

SCHRIFTLEITUNG

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

REDAKTION

RA Wiss. Ass. Dr. Christian Becker;
RiLG Ulf Buermeyer; Prof. Dr. 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, M.Jur.
(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

VRiBGH Prof. Dr. iur. utr. *Thomas Fischer*, Karlsruhe – **Strafbarkeit beim Dealen mit dem Recht? Über Lausbuben- und Staatsstreiche** S. 324

Prof. Dr. *Martin Paul Waßmer*, Universität zu Köln – **Strafbare Marktmanipulation durch Matched Orders im Freiverkehr** Zugleich Anmerkung zu BGH HRRS 2014 Nr. 183 S. 336

Alexander Hettel, Ref. jur. und *Max Philipp Kirschhöfer*, Ref. jur., Mannheim – **Aus aktuellem Anlass: Die Strafbarkeit geheimdienstlicher Spionage in der Bundesrepublik Deutschland** S. 341

Wiss. Ass. Dr. *Mohamad El-Ghazi*, Universität Bremen – **Irrwege und Wege zur Abgrenzung von Sach- und Verfahrensrüge** S. 350

Lara Blume und *Kilian Wegner*, Bucerius Law School, Hamburg – **Reform des § 177 StGB? – Zur Vereinbarkeit des deutschen Sexualstrafrechts mit Art. 36 der „Istanbul-Konvention“** S. 357

Entscheidungen

- EGMR **Verletzung des Art. 6 EMRK durch ungenügende Gewährung des Konfrontationsrechts (Hümmer v. Deutschland)**
- EuGH **Angemessene Unterbringung von Abschiebebehäftlingen**
- BVerfG **Waffengleichheit bei der Entscheidung über Revisionen**
- BGHSt **Bedeutung des Zwischenrechtsbehelfs für die Mitteilungs- und Dokumentationspflichten bei der Verständigung**
- BGH **Verklammerung der unerlaubten Einfuhr von BtM**
- BGH **Grenzen der richtlinienkonformen Auslegung**
- BGH **Besorgnis der Befangenheit nach Verfahrensfehlern**
- BGH **Konkurrenzen bei der Misshandlung Schutzbefohlener**
- BGH **Subsidiarität des individuellen Schadenseinschlages**

Die Ausgabe umfasst 152 Entscheidungen.

HRRS

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

HERAUSGEBER

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

SCHRIFTFLEITUNG

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

REDAKTION

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

Als ständige Mitarbeiter wirken mit:

Christoph Henckel (Redaktionsassistent); Prof. Dr. Jochen Bung, M.A., (Univ. Passau); Ass.-Prof. Dr. Daniela Demko, LL.M., (Univ. Luzern); Dr. Antje du Bois-Pedain, M.Jur. (Oxon.), (Univ. Cambridge); 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, August/September 2014, Ausgabe

8-9

Rechtsprechung

Strafrechtliche/strafverfahrensrechtliche Entscheidungen des EGMR/EuGH/BVerfG

715. EuGH C-473/13 (C-514/13) – Urteil des EuGH (Große Kammer) vom 17. Juli 2014 (Adala Bero und Ettayebi Bouzalmate)

Gemeinsame Normen und Verfahren in den Mitgliedstaaten zur Rückführung illegal aufhältiger Drittstaatsangehöriger (Abschiebehaft; Inhaftierung in einer gewöhnlichen Haftanstalt; Unmöglichkeit der Unterbringung in einer speziellen Hafteinrichtung infolge national föderaler Strukturen; Auslegung unterschiedlicher Sprachfassungen; zulässige Unterbringung in Einrichtungen anderer Bundesländer); Raum der Freiheit, der Sicherheit und des Rechts; Vorabentscheidungsverfahren.

Art. 16 Abs. 1 Richtlinie 2008/115/EG; Art. 1 GRCh; Art. 267 AEUV; § 62a Abs. 1 Aufenthaltsgesetz

1. Art. 16 Abs. 1 der Richtlinie 2008/115/EG des Europäischen Parlaments und des Rates vom 16. Dezember

2008 über gemeinsame Normen und Verfahren in den Mitgliedstaaten zur Rückführung illegal aufhältiger Drittstaatsangehöriger ist dahin auszulegen, dass ein Mitgliedstaat auch dann verpflichtet ist, illegal aufhältige Drittstaatsangehörige grundsätzlich in einer speziellen Hafteinrichtung dieses Staates in Abschiebungshaft zu nehmen, wenn er föderal strukturiert ist und die nach nationalem Recht für die Anordnung und Vollziehung einer solchen Haft zuständige föderale Untergliederung über keine solche Hafteinrichtung verfügt. (EuGH)

2. Die in Art. 16 Abs. 1 der Richtlinie 2008/115 vorgesehene Verpflichtung, die Haft grundsätzlich in speziellen Hafteinrichtungen zu vollziehen, obliegt den Mitgliedstaaten als solche und zwar unabhängig von ihrer jeweiligen Verwaltungs- oder Verfassungsstruktur. Die nationalen Behörden, die die zur Umsetzung von Art. 16 der Richtlinie 2008/115 erlassenen nationalen Rechtsvor-

schriften anzuwenden haben, müssen daher in der Lage sein, die Haft in speziellen Hafteinrichtungen zu vollziehen. (Bearbeiter)

3. Diese Auslegung von Art. 16 Abs. 1 der Richtlinie 2008/115 bedeutet aber nicht, dass ein Mitgliedstaat, der wie die Bundesrepublik Deutschland föderal strukturiert ist, verpflichtet wäre, in jeder föderalen Untergliederung spezielle Hafteinrichtungen zu errichten. (Bearbeiter)

716. EGMR Nr. 26171/07 – Urteil vom 19. Juli 2012 (Hümmer v. Deutschland)

Verletzung des Rechts auf ein faires Strafverfahren durch ausbleibende Gewährung des Konfrontationsrechts (Fragerecht: kontradiktorische Befragung, Kreuzverhör; unzulässige Einschränkung der Verteidigungsrechte durch Zugeständnis eines familiär bedingten Zeugnisverweigerungsrechts und der Verwertung früherer belastender Aussagen: Verhältnismäßigkeit, hinreichende Kompensation, strenge Prüfung durch den EGMR; Verweigerung eines Verwertungsverbotes zugunsten einer besonders vorsichtigen Beweiswürdigung; einzige oder entscheidende Aussage; mangelnde Bestellung eines Verteidigers im Ermittlungsverfahren); Anordnung der Unterbringung in einem psychiatrischen Krankenhaus).

Art. 6 Abs. 1, Abs. 3 lit. d EMRK; § 252 StPO; § 52 StPO; § 141 Abs. 3 StPO; § 140 Abs. 1 Nr. 2 StPO; § 168c StPO; § 63 StGB

1. In Artikel 6 Abs. 3 lit. d EMRK ist der Grundsatz verankert, dass vor einer Verurteilung eines Beschuldigten alle ihn belastenden Beweismittel grundsätzlich während einer öffentlichen mündlichen Verhandlung vor dem Beschuldigten beigebracht werden müssen, um eine kontradiktorische Befragung zu ermöglichen. Das zugrunde liegende Prinzip ist, dass der Angeklagte in einem Strafprozess eine wirkungsvolle Gelegenheit haben soll, die gegen ihn vorgebrachten Beweise anzufechten. Ausnahmen hiervon sind möglich, dürfen aber die Rechte der Verteidigung nicht verletzen; diese Rechte erfordern in der Regel nicht nur, dass der Angeklagte weiß, wer ihn beschuldigt, damit er die Redlichkeit und Glaubwürdigkeit der betreffenden Personen in Zweifel ziehen kann, sondern auch, dass ihm in angemessener und hinreichender Weise Gelegenheit gegeben wird, einen Belastungszeugen entweder während dessen Zeugenaussage oder zu einem späteren Verfahrenszeitpunkt zu konfrontieren und zu befragen.

2. Bestimmungen, mit denen Familienangehörigen des Beschuldigten vor Gericht ein Zeugnisverweigerungsrecht eingeräumt wird, um sie davor zu schützen, in ein moralisches Dilemma zu geraten, stehen an sich nicht im Widerspruch zu Art. 6 Abs. 1 und 3 lit. d EMRK.

3. Die Verwertung von im Ermittlungsstadium erlangten Aussagen als Beweismittel steht an sich nicht im Widerspruch zu Art. 6 Abs. 1 und 3 lit. d EMRK, soweit dem Angeklagten noch immer eine angemessene Gelegenheit gegeben wurde, die Aussagen in Zweifel zu ziehen. Dies bedeutet, dass bei der Verwertung von Beweismitteln, die vom Tatgericht zugelassen wurden, die Rechte der Verteidigung gewahrt werden müssen, besonders wenn der

Angeklagte in keinem Stadium des Verfahrens zuvor Gelegenheit hatte, die Personen zu befragen, deren Aussagen in den Prozess eingeführt werden, und diese Aussagen das alleinige oder entscheidende Beweismittel für eine Verurteilung durch das Tatgericht oder eine damit verbundene Entscheidung dieses Gerichts darstellen. Der Gerichtshof hat in diesem Zusammenhang festgestellt, dass, wenn eine Verurteilung allein oder entscheidend auf Aussagen einer Person gestützt wird, die der Beschuldigte weder im Ermittlungsverfahren noch in der Hauptverhandlung Gelegenheit hatte zu befragen oder befragt zu lassen, die Rechte der Verteidigung in einem Maß eingeschränkt sein können, das mit den nach Artikel 6 vorgesehenen Garantien nicht vereinbar ist (die sogenannte „allein-oder-entscheidend“-Regel).

4. In Fällen, in denen eine Verurteilung allein oder entscheidend auf den Aussagen nicht anwesender Zeugen beruht, prüft der EGMR das Verfahren mit größtmöglicher Gründlichkeit. Die Frage ist in jedem Fall, ob hinreichende kompensierende Faktoren vorliegen, einschließlich Maßnahmen, die eine faire und angemessene Einschätzung der Verlässlichkeit dieser Aussagen ermöglichen. Danach könnte eine Verurteilung nur dann auf solche Aussagen gestützt werden, wenn sie in Anbetracht ihrer Bedeutung für die Sache hinreichend verlässlich sind.

5. Verletzung der Art. 6 Abs. 1, Abs. 3 lit. d EMRK trotz einer unstreitigen besonders vorsichtigen Beweiswürdigung in einem Einzelfall, in dem die verwerteten, keinem Kreuzverhör unterzogenen Zeugenaussagen zwar nicht die alleinigen, wohl aber die entscheidenden bzw. ausschlaggebenden Beweismittel waren und die vom Tatgericht herangezogenen bestätigenden Beweise entweder selbst in Hörensagen oder in Indizienbeweisen bestanden und in dem zuvor die gebotene Bestellung eines Verteidigers im Ermittlungsverfahren unterblieben war und dem Beschwerdeführer eine eigene Aussage unmöglich war.

670. BVerfG 2 BvR 792/11 (3. Kammer des Zweiten Senats) – Beschluss vom 30. Juni 2014 (BGH / LG Neuruppin)

Verwerfung einer Revision ohne mündliche Verhandlung durch unbegründeten Beschluss (Recht auf rechtliches Gehör; Recht auf ein faires Verfahren; „Waffengleichheit“; Konventionsrecht als Auslegungshilfe bei der Auslegung von Grundrechten und rechtsstaatlichen Grundsätzen).

Art. 103 Abs. 1 GG; Art. 6 EMRK; § 344 StPO; § 349 Abs. 2 StPO; § 349 Abs. 3 StPO; 358 Abs. 2 StPO

1. Die Verwerfung einer Revision ohne mündliche Verhandlung durch Beschluss und ohne Begründung (§ 349 Abs. 2 StPO) ist im Grundsatz verfassungs- und konventionsrechtlich unbedenklich.

2. Ein Anspruch auf eine mündliche Revisionshauptverhandlung folgt weder aus dem Recht auf rechtliches Gehör, noch aus dem Recht auf ein faires Verfahren. Das rechtliche Gehör ist im Revisionsverfahren auch bei einer Entscheidung nach § 349 Abs. 2 StPO ausreichend durch die Möglichkeiten einer schriftlichen Äußerung gewährleistet. Dass Revisionen der Staatsanwaltschaft im Allgemeinen

nicht durch Beschluss nach § 349 Abs. 2 StPO verworfen werden, führt bei Revisionen des Angeklagten nicht generell zu einer verminderten Rechtsschutzqualität.

3. Eine mit ordentlichen Rechtsmitteln nicht mehr angreifbare letztinstanzliche gerichtliche Entscheidung bedarf von Verfassungen wegen regelmäßig keiner Begründung. Die Gründe, auf denen ein Beschluss nach § 349 Abs. 2 StPO beruht, ergeben sich hinreichend aus dem erforderlichen begründeten Antrag der Staatsanwaltschaft, von dem anzunehmen ist, dass ihn sich das Revisionsgericht zu eigen gemacht hat, soweit es nicht in den Beschluss einen Zusatz zu seiner eigenen Rechtsauffassung aufgenommen hat.

4. Aus Art. 6 der Europäischen Menschenrechtskonvention, deren Gewährleistungen bei der Auslegung der Grundrechte und der rechtsstaatlichen Grundsätze des Grundgesetzes zu berücksichtigen sind, folgt ebenfalls kein Anspruch auf eine mündliche Revisionshauptverhandlung. Dies ergibt sich angesichts der maßgeblichen Auslegung der EMRK durch den Europäischen Gerichtshof für Menschenrechte insbesondere daraus, dass in der Vorinstanz mündlich verhandelt worden ist, dass der Angeklagte eine reformatio in peius nicht zu befürchten hat, dass Gegenstand der Prüfung ausschließlich Rechtsfragen sind und dass es sich bei § 349 Abs. 2 StPO um die einem Annahmeverfahren vergleichbare Möglichkeit zur vereinfachten Erledigung aussichtsloser Rechtsmittel handelt.

5. Auch das Absehen von der Begründung einer Entscheidung nach § 349 Abs. 2 StPO ist mit Art. 6 EMRK in seiner Auslegung durch den EGMR vereinbar, weil es um die Rechtsmittelentscheidung eines übergeordneten Gerichts geht und bereits das angefochtene Urteil und die Antragschrift der Staatsanwaltschaft eine Begründung enthalten.

668. BVerfG 2 BvR 429/12 (3. Kammer des Zweiten Senats) – Beschluss vom 27. Juni 2014 (OLG Celle / LG Bückeburg / AG Rinteln)

Bestimmtheitsgrundsatz (Analogieverbot; Reichweite der Gesetzeskraft verfassungsgerichtlicher Entscheidungen); verbotene Mitteilungen über Gerichtsverhandlungen (Schutzrichtung der Norm; erfolglose Verfassungsbeschwerde gegen eine Verurteilung wegen vorzeitiger Veröffentlichung der Anklageschrift durch den Angeschuldigten oder mit dessen Willen; Rechtfertigung von Eingriffen in das allgemeine Persönlichkeitsrecht und die Meinungsfreiheit).

Art. 1 Abs. 1 GG; Art. 2 Abs. 1 GG; Art. 5 Abs. 1 GG; Art. 103 Abs. 2 GG; § 31 Abs. 2 BVerfGG; § 353d Nr. 3 StGB

1. Der in Art. 103 Abs. 2 GG niedergelegte Bestimmtheitsgrundsatz schließt jede Rechtsanwendung aus, die über den Inhalt einer gesetzlichen Sanktionsnorm hinausgeht. Unzulässig sind danach auch strafrechtliche Verurteilungen, die auf der Anwendung eines materiellen Strafgesetzes beruhen, welches das Bundesverfassungsgericht zuvor mit Gesetzeskraft (§ 31 Abs. 2

BVerfGG) für nichtig oder für unvereinbar mit dem Grundgesetz erklärt hat.

2. In Gesetzeskraft erwächst unter den Voraussetzungen des § 31 Abs. 2 BVerfGG nur der Tenor einer verfassungsgerichtlichen Entscheidung; den Entscheidungsgründen kommt hingegen nur hinsichtlich der Auslegung des Tenors Bedeutung zu.

3. Der Beschluss des Bundesverfassungsgerichts vom 3. Dezember 1985 (BVerfGE 71, 206 ff.) entfaltet nur hinsichtlich der im Tenor enthaltenen Feststellung Gesetzeskraft, dass § 353d Nr. 3 StGB mit dem Grundgesetz vereinbar ist, soweit die unter Strafe gestellte öffentliche Mitteilung der Anklageschrift oder anderer amtlicher Schriftstücke ohne oder gegen den Willen des von der Berichterstattung Betroffenen erfolgt ist. Eine Feststellung, dass die Norm in Fällen verfassungswidrig ist, in denen die Veröffentlichung mit dem Willen des Betroffenen erfolgt ist, lässt sich dem nicht entnehmen.

4. Der Eingriff in den Schutzbereich der Meinungsfreiheit und des allgemeinen Persönlichkeitsrechts durch § 353d StGB ist angesichts des Gesetzeszwecks der Strafnorm gerechtfertigt, die primär darauf gerichtet ist, eine Beeinträchtigung von Laienrichtern und Zeugen in ihrer Unbefangtheit zu verhindern. Daneben dient die Norm auch dem Schutz der Persönlichkeitsrechte der durch das Verfahren Betroffenen sowie der Aufrechterhaltung der Unschuldsvermutung.

5. Aufgrund dieser mehrfachen Schutzrichtung des § 353d Nr. 3 StGB entfällt die Zwecktauglichkeit der Vorschrift nicht dadurch, dass sich ein durch das Verfahren Betroffener durch die verfrühte Veröffentlichung amtlicher Schriftstücke (nur) derjenigen Rechte begibt, die seinem Schutz dienen und damit zu seiner Disposition stehen können. Bedeutung und Tragweite des durch die Veröffentlichung auch berührten materiellen Schuldprinzips und der Neutralität des Gerichts für das rechtsstaatliche Strafverfahren rechtfertigen auch isoliert betrachtet die Strafbarkeit seines Handelns.

673. BVerfG 2 BvR 2512/13 (3. Kammer des Zweiten Senats) – Beschluss vom 20. Mai 2014 (OLG Nürnberg / LG Regensburg)

Effektiver Rechtsschutz im Strafvollzug (Blutuntersuchung; HIV-Test ohne Wissen des Gefangenen; Zulässigkeit einer Beweislastentscheidung; Pflicht zur Sachverhaltsaufklärung bei Streitigem Sachverhalt; Absehen von der Begründung einer Rechtsbeschwerdeentscheidung; Leerlaufen der Rechtsbeschwerde; erhebliche Zweifel an der Richtigkeit einer angefochtenen Entscheidung).

Art. 19 Abs. 4 GG; § 109 StVollzG; § 119 Abs. 3 StVollzG; § 36 Abs. 4 InfektionsschutzG; Art. 7 Abs. 3 BayStVollzG

1. Art. 19 Abs. 4 GG verbietet eine Anwendung von Verfahrensvorschriften in einer Art und Weise, die die Beschreitung des eröffneten Rechtswegs in unzumutbarer, aus Sachgründen nicht mehr zu rechtfertigender Weise erschwert.

2. Das Gebot effektiven Rechtsschutzes nach Art. 19 Abs. 4 GG erfordert eine zureichende Aufklärung des jeweiligen Sachverhalts. Dies gilt auch für prozessrechtlich entscheidungserhebliche Umstände. Ist eine Entscheidung nach Beweislastregeln erforderlich, so darf die Beweislastverteilung nicht zum Leerlaufen von Rechtspositionen führen.

3. In Strafvollzugssachen haben die Fachgerichte auch der spezifischen Situation des Strafgefangenen und den besonderen Beweisproblemen, die sich daraus ergeben können, Rechnung zu tragen. Im Falle unvereinbarer Sachverhaltsdarstellungen von Gefangenem und Justizvollzugsanstalt dürfen die Gerichte nicht einseitig die Beweislast dem Gefangenen zuweisen, ohne zu berücksichtigen, ob und wie der Gefangene die Möglichkeit hat, dieser Beweislast zu genügen.

4. Behauptet ein Strafgefangener, anlässlich einer Blutentnahme aus anderen Gründen sei ohne sein Wissen und ohne seine Einwilligung auch ein HIV-Test durchgeführt worden, so darf die Strafvollstreckungskammer nicht mit der Erwägung von einer Einwilligung des Gefangenen in den Test ausgehen, ein Widerspruch sei in den Akten nicht dokumentiert.

5. Sieht das Beschwerdegericht nach § 119 Abs. 3 StVollzG von einer Begründung der Beschwerdeentscheidung ab, so ist dies mit Art. 19 Abs. 4 GG nur vereinbar, wenn dadurch die Beschwerdemöglichkeit nicht leer läuft. Letzteres ist bereits dann anzunehmen, wenn erhebliche Zweifel an der Vereinbarkeit der mit der Beschwerde angegriffenen Entscheidung mit Grundrechten bestehen, weil die Entscheidung von der Rechtsprechung des Bundesverfassungsgerichts abweicht.

674. BVerfG 2 BvR 2699/10 (1. Kammer des Zweiten Senats) – Beschluss vom 26. Juni 2014 (OLG Nürnberg)

Klageerzwingungsverfahren (erfolglose Verfassungsbeschwerde gegen die Einstellung eines Ermittlungsverfahrens wegen tödlicher Schüsse von Polizeibeamten; Fall „Tennessee Eisenberg“; Recht auf Leben; staatliche Schutzpflicht; Anspruch auf Strafverfolgung Dritter nur in Ausnahmefällen; wirksame amtliche Ermittlungen; Annahme einer Notwehrlage; Konventionsrecht als Auslegungshilfe bei der Auslegung von Grundrechten). Art. 1 Abs. 1 Satz 2 GG; Art. 2 Abs. 2 Satz 1 GG; Art. 3 Abs. 1 GG; Art. 1 EMRK; Art. 2 EMRK; § 32 StGB; § 172 StPO

1. Wenngleich das Grundgesetz den Staat verpflichtet, Grundrechte des Einzelnen zu schützen, so besteht doch regelmäßig kein grundrechtlich begründeter Anspruch auf eine Strafverfolgung Dritter.

2. Anderes kann allerdings gelten, soweit der Einzelne nicht in der Lage ist, erhebliche Straftaten gegen seine höchstpersönlichen Rechtsgüter – wie etwa das Recht auf Leben – abzuwehren und ein Verzicht auf die effektive Verfolgung solcher Taten zu einer Erschütterung des Vertrauens in das Gewaltmonopol des Staates und zu einem allgemeinen Klima der Rechtsunsicherheit und der Gewalt führen kann.

3. Ein Anspruch auf eine effektive Strafverfolgung kann auch in Betracht kommen, wenn der Vorwurf im Raum steht, dass Amtsträger bei der Wahrnehmung hoheitlicher Aufgaben Straftaten begangen haben oder wenn sich die Opfer möglicher Straftaten in einem strukturell asymmetrischen Rechtsverhältnis zum Staat befindet und diesem – wie etwa im Maßregel- oder Strafvollzug – eine spezifische Fürsorge- und Obhutspflicht obliegt.

4. Aus Art. 2 i. V. m. Art. 1 der Europäischen Menschenrechtskonvention, deren Gewährleistungen bei der Auslegung der Grundrechte des Grundgesetzes zu berücksichtigen sind, folgt eine Pflicht der Unterzeichnerstaaten, wirksame amtliche Ermittlungen anzustellen, wenn ein Mensch durch Gewalteinwirkung zu Tode gekommen ist. Nach der maßgeblichen Auslegung der EMRK durch den Europäischen Gerichtshof für Menschenrechte müssen die Ermittlungen prompt, umfassend, unvoreingenommen, gründlich und außerdem geeignet sein, zur Identifizierung und Bestrafung der verantwortlichen Person zu führen. Konventionsrechtlich relevant sind Ermittlungsfehler allerdings nur dann, wenn sie den Untersuchungszweck gefährden.

5. Die Einstellung eines Ermittlungsverfahrens wegen tödlicher Schüsse von Polizeibeamten auf einen mit einem Küchenmesser Bewaffneten ist verfassungsrechtlich nicht zu beanstanden, wenn die Ermittlungen unter Ausschöpfung aller Ermittlungsmöglichkeiten ergeben haben, dass der Getötete, der die Beamten im Rahmen eines dynamischen Geschehens aus kurzer Entfernung mit dem Messer bedroht hatte, weder für verbale Aufforderungen noch für Zwangsmittel empfänglich war und sich von Warnschüssen und nicht tödlichen Schussverletzungen unbeeindruckt weiter drohend auf die Beamten zubewegt hatte.

669. BVerfG 2 BvR 517/13 (1. Kammer des Zweiten Senats) – Beschluss vom 3. Juni 2014 (Kammergericht)

Vorzeitige Tilgung einer Eintragung im Bundeszentralregister (effektiver Rechtsschutz gegen die Versagung der Tilgung durch die Registerbehörde; Antrag auf gerichtliche Entscheidung; Darlegungsanforderungen; Inbezugnahme von Schriftstücken; erforderliche Begründungstiefe bei geltend gemachtem Ermessensfehler). Art. 19 Abs. 4 GG; § 23 EGGVG; § 24 Abs. 1 EGGVG; § 172 Abs. 3 Satz 1 StPO; § 42 Abs. 2 VwGO; § 49 Abs. 1 BZRG

1. Das von Art. 19 Abs. 4 GG gewährleistete Recht auf effektiven Rechtsschutz verbietet es, einen von der jeweiligen Verfahrensordnung eröffneten Rechtsbehelf durch eine überstrenge Handhabung prozessualer Vorschriften ineffektiv zu machen.

2. Die erhöhten Darlegungsanforderungen im Klageerzwingungsverfahren sind auf das Verfahren nach §§ 23 ff. EGGVG nicht übertragbar, weil es hier, wie bei der verwaltungsprozessualen Anfechtungsklage, um die Abwehr der Verletzung eines subjektiven Rechts durch staatliches Handeln geht.

3. Der Zugang zu gerichtlichem Rechtsschutz ist in verfassungswidriger Weise beschränkt, wenn ein Gericht im

Verfahren nach §§ 23 ff. EGGVG die inhaltliche Prüfung eines Vorbringens mit der formalen Begründung verweigert, ein Sachverhalt sei unzulässigerweise nur durch Beifügung und Inbezugnahme eines Schriftstücks dargelegt worden.

4. Das Oberlandesgericht überspannt die Darlegungsanforderungen im Verfahren nach §§ 23 ff. EGGVG auch dann, wenn es den Antrag hinsichtlich eines behaupteten behördlichen Ermessensfehlers mangels ausreichend tiefgehender Begründung bereits als unzulässig einstuft, obwohl der Antragsteller den geltend gemachten Ermessensfehler konkret benannt, sich mit den Erwägungen des Bescheides auseinandergesetzt und auch nicht lediglich seine eigene Gewichtung der Ermessenserwägungen an die Stelle der behördlichen Bewertung gesetzt hat.

671. BVerfG 2 BvR 989/14 (3. Kammer des Zweiten Senats) – Beschluss vom 1. Juli 2014 (BGH / LG Berlin)

Substantiierung einer Verfassungsbeschwerde (Auseinandersetzung mit vorhandener Rechtsprechung des Bundesverfassungsgerichts; Darlegung einer Verletzung in eigenen Grundrechten); keine „Drittwirkung“ verständigungsbezogener Verfahrensfehler (Absprachen; Verständigungsgesetz; Transparenzpflicht; Dokumentationspflicht; Belehrungspflicht; Rechtsstaatsprinzip; Recht auf ein faires Verfahren; Rechtskreistheorie; Mitangeklagte).

Art. 2 Abs. 1 GG; Art. 20 Abs. 3 GG; § 23 Abs. 1 BVerfGG; § 92 BVerfGG; § 136 Abs. 1 Satz 2 StPO; § 243 Abs. 4 StPO; § 257c Abs. 5 StPO; § 258 StPO; § 273 Abs. 1a StPO

1. Ist zu der mit einer Verfassungsbeschwerde aufgeworfenen Fragestellung bereits Rechtsprechung des Bundesverfassungsgerichts vorhanden, so ist die Verfassungsbeschwerde nur dann hinreichend substantiiert, wenn der behauptete Grundrechtsverstoß in Auseinandersetzung mit den entwickelten Maßstäben begründet wird.

2. Zwar hat das Bundesverfassungsgericht Verstöße gegen Transparenz-, Dokumentations- und Belehrungspflichten nach dem Verständigungsgesetz in die Nähe absoluter Revisionsgründe gerückt (Bezugnahme auf BVerfG, Urteil des Zweiten Senats vom 19. März 2013 – 2 BvR 2628/10 u.a. – [= HRRS 2013 Nr. 222]). Hieraus

ergibt sich jedoch gerade nicht, dass eine fehlerhafte Verfahrensverständigung, die allein Mitangeklagte betrifft, einen Angeklagten in eigenen Grundrechten – insbesondere in seinem Recht auf ein faires Verfahren – verletzt.

672. BVerfG 2 BvR 1004/13 (3. Kammer des Zweiten Senats) – Beschluss vom 12. Juni 2014 (BGH / LG Frankfurt am Main)

Begründung der Verfassungsbeschwerde (Darlegungslast in Zweifelsfällen auch hinsichtlich der Zulässigkeit der Verfassungsbeschwerde; Verfassungsbeschwerdefrist; Fristberechnung nach Zustellung einer strafrechtlichen Entscheidung bei mehreren Verteidigern).

§ 23 Abs. 1 Satz 2 BVerfGG; § 92 BVerfGG; § 93 Abs. 1 Satz 1 BVerfGG; § 35 Abs. 2 StPO; § 37 Abs. 2 StPO; § 145a Abs. 1 StPO

1. Das Erfordernis einer ausreichenden Begründung der Verfassungsbeschwerde umfasst auch die Sachentscheidungsvoraussetzungen – wie etwa die Einhaltung der Frist nach § 93 Abs. 1 Satz 1 BVerfGG –, soweit nicht aus sich heraus erkennbar ist, dass diese Voraussetzungen erfüllt sind.

2. Im Falle mehrfacher Bekanntmachungen einer strafprozessualen Entscheidung richtet sich der Beginn der Frist zur Erhebung der Verfassungsbeschwerde nicht nach § 37 Abs. 2 StPO; vielmehr ist auf die zuerst bewirkte Zustellung oder die zuerst eingegangene Mitteilung abzuheben. Zu berücksichtigen sind dabei alle Zustellungen an einen zustellungsbevollmächtigten Verteidiger und an den Beschuldigten sowie auch die Unterrichtungen nach § 145a Abs. 3 StPO über die Zustellung an eine andere Person.

3. Zur Darlegung der fristgerechten Erhebung der Verfassungsbeschwerde ist die Mitteilung des Eingangsdatums aller zugestellten oder sonst übermittelten Ausfertigungen der angegriffenen Entscheidung erforderlich. Dies gilt insbesondere in Zweifelsfällen, wie etwa dann, wenn das Zustellungsdatum auf der eingereichten Entscheidungsausfertigung handschriftlich verändert worden ist, zwischen diesem Datum und dem Datum der Entscheidung mehrere Monate liegen und die Verfassungsbeschwerde erst kurz vor dem danach berechneten Fristablauf erhoben worden ist.

Hervorzuhebende Entscheidungen des BGH

I. Materielles Strafrecht – Allgemeiner Teil

747. BGH 4 StR 158/14 – Urteil vom 17. Juli 2014 (LG Magdeburg)

Rücktritt vom Versuch (beendeter Versuch: Definition, Korrektur des Rücktrittshorizonts).

§ 22 StGB; § 23 Abs. 1 StGB; § 24 Abs. 1 Satz 1 StGB

1. Ein beendeter Versuch liegt vor, wenn der Täter nach der letzten Ausführungshandlung den Eintritt des tatbestandsmäßigen Erfolgs für möglich hält (sog. Rücktrittshorizont; vgl. BGHSt 39, 221, 227).

2. Eine Korrektur des Rücktrittshorizonts ist allerdings in engen Grenzen möglich. Der Versuch eines Tötungsdelikts ist daher nicht beendet, wenn der Täter zunächst irrtümlich den Eintritt des Todes für möglich hält, aber „nach alsbaldiger Erkenntnis seines Irrtums“ von weiteren Ausführungshandlungen Abstand nimmt (vgl. BGH NStZ-RR 2013, 273, 274).

3. Die Frage, ob nach diesen Rechtsgrundsätzen von einem beendeten oder unbeendeten Versuch auszugehen ist, bedarf insbesondere dann eingehender Erörterung, wenn das angegriffene Tatopfer nach der letzten Ausführungshandlung noch – vom Täter wahrgenommen – zu körperlichen Reaktionen fähig ist, die geeignet sind, Zweifel daran aufkommen zu lassen, das Opfer sei bereits tödlich verletzt (BGH NStZ-RR 2002, 73, 74). So liegt es nach der Rechtsprechung des Bundesgerichtshofs etwa in dem Fall, dass das Opfer noch in der Lage ist, sich vom Tatort wegzubewegen. Ein solcher Umstand kann geeignet sein, die Vorstellung des Täters zu erschüttern, alles zur Erreichung des gewollten Erfolgs getan zu haben (vgl. BGH NStZ-RR 2008, 335, 336).

748. BGH 4 StR 168/14 – Beschluss vom 4. Juni 2014 (LG Ulm)

Rücktritt vom Versuch (Fehl Schlag des Versuchs).

§ 24 Abs. 1 StGB

1. Ein strafbefreiender Rücktritt nach § 24 StGB scheidet aus, wenn der Versuch fehlgeschlagen ist (st. Rspr.). Ob ein fehlgeschlagener Versuch vorliegt, ist für jedes im Versuchsstadium stecken gebliebene Delikt ungeachtet der konkurrenzrechtlichen Bewertung gesondert zu prüfen (vgl. BGH NStZ 2012, 562).

2. Von einem fehlgeschlagenen Versuch ist auszugehen, wenn die Tat nach dem Misslingen des zunächst vorgestellten Tatablaufs mit den bereits eingesetzten oder anderen naheliegenden Mitteln objektiv nicht mehr vollendet werden kann und der Täter dies erkennt. Gleiches

gilt, wenn eine Tatvollendung objektiv zwar noch möglich ist, der Täter diese aber subjektiv nicht mehr für möglich hält. Maßgeblich dafür ist nicht der ursprüngliche Tatplan, dem je nach Fallgestaltung allenfalls Indizwirkung für den Erkenntnishorizont des Täters zukommen kann (vgl. BGH NStZ 2008, 393), sondern dessen Vorstellung nach Abschluss der letzten Ausführungshandlung (st. Rspr.). Lässt sich den Urteilsfeststellungen das zur revisionsrechtlichen Prüfung unerlässliche Vorstellungsbild des Angeklagten nicht hinreichend entnehmen, hält das Urteil sachlich-rechtlicher Nachprüfung nicht stand (vgl. BGH NStZ-RR 2013, 273, 274).

788. BGH 5 StR 134/14 – Urteil vom 1. Juli 2014 (LG Hamburg)

Notwehr (Erforderlichkeit: tödlicher Einsatz eines Messers; Gebotenheit: sozialetisch zu missbilligendes Vorverhalten); Strafzumessung beim minder schweren Fall des Totschlags (Provokation; Tötung im Grenzbe-
reich der Notwehr).

§ 32 StGB; § 213 StGB

1. In einer Notwehrlage muss der Angegriffene auf weniger gefährliche Verteidigungsmittel nur dann zurückgreifen, wenn deren Abwehrwirkung unzweifelhaft ist und genügend Zeit zur Abschätzung der Lage zur Verfügung steht. Auch der sofortige, das Leben des Angreifers gefährdende Einsatz einer Waffe kann mithin durch Notwehr gerechtfertigt sein. Gegenüber einem unbewaffneten Angreifer ist der Gebrauch eines bis dahin noch nicht in Erscheinung getretenen Messers allerdings in der Regel anzudrohen.

2. Eine Einschränkung der Notwehr und dem Gesichtspunkt der Gebotenheit der Verteidigung liegt schon bei der dem Angegriffenen bekannten massiven alkoholischen Beeinträchtigung des Opfers nahe.

750. BGH 4 StR 176/14 – Beschluss vom 2. Juli 2014 (LG Dortmund)

Tateinheit bei mittäterschaftlich begangener Mehrzahl von Delikten (gesonderte Prüfung jedes einzelnen Beteiligten).

§ 52 Abs. 1 StGB; § 25 Abs. 2 StGB

1. Sind an einer Deliktserie mehrere Personen als Mittäter beteiligt, ist die Frage, ob die einzelnen Taten tateinheitlich oder tadmehrheitlich zusammentreffen, bei jedem Beteiligten gesondert zu prüfen und zu entscheiden. Maßgeblich ist dabei der Umfang des erbrachten Tatbeitrags.

2. Leistet ein Mittäter für alle oder einige Einzeltaten einen individuellen, nur diese fördernden Tatbeitrag, so sind ihm diese Taten – soweit keine natürliche Handlungseinheit vorliegt – als tatmehrheitlich begangen zuzurechnen. Fehlt es an einer solchen individuellen Tatförderung, erbringt der Täter aber im Vorfeld oder während des Laufs der Deliktserie Tatbeiträge, durch die alle oder mehrere Einzeltaten seiner Tatgenossen gleich-

zeitig gefördert werden, sind ihm die gleichzeitig geförderten einzelnen Straftaten als tateinheitlich begangen zuzurechnen, da sie in seiner Person durch den einheitlichen Tatbeitrag zu einer Handlung im Sinne des § 52 Abs. 1 StGB verknüpft werden. Ohne Bedeutung ist dabei, ob die Mittäter die einzelnen Delikte tatmehrheitlich begangen haben (st. Rspr).

Rechtsprechung

II. Materielles Strafrecht – Besonderer Teil

741. BGH 2 StR 608/13 – Urteil vom 16. April 2014 (LG Köln)

Misshandlung von Schutzbefohlenen (Verhältnis zum Totschlag: keine Gesetzeseinheit, Schutz auch der psychischen Integrität); Strafzumessung (Berücksichtigung von Vor- und Nachtatverhalten).

§ 225 Abs. 3 Nr. 1 StGB; § 212 StGB; § 46 StGB.

1. Die Qualifikation der Körperverletzung gemäß § 225 Abs. 3 Nr. 1 StGB wird nicht von § 212 StGB verdrängt.

2. Neben der körperlichen Unversehrtheit wird mithilfe des § 225 StGB – über § 223 StGB hinaus – auch die psychische Integrität einer unter besonderen Schutzverhältnissen stehenden Person geschützt.

3. Nach der Rechtsprechung des Bundesgerichtshofs liegt Gesetzeseinheit nur vor, wenn der Unrechtsgehalt einer Handlung durch einen von mehreren, dem Wortlaut nach anwendbaren Straftatbeständen erschöpfend erfasst wird. Maßgebend für die Beurteilung sind die Rechtsgüter, gegen die sich der Angriff des Täters richtet, und die Tatbestände, die das Gesetz zu ihrem Schutz aufstellt. Die Verletzung des durch den einen Straftatbestand geschützten Rechtsguts muss eine – wenn nicht notwendige, so doch regelmäßige – Erscheinungsform des anderen Tatbestandes sein (vgl. BGHSt 39, 100, 108).

4. Vor- und Nachtatverhalten sind bei der Strafzumessung zu berücksichtigen, wenn ein schuldrelevanter Zusammenhang mit der Tat besteht (vgl. BGH NStZ-RR 2013, 170, 171). Die fehlende Berücksichtigung entsprechenden relevanten Verhaltens im Rahmen der Strafzumessung stellt einen den Angeklagten begünstigenden Rechtsfehler dar (vgl. BGH NStZ 2011, 512, 513).

795. BGH 5 StR 216/14 – Beschluss vom 17. Juni 2014 (LG Berlin)

Räuberische Erpressung (kein Vermögensnachteil bei Zugriffsmöglichkeit auf EC-Karte ohne korrekte PIN-Nummer).

§ 253 StGB; § 255 StGB

Erlangt der Täter unter dem Einsatz qualifizierter Nötigungsmittel die Zugriffsmöglichkeit auf eine EC-Karte

des Opfers, so begründet das nur dann den Eintritt eines Vermögensnachteils i.S.d. §§ 253, 255 StGB, wenn er auch über die zutreffende PIN-Nummer verfügt. Ist dies nicht der Fall (hier: aufgrund der Angabe einer falschen PIN-Nummer durch das Opfer), kommt alleine eine Versuchsstrafbarkeit in Betracht.

734. BGH 2 StR 445/13 – Urteil vom 19. März 2014 (LG Marburg)

Unternehmen des Sich-Besitzverschaffens von kinderpornographischen Schriften (keine Strafbarkeit bei Erfüllung rechtmäßiger dienstlicher oder beruflicher Pflichten: Besitzverschaffung durch Strafverteidiger).

§ 184b Abs. 2, Abs. 5 StGB

1. Nur wenn die Besitzverschaffung zur Erfüllung eines Gutachtenauftrags erforderlich war, wurde sie gemäß § 184b Abs. 5 StGB vom Tatbestand des § 184b Abs. 2 StGB ausgeschlossen; denn § 184b Abs. 5 StGB ist eine eng auszulegende Ausnahme von dem auch zum Schutz der Intimsphäre der abgebildeten Kinder (vgl. BVerwGE 111, 291, 294) umfassenden Verbot des Unternehmens der Besitzverschaffung an kinderpornographischen Schriften. Diese Ausnahme betrifft „ausschließlich“ solche Handlungen, welche der Erfüllung rechtmäßiger dienstlicher oder beruflicher Pflichten dienen.

2. Zwar ist der Ausnahmetatbestand nicht auf die Tätigkeit der Behörden bei der Wahrnehmung öffentlicher Aufgaben beschränkt, sondern kann auch Strafverteidiger und Sachverständige betreffen (vgl. BT-Drucks. 12/4883 S. 8). Zu Verteidigungszwecken kann der Strafverteidiger das Aktenmaterial, das kinderpornographische Schriften enthält, auswerten und dazu auch Berufshelfer einschalten. Die Besitzverschaffung an Dritte innerhalb dieses Personenkreises ist aber nach der Regelungskonzeption eines umfassenden Verkehrsverbots bezüglich kinderpornographischer Schriften auch dem Strafverteidiger nur erlaubt, soweit dies zur Wahrnehmung seiner Verteidigungsaufgabe erforderlich ist.

766. BGH 3 StR 154/14 – Urteil vom 12. Juni 2014 (LG Mainz)

Anforderungen an die tatrichterliche Beweiswürdigung hinsichtlich der subjektiven Voraussetzungen der

Heimtücke (Ausnutzungsbewusstsein; umfassende Würdigung aller Umstände; Grenzen der Revisibilität); Rücktritt (ausnahmsweise Bestand des Urteils trotz fehlender Feststellungen zum Rücktrittshorizont).

§ 261 StPO; § 211 StGB; § 24 StGB

1. Voraussetzung heimtückischer Begehungsweise i.S.d. § 211 StGB ist in subjektiver Hinsicht, dass der Täter die von ihm erkannte Arg- und Wehrlosigkeit des Opfers bewusst zur Tatbegehung ausnutzt. Dafür muss er die Umstände, welche die Tötung zu einer heimtückischen machen, nicht nur äußerlich wahrgenommen, sondern auch in ihrer Bedeutung für die Tatbegehung erfasst haben; ihm muss mithin bewusst geworden sein, dass er einen durch seine Ahnungslosigkeit gegenüber dem Angriff schutzlosen Menschen überrascht.

2. Die Spontaneität des Tatentschlusses im Zusammenhang mit der Vorgeschichte der Tat und dem psychischen Zustand des Täters können hierbei Beweisanzeichen dafür sein, dass ihm das Ausnutzungsbewusstsein fehlte; psychische Ausnahmezustände können auch unterhalb der Schwelle des § 21 StGB der Annahme des Bewusstseins des Ausnutzens entgegenstehen.

3. Die Feststellung des Ausnutzungsbewusstseins erfordert insoweit eine Gesamtschau aller objektiven und subjektiven Umstände des Einzelfalles. Diese ist einer Überprüfung durch das Revisionsgericht in demselben (eingeschränkten) Umfang zugänglich, wie die Beweiswürdigung im Allgemeinen.

760. BGH 3 StR 60/14 – Beschluss vom 27. Mai 2014 (LG Koblenz)

Mordmerkmal der Heimtücke (kein Erfordernis eines direkten Vermögenszuwachses beim Täter); Ablehnung eines Beweisantrags wegen Bedeutungslosigkeit.

§ 211 StGB; § 244 Abs. 3 StPO

Das Mordmerkmal der Habgier setzt eine Verknüpfung zwischen dem geplanten Tod des Opfers und einer Bereicherung des Täters voraus. Eine unmittelbare Vermehrung des Vermögens des Täters in dem Sinn, dass durch die Tat direkt ein Vermögenszuwachs beim Täter entsteht, ist hingegen nicht erforderlich.

778. BGH 3 StR 265/13 – Beschluss vom 6. Mai 2014 (OLG Hamburg)

Mitgliedschaft in einer terroristischen Vereinigung im Ausland (PKK; keine völkerrechtliche Rechtfertigung des Kampfes der PKK gegen das türkische Militär; gerichtliche Kontrolle der Verfolgungsermächtigung); keine Wiedereinsetzung bei unvollständig erhobener Verfahrensrüge.

§ 129a StGB; § 129b StGB; § 44 StPO

1. Art. 43 des Zusatzprotokolls zu den Genfer Abkommen vom 12. August 1949 über den Schutz der Opfer internationaler Konflikte vom 8. Juni 1977 (ZP I) statuiert das sog. Kombattantenprivileg, mithin das Recht der Angehörigen der Streitkräfte einer am Konflikt beteiligten Partei, unmittelbar an Feindseligkeiten teilzunehmen. Dieses Recht umfasst auch die Tötung von militärischen Gegnern.

2. Das Kombattantenprivileg steht grundsätzlich nur Kämpfern in internationalen Konflikten zu. In diese bezieht Art. 1 Abs. 4 ZP I indes solche bewaffnete Konflikte ein, in denen Völker gegen Kolonialherrschaft und fremde Besetzung sowie gegen rassistische Regime in Ausübung ihres Rechts auf Selbstbestimmung kämpfen, wie es in der Charta der Vereinten Nationen und in der Erklärung über Grundsätze des Völkerrechts betreffend freundschaftliche Beziehungen und Zusammenarbeit zwischen den Staaten im Einklang mit der Charta der Vereinten Nationen niedergelegt ist. Diese Voraussetzungen liegen in Bezug auf den militärischen Kampf der kurdischen PKK gegen das türkische Militär nicht vor.

790. BGH 5 StR 154/14 – Beschluss vom 16. Juli 2014 (LG Berlin)

Menschenhandel zum Zweck der sexuellen Ausbeutung (Begriff der Zwangslage; Einschränkung der Entscheidungs- und Handlungsmöglichkeiten aufgrund von prekären wirtschaftlichen Verhältnissen).

§ 232 StGB

Ist die mit einem Leben in prekären wirtschaftlichen Verhältnissen verbundene Einschränkung der Entscheidungs- und Handlungsmöglichkeiten konkret geeignet, ihren Widerstand gegen Angriffe auf die sexuelle Selbstbestimmung herabzusetzen, genügt dies regelmäßig zur Erfüllung des Merkmals der „Zwangslage“ i.S.d. § 232 StGB. Es ist demgegenüber nicht erforderlich, dass zu den schlechten sozialen Verhältnissen in Bezug auf das jeweilige Opfer noch weitere erschwerende Umstände hinzukommen.

767. BGH 3 StR 168/14 – Beschluss vom 24. Juni 2014 (LG Hannover)

Schwere Körperverletzung (Begriff der „Lähmung“; Erfordernis der Aufhebung der Integrität des gesamten Körpers); Strafraumenwahl bei Vorhandensein eines Sonderstrafrahmens und eines weiteren vertypten Mildegrundes.

§ 226 Abs. 1 Nr. 3 Alt. 3 StGB; § 226 Abs. 3 StGB; § 49 StGB

Eine Lähmung im Sinne des § 226 Abs. 1 Nr. 3 StGB ist die erhebliche Beeinträchtigung der bestimmungsgemäßen Bewegungsfähigkeit eines Körperteiles, wenn sie die Integrität des gesamten Körpers aufhebt. Die Versteifung etwa des Handgelenks oder einzelner Finger genügt insoweit nicht.

735. BGH 2 StR 465/13 – Beschluss vom 14. Mai 2014 (LG Frankfurt a. M.)

Schwerer Bandendiebstahl (Bandenbegriff).

§ 244a Abs. 1 StGB

Nach der Rechtsprechung des Bundesgerichtshofs setzt eine Bande im Sinne des § 244a StGB den Zusammenschluss von mindestens drei Personen voraus, von denen jede auf der Grundlage einer ausdrücklichen oder konkludenten Abrede den Willen hat, mit den anderen Bandenmitgliedern in Zukunft für eine gewisse Dauer eine unbestimmte Zahl von Straftaten zu begehen (vgl. BGHSt 46, 321, 328 ff.).

III. Strafzumessungs – und Maßregelrecht

693. BGH 2 StR 157/14 – Beschluss vom 26. Juni 2014 (LG Frankfurt a.M.)

Wertungsfehler bei der Prüfung des minderschweren Falles des Raubes (mangelnde Milderungsgründe).
§ 250 Abs. 3 StGB; § 46 StGB

Nachvollziehbare, verständliche Motive für eine Tatbegehung können ebenso wie die Tatverstrickung durch Dritte strafmildernd zu Buche schlagen; ihr Fehlen berechtigt allerdings nicht, dies zu Lasten des Angeklagten zu berücksichtigen.

785. BGH 5 StR 60/14 – Urteil vom 18. Juni 2014 (LG Braunschweig)

Rechtsfehlerhafte Ablehnung der besonderen Schuldschwere beim Mord (Nachtatverhalten; ausnahmsweise Berücksichtigung von Bezeichnungen gegenüber Zeugen).
§ 57a Abs. 1 Satz 1 Nr. 2 StGB

1. Bei der Prüfung der besonderen Schuldschwere hat sich das Tatgericht an den für die Strafzumessungsschuld im Sinne von § 46 StGB geltenden Regeln zu orientieren. Demnach kann auch das Nachtatverhalten bei der Frage zu berücksichtigen sein, ob Umstände von Gewicht (die Annahme besonderer Schuldschwere indizieren, wenn ein innerer Zusammenhang mit dem Schuldvorwurf besteht und sichere Schlüsse auf die Einstellung des Täters zur Tat möglich sind).

2. Dem Angeklagten kann ein Verhalten gegenüber Zeugen oder Mitangeklagten ausnahmsweise dann angelastet werden, wenn es eindeutig die Grenzen angemessener Verteidigung überschreitet und Rückschlüsse auf eine rechtsfeindliche Haltung zulässt; dies kann etwa dann anzunehmen sein, wenn der Angeklagte einen völlig Unschuldigen – hier: den durch die Tötung der Mutter ohnehin schwer traumatisierten Sohn – der Tatbegehung bezichtigt.

781. BGH 3 StR 382/13 – Beschluss vom 6. Mai 2014 (LG Rostock)

Rechtsfehlerhafte Anordnung der Sicherungsverwahrung (Begriff des „Hangtäters“; Relevanz statistischer Prognoseinstrumente; Erörterungsbedarf bei „nicht typischem Hangtäter“).
§ 66 StGB

Gelangt das die Sicherungsverwahrung anordnende Tatgericht zu der Einschätzung, dass es sich bei dem Täter nicht um einen „typischen Hangtäter“ handelt, muss es erörtern, worin genau sich die Persönlichkeit des Angeklagten von derjenigen eines „typischen Hangtäters“ unterscheidet und warum trotz dieser Unterschiede ein Hang des Angeklagten im Sinne des § 66 Abs. 1 Satz 1 Nr. 4 StGB zu bejahen ist. Insbesondere in einem solchen Fall bedarf die Aussagekraft rein statistischer Prognoseinstrumente schon für sich besonders gründlicher Prüfung, vor allem aber der kritischen Gegenüberstellung mit der konkreten Analyse der Persönlichkeit des Angeklagten und seinen früheren Taten.

749. BGH 4 StR 171/14 – Beschluss vom 17. Juni 2014 (LG Paderborn)

Anordnung der Unterbringung in einem psychiatrischen Krankenhaus (Anforderungen an die Urteilsbegründung: Verweis auf ein Sachverständigen Gutachten).
§ 63 StGB; § 267 Abs. 6 StPO

1. Wenn sich der Tatrichter darauf beschränkt, sich der Beurteilung eines Sachverständigen zur Frage der Schuldfähigkeit anzuschließen, muss er dessen wesentliche Anknüpfungspunkte und Darlegungen im Urteil so wiedergeben, wie dies zum Verständnis des Gutachtens und zur Beurteilung seiner Schlüssigkeit erforderlich ist (st. Rspr).

2. Dies gilt auch in Fällen einer Psychose aus dem Formenkreis der Schizophrenie; denn die Diagnose einer solchen Erkrankung führt für sich genommen noch nicht zur Feststellung einer generellen oder zumindest längere Zeiträume überdauernden gesicherten erheblichen Beeinträchtigung der Schuldfähigkeit (st. Rspr). Erforderlich ist vielmehr die Feststellung eines akuten Schubs der Erkrankung sowie die konkretisierende Darlegung, in welcher Weise sich die festgestellte psychische Störung bei Begehung der Tat auf die Handlungsmöglichkeiten des Angeklagten in der konkreten Tatsituation und damit auf die Einsichts- oder Steuerungsfähigkeit ausgewirkt hat (vgl. BGH NStZ-RR 2012, 306, 307). Diese Darlegungsanforderungen hat der Tatrichter auch dann zu beachten, wenn der Angeklagte eine Exploration abgelehnt hat.

IV. Strafverfahrensrecht mit GVG

731. BGH 2 StR 381/13 – Urteil vom 5. Juni 2014 (LG Frankfurt a.M.)

BGHSt; Mitteilungs- und Dokumentationspflichten bei Gesprächen, die auf eine Verständigung abzielen (revisionsrechtliche Rüge: keine Geltendmachung des Zwischenrechtsbehelfs nach § 238 Abs. 2 StPO erforderlich; Umfang der Mitteilungs- und Dokumentationspflichten; Beruhen des Urteils auf unterlassener Mitteilung: Information des Angeklagten durch Verteidiger); Strafzumessung (Einbeziehung von strafbaren Handlungen, die nicht Teil der Anklage sind).

§ 243 Abs. 4 Satz 2 StPO; § 238 Abs. 2 StPO; § 273 Abs. 1a StPO; § 339 Abs. 1 StPO; § 46 Abs. 2 StGB

1. Die Rüge eines Verstoßes gegen die Mitteilungs- und Dokumentationspflichten gemäß § 243 Abs. 4 Satz 2 StPO setzt nicht voraus, dass der Verteidiger zuvor von dem Zwischenrechtsbehelf des § 238 Abs. 2 StPO Gebrauch gemacht hat. (BGHSt)

2. Nach § 243 Abs. 4 Satz 1 StPO teilt der Vorsitzende nach Verlesung des Anklagesatzes mit, ob Erörterungen nach den §§ 202a, 212 StPO stattgefunden haben, wenn deren Gegenstand die Möglichkeit einer Verständigung (§ 257c StPO) gewesen ist, und wenn ja, deren wesentlichen Inhalt (vgl. BGHSt 58, 315, 316). Diese Mitteilungspflicht ist gemäß § 243 Abs. 4 Satz 2 StPO weiter zu beachten, wenn Erörterungen erst nach Beginn aber außerhalb der Hauptverhandlung stattgefunden haben (vgl. BGH StV 2014,). Das Gesetz will erreichen, dass derartige Erörterungen stets in der öffentlichen Hauptverhandlung zur Sprache kommen und dies auch inhaltlich dokumentiert wird. Gespräche außerhalb der Hauptverhandlung dürfen kein informelles und unkontrollierbares Verhalten eröffnen (vgl. BGH StV 2011, 72, 73). (Bearbeiter)

3. Die Pflicht zur Dokumentation der zur Vorbereitung einer Verständigung außerhalb der Hauptverhandlung unter Umständen erfolglos geführten Gespräche ist zwar im Vergleich zur tatsächlichen Verständigung reduziert. Gleichwohl sollen alle Verfahrensbeteiligte und die Öffentlichkeit nicht nur darüber informiert werden, dass solche Erörterungen stattgefunden haben, sondern auch darüber, welche Standpunkte gegebenenfalls von den Teilnehmern vertreten wurden, von welcher Seite die Frage einer Verständigung aufgeworfen wurde und ob sie bei anderen Gesprächsteilnehmern auf Zustimmung oder Ablehnung gestoßen ist (vgl. BVerfGE 133, 168, 215 f.; BGH, Beschlüsse vom 5. Oktober 2010 – 3 StR 287/10, StV 2011, 72 f., vom 3. Dezember 2013 – 2 StR 410/13, NStZ 2014, 219 und vom 9. April 2014 – 1 StR 612/13, NStZ 2014, 416, 417). (Bearbeiter)

4. Zur Gewährleistung einer effektiven Kontrolle ist die Mitteilung des Vorsitzenden hierüber – sofern sie nach § 243 Abs. 4 StPO vorgeschrieben ist – gemäß § 273 Abs. 1a Satz 2 StPO in das Protokoll der Hauptverhandlung aufzunehmen. (Bearbeiter)

5. Zwar hat das Verständigungsgesetz davon abgesehen, den Verstoß gegen § 243 Abs. 4 Satz 2 StPO den absoluten Revisionsgründen zuzuordnen (vgl. BGH StV 2013, 740); indes ist, sofern die Mitteilung über das Gespräch unterbleibt oder sich auf eine unzureichende Darstellung beschränkt, grundsätzlich die Verteidigungsposition des Angeklagten tangiert (vgl. BVerfGE 133, 168, 223 f). Nur in besonderen Ausnahmefällen ist ein Beruhen auszuschließen (vgl. BGH NStZ 2014, 217, 218). Dies gilt selbst dann, wenn im Ergebnis eine Verständigung nicht zustande kommt, weil auch in einem solchen Fall nicht auszuschließen ist, dass das Prozessverhalten des Angeklagten durch die vorangegangenen Verständigungsgespräche beeinflusst wurde (vgl. BGH NStZ 2014, 219, 220). (Bearbeiter)

6. Es kommt auch nicht darauf an, ob der Instanzverteidiger den Angeklagten über den Ablauf und den Inhalt außerhalb der Hauptverhandlung geführter Gespräche unterrichtet und so ein etwaiges Informationsdefizit seines Mandanten ausgeglichen hat oder ob dies möglich gewesen wäre. Für die Entscheidung des Angeklagten, die meist mit der Frage nach einem Geständnis in der Hauptverhandlung verbunden wird, ist es von besonderer Bedeutung, ob er über die Einzelheiten der in seiner Abwesenheit geführten Gespräche nur zusammenfassend und in nicht dokumentierter Weise von seinem Verteidiger nach dessen Wahrnehmung und Verständnis informiert wird, oder ob ihn das Gericht unter Dokumentation seiner Mitteilungen im Protokoll der Hauptverhandlung unterrichtet (vgl. BGHSt 58, 310, 314). (Bearbeiter)

7. Gemäß § 46 Abs. 2 StGB hat der Tatrichter bei der Strafzumessung die für und gegen den Täter sprechenden Umstände gegeneinander abzuwägen und dabei namentlich auch sein Vorleben zu berücksichtigen. Insoweit ist er bei der Feststellung und Bewertung von Strafzumessungstatsachen durch den Anklagegrundsatz nicht beschränkt und kann daher auch strafbare Handlungen ermitteln und würdigen, die nicht Gegenstand der Anklage sind, soweit diese für die Persönlichkeit eines Angeklagten bedeutsam sein können und Rückschlüsse auf dessen Tatschuld gestatten. Allerdings müssen solche Taten – wie jeder für die Strafzumessung erhebliche Umstand – prozessordnungsgemäß und damit hinreichend bestimmt festgestellt werden und zur Überzeugung des Tatrichters feststehen (vgl. BGH NStZ-RR 2004, 359). (Bearbeiter)

723. BGH 1 StR 726/13 – Beschluss vom 8. Mai 2014 (LG Augsburg)

Besorgnis der Befangenheit (Vorbefassung des Richters mit dem Verfahrensgegenstand; Rechtsfehler des Richters); Untersuchungshaft (Haftgrund der Fluchtgefahr; unzureichende Herleitung aus einem Verteidigerwechsel).

§ 24 Abs. 2 StPO; § 112 Abs. 2 Nr. 2 StPO

1. Rechtsfehler in Entscheidungen bei Vorbefassung mit dem Verfahrensgegenstand können für sich genommen eine Ablehnung der mitwirkenden Richter grundsätzlich nicht begründen (BGH, NStZ 2010, 342 f.); etwas anderes gilt jedoch, wenn die von den abgelehnten Richtern getroffene Entscheidung bzw. die darin zum Ausdruck kommende Rechtsauffassung sich als rechtlich völlig abwegig erweist oder gar als willkürlich erscheint (BGHSt 48, 4, 8). Besondere Umstände können aber auch dann gegeben sein, wenn sich aus der Art und Weise der Begründung von Zwischenentscheidungen die Besorgnis der Befangenheit ergibt. Zum Einzelfall einer die Besorgnis der Befangenheit rechtfertigenden Begründung von Fluchtgefahr, die vor allem aus einem nicht missbräuchlichen Verteidigerwechsel hergeleitet werden sollte.

2. Die Besorgnis der Befangenheit eines Richters ist bei dem Ablehnenden gegeben, wenn er bei einer verständigen Würdigung des ihm bekannten Sachverhalts Grund zu der Annahme hat, der Richter nehme ihm gegenüber eine innere Haltung ein, die die gebotene Unparteilichkeit und Unvoreingenommenheit störend beeinflussen kann (st. Rspr.). Maßstab für die Beurteilung dieser Voraussetzungen ist ein vernünftiger (BGHSt 21, 334, 341) bzw. verständiger Angeklagter (BGHSt 41, 69, 71).

3. Knüpft die Besorgnis der Befangenheit an eine den Verfahrensgegenstand betreffende Vorbefassung der abgelehnten Richter – wie die Mitwirkung an den Haftbefehlen gegen die Angeklagten – an, ist dieser Umstand als solcher jenseits gesetzlicher Ausschließungsgründe (vgl. etwa § 22 Nr. 4 und 5; § 23 StPO) regelmäßig nicht geeignet, die Besorgnis der Befangenheit zu begründen, wenn und soweit nicht besondere Umstände hinzutreten (st. Rspr.).

4. „Fluchtgefahr“ im Sinne von § 112 Abs. 2 Nr. 2 StPO besteht dann, wenn die Würdigung der konkreten Umstände des Falls es wahrscheinlicher macht, dass der Angeklagte sich dem Verfahren entzieht, als dass er sich zur Durchführung des Verfahrens zur Verfügung hält. Das Sich-Entziehen durch den Angeklagten knüpft an Verhaltensweisen an, die bewirken, dass der Fortgang des Strafverfahrens dauerhaft oder zumindest vorübergehend durch Aufhebung der Bereitschaft des Angeklagten verhindert wird, sich für Ladungen oder Vollstreckungsmaßnahmen zur Verfügung zu stellen.

738. BGH 2 StR 489/13 – Urteil vom 11. Juni 2014 (LG Frankfurt a.M.)

Ablehnung eines Richters wegen Besorgnis der Befangenheit (Vorbefassung mit der Sache); Konfrontationsrecht des Angeklagten (Pflicht des Gerichts, eine Befragung zu ermöglichen); Zurücknahme der Bestellung

eines Pflichtverteidigers (keine Zurücknahme bei Wahl eines anderen Verteidigers; Rücknahmegrund des Interessenskonflikts: Interessenskonflikt bei Vertretung von Mitangeklagten durch Anwälte einer Kanzlei).

Art. 6 Abs. 1, Abs. 3 lit. d EMRK; § 24 Abs. 2 StPO; § 143 StPO

1. Die Besorgnis der Befangenheit ist zwar nicht generell begründet, wenn ein Richter im Rahmen einer früheren Entscheidung mit der Sache befasst war. Die Ablehnung eines mit der Sache schon früher befassten Richters ist jedoch gerechtfertigt, wenn konkrete Umstände vorliegen, die der Vermutung seiner Unvoreingenommenheit widersprechen (vgl. BGHSt 21, 334, 343).

2. Wenn absehbar ist, dass eine Auskunftsperson im weiteren Verfahren als Zeuge benötigt wird, hat das Gericht im Allgemeinen dafür Sorge zu tragen, dass eine Vernehmung dieser Person in der Hauptverhandlung möglich bleibt (vgl. EGMR NJW 2013, 3225, 3226). Art. 6 Abs. 3 lit. d EMRK erfasst auch Aussagen von Mitangeklagten (vgl. BGH StV 2010, 673), so dass es auf die Prozessrolle der Auskunftsperson im Sinne der Strafprozessordnung nicht ankommt.

3. Nach § 143 StPO ist die Bestellung eines Pflichtverteidigers zurückzunehmen, wenn ein anderer Verteidiger gewählt wird und dieser die Wahl annimmt. Eine Verteidigerbestellung kann – als ungeschriebene Ausnahme von der gesetzlichen Regel – nur aufrechterhalten werden, wenn konkrete Gründe für die Annahme vorhanden sind, dass andernfalls die ordnungsgemäße Durchführung der Hauptverhandlung sei.

4. Ein konkret manifestierter Interessenkonflikt ist – unabhängig vom Fall des § 143 StPO – ein Grund, von der Verteidigerbestellung abzusehen oder eine bereits bestehende Bestellung aufzuheben, weil dadurch die mindere Effektivität des Einsatzes dieses Verteidigers für seinen Mandanten zu befürchten ist (vgl. BGHSt 48, 170, 173). Das Verbot, widerstreitende Interessen zu vertreten, ist geeignet und erforderlich, im Interesse von Mandanten und Rechtspflege die mit dem Gesetz bezweckten Ziele zu erreichen (vgl. BVerfGE 108, 150, 167).

5. Zwar ist eine Verteidigerbestellung von Anwälten aus derselben Kanzlei für Mitbeschuldigte nicht generell unzulässig (vgl. BVerfGE 43, 79, 93 f). Eine gemeinschaftliche Verteidigung kann bei gleichartigem Verteidigungsziel auch sachdienlich sein. Liegen aber konkrete Hinweise auf einen Interessenkonflikt vor, hat eine Verteidigerbestellung von Soziern oder Mitgliedern einer Bürogemeinschaft für die Beschuldigten aus Gründen der Fairness des Verfahrens zu unterbleiben; eine bereits erfolgte Bestellung ist in diesem Fall aufzuheben. Ob ein solcher Interessenkonflikt vorliegt, ist unter Berücksichtigung der Umstände des Einzelfalls zu prüfen und objektiv zu bestimmen (vgl. BGH NJW 2012, 3039, 3040).

6. Die Annahme, ein solcher Interessenkonflikt sei durch rechtskräftige Aburteilung des Mitangeklagten und dessen Ausscheiden als Mitangeklagter aus dem Verfahren beendet, ist unzutreffend. Nach der Rechtsprechung des Bundesgerichtshofs kommt es für die Frage eines Inte-

ressenkonflikts nicht auf die Mandatsbeendigung an (vgl. BGHSt 34, 190, 191).

732. BGH 2 StR 428/13 – Beschluss vom 27. Mai 2014 (LG Gießen)

Aufrechterhaltung von Feststellungen nach Aufhebung des Urteils durch das Revisionsgericht.
§ 353 Abs. 2 StPO

Urteilsfeststellungen bleiben bestehen, soweit sie nicht durch einen gesonderten Ausspruch aufgehoben werden. An dieser Rechtsprechung, für die sich auch Hinweise in den Gesetzgebungsmaterialien finden, hält der Senat weiterhin fest.

764. BGH 3 StR 139/14 – Urteil vom 12. Juni 2014 (LG Hannover)

Innerprozessuale Bindungswirkung nicht aufgehobener Feststellungen bei Aufhebung allein des Strafausspruchs in der Revision.
§ 353 StPO

1. Hebt das Revisionsgericht ein Urteil in Anwendung des § 353 Abs. 2 StPO nur im Strafausspruch mit den dazugehörigen Feststellungen auf, so bezieht sich diese Aufhebung nur auf solche Umstände tatrichterlicher Sachverhaltsdarstellung, die ausschließlich die Straffrage betreffen. Hinsichtlich des nicht beanstandeten Schuldspruchs tritt Teilrechtskraft ein. Tatrichterliche Feststellungen, die ausschließlich die Schuldfrage betreffen, und solche, die als doppelrelevante Umstände zugleich für Schuld- und Straffrage von Bedeutung sind, bleiben aufrechterhalten. An die nicht aufgehobenen Feststellungen ist der Tatrichter im weiteren Verfahren gebunden. Er darf diese zwar noch ergänzen; diese zusätzlichen Feststellungen dürfen den bestehen gebliebenen und mithin bindend gewordenen jedoch nicht widersprechen.

2. Nicht erfasst von der (Teil-)Aufhebung werden zunächst einmal alle jene Umstände der Sachverhaltsdarstellung, in denen die gesetzlichen Merkmale der dem Angeklagten zur Last gelegten Straftaten gefunden wurden. Hätte dabei von mehreren Tatsachen bereits ein Teil ausgereicht, um ein Tatbestandsmerkmal zu erfüllen, so gehören gleichwohl alle zum Schuldspruch. An dessen Bindungswirkung nimmt also nicht etwa nur das Mindestmaß an Tatsachen teil, ohne das der Schuldspruch überhaupt keinen Bestand mehr hätte. Vielmehr unterliegen auch solche Abweichungen, durch die nur der Schuldumfang betroffen, die rechtliche Beurteilung aber nicht in Frage gestellt wird, dem Widerspruchsverbot.

3. Über die Tatumstände hinaus, die die gesetzlichen Merkmale der dem Angeklagten zur Last gelegten Tat ausfüllen oder auszufüllen geeignet sind, entfalten zum einen auch die Bestandteile der Sachverhaltsschilderung innerprozessuale Bindungswirkung, aus denen der Tatrichter im Rahmen der Beweiswürdigung seine Überzeugung von der Schuld des Angeklagten abgeleitet hat. Zum anderen nehmen aber auch jene Teile der Sachverhaltsdarstellung als den Schuldspruch tragend an der Bindungswirkung teil, die das Tatgeschehen im Sinne eines geschichtlichen Vorgangs näher beschreiben, zum Beispiel die Umstände schildern, die der Tatausführung

das entscheidende Gepräge gegeben haben. Der geschichtliche Vorgang, der dem Schuldspruch zugrunde liegt, bildet ein geschlossenes Ganzes, aus dem nicht Einzelteile heraus gegriffen und zum Gegenstand neuer, abweichender Feststellungen gemacht werden dürfen.

679. BGH 1 StR 39/14 – Beschluss vom 9. April 2014 (LG Traunstein)

Verwertung der Abhörmaßnahmen eines anderen EU-Mitgliedstaates (Verwertungsverbot bei Verstößen gegen ausländisches Prozessrecht und gegen Völkerrecht; Rechtshilfe; Prüfungsverbot); Einbeziehung ausländischer Verurteilungen in der EU (Rechtskraft; schuldangemessene Strafzumessung).
§ 100a StPO; Art. 2 Abs. 1 GG; Art. 20 Abs. 3 GG; Art. 6 EMRK; § 46 StGB; Art. 3 Abs. 5 Satz 2 Rahmenbeschluss 2008/675/JI

1. Die Verwertbarkeit mittels Rechtshilfe eines ausländischen Staates gewonnener Beweise richtet sich nach der Rechtsordnung des um diese Rechtshilfe ersuchenden Staates (BGHSt 58, 32 mwN). Die Unverwertbarkeit kann sich dabei aus der inländischen Rechtsordnung des ersuchenden Staates sowie aus der Verletzung völkerrechtlicher Grundsätze oder rechtshilferechtlicher Bestimmungen ergeben. Eine Überprüfung hoheitlicher Entscheidungen des ersuchten Staates am Maßstab seiner eigenen Rechtsordnung durch die hiesigen Gerichte ist unzulässig.

2. Selbst dann, wenn im Einzelfall besondere Bestimmungen des Rechtshilferechts eine Überlassung von Beweismitteln ausdrücklich an die Vereinbarkeit der im ersuchten Staat durchgeführten Beweiserhebung mit dessen inländischem Recht knüpfen, wird die Rechtmäßigkeitsprüfung durch die hiesigen Strafverfolgungsbehörden nicht umfassend, sondern allenfalls im Umfang eines „eingeschränkten Prüfungsmaßstabs“ durchgeführt (Senat aaO, Rn. 38).

3. Eine nicht rechtskräftige Verurteilung in einem anderen Mitgliedstaat der EU muss auch unter dem Aspekt eines schuldangemessenen Gesamtstrafübels bei der Bemessung der Freiheitsstrafe nicht einbezogen werden. Dies gilt jedenfalls dann, wenn keine Anhaltspunkte für einen zwischenzeitlichen Eintritt der Rechtskraft der Verurteilung bestehen.

791. BGH 5 StR 169/14 (alt: 5 StR 239/13) – Beschluss vom 15. Juli 2014 (LG Braunschweig)

Ausnahmsweise Ausschluss des Beruhens auf einer Verletzung der Mitteilungspflicht bei schweigendem Angeklagten; Tateinheit beim Handelstreiben mit Betäubungsmitteln im Falle sich überschneidender unmittelbar aufeinanderfolgender Umsatzhandlungen.
§ 243 Abs. 4 Satz 2 StPO; § 337 StPO; § 29 BtMG; § 52 StGB

Das Beruhen des Urteils auf einer fehlerhaften Unterrichtung nach § 243 Abs. 4 Satz 2 StPO ist ausnahmsweise dann ausgeschlossen, wenn der Angeklagte nicht nur konstant von seinem Schweigerecht Gebrauch macht, sondern auf ausdrückliches Befragen noch vor der Mittei-

lung des Vorsitzenden deutlich macht, dass bei ihm prinzipiell keine Verständigungsbereitschaft besteht. Auf die Unterrichtung durch den Vorsitzenden kommt es in einem solchen Fall nicht an.

742. BGH 2 StR 624/12 – Urteil vom 5. Juni 2014 (LG Bonn)

Tatrichterliche Beweiswürdigung (Bewertung von Zeugenaussagen); Anforderungen an die Urteilsbegründung.

§ 261 StPO; § 267 Abs. 1 StPO

Fehldeutungen bei der Wahrnehmung und Erinnerung von zunächst alltäglich wirkenden Ereignissen durch Zeugen sind theoretisch immer möglich. Sie dürfen im Prozess aber nicht ohne weiteres – im Ergebnis mit belastender Wirkung für einen Angeklagten – unterstellt werden.

759. BGH 3 StR 24/14 – Beschluss vom 29. April 2014 (LG Koblenz)

Mitteilungspflicht des Vorsitzenden bei Gesprächen über eine Verständigung (Anforderungen an die revisionsrechtliche Rüge von Verstößen).

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

Die Rüge eines Verstoßes gegen § 243 Abs. 4 Satz 2 StPO wegen einer unzureichenden Mitteilung über Gespräche außerhalb der Hauptverhandlung, deren Gegenstand die Möglichkeit einer Verständigung war, erfordert für ihre Zulässigkeit den konkreten Vortrag des Revisionsführers darüber, welchen Inhalt die zwischen den Verfahrensbeteiligten stattgefundenen Erörterungen hatten.

727. BGH 2 StR 274/13 – Beschluss vom 26. März 2014 (LG Mühlhausen)

Ablehnung eines Beweisantrages wegen eigener Sachkunde des Gerichts (Ablehnung eines Sachverständigengutachtens wegen vorheriger freibeweislicher Befragung eines Sachverständigen durch das Gericht).

§ 244 Abs. 3 Satz 2 StPO

Es ist rechtsfehlerhaft, einen Beweisantrag auf Einholung eines Sachverständigengutachtens mit Hinweis auf genügende eigene Sachkunde abzulehnen, wenn sich das Tatgericht diese Sachkunde zuvor gezielt durch Befragung eines Sachverständigen im Freibeweisverfahren verschafft hat, um einen – entsprechend erwarteten – Beweisantrag ablehnen zu können (vgl. BGH wistra 2013, 389, 399). Hält das Gericht die Anhörung eines Sachverständigen für erforderlich, um sich sachkundig zu machen, muss der Sachverständige in der Hauptverhandlung im Strengbeweisverfahren gehört werden.

720. BGH 4 StR 488/13 – Beschluss vom 2. Juli 2014 (LG Bochum)

Antrag auf Offenlegung der Anregung eines Verwerfungsantrages; Anregung einer Verfahrenseinstellung durch das Revisionsgericht.

§ 349 StPO; § 154 StPO; Art. 103 Abs. 1 GG; Art. 6 EMRK

1. Einem an den Senat gerichteten Antrag des Verteidigers, ihm vorab „mitzuteilen, ob der nunmehrige Antrag

der Generalbundesanwaltschaft seitens des Senats oder eines oder mehrere Senatsmitglieder (ggf. des Berichterstatters) bzw. eines wissenschaftlichen Mitarbeiters angeregt wurde, ist nicht nachzukommen. Eine solche Befragung des Gerichts durch den Verteidiger ist in der Strafprozessordnung nicht vorgesehen.

2. Der Senat hat nach Vorberatung durch den Berichterstatter beim Generalbundesanwalt angeregt zu prüfen, ob in einem Fall der Urteilsgründe anstelle des zunächst gestellten Teilaufhebungsantrags nach § 349 Abs. 4 StPO eine Sachbehandlung nach § 154 Abs. 2 StPO in Betracht komme. Durch eine solche Verfahrensweise ist der Revisionsführer in keiner Weise beschwert.

721. BGH 4 StR 498/13 – Beschluss vom 2. Juli 2014 (LG Bayreuth)

Zulässige aber trotz objektivem Verstoß gegen das rechtliche Gehör unbegründete Anhörungsrüge.

§ 356a StPO; Art. 6 EMRK; Art. 103 Abs. 1 GG

Selbst wenn das Revisionsgericht den Anspruch des Verurteilten auf Gewährung rechtlichen Gehörs (Art. 103 Abs. 1 GG) objektiv verletzt, indem es einen Vortrag des Verteidigers zur Sachrüge nicht zur Kenntnis nimmt, ist die Anhörungsrüge nur dann begründet, wenn sich die unterbliebene Kenntnisnahme auf das Ergebnis der Revisionsentscheidung auswirkt, der Anspruch des Verurteilten also „in entscheidungserheblicher Weise“ verletzt worden ist.

780. BGH 3 StR 289/13 – Urteil vom 20. Februar 2014 (LG Rostock)

Verfahrenshindernis fehlender Anklage (Feststellung eines in der Anklage nicht genannten Tatortes); keine Mitteilungspflicht bzgl. eines Gesprächs über eine Verständigung nach Rücknahme der ursprünglichen und Erhebung einer neuen Anklage; Beweiswürdigung bei Sexualdelikten (Aussage des Geschädigten als alleiniges Beweismittel).

§ 260 Abs. 3 StPO; § 243 Abs. 4 S. 1 StPO; § 261 StPO

Verständigungsbezogene Erörterungen, die vor Anklageerhebung stattgefunden haben, unterfallen nicht der in § 243 Abs. 4 Satz 1 StPO normierten Mitteilungspflicht. Denn nach der ausdrücklichen und eindeutigen gesetzlichen Regelung sind nur Erörterungen nach §§ 202a, 212 StPO, d.h. solche im Zwischenverfahren nach Anklageerhebung, mitteilungspflichtig. Das gilt auch für den Fall, dass eine ursprüngliche Anklage aufgrund neuer Ermittlungsergebnisse zurückgenommen und eine neue (umfangreichere) Anklage erhoben wird, sofern die Gespräche nach der ersten, aber vor der zweiten Anklageerhebung stattgefunden haben und die Erörterungen ausdrücklich unter dem Vorbehalt standen, dass sich keine weiteren Tatvorwürfe ergeben.

746. BGH 4 StR 137/14 – Urteil vom 3. Juli 2014 (LG Kaiserslautern)

Tatrichterliche Beweiswürdigung bei freisprechendem Urteil (Schweigen des Angeklagten).

§ 261 StPO

1. Spricht der Tatrichter einen Angeklagten frei, weil er sich von dessen Schuld nicht zu überzeugen vermag, ist

dies vom Revisionsgericht in der Regel hinzunehmen. Die revisionsrechtliche Prüfung der tatrichterlichen Beweiswürdigung ist auf das Vorliegen von Rechtsfehlern (Widersprüche, Unklarheiten, Lücken, Verstöße gegen Denkgesetze, zu hohe Anforderungen an die Überzeugungsbildung, unrichtige Anwendung des Zweifelssatzes) beschränkt. Sind derartige Rechtsfehler nicht feststellbar, kann das Revisionsgericht in die tatrichterliche Überzeugungsbildung auch dann nicht eingreifen, wenn eine abweichende Würdigung der Beweise möglich gewesen wäre (vgl. BGH NStZ-RR 2008, 146, 147 mwN).

2. Macht der Angeklagte von seinem Schweigerecht Gebrauch, darf ihm kein Nachteil daraus entstehen, dass er deshalb nicht in der Lage ist, zum Vorliegen einer Notwehrsituation vorzutragen (vgl. BGH NStZ-RR 2013, 117, 119). In einem solchen Fall ist von der für ihn günstigsten Möglichkeit auszugehen. Dabei sind jedoch nicht alle nur denkbaren Gesichtspunkte, zu denen keine Feststellungen getroffen werden können, zu Gunsten des Angeklagten zu unterstellen. Für ihn vorteilhafte Geschehensabläufe sind vielmehr erst dann bedeutsam, wenn für ihr Vorliegen reale Anhaltspunkte erbracht sind und sie deshalb nach den gesamten Umständen als möglich in Betracht kommen (vgl. BGH NStZ-RR 2005, 147).

771. BGH 3 StR 194/14 – Beschluss vom 24. Juni 2014 (LG Trier)

Rechtsfehlerhafte vorübergehende Entfernung des Angeklagten aus dem Sitzungssaal (Erfordernis einer substantiierten Begründung; ausnahmsweise Entbehrlichkeit bei sich aufdrängender massiver Furcht; bloßer Wunsch der minderjährigen Zeugin nicht ausreichend).

§ 247 StPO

§ 247 Abs. 1 StPO erfordert mit Blick auf die Schwere des Eingriffs in die Rechte des Angeklagten grundsätzlich eine substantiierte Begründung dessen zeitweisen Ausschlusses von der Hauptverhandlung. Eine solche kann in Fällen minderjähriger Geschädigter allenfalls dann als entbehrlich angesehen werden, wenn sich unmittelbar aus dem Anklagegegenstand sowie aus der Person von Zeugen und Angeklagtem und ihrer Beziehung zueinander ohne Weiteres eine massive Furcht des Zeugen vor dem auszuschließenden Angeklagten aufdrängt, die geeignet erscheint, den Zeugen von wahren, insbesondere vollständigen Angaben in Gegenwart des Angeklagten abzuhalten, wie es beispielsweise bei psychisch schwer geschädigten Opfern von Sexualverbrechen auf der Hand liegt. Diese Voraussetzungen sind bei einer minderjährigen Zeugin, die einvernehmlichen geschlechtlichen Kontakt mit dem Täter hatte, nicht ohne weiteres gegeben.

796. BGH 5 StR 217/14 – Beschluss vom 14. Juli 2014 (LG Flensburg)

Unzureichende Mitteilung über verständigungsbezogene Gespräche; Beruhen.

§ 243 Abs. 4 Satz 2 StPO; § 337 Abs. 1 StPO

1. Nach § 243 Abs. 4 Satz 2 StPO ist jedes Bemühen um eine Verständigung ungeachtet des Ergebnisses der Intervention mitteilungsbedürftig. Es ist zumindest bekanntzugeben, welchen Standpunkt die Gesprächsteil-

nehmer vertreten und wie sie sich zu den Ansichten der übrigen verhalten haben. Die Mitteilung allein eines negativen Ergebnisses verständigungsbezogener Erörterungen genügt den Anforderungen des § 243 Abs. 4 Satz 2 StPO nicht.

2. War der Angeklagte an den verständigungsbezogenen Erörterungen außerhalb der Hauptverhandlung nicht beteiligt, lässt sich nicht gemeinhin ausschließen, dass er sich in der Hauptverhandlung anders als geschehen verteidigt hätte, wenn er vom Vorsitzenden über die in seiner Abwesenheit abgehandelten Umstände einer Verständigung unterrichtet worden wäre. Eine Ausnahme kann insoweit dann bestehen, wenn der Angeklagte von seinem Schweigerecht Gebrauch gemacht hat.

769. BGH 3 StR 185/14 – Beschluss vom 24. Juni 2014 (LG Hannover)

Unterlassene erneute Erteilung des letzten Wortes an den Angeklagten nach Wiedereintritt in die Hauptverhandlung.

§ 258 StPO

Im Falle des Wiedereintritts in die Hauptverhandlung müssen die in § 258 StPO vorgeschriebenen Worterteilungen – mithin auch das letzte Wort des Angeklagten im Sinne des § 258 Abs. 2 Halbsatz 2 StPO – wiederholt werden. Ein Wiedereintritt in die Hauptverhandlung setzt keinen Gerichtsbeschluss oder eine sonstige ausdrückliche Anordnung voraus, sondern kann auch stillschweigend geschehen. Er liegt insbesondere bei allen Prozesshandlungen vor, die ihrer Natur nach in den Bereich der Beweisaufnahme gehören (hier: Zahlung des Angeklagten an den Nebenkläger zur Wiedergutmachung des vom Angeklagten angerichteten Schadens).

722. BGH 1 StR 723/13 – Beschluss vom 25. Juni 2014 (LG Würzburg)

Anhörungsritze; Anspruch auf rechtliches Gehör (Verwerfung der Revision durch Beschluss).

Art. 103 Abs. 1 GG; § 349 Abs. 3 StPO; § 356a StPO

Den von Art. 103 Abs. 1 GG verfassungsrechtlich gewährleisteten Einflussnahmemöglichkeiten eines Revisionsführers ist im Verfahren nach § 349 Abs. 2 StPO durch die gesetzlich zwingend vorgeschriebene Übermittlung der mit Gründen versehenen Antragschrift der Staatsanwaltschaft bei dem Revisionsgericht (§ 349 Abs. 3 Satz 1 StPO) sowie durch die Möglichkeit einer Gegenklärung (§ 349 Abs. 3 Satz 2 StPO), Genüge getan (BVerfG NStZ 2002, 487, 489).

736. BGH 2 StR 465/13 – Urteil vom 14. Mai 2014 (LG Frankfurt a. M.)

Verständigung (Unzulässigkeit einer Verständigung, die nicht den gesetzlichen Regelungen entspricht).

§ 257c StPO

Die Regelung des § 257c Abs. 1 Satz 1 StPO gestattet eine Verständigung nur nach dieser Vorschrift. Danach kommt eine Verständigung in der Hauptverhandlung zustande, wenn das Gericht ankündigt, wie die Verständigung aussehen könnte (§ 257c Abs. 3 Satz 1 StPO), und wenn der Angeklagte sowie die Staatsanwaltschaft zustimmen (§ 257c Abs. 3 Satz 4 StPO).

724. BGH 2 StR 1/14 – Beschluss vom 15. Mai 2014 (LG Limburg)

Tatrichterliche Beweiswürdigung (in dubio pro reo: mehrere Angeklagte).

§ 261 StPO

In einem Verfahren gegen mehrere Angeklagte können solche Feststellungen, die nach dem Zweifelssatz zu Gunsten eines Angeklagten getroffen werden, nicht

Grundlage für Feststellungen zum Nachteil eines anderen Angeklagten sein (vgl. BGH StV 1996, 81). Ist die Tatbeteiligung eines Angeklagten nicht sicher feststellbar und wird dieser deshalb freigesprochen, können daher gleichwohl hinsichtlich eines Mitangeklagten nach dem Zweifelsgrundsatz für diesen günstige Feststellungen geboten sein, die auf der Annahme der Tatbeteiligung des freigesprochenen Mitangeklagten beruhen.

Rechtsprechung

V. Wirtschaftsstrafrecht und Nebengebiete

700. BGH 2 StR 616/12 – Urteil vom 5. März 2014 (LG Frankfurt a. M.)

Betrug durch ein verschleiert kostenpflichtiges Routenplanerangebot im Internet (Grenzen der richtlinienkonformen Auslegung des Strafrechts; Normativierung von Täuschung und Irrtum; Tatvorsatz; Verstoß gegen die Preisangabenverordnung; Vermögensschaden und persönlicher Schadenseinschlag; Gewerbsmäßigkeit; Konkurrenzen; Absicht, durch die fortgesetzte Begehung von Betrug eine große Zahl von Menschen in die Gefahr des Verlustes von Vermögenswerten zu bringen); Verbotsirrtum bei einem vorliegenden Gutachten eines Rechtsanwaltes; Vorabentscheidungsverfahren (Vorlagepflicht; acte-claire-Doktrin).

§ 263 StGB; § 17 StGB; PAngV; Richtlinie 2005/29/EG; Art. 4 Abs. 3 EUV; Art. 288 Abs. 3 AEUV; Art. 267 AEUV

1. Eine Täuschungshandlung im Sinne des § 263 StGB ist jede Einwirkung des Täters auf die Vorstellung des Getäuschten, welche objektiv geeignet und subjektiv bestimmt ist, beim Adressaten eine Fehlvorstellung über tatsächliche Umstände hervorzurufen. Sie besteht in der Vorspiegelung falscher oder in der Entstellung oder Unterdrückung wahrer Tatsachen. (BGHSt 47, 1, 3). Dies ist der Fall, wenn ein scheinbar unentgeltlicher Routenplaner im Internet angeboten wird und die Kostenpflicht für ein nicht ersichtliches Abonnement nur über eine Sternchenfußnote in AGBs erklärt wird, die in der statistisch am häufigsten verwendeten Bildschirmgröße und -auflösung erst nach vorherigem „Scrollen“ wahrgenommen werden konnte.

2. Es ist zwar nicht Aufgabe des Strafrechts (und des Betrugstatbestands), allzu sorglose Menschen vor den Folgen ihres eigenen unbedachten Tuns zu schützen. Doch lassen Leichtgläubigkeit des Opfers oder Erkennbarkeit einer auf die Herbeiführung eines Irrtums gerichteten Täuschungshandlung weder aus Rechtsgründen die Täuschungsabsicht entfallen noch schließen sie eine irrtumsbedingte Fehlvorstellung aus. An dieser Rechtsprechung ist auch unter Berücksichtigung der Richtlinie 2005/29/EG des Europäischen Parlaments und des Rates vom 11. Mai 2005 über unlautere Geschäftspraktiken im

innenmarktinternen Geschäftsverkehr zwischen Unternehmen und Verbrauchern (Richtlinie über unlautere Geschäftspraktiken) festzuhalten. Die Richtlinie erfordert keine strafbarkeitseinschränkende Auslegung des Betrugstatbestands.

3. Die Pflicht zur richtlinienkonformen Auslegung unterliegt Grenzen. Sie setzt grundsätzlich erst dann ein, wenn der Inhalt der Richtlinie insgesamt oder im angewendeten Bereich eindeutig ist. Dies gilt auch für den Bereich des Strafrechts. Ein absoluter Vorrang der richtlinienkonformen Auslegung im Bereich des materiellen Strafrechts liefe Gefahr, in Konflikt mit der eingeschränkten Rechtsetzungskompetenz der Europäischen Union auf dem Gebiet des Strafrechts und dem Grundsatz der möglichst weitgehenden Schonung der mitgliedstaatlichen Rechtsordnungen zu geraten. Richtlinienvorgaben können aus diesem Grund nicht in jedem Fall vorbehaltlos in das Strafrecht übertragen werden. Es bedarf der Prüfung, ob der Regelungsinhalt der Richtlinie nach deren Sinn und Zweck auf die Strafnorm durchschlägt. Dabei ist zu beachten, dass der normative Gehalt einer nationalen Vorschrift im Wege der richtlinienkonformen Auslegung nicht grundlegend neu bestimmt werden darf.

4. Der Irrtum des Betrugstatbestandes ist als Widerspruch zwischen einer subjektiven Vorstellung und der Wirklichkeit eine psychologische Tatsache, sein Vorliegen ist Tatfrage. Es kommt daher nicht darauf an, was der Getäuschte hätte verstehen müssen, sondern was er tatsächlich verstanden hat. Mit diesen Grundsätzen wäre eine Auslegung des Betrugstatbestands nicht in Einklang zu bringen, die – ungeachtet eines bestehenden Täuschungsvorsatzes – Fehlvorstellungen von Verbrauchern, die dem Leitbild des durchschnittlichen Verbrauchers nicht entsprechen, dem strafrechtlichen Rechtsgüterschutz entzieht.

5. Verstößt die Gestaltung einer Internetseite gegen die Vorschriften der Preisangabenverordnung (PAngV), kommt dem in Fällen, in denen ein Kostenhinweis lediglich an versteckter Stelle enthalten ist, für die Beurteilung einer Täuschungshandlung und eines darauf gerichteten Vorsatzes indizielle Bedeutung zu. Soweit auf einer

Internetseite lediglich ein Sternchen auf eine Fußnote verweist, in der das zu zahlende Entgelt ausgewiesen war, genügt dies den Anforderungen der PAngV nicht.

6. Wird ein Verbraucher, der einmalig einen kostenlosen Routenplaner-Service in Anspruch nehmen will, durch Täuschung zu einem „Abonnement“ über drei Monate in der Absicht verleitet, hierdurch ein Entgelt zu erlangen, liegt daher hierin ein auf einen Vermögensschaden gerichteter Betrugsversuch, ohne dass es darauf ankäme, ob das Abonnement (mit seinen Zusatzleistungen) möglicherweise nach objektiven Maßstäben seinen Preis wert war.

733. BGH 2 StR 437/13 – Urteil vom 28. Mai 2014 (LG Darmstadt)

Betrug (konkludente Täuschung durch wahre Angaben: Darstellung eines Angebots als Kostenforderung; richtlinienkonforme Auslegung; EU-Richtlinie 2005/29/EG); Verfall (Feststellung von Ansprüchen Dritter im Urteil, wenn das Erlangte nicht mehr im Vermögen des Betroffenen nicht mehr vorhanden ist).

§ 263 Abs. 1 StGB; RL 2005/29/EG; § 73 StGB; § 73c Abs. 1 Satz 2 StGB; § 111i Abs. 1 StPO

1. Eine Täuschungshandlung im Sinne des § 263 StGB ist jede Einwirkung des Täters auf die Vorstellung des Getäuschten, welche objektiv geeignet und subjektiv bestimmt ist, beim Adressaten eine Fehlvorstellung über tatsächliche Umstände hervorzurufen. Sie besteht in der Vorspiegelung falscher oder in der Entstellung oder Unterdrückung wahrer Tatsachen. Dabei kann die Täuschung nach der Rechtsprechung des Bundesgerichtshofs nicht nur ausdrücklich, sondern auch konkludent erfolgen, wenn der Täter die Unwahrheit zwar nicht *expressis verbis* zum Ausdruck bringt, sie aber durch sein Verhalten miterklärt. Ein solches Verhalten wird dann zur tatbestandlichen Täuschung, wenn der Täter die Eignung einer – inhaltlich richtigen – Erklärung, einen Irrtum hervorzurufen, planmäßig einsetzt und damit unter dem Anschein äußerlich verkehrsgerechten Verhaltens gezielt die Schädigung des Adressaten verfolgt, wenn also die Irrtumserregung nicht die bloße Folge, sondern der Zweck der Handlung ist (vgl. BGHSt 47, 1, 5).

2. Dies ist insbesondere dann der Fall, wenn durch die äußere Gestaltung eines Angebotsschreibens gezielt der Eindruck erweckt werden soll, es handele sich um eine amtliche Kostenforderung (vgl. BGH NStZ-RR 2004, 110).

3. Der Umstand, dass die Täuschung bei hinreichend sorgfältiger Prüfung erkennbar war, lässt weder die Täuschungshandlung noch eine darauf beruhende Fehlvorstellung der Adressaten entfallen (vgl. BGHSt 34, 199, 201 f), wenn durch die äußere Gestaltung des Angebotsschreibens gezielt die Irrtumserregung und Schädigung des Adressaten verfolgt wird.

4. An dieser Rechtsprechung ist auch mit Blick auf die Richtlinie 2005/29/EG des Europäischen Parlaments und des Rates vom 11. Mai 2005 über unlautere Geschäftspraktiken im binnenmarktinternen Geschäftsverkehr zwischen Unternehmen und Verbrauchern (Richtli-

nie über unlautere Geschäftspraktiken; Abl. 2005 L149 S. 22) festzuhalten. Dabei kann dahinstehen, ob die Richtlinie 2005/29/EG auch dann gilt, wenn sich die irreführende Geschäftspraktik an einen Unternehmer richtet. Denn die Richtlinie führt nicht zu einer Einschränkung des strafrechtlichen Rechtsgüterschutzes.

5. Die Vorschrift des § 73c Abs. 1 Satz 2 StGB, die auch im Rahmen des § 111i Abs. 2 StPO anwendbar ist (vgl. BGH NStZ 2014, 32) eröffnet dem Tatrichter die Möglichkeit, nach pflichtgemäßem Ermessen ganz oder teilweise vom Verfall abzusehen, wenn und soweit der Wert des Erlangten zur Zeit der Anordnung in dem Vermögen des Betroffenen nicht mehr vorhanden ist (vgl. BGHSt 48, 40, 41 f.). Diese von dem Tatgericht unterlassene Ermessensausübung kann durch das Revisionsgericht nicht nachgeholt werden (vgl. BGH NStZ-RR 2009, 94).

754. BGH 4 StR 223/13 – Beschluss vom 22. Mai 2014

Vorlage an den Großen Senat für Strafsachen; unerlaubtes Handeltreiben mit Betäubungsmitteln in nicht geringer Menge (Begriff des Handeltreibens; Verhältnis zur unerlaubten Einfuhr von Betäubungsmitteln in nicht geringer Menge: Verklammerungswirkung).

§ 132 Abs. 2 GVG; § 29a Abs. 1 Nr. 2 BtMG; § 30 Abs. 1 Nr. 4 BtMG

1. Dem Großen Senat für Strafsachen wird gemäß § 132 Abs. 2 GVG folgende Rechtsfrage zur Entscheidung vorgelegt: Verbindet eine – infolge tateinheitlicher Verknüpfung mehrerer Bewertungseinheiten – einheitliche Tat des unerlaubten Handeltreibens mit Betäubungsmitteln in nicht geringer Menge mehrere zu deren Verwirklichung vorgenommene Einfuhren von Betäubungsmitteln in nicht geringer Menge zu einer Tat der unerlaubten Einfuhr von Betäubungsmitteln in nicht geringer Menge?

2. Die Annahme von Tateinheit kommt in Betracht, wenn mehrere Tatbestandsverwirklichungen dergestalt objektiv zusammentreffen, dass die Ausführungshandlungen in einem für sämtliche Tatbestandsverwirklichungen notwendigen Teil zumindest teilweise identisch sind. Dagegen reichen ein einheitliches Motiv, die Gleichzeitigkeit von Geschehensabläufen, die Verfolgung eines Endzwecks, eine Mittel-Zweck-Verknüpfung oder eine Grund-Folge-Beziehung nicht aus, Tateinheit zu begründen (vgl. BGHSt 43, 317, 319).

3. Voraussetzung für die Annahme von Tateinheit durch Klammerwirkung ist, dass die Ausführungshandlungen zweier an sich selbständiger Delikte zwar nicht miteinander, wohl aber mit der Ausführungshandlung eines dritten Tatbestandes (teil-)identisch sind und dass zwischen wenigstens einem der beiden an sich selbständigen Delikte und dem sie verbindenden Delikt zumindest annähernde Wertgleichheit besteht oder die verklammernde Tat die schwerste ist (st. Rspr). Als Maßstab hierfür dient die Abstufung der einzelnen Delikte nach ihrem Unrechtsgehalt unter Orientierung an den Strafrahmen, wobei der Wertevergleich nicht nach einer abstrakt-generalisierenden Betrachtungsweise, sondern anhand der konkreten Gewichtung der Taten vorzunehmen ist (vgl. BGHSt 33, 4, 6 ff.).

4. Handeltreiben mit Betäubungsmitteln im Sinne des § 29a Abs. 1 Nr. 2 BtMG ist jede eigennützige auf den Umsatz von Betäubungsmitteln gerichtete Tätigkeit (vgl. BGHSt 50, 252, 256 mwN), wobei verschiedene Betätigungen, die auf die Förderung ein und desselben Güterumsatzes abzielen, eine tatbestandliche Bewertungseinheit bilden. Eine solche auf den gewinnorientierten Umsatz von Betäubungsmitteln ausgerichtete Tätigkeit liegt auch darin, dass sich der Zwischenhändler zu der Örtlichkeit begibt, an welcher er von seinem Lieferanten eine zuvor abgesprochene, zur gewinnbringenden Weiterveräußerung bestimmte Betäubungsmittellieferung vereinbarungsgemäß übernehmen soll.

5. Dem – weit auszulegenden – Begriff des Handeltreibens mit Betäubungsmitteln unterfallen aber nicht nur Handlungen, die unmittelbar der Beschaffung und der Übertragung von Betäubungsmitteln an Abnehmer dienen. Tatbestandlich erfasst werden nach der ständigen Rechtsprechung des Bundesgerichtshofs vielmehr auch dem eigentlichen Betäubungsmittelumsatz nachfolgende Zahlungsvorgänge, ohne dass danach differenziert wird, ob der Handelnde auf Seiten des Abnehmers oder des Lieferanten tätig geworden ist (vgl. BGHSt 43, 158, 162).

792. BGH 5 StR 182/14 – Beschluss vom 2. Juli 2014 (LG Berlin)

Untreue (Reichweite der Vermögensbetreuungspflicht des Notars); Betrug (Vermögensschaden: subjektiver Schadenseinschlag, Vorrang der objektiven Bewertung von Leistung und Gegenleistung, „Aliud“, Beeinträchtigung der wirtschaftlichen Dispositionsfreiheit).
§ 263 StGB; § 266 StGB

1. Der Notar ist als unabhängiger Träger eines öffentlichen Amtes (§ 1 BNotO) und unparteiischer Betreuer der an dem zu beurkundenden Rechtsgeschäft Beteiligten (§ 14 Abs. 1 Satz 2 BNotO) i.S.d. § 266 StGB verpflichtet, deren Vermögensinteressen wahrzunehmen. Dies umfasst die Pflicht, die Beteiligten insoweit zu belehren, als er annehmen muss, sie würden die Bedeutung und Tragweite der zu beurkundenden Erklärungen nicht erkennen. Zwar erstreckt sich die Belehrungspflicht des Notars in der Regel nicht auf die wirtschaftlichen Folgen des zu beurkundenden Geschäftes. Anders verhält sich dies jedoch, wenn es nach den besonderen Umständen des Einzelfalles nahe liegt, dass eine Schädigung eines Beteiligten eintreten kann, und der Notar nicht mit Sicherheit annehmen kann, dass sich der Gefährdete dieser Lage bewusst ist oder dass er dieses Risiko auch bei einer Belehrung auf sich nehmen würde.

2. Bei wirtschaftlich ausgeglichenen Verträgen können Gesichtspunkte eines persönlichen Schadenseinschlages einen Vermögensnachteil bei der Untreue bzw. einen Vermögensschaden beim Betrug nur in engen Ausnahmefällen begründen, etwa wenn der Vermögensinhaber durch deren Abschluss zu vermögensschädigenden Maßnahmen genötigt oder wenn er durch die Verfügung sonst in seiner wirtschaftlichen Bewegungsfreiheit weitgehend beeinträchtigt wird. Vorrangig ist jedoch stets zunächst der sich aus dem Vergleich des Vermögens vor und nach der Verfügung bzw. Pflichtverletzung ergebende Saldo zu ermitteln. Nur soweit sich hiernach kein Nega-

tivsaldo ergibt, kann bei Vorliegen entsprechender Anhaltspunkte in einem zweiten Schritt zu prüfen sein, ob im Hinblick auf eine weitgehende Beeinträchtigung der wirtschaftlichen Bewegungsfreiheit gleichwohl unter dem Aspekt des persönlichen Schadenseinschlages ein Vermögensnachteil anzunehmen ist.

3. Ein solcher Vermögensnachteil/-schaden unter Rückgriff auf die Figur des persönlichen Schadenseinschlages setzt indessen voraus, dass ein objektiver Wert des Erlangten für den Erwerber nicht realisierbar ist, da es ihm unmöglich (oder unzumutbar) ist, diesen letztlich in Geld umzusetzen.

4. Ob die Rechtsfigur des persönlichen Schadenseinschlages angesichts der neueren Rechtsprechung des Bundesverfassungsgerichts (BVerfG HRRS 2010 Nr. 656; 2012 Nr. 27), nach der normative Gesichtspunkte bei der Bewertung von Schäden zwar eine Rolle spielen, die wirtschaftliche Betrachtung allerdings nicht überlagern oder verdrängen dürfen, in Teilen einer Korrektur bedarf, muss der Senat hier nicht entscheiden.

730. BGH 2 StR 354/13 – Beschluss vom 27. Mai 2014 (LG Bonn)

Unerlaubte Abgabe von Betäubungsmitteln (Abgabe durch einen Arzt im Rahmen einer Substitutionsbehandlung; Strafzumessung).
§ 29 Abs. 1 Nr. 1 BtMG; § 13 Abs. 3 BtMG; § 5 BtMVV; § 267 Abs. 3 Satz 1 StPO; § 46 StPO

1. Auch ein Substitutionsarzt macht sich der unerlaubten Abgabe von Betäubungsmitteln strafbar, wenn er sich nicht an die Voraussetzungen der § 13 BtMG, § 5 BtMVV hält (vgl. BGHSt 52, 271, 273).

2. Gemäß § 13 Abs. 1 BtMG darf der Arzt Betäubungsmittel lediglich verschreiben, verabreichen oder einem anderen zum unmittelbaren Verbrauch überlassen. Die Abgabe von Betäubungsmitteln ist dagegen nur im Rahmen des Betriebs einer öffentlichen Apotheke erlaubt. Dementsprechend lässt auch die auf der Grundlage des § 13 Abs. 3 BtMG erlassene Betäubungsmittelverschreibungsverordnung, die in § 5 BtMVV die Voraussetzungen für eine ärztliche Substitutionsbehandlung normiert, eine Abgabe von Betäubungsmitteln durch den Arzt nicht zu.

3. Erfolgt die Abgabe von Betäubungsmitteln im Rahmen einer Substitutionsbehandlung, stellt dies jedenfalls dann einen bestimmenden Strafmilderungsgrund im Sinne des § 267 Abs. 3 Satz 1 StPO dar, wenn feststeht oder nicht auszuschließen ist, dass die Behandlung medizinisch indiziert war (vgl. BGH NStZ 1995, 85, 86).

758. BGH 3 StR 137/14 – Beschluss vom 27. Mai 2014 (LG Aurich)

Voraussetzungen der mittäterschaftlichen Begehung einer Einfuhr von Betäubungsmitteln (fehlende unmittelbare Beteiligung am Einfuhrvorgang; hervorgehobene Bedeutung der Tatherrschaft; Unbeachtlichkeit des reinen Interesses am Gelingen des Einfuhrvorgangs); Bedeutung einer Einziehungseinscheidung für die Strafzumessung.

§ 29 BtMG; § 25 Abs. 2 StGB

Mittäter einer Einfuhr im Sinne von § 25 Abs. 2 StGB kann ein Beteiligter grundsätzlich auch dann sein, wenn das Rauschgift von einer anderen Person in das Inland verbracht wird. Ob ein täterschaftlicher Beitrag gegeben ist, hat der Tatrichter – allgemeinen Grundsätzen entsprechend – auf der Grundlage einer umfassenden wertenden Betrachtung festzustellen, wobei der Grad des eigenen Interesses am Taterfolg, der Einfluss bei der Vorbereitung der Tat und der Tatplanung, der Umfang der

Tatbeteiligung und die Teilhabe an der Tatherrschaft oder jedenfalls der Wille dazu von Bedeutung sind. Entscheidender Bezugspunkt bei allen diesen Merkmalen ist der Einfuhrvorgang selbst. Keine ausschlaggebende Bedeutung kann dabei indes dem Interesse eines mit der zu beschaffenden Betäubungsmittelmenge Handel Treibenden am Gelingen des Einfuhrvorgangs zukommen, selbst wenn dieser den Übergabevorgang am Mobiltelefon „begleitet“; in einem solchen Falle gewinnt vielmehr insbesondere die Tatherrschaft bei der Einfuhr oder der Wille hierzu an Gewicht.

Aufsätze und Anmerkungen

Strafbarkeit beim Dealen mit dem Recht? Über Lausbuben- und Staatsstreiche

Von VRiBGH Professor Dr. iur. utr. Thomas Fischer

Manfred Seebode* hat zu Fragen des Umgangs der Justiz mit den Regeln, die dieser zu ihrem eigenen Beruf gegeben sind, und mit deren materiell-strafrechtlicher Absicherung vom Beginn seiner wissenschaftlichen Tätigkeit an¹ immer wieder Stellung genommen² und hier eine nicht selten unbequeme, aber stets eindeutige Haltung vertreten. Zugleich war er ein überaus genauer Kenner und kritischer Beobachter des Strafprozessrechts, der vielfach auf Fehlentwicklungen aufmerksam machte.³ Der folgende Beitrag versucht, der Konsequenz, Widerborsigkeit und Unbestechlichkeit seiner Gedankenführung ein wenig gerecht zu werden – in dankbarer Erinnerung an manche Abendessen und schöne Gespräche im Leipziger „Ratskeller“. Die Strafrechtswissenschaft und -

* Der Beitrag ist eine weitere Vorabpublikation – siehe bereits Heft 11/2013 – aus der nun im Oktober 2014 im Berliner Wissenschaftsverlag erscheinenden Gedächtnisschrift für den früheren Leipziger Strafrechtslehrer Manfred Seebode.

¹ Seebode, Das Verbrechen der Rechtsbeugung (Diss. Würzburg 1968), 1969 (Reprint 1995).

² Seebode, Rechtsblindheit und bedingter Vorsatz bei der Rechtsbeugung, JuS 1969, 204; ders., Rechtsbeugung und Rechtsbruch, JR 1994, 1; ders., Rechtsbeugung – Vorschlag einer notwendigen Gesetzesreform, ZRP 1997, 307 (mit Bemann und Spindel); ders., DDR-Justiz vor Gericht, FS für Lenckner (1998), S. 585; ders., Rechtliche Bewertung der Tätigkeit von DDR-Richtern im Spannungsfeld zwischen richterlicher Unabhängigkeit und parteilichem Gehorsam, in: Deutscher Bundestag, Enquete-Kommission: Überwindung der Folgen der SED-Diktatur im Prozess der deutschen Einheit, Bd. II/2, 1999, S. 1524.

³ Vgl. etwa Seebode MDR 1976, 537 (zum MusterE einheitlicher Polizeigesetze); StV 1988, 119 (zur sog. „Zwischenhaft“); Mangakis-Festschrift (1999), S. 693 (zur Schleierfahndung); Otto-Festschrift (2007), S. 999 (Folterverbot und Beweisverbot).

praxis in Deutschland hat an seinem unabhängigen Geist viel verloren.

I. Einführung

Unterstellt sei die Geltung der folgenden Strafvorschrift:

§ 90c Propaganda gegen die Rechtspflege

(1) Wer als Richter oder sonst zur Entscheidung in rechtsförmigen Verfahren berufener Amtsträger öffentlich

1. gesetzliche Verfahren der Rechtspflege herabwürdigt, oder
2. staatliche Gerichte oder von diesen in rechtsförmigen Verfahren getroffene Entscheidungen als verachtenswert oder illegitim darstellt, oder
3. zur Missachtung rechtskräftiger Entscheidungen von Gerichten der in Nr. 2 genannten Art oder von gesetzlichen Verfahren der Rechtspflege auffordert

und es hierdurch unternimmt,

1. Entscheidungsverfahren staatlicher Gewalt einzuführen, die den Grundsätzen des Art. 20 Abs. 3 Grundgesetz widersprechen, oder
2. eine Verunsicherung der Bevölkerung über die Legitimität gesetzlich vorgesehener Entscheidungsverfahren herbeizuführen,

wird mit Freiheitsstrafe bis zu drei Jahren bestraft.

(2) Mit Freiheitsstrafe von sechs Monaten bis zu fünf Jahren wird die Tat bestraft, wenn der Täter

1. Richter oder Amtsträger im Sinne von Absatz 1 öffentlich dazu auffordert, eine Entscheidung eines Obersten Gerichtshofs des Bundes nicht zu beachten, oder

2. Mitglied eines Verfassungsorgans der Bundesrepublik Deutschland ist, oder
3. eine Verunsicherung von erheblichem Gewicht verursacht.

(3) In minder schweren Fällen des Absatz 1 ist die Strafe Freiheitsstrafe bis zu zwei Jahren oder Geldstrafe, in minder schweren Fällen des Absatz 2 Freiheitsstrafe bis zu drei Jahren.

Dem Leser mögen sich insoweit Fragen stellen:

1. Gibt es diese Vorschrift?
2. Sehen Sie (verfassungsrechtliche) Hindernisse, sie anzuwenden?
3. Kennen Sie subsumtionsgeeignete Fälle?
4. Haben Sie Kenntnis von tatbestandsmäßigen Handlungen? Haben Sie oder Ihnen bekannte Personen sich an solchen Handlungen beteiligt? Wie würden Sie, wenn Sie einen Strafprozess wegen des Vorwurfs einer Tat nach dieser Vorschrift zu leiten hätten, sich zu einem gegen Sie erhobenen Befangenheitsantrag äußern?

Es gibt Gründe, solche Fragen nicht zu mögen. Denn sie sind möglicherweise „unernsthaf“, weil sie die Würde des Richters⁴ nicht respektieren und, subkutan, zu unterstellen scheinen, man sei nicht jederzeit vollständig orientiert über Recht und Unrecht, Erlaubtes und Unerlaubtes, Zulässiges und Grenzüberschreitendes. Sie führen vielleicht auf ein Glatteis, auf welchem behauptete und gepflegte Gewissheiten nicht gelten, und verbreiten hierdurch einen Hauch von *Milgram*-Experiment. Denn selbstverständlich möchte sich niemand „erwischen“ lassen bei Unkenntnis, politischer Unkorrektheit oder einem anderen Ausrutscher. Hieraus folgt die fünfte Frage: Reicht dies vor den Anforderungen der Aufgabe?

II. Verunsicherungen

Überwiegend hat der Tatbestand der Rechtsbeugung (§ 339 StGB; bis 1998: § 336 StGB) im 20. Jahrhundert ein sehr beschauliches Dasein am Rande des Strafgesetzbuchs und des Interesses von Rechtspraxis und Rechtsgelehrten geführt. Nur zweimal wurde diese Ruhe erschüttert; beide Male in Folge der Beendigung eines staatlichen Systems: 1945 und 1990. Die Ergebnisse dieser Aufwallungen waren unterschiedlich: Im ersten Fall hat die Justiz weitgehend versagt⁵, nicht zuletzt deshalb, weil

⁴ Gemeint ist aber wohl eher: das *Bedürfnis* des Richters nach einer Würde, die aus der Kraft, der Legitimität und der Bedeutung seiner Entscheidung entspringe. Beides darf man nicht verwechseln.

⁵ BGHSt 41, 317, 339: Die Auseinandersetzung der Justiz der Bundesrepublik mit der NS-Justiz sei „insgesamt fehlgeschlagen“. Die NS-Herrschaft „hatte eine Perversion der Rechtsordnung bewirkt, wie sie schlimmer kaum vorstellbar war; (gleichwohl) haben sich bei der strafrechtlichen Verfolgung des NS-Unrechts erhebliche Schwierigkeiten ergeben (vgl. *Gribbohm* NJW 1988, 2842, 2843 ff.). (...) Keiner der am Volksgerichtshof tätigen Berufsrichter und Staatsanwälte wurde wegen Rechtsbeugung verurteilt; ebenso wenig Richter der Sondergerichte und der Kriegsggerichte. Einen wesentlichen Anteil an dieser Entwicklung hatte nicht zuletzt die Rechtsprechung des Bundesge-

sie entweder selbst noch in (biografischen) Verbindungen mit der braunen Vergangenheit steckte oder über fortbestehende angebliche oder tatsächliche Abhängigkeiten von Wohlwollen, Karriere und „kollegialer“ Höflichkeit mit weiter in Amt und Einfluss befindlichen früheren Repräsentanten jener Macht verbunden war. Im zweiten Fall hat 40 Jahre später die gesamtdeutsche Justiz, deren Leitungspositionen freilich ausnahmslos von Westdeutschen besetzt waren, sich dem Thema neu gestellt. Über den Mut derer, die vom Gegner nichts zu befürchten hatten, und die Folgen, die in diesem Fall nur *andere* trafen, mag man sich hinsichtlich seiner heroischen Anteile keine großen Illusionen machen; in der Sache wird man aber nicht bestreiten können, dass Unrechtsurteile der DDR-Justiz – auch wenn gewichtige Unterschiede nicht übersehen werden können⁶ – gleichermaßen strafwürdig waren wie solche des NS-Staats.⁷ Trotz manch gekünstelter Aufregung über angebliche „Siegerjustiz“ ist am Ende die Zahl derjenigen Justizangehörigen, die wegen in der DDR justizförmig begangener Straftaten verurteilt oder auch nur ernstlich strafverfolgt wurden, sehr klein geblieben.⁸

Mit dem verjährungsbedingten⁹ „Abschluss“ der DDR-Rechtsbeugung hat sich über den Tatbestand des § 339 StGB – samt seiner im Schlepptau der so genannten „Sperrwirkung“ mitgeführten Anhängsel – wieder jene Ruhe gelegt, die das langfristige Wachsen von Dissertationen anhand über Jahrzehnte „aktuell“ bleibender Einzelfälle erlaubt. Zwar gibt es immer einmal wieder – mehr oder minder spektakuläre – Einzelfälle.¹⁰ Sie zeichnen sich meist dadurch aus, dass die beschuldigten Richter in skurriler oder irgendwie sonst zur Ausgrenzung¹¹ geeigneter Weise¹² aufgrund problematischer Persönlichkeitsstrukturen, zur „Arbeitserleichterung“ oder Ver-

richtshofs (vgl. BGHSt 10, 294; BGH NJW 1968, 13439, 13440; vgl. dazu LG Berlin DRiZ 1967, 390, 393, r. Sp.). Diese Rechtsprechung ist auf erhebliche Kritik gestoßen, die der Senat als berechtigt erachtet. Insgesamt neigt der Senat zu dem Befund, dass das Scheitern der Verfolgung von NS-Richtern vornehmlich durch eine zu weit gehende Einschränkung bei der Auslegung der subjektiven Voraussetzungen des Rechtsbeugungstatbestands bedingt war (vgl. *Spendel*, Rechtsbeugung durch Rechtsprechung, S. 13, 69 f.).“

⁶ Vgl. auch BGHSt 41, 317, 340: „Das staatlich verübte Unrecht in der DDR kann mit Rücksicht auf die unterschiedliche Dimension nicht mit dem im nationalsozialistischen Regime begangenen gleichgesetzt werden (vgl. BGHSt 41, 247). Eine so vollständige Missachtung der Idee von Gerechtigkeit und Menschlichkeit, wie sie das Bild der NS-Justiz prägt, hat es in der DDR-Justiz (...) nicht gegeben.“

⁷ Das betraf insbesondere eklatant rechtsstaatwidrige Scheinverfahren wie etwa die so genannten Waldheim-Verfahren des Jahres 1950.

⁸ Vgl. dazu etwa *Marxen/Werle*, Die strafrechtliche Aufarbeitung von DDR-Unrecht, 1999.

⁹ Vgl. Art. 315a EGStGB; dazu etwa *Fischer*, StGB, 61. Aufl. (2014), Rn. 5 ff. vor § 78.

¹⁰ Vgl. etwa zuletzt BGH, Urt. v. 23.1.2014 – 2 StR 479/13.

¹¹ Aus dem Kreis der „echten“ Richter. Also als verrückt, sonderbar, querulatorisch, ungeeignet.

¹² Vgl. etwa BGH, Urt. v. 31.5.2012 – 2 StR 610/11: Unterbrechung der Hauptverhandlung und kurzzeitiges eigenhändiges Einsperren des Angeklagten durch den Richter in eine Vorführzelle, um ihm „seine Zukunft vor Augen zu führen“, falls er nicht ein Geständnis ablege.

schleierung fehlerhafter Arbeitsweise¹³ oder unter Anmaßung offenkundig fehlender Zuständigkeit¹⁴ eklatante Verfahrensfehler begehen. Systematische, flächendeckende Rechtsbeugung aber kommt nach allgemeiner Ansicht in Deutschland nicht mehr vor; wir betrachten insoweit sorgenvoll die so genannten *Zustände* in der Justiz vieler anderer Länder, selbst innerhalb der Europäischen Union.

Zugleich mit dieser Beruhigung hat sich freilich unter der Hand das ganze System stark verschoben, und eine erhebliche untergründige Unruhe hat die Strafjustiz erfasst. Dies ist das Resultat der seit den 80er Jahren um sich greifenden und 1982 erstmals öffentlich problematisierten¹⁵ Absprache-Praxis, einer neben dem und gegen das Gesetz entwickelten, mehr oder minder „privaten“, jedenfalls informellen Form des Strafverfahrens, welche die Unzulänglichkeiten und manche Schwierigkeiten des gesetzlichen Verfahrens vermeiden oder ausgleichen soll. Schon früh ist erwogen worden, ob und unter welchen Voraussetzungen die Beteiligten an solchen informellen Absprachen sich selbst strafbar machen könnten.¹⁶ Praktische Auswirkungen hat dies, soweit ersichtlich, nicht gehabt. Aufgrund der so genannten „Sperrwirkung“, welche der Tatbestand der Rechtsbeugung (§ 339 StGB) auch für die Strafbarkeit tauglicher Täter wegen anderer, mit der Handlung in Zusammenhang stehender Delikte (z.B. § 258a, § 239; § 240 StGB) nach herrschender Meinung hat, sind es vor allem die notorisch als außerordentlich hoch angesehenen Hürden dieses Tatbestands, welche eine ernstliche Befassung von Strafverfolgungsbehörden mit Usancen des Deals im Strafprozess dauerhaft verhinderten. So galt namentlich das (subjektive) Element eines „bewussten gravierenden Rechtsverstoßes“¹⁷ als zweifelhaft und „schwer beweisbar“¹⁸. Dies gewann dadurch besonderes Gewicht, dass die Rechtslage hinsichtlich der Absprachepraxis vielfach als „unklar“ angesehen und beschrieben wurde.¹⁹ Man mag das, je-

denfalls für die Zeit *nach* der Leitentscheidung des 4. Strafsenats des BGH²⁰ und jedenfalls für gravierende, ersichtlich unververtretbare Entscheidungen oder Verfahrensweisen, anders beurteilen²¹. Jedenfalls war seit nunmehr 30 Jahren eine breite Diskussion in der juristischen und auch außerjuristischen Öffentlichkeit zugänglich und geläufig²²; Fragen nach einer möglichen Strafbarkeit der Beteiligung an ungesetzlichen Absprachen sind also keineswegs neu.

1. Grundsatz

Wenn man den Tatbestand der Rechtsbeugung (§ 339 StGB) von Nebeln befreit, welche ihn – zu Unrecht – umgeben, handelt es sich um eine – jedenfalls für „Volljuristen“²³ – relativ übersichtliche, einfach strukturierte und daher in der Anwendung nicht komplizierte Vorschrift: Eine Person, die in einem rechtsförmigen, auf Ausgleich oder Entscheidung zwischen Parteien (im weiteren Sinn) gerichteten Verfahren von Amts wegen berufen ist, Entscheidungen für oder gegen Dritte zu treffen, macht sich strafbar, wenn sie bei der Leitung oder bei der Entscheidung einer Rechtssache²⁴ Rechtsregeln vorsätzlich falsch anwendet und hierdurch eine Partei benachteiligt oder begünstigt. Auch in seiner Anwendung auf den Strafprozess ist das im Grundsatz unstrittig.²⁵ Ein Richter²⁶, der einen Strafprozess zu leiten (Vorsitzender) und/oder zu entscheiden (alle Mitglieder eines Spruchkörpers) hat, macht sich der Rechtsbeugung schuldig, wenn er vorsätzlich materielles oder formelles Recht falsch anwendet und dadurch eine „Partei“ (Beschuldigter; Staatsanwaltschaft; Nebenkläger; Verfalls- oder Einziehungsbeteiligter) benachteiligt oder begünstigt.²⁷ Auch Verstöße gegen Verfahrensregeln können den objektiven Tatbestand erfüllen, unabhängig davon, ob die

allem darin, dass sie von der großen Mehrzahl der an Deals Beteiligten behauptet wurde. Tatsächlich war die Lage wohl eher *klar*: Da die Strafprozessordnung Absprachen nicht vorsah oder zuließ, waren sie nicht erlaubt. Die StPO enthält eine abschließende Regelung des Strafverfahrens (BVerfG, Urt. v. 19.5.2013 – 2 BvR 2628/10, BVerfGE 126, 170 = NJW 2013, 1058).

²⁰ BGH, Urt. v. 28.8.1998 – 4 StR 240/97, BGHSt 47, 195.

²¹ *Schlothauer* (Fn. 18), D 21 ff.

²² Vgl. etwa die Darstellung von *Rieß*, in: LR, 25. Aufl. (1999), Einl. G 58 ff.

²³ Also diejenigen, denen „die Befähigung zum Richteramt“ als Grundvoraussetzung ihrer beruflichen Tätigkeit zu attestieren ist.

²⁴ Zum Begriff der „Leitung einer Rechtssache“ vgl. BGH, Urt. v. 18.7.2013 – 4 StR 84/13, Rn 14; *Kuhlen*, in: NK-StGB 4. Aufl. (2013), § 339 Rn. 26.

²⁵ BGH, Urt. v. 27.5.1987 – 3 StR 112/87, NStZ 1988, 218; Urt. v. 29.10.1992 – 4 StR 353/92, BGHSt 38, 381, 383; Urt. v. 4.9.2001 – 5 StR 92/91, BGHSt 105, 109; Beschl. v. 24.6.2009 – 1 StR 2901/09, NStZ 2010, 92; Beschl. v. 7.7.2010 – 5 StR 555/09, StV 2011, 463, 466; Urt. v. 31.5.2012 – 2 StR 610/11, NStZ 2013, 106; Urt. v. 18.7.2013 – 4 StR 84/13.

²⁶ Staatsanwälte – als „andere Amtsträger“ – nur ausnahmsweise; vgl. BGHSt 12, 193; 38, 381, 382; 40, 169, 176; 41, 247; BGH, Urt. v. 6.11.2007 – 1 StR 394/07. Zu Verwaltungsbeamten als taugliche Täter vgl. *Fischer*, StGB, 61. Aufl. (2014), § 339 Rn. 8b.

²⁷ Zur Anerkennung von „Parteien“ auch im Strafprozess schon RGSt 25, 276.

¹³ Vgl. etwa BGH, Beschl. v. 24.6.2009 – 1 StrR 201/09 (Vormundschaftsrichter entscheidet ohne Anhörungen von Betroffenen über Unterbringungen); Urt. v. 18.7.2013 – 4 StR 84/13 (Verschleierung kontinuierlicher Verstöße gegen die Absetzungsfrist von Urteilen durch heimliche nachträgliche Veränderung unvollständig abgesetzter Urteile).

¹⁴ Vgl. BGH, Beschl. v. 20.9.2000 – 2 StR 276/00, NStZ-RR 2001, 243 („Erdbeerfest-Fall“: Direktor des Amtsgerichts erlässt auf Antrag seiner Tochter verwaltungsprozessuale einstweilige Anordnung).

¹⁵ „*Detlev Deal*“, Der strafprozessuale Vergleich, StV 1982, 545.

¹⁶ Vgl. etwa *Rönnau*, Die Absprache im Strafprozess, 1990 (Diss. 1989), S. 228 ff.; *Schünemann DJT* 1990, Gutachten, 131 ff.; *Siolek*, Verständigung in der Hauptverhandlung (1988), S. 208 ff.; *ders.* DRiZ 1989, 321; *Janke*, Verständigung und Absprache im Strafverfahren (1997), S. 248 ff.; *Braun*, Die Absprache im deutschen Strafverfahren (1998), S. 82 ff.; *Moldenhauer*, Eine Verfahrensordnung für Absprachen im Strafverfahren durch den Bundesgerichtshof? (2004), S. 86 ff.

¹⁷ Vgl. dazu auch BGH, Urt. v. 4.9.2001 – 5 StR 92/01, BGHSt 47, 105, 113 ff. (Fall *Schill*).

¹⁸ Vgl. auch *Schlothauer*, in: Niemöller/Schlothauer/Weider, Gesetz zur Verständigung im Strafverfahren (2010), D 18 ff.

¹⁹ Es mag sein, dass die Behauptung dieser „Unklarheit“ weniger analytischen als selbst-entlastenden Charakter hatte: Die angebliche Ungeklärtheit hatte ihre Grundlage vor

schließlich getroffene Entscheidung materiell „richtig“ ist, also auch ohne den Verstoß erlassen worden wäre.²⁸ Denn es kommt nicht darauf an, ob eine „Partei“ im Ergebnis tatsächlich benachteiligt oder bevorzugt wurde, sondern ob durch den Rechtsverstoß die naheliegende Gefahr eines solchen Ergebnisses begründet wurde.

Die scheinbare Schlichtheit des Tatbestands löst sich freilich desto mehr auf, je näher man seiner *praktischen* Anwendung kommt. Die Rechtsprechung des Bundesgerichtshofs hat mit dem aus dem „Gesamtzusammenhang“ abgeleiteten Erfordernis eines „bewussten schweren Rechtsbruchs“²⁹ eine hohe – und zugleich „flexible“ – Hürde vor der Tatbestandsverwirklichung aufgebaut. Danach soll etwa selbst die „bloße Unvertretbarkeit“ einer Rechtsanwendung, selbst wenn sie direkt vorsätzlich geschieht, nicht ausreichen³⁰; vorausgesetzt ist vielmehr ein „bewusster elementarer Verstoß gegen die Rechtspflege“³¹. Was dies sein könnte, obgleich doch § 339 StGB – anders als § 244 StGB-DDR – nicht direkten Vorsatz verlangt, sondern *bedingten* Vorsatz ausreichen lässt³², gilt als „unklar“. Was mag dies bedeuten? Bedingter Vorsatz – also nach ständiger Rechtsprechung das „Billigende Inkaufnehmen“ des Erfolgseintritts bei Erkenntnis von dessen Möglichkeit³³ – scheint zunächst schwer vereinbar mit dem zugleich postulierten Erfordernis eines „bewussten“ Verstoßes gegen Recht und Gesetz. Bei näherem Hinsehen besteht kein Widerspruch: Die „Bewusstheit“ des elementaren Rechtsverstoßes bezieht sich auf die Vorstellung des Täters von der Schwere des *für möglich gehaltenen* Verstoßes; der (bedingte) Vorsatz bezieht sich auf das (bloße) Vorliegen des Verstoßes selbst. Daher ist der Tatbestand der Rechtsbeugung beispielsweise erfüllt, wenn der Täter zwar nicht sicher ist, aber für möglich hält, dass es *gesetzlich* verboten sei, wegen des Vorwurfs eines Verbrechens auch ohne Mitwirkung eines Strafverteidigers zu verhandeln (vgl. § 140 Abs. 1 Nr. 2 StPO), zugleich aber sicher ist, dass es sich dabei um eine *fundamentale* Frage der Verfahrensordnung handelt.

Anders gesagt: Vereinbar sind beide Anforderungen nur (aber stets), wenn sich der Tatvorsatz im engeren Sinn auf die positive Rechtslage, das „Rechtsbeugungsbewusstsein“ hingegen auf die *Bedeutung* des – angenommenen oder für möglich gehaltenen – Rechtsverstoßes beziehen, wie es nun auch der BGH in der Entscheidung 2 StR 479/13 vom 22. Januar 2014 annimmt. Unterscheidet man in dieser Weise, so mögen zwar immer noch Unklarheiten und problematische Bereiche bleiben, namentlich dort, wo es sich um eine Verletzung verfassungs-unmittelbarer Rechte handelt. Aber man wird doch behaupten dürfen, dass der Tatbestand weder un-

überschaubar noch gar in seiner Anwendung unvorhersehbar ist.

Beispielhaft: Wer als Direktor eines Amtsgerichts meint, entgegen dem gerichtlichen Vertretungsplan an Wochenenden für alle Eilentscheidungen aller Gerichtsbarkeiten zuständig zu sein, irrt. Wenn er diesen Irrtum für möglich hält und gleichwohl eine einstweilige Anordnung nach der VwGO erlässt, handelt er mit bedingtem Vorsatz. Wenn die Anordnung von der eigenen Tochter beantragt wurde, ist der Verstoß gegen das Verbot willkürlicher Annahme eigener Zuständigkeit offenkundig; zugleich ist klar, dass die (Ausschluss)Norm der Befangenheit, welche den Richter zwingend von jeder Entscheidung ausschließt, ein „elementares“ Rechtsprinzip beinhaltet, dessen Kenntnis durch einen Direktor des Amtsgerichts nicht zweifelhaft sein kann.³⁴

2. Phasen von Rechts-Unsicherheit

Wie auch immer weit oder eng man den Tatbestand der Rechtsbeugung auslegen mag, ist für eine Vollendung nach Rechtsprechung und herrschender Lehre stets erforderlich, dass Rechtsregeln objektiv falsch angewandt werden.³⁵ Dies impliziert, dass solche Regeln *existieren* und einen Inhalt haben, der eine Unterscheidung „richtiger“ und „falscher“ Anwendung überhaupt erlaubt. Wo Regeln sich in vage „Gebräuche“, unverbindliche Anregungen oder undefinierte Möglichkeiten auflösen, kommt Rechtsbeugung nicht in Betracht: Ein allgemeines Verbrechen der „Ungerechtigkeit“ gibt es nicht.³⁶ Hiervon ausgehend mag man folgende Phasen unterscheiden:

1. Ungeregelte Entwicklung und Ausbreitung des Deal-Verfahrens
2. Deal-Verfahren unter höchstrichterlicher Beobachtung
3. Deal-Verfahren zwischen Großem Senat und Absprache-Gesetz
4. Verfahren unter Geltung des Absprache-Gesetzes
5. Deal-Verfahren nach der Entscheidung des BVerfG vom 19.5.2013

Zu 1)

Es bestehen nur wenig Zweifel daran, dass die Entwicklung und Praktizierung einer Verfahrens-Ordnung, die sich explizit und in ihrem Kern gegen das geschriebene Recht wendete, weil sie es für „ungeeignet“, zu langsam, zu unflexibel oder zu anstrengend hält, jedenfalls im Grundsatz geeignet war, den Tatbestand der Rechtsbeugung zu erfüllen. Die Richter der Bundesrepublik

²⁸ BGH, Beschl. v. 24.6.2009 – 1 StR 201/09, NStZ 2010, 92; Urt. v. 18.7.2013 – 4 StR 84/13.

²⁹ BGHSt 32, 357, 363; 34, 146; 38, 381; 40, 30, 40; 40, 169, 178; 41, 250; 44, 258 (m. Anm. *Seebode* JZ 2000, 319); BGH NStZ 2010, 94.

³⁰ BGHSt 47, 109; BGH NJW 1997, 1455.

³¹ Kritisch etwa *Herdegen* NStZ 1999, 456; *Seebode* JZ 2000, 319; *Fischer* (Fn. 26) § 339 Rn. 15 ff. m.w.Nachw.

³² Allg. Meinung und ständ. Rspr.

³³ *Fischer* (Fn. 26), § 15 Rn. 9 ff., mit zahlr. Nachw. auch zu abweichenden Bestimmungen.

³⁴ „Erdbeer-Fest-Fall“, vgl. oben Fn. 14.

³⁵ Anders die so genannte „subjektive“ Theorie (vgl. etwa *Sarstedt*, *Heinitz-FS* (1972), S. 427) und auch die „Pflichtverletzungstheorie“ (vgl. zur Letzteren etwa *Rudolphi ZStW* 82 (1970), 610; *Wagner*, *Amtsverbrechen* (1975), S. 195 ff.; *Berendt JuS* 1989, 945; *Murmann*, *Herzberg-FS* (2008), S. 123, 136).

³⁶ Ebenso wenig wie allgemeine Verbrechen der „Misswirtschaft“, des „Missbrauchs öffentlicher Ämter“, usw. All dies, medial oft diskutiert und in Umfragen stets gefordert, sind Karikaturen rechtsstaatlicher Tatbestände.

Deutschland sind zwar „an Recht“, zunächst aber „an Gesetz“ gebunden³⁷; und dass die geltende Strafprozessordnung wegen der Schwierigkeiten oder einer übermäßigen Inanspruchnahme des Beweisantragsrechts³⁸, dem massenhaften missbräuchlichen Verhalten von Strafverteidigern oder der Kompliziertheit von Wirtschaftsstrafverfahren bereits die Grenze zu einer Willkürordnung überschritten habe, gegen welche nur mehr Widerstand in Form eines richterlich generierten Abspracherechts helfen könne, behaupten selbst die überzeugtesten Vertreter einer Informalisierung nicht.

Daher waren, wie etwa *Schlothauer* im Einzelnen überzeugend dargelegt hat³⁹, die unter der Hand sich ausbreitenden Verfahrensabsprachen zumindest objektiv überaus geeignet, das Recht zu beugen. Dies ist offenkundig, soweit es die Außerachtlassung von Förmlichkeiten des Verfahrens betrifft, die nicht disponibel sind (vgl. § 261 StPO). Es gilt aber selbstverständlich erst Recht für die Anforderung eines substantiellen materiell-rechtlichen „Rechtsbruchs“: Einen Angeklagten wegen des Grunddelikts zu verurteilen und die angeklagte Qualifikation für „unbeweisbar“ zu halten, wenn er im Gegenzug verspricht, kein Rechtsmittel einzulegen, verstößt in einem solchen Maß gegen Essentialia des Schuldstrafrechts, dass ein „bewusster schwerer Verstoß“ gegen die Rechtsordnung nicht ernstlich zweifelhaft sein kann.

So bleibt die Frage nach den Anforderungen an den subjektiven Tatbestand und seine Feststellung. Die Tatbestandsvollendung der Rechtsbeugung setzt weder Absicht noch auch nur direkten Vorsatz voraus; bedingter Vorsatz reicht nach allgemeiner Ansicht.⁴⁰ Dieser weiten subjektiven Fassung des Tatbestands wird freilich seit jeher das Erfordernis des „bewussten Rechtsverstößes“, des „Bewusstseins, elementare Rechtsgrundsätze zu verletzen“, zur Seite gestellt.⁴¹ Das verleitet dazu, die Anforderung bedingten Vorsatzes als quasi vorgeschobene, „nur“ (!) rechts-technisch (!) bedingte Anforderung anzusehen, als beruhe die Tatbestandsfassung des § 339 auf einer Art Fassungsversehen und als sei die allgemeine Regel, wonach, wenn die Vorsatzform des Tatbestands offen ist, bedingter Vorsatz ausreicht, hier aufgehoben durch eine Alltagsregel, wonach man es „nicht übertreiben“ solle mit der Genauigkeit.

Ihre Grundlage findet diese Ansicht in der Behauptung, eine zu enge Reglementierung der Rechtsbeugung könne am Ende dazu führen, dass „die Entscheidungsfreude“ der Richter eingeschränkt werde⁴²; und wegen der Schwere der Rechtsfolge (Verbrechensstrafe; regelmäßige Entfernung aus dem Dienst; vgl. § 24 Nr. 1 DRiG) müsse die Anwendung des Tatbestands auf „gravierende“ Fälle „elementarer Verstöße“ beschränkt werden.⁴³

Diese Ansicht ist zunächst insoweit überraschend, als sie einen Verhältnismäßigkeits-Gesichtspunkt in den (objektiven) Tatbestand einbringt, der sich aus dem Gesetzeswortlaut – etwa durch eine Regelung „minder schwerer Fälle“ – nicht ergibt und anderen Straftätern regelmäßig nicht zur Verfügung steht: Niemand erwägt etwa, den Raub oder die sexuelle Nötigung nur dann für tatbestandsmäßig zu halten, wenn die Rechtsgutverletzung „elementar“ ist (was man bei geringwertigen Raubobjekten und flüchtigen sexuellen Handlungen bestreiten könnte).

Auch der Gedanke des Schutzes von „Entscheidungsfreude“ und Unabhängigkeit des Richters erscheint wenig überzeugend⁴⁴: Ob ein Richter „Freude“ daran hat, einmal etwas Neues zu entscheiden, also das Recht in neuer Weise auszulegen, hergebrachte Auffassungen in Frage zu stellen usw., ist für den Tatbestand der Rechtsbeugung belanglos. Weder könnten „Freude“ an oder „Mut“ zu neuen Rechtsansichten den Tatbestand erfüllen, noch kann umgekehrt die Existenz des Tatbestands solchen Mut beschränken. Wer meint, Mietvertragsklauseln, wonach der Mieter die Schönheitsreparaturen zu übernehmen habe, seien stets sittenwidrig, irrt vielleicht, freut sich vielleicht und hat vielleicht Mut. Aber er begeht keine (versuchte) Rechtsbeugung, wenn und solange er nicht meint, seine Entscheidung sei (möglicherweise) gesetzeswidrig, etwa weil sie dem Grundprinzip der Vertragsautonomie oder dem Inhalt der Eigentums-garantie widerspreche. Nimmt er dies an oder hält er es für jedenfalls möglich, so hilft ihm aller „gute Wille“ nicht: Die bloße Absicht, für „Gerechtigkeit“ in einer ungerechten Welt zu sorgen, schließt den Rechtsbeugungsvorsatz nicht aus.⁴⁵

Selbst wenn die Anforderung stimmte – was hier im Ergebnis dahinstehen mag –, wäre doch die Schlussfolgerung unzutreffend, dass sich „bewusste elementare Rechtsverletzung“ und bedingter Vorsatz unvereinbar gegenüber stehen; vielmehr ergibt sich das überschaubare Spannungsfeld aus dem Kern des Tatbestands selbst. Kreativität, Rechtsfortbildung, Subsumtionsspielräume stehen außer Zweifel und sind vom Rechtsbeugungstatbestand nicht bedroht. Auch aus der Freiheit von Richtern, sich im Rahmen wissenschaftlicher Betätigung kritisch zur Gesetzeslage oder zur – gegebenenfalls auch eigenen – Rechtsprechung zu äußern sowie entsprechende Vorschläge zu machen, kann selbstverständlich nicht ein Rechtsbeugungs-Vorsatz hinsichtlich solcher Entscheidungen konstruiert werden, die – nach nicht gesetz- oder verfassungswidrigen Regeln – von einem Richter auf der Grundlage der von ihm kritisierten Auffassung getroffen werden.⁴⁶ Ermessensfehler oder rechtsirrigte Ent-

³⁷ Art. 97 GG.

³⁸ *Schmitt* GA 2001, 411, 415, spricht von „exzessiver Inanspruchnahme“.

³⁹ *Schlothauer* a.a.O. (Fn. 18), D 21 ff.

⁴⁰ BGH, Urt. v. 6.10.1994 – 4 StR 23/94, BGHSt 40, 272, 276; Urt. v. 18.7.2013 – 4 StR 84/13; ständ. Rspr.

⁴¹ BGHSt 47, 105 ff. m.w.Nachw.

⁴² Vgl. etwa BGHSt 32, 363; 41, 251; BGH NStZ 1988, 218 f.

⁴³ St. Rspr.; vgl. etwa BGH, Urt. v. 18.7.2013 – 4 StR 84/13.

⁴⁴ Zutr. *Seebode* JR 1994, 4; *Sowada* GA 1998, 179.

⁴⁵ *Fischer* (Fn. 26), § 339 Rn. 18.

⁴⁶ Im Zusammenhang mit der Diskussion über die Beschlusspraxis des Bundesgerichtshofs in strafrechtlichen Revisionen (vgl. dazu etwa *Fischer/Krehl* StV 2012, 550; *Fischer/Eschelbach/Krehl* StV 2013, 345; *Fischer* NStZ 2013, 425; *Basdorf* u.a. NStZ 2013, 563; *Mosbacher* NJW 2014, 124) hat *Brause* ausgeführt: „Dass eine Revision im Beschlussverfahren einstimmig als offensichtlich verworfen werden kann, setzt voraus, dass alle Richter das Urteil verstanden haben müssen (...) Diese Erkenntnis aufgrund des Berichterstattervortrags zu erlangen, ist nicht ‚oft praktisch

scheidungen sind vom Tatbestand nicht berührt. Hinsichtlich rechtsblinder „Überzeugungen“ gelten freilich die allgemeinen Regeln: Die bloße subjektive Gewissheit, ein aus übergeordneten Gründen „richtiges“ Ergebnis anzustreben, nützt dem Richter nichts, wenn er weiß oder in Kauf nimmt, dabei geltendes und im Einzelfall zwingendes Recht zu brechen.

Zu 2)

Der BGH hat sich für die Absprache-Praxis, die seine Tätigkeit und gesetzliche Aufgabe offenkundig von innen aushöhlte, jahrelang kaum interessiert, sondern sie als Randproblem einer angeblich fernen „Tatrichter“-Welt verniedlicht oder ignoriert. Wenn Revisionsrecht betroffen war, hat er sich distanziert; soweit Verfahrensrügen aus den Strudeln des unregulierten Absprache-Verfahrens ihren Weg in die Revisionen fanden, prallten sie in der größten Anzahl der Fälle an der Oberfläche des § 344 Abs. 2 Satz 2 StPO ab; nur sehr selten gelangten Rügen, vor allem im Wege eines Verstoßes gegen das Fair-Trial-Prinzip, in ausdifferenzierte Begründungen oder gar zum Erfolg.

Dies änderte sich mit der Entscheidung des 4. Strafsenats vom 28.8.1997.⁴⁷ Hier wurden erstmals „allgemeine Regeln“ für ein Verfahren aufgestellt, das es nach den Grundsätzen des Rechtsstaatsprinzips eigentlich gar nicht gab.⁴⁸ Der Senat wurde dabei, ohne dies ausdrücklich zu bekunden⁴⁹, gesetzgebungsvertretend tätig. Dass dies (noch) eine Grundlage in den Kompetenzen des Obersten Gerichtshofs fand, konnte bestritten werden. Es hätte nahe gelegen, die gesetzvertretende Konzeption eines Verfahrens, das in einem Kernbereich staatlicher Gewalt positivrechtlich geregelte Grundätze, die seit 120 Jahren als unumstößlich galten, schlichtweg über den Haufen warf, auf eine breitere Legitimationsgrundlage zu stellen, als sie eine – mehr oder minder zufällige – Besetzung eines einzelnen BGH-Senats jemals bieten könnte. Illegitim war der Versuch des 4. Strafsenats freilich nicht: Kein anderer Senat hatte Gegenteiliges entschieden; die grundsätzliche Notwendigkeit eines – wie auch immer ausgestalteten – Abspracheverfahrens galt im Jahr 1997

ausgeschlossen, wie Fischer/Krehl meinen. Ein echtes Bekenntnis dieser Autoren hierzu müsste sogar als – sicher nicht gewolltes – Eingeständnis zumindest objektiver Willkür verstanden werden“ (Brause JR 2013, 134, 136). Damit wurde die Frage angedeutet, ob Richter, die meinen, eine bislang übliche Verfahrensweise ergebe sich nicht (mehr) aus dem Gesetz, gleichwohl weiter danach judizieren „dürfen“, wenn und solange sie für eine alternative Verfahrensweise keine Mehrheit finden. Das ist ein schönes Beispiel juristischer Kunst, in dem sich dogmatischer Einfallreichtum und rechtspolitischer Disziplinierungswille glücklich vereinen. Freilich hatten die Betroffenen nicht die Ansicht vertreten, die seit Jahrzehnten gepflegte Praxis (d.h.: die Auslegung des § 349 Abs. 2 und 4 StPO) sei verfassungswidrig oder verletze elementare Rechtsgrundätze, sondern die Ansicht, sie ergebe sich nicht, wie behauptet, (zwingend) aus dem Gesetz und sei überprüfungswürdig und verbesserungsfähig.

⁴⁷ 4 StR 240/97, BGHSt 43, 195.

⁴⁸ Zur Kritik an der Entscheidung vgl. etwa Rönau wistra 1998, 49; Weigend NStZ 1999, 57; Schmitt GA 2001, 411.

⁴⁹ BGHSt 43, 195, 203 f.

bereits als „herrschende Meinung“ – warum und mit welcher Berechtigung auch immer.

Aus heutiger Sicht mag man sagen: Der 4. Strafsenat hat sich – *mindestens* – überhoben. Er hatte nur ein schwaches Mandat und keine breite Kompetenz zur *Erfindung* eines gesetzlich unregulierten Strafverfahrens neben dem gesetzlich geregelten. Anders ist es, soweit die Entscheidung unklare Fragen zu klären, unsichere Revisionsgründe zu präzisieren versucht hat. Unter den Voraussetzungen des Jahres 1997 hat der 4. Strafsenat auf die unerhörte, bis dahin einmalige Herausforderung durch die Absprachepraxis angemessen reagiert. Seine Vorgehensweise führte zwar dazu, dass andere Strafsenate, die einem Abspracheverfahren im (rechtspolitischen) Grundsatz entweder kritischer oder befürwortender gegenüber standen als dieser Senat, alsbald distanzierende Entscheidungen oder *obiter dicta* produzierten. Gleichwohl wird man sagen können, dass im Anschluss an BGHSt 43, 195 sich in der Rechtsprechung aller Strafsenate des BGH eine Linie durchgesetzt hat, wonach jedenfalls eine unregelmäßige informelle Absprache, durchgeführt in einem „freien Spiel der Kräfte“ nach Maßgabe von örtlichen oder regionalen Usancen, Vorlieben, Durchsetzungsstärken sowie persönlichen „Gerechtigkeits“-Vorstellungen, keinen Bestand haben konnten.

Gegen diese insoweit übereinstimmende Rechtsauslegung des obersten Gerichtshofs ist in der Praxis der Land- und Amtsgerichte in der Folge massenhaft, bewusst und mit teilweise geradezu *demonstrativem* Impetus verstoßen worden.⁵⁰ Besorgniserregend war hierbei, dass sich unter den Richtern, Staatsanwälten und Strafverteidigern Deutschlands scheinbar mühelos eine Mehrheit darstellen oder widerspruchslos behaupten ließ, die zum einen die – unstrittig – geltenden Regelungen der Strafprozessordnung für „überholt“, unangemessen und inadäquat, zum anderen die Entwicklung eines alternativen Deal-Verfahrens nach Maßgabe praktischer Bedürfnisse für problemlos und schließlich die Mahnungen und „Vorgaben“ des Obersten Gerichtshofs für weithin belanglose Störungsversuche einer „praxisfernen“ Minderheit hielt.⁵¹

Das Phänomen dieser geradezu eruptiven Auflehnung einer sich als „die Praxis“⁵² begreifenden jedenfalls großen Zahl von Richtern und Staatsanwälten gegen die Rechtslage und die höchstrichterliche Rechtsprechung ist

⁵⁰ Gern und häufig wurde geäußert, die praxis- und lebensfremden Anweisungen des BGH seien untauglich und daher nicht zu befolgen. So oder ähnlich sich zahllose Richter und Staatsanwälte auf zahlreichen Tagungen.

⁵¹ „Die sog. Leitlinien des BGH basieren überwiegend auf fehlerhaften Annahmen über die Rechtswirklichkeit der Absprachen, und sie sind praktisch untauglich, die ihnen zugeordnete Funktion einer Grenzziehung der Verständigungspraxis und des Erhalts prozessualer Maximen zu erfüllen. Dies hat zur Folge, dass die Akzeptanz der höchstrichterlichen Vorgaben bei den Tatgerichten äußerst gering ist (...) Die Tatgerichte werden trotz aller scheinbar systemimmanenten Regulierungsversuche Wege suchen und finden, sich diese Erledigungsform unter allen Umständen zu erhalten“ (Schmitt GA 2011, 411, 425 – Der Autor vertritt inzwischen eine andere Ansicht).

⁵² Im Sinne von Lebenswirklichkeit; Unverstelltheit des Blicks; rechtspolitischer Plausibilität; bis hin zu dem Bild der „Front“, an der man stehe.

in seiner ganzen Bedeutung bislang nicht hinreichend gesehen und gewürdigt worden. Erhebliche Bedeutung kam dabei insbesondere dem Umstand zu, dass Empörung und Widerstand *öffentlich* geäußert wurden.⁵³ Ersichtlich bestand nicht die Furcht, wegen solcher oder ähnlicher Äußerungen oder allgemeinen Absichts-Erklärungen, sich an die Vorgaben des BGH keinesfalls halten zu wollen⁵⁴, dienstrechtlich oder gar strafrechtlich zur Verantwortung gezogen zu werden. Dies konnte schon deshalb ausgeschlossen erscheinen, weil auch Richter von oberen und Obersten Gerichten die „praktische Unabdingbarkeit“ der Absprachen postulierten und den „Vorgaben“ offen kritisch gegenüber standen.

So trat ein in der Geschichte der Bundesrepublik wohl einmaliger Zustand ein, der durchaus geeignet war, an „Weimarer Zustände“ zu erinnern: Ein erheblicher, wenn nicht gar der überwiegende Teil der Strafjustiz judizierte nach Regeln, die fernab jeder gesetzlichen Grundlage waren, gelegentlich sogar von Landgericht zu Landgericht oder innerhalb eines Gerichts differierten, und erklärte bei jeder Gelegenheit lauthals, dies werde man sich weder durch Eingriffe des Gesetzgebers noch gar durch Entscheidungen des Obersten Gerichtshofs verbieten lassen – eine sich in der Selbstgewissheit einer angeblich „schweigenden Mehrheit“ gegen „die da oben“ wöhnende Woge des Zorns in Gestalt nach Besoldungsgruppen R 1 und R 2 bezahlter Richter auf Lebenszeit, die allesamt geschworen hatten, stets und immerdar „getreu dem Gesetz“ zu handeln (Art. 38 Abs. 1 DRiG).

Darf man das *Staatsstreich* oder *Umsturz* nennen? Vermutlich nicht. Denn selbstverständlich wurde ja nicht etwa bestritten, dass die Rechtsprechung an Gesetz und Recht gebunden ist (Art. 20 Abs. 3 GG), und niemand wollte diese Ordnung beseitigen (Art. 20 Abs. 4 GG). Deshalb hat auch niemand erwogen, Richter, die auf Versammlungen dazu aufriefen, weder das Gesetz (z. B. § 261 StPO; § 169 GVG) noch höchstrichterliche Entscheidungen dazu zu beachten, wo diese dem alles überragenden Willen zum Deal widersprachen, etwa wegen Öffentlicher Aufforderung zu Straftaten (§ 111 StGB) zu verfolgen. Zwar setzt dieser Tatbestand nach h. M. nicht voraus, dass die rechtswidrige Tat, zu welcher aufgefordert wird, als solche erkannt wird; daher wird es insoweit schwierig, mit der „bloßen Überzeugung, das ‚Richtige‘ zu tun“⁵⁵ zu argumentieren.

Aber niemand kam offenbar auf den Gedanken, eine Mehrheit deutscher Strafrichter halte es (subjektiv) für

⁵³ Ein Vorsitzender Richter des OLG München erklärte in einem Redebeitrag beim Richter- und Staatsanwaltstag 2003, zu den beiden anwesenden Richtern des BGH gewandt: „Der BGH kann entscheiden, was er will; hier in Bayern werden wir mit den Absprachen weitermachen wie bisher.“ Hierauf brach unter den etwa 200 Zuhörern frenetischer, jubelartiger Beifall aus; man trampelte mit den Füßen auf den Boden vor Begeisterung über so viel Mut gegen „die da oben“.

⁵⁴ Beispiele, die in großer Zahl und Vielfalt überliefert sind: „Ohne Rechtsmittelverzicht gibt es bei mir keinen Deal“; „In meinem Gerichtssaal wird nichts protokolliert“; „Wer (als Verteidiger) bei mir nach einem Deal Rechtsmittel einlegt, macht das nur einmal“.

⁵⁵ Vgl. BGH, Urt. v. 21.1.2014 – 2 StR 479/13.

einen „elementaren Rechtsverstoß“, sich im Richterzimmer in Abwesenheit der zuständigen Schöffen, des Angeklagten und des Nebenklägers mit Staatsanwalt und Verteidiger darauf zu einigen, dass der wegen gewerbsmäßigen Betrugs oder schweren sexuellen Missbrauchs von Kindern angeklagte Beschuldigte im Gegenzug gegen eine kurze „Bestätigung der Anklage“, den Verzicht auf jede Beweisaufnahme sowie einen sofortigen Rechtsmittelverzicht eine zur Bewährung auszusetzende Freiheitsstrafe erhalte, andernfalls unter drei Jahren nichts zu machen sei? Freilich hätte man wohl einräumen müssen, dass weder das Gesetz – hier: die §§ 243 StPO – noch ein anerkanntes Gewohnheitsrecht noch eine ihrerseits verfassungsgemäße Rechtsfortbildung eine Rechtsgrundlage für ein derartiges „Verfahren“ hergaben. Das gilt selbst dann, wenn „das Grundgesetz einen engen Gesetzespositivismus ablehnt“ und dem Richter „eine schöpferische Rechtsfindung ... nicht verwehrt“.⁵⁶ Denn in der Entscheidung, schlicht *das Gegenteil* dessen zu machen, was im Gesetz steht, dürfte das „schöpferische“ Element wohl doch ein von Art. 20 Abs. 3 GG nicht gedecktes Gewicht erlangen. „Ändern sich die Bedürfnisse des Rechtsverkehrs, so folgt (...) die Zulässigkeit einer richterrechtlichen Anpassung des Rechts an diese Bedürfnisse“⁵⁷ – ganz so einfach dürfte es denn doch nicht sein. Gleichwohl wurde und wird bis heute die Frage nicht gestellt, ob sich hier ein erheblicher Teil der Justiz „in bewusster und schwerwiegender Weise“ von den rechtlichen Grundlagen löste, auf welchen seine Tätigkeit beruhte. Allein dieser Komplettausfall ist schon ein veritabler Skandal.

Dogmatisch kann man das Schweigen der Justiz zu ihrem eigenen systematischen Rechtsbruch allenfalls so einfangen, dass – auch angesichts des Umstands, dass es sich um eine Massenbewegung handelte – der einzelne möglicherweise „das Gesetz“, keinesfalls aber „das Recht“ brechen wollte: 5000 deutsche Richter können (vielleicht; *in dubio*) nicht irren.⁵⁸ Die Erkenntnis der ständigen Rechtsprechung, wonach es für § 339 nicht darauf ankommt, ab der Täter der Überzeugung ist, „das Richtige“ zu tun, trat auf diese Weise hinter die pure Begeisterung für die neue „Praxis“ zurück.⁵⁹

So ist es nur ein ganz kleiner Staatsstreich geblieben: Ein Staats-Streichlein, begangen von gutwilligen, aber ein bisschen gereizten Lausbuben, denen man dies angesichts der desolaten Lage der Strafjustiz nicht wirklich verübeln wollte. Sie wurden im Übrigen unterstützt von der großen Mehrheit der Strafverteidiger in Deutschland, die – immer als Organe der Rechtspflege und Verteidiger aller rechtsstaatlichen Verfahrensgrundlagen – die Dealkultur geißelten, wo sie die Macht des Gerichts stärkte,

⁵⁶ BGHSt 50, 40, 51 (Großer Senat) – allerdings mit der schnellen Ergänzung: „...insbesondere die Obersten Gerichtshöfe...“.

⁵⁷ Ebenda.

⁵⁸ Ein historisch offenkundig angreifbarer Erfahrungssatz (vgl. oben Fn. 5 und 6).

⁵⁹ Hierzu – kurz, prägnant und abschließend – das BVerfG: „Im Rechtsstaat des Grundgesetzes wird nicht das Recht durch die Praxis, sondern die Praxis durch das Recht bestimmt“ (BVerfG, Urt. v. 19.3.2013 – 2 BvR 2628/10).

und bedenkenlos vorantrieben, wo sie ihnen eigene Machtpositionen versprach.⁶⁰

Den einleitend zitierten Tatbestand gibt es nicht. Gäbe es ihn, so würden wir ihn vermutlich anwenden; verfassungswidrig wäre er wohl nicht. Und in den Strafzumessungen der danach ausgesprochenen Verurteilungen würden – *lege artis* gem. § 46 StGB – die Grobheit und der Böse Wille der Tat, die Rechtsblindheit und Eigensucht des Täters, seine herausgehobene Stellung sowie Maß und Auswirkung der Verbreitung geißelt und gewogen.

Zu 3)

Das vorstehend Ausgeführte gilt im Grundsatz gleichermaßen für die Zeit nach der Entscheidung des Großen Senats für Strafsachen vom 3.3.2005⁶¹. Allerdings sind zwei Einschränkungen vorzunehmen:

Zum einen konnte das Absprache-Verfahren nach dieser Entscheidung nicht mehr ernstlich als „ungeregelt“ angesehen werden. Mit der Autorität des höchsten Gremiums eines Obersten Gerichtshofs hatte der Große Senat ausdrücklich entschieden, er halte die Einführung und Geltung einer „Absprache-Ordnung“ nicht allein „für zulässig und für vereinbar mit der geltenden Strafprozessordnung“⁶², sondern auch für zwingend erforderlich: „Der Rechtsstaat kann sich nur verwirklichen, wenn sichergestellt ist, dass Straftäter im Rahmen der geltenden Gesetze verfolgt, abgeurteilt und einer gerechten Bestrafung zugeführt werden (BVerfG – Kammer – NJW 1987, 2662). Diesen Anforderungen könnten die Organe der Strafjustiz unter den gegebenen – rechtlichen wie tatsächlichen – Bedingungen der Strafrechtspflege ohne die Zulassung von Urteilsabsprachen durch richterrechtliche Rechtsfortbildung nicht mehr gerecht werden.“⁶³ Es handelte sich bei der Rechtsfortbildung (durch Erfindung einer neuen Verfahrensordnung) somit um eine Maßnahme des „Staatsnotstands“, der im Sinnzusammenhang mit einem *Ausnahmestand* steht. Dass es mit dem geschriebenen Recht so weit gekommen war, war vermutlich selbst denen neu, denen seine „Fortbildung“ am Herzen lag.

Zu Einzelheiten aus der Zeit vor der Entscheidung vom 3.3.2005 hat sich der Große Senat nicht geäußert; daher blieb auch offen, ob die mit Recht und Gesetz vereinbare Rechtsfortbildung nun eigentlich erst mit dieser Entscheidung Platz griff oder bereits 1982 im Aufsatz von *Detlev Deal* wirkte⁶⁴. Die Rechtsquellen-Lehre spricht dagegen, eine hier und da, von Bezirk zu Bezirk verschiedene und selbst an einzelnen Gerichten höchst unter-

schiedlich interpretierte Meinung, irgendetwas am Gesetz sei nicht in Ordnung und müsse sich ändern, sowie das individuelle Judizieren nach solchen *Meinungen* als gesetzesgleich legitimierende „Rechtsfortbildung“ anzusehen. Dies hätte dem Großen Senat Anlass geben können, den Rechtszustand vor seiner – oder jedenfalls vor der Entscheidung des 4. Strafsenats – zu charakterisieren und von der gesetzvertretenden Rechtsfortbildung *begrifflich* abzugrenzen. Denn wenn es der höchstrichterlichen Rechtsfortbildung bedurfte, um die Zulässigkeit der Absprache zu regeln, konnte er nicht zugleich schon immer zulässig gewesen sein.

In der Berufung auf eine Notstandslage („... können den Anforderungen nicht mehr gerecht werden“) liegt zweierlei: Ein wahrer Kern und eine maßlose Übertreibung. Nähme man allein die Beschreibung des Großen Senats, so träte vor allem Letzteres hervor: „Knappe Ressourcen“, Beschleunigungsgrundsatz; Opfer- und Zeugenschutz; dazu noch ein wenig Veränderung in der „Kultur der Strafverteidigung“ – von Staatsnotstand keine Spur. Wenn das ausreichen sollte, um Richtern ein Judizieren nach Lust + Laune und den selbst erfundenen Regeln eines Privatverfahrens zu gestatten, wären wir wieder im Wilden Westen gelandet.

Ein wahrer Kern zeigt sich, wenn man die „Berichte aus der Praxis“ zur Kenntnis nimmt, die von Richtern und Staatsanwälten, aber auch von Strafverteidigern in großer Zahl geboten werden. Es lässt sich schwerlich bestreiten, dass eine über Jahrzehnte andauernde Vernachlässigung der Justiz im Zusammenspiel mit der offensichtlichen Unfähigkeit oder Unwilligkeit „des Gesetzgebers“, eine Fortentwicklung der Verfahrensordnung zu konzipieren und durchzusetzen, welche die Möglichkeiten und Wahrscheinlichkeiten eines vollständig dysfunktionalen, desaströsen *Scheiterns* aller Bemühungen um ein glaubwürdiges Strafverfahren verringert, zu einer Lage geführt hat, in welcher der einzelne Richter allzu oft an die Grenze seiner Möglichkeiten stoßen kann. Der „Notstand“ ist also, als subjektive Wahrnehmung eigener Ohnmacht, kein Hirngespinnst. Wer etwa über Jahre hinweg immer wieder die Erfahrung macht, dass ernsthafte, mit gutem Willen und ohne Voreingenommenheit geführte Strafverfahren sich in alberne Spektakel verwandeln, in denen mit großen Worten ausschließlich darum noch „gekämpft“ wird, ob oder ob nicht es dem Gericht wohl gelingen wird, das Verfahren *überhaupt* – irgendwie, irgendwann und mit einem fast beliebigen Ergebnis – noch *zu Ende* zu bringen, wird einen Ausweg suchen. Das kann man kaum „Rechtsfortbildung“ nennen; aber man wird es als eine ihrer faktischen Wurzeln anerkennen müssen.

Wie auch immer: Nach dem 3.3.2005 war die Absprache jedenfalls in einem Maß geregelt, welches die allgemeine Zulässigkeit eines Abspracheverfahrens als gesichert unterstellte.

Zum anderen aber war mit diesem Zuwachs an Rechtssicherheit „nach unten“ zugleich eine *Begrenzungs*-Sicherheit „nach oben“ eingetreten: Nachdem der große Senat ausdrücklich entschieden hatte, dass die Erörterung eines Rechtsmittelverzichts sowie das Hinwirken darauf im Abspracheverfahren unzulässig und rechtswid-

⁶⁰ Jede Seite hat – das ist der Kern, Sinn und Grund der „Absprache“ – Droh-, Erpressungs- und Verhandlungsmasse. Für die Verteidigung ist dies vor allem die „Sperrigkeit“ der Verfahrensführung: der Umfang der (erzwingbaren) Beweisaufnahme, die Anzahl der Anträge, die allein der Verzögerung oder Fehlerprovokation, nicht aber der Aufklärung dienen; usw. Eine anschauliche Beschreibung aus aktuellem Anlass findet sich in: Süddeutsche Zeitung vom 27. Januar 2014; Seite 3.

⁶¹ BGHSt 50, 40.

⁶² Ebd. S. 48.

⁶³ Ebd. S. 53 f.

⁶⁴ StV 1982, 545.

rig seien⁶⁵, konnte diese Grenze rechtlicher Zulässigkeit nicht mehr zweifelhaft sein. Ebenso wenig konnte aber zweifelhaft sein, dass eine Missachtung dieser Grenze ein „elementarer Rechtsbruch“ im Sinn des § 339 StGB war: der Große Senat hatte drei Seiten lang⁶⁶ dargestellt, welche grundlegende Bedeutung die vollständige Freiheit der Entscheidung über eine Rechtsmittel einlegung und daher auch ein sofortiger Rechtsmittelverzicht für die Rechtsstaatlichkeit und Fairness des Strafverfahrens insgesamt haben. Kein Richter – auch wenn er noch so sehr meinte „das Richtige“ zu tun – konnte danach ernstlich daran zweifeln, dass Mit- und Hinwirkungen der genannten Art verboten, rechtswidrig und schwere Verstöße gegen Grundlagen des Strafprozessrechts waren.

Erneut geschah jedoch das Unvorstellbare: Denjenigen Richtern und Staatsanwälten, denen es vor der Entscheidung des Großen Senats gleichgültig gewesen war, war es auch nach dieser Entscheidung gleichgültig. Es änderte sich: Nichts. Und der Präsident des Bundesgerichtshofs setzte dem die öffentliche Mitteilung hinzu, nach seiner Ansicht werde sich an der Praxis auch nach einer gesetzlichen Regelung wenig ändern.⁶⁷

Zu 4)

Absprachengesetz 2009⁶⁸: Alles wird gut. Wer noch Widerstand leistet oder die magische Kraft der Worte anzweifelt, ist, nach Ansicht des Deutschen Richterbunds, „Vertreter eines merkwürdigen Richterbilds“ – gemeint: Nestbeschmutzer.⁶⁹

Das Gesetz sagt: Der Rechtsmittelverzicht nach einer Absprache „ist ausgeschlossen“ (§ 302 Abs. 1 S. 2 StPO). Klarer geht es kaum. Dasselbe gilt für Mitteilungspflichten (§ 243 Abs. 4), Protokollierungspflichten (§ 243 Abs. 4, § 273 Abs. 1a StPO). Es gilt auch für die allgemeine Einfügung des Abspracheverfahrens in das im Grundsatz unveränderte⁷⁰ Strafverfahren: „§ 244 Abs. 2 StPO bleibt unberührt“ (§ 257c Abs. 1 Satz 2 StPO). Das Gesetz war das Ergebnis einer überaus breiten, jahrelangen Diskussion und eines ausdrücklichen „Appells“ des Großen Senats des BGH an den Gesetzgeber, eine positive Rechtsgrundlage für das Abspracheverfahren zu schaf-

fen.⁷¹ Vor diesem Hintergrund gab es jedenfalls ab Inkrafttreten des Gesetzes am 1.8.2009 keine Grundlage mehr für die Annahme eines „Gesetzesnotstands“ oder für die Notwendigkeit oder Legitimität einer „Rechtsfortbildung“ durch Rechtsmissachtung.

Alles klar also? Mitnichten! Wir erinnern uns: „Die Tatgerichte werden trotz aller Regulierungsversuche Wege suchen und finden...“⁷² Bald fand sich eines, das einen Weg suchte und fand, und zwar ganz unten am Boden der Rabulistik: Rechtsmittel-Verzicht ist nicht gleich Rechtsmittel-Rücknahme; und von der Letzteren steht nichts in § 302 Satz 2 StPO. Und wer wollte schon rechten über die Dauer der Überlegungsfrist zwischen Einlegung und Rücknahme, oder über die Motive der Meinungsänderung! Das Leben ist bunt, und so ergab es sich, dass der Verteidiger eine Minute nach der Hauptverhandlung auf der Geschäftsstelle des Gerichts Rechtsmittel gegen die abgesprochene Entscheidung einlegte und dieses – nach gewissenhafter Prüfung im Auto, allerdings ohne Rücksprache mit dem Angeklagten – nach Ankunft in der Kanzlei per Fax zurücknahm. Könnte es sein, dass dies eine bewusste (unzulässige) Umgehung des gesetzlichen Verbots des Verzichts war? Der 1. Strafsenat meinte: Nein.⁷³

Die „Praxis“ mäkelte weiter herum. „Unpraktikabel“ sei das Gesetz: Es wurden „die Öffentlichkeits- und Protokollierungspflichten teilweise als Belastung empfunden; zugleich würden vielfältige Hinweis- und Fürsorgepflichten des Tatrichters die Handhabung des § 257c StPO erschweren. Auch die umfangreichen Belehrungspflichten des § 257c Abs. 5 StPO hätten sich als wenig praxistauglich erwiesen.“⁷⁴ Aber die Verteidiger des richtigen „Richterbildes“ traten wieder auf die Szene: Ein Störenfried, wer immer noch behauptete, die Richter hielten sich nicht ans Gesetz!

Doch dann kam die Empirie dazwischen, in Gestalt eines vom BVerfG in Auftrag gegebenen Gutachtens⁷⁵ über die Befragung von Richtern⁷⁶, das für Staunen und Entsetzen sorgte und aus dem einige Ergebnisse in Erinnerung zu rufen sind:

⁶⁵ BGHSt 50, 40, Leitsatz 1 sowie S. 56 ff.

⁶⁶ BGHSt 50, 40, 57 ff.

⁶⁷ Vgl. Müller, in: F.A.Z. v. 30.1.2009: „BGH-Präsident Tolksdorf kritisiert Deals“. Diese Aussage war rechtspolitisch nicht minder verheerend wie die Zustände, die sie kritisierte. Was sollen Bürger und Justizangehörige noch glauben, wenn der Präsident eines Obersten Gerichtshofs erklärt, große Teile der Gerichtsbarkeit, der er angehört, werde sich voraussichtlich weder an Entscheidungen seines Gerichts noch an zwingende Regelungen eines Gesetzes halten? Eine Sache ist es, im Licht von „Lebenserfahrung“ und Illusionslosigkeit die eigene Prognosefähigkeit darzustellen. Eine andere Sache ist es, sich programmatisch zu einem als dringlichst angesehenes Gesetzesvorhaben zu äußern.

⁶⁸ Gesetz zur Regelung der Verständigung im Strafverfahren vom 29.7.2009 (BGBl I 2353).

⁶⁹ Vgl. zur Diskussion auch die Gutachten für und das Protokoll der öffentlichen Anhörung des Rechtsausschusses des Deutschen Bundestags vom 25.3.2009 sowie die Aussprache im Bundestag, Prot. 15. WP, dort etwa S. 21844 ff., 21847 ff.

⁷⁰ Gleichgültig, wie man diese Einschätzung beurteilt.

⁷¹ BGHSt 50, 40, 64.

⁷² Oben Fn. 51.

⁷³ BGH, Beschl. vom 14.4.2010 – 1 StR 64/10, BGHSt 55, 82 (krit. z. B. Gericke NStZ 2011, 110; Meyer-Goßner, StPO 56. Aufl. (2013), § 302 Rn. 26f.; Malek StraFo 2010, 251; Niemöller StV 2010, 474; 597; Müller, Imme-Roxin-FS (2012), 648; Staudinger HRRS 2010, 347; Fischer DRiZ 2010, 249). Ob dieses Modell der Gesetzesumgehung als „Fischbachauer Theorie“ beschrieben werden sollte, ist streitig. Wer es als das kritisierte, was es war, dem wurde jedenfalls im Jahr 2010 bescheinigt, er sei aus sozialen Gründen ungeeignet zum Vorsitz eines Revisionsssenats.

⁷⁴ BVerfG, Urt. v. 19.3.2014 – 2 BvR 2628/10, BVerfGE 126, 170 = NJW 2013, 1058, Rn. 45 (zur Stellungnahme des Deutschen Richterbundes).

⁷⁵ Altenhain/Dietmeyer/May, Die Praxis der Absprachen im Strafverfahren, 2013.

⁷⁶ Sowie Staatsanwälten und Strafverteidigern. Die Ergebnisse beruhen also auf freiwilligen Selbstauskünften ohne Überprüfung der Richtigkeit. Einiges spricht dafür, dass die ermittelten Zahlen daher ein noch zu günstiges Bild abgeben.

„Im Jahr 2011 wurden 17,9 % der Strafverfahren an Amtsgerichten und 23 % der Strafverfahren an Landgerichten durch Absprachen erledigt. Mehr als die Hälfte der Richter gab an, in mehr als der Hälfte der Verfahren würden die gesetzlichen Vorschriften zur Verständigung verletzt. (...) 58,9 % der befragten Richter gaben an, mehr als die Hälfte ihrer Absprachen "informell", also ohne Anwendung des § 257c StPO durchgeführt zu haben; 26,7 % gaben an, immer so vorgegangen zu sein; 33 % gaben an, außerhalb der Hauptverhandlung Absprachen geführt zu haben, ohne dass dies in der Hauptverhandlung offengelegt wurde. 54,4 % gaben an, eine nicht erfolgte Verständigung für im Protokoll nicht erwähnenswert zu halten. 46,7 % der befragten Richter weisen entgegen § 267 Abs. 3 Satz 5 StPO nicht in den Urteilsgründen auf eine dem Urteil vorausgegangene Verständigung hin (...) Teilweise werden durch § 257c Abs. 2 StPO ausdrücklich ausgeschlossene Inhalte wie etwa der Schuldspruch in die Absprache aufgenommen. Während 61,7 % der Richter angaben, die Glaubhaftigkeit von im Anschluss an eine Absprache abgelegten Geständnissen immer zu überprüfen, räumten 38,3 % der Richter ein, die Glaubhaftigkeit des Geständnisses nicht immer, sondern nur häufig, manchmal, selten oder nie zu überprüfen. (...) Nach Auskunft von 27,4 % der Richter wurde sogar bei Verständigungen gemäß § 257c StPO – entgegen § 302 Abs. 1 Satz 2 StPO – ausdrücklich auf Rechtsmittel verzichtet. Von den Richtern gaben 14,7 % an, dass bei ihnen nach einer Absprache ‚immer‘ auf Rechtsmittel verzichtet werde; bei 56,6 % geschah dies ‚häufig‘. Nicht weniger als 16,4 % der Richter (...) erklärten, sich im Rahmen einer Absprache schon auf eine ihrer Ansicht nach zu milde Strafe eingelassen zu haben.“⁷⁷

Zu 5)

Am 19.3.2013 hat der 2. Senat des Bundesverfassungsgerichts über die Verfassungsmäßigkeit des Verständigungsgesetzes entschieden und diese – mit einer Vielzahl von Einschränkungen, einfachrechtlichen Erwägungen und Vorbehalten – bestätigt.⁷⁸ Die Entscheidung ist in zahlreichen Veröffentlichungen und im Rahmen vielen Tagungen besprochen worden; es ist hier ihr Inhalt nicht zu repetieren.

Der Staatsnotstand ist damit endgültig und unstreitig beseitigt: Der Gesetzgeber hat entschieden; das Bundesverfassungsgericht hat die Entscheidung geprüft und für zulässig erachtet: Mehr kann man schwerlich wollen. Nach allen bislang in der Bundesrepublik geltenden staatsrechtlichen Regeln ist der Kampf vorbei, die Schlacht geschlagen, die Entscheidung gefallen. Wer jetzt noch behauptet, er habe das alles nicht verstanden, oder er befinde sich weiterhin im Zustand der *außerordentlichen Ordnung* zur Rettung des Strafanspruchs, ist entweder ungeeignet oder bewusst unwillig, die Tätigkeit als Rich-

ter oder Staatsanwalt nach den Regeln auszuüben, auf deren Grundlage er den Richtereid abgelegt hat. So hart wird man es sagen müssen, auch wenn es ein wenig martialisch klingt. Die Deutlichkeit ist Umständen geschuldet, die schon oben beschrieben oder angedeutet wurden.

3. Rechtssicherheit

Nun also sind wir angekommen im Jahre 2014: 56 Jahre nach Gründung der Bundesrepublik und feierlichem Schwur auf Art. 20 Abs. 3 GG. Nach *Dreißig Jahren* der Unsicherheit darüber, wie unser Gesetz über das Verfahren in Strafsachen gemeint sei, der Klage über „Praxisuntauglichkeit“ und „Weltfremdheit“ des geschriebenen Rechts, des „Richterrechts“, der „Rechtsfortbildung“, der „pragmatischen Lösungen“.

Wo bleibt die Erleichterung, wo die Freude? Warum ist das Erreichen solcher Gewissheit über eine fundamentale Grundregel des Staatswesens nicht Anlass, Feuerwerke der Freude zu zünden oder hupende Autokorsos zu veranstalten? Stattdessen: Allgemeine Griesgrämigkeit; niemand ist zufrieden: Die einen nicht, weil immer noch zu viel Arbeit bleibt; die anderen, weil die Zulässigkeit des Deals nun endgültig gesichert scheint; die dritten, weil sie sich von der Höhe der Grundlagenkritik in die Ebenen der Rechtsanwendung begeben müssen. Gerade noch stand der Zusammenbruch des Strafrechtssystems bevor; schon sind wir wieder bei uns selbst: im Recht. Vorbei die schönen revolutionären Zeiten?⁷⁹

III. Strafbarkeiten

Ich meine, dass es an der Zeit sei, hinter den letzten Satz ein Ausrufezeichen statt eines Fragezeichens zu setzen. Es gibt schlechterdings keine vernünftige Grundlage mehr für die Annahme, es seien die Strafrichter Deutschlands aufgerufen, in individueller „Rechtsfortbildung“ alternative Strafprozessordnungen zu entwerfen und zu exekutieren, die in vom Bundesverfassungsgericht als essentiell bezeichneten Fragen vom geltenden positiven Recht abweichen. Das Gericht hat die Feststellung der Verfassungswidrigkeit der Gesamtregelung unter den Vorbehalt gestellt, dass die gesetzlichen Regelungen auch weiterhin in großem Maßstab missachtet würden. Die Ausführungen des Gerichts lassen es als fern liegend erscheinen, dass Verfassungswidrigkeit sich daraus ergeben sollte, dass das Gesetz den Wünschen der Praxis nach noch weiterer Informalisierung nicht hinlänglich genügt. Vielmehr ist das Gegenteil richtig und evident: Eine Praxis, die weiterhin gegen die gesetzlichen Regeln und ihre Auslegung durch das BVerfG verstößt, bewegt sich – mit welchen angebliche guten Gründen auch im-

⁷⁹ Der Verf. hat seit März 2013 bis heute (April 2014) an acht Veranstaltungen – als Referent oder im Rahmen von Podiumsgesprächen – teilgenommen, bei denen es um Anerkennung und Schlussfolgerungen aus dem Urteil vom 19.3.2013 ging. Bei sieben dieser Veranstaltungen wurde von Referenten oder Diskussteilnehmern vertreten, es habe sich „nichts geändert“, das Gesetz sei eben „unpraktikabel“; man werde auch zukünftig so weitermachen wie von *Altenhain* beschrieben.

⁷⁷ BVerfG aaO. (Fn. 77), Rn. 49.

⁷⁸ Ebd.

mer – im *verfassungswidrigen* Bereich. Das gilt für Richter, Staatsanwälte und Strafverteidiger gleichermaßen. Die Aussage des BVerfG ist klar. Nun mag jeder sehen, was er daraus und aus seinem Schwur auf das Gesetz macht. Eine larmoyante „Betroffenheits“-Attitüde über die angebliche Zumutung, sich (wieder) ans Gesetz halten zu sollen, ist peinlich, abwegig und desavouiert die Justiz. Wann kann man sich strafbar machen auf der Grundlage des geltenden Rechts – ob es einem gefällt oder nicht – zur Absprache?

Der 2. Strafsenat des BGH hat in einer Reihe von Entscheidungen⁸⁰ einige Vorgaben des BVerfG präzisiert. Dabei ist namentlich auch herausgearbeitet worden, was als unabdingbare *Essentialia* des Verfahrens anzusehen und einer irgendwie „Gerechtigkeits“-gestützten individuellen Abwägung nicht zugänglich ist. Hieran ist nicht allein die verfahrensrechtliche Praxis zu messen, sondern auch die materiell-rechtliche Beurteilung von Richter-, Staatsanwalts- und Verteidigungs-Verhalten.

1. § 339 StGB

Rechtsbeugung begeht, wer grundlegende Verfahrensregeln nicht beachtet und daher einen nach seiner Kenntnis „elementaren“ Rechtsbruch begeht, *und dies für mindestens möglich hält*.

Was „elementar“ ist, hat das Bundesverfassungsgericht in erfreulicher und nicht misszuverstehender Deutlichkeit herausgearbeitet: Das Recht des Beschuldigten, in jeder Lage des Verfahrens als dessen *Subjekt* angesehen, behandelt und respektiert zu werden. Dabei geht es nicht um irgendwelche alltags-psychologischen Meinungen darüber, was den üblicherweise verachtenswerten oder sozial minderwertigen – Beschuldigten kommodiert, zusteht oder gerecht wird oder was dem Richter als „passend“ erscheint. Sondern darum, was als Lehre aus 200 Jahren Auseinandersetzung um die Erringung eines „rechtsstaatlichen“ Minimums als Quintessenz übrig bleibt: Selbstbestimmung, Achtung einer absoluten Grenze persönlicher Integrität vor staatlichem Zugriff⁸¹; Subjektqualität des Beschuldigten.

Die Informations- und Dokumentationspflichten der §§ 243 Abs. 4, 257, 273 Abs. 1a StPO sind *nicht abdingbar*; sie umschreiben Rechtsgrundsätze und –pflichten, die für das Verständigungsverfahren und seine Verfassungsmäßigkeit „elementar“ sind. Deshalb das BVerfG den Verstoß gegen diese Pflichten zu einem „quasi-absoluten“ Revisionsgrund aufgewertet.⁸² Ob sich daraus schon ergibt, dass ein (bedingt) vorsätzlicher Verstoß den Tatbestand des § 339 erfüllt, erscheint nicht sicher. Man könnte die Pflichten zur Transparenz und Dokumentation des Verfahrens als „Begleitpflichten“ im Rahmen des allgemeinen Fairness-Gebots ansehen. § 339 wäre dann erst vollendet, wenn zur Verletzung der Dokumentati-

onspflicht noch eine Manipulation des Verfahrens selbst hinzutritt.

Wer jenseits der gesetzlich geregelten und vom BVerfG im Einzelnen verdeutlichten Regelungen „informelle“ Absprachen sucht, initiiert oder trifft, beugt das Recht. Er kann sich nicht darauf berufen, eine solche Verfahrensweise für „angemessen“ oder „richtig“ zu halten, denn der Gesetzgeber und die obersten Gerichtshöfe des Bundes haben gerade diese Ansicht für unvertretbar erklärt.

Das bedeutet: Es gibt kein *legitimes* Abspracheverfahren mehr *außerhalb* des gesetzlichen (und vom BVerfG präzisierten). Wer Deals betreibt, die dem nicht entsprechen, befindet sich im rechtswidrigen Bereich. Er macht sich im Übrigen nicht allein verfahrensrechtlich angreifbar und materiell-rechtlich der Begehung eines Verbrechens verdächtig, sondern faktisch (von allen „Parteien“) *erpressbar* und daher wohl regelmäßig *befangen* im Sinne des § 24 Abs. 2 StPO.

Jedem Richter ist daher zu raten, entsprechendes Verhalten zu unterlassen. Die Lebenserfahrung zeigt, dass jede Geheimhaltung und jeder Treuschwur an ihre Grenzen kommen, und selbst die kurze Verjährungsfrist von fünf Jahren⁸³ verheißt bis zur Erreichung der Grenze viel Stress für die Seele des Richters – allein um der Ersparnis von einigen Beschlüssen nach §§ 238 Abs. 2, 244 Abs. 6 StPO willen ist das ein zerstörerisch hoher Preis.

Vielleicht sollten Richter neu darüber nachdenken, wo die „Kampflinie“ in der Zukunft liegen mag und wo sich ihr Löwenmut zum Widerspruch Bahn brechen sollte. Die in Äußerungen zum Abspracherecht standardmäßige Prophezeiung, mit einer Erweiterung der „Ressourcen“ der Justiz sei keinesfalls zu rechnen, gehört zwar zum Repertoire der (scheinbar) Kundigen⁸⁴; selten erschließt sich aber (aus Vita, Funktion oder Oeuvre), was den jeweiligen Autor zu solcher Annahme qualifiziert. Die kurze Geschichte des 21. Jahrhunderts hat Gelegenheit zu erstaunlichen Lernprozessen darüber gegeben, dass Fragen der „Ressourcen“ nicht für länger als einige Monate als geklärt angesehen werden sollten.

Die große Besorgnis der Strafrichter über die (zusätzliche) Vergeudung von (zusätzlichen) Ressourcen ist überdies vom *Zweifel der Lebenserfahrung* angefressen: Wenn es stets nur um die Rechte und Interessen der Opfer, der Nebenkläger, der Zeugen und um die Furcht vor dem Beschleunigungsgrundsatz ginge oder um das Recht des Beschuldigten, rasch abgeurteilt zu werden: Warum sollte man denn, um diese Interessen zu schützen, dem Beschuldigten das rechtliche Gehör abschneiden oder eine Strafe auswerfen, die nicht angemessen ist, oder einen falschen Schuldspruch (unter Weglassen von Qualifikationen) ausdealen? Könnte es am Ende sein,

⁸⁰ BGH, Urt. v. 10.7.2013 – 2 StR 47/13; Urt. v. 10.7.2013 – 2 StR 195/12; Urt. v. 24.9.2013 – 2 StR 467/13.

⁸¹ Jenseits von materieller „Gerechtigkeit“; vgl. dazu auch BGH, Urt. v. 22.12.2011 – 2 StR 509/10 (Selbstgespräche im Kfz).

⁸² Vgl. BGH, Urt. v. 10.7.2013 – 2 StR 195/12.

⁸³ § 78 Abs. 1 Nr. 4 in Verbindung mit § 339 StGB.

⁸⁴ Vgl. z. B. schon *Schmitt* GA 2001, 411, 426: „Heute und in Zukunft ausgeschlossen ist es angesichts der Haushaltslage der öffentlichen Kassen, dass die ... Richterdichte noch weiter erhöht wird, um dem geschriebenen, vielfach aber auch missbräuchlich gehandhabten Recht wieder zur Geltung zu verhelfen.“

dass *eine* der Ursachen hierfür in der puren *Furcht* liegt, in der Konkurrenz mit anderen nicht gut „angesehen“ zu sein? Und wenn denn der Mut ausreicht, das *Gesetz* nicht zu beachten: Warum sollte er dann nicht einmal dazu ausreichen, die *Pensenzahl* nicht zu beachten? So ist das mit der Abwägung und dem Heldentum im Recht: Braucht man zu lang, wird man aufgehoben und muss den „Versager“ geben in den Kantinengesprächen derer, die es auch nicht besser können. Macht man's kurz und bequem, merkt es keiner. Und wenn doch: Dann war es eben der *Einzelfall*. – Der *Verfasser* ist Richter und daher legitimiert zu sagen: Mit *Mut* hat die Missachtung des geltenden Rechts im Deal-Verfahren nicht das Geringste zu tun.

2. Sperrwirkung

Alles schrecklich schwierig, sagt „h. M.“; also dasselbe wie bei der Strafvereitelung durch Strafverteidiger⁸⁵. Allein, das stimmt nicht: Die Dogmatik ist nicht schwierig, sondern wird absichtlich schwierig gemacht. Denn das Rechtssystem kann nur schwer damit leben, dass immer einmal wieder ein Richter wegen „elementaren Rechtsbruchs“ oder ein „Organ der Rechtspflege“ wegen Kumpanei mit Verbrechern zu Freiheitsstrafe verurteilt werden.

3. Strafverfolgung

Das Bundesverfassungsgericht hat *ausdrücklich* hervorgehoben, dass den Staatsanwaltschaften als weisungsgebundenen⁸⁶ Behörden eine zentrale Rolle („herausgehobene Bedeutung“) für die Garantie der Rechtmäßigkeit zukünftiger Abspracheverfahren zukomme.⁸⁷ Auch dies ist an Deutlichkeit kaum zu übertreffen: Die Staatsanwaltschaft ist aufgrund ihrer Pflicht zur Gesetzlichkeit gehalten, Rechtsmittel gegen Entscheidungen einzulegen, die auf gesetzwidrigen Absprachen beruhen; und sie ist aufgrund des Legalitätsprinzips (§ 152 Abs. 2 StPO) verpflichtet, gegen Richter oder Strafverteidiger vorzugehen, die rechtswidrige Absprachen initiieren, tragen oder abschließen.

Vollkommen unverständlich und empörend sind daher Meldungen (aus einzelnen Bundesländern), wonach Leiter von Staatsanwaltschaften im Anschluss an die Entscheidung des BVerfG vom 19.3.2013 bekannt gemacht haben sollen, durch die Entscheidung des BVerfG seien „Änderungen der bisherigen Verfahrensweise nicht veranlasst“⁸⁸. Wäre dies wahr⁸⁹ oder würde es sich gar als praktische Handhabung durchsetzen, so bedeutete dies nicht weniger als eine Kapitulation des Rechtsgedankens.

⁸⁵ Dazu *Fischer* (Fn. 26), § 258 Rn. 16 ff.

⁸⁶ Das heißt: Auch von nur *behaupteter* „Unabhängigkeit“ der Fehlentscheidung freier.

⁸⁷ BVerfG (oben Fn. 77, Rn. 91).

⁸⁸ Und zwar mit der Begründung, man wolle „ja schließlich mit den betreffenden Richtern noch 20 Jahre zusammen arbeiten“, und werde daher gegen auf gesetzwidrigen Absprachen beruhende Urteile kein Rechtsmittel einlegen.

⁸⁹ Es wurde dem *Verf.* von zwei unabhängigen Quellen als Gegenstand einer Fortbildungsveranstaltung der Justiz des Landes Nordrhein-Westfalen geschildert.

Dies könnte wohl kaum das „Richterbild“ oder „Staatsanwaltsbild“ unseres Rechtsstaats sein.

Erstaunlicherweise hat das Bundesverfassungsgericht in seiner Entscheidung vom 19.3.2013 nicht auf die Möglichkeit einer Strafverfolgung wegen Rechtsbeugung hingewiesen, sondern die Möglichkeit einer Strafbarkeit wegen Falschbeurkundung im Amt (§ 348 StGB) bei Verstoß gegen die Protokollierungs- und Dokumentationspflichten des Gerichts angedeutet. Das ist nicht allein im Hinblick auf die – ungeklärte – Reichweite der angeblichen „Sperrwirkung“ des Tatbestands der Rechtsbeugung erstaunlich, sondern auch wegen der einfachrechtlichen Auslegung des § 348 StGB: Dass das Protokoll einer (strafgerichtlichen) Hauptverhandlung ein „öffentliche Urkunde“ i.S. von § 348 Abs. 1 StGB sei, ist jedenfalls eher streitig, als der Anwendungsbereich des § 339 StGB.

Das soll aber hier dahin stehen. Eine „Sperrwirkung“ des § 339 steht jedenfalls, nach allem Vorstehenden, einer Strafverfolgung von Personen nicht (mehr) entgegen, die sich nach der Entscheidung des BVerfG vom 19.3.2013 an gesetzwidrigen Absprachen beteiligen. Wie „gravierend“ der Rechtsverstoß ist, ist selbstverständlich eine Frage des Einzelfalls. Nicht jeder Verstoß gegen eine Belehrungspflicht wird die Grenze der „elementaren Rechtsverletzung“ erfüllen, ein Deal unter Missachtung der Transparenz- und Mitteilungsgebote wird die Grenze aber im Regelfall überschreiten. Nötigungen⁹⁰ des Beschuldigten zum Rechtsmittelverzicht erfüllen den Tatbestand. Fälschungen des Hauptverhandlungsprotokolls erfüllen den Tatbestand.⁹¹ Einrichtungen von privaten, individuellen „Verfahrens-Ordnungen“ (nach dem Motto: „...bei meiner Kammer...“) erfüllen, wenn sie von den Vorgaben des BVerfG bewusst abweichen, den Tatbestand. Denn das Absprache-Verfahren ist keine Marginalie aus der lustigen Praxis des königlich-bayerischen Amtsgerichts, sondern die rechtsgeschichtlich und verfassungsrechtlich überaus bedeutsame Begründung eines *parallelen Sonderverfahrens*. Es wird, so ist zu erwarten, die nächsten Jahrzehnte prägen. Die Richter sollten – nicht obwohl, sondern weil sie den Richtereid geschworen haben – sehr vorsichtig damit umgehen. Gewiss ist, dass es vieles leichter macht. Ungewiss ist noch immer, zu wessen Lasten und zu wessen Gunsten das geschieht.

IV. Schluss

Die Geschichte des Absprache-Verfahrens erweist sich, unter dieser Blickrichtung, nur als ein „kleiner“ – vielleicht sogar: ganz kleiner – Staatsstreich.

Wir sprechen von „Idealtypen“ im Sinne *Max Webers*. Wir sprechen von *möglichen* Sichtweisen auf ein Geschehen, das in seinen Einzelheiten unergründlich, undurchschaubar, unübersichtlich ist oder zu sein scheint. Diese Schwelle zu überschreiten ist aber das Recht bestimmt; dies also ist unser Beruf.

⁹⁰ Gemeint sind: „Überredungen“, Bedrängnisse; „Bedingungen“.

⁹¹ Gemeint sind: Bewusste Falschbeurkundungen; absichtsvolles Weglassen der Beurkundung verfahrens- und potentiell rechtsmittelentscheidender Vorgänge in oder außerhalb der Hauptverhandlung.

Wir haben Verständnis, Mitgefühl, Sympathie für dieses und jenes, „Kollegen“ und andere; wir mögen empört sein über das angebliche und tatsächliche Versagen eines „Gesetzgebers“, dessen Sorge um das Recht sich nicht selten in ein Dauer-Rauschen von sicherheits-rechtlichen „Maßnahme-Gesetzen“ und die *bella figura* in Talkshows aufzulösen scheint.

Trotzdem darf man wohl konstatieren, dass in der Bundesrepublik kein anderes staatliches Verfahren, keine

andere Legitimation staatlicher Gewalt, einem derart fundamentalen Verfahren unkontrolliert-anarchisch (!) - basisdemokratischer (!) Prüfung ausgesetzt war wie das Abspracheverfahren der StPO. Es muss nun, wenn wir auf unseren Eid noch etwas geben wollen, darum gehen, zur Gesetzlichkeit zurückzukehren, selbst wenn dies dem Einzelnen ein Minimum des Mutes abverlangen sollte, für welchen sich die „h.M.“ risikofrei lobt.

Aufsätze und Anmerkungen

Strafbare Marktmanipulation durch Matched Orders im Freiverkehr

Anmerkung zum Urteil des 3. Strafsenates des BGH vom 27.11.2013 [3 StR 5/13] = HRRS 2014 Nr. 183

Von Prof. Dr. Martin Paul Waßmer, Universität zu Köln

Das Urteil des 3. Strafsenates des BGH vom 27.11.2013, bei dem es um sog. Matched Orders ging, stellt eines der wichtigsten Urteile im Bereich der strafbaren Marktmanipulation dar. Der Senat hat hier eine *Fülle bedeutsamer Klarstellungen* vorgenommen:

I. Zur Verfassungsmäßigkeit der Regelung

Zunächst hat sich der 3. Strafsenat mit der Verfassungsmäßigkeit der Strafbarkeit der *handelsgestützten Marktmanipulation* (§ 38 Abs. 2 i.V.m. § 20a Abs. 1 Nr. 2 WpHG) befasst und diese bejaht. Dieses Ergebnis überrascht nicht, da der Senat bereits zwei Jahre zuvor die Verfassungsmäßigkeit der Strafbarkeit der *informationsgestützten Marktmanipulation*¹ (§ 20a Abs. 1 Nr. 1 WpHG) festgestellt hatte. Zudem hatte der 1. Strafsenat im Jahr 2003 die Verfassungsmäßigkeit der Strafbarkeit der *handlungsgestützten Marktmanipulation*² (heute § 20a Abs. 1 Nr. 3 WpHG) bejaht, die als „Auffangtatbestand“ die Vornahme „sonstiger Täuschungshandlungen“ genügen lässt und damit hinsichtlich der strafrechtlichen Bestimmtheit deutlich problematischer ist.

Interessant ist freilich, dass sich der 3. Senat zu einer *sehr ausführlichen Begründung* veranlasst sah, was den im

Schrifttum weiterhin verbreiteten Zweifeln³ an der Verfassungsmäßigkeit geschuldet sein dürfte. Denn die Regelungstechnik ist sehr komplex. So braucht auch der Senat zur Darstellung etliche Zeilen (Rn. 7) und weist gar auf die „auf den ersten Blick wenig übersichtliche Regelungstechnik“ (Rn. 8) hin. Auf den zweiten Blick ist dies aber anders, da der Gesetzgeber ein zwar kompliziertes, aber durchaus konsistentes System geschaffen hat. Mit Recht hält der 3. Senat denn auch den Kritikern entgegen (Rn. 9), dass andere wirtschaftsstrafrechtliche Tatbestände (§§ 264, 264a, 265b StGB) ebenfalls nicht bestimmter sind und gerade im Bereich der Marktmanipulation „präzisere, engere Formulierungen“ im Hinblick auf sich schnell ändernde manipulative Praktiken bereits nach kurzer Zeit ihren Zweck nicht mehr erfüllen könnten. Nichtsdestotrotz sind die Bedenken an der strafrechtlichen Bestimmtheit ernst zu nehmen: Ihnen ist durch eine *sehr restriktive Auslegung* Rechnung zu tragen.⁴

Die verfassungsrechtliche Problematik stellt sich freilich weniger bei § 20a WpHG als vielmehr bei der *Marktmanipulations-Konkretisierungsverordnung (MaKonV)*, die das Bundesministerium der Finanzen am 1.3.2005 gemäß § 20a Abs. 5 WpHG erlassen hatte, um das Verbot zu konkretisieren, und zuletzt durch das Hochfrequenzhan-

¹ BGH wistra 2011, 467 – IKB = HRRS 2011 Nr. 778.

² BGHSt 48, 373, 383 f. – Scalping.

³ Vgl. nur *Sorgenfrei*, in: Park, Kapitalmarktstrafrecht, 3. Aufl. (2013), Teil 3 Kap. 4 Rn. 61 ff. m.w.N.

⁴ *Rübenstahl/Tsambikakis*, in: Volk, Münchener Anwaltshandbuch Verteidigung in Wirtschafts- und Steuerstrafsachen, 2. Aufl. (2014), § 23 Rn. 80 m.w.N.

delsgesetz v. 7.5.2013⁵ ergänzt wurde. Eine Rechtsverordnung darf nämlich *nicht strafbegründend* sein, da sie sonst gegen den Grundsatz des Gesetzesvorbehalts nach Art. 104 Abs. 1 S. 1 GG verstoßen würde. Bereits für die vorherige Rechtsverordnung, die Kursmanipulation-KonkretisierungsVO (*KuMaKV*) v. 18.11.2003, hatte der 1. Strafsenat⁶ einen Verstoß verneint, und der 3. Strafsenat schließt sich dem nunmehr für die MaKonV an. In Bezug auf den entschiedenen Fall ist dies richtig, da es um sog. *Matched Orders* bzw. *Prearranged Trades* ging, eine bekannte Manipulationstechnik, die „irreführende Signale“ erzeugen kann und § 3 Abs. 2 Nr. 2 MaKonV dahingehend beschreibt, dass „Geschäfte oder einzelne Kauf- oder Verkaufsaufträge über Finanzinstrumente“ „zu im Wesentlichen gleichen Stückzahlen und Preisen von verschiedenen Parteien, die sich abgesprochen haben, erteilt werden“. Fraglich ist aber, ob § 4 MaKonV, der die „sonstigen Täuschungshandlungen“ zum Gegenstand hat, noch als bloße Konkretisierung angesehen werden kann, sollen doch z.B. „Unterlassungen“ ebenfalls erfasst sein.⁷ Auch der durch das Hochfrequenzhandelsgesetz neu eingefügte § 3 Nr. 4 MaKonV, bei dem es um algorithmusgesteuerte Transaktionen geht, stößt im Schrifttum auf Kritik.⁸ Ob diese Konkretisierungen verfassungskonform sind bzw. welche Restriktionen gelten müssen, bleibt abzuwarten.

II. Zur Einwirkung auf den Börsenpreis

Überaus bedeutsam sind die Ausführungen des 3. Strafsenates zur *Einwirkung auf den Börsenpreis*. Denn während die Erteilung von Kauf- oder Verkaufsaufträgen, die „geeignet sind, falsche oder irreführende Signale“ zu geben, nur eine Ordnungswidrigkeit (§ 39 Abs. 1 Nr. 1 WpHG) darstellt, begründet eine tatsächliche Einwirkung die Strafbarkeit nach § 38 Abs. 2 WpHG.

1. Diesbezüglich stellt der Senat klar, dass der *Begriff des Börsenpreises* dem des § 24 BörsG entspricht (Leitsatz 3 S. 1), d.h. es handelt sich um „Preise, die während der Börsenzeit an einer Börse festgestellt werden“ (§ 24 Abs. 1 S. 1 BörsG). Dies ergibt sich – wie der Senat mit Recht anführt (Rn. 18) – bereits aus der Entstehungsgeschichte, war doch die Vorgängernorm, der Kursbetrug (§ 88 BörsG a.F.), noch im BörsG geregelt. Damit tritt der Senat der Auffassung des LG Düsseldorf entgegen, das an einen (reinen) *Geld- bzw. Taxkurs* angeknüpft hatte, zu dem kein Umsatz stattfand, sondern nur Nachfrage bestand.

2. Die besondere Problematik bestand im Fall darin, dass es um Aktien der R-AG ging, die zwar im *Freiverkehr* an der Frankfurter Börse gehandelt wurden, bei denen aber die letzten Umsätze und damit auch die letzten Börsenpreisfeststellungen rund 3 Monate vor der Tat stattgefunden hatten. Es war also *kein aktueller Börsenpreis* vorhanden. Der Senat knüpft dennoch an den letzten festgestellten Börsenpreis an, da allein entscheidend sei, dass

„bereits ein Börsenpreis existiert“, der dann durch die Manipulation beeinflusst wird (Rn. 21). In den bisherigen Anmerkungen⁹ wird das Gericht hierfür stark kritisiert, der frühere Börsenpreis sei „bestenfalls noch indizieller Natur“ und könne nicht mehr als „konkrete Bezugsgröße“ für die vorgeworfene Manipulationstat verstanden werden; angesichts der eingetretenen Illiquidität habe es sich um die (nicht erfasste) Schaffung eines (neuen) Börsenpreises gehandelt; bei illiquiden Finanzinstrumenten sei nicht der Börsenpreis, sondern „die Liquidität das an den Finanzmarkt ausgesandte Signal“; der Einwirkungserfolg werde erst durch Folgegeschäfte Dritter bewirkt.

Auch wenn der BGH eine nähere Begründung für die Anknüpfung an einen „alten“ Börsenpreis schuldig geblieben ist, verfährt diese Kritik nicht:

Erstens ist festzuhalten, dass sich § 24 BörsG ausdrücklich auch auf die Preisfestsetzung im *Freiverkehr* erstreckt, da Börsenpreise auch solche sind, „die während der Börsenzeit im Freiverkehr an einer Wertpapierbörse festgestellt werden“ (§ 24 Abs. 1 S. 2 BörsG), und hinsichtlich der *Aktualität keinerlei Einschränkungen* vorsieht. Gefordert ist nur, dass Börsenpreise „ordnungsmäßig zustande kommen und der wirklichen Marktlage des Börsenhandels entsprechen“ (§ 24 Abs. 2 S. 1 BörsG). Diesbezüglich wird vom Grundsatz der „Kurswahrheit“ gesprochen.¹⁰ Ein einmal festgestellter Börsenpreis ist demnach solange existent, bis ein weiterer Börsenpreis festgestellt wird bzw. ein sog. Delisting erfolgt.

Zweitens trägt die Annahme, dass ein einmal festgestellter Börsenpreis seine rechtliche Relevanz durch Zeitablauf verlieren kann, den *Besonderheiten des Freiverkehrs* nicht Rechnung. Im Freiverkehr geht es um Wertpapiere, „die weder zum Handel im regulierten Markt zugelassen noch zum Handel in den regulierten Markt einbezogen sind“ (§ 48 Abs. 1 S. 1 BörsG). Es handelt sich daher nicht um einen (öffentlich-rechtlich) organisierten Markt i.S.d. § 2 Abs. 5 WpHG, für den strenge Zulassungsvoraussetzungen gelten, sondern um ein *privatrechtlich, von der jeweiligen Börse organisiertes Segment* (z.B. an der Frankfurter Wertpapierbörse: Open Market; Börse München: M:access; Börse Stuttgart: Freiverkehr plus), das die Börsen im Rahmen der gesetzlichen Grenzen frei ausgestalten können. So muss z.B. ein Emissionsprospekt nicht zwingend veröffentlicht werden; dasselbe gilt für Finanzberichte. Aufgrund der geringen Transparenz wissen die Anleger häufig wenig von den Unternehmen – erst bei „guten“ oder „schlechten“ Nachrichten reagieren die Kurse, nicht selten mit extremen Ausschlägen. Außerdem werden gerade im Freiverkehr die sog. „Penny-Stocks“ gehandelt, für die ein (sehr) geringes Handelsvolumen und eine (sehr) hohe Volatilität kennzeichnend sind. Für den Freiverkehr ist also eine *geringe Liquidität* oder *Illiquidität* durchaus *typisch*. Im Übrigen überrascht es angesichts der schwachen Regulierung und mäßigen Liquidität nicht, dass der Freiverkehr – für den das Verbot der Marktmanipulation ebenfalls gilt (vgl. § 20a S. 2

⁵ BGBl. I 2013, S. 1162.

⁶ BGH NJW 2005, 445, 450 – Haffa/EM.TV = HRRS 2005 Nr. 113.

⁷ Vgl. nur *Rübenstahl/Tsambikakis*, in: Volk [Fn. 4], § 23 Rn. 81, 104.

⁸ *Rübenstahl/Tsambikakis*, in: Volk [Fn. 4], § 23 Rn. 98.

⁹ *Triig* NJW 2014, 1346, 1348; krit. auch *Gehrmann* ZWH 2014, 149, 150.

¹⁰ Vgl. nur *Groß*, in: *Groß*, Kapitalmarktrecht, 5. Aufl. (2012), § 24 BörsG Rn. 7.

Nr. 1 WpHG) – *besonders manipulationsanfällig* ist.¹¹ So hatte etwa die Frankfurter Wertpapierbörse nach dem Bekanntwerden zahlreicher Verdachtsfälle Anfang 2012 das sog. „First Quotation Board“ geschlossen, das als „Spielwiese“ für Anlagebetrüger galt.¹² Hier waren die Voraussetzungen für die Börsenzulassung besonders gering: Sie war ursprünglich nur an die Entrichtung einer Zulassungsgebühr von 750 € und einer jährlichen Listinggebühr von 2500 € geknüpft! Bereits in ihrem Jahresbericht für das Jahr 2013 konnte die BaFin melden, dass seit der Schließung vor allem Scalping-Fälle „selten“ geworden sind.¹³ Kurzum: Die Annahme, dass im Freiverkehr ein Börsenpreis „verfallen“ kann, würde gerade dazu einladen, straffrei „neue“ (manipulierte) Börsenpreise zu schaffen und damit den in diesem Segment ohnehin geringen Anlegerschutz weiter verkürzen.

Drittens greift die Vorstellung, dass sich Dritte bei *liquiden* Finanzinstrumenten „am manipulativ veränderten Börsenpreis“, dagegen bei *illiquiden* Finanzinstrumenten „am Umstand vorgespigelter Liquidität“ orientieren,¹⁴ zu kurz. Denn die Tatsache, dass ein Wertpapier „liquide“ ist, bedeutet nur, dass es relativ häufig gehandelt wird, sagt aber grds. nichts über den Börsenpreis aus, der für die Marktteilnehmer entscheidend ist.

3. Überzeugend ist es weiter, wenn der 3. Strafsenat feststellt, dass auch *vollständig oder teilweise manipulierte Börsenpreise* solche i.S.d. § 24 BörsG sind (Leitsatz 3 S. 2) – jedenfalls bis zu einer aufsichtsrechtlichen oder sonstigen Beanstandung. Hierfür spricht zum einen, dass Börsenpreise bereits dann „ordnungsgemäß zustande kommen“ (§ 24 Abs. 2 S. 1 BörsG), wenn die durch Gesetz, Börsenordnung und Geschäftsbedingungen der einzelnen Börsen vorgegebenen förmlichen Verfahren eingehalten werden,¹⁵ womit – wie der BGH mit Recht anführt – das Vorliegen eines *Börsenpreises im formellen Sinne* (Rn. 23) maßgebend sein muss. Es kommt also nicht darauf an, ob der Börsenpreis manipulationsfrei zustande gekommen ist, also *materiell* dem Grundsatz der Kurswahrheit genügt. Konsequenz wäre sonst, dass der manipulierte Börsenpreis nicht zu berücksichtigen ist, also der Marktteilnehmer durch seine Manipulation gerade erreichen könnte, dass er nicht bestraft werden kann!

4. Und schließlich stellt der 3. Strafsenat zu Recht fest, dass im Fall durch die *abgesprochenen Geschäfte* bereits auf den Börsenpreis der R-Aktie i.S.d. § 38 Abs. 2 WpHG *eingewirkt* wurde (Rn. 24), da der Börsenpreis (Rn. 18). „künstlich, d.h. gegen die wahren wirtschaftlichen Verhältnisse erhöht, abgesenkt oder auch nur stabilisiert“ wurde. Ergänzend stellt der Senat zudem klar, der *Einwirkungserfolg* setze nicht voraus, dass „weitere Geschäfte getätigt werden, bei denen die Preise kausal gerade auf dem durch das manipulative Geschäft hervorgerufenen Kursniveau beruhen“ (Leitsatz 2 S. 2 und Rn. 24). Von Teilen des Schrifttums¹⁶ war zuvor eine derartige Restrik-

tion gefordert worden. Dagegen sprach aber nicht nur der diesbezüglich uneingeschränkte Wortlaut des § 38 Abs. 2 WpHG, sondern insbesondere auch ein Urteil der 2. Kammer des EuGH vom 7.7.2011¹⁷ zur Auslegung der Marktmissbrauchsrichtlinie 2003/6/EG, auf das der 3. Strafsenat auch hinweist. Danach setzt eine Kursbeeinflussung nicht voraus, dass der Kurs „über einen gewissen Zeitraum hinaus auf einem anormalen oder künstlichen Kursniveau bleibt“; es genügt also bereits *eine einzige* manipulationsbedingte Kursfeststellung, ohne dass Folgegeschäfte von Bedeutung wären.

III. Zum Erfordernis einer Manipulationsabsicht

Näherer Betrachtung bedürfen die Ausführungen zur subjektiven Tatseite des § 38 Abs. 2 WpHG.

1. Diesbezüglich hat der 3. Strafsenat entschieden, dass Vorsatz genügt und ein Handeln mit einer *Manipulationsabsicht* oder *aus anderen Motiven nicht vorausgesetzt* ist (Leitsatz 4 und Rn. 25). Dies hatte im Oktober 2011 bereits der 2. Strafsenat des OLG Stuttgart¹⁸ so gesehen, und wird auch im Schrifttum (wohl) überwiegend¹⁹ angenommen. Die Gerichte und Autoren können sich hierbei auf den *Gesetzeswortlaut*, der eine derartige Restriktion nicht vorsieht, und den *Willen des deutschen Gesetzgebers* stützen, der bei der Neufassung des § 20a WpHG durch das Anlegerschutzverbessergesetz²⁰ im Jahre 2004 in Abkehr von der früheren Fassung (§ 20a Abs. 1 Nr. 2 a.F.: „um ... einzuwirken“) bewusst auf ein Absichtsmerkmal verzichtet hatte.²¹ Denn in der Praxis hatte das Absichterfordernis regelmäßig zu erheblichen Beweisproblemen geführt, weshalb fortan eine „objektive Preiseinwirkungseignung“ genügen sollte.²² Diese Änderung stand auch, was der Gesetzgeber hervorhob und der 3. Strafsenat aufgreift, in Einklang mit Art. 1 Nr. 2 Marktmissbrauchsrichtlinie 2003/6/EG, der ein Absichterfordernis gerade nicht voraussetzt,²³ und entspricht demnach der *Intention des europäischen Gesetzgebers*.

2. Damit wendet sich der 3. Strafsenat ausdrücklich gegen die im Schrifttum verbreitete²⁴ Auffassung, wonach

¹¹ Vgl. nur Schröder, Kapitalmarktstrafrecht, 2. Aufl. (2010), Rn. 392b.

¹² <http://www.faz.net/aktuell/finanzen/aktien/spielwiese-fuer-anlagebetrueger-deutsche-boerse-schliesst-first-quotation-board-11990381.html>.

¹³ BaFin Jahresbericht 2013, S. 167 f.

¹⁴ Trüg NJW 2014, 1346, 1348.

¹⁵ Groß, in: Groß [Fn. 10], § 24 BörsG Rn. 6.

¹⁶ Kudlich wistra 2011, 361, 363 f.

¹⁷ EuGH NZG 2011, 951 – IMC-Securities BV; hierzu Gehrman GWR 2011, 385; Heusel/Schmidberger BKR 2011, 425; Klöhn NZG 2011, 934; Waßmer ZBB 2011, 288.

¹⁸ OLG Stuttgart NJW 2011, 3667, 3669.

¹⁹ Altenhain, in: Kölner Kommentar zum WpHG, 2. Aufl. (2014), § 38 WpHG Rn. 120; Diversy, in: Graf/Jäger/Wittig, Wirtschafts- und Steuerstrafrecht (2011), § 38 WpHG Rn. 175; Fleischer, in: Fuchs, WpHG (2009), § 20a Rn. 74; Grundmann, in: Ebenroth/Boujong/Joost/Strohn, HGB, 2. Aufl. (2009), § 20a WpHG Rn. VII174; Schömann, Die Strafbarkeit der Marktmanipulation nach § 38 Abs. 2 WpHG (2010), S. 80; Schwark, in: Schwark/Zimmer, Kapitalmarktrechts-Kommentar, 4. Aufl. (2010), § 20a WpHG Rn. 98; Vogel, in: Assmann/Schneider, WpHG, 6. Aufl. (2012), § 20a Rn. 74.

²⁰ BGBl. I 2004, S. 2630.

²¹ Vgl. BT-Drs. 15/3174, S. 37.

²² BT-Drs. 15/3174, S. 37.

²³ BT-Drs. 15/3174, S. 37.

²⁴ Eichelberger, Das Verbot der Marktmanipulation (§ 20a WpHG) (2006), S. 292 f.; Gehrman, in: Schork/Groß, Bankstrafrecht (2013), Rn. 593; Pananis, in: MüKo StGB, Bd. 6/1 (2010), § 38 WpHG Rn. 172 f., 224; Rüben-

gerade bei *handelsgestützten Marktmanipulationen*, bei denen effektive Geschäfte getätigt werden, die *Absicht der Marktmanipulation* vorliegen müsse, da die Abgrenzung zwischen erlaubten und marktmanipulativen Geschäften nur nach der Zielsetzung, mit der die Geschäfte vorgenommen werden, erfolgen könne. Für diese Restriktion wird angeführt, dass auch im amerikanischen Recht von einer Manipulation durch tatsächlichen Handel nur dann gesprochen werde, wenn eine Manipulationsabsicht besteht.²⁵ Denn „falsch“ oder „irreführend“ könne ein ausgelöstes Signal bzw. „künstlich“ das Preisniveau nur dann sein, wenn die Transaktion nicht der tatsächlichen Geschäftslage entspreche, also nicht in der Erwartung, Gewinne zu erzielen, vorgenommen werde, sondern gerade, um in das Marktgeschehen lenkend einzugreifen.²⁶ Ob die Absicht der Marktmanipulation vorliege, müsse dabei aus Indizien geschlossen werden; einschlägig seien insbesondere Fälle, in denen Verhaltensweisen wirtschaftlich betrachtet nicht sinnvoll („künstlich“) sind.²⁷

3. Hintergrund des Streits ist der Umstand, dass es für die Vornahme der Geschäfte *Motive* geben kann, die eine (strafwürdige) Marktmanipulation nicht nahelegen.

a. Dies war auch dem europäischen Gesetzgeber bewusst. Art. 1 Nr. 2 lit. a Spiegelstrich 1 und 2 Marktmissbrauchsrichtlinie 2003/6/EG knüpft zwar an Geschäfte oder Kauf- bzw. Verkaufsaufträge an, die eine objektive Preiseinwirkungseignung aufweisen, zugleich wird aber eine *Ausnahme* statuiert: „... es sei denn, die Person, welche die Geschäfte abgeschlossen oder die Aufträge erteilt hat, weist nach, dass sie legitime Gründe dafür hatte und dass diese Geschäfte oder Aufträge nicht gegen die zulässige Marktpraxis auf dem betreffenden geregelten Markt verstoßen“. Der deutsche Gesetzgeber setzte diese – stark kritisierte²⁸ – Vorgabe in § 20a Abs. 2 WpHG um, wobei er mit Blick auf die Unschuldsvermutung zu Recht auf die Statuierung einer *Beweislastumkehr verzichtete*, da diese dem deutschen Strafrecht grds. fremd ist. Dennoch sind die Anforderungen sehr streng, da der Ausnahmetatbestand des § 20a Abs. 2 WpHG, bei dessen Vorliegen der Tatbestand entfällt,²⁹ gemäß der Vorgabe nicht nur *legitime Gründe* für das Handeln, sondern *kumulativ* auch das Vorliegen einer *zulässigen Marktpraxis* fordert.

Mit dem Merkmal der *legitimen Gründe* glaubte der Gesetzgeber, den Motiven eines Marktteilnehmers hinreichend Rechnung zu tragen. So führte er an, dass dieses „subjektive Element in diesem Zusammenhang lediglich dann zu verneinen (ist), wenn festgestellt werden kann, dass der Handelnde in betrügerischer oder manipulativer

Absicht gehandelt hat“.³⁰ Gemeint ist damit, dass dem Marktteilnehmer eine *betrügerische oder manipulative Absicht nachgewiesen* werden muss, sonst ist von legitimen Gründen auszugehen.³¹ Dies nützt dem Marktteilnehmer freilich wenig, da sein Handeln zusätzlich der *zulässigen Marktpraxis* entsprechen muss. Und diesbezüglich sind die Anforderungen extrem hoch: Art. 1 Nr. 5 Marktmissbrauchsrichtlinie setzt „Gepflogenheiten“ voraus, „die auf einem oder mehreren Finanzmärkten nach vernünftigem Ermessen“ erwartet werden. Art. 2 Durchführungsrichtlinie 2004/72/EG konkretisiert die Faktoren, die bei der Beurteilung der Zulässigkeit einer Marktpraxis zu berücksichtigen sind: So kommt es u.a. darauf an, wie transparent die betreffende Marktpraxis für den Markt insgesamt ist, ob sie das Funktionieren der Marktkräfte und das freie Zusammenspiel von Angebot und Nachfrage gewährleistet, in welchem Maße sie sich auf Marktliquidität und Markttransparenz auswirkt und ob sie den Marktteilnehmern erlaubt, angemessen und rechtzeitig auf die entstandene neue Marktsituation zu reagieren (vgl. auch § 8 Abs. 1 Nr. 1-6 MaKonV). Angesichts dieser – fast unüberwindlich anmutenden – Hürden überrascht es nicht, dass die BaFin – soweit ersichtlich – noch keine zulässige Marktpraxis anerkannt hat. Fehlt es aber hieran, spielt es im Ergebnis keine Rolle, welche Motive der Marktteilnehmer hatte!

b. Hinzu kommt, dass die *Einlassung, dass eine Marktmanipulationsabsicht fehlt, ohnehin regelmäßig scheitern würde*. Dies zeigen die Fälle, die dem BGH und dem OLG Stuttgart vorlagen, sehr deutlich:

aa. In dem Fall des 3. *Strafsenats des BGH* hatte der Angeklagte zwar angegeben, dass er sich durch die Verkaufs- und Kaufaufträge „finanzielle Liquidität verschaffen“ (Rn. 3) bzw. diese „zurückfließen“ (Rn. 4) lassen wollte, was nicht verboten ist; auch ist es grds. zulässig, lebhaft zu handeln. Angesichts der bekannten Markteinge und der Absprachen mit dem Geschäftspartner ließe sich aber in einer *Gesamtschau* auf die *Absicht der Marktmanipulation* schließen: Matched Orders dienen nämlich typischerweise dazu, in engen Märkten eine lebhaftere Umsatzaktivität vorzuspiegeln oder durch geschicktes Limitieren den Kurs nach oben oder unten zu lenken;³² es werden wirtschaftlich nicht begründete, „künstliche“ Umsätze erzeugt. Damit wäre auch nach der einschränkenden Auffassung eine Marktmanipulation zu bejahen.

bb. Anders könnte dies in dem Fall sein, über den der 2. *Strafsenat des OLG Stuttgart*³³ im Jahr 2011 entschied:

Hier hatte der Angeklagte in Bezug auf Aktien, die er und sein (ebenfalls angeklagter) Lebenspartner in ihren Wertpapierdepots hatten, mehrere aufeinander abgestimmte, nahezu zeitgleich erteilte Kauf- und Verkaufsaufträge abgegeben; der Angeklagte wollte mit diesen Aufträgen aber nicht etwa andere Anleger täuschen, sondern „*Verluste zur steuerlichen Geltendmachung realisieren*“, also Steuern sparen; allerdings hatten die getätigten Geschäfte aufgrund der Volumina und der

stahl/Tsambikakis, in: Volk [Fn. 4], § 23 Rn. 90, 93, 114; Schröder [Fn. 11], Rn. 513, 599; vgl. auch (Täuschungsvorwurf fordernd) Schönhöft, Die Strafbarkeit der Marktmanipulation (2006), S. 97, 118.

²⁵ Schröder [Fn. 11], Rn. 510.

²⁶ Wehowsky, in: Erbs/Kohlhaas (Stand April 2012), § 20a WpHG, Rn. 25.

²⁷ Wehowsky, in: Erbs/Kohlhaas [Fn. 26], § 20a WpHG, Rn. 25.

²⁸ Vgl. nur *Fleischer*, in: Fuchs [Fn. 19], § 20a WpHG, Rn. 77 m.w.N.

²⁹ Schröder [Fn. 11], Rn. 536.

³⁰ BT-Drs. 15/3174, S. 37; abl. *Fleischer*, in: Fuchs [Fn. 19], § 20a Rn. 79.

³¹ Schröder [Fn. 11], Rn. 529; vgl. auch *Rübenstahl/Tsambikakis*, in: Volk [Fn. 4], § 23 Rn. 102.

³² Vgl. *Schröder* [Fn. 11], Rn. 491, 523.

³³ OLG Stuttgart NJW 2011, 3667.

Marktmenge einen großen Anteil am Gesamttagesumsatz der jeweiligen Aktie. Der 2. Strafsenat des OLG Stuttgart hob das Urteil des AG, das eine Strafbarkeit nach § 38 Abs. 2 WpHG verneint und lediglich wegen Ordnungswidrigkeiten nach § 39 Abs. 1 Nr. 1 WpHG verurteilt hatte, auf. Das Vorliegen des Ausnahmetatbestandes des § 20a Abs. 2 WpHG verneinte der Senat, da die Handlungen jedenfalls (objektiv) *nicht der zulässigen Marktpraxis entsprachen*, womit offen bleiben konnte, ob (subjektiv) die „erstrebte Realisierung eines Verlustes zur Erlangung eines Steuervorteils in dieser Form“ einen legitimen Grund darstellt.³⁴

Freilich wäre die Entscheidung nicht anders ausgefallen, wenn man eine *Manipulationsabsicht* fordert. Ergänzend führt der Senat nämlich aus, es sei nahe liegend, dass es dem Angeklagten darauf ankam, „den Preis der von ihm gehandelten Aktien auf ein bestimmtes Niveau festzulegen, um seine Verkaufs- und Rückkaufgeschäfte zum gleichen Preis und damit ohne das Risiko eines eventuellen Verlustes auf Grund geänderter Marktpreise durchführen zu können.“³⁵ Der Senat hätte also die Absicht der Marktmanipulation bejaht, obwohl es dem Angeklagten ersichtlich lediglich um das Sparen von Steuern ohne weitere Verluste durch Kauf und Verkauf ging, da dieses „Endziel“ eben nur durch den Kauf und Verkauf zum gleichen, „künstlich“ herbeigeführten Börsenpreis – also durch eine Marktmanipulation als „notwendiges Zwischenziel“³⁶ – zu erreichen war.

Der Fall zeigt damit, dass ein Marktteilnehmer zwar mit seinem Handeln ein *übergeordnetes Ziel* verfolgen mag, die Absicht der Marktmanipulation aber dann vorliegt, wenn er dieses Ziel nur durch die Einwirkung auf den Börsenpreis erreichen kann. Eine „echte“ Restriktion ist daher mit der Forderung nach einer Marktmanipulationsabsicht bislang nicht verbunden. Anders wäre dies dann, wenn man – wie die Rspr. zur Bereicherungsabsicht³⁷ – einschränkend annimmt, dass die Absicht fehlt, wenn die Manipulation „als *peinliche oder lästige Folge*“ des Handelns hingenommen wird, oder – wie die Rspr. für das Merkmal der Habgier³⁸ – fordert, dass bei einer Gesamtbetrachtung die Absicht der Marktmanipulation „*tatbeherrschend und damit bewusstseinsdominant*“ sein müsse. Derartige Restriktionen stünden allerdings im Widerspruch zum erklärten Willen des Gesetzgebers.

4. Es lässt sich festhalten, dass die strengen europäischen Vorgaben und deren Umsetzung dafür gesorgt haben, dass es im Ergebnis keine Rolle spielt, welche Motive einen Marktteilnehmer leiten: Die Berufung auf den Ausnahmetatbestand des § 20a Abs. 2 WpHG ist zwar theoretisch möglich, praktisch aber ausgeschlossen! Die Strafbarkeit nach § 38 Abs. 2 WpHG ist letztlich allein davon abhängig, ob eine (*bekannte*) *Manipulationstechnik* angewandt wird, der eine *objektive Preiseinwirkungseignung* immanent ist und die sich – wie der Marktteilnehmer mindestens ernsthaft für möglich halten und billigend in Kauf nehmen muss – auf den *Börsenpreis auswirkt*. Bei

marktengen Finanzinstrumenten und einem hohen Volumen der getätigten Geschäfte ist dies aber immer der Fall. Ob aber jeder dieser Fälle Strafe verdient, erscheint fraglich. Geboten dürfte es sein, restriktiv nur *ganz eindeutige*, „*krasse*“ Fälle zu erfassen. Unabhängig davon erscheint die Herangehensweise des Gesetzgebers sehr bedenklich: Zum Schutz des Kollektivrechtsgutes der Funktionsfähigkeit des Kapitalmarktes, um das es bei § 38 Abs. 2 WpHG nach h.M.³⁹ ausschließlich geht, ist der Blick auf das äußere Geschehen fixiert, müssen individuelle, nicht genuin manipulative Motive zurücktreten.

IV. Zum Verfall bei der handelsgestützten Marktmanipulation

Die größte praktische Bedeutung dürfte der Klarstellung zukommen, die der 3. Strafsenat des BGH für den *Verfall* vorgenommen hat: Bei einer handelsgestützten Marktmanipulation „durch den Verkauf von Aktien zu einem zuvor abgesprochenen Preis ist erlangt im Sinne des § 73 Abs. 1 Satz 1 StGB der gesamte für die Aktien erzielte Kaufpreis“ (Leitsatz 5).

1. Damit setzt der 3. Strafsenat die neuere Rechtsprechung des BGH zum Verfall fort: „Erlangt“ i.S.d. § 73 Abs. 1 S. 1 StGB sind danach alle Vermögenswerte, die dem Täter unmittelbar aus der Verwirklichung des Tatbestands zufließen, wobei es nur um solche *Vorteile* geht, die nach dem Schutzzweck der jeweiligen Strafnorm *nicht erlangt und nicht behalten werden dürfen*. Hieraus resultiert eine differenzierte normative Betrachtung: Ist nicht das Geschäft „an sich“ verboten, sondern nur die *Art und Weise* „*bemakelt*“, in der es ausgeführt wird, so ist nur der hierauf entfallende *Sondervorteil* erlangt. Daher hatte der 1. Strafsenat⁴⁰ bei verbotenen Insidergeschäften (§ 38 Abs. 1 Nr. 1 WpHG) nicht den gesamten Verkaufserlös als erlangt angesehen, sondern nur den „Sondervorteil“, die „Verschonung von dem Wertverlust, den uninformierte Marktteilnehmer infolge verspäteter Veröffentlichung der aktienkursrelevanten (negativen) Tatsache“ erlitten hatten. Damit wandte sich der Senat gegen die bis dahin h.M.⁴¹ Ist dagegen das *Geschäft* „an sich“ verboten, wie bei der handelsgestützten Marktmanipulation (§ 38 Abs. 2 i.V.m. § 20a Abs. 1 S. 1 Nr. 2 WpHG), ist die *gesamte Gegenleistung* „erlangt“. Dementsprechend bestätigte der 3. Strafsenat, dass im Fall der gesamte Verkaufserlös dem Verfall unterlag.⁴²

2. Diese Differenzierung des BGH wird im Schrifttum⁴³ verbreitet kritisiert, da der Gesetzgeber im Jahre 1992 das *Bruttoprinzip* eingeführt hatte, wonach jeder zugeflossene Vermögenswert dem Verfall unterliegt, ohne dass

³⁴ OLG Stuttgart NJW 2011, 3667, 3668.

³⁵ OLG Stuttgart NJW 2011, 3667, 3669.

³⁶ Zur Zwischenzielproblematik allgemein *Hefendehl*, in: MüKo StGB, Bd. 5, 2. Aufl. (2014), § 263 StGB Rn. 792 ff. m.w.N.

³⁷ BGHSt 16, 1, 6.

³⁸ Vgl. BGHSt 42, 301, 304.

³⁹ Vgl. nur *Diversity*, in: Graf/Jäger/Wittig [Fn. 19], Vor §§ 38, 39 WpHG Rn. 1 m.w.N.

⁴⁰ BGH NJW 2010, 882, 884 = HRRS 2010 Nr. 194.

⁴¹ Vgl. LG Augsburg NStZ 2005, 109, 111; *Victoria Villeda*, Prävention und Repression von Insiderhandel (2010), S. 249 m.w.N.

⁴² Ebenso zuvor bereits OLG Stuttgart NJW 2011, 3667, 3670; vgl. auch *Panaris*, in: MüKo StGB [Fn. 24], § 38 WpHG Rn. 7; *Trüg* NJW 2014, 1346, 1348; *Woodtli* NZWiSt 2012, 51, 55; a.A. *Gehrmann* GWR 2011, 551; *Sorgenfrei*, in: Park [Fn. 3], Teil 3 Kap. 4 Rn. 300.

⁴³ Vgl. nur *Altenhain*, in: Kölner Kommentar zum WpHG [Fn. 19], § 38 WpHG Rn. 160.

Aufwendungen in Abzug gebracht werden könnten; die Beschränkung des Verfalls auf den „Sondervorteil“ bedeute eine Rückkehr zum Nettoprinzip, welche die abschreckende Wirkung des Verfalls konterkarriere und zu Beweisschwierigkeiten führe, die durch den Übergang zum Bruttoprinzip gerade ausgeräumt werden sollten. Die pointierte Kritik verkennt jedoch, „dass die Bestimmung des Vorteils der Bestimmung seines Umfangs (und hierfür gilt das Bruttoprinzip) logisch vorgelagert“ ist.⁴⁴

3. Konsequenz ist, dass bei einer *handelsgestützten Marktmanipulation* mittels *Matched Orders* nicht nur der gesamte erlangte Verkaufserlös (Verkauforder), sondern auch alle erlangten Aktienwerte (Kauforder) dem Verfall unterliegen. Besonders hart traf dies die Täter im Fall des OLG Stuttgart, die (nur) Verluste zur steuerlichen Geltendmachung realisieren wollten, aber – da das Gericht die Nichtanordnung des Verfalls beanstandete⁴⁵ – letztlich alle erlangten Gegenleistungen an den Staat (vgl. § 73e Abs. 1 S. 1 StGB), genauer: das Bundesland (Justizfiskus), dessen Gericht im ersten Rechtszug entschieden hat (vgl. § 60 StVollstrO), verloren haben dürften.

4. Angesichts dieser harten Folgen überrascht es nicht, dass dem Verfall im Schrifttum heute verbreitet *Strafcha-*

⁴⁴ BGHSt 47, 260, 268.

⁴⁵ OLG Stuttgart NJW 2011, 3667, 3670.

rakter attestiert wird.⁴⁶ Die Rechtsprechung⁴⁷ sieht den Verfall dagegen weiterhin als *Maßnahme eigener Art* an, die keine Strafe sei, da sie mit der Abschöpfung des erlangten Vorteils primär einen Präventionszweck verfolge. Dagegen spricht aber, dass es auf die mit dem Verfall tatsächlich verfolgten Zwecke und Wirkungen ankommen muss.⁴⁸ Diesbezüglich ist festzustellen, dass der Verfall seit der Umstellung auf das Bruttoprinzip über eine „quasi-konditionelle Ausgleichsmaßnahme“ bzw. „reine Gewinnabschöpfung“ teilweise klar hinausgeht!

V. Fazit

Der 3. Strafsenat des BGH hat ein zentrales Urteil gefällt, das zwar inhaltlich keine „echten“ Überraschungen birgt, da es die bisherige Rechtsprechung im Bereich der Marktmanipulation (nur) konsequent fortführt und damit den überaus strengen europäischen Vorgaben und deren deutscher Umsetzung zur Geltung verhilft, dessen Klarstellungen aber die künftige Rechtspraxis leiten werden.

⁴⁶ Eser, in: Schönke/Schröder, StGB, 29. Aufl. (2014), Vor § 73 Rn. 19 m.w.N.

⁴⁷ Vgl. nur BGH NSTZ-RR 2004, 214.

⁴⁸ Keusch, Probleme des Verfalls im Strafrecht (2005), S. 59.

Aufsätze und Anmerkungen

Aus aktuellem Anlass: Die Strafbarkeit geheimdienstlicher Spionage in der Bundesrepublik Deutschland

Von Alexander Hettel, Ref. jur. und Max Philipp Kirschhöfer, Ref. jur., Mannheim

Die Enthüllung der Spionagetätigkeiten des US-amerikanischen Geheimdienstes NSA durch den Whistleblower *Edward Snowden* erregte weltweite Aufmerksamkeit. Die mediale Berichterstattung war und ist weitgehend von Kritik über Art und Ausmaß des Ausspähens geprägt. Insbesondere die Umstände, dass die amerikanische Botschaft in Berlin als zentraler Abhörstützpunkt diente und dass auch das Handy der Bundeskanzlerin zum Abhörobjekt wurde, stießen eine Debatte über die Befugnisse ausländischer Geheimdienste in Deutschland an. Während angesichts des nunmehr durch den Generalbundesanwalt eingeleiteten Ermittlungsverfahrens noch weitergehende Enthüllungen in Aussicht stehen, könnten die verantwortlichen Personen bereits nach derzeitigem Kenntnisstand die Grenze zur Strafbarkeit überschritten haben. In Zuge dessen beleuchtet der Beitrag ausgewählte materielle und formelle Aspekte aus-

ländischer Geheimdienstspionage auf dem Gebiet der Bundesrepublik Deutschland.

A. Die „NSA-Abhöraffaire“ als Fallbeispiel¹

Die Agenten A und B sind Bedienstete der National Security Agency (NSA) der USA. Sie sind in der amerikanischen Botschaft in Berlin stationiert. Während A akkreditierter Diplomat ist, arbeitet B als Nachrichtentechniker in der IT-Abteilung. Das Botschaftsgebäude ist in seinem Dachgeschoss mit Computertechnik (u. a. Satellitenanlagen und Richtantennen) zum Aus-

¹ Das Fallbeispiel orientiert sich an den Erkenntnissen der journalistischen Berichterstattung über die „NSA-Abhöraffaire“, siehe ausführlich SPIEGEL Nr. 44/2013, S. 20 ff.

spähen von Fernkommunikationsmitteln ausgestattet. Primär können die Handy-Gespräche und der E-Mail-Verkehr einer Zielperson überwacht werden. Auf Weisung ihres Vorgesetzten verwenden die Agenten die Technik zum Ausspähen der Bundeskanzlerin M. Ihre Spionageerkenntnisse werden von ihnen arbeitsteilig aufgezeichnet und an den Vorgesetzten weitergegeben, der sie wiederum an die in der Heimat ansässigen Entscheidungsträger weiterleitet.

Var. 1: Die Agenten hören mit, wie M in ihrer Eigenschaft als Bundeskanzlerin per Handy mit dem Bundesverteidigungsminister geplante Truppenstationierungen der Bundeswehr bespricht.

Var. 2: Die Agenten hören mit, wie M in ihrer Eigenschaft als Parteivorsitzende per Handy den nächsten Parteitag organisiert.

Var. 3: Die Agenten zeichnen die Verbindungsdaten („Metadaten“) eines Handygesprächs der M auf, die den Gesprächspartner, Zeit und Länge des Telefonats ausweisen.

Var. 4: Die Agenten setzen die Spionagetechnik zum Mitlesen einer als Verschlusssache „Geheim“ verschlüsselten Dienst-E-Mail der M ein.

B. Strafbarkeit der beteiligten NSA-Agenten

I. Anwendbarkeit deutschen Strafrechts²

Zunächst ist die Frage der personellen und räumlichen Anwendbarkeit deutschen Strafrechts aufgeworfen, da Fälle des Einsatzes ausländischer Agenten hinsichtlich der Nationalität der Täter und der territorialen Zugehörigkeit des Botschaftsgeländes Berührungspunkte mit dem Ausland aufweisen. Nach dem *Territorialitätsprinzip* des § 3 StGB³ gilt deutsches Strafrecht für *Inlandstaaten*, d. h. bei Begehungsdelikten muss der Tat- oder Erfolgsort (§ 9) im Inland belegen sein. Der strafrechtliche Begriff des Inlands nach § 3 ist deckungsgleich mit dem staatsrechtlichen, umfasst also das *Hoheitsgebiet* der Bundesrepublik Deutschland.⁴ Tatort ist der Ort, an dem der Täter eine auf die Tatbestandsverwirklichung gerichtete Tätigkeit vorgenommen hat, vgl. § 9 I Var. 1.⁵ Die Spione agierten vom Gelände ihrer Botschaft aus. Unabhängig davon, ob das Abhören mittels Einsatzes von Richtantennen, Einschleusen von Trojanern oder anderer technischer Hilfsmittel geschah, ist das Botschaftsgelände damit der *Handlungsort*. Auch das Gelände einer ausländischen Botschaft gehört zum deutschen Inland im Sinne des § 3.⁶ Es steht jedoch unter besonderem völkerrechtlichem Schutz, so dass die Bundesrepublik auf dem Botschaftsgelände auf die Ausübung ihrer Hoheitsrechte verzichtet.⁷ Dies kann Auswirkungen auf Seite der Strafverfolgung nach sich ziehen. Die aus ihrem völkerrechtli-

chen Status folgende Unverletzlichkeit der Botschaft beschränkt damit nicht die Geltung, sondern allein die *Durchsetzung* des nationalen Rechts.⁸ Dasselbe gilt für die handelnden Personen selbst. Nationalität und diplomatischer Status der Täter spielen für die Anwendbarkeit deutschen Strafrechts prinzipiell keine Rolle, da dieses zum einen auf Ausländer anwendbar ist und zum anderen auch für Diplomaten keine materielle Exemption kennt.⁹ Wenn die Staatsschutzdelikte der §§ 93 ff. in Rede stehen – wie sogleich II. dargestellt –, ordnet § 5 Nr. 4 im Übrigen die Geltung deutschen Strafrechts auch für Auslandsstaten an, so dass beispielsweise auch die aus dem Ausland agierenden NSA-Befehlshaber der Geltung deutschen Strafrechts unterliegen.

II. Straftaten gegen die Sicherheit der Bundesrepublik Deutschland, §§ 93 ff.

Als Teilbereich des *politischen Strafrechts* schützen die Straftatbestände der §§ 94 – 101a die Bundesrepublik Deutschland vor einer Schwächung gegenüber fremden Staaten.¹⁰ Denkbar ist, dass das Spionageverhalten der Agenten von den Staatsschutzdelikten des StGB erfasst wird.

1. Ausgangspunkt: Das Staatsgeheimnis als Kommunikationsinhalt

Ausgangspunkt der Prüfung, ob durch die Spionage Tatbestände der §§ 94 ff. verwirklicht sein können, ist der Begriff des Staatsgeheimnisses, wie er in § 93 legaldefiniert wird.¹¹ Objekt des Staatsgeheimnisses können nach § 93 I *Tatsachen, Gegenstände und Erkenntnisse* sein. Tatsachen sind nach gängigem Verständnis Begebenheiten und Zustände der Gegenwart und Vergangenheit, worunter sowohl äußere als auch innere Vorgänge (z. B. Ansichten, Absichten und Vorhaben) fallen.¹² Kommunikationsvorgänge der Bundeskanzlerin sind (ob via Handy oder E-Mail) als Ereignisse der Gegenwart äußere Vorgänge. Die jeweiligen Kommunikationsinhalte werden im Zeitpunkt ihrer Äußerung vom rein inneren zum äußeren – also sinnlich wahrnehmbaren – Vorgang. Ob, wann, mit wem und worüber die Bundeskanzlerin ein Gespräch führte, ist demnach eine Tatsache im Sinne des § 93 I.

Diese Tatsachen müssen zum Tatzeitpunkt noch *geheim sein*. Das sind sie dann, wenn sie nur einem *beschränkten Personenkreis* zugänglich sind. Das Geheimsein einer Tatsache ist seiner Natur nach relativ: Es kann ein kleinerer oder auch größerer Personenkreis eingeweiht sein, solange die Tatsache dem Charakter ihres Inhalts nach der Kenntnis nur gewisser Personen vorbehalten sein soll.¹³ Nach den Umständen der Kommunikation kann sich das Geheimsein aus dem vertraulichen Charakter des Be-

² Etwaige Probleme des Völkerstrafrechts werden vom vorliegenden Beitrag ausgenommen.

³ §§ ohne Gesetzesbezeichnung sind solche des StGB.

⁴ Fischer, StGB, 61. Aufl. (2014), § 3 Rdn. 3; Kindhäuser, Strafrecht AT, 6. Aufl. (2013), § 4 Rdn. 11.

⁵ Fischer (Fn. 4), § 9 Rdn. 4; Kindhäuser (Fn. 4), § 4 Rdn. 6.

⁶ OLG Köln NJW 1982, 2740.

⁷ Art. 22 Nr. 1 Wiener Übereinkommen über diplomatische Beziehungen bestimmt: „Die Räumlichkeiten der Mission sind unverletzlich. Vertreter des Empfangsstaats dürfen sie nur mit Zustimmung des Missionschefs betreten.“ Dazu unten C. III.

⁸ Herdegen, Völkerrecht, 13. Aufl. (2014), § 38 Rdn. 1.

⁹ Fischer (Fn. 4), vor §§ 3-7 Rdn. 21. Zur Immunität als Verfahrenshindernis, s. u. C III.

¹⁰ MüKo-StGB/Lampe/Hegmann, 2. Aufl. (2012), vor §§ 93 ff. Rdn. 1.

¹¹ MüKo-StGB/Lampe/Hegmann (Fn. 10), § 93 Rdn. 1.

¹² LK/Schmidt, Band 4, 12. Aufl. (2007), § 93 Rdn. 2; Schöнке/Schröder/Sternberg-Lieben, 29. Aufl. (2014), § 93 Rdn. 3.

¹³ LK/Schmidt (Fn. 12), § 93 Rdn. 3.

sprochenen selbst ergeben¹⁴ oder auch – obwohl dies keine notwendige Voraussetzung ist¹⁵ – aus der Einstufung als Verschlusssache.¹⁶ Selbst bei der Organisation eines Parteitages wird man von einer Geheimtatsache ausgehen können, da der Parteitag als parteiliche Mitgliederversammlung gemeinhin nicht jedermann offen steht und seine Organisation einem begrenzten Personenkreis vorbehalten ist. Dasselbe gilt auch, wenn zwar mittels Metadaten-Aufzeichnung der Gesprächsinhalt als solcher nicht mitgehört wurde, da selbst die Verbindungsdaten eines Telefongesprächs zumeist nur bestimmten Personen (z. B. den Gesprächsteilnehmern selbst und deren Sekretariaten) bekannt sind.

Weiterhin erfordert der Begriff des Staatsgeheimnisses die Geheimhaltungsbedürftigkeit der Information vor einer *fremden Macht*. Mit fremder Macht sind in erster Linie Regierungen ausländischer Staaten gemeint.¹⁷ Die klassische, von Staaten ausgehende Spionage, wie sie im Fall eines durch einen fremden Nationalstaat gesteuerten Geheimdienstes vorliegt, ist daher zweifellos erfasst.

Das Geheimhaltungserfordernis muss zum Schutz der *äußeren Sicherheit der Bundesrepublik* bestehen. Die äußere Sicherheit ist die Fähigkeit des Staates, sich seine Machtposition im internationalen Gefüge zu erhalten, z. B. sich gegen Angriffe und Störungen von außen zu wehren.¹⁸ Heutzutage wird die äußere Sicherheit nicht mehr nur durch *militärische Verteidigung*, sondern durch Instrumente der *Außen- und Bündnispolitik* gewährleistet. Daher ist die äußere Sicherheit nicht erst dann betroffen, wenn es um die militärische Landesverteidigung geht, sondern bereits dann, wenn eine nachteilige Verschiebung der Machtposition der Bundesrepublik droht, die sie politisch anfälliger macht.¹⁹

Da der Schutz der äußeren Sicherheit ein *unbestimmter Rechtsbegriff* ist, der Wertungen und Beurteilungsspielräumen unterliegt, zeigt sich in ihm das Spannungsfeld des politischen Strafrechts: Einerseits hat der Richter in seiner judikativen Funktion die Geheimhaltungsbedürftigkeit in eigener Verantwortung unabhängig zu prüfen; andererseits unterliegt die Sicherheits- und Militärpolitik nicht der Strafjustiz, sondern den zuständigen Ministerien – also Auswärtigem Amt, Verteidigungsministerium, Bundeskanzleramt. Deren politische Einschätzungen und Lagebeurteilungen muss der Richter berücksichtigen.²⁰ Wenn den NSA-Agenten Tatsachen offenbar werden, die

private²¹ und innenpolitische Vorgänge²² betreffen, können diese zwar als innenpolitische Erkenntnisse die Bedeutungsschwelle zum Staatsgeheimnis überschreiten. Sie tun dies aber dann nicht, wenn lediglich Umstände aus dem *persönlichen Lebensbereich* in Rede stehen.²³ So wird in Friedenszeiten das internationale Machtgefüge regelmäßig nicht zu Lasten der Bundesrepublik verändert, wenn ein fremder Staat die Telefongewohnheiten eines Regierungsmitglieds kennt, und wohl ebenso nicht, wenn er Kenntnis über die Ausrichtung einer privaten Parteiveranstaltung erlangt. Auch wenn die Bundeskanzlerin ein schutzwürdiges Interesse daran hat, dass die Gesprächspartner „unter sich“ bleiben, untergraben solch Abhörmaßnahmen bzw. Metadaten-Aufzeichnungen nicht die *internationale Machtposition* der Bundesrepublik in der von § 93 I vorausgesetzten Weise. Die äußere Sicherheit der Bundesrepublik ist beim Mitschneiden von Metadaten bzw. von Privatgesprächen mithin nicht betroffen.

Hinzu kommt, dass die Geheimhaltung das Rechtsgut der äußeren Sicherheit gerade vor der *Gefahr eines schweren Nachteils* bewahren soll. Der bei § 93 verwendete Gefahrbegriff ist ein *abstrakter*.²⁴ Eine Gefahr liegt vor, wenn das Bekanntwerden der Tatsache bei der fremden Macht zur Herbeiführung eines schweren Nachteils für die Bundesrepublik geeignet ist. Diese abstrakte Eignung ist durch *prognostisches Urteil* festzustellen.²⁵ Gleichzeitig ist mit dem Erfordernis des schweren Nachteils eine so hohe Schwelle für den Bedeutungsgehalt des Geheimnisses angesetzt, dass nur *erhebliche Sicherheitseinbußen* sie überschreiten. Ob ein geheimer Sachverhalt derart hohe Bedeutung hat, ist als Tatfrage vom Richter – wiederum im Spannungsfeld zwischen judikativer Entscheidungsbefugnis und exekutiver Lagebeurteilung – zu beantworten.

Die Kenntniserlangung der USA über künftige Truppenstationierungen der Bundeswehr kann diese Schwelle überschreiten. Das Wissen um die Aufstellung der Streitkräfte gehört zum Kernbereich der militärischen Interna. Kommt ein fremder Staat zu Einsichten über die Verteidigungsfähigkeit und -bereitschaft der Bundesrepublik, betrifft dies deren äußere Sicherheit in erheblichem Maße. Die *abstrakte Gefahr* der Verschlechterung ihrer internationalen Machtposition geht damit regelmäßig einher. Bei Einsatz formeller Geheimhaltungsmechanismen kommt es maßgeblich auf den Inhalt der als „Geheim“ versendeten E-Mail an. Der Sekretierung unter Geheimhaltungsgrade kommt indizielle Bedeutung für das Vorliegen eines Staatsgeheimnisses zu.²⁶ So bestimmt § 3 Nr. 2 VS-Anweisung, dass Verschlusssachen, je nachdem welcher Geheimhaltung sie bedürfen, in einen von vier Geheimhaltungsgraden einzustufen sind.²⁷ Der Geheimhaltungsgrad „Geheim“ ist danach zu verwenden, wenn „die Kenntnisnahme durch Unbefugte die Sicherheit der

¹⁴ So in Var. 1.

¹⁵ Sog. *Materieller Geheimnisbegriff*; dazu Schönke/Schröder/Sternberg-Lieben (Fn. 12), § 93 Rdn. 5.

¹⁶ So in Var. 4.

¹⁷ LK/Schmidt (Fn. 12), § 93 Rdn. 10.

¹⁸ Fischer (Fn. 4), § 93 Rdn. 7; LK/Schmidt (Fn. 12), § 93 Rdn. 13.

¹⁹ Fischer (Fn. 4), § 93 Rdn. 7; LK/Schmidt (Fn. 12), § 93 Rdn. 13.

²⁰ MüKo-StGB/Lampe/Hegmann (Fn. 10), § 93 Rdn. 11. Regelmäßig wird der Richter gemäß seiner Pflicht zur umfassenden Beweiswürdigung (§ 244 II StPO) eine *ministerielle Stellungnahme* einholen. Bereits vor Einleitung eines Ermittlungsverfahrens wird es auch zur Abstimmung zwischen Generalbundesanwalt und politischen Institutionen kommen, siehe dazu unten C. III.

²¹ So in Var. 2.

²² So in Var. 3.

²³ LK/Schmidt (Fn. 12), § 93 Rdn. 15.

²⁴ LK/Schmidt (Fn. 12), § 93 Rdn. 14; NK/Paeffgen, 4. Aufl. (2013), § 93 Rdn. 25.

²⁵ MüKo-StGB/Lampe/Hegmann (Fn. 10), § 93 Rdn. 24.

²⁶ Fischer (Fn. 4), § 93 Rdn. 6; LK/Schmidt (Fn. 12), § 93 Rdn. 7; MüKo-StGB/Lampe/Hegmann (Fn. 10), § 93 Rdn. 10.

²⁷ Diese sind: „VS – Nur für den Dienstgebrauch“, „VS – Vertraulich“, „Geheim“ oder „Streng Geheim“.

Bundesrepublik Deutschland oder eines ihrer Länder gefährden oder ihren Interessen *schweren Schaden* zufügen kann“. Mithin wird durch Kenntnisnahme der NSA-Agenten von Verschlusssachen regelmäßig die abstrakte Gefahr eines schweren Nachteils für die äußere Sicherheit der Bundesrepublik Deutschland eintreten.

2. Zwischenergebnis zum Staatsgeheimnis als Kommunikationsinhalt

Die Abhörtätigkeit der NSA-Agenten muss ein Staatsgeheimnis betreffen, um gegen die Staatsschutzdelikte der §§ 93 ff. verstoßen zu können. Die von der Bundeskanzlerin geführte Kommunikation betrifft nicht *per se* Staatsgeheimnisse. Vielmehr muss dem Kommunikationsinhalt erheblicher militär- oder sicherheitspolitischer Gehalt zukommen. In Anbetracht dessen sind die in den *Var. 1 und 4* erlangten Informationen als Staatsgeheimnisse zu qualifizieren, während in den *Var. 2 und 3* angesichts der fehlenden Betroffenheit der äußeren Sicherheit der Bundesrepublik keine Staatsgeheimnisse vorliegen.

3. Landesverrat, § 94 I

Grundsätzlich kann das Abhören und Mitlesen staatlicher Kommunikation und die Weitergabe der gewonnenen Staatsgeheimnisse einen Landesverrat nach § 94 darstellen. Der Landesverräter muss das Staatsgeheimnis in der Begehungsvariante des I Nr. 1 der „fremden Macht oder einem ihrer Mittelsmänner“ mitteilen. Mitteilungsempfänger können zunächst die Organe der fremden Macht als deren Repräsentanten sein.²⁸ Dies sind die Personen der herausgehobenen exekutiven Führungsebene.²⁹ Mittelsmänner sind dagegen Personen, deren Rolle ihrerseits im Weiterleiten der erlangten Erkenntnisse besteht.³⁰ Regelmäßig werden sie in dieser Position selbst (Mit-)Täter oder Teilnehmer eines Landesverrats sein.³¹

Wenn Geheimagenten die erlangten Informationen aufzeichnen und an ihren Vorgesetzten weiterreichen, handelt es sich um eine Mitteilung im Sinne von § 94 I Nr. 1. Der Vorgesetzte wird als Mittelsmann regelmäßig geeigneter Mitteilungsempfänger sein, da sich seine Rolle nicht auf die Entgegennahme der Geheimnisse beschränkt, sondern er sie seinerseits zur weiteren Auswertung in den Entsendestaat – etwa an höhere Regierungsebenen – weitergibt.

Durch diese Mitteilung muss die *Gefahr eines schweren Nachteils für die äußere Sicherheit der Bundesrepublik Deutschland* herbeigeführt worden sein. Die für das Vorliegen eines Staatsgeheimnisses vorausgesetzte *abstrakte Gefahr* genügt hierfür nicht. Vielmehr muss das Stadium einer *konkreten Gefährdung* durch den Geheimnisbruch erreicht werden.³² Eine solche konkrete Gefahr besteht, wenn der

Eintritt des Schadens nahe liegt bzw. nach menschlicher Erfahrung zu *erwarten* ist; nicht ausreichend ist dessen nur gedankliche Möglichkeit.³³ Überwiegend wird angenommen, dass es für den Eintritt einer solchen konkreten Gefahr in aller Regel bereits ausreicht, wenn das Geheimnis an die fremde Macht gelangt.³⁴

In Bezug auf den Fall der Spionage durch Geheimdienste von NATO-Bündnispartnern, wie die USA es sind, ist dem zu widersprechen. Der Eintritt eines Schadens für die äußere Sicherheit der Bundesrepublik ist jedenfalls dann nicht naheliegend, wenn es sich beim kenntnislangenden Staat um eine *befreundete Macht* oder einen *Bündnispartner* im Rahmen kollektiver Systeme handelt. Ausweislich der Gesetzesmaterialien sollte die konkrete Nachteilsgefahr ausgeschlossen sein, wenn das Geheimnis an *Verbündete* gelangt.³⁵ Wenn der historische Gesetzgeber dergestalt annahm, dass die Übermittlung eines Geheimnisses an bestimmte Mächte keine Gefährdung herbeiführen könne, die Übermittlung an wiederum andere Mächte aber schon, bietet sich eine Differenzierung der fremden Mächte anhand ihrer *bündnispolitischen Stellung* zur Bundesrepublik an. Für die tatrichterliche Entscheidung, ob eine konkrete Gefahr besteht, ergäbe dies die Leitlinie, dass der Eintritt einer solchen Gefahr bei Kenntnisnahme durch einen Bündnispartner *indiziell nicht anzunehmen* wäre.

Ferner lässt sich der systematischen Einpassung des deutschen StGB in völkerrechtliche Vereinbarungen entnehmen, dass danach zu unterscheiden ist, *an welche fremde Macht* die geheime Tatsache gelangt und *welche Art der Beziehungen* die Bundesrepublik zu dieser Macht führt. So herrschen im NATO-Bereich extensive Möglichkeiten des befugten Zugangs zu fremden Staatsgeheimnissen.³⁶ Dies geht soweit, das nicht nur spezifisch deutsche Geheimnisse durch §§ 93 ff. geschützt werden, sondern auch diejenigen *anderer* NATO-Staaten.³⁷ Diese Tatbestandserweiterung folgt aus der Verpflichtung der NATO-Vertragsparteien, die Staatsgeheimnisse der anderen Bündnispartner *wie eigene* zu behandeln.³⁸ Folglich wird davon auszugehen sein, dass das originär deutsche Staatsgeheimnis auch im Kenntnisbereich eines NATO-Bündnispartners adäquatem Schutz unterstellt ist. Aus dem *Gebot sicherheitspolitischer Kooperation* innerhalb der NATO ergibt sich ähnliches: So besteht neben der (militärischen) Beistandspflicht im Falle eines Angriffs³⁹ eine *Konsultationspflicht* nach Art. 4 NATO-Vertrag, wonach die Bündnispartner einander konsultieren müssen, wenn nach ihrer Auffassung die Sicherheit eines der Verbündeten bedroht ist.

²⁸ LK/Schmidt (Fn. 12), § 94 Rdn. 2; MüKo-StGB/Lampe/Hegmann (Fn. 10), § 94 Rdn. 6.

²⁹ BGHSt 39, 260, 276 f.

³⁰ LK/Schmidt (Fn. 12), § 94 Rdn. 2.

³¹ Fischer (Fn. 4), § 94 Rdn. 3; MüKo-StGB/Lampe/Hegmann (Fn. 10), § 94 Rdn. 7.

³² LK/Schmidt (Fn. 12), § 94 Rdn. 8; Maurach/Schroeder/Maiwald, Strafrecht BT 2, 10. Aufl. (2013), § 85 Rdn. 39.

³³ LK/Schmidt (Fn. 12), § 94 Rdn. 8; MüKo-StGB/Lampe/Hegmann (Fn. 10), § 94 Rdn. 14.

³⁴ LK/Schmidt (Fn. 12), § 94 Rdn. 8; MüKo-StGB/Lampe/Hegmann (Fn. 10), § 94 Rdn. 14; NK/Paeffgen (Fn. 24), § 94 Rdn. 10.

³⁵ BT-Drucks. V/2860 S. 17.

³⁶ LK/Schmidt (Fn. 12), § 93 Rdn. 27.

³⁷ MüKo-StGB/Lampe/Hegmann (Fn. 10), vor §§ 93 ff. Rdn. 30.

³⁸ Art. VII Abs. 11 NATO-Truppenstatut; Art. 29 Zusatzabkommen zum NATO-Truppenstatut.

³⁹ Art. 5 I NATO-Vertrag; dazu näher Herdegen (Fn. 8), § 46 Rdn. 2 ff.

Zumindest bei Kenntniserlangung eines Staatsgeheimnisses innerhalb der NATO wird der Eintritt der konkreten Nachteilsgefahr für die äußere Sicherheit der Bundesrepublik Deutschland mithin auszuschließen sein. Anders wäre es nur im – hier nicht ersichtlichen – Fall zu beurteilen, dass der fremde Staat die Privilegien seiner Bündnisstellung gerade dazu einsetzt, um „wie ein Feind“ zu agieren. Die NSA-Agenten konnten mithin selbst bei Kenntniserlangung über Verschlussachen und Truppenstationierungen den objektiven Tatbestand des Landesverrats nicht erfüllen.⁴⁰

4. Offenbaren von Staatsgeheimnissen, § 95 I

§ 95 I regelt den sogenannten *publizistischen Landesverrat*.⁴¹ Die Vorschrift soll minder schwere Fälle aus dem Bereich des § 94 ausgrenzen, in denen der Täter einem *öffentlichen Informationsbedürfnis* dienen will.⁴² Der hier verwendete *materiell-faktische* Geheimnisbegriff erfordert, dass das Geheimnis zusätzlich zu den Merkmalen des § 93 I tatsächlich von einer amtlichen Stelle unter Geheimhaltungsschutz gestellt wurde.⁴³ Der Geheimhaltungswille muss in einer Vorrichtung zum Schutz des Geheimnisses vor Bekanntwerden zu Tage treten.⁴⁴ Ein Geheimhaltungswille dürfte bei Verwendung eines *Krypto-Handys* erkennbar sein, da eine derartige Verschlüsselung von Gesprächen besondere Umgehungsmaßnahmen zum Abhören erforderlich macht. Um eine Geheimhaltungsmaßnahme handelt es sich auch bei Verschlüsselung einer E-Mail und ihrer Einstufung unter formelle Sekretur.⁴⁵

Da indes auch § 95 I erfordert, dass die *konkrete Gefahr eines schweren Nachteils für die äußere Sicherheit* der Bundesrepublik Deutschland eintritt, und für diese Tatbestandsvoraussetzung nichts anderes gelten kann als bei § 94 I – sie also nach hiesiger Auffassung nicht vorliegt – ist die Strafbarkeit der Agenten nach § 95 I ausgeschlossen.

5. Landesverräterische Ausspähung und Auskundschaften von Staatsgeheimnissen, § 96

§ 96 normiert zwei selbstständige *Vorfelddatbestände*: In I werden *Vorbereitungshandlungen* zum Landesverrat (§ 94) und in II zum Offenbaren von Staatsgeheimnissen (§ 95) unter Strafe gestellt. Der bei §§ 94, 95 geforderte Gefahreintritt ist keine Voraussetzung des § 96. In dessen erster Begehungsvariante orientiert sich der Begriff des Staatsgeheimnisses an § 93 I. Für § 96 II muss hingegen ein Staatsgeheimnis nach § 95 vorliegen – also ein solches,

das besonderen Schutzmechanismen unterliegt.⁴⁶ Das *Verschaffen* des Staatsgeheimnisses durch den Täter kann auf vielfältige Weise erfolgen, so dass sowohl klassische Agentenmethoden wie das Erlauschen, Beobachten oder Ablichten als auch *moderne Spionagetechniken* wie satellitengestütztes Abhören von Fernkommunikationsmitteln oder das Hacken von E-Mails erfasst werden.⁴⁷

Schon zum Zeitpunkt des Verschaffens muss der Täter mit der *Absicht* handeln, das erlangte Geheimnis einer fremden Macht mitzuteilen.⁴⁸ In den Fällen des Abfangens staatsschutzrelevanter Kommunikation zum Zwecke der Weitergabe der Inhalte an fremde staatliche Stellen wird folglich sowohl der objektive als auch der subjektive Tatbestand des § 96 I – bei einer spezifischen Geheimhaltung durch Verschlüsselungsmechanismen⁴⁹ außerdem der Tatbestand des § 96 II 1 – von den Agenten verwirklicht. Durch das arbeitsteilige vorsatzumfasste Zusammenwirken beim Verschaffen und Weitergeben der Staatsgeheimnisse ist eine *mittäterschaftliche Begehung* (§ 25 II) der Delikte gegeben.

Eine *Rechtfertigung* der landesverräterischen Ausspähung kommt nur in Ausnahmefällen in Betracht.⁵⁰ Vorwiegend lassen sich hier Zwangslagen des Täters diskutieren, die Nachrichtendienste gegenüber ihren entsandten Agenten durch Druck- und Drohmittel schaffen. Auch das Informationsinteresse der Öffentlichkeit – gleich, ob der deutschen oder amerikanischen – in den Fällen des II könnte, wird in den meisten Fällen aber nicht, einen Rechtfertigungsgrund darstellen.⁵¹ Wenn überhaupt, wären solche Fälle anhand der Rechtsfigur des *übergesetzlichen Notstands* zu prüfen.⁵² Ferner wird die Tatsache, dass die Preisgabe durch die NSA-Agenten innerhalb der NATO geschah, nichts zur Rechtfertigung beitragen können. Bei Mitteilungen an fremde Mächte im Rahmen internationaler Verträge kommt zwar grundsätzlich Rechtfertigung in Betracht; aber selbst wenn man aufgrund der Zusammenarbeit in der NATO einen „Anspruch“ der fremden Macht auf Kenntnis der Informationen annähme (bspw. auf Grundlage der oben erwähnten *Konsultationspflicht* zwischen NATO-Bündnispartnern), wäre diese dazu gehalten, bei der Bundesrepublik die Informationen *anzufordern* und sie sich *nicht eigenmächtig selbst* zu beschaffen.

Durch Abfangen von per Handy und E-Mail kommunizierten staatsschutzrelevanten Informationen und deren Weitergabe an höhere Führungsebenen der NSA haben sich die Agenten folglich der landesverräterischen Ausspähung (§ 96 I) und des Auskundschaftens von Staatsgeheimnissen (§ 96 II) schuldig gemacht.

6. Preisgabe von Staatsgeheimnissen, § 97

§ 97 enthält zwei Tatbestände: Die Preisgabe von Staatsgeheimnissen als *Vorsatz-Fahrlässigkeits-Kombination* in I

⁴⁰ Zwar könnte ein (untauglicher) versuchter Landesverrat gemäß §§ 94 I Nr. 1, 22, 23 I vorliegen, da die *konkrete Gefahr* nach hiesiger Auffassung aufgrund der Stellung der USA als NATO-Verbündete nicht eintreten konnte. Nach den bisherigen Sachverhaltsfeststellungen ist indes nicht davon auszugehen, dass ein entsprechender (Eventual-)Vorsatz der Agenten vorlag, der die Herbeiführung einer konkreten Gefahr für die äußere Sicherheit der Bundesrepublik umfasste.

⁴¹ Schönke/Schröder/Sternberg-Lieben (Fn. 12), § 95 Rdn. 1.

⁴² Schönke/Schröder/Sternberg-Lieben (Fn. 12), § 95 Rdn. 1.

⁴³ Schönke/Schröder/Sternberg-Lieben (Fn. 12), § 95 Rdn. 6.

⁴⁴ Schönke/Schröder/Sternberg-Lieben (Fn. 12), § 95 Rdn. 6.

⁴⁵ So in Var. 4.

⁴⁶ BeckOK-StGB/Ellbogen (Stand: 22.07.2013), § 96 Rdn. 1.

⁴⁷ LK/Schmidt (Fn. 12), § 96 Rdn. 3; MüKo-StGB/Lampe/Hegmann (Fn. 10), § 96 Rdn. 3 f.

⁴⁸ BeckOK-StGB/Ellbogen (Fn. 46), § 96 Rdn. 3.

⁴⁹ So in Var. 4.

⁵⁰ MüKo-StGB/Lampe/Hegmann (Fn. 10), § 96 Rdn. 10.

⁵¹ MüKo-StGB/Lampe/Hegmann (Fn. 10), § 96 Rdn. 10.

⁵² MüKo-StGB/Lampe/Hegmann (Fn. 10), § 95 Rdn. 16.

sowie das als *Leichtfertigkeit-Fahrlässigkeit-Kombination* ausgestaltete *Sonderdelikt* in II. Das Gelangenlassen des Geheimnisses an einen Unbefugten ist subsidiär, wenn sich – wie anzunehmen – eine *unmittelbare vorsätzliche Mitteilung* an einen Mittelsmann zugetragen hat.⁵³ Ferner mangelt es nach hier vertretener Auffassung am Eintritt der auch bei § 97 erforderlichen *konkreten Gefährdung der äußeren Sicherheit* der Bundesrepublik.

7. Verrat illegaler Geheimnisse, Irrtum über die Geheimnisqualität §§ 97a, 97b

Die §§ 97a, 97b beziehen sich auf den Begriff des *illegalen Staatsgeheimnisses*. Die Tat nach § 97a ist ein „Quasi-Landesverrat“, bei dem alle Merkmale des § 94 I Nr. 1 vorhanden sind, es aber an der *Legalität* des Geheimnisses mangelt.⁵⁴ § 97b stellt als Auffangtatbestand eine Irrtumsregel *sui generis* für den Fall auf, dass sich der Täter über die Legalität des Staatsgeheimnisses irrt.⁵⁵ Eine Tatsache ist nach § 93 II dann vom Schutz eines Staatsgeheimnisses ausgenommen, wenn sie gegen die freiheitliche demokratische Grundordnung oder gegen zwischenstaatlich vereinbarte Rüstungsbeschränkungen verstößt. Nach bislang bekannter Sachlage handelt es sich bei den erlangten Kommunikationsinhalten der Bundeskanzlerin nicht um solche, denen nach § 93 II die Staatsgeheimnisqualität entzogen wäre. Auch für eine irriige Annahme der NSA-Agenten, dass die Informationen illegale Staatsgeheimnisse seien, ist nichts ersichtlich, so dass eine Strafbarkeit nach §§ 97a und 97b ausscheidet.

8. Landesverräterische Agententätigkeit, § 98

Der Bereich strafbarer *Vorbereitungshandlungen* zum Landesverrat wird durch § 98 auf jegliche Aktivität zur Erlangung oder Mitteilung von Staatsgeheimnissen erweitert. § 98 ist ein *abstraktes Gefährdungsdelikt*, das sich mit § 99 ergänzt: Während § 99 auf die Bestrafung der geheimdienstlichen Tätigkeit für einen fremden Geheimdienst *per se* abzielt, kommt es auf die Art der Tätigkeit bei § 98 nicht an, solange sie auf das *Erlangen* von Staatsgeheimnissen gerichtet ist.⁵⁶ Dies ist sie dann, wenn sie planmäßig unmittelbar zur Gewinnung von Staatsgeheimnissen für die fremde Macht führen soll, wobei es einer Vereinbarung zwischen dem Täter und der fremden Macht für die Erfüllung des § 98 I Nr. 1 nicht bedarf.⁵⁷ Im gegenständlichen Beispiel arbeiten die Agenten der NSA nicht nur zu, sondern stehen zu ihr in einem *Auftragsverhältnis*. Generell ist die Tätigkeit eines geheimdienstlichen Agenten dazu bestimmt und objektiv geeignet, an fremde Staatsgeheimnisse zu gelangen, so dass die Tat handlung des § 98 I Nr. 1 vorgenommen ist. Gleichwohl tritt § 98 kraft Gesetzes subsidiär zurück, sobald – wie hier – eine Strafbarkeit wegen landesverräterischer Auspähung besteht.

9. Geheimdienstliche Agententätigkeit, § 99

§ 99 ist der zu Zeiten des *Ost-West-Konfliktes* eingefügte zentrale Spionagetatbestand der Staatsschutzdelikte.⁵⁸ Bei § 99 ist die unter Strafe gestellte geheimdienstliche Tätigkeit von der Zielrichtung auf Staatsgeheimnisse gänzlich abgelöst.⁵⁹ Trotz seiner politischen Entstehungsgeschichte als Norm zur Abwehr der *operativen Spionage* durch den Ostblock bietet § 99 ausreichende Flexibilität zur Erfassung auch moderner Geheimdienstarbeit.⁶⁰ Tathandlung des I Nr. 1 ist – denkbar weit – das *Ausüben* einer geheimdienstlichen Tätigkeit. Einbezogene Aktivitäten sind all diejenigen, deren äußeres Bild dem entspricht, was für die Arbeit von Agenten solcher Dienste *typisch und kennzeichnend* ist.⁶¹ *Konspirative Methoden* sind keine unbedingte Voraussetzung; dies entspricht der Erkenntnis, dass der heutige Aufgabenzuschnitt eines Agenten weithin *bürokratischen Charakter* hat.⁶² Paradigmatisch zeigt sich dies an der weithin „am Schreibtisch“ erfolgenden Spionage durch die NSA. Mehrere einzelne Spionagehandlungen des Agenten im Rahmen seiner geheimdienstlichen Betätigung werden wegen der pauschalierenden Umschreibung der Tathandlung in § 99 zu einer *tatbestandlichen Handlungseinheit* zusammengefasst.⁶³ Nötig ist dazu der *fortdauernde Wille* des Agenten, dass seine Tätigkeit als eine Art fördernde Dienstleistung dem fremden Geheimdienst zugute kommen soll.⁶⁴ Die einzelnen Handlungsabschnitte der fortlaufenden NSA-Spionage (z.B. das Abhören, Protokollieren und Speichern) werden mithin zu einem Tatkomplex verbunden, da in jeder von ihnen das charakteristische einer geheimdienstlichen Tätigkeit zum Ausdruck kommt. Da die vorsätzliche Ausforschung zudem jeweils auf die *Lieferung von Tatsachen und Erkenntnissen* und *gegen die Interessen der Bundesrepublik* gerichtet war, erfüllten die Agenten in jeder Fallvariante den Tatbestand des § 99 I Nr. 1.⁶⁵ Wenn man – wie hier – eine Strafbarkeit nach § 96 I, II 1 annimmt, tritt § 99 indes im Wege formeller Subsidiarität zurück.⁶⁶

⁵³ Schönke/Schröder/Sternberg-Lieben (Fn. 12), § 97 Rdn. 5.

⁵⁴ MüKo-StGB/Lampe/Hegmann (Fn. 10), § 97a Rdn. 1.

⁵⁵ MüKo-StGB/Lampe/Hegmann (Fn. 10), § 97b Rdn. 2.

⁵⁶ MüKoStGB/Lampe/Hegmann (Fn. 10), § 98 Rdn. 1.

⁵⁷ Fischer (Fn. 4), § 98 Rdn. 3 f.

⁵⁸ MüKo-StGB/Lampe/Hegmann (Fn. 10), § 99 Rdn. 1.

⁵⁹ BGHSt 24, 72, 81.

⁶⁰ MüKo-StGB/Lampe/Hegmann (Fn. 10), § 99 Rdn. 8.

⁶¹ BGHSt 24, 369, 372; Fischer (Fn. 4), § 99 Rdn. 5.

⁶² Schönke/Schröder/Sternberg-Lieben (Fn. 12), § 99 Rdn. 8.

⁶³ BGHSt 42, 215, 217; Schönke/Schröder/Sternberg-Lieben (Fn. 12), § 99 Rdn. 2.

⁶⁴ Fischer (Fn. 4), § 99 Rdn. 10; Schönke/Schröder/Sternberg-Lieben (Fn. 12), § 99 Rdn. 2.

⁶⁵ Die Bereitschaftserklärung in § 99 I Nr. 2 ist hierzu subsidiär.

⁶⁶ Laut Erklärung des Generalbundesanwalts Range vom 04.06.2014 beschränkt sich das eingeleitete Ermittlungsverfahren bisher auf den Anfangsverdacht der *geheimdienstlichen Agententätigkeit*. Dem lässt sich entnehmen, dass die Bundesanwaltschaft jedenfalls zum jetzigen Zeitpunkt nicht vom Vorliegen staatschutzrelevanter Kommunikation der Bundeskanzlerin auszugehen scheint. Die Subsidiaritätsklausel des § 99 greift dann nicht. Siehe <http://www.generalbundesanwalt.de/de/showpress.php?newsid=506> (abgerufen am 27.06.2014).

III. Straftaten gegen den persönlichen Lebens- und Geheimbereich, §§ 201 ff.

1. Verletzung der Vertraulichkeit des Wortes, § 201

Das Spionageverhalten der Agenten könnte ferner den persönlichen Lebens- und Geheimbereich der Bundeskanzlerin verletzt haben. Unter das von § 201 geschützte *nicht-öffentlich gesprochene Wort* fallen neben Äußerungen unter Anwesenden auch Gespräche unter Zuhilfenahme von Fernkommunikationsmitteln (z.B. Handy, Telefon, Skype), sofern die Äußerung für einen *abgeschlossenen Zuhörerkreis* bestimmt ist.⁶⁷ Sprache sowie Inhalt sind unerheblich; entsprechend kommt es nicht darauf an, ob es sich um vertrauliche Äußerungen handelt.⁶⁸ Das gesprochene Wort ist als Gegensatz zum geschriebenen zu verstehen.⁶⁹ Unterhaltungen per E-Mail werden mithin durch § 201 nicht geschützt. Auch Metadaten wird man nicht als gesprochenes Wort auffassen können, da diese Daten nicht das Wort als stimmliche Äußerung, sondern allein die *Umstände* der Gesprächsführung betreffen. Hingegen ist die per Handy geführte Kommunikation⁷⁰ von § 201 erfasst.

Hinsichtlich der Verwirklichung der Tatmodalitäten des § 201 kommt es auf die – bislang noch nicht völlig geklärten – Tatumstände an, die auch unter Zuhilfenahme eines Beispielsfalles nicht einzeln ausführbar sind. Maßgeblich ist die spezifische *technische Durchführung* und die *eingesetzte Abhörausrüstung*. Nähme man an, dass die mitgehörten Gespräche auf einem Tonträger – worunter auch *digitale Massenspeicher* wie USB-Sticks und Festplatten fallen⁷¹ – gespeichert wurden, wäre § 201 I Nr. 1 einschlägig. Ferner kann beim Einsatz von *Richtantennen* und *Mikrofonanlagen* oder dem Einschleusen von *Spyware* auf das Handy der Bundeskanzlerin § 201 II Nr. 1 verwirklicht sein, da diese „das gesprochene Wort über dessen Klangbereich hinaus durch Verstärkung oder Übertragung unmittelbar wahrnehmbar machen“⁷² und daher als *Abhörgeräte* zu qualifizieren sind.

Wie bei den bereits diskutierten Delikten wird auch hier eine *Rechtfertigung* ausscheiden. Staatliche Behörden können zwar auf Grundlage einer gesetzlichen Ermächtigung in den Telekommunikationsverkehr eingreifen. Taugliche Eingriffsbefugnisse halten etwa §§ 100a ff. StPO oder das teilweise in der Diskussion über die NSA-Abhöraffaire herangezogene Art. 10-Gesetz⁷³ bereit. Diese Regelungen berechtigen und verpflichten ausschließlich *deutsche Behörden*. So sind nach § 1 I Nr. 1 Art. 10-Gesetz zur Überwa-

chung des Fernmeldeverkehrs die Verfassungsschutzbehörden, der Militärische Abschirmdienst und der Bundesnachrichtendienst berechtigt. Die Abhörtätigkeit *ausländischer Geheimdienste* wird durch diese Befugnisnormen hingegen nicht legitimiert.⁷⁴ Insgesamt ist daher festzuhalten, dass eine Strafbarkeit der NSA-Agenten nach § 201 I Nr. 1, 2 und/oder – je nach Fallkonstellation – II 1 Nr. 1, 2 bestehen kann, wobei die verwirklichten Tatbestände des § 201 in Tateinheit nebeneinander und außerdem in Idealkonkurrenz zu § 96 I, II stehen.⁷⁵

2. Ausspähen von Daten, § 202a

§ 202a schützt das Interesse des Berechtigten, die in *elektronisch gespeicherten* Daten verkörperten Informationen vor unbefugtem Zugriff zu schützen. Die Vorschrift erfasst Formen der „Datenspionage“ und des „Datendiebstahls“.⁷⁶ Angriffsobjekt sind *Daten* nach § 202a II. Ihre Speicherung oder Übermittlung muss eine nicht unmittelbar wahrnehmbare sein, d.h. ihr Bedeutungsgehalt darf sich erst mittels *technischer Hilfsmittel* ergeben.⁷⁷ Im Sinne des § 202a II liegt eine Speicherung der Daten vor, wenn sie auf einem Datenträger niedergelegt sind, eine Übermittlung, wenn sie unkörperlich per Netzwerk oder Internet von einem Rechner zum anderen übertragen werden.⁷⁸ Der Begriff der *Meta-Daten* für aufgezeichnete Gesprächsdetails ist in diesem Zusammenhang irreführend, da solche Verbindungsinformationen die Voraussetzungen des Datenbegriffs des § 202a nicht erfüllen, denn z.B. Länge und Gesprächspartner eines Telefonats sind der *sinnlichen Wahrnehmung* unmittelbar zugängliche Tatsachen. Indes ist eine E-Mail als elektronische Übermittlung einer *kodierten Information* taugliches Tatobjekt des § 202a. Wenn sie durch ihre Verschlüsselung eine besondere Zugangssicherung erfahren hat,⁷⁹ ist das Abfangen und Auslesen ihres Inhalts durch die NSA-Agenten eine *Überwindung der Sicherungsvorkehrungen*, die § 202a verwirklicht.⁸⁰

3. Abfangen von Daten, § 202b

Die mit dem technischen Fortschritt des Hackings einhergehenden *neuen Gefährdungslagen* für die Übermittlung von Computerdaten werden durch § 202b erfasst.⁸¹ In der hier relevanten Konstellation sind Tatobjekt des § 202b Daten, die Gegenstand einer nichtöffentlichen drahtgebundenen oder drahtlosen *Datenübermittlung* sind, beispielsweise E-Mails oder Chats.⁸² Anders als § 202a setzt § 202b eine besondere Datensicherung nicht voraus, so dass eingesetzte Verschlüsselungsmechanismen (bspw. als „VS-Geheim“) für die Strafbarkeit nach § 202b

⁶⁷ Fischer (Fn. 4), § 201 Rdn. 4; Schönke/Schröder/Lenckner/Eisele (Fn. 12), § 201 Rdn. 5.

⁶⁸ Fischer (Fn. 4), § 201 Rdn. 4; MüKo-StGB/Graf, Band 4, 2. Aufl. (2012), § 201 Rdn. 11.

⁶⁹ Schönke/Schröder/Lenckner/Eisele (Fn. 12), § 201 Rdn. 5.

⁷⁰ So in *Var. 1 und 2*.

⁷¹ LK/Schünemann, Band 6, 12. Aufl. (2009), § 201 Rdn. 14; MüKo-StGB/Graf (Fn. 68), § 201 Rdn. 20.

⁷² Begründung zu § 183 E 1962, S. 33.

⁷³ Gesetz zur Beschränkung des Brief-, Post- und Fernmeldegeheimnisses vom 26.06.2001 (BGBl. I S. 1254);

dazu der Historiker *Josef Foscipoth*, siehe <http://www.zeit.de/politik/deutschland/2013-10/nsa-uerberwachung-merkel-interview-foscipoth> (abgerufen am 27.06.2014).

⁷⁴ LK/Schünemann (Fn. 71), § 201 Rdn. 38.

⁷⁵ Vgl. zu den Konkurrenzen MüKo-StGB/Graf (Fn. 68), § 201 Rdn. 61.

⁷⁶ LK/Hilgendorf (Fn. 71), § 202a Rdn. 7.

⁷⁷ Fischer (Fn. 4), § 202a Rdn. 4.

⁷⁸ LK/Hilgendorf (Fn. 71), § 202a Rdn. 10; Fischer (Fn. 4), § 202a Rdn. 3 f.

⁷⁹ Fischer (Fn. 4), § 202a Rdn. 9a; MüKo-StGB/Graf (Fn. 68), § 202a Rdn. 81.

⁸⁰ So in *Var. 4*.

⁸¹ Fischer (Fn. 4), § 202b Rdn. 2; MüKo-StGB/Graf (Fn. 68), § 202b Rdn. 1.

⁸² Schönke/Schröder/Eisele (Fn. 71), § 202b Rdn. 3.

unerheblich bleiben. Bei E-Mails genügt zum *Verschaffen* im Sinne des § 202b schon das bloße Mitlesen, erst recht ist das Kopieren der E-Mail auf das *tätereigene Speichermedium* (z.B. Festplatte, USB-Stick) erfasst.⁸³ Im Übrigen gilt jedoch die *Subsidiaritätsklausel* des § 202b a.E., so dass der ebenfalls erfüllte und mit schwererer Strafe bedrohte § 202a vorrangig ist.⁸⁴

IV. Zwischenergebnis zur Strafbarkeit der NSA-Agenten

Die an den Spähaktionen gegen die Bundeskanzlerin beteiligten NSA-Agenten haben sich nach derzeitigem Kenntnisstand – wie er in obigem Beispielfall zum Ausdruck kommt – gemäß §§ 96 I, II 1, 25 II in Tateinheit mit §§ 201, 202a, 25 II strafbar gemacht.

C. Fragen der Strafverfolgung ausländischer Geheimagenten

I. Sachlich und örtlich zuständiges Gericht

Der Katalog des § 120 I GVG normiert für die in den Nr. 1 – 8 aufgeführten Straftaten die erstinstanzliche Zuständigkeit der *Oberlandesgerichte*, in deren Bezirk die Landesregierungen ihren Sitz haben. In unserem Fall von Interesse ist § 120 I Nr. 3 GVG, der die §§ 96 I, II 1, 25 II erfasst. Auf in § 120 I GVG nicht genannte Straftaten erstreckt sich die Gerichtsbarkeit des OLG dann, wenn diese *tateinheitlich* mit einem Staatsschutzdelikt zusammentreffen oder zwischen ihnen ein *Sachzusammenhang* besteht, wenn sie also *dieselbe Tat* im verfahrensrechtlichen Sinne (§ 264 StPO) bilden.⁸⁵ Hinsichtlich der §§ 201, 202a, 25 II kommt es daher zu einer *Verfahrenskonzentration* vor dem OLG. Zur Bestimmung der örtlichen Zuständigkeit gelten nach § 120 V 1 GVG die §§ 7 ff. StPO, wobei in der Regel der *Gerichtsstand des Tatorts* (§ 7 I StPO) gewählt wird.⁸⁶ Tatort der Spionageakte ist Berlin als Standort der amerikanischen Botschaft. Für die erstinstanzliche Verhandlung und Entscheidung über die Straftaten der NSA-Agenten ist demnach gemäß § 120 I Nr. 3 GVG das *Kammergericht* zuständig.

II. Zuständige Strafverfolgungsbehörde

Für die Verfolgung von Staatsschutzdelikten setzt bereits das Grundgesetz (Art. 30, Art. 95 V Nr. 5 GG) eine *Bundeszuständigkeit* voraus.⁸⁷ Demgemäß ist zur Verfolgung der in § 120 I GVG aufgeführten Straftaten allein der *Generalbundesanwalt* berufen, § 142a I GVG. Wenn der Generalbundesanwalt das Amt der Staatsanwaltschaft

übernimmt, übt das OLG im Wege der Organleihe *Bundesgerichtsbarkeit* aus (§ 120 VI GVG). Der Generalbundesanwalt kann Erhebungen dazu anstellen, ob ein Anfangsverdacht (§ 152 II StPO) für eine in seine Zuständigkeit fallende Straftat besteht.⁸⁸ Mit der Durchführung der Ermittlungen kann er alle Polizeibehörden des Bundes und der Länder beauftragen.⁸⁹ Die ausgedehnten Vorerhebungen im Zuge der NSA-Affäre zeigen, welch erhebliches – und politisch bemessenes – Gewicht der Prüfung des Anfangsverdachts in der Praxis eingeräumt wird.

III. Immunität und Exterritorialität als Strafverfolgungshindernisse

Für die Verfolgung von Straftaten durch Botschaftsangehörige statuieren die §§ 18 – 20 GVG ein elementares *Verfahrenshindernis*: Deren *Befreiung von der deutschen Gerichtsbarkeit*. In dem durch § 18 GVG einbezogenen Wiener Übereinkommen über diplomatische Beziehungen (WÜD) wird Immunität zum einen in *personeller Hinsicht* zugunsten der Mitglieder der diplomatischen Mission (Art. 31 ff. WÜD), zum anderen in *örtlicher Hinsicht* zugunsten der Räumlichkeiten der Mission selbst (Art. 22 WÜD, sog. *Exterritorialität*) angeordnet. Die diplomatische Immunität ist ein Verfahrenshindernis von besonderer Verbotskraft, das *ex officio* in jeder Verfahrenslage zu beachten ist.⁹⁰ Gegen die bevorrechtigten Personen dürfen keinerlei Maßnahmen der Gerichtsbarkeit vorgenommen werden, einschließlich der Strafverfolgung.⁹¹ Geschützte Personen sind gemäß Art. 1 lit. a – g WÜD die *Diplomaten* (Botschafter, Gesandte), das dienstliche Hauspersonal sowie das Verwaltungs- und *technische Personal* der Mission.⁹²

Im besprochenen NSA-Beispielfall genießt Agent A als diplomatischer Vertreter *uneingeschränkte Immunität* von der Strafgerichtsbarkeit der Bundesrepublik gemäß Art. 31 I 1 WÜD. Agent B ist als IT-Angestellter Mitglied des *technischen Personals* der Botschaft. Gemäß Art. 37 II 1 i. V. m. Art. 31 I 1 WÜD genießt auch er im strafrechtlichen Bereich denselben Schutz. Die räumliche Exterritorialität der Botschaft hat zur Folge, dass auf ihrem Gelände Amtshandlungen wie die *Beschlagnahme* (§§ 94 ff. StPO – zu denken ist etwa an die Beschlagnahme der Abhörtechnik), die *Durchsuchung* (§§ 102 ff. StPO) oder *Einziehung von Tatgegenständen* (§ 101a Nr. 1) nicht ohne Zustimmung des Missionschefs durchgeführt werden dürfen.⁹³ Dass eine solche vom amerikanischen Botschafter *John Emerson* angesichts eines Ermittlungsverfahrens erteilt werden würde, darf als unwahrscheinlich gelten.

⁸³ MüKo-StGB/Graf (Fn. 68), § 202b Rdn. 16; Schöнке/Schröder/Eisele (Fn. 71), § 202b Rdn. 7.

⁸⁴ Hinter § 202b treten ihrerseits die in Tateinheit verwirklichten §§ 89, 148 TKG (Unbefugtes Abhören von Nachrichten mit einer Funkanlage) zurück; siehe hierzu Fischer (Fn. 4), § 202b Rdn. 11.

⁸⁵ BGH NStZ 2007, 117; Meyer-Goßner, StPO, 57. Aufl. (2014), § 120 GVG Rdn. 2.

⁸⁶ Meyer-Goßner (Fn. 85), § 120 GVG Rdn. 6; Graf/Huber, StPO, 2. Aufl. (2012), § 120 GVG Rdn. 8.

⁸⁷ BGHSt 46, 238, 241 ff.; OLG München NStZ 2005, 706.

⁸⁸ Meyer-Goßner (Fn. 85), § 142a GVG Rdn. 1; Diemer NStZ 2005, 666.

⁸⁹ Graf/Huber (Fn. 86), § 120 GVG Rdn. 7; SK-StPO/Wohlers, Band 9, 4. Aufl. (2010), § 142a GVG Rdn. 8.

⁹⁰ BVerfGE 46, 342, 359; Graf/Valerius (Fn. 86), § 18 GVG Rdn. 12.

⁹¹ Graf/Valerius (Fn. 86), § 18 GVG Rdn. 8; Meyer-Goßner (Fn. 85), § 18 GVG Rdn. 2.

⁹² Graf/Valerius (Fn. 86), § 18 GVG Rdn. 3; SK-StPO/Frister (Fn. 89), § 18 GVG Rdn. 4.

⁹³ Graf/Valerius (Fn. 86), § 18 GVG Rdn. 10; KK-StPO/Barthe, 7. Aufl. (2013), § 18 GVG Rdn. 5.

Bedingt durch die überragende Schutzbedürftigkeit des zwischenstaatlichen Verkehrs werden Ausnahmen von der Immunität selbst im Fall schwerster Verbrechen nicht gemacht.⁹⁴ Das Diplomatentrecht eröffnet dem Empfangsstaat allerdings die Möglichkeit, den Diplomaten gemäß Art. 9 I 1 WÜD zur *persona non grata* zu erklären. Die Erklärung des Empfangsstaats, ein Diplomat sei für ihn *persona non grata*, verpflichtet nach Art. 9 I 2 WÜD den Entsendestaat zur *Abberufung* der betroffenen Person. Kommt der Entsendestaat der Abberufungspflicht nicht nach, kann der Empfangsstaat die Anerkennung des Diplomaten gemäß Art. 9 II WÜD verweigern. Selbst dann wird dessen Immunität aber nicht sofort hinfällig, sondern gemäß Art. 39 II 1 WÜD erst bei seiner Ausreise oder nach Ablauf einer hierfür gewährten *angemessenen Frist*.

Die Einleitung eines Ermittlungsverfahrens durch den Generalbundesanwalt gegen die in Berlin stationierten NSA-Agenten ist mithin ausgeschlossen, soweit diese als Diplomaten oder technisches Personal arbeiten. Gegen *nichtimmune Befehlshaber* – also v.a. gegen die im Ausland sitzenden Personen der oberen Führungsebene der NSA – dürften strafrechtliche Ermittlungen indes stattfinden.

IV. Insbesondere: Opportunitätserwägungen bei der Strafverfolgung

Jedoch sieht die StPO in ihren §§ 153c ff. bei Taten gegen die äußere Sicherheit erweiterbare Möglichkeiten vor, von der Strafverfolgung *abzusehen* bzw. diese *einzustellen*. Der Verzicht auf die Durchsetzung des materiellen Strafrechts ist Ausfluss der *politischen Motivation* hinter den Staatsschutzdelikten und eine Ausnahme des *Legalitätsprinzips*. Insbesondere bei § 153d StPO wird klar, dass für das Staatsschutzstrafrecht das *Primat der Politik gegenüber dem Recht* gilt.⁹⁵ Das Absehen von der (weiteren) Verfolgung steht im *pflichtgemäßen Ermessen* des Generalbundesanwalts. Dabei muss eine *Interessenabwägung* stattfinden, in die notwendigerweise die Beurteilung politischer Sachverhalte und staatlicher Positionen der Bundesrepublik einfließt.⁹⁶ Im vorliegenden Fall werden v. a. *ausenpolitische Gesichtspunkte* im Vordergrund stehen.⁹⁷ Von der Natur der Sache her wird diese Entscheidung im Zusammenwirken mit den zuständigen politischen Instan-

zen getroffen werden. Auch während des nun laufenden Ermittlungsverfahrens wird man eine regelmäßige Abstimmung zwischen Strafverfolgung und Politik erwarten dürfen. Gerade für den Bereich der Staatsschutzdelikte gilt, dass die Einleitung eines Ermittlungsverfahrens – gar die Durchführung strafprozessualer Ermittlungsmaßnahmen mit Zwangsmitteln – gegen hochrangige Geheimdienstvertreter einer – zudem bündnispartnerschaftlich verbundenen – fremden Macht politisch-diplomatische Verwerfungen mit sich bringen kann, die nach § 153d I StPO *öffentlichen Interessen* entgegenstehen.⁹⁸

D. Fazit

Insgesamt gilt es für den Fall der NSA-Spionage festzuhalten, was schon *Mommsen* attestierte: „Strafrecht ohne Strafprozess ist ein Messergriff ohne Klinge“. ⁹⁹ Trotz der aufgezeigten materiell-rechtlichen Strafbarkeit der NSA-Agenten stehen der Durchsetzung des staatlichen Strafanspruchs die diplomatischen Hürden der §§ 18 ff. GVG sowie die politischen Hürden der §§ 153c ff. StPO im Wege. Das nunmehr durch den Generalbundesanwalt eingeleitete Ermittlungsverfahren kann sich ausschließlich gegen nichtimmune NSA-Angehörige (also insbesondere nicht gegen Diplomaten und technisches Personal) richten. Hochrangige NSA-Vertreter werden zuvörderst am Hauptquartier des Geheimdienstes in *Crypto City, Maryland, USA* anzutreffen sein. Deren Vernehmung und die Durchführung von Ermittlungsmaßnahmen (etwa die Beschlagnahme von Abhörgeräten) auf dem Gelände der Botschaft dürften aussichtslose Unterfangen sein. Ganz waffenlos steht die Bundesrepublik dennoch nicht auf eigenem Boden: Die – nach hiesiger Auffassung straffällig gewordenen – Agenten kann sie diplomatenrechtlich zu *personae non gratae* erklären und damit deren Abzug aus Deutschland erzwingen. Indes muss angesichts weitgehend wirkungsloser Instrumente der Strafverfolgung die Zukunft zeigen, ob zumindest der potenzielle Abschluss des auf politischer Ebene diskutierten „*No-spy*“-Abkommens mit den USA ein Rezept zur Abwehr künftiger ausländischer Geheimdienstspionage sein kann.

⁹⁴ SK-StPO/*Frister* (Fn. 87), § 18 GVG Rdn. 8.

⁹⁵ SK-StPO/*Weßlau*, Band 3, 4. Aufl. (2010), § 153d Rdn. 1.

⁹⁶ SK-StPO/*Weßlau* (Fn. 95), § 153d Rdn. 4.

⁹⁷ So Generalbundesanwalt *Range* im Interview mit dem Deutschlandfunk, http://www.deutschlandfunk.de/kommt-ein-ermittlungsverfahren-zum-nsa-skandal.868.de.html?dr am:article_id=269203 (abgerufen am 27.06.2014).

⁹⁸ Siehe etwa zur Diskussion aktuell „Ermittlungen wegen Spähaffäre: Mit Paragrafen gegen Amerikas Spione“, <http://www.spiegel.de/politik/deutschland/nsa-affe-bundesanwalt-ermittelt-wegen-spaehangriff-auf-merkels-handy-a-973350.html> (abgerufen am 27.06.2014).

⁹⁹ Zitiert nach *Wieshöfer/Ebert*, Theodor Mommsen (2005), S. 67.

Irrwege und Wege zur Abgrenzung von Sach- und Verfahrensrüge

Von Wiss. Ass. Dr. Mohamad El-Ghazi*, Universität Bremen

I. Einleitung

Das häufig gebrauchte Postulat, bei der Revision handelt es sich um eine reine Rechtsinstanz (*revisio in jure*)¹, ist mit dem geltenden Recht unvereinbar. Die Revision ist natürlich Rechtskontrollinstanz, in gewisser Hinsicht ist sie aber auch Tatsacheninstanz.² Diese Feststellung sollte das Verständnis vom Wesen der Revision nicht erschüttern. Wer den Charakter der Revision aber in Gänze verstehen will, der muss zunächst die Unterschiede zwischen Sach- und Verfahrensrüge hinterfragen. Anhand der Wesensdivergenzen lassen sich die Anwendungsgebiete beider Rügekategorien voneinander abgrenzen.

Die Unterscheidung zwischen Sach- und Verfahrensrecht ist nicht neu: Schon der Kassationsrekurs aus dem französischen Recht des beginnenden 19. Jahrhunderts kannte die Dichotomie zwischen Sach- und Verfahrensverletzungen.³ Die preußische Nichtigkeitsbeschwerde, bei der es sich im Wesentlichen um eine Nachbildung des Kassationsrekurses handelte, adaptierte diese Zweiteilung.⁴

Die Reichsstrafprozessordnung von 1877 sollte sich nach Meinung ihrer Gesetzesväter von den Traditionen des französischen Rechts losreißen⁵, die grundlegende Diffe-

renzung zwischen Sach- und Verfahrensnormverletzung konnte aber auch hier nicht aufgegeben werden. Im Unterschied zur französischen Kassation sollte nunmehr jedoch jede Verfahrensnormverletzung zur Aufhebung des Urteils führen können, wenn nur das Urteil auf der Verletzung des Gesetzes beruht.⁶

Die Abgrenzung zwischen einer Verletzung einer Rechtsnorm über das Verfahren oder einer anderen Rechtsnorm (vgl. § 344 Abs. 2 S. 1 StPO) ist heute nicht mehr wirklich umstritten, es lässt sich aber auch nicht konstatieren, dass die Distinktion nach gesicherten Kriterien verläuft. Nach allgemeiner Auffassung sollen die Normen dem Verfahrensrecht zuzuordnen sein, *die bestimmen, auf welchem Wege der Richter zur Urteilsfindung berufen oder gelangt ist*.⁷ Es ist evident, dass diese grobe Umschreibung der Bedeutung der Distinktionsfrage nicht gerecht wird: Die Abgrenzung zwischen Sach- und Verfahrensrüge entscheidet darüber, ob und in welcher Form der Revisionsführer eine von ihm behauptete Gesetzesverletzung zu erheben hat.⁸ Handelt es sich um eine solche, die der Kategorie der Verfahrensnormverletzung unterfällt, hat der Revisionsführer die Gesetzesverletzung nicht nur individuell zu erheben, die Revisionsbegründung muss in diesem Punkt auch den rigiden Anforderungen des § 344 Abs. 2 S. 2 StPO genügen.⁹

* Der Autor ist wissenschaftlicher Assistent am Lehrstuhl für Strafrecht und Strafprozessrecht von Frau Prof. Dr. Ingeborg Zerbes (Universität Bremen).

¹ Z. B. BGH NStZ 2011, 230; Roxin/Schünemann, 27. Auflage (2012), § 55 Rn. 1.

² Vgl. El-Ghazi, Die Zuordnung von Gesetzesverletzungen zu Sach- und Verfahrensrüge in der strafprozessualen Revision, 2014, S. 47 ff.

³ Zur Entwicklung und Inhalt der Kassation im französischen Recht (auch vor dem Hintergrund der französischen Revolution vgl. Braum, Geschichte der Revision im Strafverfahren von 1877 bis zur Gegenwart, 1996, S. 20 f.; vgl. auch von Daniels, Grundsätze des rheinischen und französischen Strafverfahrens, 1849, S. 212 ff.

⁴ Vgl. Schwinge, Grundlagen des Revisionsrechts, 2. Auflage (1960), S. 6.

⁵ Hahn/Mugdan, Bd. 3, S. 249: „(Die Nichtigkeitsbeschwerde) ist wesentlich eine Nachbildung des französischen Kassationsrekurses. Wenngleich man in Deutschland die Grundsätze dieses letzteren Rechtsmittels nicht streng festgehalten, sondern dasselbe zu verbessern gesucht hat, so sind doch die der Nichtigkeitsbeschwerde anhaftenden großen Mängel seit langer Zeit tief empfunden worden. Vermöge der formalen Natur dieses Rechtsmittels muß der Nichtigkeitsrichter einerseits oft genug Entscheidungen vernichten, welche eine materielle Rechtsverletzungen durchaus nicht enthalten,

während er andererseits sich nicht selten gezwungen sieht, einer fachlich begründeten Beschwerde lediglich aus prozessualischen Gründen die Abhilfe zu versagen.“

⁶ Zur Begründung des § 376 RStPO vgl. Hahn/Mugdan, Bd. 3, S. 251.

⁷ In der Rechtsprechung erstmals BGHSt 19, 273, 275; aus der Lit.: LR-StPO/Franke, 26. Auflage (2013), § 337 Rn. 41; LR-StPO/Hanack, 25. Auflage (2003), § 337 Rn. 66; SK-StPO/Frisch, § 337 (37. Aufbau-Lfg.) Rn. 61; HK/Temming, 5. Auflage (2012), § 337 Rn. 6; AnwaltKommentar-StPO/Lohse, 2. Auflage (2010), § 337 Rn. 7; Meyer-Götsner/Schmitt, 57. Auflage (2014), § 337 Rn. 8; Pfeiffer, § 337 Rn. 3.

⁸ Ausführlich zur (weiteren) Bedeutung der Distinktionsfrage vgl. El-Ghazi, (Fn. 2), S. 52 ff.

⁹ Vgl. Hamm, 8. Auflage (2010), Rn. 222; Herdegen StaFo 1995, 31, 36; ausführlich Ritter, Die Begründungsanforderungen bei der Erhebung einer der Verfahrensrüge gemäß § 344 Abs. 2 S. 2 StPO, 2007.

Im Übrigen folgt das Bedürfnis nach einer klaren Trennlinie zwischen Sach- und Verfahrensrüge auch aus dem verfassungsrechtlichen Gebot der Rechtsmittelklarheit.¹⁰

II. Geschichte und Inhalt des herrschenden konsensualen Abgrenzungsansatzes

Der Bundesgerichtshof hat die heute allseitig gebrauchte Abgrenzungsformel erstmals in BGHSt 19, 273 verwendet: *Ob einer Rechtsnorm verfahrens- oder sachlichrechtlicher Charakter zukommt, hängt nicht von ihrer Stellung innerhalb der Gesetze ab. Es kommt insbesondere nicht darauf an, ob sie in der Strafprozeßordnung, im Strafgesetzbuch oder in einem anderen Gesetz steht.*¹¹ Vielmehr so der 3. Strafsenat weiter: *[...] wird man allgemein sagen können, daß Verfahrensvorschriften Rechtsnormen sind, die bestimmen, auf welchem Wege der Richter zur Urteilsfindung berufen oder gelangt ist, während alle anderen Vorschriften dem sachlichen Recht angehören.*¹²

Dieser Satz, der sich nach und nach zum Leitsatz zur Abgrenzung von Sach- und Verfahrensrüge durchgesetzt hat, war dabei nicht die Schöpfung des Bundesgerichtshofs. Schon *Loewenstein* verwendete ihn in seiner 3. Auflage seines Werkes zur Revision von 1933.¹³ Schon damals bemängelte dieser, dass eine klare Begriffsbestimmung für die Umgrenzung des Anwendungsbereichs der Verfahrensrüge fehle.¹⁴

Was wird aber mit dem Begriff der Urteilsfindung beschrieben? Das richtige Verständnis dieses Begriffes ist Voraussetzung für die Brauchbarkeit der loewensteinischen Formel. Logisch betrachtet scheint ihr die Vorstellung zugrunde zu liegen, dass sich das tatgerichtliche Strafverfahren aus (mindestens) zwei Phasen zusammensetzt: eine Phase der *Urteilsfindung* und eine zeitlich davor liegende Phase, die mit *Weg zur Urteilsfindung* umschrieben wird. Denn wenn es einen *Weg zur Urteilsfindung* gibt, dann muss es denklogisch auch eine Phase der *Urteilsfindung* selbst geben. Die Intension des Begriffes *Urteilsfindung* müsste in der heutigen Rechtsprechung und Literatur mithin essenzielle Bedeutung besitzen. Wem es gelingen will, die Phase (bzw. den Zustand) der Urteilsfindung selbst von dem Weg dorthin abzugrenzen, der muss sich zunächst darüber im Klaren sein, wo sich sein Ziel (die Urteilsfindung) überhaupt befindet und wann er dieses erreicht hat. Wer Auskunft darüber geben will, ob er sich noch auf dem Weg zu seinem Ziel befindet, der muss zunächst wissen, wo (oder worin) sein Ziel eigentlich liegt.

Natürlich gibt es Gesetzesverletzungen, deren Zuordnung zwischen Weg zur Urteilsfindung und Urteilsfindung selbst problemlos, also ohne weitere Ausfüllung des Begriffes *Urteilsfindung*, gelingt: Dass beispielsweise

die Vorschriften über den Umgang mit einem Beweisantrag, die Frage der Rechtmäßigkeit einer Hausdurchsuchung, die Bestimmungen über die Ladung der Beteiligten zur Hauptverhandlung oder diejenigen über die Besetzung des Spruchkörpers allesamt den Weg zur Urteilsfindung betreffen, bedarf keiner näheren Begründung.

Es kann aber auch nicht verwundern, dass die Allokation der Verletzung des *nemo tenetur*-Grundsatzes, des § 51 BZRG, die unzureichende Berücksichtigung einer rechtsstaatswidrigen Verfahrensverzögerung und (natürlich) die der sogenannten Darstellungsrüge¹⁵ erhebliche Fiktionen bereitet.¹⁶ Wenn mit der Darstellungsrüge die Beweiswürdigung auf ihre Vereinbarkeit mit den Denkgesetzen oder Erfahrungssätzen sowie ihre Plausibilität (Widersprüche, Lückenhaftigkeit) beanstandet werden kann¹⁷, muss, um die Distinktionsproblematik auf den Punkt zu bringen, die Frage beantwortet werden, ob die Beweiswürdigung noch zum Weg zur Urteilsfindung zählt oder schon Bestandteil der Urteilsfindung selbst ist.

Dem loewensteinischen Ansatz fehlt bislang jegliches dogmatisches Fundament, welches man auf seine Berechtigung hinterfragen könnte. Dennoch ist einzugestehen, dass die gebrauchte Formel in der Praxis handhabbar zu sein scheint. Gelingt eine Kategorisierung einer Gesetzesverletzung aber nicht auf Anhieb, so wird – entgegen der Erwartung – nicht danach gefragt, was denn die Urteilsfindung überhaupt ist und ob die Gesetzesverletzung noch auf dem Weg zur Urteilsfindung begangen wurde. Vielmehr wird das zur Leitformel erhobene Postulat kommentarlos verlassen.¹⁸ Der Grund hierfür kann nur darin liegen, dass die angeführten Unterscheidungskriterien bislang zu unbestimmt sind, um *wirkliche* Problemvorschriften zuordnen zu können.¹⁹ Wissenschaft und Praxis haben bislang aber nur wenig unternommen, um die Mängel bei der Anwendung des loewensteinischen Ansatzes zu beheben. Was ist die Urteilsfindung? Mithilfe des Gesetzes lässt sich dies nicht ergründen.²⁰ Was sich sicher sagen lässt, ist, dass die Anwendung der Sanktionsnorm auf den festgestellten Untersatz schon nicht mehr zum Weg zur Urteilsfindung, sondern zur Urteilsfindung selbst zählen muss. Weitere Aussagen lassen sich nur induktiv herleiten: Die Anwendung der Vorgaben über die rechtsstaatswidrige Verfahrensverzögerung dürfte ebenso noch zum Weg zur Urteilsfindung zählen. Zumindest dann, wenn man die Auffassung der Rechtsprechung teilt, die unterlassene Kompensation einer rechtsstaatswidrigen Verfahrensverzögerung sei in der Regel mit einer Verfahrensrüge geltend zu machen.²¹

¹⁵ Zur Entwicklung der Darstellungsrüge (auch erweiterte Revision genannt) vgl. *Peters*, in: FS Schäfer, 1980, S. 137, 143; vgl. auch *Schünemann* JA 1982, 123, 125.

¹⁶ Vgl. *Jähnke*, in: FS Meyer-Goßner, 2001, S. 559, 560 f.; ausführlich zu den Problemfällen und zu ihrer Zuordnung nach dem herrschenden Abgrenzungsansatz *El-Ghazi*, (Fn. 2), S. 132 ff.

¹⁷ Aus der Rechtsprechung: BGHSt 29, 18, 20; 15, 347 ff.; 10, 208, 210. Vgl. auch *Schmid* ZStW 85 (1973), S. 360 ff.

¹⁸ Z. B. BGH StraFo 2004, 356 = HRRS 2004 Nr. 629; BGH wistra 2004, 470 = HRRS 2004 Nr. 688; BGH, B. v. 23.06.2004, 1 ARs 5/04.

¹⁹ Ausführlich zur Kritik *El-Ghazi*, (Fn. 2), S. 162 ff.

²⁰ Ein Versuch der Einschränkung *El-Ghazi*, (Fn. 2), S. 166 ff.

²¹ Vgl. nur BGH StraFo 2004, 356 = HRRS 2004 Nr. 629.

¹⁰ Hierzu BVerfG WM 2009, 893, 894; BVerfGE 107, 395, 416.

¹¹ BGHSt 19, 273, 275; ausführlich zu diesem Judikat *El-Ghazi*, (Fn. 2), S. 104 ff.

¹² BGHSt 19, 273, 275.

¹³ *Loewenstein*, Einlegung und Begründung der Revision in Strafsachen, 3. Auflage (1933), S. 10.

¹⁴ *Loewenstein*, (Fn. 13), S. 10.

Die Anwendung des Zweifelssatzes hingegen dürfte nach der Rechtsprechung schon zur Urteilsfindung selbst zählen. Andernfalls dürfte sie seine Verletzung nicht bereits auf die allgemeine Sachrüge hin untersuchen.²²

Der Akt der Urteilsfindung lässt sich damit zwar induktiv eingrenzen, keineswegs ist die Intension damit vollständig umschrieben. Hinzu kommt, dass die induktive Methode zur Bestimmung des Begriffsinhalts natürlich unter dem Vorbehalt steht, dass die Aussagen über die Zuordnung der vorgenannten Rechtssätze (in dubio pro reo, rechtsstaatswidrige Verfahrensverzögerung) richtig sind.

Hierin zeigt sich auch die Problematik um den herrschenden loewensteinischen Ansatz: Solange es nicht gelungen ist, die Phasen *Weg zur Urteilsfindung* – *Urteilsfindung* sauber zu trennen, muss dieser Ansatz auf seine Grenzen stoßen, wenn es um uneindeutige Gesetzesverletzungen geht.

Mit *Hamm* lässt sich daher konstatieren: Die heute verbreitete Methode kann „niemanden befriedigen, der auf dogmatische Sauberkeit [...] bedacht ist“.²³

III. Übertragung der Leistungstheorie

In der Essenz bedeutet die Übertragung der *Leistungstheorie*²⁴ auf die hier behandelte Frage nach der Abgrenzung der beiden Rügekategorien, dass das Revisionsgericht mit der Sachrüge das leisten muss, was es mit seinen Mitteln rechtlich zu leisten imstande ist.²⁵ Die Vertreter eines leistungsorientierten Ansatzes berufen sich dabei zu Recht auf den Zweck des § 344 StPO. Der entscheidende Grund für die Pflicht zur Angabe der Mängel sei der Umstand, dass der Revisionsrichter für die Verfahrensmängel keine Ansatz- und Anhaltspunkte habe.²⁶ Sofern ein Gesetzesmangel demnach vollständig aus den Urteilsgründen herauslesbar ist, sei die infrage stehende Normverletzung schon auf die allgemeine Sachrüge zu untersuchen.

Hamm spricht – in der Tendenz ebenfalls dem Leistungsgedanken folgend – von einer „Verfahrensrüge in der Sachrüge“: „In allen Fällen, in denen sich der Verfahrensfehler vollständig aus den Urteilsgründen ergibt“²⁷, könne auf die Erklärung des Revisionsführers, es läge ein Verfahrensfehler vor, verzichtet werden. Die Verfahrensrüge sei als in der Sachrüge konkludent mitgerügt zu behandeln.²⁸ Methodisch fordert *Hamm* (und vor ihm schon *Sarstedt*)²⁹ aber etwas ganz anderes, als es *Peters* tut: Die Forderung, auf die Erhebung einer Verfahrensrü-

ge zu verzichten, erweist sich letztlich als Plädoyer für eine teleologische Reduktion des § 344 StPO. Mitnichten erhebt *Hamm* damit seinen Ansatz zur kategorischen Formel zur Abgrenzung der Anwendungsbereiche von Sach- und Verfahrensrüge. Denn dem Grunde nach setzt die Forderung nach einem Verzicht auf eine Verfahrensrüge voraus, dass bereits feststeht, dass die aus dem Urteil ableitbare Gesetzesverletzung der Kategorie Verfahrensrüge zugeordnet wurde. Nicht die Distinktion zwischen Sach- und Verfahrensrüge verläuft hier leistungsorientiert, sondern lediglich die Anwendung der rigiden Vorschriften über die Verfahrensrüge. Insbesondere soll auf die Anwendung des § 344 StPO verzichtet werden können, wenn der Gesetzesmangel vollständig aus dem Urteil ersichtlich wird.

Auch die Rechtsprechung beschreitet bereits heute einen ähnlichen Weg. Folgen bestimmte Tatsachen bereits aus den Urteilsgründen, so können diese zur Vervollständigung einer vom Revisionsführer angebrachten Verfahrensrüge herangezogen werden.³⁰ Sie fordert damit – im Unterschied zu *Hamm* – weiterhin die Anbringung einer auf den jeweiligen Gesetzesverstoß zielenden Verfahrensrüge. Nur auf die Mitteilung der Tatsachen, die sich aus dem Urteil bereits ablesen lassen, wird verzichtet. Die teleologische Reduktion, die die Rechtsprechung an dieser Stelle betreibt, beschränkt sich mithin allein auf § 344 Abs. 2 S. 2 StPO. Die Vorschrift, die die Anbringung der Verfahrensrüge fordert (§ 344 Abs. 2 S. 1 StPO), wird nicht reduziert. Einzig hierin besteht ein Unterschied zu dem Vorschlag von *Hamm*.

Eine echte Abgrenzung der Anwendungsbereiche von Sach- und Verfahrensrüge anhand des Leistungsansatzes hat sich letztlich aber nicht durchzusetzen vermocht.³¹ Zum einen ist der leistungsorientierte Ansatz nicht mit der im Gesetz vorgesehenen strikten Dichotomie zwischen Sach- und Verfahrensfehler vereinbar. Zum anderen hinge die Zuordnung letztlich von der Willkür des Urteilsverfassers und damit aus Sicht des Revisionsgerichts letztlich vom Zufall ab. Ein und dieselbe Gesetzesverletzung könnte in einem Fall der Sachrüge, in einem anderen Fall der Verfahrensrüge unterfallen. Zu Recht hält *Frisch* der Leistungstheorie daher entgegen, sie verwerde ein „querliegendes [...] Kriterium“.³² De lege lata, so *Frisch*, erweist sich der Ansatz als unhaltbar. Vorschriften, die evident dem Verfahrensrecht zuzuschreiben sind, würden aufgrund einer zufälligen Erkennbarkeit aus den Urteilsgründen ihre Natur verändern. Dies wäre rechtssystematisch in der Tat unerklärlich.³³ Eine solche Transformation ist im Gesetz nicht angelegt. Sie findet keine „Verhaftung“ im Wortlaut der Vorschrift. Die in § 344 StPO vorgesehene Zweiteilung zwischen Rechtsnormen über das Verfahren und anderer Rechtsnormen würde damit aufgegeben. Dem Gesetz lässt sich aber die Ent-

²² Vgl. hierzu *KK/Ott*, 7. Auflage (2013), § 261 Rn. 87.

²³ *Hamm*, (Fn. 9), Rn. 15.

²⁴ Die Leistungstheorie wurde von *Peters* ursprünglich zur Abgrenzung der Tat- und der Rechtsfrage entwickelt, vgl. *Peters ZStW* 57 (1938), S. 52 ff.; *Peters*, Strafprozeß, 4. Auflage (1985), S. 640 f.

²⁵ *Peters*, (Fn. 24), S. 653.

²⁶ *Peters*, (Fn. 24), S. 653.

²⁷ *Hamm*, in: FS Rissing-van Saan, 2011, S. 195, 203.

²⁸ *Hamm*, (Fn. 27), S. 195, 203.

²⁹ Schon *Sarstedt/Hamm*, 6. Auflage (1998), Rn. 15 und Rn. 272.

³⁰ BGHSt 36, 384, 385; BGH StV 1982, 55; BGH NJW 1992, 2304, 2305; BGHSt 45, 203, 204 f.; BGH NSTZ-RR 1997, 304, 305; BGH StV 1995, 564, 565; 2000, 604, 605; BGH wistra 2011, 276, 277 = HRRS 2011 Nr. 493.

³¹ *Jähne*, (Fn. 16), S. 559, 568; SK-StPO/*Frisch*, (Fn. 7), § 337 Rn. 64; LR-StPO/*Franke*, (Fn. 7), § 337 Rn. 42; *Hanack* JR 1981, 433, 434; *Schäfer*, in: FS Rieß, 2002, S. 477, 482; vgl. auch BGH NSTZ 2004, 639, 642 = HRRS 2004 Nr. 327.

³² SK-StPO/*Frisch*, (Fn. 7), § 337 Rn. 64.

³³ *Jähne*, (Fn. 16), S. 559, 568.

scheidung für eine statische Zweiteilung entnehmen (vgl. §§ 352, 357 StPO), die sogar schon vor 1877 anerkannt war. Allein die zufällige Erkennbarkeit einer Gesetzesverletzung aus den Urteilsgründen kann nicht die enormen Unterschiede in der Behandlung zwischen Verfahrens- und Sachnormverletzung rechtfertigen.

IV. Die Wesensdivergenzen als Ausgangspunkt für eine Abgrenzung zwischen Sach- und Verfahrensrüge

Die Herleitung einer Formel zur Abgrenzung der beiden Rügekategorien sollte im Ausgangspunkt bei den Wesensdivergenzen zwischen Sach- und Verfahrensrüge ansetzen: Nicht ohne Grund unternehmen manche Autoren den Versuch, für die Distinktion auf die schriftlichen Urteilsgründe zu rekurrieren. Die schriftlichen Urteilsgründe liefern anerkanntermaßen die ausschließliche Grundlage für die revisionsrechtliche Sachprüfung.³⁴ Die gegenteilige Annahme bedeutete einen Bruch mit den geltenden Grundpfeilern des Revisionsrechts. Wer die Bindung an die tatsächlichen Feststellungen im Bereich der Sachrüge infrage stellt, so Fezer, der würde zu einer wesensmäßigen Veränderung der Revision hin zu einer Berufung beitragen.³⁵ Die *Tatfrage* ist dem Revisionsgericht entzogen.

Eine Überprüfung der Urteilssyllogismen durch das Revisionsgericht kann vor diesem Hintergrund aber nur gelingen, wenn ihm die Untersätze zur Kenntnis gelangen. Die Übermittlung dieser Untersätze wird mittels eines Mediums, den schriftlichen Urteilsgründen, bewerkstelligt. Die Tatsachen zum Schuld- und Rechtsfolgenanspruch sind in der Urteilsurkunde hinreichend sicher festgeschrieben. Zu dieser Festschreibung passt die Irreversibilität der Tatfrage. Jedoch nehmen nicht alle Tatsachen, die in den Urteilsgründen auftauchen, an dieser *Freistellung* von der Revisibilität und damit auch an einer Bindungswirkung gegenüber dem Revisionsgericht teil. Letztlich ist die hier notwendige Differenzierung hinsichtlich der Bindungswirkung der Grund, warum die leistungsorientierten Ansätze nicht zu überzeugen vermögen.

Entscheidend ist nicht, welche Rechtsmängel (samt der Tatsachen, die man für ihre Affirmation braucht) aus den schriftlichen Urteilsgründen ersichtlich sind. Entscheidend ist, welche Tatsachen für das Revisionsgericht bindend sind. Nicht alle Tatsachen, die in den Urteilsgründen auftauchen, binden das Revisionsgericht. Es ist aber gerade die tatsachenbezogene Bindungswirkung, die der

Sachrüge ihr Wesen verleiht.³⁶ Die *Konzeption* der Sachrüge findet ihren Ausgangspunkt aber bereits in den Vorschriften zur Hauptverhandlung. Nicht ohne Grund sind bestimmte Tatsachen für das Revisionsgericht verbindlich. In gewisser Hinsicht ist das Tatgericht dem Revisionsgericht überlegen: Alle Tatsachen, die der sog. Tatfrage zugerechnet werden, unterliegen bereits in der tatgerichtlichen Hauptverhandlung einer gesonderten Behandlung – nämlich dem Strengbeweisverfahren. Dem Tatgericht stehen in der Hauptverhandlung (mindestens) zwei Wege für die Erforschung von Tatsachen bereit. Zum einen das relativ rigide Strengbeweisverfahren, zum anderen das Freibeweisverfahren.³⁷ In dessen Rahmen kann das Tatgericht losgelöst von den Grundsätzen der Unmittelbarkeit und Mündlichkeit vergleichsweise frei agieren und tatsächliche Feststellungen treffen.³⁸ Diese Zweispurigkeit, für deren Existenz es im Gesetz an mehreren Stellen Hinweise gibt (vgl. §§ 244 Abs. 1, 251 Abs. 3, § 263 StPO), ist einhellig anerkannt.³⁹ Dabei ist es auch kein Zufall, dass die Tatsachen, für die das Strengbeweisverfahren gilt, mit den Tatsachen kongruieren, über die sich das Revisionsgericht nicht hinwegsetzen darf. Die Tatsachen, die das Revisionsgericht nicht selbst aufklären kann, sind zwingend in einem strengen Beweisverfahren ermittelt worden. Gerade die Anwendung des rigiden Strengbeweisverfahrens rechtfertigt es, das dabei verifizierte Geschehen als ontologische Wahrheit zu behandeln.

Dabei verläuft die tradierte Unterscheidung zwischen Frei- und Strengbeweisverfahren kohärent zur Aufgabenteilung zwischen Tat- und Revisionsinstanz. Findet das Strengbeweisverfahren Anwendung, löst dieses eine Bindungswirkung für das Revisionsgericht aus. Dem Revisionsgericht selbst steht das Strengbeweisverfahren rechtlich nicht zur Verfügung. Die Tatsachen, die das Tatgericht im Strengbeweisverfahren zu eruieren hat, kann das Revisionsgericht natürlich nicht unter Anwendung eines weniger rigiden Beweiserhebungsverfahrens erneut aufklären.

Wenn wir das Wesen der Verfahrensrüge betrachten, werden weitere Korrelationen zum Beweisrecht der

³⁴ Vgl. Eisenberg, 7. Auflage (2012), Rn. 38; LR-StPO/Franke, (Fn. 7), § 337 Rn. 75; SK-StPO/Frisch, (Fn. 7) § 337 Rn. 101; Meyer-Götsner/Schmitt, (Fn. 7), § 337 Rn. 22; Graf/Wiedner, (Ed. 15) § 337 Rn. 78; Pfitzner, Bindung der Revisionsgerichte an vorinstanzliche Feststellungen im Strafverfahren, 1988, S. 25; Widmaier/Dahs, § 12 Rn. 238; Fezer, in: Ebert (Hrsg.), Aktuelle Probleme der Strafrechtspflege, 1991, S. 89, 104 f.; Schmid ZStW 85 (1973), 893, 902; Rieß NJW 1978, 2265, 2270; Pelz NSStZ 1993, 361, 362; BGHSt 2, 248, 249; 15, 347, 350; BGH bei Dallinger MDR 1972, 569, 572; BGHSt 35, 238, 241.

³⁵ Fezer, (Fn. 34), S. 89, 105.

³⁶ Näher El-Ghazi, (Fn. 2), S. 240 ff.

³⁷ RGSt 4, 205 f.; 4, 264 (265); 6, 161 (162 f.); 51, 71 (72); 55, 231; BGH bei Dallinger MDR 1955, 143 f.; BGHSt 16, 164 (166); 21, 81; 46, 349 (351 ff.); Graf/Bachler, § 244 (Ed. 15) Rn. 8; Meyer-Götsner/Schmitt, (Fn. 7), § 244 Rn. 7; Alsberg/Dallmeyer, Der Beweisantrag im Strafprozess, 6. Auflage (2013), Rn. 230 ff.; LR-StPO/Becker, 26. Auflage (2009), § 244 Rn. 18, 30; LR-StPO/Sander/Cirener, 26. Auflage (2009), § 251 Rn. 71 ff.; Eb. Schmidt, Lehrkommentar StPO und GVG, Teil II, (1957), vor §§ 244-256, Rn. 18; Roxin/Schünemann, (Fn. 1), § 24 Rn. 2 ff.; Volk, 7. Auflage (2010), § 23, 1, 7 ff.; KK/Krehl, 7. Auflage (2013), § 244 Rn. 8; KMR/Paulus, § 244 (30. Lfg.) Rn. 351; Schlüchter, 2. Auflage (1983), Rn. 474; v. Hippel, Der deutsche Strafprozess, 1941, S. 472; E. Peters, Der sogenannte Freibeweis im Zivilprozeß, 1962, S. 28; Schwinge, (Fn. 4), S. 165; Stützel, Der Beweisantrag im Strafverfahren, 1932, S. 6; Willms, in: Ehrengabe Heusinger, 1968, S. 393, 394 f.; Alsberg GA 62 (1916), 1 ff.; Kindhäuser, 3. Auflage (2013), § 21, Rn. 3 ff.; Kühne, 8. Auflage (2010), Rn. 760; zur Abgrenzung im Zivilverfahren vgl. Reißmann JR 2012, 182 ff.

³⁸ Näher KK/Krehl, (Fn. 37), § 244 Rn. 16 ff.

³⁹ Vgl. Nachweise in Fn. 37.

Hauptverhandlung deutlich. Im Ausgangspunkt ist zunächst davon auszugehen, dass das Revisionsgericht hinsichtlich bestimmter Tatsachen eine eigene Tatsachenfeststellungskompetenz besitzt.⁴⁰ Dies lässt sich normativ aus §§ 344 Abs. 2 S. 2, 352 StPO ableiten: Erstere Vorschrift verpflichtet den Revisionsführer dazu, einen Tatsachenvortrag anzubringen. Diese Verpflichtung ließe sich – auch verfassungsrechtlich – nicht rechtfertigen, wenn diese Tatsachen nicht auf ihre Wahrhaftigkeit überprüft werden dürften. Dass diese Kompetenz dem Revisionsgericht zukommen muss, findet in § 352 Abs. 2 StPO Bestätigung. Hier ist von unrichtigen Tatsachen die Rede. Wie soll das Revisionsgericht eine Aussage über die Richtigkeit bzw. Unrichtigkeit treffen, wenn es eine solche Kompetenz nicht besäße. Hier wird mithin stillschweigend vorausgesetzt, dass in Bezug auf die in § 344 Abs. 2 S. 2 StPO genannten Tatsachen eine Tatsachenfeststellungskompetenz existiert.

Das Wesen der Verfahrensrüge wird aber gerade durch diese Tatsachenfeststellungskompetenz geprägt. Die Tatsachen, die das Tatgericht freibeweislich aufklären durfte (nicht musste)⁴¹, lösen eine solche Bindungswirkung nicht aus. Dies geht mit der Befugnis des Revisionsgerichts einher, derartige Tatsachen eigenständig zu ergründen.

Die angedeuteten Korrelationen lassen sich damit wie folgt auf den Punkt bringen: Untersätze, die das Tatgericht vollständig im Strengbeweis ergründen muss, sind für das Revisionsgericht bindend. Es hat diese Untersätze seiner Subsumtion zugrunde zu legen. Die Bindungswirkung, die das Strengbeweisverfahren auslöst, prägt aber gerade das Wesen der Sachrüge. Das Strengbeweisverfahren geht mithin mit einer Bindungswirkung einher, welche wiederum in einer Wechselbeziehung zum Anwendungsbereich der Sachrüge steht.

Entsprechende Korrelationen finden wir zwischen dem Anwendungsfeld des Freibeweisverfahrens und der Verfahrensrüge. Die „Untersätze“, die nicht obligatorisch dem Strengbeweis unterliegen, lösen keine Bindungswirkung gegenüber dem Revisionsgericht aus. Sowohl Tat als auch Revisionsgericht könnten die hier infrage stehenden Tatsachen *frei* (von den Direktiven des Strengbeweises und ohne Bindungswirkung) ergründen. Gerade die fehlende Bindungswirkung (mit einhergehender Tatsachenfeststellungskompetenz des Revisionsgerichts) prägt aber eben *nur* das Wesen der Verfahrensrüge. Die Eröffnung des Freibeweisverfahrens für das Tatgericht, die Nichtbindung des Revisionsgerichts und die damit

einhergehende Prüfungskompetenz in Bezug auf die freibeweislich festgestellten Tatsachen stehen damit ebenfalls in einem Abhängigkeitsverhältnis. Es ist daher nur konsequent, wenn § 344 Abs. 2 S. 2 StPO den Befehl ausspricht, die den Mangel enthaltenden Tatsachen anzugeben. Ein Bedürfnis dafür besteht nur für solche Rechtsnormen, deren Untersätze entweder keine oder nur eine partielle Bindungswirkung gegenüber dem Revisionsgericht auslösen. Es erweist sich damit auch als systematisch kohärent, dass dem Revisionsführer ein Tatsachenvortrag nur abverlangt wird, soweit die Tatsachen der Disposition des Revisionsgerichts unterliegen. § 344 Abs. 2 S. 2 StPO ist sowohl Beleg als auch Ausdruck der Wesensambivalenz zwischen den Anwendungsfeldern von Sach- und Verfahrensrüge.

V. Schlussfolgerungen:

Von diesen Erkenntnissen ausgehend lassen sich die Anwendungsbereiche von Sach- und Verfahrensrüge alternativ umschreiben: Mit Blick auf die Wesensmerkmale von Sach- und Verfahrensrüge muss es darauf ankommen, welche Art von Tatsachenmaterial das Revisionsgericht benötigt, um einen Gesetzesverstoß verifizieren zu können. Eine Tatsache, die tatgerichtlich nicht zwingend den Direktiven des Strengbeweisverfahrens unterliegt, kann nur im Rahmen einer Verfahrensrüge eine Rolle spielen. Oder anders formuliert: Im Anwendungsbereich der Sachrüge darf nicht *eine einzige Tatsache* eine rechtliche Bedeutung besitzen, die nicht im Wege des Strengbeweises von Seiten des Tatgerichts zu ergründen wäre. Stets dann, wenn eine Tatsache von Seiten des Tatgerichts freibeweislich ergründet werden könnte, bedeutet dies, dass jede Gesetzesverletzung, in der dieselbe Tatsache eine Relevanz besitzt, nur mithilfe einer Verfahrensrüge beanstandet werden kann.

Damit lässt sich auch die folgende Regel formulieren: Eine Rechtsnormverletzung ist stets dann mit einer Verfahrensrüge geltend zu machen, wenn das Revisionsgericht für ihre Beurteilung mindestens auch auf eine Tatsache zurückgreifen muss, die das Tatgericht nicht im Strengbeweis aufzuklären hätte.⁴² Diese Tatsache, mag sie auch von noch so beiläufiger Bedeutung für die Rechtsnormverletzung sein, löst für das Revisionsgericht keine Bindungswirkung aus. Es ist damit diesbezüglich auf seine eigene Freibeweiskompetenz angewiesen, die es nur im Anwendungsbereich der Verfahrensrüge besitzt. Oder anders gesprochen: Hinsichtlich dieser einen Tatsache mangelt es an der das Wesen der Sachrüge prägenden Bindungswirkung.

Lässt sich eine Gesetzesverletzung hingegen ohne Kenntnis einer Freibeweistatsache behaupten, findet sie (die Gesetzesverletzung) bereits allein auf die Sachrüge hin die Beachtung des Revisionsgerichts. Ein Tatsachenvortrag i. S. d. § 344 Abs. 2 S. 2 StPO kann – aufgrund der Bindungswirkung – nicht gefordert sein, weil er sinnlos wäre.

Der Grund, warum die Gesetzesverletzungen mit *gemischter Tatsachengrundlage* (sowohl die Kenntnis von Freibe-

⁴⁰ Vgl. BGH NJW 1979, 115; BGH bei *Dallinger* MDR 1972, 569, 572; BGH NJW 1961, 1979, 1980; BGH NJW 1960, 1115; BGHSt 30, 215, 218; KK/*Krehl*, (Fn. 37), § 244 Rn. 8 ff.; SK-StPO/*Frisch*, (Fn. 7), § 337 Rn. 70 ff.; LR-StPO/*Becker*, (Fn. 37), § 244 Rn. 30 ff.; LR-StPO/*Franke*, (Fn. 7), § 337 Rn. 31 f., 49 f.; *Alsberg/Dallmeyer*, (Fn. 37), Rn. 238 ff.; *Beling*, in: FS Binding II, 1911, S. 89, 92; *Herdegen*, in: FS Salger, 1995, S. 301, 305; *Pfitzner*, (Fn. 34), S. 25.

⁴¹ Das Gleiche gilt, wenn das Tatgericht freiwillig die Regelungen zum Strengbeweis anwendet. Andernfalls läge es in der Hand des Tatgerichts, zu entscheiden, welche Tatsachen für das Revisionsgericht bindend sind. Hierzu ausführlich *El-Ghazi*, (Fn. 2), S. 49 ff.

⁴² Ausführlich *El-Ghazi*, (Fn. 2), S. 263 ff.

weis- als auch Strengbeweistatsachen ist für die Bewertung des Mangels notwendig) der Verfahrensrüge und nicht der Sachrüge unterfallen, liegt darin, dass das Vorhandensein einer Freibeweistatsache es notwendig macht, dem Revisionsführer einen (begrenzten) Tatsachenvortrag abzuverlangen. Tatsachen, die nicht bindend sind, kann das Revisionsgericht selbst im Rahmen der Verfahrensrüge eruieren. Um sich aber nicht selbst auf die Suche nach nicht bindenden Tatsachen begeben zu müssen, ist die Anwendung der Regelungen über die Verfahrensrüge insoweit geboten. Die gemischte Rüge passt damit wesensmäßig in den Anwendungsbereich der Verfahrensrüge, und zwar auch dann, wenn bezüglich der Strengbeweistatsachen eine Bindungswirkung zulasten des Revisionsgerichts besteht. Nur die Verfahrensrüge eröffnet dem Revisionsgericht hinsichtlich der Freibeweistatsachen seine Tatsachenfeststellungskompetenz.⁴³

VI. Abgrenzung zwischen Streng- und Freibeweistatsachen

Der hiermit formulierte Abgrenzungsansatz ist mit einer Verlagerung der Distinktionsproblematik verbunden: Bezüglich welcher Tatsachen findet das Strengbeweisverfahren Anwendung und wann genügt der Freibeweis?

Der Diskurs um die Abgrenzung von Streng- und Freibeweis verläuft weitestgehend in sicheren Bahnen. Da der Angeklagte durch die überobligatorische Anwendung des Strengbeweisverfahrens nicht belastet wird und auch die freiwillige Anwendung der Strengbeweisdirektive auf eigentliche Freibeweistatsachen nicht zu einer Bindungswirkung führen kann⁴⁴, konnte die Frage nach der Abgrenzung bislang dahinstehen, wenn das Tatgericht sicher geht und bei der Feststellung von Tatsachen vorsorglich die Vorgaben des Strengbeweises beachtet.

Nach überkommener Auffassung ist der Strengbeweis auf solche Tatsachen anzuwenden, die unmittelbar den Schuld- oder Rechtsfolgenausspruch betreffen.⁴⁵ Diese Beschränkung des Anwendungsbereichs des Strengbeweises ist heute allgemein anerkannt. Der Strengbeweis beansprucht somit dann Geltung, wenn Tatsachen betroffen sind, auf denen das tatrichterliche Urteil seinem sachlichen Gehalt nach beruht.⁴⁶ Er gilt damit für Umstände, die den Hergang der Tat, die Schuld des Täters und die Art und das Ausmaß der strafrechtlichen Folgen betreffen.⁴⁷ Zu den Schuldspruchtatsachen zählen alle

tatsächlichen Feststellungen zum objektiven und subjektiven Tatbestand sowie alle Tatsachen, die einen Rechtfertigungs-, Entschuldigungs-, Schuld- oder Strafausschließungs-, Strafausschließungs- oder Strafaufhebungsgrund tragen. Dem Rechtsfolgenausspruch zuzurechnen sind (u. a.) alle Tatsachen zu den Haupt- und Nebenstrafen, den Nebenfolgen, den Maßregeln der Besserung und Sicherung sowie die Tatsachen, deren Kenntnis für die Anordnung von Verfall und Einziehung notwendig sind.⁴⁸

Tatsachen, die keine unmittelbare Bedeutung für den Schuld- oder Rechtsfolgenausspruch aufweisen, mithin nicht zu den Schuldspruch- oder Rechtsfolgentatsachen zählen, müssen vom Tatgericht hingegen nicht unter Anwendung der Strengbeweisregelungen aufgeklärt werden. Die Frage, ob ein Angeklagter als damaliger Beschuldigter in seiner ersten polizeilichen Vernehmung ordnungsgemäß (§163a Abs. 4 S. 2 i. V. m. § 136 Abs. 1 S. 2 StPO) belehrt worden ist, sagt selbst unmittelbar nichts über das Schuld- oder Rechtsfolgentatsachen aus.⁴⁹

Die Abgrenzung zwischen Streng- und Freibeweis verläuft überwiegend kongruent zu § 263 Abs. 1 StPO. Danach ist für jede dem Angeklagten benachteiligende Entscheidung über die Schuldfrage und die Rechtsfolgen der Tat eine Mehrheit von zwei Dritteln der Stimmen des Spruchkörpers notwendig. Sämtliche Entscheidungen, die der Spruchkörper mit dieser qualifizierten Mehrheit zu treffen hat, müssen auf einem Untersatz beruhen, der im Strengbeweisverfahren festgestellt worden ist.

Es soll hier nicht der Eindruck vermittelt werden, die Distinktion zwischen Streng- und Freibeweis verlaufe stets problemlos. Auch hier gilt: Je tiefer man gedanklich in die Materie eintaucht, umso mehr Kontradiktionen treten auf. Zweifelsohne verdienen die bisherigen Leitsätze zur Abgrenzung von Streng- und Freibeweistatsachen weitere Konkretisierung. Dies haben andere zum Teil schon geleistet.⁵⁰ Zur Veranschaulichung des beweisakzessorischen Ansatzes sollen hier die vorangegangenen Ausführungen genügen.⁵¹

VII. Ein Anwendungsbeispiel

Um die Handhabbarkeit einer beweisakzessorischen Anknüpfung zu demonstrieren, bietet es sich an, die vorgeschlagene Regel an Hand eines Beispiels durchzuspielen:

⁴³ Damit lassen sich aber auch die leistungsorientierten Ansätze einer Neubewertung unterziehen: Nicht die Erkennbarkeit aus den Urteilsgründen, sondern die Bindungswirkung ist das entscheidende Kriterium. Ausnahmsweise kann die Bindungswirkung einer Strengbeweistatsache auf eine regulär nicht bindende Freibeweistatsache ausstrahlen. Das ist insbesondere bei sog. doppelrelevanten Tatsachen der Fall. Bei diesen doppelrelevanten Tatsachen kann auf die Anwendung des § 344 Abs. 2 S. 2 StPO verzichtet werden. Nur insoweit ist eine teleologische Reduktion des § 344 Abs. 2 StPO gerechtfertigt, vgl. *El-Ghazi*, (Fn. 2), S. 265 f.

⁴⁴ *El-Ghazi*, (Fn. 2), S. 49 ff.

⁴⁵ Vgl. Nachweise in Fn. 37.

⁴⁶ So *KK/Krehl*, (Fn. 37), § 244 Rn. 8.

⁴⁷ So *Roxin/Schünemann*, (Fn. 1), § 24 Rn. 2.

⁴⁸ Insgesamt hierzu *Alsberg/Dallmeyer*, (Fn. 37), Rn. 239 f.

⁴⁹ Nur mittelbar kann die Belehrungsfrage für den Schuld- oder Rechtsfolgenausspruch Bedeutung besitzen. Allein diese mittelbare Bedeutung genügt nicht, um die Anwendung des Strengbeweises auszulösen, vgl. *LR-StPO/Becker*, (Fn. 37), § 244 Rn. 30; *Alsberg/Dallmeyer*, (Fn. 37), Rn. 244; im Ansatz bereits *E. Peters*, (Fn. 37), S. 54, *Wroblewski*, *Freibeweis im Strafverfahren*, 1935, S. 40; näher zur Konkretisierung der Abgrenzung zwischen Streng- und Freibeweis: *El-Ghazi*, (Fn. 2), S. 285 ff.

⁵⁰ Vgl. z. B.: *Ditzen*, *Dreierlei Beweis im Strafverfahren*, 1926; *E. Peters*, (Fn. 37); *Wroblewski*, (Fn. 49).

⁵¹ Näher *El-Ghazi*, (Fn. 2), S. 285 ff., insb. 290 ff.

Nicht selten hört man von Seiten (manchmal auch nur scheinbar) engagierter Strafverteidiger den Vorwurf an die Strafgerichte, das Urteil spiegele nicht den Inhalt der Hauptverhandlung wider. Zeugen oder Sachverständige hätten überhaupt nicht, oder zumindest anders als im Urteil geschildert, in der Hauptverhandlung ausgesagt. Urkunden hätten nicht den im Urteil vermittelten Inhalt. Augenscheinsobjekte würden im Urteil falsch beschrieben. Als Außenstehender, der die Hauptverhandlung nicht persönlich verfolgt hat, kann man die Berechtigung derartiger Vorwürfe nur schwer einschätzen. Zumindest das eigene Gerechtigkeitsempfinden sträubt sich der Vorstellung, die zur Urteilsfindung berufenen Personen würden Tatsachen bewusst (dieser Vorwurf schwingt stets mit) verfälschen, um ihren Urteilspruch müheloser begründen zu können.

Die Mittel der Verteidigung, sich gegen die (behauptete) Inkonsistenz mit der Revision zur Wehr zu setzen, sind rar – aber vorhanden: Im Ausgangspunkt kann § 261 StPO nicht nur das Verbot entnommen werden, keine Erkenntnisse heranzuziehen, die nicht Inbegriff der Hauptverhandlung waren.⁵² Dieser Vorschrift kann auch das Gebot entnommen werden, alle wesentlichen Erkenntnisse, die in der Hauptverhandlung Erwähnung gefunden haben, bei der Entscheidungsfindung zu berücksichtigen und dies in den Urteilsgründen kenntlich zu machen (Ausschöpfungsgebot).⁵³ Im Grundsatz kann auch die Verletzung des Ausschöpfungsgebotes revisionsrechtlich beanstandet werden.⁵⁴ Diese Grunderkenntnis klingt vielleicht zu schön, um wahr zu sein. Letztlich ist sie es auch nicht ganz. Zum Scheitern ist diese Form der umgekehrten Inbegriffsrüge häufig deshalb⁵⁵, weil ihr das ungeschriebene Postulat vom Verbot der Rekonstruktion der Hauptverhandlung entgegensteht.⁵⁶ Dieses besagt, dass es nicht Aufgabe des Revisionsgerichts sein kann, den Inhalt der Beweisaufnahme durch Rekonstruktion aufzuklären. Demnach seien die Revisionsgerichte gerade nicht befugt, freibeweislich zu ermitteln, welchen Inhalt eine Zeugenaussage hatte oder welche Fragen dem Zeugen von Seiten des Gerichts gestellt worden sind. Dies

widerspräche der Ordnung des Revisionsverfahrens.⁵⁷ Eine Ausnahme von diesem (in seiner Herleitung zweifelhaften⁵⁸) Verbot macht die Rechtsprechung dann, wenn der Inhalt einer Beweiserhebung zweifelsfrei und ohne Weiteres auch dem Revisionsgericht zur Verfügung steht. Dies soll (u. a.) dann der Fall sein, wenn sich der Gehalt einer Beweiserhebung bereits aus dem Inhalt einer in der Hauptverhandlung verlesenen Urkunde oder anderen schriftlichen Erklärung ergibt.⁵⁹ Behauptet der Urteilsverfasser in den schriftlichen Urteilsgründen beispielsweise, der Angeklagte habe von Anfang an nicht die Absicht gehabt, seinem Betrugsopfer den vertraglich vereinbarten Kaufpreis in Höhe von 100.000 EUR zu bezahlen, dann kann dies revisionsrechtlich erfolgversprechend angegriffen werden, wenn der in der Hauptverhandlung verlesene Kaufvertrag einen geringeren Kaufpreis ausweist. Auch die Rechtsprechung will mit solch eindeutig belegbaren Widersprüchen zwischen materieller Wahrheit und Urteilswahrheit nicht leben. Mit anderen Inkonsistenzen, die zwar tatsächlich beweisbar wären, jedoch aus Sicht des Revisionsgerichts nicht evident sind, will sich die Rechtsprechung hingegen abfinden.

Kommen wir aber zurück zur hier behandelten Kernfrage: Die revisionsrechtliche Beanstandung eines solchen (ohne Weiteres beweisbaren) Mangels setzt auch nach der hier vorgeschlagenen beweisakzessorischen Anknüpfung eine Verfahrensrüge voraus. Diese muss den Anforderungen des § 344 Abs. 2 S. 2 StPO gerecht werden. Fragen wir nämlich danach, ob für die Beurteilung der Gesetzesverletzung die Kenntnis einer Tatsache notwendig ist, die nicht dem Regime des Strengbeweises untersteht, so ist die Zuordnung hier eindeutig. Wie gesagt, die Rüge, das Gericht habe das Gebot der Ausschöpfung verletzt, kann nur dann Erfolg haben, wenn das Beweismittel auch Inbegriff der Hauptverhandlung war. Das Revisionsgericht muss mithin wissen, ob das Beweismittel in der Hauptverhandlung erhoben worden ist. Diese Tatsache besitzt jedoch offenkundig keine unmittelbare Bedeutung für den Schuld- oder Rechtsfolgenausspruch. Sie liefert unmittelbar keine Erkenntnisse über den Sachverhalt, der unter die Sanktionsnorm subsumiert werden soll. Auch die Rechtsfolgenfrage wird von ihr nicht unmittelbar berührt. Da schon diese Tatsache nicht dem Strengbeweis unterfällt, müssen wir uns im Anwendungsbereich der Verfahrensrüge bewegen. Für die Sachrüge ist hier kein Raum.

⁵² Näher KK/Ott, (Fn. 22), § 261 Rn. 7 ff.; zur Inbegriffsrüge nur Schäfer StV 1995, 147, 151.

⁵³ Ausführlich LR-StPO/Sander, 26. Auflage (2013), § 261 Rn. 14 ff.; zuletzt Mosbacher JuS 2014, 702, 703.

⁵⁴ Vgl. zuletzt etwa BGH HRRS 2014 Nr. 368; vgl. auch Eschelbach, in: FS Widmaier, 2008, S. 127, 132, der von einer „verfahrensrechtlichen Darstellungsrüge“ spricht.

⁵⁵ Vgl. die Beispiele bei Schlothauer StV 1992, 134, 137 ff.

⁵⁶ Vgl. BGHSt 15, 347, 349; 38, 14, 17; 43, 212, 213 f.; Meyer-Göfner/Schmitt, (Fn. 7), § 261 Rn. 38a. Ein interessantes Beispiel findet sich auch bei Hebenstreit, in: FS Widmaier, 2008, S. 267, 271 ff.

⁵⁷ BGH NStZ-RR 1998, 17; BGH NJW 1992, 2840.

⁵⁸ Kritisch Fezer JZ 1996, 655, 665; Döhmer SVR 2009, 47 ff.

⁵⁹ Zuletzt BGHSt 29, 21; BGH NStZ 1997, 450, 451; BGH NStZ-RR 2011, 214 f. = HRRS 2011 Nr. 517. Zu den weiteren Ausnahmen: Pfitzner, (Fn. 34), S. 107.

Reform des § 177 StGB? – Zur Vereinbarkeit des deutschen Sexualstrafrechts mit Art. 36 der „Istanbul-Konvention“

Von Lara Blume und Kilian Wegner, Bucerius Law School, Hamburg

I. Einleitung

Die Europäisierung und Internationalisierung des Strafrechts hat längst auch das Sexualstrafrecht erfasst. Sowohl auf der Ebene des Unionsrechts als auch im internationalen Recht finden sich heute zahlreiche Regelungen, die für den deutschen Gesetzgeber Vorgaben zur Verfolgung von Delikten gegen die sexuelle Selbstbestimmung enthalten.¹ Der jüngste Impuls geht dabei von der sog. Istanbul-Konvention des Europarats (I-K)² aus. Um dieses Übereinkommen rankt sich seit einigen Monaten eine reformpolitische Debatte, deren Ausgang möglicherweise zu umfangreichen Änderungen im deutschen Sexualstrafrecht führen wird.

Auslöser der Diskussion ist ein Referentenentwurf zur „Umsetzung europäischer Vorgaben zum Sexualstrafrecht“, den das Bundesministerium der Justiz und für Verbraucherschutz (BMJV) im April dieses Jahres veröffentlicht hat. Der Entwurf soll – neben der Umsetzung der sog. „Lanzarote“-Konvention³ des Europarates sowie der EU-Richtlinie 2011/93/EU⁴ – der Anpassung des deutschen Rechts an die I-K dienen, die von der Bundesrepublik Deutschland bisher noch nicht ratifiziert wurde.

In seinem Entwurf geht das BMJV davon aus, dass das materielle deutsche Sexualstrafrecht den Anforderungen der I-K bereits genügt und dass insbesondere Art. 36 I-K, der den Konventionsstaaten Vorgaben zur Bestrafung von Delikten gegen die sexuelle Selbstbestimmung macht,

vollständig von § 177 StGB umgesetzt wird.⁵ Gegen diese Einschätzung hat sich Widerstand geregt: *De lege lata* seien in Deutschland nicht alle von Art. 36 I-K erfassten Fallkonstellationen strafbar. Vielmehr müsse eine Ausweitung der §§ 174 ff. StGB erfolgen, um den internationalen Vorgaben zu genügen.⁶

Vor dem Hintergrund der aktuellen Debatte untersucht der folgende Beitrag, ob sich aus Art. 36 I-K tatsächlich ein Änderungsbedarf für das materielle deutsche Sexualstrafrecht ergibt. Im ersten Schritt wird ermittelt, welche Fallkonstellationen nach Maßgabe von Art. 36 I-K unter Strafe stehen sollen. Sodann wird überprüft, ob das deutsche Strafrecht diesen Anforderungen gerecht wird.

II. Auslegung von Art. 36 I-K

Nach Art. 36 Abs. 1 I-K sind die Vertragsstaaten verpflichtet, die in lit. a bis c beschriebenen Verhaltensweisen unter Strafe zu stellen, wenn der Täter dabei vorsätzlich handelt.

1. Wortlaut

Im Mittelpunkt aller drei Tatbestandsvarianten des Art. 36 Abs. 1 I-K steht der Begriff der „nicht einverständlichen sexuellen Handlung“⁷, wobei lit. a den Spezialfall der Penetration enthält und lit. b alle sonstigen sexuellen Handlungen erfasst, die mit einer Person ohne deren Einverständnis vorgenommen werden. Lit. c regelt

¹ Zu den internationalen und europäischen Bezügen des Sexualstrafrechts siehe *Renzikowski*, in: *MüKo-StGB*, Bd. III, 2. Aufl. (2012), Rn. 104 ff. m.w.N.

² Übereinkommen des Europarats zur Verhütung und Bekämpfung von Gewalt gegen Frauen und häuslicher Gewalt vom 11. Mai 2011 (ETS Nr. 210) – im Folgenden abgekürzt als „I-K“.

³ Übereinkommen des Europarats zum Schutz von Kindern vor sexueller Ausbeutung und sexuellem Missbrauch vom 25. Oktober 2007 (ETS Nr. 201).

⁴ Richtlinie 2011/92/EU des Europäischen Parlaments und des Rates vom 13. Dezember 2011 zur Bekämpfung des sexuellen Missbrauchs und der sexuellen Ausbeutung von Kindern sowie der Kinderpornografie sowie zur Ersetzung des Rahmenbeschlusses 2004/68/JI des Rates (ABl.-EU L 335/1).

⁵ Vgl. Referentenentwurf „Umsetzung europäischer Vorgaben zum Sexualstrafrecht“, S. 23, 26.

⁶ Antrag der Fraktion BÜNDNIS 90/DIE GRÜNEN, BT-Drs. 18/1969; Stellungnahmen des Deutscher Juristinnenbund e.V. vom 12. Mai (<http://1.hh.de/1r9GR>) und vom 25. Juli 2014 (<http://1.hh.de/-cat5>); Stellungnahme des Frauenhauskoordinierung e.V. vom 25. Juli 2014 (<http://1.hh.de/GcbCL>); Stellungnahme des Neue Richtervereinigung e.V. vom 25. Juli 2014 (<http://1.hh.de/dh-q9>); *Rabe/von Normann*, in: Deutsches Institut für Menschenrechte (Hrsg.), Policy Paper, Nr. 24; *Terre des Femmes*, Positionspapier zur Reformierung des § 177 StGB (<http://1.hh.de/Bcf0E>).

⁷ In der (neben der französischen Fassung) maßgeblichen englischen Fassung des Übereinkommens ist von „non-consensual acts of a sexual nature“ die Rede.

Mehr-Personen-Konstellationen, in denen eine Person von dritter Seite veranlasst wird, gegen ihren Willen sexuelle Handlungen mit einer anderen Person durchzuführen.

Laut Art. 36 Abs. 2 I-K muss das Einverständnis in eine sexuelle Handlung „freiwillig“ erteilt werden, wobei die Norm Freiwilligkeit „als Ergebnis des freien Willens der Person“ definiert, „der im Zusammenhang der jeweiligen Begleitumstände beurteilt wird“.⁸

Art. 36 Abs. 1 und Abs. 2 I-K ergeben damit zusammengekommen ein zweistufiges Regelungskonzept: Notwendige Bedingung für die Straflosigkeit einer sexuellen Handlung ist *erstens* ein Einverständnis aller Beteiligten. Hinreichende Bedingung ist *zweitens*, dass das Einverständnis freiwillig i.S.v. Art. 36 Abs. 2 I-K erteilt worden ist. Alle sexuellen Handlungen, die diese zwei Bedingungen nicht erfüllen, müssen gem. Art. 36 I-K strafbar sein.

Ergebnis der Wortlautauslegung ist damit, dass Art. 36 I-K dem Gesetzgeber vorschreibt, alle Fälle unter Strafe zu stellen, in denen eine sexuelle Handlung mit einer Person ohne deren freiwillig erteiltes Einverständnis vorgenommen wird.⁹

2. Heranziehung des erläuternden Berichts

Bei der Auslegung ist ferner der erläuternde Bericht zur I-K zu berücksichtigen. Bei den begleitenden Berichten zu den Übereinkommen des Europarats handelt es sich zwar nicht um Vertragsbestandteile, sie können jedoch zur Konkretisierung des Vertragstextes herangezogen werden.¹⁰

Rn. 193 S. 2 des erläuternden Berichts räumt den Vertragsstaaten einen Ausgestaltungsspielraum bei der Umsetzung von Art. 36 I-K ein. Dort heißt es wörtlich:

„It is, however, left to the Parties to decide on the specific wording of the legislation and the factors that they consider to preclude freely given consent.“

Entscheidend ist dabei das Verständnis des zweiten Satzteils nach dem „and“. Es ergeben sich insofern zwei Deutungsmöglichkeiten: Erstens könnte man das Wort „consent“ betonen. Das würde die Interpretation nahelegen, dass die Vertragsstaaten per Gesetz festlegen könnten, in welchen Situationen eine Einverständniserklärung vorliegt. Gegen ein solches Verständnis spricht aber, dass die Frage, ob überhaupt ein Einverständnis erklärt wurde, nur begrenzt normativierbar ist. Wird beispielsweise

⁸ Originalfassung: „Consent must be given voluntarily as the result of the person’s free will assessed in the context of the surrounding circumstances.“

⁹ Für die Mehr-Personen-Konstellation in Art. 36 Abs. 1 lit. c I-K gilt das *mutatis mutandis*. Allerdings wurde in der eingangs erwähnten Debatte auf diese Tatbestandsvariante – soweit ersichtlich – noch kein Bezug genommen, weshalb sie auch im Folgenden zur Vereinfachung außer Betracht bleiben soll.

¹⁰ Linhart, Internationales Einheitsrecht und einheitliche Auslegung (2005), S. 104; Rabe/von Normann a.a.O. (Fn. 6), S. 14 m.w.N.

eine sexuelle Handlung unter Ausnutzung eines Überraschungsmoments vorgenommen („Grapscher“), lässt sich nicht ohne weiteres *normativ* behaupten, das Opfer habe in dieser Situation sein Einverständnis erklärt. Hinsichtlich der Frage, ob überhaupt eine Einverständniserklärung vorliegt, lässt sich höchstens eine Beweisregel aufstellen, die besagt, dass beim Vorliegen bestimmter Umstände typischerweise von der Erklärung eines Einverständnisses ausgegangen werden kann. In Rn. 193 S. 2 geht es aber eindeutig um materielles Recht („wording of the legislation“) und nicht um Fragen der Beweiswürdigung.¹¹

Richtigerweise muss in Rn. 193 S. 2 Hs. 2 des erläuternden Berichts deshalb das Wort „freely“ betont werden. Die Vertragsstaaten haben also einen Spielraum zu entscheiden, welche Umstände es ausschließen sollen, dass ein vorhandenes Einverständnis *freiwillig* i.S.d. Art. 36 I-K erteilt wurde. Beispielsweise könnte ein Vertragsstaat ein Einverständnis für unfreiwillig und damit rechtlich unwirksam erklären, wenn es eine Person nur deshalb abgegeben hat, weil der Empfänger des Einverständnisses ihr die Zufügung wirtschaftlicher Nachteile in Aussicht gestellt hatte.

Nicht vom Ausgestaltungsspielraum der Vertragsstaaten erfasst ist dagegen die Behandlung von Situationen, in denen von vornherein kein Einverständnis erteilt wurde – diese Fälle *müssen* strafrechtlich erfasst werden.

3. Ergebnis

Art. 36 I-K schreibt dem nationalen Gesetzgeber vor, alle Fälle unter Strafe zu stellen, in denen eine sexuelle Handlung mit einer Person ohne deren freiwillig erteiltes Einverständnis vorgenommen wird oder diese eine solche Handlung vornehmen muss. Bei der Frage, welche Umstände es ausschließen, dass ein erteiltes Einverständnis als unfreiwillig angesehen werden kann, haben die Vertragsstaaten einen Ausgestaltungsspielraum.

III. Vergleich mit der deutschen Rechtslage

Im zweiten Schritt ist zu prüfen, ob das deutsche Strafrecht alle Fallkonstellationen erfasst, die nach der I-K unter Strafe zu stellen sind.

1. Exemplarische Fallgruppen

Alle insofern erdenklichen Sachverhalte können hier aber schon aus Platzgründen nicht behandelt werden. Zudem würde sich ein Änderungsbedarf für das deutsche Recht bereits dann ergeben, wenn nur ein einziger Fall, der unter Art. 36 I-K fällt, nach dem StGB nicht strafbar ist. Zur Vereinfachung beschränkt sich die Betrachtung im Folgenden deshalb auf zwei exemplarische Fallgruppen, die in der aktuellen reformpolitischen Debatte immer

¹¹ Anders Rn. 192 des erläuternden Berichts, in der explizit Fragen der Beweiswürdigung angesprochen werden („assessment of evidence“).

wieder angeführt werden.¹² Es handelt sich jeweils um Sachverhalte, in denen sexuellen Handlungen mit einer Person *ohne* deren Einverständnis oder sogar *gegen* deren ausdrücklich erklärten Willen vorgenommen werden und die damit Art. 36 I-K unterfallen.

a. Fallgruppe 1 („Ausnutzung eines Überraschungsmoments“)

In der ersten Fallgruppe sollen Konstellationen zusammengefasst werden, in denen das Opfer sich keiner sexuellen Handlung versieht und der Täter ein Überraschungsmoment ausnutzt, um die gewünschte sexuelle Handlung am Opfer durchzuführen. Beispielsweise sei das plötzliche Berühren des Geschlechtssteils einer anderen Person oder das plötzliche Reiben des eigenen Geschlechtssteils an einer anderen Person genannt.¹³ In einem anderen viel diskutierten Fall war der Täter überraschend und ohne entsprechendes Einverständnis mit dem Penis vaginal in das Opfer eingedrungen.¹⁴ Genannt sei abschließend ferner die Konstellation, dass Opfer und Täter ursprünglich einvernehmlichen Geschlechtsverkehr haben, der Täter dann aber unvermittelt die im Vorfeld abgesprochenen Grenzen des Einverständnisses überschreitet.¹⁵

b. Fallgruppe 2 („Unterwerfung trotz objektiv möglichen Auswegs“)

Die zweite Fallgruppe enthält Konstellationen, in denen die Person, mit der sexuelle Handlungen gegen ihren *ausdrücklich erklärten* Willen vorgenommen werden, sich – aus einer objektiven Sicht *ex-ante* betrachtet – dem körperlich überlegenen Täter hätte erfolgreich entziehen können, indem sie z.B. laut um Hilfe ruft. Die Gründe dafür, dass das Opfer den objektiv möglichen Ausweg aus der Situation nicht wählt, können dabei ganz unterschiedlich und auch in gewissem Maße irrational sein. Beispielsweise wäre es denkbar, dass ein (aus objektiver Sicht *ex-ante* vermeidbarer) Irrtum über die Anwesenheit schutzbereiter Dritter besteht oder dass das Opfer Dritte aus Scham nicht zur Hilfe ruft oder Dritten die Konfrontation mit der Situation ersparen möchte. Denkbar wäre letzteres insbesondere bei Kindern als schutzbereiten Dritten.

2. Subsumtion unter § 177 StGB

Zunächst soll untersucht werden, ob die beschriebenen Sachverhalte gemäß § 177 StGB strafbar sind.

Nach dem in § 177 Abs. 1 StGB geregelten Grundtatbestand der sexuellen Nötigung macht sich strafbar, wer eine andere Person mit Gewalt (Nr. 1), durch Drohung mit gegenwärtiger Gefahr für Leib oder Leben (Nr. 2) oder unter Ausnutzung einer Lage, in der das Opfer der

Einwirkung des Täters schutzlos ausgeliefert ist (Nr. 3), nötigt, sexuelle Handlungen an sich zu dulden oder an anderen vorzunehmen.

a. § 177 Abs. 1 Nr. 1 und Nr. 2 StGB

Die Tatbestandsvarianten nach § 177 Abs. 1 Nr. 1 und Nr. 2 StGB werden von der herrschenden Meinung als *zwei-aktige* Nötigungsdelikte verstanden, bei denen der Täter die (qualifizierten) Nötigungsmittel Gewalt bzw. Drohung mit gegenwärtiger Gefahr für Leib und Leben einsetzt („1. Akt“), um damit – final verknüpft – die Duldung einer sexuellen Handlung zu erzwingen („2. Akt“).¹⁶ Aus diesem Verständnis folgt für die Auslegung von § 177 Abs. 1 Nr. 1 StGB, dass eine sexuelle Handlung – mag sie auch gewaltvoll sein – nicht gleichzeitig als Gewalt zur Erzwingung ihrer eigenen Duldung angesehen werden kann.¹⁷ Demnach sind insbesondere die in der ersten Fallgruppe zusammengefassten Konstellationen nicht erfasst, in denen der Täter die sexuelle Handlung unter Ausnutzung eines Überraschungsmoments vornimmt und ansonsten kein *zusätzliches* Nötigungsverhalten an den Tag legt.¹⁸

Auch die zweite Fallgruppe wird weder von § 177 Abs. 1 Nr. 1 StGB noch von § 177 Abs. 1 Nr. 2 StGB erfasst. Denn hier unterwirft sich das Opfer dem Willen des Täters, ohne bzw. bevor es des Einsatzes eines qualifizierten Nötigungsmittels bedarf.

b. § 177 Abs. 1 Nr. 3 StGB

In Betracht kommt damit hinsichtlich beider Fallgruppen nur eine Strafbarkeit nach § 177 Abs. 1 Nr. 3 StGB, dessen Auslegung im Einzelnen hoch umstritten ist. Für die Zwecke dieser Untersuchung sei dabei nur auf die folgenden Aspekte eingegangen:

Nach der gefestigten Rechtsprechung des BGH liegt ein Fall des § 177 Abs. 1 Nr. 3 StGB nur dann vor, wenn das Opfer sich (1) bei *objektiver* Betrachtung aus einer *ex ante*-Perspektive in einer Situation befindet, in der es sich weder durch eigene Gegenwehr noch durch Flucht noch durch Zuhilfenahme Dritter effektiv gegen eine gewaltsame Überwältigung schützen kann (= schutzlose Lage), und (2) sexuelle Handlungen in dieser Lage gerade des-

¹⁶ Statt vieler Fischer, StGB, 61. Aufl. (2014), § 177 Rn. 8, 13 m.w.N.; *pars pro toto* zur a.A. Hörnle, in: LK-StGB, Bd. 6, 12. Aufl. (2010), § 177 Rn. 59 ff. m.w.N.

¹⁷ BGH HRRS 2013 Nr. 575, Rn. 9; Fischer a.a.O. (Fn. 16), § 177 Rn. 8, 14 m.w.N.

¹⁸ Ständige BGH-Rechtsprechung, siehe die Nachweise bei Fischer a.a.O. (Fn. 16), § 177 Rn. 14 und jüngst BGH HRRS 2013 Nr. 575, Rn. 9 f.; zustimmend Eisele, in: Schönke/Schröder, 29. Aufl. (2014), § 177 Rn. 5; Eschelbach, in: Matt/Renzikowski, StGB (2013), § 177 Rn. 13; Lackner, in: L/K, 28. Aufl. (2014), § 177 Rn. 4; Ziegler, in: BeckOK-StGB, Edition 23 (22.7.2013), § 177 Rn. 13; a.A. Frommel, in: NK-StGB, 4. Aufl. (2013), § 177 Rn. 29; Hörnle, in: LK-StGB (Fn. 16), § 177 Rn. 21, 61; Sick, Sexuelles Selbstbestimmungsrecht (1993), S. 213 ff.; vgl. auch Renzikowski, in: MüKo-StGB (Fn. 1), § 177 Rn. 31.

¹² Vgl. Antrag der Fraktion BÜNDNIS 90/DIE GRÜNEN, BT-Drs. 18/1969, S. 2; Stellungnahme Deutscher Juristinnenbund e.V. vom 9. Mai 2014, S. 3 f.; Rabe/von Normann a.a.O. (Fn. 6), S. 11 f.

¹³ Vgl. dazu z.B. den Sachverhalt in BGH HRRS 2013 Nr. 575.

¹⁴ BGH NStZ 2012, 268 = HRRS 2012 Nr. 80.

¹⁵ OLG Köln NStZ-RR 2004, 168.

halb duldet, weil es körperliche Gewalt-Einwirkungen des Täters fürchtet.¹⁹

Nach dieser Lesart scheiden die Konstellationen der ersten Fallgruppe aus dem Tatbestand des § 177 Abs. 1 Nr. 3 StGB aus. Der überraschend angreifende Täter *nötigt* das Opfer nicht durch Ausnutzung einer schutzlosen Lage zur Duldung einer sexuellen Handlung, sondern missbraucht dafür eine „günstige Gelegenheit“.²⁰

Eine Subsumtion der Sachverhalte der zweiten Fallgruppe scheitert in manchen Fällen schon am objektiven Maßstab, den die Rechtsprechung bei der Bestimmung der schutzlosen Lage anlegt: Nimmt das Opfer seine Schutzlosigkeit – aus einer objektiven *ex-ante*-Perspektive betrachtet – *irrig* an, kommt eine Strafbarkeit nach § 177 Abs. 1 Nr. 3 StGB nicht in Betracht.²¹ Ferner liegt *keine* sexuelle Nötigung vor, wenn das Opfer sich dem Willen des Täters ohne Gegenwehr unterwirft, obwohl es weiß, dass es drohenden körperlichen Gewalteinwirkungen des Täters z.B. durch Hilferufe oder durch Flucht entgehen könnte, diese Mittel aus Scham oder anderen Motiven aber nicht einsetzt.²²

c. Ergebnis

Die Täter machen sich in den ausgewählten Fallgruppen nicht nach § 177 StGB strafbar.

Bezüglich der zweiten Fallgruppe sei noch angemerkt, dass die herrschende Auslegung von § 177 Abs. 1 Nr. 3 StGB – jedenfalls in der durch BGH HRRS 2012 Nr. 48 zugespitzten Weise – *zumindest Gefahr läuft*, die von Art. 36 I-K aufgestellte Mindestvoraussetzung zu unterschreiten, wonach ein mangelnder körperlicher Widerstand des Opfers bei Sexualdelikten kein strafbarkeitseinschränkendes Kriterium sein darf.²³ Bei § 177 Abs. 1 Nr. 3 StGB wird ein Widerstand des Opfers zwar nicht *unmittelbar* vorausgesetzt. Jedoch liegt eine Strafbarkeit im Falle der sofortigen Unterwerfung des *abwehrfähigen* Opfers nur dann vor, wenn Widerstand, Flucht oder Hilfesuche von vornherein objektiv nicht erfolgsversprechend waren. Es bleibt im Grundsatz also dabei, dass das Opfer seine sexuelle Selbstbestimmung aktiv verteidigen und dabei auch die entstehenden sozialen „Folgekosten“ (z.B. Bloßstellung) tragen muss.

¹⁹ Siehe nur BGHSt 50, 359, 364 ff. = HRRS 2006 Nr. 147 und aus jüngerer Zeit BGH NStZ 2012, 209, 210 = HRRS 2011 Nr. 1208; 2012, 268, 269 = HRRS 2012 Nr. 104; 2012, 570 = HRRS 2012 Nr. 247; NStZ-RR 2013, 207, 208 = HRRS 2013 Nr. 485; NStZ 2013, 466 ff. = HRRS 2012 Nr. 48 (mit besonders starker Betonung des objektiven Maßstabs bei der Feststellung der „schutzlosen Lage“; vgl. die kritische Anmerkung von *Renzikowski/Sick* NStZ 2013, 468 ff.). Weitere Nachweise bei *Fischer* a.a.O. (Fn. 16), § 177 Rn. 41. f.

²⁰ BGH NStZ 2012, 268 = HRRS 2012 Nr. 104; vgl. auch *Fischer* a.a.O. (Fn. 16), § 177 Rn. 39 und *Hörnle*, in: LK-StGB (Fn. 16), § 177 Rn. 110.

²¹ *Eisele*, in: Schönke/Schröder (Fn. 18), § 177 Rn. 9; *Hörnle*, in: LK-StGB (Fn. 16), Rn. 104; *Fischer* a.a.O. (Fn. 16), § 177 Rn. 42 – jew. m.w.N.

²² *Eisele*, in: Schönke/Schröder (Fn. 18), § 177 Rn. 9; *Eschelbach*, in: M/R (Fn. 18), § 177 Rn. 23; *Renzikowski*, in: MüKo-StGB (Fn. 1), § 177 Rn. 43 – jew. m.w.N.

²³ Rn. 191 S. 2 des erläuternden Berichts zur I-K.

In alledem läge aber jedenfalls dann kein Verstoß gegen Art. 36 I-K, wenn die exemplarischen Fallgruppen ohnehin anderen Straftatbeständen unterfallen würden.

3. § 240 Abs. 1, Abs. 4 S. 2 Nr. 1 StGB

In Betracht kommt insofern § 240 Abs. 1, Abs. 4 S. 2 Nr. 1 StGB, der in manchen Fällen als Auffangtatbestand zu § 177 StGB herangezogen wird.²⁴

a. Herrschende Auslegung

Der § 240 Abs. 1 ist nach herrschender Auffassung – ebenso wie § 177 Abs. 1 Nr. 1 und Nr. 2 – ein *zwei-aktiges* Delikt, bei dem Nötigungsmittel („1. Akt“) und Nötigungserfolg („2. Akt“) im Sinne einer Mittel-Zweck-Relation verknüpft sind. Der Nötigungserfolg darf sich also nicht in der bloßen Duldung der Nötigungshandlung erschöpfen.²⁵

Daraus folgt, dass Sachverhalte aus der Fallgruppe 1 von § 240 Abs. 1, Abs. 4 S. 2 Nr. 1 StGB nicht erfasst werden, weil als Nötigungserfolg in diesen Fällen nur der Umstand in Betracht kommt, dass das überraschte Opfer die sexuelle Handlung zunächst duldet, bis es die Situation gedanklich erfasst hat. Die sexuelle Handlung ist aber gleichzeitig auch als Nötigungshandlung anzusehen, d.h. es fehlt an einem zwei-aktigen Geschehen.

Dasselbe gilt für die Fallgruppe 2, der ebenfalls typischerweise ein ein-aktiger Geschehensablauf zugrunde liegt: Das Handeln des Täters erschöpft sich auch hier in der Vornahme einer sexuellen Handlung gegen den Willen des Opfers. Die bloße Vornahme einer Handlung gegen den Willen einer anderen Person ist keine Nötigung zur Duldung dieser Handlung.²⁶

b. Vereinbarkeit mit anderen Bestimmungen der Konvention

Selbst wenn man annehmen würde, alle Fälle, die gem. Art. 36 I-K unter Strafe gestellt werden müssen, seien von § 240 Abs. 1, Abs. 4 S. 2 Nr. 1 StGB erfasst, kann sich ein Konventionsverstoß aus anderen Gründen ergeben.

aa. Verstoß gegen Art. 44 I-K (Transnationale Geltung)

Gem. Art. 44 I-K muss der nationale Gesetzgeber sicherstellen, dass Taten i.S.v. Art. 36 I-K in bestimmten Fällen auch dann verfolgt werden können, wenn der Tatort sich im Ausland befindet. Weil die insofern einschlägigen Regeln im deutschen Strafanwendungsrecht den § 177 StGB *de lege lata* nicht erfassen, sieht der eingangs er-

²⁴ Siehe nur *Toepel*, in: NK-StGB (Fn. 18), § 240 Rn. 198 m.w.N. zu anerkannten Anwendungsfällen des § 240 Abs. 4 S. 2 Nr. 1.

²⁵ BVerfGE 92, 1, 17; *Eidam*, in: M/R (Fn. 18), § 240 Rn. 9, 12, 26, 50; *Eser/Eisele*, in: Schönke/Schröder (Fn. 18), § 240 Rn. 12; *Fischer* a.a.O. (Fn. 16), § 240 Rn. 6; *Valerius*, in: BeckOK-StGB (Fn. 18), § 240 Rn. 4.

²⁶ Vgl. nochmals *Fischer* a.a.O. (Fn. 16), § 177 Rn. 8 zur parallelen Problematik bei § 177 Abs. 1 Nr. 1 StGB.

wähnte Referentenentwurf zur „Umsetzung europäischer Vorgaben zum Sexualstrafrecht“ bereits eine entsprechende Anpassung der §§ 3 ff. StGB vor.²⁷ Eine Änderung bezüglich § 240 Abs. 1, Abs. 4 S. 2 Nr. 1 StGB ist aber nicht geplant. Selbst wenn man also annehmen würde, alle Fälle des Art. 36 I-K seien – wenn nicht schon von § 177 StGB – jedenfalls von § 240 Abs. 1, Abs. 4 S. 2 Nr. 1 StGB erfasst, stünde die deutsche Rechtslage nicht im Einklang mit Art. 44 I-K.

bb) Kein Verstoß gegen Art. 45 Abs. 1 I-K (Sanktionshöhe)

Der Art. 45 Abs. 1 I-K verlangt von den Vertragsstaaten, für Delikte i.S.v. Art. 36 I-K „wirksame, angemessene und abschreckende“ Sanktionen vorzusehen. Zwar ist der Strafrahmen von § 240 Abs. 1, Abs. 4 S. 2 Nr. 1 StGB (mindestens sechs Monate, maximal fünf Jahre Freiheitsstrafe) niedriger als bei § 177 StGB (Mindeststrafe ein Jahr nach Abs. 1, zwei Jahre nach Abs. 2, drei Jahre nach Abs. 3 und fünf Jahre nach Abs. 4). Für sich genommen steht das Strafmaß jedoch nicht völlig außer Verhältnis zur Schwere der von Art. 36 I-K erfassten Taten, so dass ein Verstoß gegen Art. 45 Abs. 1 I-K in dieser Hinsicht fernliegt.

cc) Kein Verstoß gegen Art. 46 I-K (Erschwerungsgründe)

Gem. Art. 46 I-K muss der nationale Gesetzgeber Erschwerungsgründe für gewisse Arten der Ausführung von Taten i.S.v. Art. 36 I-K vorsehen (z.B. unter Einsatz einer Waffe). Weder der § 240 Abs. 1, Abs. 4 S. 2 Nr. 1 StGB noch der § 177 StGB sehen sämtliche der dort aufgezählten Tatmodalitäten als strafscharfende Qualifikationen oder Regelbeispiele vor. Allerdings können entsprechende Fallkonstellationen – wie auch bei anderen Tatbeständen üblich – im Rahmen der Strafzumessung nach § 46 StGB berücksichtigt werden. Angesichts des Gestaltungsspielraums, der den Vertragsstaaten insofern zu steht,²⁸ kann also auch in dieser Hinsicht nicht von einem Konventionsverstoß ausgegangen werden.

dd) Verstoß gegen Art. 56 I-K (Prozessteilhabe und Opferschutz)

Art. 56 I-K fordert vom nationalen Gesetzgeber, eine ganze Reihe von Vorkehrungen zu treffen, die dem Opfer von Taten i.S.v. Art. 36 I-K eine hinreichende Teilhabemöglichkeit an einem Strafverfolgungsverfahren gegen den Täter zusichert, eine re-viktimisierende Konfrontation des Opfers mit dem Täter nach Möglichkeit vermeidet und die Privatsphäre des Opfers schützt.

Die einzelnen Vorgaben des Art. 56 I-K sollen hier nicht im Detail nachvollzogen werden. Entscheidend ist, dass das deutsche Recht im Falle von Taten gem. § 177 StGB alle prozessualen Möglichkeiten vorsieht, die Art. 56

Abs. 1 I-K erfordert.²⁹ Für Taten nach § 240 Abs. 1, Abs. 4 S. 2 Nr. 1 StGB gibt es jedoch zumeist keine entsprechenden Vorschriften. Dazu ein Beispiel: Art. 56 Abs. 1 lit. d I-K enthält unter anderem die Vorgabe, dass dem Opfer das Recht eingeräumt werden muss, im Strafverfahren Stellungnahmen abzugeben und Beweisanträge stellen zu können. Im deutschen Recht wird das durch die Regeln über die Nebenklage nach §§ 395 ff. StPO ermöglicht, die dem Nebenkläger wichtige prozessuale Teilhaberechte wie z.B. das Beweisantragsrecht oder das Fragerecht zugestehen (§ 397 Abs. 1 StPO). Gem. § 395 Abs. 1 Nr. 1 StPO steht die Nebenklage dem Opfer bei Taten nach § 177 StGB offen, nicht aber bei Taten gem. § 240 Abs. 1, Abs. 4 S. 2 Nr. 1 StGB.³⁰

Selbst wenn man § 240 Abs. 1, Abs. 4 S. 2 Nr. 1 StGB als Auffangtatbestand zur Umsetzung von Art. 36 I-K heranziehen würde, bliebe ein Verstoß gegen Art. 56 Abs. 1 I-K bestehen.

ee) Verstoß gegen Art. 58 I-K (Verjährung)

Gem. Art. 58 I-K sind die Vertragsstaaten verpflichtet, dafür zu sorgen, dass die Verjährungsfrist bei Taten nach Art. 36 I-K erst eine angemessene Zeit nach dem Zeitpunkt endet, in dem das Opfer volljährig geworden ist. Im deutschen Recht findet sich eine entsprechende Regelung in § 78b Abs. 1 Nr. 1 StGB. Diese Vorschrift erfasst jedoch nur § 177 StGB, nicht aber § 240 Abs. 1, Abs. 4 S. 2 Nr. 1 StGB. Wenn man § 240 Abs. 1, Abs. 4 S. 2 Nr. 1 StGB als Auffangtatbestand zur Umsetzung von Art. 36 I-K heranziehen würde, müsste das deutsche Recht folglich an Art. 58 I-K angepasst werden.

c) Ergebnis

Auch § 240 Abs. 1, Abs. 4 S. 2 Nr. 1 StGB stellt die beiden exemplarischen Fallgruppen nicht unter Strafe.

Selbst wenn man aber davon ausgeht, dass § 240 Abs. 1, Abs. 4 S. 2 Nr. 1 StGB alle Fälle des Art. 36 I-K erfasst, die § 177 StGB nicht strafbar sind, müsste das deutsche Recht hinsichtlich dieser Vorschrift an die Anforderungen der Art. 44, 56 und 58 I-K angepasst werden.

4. § 185 StGB

Früher hat die Rechtsprechung eine große Anzahl von Fällen nicht-einverständlicher sexueller Handlungen als sog. Sexualbeleidigung unter § 185 StGB subsummiert, ist von dieser Position aber mittlerweile zu Recht wieder abgerückt.³¹ Nach heute ganz herrschender Meinung können sexuelle Handlungen nur dann eine Beleidigung darstellen, wenn der Täter dabei über den allgemeinen Angriff auf die persönliche Selbstbestimmung des Opfers

²⁷ Siehe für Details den Referentenentwurf „Umsetzung europäischer Vorgaben zum Sexualstrafrecht“, S. 23 f.

²⁸ Siehe Rn. 235 im erläuternden Bericht zur I-K.

²⁹ Mit einer Übersicht zu den insofern einschlägigen Opferschutzvorschriften im deutschen Recht *Renzikowski*, in: *MüKo-StGB* (Fn. 1), § 177 Rn. 121 ff.

³⁰ Dazu kritisch *Lehmann* *NStZ* 2002, 353 ff.

³¹ Nachweise dazu bei *Lenckner/Eisele*, in: *Schönke/Schröder* (Fn. 18), § 185 Rn. 4 und *Valerius*, in: *BeckOK-StGB* (Fn. 18), § 185 Rn. 29 ff.

hinaus *zusätzlich* die Einschätzung der Minderwertigkeit des Opfers kommuniziert.³²

Selbst wenn man § 185 StGB entgegen der herrschenden Meinung als eine Art Auffangdelikt für nicht-einverständliche sexuelle Handlungen interpretiert,³³ ergäbe sich wie bei § 240 Abs. 1, Abs. 4 S. 2 Nr. 1 StGB weiterer Anpassungsbedarf in Bezug auf die Art. 44, 56 und 58 I-K.³⁴ Zudem steht das Strafantragserfordernis des § 194 StGB in Konflikt mit Art. 55 Abs. 1 I-K, der verlangt, dass Taten nach Art. 36 I-K *ex officio* verfolgt werden müssen.

5. Ergebnis

Die Untersuchung der beiden exemplarischen Fallgruppen hat gezeigt, dass das deutsche Strafrecht *nicht* alle Fälle erfasst, die gem. Art. 36 I-K unter Strafe stehen müssen.

Hält man dieses Ergebnis für falsch und vertritt – entgegen der herrschenden Interpretation dieser Tatbestände – den Standpunkt, dass jedenfalls § 240 Abs. 1, Abs. 4 S. 2 Nr. 1 StGB bzw. § 185 StGB alle Fälle des Art. 36 I-K erfasst, ergibt sich ein Änderungsbedarf für das deutsche Recht jedenfalls hinsichtlich Art. 44, 56, 58 und ggf. 55 Abs. 1 I-K.

IV. Einfluss anderer internationaler Rechtsakte

Wie eingangs erwähnt wurde, hat die Bundesrepublik Deutschland die I-K noch nicht ratifiziert, so dass sich aus den vorstehenden Ausführungen *kein* zwingender Änderungsbedarf für den deutschen Gesetzgeber ergibt, wenn er sich gegen eine Ratifikation der I-K entscheidet. Dieser Weg wäre aber versperrt, wenn sich die gleichen Vorgaben, die Art. 36 I-K enthält, auch aus anderen internationalen Rechtsakten ergeben, die für Deutschland bereits verbindlich geworden sind.

1. EMRK (Rechtssache „M.C. v. Bulgarien“)

In der aktuellen reformpolitischen Debatte wird insofern häufig auf das „M.C. v. Bulgarien“-Urteil des EGMR verwiesen.³⁵ In dieser Entscheidung setzt sich das Gericht mit der Schutzpflichtdimension („positive obligation“) von Art. 3 und Art. 8 EMRK auseinander und nimmt als Ausgangspunkt an, dass die Konventionsstaaten auf Grundlage dieser Vorschriften verpflichtet sind, Vergewaltigungen („rape“) effektiv zu verfolgen.³⁶ Im

³² Siehe nur BGHSt 36, 145, 150 und Hilgendorf, in: LK-StGB (Fn. 16), § 185 Rn. 28 m.w.N.

³³ In diese Richtung gehen die Ausführungen von Hörnle, in: LK-StGB (Fn. 16), Vor § 174 Rn. 104, 106 sowie z.B. die Entscheidungen OLG Hamm NStZ-RR 2008, 108 (implizit) und – in deutlich stärkerem Maße – OLG Bamberg NStZ 2007, 96.

³⁴ Vgl. o. III 3 b).

³⁵ EGMR M.C. v. Bulgarien, Urteil vom 4. Dezember 2003, Beschwerdenummer 39272/98.

³⁶ EGMR M.C. v. Bulgarien (Fn. 35), Rn. 148 ff.

weiteren Verlauf der Urteilsbegründung zieht das Gericht das materielle Sexualstrafrecht³⁷ mehrerer Konventionsstaaten vergleichend heran und stellt dabei fest, dass der fehlende Widerstand des Opfers von den Staaten heutzutage nicht mehr als strafbarkeitsausschließendes Kriterium bei den nationalen Vergewaltigungstatbeständen herangezogen werde.³⁸ Vielmehr sei nun meistens das Merkmal des fehlenden Einverständnisses („lack of consent“) Kernelement der jeweiligen Strafnormen.³⁹

Auf dieser Grundlage präzisiert das Gericht die eingangs aufgeworfenen Grundsätze: Der aus Art. 3 und Art. 8 EMRK erwachsenden Schutzpflicht der Konventionsstaaten sei nur genügt, wenn alle nicht-einverständlichen sexuellen Handlungen unter Strafe gestellt und effektiv verfolgt werden.⁴⁰ Aus dieser Formulierung wird z.T. geschlossen, der durch Art. 36 I-K hervorgerufene Anpassungsbedarf für das deutsche Recht ergebe sich auch schon aus Art. 3 und Art. 8 EMRK.⁴¹ Dagegen ließe sich anführen, dass die genannte Passage der Urteilsbegründung sich nur im Abschnitt „General Approach“ befindet, der – ähnlich wie ein *obiter dictum* – nicht unmittelbar die Entscheidung trägt. In der *konkreten* rechtlichen Auseinandersetzung mit dem Fall muss das Gericht dann auf die zitierte Passage nicht weiter eingehen, weil sich ein Konventionsverstoß Bulgariens bereits aus anderen Gründen ergibt.⁴²

Ob aus Art. 3 und Art. 8 EMRK in seiner Auslegung durch das „M.C. v. Bulgarien“-Urteil ein zwingender Reformbedarf für das deutsche Sexualstrafrecht abgeleitet werden kann, lässt sich vor diesem Hintergrund nicht mit letzter Sicherheit sagen.

2. UN-Frauenrechtskonvention CEDAW

Auch der UN-Frauenrechteausschuss hat sich auf der Grundlage der UN-Frauenrechtskonvention CEDAW⁴³ mit der Frage beschäftigt, welche Mindestanforderungen die Konventionsstaaten bei der Verfolgung von Delikten

³⁷ Beachtenswert ist insofern, dass das jeweils zugehörige nationale Prozessrecht außer Betracht bleibt. Hierdurch ergeben sich womöglich verzerrte Ergebnisse, weil z.B. eine besonders weitgefasste materielle Strafnorm im jeweiligen Konventionsstaat durch restriktive Beweisregeln flankiert wird.

³⁸ EGMR M.C. v. Bulgarien (Fn. 35), Rn. 157.

³⁹ EGMR M.C. v. Bulgarien (Fn. 35), Rn. 159.

⁴⁰ EGMR M.C. v. Bulgarien (Fn. 35), Rn. 166: „[...] the member States' positive obligations under Articles 3 and 8 of the Convention must be seen as requiring the penalisation and effective prosecution of any non-consensual act [...]“.

⁴¹ *Rabe/von Normann* a.a.O. (Fn. 6), S. 20 ff. mit dem Hinweis, dass es den Konventionsstaaten grundsätzlich freistehe, die Anforderungen der EMRK per Gesetzesakt oder durch eine entsprechende gerichtliche Praxis umzusetzen. Dieser Spielraum habe sich jedoch mittlerweile auf ein legislatives Vorgehen verengt, weil die Gerichte sich auch zehn Jahre nach der „Bulgarien“-Entscheidung nicht mit den völkerrechtlichen Implikationen des Sexualstrafrechts auseinandergesetzt hätten. Ebenso Stellungnahme des Neue Richtervereinigung e.V. (Fn. 6), S. 6.

⁴² EGMR M.C. v. Bulgarien (Fn. 35), Rn. 169 ff.

⁴³ Übereinkommen zur Beseitigung jeder Form von Diskriminierung der Frau vom 18. Dezember 1979 (BGBl. 1985 II, S. 647).

gegen die sexuelle Selbstbestimmung erfüllen müssen.⁴⁴ Dabei handelt es sich allerdings um eine rechtlich unverbindliche Entscheidung,⁴⁵ sodass eine vertiefte Auseinandersetzung für die Zwecke *dieser* Untersuchung nicht angezeigt ist.

V. Fazit

Aus Art. 36 I-K ergibt sich für den deutschen Gesetzgeber die Verpflichtung, alle sexuellen Handlungen, die mit einer Person ohne deren freiwillig erteiltes Einverständnis vorgenommen werden, unter Strafe zu stellen. Möglicherweise lässt sich das gleiche Erfordernis auch schon aus Art. 3 und Art. 8 EMRK ableiten.

Die Untersuchung hat ergeben, dass *mindestens* zwei Fallgruppen nicht-einverständlicher sexueller Handlungen *de lege lata* straflos sind. Um den internationalen Vorgaben gerecht zu werden, muss das deutsche Strafrecht entsprechend angepasst werden.

Durch eine bloße völkerrechtsfreundliche Auslegung des bestehenden Rechts ist diese Anpassung wohl nicht zu leisten, weil erstens nicht alle Fälle des Art. 36 I-K eine

Strafwürdigkeit aufweisen, die zu der hohen Strafandrohung des § 177 Abs. 1 StGB in einem angemessenen Verhältnis steht,⁴⁶ und zweitens einer erweiterten Interpretation des Gewaltbegriffes in § 177 Abs. 1 Nr. 1 StGB und in § 240 Abs. 1, Abs. 4 S. 2 Nr. 1 StGB durch Art. 103 Abs. 2 GG verfassungsrechtliche Grenzen gesetzt sind.⁴⁷

Die Anpassung an die I-K muss deshalb per Gesetz erfolgen. Dabei ergibt sich allerdings *keine* Pflicht des deutschen Gesetzgebers, § 177 StGB zu erweitern. Die Umsetzung der I-K könnte vielmehr auch durch einen anderen Straftatbestand erfolgen, der sinnvoll in die bestehenden Regelungen des Sexualstrafrechts eingebettet wird. Wie eine solche Reformgesetzgebung konkret ausgestaltet werden muss, sollte in der kommenden Zeit zum Gegenstand weiterer Diskussionen werden.⁴⁸

⁴⁶ Vgl. zutreffend Fischer a.a.O. (Fn. 16), § 177 Rn. 29a, 39: Nicht jede „Grapscherei“ hat den Unrechtsgehalt eines *Verbrechens*.

⁴⁷ Näher Rabe/von Normann a.a.O. (Fn. 6), S. 20 f.

⁴⁸ Als Diskussionsgrundlage mag dafür z.B. der ausgearbeitete Entwurf des Deutschen Juristinnenbund e.V. dienen, siehe Stellungnahme vom 25. Juli 2014 (Fn. 6), S. 3 ff.

⁴⁴ Auffassung vom 16. Juli 2010, Mitteilung Nr. 18/2008, CEDAW/C/46/D/18/2007 („Vertido vs. Philippinen“).

⁴⁵ Rabe/von Normann a.a.O. (Fn. 6), S. 18 m.w.N.

Dokumentation

Verfahrensdokumentation

In dieser Ausgabe kein Eintrag.

Schrifttum

Schrifttum

In dieser Ausgabe kein Eintrag.

Vollständige Rechtsprechungsübersicht

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

668. BVerfG 2 BvR 429/12 (3. Kammer des Zweiten Senats) – Beschluss vom 27. Juni 2014 (OLG Celle / LG Bückeburg / AG Rinteln)

Bestimmtheitsgrundsatz (Analogieverbot; Reichweite der Gesetzeskraft verfassungsgerichtlicher Entscheidungen); verbotene Mitteilungen über Gerichtsverhandlungen (Schutzrichtung der Norm; erfolglose Verfassungsbeschwerden gegen eine Verurteilung wegen vorzeitiger Veröffentlichung der Anklageschrift durch den Angeeschuldigten oder mit dessen Willen; Rechtfertigung von Eingriffen in das allgemeine Persönlichkeitsrecht und die Meinungsfreiheit).

Art. 1 Abs. 1 GG; Art. 2 Abs. 1 GG; Art. 5 Abs. 1 GG; Art. 103 Abs. 2 GG; § 31 Abs. 2 BVerfGG; § 353d Nr. 3 StGB

669. BVerfG 2 BvR 517/13 (1. Kammer des Zweiten Senats) – Beschluss vom 3. Juni 2014 (Kammergericht)

Vorzeitige Tilgung einer Eintragung im Bundeszentralregister (effektiver Rechtsschutz gegen die Versagung der Tilgung durch die Registerbehörde; Antrag auf gerichtliche Entscheidung; Darlegungsanforderungen; Inbezugnahme von Schriftstücken; erforderliche Begründungstiefe bei geltend gemachtem Ermessensfehler).

Art. 19 Abs. 4 GG; § 23 EGGVG; § 24 Abs. 1 EGGVG; § 172 Abs. 3 Satz 1 StPO; § 42 Abs. 2 VwGO; § 49 Abs. 1 BZRG

670. BVerfG 2 BvR 792/11 (3. Kammer des Zweiten Senats) – Beschluss vom 30. Juni 2014 (BGH / LG Neuruppin)

Verwerfung einer Revision ohne mündliche Verhandlung durch unbegründeten Beschluss (Recht auf rechtliches Gehör; Recht auf ein faires Verfahren; „Waffengleichheit“; Konventionsrecht als Auslegungshilfe bei der Auslegung von Grundrechten und rechtsstaatlichen Grundsätzen).

Art. 103 Abs. 1 GG; Art. 6 EMRK; § 344 StPO; § 349 Abs. 2 StPO; § 349 Abs. 3 StPO; 358 Abs. 2 StPO

671. BVerfG 2 BvR 989/14 (3. Kammer des Zweiten Senats) – Beschluss vom 1. Juli 2014 (BGH / LG Berlin)

Substantiierung einer Verfassungsbeschwerde (Auseinandersetzung mit vorhandener Rechtsprechung des Bundesverfassungsgerichts; Darlegung einer Verletzung in eigenen Grundrechten); keine „Drittwirkung“ ver-

ständigkeitsbezogener Verfahrensfehler (Absprachen; Verständigungsgesetz; Transparenzpflicht; Dokumentationspflicht; Belehrungspflicht; Rechtsstaatsprinzip; Recht auf ein faires Verfahren; Rechtskreistheorie; Mitangeklagte).

Art. 2 Abs. 1 GG; Art. 20 Abs. 3 GG; § 23 Abs. 1 BVerfGG; § 92 BVerfGG; § 136 Abs. 1 Satz 2 StPO; § 243 Abs. 4 StPO; § 257c Abs. 5 StPO; § 258 StPO; § 273 Abs. 1a StPO

672. BVerfG 2 BvR 1004/13 (3. Kammer des Zweiten Senats) – Beschluss vom 12. Juni 2014 (BGH / LG Frankfurt am Main)

Begründung der Verfassungsbeschwerde (Darlegungslast in Zweifelsfällen auch hinsichtlich der Zulässigkeit der Verfassungsbeschwerde; Verfassungsbeschwerdefrist; Fristberechnung nach Zustellung einer strafrechtlichen Entscheidung bei mehreren Verteidigern).

§ 23 Abs. 1 Satz 2 BVerfGG; § 92 BVerfGG; § 93 Abs. 1 Satz 1 BVerfGG; § 35 Abs. 2 StPO; § 37 Abs. 2 StPO; § 145a Abs. 1 StPO

673. BVerfG 2 BvR 2512/13 (3. Kammer des Zweiten Senats) – Beschluss vom 20. Mai 2014 (OLG Nürnberg / LG Regensburg)

Effektiver Rechtsschutz im Strafvollzug (Blutuntersuchung; HIV-Test ohne Wissen des Gefangenen; Zulässigkeit einer Beweislastentscheidung; Pflicht zur Sachverhaltsaufklärung bei streitigem Sachverhalt; Absehen von der Begründung einer Rechtsbeschwerdeentscheidung; Leerlaufen der Rechtsbeschwerde; erhebliche Zweifel an der Richtigkeit einer angefochtenen Entscheidung).

Art. 19 Abs. 4 GG; § 109 StVollzG; § 119 Abs. 3 StVollzG; § 36 Abs. 4 InfektionsschutzG; Art. 7 Abs. 3 BayStVollzG

674. BVerfG 2 BvR 2699/10 (1. Kammer des Zweiten Senats) – Beschluss vom 26. Juni 2014 (OLG Nürnberg)

Klageerzwingungsverfahren (erfolglose Verfassungsbeschwerde gegen die Einstellung eines Ermittlungsverfahrens wegen tödlicher Schüsse von Polizeibeamten; Fall „Tennessee Eisenberg“; Recht auf Leben; staatliche Schutzpflicht; Anspruch auf Strafverfolgung Dritter nur in Ausnahmefällen; wirksame amtliche Ermittlungen; Annahme einer Notwehrlage; Konventionsrecht als Auslegungshilfe bei der Auslegung von Grundrechten).

Art. 1 Abs. 1 Satz 2 GG; Art. 2 Abs. 2 Satz 1 GG; Art. 3 Abs. 1 GG; Art. 1 EMRK; Art. 2 EMRK; § 32 StGB; § 172 StPO

675. BGH 1 StR 106/13 – Beschluss vom 25. Juni 2014 (LG Stuttgart)

Gegenvorstellung.
Vor § 1 StPO

676. BGH 1 StR 129/14 – Beschluss vom 23. Juni 2014 (LG München I)

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

677. BGH 1 StR 166/14 – Beschluss vom 26. Juni 2014 (LG Regensburg)

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

678. BGH 1 StR 266/14 – Beschluss vom 8. Juli 2014 (LG München I)

Täter-Opfer-Ausgleich (erforderlicher kommunikativer Prozess zwischen Täter und Opfer).
§ 46a Nr. 1 StGB

679. BGH 1 StR 39/14 – Beschluss vom 9. April 2014 (LG Traunstein)

Verwertung der Abhörmaßnahmen eines anderen EU-Mitgliedstaates (Verwertungsverbot bei Verstößen gegen ausländisches Prozessrecht und gegen Völkerrecht; Rechtshilfe; Prüfungsverbot); Einbeziehung ausländischer Verurteilungen in der EU (Rechtskraft; schuldangemessene Strafzumessung).
§ 100a StPO; Art. 2 Abs. 1 GG; Art. 20 Abs. 3 GG; Art. 6 EMRK; § 46 StGB; Art. 3 Abs. 5 Satz 2 Rahmenbeschluss 2008/675/JI

680. BGH 1 StR 605/13 – Beschluss vom 8. Juli 2014 (LG Darmstadt)

Unbegründete Anhörungsrüge.
§ 356a StPO

681. BGH 1 StR 605/13 – Beschluss vom 8. Juli 2014 (LG Darmstadt)

Unbegründete Anhörungsrüge.
§ 356a StPO

682. BGH 1 StR 740/13 – Beschluss vom 2. Juli 2014 (BGH)

Mangelnde Zuständigkeit des BGH für die Entscheidung über einen Antrag auf Beiordnung eines Pflichtverteidigers für das Revisionsverfahren.
§ 142 StPO; § 141 StPO

683. BGH 1 StR 740/13 – Beschluss vom 25. Juni 2014 (BGH)

Unbegründete Anhörungsrüge.
§ 356a StPO

684. BGH 2 StR 11/14 – Beschluss vom 15. Mai 2014 (LG Frankfurt a. M.)

Erörterungsmangel hinsichtlich der Anordnung der Unterbringung in einer Entziehungsanstalt (Hang).
§ 64 StGB

685. BGH 2 StR 14/14 – Beschluss vom 4. Juni 2014 (LG Meiningen)

Sexueller Missbrauch von Kindern (Feststellungen zu den Altersgrenzen).
§ 176 StGB

686. BGH 2 StR 23/14 – Beschluss vom 14. Mai 2014 (LG Bonn)

Strafzumessung bei der Körperverletzung mit Todesfolge (minder schwerer Fall bei Provokation; Berücksichtigung vertypter Strafmilderungsgründe; verminderte Schuldfähigkeit).
§ 227 Abs. 2 StGB; § 21 StGB; § 213 Alt. 1 StGB

687. BGH 2 StR 33/14 – Beschluss vom 24. Juni 2014 (LG Fulda)

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

688. BGH 2 StR 53/14 – Beschluss vom 15. Mai 2014 (LG Frankfurt a.M.)

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

689. BGH 2 StR 65/14 – Beschluss vom 17. Juni 2014 (LG Marburg)

Unzureichende Anwendung der Härtefallregelung beim Verfall von Wertersatz im Umfang des Bruttoerlöses.
§ 73c Abs. 1 Satz 2 Alt. 1. StGB

690. BGH 2 StR 8/14 – Beschluss vom 30. April 2014 (LG Kassel)

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

691. BGH 2 StR 120/14 – Beschluss vom 24. Juni 2014 (LG Bonn)

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

692. BGH 2 StR 143/14 – Beschluss vom 1. Juli 2014 (LG Wiesbaden)

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

693. BGH 2 StR 157/14 – Beschluss vom 26. Juni 2014 (LG Frankfurt a.M.)

Wertungsfehler bei der Prüfung des minderschweren Falles des Raubes (mangelnde Milderungsgründe).
§ 250 Abs. 3 StGB; § 46 StGB

694. BGH 2 StR 214/14 – Beschluss vom 8. Juli 2014 (LG Frankfurt a. M.)

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

695. BGH 2 StR 288/13 – Beschluss vom 22. Juli 2014 (LG Frankfurt a.M.)

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

696. BGH 2 StR 435/13 – Beschluss vom 16. April 2014 (LG Bonn)

Beendigung des Betruges.

§ 263 StGB; § 78 StGB

697. BGH 2 StR 520/13 – Beschluss vom 27. Mai 2014 (LG Aachen)

Minder schwerer Fall des Totschlages (Vorrang des Regelbeispiels).

§ 213 StGB

698. BGH 2 StR 68/14 – Urteil vom 25. Juni 2014 (LG Köln)

Minderschwerer Fall des Raubes.

§ 250 Abs. StGB

699. BGH 2 StR 581/13 – Beschluss vom 15. Mai 2014 (LG Mainz)

Anwendung des Zweifelsgrundsatzes auf die Voraussetzungen des Rücktritts (in dubio pro reo; Freiwilligkeit).

§ 24 StGB; § 261 StPO

700. BGH 2 StR 616/12 – Urteil vom 5. März 2014 (LG Frankfurt a. M.)

Betrug durch ein verschleiert kostenpflichtiges Routenplanerangebot im Internet (Grenzen der richtlinienkonformen Auslegung des Strafrechts; Normativierung von Täuschung und Irrtum; Tatvorsatz; Verstoß gegen die Preisangabenverordnung; Vermögensschaden und persönlicher Schadenseinschlag; Gewerbsmäßigkeit; Konkurrenzen; Absicht, durch die fortgesetzte Begehung von Betrug eine große Zahl von Menschen in die Gefahr des Verlustes von Vermögenswerten zu bringen); Verbotsirrtum bei einem vorliegenden Gutachten eines Rechtsanwaltes; Vorabentscheidungsverfahren (Vorlagepflicht; acte-claire-Doktrin).

§ 263 StGB; § 17 StGB; PAngV; Richtlinie 2005/29/EG; Art. 4 Abs. 3 EUV; Art. 288 Abs. 3 AEUV; Art. 267 AEUV

701. BGH 2 StR 606/13 – Beschluss vom 27. Mai 2014 (LG Marburg)

Geiselnahme (mangelnde stabile Bemächtigungslage im Zwei-Personenverhältnis).

§ 239b StGB

702. BGH 2 StR 608/13 – Beschluss vom 16. April 2014 (LG Köln)

Verwerfung der Revision als unbegründet.

§ 349 Abs. 2 StPO

703. BGH 2 ARs 118/14 (2 AR 86/14) – Beschluss vom 15. Mai 2014 (AG Steinfurt)

Übertrag der Untersuchung und Entscheidung der Sache bei Wohnsitzwechsel.

§ 42 Abs. 3 Satz 1 JGG

704. BGH 2 ARs 155/13 (2 AR 91/13) – Beschluss vom 22. Mai 2014 (BGH)

Unbegründeter Antrag auf Nachholung des rechtlichen Gehörs.

§ 33a StPO

705. BGH 2 ARs 64/14 (2 AR 58/14) – Beschluss vom 14. Mai 2014

Gerichtsstandsübertragung bei dauerhafter Reiseunfähigkeit des Angeklagten.

§ 12 Abs. 2 StPO

706. BGH 2 ARs 93/14 (2 AR 73/14) – Beschluss vom 15. Mai 2014 (AG Essen)

Zuständigkeit des Jugendrichters für die Einleitung der Strafvollstreckung.

§ 84 Abs. 1 JGG

707. BGH 2 ARs 163/13 (2 AR 108/13) – Beschluss vom 13. Mai 2014 (BGH)

Unbegründeter Antrag auf Nachholung des rechtlichen Gehörs.

§ 33a StPO

708. BGH 2 ARs 254/13 (2 AR 174/13) – Beschluss vom 13. Mai 2014

Unbegründeter Antrag auf Nachholung des rechtlichen Gehörs.

§ 33a StPO

709. BGH 2 ARs 363/13 (2 AR 243/13, 2 ARs 383/13, 2 AR 266/13) – Beschluss vom 30. April 2014 (BGH)

Kein Akteneinsichtsrecht in das Senatsheft.

§ 147 StPO

710. BGH 2 ARs 363/13 (2 AR 243/13, 2 ARs 383/13, 2 AR 266/13) – Beschluss vom 30. April 2014

Kein Akteneinsichtsrecht in das Senatsheft.

§ 147 StPO

711. BGH 2 ARs 463/13 (2 AR 351/13) – Beschluss vom 13. Mai 2014 (BGH)

Unbegründeter Antrag auf Nachholung des rechtlichen Gehörs.

§ 33a StPO

712. BGH 4 StR 150/14 – Beschluss vom 3. Juni 2014 (LG Magdeburg)

Rechtsfehlerhafte Gesamtstrafenbildung (Gesamtstrafenlage bei mangelnder Erledigung).

§ 54 StGB; § 55 StGB; § 460 StPO

713. BGH 4 StR 195/14 – Beschluss vom 2. Juli 2014 (LG Bielefeld)

Erörterungsmangel zur Einbeziehung eines Täter-Opfer-Ausgleichs bei der Strafzumessung (unzureichende allgemeine strafmildernde Berücksichtigung der Schadenswiedergutmachung).

§ 46 StGB; § 46a StGB

714. BGH 4 StR 34/14 – Beschluss vom 15. Juli 2014 (LG Magdeburg)

Darlegungsanforderungen an die Rüge der Abwesenheit einer Urkundsbeamtin (Betrauung).

§ 338 Nr. 5 StPO; § 226 Abs. 1 StPO; § 344 Abs. 2 Satz 2 StPO; § 153 Abs. 5 Satz 1 GVG; Nr. 14.1 Satz 2 der Geschäftsordnungsvorschriften für die Gerichte und Staatsanwaltschaften des Landes Sachsen-Anhalt vom 18. Dezember 2008

715. EuGH C-473/13 (C-514/13) – Urteil des EuGH (Große Kammer) vom 17. Juli 2014 (Adala Bero und Ettayebi Bouzalmate)

Gemeinsame Normen und Verfahren in den Mitgliedstaaten zur Rückführung illegal aufhältiger Drittstaatsangehöriger (Abschiebehaft; Inhaftierung in einer gewöhnlichen Haftanstalt: Unmöglichkeit der Unterbringung in einer speziellen Hafteinrichtung infolge national föderaler Strukturen; Auslegung unterschiedlicher Sprachfassungen; zulässige Unterbringung in Einrichtungen anderer Bundesländer); Raum der Freiheit, der Sicherheit und des Rechts; Vorabentscheidungsverfahren.
Art. 16 Abs. 1 Richtlinie 2008/115/EG; Art. 1 GRCh; Art. 267 AEUV; § 62a Abs. 1 Aufenthaltsgesetz

716. EGMR Nr. 26171/07 – Urteil vom 19. Juli 2012 (Hümmer v. Deutschland)

Verletzung des Rechts auf ein faires Strafverfahren durch ausbleibende Gewährung des Konfrontationsrechts (Fragegerecht: kontradiktorische Befragung, Kreuzverhör; unzulässige Einschränkung der Verteidigungsrechte durch Zugeständnis eines familiär bedingten Zeugnisverweigerungsrechts und der Verwertung früherer belastender Aussagen: Verhältnismäßigkeit, hinreichende Kompensation, strenge Prüfung durch den EGMR; Verweigerung eines Verwertungsverbot zugunsten einer besonders vorsichtigen Beweiswürdigung; einzige oder entscheidende Aussage; mangelnde Bestellung eines Verteidigers im Ermittlungsverfahren); Anordnung der Unterbringung in einem psychiatrischen Krankenhaus).

Art. 6 Abs. 1, Abs. 3 lit. d EMRK; § 252 StPO; § 52 StPO; § 141 Abs. 3 StPO; § 140 Abs. 1 Nr. 2 StPO; § 168c StPO; § 63 StGB

717. BGH 4 StR 215/14 – Beschluss vom 2. Juli 2014 (LG Stuttgart)

Unzulässige Revision bei konkludent mangelnder Verantwortungsübernahme durch den Verteidiger trotz Unterzeichnung der Revisionsschrift.

§ 349 Abs. 1 StPO; § 345 Abs. 2 StPO

718. BGH 4 StR 240/14 – Beschluss vom 3. Juli 2014 (LG Hagen)

Abgrenzung von Täterschaft und Teilnahme beim Handeltreiben mit Betäubungsmitteln (Kurierfahrt).

§ 29 BtMG; § 25 Abs. 2 StGB; § 27 StGB; § 29a Abs. 1 Nr. 2 BtMG

719. BGH 4 StR 263/14 – Beschluss vom 30. Juli 2014 (LG Magdeburg)

Verwerfung der Revision als unbegründet.

§ 349 Abs. 2 StPO

720. BGH 4 StR 488/13 – Beschluss vom 2. Juli 2014 (LG Bochum)

Antrag auf Offenlegung der Anregung eines Verwerfungsantrages; Anregung einer Verfahrenseinstellung durch das Revisionsgericht.

§ 349 StPO; § 154 StPO; Art. 103 Abs. 1 GG; Art. 6 EMRK

721. BGH 4 StR 498/13 – Beschluss vom 2. Juli 2014 (LG Bayreuth)

Zulässige aber trotz objektivem Verstoß gegen das rechtliche Gehör unbegründete Anhörungsrüge.

§ 356a StPO; Art. 6 EMRK; Art. 103 Abs. 1 GG

722. BGH 1 StR 723/13 – Beschluss vom 25. Juni 2014 (LG Würzburg)

Anhörungsrüge; Anspruch auf rechtliches Gehör (Verwerfung der Revision durch Beschluss).

Art. 103 Abs. 1 GG; § 349 Abs. 3 StPO; § 356a StPO

723. BGH 1 StR 726/13 – Beschluss vom 8. Mai 2014 (LG Augsburg)

Besorgnis der Befangenheit (Vorbefassung des Richters mit dem Verfahrensgegenstand; Rechtsfehler des Richters); Untersuchungshaft (Haftgrund der Fluchtgefahr: unzureichende Herleitung aus einem Verteidigerwechsel).

§ 24 Abs. 2 StPO; § 112 Abs. 2 Nr. 2 StPO

724. BGH 1 StR 92/14 – Urteil vom 25. Juni 2014 (LG Traunstein)

Tatrichterliche Beweiswürdigung (revisionsrechtliche Überprüfbarkeit eines Freispruchs).

§ 261 StPO

725. BGH 2 StR 1/14 – Beschluss vom 15. Mai 2014 (LG Limburg)

Tatrichterliche Beweiswürdigung (in dubio pro reo: mehrere Angeklagte).

§ 261 StPO

726. BGH 2 StR 127/14 – Beschluss vom 27. Mai 2014 (LG Frankfurt a.M.)

Beihilfe zum unerlaubten Handeltreiben mit Betäubungsmitteln in nicht geringer Menge.

§ 27 Abs. 1 StGB; § 29a Abs. 1 Nr. 2 BtMG

727. BGH 2 StR 274/13 – Beschluss vom 26. März 2014 (LG Mühlhausen)

Ablehnung eines Beweisantrages wegen eigener Sachkunde des Gerichts (Ablehnung eines Sachverständigengutachtens wegen vorheriger freibeweislicher Befragung eines Sachverständigen durch das Gericht).

§ 244 Abs. 3 Satz 2 StPO

728. BGH 2 StR 70/14 – Urteil vom 28. Mai 2014 (LG Aachen)

Anforderungen an ein freisprechendes Urteil (tatrichterliche Beweiswürdigung; Urteilsbegründung).

§ 261 StPO; § 267 Abs. 5 Satz 1 StPO

1. Spricht der Tatrichter einen Angeklagten frei, weil er Zweifel an seiner Täterschaft nicht zu überwinden vermag, so ist dies durch das Revisionsgericht in der Regel hinzunehmen. Denn die Beweiswürdigung ist Sache des Tatrichters (§ 261 StPO), dessen Schlussfolgerungen nicht zwingend, sondern nur möglich sein müssen (vgl. BGHSt 21, 149).

2. Die revisionsgerichtliche Prüfung beschränkt sich allein darauf, ob dem Tatrichter Rechtsfehler unterlaufen sind. Das ist in sachlich-rechtlicher Hinsicht der Fall, wenn die Beweiswürdigung widersprüchlich, unklar oder lückenhaft ist oder gegen Denkgesetze oder gesicherte Erfahrungssätze verstößt. Insbesondere sind die Beweise auch erschöpfend zu würdigen. Das Urteil muss erkennen lassen, dass der Tatrichter solche Umstände, die

geeignet sind, die Entscheidung zu Gunsten oder zu Ungunsten des Angeklagten zu beeinflussen, erkannt und in seine Überlegungen einbezogen hat. Aus den Urteilsgründen muss sich zudem ergeben, dass die einzelnen Beweisergebnisse nicht nur isoliert gewertet, sondern in eine umfassende Gesamtwürdigung eingestellt wurden (st. Rspr.).

729. BGH 2 StR 90/14 – Urteil vom 11. Juni 2014 (LG Frankfurt a.M.)

Beschränkung der Revision (Zulässigkeit einer Beschränkung)
§ 318 StPO

Voraussetzung für eine wirksame Beschränkung der Revision ist, dass sie sich auf Beschwerdepunkte bezieht, die nach dem inneren Zusammenhang des Urteils losgelöst von seinem nicht angegriffenen Teil rechtlich und tatsächlich selbständig beurteilt werden können, ohne eine Prüfung der Entscheidung im Übrigen erforderlich zu machen (st. Rspr.). Eine Beschränkung ist aber auch dann unwirksam, wenn die Gefahr besteht, dass die nach dem Teilrechtsmittel (stufenweise) entstehende Gesamtscheidung nicht frei von inneren Widersprüchen bleiben kann (vgl. BGHSt 29, 359, 366).

730. BGH 2 StR 354/13 – Beschluss vom 27. Mai 2014 (LG Bonn)

Unerlaubte Abgabe von Betäubungsmitteln (Abgabe durch einen Arzt im Rahmen einer Substitutionsbehandlung; Strafzumessung).
§ 29 Abs. 1 Nr. 1 BtMG; § 13 Abs. 3 BtMG; § 5 BtMVV; § 267 Abs. 3 Satz 1 StPO; § 46 StPO

731. BGH 2 StR 381/13 – Urteil vom 5. Juni 2014 (LG Frankfurt a.M.)

BGHSt; Mitteilungs- und Dokumentationspflichten bei Gesprächen, die auf eine Verständigung abzielen (revisionsrechtliche Rüge: keine Geltendmachung des Zwischenrechtsbehelf nach § 238 Abs. 2 StPO erforderlich); Umfang der Mitteilungs- und Dokumentationspflichten; Beruhen des Urteils auf unterlassener Mitteilung; Information des Angeklagten durch Verteidiger; Strafzumessung (Einbeziehung von strafbaren Handlungen, die nicht Teil der Anklage sind).
§ 243 Abs. 4 Satz 2 StPO; § 238 Abs. 2 StPO; § 273 Abs. 1a StPO; § 339 Abs. 1 StPO; § 46 Abs. 2 StGB

732. BGH 2 StR 428/13 – Beschluss vom 27. Mai 2014 (LG Gießen)

Aufrechterhaltung von Feststellungen nach Aufhebung des Urteils durch das Revisionsgericht.
§ 353 Abs. 2 StPO

733. BGH 2 StR 437/13 – Urteil vom 28. Mai 2014 (LG Darmstadt)

Betrug (konkludente Täuschung durch wahre Angaben; Darstellung eines Angebots als Kostenforderung; richtlinienkonforme Auslegung; EU-Richtlinie 2005/29/EG); Verfall (Feststellung von Ansprüchen Dritter im Urteil, wenn das Erlangte nicht mehr im Vermögen des Betroffenen nicht mehr vorhanden ist).
§ 263 Abs. 1 StGB; RL 2005/29/EG; § 73 StGB; § 73c Abs. 1 Satz 2 StGB; § 111i Abs. 1 StPO

734. BGH 2 StR 445/13 – Urteil vom 19. März 2014 (LG Marburg)

Unternehmen des Sich-Besitzverschaffens von kinderpornographischen Schriften (keine Strafbarkeit bei Erfüllung rechtmäßiger dienstlicher oder beruflicher Pflichten: Besitzverschaffung durch Strafverteidiger).
§ 184b Abs. 2, Abs. 5 StGB

735. BGH 2 StR 465/13 – Beschluss vom 14. Mai 2014 (LG Frankfurt a. M.)

Schwerer Bandendiebstahl (Bandenbegriff).
§ 244a Abs. 1 StGB

736. BGH 2 StR 465/13 – Urteil vom 14. Mai 2014 (LG Frankfurt a. M.)

Verständigung (Unzulässigkeit einer Verständigung, die nicht den gesetzlichen Regelungen entspricht).
§ 257c StPO

737. BGH 2 StR 475/13 – Urteil vom 14. Mai 2014 (LG Mainz)

Ablehnung eines Beweisantrages wegen Unzulässigkeit des Beweismittels (kein Verstoß gegen den Unmittelbarkeitsgrundsatz bei einer Vernehmungprotokollverlesung zusätzlich zu entsprechender Zeugenaussage).
§ 244 Abs. 3 Satz 1 StPO; § 250 StPO

738. BGH 2 StR 489/13 – Urteil vom 11. Juni 2014 (LG Frankfurt a.M.)

Ablehnung eines Richters wegen Besorgnis der Befangenheit (Vorbefassung mit der Sache); Konfrontationsrecht des Angeklagten (Pflicht des Gerichts, eine Befragung zu ermöglichen); Zurücknahme der Bestellung eines Pflichtverteidigers (keine Zurücknahme bei Wahl eines anderen Verteidigers; Rücknahmegrund des Interessenskonflikts: Interessenskonflikt bei Vertretung von Mitangeklagten durch Anwälte einer Kanzlei).
Art. 6 Abs. 1, Abs. 3 lit. d EMRK; § 24 Abs. 2 StPO; § 143 StPO

739. BGH 2 StR 556/13 – Urteil vom 14. Mai 2014 (LG Koblenz)

Mord (niedere Beweggründe; Heimtücke).
§ 211 StGB

740. BGH 2 StR 566/13 – Beschluss vom 15. April 2014 (LG Hanau)

Strafzumessung.
§ 46 StGB

741. BGH 2 StR 608/13 – Urteil vom 16. April 2014 (LG Köln)

Misshandlung von Schutzbefohlenen (Verhältnis zum Totschlag: keine Gesetzeseinheit, Schutz auch der psychischen Integrität); Strafzumessung (Berücksichtigung von Vor- und Nachtatverhalten).
§ 225 Abs. 3 Nr. 1 StGB; § 212 StGB; § 46 StGB.

742. BGH 2 StR 624/12 – Urteil vom 5. Juni 2014 (LG Bonn)

Tatrichterliche Beweiswürdigung (Bewertung von Zeugenaussagen); Anforderungen an die Urteilsbegründung.
§ 261 StPO; § 267 Abs. 1 StPO

743. BGH 4 StR 128/14 – Beschluss vom 18. Juni 2014 (LG Essen)

Einziehung (Verhältnismäßigkeit der Maßnahme).
§ 74 StGB; § 74b Abs. 2 StGB

744. BGH 4 StR 129/14 – Urteil vom 17. Juli 2014 (LG Halle)

Tatrichterliche Beweiswürdigung (revisionsrechtliche Kontrolle eines freisprechenden Urteils; Bewertung von Aussagen des Angeklagten: Anwendungsbereich von in dubio pro reo).
§ 261 StPO

745. BGH 4 StR 71/14 – Beschluss vom 17. Juni 2014 (LG Bielefeld)

Unerlaubtes Besitzen von Waffen (Konkurrenzverhältnis zu gleichzeitigen anderen Verstößen gegen das Waffengesetz: Tateinheit).
§ 52 Abs. 1 Nr. 1 WaffG; § 52 StGB

746. BGH 4 StR 137/14 – Urteil vom 3. Juli 2014 (LG Kaiserslautern)

Tatrichterliche Beweiswürdigung bei freisprechendem Urteil (Schweigen des Angeklagten).
§ 261 StPO

747. BGH 4 StR 158/14 – Urteil vom 17. Juli 2014 (LG Magdeburg)

Rücktritt vom Versuch (beendeter Versuch: Definition, Korrektur des Rücktrittshorizonts).
§ 22 StGB; § 23 Abs. 1 StGB; § 24 Abs. 1 Satz 1 StGB

748. BGH 4 StR 168/14 – Beschluss vom 4. Juni 2014 (LG Ulm)

Rücktritt vom Versuch (Fehlschlag des Versuchs).
§ 24 Abs. 1 StGB

749. BGH 4 StR 171/14 – Beschluss vom 17. Juni 2014 (LG Paderborn)

Anordnung der Unterbringung in einem psychiatrischen Krankenhaus (Anforderungen an die Urteilsbegründung: Verweis auf ein Sachverständigengutachten).
§ 63 StGB; § 267 Abs. 6 StPO

750. BGH 4 StR 176/14 – Beschluss vom 2. Juli 2014 (LG Dortmund)

Tateinheit bei mittäterschaftlich begangener Mehrzahl von Delikten (gesonderte Prüfung jedes einzelnen Beteiligten).
§ 52 Abs. 1 StGB; § 25 Abs. 2 StGB

751. BGH 4 StR 188/14 – Beschluss vom 2. Juli 2014 (LG Paderborn)

Unerlaubtes Handeltreiben mit Betäubungsmitteln in nicht geringer Menge (Verhältnis zum unerlaubten Erwerb von Betäubungsmitteln: Tateinheit durch Verklammerung).
§ 29a Abs. 1 Nr. 2 BtMG; § 29 Abs. 1 Satz 1 Nr. 1 BtMG; § 52 Abs. 1 StGB

752. BGH 4 StR 191/14 – Beschluss vom 3. Juli 2014 (LG Essen)

Tateinheit bei durch mehrere Beteiligte begangene Mehrzahl von Delikten (Einzelbetrachtung jedes Beteiligten; in dubio pro reo).
§ 52 Abs. 1 StGB; § 25 StGB; § 26 StGB; § 27 StGB

1. Sind an einer Deliktserie mehrere Personen als Mittäter, mittelbare Täter, Anstifter oder Gehilfen beteiligt, ist die Frage, ob die einzelnen Taten tateinheitlich oder tatmehrheitlich zusammentreffen, bei jedem Beteiligten gesondert zu prüfen und zu entscheiden. Maßgeblich ist dabei der Umfang des erbrachten Tatbeitrags.

2. Leistet ein Mittäter für alle oder einige Einzeltaten einen individuellen, nur je diese fördernden Tatbeitrag, so sind ihm diese Taten – soweit keine natürliche Handlungseinheit vorliegt – als tatmehrheitlich begangen zuzurechnen. Fehlt es an einer solchen individuellen Tatförderung, erbringt der Täter aber im Vorfeld oder während des Laufs der Deliktserie Tatbeiträge, durch die alle oder mehrere Einzeltaten seiner Tatgenossen gleichzeitig gefördert werden, sind ihm die gleichzeitig geförderten einzelnen Straftaten als tateinheitlich begangen zuzurechnen, da sie in seiner Person durch den einheitlichen Tatbeitrag zu einer Handlung im Sinne des § 52 Abs. 1 StGB verknüpft werden. Ohne Bedeutung ist dabei, ob die Mittäter die einzelnen Delikte tatmehrheitlich begangen haben (st. Rspr.).

3. Lässt sich nicht feststellen, durch wie viele Handlungen im Sinne der §§ 52, 53 StGB der Angeklagte die festgestellten Taten gefördert hat, so ist im Zweifel zu seinen Gunsten davon auszugehen, dass er nur eine Handlung begangen hat.

753. BGH 4 StR 217/14 – Beschluss vom 18. Juni 2014 (LG Dessau-Roßlau)

Adhäsionsverfahren (Bemessung von Schmerzensgeld).
§ 403 StPO; § 253 Abs. 2 BGB

754. BGH 4 StR 223/13 – Beschluss vom 22. Mai 2014

Vorlage an den Großen Senat für Strafsachen; unerlaubtes Handeltreiben mit Betäubungsmitteln in nicht geringer Menge (Begriff des Handeltreibens; Verhältnis zur unerlaubten Einfuhr von Betäubungsmitteln in nicht geringer Menge: Verklammerungswirkung).
§ 132 Abs. 2 GVG; § 29a Abs. 1 Nr. 2 BtMG; § 30 Abs. 1 Nr. 4 BtMG

755. BGH 4 StR 230/14 – Beschluss vom 3. Juli 2014 (LG Halle)

Teilweises Absehen von der Verfolgung bei mehreren Taten (Einstellung als Verfahrenshindernis); Zulässigkeit einer Tatzeitverschiebung der angeklagten Tat.
§ 154 Abs. 2 StPO; § 200 Abs. 1 Satz 1 StPO

756. BGH 3 StR 113/14 – Beschluss vom 27. Mai 2014 (LG Krefeld)

Rechtsfehlerhafte Anordnung der dauerhaften Unterbringung in einem psychiatrischen Krankenhaus (durch Urteilsfeststellungen nicht belegter Zusammenhang zwischen psychischer Erkrankung und Anlasstat).
§ 63 StGB

757. BGH 3 StR 135/14 – Beschluss vom 24. Juni 2014 (LG Oldenburg)

Teileinstellung des Verfahrens.
§ 154 StPO

758. BGH 3 StR 137/14 – Beschluss vom 27. Mai 2014 (LG Aurich)

Voraussetzungen der mittäterschaftlichen Begehung einer Einfuhr von Betäubungsmitteln (fehlende unmittelbare Beteiligung am Einfuhrvorgang; hervorgehobene Bedeutung der Tatherrschaft; Unbeachtlichkeit des reinen Interesses am Gelingen des Einfuhrvorgangs); Bedeutung einer Einziehungsentscheidung für die Strafzumessung.
§ 29 BtMG; § 25 Abs. 2 StGB

759. BGH 3 StR 24/14 – Beschluss vom 29. April 2014 (LG Koblenz)

Mitteilungspflicht des Vorsitzenden bei Gesprächen über eine Verständigung (Anforderungen an die revisionsrechtliche Rüge von Verstößen).
§ 243 Abs. 4 Satz 2 StPO; § 344 Abs. 2 Satz 2 StPO

760. BGH 3 StR 60/14 – Beschluss vom 27. Mai 2014 (LG Koblenz)

Mordmerkmal der Heimtücke (kein Erfordernis eines direkten Vermögenszuwachses beim Täter); Ablehnung eines Beweisantrags wegen Bedeutungslosigkeit.
§ 211 StGB; § 244 Abs. 3 StPO

761. BGH 3 StR 83/14 – Beschluss vom 26. Juni 2014 (LG Mainz)

Wertersatzverfall (Nichtvorhandensein des Erlangten im Vermögen des Täters; Verhältnis zur allgemeinen Härtefallregelung; Prüfungsreihenfolge)
§ 73c StGB

762. BGH 3 StR 84/14 – Urteil vom 17. April 2014 (LG Trier)

Kognitionspflicht (fehlende volle Ausschöpfung des Unrechtsgehalts der angeklagten Tat); Beweiswürdigung (Grenzen der Revisibilität; Stützen einer entlastenden Feststellung allein auf die Einlassung des Angeklagten); Begriff des „Handeltreibens“; Notwendigkeit der Abgrenzung von Besitz und Handeltreiben trotz identischen Strafrahmens.
§ 264 StPO; § 261 StPO; § 29 BtMG; § 29a BtMG

763. BGH 3 StR 92/14 – Beschluss vom 15. April 2014 (LG Hildesheim)

Keine wahlweise Verurteilung wegen schweren Raubes oder schwerer räuberischer Erpressung (Verhältnis von Raub und räuberischer Erpressung).
§ 249 StGB; § 255 StGB

764. BGH 3 StR 139/14 – Urteil vom 12. Juni 2014 (LG Hannover)

Innerprozessuale Bindungswirkung nicht aufgehobener Feststellungen bei Aufhebung allein des Strafausspruchs in der Revision.
§ 353 StPO

765. BGH 3 StR 152/14 – Beschluss vom 28. Mai 2014 (LG Mainz)

Verwerfung der Revision als unbegründet.

§ 349 Abs. 2 StPO

766. BGH 3 StR 154/14 – Urteil vom 12. Juni 2014 (LG Mainz)

Anforderungen an die tatrichterliche Beweiswürdigung hinsichtlich der subjektiven Voraussetzungen der Heimtücke (Ausnutzungsbewusstsein; umfassende Würdigung aller Umstände; Grenzen der Revisibilität); Rücktritt (ausnahmsweise Bestand des Urteils trotz fehlender Feststellungen zum Rücktrittshorizont).
§ 261 StPO; § 211 StGB; § 24 StGB

767. BGH 3 StR 168/14 – Beschluss vom 24. Juni 2014 (LG Hannover)

Schwere Körperverletzung (Begriff der „Lähmung“; Erfordernis der Aufhebung der Integrität des gesamten Körpers); Strafrahmenvahl bei Vorhandensein eines Sonderstrafrahmens und eines weiteren vertyperten Milderungsgrundes.
§ 226 Abs. 1 Nr. 3 Alt. 3 StGB; § 226 Abs. 3 StGB; § 49 StGB

768. BGH 3 StR 175/14 – Urteil vom 26. Juni 2014 (LG Verden)

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

769. BGH 3 StR 185/14 – Beschluss vom 24. Juni 2014 (LG Hannover)

Unterlassene erneute Erteilung des letzten Wortes an den Angeklagten nach Wiedereintritt in die Hauptverhandlung.
§ 258 StPO

770. BGH 3 StR 190/14 – Beschluss vom 28. Mai 2014 (LG Trier)

Teileinstellung des Verfahrens.
§ 154 Abs. 2 StPO

771. BGH 3 StR 194/14 – Beschluss vom 24. Juni 2014 (LG Trier)

Rechtsfehlerhafte vorübergehende Entfernung des Angeklagten aus dem Sitzungssaal (Erfordernis einer substantiierten Begründung; ausnahmsweise Entbehrlichkeit bei sich aufdrängender massiver Furcht; bloßer Wunsch der minderjährigen Zeugin nicht ausreichend).
§ 247 StPO

772. BGH 3 StR 196/14 – Beschluss vom 28. Mai 2014 (LG Düsseldorf)

Rechtsfehlerhafte Berücksichtigung der anfänglichen Aussageverweigerung zum Nachteil des Angeklagten.
§ 261 StPO; § 136 Abs. 1 Satz 2 StPO; § 243 Abs. 5 Satz 1 StPO

773. BGH 3 StR 204/14 – Beschluss vom 8. Juli 2014 (LG Oldenburg)

Korrektur eines Zählfehlers; rechtsfehlerhaft unterlassene Prüfung der Unterbringung in einer Entziehungsanstalt.
§ 260 StPO; § 64 StGB

774. BGH 3 StR 207/14 – Beschluss vom 24. Juni 2014 (LG Wuppertal)

Handeltreiben mit Betäubungsmitteln (Lieferabsprache als Vollendungszeitpunkt; Bewertungseinheit bei Aufspaltung eines einheitlichen Geschäfts in zwei Lieferungen).

§ 29 BtMG; § 52 StGB

775. BGH 3 StR 223/14 – Beschluss vom 24. Juni 2014 (LG Koblenz)

Herbeiführen einer Brandgefahr (Brandgefahr für fremde Wälder durch offenes Feuer; fehlende Feststellungen zum Vorliegen einer konkreten Gefahr).

§ 306f Abs. 1 Nr. 3 StGB

776. BGH 3 StR 237/14 – Beschluss vom 24. Juni 2014 (LG Bochum)

Rechtsfehlerhafte Anordnung der dauerhaften Unterbringung in einem psychiatrischen Krankenhaus (durch die Urteilsfeststellungen nicht belegter Zusammenhang zwischen psychischer Erkrankung und Anlasstat).

§ 63 StGB

777. BGH 3 StR 246/14 – Beschluss vom 10. Juni 2014 (LG Kleve)

Rechtsfehlerhafter Strafausspruch wegen unterlassener Mitteilung des Vollstreckungsstands einer Geldstrafe.

§ 55 StGB

778. BGH 3 StR 265/13 – Beschluss vom 6. Mai 2014 (OLG Hamburg)

Mitgliedschaft in einer terroristischen Vereinigung im Ausland (PKK; keine völkerrechtliche Rechtfertigung des Kampfes der PKK gegen das türkische Militär; gerichtliche Kontrolle der Verfolgungsermächtigung); keine Wiedereinsetzung bei unvollständig erhobener Verfahrensrüge.

§ 129a StGB; § 129b StGB; § 44 StPO

779. BGH 3 StR 276/14 – Beschluss vom 8. Juli 2014 (LG Hannover)

Prüfung eines minder schweren Falles bei der gefährlichen Körperverletzung im Falle des Vorhandenseins gesetzlich vertypter Milderungsgründe.

§ 224 StGB; § 21 StGB; § 49 StGB

780. BGH 3 StR 289/13 – Urteil vom 20. Februar 2014 (LG Rostock)

Verfahrenshindernis fehlender Anklage (Feststellung eines in der Anklage nicht genannten Tatortes); keine Mitteilungspflicht bzgl. eines Gesprächs über eine Verständigung nach Rücknahme der ursprünglichen und Erhebung einer neuen Anklage; Beweiswürdigung bei Sexualdelikten (Aussage des Geschädigten als alleiniges Beweismittel).

§ 260 Abs. 3 StPO; § 243 Abs. 4 S. 1 StPO; § 261 StPO

781. BGH 3 StR 382/13 – Beschluss vom 6. Mai 2014 (LG Rostock)

Rechtsfehlerhafte Anordnung der Sicherungsverwahrung (Begriff des „Hangtäters“; Relevanz statistischer Prognoseinstrumente; Erörterungsbedarf bei „nicht typischem Hangtäter“).

§ 66 StGB

782. BGH 3 StR 386/13 – Urteil vom 15. Mai 2014 (LG Lüneburg)

Beweiswürdigung (eigene Sachkunde des Gerichts bei der Glaubwürdigkeitsbeurteilung; Revisibilität der tatrichterlichen Beweiswürdigung); zum „Hang“ als Voraussetzung der Unterbringung in einer Entziehungsanstalt.

§ 261 StPO; § 64 StGB

783. BGH 3 StR 398/13 – Beschluss vom 14. Mai 2014 (LG Mönchengladbach)

Fehlen einer hinreichend konkreten Bezeichnung der Einziehungsgegenstände.

§ 33 BtMG; § 74 StGB; § 260 StPO

784. BGH 3 StR 436/13 – Beschluss vom 29. April 2014 (LG Hannover)

Widersprüche zwischen Urteilsgründen und Beschluss zur Ablehnung eines Beweisantrags (Ablehnung wegen Bedeutungslosigkeit der Beweistatsache; gegenteilige Würdigung in den Urteilsgründen).

§ 244 Abs. 3 Satz 2 StPO; § 261 StPO

785. BGH 5 StR 60/14 – Urteil vom 18. Juni 2014 (LG Braunschweig)

Rechtsfehlerhafte Ablehnung der besonderen Schuld schwere beim Mord (Nachtatverhalten; ausnahmsweise Berücksichtigung von Bezeichnungen gegenüber Zeugen).

§ 57a Abs. 1 Satz 1 Nr. 2 StGB

786. BGH 5 StR 65/14 – Beschluss vom 18. Juni 2014 (LG Berlin)

Zurückweisung der Anhörungsrüge des Nebenklägers als unbegründet.

§ 356a StPO

787. BGH 5 StR 98/14 – Urteil vom 18. Juni 2014 (LG Berlin)

Rechtsfehlerhafte Beweiswürdigung (Fehlen einer vollständigen Auseinandersetzung mit der gesamten Beweislage; Unterstellung einer Sachverhaltsvariante zugunsten des Angeklagten trotz fehlender Anhaltspunkte); Vergewaltigung (Ausnutzen einer schutzlosen Lage).

§ 261 StPO; § 177 Abs. 1 Nr. 3 StGB

788. BGH 5 StR 134/14 – Urteil vom 1. Juli 2014 (LG Hamburg)

Notwehr (Erforderlichkeit: tödlicher Einsatz eines Messers; Gebotenheit: sozialetisch zu missbilligendes Verhalten); Strafzumessung beim minder schweren Fall des Totschlags (Provokation; Tötung im Grenzbereich der Notwehr).

§ 32 StGB; § 213 StGB

789. BGH 5 StR 152/14 – Beschluss vom 2. Juli 2014 (LG Saarbrücken)

Verwerfung der Revision als unbegründet.

§ 349 Abs. 2 StPO

790. BGH 5 StR 154/14 – Beschluss vom 16. Juli 2014 (LG Berlin)

Menschenhandel zum Zweck der sexuellen Ausbeutung

(Begriff der Zwangslage; Einschränkung der Entscheidungs- und Handlungsmöglichkeiten aufgrund von prekären wirtschaftlichen Verhältnissen.

§ 232 StGB

791. BGH 5 StR 169/14 (alt: 5 StR 239/13) – Beschluss vom 15. Juli 2014 (LG Braunschweig)

Ausnahmsweise Ausschluss des Beruhens auf einer Verletzung der Mitteilungspflicht bei schweigendem Angeklagten; Tateinheit beim Handelstreiben mit Betäubungsmitteln im Falle sich überschneidender unmittelbar aufeinanderfolgender Umsatzhandlungen.

§ 243 Abs. 4 Satz 2 StPO; § 337 StPO; § 29 BtMG; § 52 StGB

792. BGH 5 StR 182/14 – Beschluss vom 2. Juli 2014 (LG Berlin)

Untreue (Reichweite der Vermögensbetreuungspflicht des Notars); Betrug (Vermögensschaden: subjektiver Schadenseinschlag, Vorrang der objektiven Bewertung von Leistung und Gegenleistung, „Aliud“, Beeinträchtigung der wirtschaftlichen Dispositionsfreiheit).

§ 263 StGB; § 266 StGB

793. BGH 5 StR 189/14 – Beschluss vom 18. Juni 2014 (LG Hamburg)

Verwerfung der Revision als unbegründet.

§ 349 Abs. 2 StPO

794. BGH 5 StR 200/14 – Beschluss vom 16. Juli 2014 (LG Braunschweig)

Vorübergehende Abwesenheit von Angeklagtem und Verteidiger.

§ 338 Nr. 5 StPO

795. BGH 5 StR 216/14 – Beschluss vom 17. Juni 2014 (LG Berlin)

Räuberische Erpressung (kein Vermögensnachteil bei Zugriffsmöglichkeit auf EC-Karte ohne korrekte PIN-Nummer).

§ 253 StGB; § 255 StGB

796. BGH 5 StR 217/14 – Beschluss vom 14. Juli 2014 (LG Flensburg)

Unzureichende Mitteilung über verständigungsbezogene Gespräche; Beruhen.

§ 243 Abs. 4 Satz 2 StPO; § 337 Abs. 1 StPO

797. BGH 5 StR 227/14 – Beschluss vom 16. Juli 2014 (LG Kiel)

Einheitliche Betrugstat aufgrund einer einzelnen Vereinbarung über den Abschluss von Anlageverträgen.

§ 263 StGB; § 52 StGB

798. BGH 5 StR 231/14 – Beschluss vom 18. Juni 2014 (LG Leipzig)

Verwerfung der Revision als unbegründet.

§ 349 Abs. 2 StPO

799. BGH 5 StR 235/14 – Beschluss vom 17. Juni 2014 (LG Saarbrücken)

Verwerfung der Revision als unbegründet.

§ 349 Abs. 2 StPO

800. BGH 5 StR 239/14 – Beschluss vom 15. Juli 2014 (LG Berlin)

Strafzumessung auf der Grundlage einer unzutreffenden Berechnung des Wirkstoffgehalts bei Betäubungsmitteln.

§ 46 StGB

801. BGH 5 StR 240/14 – Beschluss vom 17. Juni 2014 (LG Hamburg)

Verwerfung der Revision als unbegründet.

§ 349 Abs. 2 StPO

802. BGH 5 StR 244/14 – Beschluss vom 17. Juni 2014 (LG Hamburg)

Kein Widerruf eines wirksamen Rechtsmittelverzichts.

§ 302 StPO

803. BGH 5 StR 245/14 – Beschluss vom 17. Juni 2014 (LG Berlin)

Verwerfung der Revision als unbegründet.

§ 349 Abs. 2 StPO

804. BGH 5 StR 246/14 – Beschluss vom 17. Juni 2014 (LG Potsdam)

Verwerfung der Revision als unbegründet.

§ 349 Abs. 2 StPO

805. BGH 5 StR 249/14 – Beschluss vom 16. Juli 2014 (LG Kiel)

Verwerfung der Revision als unbegründet.

§ 349 Abs. 2 StPO

806. BGH 5 StR 251/14 (alt: 5 StR 327/13) – Beschluss vom 18. Juni 2014 (LG Lübeck)

Rechtsfehlerhafte Strafrahmenwahl im Betäubungsmittelstrafrecht (Zusammentreffen mehrerer vertypter Milderungsgründe; minder schwerer Fall; Aufklärungshilfe; Beihilfe)

§ 29a BtMG; § 30 BtMG; § 30a Abs. 3 BtMG; § 31 BtMG; § 27 StGB

807. BGH 5 StR 257/14 – Beschluss vom 2. Juli 2014 (LG Saarbrücken)

Verwerfung der Revision als unbegründet.

§ 349 Abs. 2 StPO

808. BGH 5 StR 270/14 – Beschluss vom 15. Juli 2014 (LG Kiel)

Fristberechnung hinsichtlich der Tilgungsreife von Einträgen im Bundeszentralregister (Anwendbarkeit der allgemeinen Regelungen des BGB).

§ 46 BZRG; § 186 BGB

809. BGH 5 StR 276/14 – Beschluss vom 2. Juli 2014 (LG Hamburg)

Verwerfung der Revision als unbegründet.

§ 349 Abs. 2 StPO

810. BGH 5 StR 280/14 – Beschluss vom 15. Juli 2014 (LG Leipzig)

Verwerfung der Revision als unbegründet.

§ 349 Abs. 2 StPO

811. BGH 5 StR 290/14 – Beschluss vom 16. Juli 2014 (LG Dresden)

Betrug (Absicht rechtswidriger und stoffgleicher Bereicherungsabsicht); fehlende Feststellungen zu den Voraussetzungen eines möglichen Rücktritts vom Versuch der gefährlichen Körperverletzung.
§ 263 StGB; § 224 StGB; § 24 StGB

812. BGH 5 StR 298/14 – Beschluss vom 15. Juli 2014 (LG Bremen)

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

813. BGH 5 StR 299/14 – Beschluss vom 15. Juli 2014 (LG Bremen)

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

814. BGH 5 StR 303/14 – Beschluss vom 16. Juli 2014 (LG Berlin)

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

815. BGH 5 StR 309/14 (alt: 5 StR 542/13) – Beschluss vom 16. Juli 2014 (LG Berlin)

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

816. BGH AK 13-14/14 – Beschluss vom 2. Juli 2014

Terroristische Vereinigung im Ausland außerhalb der Mitgliedstaaten der Europäischen Union („ISIG“; Mitgliedschaft; Unterstützung; Ermächtigung zur Verfolgung von Straftaten; keine völkerrechtliche Rechtfertigung des

Kampfes gegen die syrische Armee); dringender Tatverdacht; Fortdauer der Untersuchungshaft.
§ 129a Abs. 1 StGB; § 129b Abs. 1 StGB; § 130 StPO; § 77e StGB; § 112 StPO; § 116 StPO; § 121 Abs. 1 StPO

817. BGH AK 13-14/14 – Beschluss vom 2. Juli 2014

Terroristische Vereinigung im Ausland außerhalb der Mitgliedstaaten der Europäischen Union („ISIG“; Mitgliedschaft; Unterstützung; Ermächtigung zur Verfolgung von Straftaten; keine völkerrechtliche Rechtfertigung des Kampfes gegen die syrische Armee); dringender Tatverdacht; Fortdauer der Untersuchungshaft.
§ 129a Abs. 1 StGB; § 129b Abs. 1 StGB; § 130 StPO; § 77e StGB; § 112 StPO; § 116 StPO; § 121 Abs. 1 StPO

818. BGH AK 16/14 – Beschluss vom 2. Juli 2014

Terroristische Vereinigung im Ausland außerhalb der Mitgliedstaaten der Europäischen Union („ISIG“); dringender Tatverdacht; Fortdauer der Untersuchungshaft.
§ 129a Abs. 1 StGB; § 129b Abs. 1 StGB; § 112 StPO; § 116 StPO

819. BGH StB 8/14 – Beschluss vom 2. Juli 2014

Terroristische Vereinigung im Ausland außerhalb der Mitgliedstaaten der Europäischen Union („ISIG“; Mitgliedschaft; keine völkerrechtliche Rechtfertigung des Kampfes gegen die syrische Armee).
§ 129a Abs. 1 StGB; § 129b Abs. 1 StGB