

SCHRIFTFLEITUNG

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

REDAKTION

RA Wiss. Ass. Dr. Christian Becker;
RiLG Ulf Buermeyer; Prof. Dr. iur.
Karsten Gaede; RiLG Dr. Holger
Mann; RA Dr. iur. Stephan
Schlegel.

STÄNDIGE MITARBEITER

Christoph Henckel (Redaktionsassis-
tent); Prof. Dr. Jochen Bung, M.A.,
Univ. Passau; Ass.-Prof. Dr. Daniela
Demko, LL.M., (Univ. Luzern); Wiss.
Ass. Dr. Lutz Eidam, LL.M. (Bucerius
Law School); Dr. Antje du Bois-
Pedain, MJur (Oxon), (Univ.
Cambridge); Prof. Dr. Diethelm Kle-
sczewski (Univ. Leipzig); Prof. Dr. Hans
Kudlich (Univ. Erlangen-Nürnberg);
Prof. Dr. Frank Meyer, LL.M. (Yale),
Univ. Zürich; RA Tilo Mühlbauer
(Dresden); RA Prof. Dr. Ralf Neuhaus
(Dortmund); RA Dr. Markus Rüben-
stahl, mag. iur. (Friedrich Graf von
Westphalen, Köln); Prof. Dr. Frank
Saliger (Bucerius Law School Ham-
burg); RA Dr. Hellen Schilling, (Frank-
furt aM); Prof. Dr. Christoph Sowada
(Univ. Greifswald); RA Klaus-Ulrich
Ventzke (Hamburg) und Prof. Dr.
Wolfgang Wohlers (Univ. Zürich)

Publikationen

- Florian Albrecht*, Passau und Dr. *Frank Braun*, Münster – **Die strafprozessuale Überwachung des Surfverhaltens** S. 500
- Prof. Dr. *Anette Grünwald*, HU Berlin – **Der Eine Europäische Staatsanwaltschaft nach den Vorstellungen der Europäischen Kommission** S. 508
- Wiss. Mitarbeiter *Sven Großmann*, Berlin – **§ 1631d Abs. 2 BGB – Gelungener Ausgleich zwischen Grundrechten und Staatsräson?** S. 515

Entscheidungen

- BVerfG **Anforderungen an den Durchsuchungsbeschluss**
- BVerfG **Verfassungskonforme Auslegung und Anwendung des ThUG**
- BGHSt **Gemeinschaftliche Tatbegehung nach § 176a Abs. 2 Nr. 2 StGB**
- BGHSt **Sicherungsverwahrung neben lebenslanger Freiheitsstrafe**
- BGHSt **Unberechtigtes Betreiben einer Abfallentsorgungsanlage**
- BGH **Tötungsvorsatz beim Zufahren auf Polizisten**
- BGH **Strafschärfung infolge verjährter Straftaten**
- BGH **Einfluss des Konfrontationsrechts auf die Entscheidung über Beweisanträge auf Vernehmung eines Auslandszeugen**
- BGH **Verfahrensrüge und Erörterungsbedarf bei kompensationspflichtiger Verzögerung des Verfahrens**

Die Ausgabe umfasst 73 Entscheidungen.

HRRS

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

HERAUSGEBER

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

SCHRIFTLEITUNG

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

REDAKTION

RA Wiss. Ass. Dr. Christian Becker; RiLG Ulf Buermeyer; Prof. Dr. Karsten Gaede; RiLG Dr. Holger Mann; RA Dr. Stephan Schlegel

Als ständige Mitarbeiter wirken mit:

Christoph Henckel (Redaktionsassistent); Prof. Dr. Jochen Bung, M.A., (Univ. Passau); Ass.-Prof. Dr. Daniela Demko, LL.M., (Univ. Luzern); Dr. Antje du Bois-Pedain, M.Jur. (Oxon.), (Univ. Cambridge); RA Wiss. Ass. Dr. Lutz Eidam, LL.M. (Bucerius Law School); Prof. Dr. Diethelm Kleszczewski (Univ. Leipzig); Prof. Dr. Hans Kudlich (Univ. Erlangen-Nürnberg); Prof. Dr. Frank Meyer, LL.M. (Yale), Univ. Zürich; RA Tilo Mühlbauer (Dresden); RA Prof. Dr. Ralf Neuhaus (Dortmund); RA Dr. Markus Rübenstahl, mag. iur. (Friedrich Graf von Westphalen, Köln); Prof. Dr. Frank Saliger (Bucerius Law School, Hamburg); RA Dr. Hellen Schilling (Frankfurt a.M.); Prof. Dr. Christoph Sowada (Univ. Greifswald); RA Klaus-Ulrich Ventzke (Hamburg) und Prof. Dr. Wolfgang Wohlers (Univ. Zürich).

ISSN 1865-6277

14. Jahrgang, Dezember 2013, Ausgabe

12

Rechtsprechung

Strafrechtliche/strafverfahrensrechtliche Entscheidungen des EGMR/BVerfG

1052. BVerfG 2 BvR 389/13 (2. Kammer des Zweiten Senats) – Beschluss vom 29. Oktober 2013 (LG Amberg / AG Amberg)

Durchsuchungsbeschluss (Anforderungen an den Tatverdacht: Anfangsverdacht und bloße Vermutungen; keine genaue Tatkonkretisierung erforderlich; Verhältnismäßigkeitsgrundsatz; Erfolgsaussichten der Durchsuchung; kriminalistische Erfahrung).

Art. 13 Abs. 1 GG; § 102 StPO; § 105 StPO; § 152 Abs. 2 StPO; § 160 Abs. 1 StPO

1. Notwendiger und grundsätzlich auch hinreichender Eingriffsanlass für eine strafprozessuale Wohnungsdurchsuchung ist der Anfangsverdacht einer Straftat.

Dieser muss eine Tatsachengrundlage haben, aus der sich die Möglichkeit der Tatbegehung durch den Beschuldigten ergibt. Vage Anhaltspunkte oder bloße Vermutungen genügen nicht. Andererseits muss sich aus den Umständen, die den Anfangsverdacht begründen, eine genaue Tatkonkretisierung nicht ergeben.

2. Das Bundesverfassungsgericht prüft Durchsuchungsanordnungen nur daraufhin nach, ob die Auslegung und Anwendung der gesetzlichen Voraussetzungen eines Verdachts und die strafrechtliche Bewertung der Verdachtsgründe objektiv willkürlich sind oder auf einer grundsätzlich unrichtigen Anschauung der Grundrechte des Beschwerdeführers beruhen.

3. Dem mit einer Wohnungsdurchsuchung verbundenen erheblichen Eingriff in die grundrechtlich geschützte Lebenssphäre des Betroffenen entspricht ein besonderes Rechtfertigungsbedürfnis nach dem Grundsatz der Verhältnismäßigkeit. Demgemäß muss die Durchsuchung zur Ermittlung und Verfolgung der vorgeworfenen Tat erforderlich und mit Blick auf den verfolgten gesetzlichen Zweck erfolgversprechend sein und in angemessenem Verhältnis zu der Schwere der Straftat und der Stärke des Tatverdachts stehen.

4. Die Annahme eines Anfangsverdachts bezüglich des unerlaubten Erwerbs von Betäubungsmitteln ist verfassungsrechtlich (noch) nicht zu beanstanden, wenn die einschlägig vorbestrafte Beschuldigte unter den Kontakten im Mobiltelefon eines gesondert Verfolgten gespeichert ist, der laut einer Zeugenaussage mehrfach Fahrten an den Wohnort der Beschuldigten unternommen hat, welche dem Verkauf von Betäubungsmitteln dienen.

5. Liegen die Verkaufsfahrten zum Zeitpunkt der Durchsuchungsanordnung allerdings bereits über 18 Monate zurück, so ist die Anordnung mangels Erfolgsaussicht unverhältnismäßig, wenn der Beschluss nicht darlegt, weshalb ausnahmsweise eine Vermutung dafür bestand, dass gleichwohl noch Beweisgegenstände zum Nachweis des unerlaubten Erwerbs von Betäubungsmitteln – die zum Konsum oder Weiterverkauf bestimmt sind und nach kriminalistischer Erfahrung regelmäßig nur eine geringe Verweildauer beim Ankäufer haben – aufgefunden werden können. Dabei können mögliche Wiederholungstaten in der Folgezeit, die nicht Gegenstand des Ermittlungsverfahrens sind, für die Beurteilung des Auffindeverdachts keine Rolle spielen.

1053. BVerfG 2 BvR 939/13 (3. Kammer des Zweiten Senats) – Beschluss vom 29. September 2013 (LG Hamburg / AG Hamburg)

DNA-Analyse (Entnahme von Körperzellen; molekulargenetische Untersuchung; Identitätsfeststellung in künftigen Strafverfahren; Recht auf informationelle Selbstbestimmung; Prognoseentscheidung; Einzelfallbetrachtung; erhöhter Begründungsbedarf bei Abweichung von positiver Bewährungsentscheidung).
Art. 1 Abs. 1 GG; Art. 2 Abs. 1 GG; § 81g StPO

1. Die Feststellung und Speicherung eines DNA-Identifizierungsmusters greift in das durch Art. 2 Abs. 1 i. V. m. Art. 1 Abs. 1 GG garantierte Recht auf informationelle Selbstbestimmung ein, wonach der Einzelne befugt ist, grundsätzlich selbst zu entscheiden, inwieweit ihn betreffende persönliche Lebenssachverhalte offenbart werden.

2. Die Anordnung der molekulargenetischen Untersuchung von Körperzellen zur Verwendung in künftigen Strafverfahren nach § 81g StPO setzt die Prognose voraus, dass wegen der Art oder Ausführung der bereits abgeurteilten Straftaten, der Persönlichkeit des Verurteilten oder sonstiger Erkenntnisse Grund zu der Annahme besteht, dass gegen ihn künftig erneut Strafverfahren wegen Straftaten von erheblicher Bedeutung zu führen sein werden.

3. Der Prognoseentscheidung muss eine zureichende Sachaufklärung vorausgegangen sein, und es müssen alle für sie bedeutsamen Umstände nachvollziehbar und einzelfallbezogen abgewogen werden.

4. Ein erhöhter Begründungsbedarf entsteht regelmäßig dann, wenn entgegen einer positiven Prognose im Rahmen einer Bewährungsentscheidung gleichwohl eine Maßnahme nach § 81g StPO angeordnet werden soll. Zwar entfaltet die positive Entscheidung über eine Strafaußsetzung zur Bewährung insoweit keine Bindungswirkung; erforderlich ist in solchen Fällen jedoch immer eine Auseinandersetzung mit sämtlichen Gründen der positiven Sozialprognose.

1054. BVerfG 2 BvR 1066/13 (2. Kammer des Zweiten Senats) – Beschluss vom 6. November 2013 (OLG Nürnberg / LG Ansbach)

Rechtsschutzbedürfnis (Feststellungsinteresse nach Entlassung aus dem Strafvollzug); Freiheitsgrundrecht (Freiheitsstrafe; Versagung der Reststrafaußsetzung zur Bewährung nach Erledigung der Unterbringung im psychiatrischen Krankenhaus; Zweispurigkeit des Sanktionensystems; Verhältnismäßigkeitsgrundsatz; Gesamtbetrachtung; Abwägung; Begründungsanforderungen).
Art. 2 Abs. 2 Satz 2 GG; Art. 20 Abs. 3 GG; § 57 Abs. 1 StGB

1. Das Rechtsschutzbedürfnis für die (verfassungsgerichtliche) Überprüfung einer Entscheidung über die Versagung einer Reststrafenaussetzung zur Bewährung entfällt angesichts des mit der Freiheitsentziehung verbundenen tiefgreifenden Grundrechtseingriffs nicht deshalb, weil der Betroffene zwischenzeitlich aus dem Strafvollzug entlassen worden ist.

2. Bei der Vollstreckung einer Freiheitsstrafe oder einer Maßregel ist das Freiheitsgrundrecht des Betroffenen mit dem Interesse an der Durchsetzung des staatlichen Strafanspruchs bzw. am Schutz der Allgemeinheit vor zu erwartenden Rechtsgutverletzungen abzuwägen. Dabei gebietet der Verhältnismäßigkeitsgrundsatz, dass die Freiheit der Person nur beschränkt wird, soweit dies im öffentlichen Interesse unerlässlich ist.

3. Angesichts ihrer unterschiedlichen Zielrichtung dürfen Strafen und freiheitsentziehende Maßregeln zwar grundsätzlich nebeneinander angeordnet werden. Dabei müssen sie einander jedoch so zugeordnet werden, dass die Zwecke beider Maßnahmen möglichst weitgehend erreicht werden, ohne dass dabei in das Freiheitsrecht des Betroffenen aus Art. 2 Abs. 2 Satz 2 GG in unverhältnismäßiger Weise eingegriffen wird. Je länger der Freiheitsentzug insgesamt dauert, umso strenger sind die Voraussetzungen für dessen Verhältnismäßigkeit.

4. Wenngleich bereits im Strafurteil über die Verhältnismäßigkeit der zu vollstreckenden Strafe grundsätzlich entschieden worden ist, ist der Grundsatz der Verhältnismäßigkeit auch im Rahmen der Prüfung einer Aussetzung eines Strafrestes zur Bewährung nach § 57 Abs. 1 StGB zu berücksichtigen. Dabei kann die Dauer einer

vorangegangenen Freiheitsentziehung im Maßregelvollzug aus Anlass derselben Tat nicht außer Betracht bleiben, auch wenn sie gemäß § 67 Abs. 4 StGB in verfassungsrechtlich nicht zu beanstandender Weise nur auf zwei Drittel der Strafe angerechnet wird.

5. Die Versagung der Aussetzung einer verbliebenen Reststrafe zur Bewährung bedarf einer besonders sorgfältigen Abwägung des Freiheitsgrundrechts des Betroffenen mit den Sicherheitsinteressen der Allgemeinheit, wenn das Gericht in demselben Beschluss die Unterbringung des Betroffenen im psychiatrischen Krankenhaus unter dem Gesichtspunkt der Verhältnismäßigkeit für erledigt erklärt. Im Rahmen der Abwägung ist es dabei auch zu berücksichtigen, wenn der Betroffene seit über neun Monaten beanstandungsfrei erhebliche Lockerungen in Anspruch genommen hat.

6. Übersteigt die Dauer des Freiheitsentzugs aufgrund der Unterbringung in einem psychiatrischen Krankenhaus bereits in erheblichem Maße die Dauer der insgesamt gegen den Betroffenen verhängten – und erst Recht der noch zu vollstreckenden – Freiheitsstrafen, so muss sich das Gericht in seiner Entscheidung über die Reststrafaussetzung mit der Frage auseinandersetzen, ob die Kumulation aus Maßregel- und Strafvollstreckung dazu führt, dass das Maß der rechtsstaatlich hinnehmbaren Eingriffsintensität überschritten wird.

1055. BVerfG 2 BvR 1119/12 (2. Kammer des Zweiten Senats) – Beschluss vom 29. Oktober 2013 (OLG Köln / LG Aachen)

Sicherungsverwahrung („Altfälle“; Vertrauensschutz; strikte Verhältnismäßigkeitsprüfung; hochgradige Gefahr schwerster Gewalt- oder Sexualstraftaten; sexueller Missbrauch von Kindern; Rückfallwahrscheinlichkeit); Substantiierung der Verfassungsbeschwerde (vollständige Vorlage der angegriffenen Entscheidung; fehlende Seite).

Art. 2 Abs. 2 Satz 2 GG; Art. 20 Abs. 3 GG; Art. 104 Abs. 1 GG; Art. 5 Abs. 1 Satz 2 Buchstabe e EMRK; § 67d Abs. 3 Satz 1 StGB; § 23 Abs. 1 Satz 2 BVerfGG; § 92 BVerfGG

1. Zur hinreichenden Substantiierung einer Verfassungsbeschwerde gemäß § 23 Abs. 1 Satz 2, § 92 BVerfGG ist es unter anderem erforderlich, Dokumente so vorzulegen, dass das Bundesverfassungsgericht die Verfassungsbeschwerde ohne weitere Ermittlungen prüfen kann. Die unvollständige Vorlage einer angegriffenen Entscheidung kann jedoch ausnahmsweise dann unschädlich sein, wenn eine fehlende Seite erkennbar ausschließlich den Verfahrensverlauf betrifft und keine Sachprüfung beinhaltet.

2. Nach dem Urteil des Bundesverfassungsgerichts vom 4. Mai 2011 (2 BvR 2365/09 u. a. = HRRS 2011 Nr. 488) beeinträchtigt die zehn Jahre überschreitende Sicherungsverwahrung gemäß § 67d Abs. 3 Satz 1 StGB ein schutzwürdiges Vertrauen des Betroffenen, wenn dieser die Anlasstaten vor Inkrafttreten des Gesetzes zur Bekämpfung von Sexualdelikten und anderen gefährlichen Straftaten vom 26. Januar 1998 (BGBl I S. 160) begangen hat. Die Fortdauer der Unterbringung über zehn Jahre ist in diesen Fällen nur verhältnismäßig, wenn eine hoch-

gradige Gefahr schwerster Gewalt- oder Sexualstraftaten aus konkreten Umständen in der Person oder dem Verhalten des Betroffenen abzuleiten ist und wenn und die Voraussetzungen des Art. 5 Abs. 1 Satz 2 Buchstabe e EMRK („psychische Störung“) erfüllt sind.

3. Dass von dem Untergebrachten die Gefahr der Begehung schwerster Gewalt- oder Sexualstraftaten ausgeht, ist nicht ausreichend dargetan, wenn das Gericht lediglich von einer Gefahr weiterer Taten wie den Anlasstaten ausgeht, bei denen es sich um Straftaten nach § 176 Abs. 1 StGB handelte, die der Untergebrachte ohne Gewaltwirkung oder körperliche Verletzungen der Opfer begangen hatte, und wenn und Anhaltspunkte dafür, dass mit Gewaltsteigerungen zu rechnen wäre, nicht bestehen.

4. Ist bereits die Schwelle einer Gefahr schwerster Gewalt- oder Sexualstraftaten nicht erreicht, so kommt es nicht darauf an, ob im Rahmen der Verhältnismäßigkeitsprüfung bei der Bestimmung der Eintrittswahrscheinlichkeit und der Schwere künftiger Delikte in engen Grenzen ein Weniger des einen durch ein Mehr des anderen ausgeglichen werden kann.

5. Eine hochgradige Gefahr künftiger Straftaten ist nicht nachvollziehbar festgestellt, wenn eine Sachverständige diese in der mündlichen Anhörung bejaht, während sie in ihrem schriftlichen Gutachten die Rückfallwahrscheinlichkeit abhängig vom Beobachtungszeitraum lediglich auf „23 bis 39 %“ beziffert hatte und das Gericht sich mit dem Widerspruch nicht näher auseinandersetzt.

1056. BVerfG 2 BvR 1797/13 (2. Kammer des Zweiten Senats) – Beschluss vom 13. November 2013 (OLG Nürnberg / LG Regensburg)

Rechtsschutzbedürfnis (Feststellungsinteresse nach Entlassung aus der Therapieunterbringung; tiefgreifender Grundrechtseingriff); Versäumung der Frist zur Erhebung der Verfassungsbeschwerde (Substantiierung der Verfassungsbeschwerde; Wiedereinsetzung in den vorigen Stand bei unverschuldet unvollständiger Übermittlung der angegriffenen Entscheidung innerhalb der Verfassungsbeschwerdefrist); Fortdauer der Unterbringung nach dem Therapieunterbringungsgesetz (Freiheitsgrundrecht; Vertrauensschutz; verfassungskonforme Auslegung und Anwendung des § 1 Abs. 1 ThUG; objektive Grundrechtsverletzung).

Art. 2 Abs. 2 Satz 2 GG; Art. 20 Abs. 3 GG; § 23 Abs. 1 Satz 2 BVerfGG, § 92 BVerfGG; § 93 Abs. 1 Satz 1 BVerfGG; § 93 Abs. 2 BVerfGG; § 1 Abs. 1 ThUG

1. Das Rechtsschutzbedürfnis für die (verfassungsgerichtliche) Überprüfung einer Entscheidung über die Fortdauer einer Unterbringung nach dem Therapieunterbringungsgesetz (ThUG) entfällt angesichts des tiefgreifenden Grundrechtseingriffs nicht deshalb, weil der Betroffene zwischenzeitlich aus der Unterbringung entlassen worden ist.

2. Zur hinreichenden Substantiierung einer Verfassungsbeschwerde gemäß § 23 Abs. 1 Satz 2, § 92 BVerfGG ist es regelmäßig erforderlich, die angegriffene Entscheidung innerhalb der Frist nach § 93 Abs. 1 Satz 1 BVerfGG zur Erhebung der Verfassungsbeschwerde vollständig vorzulegen. Einem Beschwerdeführer ist jedoch Wiedereinset-

zung in den vorigen Stand zu gewähren, wenn er glaubhaft macht, dass ihm die auf einem Fax-Übertragungsfehler beruhende unvollständige Übermittlung von Anlagen erst nach Ablauf der Verfassungsbeschwerdefrist bekannt geworden ist und wenn er die Anlagen unverzüglich vollständig vorlegt.

3. Nach dem Beschluss des Bundesverfassungsgerichts vom 11. Juli 2013 (2 BvR 2302/11 u.a. = HRRS 2013 Nr. 693) ist § 1 Abs. 1 ThUG nur mit der Maßgabe mit dem Grundgesetz vereinbar, dass die Unterbringung oder deren Fortdauer nur angeordnet werden darf, wenn eine hochgradige Gefahr schwerster Gewalt- oder Sexualstraf-

taten aus konkreten Umständen in der Person oder dem Verhalten des Untergebrachten abzuleiten ist.

4. Eine Fortdauerentscheidung, die diesen Anforderungen an eine verfassungskonforme Auslegung und Anwendung des § 1 Abs. 1 ThUG nicht genügt, verletzt den Betroffenen in seinem Freiheitsgrundrecht aus Art. 2 Abs. 2 Satz 2 in Verbindung mit Art. 20 Abs. 3 GG. Dies gilt auch für Entscheidungen, die bereits vor dem Beschluss des Bundesverfassungsgerichts vom 11. Juli 2013 ergangen sind, weil es insoweit allein auf die objektive Grundrechtsverletzung ankommt und nicht darauf, ob diese dem Gericht vorwerfbar ist.

Rechtsprechung

Hervorzuhebende Entscheidungen des BGH

I. Materielles Strafrecht – Allgemeiner Teil

1049. BGH 4 StR 364/13 – Beschluss vom 9. Oktober 2013 (LG Coburg)

Bedingter Tötungsvorsatz (Gesamtbetrachtung; tatrichterliche Beweiswürdigung; besonders gefährliche Tathandlungen als Indikator; dolus eventualis); Widerstand gegen Vollstreckungsbeamte.

§ 212 Abs. 1 StGB; § 15 StGB; § 113 StGB; § 261 StPO

1. Bedingten Tötungsvorsatz hat, wer den Eintritt des Todes als mögliche Folge seines Handelns erkennt (Wissenselement) und billigend in Kauf nimmt (Willenselement). Beide Elemente müssen durch tatsächliche Feststellungen belegt werden. Ihre Bejahung oder Verneinung kann nur auf der Grundlage einer Gesamtbetrachtung aller objektiven und subjektiven Umstände erfolgen (vgl. BGH NStZ-RR 2013, 242, 243). Dabei ist die auf der Grundlage der dem Täter bekannten Umstände zu bestimmende objektive Gefährlichkeit der Tathandlung ein wesentlicher Indikator sowohl für das Wissens-, als auch für das Willenselement (vgl. BGH NStZ-RR 2013, 242, 243).

2. Hat der Täter eine offensichtlich besonders gefährliche Gewalthandlung begangen, kann im Einzelfall allein daraus der Schluss auf ein Wissen um die vorhandene Lebensgefahr und deren Inkaufnahme gezogen werden (vgl. BGH NStZ 2012, 207, 208 mwN). Der Tatrichter ist jedoch nicht gehalten, seinen Feststellungen zur objektiven Gefährlichkeit der Tathandlung immer die ausschlaggebende indizielle Bedeutung beizumessen (vgl. BGH NStZ-RR 2013, 242, 243).

3. Die Erwägung, der Angeklagte habe aufgrund der Gesamtsituation nicht darauf vertrauen können, dass sich das Opfer, auf das er zufährt, rechtzeitig in Sicherheit bringen würde, und deshalb damit rechnen müssen, dass es bei ihr zu schweren oder gar tödlichen Verletzungen

kommen konnte, muss im Urteil eine ausreichende Stütze finden.

4. Aus einem risikogeneigten, rücksichtslosen Gesamtverhalten und der sich aus der Art des Handlungsantriebes ergebenden Stärke des Tatanreizes können sich zwar Rückschlüsse auf eine Bereitschaft zur Inkaufnahme schwerster Folgen ergeben, doch ist dies vornehmlich für das Willenselement von Bedeutung. Welche konkrete Folgenerwartung (Wissenselement) der Täter mit seiner Tat verknüpft hat, kann dagegen nur sehr begrenzt aus seiner Risikobereitschaft und seinem Tatmotiv erschlossen werden.

5. Der Umstand, dass der Angeklagte die Flucht erzwang, obwohl ihn die Zeugin W. an einer Weiterfahrt hindern wollte, vermag eine erhöhte Risikoeinschätzung für sich genommen ebenfalls nicht zu begründen. Erfahrungsgemäß weichen Polizeibeamte Kraftfahrern aus, die eine Polizeisperre durchbrechen wollen, obgleich es ihnen gerade auf deren Anhaltung ankommt.

1076. BGH 2 StR 148/13 – Beschluss vom 27. August 2013 (LG Frankfurt am Main)

Beweiswürdigung zum Tötungsvorsatz (voluntatives Vorsatzelement; erforderliche Gesamtwürdigung; Bedeutung der Wahrnehmung von Gewalthandlung; hohe Hemmschwelle und äußerst gefährliche Gewalthandlungen; Bedeutung der Spontanat: Erörterungsobliegenheit nicht nur bei der Strafzumessung). § 261 StPO; § 212 StGB; § 15 StGB; § 46 StGB

1. Bedingt vorsätzlich handelt, wer den Eintritt des Todes als mögliche Folge seines Handelns erkennt (Wissenselement) und billigend in Kauf nimmt (Willenselement). Bei der Prüfung, ob ein bedingter Tötungsvorsatz festzustellen ist, hat das Tatgericht eine umfassende

Gesamtwürdigung der objektiven und subjektiven Tatumsstände vorzunehmen. Beide Vorsatzelemente müssen zudem durch tatsächliche Feststellungen belegt werden.

2. Der Tötungsvorsatz einer Person, die selbst keine Gewalthandlung vorgenommen hat, kann nicht allein aus dem Umstand abgeleitet werden, dass sie eine Gewaltanwendung anderer wahrgenommen hat. Die Wahrnehmung von Gewalthandlungen allein rechtfertigt nicht ohne weiteres den Schluss auf die zumindest bedingte Inkaufnahme des tödlichen Erfolgs.

3. Bei äußerst gefährlichen Gewalthandlungen liegt ein bedingter Tötungsvorsatz trotz der hohen Hemmschwelle hinsichtlich der Tötung eines Menschen nahe. Dies gilt insbesondere dann, wenn der Täter seinen Gegner zu Boden gestreckt hat und anschließend auf das infolgedessen wehrlose Opfer mehrfach im Bereich des Kopfes und der Bauchgegend eintritt. Der Schluss aus einer besonders gefährlichen Gewalthandlung auf einen (bedingten) Tötungsvorsatz ist aber auch dann nur dann rechtsfehlerfrei, wenn der Tatrichter auch die im Einzelfall in Betracht kommenden, den Vorsatz in Frage stellenden Umstände in seine Erwägungen einbezogen hat.

4. Der Umstand, dass es sich um eine Spontantat gehandelt hat, kann einem bedingten Tötungsvorsatz entgegenstehen. Er darf nicht nur im Rahmen der Strafzumessung berücksichtigt werden.

5. Auch der Umstand, dass es an einem einsichtigen Grund dafür fehlt, dass die Angeklagten in der konkreten Tatsituation den Tod des Geschädigten billigend in Kauf genommen haben, kann gegen den Vorsatz sprechen.

1058. BGH 3 StR 209/13 – Beschluss vom 17. September 2013 (LG Krefeld)

Verminderung der Schuldfähigkeit und Schuldunfähigkeit bei Betäubungsmittelabhängigkeit und Spielsucht; Aufklärungshilfe (Zusammenhang zwischen begangener Tat und Aufklärungshilfe).

§ 20 StGB; § 21 StGB; § 46b StGB

1. Weder eine Betäubungsmittelabhängigkeit noch eine „Spielsucht“ schließen für sich genommen die volle Schuldfähigkeit aus.

2. Bei der Betäubungsmittelabhängigkeit kommt eine Beeinträchtigung der Schuldfähigkeit vielmehr nur ausnahmsweise in Betracht, wenn langjähriger Betäubungsmittelkonsum zu schwersten Persönlichkeitsveränderungen geführt hat, der Täter unter starken Entzugserscheinungen gelitten bzw. solche befürchtet hat und dadurch dazu getrieben wurde, sich mittels einer Straftat Drogen oder Mittel zu deren Erwerb zu verschaffen, oder unter Umständen auch dann, wenn er das Delikt im Zustand eines aktuellen Rausches verübt hat.

3. Bei sog. „Spielsucht“ ist maßgeblich, ob der Betroffene gravierende psychische Veränderungen in seiner Per-

sönlichkeit erfährt, die in ihrem Schweregrad einer krankhaften seelischen Störung gleichwertig sind. Nur wenn die „Spielsucht“ zu schwersten Persönlichkeitsveränderungen führt oder der Täter bei Beschaffungstaten unter starken Entzugserscheinungen gelitten hat, kann ausnahmsweise eine erhebliche Verminderung der Steuerungsfähigkeit im Sinne von § 21 StGB anzunehmen sein.

1034. BGH 1 StR 403/13 – Urteil vom 1. Oktober 2013 (LG München II)

Beihilfe zum unerlaubten Handeltreiben mit Betäubungsmitteln in nicht geringere Menge (Beihilfevorsatz); örtliche Zuständigkeit des Tatgerichts (Tatort der Beihilfe); Beweiswürdigung des Tatrichters.

§ 29a Abs. 1 Nr. 2 BtMG; § 27 Abs. 1 StGB; § 7 Abs. 1 StPO; § 9 Abs. 2 StGB; § 261 StPO

Der Gehilfe muss seinen eigenen Tatbeitrag sowie die wesentlichen Merkmale der Haupttat, insbesondere deren Unrechts- und Angriffsrichtung, zumindest für möglich halten und billigen (vgl. BGH NStZ 2011, 399). Er braucht hingegen Einzelheiten der Haupttat nicht zu kennen und keine bestimmte Vorstellung von ihr zu haben (vgl. BGH wistra 2012, 302), insbesondere wenn sein Tatbeitrag nur zu deliktischen Zwecken verwendet werden kann (vgl. BGHSt 42, 135, 137 ff.).

1070. BGH 1 StR 449/13 – Beschluss vom 21. August 2013 (LG Kempten)

Erörterungsmangel zu einem möglichen Erlaubnistatbestandsirrtum bei der Notwehr im Fall eines Würgegriffes (Erforderlichkeit der Verteidigung; Rechtsfolgen; Fahrlässigkeit).

§ 32 StGB; § 16 Abs. 1 StGB; § 17 StGB

1. Ob eine objektive Notwehrlage vorliegt, muss auf der Grundlage einer objektiven ex-ante-Betrachtung entschieden werden. Dabei kommt es auf die tatsächlichen Verhältnisse im Zeitpunkt der Verteidigungshandlung an (BGH NJW 1989, 3027; NStZ 1983, 117). Sie kann auch beim Anlegen eines Würgegriffes vorliegen. Eine Notwehrlage endet jedoch regelmäßig bei der eintretenden Kampfunfähigkeit des Angreifers,

2. Hat der Angeklagte die Kampfunfähigkeit des Geschädigten aber nicht erkannt, liegt ein Irrtum im Sinne des § 16 StGB vor. Die irriige Annahme eines rechtfertigenden Sachverhalts ist wie ein den Vorsatz ausschließender Irrtum über Tatumstände nach § 16 Abs. 1 Satz 1 StGB zu bewerten (st. Rspr.), so dass etwa der Vorwurf (vorsätzlicher) Körperverletzung mit Todesfolge entfiele.

3. Der Irrtum des Angeklagten kann aber auf einer Außerachtlassung der gebotenen und ihm persönlich zuzumutenden Sorgfalt beruhen, so dass er wegen fahrlässiger Tötung zu bestrafen wäre. Dabei ist für einen eingesetzten Würgegriff dessen erkannte Gefährlichkeit zu berücksichtigen.

II. Materielles Strafrecht – Besonderer Teil

1045. BGH 4 StR 258/13 – Urteil vom 10. Oktober 2013 (LG Essen)

BGHSt; schwerer sexueller Missbrauch von Kindern (gemeinschaftliche täterschaftliche Begehung; Anwesenheit am Tatort, unterschiedliche Begehungsvarianten, keine Mittäterschaft erforderlich); Verbreitung kinderpornographischer Schriften (Tateinheit); Strafzumessung (Einbeziehung erlittener Untersuchungshaft).

§ 176 Abs. 1, Abs. 2 StGB; § 176a Abs. 2 Nr. 2 StGB; § 184b Abs. 1 Nr. 1 StGB; § 52 StGB; § 46 StGB; § 51 Abs. 1 Satz 1 StGB

1. Eine gemeinschaftliche Tatbegehung nach § 176a Abs. 2 Nr. 2 StGB setzt voraus, dass bei der Verwirklichung der Grundtatbestände des § 176 Abs. 1 und 2 StGB mindestens zwei Personen grundsätzlich vor Ort mit gleicher Zielrichtung täterschaftlich derart bewusst zusammenwirken, dass sie in der Tatsituation zusammen auf das Tatopfer einwirken oder sich auf andere Weise psychisch oder physisch aktiv unterstützen. (BGHSt)

2. Der Qualifikationstatbestand des § 176a Abs. 2 Nr. 2 StGB ist auch dann erfüllt, wenn von zwei am Tatort aktiv zusammenwirkenden Tätern sich der eine nach § 176 Abs. 1 StGB, der andere nach § 176 Abs. 2 StGB strafbar macht. (BGHSt)

3. Die Qualifikationsnorm des § 176a Abs. 2 Nr. 2 StGB trägt dem gesteigerten Tatunrecht Rechnung, welches daraus resultiert, dass regelmäßig die psychischen Widerstandskräfte des Kindes in höherem Maße beeinträchtigt sind und die Gefahren für dessen ungestörte sexuelle Entwicklung zunehmen, wenn das Opfer dem gemeinsamen sexuellen Ansinnen mehrerer ausgesetzt ist. Mit Blick auf diesen Normzweck setzt eine gemeinschaftliche Tatbegehung nach § 176a Abs. 2 Nr. 2 StGB voraus, dass bei der Verwirklichung der Grundtatbestände des § 176 Abs. 1 und 2 StGB mindestens zwei Personen grundsätzlich vor Ort mit gleicher Zielrichtung derart bewusst zusammenwirken, dass sie in der Tatsituation zusammen auf das Tatopfer einwirken oder sich auf andere Weise psychisch oder physisch aktiv unterstützen. (Bearbeiter)

4. Erforderlich ist ein täterschaftliches Verhalten; die tatbestandlichen Voraussetzungen der Mittäterschaft nach § 25 Abs. 2 StGB müssen allerdings nicht vorliegen. Für die Qualifizierung von Missbrauchstaten nach § 176 Abs. 1 StGB durch eine gemeinsame Tatbegehung reicht es daher aus, dass mehrere Personen im Rahmen eines einheitlichen Tatgeschehens jede für sich sexuelle Handlungen am Tatopfer vornehmen oder jeweils an sich vornehmen lassen. (Bearbeiter)

5. Die Übersendung und der Empfang mehrerer kinderpornographischer oder jugendpornographischer Bilder über das Internet stellt nur dann eine Tat im materiellrechtlichen Sinne dar, wenn die Übermittlungen im Rahmen eines zusammenhängenden Kommunikationsvorgangs erfolgten. Liegen dagegen mehrere zeitlich voneinander getrennte Kommunikationsvorgänge vor, sind mehrere real konkurrierende Taten gegeben (vgl. BGH, NStZ 2009, 208). (Bearbeiter)

6. Erlittene Untersuchungshaft ist regelmäßig für die Strafzumessung ohne Bedeutung, weil sie nach § 51 Abs. 1 Satz 1 StGB grundsätzlich auf die zu vollstreckende Strafe angerechnet wird (vgl. BGH NStZ 2011, 100). Auch beim erstmaligen Vollzug der Untersuchungshaft kommt eine mildernde Berücksichtigung nur in Betracht, sofern im Einzelfall besondere Umstände hinzutreten (vgl. BGH NStZ 2012, 147). (Bearbeiter)

1050. BGH 4 StR 401/13 – Beschluss vom 23. Oktober 2013 (LG Paderborn)

Besonders schwere Brandstiftung (Begriff der konkreten Todesgefahr; Versuch)
§ 306b Abs. 2 Nr. 1 StGB

Wann eine konkrete Todesgefahr im Sinne des § 306b Abs. 2 Nr. 1 StGB gegeben ist, entzieht sich exakter wissenschaftlicher Umschreibung (vgl. BGHSt 18, 271, 272). Die Tathandlung muss aber jedenfalls über die ihr innewohnende latente Gefährlichkeit hinaus im Hinblick auf einen bestimmten Vorgang in eine kritische Situation für das geschützte Rechtsgut geführt haben; in dieser Situation muss – was nach der allgemeinen Lebenserfahrung aufgrund einer objektiv nachträglichen Prognose zu beurteilen ist – die Sicherheit einer bestimmten Person so stark beeinträchtigt worden sein, dass es nur noch vom Zufall abhing, ob das Rechtsgut verletzt wurde oder nicht (vgl. BGH NStZ 1985, 263). Allein der Umstand, dass sich Menschen in enger räumlicher Nähe zur Gefahrenquelle befinden, genügt noch nicht zur Annahme einer konkreten Gefahr. Umgekehrt wird die Annahme einer Gefahr aber auch nicht dadurch ausgeschlossen, dass ein Schaden ausgeblieben ist, weil sich der Gefährdete noch in Sicherheit bringen konnte. Erforderlich ist ein Geschehen, bei dem ein unbeteiligter Beobachter zu der Einschätzung gelangt, dass „das noch einmal gut gegangen sei“.

1059. BGH 3 StR 299/13 – Beschluss vom 1. Oktober 2013 (LG Stade)

Verwirklichung von Raubqualifikationen nach Vollen-
dung der Tat (Erforderlichkeit einer fortbestehenden
Zueignungsabsicht); Anstiftung zur gefährlichen Kör-

perverletzung (Körperverletzungsvorsatz bei der Verursachung von Beeinträchtigungen des Gehörs durch Gebrauch einer Schreckschusswaffe).
 § 249 StGB; § 250 Abs. 2 Nr. 1 StGB; § 223 StGB;
 § 224 Abs. 1 Nr. 2 StGB; § 15 StGB

Die Qualifikation des § 250 Abs. 2 Nr. 1 StGB kann auch noch nach der Vollendung des Grunddelikts verwirklicht werden. Dabei muss aber das gefährliche Tatmittel zur weiteren Verwirklichung der Zueignungsabsicht – oder im Falle der §§ 253, 255, 250 Abs. 2 StGB der Bereicherungsabsicht – verwendet werden. Das ist jedenfalls dann nicht anzunehmen, wenn der Täter die Tatbeute im Moment der Verwirklichung des qualifizierenden Merkmals bereits an sich gebracht hat und weder das Opfer noch ein hinzutretender Dritter ihm diese wieder streitig machen will.

1080. BGH 2 StR 342/13 – Beschluss vom 8. Oktober 2013 (LG Bonn)

Gleichzeitiges Sich-verschaffen mehrerer gefälschter Zahlungskarten (Tateinheit; Fälschung von Zahlungskarten mit Garantiefunktion; gewerbsmäßiges und bandenmäßiges Handeln).
 § 152b StGB; § 263 Abs. 5 StGB

1. Sowohl für die bandenmäßige Begehung nach § 152b Abs. 2 StGB als auch für die nach § 263 Abs. 5 StGB ist es erforderlich, dass der Täter die Strafen fortgesetzt begeht. Damit ist die Begehung mehrerer selbständiger Taten gemeint.

2. Auch die Annahme von Gewerbsmäßigkeit setzt das Bestreben voraus, sich durch die wiederholte Begehung entsprechender Taten eine Einnahmequelle zu erschließen. Zwar steht die Zusammenfassung verschiedener Einzelakte zu einer Tat im Rechtssinne der Qualifikation als gewerbs- und bandenmäßig nicht grundsätzlich entgegen. Jedoch muss sich in einem solchen Fall konkurrenzrechtlich verbundener Taten aus den Feststellungen zumindest ergeben, dass der Täter die Absicht hatte, das betroffene Delikt mehrfach zu begehen.

1057. BGH 3 StR 119/13 – Urteil vom 19. September 2013 (LG Hannover)

Erpresserischer Menschenraub (Mittäterschaft bei Hinzutreten eines Beteiligten nach Entstehung der Bemächtigungslage); Vermögensnachteil bei der Erpressung.
 § 239a StGB; § 25 Abs. 2 StGB; § 253 StGB

1. Die Tatvariante des § 239a Abs. 1 Alt. 2 StGB kann nach ihrem eindeutigen Wortlaut nicht in der Weise verwirklicht werden, dass der Täter die durch einen Dritten mittels Entführung oder in sonstiger Weise begründete Bemächtigungslage des Opfers lediglich zu einer Erpressung ausnutzt.

2. Befindet sich das Opfer bereits in der Gewalt von Dritten, die dieses entführt oder sich seiner in sonstiger Weise bemächtigt haben, so kann § 239a Abs. 1 Alt. 2 StGB dagegen anwendbar sein, wenn ein sich erst danach an dem Geschehen beteiligender Täter eigenständig Gewalt über das Opfer erlangt. Das kommt insbesondere in Betracht, wenn der Täter durch sein Eingreifen die Situation des Opfers qualitativ ändert und über das Fortbestehen der Bemächtigungslage nunmehr maßgeblich selbst bestimmt.

3. Durch die Abgabe eines schriftlichen Anerkenntnisses einer nicht bestehenden Verbindlichkeit (Schuldschein) kann bereits ein Vermögensnachteil im Sinne des § 253 Abs. 1 StGB begründet werden.

1051. BGH 4 StR 408/13 – Beschluss vom 22. Oktober 2013 (LG Essen)

Schwerer Bandendiebstahl (Begriff der Bande und der bandenmäßigen Begehung).
 § 244a Abs. 1 StGB

Nach der Rechtsprechung des Bundesgerichtshofs setzt eine Bande im Sinne des § 244a StGB den Zusammenschluss von mindestens drei Personen voraus, von denen jede auf der Grundlage einer ausdrücklichen oder konkludenten Bandenabrede den Willen hat, mit den anderen Bandenmitgliedern in Zukunft für eine gewisse Dauer eine unbestimmte Zahl von Straftaten zu begehen (st. Rspr.). Liegen diese Voraussetzungen vor und ist die in Rede stehende Tat Ausfluss der Bandenabrede, genügt es nach dem eindeutigen Wortlaut des Gesetzes, dass der betreffende Täter „als Mitglied einer Bande“ die Tat „unter Mitwirkung eines anderen Bandenmitglieds“ ausgeführt hat; eine konkrete Einbindung auch des dritten Bandenmitglieds in die Tatbegehung ist hingegen nicht erforderlich.

1060. BGH 3 StR 323/13 – Beschluss vom 22. Oktober 2013 (LG Neubrandenburg)

Anfechtung von Entscheidungen im Jugendstrafverfahren (Unzulässigkeit der auf die Auswahl der Maßnahmen beschränkten Revision); Körperverletzung (körperliche Misshandlung; Notwendigkeit eines zumindest kurzen Schmerzempfindens bei einem Schlag ins Gesicht).
 § 55 JGG; § 223 StGB

Der Tatbestand des § 223 Abs. 1 StGB ist in der Variante der körperlichen Misshandlung nur dann erfüllt, wenn die Schwelle zu einer üblen und unangemessenen Behandlung, die das körperliche Wohlbefinden oder die körperliche Unversehrtheit nicht nur unerheblich beeinträchtigt, überschritten wird. Bei einem Schlag in das Gesicht ist als körperliche Wirkung jedenfalls ein – wenn auch nur kurz anhaltendes – Schmerzempfinden zu verlangen.

III. Strafzumessungs- und Maßregelrecht

1043. BGH 4 StR 124/13 – Urteil vom 24. Oktober 2013 (LG Essen)

BGHSt; Anordnung der Sicherungsverwahrung neben der Verhängung lebenslanger Freiheitsstrafe (grundsätzliche Verfassungskonformität der Sicherungsverwahrung nach Inkrafttreten des Gesetzes zur bundesrechtlichen Umsetzung des Abstandsgebotes im Recht der Sicherungsverwahrung; Verhältnis von Strafausspruch und Maßregelanordnung; Kumulationsprinzip, Subsidiaritätsprinzip; Verhältnismäßigkeit der Maßregelanordnung); Konkurrenzverhältnis zwischen Verdeckungsmord und Vortat.

Art. 2 Abs. 2 Satz 2 GG; Art. 104 Abs. 1 GG; Art. 5 EMRK; § 66 StGB; § 316f Abs. 2 Satz 1 StGB; § 62 StGB; § 211 StGB; § 52 StGB

1. Die Anordnung der Sicherungsverwahrung gem. § 66 Absatz 1 StGB (in der nach Maßgabe der Gründe der Entscheidung des Bundesverfassungsgerichts vom 4. Mai 2011 – 2 BvR 2365/09 – anzuwendenden Fassung des Gesetzes zur Neuordnung des Rechts der Sicherungsverwahrung und zu begleitenden Regelungen vom 22. Dezember 2010) neben lebenslanger Freiheitsstrafe ist zulässig. (BGHSt)

2. Eine natürliche Handlungseinheit liegt, wenn zwischen verschiedenen strafrechtlich erheblichen Verhaltensweisen ein so enger Zusammenhang besteht, dass sich das gesamte Tätigwerden bei natürlicher Betrachtungsweise als ein einheitliches Tun darstellt. Dies setzt neben einem unmittelbaren räumlich-zeitlichen Zusammenhang voraus, dass die verschiedenen Ausführungshandlungen durch ein gemeinsames subjektives Element verbunden sind (st. Rspr.). Allein die Absicht, die vorangegangene Tat zu verdecken, vermag eine (natürliche) Handlungseinheit nicht zu begründen. (Bearbeiter)

3. Der Senat besorgt nicht, dass § 66 Abs. 1 StGB in der Fassung des Gesetzes zur Neuordnung des Rechts der Sicherungsverwahrung und zu begleitenden Regelungen vom 22. Dezember 2010 nach dem Inkrafttreten des Gesetzes zur bundesrechtlichen Umsetzung des Abstandsgebotes im Recht der Sicherungsverwahrung vom 5. Dezember 2012 und Ablauf der Frist aus der Weitergeltungsanordnung im Urteil des Bundesverfassungsgerichts vom 4. Mai 2011 verfassungs- oder konventionswidrig ist. Die in § 66 StGB festgelegten formellen und materiellen Voraussetzungen verstoßen auch nicht aus anderen als den im Urteil vom 4. Mai 2011 genannten Gründen gegen Bestimmungen des Grundgesetzes (vgl. BVerfG, NJW 2012, 3357 zu § 66a StGB). (Bearbeiter)

4. Die dem Schuldausgleich dienende Strafhaft und der schuldunabhängige präventive Freiheitsentzug der Sicherungsverwahrung verfolgen unterschiedliche Zwecke und

unterscheiden sich grundlegend in ihrer verfassungsrechtlichen Legitimation (vgl. BVerfGE 130, 372, 389). Für ihre Anordnung, die wegen der Zweckverschiedenheit auch nebeneinander erfolgen kann (vgl. BVerfGE 130, 372, 392), gelten kategorial verschiedene Voraussetzungen, die getrennt voneinander zu beurteilen sind (vgl. BGHSt 38, 362, 365). (Bearbeiter)

5. Sicherungsverwahrung nach § 66 Abs. 1 StGB ist neben der Strafe anzuordnen, wenn die dafür erforderlichen formellen Voraussetzungen vorliegen und die hangbedingte Gefährlichkeit des Täters die Anordnung seiner Unterbringung im Zeitpunkt der Entscheidung nötig macht (Kumulationsprinzip). Dabei ist es – anders als in den Fällen der Ermessensentscheidung nach § 66 Abs. 2 und Abs. 3 StGB – grundsätzlich ohne Bedeutung, ob von dem Maßregelausspruch unabhängige Ereignisse – zu denen auch der Strafvollzug zählt – eine Unterbringung voraussichtlich verhindern (BGH BGHSt 33, 398, 400) oder die Gefahr abwenden werden (vgl. BGH NJW 1978, 599). (Bearbeiter)

6. Das aus dem Verhältnismäßigkeitsgrundsatz abgeleitete Subsidiaritätsprinzip gilt bei freiheitsentziehenden Maßregeln nur für deren Vollstreckung (vgl. BT-Drucks. IV/650, S. 210) und ist auf das Verhältnis zwischen Strafausspruch und Maßregelanordnung nicht anzuwenden. Daran ändert auch die Tatsache nichts, dass es sich bei der Sicherungsverwahrung um eine besonders belastende Maßregel mit ultima-ratio-Charakter handelt. (Bearbeiter)

7. Es gibt Fallkonstellationen, in denen ein umfassender Schutz der Allgemeinheit ohne eine Anordnung der Sicherungsverwahrung auch bei der Verhängung einer lebenslangen Freiheitsstrafe nicht gewährleistet wäre. Würde bei einem gefährlichen Hangtäter auf die Anordnung der Sicherungsverwahrung mit Rücksicht auf eine gleichzeitig ausgesprochene lebenslange Freiheitsstrafe verzichtet, könnte die gebotene Maßregelanordnung aufgrund des Verschlechterungsverbots nicht mehr nachgeholt werden, wenn es auf ein oder mehrere lediglich zugunsten des Angeklagten eingelegte Rechtsmittel zum Wegfall der lebenslangen Freiheitsstrafe kommt und nur noch auf eine zeitige Freiheitsstrafe erkannt wird. (Bearbeiter)

8. Im zweispurigen Sanktionensystem ist die Verhältnismäßigkeit des in der Anordnung der Sicherungsverwahrung nach § 66 Abs. 1 StGB liegenden Eingriffs in das Freiheitsgrundrecht des Betroffenen grundsätzlich gewahrt, wenn die dort genannten tatbestandlichen Voraussetzungen vorliegen. § 66 Abs. 1 StGB als verfassungsrechtlich gerechtfertigter Eingriffstatbestand hat insoweit auch eine freiheitsgewährleistende Funktion, da

er nicht nur den Eingriff in ein grundrechtlich geschütztes Interesse erlaubt, sondern zugleich auch die äußersten Grenzen zulässiger Grundrechtseinschränkungen bestimmt (vgl. BVerfG, NStZ-RR 2012, 385, 386). Die nach § 62 StGB vorgeschriebenen Verhältnismäßigkeitsabwägungen erlangen erst bei der Festlegung des Maßstabes für die Beurteilung der Erheblichkeit der zu erwartenden hangbedingten Straftaten und der Bewertung der Gefährlichkeitsprognose in § 66 Abs. 1 Nr. 4 StGB eine zusätzliche eingrenzende Bedeutung (vgl. BGH NJW 1980, 1055 f.). (Bearbeiter)

9. Werden eine Freiheitsstrafe und eine freiheitsentziehende Maßregel nebeneinander angeordnet, weil die entsprechenden Voraussetzungen jeweils vorliegen, ist es geboten, sie einander so zuzuordnen, dass die Zwecke beider Maßnahmen möglichst weitgehend erreicht werden, ohne dass dabei in das Freiheitsrecht des Betroffenen aus Art. 2 Abs. 2 Satz 2 GG mehr als notwendig eingegriffen wird (vgl. BVerfGE 130, 372). Auch müssen die Auswirkungen des Freiheitsentzuges im Ganzen zumutbar bleiben (vgl. BVerfGE 130, 372, 392 f.). Diesen Vorgaben werden die bestehenden gesetzlichen Regelungen zum Straf- und Maßregelvollzug gerecht. (Bearbeiter)

1081. BGH 2 StR 353/13 – Beschluss vom 10. September 2013 (LG Frankfurt am Main)

Strafrahmenverschiebung beim Versuch (Gesamtwürdigung und Vollendungsnähe: polizeiliche Begleitung der Tat).

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

Bei der Strafrahmenwahl im Fall eines Versuchs hat das Tatgericht neben der Persönlichkeit des Täters die Tatumstände im weitesten Sinne und dabei vor allem die versuchsbezogenen Gesichtspunkte, namentlich insbesondere die Nähe zur Tatvollendung, die Gefährlichkeit des Versuchs und die eingesetzte kriminelle Energie, in einer Gesamtschau umfassend zu würdigen. Es genügt nicht, allein auf die angenommene Vollzugsnähe abzustellen. Zudem darf auf diese nicht bejaht werden, wenn der Eintritt der Vollendung durch eine polizeiliche Begleitung der Tat ausgeschlossen ist.

1095. BGH 4 StR 379/13 – Beschluss vom 8. Oktober 2013 (LG Bielefeld)

Strafverfolgungsverjährung im Fall des Dritt- oder Sich-Verschaffens kinderpornographischer Schriften (strafscharfende Berücksichtigung verjährter Taten; Doppelverwertungsverbot).

§ 184b Abs. 2, Abs. 4 Satz 1 StGB; § 78 Abs. 1 Satz 1 StGB; § 78c Abs. 1 Satz 1 Nr. 4 StGB

Es ist zwar zulässig, festgestelltes strafbares, wenngleich verjährtes Tatverhalten strafscharfend zu berücksichtigen. Indes kann das jedenfalls nicht zur gleichen Gewichtung jenes Verhaltens führen wie die Anlastung den Schuldpruch tragender Tatschuld.

1033. BGH 1 StR 387/13 – Urteil vom 5. November 2013 (LG Amberg)

Strafzumessung bei Bildung einer Gesamtstrafe (Vergleiche mit Urteilen in anderen Fällen).

§ 46 StGB; § 53 StGB; § 54 StGB

Bei der Strafzumessung ist für Vergleiche mit der Strafzumessung in anderen Urteilen bei Tatbeteiligten – etwa den Mitgliedern derselben Bande – regelmäßig kein Raum (vgl. BGHSt 56, 262, 263). Für allgemeine Vergleiche mit nur gedachten Fällen gegen unbekannte Angeklagte wegen unbekannter Taten kann erst recht nichts anderes gelten.

1079. BGH 2 StR 338/13 – Beschluss vom 24. September 2013 (LG Aachen)

„Natürlicher“ Vorsatz bei der gefährlichen Körperverletzung und Schuldunfähigkeit; Abgrenzung zwischen Vorsatz und Fahrlässigkeit bei der Unterbringung in einem psychiatrischen Krankenhaus.

§ 15 StGB; § 16 StGB; § 224 StGB; § 20 StGB; § 63 StGB

Wenn die Willensrichtung dafür entscheidend ist, ob sich die Handlung des Täters als ein die Unterbringung gemäß § 63 StGB begründendes Vergehen nach § 224 StGB oder als ein die Unterbringung regelmäßig nicht rechtfertigendes Vergehen nach § 229 StGB darstellt, dann muss insbesondere der innere Tatbestand erörtert werden, soweit dies nach dem psychischen Zustand des Täters möglich ist (vgl. auch BGH, Beschluss vom 14. März 1989 – 1 StR 810/88, BGHR StGB § 63 Tat 2 mwN).

1099. BGH 4 StR 414/13 – Beschluss vom 9. Oktober 2013 (LG Essen)

Bedeutung eines Geständnisses bei einer bereits bewiesenen Tat (zu vermeidende Widersprüche); eigene Strafzumessung des Revisionsgerichts.

§ 46 StGB; § 257c StPO; § 261 StPO; § 354 Abs. 1a StPO

Zwar ist der Tatrichter nicht gehindert, das strafmildernde Gewicht einer geständigen Einlassung geringer zu bewerten, wenn es von prozesstaktischen Erwägungen bestimmt ist. Das gilt auch in dem Fall, in dem der Angeklagte nur das einräumt, was durch die Beweisaufnahme ohnehin schon zur Überzeugung des Gerichts feststeht. Das Gericht darf dann aber nicht zugleich ausführen, dass die tatsächlichen Feststellungen zu der abgeurteilten Tat im Wesentlichen auf den geständigen und glaubhaften Angaben der beiden Angeklagten beruhen.

1082. BGH 2 StR 355/13 – Beschluss vom 10. Oktober 2013 (LG Kassel)

Strafzumessung bei sexuellem Missbrauch von Kindern (widersprüchliche Ausführungen zur Angemessenheit der Schutzaltersgrenze; einvernehmliche sexuelle Handlungen; unzulässige Verknüpfung der Strafhöhe mit der Strafaussetzung zur Bewährung; Vorwurf einer strafrechtlich irrelevanten Beziehung mit einer jüngeren Frau).

§ 176 StGB; § 176a Abs. 4 StGB; § 56 StGB; § 46 StGB

1. Die Verknüpfung von Überlegungen zur Strafaussetzung mit der Frage der Festlegung der Strafhöhe ist rechtlich zu beanstanden (vgl. für den umgekehrten Fall der Absenkung der Strafhöhe zur Ermöglichung einer Strafaussetzung Senat, Urteil vom 17. September 1980 –

2 StR 355/80, BGHSt 29, 319, 321). Das Tatgericht darf sich nicht an der weiteren Absenkung der Strafhöhe innerhalb des Strafrahmens nach § 176a Abs. 4 Halbs. 2 StGB gehindert sehen, um die Gesamtstrafe nicht in einen Bereich zu bewegen, in dem eine Strafaussetzung rechtlich noch in Frage gekommen wäre.

2. Wenn eine Strafkammer Zweifel an der Berechtigung der Strafdrohung bei einer Schutzaltersgrenze von 14 Jahren in Fällen der frühen Reifung eines dreizehnjährigen Mädchens und der freiwilligen Aufnahme einer sexuellen Beziehung auf dessen Initiative hegt, wirkt es widersprüchlich, wenn sie zugleich dem Angeklagten anlastet, er habe „keine rechte Unrechtseinsicht“ gezeigt.

3. Auch im Kontext der Strafzumessung wegen des sexuellen Missbrauchs eines Kindes kann einem Angeklagten nicht vorgeworfen werden, dass er nun eine – strafrechtlich irrelevante – Beziehung zu einer siebzehnjährigen Heranwachsenden unterhalte.

1031. BGH 1 StR 370/13 – Beschluss vom 17. September 2013 (LG Konstanz)

Nachträgliche Bildung einer Gesamtstrafe.
§ 55 StGB; § 53 StGB; § 54 StGB

§ 55 StGB regelt die nachträgliche Bildung der Gesamtstrafe. Die Vorschrift soll ihrem Grundgedanken nach sicherstellen, dass Taten, die bei gemeinsamer Aburteilung nach §§ 53, 54 StGB behandelt worden wären, auch bei getrennter Aburteilung dieselbe Behandlung erfahren, so dass der Täter im Ergebnis weder besser noch schlechter gestellt ist. Die Anwendung des § 55 StGB ist für den Tatrichter zwingend. Er darf daher die Entscheidung über eine nachträglich zu bildende Gesamtstrafe grundsätzlich nicht dem Beschlussverfahren überlassen (st. Rspr.).

1040. BGH 2 StR 312/13 – Beschluss vom 16. Oktober 2013 (LG Koblenz)

Gewerbsmäßige unerlaubte Abgabe von Betäubungsmitteln an Minderjährige (minder schwerer Fall: Gesamtbetrachtung, revisionsrechtliche Überprüfbarkeit).
§ 30 Abs. 1 Nr. 2, Abs. 2 BtMG

Die Beurteilung, ob ein minder schwerer Fall vorliegt, der ein beträchtliches Überwiegen der strafmildernden Umstände voraussetzt, ist im Wesentlichen dem Tatrichter überlassen. Seine Entscheidung ist vom Revisionsgericht grundsätzlich hinzunehmen, auch wenn eine andere Entscheidung ebenso möglich gewesen wäre oder sogar näher gelegen hätte. Dies ist ausnahmsweise jedoch nicht

der Fall, wenn die mildernden Faktoren so eindeutig überwiegen, dass die Entscheidung des Tatrichters hinsichtlich des Strafrahmens nicht mehr als nachvollziehbar anzusehen ist (vgl. BGH NStZ-RR 2006, 140, 141).

1044. BGH 4 StR 135/13 – Urteil vom 10. Oktober 2013 (LG Essen)

Beweiswürdigung des Tatrichters (revisionsrechtliche Überprüfbarkeit); Anordnung der Unterbringung in einem psychiatrischen Krankenhaus (Voraussetzungen: zu erwartende schwere Störung des Rechtsfriedens).
§ 261 StPO; § 63 StGB

Eine Unterbringung nach § 63 StGB kommt nur in Betracht, wenn eine Wahrscheinlichkeit höheren Grades dafür besteht, dass der Täter infolge seines Zustands in Zukunft Taten begehen wird, die eine schwere Störung des Rechtsfriedens zur Folge haben. Ob eine zu erwartende Straftat zu einer schweren Störung des Rechtsfriedens führt, muss anhand der konkreten Umstände des Einzelfalls entschieden werden. Sind die zu erwartenden Delikte nicht wenigstens dem Bereich der mittleren Kriminalität zuzuordnen, ist die Annahme einer schweren Störung des Rechtsfriedens nur in Ausnahmefällen begründbar. Die erforderliche Prognose ist auf der Grundlage einer umfassenden Würdigung der Persönlichkeit des Täters, seines Vorlebens und der von ihm begangenen Anlasstaten zu entwickeln (vgl. BGH NStZ-RR 2013, 141, 142).

1066. BGH 1 StR 382/13 – Beschluss vom 18. September 2013 (LG München I)

Unterbringung in einem psychiatrischen Krankenhaus (Auslegung des Hanges).
§ 64 StGB

Der Hang zum Konsum von Rauschmitteln im Übermaß verlangt eine chronische, auf körperlicher Sucht beruhende Abhängigkeit oder zumindest eine eingewurzelte, auf psychischer Disposition beruhende oder durch Übung erworbene intensive Neigung, immer wieder Rauschmittel zu sich zu nehmen (st. Rspr.). Dass diese nicht auf eine Substanz gerichtet ist, ist demgegenüber unbeachtlich, da von der Vorschrift des § 64 StGB auch polyvalentes Suchtverhalten erfasst wird. Das Fehlen einer Persönlichkeitsdepravation steht ebenfalls der Annahme eines Hanges nicht entgegen. Ausreichend ist es bereits, wenn der Betroffene aufgrund seiner psychischen Abhängigkeit sozial gefährdet oder gefährlich erscheint, was insbesondere bei sogenannter Beschaffungskriminalität zu bejahen ist.

IV. Strafverfahrensrecht mit GVG

1062. BGH 5 StR 401/13 – Beschluss vom 23. Oktober 2013 (LG Potsdam)

Rechtsfehlerhafte Ablehnung eines Beweisantrags auf Vernehmung eines ausländischen Zeugen (unzutreffende Würdigung des zu erwartenden Beweiswertes; Beweisdefizit infolge einer mangelnden konfrontativen Befragung durch die Verteidigung; Belastungszeuge, Konfrontationsrecht).

Art. 6 Abs. 1, Abs. 3 lit. d EMRK; § 244 Abs. 5 StPO

Das Gericht muss bei der Prüfung, ob der Antrag auf die Vernehmung eines Auslandszeugen abgelehnt werden kann, eine gegebene besonders schwierige Beweislage in einem zureichenden Maße einbeziehen. Eine solche ist etwa gegeben, wenn die Tatverfolgung vornehmlich auf Angaben eines Mitangeklagten beruhen, mit dem zeitweise eine Verständigung verabredet wurde, und sonstige, namentlich „objektive“ Indizien gerade für die am schwersten wiegenden Taten des Angeklagten fehlten. Dies gilt besonders, wenn die Verteidigung den Mitangeklagten nicht mehr „konfrontativ“ befragen konnte (vgl. Art. 6 Abs. 3 lit. d MRK).

1041. BGH 2 StR 392/13 – Urteil vom 23. Oktober 2013 (LG Darmstadt)

Kompensation der rechtsstaatswidrigen Verfahrensverzögerung (revisionsrechtliche Rüge einer Kompensationsentscheidung; Begründung der Kompensationsentscheidung im Urteil).

Art. 6 Abs. 1 Satz 1 EMRK; Art. 13 EMRK

1. Für die revisionsgerichtliche Prüfung, ob im Einzelfall eine Art. 6 Absatz 1 Satz 1 EMRK verletzende Verfahrensverzögerung vorliegt, ist grundsätzlich eine Verfahrensrüge erforderlich (vgl. BGHSt 49, 342, 344). Diese ist gleichermaßen zu erheben, wenn ein Angeklagter beanstandet, Art, Ausmaß und Umstände einer angenommenen Verzögerung seien zu seinen Lasten nicht oder nicht genügend festgestellt (vgl. BGH, NStZ 2004, 504 zu einer Revision des Angeklagten). Nichts anderes kann aber gelten, wenn die Staatsanwaltschaft zu Ungunsten einer Angeklagten geltend macht, der Kompensationsausspruch halte sich nicht innerhalb des dem Tatgericht zustehenden Beurteilungsspielraums, weil Tatsachen, aus denen sich die vom Tatgericht angenommene Verzögerung ergibt, nicht hinreichend dargelegt seien.

2. Der Tatrichter hat zwar Art und Ausmaß der Verzögerung sowie ihre Ursachen zu ermitteln und im Urteil konkret festzustellen (vgl. BGHSt 52, 124, 146). Der sachlich-rechtlich zu fordernde Erörterungsbedarf darf jedoch mit Rücksicht auf die vielen denkbaren Verfahrensvorgänge, die für die Entscheidung eine Rolle spielen können, nicht überspannt werden (vgl. BGHSt 49, 342, 344). Es reicht deshalb

aus, wenn das Revisionsgericht anhand der Ausführungen im Urteil im Sinne einer Schlüssigkeitsprüfung nachvollziehen kann, ob die festgestellten Umstände die Annahme einer rechtsstaatswidrigen Verzögerung im Sinne von Art. 6 Abs. 1 Satz 1 EMRK tragen und sich die Kompensationsentscheidung innerhalb des dem Tatrichter insoweit eingeräumten Bewertungsspielraums hält (vgl. BGH StV 2010, 228, 230 f.).

1067. BGH 1 StR 386/13 – Beschluss vom 2. Oktober 2013 (LG Hechingen)

Grundsatz des fairen Strafverfahrens und Verständigung (Zulässigkeit getrennt geführter Vorgespräche; Besorgnis der Befangenheit bei Ausschluss eines Verteidigers); Revisibilität einer unterlassenen Entscheidung über einen Zwischenrechtsbehelf.

Art. 6 Abs. 1 EMRK; § 257c StPO; § 243 Abs. 4 Satz 1 StPO; § 24 Abs. 2 StPO; § 338 Nr. 3 StPO; § 29 StPO; § 238 Abs. 2 StPO

1. Weder der Grundsatz des fairen Verfahrens noch sonstige Regelungen des Verfassungs- oder des Strafverfahrensrechts verbieten dem Tatgericht, das Verfahren betreffende Gespräche mit den Verfahrensbeteiligten zunächst getrennt zu führen. Selbst bei der Vorbereitung einer möglichen verfahrensbeendenden Absprache dienenden Gesprächen sind derartige Vorgespräche nicht ausgeschlossen. Wie sich aus der Mitteilungspflicht des § 243 Abs. 4 Satz 1 StPO ergibt, setzt das Gesetz in Bezug auf verfahrensbeendende Absprachen die Möglichkeit solcher Vorgespräche sogar voraus. Nach der Rechtsprechung des Bundesgerichtshofs müssen eine eventuelle Verständigung betreffende Vorgespräche nicht stets mit sämtlichen Verfahrensbeteiligten zugleich geführt werden (vgl. BGH, Beschluss vom 5. Oktober 2010 – 3 StR 287/10, StV 2011, 72 f.).

2. Allerdings bedarf es bei der Sondierung der Chancen für eine solche Absprache betreffende Gespräche der anschließenden Information sämtlicher Verfahrensbeteiligter in öffentlicher Hauptverhandlung über den Inhalt, den Verlauf und die Ergebnisse der außerhalb dieser geführten Gespräche (BGH aaO).

3. Zu den Darstellungsanforderungen an eine Verfahrensrüge, mit der die Verletzung des § 29 StPO gerügt wird.

4. Der Senat lässt offen, ob das Unterbleiben einer Entscheidung des Gerichts trotz einer Beanstandung gemäß § 238 Abs. 2 StPO als solches einer Revision zum Erfolg verhelfen kann. Falls überhaupt, kann dies allenfalls dann in Frage kommen, wenn der Rechtsmittelführer durch den Fehler im Beanstandungsverfahren in seinem weiteren Prozessverhalten beschränkt worden ist.

1038. BGH 2 StR 271/13 – Beschluss vom 26. September 2013 (LG Erfurt)

Rechtzeitige Urteilsabsetzung (Unterschrift aller beteiligten Berufsrichter: Verhinderung eines Richters)
§ 275 Abs. 1 Satz 2; Abs. 2 StPO

1. Vollständig zu den Akten gelangt ist ein Urteil grundsätzlich nur dann, wenn es von allen an der Entscheidung mitwirkenden Richtern unterzeichnet ist (vgl. § 275 Abs. 2 Satz 1 StPO; vgl. BGHSt 26, 247, 248) bzw. eine etwaige Verhinderung unter dem Urteil ordnungsgemäß vermerkt ist (§ 275 Abs. 2 Satz 2 StPO).

2. Die Unterzeichnung eines Strafurteils ist ein dringliches unaufschiebbares Dienstgeschäft (vgl. BGH NStZ 2011, 358), dessen Vornahme nur ausnahmsweise wegen anderer Dienstgeschäfte zurückzustehen hat. § 275 Absatz 2 Satz 1 postuliert den Grundsatz, dass das schriftliche Urteil von allen beteiligten Berufsrichtern zu unterzeichnen ist, während der nach § 275 Absatz 2 Satz 2 StPO mögliche Verhinderungsvermerk eine Ausnahme von dieser Regel normiert. Eine nach § 275 Abs. 2 Satz 2 StPO beurkundete Verhinderung genügt daher nur dann den rechtlichen Anforderungen, wenn sie diesem Regel-Ausnahme-Verhältnis und der Bedeutung der persönlichen Unterschriftsleistung der mitwirkenden Richter Rechnung trägt.

1093. BGH 4 StR 272/13 – Beschluss vom 8. Oktober 2013 (LG Dortmund)

Anforderungen an die Darstellung und die Protokollierung von Verständigungsgesprächen (mangelnde Protokollierung eines mehr als einstündigen Rechtsgesprächs; Beruhen).
§ 257c StPO; § 244 Abs. 2 StPO; § 243 Abs. 4 StPO; § 273 Abs. 1a Satz 2 StPO

1. Der wesentliche Inhalt eines mehr als einstündigen Rechtsgesprächs muss im Rahmen der öffentlichen Hauptverhandlung im Einzelnen gemäß § 243 Abs. 4 StPO dargelegt und protokolliert werden.

2. Mit § 243 Abs. 4 Satz 1 StPO will der Gesetzgeber erreichen, dass derartige Erörterungen stets in der öffentlichen Hauptverhandlung zur Sprache kommen und dies auch inhaltlich dokumentiert wird. Gespräche außerhalb der Hauptverhandlung dürfen kein informelles und unkontrollierbares Verfahren eröffnen (vgl. BGH, Beschluss vom 5. Oktober 2010 – 3 StR 287/10, StV 2011, 72 f.). Alle Verfahrensbeteiligten und die Öffentlichkeit sollen nicht nur darüber informiert werden, ob solche Erörterungen stattgefunden haben, sondern auch darüber, welche Standpunkte gegebenenfalls von den Teilnehmern vertreten wurden, von welcher Seite die Frage einer Verständigung aufgeworfen wurde und ob sie bei anderen Gesprächsteilnehmern auf Zustimmung oder Ablehnung gestoßen ist (vgl. BVerfG, NJW 2013, 1058, 1065; BGH, Beschluss vom 5. Oktober 2010 – 3 StR 287/10, StV 2011, 72 f.).

3. Eine Rüge, dass die Sitzungsniederschrift den Inhalt von Gesprächen, die außerhalb der Hauptverhandlung mit dem Ziel einer Verständigung geführt wurden, nicht mitteilt, ist keine unzulässige Protokollrüge. Das Fehlen

der Protokollierung ist ein Rechtsfehler des Verständigungsverfahrens (vgl. BVerfG, NJW 2013, 1058, 1067); er wird durch das Protokoll der Hauptverhandlung bewiesen.

4. Ein Mangel an Transparenz und Dokumentation der Gespräche, die mit dem Ziel der Verständigung außerhalb der Hauptverhandlung geführt wurden, führt – ebenso wie die mangelhafte Dokumentation einer Verständigung – regelmäßig dazu, dass ein Beruhen des Urteils auf dem Rechtsfehler nicht ausgeschlossen werden kann (vgl. BVerfG, NJW 2013, 1058, 1067).

5. Der Senat neigt dazu, dass das Gericht in einem Fall, in dem die Zäsurwirkung einer rechtskräftigen, noch nicht erledigten Vorverurteilung die Bildung mehrerer Gesamtstrafen erfordert, zunächst diesen Umstand bekannt geben muss (§ 257c Abs. 3 Satz 1 StPO). Will es nach seinem Ermessen Angaben zu der zu erwartenden Strafe machen (§ 257c Abs. 3 Satz 2 StPO), muss es für jede Gesamtstrafe gesondert die jeweilige Ober- und Untergrenze bezeichnen. Nur dies – und nicht die Angabe eines einheitlichen Rahmens für ein im Gesetz nicht vorgesehenes „Gesamtstrafübel“ – entspricht dem Wortlaut des § 257c Abs. 3 Satz 2 StPO.

1030. BGH 1 StR 264/13 – Beschluss vom 16. September 2013 (LG Nürnberg-Fürth)

Darstellungsanforderungen an die Verfahrensrüge (disponible Beweisverwertungsverbote; erforderlicher Vortrag des Verhaltens der Verteidigung); vorsätzliches Herbeiführen einer Sprengstoffexplosion (Vorsatz: Gefährdung von Leib oder Leben eines anderen Menschen); Anforderungen an die Urteilsgründe.
§ 308 Abs. 1 StGB; § 267 Abs. 1 StPO; § 261 StPO; § 344 Abs. 2 Satz 2 StPO

Wird die Außerachtlassung eines disponiblen Beweisverwertungsverbotes gerügt, genügt der Vortrag, der Verteidiger habe zur Beweiserhebung an einem Hauptverhandlungstag eine „Erklärung“ abgegeben, nicht den Darlegungsanforderungen des § 344 Abs. 2 Satz 2 StPO. Die Rüge muss mitteilen, ob der Angeklagte durch diese „Erklärung“ ihres Verteidigers der Verwertung rechtzeitig widersprochen oder ihr zugestimmt hat.

1032. BGH 1 StR 380/13 – Beschluss vom 18. September 2013 (LG Coburg)

Letztes Wort des Angeklagten (erneute Gewährung bei Wiedereintritt in die Verhandlung).
§ 258 StPO

Jeder (auch stillschweigende) Wiedereintritt in die Verhandlung nimmt den vorausgegangenen Ausführungen des Angeklagten die rechtliche Bedeutung als Schlussvortrag und als letztes Wort und macht die erneute Beachtung des § 258 StPO erforderlich macht (vgl. BGH NStZ-RR 2010, 152). Diese Verpflichtung besteht nur dann nicht, wenn nach dem letzten Wort ausschließlich Vorgänge erörtert werden, die auf die gerichtliche Entscheidung keinen Einfluss haben können.

1047. BGH 4 StR 339/13 – Beschluss vom 8. Oktober 2013 (LG Essen)

Einstellung des Strafverfolgung wegen Geringfügigkeit (Verfahrenshindernis für gesamte prozessuale Tat: Begriff der prozessualen Tat, teilweise Einstellung der Strafverfolgung).

§ 154 Abs. 2 StPO; § 154a StPO

1. Das Absehen von der Verfolgung einer Tat nach § 154 Abs. 1 oder 2 StPO bezieht sich auf die gesamte prozessuale Tat (vgl. BGHSt 25, 388, 390). Sollen abtrennbare Teile einer Tat oder einzelne von mehreren Gesetzesverletzungen, die durch dieselbe Tat begangen sind, von der Verfolgung ausgenommen werden, findet – nach dessen Absatz 1 Satz 1 – § 154a StPO Anwendung.

2. Die Tat im prozessualen Sinn ist der geschichtliche – und damit zeitlich und sachverhaltlich begrenzte – Vorgang, auf welchen Anklage und Eröffnungsbeschluss hinweisen, und innerhalb dessen der Angeklagte als Täter oder Teilnehmer einen Straftatbestand verwirklicht haben soll. Sie beschränkt sich nicht auf eine konkrete Handlung, sondern erfasst den gesamten Lebenssachverhalt einschließlich aller damit zusammenhängenden Vorgänge, die für die strafrechtliche Beurteilung von Bedeutung sein können, somit das gesamte Verhalten des Angeklagten, soweit es nach natürlicher Auffassung einen einheitlichen, inhaltlich zusammenhängenden Lebensvorgang darstellt.

1039. BGH 2 StR 306/13 – Beschluss vom 26. September 2013 (LG Bonn)

Ablehnung eines Beweisantrags; Adhäsionsanspruch (Umfang: Ersatzpflicht für künftige Schäden).

§ 244 Abs. 3 StPO; § 403 StPO; § 249 Abs. 1 BGB

Die Feststellung einer Ersatzpflicht für künftige Schäden setzt nach der auch für das Adhäsionsverfahren geltenden Rechtsprechung der Zivilgerichte voraus, dass aus dem festzustellenden Rechtsverhältnis mit einer gewissen Wahrscheinlichkeit Ansprüche entstanden sind oder entstehen können. Bei schweren Verletzungen kann ein

Feststellungsanspruch nur dann verneint werden, wenn aus der Sicht des Geschädigten bei verständiger Beurteilung kein Grund bestehen kann, mit Spätfolgen wenigstens zu rechnen. In diesen Fällen kann es genügen, dass eine nicht eben entfernt liegende Möglichkeit künftiger Verwirklichung der Schadensersatzpflicht durch das Auftreten weiterer Leiden besteht (vgl. BGH NJW 1993, 2382, 2383). Dass ein künftiger Schaden aber bloß möglich ist, reicht auch insoweit nicht aus.

1035. BGH 1 StR 518/13 – Beschluss vom 5. November 2013 (LG Mannheim)

Eingeschränktes Revisionsrecht des Nebenklägers (erforderliche Begründung des Revisionsantrags).

§ 400 Abs. 1 StPO

Nach der Regelung des § 400 Abs. 1 StPO kann der Nebenkläger ein Urteil nicht mit dem Ziel anfechten, dass für die Tat eine andere Rechtsfolge verhängt werden soll. Aus dieser Beschränkung des Anfechtungsrechts des Nebenklägers leitet die Rechtsprechung ab, dass die Revision des Nebenklägers als Zulässigkeitsvoraussetzung eines Revisionsantrags oder einer Revisionsbegründung bedarf, aus denen sich das Verfolgen eines zulässigen Rechtsmittelziels, regelmäßig eine Änderung des Schuldspruchs hinsichtlich eines Nebenklagedelikts, ergibt (vgl. BGH NSTZ-RR 2002, 97, 104).

1042. BGH 2 ARs 284/13 (2 AR 194/13) – Beschluss vom 10. Oktober 2013 (AG Tiergarten; AG Bayreuth)

Nachträgliche Bildung einer Gesamtstrafe (zuständiges Gericht; Aufhebung einer vorherigen Anordnung einer Gesamtstrafe).

§ 55 StGB; § 460 StPO; § 462a Abs. 3 StPO

Die Rechtskraft eines nachträglichen Gesamtstrafenbeschlusses darf durchbrochen werden, wenn wegen anderer Verurteilungen eine weitere nachträgliche Gesamtstrafenbildung erforderlich wird.

Rechtsprechung

V. Wirtschaftsstrafrecht und Nebengebiete

1063. BGH 5 StR 505/12 – Urteil vom 23. Oktober 2013 (LG Cottbus)

BGHSt; unerlaubtes Betreiben einer Abfallentsorgungsanlage (Abfallbegriff; Abgrenzung von Beseitigung und Verwertung von Abfall; Vorsatz bzgl. der Verbotswidrigkeit der Tathandlung); unerlaubter Umgang mit gefährlichen Abfällen (nachhaltige Verunreinigung des Grundwassers; keine Erforderlichkeit nachteiliger Auswirkungen auf andere Umweltmedien, Mensch oder Tier); Verfall (Verfall gegen juristische Person und alleinigen Gesellschafter; erlangtes Etwas; Vertretungsfälle). § 326 Abs. 1 Nr. 4 lit. a StGB; § 327 Abs. 2 Nr. 3 StGB; § 73 StGB

1. Zu der im Rahmen des Tatbestands des unerlaubten Betriebens von Anlagen gemäß § 327 Abs. 2 Nr. 3 StGB vorzunehmenden Abgrenzung zwischen Beseitigung und Verwertung von Abfall. (BGHSt)

2. Zu den Voraussetzungen einer nachhaltigen Verunreinigung des Grundwassers als eigenständigen Schutzgutes des § 326 Abs. 1 Nr. 4 lit. a StGB. (BGHSt)

3. Der strafrechtliche Abfallbegriff ist in Anlehnung an das Abfallverwaltungsrecht selbständig zu bestimmen. Abfall sind danach alle Stoffe und Gegenstände, deren sich der Besitzer durch Beseitigung oder Verwertung

entledigt, entledigen will oder entledigen muss. Das Regime des Abfallrechts endet erst mit der ordnungsgemäßen und schadlosen Verwertung des Abfalls. (Bearbeiter)

4. Eine Strafbarkeit nach § 327 Abs. 2 Nr. 3 StGB (aF) setzt voraus, dass der Täter eine Abfallentsorgungsanlage betrieben hat, für die es einer Genehmigung nach dem Kreislaufwirtschafts- und Abfallgesetz bedurfte. Verwertungsvorgänge im Sinne des § 4 Abs. 3 KrW-/AbfG bedürfen unter keinen Umständen einer Genehmigung nach dem Kreislaufwirtschafts- und Abfallgesetz (sondern gegebenenfalls einer solchen nach dem Bundesimmissionsschutzgesetz) und können somit nicht dem § 327 Abs. 2 Nr. 3 StGB unterfallen. Eine solche stoffliche Verwertung liegt vor, wenn nach einer wirtschaftlichen Betrachtungsweise unter Berücksichtigung der im einzelnen Abfall bestehenden Verunreinigungen der Hauptzweck der Maßnahme in der Nutzung des Abfalls und nicht in der Beseitigung des Schadstoffpotentials liegt. (Bearbeiter)

5. Der Schadstoffgehalt der Abfälle steht für sich genommen der Einstufung der Entsorgungsmaßnahme als Verwertungsvorgang nicht entgegen. Er kann allerdings innerhalb der vorzunehmenden Gesamtbewertung insofern indizielle Bedeutung gewinnen, als er zu einem – mit einer entsprechenden Verpflichtung korrespondierenden – erhöhten Entsorgungsinteresse des Abfallbesitzers führt. (Bearbeiter)

6. Der Vorsatz muss sich bei § 327 Abs. 2 Nr. 3 StGB neben Tatobjekt und Tathandlung auch auf deren Verbotswidrigkeit beziehen. Er hat damit grundsätzlich die Genehmigungsbedürftigkeit der Anlage zu umfassen, weil es sich bei dem Genehmigungserfordernis um ein zum objektiven Tatbestand gehörendes pflichtbegründendes Merkmal handelt. (Bearbeiter)

7. Es ist nicht Voraussetzung einer nachhaltigen Verunreinigung des Grundwassers, dass infolge der Schadstoffbelastung gegenwärtig zumindest die generelle Möglichkeit einer Gefährdung oder einer ganz erheblichen Belästigung von Menschen oder Sachen von bedeutendem Wert besteht. Wie sich aus der Legaldefinition des § 330d Abs. 1 Nr. 1 StGB ergibt, ist das von den im Urteil erwähnten Verunreinigungen unmittelbar betroffene Grundwasser eigenständiges Schutzgut des § 326 Abs. 1 Nr. 4 lit. a StGB, wonach die Umwelt als solche in ihren verschiedenen Medien geschützt wird. Es reicht daher zur Erfüllung des Tatbestandes aus, wenn das Grundwasser in dem betroffenen Gebiet durch die außerhalb einer dafür zugelassenen Anlage abgelagerten Abfälle nachhaltig verunreinigt oder sonst nachteilig verändert wird. Feststellbare Auswirkungen auf andere Umweltmedien, Mensch oder Tier sind insoweit nicht erforderlich. (Bearbeiter)

8. In Fällen des § 73 Abs. 3 StGB, in denen der Täter als Organ, Vertreter oder Beauftragter (§ 14 StGB) oder als sonstiger Angehöriger einer juristischen Person für diese handelt und eine Vermögensmehrung bei der juristischen Person eintritt, kann nicht ohne weiteres angenommen werden, dass der Täter Verfügungsgewalt an dem Erlangten i.S.d. Verfallsrechts hat. Regelmäßig ist vielmehr davon auszugehen, dass die juristische Person über eine

eigene Vermögensmasse verfügt, die vom Privatvermögen des Täters zu trennen ist. (Bearbeiter)

9. Für eine Verfallsanordnung gegen den Täter bedarf es auch in Fällen einer – legalen – Zugriffsmöglichkeit auf das Vermögen einer über die faktische Verfügungsgewalt hinausgehenden Feststellung, dass dieser selbst etwas erlangt hat, was zu einer Änderung seiner Vermögensbilanz geführt hat. Eine solche Feststellung rechtfertigende Umstände können etwa darin liegen, dass der Täter die juristische Person nur als formalen Mantel seiner Tat nutzt, eine Trennung zwischen seiner eigenen Vermögenssphäre und derjenigen der Gesellschaft aber nicht vornimmt, oder darin, dass jeder aus der Tat folgende Vermögenszufluss an die Gesellschaft sogleich an den Täter weitergeleitet wird. (Bearbeiter)

10. Verwirklicht der Täter im Rahmen der gewerblichen Beseitigung von Abfällen Straftaten nach den §§ 326, 327 StGB (hier: durch die illegale Entsorgung der Abfälle), sind nicht ohne weiteres sämtliche für die Entgegennahme der Abfälle vereinnahmten Gelder aus der Tat oder für die Tat erlangt i.S.d. Verfallsrechts. Das ist insbesondere dann nicht der Fall, wenn der letztendlichen Entsorgung ein mehrjähriger – als solcher legaler – Aufbereitungsprozess vorausging. In diesem Fall sind lediglich solche Aufwendungen erlangt, die durch die nicht ordnungsgemäße Beseitigung erspart wurden. (Bearbeiter)

1037. BGH 2 StR 256/13 – Beschluss vom 26. September 2013 (LG Aachen)

Bandenmäßiges Handeltreiben mit Betäubungsmitteln in nicht geringer Menge (Bandenbegriff; Vorliegen einer Bandenabrede: Gesamtbetrachtung).

§ 30a Abs. 1 BtMG

1. Eine Bande im Sinne von § 30a BtMG setzt den Zusammenschluss von mindestens drei Personen voraus, die sich zur fortgesetzten Begehung einer Mehrzahl von Betäubungsmitteldelikten verbunden haben (vgl. allg., BGHSt [GS] 46, 321, 325). Erforderlich ist eine – ausdrückliche oder stillschweigende – Bandenabrede, bei der das einzelne Mitglied den Willen hat, sich mit mindestens zwei anderen Personen zur Begehung dieser Straftaten zusammenzutun (vgl. BGHSt 50, 160, 164). Es genügt hingegen nicht, wenn sich die Täter von vornherein nur zu einer einzigen Tat verbinden und erst in der Folgezeit jeweils aus neuem Entschluss wiederum derartige Taten begehen (vgl. BGH NStZ 2009, 35, 36). Kennzeichnend für die Bande ist eine auf gewisse Dauer angelegte Verbindung mehrerer Täter zu künftiger gemeinsamer Deliktsbegehung.

2. Ob eine Bandenabrede anzunehmen ist, ist auf Grund einer Gesamtwürdigung zu entscheiden, die die maßgeblichen für und gegen eine Bandenabrede sprechenden Umstände in den Blick zu nehmen und gegeneinander abzuwägen hat. Dies gilt insbesondere für die Annahme einer stillschweigenden Übereinkunft, die nach der Rechtsprechung des Bundesgerichtshofs auch – obwohl sie regelmäßig den Bandentaten vorausgeht – aus dem konkret feststellbaren deliktischen Zusammenwirken mehrerer Personen hergeleitet werden kann (vgl. BGHSt 50, 160, 162).

Die strafprozessuale Überwachung des Surfverhaltens

Zugleich Anmerkung zu LG Ellwangen, *Beschl. v. 28.05.2013 – 1 Qs 130/12*

Von Florian Albrecht, Passau und Dr. Frank Braun, Münster*

Die strafprozessuale Telekommunikationsüberwachung nach §§ 100a, 100b StPO ist Massenermittlungsmethode. Täglich ergehen im Schnitt weit mehr als 50 Anordnungen. Auf das Jahr 2012 summierten sich so über 20.000 Überwachungsmaßnahmen.¹ Art und Umfang der Maßnahmen, bei denen konsequent alle technischen Möglichkeiten zur vollständigen Überwachung der Internetnutzung des Betroffenen ausgeschöpft werden, genügen dabei nicht stets rechtsstaatlichen Grundsätzen; man denke etwa an unzulässige Formen einer sog. Quellen-Telekommunikationsüberwachung.² Der vorliegende Beitrag nimmt eine Entscheidung des LG Ellwangen zum Anlass, einen genaueren Blick auf die Praxis der Überwachung IP-basierter Kommunikationsvorgänge zu werfen.

I. Die Überwachung der IP-basierten „Telekommunikation“

§ 100b Abs. 3 Satz 1 StPO bestimmt, dass aufgrund einer gerichtlichen Anordnung jeder, der Telekommunikationsdienste erbringt oder daran mitwirkt, dem Gericht, der Staatsanwaltschaft und ihren im Polizeidienst tätigen Ermittlungspersonen Maßnahmen nach § 100a StPO zu ermöglichen und die erforderlichen Auskünfte unverzüglich zu erteilen hat. Diese Mitwirkungspflicht der Diensteanbieter wird in der Telekommunikations-Überwachungsverordnung (TKÜV) konkretisiert. Die technischen Einzelheiten der Datenweitergabe an die Ermittlungsbehörden ergeben sich aus der technischen Richtlinie zur Umsetzung gesetzlicher Maßnahmen zur Überwachung der Telekommunikation und zum Auskunftersuchen für Verkehrsdaten (TR TKÜV).

* Florian Albrecht, M. A., ist Akademischer Rat a. Z. und Geschäftsführer der Forschungsstelle für IT-Recht und Netzpolitik (for..net) an der Universität Passau. Dr. Frank Braun lehrt Staats- und Verwaltungsrecht an der Fachhochschule für öffentliche Verwaltung des Landes Nordrhein-Westfalen in Münster sowie im Nebenamt IT-Recht an der Hochschule Landshut.

¹ https://www.bundesjustizamt.de/DE/Themen/Buergerdienste/Justizstatistik/Telekommunikation/Telekommunikationsueberwachung_node.html.

² Dazu Braun/Roggenkamp K&R 2011, 681; Albrecht/Dienst JurPC Web-Dok. 5/2012; Stadler MMR 2012, 18; Buermeyer/Bäcker HRRS 2009, 422; Becker/Meinicke StV 2011, 50; Henrichs Kriminalistik 2008, 438.

Gen. §§ 3 Abs. 1, 9 TKÜV werden den Ermittlungsbehörden im Rahmen der Überwachung der IP-basierten Telekommunikation nach gegenwärtiger Praxis von den verpflichteten Providern Überwachungskopien des gesamten von einem Beschuldigten über einen bestimmten Anschluss verursachten Internetverkehrs in Form eines sog. Rohdatenstroms zugeleitet.³ In diesem Datenstrom sind nicht nur diejenigen Daten enthalten, die, etwa als Internettelefonie, zweifelsfrei der Telekommunikation zugeordnet werden können, sondern auch alle sonstigen Daten, die durch einen Anschlussinhaber bei der Internetnutzung erzeugt werden. Dies hat zur Folge, dass die Ermittlungsbehörden aus Anlass der Überwachung IP-basierter Kommunikationsvorgänge auf das gesamte Internetnutzungsverhalten eines Beschuldigten zugreifen können.⁴ Auswertbar sind nicht nur die Internettelefonie, sondern auch sämtliche Eingaben und sonstigen Aktivitäten im Netz (z. B. Up- und Downloads sowie der Aufruf von Internetseiten).⁵ Einen gewissen Schutz bietet potentiellen Betroffenen allein die Verwendung von Verschlüsselungsmechanismen.⁶ Allerdings ist zu bedenken, dass verschlüsselt übermittelte Daten aus dem an die Ermittlungsbehörden übermittelten Rohdatenstrom häufig ausgefiltert und automatisiert mittels entsprechender Software oder manuell durch besonders geschultes Personal entschlüsselt werden.⁷

II. Die Entscheidung des LG Ellwangen, *Beschl. v. 28.05.2013 – 1 Qs 130/12*

Die Entscheidung des Gerichts ist im vorliegenden Kontext insoweit relevant, als sich das Gericht mit der Zulässigkeit der Überwachung des Surfverhaltens eines (wie sich später herausstellte zu Unrecht) Beschuldigten zu

³ Meinicke, in: Taeger, *Law as a Service (LaaS) – Recht im Internet- und Cloud-Zeitalter*, Band 2 (2013), S. 968 f.; Braun jurisPR-ITR 18/2013 Anm. 5; Albrecht jurisPR-ITR 14/2013 Anm. 4.

⁴ Braun jurisPR-ITR 18/2013 Anm. 5.

⁵ Meinicke a.a.O. (Fn. 3), S. 969.

⁶ Vgl. Meinicke a.a.O. (Fn. 3), S. 969.

⁷ Vgl. Braun jurisPR-ITR 18/2013 Anm. 5; vgl. Albrecht jurisPR-ITR 14/2013 Anm. 4; auf die Problematik der Entschlüsselung verschlüsselter Chats oder des verschlüsselten Abrufs von Internetseiten weist etwa Buermeyer StV 2013, 470, 471 hin.

befassen hatte.⁸ Das *LG Ellwangen* stellt fest, dass durch die Überwachung der Online-Aktivitäten (insbesondere dem Besuch von verschiedenen Internetseiten, die zuvor „ergoogelt“ worden waren) in das Recht des Betroffenen auf Gewährleistung der Vertraulichkeit und Integrität informationstechnischer Systeme eingegriffen werde.⁹ Dieser Eingriff bedürfe einer richterlichen Anordnung und könne auf Grundlage von §§ 100a, 100b StPO erfolgen.¹⁰

Der Aufruf von Internetseiten wird nach Ansicht des Landgerichts vom strafprozessualen Kommunikationsbegriff umfasst.¹¹ Die Entscheidung des *BVerfG* zur Online-Durchsuchung sei entsprechend zu deuten.¹² Diesem Urteil könne entnommen werden, dass „jede Internetaufklärung an den Grundrechten zu messen ist, die für die Telekommunikation gelten“.¹³ Dies entspräche zudem der Auffassung des *BGH*, „der die Überwachung der Internetnutzung ohne weiteres nach § 100a StPO beurteilt und dem Schutz des Art. 10 GG unterstellt“.¹⁴ Zur Untermauerung dieser Auffassung verweist das *LG Ellwangen* darauf, „dass bereits aus der Ersetzung der früheren gesetzlichen (und heute noch in Art. 10 GG verwendeten) Formulierung „Fernmelde...“, durch den neueren Begriff der „Telekommunikation“ [...] deutlich [werde], dass gerade auch die immer neuen Formen der Betätigung mit elektronischen Medien unter besonderen gesetzlichen Schutz im Rahmen der informationellen Selbstbestimmung gestellt werden sollten.“¹⁵ Im Interesse eines wirksamen Grundrechtsschutzes könne die Überwachung des Surfverhaltens nicht allein an § 161 StPO gemessen werden.¹⁶ Vielmehr sei davon auszugehen, dass § 100a StPO eine strafprozessuale Ermächtigung zur Überwachung des Surfverhaltens beinhalte.

III. Bewertung und Stellungnahme

1. Keine Telekommunikation und damit kein Eingriff in das Fernmeldegeheimnis

Das Internet kann auf unterschiedliche Weise für Kommunikationszwecke genutzt werden. Hierzu gehören

⁸ Im Übrigen befasst sich die Entscheidung maßgeblich mit der Reichweite des Erhebungsverbots nach § 100a Abs. 4 Satz 1 StPO bezüglich der Überwachung der Kommunikation zwischen einem Beschuldigten und seinem Strafverteidiger, vgl. auch NJW-Spezial 2013, 473. Dieser Komplex wird im Folgenden ausgeblendet.

⁹ *LG Ellwangen*, Beschl. v. 28.05.2013 – 1 Qs 130/12, juris Rn. 61.

¹⁰ *LG Ellwangen*, Beschl. v. 28.05.2013 – 1 Qs 130/12, juris Rn. 61 ff.

¹¹ *LG Ellwangen*, Beschl. v. 28.05.2013 – 1 Qs 130/12, juris Rn. 62.

¹² *LG Ellwangen*, Beschl. v. 28.05.2013 – 1 Qs 130/12, juris Rn. 62.

¹³ *LG Ellwangen*, Beschl. v. 28.05.2013 – 1 Qs 130/12, juris Rn. 62.

¹⁴ *LG Ellwangen*, Beschl. v. 28.05.2013 – 1 Qs 130/12, juris Rn. 62.

¹⁵ *LG Ellwangen*, Beschl. v. 28.05.2013 – 1 Qs 130/12, juris Rn. 63.

¹⁶ *LG Ellwangen*, Beschl. v. 28.05.2013 – 1 Qs 130/12, juris Rn. 63.

etwa unterschiedliche Formen der Internettelefonie, die Verwendung von Chatfunktionen und der E-Mail-Versand.¹⁷ Eine kommunikative Betätigung stellt *Hiéramente* zudem bei der Nutzung sozialer Netzwerke fest, z. B. wenn Pinnwandeinträge hinterlassen, Fotos hochgeladen und hierdurch für Freunde sichtbar gemacht oder sog. Like-Buttons betätigt werden.¹⁸ Fraglich ist allerdings, ob auch der Aufruf von Internetseiten und sonstige Aktivitäten, bei denen keine Informationen an eine bestimmte Person übermittelt werden, vom strafprozessualen Kommunikationsbegriff erfasst sind.

a) Stellungnahme zu den Argumenten des Landgerichts

Das *LG Ellwangen* geht davon aus, dass im Rahmen der Überwachung des Surfverhaltens allein Telekommunikationsinhalte gem. § 100a StPO erfasst werden. Aus der Rechtsprechung des *BVerfG* lässt sich diese Annahme allerdings nicht herleiten, wie das *LG* meint.¹⁹ Das *BVerfG* nimmt in den in der Begründung des Landgerichts angeführten Passagen lediglich zur heimlichen Aufklärung des Internets Stellung und erläutert, dass es im Rahmen der Überwachung der laufenden Internetkommunikation oder einer Vollüberwachung der Nutzung eines Rechnersystems zur Erhebung von Kernbereichsdaten kommen kann.²⁰ Es ist schon sehr abstrus, wenn die Ellwanger Richter die Internetaufklärung durch virtuelle Ermittler mit der Überwachung der IP-basierten Telekommunikation mittels Verpflichtung der Diensteanbieter gleichsetzen.²¹ Verfehlt ist zudem die Annahme, dass „auch an anderer Stelle [der Entscheidung des *BVerfG* zur Online-Durchsuchung] nicht in Frage gestellt [werde], dass jede Internetaufklärung an den Grundrechten zu messen [sei], die für die Telekommunikation gelten“.²² Auch hier befasst sich das *BVerfG* mit der heimlichen Aufklärung des Internets und stellt fest, dass solche Maßnahmen „in bestimmten Fällen“ in das Telekommunikationsgeheimnis eingreifen können.²³ Zur Überwachung der IP-basierten Telekommunikation mittels Verpflichtung der Diensteanbieter fällt kein Wort.

Etwas zielführender ist hingegen die Heranziehung der Rechtsprechung des *BGH*.²⁴ Dieser befasst sich in der Tat mit der Überwachung des Surfverhaltens eines Terrorverdächtigen, der dem Umfeld von Al-Quaida zugerechnet wurde.²⁵ Allerdings scheint der Beschluss des *BGH* primär von Zweckmäßigkeitsüberlegungen auf dem Ge-

¹⁷ Vgl. *Hiéramente* StraFo 2013, 96, 98.

¹⁸ *Hiéramente* StraFo 2013, 96, 98.

¹⁹ *LG Ellwangen*, Beschl. v. 28.05.2013 – 1 Qs 130/12, juris Rn. 62.

²⁰ *BVerfG*, Urt. v. 27.02.2008 – 1 BvR 370/07, 1 BvR 595/07, juris Rn. 272.

²¹ Vgl. *Braun* jurisPR-ITR 18/2013 Anm. 5.

²² *LG Ellwangen*, Beschl. v. 28.05.2013 – 1 Qs 130/12, juris Rn. 62.

²³ *BVerfG*, Urt. v. 27.02.2008 – 1 BvR 370/07, 1 BvR 595/07, juris Rn. 289.

²⁴ *LG Ellwangen*, Beschl. v. 28.05.2013 – 1 Qs 130/12, juris Rn. 62.

²⁵ *BGH*, Beschl. v. 23.03.2010 – StB 7/10 = NStZ-RR 2011, 148.

biet der Terrorismusbekämpfung getragen.²⁶ Eine fundierte Auseinandersetzung mit der verfassungsrechtlichen und strafprozessualen Bewertung des Surfverhaltens findet nicht statt. Seine Annahme begründet der BGH nicht.

Schließlich scheint das LG Ellwangen auch nicht in der gebotenen Sorgfalt das Schrifttum ausgewertet zu haben. Der als Bestätigung der richterlichen Auffassung angeführte Verweis auf die Kommentierung von Meyer-Gößner²⁷ geht völlig fehl.²⁸ Die angeführte Fundstelle befasst sich u. A. mit der Telekommunikation in zugangsgesicherten Chatrooms (Rn. 7), der Überwachung der Internet-Telefonie (Rn. 7a) und der Online-Durchsuchung (Rn. 7b). Die einzige annähernd relevante Passage der Kommentierung („Die internet-Telefonie wird von § 100a erfasst, auch soweit es um die Übertragung bestimmter Dateninhalte wie etwa Bild- oder Videodaten geht“²⁹) steht im Zusammenhang mit der Rechtfertigung der Quellen-Telekommunikationsüberwachung. Einerseits wird die Zulässigkeit dieser Maßnahme im Schrifttum konsequent abgelehnt.³⁰ Andererseits wird mit der als Vertiefungshinweis angeführten Entscheidung des LG Hamburg lediglich festgestellt, dass auch die Übertragung visueller Inhalte einer Kommunikation in Form von Bild- und Videodaten von einer zulässigen Quellen-Telekommunikationsüberwachung erfasst werde, soweit sie während eines Gesprächs an den Kommunikationspartner mitübertragen werden.³¹ Ein Zusammenhang mit der Überwachung des gesamten Surfverhaltens ist hierbei nicht ersichtlich.³²

b) Materieller Kommunikationsbegriff

Das LG Ellwangen legt seiner Entscheidung den technischen Telekommunikationsbegriff des § 3 Nr. 22 TKG zu Grunde. Danach ist Telekommunikation der technische Vorgang des Aussendens, Übermittels und Empfangens von Signalen mittels Telekommunikationsanlagen und mithin jeder Austausch von Datenpaketen³³, wie er bei sämtlichen Formen der Internetnutzung stattfindet.³⁴ Danach läge auch dann „Telekommunikation“ vor, wenn diese aufgrund einer entsprechenden Programmierung autonom zwischen Rechnern oder mobilen Endgeräten stattfindet. All diese Aktivitäten könnten folglich auf

Grundlage der §§ 100a, 100b StPO zum Gegenstand einer Überwachungsmaßnahme gemacht werden.

Das LG erkennt aber, dass der für das TKG maßgebliche technische Telekommunikationsbegriff keineswegs dem strafprozessualen Telekommunikationsbegriff in § 100a, 100b StPO entspricht.³⁵ Ein solches Verständnis ist, wie zu zeigen ist, mit der Rechtsprechung des BVerfG unvereinbar.

aa) Verfassungsrechtliche Grundlagen des Kommunikationsbegriffs

Das Telekommunikationsgeheimnis in Art. 10 Abs. 1 GG ist nicht nach rein technischen Gesichtspunkten zu interpretieren, sondern knüpft an den Grundrechtsträger und dessen Schutzbedürftigkeit anknüpft.³⁶ Es „schützt die unkörperliche Übermittlung von Informationen an individuelle Empfänger mit Hilfe des Telekommunikationsverkehrs“.³⁷ Eine laufende Kommunikation setzt folglich voraus, dass sie zwischen Personen (und nicht bloß Rechnersystemen) stattfindet.³⁸ Als Mindestvoraussetzung bedarf es zweier menschlicher Kommunikationsteilnehmer,³⁹ einen Sender und einem Empfänger⁴⁰. Sender und Empfänger müssen angesichts der grundrechtlichen Bezüge natürliche Personen sein. Ein Datenaustausch zwischen technischen Einrichtungen⁴¹ oder einer Person mit einer technischen Einrichtung reicht nicht aus. Daraus folgt, dass nicht alle Internetaktivitäten als „Telekommunikation“ zu bewerten sind, die dem Schutz des Fernmeldegeheimnisses unterfallen.⁴² Vom Schutzbereich des Telekommunikationsgeheimnisses werden im Rahmen der Internetnutzung zunächst einmal nur die Kommunikationsdienste (bspw. E-Mail, Messenger-Systeme und sämtliche Arten der Internet-Telefonie) erfasst.⁴³ Der Abruf von Webseiten (z. B. die Nutzung von Suchmaschinen) und die Nutzung von Datenbanken (Up- und Download) unterfallen hingegen nicht dem Telekommunikationsbegriff.⁴⁴ Verdeutlichen lässt sich diese Bewertung an dem von Hiéramente gewählten Beispiel, wonach der Aufruf eines Onlineartikels gerade keine an den Verfasser gerichtete Nachricht enthält⁴⁵, obgleich auch hierbei Datenpakete ausgetauscht werden.

²⁶ Die Entscheidung wird im Schrifttum daher auch als „bedauerliche Eskapade“ bezeichnet. So Meinicke a.a.O. (Fn. 3), S. 978.
²⁷ LG Ellwangen, Beschl. v. 28.05.2013 – 1 Qs 130/12, juris Rn. 64.
²⁸ Meinicke a.a.O. (Fn. 3), S. 978; Braun jurisPR-ITR 18/2013 Anm. 5.
²⁹ Meyer-Gößner, 55. Auflage 2012, § 100a Rn. 7a [zitiert wird ausnahmsweise die Voraufgabe, weil das Landgericht auf diese Bezug nimmt].
³⁰ Siehe etwa Braun/Roggenkamp K&R 2011, 681; Albrecht/Dienst JurPC Web-Dok. 5/2012; Stadler MMR 2012, 18; Buermeyer/Bäcker HRRS 2009, 422; Becker/Meinicke StV 2011, 50.
³¹ LG Hamburg, Beschl. v. 13.09.2010 – 608 Qs 17/10, juris Rn. 21 ff. = MMR 2011, 693.
³² Vgl. Braun jurisPR-ITR 18/2013 Anm. 5.
³³ Zu Datenaustausch auf Grundlage des TCP/IP-Modells Meinicke a.a.O. (Fn. 3), S. 969.
³⁴ Meinicke a.a.O. (Fn. 3), S. 969.

³⁵ Vgl. Wolter, in: SK-StPO, 4. Auflage 2010, § 100a Rn. 13; a. A. wohl Graf, in: Beck'scher Online-Kommentar StPO, Stand: 28.01.2013, § 100a Rn. 6.
³⁶ BVerfG, Beschl. v. 22.08.2006 – 2 BvR 1345/03, juris Rn. 51 ff. = NJW 2007, 351, 354. Auch Braun jurisPR-ITR 18/2013 Anm. 5 unterscheidet daher zutreffend zwischen einer „kommunikativen“ und einer „nicht kommunikativen“ Internetnutzung. Im Ergebnis so auch Albrecht jurisPR-ITR 14/2013 Anm. 4.
³⁷ BVerfG, Urt. v. 27.02.2008 – 1 BvR 370/07, 1 BvR 595/07, juris Rn. 164.
³⁸ Albrecht/Dienst JurPC Web-Dok. 5/2012, Abs. 2; Albrecht jurisPR-ITR 14/2013 Anm. 4. Hieraus ergeben sich ein personaler Bezug und ein personales Gefährdungspotenzial, das des Grundrechtsschutzes bedarf.
³⁹ Meinicke a.a.O. (Fn. 3), S. 970.
⁴⁰ Hiéramente StraFo 2013, 96, 98.
⁴¹ Meinicke a.a.O. (Fn. 3), S. 970.
⁴² Braun jurisPR-ITR 18/2013 Anm. 5.
⁴³ Braun jurisPR-ITR 18/2013 Anm. 5; Graf a.a.O. (Fn. 35), § 100a Rn. 6.
⁴⁴ Braun jurisPR-ITR 18/2013 Anm. 5.
⁴⁵ Hiéramente StraFo 2013, 96, 99.

Dem Aufruf von Webseiten und der Verwendung von Suchmaschinen ermangelt es an dem für den materiellen Kommunikationsbegriff konstitutiven sozialen Bezügen.⁴⁶ Dies hat zur Folge, dass sich diesbezügliche Überwachungsmaßnahmen nicht am Fernmeldegeheimnis messen lassen müssen.⁴⁷

bb) Strafprozessuale Grundlagen des Kommunikationsbegriffs

Die §§ 100a, 100b StPO dienen der Erfassung des Kommunikationsverhaltens zwischen Personen und regeln folglich Eingriffe in das in Art. 10 GG geregelte Fernmeldegeheimnis.⁴⁸ Das strafprozessuale Tatbestandsmerkmal der Telekommunikation ist eng mit Art. 10 GG verknüpft, seine Auslegung hat sich nach dem verfassungsrechtlich gebotenen materiellen Verständnis zu richten.⁴⁹ Hiernach stellt der schlichte Austausch von Datenpaketen keine besonders schutzbedürftige Telekommunikation i.S.v. § 100a, 100b StPO und Art. 10 Abs. 1 GG dar. Von Telekommunikation im materiellen Sinne ist erst dann auszugehen, wenn die insoweit maßgeblichen Informationen bewusst von Personen zu Kommunikationszwecken ausgetauscht werden.⁵⁰

2. Kein Eingriff in das Grundrecht auf Vertraulichkeit und Integrität informationstechnischer Systeme

Im Rahmen des Allgemeinen Persönlichkeitsrechts wird die Vertraulichkeit und Integrität informationstechnischer Systeme gewährleistet.⁵¹ Anwendung findet das sog. IT-Grundrecht nach der Rechtsprechung des BVerfG nur dann, wenn ein ausreichender Schutz durch andere Grundrechte, wie Art. 10 Abs. 1 GG oder Art. 13 Abs. 1 GG⁵², nicht gewährleistet ist⁵³, was für den vorliegenden

Fall bereits festgestellt wurde. Insoweit gehen die Ausführungen des LG Ellwangen, das einen kumulativen Eingriff in das Grundrecht auf Vertraulichkeit und Integrität informationstechnischer Systeme sowie in das Telekommunikationsgeheimnis erkannte⁵⁴, fehl.

Nach dem BVerfG wird der Schutzbereich des „neuen IT-Grundrechts“ mit dem Interesse des Nutzers umschrieben, dass die von einem informationstechnischen System erzeugten, verarbeiteten und gespeicherten Daten vertraulich bleiben. Ein Eingriff sei zudem anzunehmen, wenn die Integrität des Systems angetastet wird, indem auf das System so zugegriffen wird, dass dessen Leistungen, Funktionen und Speicherinhalte durch Dritte genutzt werden können; dann sei die entscheidende Hürde für eine Ausspähung, Überwachung und Manipulation des Systems genommen.⁵⁵ Insoweit besteht ein „zweigliedriger“ Schutzbereich.⁵⁶ Geschützt sind die Vertraulichkeit der vom informationstechnischen System gespeicherten und erzeugten Daten sowie die Integrität des Systems vor heimlichen Zugriffen von außen.

Ein nicht unwesentliches Gefährdungspotential für die Persönlichkeitsrechte geht von einer heimlichen Infiltration informationstechnischer Systeme aus.⁵⁷ Eine solche hat „eigenständige Gefährdungsqualität“⁵⁸, die als ein tragendes Motiv der Konstruktion des „neuen“ Grundrechts durch das BVerfG gelten darf. Diese erhöhte Gefährdungsqualität ist vor allem in der Möglichkeit einer *unmerklichen Datenverfälschung*⁵⁹ begründet, die durch eine Infiltration eines informationstechnischen Systems eröffnet wird. Zudem können durch eine Infiltration *Selbstschutzmöglichkeiten* des Betroffenen – als ein wesentliches Element selbstbestimmter Kommunikationsteilhabe – *unterlaufen* werden⁶⁰, da eine etwaige Verschlüsselung der auf dem System generierten und gespeicherten Daten wirkungslos ist, wenn auf diese Daten mittels heimlich installierter Software bereits im unverschlüsseltem Zustand zugegriffen werden kann.

Der Eingriff in die *Integrität* des informationstechnischen Systems wird deshalb auch als prägendes Merkmal des IT-Grundrechts gesehen. *Hoffmann-Riem* etwa stellt fest, dass als Grundsatz gelten müsse, dass gegen Datenerhebungen ohne Infiltration informationstechnischer Systeme weiterhin das Grundrecht auf informationelle Selbstbestimmung schütze⁶¹ und nicht das Grundrecht auf

⁴⁶ Vgl. *Hiéramente* StraFo 2013, 96, 99.

⁴⁷ *Braun* jurisPR-ITR 18/2013 Anm. 5.

⁴⁸ *Hiéramente* StraFo 2013, 96, 98, 101. Auf Grundlage der Vorschriften lassen sich allein Eingriffe in das Telekommunikationsgeheimnis legitimieren. So auch *Meinicke* a.a.O. (Fn. 3), S. 971 sowie S. 974.

⁴⁹ *Braun* jurisPR-ITR 18/2013 Anm. 5; *Hiéramente* StraFo 2013, 96, 98; *Albrecht/Dienst* JurPC Web-Dok. 5/2012 Abs. 22; *Löffelmann* AnwBl 2006, 598, 600. Auch der BGH stellt fest, dass nicht jeder technische Vorgang des Aussendens, Übermittels oder Empfangens von analog oder digital codierten Daten dem Eingriffsbereich des § 100a StPO unterfällt. So BGH, Urt. v. 14.03.2003 – 2 StR 341/02, juris Rn. 12 = NJW 2003, 2034.

⁵⁰ *Braun* jurisPR-ITR 18/2013 Anm. 5; *Hiéramente* StraFo 2013, 96, 98 f.; *Albrecht/Dienst* JurPC Web-Dok. 5/2012, Abs. 22.

⁵¹ Der grundrechtliche Schutz der Vertraulichkeit und Integrität informationstechnischer Systeme ist vom BVerfG nicht als neues Grundrecht konzipiert worden, sondern wird als eine weitere Ausprägung des allgemeinen Persönlichkeitsrechts gesehen, BVerfG, Urt. v. 27.02.2008 – 1 BvR 370/07, 1 BvR 595/07 – LS 1.

⁵² Der missverständlich formulierte Einleitungssatz in BVerfG, Urt. v. 27.02.2008 – 1 BvR 370/07, 1 BvR 595/07 – Rn. 166, besagt nicht, dass das neue Grundrecht auch gegenüber dem Recht auf informationelle Selbstbestimmung subsidiär wäre, sondern soll nur klar stellen, dass das neue Grundrecht dann eingreift, wenn eine Schutzlücke besteht,

wie aus den nachfolgenden Ausführungen des Gerichts hervorgeht, vgl. *Hoffmann-Riem* JZ 2008, 1009, 1019, dort Fn. 91.

⁵³ BVerfG, Urt. v. 27.02.2008 – 1 BvR 370/07, 1 BvR 595/07 – Rn. 166 f.

⁵⁴ LG Ellwangen, Beschl. v. 28.05.2013 – 1 Qs 130/12, juris Rn. 62 f.

⁵⁵ BVerfG, Urt. v. 27.02.2008 – 1 BvR 370/07, 1 BvR 595/07 – Rn. 204.

⁵⁶ *Böckenförde* JZ 2008, 925, 928.

⁵⁷ BVerfG, Urt. v. 27.02.2008 – 1 BvR 370/07, 1 BvR 595/07 – Rn. 240 ff. u. passim; *Hoffmann-Riem* JZ 2008, 1009, 1017.

⁵⁸ *Hoffmann-Riem* JZ 2008, 1009, 1017.

⁵⁹ BVerfG, Urt. v. 27.02.2008 – 1 BvR 370/07, 1 BvR 595/07 – Rn. 240 ff.

⁶⁰ *Hoffmann-Riem* JZ 2008, 1009, 1017.

⁶¹ *Hoffmann-Riem* JZ 2008, 1009, 1019.

Vertraulichkeit und Integrität informationstechnischer Systeme.

Vor diesem Hintergrund scheint hier ein Eingriff in das IT-Grundrecht ausgeschlossen: Im Rahmen der Überwachung der Internetaktivitäten mittels Kopie und Ausleitung des Rohdatenstroms durch den Diensteanbieter wird nicht auf den Rechner des Beschuldigten zugegriffen. Vielmehr werden die Daten auf dem Transportweg abgefangen, kopiert und an die Ermittlungsbehörden weitergeleitet.

Zwar sieht das *BVerfG* bei Umschreibung des Schutzbereichs des neuen Grundrechts eine Infiltration des Systems nicht in jedem Falle als zwingend an. So ist das Grundrecht auf Vertraulichkeit und Integrität informationstechnischer Systeme auch betroffen, wenn Daten des Systems verdeckt durch Messung der elektromagnetischen Abstrahlung von Bildschirm oder Tastatur erhoben werden.⁶² Insoweit schützt das Grundrecht auch vor Datenerhebungen mit Mitteln, die zwar technisch von den Datenverarbeitungsvorgängen des betroffenen informationstechnischen Systems unabhängig sind, aber diese Datenverarbeitungsvorgänge zum Gegenstand haben.⁶³

Allerdings ist auch diese Konstellation mit der vorliegenden nicht vergleichbar. Denn stets und ausschließlich – bei aller beabsichtigter⁶⁴ Zukunftsoffenheit, Ausgestaltungs- und Ausfüllungsbedürftigkeit, die die Formulierungen des Grundrechtsschutzes durch das *BVerfG* prägen – hat das neue Grundrecht erkennbar ausschließlich die Funktion, den Schutz der *im System*⁶⁵ gespeicherten und erzeugten Daten vor staatlicher Ausspähung und Überwachung zu gewährleisten. Bei der gegenständlichen Überwachung der Internetaktivitäten erfolgt aber ein Zugriff ausschließlich auf Daten, die entweder vom betroffenen Nutzer bewusst von seinem informationstechnischen System aus auf den Transportwege gegeben wurden oder die an diesen versendet und auf dem Transportwege abgefangen und kopiert wurden, bevor sie auf dessen informationstechnisches System gespeichert wurden. Ein Eingriff in das Grundrecht auf Vertraulichkeit und Integrität informationstechnischer Systeme ist insoweit nicht feststellbar.

3. Verbleibender Grundrechtsschutz

Damit erscheint für die vorliegende Konstellation das Recht auf informationelle Selbstbestimmung einschlägig. Allerdings könnte, nachdem das Grundrecht auf Vertraulichkeit und Integrität informationstechnischer Systeme hier nicht greift, ein Rückgriff auf den Schutz des Art. 10 Abs. 1 GG im Sinne einer *Zweifelsregelung* angezeigt sein. So will *Bäcker* den Schutz des Telekommunikationsgrundrechts auf sämtliche Inhalte im Netz ausdehnen, soweit beim heimlichen Zugriff nicht feststeht, ob diesen Inhal-

ten der Schutz des Fernmeldegeheimnisses zukommt.⁶⁶ Denn abgesehen von den klassischen Kommunikationsdiensten des Netzes, wie E-Mail oder Voice-Over-IP, ist „ex-ante“, also zum Zeitpunkt des heimlichen Zugriff auf Internetinhalte, regelmäßig nicht abzusehen, ob der überwachte Datenaustausch zu kommunikativen Zwecken genutzt wird. Um den Schutz kommunikativer Inhalte dennoch umfassend zu gewährleisten, dürfe deshalb ein heimlicher Zugriff stets nur unter Beachtung der Schranken des Fernmeldegeheimnisses erfolgen.⁶⁷ Dieser Überlegung ist im Sinne eines effektiven Grundrechtsschutzes grundsätzlich zuzustimmen.⁶⁸ Sie geht aber fehl, wenn der Eingriff in die Privatheit, der mit der Überwachung des Surfverhaltens verbunden ist, aufgrund Dauer und Umfang der Ermittlungsmaßnahme *über das Maß einer „herkömmlichen“ Telekommunikationsüberwachung hinausgeht* und insoweit die Schranken des Art. 10 Abs. 1 GG keinen ausreichenden Grundrechtsschutz vermitteln können. Dies wird, wie nachfolgend zu zeigen ist, in der vorliegenden Konstellation regelmäßig der Fall sein.

a) Eingriffsintensität der Maßnahme mit einer Online-Durchsuchung vergleichbar

Bei der längerfristigen Überwachung der Internetaktivitäten eines Beschuldigten handelt es sich um einen im Vergleich zur herkömmlichen Telekommunikationsüberwachung schwerwiegenderen Eingriff, der hinsichtlich seiner Tragweite eine Online-Durchsuchung gleichkommt. Regelmäßig können, wie *Hiéramente* anschaulich darlegt⁶⁹, im Rahmen derartiger Überwachungsmaßnahmen Informationen von einem solchen *Umfang* und einer solchen Reichweite erhoben werden, dass ein umfassendes Persönlichkeitsprofil erstellt werden kann. Umfangreiche Informationen zu beruflichen und sozialen Aktivitäten, sexuellen Vorlieben, dem Gesundheitszustand, politischen Überzeugungen und sozialen Beziehungen sowie dem Konsumverhalten können bereits aus der Erfassung der Nutzung von Suchmaschinen gewonnen werden. Zudem wird das Internet nicht nur für Suchanfragen, sondern auch im Bereich des E-Commerce, des E-Learning und des E-Government genutzt. Im Rahmen der gegenständlichen Überwachungsmaßnahmen können Informationen in die Hände der Ermittlungsbehörden gelangen, die hinsichtlich ihrer Detailgenauigkeit und Aussagekraft nicht einmal engsten Freunden und Familienangehörigen bekannt sein dürften.⁷⁰

Die Eingriffsintensität wird zudem durch die *Dauer* der Überwachung des Surfverhaltens ganz wesentlich verstärkt. In einem für Telekommunikationsüberwachungen üblichen Zeitraum von drei Monaten (wobei in der Praxis die Maßnahmen häufig verlängert werden) kann eine solche Masse an personenbezogenen Daten erhoben werden, die – zusammengeführt, systematisiert und

⁶² BVerfG, Urt. v. 27.02.2008 – 1 BvR 370/07, 1 BvR 595/07 – Rn. 205.

⁶³ BVerfG, Urt. v. 27.02.2008 – 1 BvR 370/07, 1 BvR 595/07 – Rn. 205.

⁶⁴ Vgl. *Hoffmann-Riem* JZ 2008, 1009 ff.

⁶⁵ Treffend *Böckenförde* JZ 2008, 925, 928.

⁶⁶ *Bäcker*, Die Vertraulichkeit der Internetkommunikation, in: Rensen/Brink, Linien der Rechtsprechung des Bundesverfassungsgerichts (2009), S. 99, 109 f.

⁶⁷ *Bäcker* a.a.O. (Fn. 66), S. 99, 110.

⁶⁸ Sie greift z. B. dann, wenn auf „einzelne“ Internetinhalte heimlich auf dem Kommunikationswege zugegriffen wird.

⁶⁹ *Hiéramente* StraFO 2013, 96 ff.

⁷⁰ So treffend *Hiéramente* StraFO 2013, 96 ff.

ausgewertet – eine Eingriffstiefe in die Persönlichkeitsrechte der Betroffenen auf höchster Stufe erreichen kann. Wie im Falle einer Online-Durchsuchung können Einblicke in ganz wesentliche Teile der Lebensgestaltung gewonnen werden, die die Erstellung „differenzierter Interessen-, Verhaltens- und Sozialprofilen“⁷¹ ermöglicht. Oder anders gewendet: Die Datenmenge und Datenqualität, die regelmäßig durch eine längerfristige Überwachung des Surfverhaltens gewonnen werden kann, befähigt zu einer Kumulation und Kombination der erhobenen Information, die in Tiefe und Breite die Privatheit des Betroffenen ebenso beeinträchtigt, wie ein heimlicher Zugriff auf dessen Rechner.

Die Tatsache, dass vorliegend der Datenzugriff auf dem Transportwege erfolgt, also außerhalb des vom neuen Grundrecht allein geschützten informationstechnischen Systems, rechtfertigt keine andere Bewertung. Denn einerseits illustriert das *BVerfG* die immense Eingriffsqualität einer Online-Durchsuchung auch und gerade damit, dass durch eine Infiltration des Rechners des Betroffenen massenhaft sensible Daten über seine *Online*-Aktivitäten gewonnen werden können. Das Gericht erkennt die besondere Schwere des Eingriffs darin, dass durch eine Online-Durchsuchung die Möglichkeit bestehe, „die gesamte Internetkommunikation des Betroffenen über einen längeren Zeitraum mitzuverfolgen“.⁷² Dies legt ein äquivalentes Schutzniveau nahe: Denn es macht keinen Unterschied, ob sensible Daten aus *Online*-Aktivitäten des Betroffenen heimlich auf dessen Rechner erfasst werden oder auf dem Transportwege kopiert und ausgelesen werden.

Zwar mag das neue Grundrecht mit Blick auf das angegriffene informationstechnische System als abgegrenzte Zone der Privatheit noch weitreichendere Schutzzwecke verfolgen. Die Vertraulichkeitserwartung des Betroffenen wird aber nicht dadurch abgesenkt⁷³, indem er das Internet benutzt und sich insoweit sich in gewissem Maße der Außenwelt öffnet. Denn von einer freien Entscheidung des Grundrechtsträgers, das Internet zu nutzen – was allein eine Absenkung des Schutzniveaus rechtfertigen könnte – kann nicht mehr die Rede sein. Wie vom *BGH* festgestellt⁷⁴, ist der Bürger mittlerweile auf die neuen Medien angewiesen. Und wie *Gusy* treffend festgestellt hat, kann derjenige, der auf bestimmte Medien angewiesen ist, nicht mehr frei über deren Nutzung entscheiden. Die Entscheidung gegen deren Nutzung ist dann keine Form der Freiheitsausübung mehr, die Nivellierungen im Grundrechtsschutz zuließe, sondern nur mehr eine Form des Freiheitsverzichts.⁷⁵

Im Übrigen sind Internetnutzer auf eine Datenspeicherung im eigenen informationstechnischen System immer weniger angewiesen. Mittels *Cloud-Computing*-Anwendungen kann die gesamte Rechneraktivität in

virtuelle Speicher, auf die ein ortsunabhängiger Zugriff möglich ist, verlegt werden. Dabei werden die in der Vergangenheit auf stationären Festplatten vorgehaltenen Speicherkapazitäten durch „virtuelle“ Speicher ersetzt. Zwar sind die Server, auf denen die Inhalte der *Cloud*-User gespeichert sind, als eigenständige informationstechnische Systeme vom IT-Grundrecht umfassend geschützt. Nur ist es regelmäßig technisch nicht möglich gezielt auf die Inhalte eines verdächtigen Nutzers zuzugreifen (und überdies rechtlich unzulässig). Allerdings steht ein Zugriff auf dem Transportwege der Daten zum ausgelagerten Server offen, wie im Falle einer *IP*-basierten Telekommunikationsüberwachung. Dieser Zugriff stellt dann aber einen mit einer *Online*-Durchsuchung vergleichbaren Eingriff dar. Denn anderenfalls würde es bei der Bewertung darauf ankommen, ob sensible Inhalte, wie etwa ein digitales Tagebuch, auf einem stationären Rechner oder in der „*Cloud*“ auf einer virtuellen Festplatte gespeichert werden.⁷⁶ Die Arbeit mit virtuellen Speichern ist vielmehr im Sinne eines umfassenden Grundrechtsschutzes mit der auf einem eigenen Rechnersystem gleichzusetzen – den Transportweg der Daten mit eingeschlossen.

Allerdings unterscheiden sich die *Selbstschutzmöglichkeiten* des Betroffenen im Falle einer Datenerhebung auf dem Transportwege. Im Gegensatz zu einer *Online*-Durchsuchung kann hier durch den Einsatz von Verschlüsselungstechniken eine Kenntnisnahme der heimlich kopierten Daten durch die Ermittler wirksam ausgeschlossen werden. Ob allerdings in Anlehnung an die Rechtsprechung des *BVerfG* die bestehenden Selbstschutzmöglichkeiten eine Absenkung des Grundrechtsschutzes tragen⁷⁷, darf bezweifelt werden.⁷⁸ Jedenfalls solange keine wirksamen, kostengünstigen Verschlüsselungstechniken jedermann zur Verfügung stehen, die den Internetverkehr nicht wesentlich verlangsamen und ohne großen technischen Sachverstand zu implementieren sind, dürfte diese Überlegung zu vernachlässigen sein.

b) Eingriffsschwellen

Somit ist festzustellen, dass die längerfristige Überwachung der Internetaktivitäten eines Betroffenen einen ebensolchen Eingriff in dessen Privatheit zeitigt, wie eine *Online*-Durchsuchung. Die Tatsache, dass der heimliche Zugriff auf Daten erfolgt, die außerhalb des informationstechnischen Systems des Betroffenen gespeichert sind, rechtfertigt keine Differenzierung im Grundrechtsschutz. Danach kann eine Eingriffsrechtfertigung nur unter den strengen materiellen Voraussetzungen erfolgen, die an eine *Online*-Durchsuchung zu stellen sind.

⁷¹ Hoffmann-Riem JZ 2008, 1009, 1017.

⁷² BVerfG, Urt. v. 27.02.2008 – 1 BvR 370/07, 1 BvR 595/07 – Rn. 235.

⁷³ Zu entsprechenden (leichten) Nivellierungen in der Rechtsprechung des BVerfG, Urt. v. 27.07.2005 – 1 BvR 668/04 – präventive Telekommunikationsüberwachung.

⁷⁴ BGH, Urt. v. 24.01.2013 – III ZR 98/12.

⁷⁵ Gusy DuD 2009, 33, 34.

⁷⁶ Eine andere Bewertung dürfte allerdings dann geboten sein, wenn Tatsachen die Annahme rechtfertigen, dass Zugangsdaten zu *Cloud*-Diensten geteilt werden, damit Informationen von einer Person „hochgeladen“ und einer anderen Person „heruntergeladen“ werden können. In diesem Fall liegt eine Form der Kommunikation vor, die dem ausschließlich dem Schutz des Fernmeldegeheimnisses unterliegt und auf die gem. § 100a, b StPO zugegriffen werden kann (offen gelassen von *Hiéramente* StraFo 2013, 96, 100).

⁷⁷ BVerfG, Urt. v. 02.03.2006 – 2 BvR 2099/04 – Rn. 76 ff.

⁷⁸ Kritisch auch Hoffmann-Riem JZ 2008, 1009, 1017.

Allerdings gestaltet sich die Herleitung der Eingriffsschwellen als schwierig. Denn der Schutzbereich des IT-Grundrechts ist vorliegend nicht eröffnet, einschlägig ist „eigentlich“ das Recht auf informationelle Selbstbestimmung. Allerdings wurde das Recht auf Informationelle Selbstbestimmung in der Entscheidung des *BVerfG* zu Online-Durchsuchung – überflüssiger Weise⁷⁹ – „kuiert“. Dieses soll in Abgrenzung zum Recht auf Gewährleistung und Integrität informationstechnischer Systeme nur noch vor *einzelnen* Datenerhebungen schützen⁸⁰, wovon vorliegend natürlich keine Rede sein kann. Insoweit ist es nachvollziehbar, wenn *Meinicke* feststellt⁸¹, dass das Recht auf informationelle Selbstbestimmung in der vorliegenden Konstellation nicht ausreicht, um den Besonderheiten der grundrechtlichen Gefährdungslage Rechnung zu tragen, weshalb ein Eingriff in das Grundrecht auf Gewährleistung der Vertraulichkeit und Integrität informationstechnischer Systeme anzunehmen sei. Allerdings kann eine solche „Erweiterung“ des Schutzbereichs des IT-Grundrechts nicht überzeugen. Denn dann wäre die in ihrem Gewährleistungsumfang ohnehin schon schwer fassbare Ausprägung des allgemeinen Persönlichkeitsrechts nahezu jeglicher Konturen beraubt. Konsequenter wäre es – wenn man den umstrittenen⁸² Ausführungen des *BVerfG* zum Recht auf informationelle Selbstbestimmung folgen will – für „großdimensionierte“ Eingriffe in die informationelle Selbstbestimmung außerhalb informationstechnischer Systeme die Schaffung einer neuen Ausprägung des allgemeinen Persönlichkeitsrechts zu fordern⁸³.

Nimmt man, was naheliegender erscheint, die angedeutete Reduktion des Schutzbereichs des Rechts auf informationelle Selbstbestimmung auf „einzelne“ Datenerhebungen weniger wörtlich, lassen sich ebenfalls grundrechtsdogmatisch vertretbare Lösungen finden. So käme auch bei Eröffnung des Schutzbereichs des Rechts auf informationelle Selbstbestimmung eine Heranziehung der (materiellen) Eingriffsschwellen des Rechts auf Vertraulichkeit und Integrität informationstechnischer Systeme in Betracht. Denn im Hinblick auf die Eingriffintensität sind die grundrechtlichen Schranken derjenigen Ausprägung des Allgemeinen Persönlichkeitsrechts zu entnehmen, die vor der größeren Gefährdung schützt und deshalb strengere Anforderungen stellt.⁸⁴ Entsprechende Eingriffsschwellen könnten im Übrigen auch aus dem allgemeinen Grundsatz der Verhältnismäßigkeit abgeleitet werden.⁸⁵

Unabhängig davon, welchem Begründungsansatz man folgen möchte, steht fest, dass eine längerfristige heimliche

Überwachung der Internetaktivitäten nur unter materiellen Eingriffsschwellen erfolgen kann, die denen einer Online-Durchsuchung entspricht.

4. Bestimmung der materiellen Eingriffsschwellen

Das *BVerfG* hat festgestellt, dass Eingriffe in das Grundrecht auf Vertraulichkeit und Integrität informationstechnischer Systeme auch zu Zwecken der Strafverfolgung gerechtfertigt sein können.⁸⁶ Konkretere Ausführungen zu den hierfür erforderlichen Voraussetzungen erfolgen in der Entscheidung indes nicht. Angesichts der hohen Eingriffsschwellen im präventiven Kontext (Tatsachen weisen auf eine im Einzelfall drohende Gefahr für ein überragend wichtiges Rechtsgut, wie Leib, Leben oder Freiheit hin bzw. es konkrete Bedrohungen vor, die den Bestand des Staates oder die Grundlagen der menschlichen Existenz berühren) muss der Straftatenkatalog, auf den eine etwaige Eingriffsregelung Bezug nimmt, eng begrenzt sein. Es muss sich dabei um besonders schwere Straftaten handeln, die sich auf die genannten Rechtsgüter beziehen.⁸⁷ Darüber hinaus, so *Böckenförde*, haben sich die Anforderungen an eine konkrete Gefahr im Straftatenkatalog wieder zu spiegeln, was zur Folge hat, dass Vorfeld- und abstrakte Gefährdungsdelikte regelmäßig nicht in einen etwaigen Katalog aufgenommen werden können.⁸⁸

Diesen, nur grob umrissenen, Anforderungen entspricht § 100a StPO zweifellos nicht⁸⁹; nach dem Straftatenkatalog des § 100a Abs. 2 StPO wird eine Telekommunikationsüberwachung etwa bereits bei Verdacht einer Abgeordnetenbestechung, Bestechung und Bestechlichkeit, Verleitung zur missbräuchlichen Asylantragstellung oder einfache Formen des Handels mit Betäubungsmitteln ermöglicht.⁹⁰ Strafprozessuale Eingriffe in das IT-Grundrecht können demnach nicht über die Vorschriften zur Telekommunikationsüberwachung gerechtfertigt werden.⁹¹

Allerdings können Parallelen zum „großen Lauschangriff“ in § 100c StPO gezogen werden.⁹² Der Straftaten-

⁷⁹ Vgl. *Britz DÖV* 2008, 411, 413 f.

⁸⁰ *BVerfG*, Ur. v. 27.02.2008 – 1 BvR 370/07, 1 BvR 595/07 – Rn. 200.

⁸¹ *Meinicke* a.a.O. (Fn. 3), S. 969, allerdings ohne weitergehende Begründung.

⁸² Kritik äußern beispielsweise *Britz DÖV* 2008, 411; *Eifert NVwZ* 2008, 521; *Hoeren MMR* 2008, 365; *Hornung CR* 2008, 299, *Jäger jurisPR-ITR* 12/2008, Anm. 2 oder *Kutscha NJW* 2008, 1024; vgl. auch die weiteren Nw. bei *Böckenförde JZ* 2008, 925, 927, dort Fn. 29 und *Hoffmann-Riem JZ* 2008, 1009, 1015, dort Fn. 62.

⁸³ So etwa *Britz DÖV* 2008, 411, 413.

⁸⁴ So *Hoffmann-Riem JZ* 2008, 1009, 1019 dort in Fn. 92.

⁸⁵ *Britz DÖV* 2008, 411.

⁸⁶ *BVerfG*, Ur. v. 27.02.2008 – 1 BvR 370/07, 1 BvR 595/07 – Rn. 207.

⁸⁷ Vgl. zu etwaigen Eingriffsvoraussetzungen im Einzelnen auch *Redler*, Die strafprozessuale Online-Durchsuchung, 2012.

⁸⁸ *Böckenförde JZ* 2008, 935.

⁸⁹ Für die gegenständliche Fallkonstellation: *Braun jurisPR-ITR* 18/2013 Anm. 5; *Hiéramente StraFo* 2013, 96; *Meinicke* a.a.O. (Fn. 3), S. 969; geradezu hanebüchen ist dagegen die Auffassung der Ellwangerer Richter, ein Eingriff in das IT-Grundrecht könne allein aufgrund des Richtervorbehalts in §§ 100a, 100b StPO legitimiert werden, *LG Ellwangen*, Beschl. v. 28.05.2013 – 1 Qs 130/12, *juris* Rn. 61.

⁹⁰ *Hiéramente StraFo* 2013, 96, 101.

⁹¹ *Braun jurisPR-ITR* 18/2013 Anm. 5; *Popp ZD* 2012, 51; *Braun/Roggenkamp K&R* 2011, 681; *Buermeyer/Bäcker HRRS* 2009, 433; 681; *Hoffmann-Riem JZ* 2008, 1009.

⁹² *Braun jurisPR-ITR* 18/2013 Anm. 5; vgl. auch den Gesetzesentwurf der bayerischen Staatsregierung für eine Eingriffsermächtigung zu einer strafprozessual motivierten Online-Durchsuchung aus dem Jahre 2008 in *BT-Drs.*

katalog in § 100c StPO, der sich auf einen Grundrechtseingriff in die Privatheit von ähnlicher Intensität bezieht, ist aufgrund der verfassungsrechtlichen Vorgaben des Art. 13 Abs. 3 GG auf besonders schwere Straftaten beschränkt. Ein auf Tatsachen begründeter Verdacht dieser auch im Einzelfall schwer wiegender Straftaten könnte dann auch eine längerfristige Überwachung der Internetaktivitäten außerhalb des informationstechnischen Systems des Betroffenen rechtfertigen.

IV. Schlussfolgerungen

1. Pflicht zur Entwicklung und zum Einsatz von Filtersoftware

Im Rahmen der gegenwärtigen Praxis der Überwachung IP-basierter Telekommunikation werden die Ermittlungsbehörden (zumindest theoretisch) befähigt, umfassende Persönlichkeitsprofile der Überwachten zu erstellen. Dies ist aus verfassungsrechtlicher Sicht nicht hinnehmbar und lässt sich auf Grundlage der bestehenden strafprozessualen Eingriffsbefugnisse nicht rechtfertigen.⁹³

Sollten die Ermittlungsbehörden an einer Überwachung der IP-basierten Telekommunikation festhalten wollen, so sind sie in Ermangelung einer Regelung über die Erfassung des gesamten Surfverhaltens eines Beschuldigten gehalten, die mit der Telekommunikationsüberwachung einhergehenden Gefahren für die Verwirklichung von Grundrechten zu minimieren. Ein effizienter Grundrechtsschutz lässt sich in diesem Zusammenhang nur durch eine grundrechtsschonende Ausgestaltung der technischen Verfahren gewährleisten.⁹⁴ Hieraus folgt eine Verpflichtung zur Entwicklung geeigneter Filtersysteme, die im Rahmen der Ausleitung von Rohdatenströmen durch die Diensteanbieter gewährleisten, dass ausschließlich Telekommunikationsdaten erfasst und weitergeleitet werden.⁹⁵ Das *LG Hamburg* stellt etwa fest, dass die „die Funktion des [...] von den Ermittlungsbehörden eingesetzten Computerprogramms [...] auf die Überwachung und Weiterleitung der von der gerichtlichen Anordnung nach § 100a StPO erfassten TK-Daten zu beschränken [hat]“.⁹⁶ Ein „Beifang“ muss also schon durch die Verwendung entsprechender technischer Verfahren ausgeschlossen werden.

Hiergegen gerichtete Bedenken, die auf der Annahme beruhen, dass nicht immer zweifelsfrei zwischen Telekommunikations- und anderen Daten unterschieden werden könne, ist entgegenzuhalten, dass unter den Bedingungen moderner Informationstechnologien Abstriche bei der Strafverfolgung gemacht werden müssen.

365/08; mit Einschränkungen auch *Böckenförde* JZ 2008, 925, 935.

⁹³ *Meinicke* a.a.O. (Fn. 3), S. 976 f.; *Albrecht* jurisPR-ITR 14/2013 Anm. 4.

⁹⁴ *Albrecht* jurisPR-ITR 14/2013 Anm. 4; *Hiéramente* StraFo 2013, 96, 102.

⁹⁵ Vgl. BVerfG, Urt. v. 27.02.2008 – 1 BvR 370/07, 1 BvR 595/07, juris Rn. 172; vgl. *Albrecht* jurisPR-ITR 14/2013 Anm. 4.

⁹⁶ *LG Hamburg*, Beschl. v. 13.09.2010 – 608 Qs 17/10, juris Rn. 51 = MMR 2011, 693, 696.

Eine Überwachung mit technisch ungeeigneten Verfahren muss zwingend unterbleiben.⁹⁷

2. Strafbarkeit der Telekommunikationsdiensteanbieter

Die Verpflichtung zur Entwicklung und zum Einsatz geeigneter Filtersoftware trifft allerdings nicht nur die Ermittlungsbehörden, sondern vielmehr auch die Diensteanbieter. § 5 Abs. 2 TKÜV besagt, dass ein von den Ermittlungsbehörden hierzu verpflichteter Diensteanbieter der berechtigten Stelle am Übergabepunkt eine vollständige Kopie der Telekommunikation bereitzustellen hat, die über seine Telekommunikationsanlage unter der zu überwachenden Kennung abgewickelt wird. Hierbei hat er sicherzustellen, dass die bereitgestellten Daten ausschließlich die durch die Anordnung bezeichnete Telekommunikation enthalten. Die Vorschrift muss unter Zugrundelegung des materiellen Kommunikationsbegriffs so verstanden werden, dass im Rahmen der Überwachung IP-basierter Kommunikationsvorgänge keineswegs komplette Rohdatenströme an die Ermittlungsbehörden weitergeleitet werden dürfen. Dies ist ein Verstoß gegen das in § 88 Abs. 1 TKG verankerte Fernmeldegeheimnis und nach § 206 Abs. 1 StGB strafbar.

3. Beweisverwertungsverbote

Weiterhin stellt sich die Frage, ob Informationen, die im Rahmen der Telekommunikationsüberwachung als „Beifang“ erfasst wurde, im Rahmen eines Strafverfahrens verwertet werden können. *Hiéramente* weist in diesem Zusammenhang zutreffend darauf hin, dass das Beweisverwertungsverbot aufgrund des in unserer Rechtsordnung verankerten Verzichts auf die *fruit of the poisonous tree*-Doktrin nur bedingt geeignet ist, um einen effizienten Grundrechtsschutz zu gewährleisten.⁹⁸ Grundsätzlich muss angesichts der Schwere der Grundrechtsverletzung und des Erfordernisses der Eindämmung eines systematischen Missbrauchs durch die Ermittlungsbehörden ein solches Beweisverwertungsverbot im vorliegenden Zusammenhang aber in Betracht gezogen werden.⁹⁹

4. Alternative Handlungsempfehlungen – Überwachung der Internetaktivitäten analog § 100c StPO

Nach dem Vorgesagten ist nach derzeitiger Rechtslage eine längerfristige strafprozessuale Überwachung des Surfverhaltens unzulässig. Wenn man dennoch auf diese Daten zugreifen wollte, müsste der Gesetzgeber unter Beachtung der angedeuteten verfassungsrechtlichen Determinanten tätig werden. Zumindest für eine Übergangszeit könnten sich aber derartige Maßnahmen bei richterlich betätigtem Vorliegen der materiellen Anordnungsvoraussetzungen des § 100c StPO rechtfertigen lassen. Der in § 100c StPO erforderliche Verdachtsgrad sowie die in dessen Straftatenkatalog genannten besonders schweren Anlasstaten

⁹⁷ Vgl. *Meyer-Goßner*, 56. Auflage 2013, § 100a Rn. 7a.

⁹⁸ *Hiéramente* StraFo 2013, 96, 102.

⁹⁹ Vgl. *Albrecht* JurPC Web-Dok. 59/2011, Abs. 21.

entsprechen den verfassungsrechtlich erforderlichen Eingriffsschwellen. Eine längerfristige Überwachung aller Internetaktivitäten des Betroffenen muss jedenfalls dann möglich sein, wenn unter denselben Voraussetzungen eine die Privatheit ebenso beeinträchtigende Maßnahme gestattet ist, wie das heimliche Eindringen in Wohnungen zum Zwecke des Anbringens einer Wanze und vor allem das nachfolgende Abhören des gesprochenen Wortes in Wohnungen über einen nicht unerheblichen Zeitraum.

Weitergehende prozedurale Schutzvorkehrungen sind dagegen nicht erforderlich. Insbesondere entsprechen die Regelungen zum Schutz des Kernbereichs privater Lebensgestaltung sowie der obligatorische Richtervorbehalt in §§ 100a, 100b StPO den verfassungsrechtlichen Vorgaben. Besondere technische Schutzvorkehrungen sind, nachdem der Zugriff auf die Daten außerhalb des informationstechnischen Systems des Betroffenen erfolgt, nicht erforderlich.

V. Fazit

Die umfassende Überwachung des Surfverhaltens im Rahmen von TKÜ-Maßnahmen nach derzeitiger Praxis ist rechtswidrig. Soweit das *LG Ellwangen* eine gegenteilige Position vertritt, lohnt es kaum, diese zur Kenntnis zu nehmen. Insbesondere die oberflächliche und in jeder Hinsicht unzureichende Entscheidungsbegründung ist zu beklagen, die nur wenig freundliche Rückschlüsse auf die Ergebnisfindung des Gerichts zulässt. Die Argumentation des Landgerichts ist in hohem Grade unschlüssig, teils widersprüchlich, Verweise gehen fehl und die Rechtsprechung des *BVerfG* wird offensichtlich unzutreffend gedeutet. Insoweit darf man hoffen, dass sich das *BVerfG* demnächst der Sache annimmt und für Rechtssicherheit sorgt. Verfassungsbeschwerde wurde bereits erhoben.

Aufsätze und Anmerkungen

Eine Europäische Staatsanwaltschaft nach den Vorstellungen der Europäischen Kommission

Von Prof. Dr. Anette Grünewald, Humboldt-Universität zu Berlin

I. Einführung

Am 17. Juli 2013 hat die Europäische Kommission einen Verordnungsvorschlag zur Errichtung einer Europäischen Staatsanwaltschaft vorgelegt (im Folgenden: VO-EStA)¹. Völlig überraschend kam dieser Schritt nicht. Der Präsident der Europäischen Kommission, José Manuel Durão Barroso, hat ihn im letzten Jahr, in seiner Rede zur Lage der Union vom 12. September 2012, angekündigt: „Wir sind dem Grundsatz der Rechtsstaatlichkeit verpflichtet. Aus diesem Grund möchten wir – wie in den Verträgen vorgesehen – eine Europäische Staatsanwaltschaft schaffen. In Kürze werden wir einen Vorschlag dazu vorlegen.“² Darüber hinaus stellte die Kommission schon im Jahr 2010 in ihrem „Aktionsplan zur Umsetzung des Stockholmer Programms“ in Aussicht, „die Arbeiten an einer europäischen Staatsanwaltschaft [... voranzutreiben]“.³ Erste Überlegungen, eine Europäische Staatsanwaltschaft einzurichten, reichen freilich wesentlich weiter zurück. Bereits Ende der 1990er Jahre enthielt das „Corpus Juris der strafrechtlichen Regelungen zum

Schutz der finanziellen Interessen der Europäischen Union“, das von Strafrechtsexperten auf Veranlassung des Europäischen Parlaments und der Kommission erarbeitet wurde, Bestimmungen zur Schaffung, Organisation und Funktion einer Europäischen Staatsanwaltschaft (Art. 18 ff.).⁴ Diese Erwägungen fanden wenig später Eingang in das „Grünbuch zum strafrechtlichen Schutz der finanziellen Interessen der Europäischen Gemeinschaften und zur Schaffung einer Europäischen Staatsanwaltschaft“, welches die Europäische Kommission im Jahr 2001 vorgestellt hat.⁵ Dass diese Pläne auf ungeteilte oder breite Zustimmung gestoßen sind,⁶ lässt sich nicht sagen.⁷ Eine Umsetzung der Vorschläge war indes schon

¹ COM (2013) 534 final.

² Barroso, Rede zur Lage der Union 2012 (Speech/12/596), S. 11.

³ KOM (2010) 171 endg., S. 5 f., 20.

⁴ Delmas-Marty (Hrsg.), Corpus Juris der strafrechtlichen Regelungen zum Schutz der finanziellen Interessen der Europäischen Union (1998) sowie die überarbeitete Fassung: Corpus Juris (2000, Fassung Florenz).

⁵ KOM (2001) 715 endg.

⁶ In der Follow-Up-Mitteilung zum Grünbuch hält die Kommission fest, dass die „Mehrheit der Schaffung einer Europäischen Staatsanwaltschaft grundsätzlich positiv“ gegenüberstehe; KOM (2003) 128 endg., S. 5.

⁷ Eingehende Analyse des Grünbuchs bei Biehler/Gleiß/Parra/Zeitler, Strafrechtlicher Schutz der finanziellen Interessen der EG und Schaffung einer Europäischen Staatsanwaltschaft – Analyse des Grünbuchs der Europäischen Kommission (2002). – Kritisch zum Vorschlag, eine

deshalb nicht ohne weiteres möglich, weil nach dem damals geltenden EG-Vertrag keine Rechtsgrundlage für die Schaffung eines solchen supranationalen Strafverfolgungsorgans vorhanden war; der Vertrag hätte also geändert werden müssen.⁸ Diese Situation hat sich mit Inkrafttreten des Vertrags von Lissabon am 1. Dezember 2009 grundlegend geändert. In Art. 86 I S. 1 AEUV heißt es: „Zur Bekämpfung von Straftaten zum Nachteil der finanziellen Interessen der Union kann der Rat gemäß einem besonderen Gesetzgebungsverfahren durch Verordnungen ausgehend von Eurojust eine Europäische Staatsanwaltschaft einsetzen.“ Von dieser Kompetenznorm – die die Einrichtung einer Europäischen Staatsanwaltschaft zwar gestattet, aber keine Pflicht dazu enthält – hat die Kommission nun Gebrauch gemacht. Bei der ausgesprochen dynamischen Entwicklung, die die Europäische Union auszeichnet, war es nur eine Frage der Zeit, wann die Kommission einen entsprechenden Verordnungsentwurf vorlegt.⁹ Dabei sind die Ziele ehrgeizig: Die Europäische Staatsanwaltschaft soll am 1. Januar 2015 ihre Arbeit aufnehmen.¹⁰ Im Jahr 2023 soll sie „ihren normalen Arbeitsrhythmus erreichen“ und mit 235 Bediensteten personell voll ausgestattet sein.¹¹ Ob diese Vorstellungen realistisch sind, ist sehr die Frage. So sind die Hürden für die Etablierung einer unionsweit agierenden Europäischen Staatsanwaltschaft keineswegs gering. Nach Art. 86 I S. 2 AEUV ist ein einstimmiger Beschluss des Rates nach Zustimmung des Europäischen Parlaments nötig. Wegen starker Vorbehalte einiger Mitgliedstaaten gegen ein derartiges Vorhaben¹² ist kaum zu erwarten, dass ein solcher Beschluss zustande kommt. Art. 86 I UA 3 AEUV eröffnet jedoch für diesen Fall die Möglichkeit, eine Europäische Staatsanwaltschaft im Wege einer verstärkten Zusammenarbeit einzusetzen, wofür mindestens neun Mitgliedstaaten erforderlich sind. Und dass dieses Ziel erreichbar ist, erscheint keinesfalls unwahrscheinlich.

Europäische Staatsanwaltschaft einzurichten, insbesondere Böse, in: Schwarze (Hrsg.), Der Verfassungsentwurf des Europäischen Konvents: verfassungsrechtliche Grundstrukturen und wirtschaftsverfassungsrechtliches Konzept (2004), S. 151, 157 ff.; Hecker, Europäisches Strafrecht, 4. Aufl. (2012), § 14 Rn. 39 ff.; Scheuermann, Das Prinzip der gegenseitigen Anerkennung im geltenden und künftigen Europäischen Strafrecht (2009), S. 106 ff., 137 ff.; befürwortend hingegen Brüner/Spitz NStZ 2002, 393, 396 ff.; Schönemann (Hrsg.), Alternativentwurf Europäische Strafverfolgung (2004), S. 5 („unbedingt notwendig“); Radtke GA 2004, 1, 13 f.; Lingenthal ZEuS, 2010, 79, 102 ff.

⁸ Was die Kommission seinerzeit auch vorschlug; zum neu einzuführenden Art. 280a EGV vgl. KOM (2000) 608 endg., S. 7 ff.

⁹ Vgl. schon die Prognosen von Böse (Fn. 7), S. 151, 160, und Lingenthal ZEuS 2010, 79, 109.

¹⁰ So die EU-Justizkommissarin Viviane Reding in einer Pressemitteilung der Kommission vom 17. Juli 2013 (IP/13/709).

¹¹ Vorgesehen sind 180 Planstellen und 55 Stellen für externes Personal; siehe COM (2013) 534 final, S. 9.

¹² Eingehende Nachweise in KOM (2003) 128 endg., S. 6 mit Anm. 22, 23.

II. Der Verordnungsvorschlag im Überblick

Der vorgelegte Verordnungsentwurf dürfte wenig Überraschendes enthalten für diejenigen, die die Diskussion um die Errichtung einer Europäischen Staatsanwaltschaft von Beginn an verfolgt oder sogar daran teilgenommen haben. So finden sich die Kernaussagen der Regelung schon im Grünbuch, einige davon bereits im Corpus Juris. Bevor auf diese eingegangen wird, sei zunächst noch ein kurzer Blick auf die Ermächtigungsnorm geworfen: Art. 86 II AEUV umreißt das Tätigkeitsfeld der Europäischen Staatsanwaltschaft. Diese ist zuständig für die strafrechtliche Untersuchung und Verfolgung von Personen, die als Täter oder Teilnehmer Straftaten zum Nachteil der finanziellen Interessen der Union begangen haben. Hierzu zählt es, die Anklage zu erheben sowie im Weiteren die Rolle der Staatsanwaltschaft vor den zuständigen Gerichten der Mitgliedstaaten zu übernehmen. Was die Verordnung zur Errichtung einer Europäischen Staatsanwaltschaft inhaltlich regeln muss, gibt Art. 86 III AEUV vor. Danach müssen „die Satzung der Europäischen Staatsanwaltschaft, die Einzelheiten für die Erfüllung ihrer Aufgaben, die für ihre Tätigkeit geltenden Verfahrensvorschriften sowie die Regeln für die Zulässigkeit von Beweismitteln und für die gerichtliche Kontrolle der von der Europäischen Staatsanwaltschaft bei der Erfüllung ihrer Aufgaben vorgenommenen Prozesshandlungen“ in ihr festgelegt werden. Der vorgelegte Verordnungsentwurf besteht aus 75 Artikeln. Dass im Rahmen dieses Beitrags eine umfassende Auseinandersetzung mit diesen Vorschriften nicht geleistet werden kann, dürfte sich von selbst verstehen. Ziel soll es sein, einige zentrale Aspekte des Verordnungsvorschlags herauszugreifen und kritisch zu erörtern.

1. Eine Europäische Staatsanwaltschaft „ausgehend von Eurojust“

Nach Art. 86 I S. 1 AEUV ist die Europäische Staatsanwaltschaft „ausgehend von Eurojust“ einzusetzen. In der Literatur besteht Uneinigkeit darüber, was hiermit genau gemeint ist, mithin in welchem institutionellen und funktionellen Verhältnis Europäische Staatsanwaltschaft und Eurojust zueinander stehen sollen.¹³ Einige Autoren vertreten die Auffassung, die Europäische Staatsanwaltschaft sei nicht als „aliud“, sondern als eine Fortentwicklung zu Eurojust zu kreieren.¹⁴ Selbst für den Fall, dass eine Europäische Staatsanwaltschaft zunächst als zusätzliche Institution zu Eurojust geschaffen werde, solle Eurojust auf längere Sicht in einer Europäischen Staats-

¹³ Vgl. Dannecker, in: Streinz (Hrsg.): EUV/AEUV, 2. Aufl. (2012), Art. 86 AEUV Rn. 8 f., 15; Vogel, in: Grabitz/Hilf/Nettesheim: Das Recht der Europäischen Union, Band I, EUV/AEUV (Stand Oktober 2011), Art. 86 AEUV Rn. 14 ff.; Lingenthal ZEuS 2010, 79, 97 ff.

¹⁴ Suhr, in: Callies/Ruffert, EUV/AEUV, 4. Aufl. (2011), Art. 86 AEUV Rn. 12; ferner Weigend ZStW 116 (2004), 275, 300, zum Entwurf einer Europäischen Verfassung, und wortgleich Weertz, Der Schutz der finanziellen Interessen der Europäischen Gemeinschaften (2008), S. 127.

anwaltschaft aufgehen.¹⁵ Der vorgelegte Verordnungsentwurf verfolgt allerdings (zunächst) das „Aliud-Modell“. Hiernach wird die Europäische Staatsanwaltschaft als „eigen-ständige“¹⁶ und „neue Einrichtung der Union“¹⁷ geschaffen, die mit Rechtspersönlichkeit ausgestattet ist (Art. 3 I und II VO-EStA).¹⁸ Um besser zu erfassen, in welche Beziehung beide Institutionen zueinander gesetzt werden, empfiehlt es sich, ergänzend den „Vorschlag für eine Verordnung des Europäischen Parlaments und des Rates betreffend die Agentur der Europäischen Union für justizielle Zusammenarbeit in Strafsachen (Eurojust)“ heranzuziehen.¹⁹ Dieser Verordnungsvorschlag wurde zeitgleich mit dem zur Errichtung einer Europäischen Staatsanwaltschaft vorgestellt. Aus beiden Entwürfen ergibt sich, dass die Europäische Staatsanwaltschaft eng mit Eurojust zusammenarbeiten soll. „Die Europäische Staatsanwaltschaft“, heißt es in Art. 57 VI S. 1 VO-EStA, „ist auf die Unterstützung und Ressourcen der Verwaltung von Eurojust angewiesen“. Dies zielt auf den „Bereich der operativen Tätigkeit, der Verwaltung und des Managements“.²⁰ Personenidentität besteht zwischen den Mitgliedern von Eurojust und der Europäischen Staatsanwaltschaft nicht, und in Art. 3 I S. 2 VO-Eurojust werden die Zuständigkeitsbereiche voneinander abgegrenzt. Danach ist Eurojust nicht zuständig für die Verfolgung von Straftaten, die in den Zuständigkeitsbereich der Europäischen Staatsanwaltschaft fallen.²¹ Zwischen beiden Einrichtungen besteht also, fasst man es knapp zusammen, ein enges Arbeits- und Kooperationsverhältnis, wobei insbesondere Eurojust die Aufgabe zufällt, die Europäische Staatsanwaltschaft bei ihrer Tätigkeit zu unterstützen (Art. 41 II ff. VO-Eurojust).²² Darüber hinaus ist Eurojust noch ein weiteres und eigenes Aufgabenfeld zugewiesen, sofern es nämlich um Straftaten geht, die nicht die finanziellen Interessen der Union betreffen.²³

¹⁵ Suhr (Fn. 14), Art. 86 AEUV Rn. 12; *Lingenthal* ZEuS 2010, 79, 101; dagegen mit beachtlicher Argumentation *Vogel* (Fn. 13), Art. 86 AEUV Rn. 17.

¹⁶ COM (2013) 534, S. 4.

¹⁷ COM (2013) 534, S. 6.

¹⁸ Ferner COM (2013) 534, S. 6.

¹⁹ COM (2013) 535 final.

²⁰ COM (2013) 534 final, S. 8, 16; Einzelheiten finden sich in Art. 57 VI VO-EStA sowie im konvergenten Art. 41 VII VO-Eurojust.

²¹ Der Aufgaben- und Zuständigkeitsbereich von Eurojust wird positiv formuliert in Art. 2 und 3 VO-Eurojust, wobei insbesondere die im Anhang 1 aufgelisteten Straftaten hinzuzuziehen sind, die als „Formen schwerer Kriminalität“ gelten und damit in das Aufgabenfeld von Eurojust fallen, „wenn zwei oder mehr Mitgliedstaaten betroffen sind oder eine Verfolgung auf gemeinsamer Grundlage erforderlich ist“ (siehe Art. 2 I VO-Eurojust). Dem ist hier nicht weiter nachzugehen, weil Thema dieses Beitrags der Verordnungsentwurf zur Errichtung einer Europäischen Staatsanwaltschaft ist.

²² Weitgehend in diesem Sinne bereits *Vogel* (Fn. 13), Art. 86 AEUV Rn. 18.

²³ Art. 86 IV AEUV sieht zwar die Möglichkeit einer Erweiterung der Befugnisse der Europäischen Staatsanwaltschaft „auf die Bekämpfung der schweren Kriminalität mit grenzüberschreitender Dimension“ vor (vgl. in diesem Zusammenhang auch Fn. 21); diese Kompetenznorm wurde aber bislang nicht in Anspruch genommen.

2. Personale Zusammensetzung

An der Spitze der Europäischen Staatsanwaltschaft steht der Europäische Staatsanwalt. Er leitet die Tätigkeit der Staatsanwaltschaft und organisiert deren Arbeit (Art. 6 II S. 1 VO-EStA). Zur Seite gestellt werden ihm vier Stellvertreter, die seine Arbeit unterstützen (Art. 6 II S. 2 VO-EStA). Die Ermittlungen und Strafverfolgungsmaßnahmen der Europäischen Staatsanwaltschaft werden sodann von abgeordneten Europäischen Staatsanwälten unter der Leitung und Aufsicht des Europäischen Staatsanwalts wahrgenommen (Art. 6 IV S. 1 VO-EStA). Damit steht das Hauptpersonal der Europäischen Staatsanwaltschaft fest: Dieses umfasst „einen Europäischen Staatsanwalt, seine [vier] Stellvertreter [...] sowie die Abgeordneten Europäischen Staatsanwälte in den Mitgliedstaaten“ (Art. 6 I VO-EStA). Jeder Mitgliedstaat muss mindestens einen Staatsanwalt zur Europäischen Staatsanwaltschaft abordnen (Art. 6 V S. 1 VO-EStA). Bei der Durchführung von Ermittlungen und Strafverfolgungsmaßnahmen, die dem abgeordneten Europäischen Staatsanwalt vom Europäischen Staatsanwalt übertragen werden, unterliegt er ausschließlich dessen Weisungsrecht (Art. 6 V S. 2 VO-EStA). Dem Europäischen Staatsanwalt kommt neben der Befugnis, Weisungen zu erteilen, ein Devolutiv- und ein Substitutionsrecht zu (Art. 6 IV S. 2 sowie Art. 16 II und 18 V VO-EStA), wie sie aus den Rechtsordnungen der Mitgliedstaaten bekannt sind. Soweit abgeordnete Europäische Staatsanwälte Aufgaben der Europäischen Staatsanwaltschaft wahrnehmen, sind sie von den einzelstaatlichen Strafverfolgungsbehörden „vollständig unabhängig und haben ihnen gegenüber keinerlei Verpflichtungen“ (Art. 6 V S. 3 VO-EStA). Aus dieser Einschränkung geht bereits hervor, dass die abgeordneten Europäischen Staatsanwälte nicht ausnahmslos für die Europäische Staatsanwaltschaft tätig sein müssen. Vielmehr dürfen sie zusätzlich mit Aufgaben der Staatsanwaltschaft ihrer Mitgliedstaaten befasst werden (Art. 6 VI S. 1 VO-EStA). Folge hiervon ist, dass die abgeordneten Europäischen Staatsanwälte zwei Vorgesetzten unterstellt sind, die beide weisungsbefugt sind. Wenngleich es auch Gründe für diese duale Konzeption gibt, wäre es wohl günstiger, in jedem Fall klarer gewesen, den Tätigkeitsbereich abgeordneter Europäischer Staatsanwälte auf die Europäische Staatsanwaltschaft zu beschränken²⁴; nicht zuletzt weil die Europäische Staatsanwaltschaft als eine unabhängige Institution konzipiert ist (Art. 5 I und II VO-EStA).²⁵ Diese Begrenzung könnte auch eher eine hinreichende Spezialisierung auf Straftaten zum Nachteil der finanziellen Interessen der Europäischen Union gewährleisten, die wegen der Komplexität dieser Fälle unerlässlich erscheint.²⁶ Hinzu kommt, dass sich für abgeordnete Europäische Staatsanwälte eine längerfristige Perspektive bietet. So beträgt deren Amtszeit fünf Jahre und ist verlängerbar (Art. 10 I S. 2 VO-EStA), wohingegen die Amtszeit des Europäischen Staatsanwalts wie seiner vier Stellvertreter acht Jahre beträgt, ohne dass

²⁴ Ausführlich *Biehler/Gleß/Parra/Zeitler* (Fn. 7), 8 ff.; ferner *Weertz* (Fn. 14), S. 138 f.

²⁵ Siehe ferner COM (2013) 534 final, S. 6, 11 und 12.

²⁶ *Biehler/Gleß/Parra/Zeitler* (Fn. 7), 8 f., betrachten die fachliche Spezialisierung „sogar als *conditio sine qua non* für eine effiziente und erfolgreiche Arbeit der Europäischen Staatsanwaltschaft“.

eine Verlängerungsoption existiert (Art. 8 I S. 1 und Art. 9 I VO-EStA).²⁷

3. Dezentrale Struktur

Ein elementares Kennzeichen der Europäischen Staatsanwaltschaft ist deren dezentrale Struktur (Art. 3 I VO-EStA). Nach der Vorstellung der Kommission sind es in erster Linie die abgeordneten Europäischen Staatsanwälte, die in ihren jeweiligen Mitgliedstaaten die Ermittlungstätigkeit im Vorverfahren mit dem Personal der Strafverfolgungsbehörden der Mitgliedstaaten durchführen (Art. 18 I VO-EStA). Hierbei haben die abgeordneten Europäischen Staatsanwälte unparteiisch zu sein und belastende wie entlastende Beweise gleichermaßen zu berücksichtigen (Art. 11 V VO-EStA). Darüber hinaus erheben sie die Anklage und vertreten diese im Hauptverfahren (Art. 27 I VO-EStA), falls es nicht zu einer Einstellung oder zu einem Vergleich kommt (Art. 28 und 29 VO-EStA).²⁸ Da ein europäisches Strafverfahrensrecht nicht vorhanden ist und zudem (derzeit) nicht erwogen wird, ein solches einzuführen, werden die abgeordneten Europäischen Staatsanwälte nach dem Strafverfahrensrecht ihrer Mitgliedstaaten tätig. Den Vorzug dieser Lösung sieht die Kommission in einer Schonung der Rechtssysteme der Mitgliedstaaten, weil Eingriffe in deren Verfahrensordnungen so weit wie möglich vermieden würden. Zugleich werde auf diese Weise dem Verhältnismäßigkeitsgrundsatz Rechnung getragen (Art. 5 IV EUV).²⁹ Dieses Modell mag auf den ersten Blick durch seine formal minimalistische Ästhetik bestechen. In der Sache geht es darum, ein „neues unionsweites Strafverfolgungssystem“³⁰ zu etablieren (Art. 25 I VO-EStA), ohne ein neues unionsweites Strafverfahrensrecht zu schaffen. Im Weiteren setzt dies die Anwendung des Grundsatzes der gegenseitigen Anerkennung im Strafverfahren voraus, wonach strafrechtliche Entscheidungen, die in einem Mitgliedstaat (rechtmäßig) getroffen wer-

den, in den anderen Mitgliedstaaten anzuerkennen sind.³¹ Denn nur auf diese Weise lässt sich die gewünschte Effizienz bei der Verfolgung von Straftaten zum Nachteil der finanziellen Interessen der Union auch erreichen, welche das maßgebliche Anliegen des Verordnungsvorschlags ist.³²

4. Ermittlungsbefugnisse

In Art. 26 I lit. a – u VO-EStA findet sich eine Auflistung von Ermittlungsmaßnahmen, die der Europäischen Staatsanwaltschaft zur Verfügung stehen und die zudem aus den einzelstaatlichen Strafverfahrensordnungen bekannt sind.³³ Die Voraussetzungen, von denen die Anordnung und Durchführung der jeweiligen Maßnahme abhängt, regelt der Verordnungsentwurf nicht. Insoweit wird auf das Recht der Mitgliedstaaten verwiesen. Hierzu heißt es in Art. 26 II VO-EStA: „Die Mitgliedstaaten stellen sicher, dass die in Absatz 1 genannten Maßnahmen im Rahmen der Ermittlungen und Strafverfolgungsmaßnahmen der Europäischen Staatsanwaltschaft angewandt werden können. Für diese Maßnahmen gelten die Voraussetzungen dieses Artikels und des einzelstaatlichen Rechts.“ Durch Satz 1 soll also zunächst gewährleistet werden, dass die Mitgliedstaaten die in Art. 26 I VO-EStA aufgeführten Ermittlungsbefugnisse in ihren Verfahrensordnungen auch vorsehen. Denn die ordnungsgemäße Anordnung und Durchführung von Ermittlungsmaßnahmen lässt sich – da ein supranationales Verfahrensrecht nicht existiert – nur nach den einzelstaatlichen Rechtssystemen bemessen. Gleichzeitig stellt Satz 1 damit sicher, dass die Europäische Staatsanwaltschaft unionsweit auf ein festes Ensemble von Ermittlungsbefugnissen zurückgreifen kann. Aus dem weiteren Verweis auf die „Voraussetzungen dieses Artikels“ ergibt sich schließlich: Der Passus betrifft – erstens – die besonders eingriffsintensiven Ermittlungsmaßnahmen nach Art. 26 I lit. a – j VO-EStA, zu denen etwa die Durchsuchung von Privatwohnungen, die Überwachung der Telekommunikation und anderes mehr gehören. Art. 26 IV VO-EStA stellt diesbezüglich klar: „Die Mitgliedstaaten stellen sicher, dass für die in Absatz 1 Buchstaben a bis j genannten Ermittlungsmaßnahmen eine Genehmigung der zuständigen Justizbehörde des Mitgliedstaats erforderlich ist, in dem die Maßnahmen durchgeführt werden sollen.“ Hierdurch wird auf der einen Seite zwar gewährleistet, dass die Durchführung dieser Ermittlungsmaßnahmen, die den Verdächtigen besonders belasten, ohne Genehmigung nicht zulässig ist. Andererseits bedeutet die weite Formulierung „eine Genehmigung der zuständigen Justizbehörde“ aber nicht zwingend eine richterliche Genehmigung.³⁴ Da in Deutschland für den

²⁷ Hauptargument hierfür ist die Gewährleistung der Unabhängigkeit; siehe COM (2013) 534 final, S. 6.

²⁸ Vgl. ferner COM (2013) 534 final, S. 11 f. (zu 9, 13, 14). – Eine Einstellung des Verfahrens ist auf Anordnung des Europäischen Staatsanwalts möglich (Art. 27 II S. 2 mit Art. 28 VO-EStA). Einstellungsgründe sind etwa die Unmöglichkeit der weiteren Strafverfolgung (Gründe: Tod des Verdächtigen, Straflosigkeit des Verhaltens, Immunität des Verdächtigen, Ablauf der Verjährungsfrist oder eine bereits erfolgte Aburteilung wegen derselben Tat; Art. 28 I VO-EStA) und die Geringfügigkeit der Tat oder das Fehlen hinreichender Beweise (Art. 28 II VO-EStA). Der Vergleich soll offenbar ausschließlich zwischen Europäischer Staatsanwaltschaft und Verdächtigem stattfinden, mithin ohne Beteiligung eines Gerichts, was auch eine gerichtliche Kontrolle ausschließt (siehe Art. 29 III VO-EStA). Diese Regelung ist wegen des fehlenden Rechtsschutzes des Verdächtigen mehr als problematisch, zumal die Voraussetzungen für einen Vergleich vage sind, wie insbesondere das Merkmal „[wenn] ... es der geordneten Rechtspflege dienen würde“ zeigt (Art. 29 I S. 1 VO-EStA; vgl. ferner die Begründung des Entwurfs COM [2013] 534 final, S. 14 [zu 31]).

²⁹ COM (2013) 534 final, S. 5, 10 f., 12.

³⁰ So die Worte der Kommission, COM (2013) 534 final, S. 2; vgl. bereits KOM (2001), 715 endg., S. 27, wo von „einem gemeinsamen Ermittlungs- und Strafverfolgungsraum“ die Rede ist.

³¹ Zur Bedeutung dieses Grundsatzes siehe Art. 82 AEUV; aus der Literatur *Ambos*, Internationales Strafrecht, 3. Aufl. (2011), § 9 Rn. 12; *Satzger*, Internationales und Europäisches Strafrecht, 6. Aufl. (2013), § 10 Rn. 24 ff.

³² Vgl. die vielfachen Hinweise auf Effektivität und Effizienz des Verfahrens: COM (2013) 534 final, S. 2, 5, 11, 13, 57.

³³ Dazu gehören – beispielhaft: Durchsuchung, Sicherstellung, Überwachung des Telekommunikationsverkehrs, Überwachung finanzieller Transaktionen, verdeckte Ermittlungen.

³⁴ Nicht ganz klar wegen der uneinheitlichen Terminologie; vgl. demgegenüber COM (2013) 534 final, S. 11 (zu 11).

Einsatz derart gravierender Zwangsmittel eine richterliche Anordnung nötig ist, impliziert dies eine Verschlechterung der Rechtsstellung des Beschuldigten.³⁵ Zweitens folgt aus Art. 26 V VO-EStA, dass bei den weniger einflussintensiven Ermittlungsmaßnahmen nach Art. 26 I lit. k – u VO-EStA „eine richterliche Genehmigung [nur] erforderlich [ist], sofern diese im innerstaatlichen Recht des Mitgliedstaats, in dem die Ermittlungsmaßnahme durchgeführt werden soll, vorgeschrieben ist“. Auch hieraus ergeben sich wiederum je nach Mitgliedstaat unterschiedliche Anforderungen bei der Anordnung und Durchführung dieser Maßnahmen. Drittens enthält Art. 26 II S. 3 VO-EStA eine Erweiterung der Ermittlungsbefugnisse. Denn nach dieser Vorschrift sind auch andere als die in Art. 26 I VO-EStA benannten Ermittlungsmaßnahmen zulässig, „wenn sie nach dem Recht des Mitgliedstaats, in dem die Maßnahme durchgeführt werden soll, zur Verfügung [stehen]“.³⁶ Die Europäische Staatsanwaltschaft verfügt nach allem über eine große Flexibilität bei ihrer Ermittlungstätigkeit. So kann sie sich bei der Anordnung und Durchführung von Ermittlungsmaßnahmen eines multiplen Verfahrens bedienen, da sie prinzipiell die Möglichkeit hat, auf sämtliche Verfahrenssysteme der Mitgliedstaaten zurückzugreifen und diese zu kombinieren.³⁷ Die Verteidigung, die in komplexen Verfahren, die mehrere Mitgliedstaaten betreffen, schwerlich in der Lage sein dürfte, alle betroffenen Rechtsordnungen einschließlich deren praktischer Handhabung zu kennen, dürfte dieses unionsweite Strafverfolgungskonzept vor enorme und derzeit kaum zu bewältigende Probleme stellen.³⁸

5. Verwertung von Beweismitteln

Die Durchführung von Ermittlungsmaßnahmen dient maßgeblich dem Zweck, Beweise, die im Hauptverfahren verwertet werden sollen, zu sammeln und zu sichern. Zur „Zulässigkeit von Beweismitteln“ regelt Art. 30 I VO-EStA: „Die von der Europäischen Staatsanwaltschaft vor dem Prozessgericht beigebrachten Beweismittel sind ohne Validierung oder ein sonstiges rechtliches Verfahren zulässig – auch wenn das innerstaatliche Recht des Mitgliedstaats, in dem das Gericht seinen Sitz hat, andere Vorschriften für die Erhebung oder Beibringung dieser Beweismittel enthält –, wenn sich ihre Zulassung nach Auffassung des Gerichts nicht negativ auf die Fairness des Verfahrens oder die Verteidigungsrechte auswirken würde, wie sie in den Artikeln 47 und 48 der Charta der Grundrechte der Europäischen Union verankert sind.“ Mit anderen Worten: Beweise, die in anderen Mitglied-

staaten erhoben wurden, sind im Hauptverfahren ohne weitere Prüfung als Beweismittel zuzulassen.³⁹ Es gilt also das Prinzip der gegenseitigen Anerkennung von Ermittlungsmaßnahmen, welches im Ergebnis auf einen „europäischen Beweis“ hinausläuft.⁴⁰ Beweise werden hiernach wie „fertige Produkte“ behandelt, was sie jedoch wegen der unterschiedlichen Strukturen der einzelstaatlichen Verfahrenssysteme nicht sind.⁴¹ Anders als noch im Grünbuch⁴² wird die Rechtmäßigkeit bzw. Rechtswidrigkeit der Beweiserhebung im Verordnungsentwurf nicht thematisiert.⁴³ Als Korrektiv dienen dem Prozessgericht nunmehr Art. 47 und 48 der Charta der Grundrechte der Europäischen Union, mithin vor allem das Fairness-Prinzip und die Verteidigungsrechte. In letzter Konsequenz implizieren diese Vorgaben die Schaffung eines europäischen Strafprozesses *sui generis* – genau genommen einer schwer überschaubaren Vielzahl von möglichen Strafverfahrenskonzepten.⁴⁴ So können zunächst im Stadium des Vorverfahrens, wie bereits erläutert, die Verfahrensordnungen sämtlicher Mitgliedstaaten zur Anwendung kommen und kombiniert werden. Darüber hinaus folgt aus Art. 30 VO-EStA für das Hauptverfahren, dass die Beweisregeln außer Kraft gesetzt werden (können), die in der Rechtsordnung des Mitgliedstaats vorgesehen sind, in dem der Prozess stattfindet. Denn die Anforderungen dieser Rechtsordnung an die Beweiserhebung sollen für die Beweisverwertung keinen Maßstab mehr liefern, sondern es soll vielmehr fingiert werden, dass die Erhebung des Beweises den Anforderungen dieser Rechtsordnung genügt. Die Kommission erläutert hierzu: „Die von der Europäischen Staatsanwaltschaft vor dem Prozessgericht beigebrachten Beweismittel sollten als zulässige Beweismittel anerkannt werden und es sollte daher die Vermutung gelten, dass sie die einschlägigen Anforderungen an Beweismittel nach dem innerstaatlichen Recht des Mitgliedstaats, in dem das Prozessgericht seinen Sitz hat, erfüllen, sofern dabei nach Auffassung dieses Gerichts die Fairness des Verfahrens und die Verteidigungsrechte des Verdächtigen nach der Charta der Grundrechte der Europäischen Union gewahrt sind. Das Prozessgericht kann die von der

³⁵ Vgl. hierzu auch die Kritik an solchen Regelungen – konkret bezogen auf die Europäische Beweisordnung –, weil sie gegen den in Deutschland geltenden Richtervorbehalt verstießen, bei *Ambos* (Fn. 31), § 12 Rn. 67.

³⁶ In diesem Kontext ist auf die bereits am Grünbuch geäußerte Kritik von *Biehler/Gleiß//Parra/Zeitler* (Fn. 7), 20, hinzuweisen. Zur unterschiedlichen Ausgestaltung von Ermittlungsmaßnahmen in den Mitgliedstaaten *Perron* ZStW 112 (2000), 202, 211 ff.; *Ligeti*, in: *Karsai/Nagy/Szomora* (Hrsg.), *Freiheit, Sicherheit, (Straf-)Recht* (2011), S. 157, 171 ff.

³⁷ Kritisch deshalb *Böse* (Fn. 7), S. 151, 155; *Satzger* (Fn. 31), § 10 Rn. 23; ferner *Scheuermann* (Fn. 7), S. 139 ff.

³⁸ *Scheuermann* (Fn. 7), S. 135 ff.; *Satzger* (Fn. 31), § 10 Rn. 23.

³⁹ Implizit wird hiermit dem Vorschlag, ein „europäisches Beweiszulassungsverfahren“ einzuführen, eine Absage erteilt. Vgl. zu diesem Vorschlag besonders *Gleiß* ZStW 115 (2003), 131, 148 ff.; ferner *Radtke* GA 2004, 1, 19 ff.; *Ambos* (Fn. 31), § 13 Rn. 68.

⁴⁰ *Gleiß* ZStW 115 (2003), 131, 137, 148; *Radtke* GA 2004, 1, 8.

⁴¹ Zur Kritik insbesondere *Ambos* (Fn. 31), § 9 Rn. 12 und § 12 Rn. 61; *ders.* ZIS 2010, 557, 559 f.; *Sieber* ZStW 121 (2009), 1, 37; mit instruktiven Beispielen *Gleiß* ZStW 115 (2003), 131, 139 ff.; siehe weiterhin *Radtke* GA 2004, 1, 7, 16 ff.; *Busemann* ZIS 2010, 552, 555.

⁴² KOM (2001) 715 endg., S. 63 ff.

⁴³ Dem Kriterium der Rechtswidrigkeit der Beweiserhebung wird für die anschließende Frage der Verwertung des Beweises aber ohnehin keine hinreichende Aussagekraft zugesprochen; siehe *Böse* ZStW 114 (2002), 148, 150 ff.; *Gleiß* ZStW 115 (2003), 131, 143 ff.; *dies.*, *Beweisrechtsgrundsätze einer grenzüberschreitenden Strafverfolgung* (2006), S. 172 f.

⁴⁴ *Satzger* (Fn. 31), § 10 Rn. 23, spricht von einem „Patchwork-Strafprozesssystem“; siehe ferner *Schünemann*, in: *ders.* (Hrsg.), *Ein Gesamtkonzept für die europäische Strafrechtspflege* (2006), S. 93, 100: „Schaffung eines hybridisierten Strafverfahrensrechts“.

Europäischen Staatsanwaltschaft beigebrachten Beweismittel nicht deshalb als unzulässig ablehnen, weil die Erhebung dieser Art von Beweismitteln nach dem für das Gericht geltenden einzelstaatlichen Recht anderen Bedingungen und Vorschriften unterliegt.⁴⁵ Bei diesem Verfahren wird verkannt, dass Beweiserhebung und Beweisverwertung in den einzelstaatlichen Rechtsordnungen jeweils ein kohärentes System zur Aufklärung des Sachverhalts und zur Wahrheitsfindung⁴⁶ darstellen und nicht isoliert nebeneinander stehen und beliebig miteinander verbunden werden können.⁴⁷ Daher stellt sich die Frage, wie das erklärte Ziel der Kommission, die Auswirkungen auf die Rechtsordnungen der Mitgliedstaaten so gering wie möglich zu halten,⁴⁸ hiermit zusammenpasst. Denn die Eingriffe in die einzelstaatlichen Rechtsordnungen sind gravierend, zumal mit dem Beweisrecht eine Kernmaterie des Strafverfahrens betroffen ist. Man erspart sich durch die Einführung dieses einfach umzusetzenden Verfahrensmodells aber langwierige und mühsame Auseinandersetzungen um ein europäisches Strafverfahrensrecht (supranational oder harmonisiert), das in sich konsistent ist und rechtsstaatlichen Anforderungen genügt.⁴⁹ Mit Verweis auf die Fairness-Maxime sowie die weiteren justiziellen Rechte der Charta dürften sich die Probleme jedenfalls nicht lösen lassen, da diese keine hinreichend konkreten Vorgaben enthalten.⁵⁰ Als weiteres und damit zweites Korrektiv käme noch Art. 30 II VO-EStA in Betracht. Danach berührt die „Zulassung der Beweismittel [...] nicht die Befugnis der einzelstaatlichen Gerichte, die von der Europäischen Staatsanwaltschaft im Verfahren beigebrachten Beweismittel frei zu würdigen“. Ob das Prinzip der freien Beweiswürdigung von den einzelstaatlichen Gerichten dazu eingesetzt wird, Beweiserhebung, die ihren Rechtsordnungen (grob) zuwiderlaufen, auszuhebeln,⁵¹ wird die Praxis zeigen. Das Prinzip der gegenseitigen Anerkennung (von Ermittlungshandlungen) ließe sich auf diese Weise partiell ausschalten, was den Intentionen der Kommission zweifellos widerspricht.

6. Verfahrensrechte des Beschuldigten

Art. 32 I VO-EStA stellt klar: „Die Tätigkeiten der Europäischen Staatsanwaltschaft werden in vollem Einklang mit den in der Charta der Grundrechte der Europäischen

Union verankerten Rechten Verdächtiger, einschließlich des Rechts auf ein faires Verfahren und der Verteidigungsrechte, durchgeführt.“ Jedem Beschuldigten oder Verdächtigen stehen sowohl die im innerstaatlichen Recht der Mitgliedstaaten als auch die im Unionsrecht vorgesehenen Verfahrensrechte zu (Art. 32 II sowie V VO-EStA). Zu letzteren gehören das Recht auf Dolmetscherleistung und Übersetzung,⁵² auf Belehrung oder Unterrichtung und Einsicht in die Verfahrensakte,⁵³ auf Rechtsbeistand und auf Kontaktaufnahme zu Dritten und deren Benachrichtigung im Falle der Festnahme, auf Aussageverweigerung und Unschuldsvermutung, auf Vorlage von Beweisen, Benennung von Sachverständigen und Anhörung von Zeugen sowie ein Anspruch auf Prozesskostenhilfe (Art. 32 II lit. a – f VO-EStA). Es mag sein, dass der Verordnungsentwurf mit der Gewährung dieser Rechte ein „bisher nicht erreichtes Schutzniveau für die Angeklagten“ enthält.⁵⁴ Angesichts der bislang nur völlig unzureichend ausgestalteten Rechtsposition des Beschuldigten⁵⁵ heißt dies freilich nicht viel. Zumal sich durch die Zuerkennung der genannten Schutzrechte auch nicht alle Verfahrensdefizite ausgleichen lassen, die der Verordnungsvorschlag für den Beschuldigten enthält. Zu nennen ist hier die schon angesprochene Befugnis der Europäischen Staatsanwaltschaft, Ermittlungsmaßnahmen grundsätzlich in sämtlichen Mitgliedstaaten durchzuführen. Die „Waffengleichheit“ rückt hierdurch in weite Ferne, weil der flexibel fungierenden Europäischen Staatsanwaltschaft (jedenfalls derzeit noch) keine gleichermaßen effektiv und wendig arbeitende Strafverteidigung gegenübersteht.⁵⁶ Mit Blick auf das Hauptverfahren kommt ferner hinzu, dass sich während des Ermittlungsverfahrens nicht hinreichend absehen lässt, in welchem Mitgliedstaat und damit nach welcher Rechtsordnung dieses stattfinden wird. Art. 27 IV VO-EStA gibt hierzu zwar vor, dass das zuständige Prozessgericht von der Europäischen Staatsanwaltschaft unter Berücksichtigung der folgenden Kriterien auszuwählen ist: a) dem Ort, an dem die Straftat oder im Falle mehrerer Straftaten die Mehrheit der Straftaten begangen wurde; b) dem Ort des gewöhnlichen Aufenthalts des Beschuldigten; c) dem

⁴⁵ COM (2013) 534 final, S. 14 (zu 32).

⁴⁶ Dazu, was Wahrheitsfindung im Strafprozess „nur“ bedeuten kann, eingehender Gleß (Fn. 43), S. 82 ff.

⁴⁷ Gleß ZStW 115 (2003), 131 f., 136 ff., 148 ff.; dies. (Fn. 43), S. 141 f., 267 ff., 288 f.; Sieber ZStW 121 (2009), 1, 37; Ambos (Fn. 31), § 9 Rn. 12, § 12 Rn. 61; Radtke GA 2004, 1, 16 ff.; ferner Wolter, Festschrift für Kohlmann (2003), S. 693, 715.

⁴⁸ Siehe COM (2013) 534 final, S. 10 f. sowie S. 5.

⁴⁹ Zur Forderung ein solches einzuführen: Gaede ZStW 115 (2003), 845, 876 f. und öfter; Ligeti (Fn. 36), S. 157, 166; Radtke GA 2004, 1, 16, 19 f.; Sieber ZStW 121 (2009), 1, 36 ff.; Ambos (Fn. 31), § 12 Rn. 68; Böse RW 2012, 172, 174 f., sowie bereits Perron ZStW 112 (2000), 202, 210.

⁵⁰ Vgl. – wenngleich mit Bezug auf die EMRK – Esser, Auf dem Weg zu einem europäischen Strafverfahrensrecht (2002), S. 402 f., 626, 628 f.; Gleß ZStW 115 (2003), 131, 149 ff.; dies. (Fn. 43), S. 189 ff., 425 f., sowie ferner Gaede ZStW 115 (2003), 845, 859.

⁵¹ Zu dieser Vermutung Satzger StV 2003, 137, 141.

⁵² Entsprechend der Richtlinie 2010/64/EU vom 20.10.2010, ABIEU 2010 Nr. L 280/1.

⁵³ Entsprechend der Richtlinie 2012/13/EU vom 22.05.2012, ABIEU 2012 Nr. L 142/1.

⁵⁴ So – laut einem Bericht der F.A.Z. vom 7. Oktober 2013, S. 10 – Claudia Korthals, Kommissionsbeamtin in der Generaldirektion Justiz, auf einer Veranstaltung der Strafverteidigervereinigung Nordrhein-Westfalen. Siehe zum Vergleich auch „Draft model rules“ (insbes. rule 12-18), abzurufen über [www.eppo-projekt.eu/EU model rules](http://www.eppo-projekt.eu/EU_model_rules) (zuletzt abgerufen am 11.11.13).

⁵⁵ Siehe nur Satzger (Fn. 31), § 10 Rn. 56 ff., und Arnold HRRS 2008 (Heft 1), 10, 12 ff. Wie mühsam es ist, Fortschritte in diesem Bereich zu erzielen, lässt sich nachlesen bei Vogel/Matt StV 2007, 206 ff.

⁵⁶ Darüber, wie eine effiziente Verteidigung in diesen Fällen erreicht und ggf. institutionell abgesichert werden könnte, besteht ein reger Streit. Siehe hierzu die Beiträge von Nestler, in: Schönemann (Hrsg.), Ein Gesamtkonzept für die europäische Strafrechtspflege, S. 166 ff., sowie Vogel, ebd., S. 122, 123, 129 ff.; ferner bereits Nestler ZStW 116 (2004), 332, 351 f.; Schönemann ZStW 116 (2004), 376, 388 ff.; Vogel ZStW 116 (2004), 400, 414 ff. Zum Ganzen eingehend und zugleich zusammenfassend Arnold HRRS 2008 (Heft 1), 10, 12 ff.

Ort, an dem sich die Beweismittel befinden; d) dem Ort des gewöhnlichen Aufenthalts der direkten Opfer. Eine Rangfolge impliziert diese Auflistung aber offenbar nicht. Im Verordnungsvorschlag heißt es dazu lediglich: „Das Prozessgericht sollte vom Europäischen Staatsanwalt anhand einer Reihe transparenter Kriterien ausgewählt werden.“⁵⁷ Die genannten Kriterien mögen für sich genommen durchaus „transparent“ sein. Unklar bleibt indes, wie sie zu gewichten sind.⁵⁸ Hieraus resultiert zum einen die Möglichkeit des „forum shopping“. Zum anderen dürfte die Verteidigung schwerlich in der Lage sein, eine effektive Verteidigungsstrategie zu entwickeln, wenn sich unter Umständen erst mit der Anklageerhebung herausstellt, in welchem Mitgliedstaat der Prozess stattfindet.⁵⁹ Als Gegenkonzept zum Vorschlag der Kommission lässt sich ein vor einigen Jahren von Vertretern des Schrifttums eingebrachter Vorschlag anführen: Danach soll „eine frühe Zuständigkeitskonzentration in der Weise erfolgen, dass ein einziger Staat für die Ermittlung und Aburteilung ausschließlich zuständig wird.“⁶⁰ Dieses Verfahren hätte in der Tat den großen Vorteil, dass „nur ein einziges Verfahrensrecht“ zur Anwendung kommt.⁶¹ Fraglich erscheint allerdings die Praktikabilität des Vorschlags. So lässt sich bei Fällen, die mehrere Mitgliedstaaten betreffen, vielfach nicht frühzeitig abschätzen, in welchem Mitgliedstaat der Prozess sinnvollerweise geführt werden sollte. Hierin zeigt sich einmal mehr, dass eine adäquate Lösung der Probleme wohl nur über ein europäisches Strafverfahrensrecht zu erreichen ist.

7. Gerichtliche Kontrolle

Es existieren weder ein europäischer Ermittlungsrichter oder eine europäische Vorverfahrenskammer („pre-trial chamber“)⁶² noch ein europäisches Strafgericht⁶³, welche

die gerichtliche Kontrolle der Europäischen Staatsanwaltschaft übernehmen könnten. Insofern bleibt nur die Möglichkeit, die Kontrolle den einzelstaatlichen Gerichten zu übertragen.⁶⁴ Dementsprechend bestimmt Art. 36 I VO-ESTa: „Bei der Annahme verfahrensrechtlicher Maßnahmen in Wahrnehmung ihrer Aufgaben gilt die Europäische Staatsanwaltschaft zum Zwecke der gerichtlichen Kontrolle als einzelstaatliche Behörde.“ Hieraus folgt eine gewisse strukturelle Ambivalenz: Die Europäische Staatsanwaltschaft ist zwar eine supranationale Einrichtung; sie wird aber, soweit es um ihre gerichtliche Kontrolle geht, wie eine nationale Behörde behandelt.⁶⁵ Im Verordnungsentwurf führt die Kommission ergänzend aus, dass „Handlungen [der Europäischen Staatsanwaltschaft] für Zwecke der gerichtlichen Kontrolle nicht als Handlungen einer Einrichtung oder sonstigen Stelle der Union angesehen werden [sollten], so dass keine unmittelbare Zuständigkeit der Unionsgerichte nach den Artikeln 263, 265 und 268 AEUV gegeben ist“.⁶⁶ Ob nationale Gerichte in der Lage sind, eine supranationale Einrichtung wirksam zu kontrollieren, ist äußerst fraglich. Bedenken ergeben sich aus der begrenzten Perspektive und Prüfungscompetenz.⁶⁷ Nimmt man zunächst das Vorverfahren, so entscheidet der Ermittlungsrichter (oder die „zuständige Justizbehörde“) eines Mitgliedstaates lediglich über die Zulässigkeit von Ermittlungsmaßnahmen, die in seinem (bzw. ihrem) Mitgliedstaat durchgeführt werden. Da in grenzüberschreitenden Fällen Zwangsmaßnahmen üblicherweise in mehreren Mitgliedstaaten vorgenommen werden, entscheiden mehrere Ermittlungsrichter (respektive Justizbehörden). Hieraus resultiert eine „Parzellierung“ des Rechtsschutzes“.⁶⁸ Den Ermittlungsrichtern fehlt regelmäßig der Überblick über sämtliche Zwangsmaßnahmen, die durchgeführt werden, weshalb sie deren „Kumulationswirkung“ auch nicht berücksichtigen können.⁶⁹ Im Hauptverfahren schließlich wird die gerichtliche Prüfungscompetenz durch die bereits erläuterten Vorgaben zur Zulassung von Beweismitteln begrenzt (oben zu 5.).

III. Fazit

Ob die Einschätzung der Kommission zutrifft, wonach die Schaffung einer Europäischen Staatsanwaltschaft zur „effektiven Bekämpfung“ von Straftaten zum Nachteil der finanziellen Interessen der Europäischen Union er-

⁵⁷ COM (2013) 534 final, S. 14 (zu 30).

⁵⁸ Sämtliche der genannten Kriterien tauchen bereits im Grünbuch zum strafrechtlichen Schutz der finanziellen Interessen der Europäischen Gemeinschaften und zur Schaffung einer Europäischen Staatsanwaltschaft auf; siehe KOM (2001) 715 endg., S. 60 f. Dort führt die Kommission aus, dass diese Kriterien „gewichtet werden“ müssten. Andererseits soll der Europäischen Staatsanwaltschaft aber ein „Ermessensspielraum“ bei der Wahl des Gerichts zustehen, und die Kriterien sollen „nicht in eine Rangfolge gestellt, sondern in Kombination wie ein Bündel von Hinweisen behandelt werden“. Was dies bedeutet und was daraus genau folgt, erschließt sich nicht ohne weiteres.

⁵⁹ Deziert kritisch daher Gaede ZStW 115 (2003), 845, 871, 873 ff.

⁶⁰ Schünemann (Fn. 44), S. 93, 100.

⁶¹ Schünemann (Fn. 44), S. 93, 100. Als weitere Alternative könnte man hier an die Anerkennung des Herkunftslandprinzips denken; vgl. Sieber ZStW 121 (2009), 1, 14.

⁶² Zum Vorschlag, einen europäischen Ermittlungsrichter einzuführen und den rechtlichen Umsetzungsmöglichkeiten, jüngst eingehend Böse, RW 2012, 172, 181 ff.; außerdem Satzger StV 2003, 137, 149. Bereits im Corpus Juris war ein sog. Freiheitsrichter („juge des libertés“, „judge of freedoms“) vorgesehen, siehe Fn. 4, insbes. Art. 25^{bis}.

⁶³ Es lässt sich fragen, ob Art. 86 II S. 2 AEUV einer Kontrolle der Europäischen Staatsanwaltschaft durch ein europäisches Gericht nicht entgegensteht. Denn danach nimmt die „Europäische Staatsanwaltschaft [...] vor den zuständigen Gerichten der Mitgliedstaaten die Aufgaben der Staatsanwaltschaft wahr“. Im Ergebnis dürfte eine solche Auffas-

sung abzulehnen sein; siehe zu den Gründen ausführlich Böse RW 2012, 172, 190.

⁶⁴ Neben der gerichtlichen Kontrolle, mit der sich der Haupttext beschäftigt, besteht eine Rechenschaftspflicht des Europäischen Staatsanwalts. Danach ist der „Europäische Staatsanwalt [...] dem Europäischen Parlament, dem Rat und der Europäischen Kommission für die allgemeinen Tätigkeiten der Europäischen Staatsanwaltschaft rechenschaftspflichtig, insbesondere durch Vorlage eines Jahresberichts [...]“ (Art. 5 III VO-ESTa).

⁶⁵ Zu solchen „Mischformen“, die aus supranationalen und kooperativen Elementen bestehen, siehe Sieber ZStW 121 (2009), 1, 23, 48.

⁶⁶ COM (2013) 534 final, S. 8, ferner 15 f.

⁶⁷ Siehe hierzu vor allem Böse RW 2012, 172, 180, 187 f.

⁶⁸ So Böse RW 2012, 172, 181.

⁶⁹ Böse RW 2012, 172, 182; Biehler/Gleiß/Parra/Zeitler (Fn. 7), S. 22, 33 f.

forderlich ist⁷⁰, wurde hier nicht weiter hinterfragt⁷¹. Selbst wenn man davon ausgeht, dass dies der Fall ist, dann lässt sich dem Vorschlag der Kommission nicht folgen. Wesentlicher Bestandteil dieses Vorschlags ist es, Elemente eines Strafrechtssystems mit Elementen eines anderen oder auch verschiedener anderer Strafrechtssysteme zu verbinden. Für ein solches Verfahren sind die Prozessrechtssysteme der einzelnen Mitgliedstaaten

⁷⁰ Zur Begründung insbesondere COM (2013) 532 final, S. 3 f.

⁷¹ Siehe dazu aber die Nachweise in Fn. 7 sowie *Satzger* NStZ 2013, 206, bes. 211 ff., mit einem Alternativvorschlag.

jedoch (noch) zu unterschiedlich.⁷² Insofern liegt das Hauptproblem des Vorstoßes der Kommission darin, dass eine europäische Strafverfolgungsbehörde bzw. ein europäischer Strafverfolgungsraum geschaffen werden soll, ohne dass es hierfür eine hinreichende, nämlich rechtsstaatlichen Anforderungen genügende verfahrensrechtliche Grundlage gibt.

⁷² Zur Problematik *Esser* (Fn. 50), S. 4 ff.; *Wolter*, Festschrift für Kohlmann, S. 693, 715; eingehend bereits *Eser* ZStW 108 (1992), 86 ff.; *Weigend* ZStW 104 (1992), 486 ff.; *Perron* ZStW 112 (2000), 202, 211 ff.; zu den kulturellen Hintergründen instruktiv *Hörnle* ZStW 117 (2005), 801 ff.

Aufsätze und Anmerkungen

§ 1631d Abs. 2 BGB

Gelungener Ausgleich zwischen Grundrechten und Staatsräson?

Von Wiss. Mitarbeiter Sven Großmann, Berlin*

I. Einleitung

Infolge des viel diskutierten „Beschneidungsurteils“ des LG Köln vom 07. 05. 2012¹ hat sich der Bundesgesetzgeber dazu entschieden, den sorgeberechtigten Eltern zu ermöglichen, in eine medizinisch nicht indizierte Beschneidung ihres nicht urteils- und einsichtsfähigen männlichen Kindes einwilligen zu können. Hierzu hat er § 1631d BGB neu in den Bereich der elterlichen Sorge aufgenommen. Gem. § 1631d Abs. 2 BGB kann diese Einwilligungsbefugnis der Eltern unter gewissen Umständen sogar auf die Möglichkeit ausgeweitet werden, die Beschneidung von einem von Religionsgesellschaften dazu vorgesehenen medizinischen Laien durchführen zu lassen.

In der Juli/August-Ausgabe der HRRS hat *Scheinfeld* den § 1631d BGB bereits einleitend vorgestellt und dabei unter anderem eine Reihe von Auslegungsfragen erörtert.² Der nachstehende Aufsatz soll, ausgehend von einer intensiven Betrachtung des Abs. 2 der Norm, diesbezüglich als Ergänzung und teilweise als Vertiefung dienen.

Im Folgenden möchte ich hierzu zunächst darstellen, welche schwierige verfassungsrechtliche und gesellschaftspolitische Aufgabe sich dem Gesetzgeber speziell

* Der Autor ist als wissenschaftlicher Mitarbeiter in der Rechtsanwaltskanzlei Betz – Rakete – Dombek in Berlin tätig.

¹ LG Köln NJW 2012, 2128.

² *Scheinfeld* HRRS 2013, 268.

in Hinblick auf den als „Laienprivileg“³ oder „Mohel-Klausel“⁴ bezeichneten Abs. 2 stellte, um mich so dann kritisch mit dieser Regelung auseinandersetzen. Münden soll der Aufsatz in der Vorstellung einer strafrechtlichen Regelungsalternative, die sich gegebenenfalls besser eignen könnte, die ursprüngliche Problematik aufzulösen.

II. Die religiöse Beschneidungspraxis

Die Amputation der Penisvorhaut stellt einen der ältesten und weltweit am meisten verbreiteten chirurgischen Eingriff dar. Derzeit soll nach Angaben der Weltgesundheitsorganisation (WHO) etwa ein Drittel der männlichen Weltbevölkerung beschnitten sein.⁵ Die frühesten Vornahmen dieses Eingriffs lassen sich ins 4. Jahrtausend v. Chr. zurückverfolgen.⁶

Im Christentum war die Beschneidung nur ganz zu Beginn von Bedeutung. Insbesondere Erwägungen aus dem neuen Testament waren ausschlaggebend dafür, diese Praxis aufzugeben,⁷ was auch aus einer päpstlichen Bulle

³ *Ehrmann* DRiZ 2012, 331.

⁴ *Isensee* JZ 2013, 317, 326.

⁵ WHO/UNAIDS, Male circumcision. Global trends and determinants of prevalence, safety and acceptability, 2007, S. 7 (http://whqlibdoc.who.int/publications/2007/9789241596169_eng.pdf Abruf: 23.09.13).

⁶ BT-Drucksache 17/11295 S. 6.

⁷ Vgl. u.a. Röm 2, 25: „Die Beschneidung ist wohl nütze, wenn du das Gesetz hältst; hältst du aber das Gesetz nicht, so bist du aus einem Beschnittenen schon ein Unbeschnittener geworden.“ oder auch Gal 5, 6: „Denn in Christus Jesus kommt es gerade

aus dem Jahre 1442 hervorgeht, in welcher die Beschneidung als unnötig erachtet wurde.⁸ Lediglich in einigen Teilen Afrikas, so etwa in der koptischen Gemeinde Ägyptens und bei den orthodoxen Christen Äthiopiens, wird die Beschneidung bis heute praktiziert. Dies ist jedoch in hohem Maße auf eine Vermischung mit sonstigen regionalen, kulturellen und sozialen Vorstellungen zurückzuführen.⁹

Für den Islam stellt die Beschneidung des männlichen Kindes eine religiöse Pflicht oder zumindest eine empfohlene Tradition dar.¹⁰ Sie beruht hauptsächlich auf einem Verweis im Koran auf die Lebensweisen des Propheten Abraham.¹¹ Es gibt jedoch keine expliziten Regelungen zu welchem Zeitpunkt diese zu erfolgen hat, vielmehr haben sich im Laufe der Jahrhunderte regional unterschiedliche Sitten entwickelt, welche zwischen der Vornahme in den ersten 7 Lebenstagen und dem Alter von achtzehn Jahren variieren.¹² Nach Angaben des Zentralrats der Muslime in Deutschland werden islamische Beschneidungen in Deutschland durchschnittlich im Alter von 7 Jahren durchgeführt. Zwar gibt es im türkischen Islam den traditionellen Beruf des religiösen Beschneiders („Sünneci“),¹³ jedoch werden in Deutschland die Beschneidungen ausnahmslos durch niedergelassene Ärzte oder in Krankenhäusern vorgenommen, wobei Religionszugehörigkeit und Geschlecht der behandelnden Ärzte keine Rolle spielen.¹⁴ Derzeit werden in Deutschland ca. 46.000 muslimische Jungen pro Jahr beschnitten.¹⁵

Im Judentum ist die Beschneidung des männlichen Kindes am achten Tag nach der Geburt (Brit Mila) eine religiöse Pflicht von allerhöchster Bedeutung. Symbolisch soll durch sie der Bund zwischen Gott und dem jüdischen Volk besiegelt werden.¹⁶ Wenngleich es im Laufe des 19. Jahrhunderts kritische Diskussionen im deut-

schen Reformjudentum diesbezüglich gab¹⁷ und auch heutzutage liberale Juden vereinzelt eine Abkehr von dieser Tradition und eine Ersetzung der Beschneidung durch alternative Symbolhandlungen (Brit Shalom) fordern,¹⁸ wird die Beschneidung vom weit überwiegenden Großteil der jüdischen Gemeinschaft praktiziert.¹⁹ Laut Angaben des Zentralrats der Juden in Deutschland ist die zeremonielle Entfernung der Vorhaut im Rahmen der Brit Mila geradezu „konstitutiv für das Judensein“ und deren Abschaffung „unter keinen Umständen denkbar.“ Auch eine generelle zeitliche Verschiebung der Beschneidung wird von den Vertretern des Zentralrats der Juden in Deutschland unter dem Hinweis auf die Religions- und Erziehungsfreiheit abgelehnt.²⁰ Wenn es der Gesundheitszustand des Kindes gebietet, besteht jedoch in Einzelfällen die Möglichkeit, die Brit Mila zu verschieben oder sogar ganz auf sie zu verzichten. Durchgeführt werden die Beschneidungen in Deutschland durch in Israel ausgebildete traditionelle Beschneider, sog. Mohalim. Im Rahmen ihrer Ausbildung werden ihnen sowohl medizinische, als auch religiöse Kenntnisse vermittelt. Von Ärzten durchgeführte Zirkumzisionen werden nicht als rituell anerkannt und entfalten somit nicht die erforderliche konstitutive Wirkung.²¹ Jedes Jahr werden in Deutschland ca. 200 jüdische Neugeborene, sowie 200 ältere Kinder und Erwachsene beschnitten.²²

III. Aufgabe des Gesetzgebers

Trotz des neutral gehaltenen Wortlauts von § 1631d Abs. 2 BGB ergibt sich aus dem bisher gesagten, dass sich dessen Anwendungsbereich faktisch ausschließlich auf die traditionelle jüdische Beschneidung durch den Mohel bezieht. Ziel war es, den jüdischen Beschneidern auch weiterhin ihre Tätigkeit zu erlauben, um so die Beschneidung nach jüdischem Glauben in Deutschland weiterhin zu ermöglichen.²³

Es musste daher eine Regelung gefunden werden, die es gewährleistet, eine Jahrtausende alte, religiös zwingende Tradition zu wahren und gleichzeitig die körperliche Unversehrtheit des Kindes zu schützen, ohne dabei weder den historisch bedingt, notwendigerweise besonders

nicht darauf an, beschnitten oder unbeschnitten zu sein, sondern darauf, den Glauben zu haben, der in der Liebe wirksam ist“.

⁸ WHO/UNAIDS, Male circumcision (Fn. 5), S. 4.

⁹ WHO/UNAIDS, Male circumcision (Fn. 5), S. 4.

¹⁰ BT-Drucksache 17/11295 S. 7.

¹¹ Koran 3, 95.

¹² WHO/UNAIDS, Male circumcision (Fn. 5), S. 3 f.

¹³ *Isensee* in JZ 2013, 317, 326.

¹⁴ BT-Drucksache 17/11295 S. 9; Stellungnahme des Zentralrats der Muslime in Deutschland zum Regierungsentwurf eines Gesetzes über den Umgang der Personensorge bei einer Beschneidung des männlichen Kindes anlässlich der Anhörung im Rechtsausschuss des Deutschen Bundestag am 26. November 2012 (http://www.bundestag.de/bundestag/ausschuesse17/a06/anhoerungen/archiv/31_Beschneidung/04_Stellungnahmen/Stellungnahme_Mazyek.pdf Abruf: 23.09.13).

¹⁵ Vgl. Stellungnahme des Zentralrats der Muslime in Deutschland (Fn. 14).

¹⁶ Vgl. Tora 1. Buch Mose, Gen. 17, 10 – 14: „Das aber ist mein Bund, den ihr halten sollt zwischen mir und euch und deinem Geschlecht nach dir: Alles, was männlich ist unter euch, soll beschnitten werden; eure Vorhaut sollt ihr beschneiden. Das soll das Zeichen sein des Bundes zwischen mir und euch. Jedes Knäblein, wenn's acht Tage alt ist, sollt ihr beschneiden bei euren Nachkommen. [...] Wenn aber ein Männlicher nicht beschnitten wird an seiner Vorhaut, wird er ausgerottet werden aus seinem Volk, weil er meinen Bund gebrochen hat.“

¹⁷ Vgl. *Judd*, Contested Rituals, Circumcision, Kosher Butchering and Jewish Political Life in Germany – 1843 – 1933, Ithaca/London (2007).

¹⁸ U.a. verlangt dies die Organisation „Jews against circumcision“ (vgl. <http://www.jewsagainstcircumcision.org/brisshalom.htm>).

¹⁹ BT-Drucksache 17/11295 S. 7; WHO/UNAIDS, Male circumcision (Fn. 5), S. 3.

²⁰ Vgl. Zentralrat der Juden in Deutschland, Warum beschneidet ihr eure Kinder? (2012) (**Fehler! Hyperlink-Referenz ungültig.** Abruf: 23.09.13).

²¹ Stellungnahme des Zentralrats der Juden in Deutschland zur Anhörung des Rechtsausschusses des deutschen Bundestages am 26. November 2012 (**Fehler! Hyperlink-Referenz ungültig.** Abruf: 23.09.13).

²² Laut Angaben des Zentralrats der Juden in Deutschland (vgl. Kompaktinfo der SPD Bundestagsfraktion "Die religiöse Beschneidung von Jungen" vom 19.11.2012 S. 5, <http://www.karin-roth.de/media/archive1/Rechtspolitik/KOMPAKTINFO20121119Beschneidung.pdf> Abruf: 23.09.13).

²³ BT-Drucksache 17/11295 S. 6.

sensiblen Umgang Deutschlands mit dem Judentum, noch die Erfüllung staatlicher Schutzpflichten zu gefährden.

1. Vom Gesetzgeber zu berücksichtigende Interessen

Es bietet sich an, zunächst die einzelnen, möglicherweise betroffenen Rechte und Interessen darzustellen, zwischen denen der Gesetzgeber einen Ausgleich hätte finden sollen:²⁴

a) Betroffene Grundrechte der Eltern

aa) *Religionsfreiheit der Eltern*: Vor dem religiösen Hintergrund der Beschneidung im vorliegenden Kontext könnte man in einer Verwehrung der Möglichkeit, in die Beschneidung ihres Sohnes einwilligen zu können, einen Eingriff in die Religionsfreiheit der Eltern aus Art. 4 Abs. 1 und 2 GG erblicken.²⁵

Dies würde aber einen wesentlichen Punkt verkennen: Ein Freiheitsrecht kann niemals dazu genutzt werden, vollumfänglich in die Grundrechte anderer einzugreifen. Auch wenn das Grundrecht aus Art. 4 Abs. 1 und 2 GG ohne Gesetzesvorbehalt gewährleistet wird, sind dennoch stets etwaige verfassungsimmanente Schranken zu berücksichtigen.²⁶ Der religiös motivierte Wunsch der Eltern, einen beschnittenen Sohn zu haben, kann somit unter keinen Umständen durch die bloße Religionsfreiheit der Eltern gerechtfertigt werden. Es kann von niemandem verlangt werden, zur Befriedigung fremder religiöser Interessen Beeinträchtigungen in die eigene körperliche Unversehrtheit hinzunehmen.²⁷ Insofern kann es auch von keiner Relevanz sein, dass es sich vorliegend um das Verhältnis zwischen Eltern und Kind handelt, denn auch als Kind tritt man seinen Eltern nicht bloß als grundrechtsloses Subjekt gegenüber.²⁸

Die Religionsfreiheit der Eltern hat folglich in diesem Kontext keine maßgebliche Bedeutung.

bb) *Erziehungsrecht der Eltern*: Vielmehr ist das elterliche Erziehungsrecht aus Art. 6 Abs. 2 S. 1 GG der richtige Anknüpfungspunkt. Hierdurch wird den Eltern ein Abwehrrecht gegenüber staatlicher Einwirkung in die Art und Weise der Erziehung ihrer Kinder garantiert. Den Eltern steht somit ein weitreichendes Recht zu, einzuschätzen, was ihrem Kind dient und welche Entwicklung es nehmen soll.²⁹ Jedenfalls in Verbindung mit Art. 4 GG erstreckt sich das Erziehungsrecht auch auf religiöse Aspekte. So steht es den Eltern zu, ihren Kindern religiö-

se und weltanschauliche Auffassungen zu vermitteln.³⁰ Darunter fällt auch das Recht, für die Aufnahme des Kindes in eine Religionsgemeinschaft zu sorgen. Da es sich bei der Beschneidung um *das* jüdische Initiationsritual handelt (s.o.), steht und fällt mit dessen Vornahme die Möglichkeit zur Aufnahme des Jungen in die Religionsgemeinschaft. Losgelöst von der Frage, ob es nicht dogmatisch sauberer und auch vom Ergebnis her sinnvoller wäre, zwischen der „spirituellen Dimension“ des Rituals und seiner profanen, körperlichen Seite zu unterscheiden,³¹ kann an diesem Punkt jedenfalls festgehalten werden, dass eine strafrechtliche Verfolgung der Beschneidung faktisch das religiöse Erziehungsrecht der Eltern zumindest tangieren würde, da es zur Konsequenz hätte, dass die Eltern nicht mehr frei über die Zugehörigkeit ihres Sohnes zum Judentum entscheiden könnten.

Das Recht der Eltern auf Schutz vor zu starken Eingriffen des Staates in die Erziehung ihres Kindes gem. Art. 6 Abs. 2 S. 1 GG ist von geradezu tragender verfassungsrechtlicher Bedeutung. Gleichwohl ist es Aufgabe des Staates, dort einzugreifen, wo das Kind eines Schutzes vor einer unzulässigen Ausübung des Erziehungsrechts durch seine Eltern bedarf. Korrespondierend mit dem Erziehungsrecht der Eltern, ist in Art. 6 Abs. 2 S. 2 GG daher das staatliche „Wächteramt“ geregelt. Es ist zwar nicht die Aufgabe des Staates, eine vermeintlich „bessere“ Erziehung des Kindes anzustreben, jedoch greift das Wächteramt insbesondere, wenn es um den Schutz des Kindes vor Eingriffen in dessen körperliche Unversehrtheit geht.³² Daher ist es die Aufgabe des Gesetzgebers, einen angemessenen Ausgleich zwischen der Elternautonomie auf der einen und dem Kindeswohl auf der anderen Seite herzustellen. Hierzu dienen u.a. die Regeln zur elterlichen Sorge, also der Bereich, in welchem § 1631d Einzug in das BGB gefunden hat.³³

Soweit der Gesetzgeber den Erziehungsberechtigten die Möglichkeit eröffnet, in einen Eingriff in die körperliche Unversehrtheit ihres Kindes einwilligen zu können, muss er hierbei (ungeachtet der Frage, ob nicht bereits die Schaffung dieser Einwilligungsmöglichkeit selbst, eine Verletzung der sich aus dem Wächteramt ergebenden Pflicht des Staates ist) zuvörderst sicherstellen, dass auch die notwendigen Rahmenbedingungen vorliegen, die eine Gefährdung des Kindeswohls ausschließen.

b) Betroffene Grundrechte des Kindes

Auch in Hinblick auf das zu beschneidende Kind ist zunächst dessen Religionsfreiheit zu erörtern. Selbstverständlich ist auch ein Neugeborenes Träger von Grundrechten. Zur Ausübung mancher Grundrechte bedarf es jedoch der Grundrechtsmündigkeit. Hinsichtlich der Religionsfreiheit wird hierbei an die Altersgrenzen im

²⁴ Vgl. speziell zu möglichen Verstößen gegen Art. 3 GG Scheinfeld HRRS 2013, 268, 270 f.

²⁵ So etwa Schwarz JZ 2008, 1225, 1228 unter Bezugnahme auf OLG Frankfurt NJW 2007, 3580, 3581.

²⁶ Vgl. u.a. BVerfGE 32, 98, 107 f.; BVerfGE 33, 23, 29.

²⁷ Vgl. Herzberg JZ 2009, 332, 337; Hörnle/Huster JZ 2013, 328, 330; Isensee JZ 2013, 317, 319; Wiater NVwZ 2012, 1379, 1380.

²⁸ So auch zutreffend Isensee in JZ 2013, 317, 319.

²⁹ Badura in Maunz/Dürig, Grundgesetz-Kommentar 67. Ergänzungslieferung (2013), Art. 6 Rn. 107.

³⁰ Kokott in Sachs, Grundgesetz, 6. Auf. (2011), Art. 4 Rn. 8; BVerfGE 41, 29, 44 u. 47 f.; BVerfGE 93, 1, 17.

³¹ So erneut i.E. zutreffend Isensee JZ 2013, 317, 319 f.; vgl. zudem unten in IV. 1 a.

³² von Coelln in Sachs (Fn. 30) Art. 6, Rn. 76 ff.

³³ Coester-Waltjen in v. Münch/Kunig, GGK II, 6. Aufl. (2012), Art. 6 Rn. 79.

RelKERzG angeknüpft.³⁴ Erst ab dem 14. Lebensjahr kann das Kind gem. § 5 S. 1 RelKERzG selbst darüber entscheiden, in welchem Glauben es erzogen werden soll. Daraus folgt im Umkehrschluss, dass es den Eltern jedenfalls in Hinblick auf den Säugling zusteht, für diesen dessen(!) Religionsfreiheit treuhänderisch auszuüben.³⁵ Dem Kind ist es somit zu diesem Zeitpunkt nicht möglich, sich auf seine eigene negative Religionsfreiheit gegenüber seinen Eltern zu berufen.³⁶

Relevant ist dagegen das sich aus Art. 2 Abs. 2 S. 1 GG ergebende Recht auf körperliche Unversehrtheit des Kindes, denn die Amputation der Penisvorhaut stellt zweifellos einen Eingriff in dessen Schutzbereich dar.

Ferner ist auch an das allgemeine Persönlichkeitsrecht gem. Art. 2 Abs. 1 iVm. Art. 1 Abs. 1 GG zu denken, da ein operativer Eingriff an den Geschlechtsorganen auch den „Intim und Sexualbereich des Menschen als Teil seiner Privatsphäre“ berührt.³⁷

c) Das Recht der Glaubensgemeinschaften auf Selbstverwaltung

Art. 140 GG iVm. Art. 137 Abs. 3 WRV garantiert in seinem Anwendungsbereich den Religionsgemeinschaften, ihre Angelegenheiten frei und ohne staatlichen Einfluss zu ordnen und zu verwalten. Die Feststellung, was im einzelnen zu diesen „eigenen Angelegenheiten“ zählt, ist dem Staat überlassen, wobei er dem Selbstverständnis der jeweiligen Glaubensgemeinschaft in hohem Maße Rechnung trägt.³⁸ So sind hiervon u.a. die Lehre und der Kultus, die Verfassung und Organisation, die Vermögensverwaltung, die Festlegung der Rechte und Pflichten der Mitglieder, sowie die Ausbildung der Geistlichen erfasst.³⁹ Eine Schranke erfährt diese Gewährleistung des Art. 140 GG iVm. Art. 137 Abs. 3 WRV durch den Vorbehalt der „für alle geltenden Gesetze“. Hiermit sind alle Gesetze gemeint, die für die jeweils betroffene Religionsgemeinschaft dieselbe Bedeutung haben, wie für „jedermann“. Es darf sich also nicht um ein gegen die Glaubensgemeinschaft gerichtetes Sonderrecht handeln. Ein solches Gesetz würde keine zulässige Beschränkung des Schutzbereiches darstellen.⁴⁰ Nach der neueren Rspr. des BVerfG setzt sich immer mehr die sog. „Wechselwirkung-

und Abwägungslehre“ durch, wonach stets im Einzelfall eine Abwägung der jeweils kollidierenden Rechtsgüter zu erfolgen hat.⁴¹ Die Verleihung von Ämtern, als explizit genannte „eigene Angelegenheit“ ist dem Schrankenvorbehalt sogar komplett entzogen, Art. 137 Abs. 3 S. 2 WRV.⁴²

2. Die bundesdeutsche Staatsräson als außerkonstitutionelle Triebfeder

Ein Diskurs, der einzig auf verfassungsrechtliche Garantien und staatliche Pflichten abstellt, würde dem vorliegenden Problem aber nicht umfassend gerecht werden. Denn völlig losgelöst von den jeweils betroffenen grundrechtlichen Schutzbereichen und den ggf. bestehenden Möglichkeiten, in verfassungsrechtlich gerechtfertigter Form in diese einzugreifen, stellt sich eine entscheidende Frage: Ist es dem deutschen Staat überhaupt möglich, ein für das Judentum so bedeutsames Ritual zu verbieten?

Als unmittelbare Folge der unmenschlichen Verbrechen des Holocausts ergibt sich die historisch einzigartige politische und gesellschaftliche Pflicht der BRD, den Wiederaufbau des jüdischen Lebens in Deutschland in besonderem Maße zu schützen und zu fördern. Alles, was dem entgegensteht, muss durch den deutschen Staat zwingend verhindert werden. Dies steht außer Frage und bedarf an dieser Stelle sicherlich auch keiner weiteren Vertiefung.

Aufgrund ihrer konstitutiven Wirkung hat die Brit Mila, wie erwähnt, eine geradezu herausragende Bedeutung für das Judentum. Die Folge eines Verbots wäre demnach eine erhebliche Einschränkung der Entfaltung des jüdischen Lebens in Deutschland. Es würde es in Teilen sogar unmöglich machen. Ein freiwilliger Verzicht der jüdischen Gemeinschaft hierauf kann sicherlich nicht von ihr verlangt werden. Eltern, die trotz allem weiterhin an diesem Ritual als festen Bestandteil ihres Glaubens festhalten wollten, sähen sich somit gezwungen, in die Illegalität zu gehen oder die Beschneidung im Ausland durchführen zu lassen. Dies ist unter keinen Umständen mit der besonderen Schutzpflicht der BRD gegenüber dem Judentum zu vereinbaren.

Auch wenn der Gesetzgeber es nicht explizit benennt, ist es offensichtlich, dass es im Kern dieses Gesetzgebungsaktes um die Durchsetzung dieser bundesdeutschen Staatsräson, sowie um die Wahrung des internationalen Ansehens Deutschlands ging. Die religiös motivierte Beschneidung ist weltweit in keinem Staat untersagt.⁴³ Dass gerade Deutschland die traditionelle jüdische Beschneidung vor dem erwähnten Hintergrund schlicht nicht strafrechtlich verfolgen kann, ist somit eigentlich selbsterklärend. Der damit einhergehende, enorme au-

³⁴ Kästner in Stern/Becker, Grundrechte-Kommentar, 1. Aufl. (2010), Art. 2 Rn. 145; Pieroth/Schlink, Staatsrecht II, 28. Aufl. (2012), Rn. 138.

³⁵ Kokott in Sachs (Fn. 30), Art. 4, Rn. 8.

³⁶ So auch Wiater NVwZ 2012, 1379, 1380; a. A. Scheinfeld HRRS 2013, 268, 269.

³⁷ So auch OLG Frankfurt NJW 2007, 3580, 3581; Hörnle/Huster JZ 2013, 328, 329 m.w.N.

³⁸ v.Campenhause/de Wall, Staatskirchenrecht, 4. Aufl. (2006), § 14 I (103); Ehlers in Sachs (Fn. 30), Art. 140/137 WRV, Rn. 6; Jarras/Pieroth, GG, 12. Aufl. (2012), Art. 140/137 WRV, Rn. 9; Mager in v.Münch/Kunig (Fn. 33), Art. 140/137 WRV, Rn. 34; BVerfGE 24, 236, 247 f.; BVerfGE 70, 138, 164.

³⁹ v.Campenhause/Unruh in v. Mangoldt/Klein/Starck, GG III, 6. Aufl. (2010), Art. 137 WRV, Rn. 33 ff.; Koriath in Maunz/Dürig (Fn. 29), Art. 137 WRV Rn 26 ff.; Mager in v.Münch/Kunig (Fn. 33), Art. 140/137 WRV, Rn. 34.

⁴⁰ v.Campenhause/Unruh in v. Mangoldt/Klein/Starck (Fn. 39), Art. 137 WRV, Rn. 45; BVerfGE, 42, 312, 334.

⁴¹ Beachte hierzu wegweisend die sog. *St.-Marien-Entscheidung*, in welcher der „Schutz anderer für das Gemeinwesen bedeutsamer Rechtsgüter“ betont wurde: BVerfGE 53, 366, 400.

⁴² v.Campenhause/Unruh in v. Mangoldt/Klein/Starck (Fn. 39), Art. 137 WRV, Rn. 34; Jarras/Pieroth (Fn. 38), Art. 140/137 WRV, Rn. 10; Mager in v.Münch/Kunig (Fn. 33), Art. 140/137 WRV, Rn. 36.

⁴³ Siehe Übersicht in BT-Drucksache 17/11295 S. 10 f.

ßenpolitische Ansehensverlust durfte und konnte vom Gesetzgeber nicht riskiert werden und musste daher verhindert werden.

Es kann an dieser Stelle somit festgehalten werden, dass nicht die zur Auflösung des Spannungsverhältnisses geführte Auseinandersetzung mit den dargestellten Interessen den Weg zu einem verfassungsrechtlich einwandfreien Ergebnis ebnete, sondern dass das bereits feststehende Ergebnis von Beginn an den Zugang zu einer (in verfassungsrechtlicher Sicht) aufrichtigen Debatte versperrte.

Mit anderen Worten: Bereits im Ziel stehend, galt es für den Gesetzgeber einen Weg zu erklären, den man nie beschritten hatte.

IV. Umsetzung und Kritik

Wenn also davon ausgegangen werden darf, dass schon zu Beginn dieses Gesetzgebungsprozesses dessen Endergebnis („Kein Verbot der traditionellen jüdischen Beschneidung“) feststand, gilt es nun zu erörtern, ob es dem Gesetzgeber mit § 1631d Abs. 2 BGB wenigstens gelungen ist, in dem ihm zur Verfügung stehenden Rahmen eine Regelung zu finden, die einen Ausgleich der soeben dargestellten Interessen zumindest teilweise gewährleistet.

Mit dem neuen § 1631d Abs. 2 BGB wird innerhalb der ersten 6 Lebensmonate des Kindes die Durchführung der Beschneidung durch Nichtmediziner ermöglicht, soweit diese aufgrund ihrer Fähigkeiten hinsichtlich dieses Eingriffs einem Arzt fachlich gleichzusetzen sind.

1. Fachliche Qualifikation der Beschneider

Es muss sichergestellt sein, dass die Beschneider in einem Maße qualifiziert sind, dass von der Vornahme des Eingriffs durch sie kein höheres Gesundheitsrisiko für das Kind ausgeht, als bei der Vornahme durch einen Mediziner. Entscheidend seien hierbei insbesondere Kenntnisse in Hygiene und Desinfizierung sowie in Erster Hilfe. Die Regeln zum Umgang mit Betäubungsmitteln bleiben indes unberührt (Arztvorbehalt).⁴⁴

a) Zulassung der Beschneider und Sicherstellung ihrer Fähigkeiten

Wie und durch wen die Ausbildung der Beschneider zu erfolgen hat, wird weder in § 1631d Abs. 2 BGB selbst, noch in einer anderen Norm geregelt. Auch wird nicht klar, ob und wenn ja, durch wen das Vorliegen der nötigen Qualifikationen festgestellt werden soll.

Der Gesetzgeber stützt sich bezüglich Abs. 2 auf seine Gesetzgebungskompetenz aus Art. 74 Abs. 1 Nr. 19 GG („Zulassung zu ärztlichen und anderen Heilberufen und zum Heilgewerbe“).⁴⁵

Dies erscheint bereits terminologisch in höchstem Maße bedenklich. Der Beruf des Beschneiders lässt sich nur mit Mühe und Not unter den Begriff der „anderen Heilberufe“ fassen, deren Aufgabe es ist, sich einem Heilungsprozess zu widmen, um einen Krankheitszustand zu beseitigen und nicht in die körperliche Integrität eines vollkommen gesunden Menschen einzugreifen.⁴⁶ Auch der Verweis von *Rixen*, dass es sich, jedenfalls soweit die „gesundheitliche Nachsorge dem nicht-ärztlichen Beschneider“ unterliege, um einen Bereich handele, welcher der „Heilkunde“ zuzuordnen sei, hilft nicht weiter, er wirkt geradezu zynisch.⁴⁷

Wenn man aber auf eine „dynamische Auslegung“ des Art. 74 Abs. 1 Nr. 19 GG abstellt, kann man mit viel gutem Willen zumindest einen gewissen Zusammenhang zum „medizinisch-pflegerischen Bereich“ erkennen, wengleich es mir nicht ersichtlich ist, inwiefern das Berufsbild des Beschneiders einen „klaren heilkundlichen Schwerpunkt“ aufweisen soll.⁴⁸

Diese Bedenken beiseite schiebend und davon ausgehend, dass sich das Berufsbild unter Art. 74 Abs. 1 Nr. 19 GG subsumieren ließe, stellt sich dennoch die Frage, ob der Gesetzgeber von der Prämisse, die „Zulassung“ regeln zu wollen, tatsächlich Gebrauch gemacht hat.

Nach einer Auffassung ist mit dem Begriff der „Zulassung“ eine „förmliche Anerkennung einer Tätigkeit als Heilberuf“ zu verstehen,⁴⁹ so dass der Gesetzgeber dies mit § 1631d Abs. 2 BGB bereits abschließend getan hätte und der Vollzug der Zulassung an sich Aufgabe der Religionsgemeinschaft selbst sei.⁵⁰ Dies kann jedoch so nicht richtig sein. Vielmehr erfasst das Merkmal der Zulassung alle Vorschriften, die zur Aufnahme eines Arzt- oder Heilberufs erforderlich sind. Also all das, was die Berufszulassung, aber nicht dessen Ausübung regelt.⁵¹ Dies kann der Bundesgesetzgeber regeln und sollte das auch, sofern er sich in der Gesetzesbegründung auf den Kompetenztitel aus Art. 74 Abs. 1 Nr. 19 GG stützt.

In § 1631d Abs. 2 BGB wird hierüber jedoch kein Wort verloren, vielmehr richtet sich die Norm ihrem Wortlaut nach an die bereits von den Religionsgemeinschaften dazu „vorgesehenen Personen“, denen die Ausübung ihres Berufes hiermit ermöglicht werden soll. Den Religionsgemeinschaften wird so eine bedenklich weite Beurteilungsprärogative bezüglich des Zulassungsverfahrens eingeräumt. Grundlage hierfür soll das Selbstbestim-

⁴⁶ Beispiele für Heilberufe deren Anforderungen bundesrechtlich geregelt wurden, finden sich bei *Kunig* in v.Münch/Kunig (Fn. 33), Art. 74 Rn. 80.

⁴⁷ *Rixen* NJW 2013, 257, 258.

⁴⁸ Vgl. *Rixen* NJW 2013, 257, 258 unter Bezugnahme auf BVerfG NJW 2003, 41, 42 f.

⁴⁹ Erneut *Rixen* NJW 2013, 257, 258 vgl. dort Fn. 19 Hinweis auf BVerfG NJW 2003, 41, 47: Der Begriff der Zulassung sei „nicht ganz geklärt“.

⁵⁰ *Rixen* NJW 2013, 257, 261.

⁵¹ *Degenhardt*, in *Sachs* (Fn. 30), Art. 74, Rn. 86; *Kunig* in v.Münch/Kunig (Fn. 33), Art. 74, Rn. 77; BVerfGE 4, 74, 84 f.; BVerfGE 17, 287, 292; BVerfGE 33, 125, 152; BVerfGE 61, 169, 174.

⁴⁴ BT-Drucksache 17/11295 S. 18 f.

⁴⁵ BT-Drucksache 17/11295 S. 14.

mungsrecht der Religionsgemeinschaften aus Art. 140 GG iVm Art. 137 Abs. 3 S. 1 WRV sein.⁵²

In einer Stellungnahme zum Gesetzesentwurf kündigte der Zentralrat der Juden in Deutschland die Errichtung eines „Instituts für die Zertifizierung von Mohalim in Deutschland“ an.⁵³ Bislang ist dies noch nicht geschehen. Es ist auch zweifelhaft, ob das überhaupt ein taugliches Instrument sein kann, den staatlichen Schutzauftrag für die körperliche Unversehrtheit des Kindes sicherzustellen. Der vom Gesetzgeber angeführte Verweis auf das Selbstbestimmungsrecht der Glaubensgemeinschaften kann nämlich vorliegend nicht die Möglichkeit eröffnen, die Ausbildung und Überwachung der Beschneider in Gänze in die Hände der Glaubensgemeinschaft zu legen, da es diesbezüglich genau zu differenzieren gilt:

Was den spirituell-geistlichen Teil angeht, ist dies eine Angelegenheit, die nur von der jüdischen Religionsgemeinschaft selbst durchgeführt werden kann. Insofern besteht kein Unterschied zu Initiationsriten anderer Glaubensrichtungen und der Ausbildung ihrer ausführenden Organe. Der Staat darf hierauf keineswegs Einfluss ausüben. Der religiöse Aspekt der Brit Mila und somit der Tätigkeit des Mohel, ist jedoch strikt von deren physischer Seite zu trennen. Denn anders als beispielsweise bei der christlichen Taufe, die keinen Eingriff in die körperliche Unversehrtheit des Kindes bedeutet,⁵⁴ betrifft die Beschneidung in hohem Maße die Physis des Kindes. Insoweit handelt es sich eben nicht um eine ureigene Angelegenheit der Glaubensgemeinschaft, sondern schlicht um den weltlichen Akt der Amputation der Penisvorhaut und somit um einen operativen, medizinischen Eingriff.⁵⁵

Daraus schlussfolgernd ist auch die Ausbildung der Mohalim in zwei Bereiche aufzuteilen: Auf der einen Seite in die Vermittlung religiöser Kenntnisse, die frei von staatlichem Einfluss zu erfolgen hat und auf der anderen Seite in die fachlich-medizinische Ausbildung, die aufgrund ihrer Allgemeingültigkeit gerade keine Angelegenheit ist, welche nur durch die Glaubensgemeinschaft selbst durchgeführt werden kann und darf. Da insofern der dargestellte Schutzbereich überhaupt nicht eröffnet ist, gilt der Schrankenvorbehalt des Art. 140 GG iVm Art. 137 Abs. 3 WRV hier auch nicht.

Folglich kann der Staat diesbezüglich nicht nur regulativ eingreifen, er ist vielmehr dazu verpflichtet, um seinem Wächteramt gerecht zu werden. Denn das bloße Feststellen, dass diese und jene Voraussetzungen erfüllt sein müssten, damit eine Religionsgemeinschaft gewisse Personen zur Beschneidung vorsehen darf, reicht nicht aus, um in diesem höchst sensiblen Bereich die Gewährleistung des Kindeswohls tatsächlich sicherzustellen. Vielmehr ist dies eben, die sich aus Art. 6 Abs. 2 S. 2 GG ergebende *ureigene Angelegenheit des Gesetzgebers*.

Es sei an dieser Stelle noch festzuhalten, dass eine gesetzgeberische Regelung zur medizinischen Ausbildung und Überwachung der Fähigkeiten der Mohalim, zur Sicherstellung des Kindeswohls, keinesfalls beabsichtigen würde, dem Judentum unterschwellig vorzuwerfen, vorsätzlich und systematisch seinen männlichen Kindern Gewalt antun zu wollen.⁵⁶ Denn auch einem Medizinstudenten, der kurz vor Abschluss seines Studiums steht, würde man dies nicht zwangsläufig unterstellen und dennoch darf er bis zu seiner Approbation eine Zirkumzision nicht alleine durchführen. Ob er fachlich zu so einem Eingriff schon vorher befähigt wäre und mit was für Intentionen er handeln würde, ist dabei vollkommen unerheblich. Wo genau der Unterschied liegt zwischen einem fast fertig ausgebildeten Mediziner, der einen solchen Eingriff unter keinen Umständen eigenständig durchführen dürfte und einem medizinischen Laien, ist nicht ersichtlich. Insofern hilft auch nicht der Verweis auf „Erfahrungswerte“ der Mohalim weiter. Die Frage, die sich hier stellt, ist mitnichten „ideologischer“ Natur.

b) Arztvorbehalt des BtMG und AMG

Ferner soll laut der Gesetzesbegründung der Arztvorbehalt des BtMG und AMG unberührt bleiben.⁵⁷ Dies ist jedoch unverständlich und im Ergebnis geradezu paradox:

Dieser Vorbehalt beruht auf der Tatsache, dass nur Ärzte dank ihrer Ausbildung dazu in der Lage sind, Betäubungsmittel pflichtbewusst und nach allen Regeln der Kunst zu verabreichen, ohne dabei die Gesundheit des Patienten zu gefährden. Wenn die Beschneider, um den Eingriff durchführen zu dürfen „vergleichbar befähigt“ sein sollen, dann stellt sich die Frage, warum ihnen dann nicht dasselbe Recht oder vielmehr dieselbe Pflicht zu teil werden soll, Betäubungsmittel zu verwenden. Im Umkehrschluss kann sich daraus nur ergeben, dass sie eben doch nicht im selben Maße fähig sind, die Beschneidung durchzuführen. Dass man es den Mohalim dann zwar erlaubt, mit einem Skalpell die Penisvorhaut eines acht Tage alten Kindes zu durchtrennen, ihnen den Umgang mit Betäubungsmitteln aber nicht zutraut, hat beinahe schizophrene Züge.⁵⁸ Dem jüdischen Beschneider wird es so nämlich unmöglich gemacht, den Eingriff, wie vom Gesetzgeber verlangt, gleich einem Arzt durchzuführen, denn bei einer verfassungskonformen Auslegung der Norm könnte eine Einwilligung der Eltern eigentlich nur dann eine rechtfertigende Wirkung erzie-

⁵² BT-Drucksache 17/11295 S. 18 f.

⁵³ Vgl. Stellungnahme des Zentralrats der Juden (Fn. 21).

⁵⁴ Vgl. Herzberg JZ 2009, 332.

⁵⁵ In eine sehr ähnliche Richtung deutend: *Isensee* JZ 2013, 317, 321 f.

⁵⁶ Vgl. hierzu die Stellungnahme des Zentralrats der Juden (Fn. 21), in welcher der Zentralrat der Juden hinsichtlich der Erwähnung des „Kindeswohls“ in § 1631d Abs. 1 BGB betont, dass es nicht Ziel der Beschneidung sei, den Kindern „vorsätzlich weh“ tun zu wollen, sondern dass die Brit Mila als Initiationsritual dem Kindeswohl diene und zudem gesundheitlichen Risiken im Vorfeld und während der Beschneidung berücksichtigt würden, denn „im Judentum hat das Leben und die Bewahrung des Lebens den höchsten Stellenwert ... Insofern führen alle ideologisch motivierten Versuche, Kindeswohl versus Judentum gegeneinander in Stellung zu bringen, zwangsläufig ins Leere“.

⁵⁷ BT-Drucksache 17/11295 S. 19.

⁵⁸ So auch *Mandla* FPR 2013, 244, 247.

len, wenn die Beschneidung *lege artis* und damit konsequenterweise unter einer Betäubung erfolgt.⁵⁹

2. Zeitliche Beschränkung auf 6 Monate

Äußerst fragwürdig erscheint darüber hinaus die zeitliche Beschränkung auf die ersten 6 Lebensmonate des Kindes: Zum einen stellt sich die Frage nach den Gründen für die Beschränkung an sich, zum anderen, wieso genau ein Zeitraum von 6 Monaten gewählt wurde.

Der Gesetzgeber argumentiert damit, dass mittels dieser Beschränkung der Abwägung zwischen Religionsfreiheit aus Art. 4 GG und der Freiheit der Religionsgemeinschaften zur selbständigen Ordnung und Verwaltung aus Art. 140 GG iVm. Art. 137 WRV auf der einen Seite und dem Recht des Kindes auf körperliche Unversehrtheit aus Art. 2 Abs. 2 S. 1 GG auf der anderen Seite am besten Rechnung getragen wird.⁶⁰

Ungeachtet dessen, dass meines Erachtens das Selbstverwaltungsrecht der Religionsgemeinschaften vorliegend gar nicht betroffen ist (s.o.), mutet dieses „Abwägungsergebnis“ auch inhaltlich zweifelhaft an:

In den Gesetzesmaterialien wird mehrfach betont, dass die früher verbreitete Ansicht, Neugeborene und Säuglinge hätten kein oder nur ein reduziertes Schmerzempfinden und –gedächtnis, heute nach ganz herrschender Auffassung in der Medizin als überholt gilt.⁶¹ Vielmehr ist es unter Medizinern mittlerweile unstrittig, dass das schmerzunterdrückende System erst einige Monate nach der Geburt funktioniert. Neugeborene haben demnach sogar ein um ein Vielfaches stärkeres Schmerzempfinden als Erwachsene.⁶² Hinzukommt, dass der Eingriff bei Säuglingen, aufgrund der noch bestehenden Verklebung der Penisvorhaut mit der Glans, zunächst eine Lösung der Vorhaut erforderlich macht, was die Prozedur per se qualvoller gestaltet.⁶³

Des Weiteren wird, wie oben dargestellt, besonders hervorgehoben, dass die Qualifikationen der Beschneider denen eines Arztes gleichkommen müssen. Bei genauer Betrachtung bringt der Gesetzgeber mit dieser zeitlichen Beschränkung erneut eigentlich nur sein Misstrauen gegen diese Art des Eingriffs zum Ausdruck, wenn er eben jene Fähigkeiten, die er überhaupt erst zur Voraussetzung für ein Eingreifen des Abs. 2 macht, im selben Atemzug scheinbar als nicht gegeben erachtet.

Im Ergebnis spricht er nämlich sowohl dem nichtärztlichen Beschneider die Fähigkeit zur fachgemäßen (also möglichst schmerzfreien) Durchführung der Beschneidung, als auch dem Säugling (zumindest für die ersten 6 Monate) ein ausgeprägtes Schmerzempfinden ab. Wenn er jedoch mit der absolut herrschenden Meinung in der Medizin das (verstärkte) Schmerzempfinden des Säuglings sogar anerkennen sollte, den Beschneidern jedoch

nicht traut und das Kind schlicht aus gesellschaftspolitischen Gründen in deren Hände gibt, dann handelt er nicht bloß argumentativ falsch, sondern er vernachlässigt sein Wächteramt in einem geradezu unerträglichen Maße.

V. Überlegungen zu alternativen Regelungsmöglichkeiten

1. Aufhebung des § 1631d BGB und Verlagerung des Problems ins Strafrecht

Vieles spricht dafür, dass § 1631d BGB insgesamt nicht mit geltendem Verfassungsrecht vereinbar ist. Insbesondere die Menschenwürde, die körperliche Unversehrtheit, aber auch das allgemeine Persönlichkeitsrecht des Kindes, sowie dessen Recht auf eine gewaltfreie Erziehung sind durch diese enorme Ausdehnung der Einwilligungskompetenzen der Eltern in einem Maße betroffen, das im Sinne eines umfassenden Schutzes des Kindes nicht hinnehmbar ist.

Am saubersten wäre es daher, wenn der Gesetzgeber § 1631d BGB, als Resultat eines völlig überstürzten gesetzgeberischen Aktionismus, schlicht wieder aufheben würde. Dies würde den Weg zum Ausgangspunkt der gesamten Diskussion, nämlich der durch das Urteil des LG Köln vom 07. 05. 2012⁶⁴ aufgeworfenen strafrechtlichen Frage, wieder frei machen:

Stellt die Durchführung einer medizinisch nicht indizierten Beschneidung eines nicht einsichts- und urteilsfähigen Kindes *strafrechtlich relevantes Unrecht* dar?

Mit § 1631d BGB hat der Gesetzgeber versucht, durch eine Art Generalerlaubnis dieses Problem nonchalant beiseite zu schieben und ist damit weit über das Ziel hinausgeschossen. Hinsichtlich des Regelungsstandortes im BGB wurde u.a. damit argumentiert, dass sich das LG Köln bei seiner Urteilsbegründung auch darauf stützte, dass Eltern nach den Regelungen zur elterlichen Sorge nicht rechtfertigend in eine medizinisch nicht indizierte Beschneidung ihres Kindes einwilligen können, da dies dem Wohl des Kindes nicht entspreche.⁶⁵ Der daraufhin vom Gesetzgeber angestrebte Umkehrschluss, es müsse somit auch eine Regelung im Sorgerecht gefunden werden, ist aber keinesfalls zwingend. Vielmehr war das LG Köln mangels einer dahingehenden Regelung im StGB darauf angewiesen, im Zivilrecht nach etwaigen Rechtfertigungsgründen zu suchen, wo es jedoch insbesondere aufgrund der ausdrücklichen Wertung aus § 1631 Abs. 2 S. 1 BGB (Recht des Kindes auf gewaltfreie Erziehung) nicht fündig wurde. Dass § 1631d BGB nun in jenem Dunstkreis aus dem Recht auf gewaltfreie Erziehung und dem Verbot der Sterilisation (§ 1631c BGB) angesiedelt wurde, zeugt vielmehr auch in systematischer Hinsicht von fehlendem gesetzgeberischen Taktgefühl.

⁵⁹ Hörnle/Huster JZ 2013, 328, 339.

⁶⁰ BT-Drucksache 17/11295 S. 18.

⁶¹ BT-Drucksache 17/11295 S. 8 f.

⁶² Ehrmann DRiZ 2012, 331 unter Bezugnahme auf eine Expertenanhörung im Justizministerium am 28.09.2012.

⁶³ Scheinfeld HRRS 2013, 268, 274 m.w.N.

⁶⁴ LG Köln NJW 2012, 2128.

⁶⁵ LG Köln NJW 2012, 2128, 2129; BT-Drucksache 17/11295 S. 16.

Das BGB ist folglich keinesfalls der einzig denkbare Standort für diese rechtliche Frage. Es erscheint um einiges sinnvoller, das Problem dort zu regeln, wo es aufgetreten ist, nämlich im Strafrecht selbst. Daher sollte im StGB eine Regelung geschaffen werden, die klarstellt, unter welchen Voraussetzungen die Vornahme einer medizinisch nicht indizierten Beschneidung keine Körperverletzung gem. § 223 Abs. 1 StGB darstellt. Dies kann in einer zufriedenstellenden Weise einzig über die Normierung eines Tatbestandsausschlusses erreicht werden. Bei allen Versuchen mittels einer Einwilligungslösung lediglich die Rechtswidrigkeit entfallen zu lassen, wie es die höchstrichterliche Rechtsprechung in Bezug auf den ärztlichen Heileingriff zu tun pflegt,⁶⁶ würde der Beschneidung stets der Makel anhaften, tatbestandlich eine Körperverletzung darzustellen. Eine Parallele könnte hierbei zu den Regelungen des Schwangerschaftsabbruchs gem. §§ 218 ff. StGB gezogen werden, wonach bei Vorliegen der Voraussetzungen des § 218a Abs. 1 StGB der Tatbestand des § 218 StGB nicht verwirklicht ist.

Auf die Beschneidung übertragen, könnte der Tatbestand des § 223 Abs. 1 StGB, bei Durchführung einer medizinisch nicht erforderlicher Beschneidung eines nicht einsehens- und urteilsfähigen männlichen Kindes, entfallen, wenn

1. Die Erziehungsberechtigten sich mindestens zwei Tage vor Durchführung des Eingriffs umfassend über die Risiken und Folgen der Beschneidung bei einer unabhängigen Stelle⁶⁷ beraten und aufklären lassen und der die Beschneidung durchführenden Person eine dementsprechende Bescheinigung vorlegen,
2. die Beschneidung von einem Arzt oder einem staatlich anerkannten Beschneider einer Religionsgemeinschaft⁶⁸ durchgeführt wird und
3. der Eingriff nach den Regeln der ärztlichen Kunst, einschließlich Betäubung und umfassender Schmerzbehandlung erfolgt.

Wenn diese Voraussetzungen erfüllt sind, wäre zumindest sichergestellt, dass die Risiken für die Gesundheit des Kindes durch den Eingriff selbst auf ein Minimum reduziert wären. Dies hätte zur Folge, dass kein sanktionierungswürdiges Unrecht mehr vorläge und das originäre Ziel, sowohl dem Beschneider als auch den Eltern die Sorge vor strafrechtlicher Verfolgung zu nehmen, wäre erreicht. Gleichzeitig würde ein solch schlichter Tatbestandsausschluss die Normierung mit dem geringsten Regelungsgehalt darstellen. Sie sähe nämlich davon ab, die offensichtlich verfassungsrechtlich kaum aufzulösende Frage, ob den Eltern generell ein dahingehendes Einwilligungsgerecht zustehen sollte, beantworten zu wollen.

⁶⁶ Paeffgen in Kindhäuser/Neumann/Paeffgen, StGB, 4. Aufl. (2013), § 228 Rn. 56; RGSt 25, 375, 378; BGH NJW 1988, 2310; BGH NStZ 2004, 442; BGH NStZ-RR 2007, 340.

⁶⁷ Wobei insbesondere wichtig ist, dass die den Eingriff vornehmende Person nicht gleichzeitig die Beratung durchführen darf, vgl. zu § 218a Abs. 1 StGB: Eschelbach in BeckOK StGB (Stand: 08. 03. 2013), § 218a Rn. 14.

⁶⁸ Zu Möglichkeiten einer staatlichen Anerkennung traditioneller religiöser Beschneider vgl. sogleich V. 2.

Mit diesen Argumenten kann auch allen Bedenken begegnet werden, nach denen die Beschneidung, besonders als religiöser Initiationsritus, überhaupt nicht in die Sphäre des Strafrechtlichen gerückt werden soll. Derartige Empfindsamkeiten mögen zwar durchaus verständlich sein, juristisch gesehen, müssen sie aber ausgeklammert werden. Denn Sinn und Zweck einer derartigen Norm muss es einzig sein, dieses strafrechtliche Problem unmissverständlich und klar zu regeln. Gerade die Implementierung eines solchen Tatbestandsausschlusses in das StGB selbst, würde die Beschneidung am effektivsten vor einer Bewertung durch das StGB bewahren.

2. Gesetzgeberischer Handlungsbedarf bei Aufrechterhaltung des § 1631d BGB

Aber auch sofern eine Aufrechterhaltung des § 1631d BGB trotz aller Bedenken weiterhin favorisiert werden sollte, böten sich bezüglich des für diesen Aufsatzes relevanten Abs. 2 eine Reihe von Regelungsmöglichkeiten an, um die aufgezeigten Widersprüche und Problemfelder zumindest zu entschärfen:

So könnte zunächst daran gedacht werden, die Ausbildung und Überwachung der Beschneider gemeinsam mit den Vertretern der jüdischen Glaubensgemeinschaft zu organisieren und durchzuführen. In Israel wird die Ausbildung der Mohalim in der Regel von einem Komitee aus Gesundheitsministerium, Ministerium für religiöse Angelegenheiten und Oberrabbinat überwacht. Also einer Mischung aus rein staatlichen Stellen und der Glaubensgemeinschaft selbst.⁶⁹ Warum dies in Deutschland anders sein sollte, ist nicht zu erklären. So wäre es z.B. denkbar, durch die Ärztekammern einen neuen Ausbildungszweig zu schaffen. Dass hierbei lediglich die medizinischen Aspekte der Zirkumzision vermittelt werden sollen, steht außer Frage.

Auf dieser Grundlage könnte auch eine Änderung des Betäubungs- und Arzneimittelrechts angedacht werden, durch die es ermöglicht werden könnte, die Mohalim dazu zu verpflichten, anstelle der von ihnen bislang zur Schmerzlinderung üblicherweise verwendeten Kombination aus EMLA-Cremes, Zäpfchen und eines in süßen Wein getunkten Schnullers,⁷⁰ eine tatsächliche Lokalanästhesie durchzuführen.

In Hinblick auf die bislang in Deutschland tätigen vier jüdischen Beschneider, die allesamt in Israel ausgebildet wurden, wäre in diesem Rahmen eine Art Schnellehrgang denkbar, durch den lediglich deren (zweifelloso bestehenden) Fähigkeiten staatlich überprüft werden könnten. Auch ein zwischenstaatliches Abkommen mit dem israelischen Staat, durch das es den Mohalim ermöglicht werden könnte, in Deutschland zur Vornahme der Beschneidung zugelassen zu werden, wäre vorstellbar. Weiter könnten diesbezüglich dieselben Bedingungen gelten, wie bei Approbationsverfahren von Ärzten, die ihr Studium außerhalb Deutschlands absolviert haben.

⁶⁹ Stellungnahme des Zentralrats der Juden (Fn. 21).

⁷⁰ Stellungnahme des Zentralrats der Juden (Fn. 21).

So gering der Organisationsaufwand, aufgrund der sehr begrenzten Zahl an Beschneidern wäre, so groß wäre die Legitimationskraft, die von einem solchen Vorgehen ausginge. Dies würde tatsächlich Rechtssicherheit schaffen, könnte helfen ggf. bestehende Ressentiments abzubauen und würde so am Ende allen Seiten am meisten dienen.

Inwiefern die beispielhaft aufgezeigten Regelungsmöglichkeiten Gesetzgebungskompetenzen der Länder oder des Bundes betreffen, kann an dieser Stelle offen bleiben. Es galt vorliegend nur aufzuzeigen, dass es dem Staat durchaus möglich ist, auch in diesem Bereich regulativ tätig zu werden. Das Selbstbestimmungsrecht der Religionsgemeinschaften, das es ohne Zweifel durch den (Bundes- und Landes-) Gesetzgeber zu achten und zu schützen gilt, darf und kann ihm hier jedenfalls nicht als Schutzschild dienen, unversehrt in eine vermeintliche legislative Ohnmacht zu entschwinden.

VI. Fazit

Auch wenn es verfassungsrechtlich betrachtet, auf erhebliche Bedenken stößt, kommt man nicht umhin festzustellen, dass alles andere als eine unmissverständliche Erlaubnis der traditionellen Beschneidung im jüdischen Glauben in Deutschland undenkbar wäre. Doch so gesellschaftspolitisch erstrebenswert das Ziel auch sein mag, jahrtausend alten Traditionen weiterhin einen Platz in unserer heutigen Gesellschaft zu geben, so missglückt ist dies mit der hier vorliegenden Regelung. Es ist nicht gelungen, ein Abwägungsergebnis zu erzielen, dass es vermag, allen aufgezeigten Interessen tatsächlich gerecht zu werden. Vielmehr hat, wie oben konstatiert, eine Abwägung der Interessen bedauerlicherweise gar nicht stattgefunden. Dies war auch zu keinem Zeitpunkt aufrecht möglich, da das Ergebnis der einzige Wegweiser war.

Ohne jeden Zweifel ist es in einem säkularen, demokratischen Rechtsstaat Aufgabe und Pflicht des Gesetzgebers, religiöse Bedürfnisse zu achten und zu schützen. Gleichwohl darf aber auch von den Religionsgemeinschaften verlangt werden, sich der verfassungsrechtlichen Wirk-

lichkeit zu stellen. Hierauf muss eine souveräne Legislative hinweisen dürfen, ohne dass ihr eine wie auch immer geartete ideologische Voreingenommenheit vorgeworfen wird.

Die oben dargestellte strafrechtliche Lösung stellt daher meines Erachtens nach den wohl konsequentesten und saubersten Weg dar, die Kernproblematik, nämlich die Frage nach der Voraussetzung für eine Strafbarkeit des Beschneiders, umfassend und präzise zu lösen.

Aber auch wenn § 1631d BGB vom Gesetzgeber erhalten bleiben sollte, gilt es bezüglich Abs. 2 schnellstmöglich einige wichtige Punkte zu klären:

Es müsste ganz grundsätzlich entschieden werden, ob eine Beschneidung durch medizinische Laien zugelassen werden soll oder nicht. Hierfür müssten die notwendigen Rahmenbedingungen geschaffen werden, die insbesondere in einer staatlichen Überprüfung und Sicherstellung der erforderlichen Fähigkeiten zur fachgerechten Durchführung des Eingriffs zu erblicken sind. Abhängig von einer zeitlichen Grenze kann dies nicht sein, denn in jedem Falle muss sichergestellt werden, dass dem Kind eine ebenso schonende Behandlung zuteil wird, wie bei der Vornahme der Amputation durch medizinisches Fachpersonal. So lange hieran scheinbar noch Bedenken bestehen, hilft keine wie auch immer geartete zeitliche Beschränkung weiter, denn eine Ansicht, die einem Säugling weniger Schutzwürdigkeit zuspricht als beispielsweise einem einjährigen Kind, ist schlicht nicht nachvollziehbar.

Gerade in gesetzgeberischen Sonderfällen, wie dem hier vorliegenden, ist es die besondere Pflicht des Gesetzgebers, die Folgen seines Handelns bezüglich aller betroffenen Interessen so weit wie möglich abzumildern. Hierin lag die eigentliche Aufgabe der Legislative, an der sie gescheitert ist. Der Gesetzgeber hätte gut daran getan, sich auch seiner Rolle als Lenker des gesellschaftlichen Zusammenlebens zu besinnen, anstatt schlicht den status quo als verfassungsrechtliches Dilemma in Gesetzesform zu gießen.

Dokumentation

Verfahrensdokumentation

In dieser Ausgabe kein Eintrag.

Schrifttum

In dieser Ausgabe kein Eintrag.

Vollständige Rechtsprechungsübersicht

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

1029. BGH 1 StR 75/13 – Urteil vom 2. Oktober 2013 (LG Nürnberg-Fürth)

Revision gegen die Nichtanordnung der Unterbringung in einer Entziehungsanstalt; Beweiswürdigung des Tatrichters (revisionsrechtliche Überprüfbarkeit); unerlaubter Besitz von Betäubungsmittel in nicht geringer Menge (Tateinheit mit unerlaubter Einfuhr und unerlaubtem Erwerb von Betäubungsmittel).
§ 64 StGB; § 261 StPO; § 29a Abs. 1 Nr. 2 BtMG; § 29 Abs. 1 Nr. 1 BtMG

1030. BGH 1 StR 264/13 – Beschluss vom 16. September 2013 (LG Nürnberg-Fürth)

Darstellungsanforderungen an die Verfahrensrüge (disponible Beweisverwertungsverbote; erforderlicher Vortrag des Verhaltens der Verteidigung); vorsätzliches Herbeiführen einer Sprengstoffexplosion (Vorsatz: Gefährdung von Leib oder Leben eines anderen Menschen); Anforderungen an die Urteilsgründe.
§ 308 Abs. 1 StGB; § 267 Abs. 1 StPO; § 261 StPO; § 344 Abs. 2 Satz 2 StPO

1031. BGH 1 StR 370/13 – Beschluss vom 17. September 2013 (LG Konstanz)

Nachträgliche Bildung einer Gesamtstrafe.
§ 55 StGB; § 53 StGB; § 54 StGB

1032. BGH 1 StR 380/13 – Beschluss vom 18. September 2013 (LG Coburg)

Letztes Wort des Angeklagten (erneute Gewährung bei Wiedereintritt in die Verhandlung).
§ 258 StPO

1033. BGH 1 StR 387/13 – Urteil vom 5. November 2013 (LG Amberg)

Strafzumessung bei Bildung einer Gesamtstrafe (Vergleiche mit Urteilen in anderen Fällen).
§ 46 StGB; § 53 StGB; § 54 StGB

1034. BGH 1 StR 403/13 – Urteil vom 1. Oktober 2013 (LG München II)

Beihilfe zum unerlaubten Handeltreiben mit Betäubungsmitteln in nicht geringere Menge (Beihilfevorsatz); örtliche Zuständigkeit des Tatgerichts (Tatort der Beihilfe); Beweiswürdigung des Tatrichters.
§ 29a Abs. 1 Nr. 2 BtMG; § 27 Abs. 1 StGB; § 7 Abs. 1 StPO; § 9 Abs. 2 StGB; § 261 StPO

1035. BGH 1 StR 518/13 – Beschluss vom 5. November 2013 (LG Mannheim)

Eingeschränktes Revisionsrecht des Nebenklägers (erforderliche Begründung des Revisionsantrags).
§ 400 Abs. 1 StPO

1036. BGH 2 StR 56/13 – Urteil vom 25. September 2013 (LG Meiningen)

Strafrahmenmilderung wegen eingeschränkter Schuldfähigkeit.
§ 21 StGB; § 49 StGB

1037. BGH 2 StR 256/13 – Beschluss vom 26. September 2013 (LG Aachen)

Bandenmäßiges Handeltreiben mit Betäubungsmitteln in nicht geringer Menge (Bandenbegriff; Vorliegen einer Bandenabrede: Gesamtbetrachtung).
§ 30a Abs. 1 BtMG

1038. BGH 2 StR 271/13 – Beschluss vom 26. September 2013 (LG Erfurt)

Rechtzeitige Urteilsabsetzung (Unterschrift aller beteiligten Berufsrichter: Verhinderung eines Richters)
§ 275 Abs. 1 Satz 2; Abs. 2 StPO

1039. BGH 2 StR 306/13 – Beschluss vom 26. September 2013 (LG Bonn)

Ablehnung eines Beweisantrags; Adhäsionsanspruch (Umfang; Ersatzpflicht für künftige Schäden).
§ 244 Abs. 3 StPO; § 403 StPO; § 249 Abs. 1 BGB

1040. BGH 2 StR 312/13 – Beschluss vom 16. Oktober 2013 (LG Koblenz)

Gewerbsmäßige unerlaubte Abgabe von Betäubungsmitteln an Minderjährige (minder schwerer Fall: Gesamtbetrachtung, revisionsrechtliche Überprüfbarkeit).
§ 30 Abs. 1 Nr. 2, Abs. 2 BtMG

1041. BGH 2 StR 392/13 – Urteil vom 23. Oktober 2013 (LG Darmstadt)

Kompensation der rechtsstaatswidrigen Verfahrensverzögerung (revisionsrechtliche Rüge einer Kompensationsentscheidung; Begründung der Kompensationsentscheidung im Urteil).
Art. 6 Abs. 1 Satz 1 EMRK; Art. 13 EMRK

1042. BGH 2 ARs 284/13 (2 AR 194/13) – Beschluss vom 10. Oktober 2013 (AG Tiergarten; AG Bayreuth)

Nachträgliche Bildung einer Gesamtstrafe (zuständiges Gericht; Aufhebung einer vorherigen Anordnung einer Gesamtstrafe).
§ 55 StGB; § 460 StPO; § 462a Abs. 3 StPO

1043. BGH 4 StR 124/13 – Urteil vom 24. Oktober 2013 (LG Essen)

BGHSt; Anordnung der Sicherungsverwahrung neben der Verhängung lebenslanger Freiheitsstrafe (grundsätzliche Verfassungskonformität der Sicherungsverwahrung nach Inkrafttreten des Gesetzes zur bundesrechtlichen Umsetzung des Abstandsgebotes im Recht der Sicherungsverwahrung; Verhältnis von Strafausspruch und Maßregelanordnung; Kumulationsprinzip, Subsidiaritätsprinzip; Verhältnismäßigkeit der Maßregelanordnung); Konkurrenzverhältnis zwischen Verdeckungsmord und Vortat.
Art. 2 Abs. 2 Satz 2 GG; Art. 104 Abs. 1 GG; Art. 5 EMRK; § 66 StGB; § 316f Abs. 2 Satz 1 StGB; § 62 StGB; § 211 StGB; § 52 StGB

1044. BGH 4 StR 135/13 – Urteil vom 10. Oktober 2013 (LG Essen)

Beweiswürdigung des Tatrichters (revisionsrechtliche Überprüfbarkeit); Anordnung der Unterbringung in einem psychiatrischen Krankenhaus (Voraussetzungen: zu erwartende schwere Störung des Rechtsfriedens).
§ 261 StPO; § 63 StGB

1045. BGH 4 StR 258/13 – Urteil vom 10. Oktober 2013 (LG Essen)

BGHSt; schwerer sexueller Missbrauch von Kindern (gemeinschaftliche täterschaftliche Begehung; Anwesenheit am Tatort, unterschiedliche Begehungsvarianten, keine Mittäterschaft erforderlich); Verbreitung kinder-

pornographischer Schriften (Tateinheit); Strafzumessung (Einbeziehung erlittener Untersuchungshaft).

§ 176 Abs. 1, Abs. 2 StGB; § 176a Abs. 2 Nr. 2 StGB; § 184b Abs. 1 Nr. 1 StGB; § 52 StGB; § 46 StGB; § 51 Abs. 1 Satz 1 StGB

1046. BGH 4 StR 324/13 – Beschluss vom 24. September 2013 (LG Siegen)

Gefährdung des Straßenverkehrs (konkrete Gefahr für Leib und Leben anderer oder für bedeutende Sachwerte).
§ 315c Abs. 1 StGB

1047. BGH 4 StR 339/13 – Beschluss vom 8. Oktober 2013 (LG Essen)

Einstellung des Strafverfolgung wegen Geringfügigkeit (Verfahrenshindernis für gesamte prozessuale Tat: Begriff der prozessualen Tat, teilweise Einstellung der Strafverfolgung).
§ 154 Abs. 2 StPO; § 154a StPO

1048. BGH 4 StR 351/13 – Beschluss vom 25. September 2013 (LG Bochum)

Anordnung des Wertersatzverfalls (Mittäter als Gesamtschuldner).
§ 73a StGB; § 25 Abs. 2 StGB; § 421 BGB

1049. BGH 4 StR 364/13 – Beschluss vom 9. Oktober 2013 (LG Coburg)

Bedingter Tötungsvorsatz (Gesamtbetrachtung; tatrichterliche Beweiswürdigung; besonders gefährliche Tathandlungen als Indikator; dolus eventualis); Widerstand gegen Vollstreckungsbeamte.
§ 212 Abs. 1 StGB; § 15 StGB; § 113 StGB; § 261 StPO

1050. BGH 4 StR 401/13 – Beschluss vom 23. Oktober 2013 (LG Paderborn)

Besonders schwere Brandstiftung (Begriff der konkreten Todesgefahr; Versuch).
§ 306b Abs. 2 Nr. 1 StGB

1051. BGH 4 StR 408/13 – Beschluss vom 22. Oktober 2013 (LG Essen)

Schwerer Bandendiebstahl (Begriff der Bande und der bandenmäßigen Begehung).
§ 244a Abs. 1 StGB

1052. BVerfG 2 BvR 389/13 (2. Kammer des Zweiten Senats) – Beschluss vom 29. Oktober 2013 (LG Amberg / AG Amberg)

Durchsuchungsbeschluss (Anforderungen an den Tatverdacht: Anfangsverdacht und bloße Vermutungen; keine genaue Tatkonkretisierung erforderlich; Verhältnismäßigkeitsgrundsatz; Erfolgsaussichten der Durchsuchung; kriminalistische Erfahrung).
Art. 13 Abs. 1 GG; § 102 StPO; § 105 StPO; § 152 Abs. 2 StPO; § 160 Abs. 1 StPO

1053. BVerfG 2 BvR 939/13 (3. Kammer des Zweiten Senats) – Beschluss vom 29. September 2013 (LG Hamburg / AG Hamburg)

DNA-Analyse (Entnahme von Körperzellen; molekular-genetische Untersuchung; Identitätsfeststellung in künftigen Strafverfahren; Recht auf informationelle Selbstbestimmung; Prognoseentscheidung; Einzelfallbetrachtung;

erhöhter Begründungsbedarf bei Abweichung von positiver Bewährungsentscheidung).

Art. 1 Abs. 1 GG; Art. 2 Abs. 1 GG; § 81g StPO

1054. BVerfG 2 BvR 1066/13 (2. Kammer des Zweiten Senats) – Beschluss vom 6. November 2013 (OLG Nürnberg / LG Ansbach)

Rechtsschutzbedürfnis (Feststellungsinteresse nach Entlassung aus dem Strafvollzug); Freiheitsgrundrecht (Freiheitsstrafe; Versagung der Reststrafaussetzung zur Bewährung nach Erledigung der Unterbringung im psychiatrischen Krankenhaus; Zweispurigkeit des Sanktionensystems; Verhältnismäßigkeitsgrundsatz; Gesamtbetrachtung; Abwägung; Begründungsanforderungen).

Art. 2 Abs. 2 Satz 2 GG; Art. 20 Abs. 3 GG; § 57 Abs. 1 StGB

1055. BVerfG 2 BvR 1119/12 (2. Kammer des Zweiten Senats) – Beschluss vom 29. Oktober 2013 (OLG Köln / LG Aachen)

Sicherungsverwahrung („Altfälle“; Vertrauensschutz; strikte Verhältnismäßigkeitsprüfung; hochgradige Gefahr schwerster Gewalt- oder Sexualstraftaten; sexueller Missbrauch von Kindern; Rückfallwahrscheinlichkeit); Substantiierung der Verfassungsbeschwerde (vollständige Vorlage der angegriffenen Entscheidung; fehlende Seite).

Art. 2 Abs. 2 Satz 2 GG; Art. 20 Abs. 3 GG; Art. 104 Abs. 1 GG; Art. 5 Abs. 1 Satz 2 Buchstabe e EMRK; § 67d Abs. 3 Satz 1 StGB; § 23 Abs. 1 Satz 2 BVerfGG; § 92 BVerfGG

1056. BVerfG 2 BvR 1797/13 (2. Kammer des Zweiten Senats) – Beschluss vom 13. November 2013 (OLG Nürnberg / LG Regensburg)

Rechtsschutzbedürfnis (Feststellungsinteresse nach Entlassung aus der Therapieunterbringung; tiefgreifender Grundrechtseingriff); Versäumung der Frist zur Erhebung der Verfassungsbeschwerde (Substantiierung der Verfassungsbeschwerde; Wiedereinsetzung in den vorigen Stand bei unverschuldet unvollständiger Übermittlung der angegriffenen Entscheidung innerhalb der Verfassungsbeschwerdefrist); Fortdauer der Unterbringung nach dem Therapieunterbringungsgesetz (Freiheitsgrundrecht; Vertrauensschutz; verfassungskonforme Auslegung und Anwendung des § 1 Abs. 1 ThUG; objektive Grundrechtsverletzung).

Art. 2 Abs. 2 Satz 2 GG; Art. 20 Abs. 3 GG; § 23 Abs. 1 Satz 2 BVerfGG; § 92 BVerfGG; § 93 Abs. 1 Satz 1 BVerfGG; § 93 Abs. 2 BVerfGG; § 1 Abs. 1 ThUG

1057. BGH 3 StR 119/13 – Urteil vom 19. September 2013 (LG Hannover)

Erpresserischer Menschenraub (Mittäterschaft bei Hinzutreten eines Beteiligten nach Entstehung der Bemächtigungslage); Vermögensnachteil bei der Erpressung.

§ 239a StGB; § 25 Abs. 2 StGB; § 253 StGB

1058. BGH 3 StR 209/13 – Beschluss vom 17. September 2013 (LG Krefeld)

Verminderung der Schuldfähigkeit und Schuldunfähigkeit bei Betäubungsmittelabhängigkeit und Spielsucht; Aufklärungshilfe (Zusammenhang zwischen begangener Tat und Aufklärungshilfe).

§ 20 StGB; § 21 StGB; § 46b StGB

1059. BGH 3 StR 299/13 – Beschluss vom 1. Oktober 2013 (LG Stade)

Verwirklichung von Raubqualifikationen nach Vollen- dung der Tat (Erforderlichkeit einer fortbestehenden Zueignungsabsicht); Anstiftung zur gefährlichen Körper- verletzung (Körperverletzungsvorsatz bei der Verursa- chung von Beeinträchtigungen des Gehörs durch Ge- brauch einer Schreckschusswaffe).

§ 249 StGB; § 250 Abs. 2 Nr. 1 StGB; § 223 StGB; § 224 Abs. 1 Nr. 2 StGB; § 15 StGB

1060. BGH 3 StR 323/13 – Beschluss vom 22. Oktober 2013 (LG Neubrandenburg)

Anfechtung von Entscheidungen im Jugendstrafverfahren (Unzulässigkeit der auf die Auswahl der Maßnahmen beschränkten Revision); Körperverletzung (körperliche Misshandlung; Notwendigkeit eines zumindest kurzen Schmerzempfindens bei einem Schlag ins Gesicht).

§ 55 JGG; § 223 StGB

1061. BGH 5 StR 229/13 – Urteil vom 22. Ok- tober 2013 (LG Hamburg)

Rücktritt vom Tötungsversuch (tatrichterliche Würdi- gung; Fehlschlag; unbeendeter Versuch infolge eines korrigierten Rücktrittshorizonts; Freiwilligkeit).

§ 24 StGB

1062. BGH 5 StR 401/13 – Beschluss vom 23. Oktober 2013 (LG Potsdam)

Rechtsfehlerhafte Ablehnung eines Beweisantrags auf Vernehmung eines ausländischen Zeugen (unzutreffende Würdigung des zu erwartenden Beweiswertes; Beweisde- fizit infolge einer mangelnden konfrontativen Befragung durch die Verteidigung; Belastungszeuge, Konfrontations- recht).

Art. 6 Abs. 1, Abs. 3 lit. d EMRK; § 244 Abs. 5 StPO

1063. BGH 5 StR 505/12 – Urteil vom 23. Oktober 2013 (LG Cottbus)

BGHSt; unerlaubtes Betreiben einer Abfallentsorgungs- anlage (Abfallbegriff; Abgrenzung von Beseitigung und Verwertung von Abfall; Vorsatz bzgl. der Verbotswidrig- keit der Tathandlung); unerlaubter Umgang mit gefährli- chen Abfällen (nachhaltige Verunreinigung des Grund- wassers; keine Erforderlichkeit nachteiliger Auswirkun- gen auf andere Umweltmedien, Mensch oder Tier); Ver- fall (Verfall gegen juristische Person und alleinigen Ge- sellschafter; erlangtes Etwas; Vertretungsfälle).

§ 326 Abs. 1 Nr. 4 lit. a StGB; § 327 Abs. 2 Nr. 3 StGB; § 73 StGB

1064. BGH 1 StR 340/13 – Beschluss vom 23. Oktober 2013

Unbegründete Anhörungsrüge.

§ 356a StPO

1065. BGH 1 StR 372/13 – Beschluss vom 17. September 2013 (LG Coburg)

Erörterungsmangel zum Absehen von einer Jugendstrafe bei Anordnung der Unterbringung in einem psychiatri- schen Krankenhaus.

§ 5 Abs. 3 JGG; § 105 Abs. 1 JGG

1066. BGH 1 StR 382/13 – Beschluss vom 18. September 2013 (LG München I)

Unterbringung in einem psychiatrischen Krankenhaus (Auslegung des Hanges).
§ 64 StGB

1067. BGH 1 StR 386/13 – Beschluss vom 2. Oktober 2013 (LG Hechingen)

Grundsatz des fairen Strafverfahrens und Verständigung (Zulässigkeit getrennt geführter Vorgespräche; Besorgnis der Befangenheit bei Ausschluss eines Verteidigers); Revisibilität einer unterlassenen Entscheidung über einen Zwischenrechtsbehelf.

Art. 6 Abs. 1 EMRK; § 257c StPO; § 243 Abs. 4 Satz 1 StPO; § 24 Abs. 2 StPO; § 338 Nr. 3 StPO; § 29 StPO; § 238 Abs. 2 StPO

1068. BGH 1 StR 390/13 – Beschluss vom 15. Oktober 2013 (LG Chemnitz)

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

1069. BGH 1 StR 425/13 – Beschluss vom 1. Oktober 2013 (LG München II)

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

1070. BGH 1 StR 449/13 – Beschluss vom 21. August 2013 (LG Kempten)

Erörterungsmangel zu einem möglichen Erlaubnistatbestandsirrtum bei der Notwehr im Fall eines Würgegriffes (Erforderlichkeit der Verteidigung; Rechtsfolgen; Fahrlässigkeit).

§ 32 StGB; § 16 Abs. 1 StGB; § 17 StGB

1071. BGH 1 StR 456/13 – Beschluss vom 18. September 2013 (LG Hof)

Rechtsfehlerhafte Erörterung der Unterbringung in einem psychiatrischen Krankenhaus (Hang).
§ 64 StGB

1072. BGH 1 StR 487/13 – Beschluss vom 30. September 2013 (LG Rottweil)

Unzulässig bedingte Revision.
§ 349 Abs. 1 StPO; Vor § 296 StPO

1073. BGH 1 StR 489/13 – Beschluss vom 17. September 2013 (LG Bayreuth)

Anrechnung erbrachter Leistungen auf Bewährungsauflagen.

§ 58 Abs. 2 Satz 2 StGB; § 56f Abs. 3 Satz 2 StGB; § 56b Abs. 2 Satz 1 Nr. 2 bis 4 StGB

1074. BGH 1 StR 548/13 – Beschluss vom 22. Oktober 2013 (LG Bayreuth)

Verfall (Erörterungsmangel hinsichtlich der Härtefallklausel: mögliches Privatinsolvenzverfahren).

§ 73 StGB; § 73c StGB

1075. BGH 2 StR 66/13 – Beschluss vom 16. Oktober 2013 (LG Bonn)

Rechtsfehlerhafte weil lückenhafte Beweiswürdigung beim Vorwurf des Totschlages.

§ 261 StPO; § 212 StGB

1076. BGH 2 StR 148/13 – Beschluss vom 27. August 2013 (LG Frankfurt am Main)

Beweiswürdigung zum Tötungsvorsatz (voluntatives Vorsatzelement; erforderliche Gesamtwürdigung; Bedeutung der Wahrnehmung von Gewalthandlungen; hohe Hemmschwelle und äußerst gefährliche Gewalthandlungen; Bedeutung der Spontanität: Erörterungsobliegenheit nicht nur bei der Strafzumessung).

§ 261 StPO; § 212 StGB; § 15 StGB; § 46 StGB

1077. BGH 2 StR 226/13 – Beschluss vom 12. September 2013 (LG Wiesbaden)

Rechtsfehlerhafte Strafzumessung bei der schweren Körperverletzung (minder schwerer Fall).

§ 226 Abs. 3 StGB; § 46 StGB

1078. BGH 2 StR 236/13 – Beschluss vom 12. September 2013 (LG Köln)

Voraussetzungen der Geiselnahme (funktionaler Zusammenhang).

§ 239b StGB

1079. BGH 2 StR 338/13 – Beschluss vom 24. September 2013 (LG Aachen)

„Natürlicher“ Vorsatz bei der gefährlichen Körperverletzung und Schuldunfähigkeit; Abgrenzung zwischen Vorsatz und Fahrlässigkeit bei der Unterbringung in einem psychiatrischen Krankenhaus.

§ 15 StGB; § 16 StGB; § 224 StGB; § 20 StGB; § 63 StGB

1080. BGH 2 StR 342/13 – Beschluss vom 8. Oktober 2013 (LG Bonn)

Gleichzeitiges Sich-verschaffen mehrerer gefälschter Zahlungskarten (Tateinheit; Fälschung von Zahlungskarten mit Garantiefunktion; gewerbsmäßiges und bandenmäßiges Handeln).

§ 152b StGB; § 263 Abs. 5 StGB

1081. BGH 2 StR 353/13 – Beschluss vom 10. September 2013 (LG Frankfurt am Main)

Strafrahmenverschiebung beim Versuch (Gesamtwürdigung und Vollendungsnähe: polizeiliche Begleitung der Tat).

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

1082. BGH 2 StR 355/13 – Beschluss vom 10. Oktober 2013 (LG Kassel)

Strafzumessung bei sexuellem Missbrauch von Kindern (widersprüchliche Ausführungen zur Angemessenheit der Schutzaltersgrenze; einvernehmliche sexuelle Handlungen; unzulässige Verknüpfung der Strafhöhe mit der Strafaussetzung zur Bewährung; Vorwurf einer strafrechtlich irrelevanten Beziehung mit einer jüngeren Frau).

§ 176 StGB; § 176a Abs. 4 StGB; § 56 StGB; § 46 StGB

1083. BGH 2 StR 369/13 – Beschluss vom 24. September 2013 (LG Bonn)

Mangelnde Festsetzung einer Einzelstrafe.

§ 53 StGB; § 54 StGB

1084. BGH 2 StR 377/13 – Beschluss vom 10. Oktober 2013 (LG Aachen)

Rechtsfehlerhaftes Fahrverbot und rechtsfehlerhafte Sperre für die Neuverteilung einer Fahrerlaubnis.
§ 69 StGB; § 69a StGB

1085. BGH 2 StR 395/13 – Beschluss vom 9. Oktober 2013 (LG Aachen)

Mangelndes rechtliches Gehör (letztes Wort) nach Wiedereintritt in die Hauptverhandlung (Beruhen; Ausnahmekonstellationen).
§ 258 Abs. 3 StPO; Art. 103 Abs. 1 GG; § 337 StPO

1086. BGH 2 StR 420/13 – Beschluss vom 16. Oktober 2013 (LG Gießen)

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

1087. BGH 2 ARs 235/13 (2 AR 163/13) – Beschluss vom 16. Oktober 2013 (BGH)

Unzulässige Ablehnungsanträge gegenüber Richtern des Bundesgerichtshofs.
§ 26a Abs. 1 Nr. 3, Abs. 2 Satz 1 und 2 StPO

1088. BGH 2 ARs 247/12 (2 AR 162/12) – Beschluss vom 5. Dezember 2012 (BGH)

Unbegründeter Antrag auf Nachholung rechtlichen Gehörs.
§ 33a StPO

1089. BGH 2 ARs 324/13 (2 AR 227/13) – Beschluss vom 24. Oktober 2013 (BGH)

Unbegründete Anhörungsrüge.
§ 356a StPO

1090. BGH 2 ARs 335/13 (2 AR 209/13) – Beschluss vom 24. Oktober 2013 (LG Kleve)

Zuständigkeit über die weitere Führungsaufsicht (Befasstsein).
§ 462a StPO; § 14 StPO

1091. BGH 2 ARs 377/13 (2 AR 270/13) – Beschluss vom 10. Oktober 2013 (LG Bielefeld)

Zuständigkeit für die Entscheidung über die Strafaussetzung zur Bewährung zum Halbstrafenzeitpunkt (Befasstsein).
§ 462a Abs. 1 Satz 1 StPO

1092. BGH 2 ARs 485/12 (2 AR 360/12) – Beschluss vom 16. Oktober 2013 (LG Mannheim)

Zuständigkeitsbestimmung durch den Bundesgerichtshof (mangelnde Zuständigkeitsbegründung).
§ 13a StPO; § 7 Abs. 1 StPO

1093. BGH 4 StR 272/13 – Beschluss vom 8. Oktober 2013 (LG Dortmund)

Anforderungen an die Darstellung und die Protokollierung von Verständigungsgesprächen (mangelnde Protokollierung eines mehr als einstündigen Rechtsgesprächs; Beruhen).

§ 257c StPO; § 244 Abs. 2 StPO; § 243 Abs. 4 StPO; § 273 Abs. 1a Satz 2 StPO

1094. BGH 4 StR 344/13 – Beschluss vom 9. Oktober 2013 (LG Saarbrücken)

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

1095. BGH 4 StR 379/13 – Beschluss vom 8. Oktober 2013 (LG Bielefeld)

Strafverfolgungsverjährung im Fall des Dritt- oder Sichverschaffens kinderpornographischer Schriften (strafscharfende Berücksichtigung verjährter Taten; Doppelverwertungsverbot).

§ 184b Abs. 2, Abs. 4 Satz 1 StGB; § 78 Abs. 1 Satz 1 StGB; § 78c Abs. 1 Satz 1 Nr. 4 StGB

1096. BGH 4 StR 381/11 – Beschluss vom 22. Oktober 2013

Pauschgebühr des Wahlverteidigers im Revisionsverfahren (besondere Schwierigkeit).
§ 42 RVG

1097. BGH 4 StR 407/13 – Beschluss vom 7. November 2013 (LG Neubrandenburg)

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

1098. BGH 4 StR 409/13 – Beschluss vom 22. Oktober 2013 (LG Dresden)

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

1099. BGH 4 StR 414/13 – Beschluss vom 9. Oktober 2013 (LG Essen)

Bedeutung eines Geständnisses bei einer bereits bewiesenen Tat (zu vermeidende Widersprüche); eigene Strafzumessung des Revisionsgerichts.

§ 46 StGB; § 257c StPO; § 261 StPO; § 354 Abs. 1a StPO

1100. BGH 4 StR 423/13 – Beschluss vom 5. November 2013

Feststellung des wirksamen Anschlusses als Nebenkläger.

§ 396 Abs. 2 Satz 1 StPO

1101. BGH 4 StR 427/13 – Beschluss vom 5. November 2013 (LG Magdeburg)

Versagte Strafrahenverschiebung bei Versuch.
§ 23 Abs. 2 StGB; § 49 Abs. 1 StGB