die Anwendbarkeit des ZP II höher liegt. Beispielsweise durch das Erfordernis einer gewissen Kontrolle über ein Gebiet und eine höhere Intensität.

<sup>33</sup> Solis, (Fn. 31), S. 212.

<sup>34</sup> Gasser, (Fn. 11), S. 63.

<sup>35</sup> Dies führt sogar zu der bedenklichen Folge, dass die Schutzzeichen auf den Sanitätsfahrzeugen abgetarnt werden.

<sup>26</sup> ICTRY, *Prosecuter v. Tadic, Decision On The Defence Motion For Interlocutory Appeal On Jurisdiction*, 2 October 1995, <http://www.icty.org/x/cases/tadic/acdec/en/51002.htm> (27.06.2011). Im Original ist „*Annuaire Suisse de Droit International*“ fett gesetzt.

<sup>27</sup> Gasser (Fn. 11), S. 59.

völkerung zivil ist.<sup>36</sup> Die Zivilbevölkerung genießt Schutz sofern und solange sie nicht unmittelbar an Feindseligkeiten teilnimmt.<sup>37</sup> Die Soldaten der Bundeswehr unterstützen lediglich die nationalen afghanischen Streitkräfte, die Afghan National Army (ANA) und die nationale Polizei Afghanistans, die Afghan National Police (ANP) bei der Aufstandsbekämpfung. Die Soldaten der ANA und die Angehörigen der ANP sind selbst ebenfalls keine Kombattanten. Die Soldaten der ANA sind die legitime militärische Macht des Staates, die Aufständische zulässigerweise mit dem Einsatz militärischer Mittel bekämpft. Folglich ist es unrichtig, wenn die Generalbundesanwaltschaft von Bundeswehrosoldaten begrifflich als Kombattanten spricht.

Im Übrigen kann es von der Generalbundesanwaltschaft im Ergebnis auch nicht gewollt sein, den Soldaten der Bundeswehr den Kombattantenstatus zu verleihen. Wenn Soldaten der Bundeswehr Kombattanten sind, wären sie ein legitimes militärisches Ziel und dürften nach dem Humanitären Völkerrecht bekämpft werden. Gegen diese Annahmen spricht schon, dass die Generalbundesanwaltschaft bei jedem gefallenen deutschen Soldaten ermittelt. Zu Recht, denn die Aufständischen sind Kriminelle, die auch nationales afghanisches Recht brechen, wenn sie Anschläge und militärische Operationen gegen die legitime afghanische Staatsmacht sowie gegen die Streitkräfte der sie unterstützenden Assistance Force durchführen. Schließlich sind die Taliban zudem nicht fähig, das Privileg des Kriegsgefangenenstatus nach dem III. Genfer Abkommen zu gewähren.

#### IV. Verhältnismäßigkeitsgebot *versus* Exzessverbot

Die Generalbundesanwaltschaft übernimmt die Formulierung „außer Verhältnis“ des § 11 Abs. 1 Nr. 3 VStGB für das im Humanitären Völkerrecht und im IStGH-Statut für die Kriegsverbrechen geltende Exzessverbot. So formuliert die Generalbundesanwaltschaft für den subjektiven Tatbestand des § 11 Abs. 1 Nr. 3 VStGB, dass die „Kollateralschäden“ außer Verhältnis zum erwarteten militärischen Vorteil stehen. Für den deutschen Juristen ist diese Formulierung sehr nahe am negativen Ergebnis der Verhältnismäßigkeitsprüfung des deutschen Verwaltungs- und Verfassungsrechts. Die Generalbundesanwaltschaft übernimmt unkritisch den Wortlaut des § 11 Abs. 1 Nr. 3 VStGB.

Nach dem Wortlaut des § 11 Abs. 1 Nr. 3 VStGB ist die Durchführung eines Angriffs mit militärischen Mitteln strafbar, wenn dabei sicher erwartet wird, dass der Angriff die Tötung oder Verletzung von Zivilpersonen in einem Ausmaß verursacht, das außer Verhältnis zu dem insgesamt erwarteten konkreten und unmittelbaren militärischen Vorteil steht. Dabei orientiert sich die Formulierung in § 11 VStGB offensichtlich an der amtlichen deutschen Übersetzung des IStGH-Statuts. In der amtlichen deutschen Übersetzung des Art. 8 Abs. 2 b (iv)

IStGH-Statut wird als Kriegsverbrechen wörtlich unter Strafe gestellt:

„iv) vorsätzliches Führen eines Angriffs in der Kenntnis, dass dieser auch Verluste an Menschenleben, die Verwundung von Zivilpersonen, die Beschädigung ziviler Objekte oder weit reichende, langfristige und schwere Schäden an der natürlichen Umwelt verursachen, die in *keinem Verhältnis* zu dem insgesamt erwarteten konkreten und unmittelbaren militärischen Vorteil stehen;“<sup>38</sup>

Diese Übersetzung ist jedoch weder von der authentischen französischen, noch von der authentischen englischen Fassung des IStGH-Statuts gedeckt. In der englischen Fassung des Art. 8 Abs. 2 b (iv) IStGH-Statut heißt es nämlich:

“(iv) Intentionally launching an attack in the knowledge that such attack will cause incidental loss of life or injury to civilians or damage to civilian objects or widespread, long-term and severe damage to the natural environment which would be *clearly excessive* in relation to the concrete and direct overall military advantage anticipated;”<sup>39</sup>

In der englischen Fassung des Art. 8 Abs. 2 b (iv) IStGH-Statut werden also nur Angriffe als Kriegsverbrechen unter Strafe gestellt, die *clearly excessive* zum militärischen Vorteil stehen. Sicherlich besteht bei jeder Formulierung ein gewisser Interpretationsspielraum. Jedoch ist die Formulierung *clearly excessive* unmissverständlich weiter gefasst, als das „außer Verhältnis“ der amtlichen deutschen Übersetzung. Die authentische englische Fassung statuiert also ein Exzessverbot. Die deutsche amtliche Fassung hingegen führt zu einer Verhältnismäßigkeitsprüfung.

In der gleichfalls authentischen französischen Fassung wird ebenfalls von einem exzessiven Schaden im Verhältnis zum militärischen Vorteil gesprochen:

„iv) Le fait de diriger intentionnellement une attaque en sachant qu'elle causera incidemment des pertes en vies humaines dans la population civile, des blessures aux personnes civiles, des dommages aux biens de caractère civil ou des dommages étendus, durables et graves à l'environnement naturel qui seraient *manifestement excessifs* par rapport à l'ensemble de l'avantage militaire concret et direct attendu ;“<sup>40</sup>

Aus der Übernahme einer offensichtlich fehlerhaften Übersetzung des IStGH-Statuts allein kann nicht der

<sup>36</sup> Bouchet-Saulnier, *The Practical Guide to Humanitarian Law* (2007), S. 39.

<sup>37</sup> Vgl. Art. 13 Abs. 3 ZP II.

<sup>38</sup> BT-Drs. 14/2682 (14.02.200), S. 9 ff.

<sup>39</sup> Abrufbar unter <http://www.icc-cpi.int/NR/rdonlyres/0D8024D3-87EA-4E6A-8A27-05B987C38689/0/RomeStatuteEng.pdf> (16.06.2011), Hervorhebungen durch den Verfasser.

<sup>40</sup> Abrufbar unter <http://www.icc-cpi.int/NR/rdonlyres/ECB09E5F-26B0-48CD-862B-A9D6A191FC32/0/RomeStatuteFra.pdf> (16.06.2011), Hervorhebungen durch den Verfasser.

gesetzgeberische Wille abgeleitet werden, dass der Gesetzgeber das Exzessverbot des Humanitären Völkerrechts in ein Unverhältnismäßigkeitsverbot umwandeln wollte. Konkrete Anhaltspunkte im Gesetzgebungsverfahren, die einen solchen Paradigmenwechsel vollziehen wollten, sind nicht erkennbar. Daher ist das Tatbestandsmerkmal des „außer Verhältnis“ des § 11 VStGB als Exzessverbot teleologisch zu reduzieren.

Die Missinterpretation des Exzessverbots findet sich ebenso in der völkerstrafrechtlichen Literatur, dort wird teilweise vom Verhältnismäßigkeitsgrundsatz und Verhältnismäßigkeitsmaßstab gesprochen.<sup>41</sup> Aber auch in der Literatur zum Humanitären Völkerrecht finden sich nicht selten Missinterpretationen des Exzessverbots des Humanitären Völkerrechts als Verhältnismäßigkeitsgebot oder sogar als Verhältnismäßigkeitsgrundsatz.<sup>42</sup> Auch Militärjuristen aus der Praxis verkennen diesen elementaren Grundsatz des Humanitären Völkerrechts.<sup>43</sup> Auch hier beruht diese Missinterpretation wohl auf einer unrichtigen oder zumindest nicht präzisen Übersetzung der Vertragstexte in Bezug auf das Exzessverbot.<sup>44</sup> So heißt es in der deutschen amtlichen Übersetzung des Art. 51 Abs. 5 b) ZP I:

„Unter anderem sind folgende Angriffsarten als unterschiedslos anzusehen:

a)...

b) ein Angriff, bei dem damit zu rechnen ist, dass er auch Verluste an Menschenleben unter der Zivilbevölkerung, die Verwundung von Zivilpersonen, die Beschädigung ziviler Objekte oder mehrere derartige Folgen zusammen verursacht, die in *keinem Verhältnis* zum erwartenden konkreten und unmittelbaren militärischen Vorteil.“<sup>45</sup>

<sup>41</sup> Vgl. *Ambos*, Fälle zum internationalen Strafrecht, 2. Aufl. (2010), S. 75, Safferling/Kirsch JA 2010, 81, 84, *Kreß/Nolte*, Im ungleichen Krieg, FAZ.NET 31.12.2009 vom <http://www.faz.net/artikel/C31408/gastbeitrag-im-ungleichen-krieg-30036993.html> (30.05.2011), *Kreß*, „Da gilt Kriegsrecht“, SPIEGEL 40 / 2009, *Basak* HRRS 2010, 513 515, *Steiger/Bäumler* AVR 2010, 198, 210.

<sup>42</sup> Vgl. *Gasser* (Fn. 11), S. 27: „Der Grundsatz der Verhältnismäßigkeit schließlich drückt aus, dass der Einsatz von Gewalt nur dann und nur insoweit berechtigt ist, als die Gewalt und die damit verursachten Leiden und Zerstörung in einem vernünftigen Verhältnis zum angestrebten Erfolg stehen.“, ferner auch zumindest begrifflich *Bothe*, in: *Vitzthum* (Hrsg.), Völkerrecht, 4. Aufl. 2007, § 8, Rn. 66, *Oeter*, Kampfmittel und Kampfmethoden, in: *Fleck* (Hrsg.), Handbuch des humanitären Völkerrechts in bewaffneten Konflikten, 1994, S. 143f, *Schaller*, Rechtssicherheit im Auslandseinsatz, SWP-Aktuell 2009, S.7.

<sup>43</sup> Vgl. nur *Poretzshkin*, HuV-I 2010, 83, 84: „Der hierbei strikt anzuwendende Verhältnismäßigkeitsgrundsatz ist die oberste und zugleich einzig wirkliche Grenze bei den meisten Situationen.“ und 85: „Auch dem Völkerrecht ist nur zu entnehmen, dass zivile Kollateralschäden nur dann in Kauf genommen werden dürfen, wenn sie in einem hinreichenden Verhältnis zu dem militärischen Erfolg...stehen.“

<sup>44</sup> Auf die Differenz zwischen englischer authentischer Fassung und deutscher Übersetzung weist bereits *Dreist*, UBWV 2006, 339 hin.

<sup>45</sup> Vgl. I. Zusatzprotokoll (1977), in: *Dokumente zum Humanitären Völkerrecht / Documents on International Humanitarian Law*, 2007, AA/DRK/BMVg

Die Generalbundesanwaltschaft spricht in seinem Einstellungsbeschluss unter der Prüfung des § 211 StGB und der Frage der völkerrechtlichen Zulässigkeit schließlich dann auch von einem „Exzessverbot“.<sup>46</sup> Dabei prüft sie dann das Erfordernis eines offensichtlichen Exzesses.<sup>47</sup> Andererseits spricht die Generalbundesanwaltschaft auf derselben Seite auch von einer spezifischen Verhältnismäßigkeit.<sup>48</sup>

Allerdings hat dies keine Auswirkung, da die Generalbundesanwaltschaft keinen Kollateralschaden feststellt. Es kommt also gar nicht zu einer inhaltlichen Beurteilung der Frage des Exzesses. Zudem konstatiert die Generalbundesanwaltschaft, dass die Gefährdung eigener Truppen nicht zumutbar war.<sup>49</sup> Im Falle der Eigengefährdung kann der Schaden nie exzessiv sein. Die Eigengefährdung bricht alles. Hier kommt der Notwehrgedanke wieder zum Tragen.

## V. Keine Anwendbarkeit des StGB neben dem VStGB

Die Generalbundesanwaltschaft ist der Auffassung, dass das StGB neben dem VStGB anwendbar ist.<sup>50</sup> Nach der Generalbundesanwaltschaft kommt so eine Strafbarkeit nach allgemeinem Strafrecht generell in Betracht, wenn einzelne Tatbestandsmerkmale von Tatbeständen des VStGB im Einzelfall nicht gegeben sind.<sup>51</sup> Vor diesem Hintergrund bewertet die Generalbundesanwaltschaft das Handeln Oberst Kleins auch nach § 211 StGB.

Für diese Auffassung spricht, dass gemäß § 1a Abs. 2 Wehrstrafgesetz das deutsche Strafrecht für alle Auslandsstaten deutscher Soldaten, die während eines dienstlichen Aufenthalts oder in Beziehung auf den Dienst begangen werden, anwendbar ist. Damit ist von deutschen Soldaten auch im Ausland das deutsche Strafrecht zu beachten. Daher sollen auch Fälle wie die des Angriffs vom 4. September 2009 nach dem allgemeinen deutschen Strafrecht insbesondere nach § 211 StGB beurteilt werden.<sup>52</sup>

In der Literatur wird nahezu ausnahmslos vertreten, dass neben den speziellen Tatbeständen des VStGB die Tatbestände des allgemeinen Strafrechts anwendbar bleiben.<sup>53</sup>

<sup>46</sup> Vgl. Einstellungsbeschluss der Generalbundesanwaltschaft vom 16.04.2010, (<http://www.generalbundesanwalt.de/docs/einstellungsvermerk20100416offen.pdf> (29.07.2011) S. 64.

<sup>47</sup> Vgl. Ebenda, S. 66.

<sup>48</sup> Vgl. Ebenda.

<sup>49</sup> Vgl. Ebenda, S. 65.

<sup>50</sup> Vgl. Ebenda, S. 54.

<sup>51</sup> Vgl. Einstellungsbeschluss der Generalbundesanwaltschaft vom 16.04.2010, S. 56 (<http://www.generalbundesanwalt.de/docs/einstellungsvermerk20100416offen.pdf> (29.07.2011).

<sup>52</sup> So etwa *Ambos* (Fn. 41), Fall 6 Rn. 44, S. 79, dessen generierter Fall explizit auf Ereignissen von Kundus im Jahr 2009 beruht, im Ergebnis aber zur Strafbarkeit der Beteiligten kommt.

<sup>53</sup> Vgl. *Ambos* NJW 2010, 1725, 1727, derselbe (Fn. 17), Vor §§ 8 ff VStGB, Rn. 45, *Zimmermann* ZRP 2002, 97, 100, derselbe, NJW 2002, 3068, 3069, *Werle* (Fn. 17), Rn. 306, *Steiger/Bäumler* AVR 2010, 198, 206ff, *Safferling/Kirsch* JA 2010,

Bezeichnenderweise wird von denselben Stimmen, die die Anwendbarkeit des allgemeinen Strafrechts neben dem VStGB bejahen, zum Teil sogar noch im selben Satz daraufhingewiesen, dass die Tatbestände des allgemeinen Strafrechts regelmäßig hinter den Regelungen des VStGB im Wege der Gesetzeskonkurrenz zurücktreten.<sup>54</sup> Die Anwendbarkeit des allgemeinen Strafrechts auf Handlungen, wie die des Oberst Klein ordnet scheinbar auch § 2 VStGB an.<sup>55</sup> Der Gesetzesbegründung ist zu entnehmen, dass eine abschließende Sonderregelung für Straftaten, die in bewaffneten Konflikten oder im Zusammenhang mit Angriffen auf die Zivilbevölkerung begangen werden, nicht gewollt war.<sup>56</sup> Bizarrerweise nennt die Gesetzesbegründung gerade das Beispiel eines Flugzeugpiloten, der völkerrechtliche gebotene Vorsichtsmaßnahmen nicht getroffen hat, und deshalb beim Abwurf von Bomben Zivilpersonen tötet. Dieser Flugzeugpilot soll wegen vorsätzlicher Tötung bestraft werden.<sup>57</sup> Nach dem scheinbaren Willen des Gesetzgebers sollen die §§ 211 ff. StGB auch dann anwendbar sein, wenn die Zahl der Opfer die Schwelle des § 11 Abs. 1 Nr. 3 VStGB nicht erreicht und die Unterscheidung zwischen legitimen militärischen Zielen und kollateralen Gütern verletzt hat.<sup>58</sup>

Nach dieser Auffassung ist es konsequent, wie es die Generalbundesanwaltschaft getan hat, § 211 StGB hinsichtlich des Mordmerkmals der Tötung in gemeingefährlicher Weise nach § 211 Abs. 2 Var. 7 StGB zu prüfen.

## 1. Strafrechtliche Sperrwirkung

Im Ergebnis führt dies jedoch zu sinnwidrigen und nicht gewollten widersprüchlichen Wertungen. Die nach den Regeln des Humanitären Völkerrechts begangene gemeingefährliche Tötung, die die Unterscheidung zwischen legitimen militärischen Zielen und kollateralen Gütern vornimmt, bleibt straffrei. Dieselbe Tat unter Verletzung der Pflicht, aber ohne die sichere Erwartung eines exzessiven Kollateralschadens im Sinne des § 11 Abs. 1 Nr. 3 VStGB, soll als Mord gemäß § 211 StGB mit lebenslanger Freiheitsstrafe geahndet werden. Erwartet der Täter jedoch den exzessiven Kollateralschaden, droht ihm nach § 11 Abs. 1 Nr. 3 S. 2 VStGB nur eine Freiheitsstrafe nicht unter zehn Jahren. Diese Sinnwidrigkeit

81, 85, *Basak* HRRS 2010, 513ff, m. w. N. Einstellungsbeschluss der Generalbundesanwaltschaft vom 16.04.2010, S. 51; a. A. nur *Bothe*, *Krieg in Afghanistan – Was die Bundeswehr darf*, Sueddeutsche.de, 15.12.2009, <http://www.sueddeutsche.de/politik/2.220/krieg-in-afghanistan-was-die-bundeswehr-darf-1.125474> (23.05.2011), *Hertel* HRRS 2010, 339, undeutlich: *Kreß*, „Da gilt Kriegsverbrechen“, SPIEGEL 40 / 2009.

<sup>54</sup> Vgl. nur *Ambos* (Fn. 17), Vor §§ 8 ff VStGB, Rn. 45, *Safferling/Kirsch* JA 2010, 81, 85. Darüber hinaus gehen jedoch *Steiger/Bäumler* AVR 2010, 189, 208, die beispielsweise § 211 StGB und § 11 VStGB nebeneinander anwenden wollen. Ähnlich auch *Zimmermann* ZRP 2002, 97, 100, *Diehl*, BOFAXE Nr. 343D (2010).

<sup>55</sup> § 2 VStGB: Auf Taten nach diesem Gesetz findet das allgemeine Strafrecht Anwendung, soweit dieses Gesetz nicht in den §§ 1 und 3 bis 5 besondere Bestimmungen trifft.

<sup>56</sup> BT-Drs. 14/8524, S. 13.

<sup>57</sup> Ebenda.

<sup>58</sup> Ebenda, S. 33.

verdeutlicht, dass die Annahme der generellen Anwendbarkeit des allgemeinen Strafrechts neben dem VStGB nicht haltbar ist.<sup>59</sup>

Hinter dieser Sinnwidrigkeit steht das Problem des Konstrukts der gerechtfertigten Tat für das Handeln von Hoheitsträgern. In der deutschen Rechtsordnung sind strafrechtsrelevante Handlungen aller Hoheitsträger tatbestandsmäßig und können beim Vorliegen eines Rechtfertigungsgrundes gerechtfertigt sein. Das Humanitäre Völkerrecht, das Völkerstrafrecht und das VStGB hingegen gehen davon aus, dass Tötungshandlungen *eo ipso* nicht strafbar oder gar tatbestandsmäßig sind. Erst Tötungshandlungen, die zum Beispiel exzessiv oder allein Unbeteiligte treffen, sind verboten und mit Strafe bewert. Insofern steht die Anwendung des StGB neben dem VStGB im Widerspruch zur Ausgangsprämisse des VStGB.

Dieser Widerspruch kann auch nicht mit dem Hinweis darauf aufgelöst werden, dass für die Glaubwürdigkeit des weltweiten Eintretens für die Achtung der Menschenrechte durch die Bundesrepublik die postulierten Normen des VStGB im Hinblick auf das eigene Militär nicht in das Gegenteil verkehrt dürften.<sup>60</sup> Vielmehr wird hier der moralische *Impetus* sichtbar, der vor dem Hintergrund der historischen Bedeutung des VStGB, strafrechtliche und verfassungsrechtliche Argumente ignoriert. Dies wurde sogar im Gesetzgebungsverfahren von Beteiligten quasi eingestanden. So erklärte der Bundestagsabgeordnete Dr. *Norbert Röttgen* in der Ersten Lesung, dass bei dem einen oder anderen Tatbestand sicher fraglich sei, ob er dem Bestimmtheitsgebot des Grundgesetzes genüge.<sup>61</sup> Zudem steht die Bundesrepublik Deutschland mit der Anwendung des allgemeinen Strafrechts neben dem Völkerstrafrecht weitgehend isoliert da. *Nota bene* wenden nämlich fast alle anderen Staaten, die in Afghanistan Streitkräfte einsetzen, bei entsprechenden Sachverhalten nicht das nationale zivile Strafrecht an, sondern ausschließlich Völkerstrafrecht.<sup>62</sup>

## 2. Verfassungswidrigkeit

Neben den strafrechtlichen Bedenken, ist es auch aus verfassungsrechtlicher Sicht nicht hinnehmbar, auftragsgemäße militärische Operationen, wie die vom 4. September 2009 nach allgemeinem Strafrecht zu beurteilen. Lediglich vereinzelt und in apodiktischer Kürze wird vertreten, dass die Verfolgung einer Handlung im Rahmen eines bewaffneten Konflikts nach allgemeinem Strafrecht, die keine Verletzung des Völkerstrafrechts ist, das Bestimmtheitsgebot verletze.<sup>63</sup> Selbst wenn man sich

<sup>59</sup> Ausführlich: *Hertel*, HRRS 2010, 342.

<sup>60</sup> Vgl. aber nur *Basak* HRRS 2010, 513, 518.

<sup>61</sup> Erste Lesung vom 22. März 2002, Dr. *Norbert Röttgen*, abgedruckt in: *Lüder/Vormbaum*, Materialien zum Völkerstrafgesetzbuch, 2002, S. 76.

<sup>62</sup> Vgl. Interview Vorsitzender des DBWV *Kirsch* in Cicero 1/2010, abrufbar unter <https://www.dbwv.de/C12574E8003E04C8/Print/W27ZMJ5S743DBWNDE> (30.05.2011).

<sup>63</sup> Vgl.: *Bothe*, *Krieg in Afghanistan – Was die Bundeswehr darf*, Sueddeutsche.de, 15.12.2009, <http://www.sueddeutsche.de>.

dieser Auffassung nicht anschließt, dürfte die Anwendung des allgemeinen Strafrechts für Handlungen im Rahmen eines bewaffneten Konflikts aus anderen Gründen verfassungsrechtlich fragwürdig sein. Der Staat selbst ist nämlich mit seinen Organen handelnde Partei. Der Soldat als Hoheitsträger wendet letale Gewalt im Rahmen seines verfassungsmäßig festgelegten Auftrages nach dem Willen der Regierung an. Entscheidend ist, dass das grundlegende Paradigma des Völkerrechts, der Trennung zwischen *ius ad bellum* und *ius in bello* nicht verletzt wird. Dass ein Recht zur Anwendung militärischer Gewalt besteht, kann nach dieser Dichotomie nichts darüber aussagen, ob ein Soldat das Recht im Kriege beachtet oder verletzt hat. Ist die Schwelle zu einem bewaffneten Konflikt überschritten, hat der Soldat ein Recht tödliche Gewalt im Rahmen des *ius in bello* anzuwenden.

So wird auch in der modernen deutschen Völkerstrafrechtswissenschaft zu Recht konstatiert und nicht geleugnet, dass insbesondere das Tötungsverbot im Zusammenhang mit völkerrechtskonformen Handlungen außer Kraft gesetzt ist.<sup>64</sup> Der Soldat darf unzweifelhaft als Kombattant im internationalen bewaffneten Konflikt kämpfen,<sup>65</sup> ergo auch töten. Gleichwohl ist Ciceros Diktum *inter arma leges silent* nicht (mehr) richtig. Der Kombattant bleibt für die bloße Teilnahme an Kampfhandlungen nur bei Beachtung aller für die jeweilige Kampfhandlung im internationalen bewaffneten Konflikt geltenden Völkerrechts straflos.<sup>66</sup> Verstößt der Kombattant im internationalen bewaffneten Konflikt gegen das für die Kampfhandlung geltende Völkerrecht ist er nach Wehr- oder Militärstrafrecht seiner Konfliktpartei zur Rechenschaft zu ziehen.<sup>67</sup>

Im nichtinternationalen bewaffneten Konflikt darf der als Unterstützung der Staatsgewalt des sich in der Aufstands-bekämpfung befindlichen Staates aus der Sicht des Völkerrechts grundsätzlich ebenso tödliche Gewalt anwenden. Folglich ist das innerstaatliche friedensrechtliche Tötungsverbot denknotwendig auch hier suspendiert. Dass völkerrechtskonformes Töten in einem bewaffneten Konflikt nicht dem innerstaatlichen Tötungsverbot zuwiderläuft ist selbstevident. Die Straftatbestände des StGB beschreiben Unrechtsverhalten innerhalb friedlicher Verhältnisse der staatlichen Gemeinschaft.<sup>68</sup>

Diese auch im Völkergewohnheitsrecht bestehende Erlaubnis, letale Gewalt anzuwenden, wird durch Art. 25 GG in das deutsche Recht überführt. Als transformiertes oder adaptiertes Völkerrecht steht es im deutschen Gesetzesaufbau unbestritten zumindest auf der Ebene eines Bundesgesetzes. Daher ist nicht einzusehen, warum die völkerrechtliche Erlaubnis im deutschen Recht zu einer Rechtfertigungsnorm gewendet werden soll.

Die Gründe für die gegenteilige Auffassung finden sich offensichtlich in der Verneinung der Tatsache, dass das Militär existenzielle Voraussetzung der Staatlichkeit ist.<sup>69</sup> Und die Streitkräfte, wenn sie im und im Rahmen des Auftrags des Staates, sowie völkerrechtskonform handeln, verfassungsgemäß Existenzsicherung betreiben. Hierfür braucht man nicht auf den Ausnahmezustand *Carl Schmitts* zu rückzugreifen. Nach *Schmitt* suspendiert der Staat im Ausnahmefall das Recht kraft seines Selbsterhaltungsrechts.<sup>70</sup> Der Staat habe eine prinzipielle unbegrenzte Befugnis, die Suspendierung der gesamten Rechtsordnung, der Staat bliebe bestehen, während das Recht zurücktrete.<sup>71</sup> Auch Antipoden *Carl Schmitts*, wie etwa der Staatsrechtslehrer *Hermann Heller* erkennen an, dass die militärische Gewalt, dadurch dass sie die politische Funktion nach außen und nach innen sichert, eine unersetzliche Existenzbedingung einer jeden Staatsgewalt ist.<sup>72</sup> Streitkräfte sind damit ein tragendes Element der Staatlichkeit –zumindest so lange das friedliche Zusammenleben der Völker nur eine Wunschvorstellung bleibt. Wenn der Soldat militärische Gewalt gemäß seines verfassungsmäßigen Auftrages, und in Übereinstimmung mit den Regeln des *ius ad bellum* sowie im Rahmen des Humanitären Völkerrechts anwendet, kann der Staat nicht gleichzeitig den Soldaten mit dem allgemeinen Strafrecht aus dem Friedenszustand konfrontieren. Der Soldat hat einerseits die konkrete Pflicht die Existenz des Staates in einem bewaffneten Konflikt zu schützen. Führt nun der Soldat seinen Auftrag pflichtgemäß und völkerrechtskonform aus, kann derselbe Staat den Soldaten nicht gleichzeitig mit dem friedensrechtlichen Tötungsverbot konfrontieren.

### 3. Treuwidrigkeit

Darüber hinaus ist es nicht nur widersprüchlich, den deutschen Soldaten mit dem friedensrechtlichen Tötungsverbot zu konfrontieren, sondern auch treuwidrig. Zwischen dem Staat und dem Soldaten besteht ein besonderes und gegenseitiges Treueverhältnis, das den Soldaten zum treuen Dienen und den Staat zur Fürsorge verpflichtet.<sup>73</sup>

Einerseits wird dem Soldaten ein verfassungsmäßiger, zusätzlich vom *ius ad bellum* gedeckter Auftrag zu erteilt, der ihn als rechtmäßigen Akteur in einen nichtinternationalen bewaffneten Konflikt setzt, Aufständische oder Insurgenten militärisch d.h. auch mit letaler Gewalt zu bekämpfen. Dabei werden sein Grundrecht auf körperliche Unversehrtheit und Leben aus Art. 2 Abs. 2 S 1 GG insbesondere aufgrund der Tapferkeitspflicht nach § 7 SG eingeschränkt. Der Staat schränkt die grundrechtlich geschützten Güter Leben und Gesundheit des Soldaten in einem bewaffneten Konflikt bereits dadurch ein, in dem er dem Soldaten auferlegt, sich entsprechenden Gefah-

sueddeutsche.de/politik/2.220/krieg-in-afghanistan-was-die-bundeswehr-darf-1.125474 (23.05.2011).

<sup>64</sup> Satzger (Fn. 21), § 16, Rn. 53, Werle (Fn. 17), Rn. 902, Steiger/Bäumler AVR 2010, 189, 213.

<sup>65</sup> Ipsen (Fn. 5), S. 56.

<sup>66</sup> Ebenda, S. 58.

<sup>67</sup> Ebenda, S. 58.

<sup>68</sup> Vgl. Wolff NZWehr 1996, 9, 12, der aber im Ergebnis zur Anwendbarkeit des allgemeinen Strafrechts im bewaffneten Konflikt kommt.

<sup>69</sup> Vgl. auch BVerfG, 2 BvE 2/08 vom 30.6.2009, Absatz-Nr. 255 [http://www.bverfg.de/entscheidungen/es20090630\\_2bve000208.html](http://www.bverfg.de/entscheidungen/es20090630_2bve000208.html) (11.07.2011).

<sup>70</sup> *Carl Schmitt*, Politische Theologie, 2. Aufl. (1934), S. 18.

<sup>71</sup> Ebenda, S. 17.

<sup>72</sup> Vgl. *Heller*, Staatslehre, 6. Aufl. (1983 (1. Aufl. 1934)), S. 236.

<sup>73</sup> Vgl. nur § 1 Abs. 1 S. 2 SG: Staat und Soldaten sind durch gegenseitige Treue miteinander verbunden.

ren, insbesondere der tödlichen Gefahr auszusetzen. Andererseits konfrontiert der Staat den Soldaten jedes Mal, wenn der Soldat auftragsgemäß Gewalt einsetzt mit dem Tötungsverbot des Friedenszustandes.

Dieser pflichtwidrige Widerspruch ist bereits vor einer konkreten Handlung existent und hat nicht hinnehmbare Außenwirkung. Der Soldat wird in eine völkerrechtliche Lage exponiert, in der er permanent mit seiner physischen Existenzvernichtung zu rechnen hat, weil der Gegner letale Gewalt gegen ihn einsetzt, im Falle des internationalen bewaffneten Konflikts sogar rechtmäßig. Gleichzeitig wird dem Soldaten aber grundsätzlich strafrechtlich verboten, seinen Auftrag mit letaler Gewalt, was den Einsatz militärischer Gewalt kennzeichnet und von jeder anderen staatliche Gewalt unterscheidet, auszuführen und dabei letztlich immer auch sein eigenes Leben zu schützen, es sei denn, er kann eine völkerrechtliche oder gesetzliche Rechtfertigung geltend machen. Diese absurde Konstruktion der Beibehaltung des tatbestandlichen Vorwurfs bei bestehender Rechtfertigung ist für den Soldaten nur schwerlich nachvollziehbar.

### 4. Soziale Adäquanz

Daneben schließt auch der Gedanke der sozialen Adäquanz des Tötens im Rahmen eines bewaffneten Konflikts die Tatbestandsmäßigkeit der Normen des allgemeinen Strafrechts, insbesondere des Tötungsverbots aus. Dagegen wird angeführt, dass soziale Adäquanz üblicherweise nur gebilligtes Verhalten in der sozialen Gemeinschaft erfasst und sich daher nicht auf militärisches Handeln erstreckt.<sup>74</sup>

Der Soldat handelt im Rahmen der Verfassung und aufgrund der Verfassung, im Rahmen des *ius in bello* und darüber hinaus sogar noch im Einklang mit dem *ius ad bellum*.<sup>75</sup> Der Soldat ist bereits aufgrund der Verfassung Teil der sozialen Gemeinschaft. Handelt der Soldat gemäß seines verfassungsmäßigen und bestimmungsgemäßen Auftrages im Rahmen des Völkerrechts und Wehrrecht, kann diesem Verhalten nicht die Sozialadäquanz abgesprochen werden.

Die Gefahr, dass unbeteiligte Zivilpersonen im Rahmen eines nichtinternationalen bewaffneten Konflikts gefährdet oder verletzt werden, wird von der Rechtsordnung nicht nur hingenommen, sondern ist völkerrechtliches Prinzip. Jedenfalls wird dieses Verhalten durch das strafrechtliche Tötungsverbot nicht missbilligt.

### 5. Der Grundsatz „*Ultra posse nemo obligatur*“ gilt auch für das Strafrecht

Zudem ist im Ergebnis die Anwendung des allgemeinen Strafrechts neben dem VStGB auch praktisch nicht konsequent durchführbar. Dann müsste man auch regelmäßig Sachbeschädigung im Rahmen von Gefechts-handlungen prüfen, wenn etwa der patrouillierende Soldat in

<sup>74</sup> Vgl. m. w. N. Dau NZWehr 1996, 1.

<sup>75</sup> Obwohl der Soldat sich hinsichtlich des *ius ad bellum* grundsätzlich nicht zu rechtfertigen hat.

einer tatsächlichen oder vermeintlichen Gefechtssituation Eigentum afghanischer Bürger beschädigt. Dies kann durch Beschuss oder beispielsweise durch Beschädigung von Feldern geschehen, wenn der Soldat Deckung sucht, um sein Leben zu schützen und dabei seinen Auftrag auszuführen.

Auch die Anwendung des deutschen Umweltrechts würde im Rahmen eines bewaffneten Konflikts zu absurden Anforderungen führen. So kann beispielsweise ein notwendiger Ölwechsel an einem Gefechtsfahrzeug im Feld nicht nach den Anforderungen des deutschen Umweltstrafrechts durchgeführt werden. *Ultra posse nemo obligatur* – auch das Strafrecht kann nichts Unmögliches verlangen.

Wenn man gleichwohl die Anwendbarkeit des deutschen Strafrechts in bewaffneten Konflikten neben dem VStGB bejaht, sähe sich der Soldat einer permanenten und allgegenwärtigen strafrechtlichen Rechtfertigungspflicht ausgesetzt. Dabei müsste der Soldat für jede kleinste Verletzung strafrechtlicher Tatbestände des Friedenszustandes die militärische Notwendigkeit und völkerrechtliche Legalität darlegen. Dies ist mit dem verfassungsmäßigen Auftrag des Soldaten nicht nur rechtlich unvereinbar. Faktisch behindert diese Interpretation auch den einzelnen Soldaten vom Gefreiten bis zum General an der Erfüllung seines von demselben Staat erteilten Auftrages. Da er sich bei der Auftragsausführung permanent dem Vorwurf des kriminellen Handelns insbesondere dem Tötungs- oder gar Mordvorwurf ausgesetzt sieht, der für seine Tätigkeit nicht geschaffen wurde. Dies kann vom Staat nicht gewollt sein.

### 6. Konfusion zwischen Strafrecht und Humanitärem Völkerrecht

Zudem kommt es zu einer Konfusion zwischen Humanitären Völkerrecht und Strafrecht. Wenn die notwendige und zu begrüßende Tendenz, das Recht des internationalen bewaffneten Konflikts grundsätzlich auch auf den nichtinternationalen bewaffneten Konflikt auszudehnen, bejaht wird, muss auch eine Anpassung der strafrechtlichen Bewertungen vorgenommen werden. Dort muss sich das nationale Strafrecht dann auch entsprechend hinsichtlich militärischer Operationen, wie sie auch im internationalen bewaffneten Konflikt stattfinden zurückziehen. Sonst entsteht nicht nur eine Überlappung beider Rechtsregime, sondern auch eine Konfusion, weil beide von verschiedenen Paradigmen ausgehen. Wo und wenn Streitkräfte operieren, muss das für Streitkräfte geschaffene Völkerrecht und Völkerstrafrecht angewendet werden.

### 7. Keine Strafbarkeitslücken aufgrund des Wehrstrafrechts und des Wehrdisziplinarrechts

Nach der Gesetzesbegründung wurde auf eine generelle Festlegung der Spezialität des VStGB verzichtet, um

Strafbarkeitslücken zu vermeiden.<sup>76</sup> Strafbarkeitslücken werden jedoch aufgrund der Anwendbarkeit des Wehrstrafrechts nicht entstehen. Vielmehr noch ist das Wehrstrafrecht umfassender als das allgemeine Strafrecht.

Beispielhaft ist hier die Gehorsamsverweigerung nach § 20 WStG<sup>77</sup> anzuführen:

Dem Hauptgefreiten Müller wird auf einer Patrouille in Afghanistan von seinem Vorgesetzten ein Feuerverbot erteilt. Trotzdem schießt Müller auf ein nicht militärisches Ziel. Hier wird der Soldat nach dem Völkerstrafrecht bestraft, weil er auf ein nicht legitimes militärisches Ziel geschossen hat und Menschen verletzt oder gar getötet hat. Zudem hat der Soldat Müller den Gehorsam verweigert und sich nach § 20 WStG strafbar gemacht.

Dem Soldaten Meier wird auf einer Patrouillenfahrt in Afghanistan ein Feuerbefehl erteilt. Dennoch schießt der Soldat nicht. Es kommt zu keiner Außenwirkung. Es kommt auch nicht zu einer konkreten Gefährdung eigener Soldaten, weil die Angreifer von der Patrouille plötzlich ablassen und ausweichen. Hier greift das Völkerstrafrecht nicht. Gleichwohl greift das Wehrstrafrecht, das nach § 20 WStG auch hier die Gehorsamsverweigerung bestraft.

Insofern kommt es aufgrund der Anwendbarkeit des WStG nicht zu einer Strafbarkeitslücke. Das Wehrstrafrecht ist darüber hinaus noch umfassender als das allgemeine Strafrecht. Leider hat sich die Generalbundesanwaltschaft hierzu nicht geäußert.

Zudem gilt für deutsche Soldaten neben dem Wehrstrafrecht noch das umfassende Wehrdisziplinarrecht. In Deutschland ist das Wehrdisziplinarrecht, anders als beispielsweise in den USA nicht Teil des Wehrstrafrechts. Die Wehrdisziplinarordnung (WDO) wird dem Verwaltungsrecht zugeordnet. Daher kann man formal nicht davon sprechen, dass durch die WDO Strafbarkeitslücken geschlossen werden. Allerdings treffen gerichtliche Disziplinarmaßnahmen wie Beförderungsverbot, Dienstgradherabsetzung und Entfernung aus dem Dienstver-

<sup>76</sup> BT- Drucksache 14/8524, S. 13.

<sup>77</sup> § 20 Gehorsamsverweigerung

(1) Mit Freiheitsstrafe bis zu drei Jahren wird bestraft,

1. wer die Befolgung eines Befehls dadurch verweigert, daß er sich mit Wort oder Tat gegen ihn auflehnt, oder

2. wer darauf beharrt, einen Befehl nicht zu befolgen, nachdem dieser wiederholt worden ist.

(2) Verweigert der Täter in den Fällen des Absatzes 1 Nr. 1 den Gehorsam gegenüber einem Befehl, der nicht sofort auszuführen ist, befolgt er ihn aber rechtzeitig und freiwillig, so kann das Gericht von Strafe absehen.

hältnis, den Soldaten weit empfindlicher als geringe Strafen nach dem allgemeinen Strafrecht. Insofern lässt auch die WDO das Entstehen von Strafbarkeitslücken faktisch nicht zu.

## 8. Fazit

Im *locus belli* ist das allgemeine Strafrecht für die strafrechtliche Beurteilung militärischer Operationen nicht anwendbar. Nur das WStGB findet neben dem VStGB für Taten, die in einem Zusammenhang mit einem bewaffneten Konflikt stehen Anwendung. Die Grundlagen der Beurteilung militärischer Gewalt aus der Sicht des Strafrechts sind bisher kaum hinreichend geklärt.<sup>78</sup> Mit pauschalen Ausweitungen ohne die Berücksichtigung der Besonderheiten des Rechts des bewaffneten Konflikt sowie des Verfassungsrechts kann diese jedoch nicht gelingen. Hier ist ein neues Forschungsfeld entstanden, das erst noch bearbeitet werden muss.<sup>79</sup>

## VII. Zusammenfassung

Der Einstellungsbeschluss der Generalbundesanwaltschaft leidet nicht nur an völkerrechtlicher Präzision, sondern übernimmt auch falsche völkerrechtliche Wertungen des VStGB. Das Verbot des unterschiedslosen Angriffs kann nicht unmittelbar in einem nichtinternationalen bewaffneten Konflikt gelten. Dies kann auch nicht aus der sogenannten Tadic-Rechtsprechung, die zur Begründung der problematischen Ausweitung der Kriegsverbrechensatbestände des IStGH-Statuts durch das VStGB herangezogen wird, gefolgert werden. Das völkerrechtliche Exzessverbot gilt auch für die relevanten Tatbestände des VStGB, für eine Umwandlung des im IStGH-Staut bestätigten Exzessverbots in ein Verhältnismäßigkeitserfordernis gibt es keine Legitimität. Das allgemeine Strafrecht ist für Taten die im Zusammenhang mit einem nicht internationalen bewaffneten Konflikt begangen werden nicht anwendbar. Strafbarkeitslücken entstehen aufgrund des umfassenden WStG nicht. Im nichtinternationalen bewaffneten Konflikt gibt es begrifflich keine Kombattanten im Sinne der Genfer Abkommen. Daher sind auch die Soldaten der Bundeswehr im ISAF-Einsatz in Afghanistan keine Kombattanten im Rechtssinne, wohl aber rechtmäßige Kämpfer.

Der Einstellungsbeschluss der Generalanwaltschaft ist zu begrüßen. Mit seiner Begründung wird den deutschen Soldaten im Einsatz jedoch nicht das erforderliche und ihnen zustehende Maß an Rechtssicherheit gegeben.

<sup>78</sup> Frister/Korte/Kreß JZ 2010, 10, 11.

<sup>79</sup> Vgl. Satzger JuS 2004, 943, 948.

## Verfahrensdokumentation

In dieser Ausgabe kein Eintrag.

## Schrifttum

**Tilman Reichling. Der staatliche Zugriff auf Bankkundendaten im Strafverfahren – Die Kontenabfrage als strafprozessuale Ermittlungsmaßnahme, mögliche Folgemaßnahmen und verfassungsrechtliche Legitimationsprobleme; zugl.: Dissertation, Universität Bielefeld 2009, 176 S., 44,80 €; Verlag Peter Lang, Frankfurt am Main 2010.**

Die von *Ransiek* betreute Bielefelder Dissertation beschäftigt sich mit der äußerst praxisrelevanten, in ihrer Bedeutung aber oft unterschätzten strafprozessualen Ermittlungsmaßnahme der Kontenabfrage nach § 24c KWG.

Nach einer kurzen Einführung (S. 1 – 2) stellt *Reichling* im zweiten Kapitel (S. 3 – 22) das Abfragesystem des § 24c KWG insgesamt vor. Nach § 24c Abs. 1 KWG sind alle Kreditinstitute verpflichtet, eine gesonderte Datei über ihre Kunden und deren Konten und Depots zum Abruf von Daten durch die BaFin einzurichten und zu betreiben. In diese Datei sind dabei aufzunehmen: Die Nummer des Kontos/Depots, der Tag der Eröffnung (sowie der der Auflösung), der Name des Inhabers, dessen Geburtstag und Name und Anschrift aller etwaig abweichenden wirtschaftlich Berechtigten.

Nach § 24c Abs. 2 KWG ist die BaFin zum Abruf dieser Daten ermächtigt, wenn dies zur Erfüllung ihrer Aufsichtsaufgaben oder zum Aufspüren von Gewinnen aus schweren Straftaten erforderlich ist und eine besondere Eilbedürftigkeit vorliegt. Nach § 24 Abs. 3 KWG ist die BaFin verpflichtet für bestimmte Stellen, insbesondere für alle Strafverfolgungsbehörden, auf deren Ersuchen hin die gespeicherten Daten abzurufen und zu übermitteln. Im Folgenden stellt *Reichling* die Entstehungsgeschichte des § 24c KWG dar. Hierbei weist er darauf hin, dass der Gesetzgeber die Schaffung des Abfragesystems primär mit der Erforderlichkeit der Bekämpfung der

Geldwäsche und des Schattenbankwesens begründet hat. Im deutlichen Kontrast hierzu steht die tatsächliche Anwendung: Inzwischen werden beinahe 99 % der Kontenabfragen für Strafverfolgungsbehörden vorgenommen. Der vom Gesetzgeber behauptete Bedarf für Eigenabfragen der BaFin existiert offensichtlich nahezu nicht; wohl aber ein immer größer werdender Bedarf der Strafverfolgungsbehörden.

Im dritten Kapitel (S. 23 – 39) beschäftigt sich *Reichling* mit der Abgrenzung zur Kontenabfrage nach der AO und zeigt strukturelle Gemeinsamkeiten und Unterschiede zur Kontenabfrage im Strafverfahren auf. So ist es etwa erstaunlich, dass bei Kontenabfragen im Besteuerungsverfahren eine Benachrichtigung des Betroffenen – zumindest nachträglich – erfolgen muss, nicht aber bei Kontenabfragen im Strafverfahren. Zudem arbeitet *Reichling* heraus, dass die Steuerfahndung über § 208 Abs. 1 S. 1 Nr. 3 AO im Rahmen steuerlicher Vorfeldermittlungen Kontenabfragen nach der Abgabenordnung bereits vor dem Vorliegen eines strafrechtlichen Anfangsverdachts vornehmen lassen kann.

Im vierten Kapitel (S. 41 – 99), dem aus Sicht des Rezensenten spannendsten Kapitel der Arbeit, stellt *Reichling* umfassend die Anwendung der Kontenabfrage als strafprozessuale Ermittlungsmaßnahme dar. Zunächst beschäftigt sich *Reichling* mit dem Einsatz der Kontenabfrage zur Aufklärung eines Anfangsverdachts. Er legt dabei dar, dass es vom Wortsinn des § 24c KWG her möglich ist, auch in Bagatellverfahren eine Kontenabfrage anzuordnen. Noch fragwürdiger ist es, dass sich nicht einmal das Erfordernis eines eingeleiteten Ermittlungsverfahrens aus dem Wortsinn der Norm ergibt – dies wird erst aus der Gesetzesbegründung deutlich. Wichtig ist außerdem die Überlegung *Reichlings*, dass die Möglichkeit der Kontenabfrage sich nicht auf den Beschuldigten beschränkt, sondern auch bei Dritten möglich ist. Der Verfasser hat recht, dass diese undifferenzierte Erfassung



aller Personen – Beschuldigter und Dritter – für eine strafprozessuale Ermittlungsmaßnahme ungewöhnlich und deshalb erklärungsbedürftig ist. Im Folgenden beschäftigt sich Reichling mit den Zielen der Kontenabfrage im Rahmen der Aufklärung eines Anfangsverdachts. Die erste dargestellte Konstellation ist, dass die Strafverfolgungsbehörden den Namen einer Person kennen und in Erfahrung bringen wollen, ob und wo der Betroffene Konten und/oder Depots unterhält, um später eine Kontenverdichtung anfordern zu können. Denkbar – und nach *Reichlings* zutreffender Einschätzung praxisrelevant – ist auch der Fall, dass eine Kontonummer bekannt ist, der Kontoinhaber aber nicht, und die Ermittlungsbehörde nun durch eine Kontenabfrage feststellen will, wer Inhaber des Kontos ist (angefangen von „einfachen“ Betrugsfällen bis hin zu komplizierten Konstrukten zur Schaffung fiktiver Betriebsausgaben mittels so gen. Abdeckrechnungen).

Anschließend behandelt *Reichling* die Folgemaßnahmen, durch die die Strafverfolgungsbehörden Inhaltsdaten – also vor allem die Umsätze auf den jeweiligen Konten – ermitteln können. Dabei stellt er die verschiedenen Ermittlungsmaßnahmen dar – etwa Herausgabeverlangen nach § 95 StPO, die aber – wie von *Reichling* dargestellt – in der Praxis beinahe vollständig von sog. Auskunftersuchen mit Abwendungsbefugnis verdrängt wurden. Hier bezieht er deutlich Stellung gegen das zunehmend informelle Vorgehen der Strafverfolgungsbehörden und die übergroße Kooperationsbereitschaft der meisten deutschen Kreditinstitute. Hier besteht nach Auffassung *Reichlings* die Gefahr, dass sensible Bankkundendaten auch in solchen Fällen an Strafverfolger geliefert werden, in denen etwa wegen Unverhältnismäßigkeit einer solchen Maßnahme kein entsprechender richterlicher Beschluss ergangen wäre.

Der zweite große Anwendungsbereich der Kontenabfrage sind die Finanzermittlungen, also solche Ermittlungen, die illegales Vermögen des Verdächtigen aufspüren und sichern sollen, um es nach Verfahrensende abzuschöpfen. *Reichling* stellt hier – überblicksartig und mit Hinweisen auf viele ungeklärte Fragen – die materiellrechtlichen Voraussetzungen des Verfalls dar. Vor allem aber werden die strafprozessualen Möglichkeiten der Vermögensabschöpfung und der Rückgewinnungshilfe herausgearbeitet. Dabei gelingt es dem Verfasser, rechtliche Ausführ-

rungen durch die Darstellung der Verfahrenspraxis zu ergänzen, etwa bei der Frage der von den Ermittlungsbehörden geschätzten Vermögensabschöpfung durch „Verzicht“. Hier wird deutlich, dass sich insbesondere die Kontenpfändung für Ermittlungsbehörden dazu eignet, massiven Druck auf den Beschuldigten aufzubauen. Im weiteren werden zwei – eher exotisch anmutende – Anwendungsbereiche der Kontenabfrage vorgestellt, nämlich zur Festsetzung der Tagessatzhöhe bei der Geldstrafe und für den Bereich der Personenfahndung sowie die Zugriffsmöglichkeiten deutscher Strafverfolgungsbehörden auf Kundendaten ausländischer Kreditinstitute.

Im fünften Kapitel (S. 101 – 144) unterzieht *Reichling* die Regelungen zur Kontenabfrage einer verfassungsrechtlichen und rechtspolitischen Kritik. Anders als das Bundesverfassungsgericht (BVerfG, NJW 2007, 2464 ff.) bejaht der Verfasser einen Verstoß gegen das informationelle Selbstbestimmungsrecht der Bankkunden aufgrund der Unbestimmtheit und Unverhältnismäßigkeit des § 24 c KWG. Zudem werden weitere Verfassungsverstöße diskutiert – zum Beispiel hinsichtlich der Inpflichtnahme der Kreditinstitute.

Im sechsten Kapitel (S. 145 – 150) wird die Studie prägnant zusammengefasst und dargelegt, in welcher Form eine Kontenabfrage aus Sicht des Verfassers verfassungsrechtlich zulässig wäre.

Die Dissertation von *Reichling* behandelt ein Thema, das in der Strafrechtswissenschaft, in Verteidigerkreisen, aber vor allem im rechtspolitischen Diskurs größere Beachtung verdient. Der überzeugend strukturierten Untersuchung, die in der Argumentation klar und sprachlich sehr ansprechend ist, ist zu wünschen, dass sie die Probleme der Kontenabfrage stärker in den allgemeinen Blickpunkt der Rechtsanwendung rückt. Aller Voraussicht nach werden sich die angesprochenen Probleme in Zukunft vermehrt stellen: Die Zahl der Kontenabfragen steigt nahezu von Jahr zu Jahr, ein Rückgang ist nicht in Sicht. Eine Lektüre ist uneingeschränkt zu empfehlen.

Rechtsanwalt **Dr. Matthias Rahmlow**, Duisburg

\*\*\*

# Vollständige Rechtsprechungsübersicht

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

## 1. EGMR Nr. 26766/05 und 22228/06 (Große Kammer) – Urteil vom 15. Dezember 2011 (Al-Khawaja und Tahery v. Großbritannien)

Recht auf Konfrontation und Befragung von Zeugen (Recht auf ein faires Verfahren: Mindestrechte und Abwägung; prinzipielles Verbot der Verwertung als entscheidendes oder einziges Beweismittel; besonders vorsichtige Beweiswürdigung; Zeugenbegriff; anonyme und nicht erreichbare Zeugen; legitime Gründe für Rechtseinschränkungen bei zurechenbarer und allgemeiner Furcht des Zeugen; Gesamtrecht und Gesamtbetrachtung; R. v. Horncastle und Human Rights Act); Sondervotum Sajó und Karakas.

Art. 6 Abs. 1 Satz 1, Abs. 3 lit. d EMRK; Art. 2 Abs. 1 GG; Art. 20 Abs. 3 GG; § 240 StPO; § 244 Abs. 2 StPO; § 251 StPO; § 250 StPO; § 261 StPO

## 2. BGH 3 StR 196/11 – Beschluss vom 13. September 2011 (LG München)

BGHSt; Zuständigkeit (Staatschutzkammer; Rüge; absoluter Revisionsgrund auch ohne objektive Willkür); kriminelle Vereinigung (Bildung; Mitgliedschaft; tateinheitliches Zusammentreffen mit einem Verstoß gegen das BtMG); Absprache (keine konkludente Rücknahme eines Zuständigkeitseinwands; kein widersprüchliches oder missbräuchliches Verhalten).

§ 257c StPO; § 338 Nr. 4 StPO; § 6a StPO; § 74a Abs. 1 Nr. 1 GVG; § 29a BtMG; § 129 StGB

## 3. BGH 3 StR 206/11 – Beschluss vom 25. Oktober 2011 (LG Duisburg)

Untreue; psychische Beihilfe (objektiv fördernde Funktion; konkrete Feststellungen); Anschlussdelikte; Recht auf Verfahrensbeschleunigung und Recht auf Beschwerde (rechtsstaatswidrige Verzögerung; Bemessung der Kompensation).

§ 266 StGB; § 27 StGB; § 267 Abs. 3 StPO; Art. 6 Abs. 1 EMRK; Art. 13 EMRK; Art. 20 Abs. 3 GG

## 4. BGH 3 StR 244/11 – Beschluss vom 8. November 2011 (LG Dortmund)

Nötigung eines Mitglieds eines Verfassungsorgans; Nötigung; Annahme der Zuständigkeit mit Unrecht.

§ 106 StGB; § 240 StGB; § 355 StPO; § 354 Abs. 1 StPO

## 5. BGH 3 StR 314/11 – Beschluss vom 10. November 2011 (LG Lüneburg)

Eröffnungsbeschluss; Anklagegrundsatz; Einstellung des Verfahrens; prozessualer Tatbegriff (Identität der Tat; Auffassung des Lebens; individualisierende Tatmodalitäten); Verfall (entgegenstehende Ansprüche eines Verletzten).

§ 206a Abs. 1 StPO; § 264 StPO; § 111i Abs. 2 StPO; § 200 StPO; § 203 StPO

## 6. BGH 3 StR 315/10 – Urteil vom 17. November 2011 (LG Verden)

BGHSt; Methamphetaminracemat – (RS)-(methyl)(1-phenylpropan-2-yl)azan; nicht geringe Menge (Wirkungsweise; Wirkungsintensität; Konsumverhalten).

§ 29a BtMG; § 30 Abs. 1 BtMG

## 7. BGH 3 StR 323/11 – Beschluss vom 10. November 2011 (LG Mönchengladbach)

Betrug (Urteilsformel; Gewerbsmäßigkeit; eigennütziges Handeln).

§ 263 Abs. 3 StGB

## 8. BGH 3 StR 353/11 – Beschluss vom 25. Oktober 2011 (LG Hildesheim)

Bemessung der Jugendstrafe (Vorrang des Erziehungszwecks; Schwere der Schuld; äußerer Unrechtsgehalt der Tat; Teilnahme).

§ 17 Abs. 2 JGG

## 9. BGH 3 StR 355/11 – Beschluss vom 10. November 2011 (LG Mönchengladbach)

Unerlaubtes Handeltreiben mit Betäubungsmitteln (Kurier; Täterschaft; Teilnahme); besonderes persönliches Merkmal; Bande; Bandenabrede; Tatbegehung „als Mitglied einer Bande“; nachträgliche Bildung der Gesamtstrafe (Zäsurwirkung; Verschlechterungsverbot).

§ 28 StGB; § 29a BtMG; § 30 BtMG; § 30a BtMG; § 25 StGB; § 27 StGB; § 55 StGB; § 358 Abs. 2 StPO

## 10. BGH 3 StR 364/11 – Beschluss vom 8. November 2011 (LG Wuppertal)

Mittäterschaft (Zurechnung; stillschweigende Übereinkunft; Tatplan); Beweiswürdigung; Urteilsgründe.

§ 25 Abs. 2 StGB; § 267 Abs. 3 StPO

**11. BGH 3 StR 367/11 – Beschluss vom 8. November 2011 (LG Lüneburg)**

Erheblich verminderte Schuldfähigkeit (Strafrahmenverschiebung; Verneinung; Urteilsgründe).  
§ 21 StGB; § 267 StPO; § 49 Abs. 1 StGB

**12. BGH 3 StR 380/11 – Beschluss vom 15. November 2011 (LG Osnabrück)**

Unerlaubtes Handeltreiben mit Betäubungsmitteln (Rau-chopium).  
§ 29a Abs. 1 Nr. 2 BtMG; § 30 Abs. 1 Nr. 4 BtMG

**13. BGH 3 StR 390/11 – Beschluss vom 29. November 2011 (LG Düsseldorf)**

Besonders schwere räuberische Erpressung (Einsatz eines Messers als Drohmittel); gegenwärtige Gefahr (Dauergefahr; längerer Zeitraum des drohenden Schadenseintritts).  
§ 250 StGB; § 253 StGB; § 255 StGB

**14. BGH 5 StR 328/11 – Urteil vom 9. November 2011 (LG Berlin)**

Überzeugungsbildung; lückenhafte Beweiswürdigung; Notwehr (Überschreiten der Grenzen; extensiver Notwehrexzess; Würgen; Erdrosseln; nahezu fehlender Verteidigungswillen); Rücktritt vom Versuch (unbeendeter Versuch; Aufgeben; Verhinderung der Rettung des Opfers); Tateinheit (verschiedene Angriffsmittel auf dasselbe Rechtsgut; einheitlicher Angriffswille; einheitlicher Entschluss).  
§ 261 StPO; § 267 Abs. 3 StPO; § 32 StGB; § 33 StGB; § 24 Abs. 1 StGB; § 52 StGB; § 53 StGB

**15. BGH 5 StR 360/11 – Urteil vom 1. Dezember 2011 (LG Hamburg)**

Tötungsvorsatz (äußerst gefährliche Gewalthandlung); Mittäterschaft (sukzessive; gemeinsamer Tatplan; Beweiswürdigung; überraschende Handlungen; Mittäterexzess; Urteilsgründe).  
§ 212 StGB; § 15 StGB; § 25 Abs. 2 StGB; § 267 Abs. 3 StPO

**16. BGH 5 StR 390/11 – Beschluss vom 30. November 2011 (LG Leipzig)**

Wiedereinsetzung in den vorigen Stand; Gegenvorstellung.  
§ 44 StPO

**17. BGH 5 StR 397/11 – Beschluss vom 10. November 2011 (LG Berlin)**

Verfahrensrüge (rechtsfehlerhafte Ablehnung eines Beweisantrags); Bedeutungslosigkeit (Würdigung der Bedeutung der Beweistatsache; Einfügung in das bisherige Beweisergebnis; unzulässige Beweisantizipation).  
§ 244 StPO; § 338 Nr. 8 StPO

**18. BGH 5 StR 416/11 – Beschluss vom 2. Dezember 2011 (LG Potsdam)**

Notwehr (Erforderlichkeit); Bemessung der Jugendstrafe (Erziehungsbedarf); Kosten des Revisionsrechtszugs.  
§ 32 StGB; § 18 JGG; § 74 JGG

**19. BGH 5 StR 417/11 – Urteil vom 1. Dezember 2011 (LG Berlin)**

Nötigung; sexuelle Nötigung (Erheblichkeit); lückenhafte Beweiswürdigung.  
§ 267 Abs. 3 StPO; § 261 StPO; § 240 StGB; § 184g Nr. 1 StGB

**20. BGH 5 StR 419/11 – Beschluss vom 2. Dezember 2011 (LG Braunschweig)**

Schuldunfähigkeit; erheblich verminderte Schuldfähigkeit; Urteilsgründe (Wiedergabe eines Sachverständigen-gutachtens).  
§ 20 StGB; § 21 StGB; § 267 Abs. 3 StPO

**21. BGH 5 StR 429/11 – Beschluss vom 1. Dezember 2011 (LG Berlin)**

Aufklärungshilfe; Strafrahmenwahl; besonders schwerer Raub (minder schwerer Fall).  
§ 46b StGB; § 49 StGB; § 250 StGB

**22. BGH 5 StR 450/11 – Beschluss vom 13. Dezember 2011 (LG Kiel)**

Täter-Opfer-Ausgleich; Strafzumessung (Beruhen).  
§ 46 StGB; § 46a StGB

**23. BGH 5 StR 477/11 – Beschluss vom 13. Dezember 2011 (LG Leipzig)**

Unterbringung in einer Entziehungsanstalt (Erörterung; fehlende konkrete Erfolgsaussicht).  
§ 64 StGB

**24. BGH 5 StR 481/11 – Beschluss vom 30. November 2011 (LG Hamburg)**

Verfall; Aufrechterhaltung der Beschlagnahme.  
§ 73 StGB; § 111i Abs. 2 StPO

**25. BGH 5 StR 488/11 – Beschluss vom 14. Dezember 2011 (LG Braunschweig)**

Unterbringung in einem psychiatrischen Krankenhaus (erhebliche rechtswidrige Taten; schwere Störung des Rechtsfriedens; Vermögensdelikte); Verhältnismäßigkeit (milderes Mittel; Subsidiarität; Bestellung eines Betreuers).  
§ 62 StGB; § 63 StGB; § 263 StGB

**26. BGH 5 StR 489/11 – Beschluss vom 14. Dezember 2011 (LG Leipzig)**

Unterbringung in einem psychiatrischen Krankenhaus (Gefahr der Begehung erheblicher rechtswidriger Taten; Wahrscheinlichkeit höheren Grades für schwere Störungen des Rechtsfriedens); einstweilige Unterbringung.  
§ 63 StGB; § 126a StPO

**27. BVerfG 2 BvR 2500/09, 2 BvR 1857/10 (Zweiter Senat) – Beschluss vom 7. Dezember 2011 (BGH / OLG Düsseldorf)**

Akustische Wohnraumüberwachung (präventiv-polizeiliche; Kernbereich privater Lebensgestaltung; Rundumüberwachung; Persönlichkeitsprofil); Beweisverwertungsverbot (relatives, absolutes; Abwägungslösung; Widerspruchslösung); Recht auf ein faires Verfahren; Rechtsstaatsprinzip; Verhältnismäßigkeitsgrundsatz; Zitiergebot; Versicherungsbetrug (konkludente Täuschung; Eingehungsbetrug; Lebensversicherungsvertrag; Vermögensschaden und Gesetzlichkeitsprinzip; Scha-

denseintritt, Wahrscheinlichkeit, Bezifferung, Feststellungen).

Art. 1 Abs. 1 GG; Art. 2 Abs. 2 GG, Art. 13 GG; Art. 19 Abs. 1 Satz 2 GG; Art. 20 Abs. 3 GG; Art. 103 Abs. 2 GG; Art. 6 Abs. 1 EMRK; § 100c StPO; § 100d StPO; § 261 StPO; § 29 POG Rheinland-Pfalz; § 263 StGB

**28. BVerfG 2 BvR 148/11 (2. Kammer des Zweiten Senats) – Beschluss vom 15. Dezember 2011 (BGH / LG Aachen)**

Doppelbestrafungsverbot (europäisches, transnationales); gesetzlicher Richter; Europäischer Gerichtshof; Vorlagepflicht; Unvollständigkeit der Rechtsprechung.

Art. 101 Abs. 1 Satz 2 GG; Art. 103 Abs. 3 GG; Art. 50 EU-Grundrechtecharta; Art. 52 Abs. 1 EU-Grundrechtecharta; Art. 54 SDÜ; § 1 Abs. 2 EuGHG; Art. 267 Abs. 3 AEUV

**29. BVerfG 2 BvR 236/08, 2 BvR 237/08, 2 BvR 422/08 (Zweiter Senat) – Beschluss vom 12. Oktober 2011**

Gesetz zur Neuregelung der Telekommunikationsüberwachung; Zitiergebot; Grundsatz der Verhältnismäßigkeit; Katalogtat; Kernbereich privater Lebensgestaltung; effektiver Rechtsschutz; Benachrichtigungspflicht; Berufsgeheimnisträger; Beweiserhebungsverbot; Beweisverwertungsverbot.

Art. 1 Abs. 1 GG; Art. 3 Abs. 1 GG; Art. 10 GG; Art. 13 GG; Art. 19 Abs. 1 Satz 2 GG; Art. 19 Abs. 4 GG; Art. 47 GG; § 53 StPO; § 100a Abs. 2 StPO; § 100a Abs. 4 StPO; § 100f StPO; § 101 StPO; § 110 Abs. 3 StPO; § 160a StPO

**30. BVerfG 2 BvR 1334/10 (3. Kammer des Zweiten Senats) – Beschluss vom 22. November 2011 (OLG Düsseldorf / LG Kleve)**

Unterbringung in einem psychiatrischen Krankenhaus; Aussetzung zur Bewährung; Sachaufklärung (richterliche); Prognoseentscheidung; Sachverständigengutachten; Aktenbeiziehung; Überprüfungsfristen.

Art. 2 Abs. 2 GG; Art. 104 Abs. 1 GG; § 63 StGB; § 67d StGB; § 67e StGB; § 463 Abs. 4 StPO

**31. BVerfG 2 BvR 1665/10 (3. Kammer des Zweiten Senats) – Beschluss vom 29. November 2011 (OLG Frankfurt am Main / LG Gießen)**

Unterbringung in einem psychiatrischen Krankenhaus; Fortdauerentscheidung; Überprüfungsfristen.

Art. 2 Abs. 2 GG; Art. 104 Abs. 1 GG; § 63 StGB; § 67d StGB; § 67e StGB

**32. BVerfG 2 BvR 1758/10 (3. Kammer des Zweiten Senats) – Beschluss vom 29. November 2011 (OLG Nürnberg)**

Lebenslange Freiheitsstrafe (Reststrafaussetzung zur Bewährung; Legalprognose; Vollzugslockerungen).

Art. 2 Abs. 2 Satz 2 GG; Art. 104 Abs. 2 GG; § 57a StGB; § 454a Abs. 1 StPO

**33. BVerfG 2 BvR 2181/11 (2. Kammer des Zweiten Senats) – Beschluss vom 8. Dezember 2011 (OLG Dresden / LG Dresden)**

Einstweilige Unterbringung in einem psychiatrischen Krankenhaus (schizophrene Psychose; unerkannte

Schuldunfähigkeit; Gefahrprognose; Verhältnismäßigkeit; Beschleunigungsgrundsatz).

Art. 2 Abs. 2 GG; Art. 104 Abs. 1 GG; § 62 StGB; § 63 StGB; § 120 StPO; § 126a StPO

**34. BVerfG 2 BvR 2297/11 (3. Kammer des Zweiten Senats) – Beschluss vom 22. November 2011 (OLG Hamm / LG Münster)**

Maßregelvollzug; Verlegung; Vollzugslockerungen; Rechtswegerschöpfung (Anhörungsrüge); rechtliches Gehör; Begründungspflicht.

Art. 103 Abs. 1 GG; § 90 Abs. 2 BVerfGG; § 33a StPO; § 119 Abs. 3 StVollzG; § 120 Abs. 1 StVollzG; § 138 Abs. 3 StVollzG

**35. BGH 1 ARs 19/11 – Beschluss vom 29. November 2011 (BGH)**

Anfrageverfahren zur Aufgabe der Interessentheorie (Untreue; Bankrott; Merkmalszurechnung bei Organen juristischer Personen und Vertretern; Interessenformel).

§ 14 StGB; § 266 StGB; § 283 StGB

**36. BGH 1 StR 302/11 – Urteil vom 9. November 2011 (LG Leipzig)**

Zuständigkeit des Revisionsgerichts; Kognitionspflicht des Gerichts (vermeintliche Unwirksamkeit der Anklageschrift wegen des Gebrauchs der englischen Sprache in den aufgelisteten Beweismitteln: Verfahrenshindernis; staatsanwaltschaftlicher Verfolgungswille); Untreue (schwarze Kasse); Strafzumessung nach informeller Absprache (mangelnder Vertrauenstatbestand).

§ 200 StPO; § 264 StPO; § 266 StGB; § 3 StPO; § 184 GVG; § 257c StPO

**37. BGH 1 StR 399/11 – Beschluss vom 5. Dezember 2011 (BGH)**

Unstatthafte und unbegründete erneute Anhörungsrüge.

§ 356a StPO

**38. BGH 1 StR 429/11 – Beschluss vom 13. Dezember 2011 (LG Nürnberg)**

Unbegründete Anhörungsrüge.

§ 356a StPO

**39. BGH 1 StR 475/11 – Beschluss vom 18. November 2011 (LG Konstanz)**

Entscheidung über die Entschädigung des Verletzten (wirksamer Adhäsionsantrag).

§ 404 StPO; § 406 StPO

**40. BGH 1 StR 481/11 – Beschluss vom 30. November 2011 (LG München I)**

Verwerfung der Revision als unbegründet.

§ 349 Abs. 2 StPO

**41. BGH 1 StR 508/11 – Beschluss vom 9. November 2011 (LG Augsburg)**

Verwerfung der Revision als unbegründet.

§ 349 Abs. 2 StPO

**42. BGH 1 StR 509/11 – Beschluss vom 15. Dezember 2011 (LG Hamburg)**

Verwerfung der Revision als unbegründet.

§ 349 Abs. 2 StPO

**43. BGH 1 StR 524/11 – Beschluss vom 9. November 2011 (LG Heilbronn)**

BGHR; Anforderungen an die Wahllichtbildvorlage und Verwertbarkeit sowie Beweiswert bei Fehlern.  
§ 261 StPO

**44. BGH 1 StR 528/11 – Beschluss vom 30. November 2011 (BGH)**

Unbegründete Anhörungsrüge (Gelegenheit zur Gegenklärung binnen zwei Wochen; Wiedereinsetzung in den vorigen Stand wegen Verteidigerverschuldens).  
Art. 6 Abs. 3 lit. c EMRK; § 356a StPO; § 349 Abs. 3 Satz 2 StPO

**45. BGH 1 StR 539/11 – Beschluss vom 29. November 2011 (LG Stuttgart)**

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

**46. BGH 2 StR 201/11 – Beschluss vom 3. November 2011 (LG Frankfurt am Main)**

Beihilfe zum Handeltreiben mit Betäubungsmitteln in nicht geringer Menge (Anwendbarkeit des deutschen Strafrechts beim unbefugten Vertrieb von Betäubungsmitteln); versuchte Durchfuhr von Betäubungsmitteln.  
§ 29 BtMG; § 27 StGB; § 7 Abs. 2 Nr. 2 StGB; § 6 Nr. 5 StGB; § 29 Abs. 1 S. 1 Nr. 5 BtMG; § 22 StGB

**47. BGH 2 StR 218/11 – Beschluss vom 26. Oktober 2011 (LG Aachen)**

Zusammentreffen mehrerer vertypter Strafmilderungsgründe (minder schwerer Fall).  
§ 50 StGB; § 46 StGB

**48. BGH 2 StR 246/11 – Beschluss vom 19. Oktober 2011 (BGH)**

Unbegründeter Antrag auf Wiedereinsetzung in den vorigen Stand (rechtliches Gehör; Anhörungsrüge).  
Art. 103 Abs. 1 GG; § 44 StPO; § 356a StPO

**49. BGH 2 StR 78/11 – Beschluss vom 17. November 2011 (LG Frankfurt am Main)**

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

**50. BGH 2 StR 93/11 – Urteil vom 28. September 2011 (LG Gera)**

Schwerer Bandendiebstahl (Bezug der Tat zur Bandenrede; Bandidos); Beweiswürdigung (Grenzen der Revisibilität; Freispruch).  
§ 244a StGB; § 244 StGB; § 243 StGB; § 261 StPO

**51. BGH 2 StR 251/11 – Urteil vom 2. November 2011 (LG Meiningen)**

Wirksame Ausnahme der Nichtanordnung der Maßregel nach § 64 StGB vom Rechtsmittelangriff (Revisionsbeschränkung); Erörterungsbedürftigkeit des § 21 StGB bei Drogenkonsum.  
§ 64 StGB; Vor § 296 StPO; § 344 StPO; § 21 StGB

**52. BGH 2 StR 264/11 – Beschluss vom 10. November 2011 (LG Gera)**

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

**53. BGH 2 StR 328/11 – Beschluss vom 26. Oktober 2011 (LG Darmstadt)**

Verfassungsgemäße Anwendung der Vorschriften über die Unterbringung in der Sicherungsverwahrung nach dem Urteil des BVerfG vom 4.5.2011 (Kinderpronographie; schwere Sexualstraftaten).  
§ 66 Abs. 1 Nr. 3 StGB; Art. 2 Abs. 2 GG; Art. 103 Abs. 2 GG; Art. 5 EMRK; Art. 7 EMRK; § 184b StGB

**54. BGH 2 StR 332/11 – Urteil vom 2. November 2011 (LG Marburg)**

BGHSt; Verweisung auf ein elektronisches Speichermedium (wirksame Bezugnahme; Abbildung; Beruhen); Anforderungen an ein freisprechendes Urteil (Beweiswürdigung).  
§ 267 Abs. 1 Satz 3 StPO; § 261 StPO; § 337 StPO

**55. BGH 2 StR 348/11 – Beschluss vom 17. November 2011 (LG Frankfurt am Main)**

Beteiligung am unerlaubten Handeltreiben mit Betäubungsmitteln (Garantenstellung infolge der Wohnungsinhaberschaft; Voraussetzungen der Beihilfe durch Tun oder Unterlassen).  
§ 13 StGB; § 29 BtMG; § 27 StGB

**56. BGH 2 StR 353/11 – Beschluss vom 3. November 2011 (LG Limburg)**

Wirksame Revisionszurücknahme.  
§ 302 StPO

**57. BGH 2 ARs 359/11 – Beschluss vom 10. November 2011 (OLG Bremen)**

Unbegründeter Antrag auf Übertragung der Zuständigkeit im Maßregelvollzugsverfahren.  
§ 15 StPO

**58. BGH 2 StR 386/11 – Beschluss vom 9. November 2011 (LG Aachen)**

Hehlerei (Wahlfeststellung mit dem Betrug; abgeschlossene Vortat; mögliche Unterschlagung).  
§ 259 StGB; § 246 StGB; § 263 StGB; § 1 StGB; Art. 103 Abs. 2 GG

**59. BGH 2 StR 399/11 – Beschluss vom 19. Oktober 2011 (LG Koblenz)**

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

**60. BGH 2 StR 405/11 – Beschluss vom 20. Oktober 2011 (LG Hanau)**

Feststellung der rechtzeitigen Revisionseinlegung beim Einwurf in einen Gerichtsbriefkasten (Zugang der Revisionsbegründung; Ergänzung der Urteilsgründe).  
§ 341 Abs. 1 StPO; § 267 Abs. 4 Satz 4 StPO; § 275 Abs. 1 Satz 2 StPO

**61. BGH 2 StR 427/11 – Beschluss vom 9. November 2011 (LG Koblenz)**

Rechtsfehlerhaftes Absehen der Anordnung der Unterbringung in einer Entziehungsanstalt (Hang ohne Deprivation).  
§ 64 StGB

**62. BGH 2 StR 444/11 – Beschluss vom 9. November 2011 (LG Wiesbaden)**

Rechtsfehlerhafte Entscheidung über den Vorwegvollzug (Halbstrafenaussetzung; Unterbringung in einer Entziehungsanstalt; Abänderung durch das Revisionsgericht).  
§ 64 StGB; § 67 StGB; § 354 Abs. 1 StPO

**63. BGH 2 StR 450/11 – Beschluss vom 9. November 2011 (LG Aachen)**

Unerlaubtes Handeltreiben mit Betäubungsmitteln (Abgrenzung von Täterschaft und Teilnahme in sog. Kurierfällen); Aufklärungshilfe.  
§ 29 BtMG, § 29a BtMG; § 25 StGB; § 27 StGB; § 31 BtMG

**64. BGH 2 StR 469/11 – Beschluss vom 17. November 2011 (LG Aachen)**

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

**65. BGH 2 StR 470/11 – Beschluss vom 17. November 2011 (LG Marburg)**

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

**66. BGH 2 StR 481/11 – Beschluss vom 23. November 2011 (LG Frankfurt am Main)**

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

**67. BGH 2 StR 485/11 – Beschluss vom 9. November 2011 (LG Koblenz)**

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

**68. BGH 4 StR 252/11 – Beschluss vom 9. November 2011 (LG Halle)**

Betrug (erforderliche Feststellungen für die Täuschungshandlung, den Irrtum und die Kausalität der Täuschung; erforderliche Vernehmung der vermeintlich im Einzelfall Getäuschten; Vorsatz; uneigentliches Organisationsdelikt); strafbare Werbung.  
§ 263 StGB; § 15 StGB; § 261 StPO; § 16 UWG; § 52 StGB

**69. BGH 4 StR 261/11 – Urteil vom 10. November 2011 (LG Magdeburg)**

Verwertung von Vorstrafen bei der Strafzumessung ohne Verstoß gegen § 51 Abs. 1 BZRG.  
§ 51 Abs. 1 BZRG

**70. BGH 4 StR 300/11 – Beschluss vom 9. November 2011 (LG Essen)**

Sexueller Missbrauch Widerstandsunfähiger (Verfahrenshindernis: übersehene gerichtliche Einstellungsentscheidung nach § 154 Abs. 2 StPO).  
§ 179 StGB; § 154 Abs. 2 StPO

**71. BGH 4 StR 331/11 – Urteil vom 24. November 2011 (LG Neubrandenburg)**

Anordnung der Sicherungsverwahrung nach der Verhängung von Jugendstrafe (Einheitsjugendstrafe; Zweijahresgrenze).  
§ 66 Abs. 3 Satz 2 StGB; Art. 2 Abs. 2 GG; Art. 103 Abs. 2 GG; Art. 20 Abs. 3 GG; Art. 5 EMRK

**72. BGH 4 StR 354/11 – Urteil vom 10. November 2011 (LG München II)**

Verfassungsgemäße Anwendung der Sicherungsverwahrung nach dem Urteil des BVerfG vom 4.5.2011 (strikte Verhältnismäßigkeitsprüfung; Gefahr schwerer Gewalt- oder Sexualstraftaten); Strafzumessung (Revisibilität bei der Milderung wegen eines Versuchs und Einstufung als minder schwerer Fall).  
§ 66 StGB; Art. 316e EGStGB; Art. 2 Abs. 2 GG; § 46 StGB; § 23 StGB; § 224 StGB

**73. BGH 4 StR 390/11 – Beschluss vom 9. November 2011 (LG Magdeburg)**

Anforderungen an die Feststellungen bei unerlaubtem Handeltreiben mit Betäubungsmitteln in nicht geringer Menge (Handeln mit „Gras“; Angaben zum Wirkstoffgehalt).  
§ 29 BtMG

**74. BGH 4 StR 71/11 – Urteil vom 20. Oktober 2011 (LG Siegen)**

BGHSt; Garantenstellung des Betriebsinhabers oder Vorgesetzter (Verhinderung von betriebsbezogenen Straftaten nachgeordneter Mitarbeiter: Überwachergarantenstellung, Beschützergarantenstellung; Mobbing); Beihilfe durch Unterlassen und psychische Unterstützung; unterlassene Hilfeleistung (Unglückfall).  
§ 13 Abs. 1 StGB; § 323c StGB; § 27 StGB; § 357 StGB

**75. BGH 4 StR 401/11 – Beschluss vom 5. Oktober 2011 (LG Hagen)**

Vorsätzlicher gefährlicher Eingriff in den Straßenverkehr (Beeinträchtigung der Sicherheit des Straßenverkehrs: Grenzen des öffentlichen Verkehrsraums).  
§ 315b Abs. 1 Nr. 3, Abs. 3 StGB; § 315 Abs. 3 Nr. 1a StGB

**76. BGH 4 StR 408/11 – Beschluss vom 22. November 2011 (BGH)**

Unbegründete Anhörungsrüge.  
§ 356a StPO

**77. BGH 4 StR 409/11 – Beschluss vom 19. Oktober 2011 (LG Essen)**

Abgrenzung von versuchtem Betrug und versuchtem Computerbetrug beim Einsatz von entwendeten „EC-Karten“ (POZ-Einzugsermächtigungsverfahren; Eingabe der PIN und Vortäuschung der Unterschrift des Karteninhabers).  
§ 263 StGB; § 263a StGB; § 22 StGB

**78. BGH 4 StR 417/11 – Beschluss vom 10. November 2011 (LG Schwerin)**

Rechtsfehlerhafte Anordnung der Sicherungsverwahrung nach der Entscheidung des BVerfG vom 4.5.2011 (verfassungskonforme Rechtsanwendung; Gesamtwürdigung zur Voraussetzung des Hangs).  
§ 66 Abs. 3 Satz 1 i.V.m. § 66 Abs. 1 Satz 1 Nr. 3 StGB a.F.; Art. 2 Abs. 2 Satz 2 GG; Art. 316e Abs. 1 und 2 EGStGB; Art. 103 Abs. 2 GG; Art. 7 EMRK; Art. 5 EMRK; § 267 Abs. 6 Satz 1 StPO

**79. BGH 4 StR 425/11 – Beschluss vom 19. Oktober 2011 (LG Dortmund)**

Rechtsfehlerhafte Strafschärfung bei ausländischen Vorstrafen wegen möglicher Tilgungsreife (Strafzumessung; Rahmenbeschluss 2008/675/JI des Rates der Europäischen Union vom 24. Juli 2008 zur Berücksichtigung der in anderen Mitgliedsstaaten der Europäischen Union ergangenen Verurteilungen in einem neuen Strafverfahren; Erörterungspflichten).

§ 46 StGB; Art. 3 Abs. 1 i.V.m. Nr. 5 Rahmenbeschlusses 2008/675/JI des Rates der Europäischen Union vom 24. Juli 2008; § 54 BZRG; § 53a BZRG; § 51 Abs. 1 BZRG; § 56 Abs. 1 Satz 1 BZRG; § 63 Abs. 4 BZRG; § 58 BZRG

**80. BGH 4 StR 445/11 – Beschluss vom 8. November 2011 (LG Dessau)**

Vergewaltigung (schutzlose Lage; Vorsatz).

§ 177 Abs. 1 Nr. 3, Abs. 2 Satz 2 Nr. 1 StGB; § 15 StGB; § 16 StGB

**81. BGH 4 StR 455/11 – Beschluss vom 25. Oktober 2011 (LG Magdeburg)**

Gefährliche Körperverletzung (gemeinschaftlich; mittels einer das Leben gefährdenden Behandlung: Zwang, sich in der Elbe treiben zu lassen); rechtsfehlerhafte Anordnung der Unterbringung in einer Entziehungsanstalt.

§ 224 Abs. 1 Nr. 4, Nr. 5 StGB; § 64 StGB

**82. BGH 4 StR 460/11 – Beschluss vom 23. November 2011 (LG Arnsberg)**

Beweisantrag (Konnexitätsersfordernis; Beruhen); Aufklärungsrüge (Voraussetzungen des Sich Aufdrängens der weiteren Beweiserhebung).

§ 244 Abs. 2, Abs. 3 StPO; § 337 StPO

**83. BGH 4 BGs 1/11 3 BJs 11/06-4 – Beschluss vom 26. Januar 2011 (Ermittlungsrichter)**

Ersuchen um Akteneinsicht (Gefährdung des Untersuchungszwecks für den Fall einer möglichen Wiederaufnahme der Ermittlungen und für ein Verfahren vor dem Internationalen Strafgerichtshof; Antrag auf gerichtliche Entscheidung; Ermittlungsrichter des BGH); Verbrechen gegen die Menschlichkeit; Komplementaritätsgrundsatz; gesetzlicher Richter.

Art. 5 Abs. 4 EMRK; Art. 6 Abs. 1, Abs. 3 lit. a, b EMRK; Art. 101 Abs. 1 Satz 2 GG; § 147 Abs. 2, Abs. 5 Satz 2 StPO; § 153f StPO; § 153c StPO; § 1 VStGB; § 7 VStGB; § 8 VStGB; § 9 VStGB; § 11 VStGB; § 129a StGB; § 129b StGB; Artikels 17 IStGH-Statut (Römisches Statut)

**84. BGH 4 BGs 2/11 3 BJs 6/10-4 – Beschluss vom 21. Februar 2011 (Ermittlungsrichter)**

Akteneinsicht des Verletzten (Antrag auf gerichtliche Entscheidung; überwiegendes schutzwürdiges Interesse anderer Personen; Geheimhaltungsinteressen bei der Kunduz-Affäre: Schutz der ISAF-Soldaten und der mit ihnen zusammenarbeitenden Informanten, militärische Geheimnisse); Klageerzwingungsverfahren.

Art. 2 Abs. 1 EMRK; Art. 2 Abs. 2 Satz 2 GG; Art. 19 Abs. 4 GG; § 406e Abs. 1, Abs. 4 Satz 2 StPO; § 172 StPO

**85. BGH 4 StR 468/11 – Beschluss vom 8. November 2011 (LG Dessau)**

Tenorierung der sexuellen Nötigung und der Vergewaltigung bei gemeinschaftlichem Handeln.

§ 177 Abs. 1, Abs. 2 StGB; § 46 StGB; § 267 StPO

**86. BGH 4 StR 480/11 – Beschluss vom 22. November 2011 (LG Stralsund)**

Konkurrenzen bei der (versuchten) räuberischen Erpressung (Handlungseinheit; rechtliche Bewertungseinheit).

§ 253 StGB; § 22 StGB; § 53 StGB; § 52 StGB

**87. BGH 4 StR 510/11 – Beschluss vom 9. November 2011 (LG Paderborn)**

Verwerfung der Revision als unbegründet.

§ 349 Abs. 2 StPO

**88. BGH 4 StR 516/11 – Beschluss vom 23. November 2011 (LG Essen)**

Rechtsfehlerhafte Anordnung des Wertersatzverfalls (übersehene gesamtschuldnerische Haftung bei Mitverfügungsmacht; Tenorierung; Erstreckung des Erfolgs der Revision).

§ 73a StGB; § 111i Abs. 2 StPO; § 357 StPO

**89. BGH 4 StR 530/11 – Beschluss vom 24. November 2011 (LG Bielefeld)**

Verwerfung der Revision als unbegründet.

§ 349 Abs. 2 StPO

**90. BGH 4 StR 538/11 – Beschluss vom 6. Dezember 2011 (LG Essen)**

Verwerfung der Revision als unbegründet.

§ 349 Abs. 2 StPO

**91. BGH 4 StR 563/11 – Beschluss vom 7. Dezember 2011 (LG Kaiserslautern)**

Verwerfung der Revision als unbegründet.

§ 349 Abs. 2 StPO