

SCHRIFTFÜHRUNG

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); Akad. Rat
Dr. Lutz Eidam, LL.M. (Univ. Tübingen);
Dr. Antje du Bois-Pedain, MJur
(Oxon), (Univ. Cambridge); Prof. Dr.
Diethelm Kleszczewski (Univ. Leipzig);
Prof. Dr. Hans Kudlich (Univ. Erlan-
gen-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. (Fried-
rich Graf von Westphalen, Köln); Prof.
Dr. Frank Saliger (Univ. Tübingen);
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)

Publikationen

Prof. Dr. *Frank Meyer*, LL.M. (Yale), Zürich – **Transnationaler ne-bis-in-idem-Schutz nach der GRC** Zum Fortbestand des Vollstreckungselements aus Sicht des EuGH, zugleich Besprechung zu EuGH HRRS 2014 Nr. 484 S. 270

Prof. Dr. *Endrik Wilhelm*, Dresden – **Fehlerquellen bei der Überzeugungsbildung** S.279

RA Dr. *Matthias M. Weiß*, Mannheim – **UK Bribery Act 2010: Einführung in die Straftatbestände der Bestechung ausländischer Amtsträger und die Strafbarkeit von Unternehmen** S. 293

Entscheidungen

BVerfG **Eilrechtsschutz gegen die Versagung medizinischer Behandlung im Strafvollzug**

BVerfG **Durchsuchung bei vagem Auffindeverdacht**

BGHSt **Betrug durch sog. Ping-Anrufe**

BGHR **Feststellung und Darlegung des Irrtums bei Betrug im Zusammenhang mit routinemäßigen Massengeschäften**

BGHR **Verwenden eines gefährlichen Werkzeugs bei der sexuellen Nötigung**

BGHR **Wiedergabe von Sachverständigengutachten in den Urteilsgründen (DNA-Vergleichsuntersuchung)**

BGH **Verfassungswidrigkeit der ungleichartigen Wahlfeststellung**

BGH **Unbeachtlicher Irrtum über den Kausalverlauf bei der Steuerhinterziehung**

BGH **Bezifferung des Schadens nur für den Strafausspruch**

BGH **Verwertung belastender Kontrollmitteilungen aus Außenprüfungen im Strafverfahren**

Die Ausgabe umfasst 122 Entscheidungen.

HRRS

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

HERAUSGEBER

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

SCHRIFTFÜHRUNG

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, MJur (Oxon.), (Univ. Cambridge); Akad. Rat Dr. Lutz Eidam, LL.M. (Univ. Tübingen); 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 (Univ. Tübingen); 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

15. Jahrgang, Juli 2014, Ausgabe

7

Rechtsprechung

Strafrechtliche/strafverfahrensrechtliche Entscheidungen des EuGH/BVerfG

548. BVerfG 2 BvR 1823/13 (3. Kammer des Zweiten Senats) – Beschluss vom 5. Mai 2014 (Kammergericht / LG Berlin)

Eilrechtsschutz gegen die Versagung medizinischer Behandlung im Strafvollzug (Anspruch auf Krankenbehandlung; effektiver Rechtsschutz; gebotener Umfang der Sachverhaltsaufklärung im Eilverfahren; Ermittlung der entscheidungserheblichen Umstände auch bei summarischer Prüfung; körperliche Unversehrtheit; Kontrolle anstaltsärztlicher Entscheidungen auf die Einhaltung pflichtgemäßen ärztlichen Ermessens; Pflicht des Anstaltsarztes zur Hinzuziehung eines externen Facharztes; staatliche Schutzpflicht).

Art. 2 Abs. 2 Satz 1 GG; Art. 19 Abs. 4 GG; § 58 StVollzG, § 158 Abs. 1 StVollzG

1. Aus der verfassungsrechtlichen Gewährleistung effektiven Rechtsschutzes ergibt sich für die Fachgerichte die

Verpflichtung, auch im Verfahren des vorläufigen Rechtsschutzes eine in tatsächlicher und rechtlicher Hinsicht wirksame Kontrolle – hier: der Versagung einer medizinischen Behandlung im Strafvollzug – zu gewährleisten.

2. Bei Vornahmesachen verlangt Art. 19 Abs. 4 GG die Gewährung vorläufigen Rechtsschutzes, wenn eine Interessenabwägung ergibt, dass dies zur Abwendung schwerer und unzumutbarer Nachteile erforderlich ist. Im Einzelfall kann dabei auch eine Vorwegnahme der Hauptsache zulässig und geboten sein.

3. Die grundrechtlichen Belange des Antragstellers sind umfassend in die Abwägung einzustellen. Jedenfalls soweit eine erhebliche Grundrechtsverletzung – wie etwa die Verletzung des Rechts auf Leben oder körperliche Unversehrtheit – in Rede steht, sind die Fachgerichte

auch im Eilverfahren grundsätzlich gehalten, die entscheidungserheblichen Umstände zu ermitteln.

4. Mit Blick auf Art. 19 Abs. 4 GG sind auf Einschätzungen des Anstaltsarztes gestützte vollzugliche Entscheidungen über die medizinische Behandlung eines Gefangenen nicht jeder gerichtlichen Kontrolle entzogen, sondern unterliegen der Überprüfung daraufhin, ob die Grenzen pflichtgemäßen ärztlichen Ermessens überschritten worden sind.

5. Verweist ein Anstaltsarzt einen Gefangenen nach einer Augenverletzung darauf, zunächst abzuwarten, ob es zu einer Verschlechterung seines Gesundheitszustandes kommt, während der Gefangene vorbringt, es drohen ihm irreversible Gesundheitsschäden, wenn er nicht umgehend einem externen Facharzt vorgestellt werde, so muss sich das Gericht auch im Eilverfahren im Einzelnen mit den von dem Gefangenen vorgebrachten Gründen auseinandersetzen und erforderlichenfalls den Sachverhalt weiter aufklären.

546. BVerfG 2 BvR 9/10 (2. Kammer des Zweiten Senats) – Beschluss vom 13. Mai 2014 (LG Frankenthal (Pfalz) / AG Frankenthal (Pfalz))

Durchsuchung (Geschäftsräume; Filialapotheke; Verhältnismäßigkeit; besondere Anforderungen an die Begründung eines Auffindeverdachts).

Art. 13 Abs. 1 GG; § 102 StPO; § 105 StPO; § 96 Nr. 5 AMG

1. Die verfassungsrechtliche Garantie der Unverletzlichkeit der Wohnung stellt die räumliche Lebenssphäre des Einzelnen einen besonderen grundrechtlichen Schutz. Dieser erstreckt sich auch auf geschäftlich genutzte Räume.

2. Der mit einer Durchsuchung verbundene schwerwiegende Eingriff in diesen Schutzbereich bedarf einer besonderen Rechtfertigung nach dem Grundsatz der Verhältnismäßigkeit. Voraussetzung einer Durchsuchung ist zum einen der Verdacht, dass eine Straftat begangen wurde. Daneben muss die Durchsuchung vor allem in einem angemessenen Verhältnis zu der Schwere der Straftat und der Stärke des Tatverdachts stehen.

3. Bei der Gewichtung des Tatverdachts ist nicht nur auf die Bedeutung des potentiellen Beweismittels für das Strafverfahren, sondern auch auf den Grad des Auffindeverdachts abzustellen. Bei einem nur vagen Auffindeverdacht bedarf die Verhältnismäßigkeit der Durchsuchung eingehender Begründung.

4. Wird gegen einen Apotheker wegen des Verdachts des Inverkehrbringens nicht zugelassener Arzneimittel ermittelt, so bedarf der Auffindeverdacht einer besonderen Begründung, wenn ein die Stammapotheke betreffender Durchsuchungsbeschluss nachträglich auf eine Filialapotheke erweitert werden soll, obwohl der Apotheker diese erst zu einem Zeitpunkt übernommen hat, als die den Tatverdacht begründenden Medikamentenlieferungen bereits abgeschlossen waren. Erst recht sind besondere

Anhaltspunkte für einen Auffindeverdacht darzulegen, wenn auch die Privatwohnung des Apothekers durchsucht werden soll.

547. BVerfG 2 BvR 683/12 (2. Kammer des Zweiten Senats) – Beschluss vom 26. Mai 2014 (LG Frankfurt am Main)

Durchsuchung (Recht auf rechtliches Gehör; Nachholung im Beschwerdeverfahren bei Ermittlungsmaßnahmen ohne vorherige Anhörung; kein Anspruch auf Erweiterung des gerichtlichen Aktenbestandes; Ausschluss des Beruhens; Sach- und Rechtslage zum Zeitpunkt der Durchsuchungsanordnung als Prüfungsmaßstab im Beschwerdeverfahren).

Art. 103 Abs. 1 GG; § 33 Abs. 4 StPO; § 102 StPO; § 105 StPO

1. Das Recht auf rechtliches Gehör steht in einem funktionalen Zusammenhang mit der Rechtsschutzgarantie und gewährleistet den Verfahrensbeteiligten das Recht, sich vor dem Erlass einer gerichtlichen Entscheidung zu dem Sachverhalt zu äußern, der der Entscheidung zugrunde gelegt wird.

2. Werden im strafprozessualen Ermittlungsverfahren Eingriffsmaßnahmen ohne vorherige Anhörung des Betroffenen gerichtlich angeordnet, ist das rechtliche Gehör spätestens im Beschwerdeverfahren nachträglich zu gewähren. Daher darf eine für den Beschuldigten nachteilige gerichtliche Entscheidung jedenfalls im Beschwerdeverfahren nur auf der Grundlage solcher Tatsachen und Beweismittel getroffen werden, über die er zuvor sachgemäß unterrichtet wurde und zu denen er sich äußern konnte.

3. Eine Verletzung des Rechts auf rechtliches Gehör, die zur Aufhebung einer Entscheidung durch das BVerfG führt, scheidet allerdings aus, wenn auch nach dem Vorbringen des Beschuldigten auszuschließen ist, dass die Umstände, zu denen kein Gehör gewährt wurde, für die Entscheidung ursächlich waren.

4. Art. 103 Abs. 1 GG gewährt keinen Anspruch auf Erweiterung des gerichtlichen Aktenbestandes. Lag dem Gericht bei Erlass eines Durchsuchungsbeschlusses ein polizeilicher Vermerk vor, auf dessen Grundlage eine Durchsuchung angeordnet werden durfte, so ist der Anspruch des Beschuldigten auf rechtliches Gehör nicht verletzt, wenn die polizeilichen Observationsberichte und die Protokolle einer Telekommunikationsüberwachung, auf denen der Vermerk basiert, zum Zeitpunkt der gerichtlichen Entscheidung noch nicht zu den Akten genommen waren.

5. Um der Funktion des Richtervorbehalts aus Art. 13 Abs. 2 GG als einer vorbeugenden Kontrolle einer Durchsuchung durch eine unabhängige und neutrale Instanz gerecht zu werden, darf das Beschwerdegericht eine Entscheidung nicht auf Gründe stützen, die dem Ermittlungsrichter nicht bekannt waren. Prüfungsmaßstab bleibt im Beschwerdeverfahren die Sach- und Rechtslage zur Zeit des Erlasses des Durchsuchungsbeschlusses.

Rechtsprechung

Hervorzuhebende Entscheidungen des BGH

I. Materielles Strafrecht – Allgemeiner Teil

629. BGH 2 StR 495/12 – Beschluss vom 28. Januar 2014

Verstoß gegen das Gesetzlichkeitsprinzip durch die ungleichartige Wahlfeststellung (Bestimmtheitsgrundsatz; Tatsachenalternativität; echte und unechte Wahlfeststellung); gewerbsmäßige Hehlerei; gewerbsmäßiger Diebstahl (besonders schwerer Fall; Regelbeispiel); Postpendenzfeststellung; Anfrageverfahren.

Art. 103 Abs. 2 GG; § 1 StGB; § 261 StPO; § 242 StGB; § 243 Abs. 1 Satz 2 Nr. 3 StGB; § 259 StGB; § 260 Abs. 1 Nr. 1 StGB

1. Nach Auffassung des 2. Strafsenats verstößt die richterrechtlich entwickelte Rechtsfigur der ungleichartigen Wahlfeststellung gegen Art. 103 Abs. 2 GG.

2. Eine wahldeutige Verurteilung wegen (gewerbsmäßigen) Diebstahls oder gewerbsmäßiger Hehlerei ist daher unzulässig.

3. Auch Richterrecht ist an Art. 103 Abs. 2 GG zu messen, soweit es materiellrechtlicher Natur ist (vgl. BGHSt 42, 235, 241).

4. Die gesetzeshaltende Wahlfeststellung wirkt auch im materiellrechtlichen Sinn strafbarkeitsbegründend.

5. Das grundrechtsgleiche Recht des Angeklagten aus Art. 103 Abs. 2 GG enthält keine Schranke, die eine richterrechtliche Ausnahme gestatten könnte. Auf Abwägungen nach dem Grundsatz der Verhältnismäßigkeit, der nur eine „Schranken-Schranke“ bilden würde, kommt es daher ebenfalls nicht an. Daher ist es nicht zulässig, das Gesetzlichkeitsprinzip mit Hinweis auf Gebote materieller Strafgerichtsbarkeit durch Richterrecht zu beschränken.

599. BGH 2 StR 383/13 – Urteil vom 30. April 2014 (LG Köln)

Bedingter Vorsatz (Abgrenzung zur bewussten Fahrlässigkeit; Anforderungen an die Darlegung im Urteil: umfassende Gesamtbetrachtung; Totschlag; gefährliche Körperverletzung).

§ 212 StGB; § 223 StGB; § 224 StGB; § 15 StGB; § 267 Abs. 1 StPO.

1. Nach der ständigen Rechtsprechung des Bundesgerichtshofs zur Abgrenzung von bedingtem Vorsatz und bewusster Fahrlässigkeit handelt der Täter vorsätzlich, wenn er den Eintritt des tatbestandlichen Erfolges als möglich und nicht ganz fernliegend erkennt und damit in der Weise einverstanden ist, dass er die Tatbestandsver-

wirklichung billigend in Kauf nimmt oder sich um des erstrebten Zieles willen wenigstens mit ihr abfindet, mag ihm auch der Erfolgseintritt an sich unerwünscht sein; bewusste Fahrlässigkeit liegt hingegen dann vor, wenn der Täter mit der als möglich erkannten Tatbestandsverwirklichung nicht einverstanden ist und ernsthaft – nicht nur vage – darauf vertraut, der tatbestandliche Erfolg werde nicht eintreten.

2. Da die Grenzen dieser beiden Schuldformen eng beieinander liegen, müssen die Merkmale der inneren Tatseite in jedem Einzelfall besonders geprüft und durch tatsächliche Feststellungen belegt werden. Insbesondere die Würdigung zum voluntativen Vorsatzelement muss sich mit den Feststellungen des Urteils zur Persönlichkeit des Täters auseinandersetzen und auch die zum Tatgeschehen bedeutsamen Umstände mit in Betracht ziehen. Geboten ist somit eine Gesamtschau aller objektiven und subjektiven Tatumstände.

3. Hierbei können je nach der Eigenart des Falles unterschiedliche Wertungsgesichtspunkte im Vordergrund stehen. Aus dem Vorleben des Täters sowie aus seinen Äußerungen vor, bei oder nach der Tat können sich Hinweise auf seine Einstellung zu den geschützten Rechtsgütern ergeben. Für den Nachweis bedingten Vorsatzes kann insbesondere „an die vom Täter erkannte objektive Größe und Nähe der Gefahr“ angeknüpft werden (BGHSt 36, 1, 9 f. mwN).

653. BGH 4 StR 105/14 – Beschluss vom 7. Mai 2014 (LG Bielefeld)

Rücktritt von unbeendeten Versuch des Totschlages (fehlgeschlagener Versuch bei subjektiv angenommener physischer Unmöglichkeit der Tatvollendung; nötige Feststellungen zum Rücktrittshorizont und spätere Äußerungen).

§ 212 StGB; § 22 StGB; § 24 StGB

1. Ein fehlgeschlagener Versuch liegt dann vor, wenn die Tat nach Misslingen des zunächst vorgestellten Tatablaus mit den bereits eingesetzten oder anderen naheliegenden Mitteln objektiv nicht mehr vollendet werden kann und der Täter dies erkennt, oder wenn er subjektiv die Vollen- dung nicht mehr für möglich hält, wobei es auf die Täter- sicht nach Abschluss der letzten Ausführungshandlung ankommt. Erkennt der Täter zu diesem Zeitpunkt oder hat er eine entsprechende subjektive Vorstellung dahin, dass es zur Herbeiführung des Erfolges eines erneuten Anset- zens bedürfte, etwa mit der Folge einer zeitlichen Zäsur und einer Unterbrechung des unmittelbaren Handlungs- fortgangs, liegt ein Fehlschlag vor (st. Rspr.).

2. Für den Rücktrittshorizont kommt es darauf an, was sich der Angeklagte unmittelbar nach dem Ende der letzten Tatausführungshandlung vorstellte (hier: Würgen des Opfers). Will das Tatgericht einen fehlgeschlagenen Versuch annehmen, weil dem Angeklagten ein Weiterhandeln aus tatsächlichen (physischen) Gründen unmöglich war, muss den Urteilsgründen seine Einschätzung zu diesem Zeitpunkt zu entnehmen sein. Es genügt nicht, spätere Äußerungen des Angeklagten zur Beurteilung der allgemeinen Möglichkeit der Tatausführung heranzuziehen.

3. Nach der Rechtsprechung des Bundesgerichtshofs ist der Versuch eines Tötungsdeliktes insbesondere dann nicht beendet im Sinne von § 24 Abs. 1 Satz 1 Fall 2 StGB, wenn der Täter zunächst irrtümlich den Eintritt des Todes für möglich hält, aber nach alsbaldiger Erkenntnis seines Irrtums, also im Wege einer Korrektur seines Rücktrittshorizonts, von weiteren Ausführungshandlungen Abstand nimmt (st. Rspr.).

552. BGH 3 StR 134/14 – Beschluss vom 6. Mai 2014 (LG Kleve)

Rücktritt vom Versuch der gefährlichen Körperverletzung (fehlgeschlagener Versuch; kein Ausschluss der Rücktrittsmöglichkeit bei außertatbestandlicher Zielerreichung).

§ 224 StGB; § 24 StGB

Scheitert der Angeklagte beim Versuch, gegen das Opfer Gewalt anzuwenden (hier: Einsatz eines Elektroschockers), um dieses zur Herausgabe von Vermögenswerten zu bewegen, so ist ein Rücktritt vom Versuch der (gefährlichen) Körperverletzung nicht ausgeschlossen, wenn das Opfer die erstrebten Gegenstände ohne weitere Gewaltanwendung freiwillig herausgibt (Erreichung eines außertatbestandlichen Handlungszieles).

609. BGH 4 StR 82/14 – Beschluss vom 7. Mai 2014 (LG Coburg)

Rücktritt vom Versuch (kein fehlgeschlagener Versuch: Voraussetzungen, Anforderungen an die Darstellung im Urteil).

§ 22 StGB; § 23 Abs. 1 StGB; § 24 Abs. 1 Satz 1 StGB; § 267 Abs. 5 StPO

1. Ein Versuch ist fehlgeschlagen, wenn die Tat nach Misslingen des zunächst vorgestellten Tatablaus mit den bereits eingesetzten oder anderen nahe liegenden Mitteln objektiv nicht mehr vollendet werden kann und der Täter dies erkennt oder wenn er subjektiv die Vollendung nicht mehr für möglich hält. Dabei kommt es auf die Sicht des Täters nach Abschluss der letzten Ausführungshandlung an (Rücktrittshorizont). Wenn der Täter zu diesem Zeitpunkt erkennt oder die subjektive Vorstellung hat, dass es zur Herbeiführung des Erfolgs eines erneuten Ansetzens bedürfte, etwa mit der Folge einer zeitlichen Zäsur und einer Unterbrechung des unmittelbaren Handlungsfortgangs, liegt ein Fehlschlag vor (st. Rspr.).

2. Lässt sich den Urteilsfeststellungen das entsprechende Vorstellungsbild des Angeklagten, das zur revisionsrechtlichen Prüfung des Vorliegens eines freiwilligen Rücktritts vom Versuch unerlässlich ist, nicht hinreichend entnehmen, hält das Urteil sachlich-rechtlicher Nachprüfung nicht stand.

603. BGH 2 StR 643/13 – Beschluss vom 3. April 2014 (LG Frankfurt a. M.)

Rücktritt vom Versuch (Freiwilligkeit des Rücktritts: Voraussetzungen, Beweiswürdigung).

§ 24 Abs. 1 StGB; § 261 StPO

Freiwilligkeit liegt nach ständiger Rechtsprechung des Bundesgerichtshofs vor, wenn der Täter „Herr seiner Entschlüsse“ geblieben ist und die Ausführung seines Verbrechensplans noch für möglich gehalten hat, er also weder durch eine äußere Zwangslage daran gehindert noch durch seelischen Druck unfähig geworden ist, die Tat zu vollbringen. Maßgebliche Beurteilungsgrundlage ist insoweit nicht die objektive Sachlage, sondern die Vorstellung des Täters hiervon (vgl. nur BGH NStZ-RR 2014, 9 f. mwN). Der Annahme von Freiwilligkeit steht es dabei nicht von vornherein entgegen, dass der Anstoß zum Umdenken von außen kommt (vgl. BGH NStZ-RR 2010, 366 f.) oder die Abstandnahme von der Tat erst nach dem Einwirken eines Dritten erfolgt (vgl. BGH NStZ 1988, 69 f.). Entscheidend für die Annahme von Freiwilligkeit ist, dass der Täter die Tatvollendung aus selbstgesetzten Motiven nicht mehr erreichen will.

557. BGH 3 StR 149/14 – Beschluss vom 15. Mai 2014 (LG Bad Kreuznach)

Rechtsfehlerhafte Verurteilung wegen versuchter besonders schwerer räuberischer Erpressung (unterbliebene Rücktrittsprüfung; Rücktritt bei mehreren Beteiligten; fehlende tatrichterliche Feststellungen zum Vorstellungsbild nach der letzten Ausführungshandlung).

§ 253 StGB; § 255 StGB; § 22 StGB; § 23 StGB; § 24 Abs. 2 StGB

1. Sind an einer Tat mehrere beteiligt, so wird gemäß § 24 Abs. 2 Satz 1 StGB nicht bestraft, wer freiwillig die Vollendung verhindert. Diese Verhinderungsleistung kann indes schon darin zu sehen sein, dass die Beteiligten es einvernehmlich unterlassen, weiter zu handeln (st. Rspr.). Ob darin ein freiwilliger Rücktritt vom Versuch gesehen werden kann, hängt entscheidend von dem Vorstellungsbild der Täter nach der letzten von ihnen vorgenommenen Ausführungshandlung (sog. Rücktrittshorizont) ab: Gehen sie zu diesem Zeitpunkt davon aus, noch nicht alles getan zu haben, was nach ihrer Vorstellung zur Herbeiführung des Taterfolgs erforderlich oder zumindest ausreichend ist und liegt mithin ein unbeendeter Versuch vor, so können sie durch bloßes Nichtweiterhandeln zurücktreten. Anders liegt es aber dann, wenn der Versuch fehlgeschlagen ist, weil aus Sicht der Täter nach Misslingen des zunächst vorgestellten Tatablaus mit den bereits eingesetzten oder anderen nahe liegenden Mitteln die Tat nicht mehr vollendet werden kann.

2. Lässt sich das Vorstellungsbild der Täter im maßgeblichen Zeitpunkt, das auch für die Beurteilung der Freiwilligkeit eines Rücktritts von Bedeutung ist (BGH aaO mwN), den Urteilsfeststellungen nicht entnehmen, so hält das Urteil demgemäß sachlich-rechtlicher Prüfung nicht stand, weil es die revisionsrechtliche Prüfung des Vorliegens eines freiwilligen Rücktritts nicht ermöglicht.

II. Materielles Strafrecht – Besonderer Teil

559. BGH 3 StR 342/13 – Urteil vom 27. März 2014 (LG Osnabrück)

BGHSt; Betrug durch sog. Ping-Anrufe (konkludente Täuschung; objektiver Empfängerhorizont; normativ vorstrukturiertes Vorstellungsbild; Kommunikationswunsch und Nichtvorhandensein erhöhter Rückrufkosten als Täuschungsgegenstand; Irrtum: sachgedankliches Mitbewusstsein; Irrtumsfeststellung bei einer Vielzahl von Geschädigten; Stoffgleichheit der erstrebten Bereicherung).

§ 263 StGB; § 261 StPO

1. Zur Strafbarkeit wegen Betrugs durch sog. Ping-Anrufe. (BGHSt)

2. Wer computergestützt Mobiltelefonnummern anruft und es dabei nur einmal klingeln lässt sowie in der Anrufliste der angerufenen Telefone die Rufnummer eines Mehrwertdienstes hinterlässt (sog. Ping-Anrufe), um so die Besitzer der Mobiltelefone zu einem Rückruf bei dieser Mehrwertdienstnummer, täuscht konkludent i.S.d. Betrugstatbestandes. Täuschungsgegenstand ist dabei zum einen ein (in Wahrheit nicht vorhandener Kommunikationswunsch des Anrufers sowie zum anderen die Tatsache, dass durch den Rückruf kein erhöhtes Entgelt entsteht. (Bearbeiter)

3. Ein Telefon stellt nach allgemeiner Auffassung ein Kommunikationsmittel dar, so dass die damit vorgenommene Anwahl eines anderen Telefons – wenn zwischen den Teilnehmern nichts anderes vereinbart ist – von dem durchschnittlichen Nutzer eines Mobiltelefons als Angerufenem zu Recht so verstanden werden darf, dass auch der Anrufer sein Telefon als Kommunikationsmittel nutzen wollte. Der Umstand der automatischen Erstellung der Anrufliste ist in diesem Zusammenhang ohne Bedeutung, zumal durch den Anrufer in jedem Fall eingestellt werden kann, ob die Rufnummer übermittelt werden soll. Die automatisch erstellte Mitteilung, von welcher Rufnummer aus der Kommunikationswunsch kommuniziert wurde, ist dem Anrufer mithin objektiv zurechenbar. (Bearbeiter)

4. Kommt eine konkludente Täuschung in Betracht, so sind bei der Ermittlung des Inhalts einer stillschweigenden Erklärung anhand der Verkehrsanschauung auch solche Konstellationen zu berücksichtigen, in denen einer (schlüssigen) Erklärung aufgrund Gesetzes oder Vereinbarung ein bestimmter Gehalt zugewiesen wird; will der Handelnde eine Erklärung dieses normativ vorstrukturierten Erklärungsgehalts indes tatsächlich nicht abgeben, täuscht er zumindest konkludent. (Bearbeiter)

5. Danach ergibt sich der schlüssige Erklärungsinhalt eines Ping-Anrufs, wonach ein Rückruf nicht mit erhöh-

ten Kosten verbunden ist, daraus, dass nur solche Nummern im Rufnummernspeicher eines angerufenen Mobiltelefons hinterlassen werden dürfen, für die dies zutrifft. Das Hinterlassen einer Mehrwertdienstnummer im Rufnummernspeicher war und ist hingegen unzulässig (vgl. nunmehr § 66k TKG). (Bearbeiter)

6. Das subjektive Betrugsmerkmal der Absicht stoffgleicher rechtswidriger Bereicherung ist in den Konstellationen der Ping-Anrufe jedenfalls dann erfüllt, wenn die Mobilfunkanbieter die durch die Ping-Anrufe generierten Forderungen lediglich einziehen und im Übrigen verpflichtet sind, die Erlöse an ihren Vertragspartner – nach Abzug des eigenen Anteils – auszus zahlen. (Bearbeiter)

7. Bei einer Vielzahl von Geschädigten ist es materiellrechtlich unbedenklich, wenn das Tatgericht in Fällen eines normativ vorgeprägten Vorstellungsbildes sowie mit Blick auf eine eindeutige Interessenlage davon absieht, alle Geschädigten hinsichtlich der tatsächlichen Voraussetzungen eines täuschungsbedingten Irrtums zu vernehmen (vgl. bereits BGH HRRS 2013 Nr. 387). Vielmehr reicht die Vernehmung einiger weniger Personen aus (hier: 9 von 528.000 potentiell Geschädigten). (Bearbeiter)

666. BGH 4 StR 430/13 – Urteil vom 22. Mai 2014 (LG Bielefeld)

BGHR; Anforderungen an die Feststellung und Darlegung des Irrtums beim gewerbsmäßigen Bandenbetrug im Zusammenhang mit routinemäßigen Massengeschäften (Missbrauch des Einzugsermächtigungslastschriftverfahrens; Normativierung; Verständigung); Versuch (unmittelbares Ansetzen); Darlegungsanforderungen an die Verfahrensrüge (Überschreitung der Urteilsabsetzungsfrist; Ausschluss von der Ausübung des Richteramts: Vernehmung als Zeuge).

§ 263 Abs. 1, Abs. 5 StGB; § 22 StGB; § 261 StPO; § 257c StPO; § 344 Abs. 2 Satz 2 StPO; § 22 Nr. 5 StPO

1. Zu den Anforderungen an die Feststellung und Darlegung des Irrtums beim Betrug im Zusammenhang mit routinemäßigen Massengeschäften (hier: Missbrauch des Einzugsermächtigungslastschriftverfahrens). (BGHR)

2. Auch im Fall eines Geständnisses müssen die Urteilsgründe erkennen lassen, dass die Würdigung der Beweise auf einer tragfähigen, verstandesmäßig einsichtigen Tatsachengrundlage beruht, die dem Revisionsgericht eine Überprüfung nach den Maßstäben rationaler Argumentation ermöglicht (st. Rspr.). Da der Betrugstatbestand voraussetzt, dass die Vermögensverfügung durch den Irrtum des Getäuschten veranlasst worden ist, und das gänzliche Fehlen einer Vorstellung für sich allein keinen tatbestandsmäßigen Irrtum begründen kann, muss der

Tatrichter insbesondere mitteilen, wie er sich die Überzeugung davon verschafft hat, dass der Verfügende einem Irrtum erlegen ist (BGH NJW 2003, 1198, 1199 f). Der Angeklagte kann den Irrtum nicht gestehen. (Bearbeiter)

3. In einfach gelagerten Fällen mag sich ein Irrtum von selbst verstehen. Im Bereich gleichförmiger, massenhafter oder routinemäßiger Geschäfte, die von selbstverständlichen Erwartungen geprägt sind, kann der Tatrichter befugt sein, auf die täuschungsbedingte Fehlvorstellung auf der Grundlage eines „sachgedanklichen Mitbewusstseins“ indiziell zu schließen, wobei er dies im Urteil darzulegen hat. Ist das Vorstellungsbild des Verfügenden normativ geprägt, kann bei einem Tatvorwurf, dem zahlreiche Einzelfälle zu Grunde liegen, die Vernehmung weniger Zeugen ausreichen; wenn deren Angaben das Vorliegen eines Irrtums (in den sie betreffenden Fällen) belegen, kann auf die Erregung eines Irrtums auch bei anderen Verfügenden geschlossen werden (BGH NJW 2013, 1545, 1546).

4. In komplexeren Fällen wird es regelmäßig erforderlich sein, die betreffenden Personen über ihr tatrelevantes Vorstellungsbild als Zeugen zu vernehmen sowie deren Bekundungen im Urteil mitzuteilen und zu würdigen (BGH NJW 2013, 1545, Tz. 15; NStZ 2014, 215, Tz. 8 f.). (Bearbeiter)

5. Einzelfall, in dem weder der Hinweis auf das „Ermittlungsergebnis“ noch die ebenfalls nicht näher belegte Bezugnahme auf die „umfassende Beweisaufnahme“ und die „umfassende geständige Einlassung der Angeklagten“ eine Irrtumserregung bei den von Betroffenen Bankkunden zu belegen. (Bearbeiter)

630. BGH 2 StR 545/13 – Beschluss vom 15. April 2014 (LG Köln)

BGHR; Verwenden eines gefährlichen Werkzeugs bei der sexuellen Nötigung (Vergewaltigung; Einsatz zur eigenen Luststeigerung im unmittelbaren Zusammenhang mit dem sexuellen Geschehen).

§ 177 Abs. 1, Abs. 4 Nr. 1 StGB

Zur Verwirklichung des Tatbestands des Verwendens eines gefährlichen Werkzeugs bei einer sexuellen Nötigung reicht es aus, wenn der Täter das Werkzeug ohne Nötigungskomponente, sondern allein zur eigenen Luststeigerung im unmittelbaren Zusammenhang mit dem sexuellen Geschehen gegen das Tatopfer einsetzt. (BGHR)

605. BGH 4 StR 503/13 – Beschluss vom 6. Mai 2014 (LG Bochum)

Sexueller Missbrauch von Schutzbefohlenen (Vorliegen eines Obhutsverhältnisses: Lehrer-Schüler-Verhältnis).

§ 174 Abs. 1 Nr. 1 StGB

1. Nach der ständigen Rechtsprechung des Bundesgerichtshofs erfordert ein Obhutsverhältnis im Sinne des § 174 Abs. 1 Nr. 1 eine Beziehung zwischen Täter und Opfer, aus der sich für den Täter das Recht und die Pflicht ergibt, Erziehung, Ausbildung oder Lebensführung des Schutzbefohlenen und damit dessen geistig-sittliche Entwicklung zu überwachen und zu leiten, wo-

bei sich die Begriffe der Erziehung, der Ausbildung und der Betreuung in der Lebensführung in ihrem Bedeutungsgehalt überschneiden (vgl. BGHSt 21, 196, 199 ff). Ein die Anforderungen der Vorschrift erfüllendes Anvertrautsein setzt ein den persönlichen, allgemein menschlichen Bereich umfassendes Abhängigkeitsverhältnis des Jugendlichen zu dem jeweiligen Betreuer im Sinne einer Unter- und Überordnung voraus (vgl. BGHSt 41, 137, 139). Ob ein solches Verhältnis besteht und welchen Umfang es hat, ist regelmäßig nach den tatsächlichen Verhältnissen des Einzelfalles zu beurteilen (vgl. BGHSt 33, 340, 344). Der konkreten Feststellung eines Missbrauchs des Obhutsverhältnisses bedarf es dabei nicht; im Hinblick auf dessen soziale Funktion wird die Missbräuchlichkeit vielmehr unwiderlegbar vermutet (vgl. BT-Drucks. 6/3521, S. 21).

2. Schon mit Blick darauf, dass dieses Abhängigkeitsverhältnis den persönlichen, allgemein menschlichen Bereich umfassen muss, wird es im Verhältnis eines Lehrers zu seinen Schülern, insbesondere an größeren Schulen mit nur schwer überschaubarem Lehrerkollegium, nicht schon durch die bloße Zugehörigkeit zu derselben Schule konstituiert, sondern regelmäßig erst mit der Zuweisung eines Schülers zu einem bestimmten Lehrer, der dadurch die in § 174 Abs. 1 StGB vorausgesetzten Pflichten übernimmt (vgl. BGHSt 19, 163, 166).

3. Wie der Senat bereits in seinem Beschluss vom 25. April 2012 (NStZ 2012, 690) ausgeführt hat, ist die für das Anvertrautsein erforderliche Obhutsbeziehung im Lehrer-Schüler-Verhältnis aber nicht auf die Erteilung von (verbindlichem) Regelunterricht etwa durch den Klassen- oder Fachlehrer beschränkt, mag sie sich in diesem Falle auch von selbst verstehen und keiner weiteren Darlegung bedürfen (vgl. BGH NStZ 2003, 661). Sie kann auch unabhängig davon zu bejahen sein, etwa bei Aufsichtstätigkeiten oder im Rahmen besonderer Veranstaltungen der Schule, zu denen auch die Durchführung einer von den Schulbehörden genehmigten, nicht zum regulären Unterricht zählenden Arbeitsgemeinschaft gehören kann.

612. BGH 1 StR 150/14 – Beschluss vom 7. Mai 2014 (LG Amberg)

Gewerbsmäßige Hehlerei (Absetzen nur bei Absatzerfolg: Verhältnis zum Ankaufen, Ankauf vom Vortäter; tatbestandliche Handlungseinheit: Bewertungseinheit).

§ 259 Abs. 1 StGB; § 260 Abs. 1 Nr. 1 StGB; § 25 Abs. 2 StGB; § 52 StGB

1. Unter dem Absetzen im Sinne des § 259 Abs. 1 StGB ist die im Einvernehmen mit dem Vortäter, im Übrigen aber selbständig vorgenommene wirtschaftliche Verwertung einer bemakelten Sache durch ihre rechtsgeschäftliche Weitergabe an gut- oder bösgläubige Dritte gegen Entgelt zu verstehen. Eine Bestrafung des Absetzens als Hehlerei kommt jedenfalls dann nicht in Betracht, wenn der Hehler zuvor die Sache angekauft und sich bereits dadurch der Hehlerei (§ 259 Abs. 1 StGB) strafbar gemacht hat. Das Absetzen ist dann, wenn der Hehler überhaupt noch im Einvernehmen mit dem Vortäter tätig wurde und „in dessen Lager“ stand, als Nachtat mitbestraft (vgl. BGH NJW 1975, 2109).

2. Ein vollendetes Absetzen im Sinne des § 259 Abs. 1 StGB setzt nach neuer Rechtsprechung des Bundesgerichtshofs einen Absatzerfolg voraus (BGH NJW 2014, 951).

3. Erwirbt ein Hehler einheitlich mehrere aus einer oder verschiedenen Vortaten stammende Sachen, liegt nur eine Hehlerei vor (vgl. BGH NStZ-RR 2005, 236).

553. BGH 3 StR 21/14 – Beschluss vom 29. April 2014 (LG Hildesheim)

Rechtsfehlerhafte Verurteilung wegen versuchten Heimtückemords (Voraussetzungen der Heimtücke: Ausnutzungsbewusstsein; Tatentschluss; unmittelbares Ansetzen).

§ 211 StGB; § 22 StGB; § 23 StGB

Die subjektiven Voraussetzungen der Heimtücke sind nicht erfüllt, wenn das Opfer zwar aufgrund einer irrümlichen Einschätzung der Sachlage – hier: fälschliche Annahme, die (echte) Tatwaffe sei eine Spielzeugpistole – trotz einer an sich konfrontativen Situation arglos ist, der Täter diesen Irrtum jedoch nicht erkennt.

608. BGH 4 StR 70/14 – Beschluss vom 21. Mai 2014 (LG Dessau-Roßlau)

Bandendiebstahl (Bandenabrede zur fortgesetzten Begehung von Raub oder Diebstahl: „gemischte Bande“ aus Dieben und Hehlern).

§ 244 Abs. 1 Nr. 2 StGB; § 259 StGB

Das Gesetz sieht eine aus Dieben und Hehlern bestehende „gemischte“ Bande als Qualifikationsmerkmal nur bei den Hehlereitbeständen vor, nicht dagegen bei den entsprechenden Diebstahlstatbeständen. Damit scheidet die Annahme einer Diebesbande aus, wenn sich Personen, die nur Hehler sind, mit ein oder zwei anderen am Diebstahl Beteiligten zusammenschließen. Dies gilt nur dann nicht, wenn die Betreffenden nach der Bandenabrede auch zugleich an den Diebstahlstaten, und sei es auch nur als Gehilfen, teilnehmen sollen.

611. BGH 4 StR 95/14 – Beschluss vom 7. Mai 2014 (LG Essen)

Urkundenfälschung (mehrfaches Gebrauchen einer verfälschten Urkunde: Bewertungseinheit).

§ 267 Abs. 1 StGB; § 52 StGB

Wird eine gefälschte Urkunde dem ursprünglichen Tatplan entsprechend mehrfach gebraucht, liegt nur eine Urkundenfälschung vor.

Rechtsprechung

III. Strafzumessungs – und Maßregelrecht

587. BGH 1 StR 116/14 – Urteil vom 21. Mai 2014 (LG Nürnberg-Fürth)

Anordnung der Unterbringung in einem psychiatrischen Krankenhaus (Begründung; Vorliegen einer erheblichen Anlasstat; Schuldunfähigkeit: Begründung im Urteil).

§ 63 StGB

1. Schuldunfähigkeit kann sowohl auf fehlender Einsichtsfähigkeit beruhen als auch auf fehlender Steuerungsfähigkeit. Zwar liegen gerade in Fällen, in denen im Ergebnis Schuldunfähigkeit angenommen ist, die für die Unterscheidung maßgeblichen Kriterien nicht stets klar auf der Hand. Dennoch kann nach ständiger Rechtsprechung gerade dann nicht auf eine präzise Feststellung verzichtet werden, wenn eine Unterbringung gemäß § 63 StGB im Raum steht.

2. Bei der Entscheidung über eine Unterbringung ist vom erkennenden Gericht allein auf den Zeitpunkt der Hauptverhandlung abzustellen. Prognosen über künftige Entscheidungen der Strafvollstreckungskammer über eine mögliche Aufhebung der Maßregel können nicht Teil der Entscheidungsgrundlage des erkennenden Gerichts über eine Unterbringungsanordnung sein.

602. BGH 2 StR 602/13 – Beschluss vom 1. April 2014 (LG Mühlhausen)

Anordnung der Unterbringung in einem psychiatrischen Krankenhaus (Alkoholkonsum als die Unterbringung rechtfertigende Verminderung der Steuerungsfähigkeit).

§ 63 StGB; § 20 StGB; § 21 StGB

Ist die erhebliche Verminderung der Steuerungsfähigkeit aber auf ein Zusammenwirken zwischen Persönlichkeitsstörung und Alkoholkonsum zurückzuführen, kann ein die Unterbringung nach § 63 StGB rechtfertigender Zustand nur angenommen werden, wenn der Angeklagte an einer krankhaften Alkoholsucht leidet, in krankhafter Weise alkoholüberempfindlich ist oder an einer länger andauernden geistigen-seelischen Störung leidet, bei der bereits geringer Alkoholkonsum oder andere alltägliche Ereignisse die erhebliche Beeinträchtigung der Schuldfähigkeit auslösen können und dies getan haben (siehe nur BGHSt 44, 369, 374 ff.; BGH NStZ-RR 2010, 170).

594. BGH 1 StR 90/14 – Urteil vom 20. Mai 2014 (LG Mosbach)

Urteilsbegründung (Erörterungsmangel); verminderte Schuldfähigkeit (verminderte Steuerungsfähigkeit: Rauschgiftsucht).

§ 267 Abs. 2 StPO; § 21 StGB

1. Ein sachlich-rechtlicher Erörterungsmangel liegt vor, wenn nach den Urteilsfeststellungen und den dort ge-

schilderten Umständen des Einzelfalls ausreichende Anhaltspunkte für das Vorliegen eines rechtlich beachtlichen Umstands bestehen, so dass sich dessen Erörterung aufdrängt, dies jedoch unterblieben ist (vgl. BGHSt 49, 342, 344).

2. Nach der ständigen Rechtsprechung des Bundesgerichtshofs begründet die Abhängigkeit von Drogen für sich gesehen keine erhebliche Verminderung der Steuerungsfähigkeit (vgl. BGH NStZ 2013, 519). Deshalb liegt regelmäßig kein Erörterungsmangel vor, wenn bei Straftaten von Drogenabhängigen die Voraussetzungen von § 21 StGB nicht erörtert werden.

3. Eine rechtlich erhebliche Einschränkung der Steuerungsfähigkeit ist bei einem Rauschgiftsüchtigen nur ausnahmsweise gegeben, etwa wenn langjähriger Betäubungsmittelmissbrauch zu schwersten Persönlichkeitsänderungen geführt hat, der Täter unter starken Entzugserscheinungen leidet und durch sie dazu getrieben wird, sich mittels einer Straftat Drogen zu verschaffen, oder unter Umständen, wenn er die Tat im Zustand eines akuten Rauschs verübt. In Ausnahmefällen kann auch die Angst vor unmittelbar bevorstehenden Entzugserscheinungen, die der Angeklagte schon einmal als äußerst unangenehm erlitten hat, zu einer erheblichen Beeinträchtigung der Steuerungsfähigkeit führen (vgl. BGH NStZ 2013, 53, 54 f. Rn. 27, 36 mwN). Nur wenn solche besonderen Umstände vorliegen, drängt sich die Erörterung der Voraussetzungen von § 21 StGB auf, so dass ein

Erörterungsmangel vorliegen kann, wenn solche Erwägungen unterbleiben.

598. BGH 2 StR 202/13 – Beschluss vom 26. März 2014 (LG Aachen)

Berücksichtigung von ausländischen Strafen bei Vorliegen einer Gesamtstrafenlage (Härteausgleich).

§ 55 Abs. 1 StGB

Ausländische Strafen sind wegen des damit verbundenen Eingriffs in deren Vollstreckbarkeit zwar nicht gesamtstrafenfähig; liegen aber ansonsten die Voraussetzungen einer Gesamtstrafenbildung vor, muss der Tatrichter regelmäßig einen Härteausgleich vornehmen, dies insbesondere dann, wenn es in der Addition beider Strafen zu einer Überschreitung der gesetzlichen Höchstgrenzen kommt (vgl. BGH StV 2000, 196).

606. BGH 4 StR 514/13 – Urteil vom 22. Mai 2014 (LG Halle)

Strafzumessung bei Betäubungsmitteldelikten (Sicherstellung der Betäubungsmittel als Strafmilderungsgrund).

§ 46 Abs. 1 StGB

Grundsätzlich stellt es einen gewichtigen und deshalb erörterungsbedürftigen Strafmilderungsgrund dar, wenn die Betäubungsmittel sichergestellt werden und es deshalb nicht zu einer Gefährdung von Drogenkonsumenten kommen kann (st. Rspr.).

Rechtsprechung

IV. Strafverfahrensrecht mit GVG

604. BGH 4 StR 439/13 – Urteil vom 5. Juni 2014 (LG Neuruppin)

BGHR; Anforderungen an die Wiedergabe des Inhalts von Sachverständigengutachten in den Urteilsgründen (DNA-Vergleichsuntersuchung); bedingter Vorsatz (Voraussetzungen: Gesamtbetrachtung, besondere Gefährlichkeit der Tathandlung als Indikator; Tötungsvorsatz).

§ 261 StPO; § 267 Abs. 1 Satz 2 StPO; § 15 StGB; § 212 StGB

1. Nach dem gegenwärtig erreichten wissenschaftlichen Stand der forensischen Molekulargenetik sind zur Nachvollziehbarkeit der Wahrscheinlichkeitsberechnung bei DNA-Vergleichsuntersuchungen, die keine Besonderheiten in der forensischen Fragestellung aufweisen, im tatrichterlichen Urteil keine Ausführungen zur unabhängigen Vererblichkeit der untersuchten Merkmalsysteme erforderlich (in Fortführung zu BGHSt 58, 212). (BGHR)

2. Das Tatgericht hat in den Fällen, in denen es dem Gutachten eines Sachverständigen folgt, die wesentlichen Anknüpfungstatsachen und Ausführungen des Gutach-

ters so darzulegen, dass das Rechtsmittelgericht prüfen kann, ob die Beweiswürdigung auf einer tragfähigen Tatsachengrundlage beruht und die Schlussfolgerungen nach den Gesetzen der Logik, den Erfahrungssätzen des täglichen Lebens und den Erkenntnissen der Wissenschaft möglich sind. Dabei dürfen die Anforderungen, welche das Tatgericht an das Gutachten zu stellen hat, nicht mit den sachlich-rechtlichen Anforderungen an den Inhalt der Urteilsgründe gleichgesetzt werden. Mögliche Fehlerquellen sind nur zu erörtern, wenn der Einzelfall dazu Veranlassung gibt. (Bearbeiter)

3. Nach dem gegenwärtig erreichten wissenschaftlichen Stand der forensischen Molekulargenetik ist die Durchführung von DNA-Vergleichsuntersuchungen soweit vereinheitlicht, dass in den Regelfällen, die keine Besonderheiten in der forensischen Fragestellung aufweisen, standardmäßig bis zu 16 der routinemäßig bei der vergleichenden DNA-Untersuchung zur Anwendung kommenden STR-Systeme Anwendung finden, deren genetische Unabhängigkeit wissenschaftlich gesichert ist. In diesen Fällen bedarf es im tatrichterlichen Urteil keiner Ausführungen zur unabhängigen Vererblichkeit der

Merkmalsysteme. Etwas anderes gilt für die Fälle der ergänzenden DNA-Analyse, in welchen andere autosomale Markersysteme oder geschlechtsgebunden vererbliche DNA-Merkmale in die Untersuchung mit einbezogen werden. In diesen Ausnahmekonstellationen, in denen die Unabhängigkeit der weiteren autosomalen STR-Systeme im Einzelfall gesondert geprüft und die Besonderheiten der geschlechtsgebundenen Vererbung berücksichtigt werden müssen, ist der Tatrichter gehalten, im Urteil hierzu nähere Ausführungen zu machen. (Bearbeiter)

4. Bedingter Tötungsvorsatz ist gegeben, wenn der Täter den Tod als mögliche, nicht ganz fern liegende Folge seines Handelns erkennt (Wissenselement) und dies billigt oder sich um des erstrebten Zieles willen zumindest mit dem Eintritt des Todes abfindet (Willenselement). Beide Elemente des bedingten Vorsatzes müssen in jedem Einzelfall umfassend geprüft und gegebenenfalls durch tatsächliche Feststellungen belegt werden (vgl. BGH StraFo 2013, 467). Ihre Bejahung oder Verneinung kann nur auf der Grundlage einer Gesamtbetrachtung aller objektiven und subjektiven Umstände des Einzelfalles erfolgen (vgl. BGH StV 2014, 345, 346), in welche insbesondere die objektive Gefährlichkeit der Tathandlung, die konkrete Angriffsweise des Täters, seine psychische Verfassung bei der Tatbegehung und seine Motivationslage einzubeziehen ist (vgl. BGH NStZ 2013, 581, 582). (Bearbeiter)

5. Im Rahmen der vorzunehmenden Gesamtschau stellt die auf der Grundlage der dem Täter bekannten Umstände zu bestimmende objektive Gefährlichkeit der Tathandlung einen wesentlichen Indikator sowohl für das kognitive, als auch für das voluntative Vorsatzelement dar (vgl. BGH NStZ 2012, 443, 444). Hat der Täter eine offensichtlich äußerst gefährliche Gewalthandlung begangen, liegt es – vorbehaltlich in die Gesamtbetrachtung einzustellender gegenläufiger Umstände im Einzelfall – nahe, dass er den Eintritt des Todes als mögliche Folge seines Tuns erkannt und, indem er gleichwohl sein gefährliches Handeln begonnen oder fortgesetzt hat, den Todeserfolg auch billigend in Kauf genommen hat (st. Rspr.). (Bearbeiter)

556. BGH 3 StR 89/14 – Beschluss vom 15. April 2014 (LG Mönchengladbach)

Erfolgreiche Rüge der Verletzung von Mitteilungs- und Protokollierungspflichten bei Gesprächen außerhalb der Hauptverhandlung (Transparenzgebot; Umfang der Informationspflicht; kein „Fehlen der Protokollierung“ bei fehlender Information; Beruhen),
§ 243 Abs. 4 Satz 2 StPO; § 273 Abs. 1a Satz 2 StPO

1. Der Vorsitzende muss über Erörterungen mit Verfahrensbeteiligten (§ 202a StPO), die nach Beginn der Hauptverhandlung, aber außerhalb von dieser stattgefunden haben und deren Gegenstand die Möglichkeit einer Verständigung gewesen ist, in der Hauptverhandlung Mitteilung machen. Mitzuteilen ist dabei nicht nur der Umstand, dass es solche Erörterungen gegeben hat, sondern auch deren wesentlicher Inhalt. Hierzu gehört, welche Standpunkte von den einzelnen Gesprächsteilnehmern vertreten wurden, von welcher Seite die Frage einer Verständigung aufgeworfen wurde und ob sie bei

anderen Gesprächsteilnehmern auf Zustimmung oder Ablehnung gestoßen ist. Eine Unterrichtung, die sich auf die Mitteilung beschränkt, es hätten Vorgespräche stattgefunden, aber noch nicht zu einer Einigung geführt, ist nicht ausreichend.

2. Nach § 273 Abs. 1a Satz 2 StPO muss das Protokoll u.a. die Beachtung der in § 243 Abs. 4 Satz 2 StPO vorgeschriebenen Mitteilungen wiedergeben. Wird entgegen § 243 Abs. 4 Satz 2 StPO eine Erörterung, die außerhalb der Hauptverhandlung stattgefunden hat, nach Fortsetzung der Hauptverhandlung nicht bekannt gemacht und damit die Informationspflicht nicht beachtet, so ergibt sich aus dem Schweigen des Protokolls kein zusätzlicher Rechtsfehler. Vielmehr gibt das Protokoll den Gang der Hauptverhandlung zutreffend wieder und § 273 Abs. 1a Satz 2 StPO ist nicht verletzt.

589. BGH 1 StR 302/13 – Beschluss vom 15. Januar 2014 (LG Landshut)

Verständigung (unterlassene Belehrung über die Bindungswirkung der Verständigung; Beruhen des Urteils auf der unterlassenen Belehrung, Darlegungslast; Anforderungen an die tatrichterliche Beweiswürdigung bei verständigungsbasiertem Geständnis).
§ 257c Abs. 5 StPO ; § 337 Abs. 1 StPO; § 344 Abs. 2 StPO; § 261 StPO

1. Zwar wird das Beruhen des Urteils auf der fehlenden Belehrung verneint werden können, wenn sich feststellen lässt, dass der Angeklagte das Geständnis auch bei ordnungsgemäßer Belehrung abgegeben hätte (vgl. BVerfG NJW 2013, 1058, 1067). Es kann offen bleiben, ob allein das Wissen um den Inhalt der Belehrung aus § 257c Abs. 5 StPO zu belegen geeignet ist, dass das Geständnis auch bei ordnungsgemäßer Belehrung durch das Gericht abgegeben worden wäre. Denn anders als beim Verstoß gegen die Belehrung über das Schweigerecht nach § 136 StPO trifft die Belehrungspflicht das Gericht. Es könnte daher für die Wahrung der Autonomie des Angeklagten durchaus von Gewicht sein, dass das hierfür zuständige Gericht die erforderliche Belehrung trotz der Verpflichtung hierzu nicht erteilt, selbst wenn er den Inhalt derselben in einem anderen Zusammenhang erfahren haben sollte.

2. Jedenfalls aber ist die Prüfung, ob das angefochtene Urteil auf dem geltend gemachten Verfahrensfehler beruht, grundsätzlich Aufgabe des Revisionsgerichts. Von besonderen Fallkonstellationen (vgl. hierzu BGH NJW 2013, 1827, 1831) abgesehen, braucht der Revisionsführer den ursächlichen Zusammenhang zwischen dem behaupteten Rechtsverstoß und dem angefochtenen Urteil nicht ausdrücklich darzulegen.

3. Der Senat weist darauf hin, dass auch ein verständigungsbasiertes Geständnis der freien richterlichen Beweiswürdigung unterliegt, die in den Urteilsgründen nachvollziehbar darzustellen ist. Es ist deshalb stets zu untersuchen, ob das abgelegte Geständnis mit dem Ermittlungsergebnis zu vereinbaren ist, ob es in sich stimmig ist und ob es die getroffenen Feststellungen trägt (st. Rspr.).

626. BGH 1 StR 638/13 – Urteil vom 16. April 2014 (LG Landshut)

Verletzung des Konfrontationsrechts (Fragerecht; Zurechenbarkeit des Ausfalls); Vorenthaltung von Arbeitsentgelt (Arbeitgeberbegriff: Abgrenzung von der Arbeitnehmerüberlassung; Berechnungsdarstellung: Feststellung des Arbeitsentgelts); Verwertung von Kontrollmitteilungen aus dem Besteuerungsverfahren (Außenprüfung; nemo tenetur Grundsatz: Selbstbelastungsfreiheit; Zwang).

Art. 6 Abs. 1, Abs. 3 lit. d EMRK; § 393 AO; § 193 AO; § 140 AO; § 200 AO; § 266a StGB; § 14 Abs. 2 Satz 2 SGB IV; § 10 Abs. 1 AÜG; § 9 Nr. 1 AÜG; § 1 Abs. 1 Satz 1, Abs. 2 AÜG; § 223 SGB V; § 226 SGB V; § 161 SGB VI; § 162 SGB VI; § 341 SGB III; § 342 SGB III; § 54 SGB XI; § 57 SGB XI

1. Der Angeklagte hat als besondere Ausformung des Grundsatzes der Verfahrensfairness ein Recht, Belastungszeugen unmittelbar zu befragen oder befragen zu lassen. Belastungszeugen in diesem Sinn kann auch der (frühere) Mitangeklagte sein, der in dem gegen ihn gerichteten Verfahren als Angeklagter Angaben gemacht hat. Wenn ein Belastungszeuge nur außerhalb der Hauptverhandlung vernommen worden ist, muss dem Beschuldigten dieses Recht zur konfrontativen Befragung entweder bei der Vernehmung oder zu einem späteren Zeitpunkt eingeräumt werden (vgl. BVerfG NJW 2010, 925; BGHSt 55, 70, 74 jeweils mwN).

2. Dass die Sitzungsvertreterin der Staatsanwaltschaft als mittelbare Zeugin zur Aussage des früheren Mitangeklagten befragt werden konnte, reicht zur Wahrung des Konfrontationsrechts auch dann nicht aus, wenn sich der Zeuge in der Hauptverhandlung auf ein umfassendes Auskunftsverweigerungsrecht aus § 55 StPO beruft (vgl. BGH NStZ-RR 2005, 321). Der Ausschluss des Befragungsrechts führt jedoch nicht zur Unverwertbarkeit der belastenden Aussage, wenn das Verfahren in seiner Gesamtheit einschließlich der Art und Weise der Beweiserhebung und -würdigung den Geboten der Verfahrensfairness genügt (BVerfG NJW 2010, 925, 926; BGHSt 55, 70, 74 f. jeweils mwN). Dies gilt, wenn der Umstand, dass der Angeklagte keine Möglichkeit zur konfrontativen Befragung des Zeugen hatte, der Justiz nicht zuzurechnen ist (vgl. BVerfG NJW 2010, 925, 926; BGHSt 51, 150, 155).

3. Grundlage von im Rahmen einer Außenprüfung (§ 193 AO) gefertigten Kontrollmitteilungen sind regelmäßig Unterlagen, die aufgrund gesetzlicher, nicht ausschließlicher der Sicherstellung der Besteuerung dienender Aufzeichnungspflichten erstellt und in Erfüllung der Mitwirkungspflichten aus § 200 AO vorgelegt werden. Solche gesetzlichen Aufzeichnungs- und Vorlagepflichten betreffen den Kernbereich der grundgesetzlich gewährleisteten Selbstbelastungsfreiheit auch dann nicht, wenn die zu erstellenden oder vorzulegenden Unterlagen auch zur Ahndung von Straftaten oder Ordnungswidrigkeiten verwendet werden dürfen (vgl. BVerfG wistra 2010, 341 [zu § 393 Abs. 2 AO], BVerfGE 55, 144, und BVerfG NJW 1982, 568).

4. Anderes kann allenfalls dann gelten, wenn der Inhalt im Steuerstrafverfahren verwendeter Kontrollmitteilungen ausnahmsweise auf Angaben des nun steuerstrafrechtlich verfolgten Geschäftsführers einer steuerlich

geprüften Kapitalgesellschaft beruht, die dieser im Rahmen der Außenprüfung gemacht hat.

592. BGH 1 StR 605/13 – Beschluss vom 12. März 2014 (LG Darmstadt)

Urteilsverkündungsfrist (Beruhen des Urteils auf einer verspäteten Verkündung); Ablehnung eines Beweisantrags wegen Verschleppungsabsicht (indizielle Präklusion bei Beweisanträgen durch Fristsetzung zur Stellung von Beweisanträgen).

§ 268 Abs. 3 Satz 2 StPO; § 337 Abs. 1 StPO § 244 Abs. 3 Satz 2 StPO

1. Nach der Rechtsprechung des Bundesgerichtshofs ist es vielfach nicht auszuschließen, dass ein Urteil auf dem Mangel der Verletzung der Frist des § 268 Abs. 3 Satz 2 StPO beruht, maßgeblich sind aber – wie bei allen sog. relativen Revisionsgründen – unter Berücksichtigung von Sinn und Bedeutung der verletzten Bestimmung stets die Umstände des Einzelfalls. Die nur begrenzte zeitliche Frist zwischen dem Abschluss der Verhandlung und der Urteilsverkündung soll sicherstellen, „dass die Schlussvorträge und das letzte Wort bei der Beratung allen Richtern noch lebendig in Erinnerung sind“. Dementsprechend ist maßgeblich darauf abzustellen, ob über das Urteil innerhalb der Frist des § 268 Abs. 3 Satz 2 StPO befunden wurde. Ist dies aber der Fall, so gefährdet allein die verspätete Verkündung des rechtzeitig beratenen Urteils den Bestand dieses Urteils nicht.

2. Ist in der einer Fristsetzung zur Stellung von Beweisanträgen dargelegt, dass bei Antragstellung nach Fristablauf der Antragsteller die Gründe hierfür substantiiert zu erklären hat, kann das Gericht dann, wenn dies unterblieben und auch sonst ein nachvollziehbarer Anlass für die verfristete Antragstellung nicht erkennbar ist (und die Aufklärungspflicht nicht zur Beweiserhebung drängt), grundsätzlich davon ausgehen, dass ein solcher Antrag allein zum Zwecke der Verfahrensverzögerung gestellt ist

595. BGH 1 StR 605/13 – Beschluss vom 12. März 2014 (LG Darmstadt)

Urteilsverkündungsfrist (Beruhen des Urteils auf einer verspäteten Verkündung); Ablehnung eines Beweisantrags wegen Verschleppungsabsicht (indizielle Präklusion bei Beweisanträgen durch Fristsetzung zur Stellung von Beweisanträgen); Aufklärungsrüge (Darlegungsvoraussetzungen).

§ 268 Abs. 3 Satz 2 StPO; § 337 Abs. 1 StPO § 244 Abs. 3 Satz 2 StPO; § 244 Abs. 2 StPO; § 344 Abs. 2 Satz 2 StPO

1. Nach der Rechtsprechung des Bundesgerichtshofs ist es vielfach nicht auszuschließen, dass ein Urteil auf dem Mangel der Verletzung der Frist des § 268 Abs. 3 Satz 2 StPO beruht, maßgeblich sind aber – wie bei allen sog. relativen Revisionsgründen – unter Berücksichtigung von Sinn und Bedeutung der verletzten Bestimmung stets die Umstände des Einzelfalls. Die nur begrenzte zeitliche Frist zwischen dem Abschluss der Verhandlung und der Urteilsverkündung soll sicherstellen, „dass die Schlussvorträge und das letzte Wort bei der Beratung allen Richtern noch lebendig in Erinnerung sind“. Dementsprechend ist maßgeblich darauf abzustellen, ob über das Urteil innerhalb der Frist des § 268 Abs. 3 Satz 2 StPO

befunden wurde. Ist dies aber der Fall, so gefährdet allein die verspätete Verkündung des rechtzeitig beratenen Urteils den Bestand dieses Urteils nicht.

2. Legt das Gericht in einer Fristsetzung zur Stellung von Beweisanträgen dar, dass bei Antragstellung nach Fristablauf der Antragsteller die Gründe hierfür substantiiert zu erklären hat, kann das Gericht dann, wenn dies unterblieben und auch sonst ein nachvollziehbarer Anlass für die verfristete Antragstellung nicht erkennbar ist (und die Aufklärungspflicht nicht zur Beweiserhebung drängt), grundsätzlich davon ausgehen, dass ein solcher Antrag allein zum Zwecke der Verfahrensverzögerung gestellt ist.

3. Die Aufklärungspflicht ist nicht schon dann verletzt, wenn zusätzliche Beweiserhebungen möglich gewesen wären, sondern erst dann, wenn sich dem Gericht die Annahme aufdrängen muss, dass die zusätzlichen Beweiserhebungen das bisherige Beweisergebnis in Frage stellen könnten.

662. BGH 4 StR 144/14 – Beschluss vom 21. Mai 2014 (LG Bielefeld)

Angemessene Rechtsfolge (Hinweispflicht und Antrag des Generalbundesanwalts).

§ 354 Abs. 1a StPO; Art. 6 EMRK; Art. 103 Abs. 1 GG

1. Ob eine Rechtsfolge als angemessen im Sinne des § 354 Abs. 1a StPO angesehen werden kann, hat das Revisionsgericht auf der Grundlage der Feststellungen des angefochtenen Urteils unter Berücksichtigung aller maßgeblichen Gesichtspunkte, insbesondere aller nach § 46 StGB für die Strafzumessung erheblichen Umstände zu beurteilen.

2. Eines Hinweises auf die Vorgehensweise gemäß § 354 Abs. 1a StPO seitens des Gerichts bedarf es nicht, wenn wegen des mit Gründen versehenen Antrags des Generalbundesanwalts, auf den das Gericht seine Entscheidung auch insofern stützt, angenommen werden kann, dass der Angeklagte Kenntnis von einer im Raum stehenden Strafzumessungsentscheidung des Revisionsgerichts erlangt hat.

3. Äußert sich der Angeklagte auf diesen, seinem Verteidiger zugestellten Antrag des Generalbundesanwalts nicht und sind neue strafzumessungsrelevante Umstände auch auf anderem Weg nicht bekannt geworden sind, kann der Senat die für die Strafzumessung relevanten Umstände und deren konkretes Gewicht selbst abwägen und entscheiden, dass die verhängte Strafe angemessen ist (vgl. BVerfG aaO Rn. 102, S. 238).

564. BGH 5 StR 99/14 – Beschluss vom 6. Mai 2014 (LG Berlin)

Rechtsfehlerhafte Ablehnung des Befangenheitsantrags als unzulässig unter Mitwirkung des abgelehnten Richters (Unverzüglichkeitsgebot; formale Prüfung; gänzliche fehlende Eignung zur Begründung der Besorgnis der Befangenheit; Verletzung des Rechts auf den gesetzlichen Richter; Unverzüglichkeitsgebot); Durchführung.

§ 26a StPO; Art. 101 Abs. 1 S. 2 GG; § 26 Abs. 2 Satz 1 StPO; § 25 Abs. 2 Satz 1 Nr. 2 StPO; § 102 StPO

1. Die Vorschrift des § 26a Abs. 1 Nr. 2 Alt. 2 StPO gestattet ausnahmsweise nur dann die Beteiligung des abgelehnten Richters an der Entscheidung über einen gegen ihn gestellten Befangenheitsantrag, wenn das Ablehnungsgesuch ohne nähere Prüfung und losgelöst von den Umständen des Einzelfalls zur Begründung der Besorgnis der Befangenheit gänzlich ungeeignet ist; hingegen darf der abgelehnte Richter über diese bloß formale Prüfung hinaus nicht an einer näheren inhaltlichen Untersuchung der Ablehnungsgründe auch unter dem Blickwinkel einer offensichtlichen Unbegründetheit mitwirken und sich auf diese Weise zum „Richter in eigener Sache“ machen. Dabei muss die Auslegung des Ablehnungsgesuchs darauf ausgerichtet sein, es seinem Inhalt nach vollständig zu erfassen, um nicht im Gewande der Zulässigkeitsprüfung in eine Begründetheitsprüfung einzutreten.

2. Trifft der abgelehnte Richter die Entscheidung selbst, obwohl das Ablehnungsgesuch zur Begründung der Befangenheit nicht offensichtlich ungeeignet ist, kann dadurch der Anwendungsbereich des § 26a Abs. 1 Nr. 2 StPO auch dann in einer mit Art. 101 Abs. 1 S. 2 GG unvereinbaren Weise überspannt werden, wenn das Ablehnungsgesuch ohne Mitwirkung des abgelehnten Richters gemäß § 27 StPO voraussichtlich als unbegründet zu verwerfen gewesen wäre.

3. Der Glaubhaftmachung der der Wahrung des Unverzüglichkeitserfordernisses nach § 26a Abs. 1 Nr. 1 i.V.m. § 26 Abs. 2 Satz 1 und § 25 Abs. 2 Satz 1 Nr. 2 StPO zugrunde liegenden Tatsachen bedarf es nicht, wenn sich diese aus den Akten ergaben. Zwar kann es das Unverzüglichkeitsgebot in Anbetracht des anzulegenden strengen Maßstabs erfordern, das Gesuch schon während einer Verhandlungsunterbrechung zeitnah schriftlich oder zu Protokoll der Geschäftsstelle anzubringen (vgl. BGHSt 21, 334, 344 f.; BGHR StPO § 25 Abs. 2 Unverzüglich 4). Auch eine im unmittelbar folgenden Hauptverhandlungstermin durchgeführte Antragstellung kann aber unter Anrechnung einer dem Angeklagten zuzubilligenden Überlegungsfrist als rechtzeitig anzusehen sein.

628. BGH 2 StR 448/13 – Beschluss vom 18. März 2014 (LG Marburg)

Rechtsfehlerhafte Ablehnung eines Beweisantrags als bedeutungslos (Indiztatsache).

§ 244 Abs. 3 StPO

1. Der Beschluss, mit dem die Erhebung eines Beweises wegen Bedeutungslosigkeit der Beweistatsache (§ 244 Abs. 3 Satz 2 StPO) abgelehnt wird, ist mit konkreten Erwägungen zu begründen, warum das Tatgericht aus der Beweistatsache keine entscheidungserheblichen Schlussfolgerungen ziehen will. Die Anforderungen an diese Begründung entsprechen grundsätzlich denjenigen, denen das Gericht genügen müsste, wenn es die Indiz- oder Hilfstatsache durch Beweiserhebung festgestellt und sodann in den schriftlichen Urteilsgründen darzulegen

hätte, warum sie auf seine Entscheidungsbildung ohne Einfluss blieb. Die unter Beweis gestellte Indiztatsache hat es in das bisherige Beweisergebnis so einzustellen, als sei sie erwiesen, und prognostisch zu prüfen, ob hierdurch seine bisherige Überzeugung zum Beweiswert des anderen Beweismittels in einer für den Schuld- oder Rechtsfolgenausspruch bedeutsamen Weise erschüttert würde.

2. Allein der Hinweis darauf, dass die Angaben eines Zeugen – auf denen die Urteilsfeststellungen beruhen – in sich gut nachvollziehbar und frei von Widersprüchen seien, lässt eine Würdigung mit der als erwiesen unter Beweis gestellten Indiztatsache nicht erkennen.

593. BGH 1 StR 605/13 – Beschluss vom 12. März 2014 (LG Darmstadt)

Urteilsverkündungsfrist (Beruhen des Urteils auf einer verspäteten Verkündung); Widerspruch bezüglich des Strafausspruchs zwischen Urteilstenor und Urteilsbegründung (keine Möglichkeit einer nachträglichen Berichtigung).

§ 268 Abs. 3 Satz 2 StPO; § 337 Abs. 1 StPO; § 260 StPO; § 267 StPO

Enthalten die Urteilsgründe, wie hier, rechtlich einwandfreie Strafzumessungserwägungen, ist ein Widerspruch zwischen der verkündeten Urteilsformel einerseits und der schriftlichen Urteilsformel sowie andererseits jedenfalls regelmäßig kein offenkundiges Fassungsversehen, das einer nachträglichen Berichtigung zugänglich wäre.

597. BGH 1 StR 722/13 – Urteil vom 8. Mai 2014 (LG München I)

Freisprechendes Urteil (Anforderungen an die Urteilsbegründung).

§ 267 Abs. 5 StPO

Wird der Angeklagte aus tatsächlichen Gründen freigesprochen, so müssen nach Mitteilung des Anklageverwurfs im Urteil zunächst diejenigen Tatsachen festgestellt werden, die das Tatgericht für erwiesen erachtet. Erst auf dieser Grundlage ist in der Beweiswürdigung darzulegen, aus welchen Gründen die zur Verurteilung notwendigen Feststellungen nicht getroffen werden konnten (vgl. BHG NStZ 2009, 512, 513). Nur hierdurch wird das Revisionsgericht in die Lage versetzt, nachprüfen zu können, ob der Freispruch auf rechtlich bedenkenfreien Erwägungen beruht (vgl. BGH NJW 2013, 1106).

Rechtsprechung

V. Wirtschaftsstrafrecht und Nebengebiete

623. BGH 1 StR 577/13 – Beschluss vom 6. Februar 2014 (LG Essen)

Steuerhinterziehung durch Goldgeschäfte (Umsatzsteuer; Vorsteuer; Voranmeldung; Unternehmer; Hinterziehungsvorsatz; unbeachtlicher Irrtum über den Kausalverlauf; unmittelbares Ansetzen zum Versuch bei Übergabe von Unterlagen an den Steuerberater); Beihilfe; Auffangrechtserwerb (Rückgewinnungshilfe).

§ 370 Abs. 1 Nr. 1 und 2, Abs. 2 AO; § 41 Abs. 2 AO; § 168 Satz 1 AO; § 2 Abs. 1 UStG; § 14c Abs. 2 Satz 2 UStG; § 15 UStG; § 18 UStG; § 27 StGB; § 15 StGB; § 16 Abs. 1 StGB; § 111i Abs. 2 StPO; § 73 Abs. 1 Satz 2 StGB

1. Zwar muss vom Vorsatz auch der Kausalverlauf umfasst sein. Nach der Rechtsprechung des Bundesgerichtshofs genügt es hierfür jedoch, dass die Vorstellungen des Täters dem tatsächlichen Geschehensablauf im Wesentlichen entsprechen. Abweichungen des tatsächlichen vom vorgestellten Kausalverlauf sind für die rechtliche Bewertung bedeutungslos, wenn sie sich innerhalb der Grenzen des nach allgemeiner Lebenserfahrung Vorausschbaren halten und keine andere Bewertung der Tat rechtfertigen. Ob aber bei Beauftragung einer weiteren Person der Taterfolg der Steuerverkürzung dadurch eintritt, dass diese auftragsgemäß für den Täter eine unrichtige Steueranmeldung abgibt, bei der die angemeldete Steuer durch einen nicht gerechtfertigten Vorsteuerabzug so gleich wieder vollständig bzw. weitestgehend kompensiert wird, oder dadurch, dass die beauftragte Person abredewidrig die Steueranmeldung überhaupt nicht abgibt, beeinflusst die Bewertung der Tat als Steuerhinterziehung nicht (vgl. für Fälle der Beihilfe BGHSt 58, 218, 222).

2. Ob es einen erheblichen Unterschied darstellt, dass der Steuerberater nach den Vorstellungen des Angeklagten für einen Anmeldezeitraum eine Umsatzsteuervoranmeldung einreichen sollte, die sogar auf eine Steuervergütung gerichtet war, so dass die Festsetzungswirkung der Steueranmeldung erst mit der Zustimmung der Finanzbehörde eintreten konnte, bedarf keiner abschließenden Entscheidung.

3. Bezieht der Täter notwendige Beiträge eines Tatmittlers in seinen Plan ein, so liegt ein unmittelbares Ansetzen des Täters zur Tat schon dann vor, wenn er seine Einwirkung auf den Tatmittler abgeschlossen hat. Es ist also nicht erforderlich, dass der Tatmittler seinerseits durch eigene Handlungen zur Tat ansetzt. Ein unmittelbares Ansetzen ist jedenfalls dann gegeben, wenn der Tatmittler in der Vorstellung entlassen wird, er werde die tatbestandsmäßige Handlung nun in engem Zusammenhang mit dem Abschluss der Einwirkung vornehmen. Demgegenüber fehlt es hieran, wenn die Einwirkung auf den Tatmittler erst nach längerer Zeit wirken soll oder wenn ungewiss bleibt, ob und wann sie einmal Wirkung entfaltet. In diesen Fällen beginnt der Versuch erst dann,

wenn der Tatmittler, dessen Verhalten dem Täter über § 25 Abs. 1 StGB zugerechnet wird, seinerseits unmittelbar zur Tat ansetzt. Entscheidend für die Abgrenzung ist daher, ob nach dem Tatplan die Handlungen des Täters schon einen derartigen Angriff auf das geschützte Rechtsgut enthalten, dass es bereits gefährdet ist und der Schaden sich unmittelbar anschließen kann, oder ob die Begründung einer solchen Gefahr dem noch ungewissen späteren Handeln des Tatmittlers überlassen bleibt (vgl. BGH aaO, BGHSt 43, 177, 180 mwN).

4. Wird ein Steuerbüro mit der selbstständigen Erstellung der gesamten Buchführung eines Unternehmens und der Einreichung der Steueranmeldungen beauftragt, stellt sich die datenmäßige Erfassung und Verbuchung der Belege sowie die Erstellung des falschen Zahlenwerks für die später abzugebende Umsatzsteuervoranmeldung noch als Vorbereitungshandlung für die vom mittelbaren Täter beabsichtigte Steuerhinterziehung dar. Die Aufbereitung der Daten ist eine weitere Prüfungsstufe, die der in der Einreichung der Steuererklärung bei den Finanzbehörden liegenden tatbestandsmäßigen Handlung vorgeschaltet ist (vgl. BGHR AO § 370 Abs. 1 Konkurrenzen 12). So verhält es sich aber nicht, wenn es zwischengeschalteter buchungstechnischer Abläufe, die irgendwann in der Abgabe unrichtiger Steuererklärungen münden sollten, nicht mehr bedurfte.

5. Zwar kann auch ein „Strohmann“ Unternehmer und Leistender im Sinne des Umsatzsteuergesetzes sein (vgl. BGHSt 58, 218, 233 f.). Dies ist jedoch dann nicht der Fall, wenn die Geschäfte des „Strohmanns“ lediglich zum Schein getätigt werden, d.h. wenn beide Vertragsparteien einverständlich oder stillschweigend davon ausgehen, dass die Rechtswirkungen des Geschäfts gerade nicht zwischen ihnen, sondern zwischen dem Leistungsempfänger und dem „Hintermann“ eintreten sollen (vgl. § 41 Abs. 2 AO; BGH aaO mit weiteren Nachweisen aus der Rechtsprechung des Bundesgerichtshofs und des Bundesfinanzhofs). Letzteres ist insbesondere dann zu bejahen, wenn der Leistungsempfänger weiß oder davon ausgehen muss, dass derjenige, mit dem oder in dessen Namen das Rechtsgeschäft abgeschlossen wird, selbst keine eigene – ggf. auch durch Subunternehmer auszuführende – Verpflichtung aus dem Rechtsgeschäft übernehmen will (BGH aaO). Zu beachten bleibt indes ggf. die Steuerpflicht aus § 14c Abs. 2 Satz 2 UStG.

6. Zwar kann auch der Steuerfiskus Verletzter im Sinne des § 73 Abs. 1 Satz 2 StGB sein (vgl. BGH wistra 2001, 96). Voraussetzung für die Anwendung dieser Vorschrift ist jedoch, dass das Gericht nur deshalb nicht auf Verfall, Verfall von Wertersatz oder erweiterten Verfall erkennen kann, weil Ansprüche eines Verletzten im Sinne des § 73 Abs. 1 Satz 2 StGB entgegenstehen. Diese Vorschrift hindert eine Verfallsentscheidung somit nur dann, wenn der Täter oder Teilnehmer „aus der Tat“ einen Vermögensvorteil erlangt hat und Gegenansprüche eines Verletzten bestehen; das „für die Tat“ Erlangte unterliegt dem Verfall hingegen ohne Rücksicht auf Ansprüche Verletzter (BGH wistra 2014, 57). „Aus der Tat“ erlangt sind diejenigen Vermögenswerte, die dem Täter oder Teilnehmer unmittelbar aus der Verwirklichung des Tatbestandes selbst in irgendeiner Phase des Tatablaufs zugeflossen sind, insbesondere also die Beute.

661. BGH 4 StR 143/14 – Beschluss vom 20. Mai 2014 (LG Bielefeld)

Bezifferung des Vermögensschadens (Aufrechterhaltung des Schuldspruchs bei fehlender Bezifferung; Strafausspruch; Kreditbetrug).

Art. 103 Abs. 2 GG; § 263 StGB; § 353 StPO; § 46 StGB

1. Ob und in welchem Umfang die Hingabe eines Darlehens einen Vermögensschaden bewirkt, ist durch einen für den Zeitpunkt der Darlehenshingabe anzustellenden Wertvergleich mit dem Rückzahlungsanspruch des Darlehensgläubigers zu ermitteln. Die Werthaltigkeit des Rückzahlungsanspruchs wird dabei durch die Bonität des Schuldners und den Wert der bestellten Sicherheiten bestimmt. Ein Schaden entsteht nur insoweit, als die vorgepiegelte Rückzahlungsmöglichkeit nicht besteht und auch gegebene Sicherheiten wertlos oder minderwertig sind. Auch bei einer eingeschränkten oder fehlenden finanziellen Leistungsfähigkeit des Schuldners entsteht demnach insoweit kein Schaden, als der getäuschte Gläubiger über werthaltige Sicherheiten verfügt, die – ohne dass der Schuldner dies vereiteln könnte – mit nur unerheblichem zeitlichen und finanziellen Aufwand realisierbar sind. Nur soweit jeweils ein täuschungsbedingter Minderwert des gesicherten Darlehensrückzahlungsanspruchs vorliegt, ist die Annahme eines Schadens gerechtfertigt.

2. Der Minderwert des im Synallagma Erlangten ist nach wirtschaftlicher Betrachtungsweise zu bestimmen. Entsprechend der Rechtsprechung des Bundesverfassungsgerichts (BVerfGE 126, 170, 229; 130, 1, 47) ist er konkret festzustellen und zu beziffern. Sofern genaue Feststellungen zur Einschätzung des Ausfallrisikos nicht möglich sind, sind Mindestfeststellungen zu treffen, um den dadurch bedingten Minderwert und den insofern eingetretenen wirtschaftlichen Schaden unter Beachtung des Zweifelssatzes zu schätzen.

3. Wird ein Urteil diesen Maßstäben durch eine mangelnde Bezifferung nicht in vollem Umfang gerecht, kann es genügen, lediglich den Strafausspruch aufzuheben, soweit das Revisionsgericht das gänzliche Fehlen eines Schadens ausschließen kann.

622. BGH 1 StR 516/13 – Urteil vom 16. April 2014 (LG Landshut)

Vorenthaltung von Arbeitsentgelt (Arbeitgeberbegriff; Abgrenzung von der Arbeitnehmerüberlassung; Berechnungsdarstellung; Feststellung des Arbeitsentgelts); Verwertung von Kontrollmitteilungen aus dem Besteuerungsverfahren (Außenprüfung; nemo tenetur Grundsatz; Selbstbelastungsfreiheit; Zwang); Strafzumessung (Bezugnahme auf nicht vorliegenden Verbotssirrtum).

Art. 1 Abs. 1 GG; Art. 2 Abs. 1 GG; Art. 6 EMRK; § 393 AO; § 193 AO; § 140 AO; § 200 AO; § 266a StGB; § 14 Abs. 2 Satz 2 SGB IV; § 10 Abs. 1 AÜG; § 9 Nr. 1 AÜG; § 1 Abs. 1 Satz 1, Abs. 2 AÜG; § 223 SGB V; § 226 SGB V; § 161 SGB VI; § 162 SGB VI; § 341 SGB III; § 342 SGB III; § 54 SGB XI; § 57 SGB XI; § 46 StGB; § 17 StGB

1. Grundlage von Kontrollmitteilungen, die im Rahmen einer Außenprüfung (§ 193 AO) gefertigt werden, sind

regelmäßig Unterlagen, die aufgrund gesetzlicher, nicht ausschließlich der Sicherstellung der Besteuerung dienender Aufzeichnungspflichten erstellt und in Erfüllung der Mitwirkungspflichten aus § 200 AO vorgelegt werden. Solche gesetzlichen Aufzeichnungs- und Vorlagepflichten betreffen den Kernbereich der grundgesetzlich gewährleisteten Selbstbelastungsfreiheit auch dann nicht, wenn die zu erstellenden oder vorzulegenden Unterlagen auch zur Ahndung von Straftaten oder Ordnungswidrigkeiten verwendet werden dürfen (vgl. BVerfG wistra 2010, 341 [zu § 393 Abs. 2 AO], BVerfGE 55, 144, und BVerfG NJW 1982, 568).

2. Anderes kann allenfalls dann gelten, wenn der Inhalt im Steuerstrafverfahren verwendeter Kontrollmitteilungen ausnahmsweise auf Angaben des nun steuerstrafrechtlich verfolgten Geschäftsführers einer steuerlich geprüften Kapitalgesellschaft beruht, die dieser im Rahmen der Außenprüfung gemacht hat.

3. In der Strafzumessung darf einem nicht über das Verbotensein der Tat irrenden Angeklagten nicht pauschal zu Gute gehalten werden, dass ein beauftragter Rechtsanwalt den Angeklagten nicht auf eine bestehende, für die Tat gemäß § 266a StGB erhebliche Sozialversicherungspflicht hingewiesen habe. Dies gilt jedenfalls dann, wenn der Angeklagte dem Rechtsanwalt weder die maßgeblichen tatsächlichen Umstände mitgeteilt, noch um Beratung in der einschlägigen sozialversicherungsrechtlichen Frage gebeten hat. Eine Rechtspflicht eines Rechtsanwalts, in Fragen, zu denen er nicht mandatiert wurde, aus eigenem Antrieb den Sachverhalt zu ermitteln und Belehrungen zu erteilen, gibt es nicht.

633. BGH 2 StR 626/13 – Beschluss vom 15. April 2014 (LG Erfurt)

Unerlaubter Besitz von Betäubungsmitteln (gerechter Schuldausgleich; Verhältnismäßigkeit; Gewerbsmäßigkeit); kurze Freiheitsstrafe.

§ 29 Abs. 1, Abs. 5 BtMG; § 47 StGB; § 46 StGB

1. Bewegt sich ein Konsumentenfall beim unerlaubten Besitz von Betäubungsmitteln im untersten Bereich der geringen Menge, sind der Verhältnismäßigkeitsgrundsatz und das Übermaßverbot (vgl. BVerfGE 90, 145, 188 ff.) besonders zu beachten. Bei einem derartigen Bagatelldelikt mag zwar die Ablehnung eines Absehens von Strafe gemäß § 29 Abs. 5 BtMG hinzunehmen sein, wenn der Angeklagte ca. neun Monate zuvor wegen eines Betäubungsmitteldelikts zu einer längeren Freiheitsstrafe verurteilt worden war. Die Verhängung einer nicht zur Bewährung ausgesetzten kurzfristigen Freiheitsstrafe steht aber in keinem angemessenen Verhältnis zu dem abgeurteilten Tatunrecht, wenn nicht besondere Umstände gerade auch die Anordnung einer kurzfristigen Freiheitsstrafe unter sechs Monaten, die eingehend auch unter Berücksichtigung des § 47 StGB zu begründen wäre, rechtfertigen.

2. Allein der Umstand eines (erneuten) Verstoßes gegen Vorschriften des BtMG neun Monate nach einer Verurteilung, der sich offensichtlich in dem Eigenkonsum geringer Mengen (die auf dem Wohnzimmertisch aufgefunden wurden) erschöpft, rechtfertigt nicht die moralisierende Einschätzung, der Angeklagte sei „dreist und unbelehrbar“.

3. Das Fehlen strafmildernder Umstände darf nicht zu Lasten des Angeklagten gewichtet werden.

596. BGH 1 StR 648/13 – Beschluss vom 15. Januar 2014 (LG Essen)

Umsatzsteuerhinterziehung (Scheinrechnungen: Zeitpunkt der Voranmeldepflicht bei Blanko-Rechnungen).

§ 370 Abs. 1 Nr. 2 AO; § 14 Abs. 2 Satz 2 UStG; § 18 UStG

Gemäß § 14c Abs. 2 Satz 2 UStG geschuldet und anzumelden ist der ausgewiesene Steuerbetrag. Ausgewiesen ist ein Betrag bei einer Blanko-Rechnung jedoch erst dann, wenn er eingefügt worden ist. Bis zu diesem Zeitpunkt fehlt es für die Steuerentstehung gemäß § 14c Abs. 2 Satz 2 UStG noch an einem wesentlichen Merkmal, nämlich dem gesonderten Ausweis eines Steuerbetrages. Infolgedessen kann auch eine Anmeldepflicht gemäß § 18 Abs. 4b UStG solange nicht bestehen, wie bei einer Blanko-Rechnung noch kein Betrag eingefügt worden ist, den der Aussteller der Blanko-Rechnung anmelden und der Adressat als Vorsteuer geltend machen könnte. Eine Anmeldung vor Einfügung des Umsatzsteuerbetrages ist daher, soweit sie tatsächlich überhaupt möglich ist, rechtlich nicht gefordert.

Transnationaler ne-bis-in-idem-Schutz nach der GRC

Zum Fortbestand des Vollstreckungselements aus Sicht des EuGH, zugleich Besprechung zu EuGH HRRS 2014 Nr. 484.

Von Prof. Dr. Frank Meyer, LL.M. (Yale), Zürich

I. Einleitung

Die Entscheidungen deutscher Gerichte zur Interpretation der Reichweite des ne-bis-in-idem-Schutzes in mehreren Verfahren gegen bereits im Ausland verurteilte NS-Kriegsverbrecher hat im deutschen Schrifttum eine intensive Debatte darüber ausgelöst,¹ ob das Inkrafttreten der Grundrechtecharta eine Ausweitung des grenzüberschreitenden Schutzes gegen Doppelbestrafung bewirkt hat. Konkret ging es um das sog. Vollstreckungselement, das Art. 50 GRC anders als noch Art. 54 SDÜ nicht mehr vorsah. Die Meinungen im Schrifttum waren (und sind) geteilt, und zwar sowohl im Ergebnis als auch in der Begründung.² Die wesentlichen Argumente lagen danach aber gleichwohl auf dem Tisch, womit es für Rechtspraxis und Rechtssicherheit nur noch auf eine abschließende verbindliche Entscheidung ankam. Diese konnte nur vom EuGH gefällt werden und ist nunmehr in der Rechtssache Spasic auf Vorlage des OLG Nürnberg getroffen worden.³ Der EuGH präzisiert die Reichweite des Art. 50 GRC dahingehend, dass das Vollstreckungselement aus Art. 54 SDÜ, das die Anwendung des Grundsatzes ne bis in idem von der Bedingung abhängig macht, dass im Fall einer Verurteilung die Sanktion „bereits vollstreckt worden ist“ oder „gerade vollstreckt wird“, fortgilt.⁴ Diese Einschränkung von Art. 50 GRC sei mit der Grundrechtecharta vereinbar, da Art. 54 SDÜ als zulässige Einschränkung des Schutzbereichs nach Art. 52 Abs. 1 GRC zu verstehen sei. Die zweite Vorlagefrage betraf die interessante Konstellation, dass in einer verurteilenden Gerichtsentscheidung eine Freiheitsstrafe und eine Geldstrafe kumulativ angeordnet wurden, aber (vorerst) nur die Geldstrafe vollstreckt wird.

Die Prüfung durch den EuGH bringt bei oberflächlicher Betrachtung in der Sache auch nichts Neues. Der Gerichtshof spult die Prüfung der Zulässigkeit der Einschränkung nach Art. 52 GRC nüchtern herunter und kommt zu Schlussfolgerungen und Ergebnissen, die auch schon im Schrifttum (ausführlicher) entwickelt worden sind. Wozu dann noch ein Besprechungsaufsatz? Zum einen verdienen die Ausführungen des EuGH zum Schutzzweck des Vollstreckungselements ebenso erhöhte Aufmerksamkeit wie das teils erschreckende Verständnis von europäischer Strafrechtspflege, das im Urteil zum Vorschein kommt. Zum anderen sollen Ausgangssachverhalt und Entscheidungsgründe zum Anlass genommen werden, um auf die Problematik der Jurisdiktionskonflikte zurückzukommen. Die Beschränkungen für Grundfreiheiten und Grundrechte, die der gegenwärtige Rechtszustand produziert und provoziert, werden im vorliegenden Fall sehr deutlich und sollen daher mit einem Appell zur Reform verbunden werden.

II. Sachverhalt

Das Vorabentscheidungsersuchen erging im Rahmen eines in Deutschland anhängigen Strafverfahrens gegen einen serbischen Staatsangehörigen, dem ein in Italien begangener Betrug zur Last gelegt wird. Der Beschuldigte soll am 20. März 2009 in Mailand einen bandenmäßigen Betrug zu Lasten eines deutschen Staatsangehörigen begangen haben. Bereits am 25. Februar 2010 hatte das Amtsgericht Regensburg einen nationalen Haftbefehl wegen des in Mailand begangenen Betrugs erlassen, der als Grundlage für den Erlass eines Europäischen Haftbefehls durch die Staatsanwaltschaft Regensburg am 5. März 2010 diente. Wegen dieser und anderer Taten erließ das Amtsgericht Regensburg am 20. November 2013 gegen Herrn Spasic erneut einen nationalen Haftbefehl.

Am 6. Dezember 2013 wurde der Beschuldigte deutschen Behörden aufgrund des Europäischen Haftbefehls vom 5. März 2010 von österreichischen Behörden übergeben und befindet sich seitdem in Deutschland in Untersuchungshaft. Der Beschuldigte hatte sich zu diesem Zeitpunkt wegen einer anderen Verurteilung im österreichi-

¹ BGHSt 56, 11 ff. = HRRS 2010 Nr. 1053; vgl. schon früher zu einem ähnlich gelagerten Fall LG Aachen, 8.12.2009, 52 Ks 9/08, StV 2010, 237.

² Vgl. z.B. befürwortend Burchard/Brodowski StraFo 2010, 179, 183; Eckstein ZStW 124 (2012), 490, 523; Radtke, in: Böse, EnzEuR, Bd. 9 (2013), § 12 Rn 58; Hackner NSTZ 2011, 425, 429; dagegen Böse GA 2011, 504, 506 ff; Merkel/Scheinfeld ZIS 2012, 206, 212; Heger ZIS 2009, 406, 408; Stalberg, Zum Anwendungsbereich des Art. 50 der GRCh der EU (ne bis in idem) (2013), S. 179.

³ EuGH v. 27.05.2014, Rs. C-129/14 (Fall Zoran Spasic), HRRS 2014 Nr. 484.

⁴ EuGH, Rs. C-129/14, Rz. 74.

schen Strafvollzug befunden.⁵ Gegen die Anordnung und Aufrechterhaltung der Untersuchungshaft in Deutschland legte der Beschuldigte im Anschluss jeweils abgewiesene Beschwerden beim Amtsgericht Regensburg und beim Landgericht Regensburg mit der Begründung ein, „dass er in Deutschland nach dem Grundsatz ne bis in idem wegen der am 20. März 2009 in Mailand begangenen Tat nicht mehr verfolgt werden könne, weil gegen ihn wegen dieser Tat bereits ein rechtskräftiges und vollstreckbares Urteil des Tribunale ordinario di Milano ergangen sei“.⁶ In der Tat hatte das Tribunale ordinario di Milano den Beschuldigten wegen der Tat vom 20. März 2009 bereits am 18. Juni 2012 in Abwesenheit zu einer Freiheitsstrafe von einem Jahr und einer Geldstrafe von 800 Euro verurteilt; dieses Urteil war seit dem 7. Juli 2012 rechtskräftig. Herr Spasic befand sich zu diesem Zeitpunkt bereits in Österreich in Haft,⁷ legte im Verfahren aber ein schriftliches Geständnis ab. Mit Bescheid vom 5. Januar 2013 widerrief die Staatsanwaltschaft beim Tribunale ordinario di Milano die zwischenzeitliche Aussetzung der Strafvollstreckung und verfügte die Inhaftnahme des Verurteilten zur Verbüßung seiner oben genannten Freiheitsstrafe von einem Jahr und die Begleichung der Geldstrafe von 800 Euro. Die Geldstrafe hat der Betroffene später (am 23. Januar 2014) entrichtet.

Gegen die Entscheidung des Landgerichts Regensburg legte der Beschuldigte dann eine weitere Beschwerde mit der zusätzlichen Begründung ein, dass er zwischenzeitlich die Geldstrafe von 800 Euro beglichen habe. Das nunmehr befasste Oberlandesgericht Nürnberg wandte sich daraufhin mit einer Vorlage zur Klärung der Streitfragen an den EuGH.⁸

⁵ Aufgrund eines von der Staatsanwaltschaft Innsbruck am 27. August 2009 wegen anderer, in gleicher Weise begangener Delikte erlassenen Europäischen Haftbefehls war der Beschuldigte am 8. Oktober 2009 in Ungarn festgenommen und sodann den österreichischen Behörden übergeben worden. Am 26. August 2010 wurde er in Österreich rechtskräftig zu einer Freiheitsstrafe von sieben Jahren und sechs Monaten verurteilt.

⁶ Vgl. EuGH, Rs. C-129/14, Rz. 32.

⁷ Er wurde aufgrund eines von der Staatsanwaltschaft Innsbruck (Österreich) erlassenen Europäischen Haftbefehls am 27. August 2009 wegen eines gleichartigen anderen Delikts am 8. Oktober 2009 in Ungarn festgenommen und an die österreichischen Behörden übergeben. Am 26. August 2010 wurde er in Österreich rechtskräftig zu einer Freiheitsstrafe von sieben Jahren und sechs Monaten verurteilt, EuGH, Rs. C-114/14, Rz. 30.

⁸ Aus dem Sachverhalt des Vorlageverfahrens ist nicht ersichtlich, warum nicht bereits die österreichischen Behörden die Problematik der Doppelbestrafung aufgeworfen und vorgelegt haben. Dies mag seinen Grund darin haben, dass Art. 3 Abs. 2 RB-EuHB seinerseits ein Vollstreckungselement kennt und sowohl in Wortlaut als auch gerichtlicher Interpretation nach der Vorlage von Art. 54 SDÜ modelliert ist. Allerdings muss man sich fragen, ob nicht auch Art. 3 Abs. 2 RB-EuHB auf seine Zulässigkeit als Einschränkung von Art. 50 GRC hätte geprüft werden müssen. Die Zusammenarbeit auf der Grundlage eines Europäischen Haftbefehls fällt zweifelsohne in den Bereich der Durchführung des Unionsrechts i.S.v. Art. 51 Abs. 1 GRC. Allerdings müsste das Doppelbestrafungsverbot des Art. 50 GRC als solches (jenseits spezifischer völkervertraglicher Regelungen) im Auslieferungsverkehr auch prinzipiell gelten. Dies hängt wiederum davon ab, ob man das Auslieferungsver-

III. Schutzbereich von Art. 50 GRC

Art. 50 GRC verbietet den anerkannten allgemeinen unionsrechtlichen Rechtsgrundsatz⁹ des Verbots der Doppelverfolgung.¹⁰ Anders als Art. 4 ZP VI EMRK und Art. 54 SDÜ gilt Art. 50 GRC sowohl innerhalb der mitgliedstaatlichen Rechtssysteme als auch in horizontal-transnationaler und (theoretisch) in supranational-vertikaler Dimension.¹¹ Art. 50 GRC verbürgt kein absolutes Recht, sondern unterliegt dem allgemeinen Einschränkungsvorbehalt in Art. 52 Abs. 1 GRC.¹² Danach muss jede Einschränkung der Ausübung von Grundrechten und -freiheiten gesetzlich vorgesehen sein, den Wesensgehalt dieser Rechte und Freiheiten achten sowie den Grundsatz der Verhältnismäßigkeit wahren; d.h. die Einschränkung muss den von der Union anerkannten und dem Gemeinwohl dienenden Zielsetzungen oder den Erfordernissen des Schutzes der Rechte und Freiheiten anderer tatsächlich entsprechen und zu ihrer Erreichung geeignet, erforderlich und angemessen sein.¹³ EuGH und diverse Stimmen im deutschen Schrifttum sehen in Art. 54 SDÜ eine solche zulässige Einschränkung des transnational-horizontalen Schutzbereichs.¹⁴ Für die anderen Dimensionen des Rechts greift Art. 54 SDÜ von vornherein nicht.

IV. Begründung der Zulässigkeit der Einschränkung durch den EuGH

1. Bedeutung und Aussagekraft der Erläuterungen

Sowohl EuGH als auch Schrifttum stützen ihre Begründungsansätze entscheidend auf die Erläuterungen des

fahren als unterstützendes Verwaltungsverfahren oder als integralen Bestandteil eines grenzüberschreitend-arbeitssteiligen Strafverfahrens sieht. Letzteres würde dann zur Anwendbarkeit des Grundsatzes führen, doch ist diese Einstufung immer noch nicht zur herrschenden Meinung erstarkt.

⁹ EuGH v. 15.10.2002, verb. Rs. 238/99 P u.a. (LVM), Slg 2002, I-8375, Rn 59; EuGH v. 29.6.2006, Rs. C-289/04 P (Showa Denko PP), Slg 2006, I-5859, Rn 50; EuG v. 1.7.2009, Rs. T-24/07; EuG v. 26.11.2008, Rs. T-263/06.

¹⁰ Jarass, Charta der Grundrechte der Europäischen Union, 2. Aufl. (2013), Art. 50 GRC Rn. 1, 8; Eser, in: J. Meyer, GRC, 4. Aufl. (2014), Art. 50 Rn. 5 ff.; zu tatbestandlichen Unklarheiten in Art. 50 GRC, van Bockel, The ne bis in idem principle in EU law (2010), S. 17 f.

¹¹ Allg. Eser, in: J. Meyer (Fn. 10), Art. 50 Rn 6 ff., 11 ff., 16a; Radtke, in: Böse (Fn. 2), § 12 Rn 1 ff. In den Erläuterungen zur Charta der Grundrechte (ABl. 2007, C 303, S. 17), heißt es zu Art. 50, dass der Grundsatz ne bis in idem nicht nur innerhalb der Gerichtsbarkeit eines Staates, sondern auch zwischen den Gerichtsbarkeiten mehrerer Mitgliedstaaten Anwendung findet.

¹² Jarass (Fn. 10), Art. 50 Rn. 11; vgl. auch Böse, in: FS Kühne (2013), S. 519, 526.

¹³ Becker, in: Schwarze, EU-Kommentar, 3. Aufl. (2012), Art. 52 GRC Rn. 5, 6 ff.

¹⁴ Eckstein ZStW 124 (2012), 490, 523; Radtke, in: Böse (Fn. 2), § 12 Rn 58; s.a. Burchard/Brodowski StraFo 2010, 179, 182 ff.; Ambos, Intern. StR., 4. Aufl. (Im Erscheinen), § 10 Rn 132.

Präsidiums des Konvents.¹⁵ Diese Erläuterungen sollen nach der Vorstellung von Art. 52 Abs. 7 GRC als Auslegungshilfe dienen,¹⁶ ohne selbst unmittelbar rechtsverbindlich zu sein. Was den Erläuterungen in Bezug auf die Fortgeltung von Einschränkungen aus dem SDÜ tatsächlich entnommen werden kann, ist nicht unumstritten.¹⁷ Bisweilen wird diesbezüglich auch zwischen Art. 54 und Art. 55 SDÜ differenziert.¹⁸ Die bisher befassten Gerichtshöfe verstehen die Erläuterungen dahingehend, dass der Anwendungsbereich von Art. 50 GRC zwischen den Mitgliedstaaten dem Besitzstand nach Art. 54–58 SDÜ entsprechen sollte.¹⁹ Die Konventsmaterialien sind in dieser Hinsicht allerdings keineswegs so eindeutig, wie dies von den bisher befassten Gerichtshöfen dargestellt wird.²⁰ Zudem wären sie unter keinen Umständen unmittelbar rechtsverbindlich, weshalb es genauerer Begründung bedurft hätte, warum der eindeutige Normwortlaut übergangen und der Schutzgehalt der Norm erheblich beschränkt werden darf.²¹ Hierzu lässt sich allenfalls vorbringen, dass der von Art. 54 ff. SDÜ abgedeckte Anwendungsbereich von *ne bis in idem* nur einen Teilbereich von Art. 50 GRC erfasst, was die fehlende Aufnahme in den Wortlaut erklären könnte. Rechtlich bedeutungslos wäre ein Vollstreckungselement aber auch für die anderen Schutzdimensionen nicht. Die Engführung auf die grenzüberschreitend-vertikale Schutzrichtung ergibt sich erst aus dem Zusammenhang mit einer ganz bestimmten Deutung der Ratio des Vollstreckungselements sowie dem (gegenwärtigen) Fehlen eines praktischen Anwendungsbereichs für die vertikal-horizontale Dimension.²²

¹⁵ Ebenso BGHSt 56, 11, 15; den Erläuterungen zur Charta der Grundrechte (ABl. 2007, C 303, S. 17, 31).

¹⁶ Becker, in: Schwarze (Fn. 13), Art. 52 GRC Rn. 20; Burchard/Brodowski StraFo 2010, 179, 183.

¹⁷ Anders BGHSt 56, 11, 15, wonach kein Zweifel besteht.

¹⁸ Zu Letzterem eingehend Böse, in: FS Kühne (Fn. 12), S. 519, 529: Ein Festhalten daran sei auf mittlere Sicht in Ordnung, solange noch keine vollständige Integration der Rechtshilfelinstrumente im Raum der Freiheit, der Sicherheit und des Rechts erfolgt ist. Zudem wird in den Konventsmaterialien weitaus deutlicher als beim Vollstreckungselement, dass die klar eingegrenzten Ausnahmen des Art. 55 SDÜ von der Klausel in Art. 52 Abs. 1 GRC über die Einschränkung von Art. 50 GRC abgedeckt sind; a.A. Hackner NSTZ 2011, 425, 427: nur noch gegenüber Schengen-assoziierten Staaten; ähnlich Schomburg/Suominen-Picht NJW 2012, 1190 f.

¹⁹ BGHSt 56, 11, 15.

²⁰ Merkel/Scheinfeld ZIS 2012, 206, 210; Böse GA 2011, 506; Nestler HRRS 2013, 337, 339. Bei unbefangener Sichtung des Wortlauts und unter Einbeziehung der Systematik der Art. 54 ff. SDÜ beziehen sich die genannten Ausnahmen, in denen die Mitgliedstaaten vom Übereinkommen abweichen dürfen, nicht auf Art. 54 SDÜ, sondern nur auf Art. 55 SDÜ. Innerhalb von Art. 54 SDÜ war das Vollstreckungselement zudem keine Ausnahme vom Schutzbereich, sondern Tatbestandsvoraussetzung für die Eröffnung des Schutzbereichs.

²¹ S.a. Schomburg/Suominen-Picht NJW 2012, 1190, 1191, die das Fehlen des Vollstreckungselements als eindeutige gesetzgeberische Entscheidung im Sinne eines Verzichts werten; ähnlich Anagnostopoulos, in: FS Hassemer (2010), S. 1121, 1136 f.

²² Nach Voet van Vormizeele, in: Schwarze (Fn. 13), Art. 50 GRC Rn. 5, soll allerdings das EU-Kartellsanktionsrecht ein Anwendungsfall der vertikalen Dimension sein; die Anwendbarkeit von Art. 50 GRC hinge in diesem Fall freilich

2. Das Prüfungsprogramm des Art. 52 Abs. 1 GRC

a) Zielsetzung und Kontextualisierung

Selbst wenn es im Konvent eine solche Einschränkungseintention gegeben haben sollte, sind die Würfel damit aber nicht automatisch gefallen, denn Art. 52 Abs. 1 GRC stellt ein abgestuftes Prüfungsprogramm auf, das jede geplante Einschränkung durchlaufen muss. In diesem Zusammenhang ließe sich durch den Verweis auf die Erläuterungen allenfalls noch feststellen, dass die genannten Normen als Vorschriften zu gelten haben, die einem unionsrechtlich anerkannten Ziel i.S.v. Art. 52 Abs. 1 GRC dienen. Letztlich wäre aber auch das egal, da es keiner finalen Zweckbestimmung als Einschränkung zum Zeitpunkt des Erlasses des jeweiligen Rechtsaktes bzw. der GRC bedarf. Vielmehr wächst Art. 54 SDÜ diese Funktion ex post zu. Er mutiert mit Inkrafttreten der Grundrechtecharta von einer rechtsbegründenden Norm zu einer rechtsbeschränkenden Norm. Allenfalls diese Umwidmung kann den Erläuterungen entnommen werden. Ein Attest der grundrechtsdogmatischen Zulässigkeit dieser Einschränkungen verkörpern die Erläuterungen nicht. Entscheidend bleibt aber, dass auch gesetzlich vorgesehene Einschränkungen, den Wesensgehalt der eingeschränkten Rechte und Freiheiten zu achten haben, mit den von der Union anerkannten dem Gemeinwohl dienenden Zielsetzungen oder den Erfordernissen des Schutzes der Rechte und Freiheiten korrespondieren und verhältnismäßig sein müssen. Bei dieser Prüfung sind die Entwicklung des Rechtshilferechts sowie der Grundfreiheiten und -rechte seit den Tagen des Konvents zu beachten. Die Legitimation der Einschränkung ist nicht retroaktiv zu prüfen, sondern muss sich an heutigen Bedingungen messen lassen. Vor allem muss sie in Bezug zu dem neuen Unionsziel der Gewährleistung eines Raums der Freiheit, der Sicherheit und des Rechts gesetzt werden.

Der EuGH erkennt dies durchaus und bettet Art. 54 SDÜ ebenso in den Kontext des Raums der Freiheit, der Sicherheit und des Rechts ein wie er kooperationsrechtliche Alternativen zu einer Zweitbestrafung diskutiert. Der Gerichtshof verkennt jedoch Gehalt und Dimension dieser Zielvorgaben. Dies kommt bei der Prüfung der Verhältnismäßigkeit ganz offen zum Ausdruck. In das Zentrum der Prüfung rückt nicht das Doppelbestrafungsverbot mit seinem grundrechtlichen Schutzgehalt, sondern die Ratio des Vollstreckungselements. Nach Auffassung des EuGH soll das Vollstreckungselement verhindern, dass ein in einem ersten Vertragsstaat rechtskräftig Verurteilter nicht mehr wegen derselben Tat in einem zweiten Vertragsstaat verfolgt werden kann und somit letztlich einer Strafe entgeht, wenn der erste Vertragsstaat die verhängte Strafe nicht hat vollstrecken lassen.²³ Vor allem

davon ab, ob das EU-Kartellrecht dem Strafbegriff des Unionsrechts genügt; abl. z.B. Öberg EuCLR 2013, 273, 288 ff., 293.

²³ EuGH, Rs. C-129/14, Rz. 58. Dabei verweist der Gerichtshof auf sein Urteil in der Rechtssache Kretzinger, EuGH v. 18.07.2007, Rs. C 288/05, Slg. 2007, I, 441, Rz. 51, wo zum Zweck der Klausel ebenfalls ausgeführt wurde, dass

gehe es darum, der Gefahr entgegenzuwirken, dass der Verurteilte der Strafe entgeht, weil er das Gebiet des Urteilsstaats verlassen hat.²⁴ Dieser Schutzzweck bedürfe effektiver Verwirklichung bei der Präzisierung des Schutzbereichs von Art. 50 GRC. Die intrinsische Wertigkeit dieser Ratio und damit zugleich ihr Gewicht innerhalb der Verhältnismäßigkeitsabwägung erhöht der EuGH dadurch, dass er eine innere Verbindung zum Unionsziel, den EU-Bürgerinnen und -Bürgern gem. Art. 3 Abs. 2 EUV einen Raum der Freiheit, der Sicherheit und des Rechts ohne Binnengrenzen zu bieten, herstellt²⁵ und das Vollstreckungselement als Ausfluss der (vermeintlichen) Handlungsanweisung in Art. 67 Abs. 3 AEUV deutet, Maßnahmen zu treffen, die ein hohes Maß an Sicherheit gewährleisten.²⁶ Zu der Deutung von Art. 54 SDÜ als zulässiger Einschränkung des Doppelbestrafungsverbots sieht sich der EuGH mithin geradezu verpflichtet, denn ein hohes Maß an Sicherheit lässt sich natürlich nur dann gewährleisten, wenn rechtskräftig Verurteilte nicht ihrer Strafe entgehen können.

b) Begründungsdefizite oder: „Die scheinbare Irrelevanz von Grundrechtserwägungen“

Hierzu ist indessen zunächst zu entgegnen, dass die Ratio des Vollstreckungselements nicht präzise dargestellt wird. Es dient primär der Verhinderung von „forum fleeing“ oder auch missbräuchlichem „forum shopping“;²⁷ nicht allgemein der Linderung von Vollzugsdefiziten. Die Konsequenzen dieses Unterschieds macht der vorliegende Fall recht deutlich, denn in der Rechtssache Spasic lagen weder Flucht noch eine sonstige bewusste Entziehung bzw. Manipulation des Verfahrensortes²⁸ vor. Vielmehr kam es zu der ersten Verurteilung im Wege einer Abwesenheitsentscheidung, die ihrerseits schon als solche rechtsstaatliche Bedenken hervorrufen müsste. Sieht man das Vollstreckungselement aber primär als ein Vehikel um Flucht und Missbrauch begegnen zu können, drängt sich in Konstellationen wie der vorliegenden eher die Frage auf, wie es um die Pflicht von Union und Mitgliedstaaten bestellt ist, Unionsbürger in einem Raum der Freiheit, der Sicherheit und des Rechts effektiv vor Doppelbestrafung zu schützen. Der Gedanke, dass ein verurteilter Unionsbürger ein Recht darauf haben könnte, auch vor Vollziehung der ausgeworfenen Strafe nicht mehrfach verfolgt bzw. verurteilt zu werden, kommt dem EuGH nicht. Dem EuGH gelingt es nur mit einer verzerrenden Erweiterung der Ratio des Vollstreckungselements, eine (scheinbar) friktionsfreie primärrechtliche

die Vollstreckungsbedingung verhindern soll, dass ein in einem ersten Vertragsstaat rechtskräftig Verurteilter dann, wenn dieser Staat die verhängte Strafe nicht hat vollstrecken lassen, nicht mehr wegen derselben Tat verfolgt werden kann und somit letztlich einer Strafe entgeht.

²⁴ EuGH, Rs. C-129/14, Rz. 64.

²⁵ EuGH, Rs. C-129/14, Rz. 61, 63.

²⁶ EuGH, Rs. C-129/14, Rz. 62.

²⁷ Merkel/Scheinfeld ZIS 2012, 206, 207 f.; Zöller, in: FS Krey (2010), S. 501, 518 f.; Hecker, Europäisches Strafrecht, 4. Aufl. (2012), § 13 Rn. 38. Missbräuche durch Staaten werden allgemein ausgeblendet.

²⁸ Solange man dem Betroffenen nicht als missbräuchlich vorwerfen will, dass er durch sein schriftliches Geständnis in einem in Italien initiierten Abwesenheitsverfahren das Zustandekommen einer ersten Verurteilung befördert hat.

Anbindung des Vollstreckungselements an Art. 3 Abs. 2 EUV und Art. 67 Abs. 3 AEUV herzustellen.

An dieser Stelle muss die kritische Betrachtung des EuGH-Urteils sowohl grundrechtsdogmatisch als auch perspektivisch noch weiter in die Tiefe gehen, denn die Ausführungen haben bedenkliche Implikationen nicht nur für den Doppelbestrafungsschutz, sondern für die Ausarbeitung des Grundrechtsschutzes im Raum der Freiheit, der Sicherheit und des Rechts insgesamt. Offenbar denkt man im EuGH, dass Art. 50 GRC nur eine Normhülle ohne materiellen Kern ist, dessen Inhalt sich allein nach Art. 54 SDÜ bemisst. Art. 50 GRC hat Art. 54 SDÜ als Grundlage des Doppelbestrafungsverbots indessen vollständig abgelöst; das zeigt sich nicht nur an der primärrechtlichen Stellung, sondern gerade auch darin, dass der Schutzgehalt von Art. 50 GRC im Hinblick auf seine Wirkungsdimensionen deutlich weiter reicht als Art. 54 SDÜ. Was macht aber den normativen Kern dieses neuen Grundsatzes aus? Mit keiner Silbe wird auf diesen Aspekt und seine Wechselwirkung mit einem wie auch immer gedeuteten Vollstreckungselement eingegangen. Kurzum: Die grundrechtliche Seite des Falles wird ausgeblendet. Es dominiert eine einseitige Sicherheitsfokussierung. Dass die Handlungen der Mitgliedstaaten im Kontext des Art. 67 ff. AEUV häufig eine deutliche Schlagseite zugunsten der effektiven Realisierung nationaler Strafverfolgungsinteressen haben, ist kriminalpolitisch wohl gar nicht anders zu erwarten. Dass aber das zentrale justizielle Unionsorgan so wenig Lust und Elan verspürt, den Raum der Freiheit, der Sicherheit und des Rechts voll zur Entfaltung zu bringen und für einen konstanten Ausgleich seiner Teilelemente zu sorgen, bestürzt. Die Instrumente der Zusammenarbeit im Raum der Freiheit, der Sicherheit und des Rechts dienen nicht allein als allgemeiner Sicherheits- und Vollzugsdienst der Union. Das Raum-Ziel ist ungleich komplexer und vielschichtiger. Obgleich es nicht an Versuchen mangelt, kann freilich nicht behauptet werden, dass es schon gelungen wäre, eine vollends überzeugende materielle Verbindung der strafrechtlichen und polizeilichen Zusammenarbeit mit dem Raum-Konzept herzustellen.²⁹ Aus Sicht der mitgliedstaatlichen Regierungen soll der Raum als Metapher wohl ohnehin nichts an Abstraktheit einbüßen und rechtspraktisch die Konzentration weiterhin den sicherheitspolitischen Bezügen gelten. Dabei wird natürlich unterschlagen, was im interessierten Schrifttum eigentlich als ausgemacht gilt und schon an anderer Stelle ausführlicher dargelegt wurde:³⁰ Der Begriff des Raumes bezieht sich als rechtlicher Gestaltungsrahmen auf das Wertedreieck in Art. 67 Abs. 1 AEUV insgesamt. Weder ein genereller Vorrang noch ein primärer Fokus auf Sicherheit lassen sich für die strafrechtliche Zusammenarbeit aus Art. 67 Abs. 3 AEUV ableiten.³¹

²⁹ Weyembergh Maastricht Journal of European and Comparative Law 12 (2005), 149, 166; Müller-Graff EuR 2009, Beiheft 1, 105, 125; Meyer EuR 2011, 169, 188; ders., in: vd Groeben/Schwarze/Hatje (Hrsg.), Europäisches Unionsrecht, 7. Aufl. (im Erscheinen), AEUV, Vor Art. 82 ff., Rn. 25 f.

³⁰ Herrmfeld, in: Schwarze (Fn. 13), Art. 67 AEUV, Rn. 7; Meyer EuR 2011, 169, 188 ff; ders., in: vd Groeben/Schwarze/Hatje (Hrsg.) (Fn. 29), AEUV, Vor Art. 82 ff., Rn. 25 f.; Möstl EuR 2009, Beiheft 3, S. 33, 39.

³¹ Möstl EuR 2009, Beiheft 3, S. 33, 39.

Alle drei Raum-Komponenten müssen integriert entwickelt und zur (konkordanten) Entfaltung gebracht werden.³² Die Unionsorgane bleiben gleichermaßen zum angemessenen Ausgleich zwischen Freiheit, Sicherheit und Recht verpflichtet,³³ wobei der gemeinsame Fluchtpunkt der freizügigkeits- und grundrechtsberechtigten Unionsbürger ist.³⁴ Das bedeutet auch, dass einer Einführung der Freiheitsdimension auf Freizügigkeitsschutz entschieden entgegenzutreten und einer Interpretation der Art. 67 ff. AEUV Vorrang einzuräumen ist, die im Einklang mit dem weiten Verständnis von Art. 51 GRC auf bürgerliche Freiheiten in einem umfassenden Sinn Bezug nimmt.³⁵ Gefragt ist damit allgemein eine transnationale Grundrechtsdogmatik, die den transnationalen, d.h. Grenzen übergreifenden Gehalt der Grundrechte entwickelt und eine Typisierung der neuen Formen der Einwirkung auf Grundrechte bei der transnationalen Strafrechtspflege in der EU vornimmt.³⁶ Bezogen auf Doppelbestrafung und Doppelverfolgung müsste die Argumentation dazu zunächst vom Kopf auf die Füße gestellt werden. Ausgangspunkt der Auseinandersetzung muss die Ratio des Doppelbestrafungsverbots sein und die Zulässigkeit von Ausnahmen muss vom Recht her begründet und konstruiert werden.

Bezeichnenderweise spielt die Ratio des Doppelbestrafungsverbots in der Entscheidung keine Rolle. Allerdings sind weder die materielle Quelle des Doppelbestrafungsverbots noch die Begründung seiner grenzüberschreitenden Anwendung befriedigend geklärt.³⁷ Hier bedarf es noch einiger Grundlagenarbeit. Für den EGMR ist die Garantie Ausfluss des Schutzes der Menschenwürde,³⁸ die den Rechtsfrieden einer bereits verfolgten Person einschließt. In der Wissenschaft stehen Rechtsstaatlichkeit und Verfahrensfairness im Vordergrund.³⁹ Es finden sich aber auch subjektiv-rechtliche Bezugnahmen auf das Persönlichkeitsrecht und allgemeine Gerechtigkeitserwägungen.⁴⁰ Eser sieht eine Verschränkung von materiellen

Schutzzwecken (insb. Menschenwürde) und prozessualen Rechtssicherheitsaspekten.⁴¹ Noch seltener finden sich Versuche zur normativen Erläuterung der horizontal-transnationalen Anwendung in der EU.⁴² Sie wird meist mit dem Schutz der Freizügigkeit (Art. 45 Abs. 1 GRC, Art. 21 AEUV) begründet⁴³ oder allgemeiner als ein Gebot zum (kompensierenden) Schutz der Bürger vor den gewachsenen Möglichkeiten zur grenzüberschreitenden Strafverfolgung (im Schengenraum) gesehen.⁴⁴ Bisweilen wird die transnationale Geltung als Konsequenz des Grundsatzes der gegenseitigen Anerkennung dargestellt,⁴⁵ jedoch fehlt es diesem „Grundsatz“ an einem primärrechtlichen Kern, weshalb man für die Geltungsbegründung doch wieder auf die Freizügigkeit zurückgreifen müsste.⁴⁶ Dass ein Verbot der transnationalen Doppelverfolgung durch Konzentration und effiziente Auslastung der Strafverfolgungsressourcen auch einer effektiven transnationalen Strafverfolgung hilft,⁴⁷ mag im Schengenraum tatsächlich eine Zweckerwägung gewesen sein, muss aber als Ratio unter der Ägide der GRC als überholt gelten. Ohnehin lässt sich eine effiziente und sachgerechte Verfahrensallokation über Art. 54 SDÜ gerade nicht erreichen. Als maßgeblich erweist sich danach in Rechtsprechung und Schrifttum vor allem die Grundfreiheit der Freizügigkeit.

Der EuGH zapft die Freizügigkeit in seiner Argumentation (ganz entgegen seiner eigenen Rechtsprechung zur Auslegung der Tatbestandsmerkmale des Doppelbestrafungsverbots) nur als Reservoir für die Rechtfertigung

Thomas, Das Recht auf Einmaligkeit der Strafverfolgung (2002), S. 36, 120 ff, 143: Entfaltungsfreiheit und Schutz vor dauerhafter Friedlosigkeit; van Bockel (Fn. 10), S. 26 f.: Subjektives Recht auf faires Verfahren, Rechtssicherheit und Verhältnismäßigkeit.

⁴¹ Eser, in: J. Meyer (Fn. 10), Art. 50 Rn. 7; Lelieur Utrecht Law Review 9 (2013), 198, 210: Principle of personal legal certainty.

⁴² Van Bockel (Fn. 10), S. 28: Das Fehlen eines gemeinsamen Nenners erschwere auch die Internationalisierung dieser Garantie; ausf. Versuche aber schon bei Kniebühler, Transnationales „ne bis in idem“ (2005), S. 64 ff.; Lelieur Utrecht L. Rev. 9 (2013), 198, 199, 203 ff.

⁴³ EuGH v. 9.3.2006, Rs. C-436/04 (Van Esbroeck), Rn 33 ff; EuGH v. 28.9.2006, Rs. C-467/04 (Gasparini u.a.) Rn 27; EuGH v. 28.9.2006, Rs. C-150/05 (Van Straaten), Rn 45 ff; EuGH v. 18.7.2007, Rs. C-288/05 (Kretzinger), Slg 2007, I-6441, Rn 33; GA in Kokott, Schlussanträge v. 8.9.2011, Rs. C-17/10 (Toshiba), Rn 100; Schomburg/Lagodny/Gleß/Hackner-Schomburg (Fn. 39), Art. 54 SDÜ Rn 65; van Bockel (Fn. 10), S. 64 ff.; Böse HRRS 2012, 19, 20. Jarass (Fn. 10), Rn. 1, verweist in Anknüpfung an die Charta-Erläuterungen lediglich auf Art. 54 ff SDÜ, Art. 7 PIF-Konvention (ABl. 1995 C 316/49), Art. 10 Übk. über Bekämpfung der Bestechung (ABl. 1997 C 195/2). Gegen eine vorrangige Konzentration auf die Freizügigkeit spräche die normativ eigentlich kaum zu rechtfertigende Benachteiligung von Drittstaatsangehörigen.

⁴⁴ Böse GA 2003, 744, 750 f.; Schlussanträge GA Colomer v. 19.9.2002, Rs. C-187/01 und C-385/01 (Gözütok und Brügge), Slg. 2003, I-5689, Rz. 49: Grundsatz stützt sich auf die zwei Pfeiler der Rechtssicherheit und Gerechtigkeit.

⁴⁵ Eckstein ZStW 124 (2012), 490, 513; Ligeti eucrim 2009, S. 37, 38.

⁴⁶ Vgl. Möstl Common Market Law Review 47 (2010), 405, 415 f, 418 ff.; Meyer, in: vd Groeben/Schwarze/Hatje (Hrsg.) (Fn. 29), AEUV, Art. 82 Rn. 6.

⁴⁷ So Ambos (Fn. 14), § 10 Rn. 125; Böse GA 2003, 744, 750.

³² Meyer EuR 2011, 169, 189; Herrfeld, in: Schwarze (Fn. 13), Art. 67 AEUV, Rn. 7.

³³ Möstl EuR 2009, Beiheft 3, S. 33, 43.

³⁴ Klip, European criminal law: an integrative approach, 2. Aufl. (2012) S. 469 ff.; Mansdörfer HRRS 2010, 12; Meyer EuR 2011, 169, 188 ff; ders., in: vd Groeben/Schwarze/Hatje (Hrsg.) (Fn. 29), Vor Art. 82 ff., Rn. 26; Müller-Graff EuR 2009, Beiheft, 105, 125 f.

³⁵ Vgl. auch Herrfeld, in: Schwarze (Fn. 13), Art. 67 Rn. 7; Luchtman Utrecht Law Review 7 (2001), S. 74, 75.

³⁶ Dazu allg. Meyer, in: Leible/Terhechte, EnzEuR, Bd. 3 (2014), § 37, Rn 36.

³⁷ Zu den überlieferten Begründungsansätzen s. Vervaele Utrecht Law Review 9 (2013), S. 211, 212; Lelieur Utrecht Law Review 9 (2013), 198, 199 ff.

³⁸ Peters/Altwickler, Europäische Menschenrechtskonvention, 2. Aufl. (2012), § 24 Rn 8.

³⁹ Radtke, in: Böse (Fn. 2), § 12 Rn 1; Schomburg/Lagodny/Gleß/Hackner-Schomburg, Internationale Rechtshilfe in Strafsachen, 5. Aufl. (2012), Art. 54 SDÜ Rn 65; Karpenstein/Mayer/Sinner, EMRK – Konvention zum Schutz der Menschenrechte und Grundfreiheiten (2012), Art. 4 ZP VII zur EMRK Rn 1 (Gewährleistung eines fairen Verfahrens); Vervaele Utrecht Law Review 9 (2013), S. 211, 213; weiter Hackner NStZ 2011, 425, 427: Art. 54 SDÜ verwirklicht das Grundrecht auf Rechtssicherheit und Gerechtigkeit.

⁴⁰ Mansdörfer, Das Prinzip des ne bis in idem im europäischen Strafrecht (2004), S. 17 f, 213 ff: Persönlichkeitsrecht;

des Grundrechtseingriffs an. Der abstrakte Schutz des freizügigen Bürgers als passiver Sicherheitsrezipient muss als Legitimation erhalten, ohne zu erörtern, dass mit der intendierten Doppelbestrafung ganz konkret in die Freizügigkeit (und andere Rechtspositionen) einer konkreten anderen Person eingegriffen wird. Es tritt damit der merkwürdige Umstand ein, dass bei der Bewertung von *bis* und *idem* eine andere Freizügigkeitsdimension und ein anderer Betroffenenkreis angesprochen ist als bei deren Eingrenzung.⁴⁸

Stellte man bei der rechtlichen Bewertung die Linse scharf auf die Grundrechtsbeeinträchtigung ein, kämen zwei weitere Problemkomplexe in Blick. Dass grenzüberschreitende Fälle multiple Gerichtsbarkeiten produzieren, ist eine Binsen. Der vorliegende Fall zeigt aber anschaulich, dass Jurisdiktionskonflikte bzw. überlappende Jurisdiktionen nicht allein das Spiegelbild der Phänomenologie der Deliktsbegehung sind, sondern das Produkt gezielter Schaffung extraterritorialer Gerichtsbarkeiten. Dies geschieht teilweise gesteuert über internationale oder supranationale Rechtsakte, vielfach (und häufiger) aber durch weitgehend unreflektierte, wenn nicht gar willkürliche Gestaltung des nationalen Strafanwendungsrechts.⁴⁹ Dass hierdurch massiv in Grundrechte und Grundfreiheiten eingegriffen wird und sich diese Eingriffe nur schwer rechtfertigen lassen, wird auf politischer Ebene weithin ignoriert, ändert aber nichts am rechtlichen Befund.⁵⁰ Die Nutzung vieler traditioneller *genuine links* ist in der gegenwärtigen Form mit Art. 7 GRC, Art. 18 und 21 AEUV sowie einzelne Justizgrundrechten nicht mehr vereinbar.⁵¹ In dieser Hinsicht bedürfte es einer deutlichen Zurückschneidung nationaler Jurisdiktionsansprüche über Auslandssachverhalte.⁵² Dies beträfe auch den vorliegenden Fall, denn die Bundesrepublik stützt ihr *ius puniendi* gegenüber Spasic auf das passive Personalitätsprinzip. Dieses Prinzip gilt unter den klassischen Jurisdiktionsprinzipien als der schwächste und kontroverseste *genuine link*.⁵³ Innerhalb der EU wirkt es geradezu anachronistisch. Zusätzlich zu den verfassungsrechtlichen Bedenken spricht in der EU grundsätzlich gegen diesen Grundsatz, dass er mit dem primärrechtlichen Diskriminierungsverbot (Art. 18 EUV) un-

vereinbar ist.⁵⁴ Letztlich können die deutschen Gerichte damit schon gar keinen europarechtlich legitimen Anspruch auf Anwendung deutschen Strafrechts und Ausübung eigener Gerichtsbarkeit geltend machen. Dies stört die Strafverfolgungsbehörden indessen nicht. Solange das passive Personalitätsprinzip im StGB statuiert ist, wird es als quasi „gottgegeben“ praktiziert und nicht weiter hinterfragt. Auch der EuGH zeigt sich in seinem Urteil nicht empfänglich für die Konsequenzen der Kumulierung von Vollstreckungselement und exorbitanten Jurisdiktionsansprüchen.

Eng mit diesem Komplex verbunden ist eine dritte Grundrechtsdimension. Jurisdiktionskonflikte werden sich, gerade auch bei komplexen grenzüberschreitenden Sachverhalten, nicht per se ausschließen lassen. Sobald man sich aber klarmacht, dass in der Möglichkeit, sich in rechtlich nicht regulierter Weise einer Vielzahl von Strafverfolgungsmaßnahmen in einer Vielzahl von Ländern (wegen desselben Verhaltens!) ausgesetzt zu sehen, sowohl eine Beeinträchtigung von materiellen Grundrechten als auch von Justizgrundrechten liegen kann,⁵⁵ ergibt sich daraus eigentlich die zwingende Notwendigkeit, die Suche nach Lösungen für diesen Missstand zu intensivieren. Nimmt man den Anspruch der GRC ernst, dann begründen Eingriffe in den Schutzbereich der Charta-Rechte nicht nur einen Abwehranspruch (*duty to respect*), sondern auch positive Schutzpflichten. Obgleich die Schutzpflichtdogmatik in der grundrechtsbezogenen Rechtsprechung des EuGH noch keinen nachhaltigen Niederschlag gefunden hat,⁵⁶ ist man sich für die GRC relativ einig, dass der Schutzbereich ihrer Grundrechte neben dem klassischen Abwehrrecht auch Schutz- und Gewährleistungspflichten (*duty to protect* und *duty to fulfill*) einschließt.⁵⁷ Als Ausfluss einer solchen Schutzpflicht ist zu fordern, dass Unionsorgane und Mitgliedsstaaten Mechanismen zur kontrollierten, grundrechtschonenden und gerichtlich überprüfbaren Koordinierung von Jurisdiktionskonflikten schaffen.⁵⁸

Ferner sind (als notwendiges komplementäres Element) konsequent Ausbau und Integration der strafrechtlichen Zusammenarbeit voranzutreiben. Dies muss im Einklang mit den Grundrechten der Unionsbürger und den speziellen Grundrechtsgefahren und Anforderungen, die eine

⁴⁸ Dabei räumt der EuGH implizit der äußerst abstrakten Freizügigkeitsgefährdung der Unionsbürger insgesamt den Vorrang vor der konkreten Beeinträchtigung einer Einzelperson ein.

⁴⁹ Zu den Wurzeln bei Binding *Merkel/Scheinfeld* ZIS 2011, 206, 212.

⁵⁰ Ausf. Böse, in: Böse/Meyer/Schneider (Hrsg.), *Conflicts of Jurisdiction in Criminal Matters in the European Union*, Volume II: Rights, Principles and Model Rules (2014 [im Erscheinen]), Kapitel 2 und 3.

⁵¹ Ausf. Böse, in: Böse/Meyer/Schneider (Hrsg.) (Fn. 50), Kapitel 2 B. und C., Kapitel 3 E.; Zimmermann, *Strafgewaltkonflikte in der Europäischen Union* (im Erscheinen), u.a. S.88, 99, 168.

⁵² Vgl. hierzu einen aktuellen Vorschlag mit Modell-Regeln Böse/Meyer/Schneider (Hrsg.) (Fn. 50), Kapitel 10.

⁵³ Böse/Meyer ZIS 2011, 336, 341. Böse/Meyer/Schneider, in: dies. (Hrsg.), *Conflicts of Jurisdiction*, Volume I (2013), S. 411, 418. Ambos stellt seine völkerrechtliche Zulässigkeit in Frage, in: *Münchener Kommentar zum Strafgesetzbuch*, 2. Aufl. (2011), Vor §§ 3-7 Rn. 34, 36 m.w.N.

⁵⁴ Dies zeigt die aktuelle Untersuchung Böse/Meyer/Schneider (Fn. 50). In Betracht käme allenfalls eine Umstellung auf ein passives Domizilprinzip, doch lässt sich eine strafverfolgungstechnische Notwendigkeit für eine solche Erweiterung kaum nachweisen. Zudem geriete sie auch in einen eklatanten Konflikt mit den Grundfreiheiten.

⁵⁵ Meyer, in: Böse/Meyer/Schneider (Hrsg.) (Fn. 50), Kapitel 4 E.IV.1.b), F.

⁵⁶ Breuer, in: Grabenwarter, *EnzEuR*, Bd. 2 (2014), § 7 Rn. 18 ff., 27; Borowsky, in: J. Meyer (Fn. 10), Art. 51 GRC Rn. 31.

⁵⁷ Borowsky, in: J. Meyer (Fn. 10), Art. 51 Rn. 32; Meyer, in: Böse/Meyer/Schneider (Hrsg.) (Fn. 50), Kapitel 4 E.III.1., G.

⁵⁸ Diese Schutzpflicht lässt sich materiell-rechtlich (Meyer, in: Böse/Meyer/Schneider (Hrsg.) (Fn. 50), Kapitel 4 E.IV.1.b) und prozessrechtlich (Böse, in: Böse/Meyer/Schneider (Hrsg.) (Fn. 50), Kapitel 3 E.III.1, IV; Hüttemann, *Principles and Perspectives of European Criminal Procedure*, EUI PhD thesis (2012), S. 179; Meyer, in: Böse/Meyer/Schneider (Hrsg.) (Fn. 50), Kapitel 4 E.IV.2) begründen.

transnational-arbeitsteilige Strafverfolgung aufwirft, geschehen. Dabei soll hier nicht in die Debatte eingestiegen werden, ob Justizbehörden befugt sind, aus primärrechtlichen Bindungen ungeschriebene Versagungsgründe gegenüber sekundärrechtlichen Kooperationspflichten zu entwickeln.⁵⁹ Vielmehr gibt der Fall Spasic Grund zum Nachdenken in anderer Hinsicht: Es geht um das Ermessen der Mitgliedstaaten bezüglich der effektiven Nutzung der Instrumente der strafrechtlichen Zusammenarbeit und ihre Wechselwirkung mit den Grundrechten von Beschuldigten, Opfern und Drittbetroffenen. Während in den Urteilen des EuGH und den rechtspolitischen Statements der mitgliedstaatlichen Regierungen immer wieder die Notwendigkeit effektiver Zusammenarbeit betont und auf eine konsequent diesem Ziel dienliche Rechtsanwendung gedrängt wird, zeichnet der EuGH in Spasic ein ganz anderes Bild. Effektiv funktionieren muss ein Rechtshilfeinstrument letztlich nur dann, wenn sich ein Mitgliedstaat zu dessen Nutzung entscheidet. Effektivität bezieht sich offenbar nicht auf das Gesamtsystem und die konsequente Nutzung der Instrumente zur effektiven Strafverfolgung und Grundrechtsschonung, sondern nur auf die potenziell effektive Nutzbarkeit. Ein ähnlich schiefes Bild hatte der Gerichtshof schon bei der Freizügigkeit gezeichnet.

c) Erforderlichkeit und Angemessenheit

Dieser Gedankengang des EuGH ist für die Zulässigkeitsprüfung nach Art. 52 Abs. 1 GRC von grosser Bedeutung, denn wie eingangs erläutert muss der Einsatz des Vollstreckungselements auch erforderlich und angemessen zur Erreichung des Einschränkungsziele sein. Gäbe es einen einfacheren bzw. milderen Weg zur Realisierung des Vollzugs der Strafe aus der ersten Verurteilung, wäre die Ermöglichung einer zweiten Verurteilung, um zu verhindern das ein bereits Verurteilter seiner Strafe entgeht, evident unverhältnismässig.

Es ist bereits an anderer Stelle zutreffend bemerkt worden, dass ein Vollstreckungselement in einem einheitlichen Raum der Freiheit, der Sicherheit und Rechts deplatziert wirkt;⁶⁰ unabhängig davon, ob der Verurteilte geflohen ist oder nicht. An diesem Punkt setzen auch Vertreter der Wissenschaft an, die auf die Möglichkeiten der Rechtshilfe als Alternative verweisen;⁶¹ z.B. die Aus-

lieferung des Verurteilten ins Erstverfolgerland auf der Basis eines Europäischen Haftbefehls, die Übernahme der Vollstreckung oder die Vollstreckung von Geldstrafen nach Rahmenbeschluss 2005/214.⁶²

Hieran war auch im konkreten Fall zu denken, denn in einem Beisatz zur zweiten Vorlagefrage erwähnt der EuGH en passant, dass diese Strafe weiterhin vollstreckt werden kann. Für gleich geeignet hält er die verfügbaren Optionen zur Sicherstellung der Vollstreckung dagegen nicht (Rz. 68). Zwar räumt der Gerichtshof ein, dass es „gewiss zahlreiche Instrumente gibt, die die Zusammenarbeit zwischen den Mitgliedstaaten im Bereich des Strafrechts erleichtern sollen“ (Rz. 65), namentlich Rahmenbeschluss 2009/948 (Beilegung von Jurisdiktionskonflikten), Rahmenbeschluss 2002/584 (Europäischer Haftbefehl) sowie Rahmenbeschlüsse 2005/214 (Geldsanktionen) und 2008/909 (Europäische Vollstreckungsanordnung). Doch unterliege ihre Nutzung eben verschiedenen Voraussetzungen und hänge letzten Endes von einer Entscheidung des Mitgliedstaats ab, in dem sich das Gericht befindet, das ein rechtskräftiges Strafurteil gefällt hat. Dieser Mitgliedstaat sei nämlich unionsrechtlich nicht verpflichtet, für die tatsächliche Vollstreckung der mit diesem Urteil verhängten Sanktionen zu sorgen (Rz. 69). Hinzu kommt für die Vollstreckungsübernahme, dass diese grundsätzlich nur durch Heimat- oder Residenzstaat in Betracht kommt, (ausser bei Flucht- und Abschiebungsfällen) von der Zustimmung des Verurteilten abhängt und sich zusätzlich am Resozialisierungsinteresse des Verurteilten auszurichten hat.⁶³ Sie ist also nicht primär als Mittel zur Gewährleistung effektiver Vollstreckung konzipiert. Das muss sie freilich auch nicht sein, denn für diesen Zweck gibt es den Europäischen Haftbefehl. Nur am Rande sei angemerkt, dass die Nutzung des Europäischen Haftbefehls im konkreten Fall zur Ermöglichung der Strafverfolgung gleich zweimal scheinbar reibungslos funktioniert hat.

Für den EuGH impliziert dagegen bereits die bloße Notwendigkeit des Rückgriffs auf die Vollstreckungsbedingung zur Ermöglichung einer zweiten Verfolgung, dass „das derzeit im Unionsrecht vorgesehene System – aus welchem Grund auch immer – nicht ausgereicht hat, um auszuschließen, dass Personen, die in der Union rechtskräftig verurteilt wurden, der Strafe entgehen“⁶⁴. Mit seiner Auffassung ist der EuGH jedoch nicht allein. Auch Stimmen im Schrifttum fordern ein Festhalten am Vollstreckungselement, um Entziehungsversuchen effektiv entgegenwirken und rechtspolitisch bedenkliche Ergebnisse vermeiden zu können,⁶⁵ „da auch die weit entwi-

⁵⁹ Ambos/König/Rackow-Meyer, Rechtshilferecht in Strafsachen (2014), § 79 IRG Rn. 808 ff. m.w.N.

⁶⁰ Merkel/Scheinfeld ZIS 2012, 206, 211; Auch Eser, in: J. Meyer (Fn. 10) konstatiert, dass das Vollstreckungselement rechtspolitisch nicht zu rechtfertigen ist, Art. 50 Rn. 14. Und für Radtke, in: Böse (Fn. 2), § 12 Rn. 4, 6, ist der transnationale Doppelbestrafungsschutz auch Ausdruck des Erwachsens eines einheitlichen Raums der Freiheit, der Sicherheit und des Rechts.

⁶¹ Böse GA 2011, 504, 508 ff.; Lelieur Utrecht Law Review 9 (2013), 198, 209; Safferling, Internationales Strafrecht, (2011), § 12 Rn. 84 f., will am Vollstreckungselement aus funktionalen Überlegungen nur unter der Voraussetzung festhalten, dass keine unionsweiten Rechtshilfe massnahmen vorhanden sind, die eine Vollstreckung der Strafe gewährleisten. Dabei scheint Safferling einen konkreten Maßstab anzulegen, mit dem auf die Möglichkeit wirksamer Rechtshilfe im konkreten Fall abgestellt wird und bei Eingreifen von Versagungsgründen im Einzelfall ein weiteres Verfahren möglich wird.

⁶² Zu ersten praktischen Erfahrungen Johnson eucrim 2013, 65, 66 ff.

⁶³ EuGH, Rs. C-129/14, Rz.70. RB 2008/909/JI vom 27. November 2008 über die Anwendung des Grundsatzes der gegenseitigen Anerkennung auf Urteile in Strafsachen, durch die eine freiheitsentziehende Strafe oder Maßnahme verhängt wird, für die Zwecke ihrer Vollstreckung in der Europäischen Union (Europäische Vollstreckungsanordnung), ABl. L 327/27, Erwägungsgrund 9; anders das EG-VollstrÜbk, das sich auf effektive Sicherstellung der Strafvollstreckung konzentriert.

⁶⁴ EuGH, Rs. C-129/14, Rz. 71.

⁶⁵ Burchard/Brodowski StraFo 2010, 179, 185; Satzger, in: FS Roxin (2011), S. 1515, 1522 f.; Ambos (Fn. 14), § 10 Rn.

ckelten Rechtshilfeinstrumente der EU noch Lücken aufweisen.⁶⁶ Besonders pointiert argumentiert Satzger, der die Notwendigkeit, am Vollstreckungselement festzuhalten, im Umkehrschluss aus der mangelnden Integration des Rechtsraums ableitet.⁶⁷ Kurz: Erforderlichkeit und Angemessenheit müssen anhand der Realitäten, nicht nach Fiktionen bewertet werden. Letztlich spielt es aber gar keine Rolle, welcher Einheitlichkeitsgrad erreicht ist. Ein Diskurs hierüber wäre nicht zielführend, weil sich die rechtlichen Anforderungen an die Unionsorgane und Mitgliedstaaten nicht aus dem empirischen Ist-Zustand ergeben. Ontologisch lässt sich der Verzicht auf ein Vollstreckungselement sicherlich nicht begründen. Dies ist auch nicht erforderlich, weil der Lissabonner Vertrag die Gewährleistung (und damit implizit die Errichtung) eines Raums der Freiheit, der Sicherheit und des Rechts zum Unionsziel erhebt, Art. 3 Abs. 2 EUV. Hieran hat sich das Handeln der Organe und Mitgliedstaaten auszurichten. Ein defizitärer Ist-Zustand kann die Akteure daher nicht von ihrer unionsrechtlichen Verantwortung entbinden. Vielmehr ist er als Handlungsauftrag zu begreifen.

V. Folgen und Verwerfungen

Der vorliegende Fall führt drastisch vor Augen, woran es gegenwärtig gebricht. Da ist zum einen die lapidare Feststellung, dass die Mitgliedstaaten keine unionsrechtliche Pflicht zur Nutzung bestimmter Instrumente trifft. Gewiss existiert keine sekundärrechtliche, womöglich aber eine primärrechtliche. Zumindest ließe sich plausibel machen, dass das mitgliedstaatliche Ermessen vor dem Hintergrund der menschenrechtlichen Implikationen stark reduziert ist.⁶⁸ Auch der EuGH gibt in dieser Richtung zumindest einen Fingerzeig zu einer milderer Lösung, ohne eine Verpflichtung aussprechen zu wollen: Im Rahmen der konkreten Anwendung der Vollstreckungsbedingung von Art. 54 SDÜ könne im Einzelfall nicht

ausgeschlossen werden, dass die zuständigen nationalen Gerichte auf der Grundlage von Art. 4 Abs. 3 EUV und der von der Kommission erwähnten Instrumente miteinander in Kontakt treten und Konsultationen aufnehmen, um zu prüfen, ob der Mitgliedstaat der ersten Verurteilung tatsächlich beabsichtigt, die verhängten Sanktionen zu vollstrecken.⁶⁹ Die deutschen Gerichte halten das bislang offenbar nicht für nötig, sondern weisen lapidar auf das Fehlen von Anträgen des Erstverfolgerstaats hin.⁷⁰

Ohnehin spricht auch dieser Blickwinkel wiederum Bände, denn mit der Anspielung auf die Unionstreue ist gemeint, dass ein Zweitverfolgerstaat nicht voreilig die Strafvollstreckung im Erstverfolgerstaat vereiteln können soll; insb. wenn die dortigen Behörden gar nichts von der erneuten Verfolgung wissen. Auch der Gedanke der Ressourcenschonung kommt hier ins Spiel. Darauf, dass auch der Schutz von Grundrechten und Grundfreiheiten eine solche Konsultation gebieten könnten, kommt der EuGH erneut nicht. Damit wird der Betroffene letztlich der Willkür der Mitgliedstaaten weitgehend schutzlos ausgeliefert. Generell ist die große Schwäche der Entscheidung, dass sie sich nicht für die Gründe des Ausbleibens der Strafvollstreckung interessiert. Der EuGH hält die Notwendigkeit des Vollstreckungselements bei Ausbleiben der Vollstreckung unabhängig von ihrem Grund für indiziert. Es überrascht deshalb nicht, dass in dem Urteil keine einzige Zeile den diesbezüglichen Bemühungen Italiens gewidmet ist.

In dieser Hinsicht müssen die Konsequenzen der Entscheidung noch einmal in aller Klarheit ungeschminkt vor Augen geführt werden. Der Beschuldigte wird zum potenziellen Spielball der Mitgliedstaaten. Eine Verurteilung schützt ihn nicht vor erneuter Verfolgung und Verurteilung, wenn der Erstverfolgerstaat sich nicht um die Vollstreckung kümmert. Dessen Desinteresse oder Schlampigkeit haben für die Mitgliedstaaten (abgesehen von der Ressourcenverknappung) keine direkten nachteiligen Folgen. Vielmehr können andere, wie im vorliegenden Fall territorial gar nicht zuständige Staaten auf der Grundlage einer äußerst kritikträchtigen Jurisdiktionsbasis einfach nochmal verfolgen und verurteilen. Dieses Spiel ließe sich dann mehrfach wiederholen. Wenn die Auffassung des EuGH richtig wäre, könnte ein Spanier, der in Frankreich, einen Unfall verursacht, bei dem ein Belgier, ein Niederländer, ein Deutscher und ein Luxemburger zu Schaden kommen, scheinbar völlig legitim und vollständig im Einklang mit der Ratio des Vollstreckungselements insgesamt sechs Mal strafverfolgt und verurteilt werden, ohne das Art. 50 GRC ihn schützt, solange sich keiner der Staaten nach seinem Urteil dazu bequemt, auch die Strafvollstreckung zu betreiben. Denn unionsrechtlich verpflichtet sind die Mitgliedstaaten in dieser Hinsicht ja zu nichts. Das hier etwas nicht stimmen kann, ist augenfällig. Es ist mit dem Schutzzweck

132; Hecker (Fn. 27), § 13 Rn. 39; Nestler HRRS 2013, 337, 344; Eckstein ZStW 124 (2012), 490, 523.

⁶⁶ So Ambos (Fn. 14), § 10 Rn. 132, der wie der EuGH auf die Vollstreckungsverweigerungsgründe abhebt.

⁶⁷ Satzger, in: FS Roxin (Fn. 65), S. 1515, 1522; ders., Internationales und Europäisches Strafrecht, 6. Aufl. (2013), § 10 Rn. 70.

⁶⁸ Vgl. z.B. BVerfGE 96, 100 f.: „(1.) Stellt ein Gesetz die Vornahme oder das Unterlassen einer Maßnahme in das Ermessen der zuständigen Behörde, so greift die Rechtsschutzgarantie des Art. 19 Abs. 4 GG, wenn das Entscheidungsprogramm des Gesetzes der Behörde aufgibt, bei der Ermessensausübung rechtlich geschützte Interessen des Betroffenen zu berücksichtigen. (2.) Das Gesetz über die internationale Rechtshilfe in Strafsachen und das Übereinkommen über die Überstellung verurteilter Personen veranlassen ein Verfahren, in dem die Grundrechtsposition des Verurteilten neben dem öffentlichen Interesse an der Strafverfolgung zu berücksichtigen ist. Findet ein zweistufiges Verfahren statt, in dem vor der Bewilligungsentscheidung des Bundesministeriums der Justiz die Staatsanwaltschaft als Vollstreckungsbehörde die vollstreckungsrechtlichen Belange prüft und eine Überstellung anregt, so muß der Resozialisierungsanspruch des Verurteilten bei der Entscheidung der Staatsanwaltschaft Berücksichtigung finden. Art. 19 Abs. 4 GG verbürgt insoweit den gerichtlichen Rechtsschutz zur Prüfung, ob die Vollstreckungsbehörde ihr Ermessen fehlerfrei ausgeübt hat.“

⁶⁹ EuGH, Rs. C-129/14, Rz. 73.

⁷⁰ Der BGH spricht die Möglichkeit konkreter Schritte durch Italien offen unter dem Blickwinkel des Verfahrenshindernisses an, stellt aber lapidar fest, dass die Möglichkeiten den Gerichtshof nicht interessieren müssen, solange kein tatsächlicher Antrag vorliegt, BGHSt 56, 11, 14; s. dazu aber jetzt zumindest EuGH, Rs. C-129/14, Rz. 73.

von ne bis in idem unvereinbar, dass die Möglichkeit der Doppelverfolgung vom Engagement bzw. umgekehrt der Gleichgültigkeit oder Nachlässigkeit des Vollstreckungsstaates abhängt. Hier zeigt sich, dass man die Ratio des Vollstreckungselements nicht völlig losgelöst von der Ratio des ne-bis-in-idem-Grundsatzes diskutieren kann. Der EuGH tut aber genau dies, womit die Lasten einseitig auf Seite des Verfolgten verschoben werden. Dieses anstößige Ergebnis wird nur dadurch kaschiert, dass man die vom Erhalt des Vollstreckungselements Betroffenen durchgängig als Flüchtlinge bzw. Personen darstellt, die sich gezielt der Vollstreckung entzogen haben. Das ist in dieser Allgemeinheit unehrlich und unrichtig, wie der konkrete Fall zeigt. Und es verharmlost die grundrechtlichen Konsequenzen der Beibehaltung des alten SDÜ-Regimes.

Es mag gegenwärtig weiterhin Fälle geben, in denen noch ein kriminalpolitisches Bedürfnis eintritt, bei Scheitern der Vollstreckung eines ersten Urteils eine erneute Verfolgung einzuleiten. Die Mitgliedstaaten treffen jedoch positive Schutzpflichten, die Notwendigkeit einer erneuten Strafverfolgung zu minimieren bzw. (wenn möglich) zu eliminieren. Erforderlich kann der Rückgriff auf ein Vollstreckungselement daher allenfalls dann sein, wenn alle Möglichkeiten ausgelotet und ausgereizt wurden, für eine Vollstreckung des ersten Urteils zu sorgen.⁷¹ Darüber hinaus lässt sich eine derart gravierende Einschränkung des transnationalen Doppelverfolgungsverbots der GRC nicht rechtfertigen. Es kann nicht sein, dass die einzige denkbare Konsequenz einer nicht erfolgten oder nicht effizienten Nutzung des unionalen Rechtshilfesystems die erneute Verfolgung eines bereits Verurteilten ist. Auch dieses Vorgehen kann aber nur eine kurz- bis mittelfristige Übergangslösung sein. Die Verpflichtungen der Unionsorgane und Mitgliedstaaten reichen weiter. Verurteilte und Verfolgte dürfen nicht einseitig die Konsequenzen grundlegender Systemfehler tragen. Dass sie (angeblich) Straftaten begangen haben, beraubt sie nicht dauerhaft und umfassend der Schutzbedürftigkeit. Die GRC begründet eine Grundrechtsverwirklichungspflicht im gesamten Anwendungsbereich des Unionsrechts für Unionsorgane und Mitgliedstaaten. Wenn diese ein transnationales Kooperations- und Verfolgungssystem schaffen, trifft sie auch eine direkte Gestaltungsverantwortung, um die Mechanismen zur Gewährleistung eines Raums der Freiheit, der Sicherheit und des Rechts im Einklang mit den Grundrechten und Grundfreiheiten zu halten. Hierin liegt auch der eigentliche Schlüssel zu einer konkordanten Behandlung von Jurisdiktionskonflikten und Doppelverfolgung: Es bedarf nicht nur einer Zurückschneidung der nationalen Strafanwendungsrechte, sondern auch einer rechtsförmigen Koordinierung der Auflösung von Mehrfachzuständigkeiten.⁷²

⁷¹ S. aber Fn. 70. Burchard/Brodowski StraFo 2010, 179, 185 erwägen ein Primat der Vollstreckung des Ersturteils, das von einem durch erweiternde Auslegung zu gewinnenden Recht auf Einmaligkeit der Strafverfolgung komplementiert werden könnte.

⁷² Dabei muss freilich sichergestellt bleiben, dass „eine effektive und umfassende Verfolgung einer Straftat“ möglich bleibt. Dies hebt z.B. Radtke hervor, der zu Recht darauf aufmerksam macht, dass es sowohl auf europäischer als auch nationaler Ebene an verständigen Ansätzen mangle,

Schließlich ist das Rechtshilfesystem weiter zu verbessern, zu integrieren und von Friktionen zu befreien. In Bezug auf das Verbot der Doppelverfolgung könnte z.B. über die Vollstreckungsanordnung hinaus noch stärker über eine stellvertretende Strafvollstreckung nachgedacht werden, die sich funktional eher am EG-Vollstreckungsübereinkommen orientiert. Man wird auch noch viel genauer darauf schauen müssen, aus welchen Gründen der Europäische Haftbefehl zur Strafvollstreckung nicht funktioniert; insb. welche Versagungsgründe in der Praxis in Doppelverfolgungsfällen überhaupt eine Rolle spielen.⁷³ Insgesamt behindern aber vor allem die Mitgliedstaaten derzeit noch die Realisierung kohärenter Ansätze. Es kann auf Dauer jedoch nicht das Pech der Bürger sein, dass die Mitgliedstaaten Rahmenbeschlüsse nicht wirksam bzw. nicht rechtzeitig nutzen oder sich derart viele Versagungsvorbehalte herausverhandeln, dass grundrechtliche Effizienzschäden auftreten.

VI. Schlussbetrachtung

Der EuGH hat eine große Chance vertan, das Doppelverfolgungsverbot zu einem echten transnationalen Verfassungsprinzip auszubauen und sich damit auf dem Gebiet der strafrechtlichen Zusammenarbeit ein weiteres Mal als Grundrechtsgerichtshof zu positionieren. Hat er bei der Vorratsdatenspeicherung seine Innovationskraft strahlen lassen, ist davon beim ne-bis-in-idem-Grundsatz nichts zu spüren. Dabei hätte die Verankerung des ne-bis-in-idem-Grundsatzes in Art. 50 GRC die Möglichkeit geboten, die Sektoralisierung der ne-bis-in-idem-Gewährleistungen (in diversen Vertragswerken und Rechtsbereichen) zu überwinden und eine Meta-Regel von primärrechtlichem Rang zu etablieren.⁷⁴ Art. 50 GRC darf sich nicht zu einem autonomen Justizgrundrecht für den gesamten Raum der Freiheit, der Sicherheit und des Rechts entwickeln. Der EuGH hält Art. 50 GRC in den Fesseln von Art. 54 SDÜ gefangen. Weder werden vom EuGH die grundrechtlichen Dimensionen der Problematik durchleuchtet, noch werden Anklänge einer dogmatischen Hinwendung zu positiven Schutzpflichten in seinem Urteil zur Vorratsdatenspeicherung fruchtbar gemacht. Damit verharrt der ne-bis-in-idem-Schutz in einer Gedankenwelt mitgliedstaatlicher Verfolgungs- und Sicherheitsinteressen und verpasst den Sprung, zu einem Element der grundrechtsgetragenen Integration des

unter Einbeziehung aller berührten Interessen zu einer angemessenen integrierten Lösung für die Behandlung der Mehrfachverfolgungsproblematik und der Jurisdiktionsproliferation im Allgemeinen zu gelangen, Radtke, in: Böse (Fn. 2), § 12 Rn 12.

⁷³ Nimmt man das IRG zum Maßstab, kommt vor allem die Zustimmungsbefähigung der Auslieferung eigener Staatsangehöriger zur Strafvollstreckung in den Sinn, vgl. § 80 Abs. 3 IRG. In diesem Fall befindet sich der Verurteilte aber in seinem Heimatstaat, so dass gerade in den kritischen Fluchtfällen eine Vollstreckungsübernahme in Betracht kommt; s.a. Ambos/König/Rackow-Meyer (Fn. 59), § 80 IRG Rn. 866. Im vorliegenden Fall war der Betroffene nicht Staatsangehöriger der potenziellen Vollstreckungsstaaten, womit kein Zustimmungserfordernis bestanden hätte, sondern allenfalls an die allgemeinen Versagungsgründe zu denken wäre.

⁷⁴ Siehe zu diesem Gedanken auch Vervaele Utrecht Law Review 9 (2013), S. 211, 227 f.

Raums der Freiheit, der Sicherheit und des Rechts zu werden. Allerdings konnte im Bereich der strafrechtlichen Zusammenarbeit schon zuletzt nicht mehr davon gesprochen werden, dass der Gerichtshof als Motor der Integration agiert. Er überlässt auch in diesem Fall, wie schon zuvor bei „Melloni“ oder „Radu“, den Mitgliedstaaten das Feld, die dann nach ihren eigenen nationalen Interessen über Nutzung oder Nichtnutzung des Instrumentariums befinden dürfen.⁷⁵

Postscriptum

Die zweite Vorlage ist eine Reminiszenz an die Grundsatzenscheidung „Gözütok“.⁷⁶ Deren Kenntnisnahme

⁷⁵ Es ist beispielsweise überraschend, welche rechtsdogmatischen Verrenkungen der EuGH im Binnenmarkt und im Zusammenhang mit der Unionsbürgerschaft anstellt, während die gleichen Rechte und Freiheiten offenbar (trotz eindeutiger Bezugnahme in Art. 67 AEUV) im Raum der Freiheit, der Sicherheit und des Rechts von wenigen Ausnahmen abgesehen keine Rolle zu spielen scheinen.

⁷⁶ EuGH v. 11.02.2003, Rs. C-187/01 und C-385/01 (Gözütok und Brügge), Slg. 2003, I-5689.

mag den Verfolgten möglicherweise auch zur späten Zahlung der Geldstrafe bewogen haben. Im Unterschied zum „Klassiker“ war vorliegend aber noch kumulativ eine Freiheitsstrafe ausgeurteilt worden. Art. 54 SDÜ ist in einer solchen Situation überzeugend dahin auszulegen, „dass die bloße Zahlung der Geldstrafe, die gegen eine Person verhängt wurde, der mit der gleichen Entscheidung eines Gerichts eines anderen Mitgliedstaats eine bislang nicht vollstreckte Freiheitsstrafe auferlegt wurde, nicht den Schluss zulässt, dass die Sanktion im Sinne dieser Bestimmung bereits vollstreckt worden ist oder gerade vollstreckt wird“.⁷⁷ Der Begriff der Sanktion in Art. 54 SDÜ sei nicht dahin zu verstehen, dass eine Sanktion vollstreckt worden sein muss, sondern dass im Falle der Verhängung von zwei kumulativen Hauptstrafen, beide gebündelt als „Sanktion“ im Sinne der Norm zu behandeln sind. Im Hinblick auf die vom EuGH verfochtene Ratio des Vollstreckungselements ist dies nur folgerichtig, weil sonst clevere Verurteilte durch schnelle Ableistung der milderen Sanktion in den Genuss des Doppelbestrafungsverbots gelangen könnten.

⁷⁷ EuGH, Rs. C-129/14, Rz. 85.

Aufsätze und Anmerkungen

Fehlerquellen bei der Überzeugungsbildung

Von Prof. Dr. Endrik Wilhelm, Dresden

I. Einleitung

„Das Kernstück des Strafprozesses ist die Hauptverhandlung. In ihr wird nach dem mehr summarischen Vor- und Zwischenverfahren der Sachverhalt endgültig aufgeklärt und festgestellt, und zwar in einer Weise, die nach allgemeiner Prozess Erfahrung größte Gewähr für die Erforschung der Wahrheit und zugleich für die bestmögliche Verteidigung des Angeklagten und damit für ein gerechtes Urteil bietet“.¹

Diese scheinbar in Stein gemeißelten Worte des Bundesverfassungsgerichts stehen als Leitsatz über dem Motto des 38. Strafverteidigtages. Er beschäftigt sich mit dem Bedeutungsverlust eben des Instruments, das den wesentlichsten Beitrag leisten soll bei der Erforschung der Wahrheit in einem Strafverfahren, der Hauptverhandlung.

* Bei dem Beitrag handelt es sich um den Eröffnungsvortrag zum 38. Strafverteidigtage 2014 in Dresden. Der Text ist die Wiedergabe des Manuskripts.

¹ BVerfGE 74, 358, 372

Es wird nicht erst seit gestern darüber geklagt, dass die Hauptverhandlung schon lange nicht mehr im Mittelpunkt des Strafverfahrens steht. Sie verliert zusehends ihren Zweck. Es droht ihre Degeneration zur Plausibilitätsprüfung der Erkenntnisse aus dem Ermittlungsverfahren, womit sich morgen die Arbeitsgruppe 1 des diesjährigen Strafverteidigtages befassen wird. Dazu erinnere ich außerdem an das Motto des 35. Strafverteidigtages 2011 in Berlin, der sich mit dem Thema „Abschied von der Wahrheitssuche“ befasste. In seinem beeindruckenden Vortrag wies mein geschätzter Kollege Klaus Malek nach, dass die Wahrheitssuche in der Hauptverhandlung durch den Gesetzgeber und die Rechtsprechung zunehmend in den Hintergrund gedrängt wird.²

Ich gehe noch einen Schritt weiter. Ich behaupte, dass die Wahrheitsfindung in einem Strafverfahren von ganz und gar untergeordneter Bedeutung ist. Das war schon immer so. Es ist nicht die Wahrheit, die über das Schicksal des Angeklagten entscheidet. Es ist die Überzeugung derer, die über ihn zu urteilen haben. Ganz gleich, wie sich ein Sachverhalt zugetragen hat, Grundlage eines Urteils ist

² Malek StV 2011, 559 ff.

stets die subjektive Überzeugung der urteilenden Richter, die diese – auf welche Weise auch immer – gewinnen.³ Ob diese Überzeugung der objektiven Wahrheit entspricht, ist für den Ausgang des Verfahrens völlig irrelevant. Man muss deshalb kein Positivist sein, sondern einfach nur Realist, um dem großen Positivist *Hans Kelsen* zuzustimmen, der 1960 in seinem Werk „*Reine Rechtslehre*“ feststellte:⁴

„Denn der Rechtssatz lautet nicht: Wenn ein bestimmter Mensch einen Mord begangen hat, soll eine bestimmte Strafe verhängt werden, sondern: Wenn das zuständige Gericht ... festgestellt hat, dass ein bestimmter Mensch einen Mord begangen hat, soll das Gericht über diesen Menschen eine Strafe verhängen.“

Angesichts dieser Ausgangslage verwundert es mich seit vielen Jahren, dass in unserer Wissenschaft immer nur platonisch von Wahrheitsfindung die Rede ist. Mindestens ebenso bedeutsam dürfte sein, von welchen Faktoren menschliche Überzeugungsbildung abhängt und welche Fehler dabei auftreten können. Eine Betrachtung dieses hochkomplizierten Prozesses lohnt sich nicht nur interessehalber. Sie weckt Zweifel an Grundfesten unserer Rechtsprechung.

II. Verzerrungen

In der Theorie ist Überzeugungsbildung ein unvoreingenommener Abwägungsprozess. Grundlage in einem Strafprozess ist – so will es das *Bundesverfassungsgericht*⁵ – die Hauptverhandlung, in deren Verlauf die mit der Sache befassten Richter die für die Entscheidung des Falles wesentlichen Daten sammeln. Neben der Sammlung der Daten setzt der ideale Abwägungsprozess unvoreingenommene und nicht von sachfremden Erwägungen beeinflusste Richter voraus. Soweit die Theorie.⁶

1. Chaos-Theorie

Eine vollständige Erfassung der relevanten Datenmenge zur exakten Feststellung eines in der Vergangenheit liegenden Sachverhalts ist indes bereits naturgesetzlich ausgeschlossen. Die Datenmenge ist viel zu groß und niemals vollständig erfassbar. Ein historisches Ereignis lässt sich nicht vollständig rekonstruieren. Um zu veranschaulichen, wie groß das allein daraus resultierende Fehlerpotenzial ist, möchte ich eine Erkenntnis der Naturwissenschaft nutzbar machen.

Ein Meteorologe namens *Edward Lorenz* unternahm 1963 den Versuch, Klimabedingungen zu simulieren. Ihm stand ein für damalige Verhältnisse gigantischer Computer zur Verfügung, den er mit Daten fütterte. Der Com-

puter war in der Lage, sechs Dezimalstellen hinter dem Komma zu verarbeiten. Das Ziel bestand darin, die Entwicklung des Wetters zuverlässig zu prognostizieren.

Um Zeit zu sparen (oder aus Nachlässigkeit, wer weiß das schon?), gab *Lorenz* bei der Wiederholung einer Simulation nur drei Dezimalstellen statt der möglichen sechs ein (0,506 statt 0,506127). Das Resultat waren erhebliche Abweichungen zwischen den Berechnungen. Obwohl die Eingabewerte nur um weniger als 1/1000 auseinander lagen, zeigten die Wetterkurven ab einem bestimmten Punkt keinerlei Gemeinsamkeiten mehr.⁷ Die nachstehende Abbildung verdeutlicht das.



© Iakov Kalinin – fotolia.com



© Elena Schweitzer – fotolia.com

Abbildung 1:
Chaos-Theorie – Minimale Veränderungen mit großen Wirkungen.

Lorenz hielt dazu einen vielbeachteten Vortrag mit dem Titel: „Predictability: Does the Flap of a Butterfly's Wings in Brazil set off a Tornado in Texas?“ Auf Deutsch: „Vorhersehbarkeit: Verursacht der Flügelschlag eines Schmetterlings in Brasilien einen Tornado in Texas?“⁸ Seither gilt *Lorenz* als der Vater der Chaostheorie.⁹ Die beschäftigt sich damit, dass

³ Vgl. dazu auch *Ventzke* HRRS 2010, 461: Das Schicksal des Mandanten steht und fällt deshalb mit dem, was der Tatrichter in der Urteilsberatung als "Inbegriff der Verhandlung" ansieht.

⁴ *Kelsen*, *Reine Rechtslehre*, 2. Aufl. (1960), S. 246.

⁵ Fn. 1.

⁶ Angeblich von dem US-amerikanischen Baseball-Manager *Yogi Berra*, einer mit *Sepp Herberger* vergleichbaren Ikone des Sports, stammt der Satz: „In theory there is no difference between theory and practice. In practice there is.“

⁷ <http://de.wikipedia.org/wiki/Schmetterlingseffekt>

⁸ http://eaps4.mit.edu/research/Lorenz/Butterfly_1972.pdf

⁹ Er trägt diesen Titel etwas zu Unrecht. *Henri Poincaré* schrieb bereits im Jahr 1912 in seinem Buch „Wissenschaft und Methode“: „Wenn wir die Gesetze der Natur und den Anfangszustand exakt kennen würden, so könnten wir den

kleinste Veränderungen in komplexen Systemen unvorhersehbare und sehr große Auswirkungen haben können.

Nun mögen Sie sich fragen, was diese Erkenntnis mit einem Strafprozess zu tun hat. Die Antwort gebe ich gerne. Sie lautet: Sehr viel. Denn Überzeugungsbildung ist wie die Entwicklung des Wetters ein komplexer Prozess, an dessen Ende ein Ergebnis steht. Auch hier gilt: Es kann an Winzigkeiten liegen, welche Überzeugung sich die mit der Sache befassten Richter bilden. Der Weg dorthin ist sogar noch komplexer als die Aufgabe der Meteorologen. Denn die – um bei dem Beispiel zu bleiben – aktuellen Wetterdaten liegen immerhin vollständig vor und es ist „nur“ eine Frage ihrer präzisen Erfassung und Verarbeitung. Die auf dem Weg zur Überzeugungsbildung über einen in der Vergangenheit liegenden Vorgang zu berücksichtigenden Daten sind hingegen nicht mehr vollständig verfügbar. Sie müssen mühevoll rekonstruiert werden. Stellen Sie sich dazu vor, Sie hätten die Aufgabe, die Form einer Pfütze vorherzusagen, zu der ein schmelzender Eiswürfel wird. Das ist bereits unmöglich. Aber dann stellen Sie sich vor, Sie hätten die Aufgabe, aus einer Pfütze einen Eiswürfel zu rekonstruieren, ohne auch nur sicher sein zu können, dass die Pfütze vorher ein Eiswürfel war.¹⁰

Die naturgesetzliche Unmöglichkeit eines zu 100 % zutreffenden Urteils über einen in der Vergangenheit liegenden Vorgang ist die Ausgangssituation in jedem Strafverfahren.¹¹ Selbst kleinste Veränderungen bei der Rekonstruktion des Geschehens können zu erheblichen Abweichungen beim Gesamtergebnis führen.¹² Das kann Schicksale entscheiden. Die Rechtsgeschichte liefert dafür ungezählte Beispiele. Zur Veranschaulichung verweise ich auf das Schicksal des Selfmade-Meteorologen und deshalb besonders mit der Chaos-Theorie vertrauten *Jörg Kachelmann*. Das Urteil ist zwar nicht öffentlich zugänglich, die auf der Homepage des *Landgerichts Mannheim* veröffentlichten Auszüge aus der mündlichen Urteilsbegründung machen aber deutlich, dass die Frage von Schuld oder Unschuld für die *Kammer* von Kleinigkeiten abhing. Das *Landgericht Mannheim* ließ ausdrücklich offen, ob es nicht womöglich doch anders war.¹³ Viel kann es deshalb nicht gewesen sein, was die *Kammer* von einer

Verurteilung abhielt, es sei denn der von der Verteidigung zu hörende Vorwurf sollte stimmen, es sei ihr jenseits aller Fakten nur noch um eine „maximale Beschädigung“ des zwingend freizusprechenden *Jörg Kachelmann* gegangen.¹⁴ Für die Parallele zur Chaos-Theorie wäre das allerdings einerlei. Denn dann wäre es der aufgrund welcher Kleinigkeit auch immer fehlende Wille der *Kammer* zur Rehabilitation des Angeklagten gewesen, der den Ruf des *Jörg Kachelmann* auf immer beschädigt hat.

Die Erkenntnisse der Chaos-Theorie bedeuten bezogen auf das Ergebnis eines Überzeugungsbildungsprozesses im Strafprozess nichts Geringeres als die Aussage, dass die Gefahr des Irrtums auch dann noch sehr groß ist, wenn wir zu 100 % überzeugt sind. Denn es kann immer sein, dass irgendeine Kleinigkeit nicht sichtbar war und deshalb nicht in den Überzeugungsbildungsprozess einbezogen wurde. Sie kann winzig klein sein und dennoch zu einer ganz anderen Überzeugung führen.

2. Der Faktor Mensch

Es gibt einen zweiten Faktor, den es in die Betrachtung einzubeziehen gilt. Das ist der Faktor Mensch. Er versucht nicht nur, Überzeugungsbildungsprozesse zu seinem Nutzen zu beeinflussen. Wir erleben das täglich im Gerichtssaal. Er hat überdies die bemerkenswerte Eigenschaft, bei identischer Faktenlage unterschiedliche Überzeugungen bilden zu können und – nach einer Veränderung der eigenen Anschauung – nicht einmal mehr zu verstehen, dass er früher einmal eine andere Überzeugung hatte.¹⁵ Damit meine ich nicht nur die großen historischen Irrtümer,¹⁶ den Wechsel von Weltanschauungen, den Glauben an Hexen und Kobolde oder den Glauben an die gesundheitsfördernde Wirkung von Nikotin. Ich meine damit auch juristische Überzeugungen. Dazu zwei Beispiele:

- Vor 50 Jahren war es strafbar, seinen Ehepartner zu betrügen (§ 172 StGB a.F.). Allein zwischen 1958 und 1966 wurden 1365 Menschen deswegen bestraft.¹⁷ Das beruhte auf Jahrhunderte alten Moralvorstellungen und Überzeugungen, die sich zurückverfolgen lassen bis ins Alte Testament.¹⁸ Dort ist es das sechste der zehn Gebote, die Ehe nicht zu brechen. Es war deshalb über Jahrhunderte selbstverständlich, Ehebruch zu strafen. Erst 1969 wurde diese Jahrhunderte alte Tradition mit einem Federstrich beendet.¹⁹ Inzwischen ist die Überlegung, außerehelichen Geschlechtsverkehr mit Gefängnis zu bestrafen, unvorstellbar. Heute lebt ein verheirateter Mann

Zustand des Universums zu jedem weiteren Zeitpunkt vorhersagen. Aber selbst wenn die Naturgesetze keine Geheimnisse mehr vor uns hätten, so könnten wir die Anfangsbedingungen doch nur genähert bestimmen. Wenn uns dies erlaubt, die folgenden Zustände mit der gleichen Näherung anzugeben, so sagen wir, dass das Verhalten vorhergesagt wurde, dass es Gesetzmäßigkeiten folgt. Aber das ist nicht immer der Fall: Es kann vorkommen, dass kleine Unterschiede in den Anfangsbedingungen große im Ergebnis zur Folge haben [...], eine] Vorhersage wird unmöglich und wir haben ein zufälliges Phänomen.“

¹⁰ Vgl. dazu *Nassim Nicholas Taleb*, Der Schwarze Schwan: Die Macht höchst unwahrscheinlicher Ereignisse – The Black Swan: The Impact of the Highly Improbable (2008), S. 243 f.

¹¹ Das sieht auch die höchstrichterliche Rechtsprechung so: RGZ 15, 338, 339; RGSt 61, 202, 206; BGHSt 10, 208, 209.

¹² <http://www.spiegel.de/panorama/justiz/bayern-bauer-rudi-ein-grausiger-mord-und-das-falsche-gestaendnis-a-630648.html>

¹³ <http://www.landgericht-mannheim.de/pb/,Lde/1167947/?LISTPAGE=1167839>

¹⁴ <http://www.n-tv.de/panorama/Verteidiger-Schwenn-attackiert-das-Gericht-article3463611.html>

¹⁵ Vgl. dazu *Daniel Kahneman*, Schnelles Denken, langsames Denken, 3. Aufl. (2012), S. 250 ff.

¹⁶ http://de.wikibooks.org/wiki/Enzyklop%C3%A4die_der_popul%C3%A4ren_Irrt%C3%BCmer/_Religion

¹⁷ <http://www.rp-online.de/politik/deutschland/vor-35-jahren-als-die-liebe-legal-wurde-aid-1.2279153>

¹⁸ Vgl. dazu *Faramerz Dabhoiwala*, Lust und Freiheit, Die Geschichte der ersten sexuellen Revolution (2014).

¹⁹ Erstes Gesetz zur Reform des Strafrechts (1. StRG) vom 25. Juni 1969 (BGBl I, S. 645).

– zu allem Überfluss ein Pastor – mit seiner Freundin im Schloss Bellevue und ist unser Bundespräsident. Dass man wegen Ehebruchs früher ins Gefängnis gehen konnte, versteht im Deutschland des Jahres 2014 niemand mehr.

- Vor 40 Jahren war es für homosexuelle Männer strafbar, miteinander geschlechtlich zu verkehren (§ 175 StGB a.F.). Das entsprach ebenfalls uralten Traditionen und war so selbstverständlich wie es normal war, „*uneheliche*“ Kinder und alleinerziehende Mütter gesellschaftlich auszugrenzen. Zwischen 1945 und 1966 wurden in der BRD wegen homosexueller Handlungen 65.000 Männer bestraft.²⁰ Vor gerade einmal 20 Jahren war homosexueller Geschlechtsverkehr zwar nur noch in bestimmten Fällen strafbar.²¹ Gleichwohl bedeutete es immer noch den gesellschaftlichen Ruin, sich als Homosexueller zu outen. Inzwischen wird Homophobie staatlicherseits massiv bekämpft. Die uralte gesellschaftliche Ächtung der Homosexualität wurde damit innerhalb nur einer Generation vom staatlichen Kampf gegen Homophobie abgelöst. Die BILD-Zeitung feierte unlängst das Coming-Out des früheren Fußball-Profis *Thomas Hitzlsperger* als Heldentat.²² Dabei ist es nicht nur so, dass wir Homosexualität zu tolerieren gelernt haben. Es gibt auch kein Verständnis mehr für die, die das bestrafen, was auch bei uns vor 40 Jahren noch geradewegs ins Gefängnis führen konnte. Wir werden stattdessen zu Missionaren unserer neuen Überzeugung, die abweichende Meinungen nicht mehr tolerieren. Unser Bundespräsident hat unter anderem wegen der Ächtung der Homosexualität in Russland seinen Besuch der olympischen Winterspiele abgesagt.²³

Diese widersprüchlich anmutende Ausgangslage lohnt zweifelsohne eine intensivere Betrachtung der Mechanismen, die in uns wirken und unsere Überzeugungen bestimmen.²⁴ *Daniel Kahneman*, ein Psychologe, hat den aktuellen Stand der Forschung zur menschlichen Überzeugungsbildung in seinem Buch „*Langsames Denken, schnelles Denken*“ zusammengefasst.²⁵ *Kahneman* gilt als

einer der bedeutendsten Psychologen unserer Zeit. Er hat für seine Erkenntnisse den Nobelpreis bekommen. Dankenswerterweise hat er seine Forschungsergebnisse so aufgeschrieben, dass auch einfachere Geister wie Juristen sie verstehen. Dafür hätte er zweifelsohne einen weiteren Nobelpreis verdient.

Ich werde im Folgenden versuchen, einige Grundzüge der Forschungsmethode und exemplarische Aussagen wiederzugeben. Eine ausführliche Befassung würde leider den Rahmen des Vortrags sprengen. Doch auch so werde ich Sie hoffentlich davon überzeugen, dass wir uns vor unseren Überzeugungen hüten müssen. Ihre Bildung läuft nach unzuverlässigen Mustern ab. Die diesbezügliche Botschaft der Psychologie ist keine andere als die der Chaos-Theorie. Sie lautet:

*Unsere Überzeugungen sind verführerische Illusionen. Wir können uns niemals sicher sein, nur weil wir überzeugt sind.*²⁶

a. Grundlagen

Überzeugungsbildung findet statt im menschlichen Gehirn. Mit ihm besitzt der Mensch ein Organ, das ihn an die Spitze der Evolution katapultiert hat. Es ist ein zwar langsamer, aber durchaus leistungsfähiger Computer. Wer verstehen will, wie dieser Computer funktioniert, muss ein paar Grundlagen seiner Funktionsweise nachvollziehen. Insbesondere muss man verstehen, dass er – vereinfacht ausgedrückt – auf zwei Ebenen arbeitet. Die Psychologie nennt sie System 1 und System 2.²⁷

(1) System 1

Die erste Ebene ist das sogenannte System 1. Auf dieser Ebene trifft der Mensch unbewusst und ungewollt erste Entscheidungen, und zwar unmittelbar nachdem er mit einer Situation konfrontiert wird. System 1 arbeitet dabei wie ein Autopilot, der uns durch unser Leben lenkt. Es nimmt die Informationen der Außenwelt auf und vergleicht sie mit gespeicherten Modellen aus Erfahrungswerten oder Instinkten auf Übereinstimmung. Kann es eine Übereinstimmung feststellen, trifft es sofort die dazu gespeicherte Standardentscheidung, ohne dass uns diese Entscheidung überhaupt bewusst wird. Dazu ein paar Beispiele: Wir wenden uns automatisch der Quelle eines plötzlichen Geräuschs zu, wir treffen diese Entscheidung nicht bewusst. Wir ziehen ein angewidertes Gesicht, wenn uns ein grauenvolles Bild gezeigt wird. Darüber denken wir nicht nach. Auch die Feindseligkeit aus einer Stimme hören wir aufgrund der gespeicherten Modelle heraus, ohne sie auf ihre Nuancen hin analysieren zu müssen. System 1 arbeitet sogar in dem Bereich, der mathematisches Verständnis voraussetzt, wenn die Erfahrung nur modelliert ist. So müssen wir nicht nachdenken, um den Satz „ $2+2=...$ “ zu vervollständigen. System 1 macht das selbstständig. Der Autopilot System 1 handelt insoweit völlig autark, wir können uns gegen seine ersten Entscheidungen nicht einmal wehren. Es lässt sich auch nicht abschalten. Die allermeisten Ent-

²⁰ <http://www.rp-online.de/politik/deutschland/vor-35-jahren-als-die-liebe-legal-wurde-aid-1.2279153>

²¹ Die vollständige Gleichstellung mit der Heterosexualität wurde erst mit der ersatzlosen Streichung des § 175 StGB durch das 29. *Strafrechtsänderungsgesetz* vom 31. Mai 1994 vollzogen.

²² <http://www.bild.de/sport/fussball/thomas-hitzlsperger/outing-die-reaktionen-34128842.bild.html>

²³ <http://www.spiegel.de/politik/deutschland/bundespraesident-entgauck-boykottiert-olympia-in-sotschi-a-937791.html>

²⁴ Ein gutes Beispiel ist auch der Umgang mit DDR-Biografien. Während in den ersten Jahren nach 1990 eine geradezu hysterische Ausgrenzung staatsnaher DDR-Bürger zu verzeichnen war, sehen wir das heute viel entspannter. Vor 20 Jahren wäre es wohl nicht möglich gewesen, als ehemals für Agitation und Propaganda zuständige FDJ-Sekretärin politische Karriere in der CDU zu machen und Bundeskanzlerin zu werden, vgl. dazu *Lachmann/Reuth*, Das erste Leben der Angela M. (2013).

²⁵ *Daniel Kahneman*, Schnelles Denken, langsames Denken, 3. Aufl. (2012).

²⁶ *Kahneman* (Fn. 25), S. 263.

²⁷ *Kahneman* (Fn. 25), S. 31 ff.

scheidungen in unserem Leben treffen wir auf diese Weise.²⁸

(2) System 2

Auf der zweiten Ebene arbeitet System 2. Es kommt zum Einsatz, wenn System 1 keine oder nur eine unzureichende Standardentscheidung bereithält. Folglich ist es zuständig für die anstrengenden mentalen Aktivitäten. Sie beanspruchen unsere Konzentration. Auch dazu ein paar Beispiele: Eindeutig in den Zuständigkeitsbereich von System 2 fallen komplexe Berechnungen oder die Konzentration auf einen Startschuss beim Wettlauf. System 2 durchsucht unser Gedächtnis, um ein ungewöhnliches Geräusch zu identifizieren und wir brauchen es, um eine Steuererklärung anzufertigen. System 2 beurteilt auch die Angemessenheit unseres Verhaltens in einer sozialen Situation und so weiter. In all diesen Situationen ist Konzentration erforderlich.

(3) Die Tauglichkeit der Arbeitsteilung

Die Arbeitsteilung zwischen System 1 und System 2 ist grundsätzlich höchst effizient: Sie minimiert den Aufwand und optimiert den Ertrag. Normalerweise funktioniert das gut, weil System 1 zuverlässig arbeitet. Das ist eine der Ursachen dafür, dass die Menschen die Welt beherrschen. Zumindest sind viele davon überzeugt.

Allerdings hängt die Qualität der Arbeit unseres Gehirns auch davon ab, in welchem Zustand unser Körper ist. Dazu ist zu verweisen auf ein den meisten Anwesenden im Auditorium vermutlich bekanntes Experiment. Durchgeführt wurden Versuche mit Richtern, die sich mehrere Tage mit Anträgen auf Strafaussetzung zur Bewährung befassten. Bemerkenswert ist, dass bei allen Richtern eine Kurve erkennbar war, die Auskunft darüber gab, zu welchen Zeiten die meisten Anträge bewilligt wurden. Sie hing unmittelbar mit der Nahrungsaufnahme zusammen. So erreichten die Strafaussetzungen zur Bewährung kurz nach Einnahme einer Mahlzeit einen Anteil von 65 %, während die Rate in den Stunden danach wesentlich niedriger lag. So sank sie bis auf etwa Null vor dem nächsten Mahl. Danach stieg sie wieder katapultartig an.²⁹ Abbildung 2 zeigt den Verlauf der Kurve. Seit ich das weiß, versuche ich, meine Hauptverhandlungstermine möglichst so zu legen, dass Entscheidungen kurz nach der Mittagspause anstehen. Ich komme auch nicht mehr auf die Idee, kurz vor der Mittagspause über die Aufhebung von Haftbefehlen zu diskutieren.

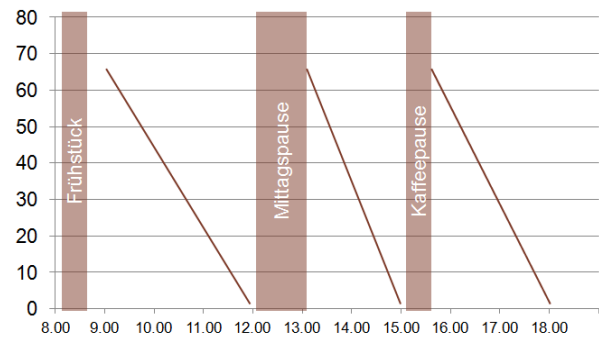


Abbildung 2: Erfolgs Wahrscheinlichkeit eines Aussetzungsantrages

System 2 muss aber nicht nur regelmäßig gefüttert werden. Ein mindestens ebenso großes Problem ergibt sich daraus, dass es nur dann arbeitet, wenn es motiviert ist oder gezwungen wird. Anders als System 1 lässt es sich abschalten bzw. muss eingeschaltet werden. Das begrenzt die Rationalität unserer Entscheidungen, wenn sich eine Standardentscheidung in System 1 erst einmal verfestigt hat und eine Motivation fehlt, sie in Frage zu stellen. Dann ist es unglaublich schwierig, System 2 nachhaltig zu aktivieren.³⁰ Es bedarf dann schon besonderer Umstände, um der besseren Erkenntnis zum Erfolg zu verhelfen. Homosexuelle wissen davon ein Lied zu singen. Und das gilt noch heute im Justizalltag. Ich meine damit nicht die vereinzelt vorkommenden Amtsrichter, die wir alle kennen und von denen man meinen könnte, sie hätten überhaupt kein System 2. Nein, ich meine die unterbleibende Einschaltung von System 2 in Gesetzgebung und höchststrichterlicher Rechtsprechung, was noch heute zu schier unerträglichen Ergebnissen führt. Dazu drei Beispiele:

Die meisten von Ihnen werden sich schon oft gewundert haben, wie kompliziert die Regeln zur Bildung nachträglicher Gesamtstrafen sind (§ 55 StGB). Da gibt es unverhofft auftauchende Zäsuren, Härteausgleich, den plötzlichen Wegfall einer Zäsur und so weiter. Bisweilen kommt man sich vor wie in einem sich ständig verändernden Zauberwald, den nur noch der durchschaut, der ihn gestaltet. Wenn Sie bisher Angst hatten, womöglich nicht die Befähigung zu haben, das Regelwerk zu verstehen, habe ich eine gute Nachricht für Sie: Es liegt nicht an Ihnen. Es liegt am Regelwerk. Es ist nicht zu verstehen, weil es in sich nicht stimmig ist.³¹ Es ist total irrational. Es kümmert sich nur keiner darum, weil sich zu wenige dafür interessieren.

Dazu folgender Fall: Hier in Dresden stand 1997 ein vorbestrafter Mann vor Gericht. Er war wegen eines Diebstahls zu einer sechsmonatigen Bewährungsstrafe verurteilt worden. Die Strafe war noch nicht erledigt, als er wegen dreier Totschläge angeklagt wurde. Zwei davon hatte er vor der Bestrafung wegen Diebstahls begangen, einen danach. Die Verurteilung wegen Diebstahls begründete eine Zäsur. Er bekam für die ersten beiden Taten unter Einschluss der Verurteilung wegen Diebstahls 14 Jahre und für den dritten Totschlag 12 Jahre

²⁸ Kahneman (Fn. 25), S. 38.

²⁹ Shai Danziger, Jonathan Levav und Liora Avnaim-Pesso, Extreme Factors in Judicial Decisions, Proceedings of the National Academy of Sciences 108 (2011), S. 6889 – 6892. Vgl. auch <http://www.spiegel.de/wissenschaft/mensch/justiz-studie-muede-richter-entscheiden-gegen-angeklagte-a-756452.html>

³⁰ Vgl. dazu Kahneman (Fn. 25), S. 55 ff.

³¹ Ausführlich dazu Wilhelm NStZ 2008, 425 ff. sowie ZIS 2007, 82 ff.

und drei Monate, insgesamt also 26 Jahre und 3 Monate.³² Die nachstehende Abbildung 3 skizziert den Vorgang der Strafenbildungen. Der Täter beging kurze Zeit nach dem Urteil Selbstmord.

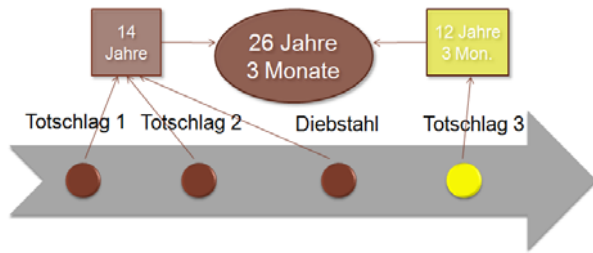


Abbildung 3: Nachträgliche Gesamtstrafenbildung unter Berücksichtigung der die Zäsur bildenden Strafe

Ursache für diese drakonische Strafe war die zwischenzeitliche Verurteilung wegen des Diebstahls. Die Frage, warum diese Verurteilung so eine Wirkung haben konnte, erklärt Ihnen Ihr System 1 vermutlich mit der Warn- und Appellfunktion dieser Verurteilung. Es sagt Ihnen, dass der Täter die Vorteile einer Gesamtstrafe nicht verdient habe, weil er trotz der Verurteilung weitere Straftaten begangen hätte.³³ Wenn Sie sich das so erklären, befinden Sie sich in guter Gesellschaft. Der BGH hat das auch einmal so entschieden.³⁴ Das Bundesverfassungsgericht sieht es bis heute so.³⁵ Irgendwie leuchtet das ja auch ein.

Es gibt allerdings ein Problem, das die These von der Warn- und Appellfunktion ad absurdum führt. Es ist nämlich nach dem unüberbrückbaren Gesetzeswortlaut so, dass eine zwischenzeitliche Verurteilung nur so lange in eine Gesamtstrafe einfließen kann, wie sie nicht vollstreckt ist. Und wenn sie nicht mehr einbezogen werden kann, entfaltet sie auch keine Zäsurwirkung mehr. Stattdessen ist eine Gesamtstrafe von maximal 15 Jahren für alle noch nicht abgeurteilten Taten zu bilden – § 53 Abs. 1 StGB.³⁶ Die nachstehende Abbildung illustriert das.

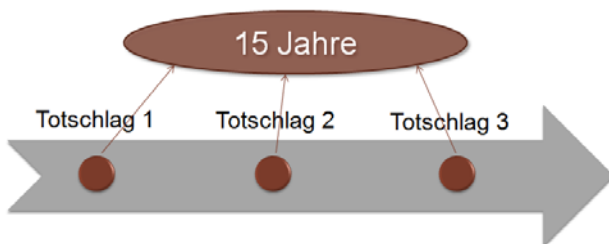


Abbildung 4: Nachträgliche Gesamtstrafenbildung nach Wegfall der Zäsur

Das bedeutet, dass einer Verurteilung eine Warn- und Appellfunktion nur bis zum Abschluss ihrer Vollstreckung zukommt.

³² LG Dresden Ur. v. 6.1.1999 – 5 Ks 411 Js 40035/96; vgl. auch BGH NStZ 1999, 182.

³³ So formuliert erstmals von Stree JR 1987, 73; vgl. auch BGH NStZ 1999, 182.

³⁴ BGHSt 33, 367.

³⁵ NStZ 1999, 500 sowie Beschluss vom 26.05.1999, 2 BvR 694/99.

³⁶ BGH NStZ 2005, 32 = HRRS 2004 Nr. 288.

ckung beizumessen wäre. Diese Überlegung hat jedoch allenfalls noch Unterhaltungswert. Eine Strafe kann ihren Schrecken unmöglich durch ihre Vollstreckung verlieren. So modern ist unser Strafvollzug nun auch wieder nicht.

Die Konsequenz zwischenzeitlicher Strafvollstreckung erledigt nicht nur die These von der Warn- und Appellfunktion, von der sich der BGH übrigens – ersatzlos – wieder verabschiedet hat.³⁷ Sie führt außerdem zu dem höchst ungerechten Ergebnis, dass die Höhe der Strafe in dem Beispielsfall davon abhing, ob die zur Bewährung ausgesetzte Freiheitsstrafe während der Untersuchungshaft vollständig vollstreckt worden war. Wäre das geschehen, wäre der Täter zu höchstens 15 Jahren Freiheitsstrafe verurteilt worden. Die unterbliebene Vollstreckung führte zu beinahe 27 Jahren. Im Extremfall hätte eine Urteilsverkündung einen Tag vor oder nach Ablauf der Vollstreckung einen Unterschied von 12 Jahren Freiheitsstrafe ausgemacht.

Sie werden mir zustimmen, dass diese Konsequenzen eigentlich jeden vernünftigen Menschen schlussfolgern lassen müsste, dass da etwas ganz Grundsätzliches nicht stimmt und geändert werden muss.³⁸ Der BGH hat in einer Sache entsprechende Zweifel auch durchaus geäußert, es dabei aber belassen.³⁹ Nach allem geschieht nichts, um diesen durch und durch unerträglichen Zustand zu ändern. Er ließe sich durch eine Vielzahl weiterer Beispielsfälle leicht illustrieren.⁴⁰ Wenn einer ihrer Mandanten eine derart himmelschreiende Ungerechtigkeit zu erwarten hat, sollten sie erwägen, das Bundesverfassungsgericht anzurufen. Es wartet vielleicht auf eine Gelegenheit zur Korrektur.

Ein weiteres Beispiel: Es fällt mir schon seit längerem zunehmend schwer nachzuvollziehen, dass Richter Importeure von Cannabis zu Freiheitsstrafen von 8, 9 oder 10 Jahren und mehr verurteilen, um sich danach vor dem Gerichtsgebäude eine Zigarette anzuzünden und abends eine Flasche Rotwein zu trinken. Wenn ich bedenke, was ein Angeklagter sonst angestellt haben muss, um derart drakonisch bestraft zu werden, kann ich oftmals nur mit dem Kopf schütteln. Vergewaltigung, Raub und sogar Totschlag oder versuchter Mord werden bei uns milder bestraft als der Import von Cannabis, wenn nur die Menge groß genug ist, der Täter womöglich noch ein Taschenmesser bei sich führte oder mit zwei weiteren Mittätern unterwegs war. Rational ist das nicht erklärbar.

Im Gegenteil, bei näherem Hinsehen ergeben sich erhebliche Zweifel, ob das Verbot von Cannabis überhaupt noch rational begründet ist. Dazu ist zunächst darauf hinzuweisen, dass das Bundesverfassungsgericht im Jahr 1994 feststellte, dass wir – völlig unabhängig vom

³⁷ BGH NStZ-RR 2001, 368; BGHR StGB, § 55 Abs. 1 Satz 1, Anwendungspflicht 1, vgl. weiter BGH NStZ 1997, 593.

³⁸ Weil auch ich dieser Überzeugung bin, habe ich ein Konzept vorgeschlagen, wie man das Problem lösen könnte, ohne das Gesetz zu ändern (ZIS 2007, 82; eine Kurzfassung findet sich in NStZ 2008, 425). Es gibt in der Literatur Stimmen, die den Vorschlag unterstützen (Eschelbach, in: SSW-StGB, 2. Aufl. (2014), § 55, Rn. 13). Der BGH hat sich damit noch nicht befasst.

³⁹ BGH, Beschl. vom 17.7.2000 – 5 StR 280/00.

⁴⁰ Vgl. Wilhelm NStZ 2008, 425 ff. sowie ZIS 2007, 82 ff.

Rauschmittel – kein sich aus der Verfassung ergebendes „Recht auf Rausch“ haben.⁴¹ Es wäre dem Gesetzgeber danach erlaubt, sämtliche Rauschmittel, also auch Alkohol und Nikotin, zu verbieten. Unsere Bundestagsabgeordneten machen von dieser Machtfülle nur keinen Gebrauch. Das geschieht in vielen Fällen vermutlich zunächst einmal wegen der eigenen Betroffenheit. Überdies wären sie nach der nächsten Wahl bestimmt alle arbeitslos, der Staat bekäme mit Blick auf die ausfallenden Steuereinnahmen von ca. 20 Mrd. € jährlich erhebliche Finanzierungsprobleme⁴² und die Beschäftigten der Alkohol- und Tabakindustrie wären ebenfalls arbeitslos. Also erlauben uns unsere Bundestagsabgeordneten den Konsum von Alkohol und Tabak. Das wird der eine oder andere von Ihnen heute Abend bestimmt noch mit einem Trinkspruch zu würdigen wissen.

Nun hat das *Bundesverfassungsgericht* im Zusammenhang mit dem Nichtraucherschutz im Jahr 2008 entschieden, dass Verbote zum Schutze der Volksgesundheit nur im Rahmen eines durchdachten und folgerichtigen Konzepts ausgesprochen werden dürften. Ausgehend davon sei – wie es im zu entscheidenden Fall geschehen war – nicht nachvollziehbar, einerseits Raucherräume in Gaststätten zu erlauben und andererseits das Rauchen in Diskotheken generell zu verbieten. Mit dieser Begründung hob das *Bundesverfassungsgericht* das generelle Rauchverbot in Diskotheken auf.⁴³

Das ist durchaus schlüssig. Übertragen auf das Verbot von Cannabis müsste der Gesetzgeber sich danach indes fragen, ob es einem durchdachten Konzept folgt, Alkohol und Tabak zu erlauben und Cannabis zu verbieten. Er müsste in den Blick nehmen, dass an den Folgen des Konsums von Tabak weltweit jährlich sechs Millionen⁴⁴ (120.000 allein in Deutschland⁴⁵) und an den von Alkohol jährlich 2,25 Millionen Menschen⁴⁶ (74.000 allein in Deutschland⁴⁷) sterben.⁴⁸ Alkohol ist außerdem die Ursache für unzählige Gewalttaten und Verkehrsunfälle. Demgegenüber gibt es keine Erkenntnisse dazu, dass Cannabis annähernd vergleichbare Auswirkungen hat. Auch die These von Cannabis als Einstiegsdroge auf dem Weg zum Heroin ist überholt, wenn man den Angaben der Bundeszentrale für gesundheitliche Aufklärung Glauben schenken darf.⁴⁹ In den USA wird das Cannabis-Verbot nicht zuletzt deshalb mehr und mehr zum histori-

schen Relikt.⁵⁰ Das macht es schlicht unverständlich, die gefährlicheren Drogen Alkohol und Nikotin zu erlauben, während Cannabis verboten bleibt. Unser Gesetzgeber und das *Bundesverfassungsgericht* befassen sich mit derartigen Überlegungen nur nicht. Sie werden wissen warum. Vielleicht kann Sie die Arbeitsgruppe 5 des morgigen Tages dazu bewegen, System 2 ein wenig mehr zu bemühen und darüber einmal nachzudenken.

Auf ein vollkommen lustloses und nicht zu motivierendes System 2 treffen die in System 1 modellierten Entscheidungen, wenn Tabus ins Spiel kommen. Um sich durchzusetzen, erzeugt System 1 sogar nur anstrengend zu bekämpfende Ekelgefühle.⁵¹ Das trug die Strafbarkeit der Homosexualität durch die Jahrhunderte und wirkt noch heute bei § 173 StGB. Diese Norm verbietet es zwei erwachsenen Menschen, miteinander geschlechtlich zu verkehren, wenn sie denselben Vater oder dieselbe Mutter haben.⁵² Das Gesetz stellt dazu veraltet ausschließlich auf den Beischlaf, den vaginalen Geschlechtsverkehr, ab.⁵³ In der JVA Leipzig verbüßte bis zum 3. Juni 2009 ein junger Mann insgesamt dreieinhalb Jahre Haft, weil er 18-fachen – jederzeit einvernehmlichen und auf einer Liebesbeziehung beruhenden – Geschlechtsverkehr mit einer Blutsverwandten hatte.⁵⁴

Ihr System 1 hat dafür – neben dem Ekel, den Sie bei der Vorstellung empfinden – vermutlich die Erklärung parat, dass eine solche Beziehung verboten werden muss, weil sie behinderte Kinder hervorbringen kann. Wenn das so ist, befinden Sie sich erneut in guter Gesellschaft. Sieben von acht Richtern des *Bundesverfassungsgerichts* hatten im Jahr 2008 dieselbe Assoziation und begründeten unter anderem damit ihre Entscheidung, § 173 StGB nicht für verfassungswidrig zu erklären.⁵⁵ Die Assoziation sitzt so tief, dass dabei übersehen wurde, dass es außerhalb von § 173 StGB längst dem gesellschaftlichen Konsens entspricht, dass „Eugenik“ oder der „Schutz vor der Entstehung behinderten Lebens“ keine Grundlage für irgendeine Gesetzgebung sein darf. Schon die Idee, ähnlichen Risikogruppen wie behinderten Menschen oder Menschen mit Erbkrankheiten die Fortpflanzung zu verbieten, liegt außerhalb jeder Vorstellung. Sie ist nicht zuletzt mit Blick auf die diesbezüglichen Aktivitäten der Nazis im Gegenteil selbst ein Tabu.⁵⁶ Art. 3 Abs. 2 der Grundrechte-Charta der EU-Verfassung enthält ein absolutes Verbot gesetzgeberischer Aktivitäten zur Durchsetzung eugenischen Gedankenguts. Die rechtswissenschaftliche Literatur nennt die eugenische Argumentation des *Bundesverfassungsgerichts* deshalb völlig zu Recht „unvertretbar“⁵⁷.

⁴¹ BVerfGE 90, 145 (145):

⁴² <http://www.handelsblatt.com/politik/deutschland/ueber-18-milliarden-euro-tabak-und-alkohol-bringen-steuereinnahmen-in-rekordhoehe/7382826.html>

⁴³ Urteil vom 30.07.2008 – 1 BvR 3262/07, 1 BvR 402/08, 1 BvR 906/08.

⁴⁴ <http://www.who.int/gho/tobacco/en/index.html>.

⁴⁵ <http://www.derwesten.de/panorama/jaehrlich-zehntausende-tote-durch-alkohol-id7795729.html>.

⁴⁶ http://www.who.int/substance_abuse/publications/global_alcohol_report/msbgsruprofiles.pdf.

⁴⁷ http://www.welt.de/welt_print/wissen/article8194870/74-000-Alkoholtote-pro-Jahr-in-Deutschland.html.

⁴⁸ <http://www.heise.de/tp/news/In-der-naechsten-Generation-ist-der-Tabakkonsum-beseitigt-2101825.html>.

⁴⁹ <http://www.bzga.de/infomaterialien/suchtvorbeugung/cannabis-basisinformation/>

⁵⁰ <http://www.spiegel.de/panorama/justiz/marihuana-in-usa-immer-mehr-bundesstaaten-legalisieren-cannabis-a-942124.html>.

⁵¹ Kahneman (Fn. 25), S. 133, 136.

⁵² BVerfG NStZ 2008, 614 = HRRS 2008 Nr. 260.

⁵³ Fischer, Kommentar zum StGB, 61. Aufl. (2014), § 173, Rn. 9.

⁵⁴ EGMR Stübing vs. Germany, Application No. 43547/08, Beschluss vom 12.04.2012 = HRRS 2008 Nr. 434.

⁵⁵ BVerfG NStZ 2008, 614 = HRRS 2008 Nr. 260.

⁵⁶ BT-Drucks. 6/1552, S. 14; 6/3521, S. 17 f.

⁵⁷ Hassemer NJW 2008, 1137, 1142 f.; Hörnle NJW 2008, 2085, 2087; Zabel JR 2008, 453, 455; Roxin StV 2009, 544, 547; Fischer (Fn. 53), § 173, Rn. 5.

Nicht nur das müssen sich die sieben die Entscheidung tragenden Richter vorhalten lassen. Der achte war der kürzlich leider verstorbene *Winfried Hassemer*, ein großer Wissenschaftler, Lehrer und Richter. Er war der einzige Strafrechtler im Senat und widersetzte sich der Mehrheit. Ich möchte das nicht unerwähnt lassen.⁵⁸ Leider konnte auch er einen noch gravierenderen und kaum zu glaubenden Fehler beim Zusammenspiel von System 1 und System 2 seiner Kollegen nicht verhindern.

So hat das *Bundesverfassungsgericht* in seiner Entscheidung auch die Frage erörtert, ob das strafbewehrte Verbot des Beischlafs ein sich liebendes Halbgeschwisterpaar nicht in eine ausweglose und damit die Menschenwürde verletzende Lage bringen würde. Dieser Konflikt zwischen dem Verbot einerseits und dem Drängen der sich Liebenden andererseits erscheint in der Tat unlösbar. Denn wer sich liebt und nicht miteinander geschlechtlich verkehren darf, befindet sich durchaus in einer ausweglosen Lage.

Sieben der acht Mitglieder des 2. *Senats* hatten jedoch eine Lösung parat. Sie argumentierten, verboten sei doch nur den Beischlaf, also der vaginale Geschlechtsverkehr, während jede andere Sexualpraktik erlaubt sei. Mit anderen Worten, das *Bundesverfassungsgericht* erlaubt es dem Gesetzgeber, den vaginalen Geschlechtsverkehr zu verbieten, weil Analverkehr, Oralverkehr und alles andere nicht strafbar sind. Und weil ich vermute, dass Sie mir das womöglich nicht glauben, zitiere ich jetzt wörtlich aus dem Beschluss. Er bedient sich selbstverständlich einer weniger deutlichen Wortwahl, als sie sich ein Strafverteidiger leisten kann. Es heißt dort:⁵⁹

„Da das strafrechtliche Inzestverbot nur ein eng umgrenztes Verhalten zum Gegenstand hat und die Möglichkeiten intimer Kommunikation nur punktuell verkürzt, werden die Betroffenen auch nicht in eine mit der Achtung der Menschenwürde unverträgliche ausweglose Lage versetzt.“

Die Richter, die das unterschrieben haben, wollten gewiss nicht zynisch sein, auch wenn es auf die Betroffenen den Anschein gemacht haben dürfte. Sie haben die Reichweite des Satzes vermutlich ebenso wenig überschaut wie die Folgen ihrer Ausführungen zur Eugenik. Das belegt nicht nur, wie verbrämt Rationalität auch im 21. Jahrhundert noch daherkommt. Es verdeutlicht, dass unser System 2 nicht nur abhängig ist vom Glukosepegel unseres Körpers. Es schaltet sich überdies nur höchst widerwillig ein, wenn das nicht ausschaltbare System 1 eine Standardentscheidung parat und der Mensch kein Interesse hat, System 2 mit der sorgfältigen Prüfung dieser Entscheidung zu beauftragen. Das nicht abschaltbare System 1 drängt immer wieder zur fest verankerten Standardentscheidung und System 2 wird nicht hinreichend aktiv, weil es nicht interessiert ist. Mit anderen – einfacheren – Worten: *Albert Einstein* hatte Recht, als er sagte:

*„Es ist leichter, einen Atomkern zu spalten, als ein Vorurteil.“*⁶⁰

⁵⁸ Hassemer NJW 2008, 1137, 1142 f.

⁵⁹ BVerfG NStZ 2008, 614 = HRRS 2008 Nr. 260.

⁶⁰ *Albert Einstein*, Physiker, (1879 – 1955).

b. Der Hang, kohärenten Geschichten zu glauben

Fehlendes Interesse und verfestigte Vorurteile sind nicht die einzigen Hindernisse auf dem Weg zur fehlerfreien Abwägung und Entscheidung. Es kommt hinzu, dass ein Entscheidungsapparat wie unser Gehirn, das die Außenwelt vorrangig auf gespeicherte Modelle für eine Standardentscheidung durchsucht, nur die Informationen verarbeiten kann, die es sieht. Wenn System 1 die eingehenden Informationen als ausreichend ansieht, um eine Standardentscheidung abzurufen, führt das zu dem Problem, dass das Unsichtbare keine Berücksichtigung bei der Entscheidung mehr findet. Mit anderen Worten: Wir ignorieren das Unsichtbare, auch wenn es denkbar ist.⁶¹

Wir tun das vor allem dann, wenn uns plausibel klingende Geschichten präsentiert werden. Sie passen gut in die von System 1 gespeicherten Muster. Sie haben deshalb besonders große Chancen, auch bei dünner Datenlage geglaubt zu werden. Das gilt für kohärente, also zusammenhängende und auf den ersten Blick widerspruchsfreie Geschichten. Besonders leicht werden diese Geschichten geglaubt, wenn sie aus einer als vertrauenswürdige eingeschätzten Quelle stammen und ein paar weitere Voraussetzungen vorliegen. Die Psychologie hat die Mechanismen, die insoweit in uns arbeiten, näher erforscht.

(1) Spontanentscheidungen

Mit Hilfe verschiedener Experimente wurde nachgewiesen, dass System 1 bereits mit ersten Wahrnehmungen auf der Grundlage einer Plausibilitätskontrolle Überzeugungen bildet, obwohl eine kritische Betrachtung die Entscheidungsgrundlage viel zu dürftig erscheinen lässt. Dazu möchte ich – beispielhaft – auf folgendes Experiment hinweisen:⁶²

Eine Versuchsgruppe wurde mit der Frage konfrontiert, ob eine ihnen unbekannte Person mutmaßlich eine gute Führungskraft sein würde. Um das zu beurteilen, wurden Eigenschaften der Person mitgeteilt.⁶³ Konkret wurde gesagt, die Person sei

„intelligent und durchsetzungsstark“.

Die mit Abstand meisten Personen bejahten daraufhin die Frage nach der Eignung als Führungskraft. Wenn Sie so sind wie die meisten Menschen, gingen Ihre Überlegungen ebenfalls in diese Richtung.

Das war eine verfrühte Entscheidung. Denn die Person hätte ja durchaus intelligent und durchsetzungsstark, außerdem aber auch noch grausam und korrupt sein oder wegen Mordes im Gefängnis sitzen können. Trotzdem teilte ihnen ihr System 1 eine erste Entscheidung mit. Wir entscheiden eben lieber, als dass wir fragen, wenn die wahrgenommenen Daten eine erste Plausibilitätskontrolle passieren und damit eine Standardentscheidung im

⁶¹ *Kahneman* (Fn. 25), S. 112, nennt das die „What you see is all there is“-Regel.

⁶² *Kahneman* (Fn. 25), S. 108 ff.

⁶³ *Kahneman* (Fn. 25), S. 112.

System 1 abrufen. Diese Voraussetzung erfüllt die Mitteilung der Eigenschaften „intelligent und durchsetzungsstark“, wenn wir dazu befragt werden, ob der so beschriebene Mensch eine bestimmte Aufgabe erfüllen kann. Das Unsichtbare spielt bei dieser Entscheidung keine Rolle, denn – um es zu wiederholen, weil es so wichtig ist – System 1 interessiert sich nur für das Sichtbare.

Die Psychologie leitet daraus die allgemeine Erkenntnis ab, dass der Mensch sich auch auf unzureichender Informationsgrundlage Überzeugungen bildet, sobald System 1 eine Standardentscheidung parat hat. Oder anders gesagt: Der Mensch bildet sich zu schnell eine Meinung. Das ist übrigens der tiefe Grund dafür, warum Menschen ständig Urteile fällen über Dinge, von denen sie keine Ahnung haben. Dazu erinnere ich erneut an den Fall *Kachelmann*, der weitgehend unter Ausschluss der Öffentlichkeit verhandelt wurde. Es gab so gut wie keine Informationen insbesondere zum Aussageverhalten der Anzeigerstatterin. Trotzdem hatte jeder eine Meinung dazu, ob er schuldig oder unschuldig ist.⁶⁴ Dasselbe Prinzip wirkt übrigens Woche für Woche bei der Frage, ob der Trainer seiner Lieblingsmannschaft die richtige Aufstellung gewählt hat.

(2) Der Halo-Effekt

Die Entdeckung eines Modells durch System 1 bewirkt überdies eine Weichenstellung. Sie beeinflusst die Bewertung der nachfolgend eingehenden Daten. Die erste Einordnung in ein gespeichertes Modell sorgt dafür, dass die Bewertung der nachfolgenden Informationen angepasst wird an die bereits gebildete Überzeugung. Die Psychologen nennen das Halo-Effekt. Er bewirkt, dass wir zusätzliche Informationen durch die Brille der bereits mitgeteilten aufnehmen. Anders gesagt, wir interpretieren die folgenden Informationen im Sinne einer Bestätigung unserer ersten Entscheidung. Das ist ebenfalls wissenschaftlich belegt, was sich erneut mit einem einfachen Beispiel verdeutlichen lässt. Versuchsgruppen wurden danach gefragt, was sie von zwei Personen hielten, die wie folgt beschrieben wurden:⁶⁵

Laura: intelligent – fleißig – impulsiv – kritisch – eigensinnig – neidisch

Gudrun: neidisch – eigensinnig – kritisch – impulsiv – fleißig – intelligent

Wenn Sie so sind wie die meisten Menschen, haben Sie von *Laura* eine bessere Meinung als von *Gudrun*, obwohl beiden in Summe dieselben Eigenschaften zugeschrieben werden. Die Reihenfolge der Mitteilung beeinflusste Ihr Bild. Daraus leiten Psychologen den allgemeinen Satz ab:

Wenn wir uns bei einer Bewertung in eine Richtung entschieden haben, färbt die erste Festlegung die nächste Information und so

⁶⁴ Einige Medien ließen ihre Leser sogar während des laufenden Prozesses über Schuld oder Unschuld abstimmen, was von der Justiz zu Recht scharf kritisiert wurde, siehe dazu <http://www.tagesschau.sf.tv/Nachrichten/Archiv/2011/05/31/Vermischtes/Kachelmann-Prozess-Richter-kritisiert-Medien-und-Oeffentlichkeit>

⁶⁵ *Kahneman* (Fn. 25), S. 109.

*weiter. Wir bewerten die Folgeinformationen so, dass sie sich besser einfügen in die bereits gebildete Überzeugung.*⁶⁶

(3) Der Einfluss der Mehrheit

Überaus irrational kann es auch werden, wenn uns eine Bewertung als allgemein akzeptierte Erkenntnis präsentiert wird. In derartigen Situationen tendieren wir dazu, uns unabhängig vom eigenen Urteilsvermögen der Mehrheit anzuschließen. Das kann zu geradezu bizarr anmutenden Ergebnissen führen. Auch das wurde experimentell belegt. So wurde z. B. Versuchsgruppen von jeweils neun Personen eine Leinwand präsentiert, auf die nacheinander 18 Aufgaben projiziert wurden. Die Versuchspersonen sollten sehr einfache Fragen zur Übereinstimmung einzelner Linien beantworten. Eine Beispielsaufgabe sehen Sie an der Leinwand. Die Fragestellung ging dabei dahin, welche der Linien auf der linken Seite mit der auf der rechten Seite übereinstimmt.

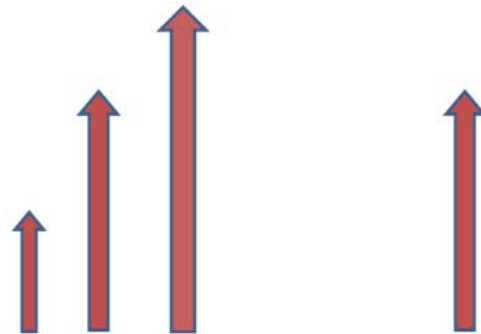


Abbildung 5: Fehlerquelle Mehrheitseinflüsse

Acht der neun Probanden wurden jeweils instruiert, bei sechs der 18 Aufgaben gleichlautend eine falsche Antwort zu geben, die der neunte Proband vor seiner eigenen Antwort erfuhr. Ergebnis war, dass sich sage und schreibe 76 % der nicht eingeweihten Probanden von der Mehrheitsmeinung dahin bringen ließen, zumindest eine der ganz offensichtlich falschen Antworten mitzutragen.⁶⁷ Sie werden das vielleicht nicht glauben, aber es ist wahr.

(4) Instinkte

Maßgeblichen Einfluss nehmen schließlich unsere Instinkte auf unsere Überzeugungsbildung. Zusammen mit unserer übertriebenen Entscheidungsfreude, unserem Hang, plausible Geschichten zu glauben und unserer Affinität zur Mehrheit ist das nicht nur der Nährboden, den Betrüger und Heiratsschwindler nutzen. Es ist zugleich die Basis, auf der ganze Weltanschauungen und Religionen gedeihen. In diesen Fällen erbringt unser Hirn Höchstleistungen als im wahrsten Sinne des Wortes Sinn stiftendes Organ. Es fügt Informationen hinzu, die gar nicht zum Input gehören, um den aufgenommenen In-

⁶⁶ *Kahneman* (Fn. 25), S. 108 ff.

⁶⁷ *Kevin Dutton*, *Der Gehirnflüsterer*, 5. Aufl. (2011), S. 114.

formationen einen Sinn zu geben oder die Geschichte bei Inkonsistenzen wieder kohärent zu machen.⁶⁸

Das Muster erklärt nicht nur, warum Anlagebetrüger und Heiratsschwindler immer wieder Erfolg haben. Es erklärt auch das Geschehen an den Finanzmärkten, deren Akteure die Welt schon mehr als einmal an den Rand des Abgrundes gebracht haben, weil sie ehrlichen Herzens an die Sicherheit von Finanzprodukten glaubten, nur weil das plausibel war, es ihre Gier bediente und alle anderen auch daran glaubten.⁶⁹ Es erklärt, warum an den zum überwiegenden Teil – bei rationaler Betrachtung – doch sehr unwahrscheinlichen Aussagen der Religionen Milliarden von Menschen glauben. Ohne den Respekt vor dem Glauben Einzelner in Frage stellen zu wollen, dürfte es eine unbestreitbare Aussage sein, dass wir schlicht nicht wissen können, ob es einen Gott gibt oder nicht. Es gibt daneben eine Vielzahl wissenschaftlicher Erkenntnisse, die es extrem unwahrscheinlich machen, dass ein Gott vor 5000 Jahren die Erde in sieben Tagen schuf und der Mensch sein Ebenbild ist. Gleichwohl glauben einer Umfrage zufolge noch heute immerhin 70 % der republikanischen Wähler in Georgia, USA, daran, dass die biblische Schöpfungsgeschichte zutreffend die Entstehung der Welt und des Menschen beschreibt.⁷⁰ Diese Menschen mag man belächeln. Aber sie sind genauso überzeugt wie die, die sich in Flugzeugen in Wolkenkratzer stürzen, weil sie ehrlichen Herzens glauben, dass im Jenseits Jungfrauen auf sie warten. Sie blenden aus, dass die Wissenschaft der Erde ein weit höheres Alter attestiert und denken nicht darüber nach, wo die vielen bemitleidenswerten Jungfrauen eigentlich herkommen sollen. All diese Menschen funktionieren nicht anders als wir. Ihre Überzeugungsbildung folgt dem gleichen Muster wie bei uns: Sie vertrauen auf eine plausible Geschichte, die aus einer als vertrauenswürdig eingeschätzten Quelle, der Bibel oder dem Koran, stammt. Milliarden andere glauben sie auch und sie ist voller Verheißungen. Unser Gehirn formt unter diesen Bedingungen aus wenigen Informationen Geschichten, von deren Richtigkeit wir felsenfest überzeugt sind.

c. Überzeugungsbildung im Gerichtssaal

Ich muss Sie vermutlich gar nicht mehr fragen, ob es diese Einflussfaktoren auf die Überzeugungsbildung nach Ihrer Erfahrung auch im Gerichtssaal gibt. Wer schon einmal versucht hat, eine bereits überzeugte Kammer „umzudrehen“, der weiß: Das Muster ist unübersehbar identisch. Es ist nicht wegzudenkender Bestandteil unseres Alltags.

Es verblüfft mich immer wieder, wie sich Kriminalbeamte aus diffusen Telefonaten Geschichten zusammenreimen, die den Handel mit Betäubungsmitteln belegen sollen, schlicht weil sie nach Bestätigung ihrer Arbeitshypothese suchen. Oder denken Sie an weinende Anzeigerstatuerinnen oder bemitleidenswerte Kinder, die als Zeugen

zunächst bei der Polizei und dann vor Gericht erscheinen. Ihre Erzählungen vereinen alle Eigenschaften, die eine Geschichte haben muss, um bevorzugt geglaubt zu werden. Polizisten und Richter sehen eine weinende Frau oder bemitleidenswerte Kinder. Sie erzählen widerspruchsfreie Geschichten, die mühelos die Eingangskontrolle von System 1 passieren. Vordergründig geben die Zeugen nicht den geringsten Anlass, an ihren Worten zu zweifeln. Sie sind zwar fremd und es ist nichts über sie bekannt. Sie könnten notorische Lügner sein, geheim gehaltene oder unverständliche Motive für eine Falschbelastung haben oder schlicht an etwas glauben, was gar nicht geschehen ist. Polizisten und Richter orientieren sich aber nur an dem, was sie sehen, solange es sich in ihre modellierte Vorstellungswelt einfügt. Es ist die Plausibilität der Geschichte, die Vertrauen schafft, ganz gleich, wer die Geschichte erzählt.

Auf diesem Nährboden bilden sich erste Überzeugungen. Sie beeinflussen die Bewertung nachfolgender Ermittlungsergebnisse, insbesondere der Version des womöglich zu Unrecht einer Straftat bezichtigten Beschuldigten, und sei es, dass ihm nicht geglaubt wird, jedenfalls nicht im vorgeworfenen Maße schuldig zu sein. Niemand sucht nach der Bestätigung seiner Version. Gesucht wird der Widerspruch in seinen Bekundungen, weil das die bereits vorhandene Annahme bestätigt. Polizisten glauben den Angaben der den Tatvorwurf bestätigenden Zeugen, weil es sie auch selbst bestätigt. Staatsanwälte sehen keinen Anlass, die Ermittlungen der Polizei in Frage zu stellen und Gerichte halten Staatsanwaltschaften für ebenso zuverlässig arbeitende wie vertrauenswürdige Quellen.⁷¹ Richter vertrauen sich auch untereinander und auf die sorgfältige Arbeit des Berichterstatters.⁷² Allerspätstens der Eröffnungsbeschluss stellt dann die Weiche im Sinne des *Inertia-Effekts*,⁷³ wonach neue Informationen nichts mehr ändern, wenn sie nur wie auch immer mit der Anklage in Übereinstimmung gebracht werden können.⁷⁴

Bis zur Aussage der Zeugen in der Hauptverhandlung hat sich längst eine Mehrheit der mit der Sache Befassten eine Überzeugung gebildet. Die Schuld des Angeklagten ist zur „herrschenden Meinung“ geworden – ein Umstand, der in der Rechtswissenschaft schon im Studium Einfluss nimmt auf die Überzeugungsbildung. Interne Konflikte der Entscheidungsträger sind nur selten zu befürchten. Wenn Angeklagte mich fragen, ob es möglich sei, dass „die da oben“ sich seinetwegen womöglich auch mal streiten würden, habe ich das noch nie guten Gewissens zu bejahen vermocht. Welcher Beisitzer riskiert schon einen Konflikt mit der ihn beurteilenden Vorsitzenden. Dienstliche Hierarchien, das tägliche Miteinander, kollegiale Beziehungen, mitunter freundschaftliche Verbundenheit und das Selbstverständnis als „Team“ fördern den Konsens, nicht den Konflikt. Solange sich keine massiven Anhaltspunkte für Zweifel aufdrängen, lautet die Standardentscheidung von System 1, sich der Mehrheit anzuschließen. Sogar bei der Auswahl der Pflichtverteidiger

⁶⁸ Kahneman (Fn. 25), S. 100, 247 ff; vgl. auch Nassim Nicholas Taleb (Fn. 10), S. 87 ff.

⁶⁹ http://de.wikipedia.org/wiki/Finanzkrise_ab_2007#Verbriefung_von_US-Hypothekenkrediten.

⁷⁰ http://www.huffingtonpost.com/2013/08/08/georgia-republicans-creationism_n_3726445.html.

⁷¹ Vgl. dazu auch Fischer StV 2014, 47, 51.

⁷² Fischer NSTZ 2013, 425.

⁷³ Pitz/Downing/Reinhold, Sequential Effects in the Revision of Subjective Probabilities, in: Canadian Journal of Psychology, Vol. 21(5), 1967, 381.

⁷⁴ Vgl. zum Ganzen auch Eschelbach HRRS 2008, 190.

wird darauf geachtet, möglichst keinen beizuordnen, der den Prozess allzu kritisch begleitet.

Um eine einmal gewonnene Überzeugung nicht zu gefährden und die Integrität ihrer Kollegen nicht in Zweifel ziehen zu müssen, glauben Richter sogar Geschichten, die gar nicht wahr sein können. Oder was geht ihnen durch den Kopf, wenn sich Vernehmungsbeamte und Ermittlungsrichter angeblich perfekt und detailreich an den Inhalt von Jahre zurückliegenden Zeugenaussagen erinnern, während sie nichts dazu berichten können, wie der Zeuge aussah, welche Kleidung er trug, wer das Protokoll führte, in welchem Raum die Vernehmung stattfand oder was sie vor bzw. nach der Vernehmung gemacht haben? Es kommt eben immer darauf an, was gerade gebraucht wird, um die bereits gebildete Meinung zu bestätigen. Wer schon einmal einen von der Verteidigung zur Entlastung benannten Richter im Zeugenstand erlebt hat, der sich – durchaus nachvollziehbar – nicht einmal rudimentär an das erinnern konnte, was eine von ihm vernommene Person ausgesagt hatte, der weiß, was ich meine.

Unerschütterlich ist schließlich das richterliche Vertrauen in die eigene Unvoreingenommenheit bzw. die der Kollegen. Neulich saß ich mit einem Mandanten nach der Aufhebung eines Urteils durch den BGH einer Schwurgerichtsbesetzung gegenüber, in der einer der Richter bereits am aufgehobenen Urteil mitgewirkt hatte.⁷⁵ Mein Mandant war fassungslos und sich sicher, dass dieser Richter voreingenommen sei. Aus höchstrichterlicher Sicht war das jedoch keine „verständige Würdigung des Sachverhalts“. ⁷⁶ Für den BGH ist die erneute Befassung desselben Richters bekanntlich kein Ablehnungsgrund⁷⁷ und im Regelfall auch kein Grund für eine Besetzungsrüge.⁷⁸ Spätestens diese Rechtsprechung liefert den unwiderlegbaren Beweis, dass Richter ihren Kollegen nicht einmal dann misstrauen, wenn das jedem gesunden Menschenverstand widerspricht.

Wenn der Beschuldigte seine Unschuld oder seine hinter dem Vorwurf zurückbleibende Schuld nicht beweisen kann, sieht er sich außerdem mit dem Problem konfrontiert, dass eine plausible Geschichte den Beschützerinstinkt in gleicher Weise wecken kann wie das Bedürfnis nach Bestrafung des vermeintlichen Täters. Und die alle Beteiligten instinktiv – die Verteidiger nehme ich da keinesfalls aus – oftmals abstoßende Aussicht, die Zeugen anhören und befragen zu müssen, erweist sich – bisweilen gepaart mit Faulheit – als zusätzliches Hindernis, die bereits gebildete Überzeugung in Frage zu stellen. Erneut gilt: Das Unsichtbare findet keine Berücksichtigung, auch wenn es denkbar bleibt. Denn System 1 urteilt ohne das Unsichtbare, ganz gleich ob es denkbar bleibt oder nicht. Im Urteil lesen wir dann Standardsätze, die sich tief eingegraben haben im System 1 unserer Richter, wie z. B.:

⁷⁵ LG Görlitz, 14 Ks 200 Js 13725/11.

⁷⁶ Zum Maßstab für eine Ablehnung vgl. nur BGHR StGB § 24 II Vorsitzender 8.

⁷⁷ BGH NStZ 1981, 298.

⁷⁸ BGH 5 StR 416/12 v. 28.11.2012.

„Die Kammer konnte kein Falschbelastungsmotiv des/der Zeugen/in erkennen.“

Im Revisionsverfahren – darauf komme ich gleich noch einmal zurück – ist die Überzeugungsbildung des Tatrichters ohnehin nur begrenzt einer Überprüfung zugänglich. Und in einem Wiederaufnahmeverfahren kommt die Autorität eines rechtskräftigen Urteils hinzu. Es determiniert die Überzeugung eines Richters mindestens so sehr wie die Bibel den Papst oder der Koran den Selbstmordattentäter. Er will gar nichts anderes mehr glauben, als das, was der Kollege schon rechtskräftig festgestellt hat. Der Psychologe nennt das „Perseveranzeffekt“.⁷⁹ Der wirkt auch dann, wenn der Justiz auf dem Weg zur Rechtskraft unübersehbare Fehler unterlaufen sind. Der uns hier beehrende Richter am Bundesgerichtshof Ralf Eschelbach hat Recht, wenn er unter Berufung auf die Journalistin Barbara Rückert sagt, dass

„die generell wiederaufnahmefeindliche Justiz nach Eintritt der Rechtskraft 'kratzt und beißt', wenn ihr – zu Recht – grobe Fehler vorgeworfen werden“.⁸⁰

Diese Automatismen ignorieren beharrlich, dass es ein ganz erhebliches Risiko gibt, dass die gewonnene Überzeugung falsch sein könnte, weil etwas Entscheidendes übersehen oder gar ausgeblendet wird. Und das gilt nicht nur in Aussage-gegen-Aussage Situationen. Es gilt stets, wenn eine objektiv dünne Beweislage Grundlage der Überzeugungsbildung ist. Das Muster wirkt in sämtlichen Fällen, in denen der Tatrichter im besonderen Maße auf die Zuverlässigkeit und Aussagekraft weniger Indizien oder einzelner Zeugen angewiesen ist. Das Unsichtbare – aber Denkbare – wird ignoriert, auch wenn nur **eine** zusätzliche Information genügen würde, um das gesamte Bild zu sprengen. Der BGH gibt das sogar ausdrücklich vor. Allzu fantasievolle und sich auf die Suche nach dem Unsichtbaren begebende Tatrichter weist er immer mal wieder zurecht, indem er formuliert:⁸¹

„Für die neue Hauptverhandlung weist der Senat darauf hin, dass der Tatrichter weder mit Blick auf den Zweifelssatz noch sonst gehalten ist, zu Gunsten des Angeklagten von Sachverhaltsvarianten auszugehen, für deren Vorliegen das Beweisergebnis keine konkreten tatsächlichen Anhaltspunkte erbracht hat“.

Dabei kann sich das Risiko der Ignoranz unsichtbarer Details fatal auswirken. Jörg Kachelmann brachte eine kohärente Geschichte aus vermeintlich vertrauenswürdiger Quelle nicht nur in Untersuchungshaft.⁸² Sie beschädigte seinen Ruf für immer. Exemplarisch ist weiterhin auf den tragischen Fall des Lehrers Horst Arnold hinzuweisen. Er hatte angeblich seine Kollegin Heidi K. in der

⁷⁹ Dazu Lay, Urteils- und Gedächtnisverzerrungen bei der Bewertung von Umweltschadensfällen, Diss. Freiburg (2001), S. 38 ff.

⁸⁰ Vgl. zum Ganzen auch Eschelbach HRRS 2008, 190, 198.

⁸¹ Vgl. erneut BGH, Beschl. vom 1.8.2013 – 4 StR 189/13 = HRRS 2013 Nr. 773, sowie BGH, Urt. v. 13.12.2012 – 4 StR 33/12 (wistra 2013, 195, 196 = HRRS 2013 Nr. 213) und 21.12.2008 – 1 StR 292/08 (NStZ-RR 2009, 90, 91 = HRRS 2008 Nr. 1095) und Beschl. v. 23.10.2008 – 1 StR 526/08 = HRRS 2009 Nr. 73.

⁸² Vgl. dazu auch den Artikel von Barbara Rückert in „Die ZEIT“ vom 24.02.2011.

großen Pause im Biologie-Vorbereitungsraum vergewaltigt. Er war zu fünf Jahren Gefängnis verurteilt worden. Die ihn verurteilende Kammer sah nicht, dass es sich bei Heidi K. um eine notorische Lügnerin handelte. Die vom BGH insoweit – siehe oben⁸³ – verlangten „konkreten tatsächlichen Anhaltspunkte“ waren unsichtbar für das Landgericht Darmstadt. Das besiegelte das Schicksal von Horst Arnold. Das Beispiel sollte uns alle daran zweifeln lassen, die subjektive Überzeugung des Tatrichters und die Ignoranz des Unsichtbaren zum Maß aller Dinge zu machen.

d. Überzeugungsbildung im Revisionsverfahren

Ich werde am Ende meiner Ausführungen noch einmal darauf zurückkommen, wie der Gesetzgeber und die Rechtsprechung diesem Problem begegnen müssten. Zuvor möchte ich noch darauf eingehen, dass die Ignoranz des Unsichtbaren im Revisionsverfahren sogar zum Prinzip wird.⁸⁴

Im Revisionsverfahren besteht die Aufgabe des Gerichts bekanntlich darin, die Richtigkeit des tatrichterlichen Urteils zu überprüfen. Das gelingt nicht immer, wie wir alle wissen. Exemplarisch ist erneut auf das Beispiel Horst Arnold hinzuweisen. Mit donnernden Worten wurde er im Wiederaufnahmeverfahren vom Landgericht Kassel freigesprochen.⁸⁵ Der dortige Richter sparte nicht mit Kritik an dem Darmstädter Gericht, das ihn verurteilt hatte. Es habe gegen „elementare Grundregeln der Wahrheitsfindung verstoßen“.⁸⁶ Die Revision gegen dieses Urteil war vom BGH gleichwohl als „offensichtlich unbegründet“ zurückgewiesen worden.⁸⁷ Horst Arnold hatte beim BGH keine Chance.

Auch ohne Einblick in die Verfahrensakten gehabt zu haben, wage ich die Aussage, dass das auch daran lag, dass der BGH den tatrichterlichen Überzeugungsbildungsprozess prinzipiell nur auf dessen Plausibilität überprüft. Eine inhaltliche Auseinandersetzung findet nicht statt. Das liegt auch und gerade an einer kohärenten Geschichte, an die der BGH glaubt, obwohl sie nicht wahr ist. Sie hat ebenfalls alle Eigenschaften, die eine Geschichte braucht, um bevorzugt geglaubt zu werden – zumal sie aus der vertrauenswürdigsten Quelle stammt, die der BGH kennt. Der BGH ist es selbst, der sich diese Geschichte erzählt. Es ist die Geschichte vom „Rekonstruktionsverbot“ im Revisionsverfahren.⁸⁸

Das „Rekonstruktionsverbot“ hat zum Inhalt, dass es im Revisionsverfahren nicht möglich sein soll, Beweiserhebungen aus der Tatsacheninstanz daraufhin zu überprüfen, ob sie den Feststellungen des Tatrichters entsprachen oder nicht. Dogmatisch handelt es sich um ein Beweiserhebungsverbot. Begründet wird das Dogma damit, das Revisionsverfahren enthalte keine Regeln für eine derartige Beweisaufnahme. Eine Rekonstruktion z. B. der Aussage eines Zeugen würde deshalb gegen die „Ordnung des Revisionsverfahrens“ verstoßen.⁸⁹ Das bewirkt, dass nicht im Urteil sichtbare Fehler des Tatrichters für das Revisionsgericht unsichtbar bleiben. Es macht die Ignoranz des Unsichtbaren – die Hauptfehlerquelle schlechthin auf dem Weg zur Überzeugungsbildung – zum vorgegebenen Bestandteil des Revisionsverfahrens. Daneben macht es die Hauptverhandlung im Ergebnis bedeutungslos. Denn entscheidend ist danach nicht mehr, was in der Hauptverhandlung geschehen ist. Entscheidend ist, was der Tatrichter darüber aufgeschrieben hat. Man ist versucht, frei nach Hans Kelsen zu sagen:⁹⁰

Denn der Rechtssatz lautet nicht: Wenn der Tatrichter gegen § 261 StPO verstoßen hat, ist das Urteil aufzuheben, sondern: Wenn der Tatrichter sein Urteil nicht „revisions sicher“ schreibt, hebt das Revisionsgericht das Urteil auf.⁹¹

Dabei erfüllt die Geschichte vom „Rekonstruktionsverbot“ sämtliche Voraussetzungen, um die Eingangskontrolle von System 1 eines Strafrechters mühelos zu passieren. Das macht sie so gefährlich. In der Tat sollte das Revisionsverfahren keine Tatsacheninstanz sein. Es gibt keine Vorschriften für die Beweisaufnahme, die den Regeln für die tatrichterliche Hauptverhandlung entsprechen. Überdies stammt die Geschichte aus einer übermächtigen Quelle. Der BGH verfügt über so große Autorität, dass das „Rekonstruktionsverbot“ nur selten in Frage gestellt wird. So wurde seine Akzeptanz zur herrschenden und beinahe unangefochtenen Mehrheitsmeinung.⁹² Nicht einmal in den von ausgewiesenen Strafverteidigern verfassten Standardwerken zur Revision, gemeint sind die Werke von Dahs,⁹³ Hamm⁹⁴ und Schlothauer/Weider⁹⁵, wird das „Rekonstruktionsverbot“ in Frage gestellt. Die Verwendung der Begriffe „Ordnung“ und „Verbot“ sprechen unsere deutschen Urinstinkte offenbar in einem Maße an, das Kritik erst gar nicht aufkommen lässt.

Eine unvoreingenommene Suche nach dem Unsichtbaren in der Argumentation des BGH führt freilich zu dem Ergebnis, dass es ein „Rekonstruktionsverbot“ im Revisionsverfahren gar nicht gibt. Ein einfacher Blick ins Gesetz zeigt, dass die StPO kein Beweiserhebungsverbot im

⁸³ Fn. 81.

⁸⁴ Das gilt ausdrücklich nicht für die Rechtsprechung zu § 344 Abs. 2 Satz 2 StPO, z. B. BGH StV 2006, 237 = HRRS 2006 Nr. 280. Danach muss eine Revision auch über Nichtereignisse berichten, wenn sie in Betracht kommen, um der Revision den Boden zu entziehen. Das ist ein Grund dafür, dass so viele Verfahrensrügen scheitern.

⁸⁵ LG Kassel, Urt. v. 05.07.2011 – 1620 Js 16973/08 1 Kls.

⁸⁶ <http://m.faz.net/aktuell/gesellschaft/kriminalitaet/urteil-im-fall-horst-arnold-eine-erlogene-vergewaltigung-12572251.html>.

⁸⁷ BGH, Beschluss vom 13.12.2002 – 2 StR 444/02.

⁸⁸ Vgl. Wilhelm ZStW 2005, [117], S. 143 ff. und StV 2012, S. 74.

⁸⁹ Ständige Rechtsprechung, vgl. nur BGH NStZ 1992, 506, 507; 1997, 296; 2008, 55

⁹⁰ Siehe oben, Fn. 4.

⁹¹ In diesem Sinne auch Ventzke HRRS 2010, 461.

⁹² Vgl. nur Schluckebier, in: SSW-StPO (2013), § 261, Rn. 62 ff.; Ott, in: Karlsruher Kommentar zur StPO, 7. Aufl. (2013), § 261, Rn. 78 ff.; Sander, in: Leipziger Kommentar zur StPO, 12. Aufl. (2010), § 261, Rn. 173 ff.

⁹³ Dahs, Die Revision im Strafprozess, 8. Aufl. (2012), S. 187 ff.

⁹⁴ Hamm, Die Revision in Strafsachen, 7. Aufl. (2000), S. 519

⁹⁵ Schlothauer/Weider, Verteidigung im Revisionsverfahren, 2. Aufl. (2013), Rn. 2503; vgl. aber auch Schlothauer StV 1992, 134, 135.

Revisionsverfahren regelt.⁹⁶ Richtig ist zwar, dass der historische Gesetzgeber umfangreiche Beweiserhebungen in der Revisionsinstanz nicht geplant hatte. Tatsache ist aber auch, dass er nicht die Absicht hatte, Urteile vor der Aufhebung zu bewahren und Menschen ins Gefängnis zu schicken, nur weil die Gesetzesverstöße bei der Urteilsfindung mit den vom BGH so genannten „Mitteln des Revisionsrechts“ nicht sichtbar gemacht werden können. Kein Mensch hat jemals ernsthaft behauptet, dass es der Gesetzgeber in Kauf nehmen wollte, dass unschuldige Menschen ins Gefängnis wandern, weil der Tatrichter die Angaben eines Sachverständigen oder eines Zeugen im Urteil falsch wiedergegeben hat.

Die Wahrheit ist, dass der Gesetzgeber sich schlicht geirrt hat, als er die „Ordnung des Revisionsverfahrens“ schuf. Er hat nicht damit gerechnet, dass es Gesetzesverstöße geben kann, die ohne Beweisaufnahme im Revisionsverfahren unsichtbar bleiben. Die gibt es aber sehr wohl.⁹⁷ Und dieser Irrtum ist die unsichtbare Kleinigkeit, die der BGH beharrlich ignoriert, wenn er das „Rekonstruktionsverbot“ verteidigt. Die Wahrnehmung dieses kleinen Details ändert alles. Dieser Irrtum des Gesetzgebers ist das Tausendstel, das Edward Lorenz bei der Wiederholung seines meteorologischen Experiments vernachlässigte.⁹⁸

Den Beweis dafür liefert der BGH selbst. Denn er hält sich nicht konsequent an das von ihm erfundene „Rekonstruktionsverbot“. Wenn es darum geht, Revisionsverfahren „effizienter“ zu machen, fühlt sich der BGH schon lange nicht mehr an die angeblich vom Gesetzgeber zwingend vorgegebene „Ordnung des Revisionsverfahrens“ gebunden. Das beweist das Protokollberichtigungsverfahren. Es erledigt die Beweiskraft des Protokolls, bei dem sich der Gesetzgeber auch nicht vorstellen konnte, dass es fehlerhaft abgefasst werden könnte. Deshalb verlieh er dem Protokoll absolute Beweiskraft. Der BGH hat inzwischen eingesehen, dass es keine tragfähige Grundlage gibt, der irrumsbedingten Vorstellung des Gesetzgebers vom Dogma der Unwiderlegbarkeit des Protokolls Nibelungentreue zu folgen. Also hat er das von der gesetzlichen „Ordnung des Revisionsverfahrens“ ebenfalls nicht vorgesehene Protokollberichtigungsverfahren eingeführt. Dort wird geprüft, ob ein nicht protokollierter Vorgang nicht doch stattgefunden hat.⁹⁹ Das ist nichts anderes als eine Rekonstruktion der Hauptverhandlung.¹⁰⁰

In Ermangelung eines gesetzlichen Beweiserhebungsverbotes gibt es weder Staatsanwaltschaften noch Gerichte, die die Richter des BGH wegen Rechtsbeugung verfolgen, weil sie mit dem Protokollberichtigungsverfahren gegen eine strafprozessuale Regel verstoßen. Das hat den 5. Senat zuletzt ermutigt, selbst einen Sachbeweis zu erheben. Er hat ein Sachverständigengutachten zu einer DNA-Spur eingeholt. Es wird Sie nicht wundern, dass es nicht darum ging, der Revision eines Angeklagten zum Erfolg zu verhelfen. Es ging um den Nachweis, einem

vom Tatrichter abgelehnten Beweisantrag eines Verteidigers den Stempel einer wider besseres Wissen und somit rechtsmissbräuchlich aufgestellten Beweisbehauptung aufzudrücken. Die Beweiserhebung führte zu dem vom BGH antizipierten Ergebnis und ermöglichte die Zurückweisung der Revision.¹⁰¹ Der Vorsitzende des 5. Senats, Clemens Basdorf, hat im Anschluss an diese Entscheidung in der NSTZ die Frage aufgeworfen: „Was darf das Revisionsgericht?“¹⁰² Er meinte damit die Befugnisse des BGH, Beweise zu erheben.¹⁰³ Meine Antwort darauf ist ganz kurz: Das Revisionsgericht darf **alles**, weil es kein Gesetz und kein Gericht gibt, die ihm irgendetwas verbieten. Es geht gar nicht darum, was das Revisionsgericht **darf**. Es geht darum, was es tun **muss**, um der materiellen Gerechtigkeit zum Sieg zu verhelfen.

Dazu gehört ganz sicher, dass sich der BGH von dem selbst auferlegten und inzwischen willkürlich angewandten „Rekonstruktionsverbot“ befreit.¹⁰⁴ Denn es führt dazu, dass auch und gerade im Revisionsverfahren die Mechanismen wirken, die am ehesten geeignet sind, fehlerhafte Überzeugungen zu begründen. Die Ignoranz des im Urteil nicht Sichtbaren bewirkt, dass die Überzeugungsbildung des Revisionsrichters allein von der Plausibilität der ihm präsentierten Geschichte abhängt. Der frühere Vorsitzende des 2. Strafsenats, Burkhard Jähnke, vertrat dazu ausdrücklich die Auffassung, es ginge – soweit es § 261 StPO anbelangt – in der Revision nur um eine allein von System 1 des erfahrenen Revisionsrichters zu erledigende Plausibilitätskontrolle. Danach läge ein Erörterungsmangel nur dann vor, wenn der kundige Leser ihn „auf den ersten Blick“ erkenne. Benötige er einen zweiten Blick, könne von einem Rechtsfehler nicht die Rede sein.¹⁰⁵ Der GBA verweist in seinen Antragschriften immer wieder darauf.¹⁰⁶ Es gibt zwar – soweit ersichtlich – keine Entscheidung des BGH, die das explizit bestätigt. Plausibilität ist im Revisionsverfahren gleichwohl das Maß aller Dinge. Das zeigt sich spätestens daran, dass der BGH allzu vorsichtige Tatrichter gern maßregelt, wenn sie trotz Plausibilität der Urteilsgründe im Sinne einer Verurteilung wegen verbleibender Zweifel freisprechen. Dann kritisiert der BGH, trotz Plausibilität freigesprochen zu haben. Wir kennen ihn alle, den Satz¹⁰⁷:

¹⁰¹ BGH NSTZ 2012, 526 = HRRS 2012 Nr. 516; Vgl. dazu auch BGH Urteil vom 10. Juli 2013 – 2 StR 47/13 = HRRS 2013 Nr. 757.

¹⁰² Basdorf NSTZ 2013, 186.

¹⁰³ Kritisch dazu Knauer NSTZ 2012, 583.

¹⁰⁴ So auch Frisch FS Eser, 2005, S. 273 ff., 277 ff.; ders. FS Fezer, 2008, 368 ff.

¹⁰⁵ Jähnke, in: Festschrift für Hanack, 1999, S. 355, 364.

¹⁰⁶ Vgl. zum Beispiel die Antragschrift im Verfahren 5 StR 479/13.

¹⁰⁷ BGH NSTZ 2011, 648. Die Liste der Urteile, die der BGH wegen aus seiner Sicht übertriebener Zweifel des Tatrichters aufgehoben hat, ist lang: vgl. nur BGH, Urt. v. 6. 11.1998 – 2 StR 636/97, BGHR § 261 Beweiswürdigung 16 m.w.N.; BGH, Urt. v. 26.06.2003 – 1 StR 269/02, NSTZ 2004, 35, 36; BGH, Urt. vom 16.03.2004 – 5 StR 490/03; BGH Urt. v. 1.2.2007 – 4 StR 474/06; NSTZ-RR 2009, 248 = HRRS 2007 Nr. 207; NSTZ 2010, 292 = HRRS 2010 Nr. 48; BGH Urt. v. 12.08.2010 – 4 StR 147/10 = HRRS 2010 Nr. 714; BGH NSTZ 2012, 205 = HRRS 2011 Nr. 1135.

⁹⁶ Ott (Fn. 92), Rn. 90, hält es für ein „ungeschriebenes Verbot“.

⁹⁷ Frisch FS Eser, 2005, S. 257, 277 f.

⁹⁸ Ausführlich dazu Wilhelm ZStW 2005, [117], S. 143 ff.

⁹⁹ BGH St 51, 298.

¹⁰⁰ Vgl. dazu auch Alsberg, Ausgewählte Schriften, 1992 (1913), S. 58/89 ff.

„Die Erwägungen des Landgerichts ... lassen ... besorgen, dass es überspannte Anforderungen an die zu einer Verurteilung erforderliche Überzeugungsbildung gestellt hat“.

Bei einer plausiblen Geschichte, die auf eine Täterschaft hindeutet, ist es für den Tatrichter danach schwerer, den BGH von verbleibenden Zweifeln zu überzeugen, als von der Täterschaft des Angeklagten. Wer weiß, hätte das LG Darmstadt Horst Arnold freigesprochen, der BGH hätte das Urteil womöglich aufgehoben.

III. Konsequenzen

Die Psychologie lehrt uns, dass wir anfällig sind für vor-schnelle Überzeugungen. Wir vertrauen Quellen, weil sie uns erzählen, was sich in unsere Vorstellungswelt einfügt. Bereits gebildete Überzeugungen färben neue Informationen und wir folgen Mehrheiten bisweilen nur, weil sich ihr so viele angeschlossen haben. Vor allem ignorieren wir das Unsichtbare, auch wenn es denkbar bleibt. Zahlreiche weitere irrationale Mechanismen wirken dabei in uns. Ich habe nur einige der aus meiner Sicht wichtigsten dargestellt. Die leider bereits ausgebuchte Arbeitsgruppe 7 des morgigen Tages wird gewiss noch tiefere Einblicke gewähren.

Es sollte sich eigentlich von selbst verstehen, dass diese Lehren Einfluss nehmen auf den Strafprozess, in dem Überzeugungsbildung über Schicksale entscheidet. Das ist aber nicht so. Die tragischen Fälle zu Unrecht verurteilter Menschen lösen nicht die Grundsatzdiskussion aus, die erforderlich wäre. Es wäre die Diskussion über die Konsequenzen der menschlichen Unzulänglichkeiten, die einer zuverlässigen Überzeugungsbildung im Wege stehen. Sie könnte nur enden mit einer Neubestimmung der tatrichterlichen Gewissheit, die für eine Verurteilung erforderlich ist. Statt sich zu fragen, ob sie hinreichend überzeugt und Feststellungen möglich sind, müssten Richter sich fragen, ob sie ausschließen können, dass ihre Überzeugung falsch ist.¹⁰⁸ Und wenn nur wenige hypothetische Veränderungen der Beweislage das gesamte Bild sprengen können, muss bereits dieser Umstand einer Verurteilung im Wege stehen. Denn keine Verbesserung der Sachverhaltsaufklärung oder andere Maßnahme wird jemals geeignet sein, die Probleme zu lösen, die sich aus unserem Menschsein ergeben. Es bleibt zu wünschen, dass von der sich diesem Thema widmenden Abschlussdiskussion am Sonntag ein Impuls für grundsätzliche Überlegungen ausgeht.

Mit Blick auf die uns in diesen Tagen besonders interessierende Hauptverhandlung lässt sich die Problematik auch wie folgt zusammenfassen: Unsere Hauptverhandlungen werden dominiert von im Ermittlungs- und Zwischenverfahren gebildeten Überzeugungen. Das Gericht setzt die Vorwürfe als zutreffend voraus und begibt sich auf die Suche nach Bestätigung. Neuere Entwicklungen

wie der das Ermittlungsergebnis als zutreffend voraussetzende Deal und die überzogene Bedeutung des Geständnisses befördern das wie ein Brandbeschleuniger ein bereits unkontrollierbar gewordenen Feuer. Es geht nur noch um die Bestätigung dessen, was ohnehin geglaubt wird. Das ist nach dem, was uns die Psychologie lehrt, das Gegenteil von dem, was erforderlich wäre. In den Mittelpunkt gehört etwas ganz anders. In den Mittelpunkt gehört nicht die Suche nach Bestätigung, in den Mittelpunkt gehört der Zweifel. Er muss die Hauptverhandlung dominieren. Die Suche nach Widerspruch muss die Aufgabe sein, nicht die Suche nach Bestätigung. Danach sucht der Mensch ganz von allein.¹⁰⁹

Der Zweifel – nicht die Suche nach Bestätigung – ist das personifizierte System 2. Er ist die Mutter der Aufklärung und der Vater der besseren Erkenntnis. Ihm gebührt die ständige Präsenz in der Hauptverhandlung. Doch leider unternehmen der Gesetzgeber und die Gerichte nichts, um das zu befördern. Und das ist kein Zufall. Es entspricht einem tief verankerten Verhaltensmuster. Der Zweifel war noch nie beliebt bei denen, die Macht und Herrschaft auf sich vereinen. Für sie bedeutet Zweifeln seit jeher drohende Veränderung – und damit Gefahr. Auch unsere Gerichte mögen ihn nicht.¹¹⁰ Sie zweifeln deshalb viel zu selten, am wenigsten an sich selbst.

Schon der große Goethe erkannte das Problem. Er widmete dem Zweifel deshalb ein kleines Gedicht. Es beschreibt in bildhaften Worten, was die Herrschenden und Machthaber von ihm halten. Mit diesem Gedicht werde ich jetzt dem Zweifel, dem besten Freund des Strafverteidigers, huldigen und damit meinen Vortrag beenden. Ich bedanke mich schon jetzt für die Lebenszeit, die sie mir geopfert haben.

Der Vers ist im zweiten Teil des „Faust“ zu finden. Dort kommt es zu Beginn – ich setze den Inhalt angesichts der Vielzahl junger Kolleginnen und Kollegen im Saal vorsorglich nicht als bekannt voraus – zu einer Szene am Hofe des Kaisers. Anwesend sind der provozierend auftretende Mephisto, der Kaiser, Faust, ein paar Hofschranzen und vor allem der Kanzler des Kaisers. Der Kanzler ist – wie sollte es anders sein – der Bewahrer des Bestehenden. Seine Aufgabe ist es, revolutionäres Gedankengut im Ansatz zu erkennen und im Keim zu ersticken. Wie Sie sich vorstellen können, hasst er nichts mehr als den Zweifel.

In der Szene geht es um die Lösung einer Krise. Mephisto schlägt diabolisch vor, „begabten Mannes Natur- und Geisteskraft“ zu nutzen. Dazu muss man wissen, dass Natur und Geist in der damaligen Vorstellungswelt die Symbole von Sündhaftigkeit bzw. des Teufels waren. Natur stand für Fleischeslust, also für Sünde. Und Geist stand für den Teufel. Der Kanzler – in einer modernen Inszenierung könnte er eine rote Robe tragen – macht

¹⁰⁸ Vgl. dazu aber BGH NStZ 2013, 420 = HRRS 2013 Nr. 431.

¹⁰⁹ Kahneman (Fn. 25), S. 106, 144.

¹¹⁰ Vgl. Fn. 106.

aus Sünde und Teufel die Eltern des Zweifels. Schlimmer geht es nicht. Doch es zeigt noch etwas anderes, was am Ende dann doch noch hoffen lässt. Es bringt die Angst vor unserem besten Freund zum Ausdruck und die ist nur allzu berechtigt. Er ist sehr widerstandsfähig und lässt sich nicht ausrotten. Es ist nur eine Frage der Zeit, bis er sich durchsetzt. Bei unserem Dichturfürsten liest sich das so:¹¹¹

¹¹¹ Goethe, Faust. Der Tragödie zweiter Teil in fünf Akten (1832), Erster Akt, Teil 1, Kaiserliche Pfalz.

„Natur und Geist, so spricht man nicht zu Christen,
deshalb verbrennt man Atheisten,
weil solche Reden höchst gefährlich sind.
Natur ist Sünde, Geist ist Teufel,
sie hegen zwischen sich den Zweifel,
ihr missgestaltet Zwitterkind.“

Aufsätze und Anmerkungen

UK Bribery Act 2010: Einführung in die Straftatbestände der Bestechung ausländischer Amtsträger und die Strafbarkeit von Unternehmen

Von RA Dr. Matthias M. Weiß, Mannheim

I. Einleitung

Der UK Bribery Act 2010 trat am 1. Juli 2011 in Kraft. Das Gesetz stellt lediglich Bestechungshandlungen unter Strafe, andere Fälle von „white collar crime“ sind nicht erfasst. Der UK Bribery Act 2010 ist eines der schärfsten Anti-Korruptionsgesetze weltweit:

- Es gilt für Privatunternehmen und die Öffentliche Hand;
- aktive und passive Bestechung sind strafbar;
- ein zielgerichteter Bestechungsvorsatz (sog. *corrupt intent*) wird – anders als etwa beim US *Foreign Corrupt Practices Act*¹ – gerade nicht verlangt;
- es wird eine verschuldensunabhängige Unternehmensstrafbarkeit² normiert, die in jeder Hinsicht sehr weit reicht.

Der Beitrag führt ein in die in der Überschrift genannten besonders praxisrelevanten Straftatbestände des *Bribery Act*. Die Ausführungen konzentrieren sich daher zum einen auf die (aktive) Bestechung ausländischer Amtsträger (*Bribery of foreign public officials*), geregelt in s 6³ (dazu unter II.). Zum anderen auf die Unternehmens-

strafbarkeit, geregelt in s 7 (dazu unter III.). Denn in beiden Fällen ist das Strafbarkeitsrisiko aufgrund der Weite des jeweiligen Tatbestandes hoch. Bei einer Verurteilung wegen der Bestechung ausländischer Amtsträger drohen dem Täter eine Gefängnisstrafe von bis zu zehn Jahren⁴, die Geldbußen für Unternehmen sind in der Höhe unbegrenzt.⁵ Am Ende des Beitrags steht eine Zusammenfassung (unter IV.).

II. Bestechung ausländischer Amtsträger (s. 6)

1. Anwendungsbereich

Der Anwendungsbereich von s 6 (*Bribery of foreign public officials*) ist zum einen dann eröffnet, wenn die Bestechungshandlung im UK stattfindet.⁶ Der Anwendungsbereich kann aber auch dann eröffnet sein, wenn im Ausland bestochen wurde. In diesem Fall kommt eine Strafbarkeit aber nur dann in Betracht, wenn der Täter eine enge Verbindung (*close connection*) zum UK hat.⁷ Wichtigste Fälle: Der Täter ist britischer Staatsbürger oder hat seinen gewöhnlichen Aufenthalt im UK.⁸

¹ Überblick zum *Foreign Corrupt Practices Act*: Cohen/Holland CCZ 2008, 7.

² Walther/Zimmer RIW 2011, 202; Klengel/Dymek HRRS 2011, 24; Hugger/Röhrich BB 2010, 2647; Weiß CB 2013, 225.

³ S = *section* (entspricht dem deutschen „§“; s ohne Gesetzesangabe sind solche des UK Bribery Act 2010); der Gesetzestext ist abrufbar unter Fehler! Hyperlink-Referenz ungültig. (Abruf: 29.4.2014).

⁴ S 11.1.

⁵ S 11.3.

⁶ S 12.1.

⁷ S 12.2.c.

⁸ Im Detail: s 12.4.

2. Tatbestandsvoraussetzungen

Strafbar ist, wer einem ausländischen Amtsträger einen finanziellen oder sonstigen Vorteil zukommen lässt. Dies gilt aber nur dann, wenn der Täter dabei im Sinn hat, den ausländischen Amtsträger in dieser Eigenschaft zu beeinflussen. Außerdem muss er beabsichtigen, Aufträge zu erhalten oder zu behalten („*obtain or retain business*“) oder Vorteile bei der Durchführung von Geschäften zu erhalten oder zu behalten („*obtain or retain an advantage in the conduct of business*“). Zwischen dem zugewandten Vorteil und dem Willen den ausländischen Amtsträger zu beeinflussen muss eine innere Verknüpfung bestehen. Folgende Punkte sind zu beachten:

- Es spielt keine Rolle, ob die Bestechung unmittelbar oder durch einen „Mittelsmann“ erfolgt⁹;
- auch das Zuwenden von Vorteilen an Dritte auf Verlangen des ausländischen Amtsträgers oder mit seiner Zustimmung ist tatbestandsmäßig¹⁰;
- ein wie auch immer geartetes Ausnutzen der Position des ausländischen Amtsträgers genügt (sein Zuständigkeitsbereich hat keinen Einfluss auf die Strafbarkeit).

Aber welche Personen fallen unter ausländischer Amtsträger (*foreign public official*)? Das Gesetz unterscheidet drei Gruppen:

- Solche, die eine Funktion in der Gesetzgebung, Verwaltung oder Justiz innehaben in einem Land oder Gebiet außerhalb des UK (gewählte und ernannte Personen fallen darunter);
- solche, die eine öffentliche Funktion für ein Land außerhalb des UK wahrnehmen (oder für ein öffentliches Unternehmen in diesem Land), etwa eine Gesundheitsbehörde.
- solche, welche eine „*public international organisation*“ (eine Organisation, die aus Ländern oder Regierungen besteht, etwa UN bzw. Weltbank) vertreten.

Unternehmen in der Privatwirtschaft sind vom Begriff „Öffentliches Unternehmen“ nicht erfasst; auch dann nicht, wenn der Staat der Mehrheitsgesellschafter oder sogar einzige Gesellschafter ist.¹¹

3. Ausschluss der Strafbarkeit

Eine Strafbarkeit scheidet aber aus, wenn die Beeinflussung nach dem auf den ausländischen Amtsträger anwendbaren geschriebenen Recht erlaubt ist. Die Strafverfolger müssen beweisen, dass dies nicht der Fall ist.¹² Weder lokale Bräuche noch Rechtsirrtümer hindern eine Strafbarkeit. Um das anwendbare geschriebene Recht zu ermitteln, sieht der UK Bribery Act eine gestufte Prüfungsreihenfolge vor¹³:

- Wenn die Handlung des ausländischen Amtsträgers, die der Täter beeinflussen möchte, dem Recht eines Teils des UK (England/Wales/Schottland oder Nordirland) untersteht, gilt das Recht dieses Teils;
- wenn das Recht dieses Teils nicht gilt und der ausländische Amtsträger eine öffentliche Funktion für eine „*public international organisation*“ ausübt, gilt das auf diese Organisation anwendbare Recht;
- gilt weder das Recht eines Teils des UK noch das Recht einer „*public international organisation*“ so gilt das Recht des Landes, für das der ausländische Amtsträger tätig ist (Recht meint hier auch richterliche Entscheidungen, wenn diese schriftlich veröffentlicht wurden).¹⁴

Dieser Ausschluss der Strafbarkeit erlangt insbesondere in folgender Konstellation Bedeutung: In Zusammenhang mit öffentlichen Ausschreibungen werden oft zusätzliche Investitionen in die lokale Wirtschaft verlangt. Damit kann ein Vorteil für einen ausländischen Amtsträger einhergehen. Solche Vorteile sind aber oft erlaubt nach dem auf den ausländischen Amtsträger anwendbaren Recht.¹⁵

4. Handlungsempfehlung

Die voranstehenden Ausführungen machen deutlich: Beim Umgang mit ausländischen Amtsträgern ist besondere Vorsicht geboten. Denn die Grenze zur Strafbarkeit ist schnell überschritten. Dies gilt umso mehr, wenn man bedenkt, dass die Bestechung ausländischer Amtsträger die Unternehmensstrafbarkeit nach s 7 auslösen kann (s.u. III., 1. unter d)). Kenne deine Geschäftspartner, heißt also die Devise. Vor diesem Hintergrund hat sich die Erstellung einer sog. *Risk List* bewährt, welche sog. *politically exposed persons* (Minister, Richter, Repräsentanten der Weltbank etc.) enthält. Die Personen im Unternehmen, die für den Bereich *Akquise*/Kundenpflege zuständig sind, sollten jedenfalls wissen, wann sie es mit einem ausländischen Amtsträger zu tun haben. Schließlich sollten die *Compliance*-Richtlinien des Unternehmens das Strafbarkeitsrisiko berücksichtigen. Dies kann etwa dadurch geschehen, dass man dem ausländischen Amtsträger die Reisekosten nur dann erstattet werden, wenn keine Treffen bei ihm vor Ort möglich ist. Der ausländische Amtsträger sollte nicht zu reinen Vergnügungsreisen eingeladen werden. Denn hier drängte sich den Strafverfolgern der Verdacht auf, dass das Unternehmen den ausländischen Amtsträger beeinflussen will. Die Folge sind strafrechtliche Ermittlungen. Aber wie kann man bereits den Anschein einer solchen Einflussnahme vermeiden? Die wichtigste Regel lautet: Auf den geschäftlichen Bezug achten. Dies kann etwa dadurch dokumentiert werden, dass dem ausländischen Amtsträger im Anschluss ein Memo übermittelt wird, in dem der wesentliche Inhalt der Besprechung zusammengefasst wird. Schließlich sollte sich die Einladung auf den ausländischen Amtsträger beschränken; Reisekosten Dritter, die in

⁹ S 6.3.a.i.

¹⁰ S 6.3.a.ii.

¹¹ *Holder/Alldridge*, Modern Bribery Law (2013), S. 27.

¹² *Raphael*, The Bribery Act 2010 (2010), S. 51.

¹³ S 6.7.

¹⁴ S 6.7.c.ii.

¹⁵ Sog. *offset scenario*; dazu: *Lawler*, Anti-Bribery and Corruption, 1. Auflage (2012), S. 89.

einer engen Beziehung zum ausländischen Amtsträger stehen (Ehe- oder Lebenspartner, Kinder etc.), sollten nicht übernommen werden. Bezüglich der für den ausländischen Amtsträger übernommenen Kosten gilt: Eine Reise in der *Business Class* ist unproblematisch, die *First Class* kann das Misstrauen der britischen Strafverfolger erwecken. Das Gleiche gilt sinngemäß für Hotels: Schön darf die Unterkunft sein, der ausländische Amtsträger sollte aber nicht in einer *Suite* des Hotels nächtigen.

III. Unternehmensstrafbarkeit (s 7)

1. Tatbestandsvoraussetzungen

a) Übersicht

Ein Unternehmen („*relevant commercial organisation*“) ist strafbar, wenn eine Person, die mit diesem Unternehmen verbunden ist („*associated person*“), eine andere Person besticht („*bribes another person*“). Diese verbundene Person muss bestechen, um Aufträge für das Unternehmen zu erhalten oder zu behalten („*intention to obtain or retain business*“) oder Vorteile für das Unternehmen bei der Durchführung von Geschäften zu erhalten oder zu behalten („*intention to obtain or retain an advantage in the conduct of business*“). Das Unternehmen haftet auch ohne Verschulden. Es ist aber ausnahmsweise dann nicht strafbar, wenn es nachweisen kann, dass es angemessene Vorkehrungen („*adequate procedures*“) getroffen hat, um Bestechungshandlungen durch mit ihm verbundene Personen zu verhindern (dazu III. unter 2.).¹⁶ Im Folgenden werden die Schlüsselbegriffe des Tatbestandes näher erläutert.

b) relevant commercial organisation¹⁷

Darunter fallen Körperschaften bzw. Partnerschaften, die nach dem Recht eines Teils des UK gegründet wurde und die unternehmerisch tätig ist; im UK oder irgendwo anders. Außerdem fällt jedwede andere Körperschaft bzw. Partnerschaft darunter (irrelevant wo gegründet), wenn sie wenigstens einen Teil ihrer Geschäfte im UK betreibt. Ist diese Voraussetzung, also das Betreiben eines Teils von Geschäften im UK gegeben, ist es für eine Strafbarkeit ohne Bedeutung, ob die Bestechungshandlung im UK oder irgendwo sonst auf der Welt begangen wurde.¹⁸ Die Strafverfolgungsbehörden/Gerichte im UK sind dann zuständig.¹⁹ Es muss keine – über das (teilweise) Betreiben von Geschäften im UK hinausgehende – Verbindung zwischen Bestechungshandlung und UK geben. Mit anderen Worten: Wird im (falsch verstandenen) Unternehmensinteresse bestochen, steht und fällt die Strafbarkeit mit dem „(teilweisen) Betreiben von Geschäften im UK“. Zwar existiert dazu bislang keine höchstgerichtliche Rechtsprechung, das rechtswissenschaftliche Schrifttum in Deutschland und im UK legen diese Voraussetzung tendenziell aber eher weit aus: Es genügt, wenn Waren über das Internet im UK verkauft werden.²⁰ Weiter ist es

ausreichend, wenn ein (deutsches) Unternehmen eine Zweigniederlassung, Repräsentanz, Produktions-, oder Betriebsstätte im UK betreibt.²¹ Teile des Schrifttums halten sogar eine einmalige Kundenbeziehung im UK für ausreichend.²² Alles in allem sollten sich (deutsche) Unternehmen darauf einstellen, dass die Schwelle zum „Betreiben von Geschäften im UK“ schnell überschritten wird.

c) associated person²³

Wenn eine Person Dienste im Auftrag oder für das Unternehmen leistet, ist sie mit dem Unternehmen verbunden. Ausweislich der *Guidance zum Bribery Act* sind sämtliche Personen erfasst, die für das Unternehmen bestechen können.²⁴ Weder die Zuständigkeit noch die Funktion der verbundenen Person spielen eine Rolle.²⁵ Natürliche und juristische Personen fallen darunter.²⁶ Der *Bribery Act* erwähnt ausdrücklich Arbeitnehmer des Unternehmens, Vertreter oder Tochtergesellschaften.²⁷ Bei Arbeitnehmern wird widerleglich vermutet, dass sie mit dem Unternehmen verbunden sind.²⁸ Entscheidend sind die Umstände des Einzelfalles. Auch Lieferanten können grundsätzlich eine *associated person* sein; dies gilt aber nicht, wenn sie lediglich Verkäufer sind und keine weiteren Dienstleistungen erbringen.²⁹ *Joint Ventures* sind besonders haftungsträchtig. Denn die *Joint Venture Partner* können miteinander verbunden sein. Je höher der Grad der Einflussnahmen auf das *Joint Venture*, desto höher das Haftungsrisiko. Entscheidend für die Haftung ist die Ausgestaltung des *Joint Ventures*.³⁰ Wird eine gemeinsame *Joint Venture* Gesellschaft durch die *Joint Venture Partner* gegründet, so haftet der jeweilige *Joint Venture Partner* (der jeweilige Gesellschafter der *Joint Venture* Gesellschaft) nicht zwingend für Bestechungen durch die gemeinsame *Joint Venture* Gesellschaft, sondern sind die *Joint Venture Partner* lediglich über Verträge verbunden (sog. vertragliches *Joint Venture*), so gelten die allgemeinen Kriterien. Entscheidend ist also, ob Dienste erbracht werden und daher der Vertragspartner als *associated person* einzustufen ist.

d) bribes another person

Dieses Tatbestandsmerkmal verlangt, dass eine *associated person* wegen aktiver Bestechung (s 1) oder Bestechung eines ausländischen Amtsträgers (s 6) strafbar wäre. Die

¹⁶ S 7.2.

¹⁷ S 7.5.

¹⁸ S 12.5.

¹⁹ S 12.6.

²⁰ *Lawler* (Fn. 15), S. 162.

²¹ *Walther/Zimmer* RIW 2011, 202; *Klengel/Dymek* HRRS 2011, 24.

²² *Hugger/Röhrich* BB 2010, 2646.

²³ S 8.

²⁴ *Guidance zum Bribery Act*: <http://www.justice.gov.uk/downloads/legislation/bribery-act-2010-guidance.pdf> (Abruf: 2.5.2014), S. 16.

²⁵ S 8.2.

²⁶ *Horder/Alldridge* (Fn. 11), S. 29.

²⁷ S 8.3.

²⁸ S 8.5.

²⁹ *Guidance zum Bribery Act*: <http://www.justice.gov.uk/downloads/legislation/bribery-act-2010-guidance.pdf> (Abruf: 2.5.2014), S. 16.

³⁰ *Guidance zum Bribery Act*: <http://www.justice.gov.uk/downloads/legislation/bribery-act-2010-guidance.pdf> (Abruf: 2.5.2014), S. 16.

associated person ist (bzw. wäre) auch dann strafbar, wenn die Bestechung „erfolglos“ war. Es ist irrelevant, ob die Tat verfolgt wurde oder nicht.³¹ Ebenso wenig ist es von Bedeutung, ob die *associated person* im UK ansässig oder britischer Staatsbürger ist.

e) intention to obtain or retain business

Der im Rahmen der Bestechung gewährte Vorteil muss zugewandt worden sein, um Vorteile für das Unternehmen zu generieren. Das Unternehmen haftet nicht, wenn die *associated person* (nur) im eigenen Interesse besticht. Die *associated person* kann freilich dennoch wegen aktiver Bestechung (s 1) oder Bestechung eines ausländischen Amtsträgers (s 6) strafbar sein.

2. Ausschluss der Strafbarkeit

Eine Strafbarkeit des Unternehmens scheidet aus (obwohl eine *associated person* bestochen hat), wenn das Unternehmen angemessene Vorkehrungen (*adequate procedures*)³² getroffen hat, um Korruption zu unterbinden. Dies muss das Unternehmen beweisen. Es gelten die (abgeschwächten) zivilrechtlichen Anforderungen an die Beweisführung (*balance of probabilities*). Im Kern muss das Unternehmen darlegen und beweisen, dass die Bestechungshandlung durch einen kriminellen Einzeltäter begangen wurde, der sich eigenmächtig über bestehende Compliance-Richtlinien hinwegsetzte.³³ Die übrigen Voraussetzungen, welche die Strafbarkeit begründen, müssen die Strafverfolger, wie sonst auch im englischen Strafprozess, „*beyond reasonable doubt*“ (deutlich strenger als *balance of probabilities*) beweisen. Die vom *Ministry of Justice* herausgegebene *Guidance zum Bribery Act* liefert Unternehmen Anhaltspunkte dafür, wann die Vorkehrungen angemessen sind (sog. *Six Principles*).³⁴ Wenn ein Unternehmen diese *Six Principles* beachtet, und ihre Umsetzung auf sein Korruptionsrisiko zuschneidet, kann es sein Strafbarkeitsrisiko deutlich verringern. Die *Six Principles* werden nachfolgend kurz dargestellt:³⁵

1. Analyse des unternehmensspezifischen Korruptionsrisikos („*risk assessment*“)

Das Unternehmen sollte sämtliche verfügbaren Informationsmöglichkeiten ausschöpfen. Führungskräfte und Mitarbeiter sollten zu den unternehmensspezifischen Risikofeldern befragt werden. In einige Branchen ist das Korruptionsrisiko höher als in anderen. Freilich verbieten sich generelle Aussagen, aber erfahrungsgemäß sind etwa die Branchen Öl, Gas und Pharma besonders gefährdet.

³¹ S 7.3.

³² S 7.2.

³³ Lawler (Fn. 15), S. 92.

³⁴ *Guidance zum Bribery Act*: <http://www.justice.gov.uk/downloads/legislation/bribery-act-2010-guidance.pdf> (Abruf: 2.5.2014), S. 20 ff.

³⁵ Ausführlich zur Einrichtung eines Compliance-Programms mit Blick auf diese *Six Principles* und z.T. hier aufgegriffen: Lawler (Fn. 15), S. 259 sowie Fox, *Best Practices under the FCPA and Bribery Act* (2013), S. 191.

2. Schaffung verständlicher und angemessener Compliance-Richtlinien und Strukturen zur Verhinderung von Korruption („*proportionate procedures*“)

Die Richtlinien sollten die Ergebnisse aus der Analyse des unternehmensspezifischen Korruptionsrisikos berücksichtigen. Es bietet sich an, zwischen einzelnen Ländern zu unterscheiden: Zusätzlich zu einer generellen Richtlinie, die für das ganze Unternehmen bzw. den ganzen Konzern gilt, empfiehlt es sich, spezielle Richtlinien für einzelne Länder zu erlassen, in denen das Unternehmen tätig ist. Sämtliche Richtlinien sollten anschaulich formuliert werden. Beispiele, die aufzeigen, wie man sich in bestimmten Situationen verhält, haben sich bewährt. Verstöße gegen die Compliance-Richtlinien sollten mit Sanktionen versehen werden, die Arbeitsverträge können entsprechende Klauseln vorsehen. Auch die Einrichtung einer *Whistleblower-Hotline* mag angedacht werden.

3. Korruptionsbekämpfung als Chefsache („*top-level-commitment*“)

Allen Unternehmensangehörigen sollte unmissverständlich vor Augen stehen: Die Unternehmensleitung duldet keine Korruption. Aus der Sicht der Unternehmensleitung bieten sich verschiedene Kommunikationswege an: z.B. Emails an alle Unternehmensangehörige, eine Aushang am Schwarzen Brett oder (auch) die Presse. Der Weg über die Presse hat aus der Sicht des Unternehmens den Vorteil, dass ohne spürbaren finanziellen Aufwand die Reputation des Unternehmens gesteigert werden kann. Dies kann sich positiv auf das Verhältnis zu kreditgebenden Banken und Geschäftspartnern auswirken. Schließlich sollte Korruptionsbekämpfung regelmäßiges Thema in den Sitzungen der obersten Führungsebene des Unternehmens sein. Die Ernennung eines *Chief Compliance Officers* ist ein weiterer Baustein.

4. Fortlaufende Überprüfung von Geschäftspartnern („*due diligence*“)

Eine Recherche im Internet über den Geschäftspartner ist ein erster Schritt. Auch bei der jeweiligen Handelskammer, die für das Land zuständig ist, dem der Geschäftspartner entstammt, können ggf. Informationen eingeholt werden. Insbesondere dann, wenn eine langfristige Vertragsbeziehung bezweckt wird, sollte der Vertrag eine Compliance-Klausel enthalten (Recht zur Kündigung des Vertrages bei Compliance-Verstößen der Gegenseite)

5. Umsetzung im Unternehmen („*communication including training*“)

Sämtliche Unternehmensangehörige sollten zum Inhalt der Compliance-Richtlinien geschult werden. Neben einer Basisschulung, an der alle Unternehmensangehörige teilnehmen, bieten sich spezielle Schulungen für einzelne Unternehmensbereiche an. Denn typische Risikofelder im Vertrieb unterscheiden sich von denen im Marketing. Ein Compliance-Newsletter verursacht wenig Aufwand, trägt aber dazu bei, Compliance im Bewusstsein der Belegschaft zu verankern.

6. Regelmäßige Überprüfung und Verbesserung der erlassenen Richtlinien („*monitoring und review*“)

Nur eine regelmäßige Überprüfung der bestehenden Compliance-Richtlinien stellt sicher, dass diese der jeweils aktuellen Rechtslage gerecht werden. Außerdem sollten Erfahrungswerte der Vergangenheit berücksichtigt werden. Unternehmensangehörige sämtlicher Hierarchiestufen sollten dazu befragt werden, wie die bestehenden Compliance-Richtlinien weiter verbessert werden können.

3. Handlungsempfehlung

Die Handlungsempfehlung ergibt sich aus den vorangehend dargestellten *Six Principles*: Bestehende Risiken sollten identifiziert und gewichtet werden. Das Unternehmen sollte verständliche Compliance-Richtlinien erlassen. Erlassene Compliance-Richtlinien sollten regelmäßig überprüft werden. Die Unternehmensspitze sollte deutlich machen, dass sie Korruption nicht duldet. Außerdem sollten Unternehmensangehörige sämtlicher Hierarchieebenen zum Inhalt der Compliance-Richtlinien geschult werden. Schließlich sollten Informationen zu (potentiellen) Geschäftspartnern eingeholt werden; am Anfang kann eine Internetrecherche stehen.

IV. Zusammenfassung

1. Der UK-Bribery Act 2010 trat am 1. Juli 2011 in Kraft. Das Gesetz ist eines der schärfsten Korruptionsgesetze weltweit. Insbesondere die Unternehmensstrafbarkeit (s 7) sowie die Bestechung ausländischer Amtsträger (s 6) reichen weit. Bei einer Verurteilung wegen Bestechung ausländischer Amtsträger drohen dem Täter eine Gefängnisstrafe von bis zu zehn Jahren. Die Geldbußen für Unternehmen sind in ihrer Höhe unbegrenzt.

2. Der Anwendungsbereich der Bestechung ausländischer Amtsträger ist zum einen eröffnet, wenn die Bestechungshandlung im UK stattfindet. Aber auch dann, wenn der ausländische Amtsträger im Ausland bestochen wird, kommt eine Strafbarkeit in Betracht. Dies gilt insbesondere dann, wenn der Täter eine enge Verbindung zum UK hat (britischer Staatsbürger bzw. gewöhnlicher Aufenthalt im UK).

3. Der Straftatbestand der Bestechung ausländischer Amtsträger ist einschlägig, wenn der Täter dem ausländischen Amtsträger einen finanziellen oder sonstigen Vor-

teil zukommen lässt. Er muss den ausländischen Amtsträger in seiner Eigenschaft als ausländischer Amtsträger beeinflussen wollen. Außerdem muss er beabsichtigen, sich Vorteile im Geschäftsverkehr zu verschaffen (etwa Aufträge). Es spielt für die Strafbarkeit keine Rolle, ob die Bestechung unmittelbar oder durch einen Mittelsmann erfolgt. Der Zuständigkeitsbereich des ausländischen Amtsträgers hat keinen Einfluss auf die Strafbarkeit. Unter „ausländische Amtsträger“ fallen gewählte und ernannte Personen, die eine öffentliche Funktion etwa in der Verwaltung oder der Gesetzgebung innehaben. Aber auch Personen, die eine „*public international organisation*“ (etwa UN, Weltbank) vertreten, fallen darunter. Eine Strafbarkeit scheidet aus, wenn die Beeinflussung erlaubt ist nach dem auf den ausländischen Amtsträger anwendbaren Recht.

4. Beim Umgang mit ausländischen Amtsträgern ist besondere Vorsicht geboten. Die Personen im Unternehmen, die mit dem Bereich Akquise/Kundenpflege betraut sind, sollten jedenfalls wissen, wann sie es mit einem ausländischen Amtsträger zu tun haben. Insbesondere die Erstellung einer sog. *Risk List*, welche die Namen von ausländischen Amtsträgern enthält, hat sich bewährt. Wird der ausländische Amtsträger eingeladen, sollte auf den geschäftlichen Bezug geachtet werden. Auch der Grundsatz der Verhältnismäßigkeit sollte im Blick behalten werden (keine Reisen in der *First Class*, keine Hotelsuite).

5. Ein Unternehmen ist strafbar, wenn eine Person, die mit diesem Unternehmen verbunden ist (sog. *associated person*), eine andere Person besticht. Dies gilt aber nur dann, wenn die *associated person* besticht, um Aufträge für das Unternehmen zu erhalten. Das Unternehmen haftet auch ohne Verschulden. *Associated person* ist weit zu verstehen: Natürliche und juristische Personen fallen darunter. *Joint Ventures* sind besonders haftungsträchtig.

6. Das Unternehmen ist aber dann nicht strafbar, wenn es nachweisen kann, dass es angemessene Vorkehrungen getroffen hat, um Bestechungshandlungen durch mit ihm verbundene Personen zu verhindern. Das Unternehmen muss darlegen und beweisen, dass die Bestechung durch einen kriminellen Einzeltäter begangen wurde, der sich eigenmächtig über bestehende Compliance-Richtlinien hinwegsetzte. Die vom *Ministry of Justice* herausgegebene *Guidance* zum *Bribery Act* liefert Unternehmen Anhaltspunkte dafür, wann die Vorkehrungen angemessen sind. Wenn ein Unternehmen diese *Six Principles* beachtet, und ihre Umsetzung auf sein Korruptionsrisiko zuschneidet, kann es sein Strafbarkeitsrisiko deutlich verringern.

Dokumentation

Verfahrensdokumentation

In dieser Ausgabe kein Eintrag.

Schrifttum

Schrifttum

In dieser Ausgabe kein Eintrag.

Rechtsprechung

Vollständige Rechtsprechungsübersicht

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

546. BVerfG 2 BvR 9/10 (2. Kammer des Zweiten Senats) – Beschluss vom 13. Mai 2014 (LG Frankenthal (Pfalz) / AG Frankenthal (Pfalz))

Durchsuchung (Geschäftsräume; Filialapotheke; Verhältnismäßigkeit; besondere Anforderungen an die Begründung eines Auffindeverdachts).

Art. 13 Abs. 1 GG; § 102 StPO; § 105 StPO; § 96 Nr. 5 AMG

547. BVerfG 2 BvR 683/12 (2. Kammer des Zweiten Senats) – Beschluss vom 26. Mai 2014 (LG Frankfurt am Main)

Durchsuchung (Recht auf rechtliches Gehör; Nachholung im Beschwerdeverfahren bei Ermittlungsmaßnahmen ohne vorherige Anhörung; kein Anspruch auf Erweiterung des gerichtlichen Aktenbestandes; Ausschluss des Beruhens; Sach- und Rechtslage zum Zeitpunkt der Durchsuchungsanordnung als Prüfungsmaßstab im Beschwerdeverfahren).

Art. 103 Abs. 1 GG; § 33 Abs. 4 StPO; § 102 StPO; § 105 StPO

548. BVerfG 2 BvR 1823/13 (3. Kammer des Zweiten Senats) – Beschluss vom 5. Mai 2014 (Kammergericht / LG Berlin)

Eilrechtsschutz gegen die Versagung medizinischer Behandlung im Strafvollzug (Anspruch auf Krankenbehandlung; effektiver Rechtsschutz; gebotener Umfang der Sachverhaltsaufklärung im Eilverfahren; Ermittlung der entscheidungserheblichen Umstände auch bei summarischer Prüfung; körperliche Unversehrtheit; Kontrolle anstaltsärztlicher Entscheidungen auf die Einhaltung pflichtgemäßen ärztlichen Ermessens; Pflicht des Anstaltsarztes zur Hinzuziehung eines externen Facharztes; staatliche Schutzpflicht).

Art. 2 Abs. 2 Satz 1 GG; Art. 19 Abs. 4 GG; § 58 StVollzG, § 158 Abs. 1 StVollzG

549. BGH 3 StR 10/14 – Urteil vom 15. Mai 2014 (LG Osnabrück)

Verwerfung der Revisionen von Staatsanwaltschaft und Angeklagtem durch Urteil.
§ 349 Abs. 5 StPO

550. BGH 3 StR 130/14 – Beschluss vom 14. Mai 2014 (LG Kleve)

Verletzung der Urteilsverkündungsfrist.
§ 268 Abs. 3 S. 2 StPO

551. BGH 3 StR 133/14 – Beschluss vom 17. April 2014 (LG Kleve)

Rechtsfehlerhafte strafschärfende Berücksichtigung einer nach der Tat ergangenen Verurteilung; Anrechnung einer im Ausland (hier: Ecuador) erlittenen Freiheitsentziehung.
§ 46 StGB; § 51 StGB

552. BGH 3 StR 134/14 – Beschluss vom 6. Mai 2014 (LG Kleve)

Rücktritt vom Versuch der gefährlichen Körperverletzung (fehlgeschlagener Versuch; kein Ausschluss der Rücktrittsmöglichkeit bei außertatbestandlicher Zielerreichung).
§ 224 StGB; § 24 StGB

553. BGH 3 StR 21/14 – Beschluss vom 29. April 2014 (LG Hildesheim)

Rechtsfehlerhafte Verurteilung wegen versuchten Heimtückemords (Voraussetzungen der Heimtücke: Ausnutzungsbewusstsein; Tatentschluss; unmittelbares Ansetzen).
§ 211 StGB; § 22 StGB; § 23 StGB

554. BGH 3 StR 27/14 – Urteil vom 17. April 2014 (LG Hannover)

Berücksichtigung von in der Beweisaufnahme als bedeutungslos behandelten Tatsachen in den Urteilsgründen (Revisibilität nur bei Widersprüchen zwischen Urteilsgründen und Ablehnungsbeschlüssen); freie Beweiswürdigung (Grenzen der Überprüfung in der Revisionsinstanz).
§ 244 Abs. 3 Satz 2 StPO; § 261 StPO

555. BGH 3 StR 53/14 – Beschluss vom 14. Mai 2014 (LG Hannover)

Unklarheiten hinsichtlich der einbezogenen Strafen bei der Gesamtstrafenbildung.
§ 55 StGB; § 267 StPO

556. BGH 3 StR 89/14 – Beschluss vom 15. April 2014 (LG Mönchengladbach)

Erfolgreiche Rüge der Verletzung von Mitteilungs- und Protokollierungspflichten bei Gesprächen außerhalb der Hauptverhandlung (Transparenzgebot; Umfang der Informationspflicht; kein „Fehlen der Protokollierung“ bei fehlender Information; Beruhen).
§ 243 Abs. 4 Satz 2 StPO; § 273 Abs. 1a Satz 2 StPO

557. BGH 3 StR 149/14 – Beschluss vom 15. Mai 2014 (LG Bad Kreuznach)

Rechtsfehlerhafte Verurteilung wegen versuchter besonders schwerer räuberischer Erpressung (unterbliebene

Rücktrittsprüfung; Rücktritt bei mehreren Beteiligten; fehlende tatrichterliche Feststellungen zum Vorstellungsbild nach der letzten Ausführungshandlung).
§ 253 StGB; § 255 StGB; § 22 StGB; § 23 StGB; § 24 Abs. 2 StGB

558. BGH 3 StR 171/14 – Beschluss vom 29. April 2014 (LG Neubrandenburg)

Rechtsfehlerhafte Anordnung der Unterbringung in einem psychiatrischen Krankenhaus (Schizophrenie; Schuldunfähigkeit bei Tatbegehung; Gefährlichkeitsprognose; umfassende Würdigung; keine reduzierten Anforderungen bei Aussetzung zur Bewährung).
§ 63 StGB

559. BGH 3 StR 342/13 – Urteil vom 27. März 2014 (LG Osnabrück)

BGHSt; Betrug durch sog. Ping-Anrufe (konkludente Täuschung; objektiver Empfängerhorizont; normativ vorstrukturiertes Vorstellungsbild; Kommunikationswusch und Nichtvorhandensein erhöhter Rückrufkosten als Täuschungsgegenstand; Irrtum: sachgedankliches Mitbewusstsein; Irrtumsfeststellung bei einer Vielzahl von Geschädigten; Stoffgleichheit der erstrebten Bereicherung).
§ 263 StGB; § 261 StPO

560. BGH 3 StR 453/13 – Beschluss vom 27. Mai 2014 (LG Krefeld)

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

561. BGH 5 StR 26/14 – Beschluss vom 7. Mai 2014 (LG Frankfurt (Oder))

Unstatthaftigkeit der Gegenvorstellung gegen eine Verwerfung der Revision durch Beschluss.
§ 33a StPO; § 349 Abs. 2 StPO

562. BGH 5 StR 54/14 – Beschluss vom 5. Juni 2014 (LG Berlin)

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

563. BGH 5 StR 55/14 – Beschluss vom 3. Juni 2014 (LG Kiel)

Rechtsfehlerhafte Gesamtstrafenbildung.
§ 55 StGB

564. BGH 5 StR 99/14 – Beschluss vom 6. Mai 2014 (LG Berlin)

Rechtsfehlerhafte Ablehnung des Befangenheitsantrags als unzulässig unter Mitwirkung des abgelehnten Richters (Unverzüglichkeitsgebot; formale Prüfung; gänzliche fehlende Eignung zur Begründung der Besorgnis der Befangenheit; Verletzung des Rechts auf den gesetzlichen Richter; Unverzüglichkeitsgebot); Durchsuchung.
§ 26a StPO; Art. 101 Abs. 1 S. 2 GG; § 26 Abs. 2 Satz 1 StPO; § 25 Abs. 2 Satz 1 Nr. 2 StPO; § 102 StPO

565. BGH 5 StR 102/14 – Beschluss vom 7. Mai 2014 (LG Berlin)

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

566. BGH 5 StR 113/14 – Beschluss vom 24. April 2014 (LG Flensburg)

Unzureichende Würdigung der Aussage des einzigen (kindlichen) Belastungszeugen in einem Missbrauchsfall (unterbliebene Erörterung nicht fernliegender Falschbelastungsmotive; fehlende Einbeziehung der Entstehungsgeschichte der Aussage).

§ 176 StGB; § 261 StPO

567. BGH 5 StR 133/14 – Beschluss vom 7. Mai 2014 (LG Berlin)

Rechtsfehlerhaftes Unterlassen der Prüfung einer Unterbringung in einer Entziehungsanstalt.

§ 64 StGB

568. BGH 5 StR 139/14 – Beschluss vom 5. Juni 2014 (LG Neuruppin)

Zurückweisung der Anhörungsrüge als (jedenfalls) unbegründet.

§ 356a StPO

569. BGH 5 StR 141/14 – Beschluss vom 7. Mai 2014 (LG Berlin)

Darlegungs- und Erörterungsmangel aufgrund fehlender Feststellungen zum Rücktrittshorizont (Rücktritt vom Versuch der schweren räuberischen Erpressung; Voraussetzungen des fehlgeschlagenen Versuchs).

§ 24 StGB

570. BGH 5 StR 151/14 – Beschluss vom 7. Mai 2014 (LG Leipzig)

Beweiswert des Einsatzes eines Fährtenhundes.

§ 261 StPO

571. BGH 5 StR 155/14 – Beschluss vom 7. Mai 2014 (LG Hamburg)

Verwerfung der Revision als unbegründet.

§ 349 Abs. 2 StPO

572. BGH 5 StR 159/14 – Beschluss vom 20. Mai 2014 (LG Kiel)

Rechtsfehlerhafte Bemessung der Gesamtfreiheitsstrafe (Härtefallausgleich).

§ 55 StGB

573. BGH 5 StR 160/14 – Beschluss vom 6. Mai 2014 (LG Hamburg)

Abwesenheit der Angeklagten bei wesentlichen Teilen der Hauptverhandlung (hier: Schlussvortrag des Verteidigers).

§ 230 Abs. 1 StPO; § 231 Abs. 2 StPO; § 338 Nr. 5 StPO

574. BGH 5 StR 161/14 – Beschluss vom 6. Mai 2014 (LG Hamburg)

Abwesenheit des Angeklagten bei wesentlichen Teilen der Hauptverhandlung (hier: Schlussvortrag des Verteidigers).

§ 230 Abs. 1 StPO; § 231 Abs. 2 StPO; § 338 Nr. 5 StPO

575. BGH 5 StR 161/14 – Beschluss vom 6. Mai 2014 (LG Hamburg)

Verwerfung der Revision als unbegründet.

§ 349 Abs. 2 StPO

576. BGH 5 StR 168/14 – Beschluss vom 6. Mai 2014 (LG Cottbus)

Unzureichend begründete Anordnung der Unterbringung in einem psychiatrischen Krankenhaus (fehlende Angabe von Anknüpfungs- und Befundtatsachen des Sachverständigen; Erfordernis einer wertenden Betrachtung angesichts der Diagnose einer kombinierten Persönlichkeitsstörung).

§ 63 StGB

577. BGH 5 StR 170/14 – Beschluss vom 6. Mai 2014 (LG Cottbus)

Rechtsfehlerhafte Annahme einer „Dreieckerpressung“ (fehlendes Näheverhältnis); fehlende Rücktrittsprüfung bei der versuchten gefährlichen Körperverletzung (keine Feststellungen zum Rücktrittshorizont nach der letzten Ausführungshandlung).

§ 253 StGB; § 255 StGB; § 224 StGB; § 22 StGB; § 23 StGB; § 24 StGB

578. BGH 5 StR 173/14 – Beschluss vom 20. Mai 2014 (LG Frankfurt (Oder))

Rechtsfehlerhafte Verurteilung wegen sexuellen Missbrauchs eines Kindes (unzureichende und widersprüchliche Feststellungen).

§ 176 StGB; § 267 StPO

579. BGH 5 StR 177/14 – Beschluss vom 19. Mai 2014 (LG Hamburg)

Keine erhöhten Anforderungen an die Beweiswürdigung wegen „Aussage gegen Aussage-Konstellation“ bei Vorhandensein einer Reihe von außerhalb der Aussage liegenden Beweisanzeichen.

§ 261 StPO

580. BGH 5 StR 178/14 – Beschluss vom 7. Mai 2014 (LG Saarbrücken)

Verwerfung der Revision als unbegründet.

§ 349 Abs. 2 StPO

581. BGH 5 StR 191/14 – Beschluss vom 4. Juni 2014 (LG Berlin)

Verwerfung der Revision als unbegründet.

§ 349 Abs. 2 StPO

582. BGH 5 StR 192/14 – Beschluss vom 3. Juni 2014 (LG Kiel)

Verwerfung der Revision als unbegründet.

§ 349 Abs. 2 StPO

583. BGH 5 StR 199/14 – Beschluss vom 3. Juni 2014 (LG Göttingen)

Rechtsfehlerhafte Adhäsionsentscheidung.

§ 406 StPO

584. BGH 5 StR 206/14 (alt: 5 StR 29/13) – Beschluss vom 3. Juni 2014 (LG Potsdam)

Verwerfung der Revision als unbegründet.

§ 349 Abs. 2 StPO

585. BGH 5 StR 219/14 – Beschluss vom 4. Juni 2014 (LG Chemnitz)

Halbstrafenentlassung als Bezugspunkt der Beurteilung einer möglichen Anordnung des Vorwegvollzuges.

§ 67 StGB

586. BGH 5 StR 531/13 – Beschluss vom 20. Mai 2014 (LG Berlin)

Rücknahme der durch den Verteidiger eingelegten Revision durch den Angeklagten.

§ 302 StPO

587. BGH 1 StR 116/14 – Urteil vom 21. Mai 2014 (LG Nürnberg-Fürth)

Anordnung der Unterbringung in einem psychiatrischen Krankenhaus (Begründung; Vorliegen einer erheblichen Anlasstat; Schuldunfähigkeit: Begründung im Urteil).

§ 63 StGB

588. BGH 1 StR 151/14 – Beschluss vom 6. Mai 2014 (LG Amberg)

Bewaffnetes unerlaubtes Handeltreiben mit Betäubungsmitteln in nicht geringer Menge (Waffenbegriff: Feuerzeugspringmesser).

§ 30a Abs. 1 Nr. 2 BtMG

589. BGH 1 StR 302/13 – Beschluss vom 15. Januar 2014 (LG Landshut)

Verständigung (unterlassene Belehrung über die Bindungswirkung der Verständigung; Beruhen des Urteils auf der unterlassenen Belehrung, Darlegungslast; Anforderungen an die tatrichterliche Beweiswürdigung bei verständigungsbasiertem Geständnis).

§ 257c Abs. 5 StPO ; § 337 Abs. 1 StPO; § 344 Abs. 2 StPO; § 261 StPO

590. BGH 1 StR 605/13 – Beschluss vom 12. März 2014 (LG Darmstadt)

Urteilsverkündungsfrist (Beruhen des Urteils auf einer verspäteten Verkündung).

§ 268 Abs. 3 Satz 2 StPO; § 337 Abs. 1 StPO

Nach der Rechtsprechung des Bundesgerichtshofs ist es vielfach nicht auszuschließen, dass ein Urteil auf dem Mangel der Verletzung der Frist des § 268 Abs. 3 Satz 2 StPO beruht, maßgeblich sind aber – wie bei allen sog. relativen Revisionsgründen – unter Berücksichtigung von Sinn und Bedeutung der verletzten Bestimmung stets die Umstände des Einzelfalls. Die nur begrenzte zeitliche Frist zwischen dem Abschluss der Verhandlung und der Urteilsverkündung soll sicherstellen, „dass die Schlussvorträge und das letzte Wort bei der Beratung allen Richtern noch lebendig in Erinnerung sind“. Dementsprechend ist maßgeblich darauf abzustellen, ob über das Urteil innerhalb der Frist des § 268 Abs. 3 Satz 2 StPO befunden wurde. Ist dies aber der Fall, so gefährdet allein die verspätete Verkündung des rechtzeitig beratenen Urteils den Bestand dieses Urteils nicht.

591. BGH 1 StR 605/13 – Beschluss vom 12. März 2014 (LG Darmstadt)

Urteilsverkündungsfrist (Beruhen des Urteils auf einer verspäteten Verkündung); zulässige Dauer der Unterbrechung der Hauptverhandlung (Berücksichtigung von in nicht ordnungsgemäßer Besetzung durchgeführten Hauptverhandlungsterminen); Unzulässigkeit einer hilfsweisen Verfahrensrüge.

§ 268 Abs. 3 Satz 2 StPO; § 337 Abs. 1 StPO; § 229 Abs. 1 StPO; § 344 Abs. 1 StPO

1. Nach der Rechtsprechung des Bundesgerichtshofs ist es vielfach nicht auszuschließen, dass ein Urteil auf dem Mangel der Verletzung der Frist des § 268 Abs. 3 Satz 2 StPO beruht, maßgeblich sind aber – wie bei allen sog. relativen Revisionsgründen – unter Berücksichtigung von Sinn und Bedeutung der verletzten Bestimmung stets die Umstände des Einzelfalls. Die nur begrenzte zeitliche Frist zwischen dem Abschluss der Verhandlung und der Urteilsverkündung soll sicherstellen, „dass die Schlussvorträge und das letzte Wort bei der Beratung allen Richtern noch lebendig in Erinnerung sind“. Dementsprechend ist maßgeblich darauf abzustellen, ob über das Urteil innerhalb der Frist des § 268 Abs. 3 Satz 2 StPO befunden wurde. Ist dies aber der Fall, so gefährdet allein die verspätete Verkündung des rechtzeitig beratenen Urteils den Bestand dieses Urteils nicht.

2. Verfahrensrügen können nicht nur hilfsweise, also für den Fall, der Erfolglosigkeit anderweitigen Vorbringens angebracht werden.

592. BGH 1 StR 605/13 – Beschluss vom 12. März 2014 (LG Darmstadt)

Urteilsverkündungsfrist (Beruhen des Urteils auf einer verspäteten Verkündung); Ablehnung eines Beweisantrags wegen Verschleppungsabsicht (indizielle Präklusion bei Beweisanträgen durch Fristsetzung zur Stellung von Beweisanträgen).

§ 268 Abs. 3 Satz 2 StPO; § 337 Abs. 1 StPO § 244 Abs. 3 Satz 2 StPO

593. BGH 1 StR 605/13 – Beschluss vom 12. März 2014 (LG Darmstadt)

Urteilsverkündungsfrist (Beruhen des Urteils auf einer verspäteten Verkündung); Widerspruch bezüglich des Strafausspruchs zwischen Urteilstenor und Urteilsbegründung (keine Möglichkeit einer nachträglichen Berichtigung).

§ 268 Abs. 3 Satz 2 StPO; § 337 Abs. 1 StPO; § 260 StPO; § 267 StPO

594. BGH 1 StR 90/14 – Urteil vom 20. Mai 2014 (LG Mosbach)

Urteilsbegründung (Erörterungsmangel); verminderte Schuldfähigkeit (verminderte Steuerungsfähigkeit: Rauschgiftsucht).

§ 267 Abs. 2 StPO; § 21 StGB

595. BGH 1 StR 605/13 – Beschluss vom 12. März 2014 (LG Darmstadt)

Urteilsverkündungsfrist (Beruhen des Urteils auf einer verspäteten Verkündung); Ablehnung eines Beweisantrags wegen Verschleppungsabsicht (indizielle Präklusion bei Beweisanträgen durch Fristsetzung zur Stellung von Beweisanträgen); Aufklärungsrüge (Darlegungsvoraussetzungen).

§ 268 Abs. 3 Satz 2 StPO; § 337 Abs. 1 StPO § 244 Abs. 3 Satz 2 StPO; § 244 Abs. 2 StPO; § 344 Abs. 2 Satz 2 StPO

596. BGH 1 StR 648/13 – Beschluss vom 15. Januar 2014 (LG Essen)

Umsatzsteuerhinterziehung (Scheinrechnungen: Zeitpunkt der Voranmeldepflicht bei Blanko-Rechnungen).
§ 370 Abs. 1 Nr. 2 AO; § 14 Abs. 2 Satz 2 UStG; § 18 UStG

597. BGH 1 StR 722/13 – Urteil vom 8. Mai 2014 (LG München I)

Freisprechendes Urteil (Anforderungen an die Urteilsbegründung).
§ 267 Abs. 5 StPO

598. BGH 2 StR 202/13 – Beschluss vom 26. März 2014 (LG Aachen)

Berücksichtigung von ausländischen Strafen bei Vorliegen einer Gesamtstrafenlage (Härteausgleich).
§ 55 Abs. 1 StGB

599. BGH 2 StR 383/13 – Urteil vom 30. April 2014 (LG Köln)

Bedingter Vorsatz (Abgrenzung zur bewussten Fahrlässigkeit; Anforderungen an die Darlegung im Urteil: umfassende Gesamtbetrachtung; Totschlag; gefährliche Körperverletzung).
§ 212 StGB; § 223 StGB; § 224 StGB; § 15 StGB; § 267 Abs. 1 StPO

600. BGH 2 StR 506/13 – Beschluss vom 7. Mai 2014 (LG Erfurt)

Ablehnung des Beweisantrags wegen Unerreichbarkeit des Zeugens (erforderliche kommissarische Vernehmung: umfassende Abwägung im Lichte der Aufklärungspflicht).
§ 244 Abs. 2, Abs. 3 Satz 2 StPO

601. BGH 2 StR 530/13 – Urteil vom 16. April 2014 (LG Limburg)

Anordnung der Unterbringung in einer Entziehungsanstalt (Beruhen der Tat auf dem Hang, alkoholische Getränke im Übermaß zu sich zu nehmen).
§ 64 StGB

602. BGH 2 StR 602/13 – Beschluss vom 1. April 2014 (LG Mühlhausen)

Anordnung der Unterbringung in einem psychiatrischen Krankenhaus (Alkoholkonsum als die Unterbringung rechtfertigende Verminderung der Steuerungsfähigkeit).
§ 63 StGB; § 20 StGB; § 21 StGB

603. BGH 2 StR 643/13 – Beschluss vom 3. April 2014 (LG Frankfurt a. M.)

Rücktritt vom Versuch (Freiwilligkeit des Rücktritts: Voraussetzungen, Beweiswürdigung).
§ 24 Abs. 1 StGB; § 261 StPO

604. BGH 4 StR 439/13 – Urteil vom 5. Juni 2014 (LG Neuruppin)

BGHR; Anforderungen an die Wiedergabe des Inhalts von Sachverständigengutachten in den Urteilsgründen (DNA-Vergleichsuntersuchung); bedingter Vorsatz (Voraussetzungen: Gesamtbetrachtung, besondere Gefährlichkeit der Tathandlung als Indikator; Tötungsvorsatz).
§ 261 StPO; § 267 Abs. 1 Satz 2 StPO; § 15 StGB; § 212 StGB

605. BGH 4 StR 503/13 – Beschluss vom 6. Mai 2014 (LG Bochum)

Sexueller Missbrauch von Schutzbefohlenen (Vorliegen eines Obhutsverhältnisses: Lehrer-Schüler-Verhältnis).
§ 174 Abs. 1 Nr. 1 StGB

606. BGH 4 StR 514/13 – Urteil vom 22. Mai 2014 (LG Halle)

Strafzumessung bei Betäubungsmitteldelikten (Sicherstellung der Betäubungsmittel als Strafmilderungsgrund).
§ 46 Abs. 1 StGB

607. BGH 4 StR 574/13 – Beschluss vom 27. März 2014 (LG Detmold)

Nachträgliche Bildung einer Gesamtstrafe (Gesamtstrafenlage).
§ 55 Abs. 1 StGB

608. BGH 4 StR 70/14 – Beschluss vom 21. Mai 2014 (LG Dessau-Roßlau)

Bandendiebstahl (Bandenabrede zur fortgesetzten Begehung von Raub oder Diebstahl: „gemischte Bande“ aus Dieben und Hehlern).
§ 244 Abs. 1 Nr. 2 StGB; § 259 StGB

609. BGH 4 StR 82/14 – Beschluss vom 7. Mai 2014 (LG Coburg)

Rücktritt vom Versuch (kein fehlgeschlagener Versuch: Voraussetzungen, Anforderungen an die Darstellung im Urteil).
§ 22 StGB; § 23 Abs. 1 StGB; § 24 Abs. 1 Satz 1 StGB; § 267 Abs. 5 StPO

610. BGH 4 StR 88/14 – Beschluss vom 6. Mai 2014 (LG Bielefeld)

Aufrechterhaltung eines rechtswidrig zugemessenen Rechtsfolgenausspruchs wegen Angemessenheit der Rechtsfolge (eigene Strafzumessung des Revisionsgerichts).
§ 354 Abs. 1a StGB

611. BGH 4 StR 95/14 – Beschluss vom 7. Mai 2014 (LG Essen)

Urkundenfälschung (mehrfaches Gebrauchen einer verfälschten Urkunde: Bewertungseinheit).
§ 267 Abs. 1 StGB; § 52 StGB

612. BGH 1 StR 150/14 – Beschluss vom 7. Mai 2014 (LG Amberg)

Gewerbsmäßige Hehlerei (Absetzen nur bei Absatzerfolg: Verhältnis zum Ankaufen, Ankauf vom Vortäter; tatbestandliche Handlungseinheit: Bewertungseinheit).
§ 259 Abs. 1 StGB; § 260 Abs. 1 Nr. 1 StGB; § 25 Abs. 2 StGB; § 52 StGB

613. BGH 1 StR 186/14 – Beschluss vom 3. Juni 2014 (LG Stuttgart)

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

614. BGH 1 StR 53/13 – Beschluss vom 30. April 2014 (LG Hamburg)

Gegenstandswertfestsetzung (Verfall).

§ 33 Abs. 1 RVG; § 2 Abs. 1 RVG

615. BGH 1 StR 65/14 – Beschluss vom 25. März 2014 (LG Nürnberg-Fürth)

Erörterungsmangel hinsichtlich der Berücksichtigung einer verminderten Schuldfähigkeit (Alkoholkonsum).
§ 21 StGB

616. BGH 1 StR 69/14 – Beschluss vom 4. Juni 2014 (LG München II)

Verfahrenseinstellung infolge laufenden Vorabentscheidungsverfahrens vor dem EuGH; Strafzumessung bei Mittätern (Gleichheitsgrundsatz).
§ 46 StGB; § 154 StPO; Art. 267 AEUV, § 19 Abs. 1, Abs. 3 GÜG

617. BGH 1 StR 80/14 – Beschluss vom 7. Mai 2014 (LG Paderborn)

Aufrechterhaltung der Gesamtstrafe (fehlende Einzelfreiheitsstrafe).
§ 53 StGB; § 54 StGB

618. BGH 1 StR 99/14 – Beschluss vom 4. Juni 2014 (BGH)

Zurückstellung eines Revisionsverfahrens (anhängiges Vorabentscheidungsverfahren).
Art. 267 AEUV; § 19 Abs. 1 Nr. 1, Abs. 3 Nr. 1 GÜG

619. BGH 1 StR 99/14 – Beschluss vom 4. Juni 2014 (LG München II)

Verfahrenseinstellung infolge eines anhängigen Vorabentscheidungsverfahrens beim EuGH.
§ 19 Abs. 1, Abs. 3 GÜG; Art. 267 AEUV

620. BGH 1 StR 245/09 – Beschluss vom 30. April 2014 (BGH)

Gegenstandswertfestsetzung (Verfall).
§ 33 Abs. 1 RVG; § 2 Abs. 1 RVG

621. BGH 1 StR 320/12 – Beschluss vom 6. Mai 2014 (LG Kempten)

Pauschvergütung.
§ 42 Abs. 1 RVG

622. BGH 1 StR 516/13 – Urteil vom 16. April 2014 (LG Landshut)

Vorenthaltung von Arbeitsentgelt (Arbeitgeberbegriff; Abgrenzung von der Arbeitnehmerüberlassung; Berechnungsdarstellung; Feststellung des Arbeitsentgelts); Verwertung von Kontrollmitteilungen aus dem Besteuerungsverfahren (Außenprüfung; nemo tenetur Grundsatz: Selbstbelastungsfreiheit; Zwang); Strafzumessung (Bezugnahme auf nicht vorliegenden Verbotsirrtum).
Art. 1 Abs. 1 GG; Art. 2 Abs. 1 GG; Art. 6 EMRK; § 393 AO; § 193 AO; § 140 AO; § 200 AO; § 266a StGB; § 14 Abs. 2 Satz 2 SGB IV; § 10 Abs. 1 AÜG; § 9 Nr. 1 AÜG; § 1 Abs. 1 Satz 1, Abs. 2 AÜG; § 223 SGB V; § 226 SGB V; § 161 SGB VI; § 162 SGB VI; § 341 SGB III; § 342 SGB III; § 54 SGB XI; § 57 SGB XI; § 46 StGB; § 17 StGB

623. BGH 1 StR 577/13 – Beschluss vom 6. Februar 2014 (LG Essen)

Steuerhinterziehung durch Goldgeschäfte (Umsatzsteuer; Vorsteuer; Voranmeldung; Unternehmer; Hinterzie-

hungsvorsatz: unbeachtlicher Irrtum über den Kausalverlauf; unmittelbares Ansetzen zum Versuch bei Übergabe von Unterlagen an den Steuerberater); Beihilfe; Auffangrechtserwerb (Rückgewinnungshilfe).

§ 370 Abs. 1 Nr. 1 und 2, Abs. 2 AO; § 41 Abs. 2 AO; § 168 Satz 1 AO; § 2 Abs. 1 UStG; § 14c Abs. 2 Satz 2 UStG; § 15 UStG; § 18 UStG; § 27 StGB; § 15 StGB; § 16 Abs. 1 StGB; § 111i Abs. 2 StPO; § 73 Abs. 1 Satz 2 StGB

624. BGH 1 StR 578/13 – Beschluss vom 6. Februar 2014 (LG Essen)

Steuerhinterziehung durch Goldgeschäfte (Umsatzsteuer; Vorsteuer; Voranmeldung; Unternehmer; Hinterziehungsvorsatz); Beihilfe; Auffangrechtserwerb (Rückgewinnungshilfe).

§ 370 Abs. 1 Nr. 1 und 2, Abs. 2 AO; § 41 Abs. 2 AO; § 168 Satz 1 AO; § 2 Abs. 1 UStG; § 14c Abs. 2 Satz 2 UStG; § 15 UStG; § 18 UStG; § 27 StGB; § 15 StGB; § 16 Abs. 1 StGB; § 111i Abs. 2 StPO; § 73 Abs. 1 Satz 2 StGB

1. Zwar kann auch ein „Strohmann“ Unternehmer und Leistender im Sinne des Umsatzsteuergesetzes sein (vgl. BGHSt 58, 218, 233 f.). Dies ist jedoch dann nicht der Fall, wenn die Geschäfte des „Strohmanns“ lediglich zum Schein getätigt werden, d.h. wenn beide Vertragsparteien einverständlich oder stillschweigend davon ausgehen, dass die Rechtswirkungen des Geschäfts gerade nicht zwischen ihnen, sondern zwischen dem Leistungsempfänger und dem „Hintermann“ eintreten sollen (vgl. § 41 Abs. 2 AO; BGH aaO mit weiteren Nachweisen aus der Rechtsprechung des Bundesgerichtshofs und des Bundesfinanzhofs). Letzteres ist insbesondere dann zu bejahen, wenn der Leistungsempfänger weiß oder davon ausgehen muss, dass derjenige, mit dem oder in dessen Namen das Rechtsgeschäft abgeschlossen wird, selbst keine eigene – ggf. auch durch Subunternehmer auszuführende – Verpflichtung aus dem Rechtsgeschäft übernehmen will (BGH aaO). Zu beachten bleibt indes ggf. die Steuerpflicht aus § 14c Abs. 2 Satz 2 UStG.

2. Zwar kann auch der Steuerfiskus Verletzter im Sinne des § 73 Abs. 1 Satz 2 StGB sein (vgl. BGH wistra 2001, 96). Voraussetzung für die Anwendung dieser Vorschrift ist jedoch, dass das Gericht nur deshalb nicht auf Verfall, Verfall von Wertersatz oder erweiterten Verfall erkennen kann, weil Ansprüche eines Verletzten im Sinne des § 73 Abs. 1 Satz 2 StGB entgegenstehen. Diese Vorschrift hindert eine Verfallsentscheidung somit nur dann, wenn der Täter oder Teilnehmer „aus der Tat“ einen Vermögensvorteil erlangt hat und Gegenansprüche eines Verletzten bestehen; das „für die Tat“ Erlangte unterliegt dem Verfall hingegen ohne Rücksicht auf Ansprüche Verletzter (BGH wistra 2014, 57). „Aus der Tat“ erlangt sind diejenigen Vermögenswerte, die dem Täter oder Teilnehmer unmittelbar aus der Verwirklichung des Tatbestandes selbst in irgendeiner Phase des Tatablaufs zugeflossen sind, insbesondere also die Beute.

625. BGH 1 StR 598/13 – Beschluss vom 8. Mai 2014 (LG Potsdam)

Gewerbsmäßige Steuerhehlerei (Tabaksteuer).
§ 374 Abs. 2 AO

626. BGH 1 StR 638/13 – Urteil vom 16. April 2014 (LG Landshut)

Verletzung des Konfrontationsrechts (Fragerecht; Zurechenbarkeit des Ausfalls); Vorenthaltung von Arbeitsentgelt (Arbeitgeberbegriff: Abgrenzung von der Arbeitnehmerüberlassung; Berechnungsdarstellung: Feststellung des Arbeitsentgelts); Verwertung von Kontrollmitteilungen aus dem Besteuerungsverfahren (Außenprüfung; nemo tenetur Grundsatz: Selbstbelastungsfreiheit; Zwang).

Art. 6 Abs. 1, Abs. 3 lit. d EMRK; § 393 AO; § 193 AO; § 140 AO; § 200 AO; § 266a StGB; § 14 Abs. 2 Satz 2 SGB IV; § 10 Abs. 1 AÜG; § 9 Nr. 1 AÜG; § 1 Abs. 1 Satz 1, Abs. 2 AÜG; § 223 SGB V; § 226 SGB V; § 161 SGB VI; § 162 SGB VI; § 341 SGB III; § 342 SGB III; § 54 SGB XI; § 57 SGB XI

627. BGH 2 StR 2/14 – Beschluss vom 17. April 2014 (LG Köln)

Anforderungen an einen Feststellungsanspruch im Adhäsionsverfahren.
§ 406 StPO

628. BGH 2 StR 448/13 – Beschluss vom 18. März 2014 (LG Marburg)

Rechtsfehlerhafte Ablehnung eines Beweisantrags als bedeutungslos (Indiztatsache).
§ 244 Abs. 3 StPO

629. BGH 2 StR 495/12 – Beschluss vom 28. Januar 2014

Verstoß gegen das Gesetzlichkeitsprinzip durch die ungleichartige Wahlfeststellung (Bestimmtheitsgrundsatz; Tatsachenalternativität; echte und unechte Wahlfeststellung); gewerbsmäßige Hehlerei; gewerbsmäßiger Diebstahl (besonders schwerer Fall; Regelbeispiel); Postpendenzfeststellung; Anfrageverfahren.

Art. 103 Abs. 2 GG; § 1 StGB; § 261 StPO; § 242 StGB; § 243 Abs. 1 Satz 2 Nr. 3 StGB; § 259 StGB; § 260 Abs. 1 Nr. 1 StGB

630. BGH 2 StR 545/13 – Beschluss vom 15. April 2014 (LG Köln)

BGHR; Verwenden eines gefährlichen Werkzeugs bei der sexuellen Nötigung (Vergewaltigung; Einsatz zur eigenen Luststeigerung im unmittelbaren Zusammenhang mit dem sexuellen Geschehen).

§ 177 Abs. 1, Abs. 4 Nr. 1 StGB

631. BGH 2 StR 603/13 – Beschluss vom 1. April 2014 (LG Aachen)

Anordnung der Unterbringung in der Sicherungsverwahrung (Übergangsrecht; strikte Verhältnismäßigkeitsprüfung).

§ 66 StGB; Art. 316e Abs. 1 Satz 1 EGStGB; Art. 316f Abs. 2 Satz 1 EGStGB

632. BGH 2 StR 616/13 – Beschluss vom 29. April 2014 (LG Marburg)

Fehlerhafte Strafzumessung (Doppelterwertungsverbot: Gewinnstreben und unerlaubtes Handeltreiben).

§ 46 Abs. 3 StGB; § 29 BtMG

633. BGH 2 StR 626/13 – Beschluss vom 15. April 2014 (LG Erfurt)

Unerlaubter Besitz von Betäubungsmitteln (gerechter Schuldausgleich; Verhältnismäßigkeit; Gewerbsmäßigkeit); kurze Freiheitsstrafe.

§ 29 Abs. 1, Abs. 5 BtMG; § 47 StGB; § 46 StGB

634. BGH 2 StR 636/13 – Beschluss vom 29. April 2014 (LG Wiesbaden)

Verstoß gegen das Verschlechterungsverbot.

§ 358 Abs. 2 StPO

635. BGH 2 StR 89/14 – Beschluss vom 29. April 2014 (LG Frankfurt a. M.)

Beihilfe zum unerlaubten Handeltreiben mit Betäubungsmitteln in nicht geringer Menge.

§ 29 BtMG; § 27 StGB

636. BGH 2 ARs 340/13 (2 AR 246/13, 2 ARs 366/13, 2 AR 261/13) – Beschluss vom 30. April 2014 (BGH)

Keine Akteneinsicht in das Senatsheft.

§ 147 StPO; Art. 6 Abs. 3 lit. b EMRK

637. BGH 2 ARs 347/13 (2 AR 244/13, 2 ARs 367/13, 2 AR 259/13, 2 ARs 368/13, 2 AR 245/13) – Beschluss vom 30. April 2014 (BGH)

Keine Akteneinsicht in das Senatsheft.

§ 147 StPO; Art. 6 Abs. 3 lit. b EMRK

638. BGH 2 ARs 352/13 (2 AR 258/13, 2 ARs 362/13, 2 AR 257/13) – Beschluss vom 30. April 2014 (BGH)

Keine Akteneinsicht in das Senatsheft.

§ 147 StPO; Art. 6 Abs. 3 lit. b EMRK

639. BGH 2 ARs 340/13 (2 AR 246/13, 2 ARs 366/13, 2 AR 261/13) – Beschluss vom 30. April 2014 (BGH)

Keine Akteneinsicht in das Senatsheft.

§ 147 StPO; Art. 6 Abs. 3 lit. b EMRK

640. BGH 2 ARs 347/13 (2 AR 244/13, 2 ARs 367/13, 2 AR 259/13, 2 ARs 368/13, 2 AR 245/13) – Beschluss vom 30. April 2014 (BGH)

Keine Akteneinsicht in das Senatsheft.

§ 147 StPO; Art. 6 Abs. 3 lit. b EMRK

641. BGH 2 ARs 347/13 (2 AR 244/13, 2 ARs 367/13, 2 AR 259/13, 2 ARs 368/13, 2 AR 245/13) – Beschluss vom 30. April 2014 (BGH)

Keine Akteneinsicht in das Senatsheft.

§ 147 StPO; Art. 6 Abs. 3 lit. b EMRK

642. BGH 2 ARs 352/13 (2 AR 258/13, 2 ARs 362/13, 2 AR 257/13) – Beschluss vom 30. April 2014 (BGH)

Keine Akteneinsicht in das Senatsheft.

§ 147 StPO; Art. 6 Abs. 3 lit. b EMRK

643. BGH 2 ARs 53/14 (2 AR 55/14) – Beschluss vom 28. April 2014

Antrag auf Nachholung rechtlichen Gehörs.

§ 33a StPO

644. BGH 2 ARs 347/13 (2 AR 244/13, 2 ARs 367/13, 2 AR 259/13, 2 ARs 368/13, 2 AR 245/13) – Beschluss vom 30. April 2014 (BGH)
Keine Akteneinsicht in das Senatsheft.
§ 147 StPO; Art. 6 Abs. 3 lit. b EMRK

645. BGH 2 ARs 416/13 (2 AR 294/13) – Beschluss vom 30. April 2014 (BGH)
Unzulässige Gegenvorstellung.
§ 1 StPO

646. BGH 2 ARs 479/13 (2 AR 346/13) – Beschluss vom 30. April 2014 (BGH)
Unzulässige Gegenvorstellung.
Vor § 1 StPO

647. BGH 4 StR 39/14 – Beschluss vom 8. Mai 2014 (LG Arnsberg)
Vergewaltigungsvorsatz (Regelbeispiel: Vorsatz; Gewalt).
§ 177 Abs. 1 Nr. 1, Abs. 2 Satz 2 Nr. 1 StGB; § 15 StGB;
§ 16 StGB

648. BGH 4 StR 45/14 – Beschluss vom 20. Mai 2014 (LG Magdeburg)
Verwerfung der Revision als unbegründet.
§ 349 Abs. 2 StPO

649. BGH 4 StR 59/14 – Urteil vom 5. Juni 2014 (LG Essen)
Grenzen der Revisibilität der Strafzumessung beim Versuch (gerechter Schuldausgleich); wirksame Rechtsmittelbeschränkung auf den Strafausspruch (Auslegung der Revisionsbegründung; Antrag).
§ 46 StGB; § 23 StGB; § 344 Abs. 1 StPO

650. BGH 4 StR 61/14 – Beschluss vom 2. Juni 2014 (LG Arnsberg)
Verwerfung der Revision als unbegründet.
§ 349 Abs. 2 StPO

651. BGH 4 StR 65/14 – Beschluss vom 20. Mai 2014 (LG Dortmund)
Verwerfung der Revision als unbegründet.
§ 349 Abs. 2 StPO

652. BGH 4 StR 104/14 – Beschluss vom 4. Juni 2014 (LG Essen)
Verwerfung der Revision als unbegründet.
§ 349 Abs. 2 StPO

653. BGH 4 StR 105/14 – Beschluss vom 7. Mai 2014 (LG Bielefeld)
Rücktritt von unbeendeten Versuch des Totschlages (fehlgeschlagener Versuch bei subjektiv angenommener physischer Unmöglichkeit der Tatvollendung; nötige Feststellungen zum Rücktrittshorizont und spätere Äußerungen).
§ 212 StGB; § 22 StGB; § 24 StGB

654. BGH 4 StR 109/14 – Beschluss vom 7. Mai 2014 (LG Bielefeld)
Verwerfung der Revision als unbegründet.
§ 349 Abs. 2 StPO

655. BGH 4 StR 114/14 – Beschluss vom 6. Mai 2014 (LG Essen)
Missachtung der Urteilsabsetzungsfrist (absoluter Revisionsgrund; unabwendbarer Umstand; unrichtige Berechnung).
§ 275 Abs. 1 StPO

656. BGH 4 StR 115/14 – Beschluss vom 8. Mai 2014 (LG Essen)
Regelbeispiel der Gewerbsmäßigkeit (Feststellungen; Diebstahl).
§ 242 StGB; § 243 Abs. 1 Satz 2 Nr. 3 StGB

657. BGH 4 StR 123/14 – Beschluss vom 20. Mai 2014 (LG Dessau-Roßlau)
Verwerfung der Revision als unbegründet.
§ 349 Abs. 2 StPO

658. BGH 4 StR 125/14 – Beschluss vom 3. Juni 2014 (LG Freiburg)
Verwerfung der Revision als unbegründet.
§ 349 Abs. 2 StPO

659. BGH 4 StR 80/14 – Urteil vom 22. Mai 2014 (LG Waldshut-Tiengen)
Unbegründete Revision der Staatsanwaltschaft.
§ 349 Abs. 2 StPO

660. BGH 4 StR 133/14 – Beschluss vom 20. Mai 2014 (LG Halle)
Abgrenzung von Täterschaft (Mittäterschaft) und Teilnahme (Beihilfe) beim unerlaubten Handeltreiben.
§ 29 BtMG; § 27 StGB; § 25 Abs. 2 StGB

661. BGH 4 StR 143/14 – Beschluss vom 20. Mai 2014 (LG Bielefeld)
Bezifferung des Vermögensschadens (Aufrechterhaltung des Schuldspruchs bei fehlender Bezifferung; Strafausspruch; Kreditbetrug).
Art. 103 Abs. 2 GG; § 263 StGB; § 353 StPO; § 46 StGB

662. BGH 4 StR 144/14 – Beschluss vom 21. Mai 2014 (LG Bielefeld)
Angemessene Rechtsfolge (Hinweispflicht und Antrag des Generalbundesanwalts).
§ 354 Abs. 1a StPO; Art. 6 EMRK; Art. 103 Abs. 1 GG

663. BGH 4 StR 145/14 – Beschluss vom 3. Juni 2014 (LG Hagen)
Verwerfung der Revision als unbegründet.
§ 349 Abs. 2 StPO

664. BGH 4 StR 146/14 – Beschluss vom 20. Mai 2014 (LG Arnsberg)
Erörterungsmangel zur Unterbringung in einer Entziehungsanstalt.
§ 64 StGB

665. BGH 4 StR 173/14 – Beschluss vom 3. Juni 2014 (LG Dortmund)
Voraussetzungen des Wohnungseinbruchsdiebstahls (Einsteigen in eine Wohnung; Schuppen).
§ 244 Abs. 1 Nr. 3 StGB

666. BGH 4 StR 430/13 – Urteil vom 22. Mai 2014 (LG Bielefeld)

BGHR; Anforderungen an die Feststellung und Darlegung des Irrtums beim gewerbsmäßigen Bandenbetrug im Zusammenhang mit routinemäßigen Massengeschäften (Missbrauch des Einzugsermächtigungslastschriftverfahrens; Normativierung; Verständigung); Versuch (unmittelbares Ansetzen); Darlegungsanforderungen an die Verfahrensrüge (Überschreitung der Urteilsabsetzungs-

frist; Ausschluss von der Ausübung des Richteramts: Vernehmung als Zeuge).

§ 263 Abs. 1, Abs. 5 StGB; § 22 StGB; § 261 StPO; § 257c StPO; § 344 Abs. 2 Satz 2 StPO; § 22 Nr. 5 StPO

667. BGH 4 StR 578/13 – Beschluss vom 20. Mai 2014 (LG Bielefeld)

Verwerfung der Revision als unbegründet.

§ 349 Abs. 2 StPO