

## SCHRIFTFLEITUNG

Prof. Dr. Karsten Gaede

Lehrstuhl für dt., europ. und int.  
Strafrecht und Strafprozessrecht  
einschließlich Medizin-, Wirtschafts-  
und Steuerstrafrecht

Bucerius Law School

Jungiusstraße 6

20355 Hamburg

[karsten.gaede@strate.net](mailto:karsten.gaede@strate.net)

## REDAKTION

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

## STÄNDIGE MITARBEITER

Christoph Henckel (Redaktionsassis-  
tent); Prof. Dr. Jochen Bung, M.A.,  
Univ. Hamburg; Prof. Dr. Christoph  
Burchard, LL.M. (NYU), Univ. Frank-  
furt; Prof. Dr. Daniela Demko, LL.M.,  
(Univ. Leipzig); Priv. Doz. Dr. Lutz  
Eidam, LL.M., Univ. Frankfurt; Dr.  
Antje du Bois-Pedain, MJur (Oxon),  
(Univ. Cambridge); 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. (Tsam-  
bikakis & Partner, Köln); Prof. Dr.  
Frank Saliger (LMU München); RA Dr.  
Hellen Schilling, (Frankfurt a.M.);  
Prof. Dr. Christoph Sowada (Univ.  
Greifswald); RA Klaus-Ulrich Ventzke  
(Hamburg) und Prof. Dr. Wolfgang  
Wohlers (Univ. Basel)

## Publikationen

RA Prof. Dr. Endrik Wilhelm, Dresden – **Strafbarkeit der Beihilfe zum Selbst-  
mord und § 217 StGB** S. 68

RA und FA für Strafrecht Jochen Thielmann, Wuppertal – **Der Vorsitzende Richter  
und sein „benutzer“ Pflichtverteidiger** S. 71

RA Andreas Arno Glauch, Bautzen – **Das neue Verbrechen der Aggression  
nach § 13 VStGB** S. 85

## Entscheidungen

BVerfG **Gesetzlicher Richter und Hilfsstrafkammer**

BVerfG **Verfassungswidrige Verlegung eines Strafgefangenen**

BGHSt **Einbruchsdiebstahl in Wohnmobilen und Wohnwagen**

BGHSt **Unzulässige Mitwirkung einer Richterin im nachgeburtlichen  
Mutterschutz**

BGHSt **Keine Ahnungslücke im Kapitalmarktstrafrecht**

BGHSt **Erschleichen der Einbürgerung durch unvollständige Angaben  
zu wesentlichen Voraussetzungen**

BGHR **Computersabotage im Fall kino.to**

BGH **Fakultative Strafmilderung bei verminderter Schuldfähigkeit**

Die Ausgabe umfasst 66 Entscheidungen.

# HRRS

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

## HERAUSGEBER

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

## SCHRIFTFLEITUNG

Prof. Dr. Karsten Gaede  
Lehrstuhl für dt., europ. und int. Strafrecht und Strafprozessrecht einschließlich Medizin-, Wirtschafts- und Steuerstrafrecht  
Bucerius Law School  
Jungiusstraße 6  
20355 Hamburg  
karsten.gaede@strate.net

## REDAKTION

RA Wiss. Ass. Dr. Christian Becker; RiLG Dr. Ulf Buermeyer, LL.M.; 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. Hamburg); Prof. Dr. Christoph Burchard, LL.M. (NYU), Univ. Frankfurt; Prof. Dr. Daniela Demko, LL.M., (Univ. Leipzig); Dr. Antje du Bois-Pedain, MJur (Oxon.), (Univ. Cambridge); Priv. Doz. Dr. Lutz Eidam, LL.M., Univ. Frankfurt am Main; 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. (Tsambikakis & Partner, Köln); Prof. Dr. Frank Saliger (LMU München); RA Dr. Hellen Schilling (Frankfurt a.M.); Prof. Dr. Christoph Sowada (Univ. Greifswald); RA Klaus-Ulrich Ventzke (Hamburg) und Prof. Dr. Wolfgang Wohlers (Univ. Basel).

ISSN 1865-6277

18. Jahrgang, Februar 2017, Ausgabe **2**

Rechtsprechung

## Strafrechtliche/strafverfahrensrechtliche Entscheidungen des BVerfG/EuGH/EGMR

### **131. BVerfG 2 BvR 2011/16, 2 BvR 2034/16 (2. Kammer des Zweiten Senats) – Beschluss vom 16. Januar 2017 (BGH / LG Rostock)**

Geschäftsverteilung und Garantie des gesetzlichen Richters (nachträgliche Änderung der Zuständigkeit für bereits anhängige Verfahren bei Einrichtung einer Hilfsstrafkammer; Erfordernis einer generell-abstrakten Regelung im Geschäftsverteilungsplan selbst; Verbot einer Delegation der Zuständigkeitsentscheidung an die Spruchkörper; vollumfängliche Prüfung durch das Bundesverfassungsgericht; Unzulässigkeit einer Stichtagsregelung bei Bestimmung der Zuständigkeit anhand eines noch in der Zukunft liegenden Ereignisses).

Art. 101 Abs. 1 Satz 2 GG; § 21e Abs. 3 GVG; § 222b StPO

1. Aus dem grundrechtsgleichen Recht nach Art. 101 Abs. 1 Satz 2 GG folgt, dass Regelungen, die der Bestimmung des gesetzlichen Richters dienen, im Voraus so eindeutig wie möglich festlegen müssen, welches Gericht, welcher Spruchkörper und welche Richter zur Entscheidung eines Einzelfalls berufen sind.

2. Die Garantie des gesetzlichen Richters steht einer Änderung der Zuständigkeit auch für bereits anhängige Verfahren nicht entgegen, soweit die Neuregelung im Voraus generell-abstrakt die Zuständigkeit der Spruch-

körper und die Zuweisung der einzelnen Richter regelt und nicht aus sachwidrigen Gründen erfolgt.

3. Die Neuverteilung muss außerdem durch den Geschäftsverteilungsplan selbst vorgenommen werden. Dabei darf nicht von künftigen Entscheidungen einzelner Spruchkörper abhängig gemacht werden, ob es im Einzelfall zu einer Neuverteilung kommt oder ob die bestehende Zuständigkeit beibehalten wird.

4. Betrifft ein Verfahren nicht allein die Auslegung oder Anwendung einer Zuständigkeitsregelung, sondern die Vorfrage, ob die Zuständigkeitsregel eines Geschäftsverteilungsplanes überhaupt als generell-abstrakte Regelung anzusehen ist, nimmt das Bundesverfassungsgericht keine bloße Willkürprüfung vor, sondern überprüft vollumfänglich, ob die angewendete Regelung die Maßgaben des Art. 101 Abs. 1 Satz 2 GG erfüllt.

5. Es fehlt an der verfassungsrechtlich gebotenen Zuständigkeitsregelung durch den Geschäftsverteilungsplan selbst, wenn dieser die Zuordnung eines Verfahrens zu einer Hilfsstrafkammer davon abhängig macht, ob die ursprünglich zuständige Kammer zu einem bestimmten, noch in der Zukunft liegenden Zeitpunkt über die Eröffnung des Hauptverfahrens entschieden hat. Denn damit liegt es in der Hand der zu entlastenden Strafammer, das Verfahren noch vor dem Stichtag zu eröffnen und es dann selbst zu verhandeln, oder die Eröffnung zu unterlassen und so die Zuständigkeit der Hilfsstrafkammer zu begründen. Unerheblich ist insoweit die Erwartung des Präsidiums, bis zu dem Stichtag werde keine Eröffnungsentscheidung getroffen werden.

### **132. BVerfG 2 BvR 2023/16 (2. Kammer des Zweiten Senats) – Beschluss vom 23. Dezember 2016 (BGH / LG Rostock)**

Geschäftsverteilung und Garantie des gesetzlichen Richters (nachträgliche Änderung der Zuständigkeit für bereits anhängige Verfahren bei Einrichtung einer Hilfsstrafkammer; Erfordernis einer generell-abstrakten Regelung im Geschäftsverteilungsplan selbst; Verbot einer Delegation der Zuständigkeitsentscheidung an die Spruchkörper; vollumfängliche Prüfung durch das Bundesverfassungsgericht; Unzulässigkeit einer Stichtagsregelung bei Bestimmung der Zuständigkeit anhand eines noch in der Zukunft liegenden Ereignisses).

Art. 101 Abs. 1 Satz 2 GG; § 21e Abs. 3 GVG; § 222b StPO

1. Aus dem grundrechtsgleichen Recht nach Art. 101 Abs. 1 Satz 2 GG folgt, dass Regelungen, die der Bestimmung des gesetzlichen Richters dienen, im Voraus so eindeutig wie möglich festlegen müssen, welches Gericht, welcher Spruchkörper und welche Richter zur Entscheidung eines Einzelfalls berufen sind.

2. Die Garantie des gesetzlichen Richters steht einer Änderung der Zuständigkeit auch für bereits anhängige Verfahren nicht entgegen, soweit die Neuregelung im Voraus generell-abstrakt die Zuständigkeit der Spruchkörper und die Zuweisung der einzelnen Richter regelt und nicht aus sachwidrigen Gründen erfolgt.

3. Die Neuverteilung muss außerdem durch den Geschäftsverteilungsplan selbst vorgenommen werden. Dabei darf nicht von künftigen Entscheidungen einzelner Spruchkörper abhängig gemacht werden, ob es im Einzelfall zu einer Neuverteilung kommt oder ob die bestehende Zuständigkeit beibehalten wird.

4. Betrifft ein Verfahren nicht allein die Auslegung oder Anwendung einer Zuständigkeitsregelung, sondern die Vorfrage, ob die Zuständigkeitsregel eines Geschäftsverteilungsplanes überhaupt als generell-abstrakte Regelung anzusehen ist, nimmt das Bundesverfassungsgericht keine bloße Willkürprüfung vor, sondern überprüft vollumfänglich, ob die angewendete Regelung die Maßgaben des Art. 101 Abs. 1 Satz 2 GG erfüllt.

5. Es fehlt an der verfassungsrechtlich gebotenen Zuständigkeitsregelung durch den Geschäftsverteilungsplan selbst, wenn dieser die Zuordnung eines Verfahrens zu einer Hilfsstrafkammer davon abhängig macht, ob die ursprünglich zuständige Kammer zu einem bestimmten, noch in der Zukunft liegenden Zeitpunkt über die Eröffnung des Hauptverfahrens entschieden hat. Denn damit liegt es in der Hand der zu entlastenden Strafammer, das Verfahren noch vor dem Stichtag zu eröffnen und es dann selbst zu verhandeln, oder die Eröffnung zu unterlassen und so die Zuständigkeit der Hilfsstrafkammer zu begründen. Unerheblich ist insoweit die Erwartung des Präsidiums, bis zu dem Stichtag werde keine Eröffnungsentscheidung getroffen werden.

### **130. BVerfG 2 BvR 1519/14 (2. Kammer des Zweiten Senats) – Beschluss vom 30. November 2016 (OLG Hamm / LG Bochum)**

Verlegung eines Strafgefangenen in eine andere Justizvollzugsanstalt (Beeinträchtigung des Resozialisierungsanspruchs; Abbruch sozialer Bindungen; Verlust der Arbeitsmöglichkeit; Rechtfertigung der Verlegungsentscheidung; Grundsatz der Verhältnismäßigkeit; Fehlverhalten eines Dritten nur ausnahmsweise tauglicher Verlegungsgrund; zerrüttetes Verhältnis zwischen Anstaltsarzt und Gefangenen wegen jahrelanger Falschbehandlung); effektiver Rechtsschutz bei der Rechtsbeschwerde (Nachprüfung zur Sicherung einer einheitlichen Rechtsprechung; Entbehrlichkeit einer Nachprüfung bei erkennbar singulären Rechtsfehlern; konkrete Anhaltspunkte gegen eine Wiederholungsgefahr); Zulässigkeit der Verfassungsbeschwerde (fortbestehendes Rechtsschutzbedürfnis bei typischerweise kurzfristig erledigten Maßnahmen; tiefgreifender Grundrechtsverstoß).

Art. 1 Abs. 1 GG; Art. 2 Abs. 1 GG; Art. 19 Abs. 4 GG; § 8 Abs. 1 StVollzG; § 65 Abs. 1 StVollzG; § 109 StVollzG; § 116 Abs. 1 StVollzG

1. Wird ein Strafgefangener gegen seinen Willen in eine andere Justizvollzugsanstalt verlegt, so greift dies – insbesondere wegen des damit verbundenen Abbruchs aller in der Anstalt entwickelten sozialen Beziehungen – in sein Grundrecht aus Art. 2 Abs. 1 GG ein und kann auch seinen Resozialisierungsanspruch beeinträchtigen. Eine zusätzliche erhebliche Beeinträchtigung ergibt sich, wenn der Wechsel der Anstalt mit dem Verlust einer Arbeitsmöglichkeit verbunden ist.

2. Verlegungen, die nicht ihrerseits durch Resozialisierungsgründe bestimmt sind, bedürfen einer Rechtfertigung und müssen dem Grundsatz der Verhältnismäßigkeit gerecht werden. Das Fehlverhalten eines Dritten kann allenfalls in besonderen Ausnahmefällen und nur dann als Verlegungsgrund herangezogen werden, wenn zuvor auf den Regelbrüchigen eingewirkt worden ist, damit dieser den Verstoß unterlässt.

3. Das Resozialisierungsgebot verbietet die Verlegung eines Strafgefangenen mit der Begründung, das Verhältnis zwischen diesem und dem Anstaltsarzt sei zerrüttet, wenn zuvor gerichtlich festgestellt worden ist, dass der Anstaltsarzt den Strafgefangenen über Jahre hinweg entgegen den Regeln ärztlicher Kunst behandelt hat (Folgentatsache zu BVerfG, Beschluss vom 10. Oktober 2012 – 2 BvR 922/11 [= HRRS 2012 Nr. 1003]). Zumindest wäre hier zuvor festzustellen gewesen, ob die schwerwiegende Falschbehandlung des Gefangenen nicht durch eine Einwirkung der Anstaltsleitung auf den Anstaltsarzt als milderer Mittel hätte unterbunden werden können.

4. Zwar kann die Nachprüfung einer strafvollzugsrechtlichen Entscheidung zur Sicherung einer einheitlichen Rechtsprechung (§ 116 Abs. 1 StVollzG) auch bei einer fehlerhaften Rechtsanwendung ausnahmsweise entbehrlich sein, wenn nicht zu erwarten ist, dass der Rechtsfehler in weiteren Fällen Bedeutung erlangen wird. Allerdings verlangt Art. 19 Abs. 4 GG in derartigen Fällen, dass konkrete tatsächliche Umstände die Prognose rechtfertigen, die Strafvollstreckungskammer werde den Rechtsfehler künftig vermeiden; eine bloße Vermutung genügt insoweit nicht.

5. Das Rechtsschutzbedürfnis für die Erhebung einer Verfassungsbeschwerde besteht bei tiefgreifenden und folgenschweren Grundrechtseingriffen fort, wenn sich die direkte Belastung durch den angegriffenen Hoheitsakt typischerweise auf eine Zeitspanne beschränkt, in welcher der Betroffene nach dem regelmäßigen Geschäftsgang eine Entscheidung des Bundesverfassungsgerichts kaum erlangen kann. Hierunter fällt die Verlegung eines Strafgefangenen in eine andere Anstalt jedenfalls dann, wenn dadurch der Betroffene seinen Arbeitsplatz und seine Kontakte in der Anstalt verliert und die Entscheidung über Vollzugslockerungen wesentlich verzögert und erschwert wird.

**133. BVerfG 2 BvR 2377/16 (3. Kammer des Zweiten Senats) – Beschluss vom 12. Dezember 2016 (LG Stuttgart / AG Stuttgart)**

Ordnungsgeld gegen den Betreiber eines E-Mail-Dienstes (erfolgloser Antrag auf Erlass einer einstweiligen Anordnung; Herausgabe der Inhalts- und Verkehrsdaten eines E-Mail-Accounts; Ausleitung der IP-Adressen; schwerer Nachteil).

Art. 2 Abs. 1 GG; Art. 2 Abs. 2 Satz 2 GG; Art. 20 Abs. 3 GG; § 32 Abs. 1 BVerfGG; § 100a StPO; § 100b Abs. 3 StPO; § 70 Abs. 1 StPO; § 95 Abs. 2 Satz 1 StPO; § 110 TKG; § 3 TKÜV; § 5 TKÜV; § 7 TKÜV

Wird gegenüber dem Betreiber eines E-Mail-Dienstes, der seinen Kunden einen anonymen Zugriff auf ihre elektro-

nischen Postfächer ermöglicht, die Herausgabe der Inhalts- und Verkehrsdaten eines inkriminierten E-Mail-Accounts einschließlich der für den Zugriff genutzten IP-Adressen angeordnet und nach Weigerung ein Ordnungsgeld festgesetzt, so rechtfertigt dies nicht den Erlass einer einstweiligen Anordnung, wenn das Ordnungsgeld beizutreiben ist, den Betreiber wirtschaftlich nicht gefährdet und eine Vollstreckung der ersatzweise verhängten Ordnungshaft oder anderer Zwangsmittel nicht im Raum steht.

**134. BVerfG 2 BvR 2422/16 (3. Kammer des Zweiten Senats) – Beschluss vom 16. Dezember 2016 (OLG Dresden)**

Unzulässigkeit der Verfassungsbeschwerde mangels Rechtswegerschöpfung bei möglicher Wiedereinsetzung in die Revisionsbegründungsfrist (mangelhafte Revisionsbegründung aufgrund eines Versäumnisses des Rechtspflegers; Grundrecht auf ein faires Verfahren; Belehrung über die Wiedereinsetzungsmöglichkeit; Wiedereinsetzungsfrist).

Art. 2 Abs. 1 GG; Art. 20 Abs. 3 GG; § 90 Abs. 2 Satz 1 BVerfGG; § 45 StPO; § 344 Abs. 2 StPO; § 345 Abs. 2 StPO

1. Zu dem vor Erhebung einer Verfassungsbeschwerde zu erschöpfenden Rechtsweg gehört es auch, einen Antrag auf Wiedereinsetzung in den vorigen Stand zu stellen, soweit der Beschwerdeführer auf diese Weise fachgerichtlichen Rechtsschutz erlangen kann.

2. Das Grundrecht auf ein faires Verfahren gebietet es, einem Angeklagten Wiedereinsetzung in den vorigen Stand zu gewähren, wenn seine zu Protokoll der Geschäftsstelle abgegebene Revisionsbegründung aufgrund eines Versäumnisses des Rechtspflegers den förmlichen Anforderungen der obergerichtlichen Rechtsprechung nicht genügt.

3. Über die Möglichkeit der Wiedereinsetzung ist der Angeklagte zu belehren, soweit der Wiedereinsetzungsgrund in einem der Justiz zuzurechnenden Fehler liegt. Ist die Belehrung unterblieben, kommt auch eine Wiedereinsetzung in die Wiedereinsetzungsfrist in Betracht.

**135. BVerfG 2 BvR 2530/16, 2 BvR 2531/16 (2. Kammer des Zweiten Senats) – Beschluss vom 21. Dezember 2016 (LG Cottbus)**

Willkürliche Versagung wirksamen Eilrechtsschutzes im Strafvollzug (Antrag auf Langzeitbesuche und auf Freistellung von der Arbeit; Verbot objektiver Willkür; Pflicht zur Begründung auch unanfechtbarer Entscheidungen bei Antragsablehnung; Willkürverstoß bei fehlender oder nur formelhafter Begründung unter Bezugnahme auf die falsche Verfahrensvorschrift; Gewährleistung effektiven Rechtsschutzes; Recht auf wirksame Kontrolle auch im Eilverfahren; Verletzung der Rechtsschutzgarantie bei Begründungsmangel).

Art. 3 Abs. 1 GG; Art. 19 Abs. 4 GG; § 114 Abs. 2 Satz 2 StVollzG; § 120 Abs. 1 Satz 2 StVollzG; § 34 StPO; § 32 BbgJVollzG; § 34 Abs. 4 BbgJVollzG

1. Strafvollzugsrechtliche Eilentscheidungen, mit denen der Antrag eines Gefangenen abgelehnt wird, sind zwar

unanfechtbar, bedürfen jedoch gemäß § 120 Abs. 1 Satz 2 StVollzG i. V. m. § 34 Alt. 2 StPO einer Begründung. Diese muss die rechtlichen und tatsächlichen Erwägungen erkennen lassen, auf denen die Entscheidung beruht und den Antragsteller in die Lage versetzen, sein weiteres Prozessverhalten auf die Auffassung des Gerichts einzustellen.

2. Eine Strafvollstreckungskammer verstößt in objektiv willkürlicher Weise gegen die Pflicht zur Begründung strafvollzugsrechtlicher Eilentscheidungen, wenn sie sich auf die Feststellung beschränkt, die Voraussetzungen des § 114 Abs. 2 Satz 1 StVollzG seien nicht erfüllt und über die Anträge werde im Hauptsacheverfahren entschieden, obwohl der Gefangene Vornahmeanträge i. S. d. § 114 Abs. 2 Satz 2 StVollzG auf Bewilligung von Langzeitbesuchen und auf Freistellung von der Arbeit gestellt hatte. Dies legt nahe, dass das Gericht die Voraussetzungen für den Erlass einstweiliger Anordnungen überhaupt nicht geprüft hat.

3. Angesichts der verfassungsrechtlichen Gewährleistung effektiven Rechtsschutzes darf sich der Rechtsschutz auch im Eilverfahren nicht in der bloßen Möglichkeit der Anrufung eines Gerichts erschöpfen, sondern muss zu einer wirksamen Kontrolle in tatsächlicher und rechtlicher Hinsicht führen. Diese hat sich regelmäßig auf die Anwendbarkeit der im konkreten Fall einschlägigen Normen, auf deren Gültigkeit, auf die Bestimmung ihres Regelungsgehalts sowie auf die Tatsachengrundlagen und deren Subsumtion zu erstrecken.

4. Eine strafvollzugsrechtliche Eilentscheidung verletzt die verfassungsrechtliche Rechtsschutzgarantie, wenn sie nicht oder nur formelhaft begründet ist und deshalb erhebliche Zweifel bestehen, ob die Strafvollstreckungskammer die gebotene umfassende Prüfung der Anträge des Gefangenen vorgenommen hat.

## Rechtsprechung

# Hervorzuhebende Entscheidungen des BGH

## I. Materielles Strafrecht – Allgemeiner Teil

### 169. BGH 2 StR 440/16 – Beschluss vom 8. Dezember 2016 (LG Erfurt)

Versuch (Rücktritt; Rücktrittshorizont; unbeendeter Versuch; fehlgeschlagener Versuch).

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

Der Versuch der Tat ist unbeendet, wenn die Vollendung aus der Sicht des Täters noch möglich ist. In Fällen unbeendeten Versuchs genügt bloßes Aufgeben weiterer Tatausführung und Nichtweiterhandeln, um die strafbefreiende Wirkung des Rücktritts zu erlangen. Abzugren-

zen sind die Fälle des fehlgeschlagenen Versuchs, in denen entweder der Erfolgseintritt objektiv nicht mehr möglich ist oder der Täter ihn nicht mehr für möglich hält. Beim fehlgeschlagenen Versuch ist der Rücktritt ausgeschlossen. Ein Fall des fehlgeschlagenen Versuchs liegt jedoch nicht vor, wenn der Täter nach anfänglichem Misslingen des vorgestellten Tatablaus sogleich zu der Annahme gelangt, er könne ohne zeitliche Zäsur mit den bereits eingesetzten oder anderen bereitstehenden Mitteln die Tat noch vollenden.

## Rechtsprechung

## II. Materielles Strafrecht – Besonderer Teil

### 159. BGH 1 StR 462/16 – Beschluss vom 11. Oktober 2016 (LG Würzburg)

BGHSt; Wohnungseinbruchdiebstahl (Begriff der Wohnung; Anwendung auf Wohnmobile und Wohnwagen; Erforderlichkeit der Nutzung zur Übernachtung; Entstehungsgeschichte und Schutzzweck der Vorschrift).

§ 244 Abs. 1 Nr. 3 StGB

1. Wohnmobile und Wohnwagen sind jedenfalls dann, wenn sie Menschen zumindest vorübergehend zur Unterkunft dienen, Wohnung im Sinne des § 244 Abs. 1 Nr. 3 StGB. (BGHSt)

2. Für die vorübergehende Nutzung als Wohnung genügt die Übernachtung auf einem Autobahnparkplatz. (Bearbeiter)

3. Ausreichend ist, wenn die Übernachtung im Wohnmobil oder Wohnwagen im Rahmen einer Urlaubsreise stattfindet. Nicht erforderlich ist, dass die bewegliche Unterkunft dauerhaft genutzt wird. (Bearbeiter)

4. Das Vorhandensein von Schlafplätzen kennzeichnet eine Wohnung typischerweise, ohne aber notwendiges Merkmal einer solchen zu sein. Insbesondere aber dann, wenn ein Wohnmobil oder Wohnwagen zu Schlafzwecken genutzt wird, dient es den Insassen zur Unterkunft und ist Wohnung im Sinne des § 244 Abs. 1 Nr. 3 StGB. (Bearbeiter)

5. Die Entstehungsgeschichte und vor allem der Zweck von § 244 Abs. 1 Nr. 3 StGB sprechen dafür, Wohnmobile und Wohnwagen jedenfalls dann als „Wohnungen“ anzusehen, wenn die Tat zu einem Zeitpunkt erfolgt, zu denen eine tatsächliche Wohnnutzung stattfindet. Anlass für die Höherstufung des Wohnungseinbruchdiebstahls war nämlich nicht etwa der besondere Schutz von in einer Wohnung – und damit besonders sicher – aufbewahrten Gegenständen, sondern die mit einem Wohnungseinbruch einhergehende Verletzung der Privatsphäre des Tatopfers. (Bearbeiter)

#### 184. BGH 5 StR 164/16 – Beschluss vom 11. Januar 2017 (LG Leipzig)

BGHR; Voraussetzungen der Mittäterschaft beim Betrieb von Streaming-Plattformen („kino.to“; Vervielfältigung; Materialisierung in der digitalen Außenwelt); Computersabotage (Anwendbarkeit unabhängig von der Rechtmäßigkeit des Datenverarbeitungsvorgangs). § 303b Abs. 1 StGB; § 106 UrhG; § 25 Abs. 2 StGB

1. Für die Verwirklichung des objektiven Tatbestandes des § 303b Abs. 1 StGB ist es unerheblich, ob der betroffene Datenverarbeitungsvorgang rechtmäßigen oder rechtswidrigen Zwecken dient. (BGHR)

2. Wer zum Zwecke der Erzielung von Gewinnen durch Werbeeinnahmen ein Internetportal betreibt, auf dem Links zu von Dritten unter Verstoß gegen Urheberrecht vervielfältigten und hochgeladenen Filmen veröffentlicht werden, kann Mittäter eines Delikts nach § 106 Abs. 1 UrhG sein. Das gilt zumindest, wenn die – vorliegend zudem in Absprache mit den Portalbetreibern zu eben diesem Zweck – vervielfältigten Filme ohne die Bekanntgabe der jeweiligen Zieladressen (Links) im Internet nicht ohne Weiteres auffindbar sind. Dann materialisiert sich erst durch die Herstellung der Abrufmöglichkeit durch Veröffentlichung der Links die durch den Upload der Raubkopien zwar bereits vollendete, bis dahin aber faktisch folgenlose Urheberrechtsverletzung in der digitalen Außenwelt. (Bearbeiter)

#### 157. BGH 1 StR 344/16 – Urteil vom 8. Dezember 2016 (LG Mannheim)

Vorsatz (bedingter Tötungsvorsatz; spontane oder in affektiver Erregung begangene objektiv gefährliche Tathandlung); verminderte Schuldfähigkeit (niedrige Intelligenz; emotionale Überforderung; kein minder schwerer Fall trotz Vorliegens eines vertypten Milderungsgrundes); Beweiswürdigung (Hinnahme der tatrichterlichen Überzeugungsbildung durch das Revisi-

onsgericht); gefährliche Körperverletzung (eine das Leben gefährdende Behandlung).

§ 15 StGB; § 21 StGB; § 224 Abs. 1 Nr. 5 StGB

1. Nicht jeder Angriff auf den Hals des Opfers in der Form des Würgens ist eine das Leben gefährdende Behandlung im Sinne des § 224 Abs. 1 Nr. 5 StGB. Von maßgeblicher Bedeutung sind vielmehr Dauer und Stärke der Einwirkung, die zwar nicht dazu führen müssen, dass das Opfer der Körperverletzung tatsächlich in Lebensgefahr gerät, aber abstrakt geeignet sein muss, das Leben des Opfers zu gefährden.

2. Bedingter Tötungsvorsatz setzt voraus, dass der Täter den Tod als mögliche, nicht ganz fernliegende Folge seines Handelns erkennt (Wissenselement) und dies billigt oder sich um des erstrebten Zieles willen zumindest mit dem Eintritt des Todes abfindet, mag ihm der Erfolgseintritt auch gleichgültig oder an sich unerwünscht sein (Willenselement). Beide Elemente des bedingten Vorsatzes müssen in jedem Einzelfall umfassend geprüft und gegebenenfalls durch tatsächliche Feststellungen belegt werden. Ihre Bejahung oder Verneinung kann nur auf der Grundlage einer Gesamtbetrachtung aller objektiven und subjektiven Umstände des Einzelfalls erfolgen, in welche insbesondere die objektive Gefährlichkeit der Tathandlung, die konkrete Angriffsweise des Täters, seine psychische Verfassung bei der Tatbegehung und seine Motivationslage einzubeziehen sind. Im Rahmen der vorzunehmenden Gesamtschau stellt die auf der Grundlage der dem Täter bekannten Umstände zu bestimmende objektive Gefährlichkeit der Tathandlung einen wesentlichen Indikator sowohl für das kognitive als auch für das voluntative Vorsatzelement dar. Hat der Täter eine offensichtlich äußerst gefährliche Gewalthandlung begangen, liegt es – vorbehaltlich in die Gesamtbetrachtung einzustellender gegenläufiger Umstände des Einzelfalls – nahe, dass er den Eintritt des Todes als mögliche Folge seines Tuns erkannt und, indem er gleichwohl sein gefährliches Handeln begonnen oder fortgesetzt hat, den Todeserfolg auch billigend in Kauf genommen hat.

3. Auch wenn dem Täter bewusst ist, dass man durch Würgen einen Menschen töten könne, belegt dies nur das Wissen um die allgemeine Gefährlichkeit eines solchen Angriffs gegen den Hals eines Menschen. Daraus lässt sich indes nicht ohne weiteres herleiten, dass der Täter in der konkreten Tatsituation auch tatsächlich mit der Möglichkeit rechnete, das Opfer könne zu Tode kommen, und er dies in seine Überlegungen mit einbezog. Es ist durchaus möglich, dass der Täter zwar alle Umstände kennt, ohne sich indes in der konkreten Situation bewusst zu sein, dass sein Vorgehen zum Tode des Opfers führen könne.

4. Bei spontanen, unüberlegten und in affektiver Erregung ausgeführten Handlungen kann auch aus dem Wissen um den möglichen Todeseintritt nicht ohne Berücksichtigung der sich aus der Tat und der Persönlichkeit des Täters ergebenden Besonderheiten auf das selbstständig neben dem Wissenselement stehende Willenselement des Vorsatzes geschlossen werden. Die Einordnung und Würdigung eines spontanen oder in affektiver Erregung erfolgenden Handelns obliegt dabei dem Tatrichter.

**152. BGH 4 StR 389/16 – Urteil vom 8. Dezember 2016 (LG Konstanz)**

Besonders schwerer sexueller Missbrauch eines Kindes (Begriff der sexuellen Handlung; Begriff des Eindringens in den Körper: Eindringen mit Finger oder Gegenständen).

§ 176a Abs. 2 Nr. 1 StGB

1. Der Begriff „Eindringen in den Körper“ in § 176a Abs. 2 Nr. 1 StGB umschreibt besonders nachhaltige Begehungsweisen und stellt sie unter erhöhte Strafdrohung. Erforderlich ist, dass die sexuelle Handlung mit Blick auf das geschützte Rechtsgut, nämlich die ungestörte sexuelle Entwicklung von Kindern, ähnlich schwer wiegt wie eine Vollziehung des Beischlafs. Auf eine besondere Erniedrigung des Opfers stellt § 176a Abs. 2 Nr. 1 StGB daher nicht ab, sondern allein auf das Eindringen in den Körper, welches als schwerwiegende Beeinträchtigung der körperlichen Integrität anzusehen ist.

2. Eine solche Beeinträchtigung ist bei einem Eindringen mit dem Finger oder mit Gegenständen in Scheide oder After eines Kindes grundsätzlich anzunehmen (vgl. BGHSt 56, 223, 224). Das sexuell motivierte Einführen eines Thermometers, von Zäpfchen und des Daumens in den Anus stellt danach jeweils ein „Eindringen in den Körper“ im Sinne des § 176a Abs. 2 Nr. 1 StGB dar.

**187. BGH 5 StR 431/16 – Beschluss vom 8. November 2016 (LG Cottbus)**

Gewaltsames Entblößen der Kleidung für sich allein keine sexuelle Handlung am Körper des Opfers.

§ 174 StGB

Das gewaltsame Entfernen der Kleidung stellt für sich allein grundsätzlich noch keine sexuelle Handlung an dem Körper des Tatopfers dar. Etwas anderes gilt, wenn das gewaltsame Entblößen seinerseits mit einer vom Tatopfer zu duldenen sexuellen Handlung verbunden ist oder wenn sich der Täter nach vorausgegangener Gewaltanwendung durch ein mit körperlichen Berührungen verbundenes geduldetes Herunterreißen der Kleidung geschlechtliche Erregung verschaffen will.

**155. BGH 4 StR 501/16 – Beschluss vom 22. November 2016 (LG Köln)**

Gefährdung des Straßenverkehrs (Begriff des falschen Fahrens bei Überholvorgängen).

§ 315c Abs. 1 Nr. 2 lit. b StGB

Ein falsches Fahren bei einem Überholvorgang liegt vor, wenn der Täter eine der in § 5 StVO normierten Regeln verletzt oder einen anderweitigen Verkehrsverstoß begeht, der das Überholen als solches gefährlicher macht, sodass ein innerer Zusammenhang zwischen dem Verkehrsverstoß und der spezifischen Gefahrenlage des Überholens besteht.

## Rechtsprechung

## III. Strafzumessungs – und Maßregelrecht

**146. BGH 2 ARs 386/15 – Beschluss vom 7. November 2016 (BGH)**

Anfrageverfahren; verminderte Schuldfähigkeit (Versagung der fakultativen Strafmilderung bei vom Täter verschuldeter Trunkenheit: Gebot der differenzierten Verschuldensprüfung im Einzelfall).

§ 132 Abs. 2 GVG; § 21 StGB; § 49 Abs. 1 StGB

1. Die beabsichtigte Entscheidung des 3. Strafsenats, wonach der Tatrichter sein Ermessen bei der Entscheidung über die Strafrahmenverschiebung nach §§ 21, 49 Abs. 1 StGB grundsätzlich nicht rechtsfehlerhaft ausübt, wenn er im Rahmen einer Gesamtwürdigung der schuldmindernden Umstände die Versagung der Strafrahmenmilderung allein auf den Umstand stützt, dass die erhebliche Verminderung der Schuldfähigkeit des Täters auf von diesem verschuldeter Trunkenheit beruht, widerspricht der Rechtsprechung des 2. Strafsenats, der an dieser festhält.

2. Ob bei Vorliegen vermindelter Schuldfähigkeit im Sinne des § 21 StGB eine Strafrahmenmilderung vorzunehmen oder zu versagen ist, hat der Tatrichter unter

Berücksichtigung aller Umstände des Einzelfalls nach pflichtgemäßem Ermessen zu entscheiden; seine Wertung ist vom Revisionsgericht in der Regel hinzunehmen, wenn sie erkennbar auf einer vollständigen Tatsachengrundlage beruht. Eine schematische Behandlung der Frage einer fakultativen Strafrahmenmilderung allein wegen Vorliegens eines selbst zu verantwortenden Alkoholrausches hält der Senat daher nicht für angebracht; vielmehr ist eine differenzierte, auf eine Verschuldensprüfung im Einzelfall abstellende Lösung vorzuziehen.

**138. BGH 1 StR 358/16 – Beschluss vom 7. Dezember 2016 (LG Tübingen)**

Nachträgliches Zusammentreffen von Einzelfreiheitsstrafe und Einzelgeldstrafe (selbstständiger Ausspruch einer Gesamtgeldstrafe neben Freiheitsstrafe: Ermessen des Tatrichters, erforderliche Begründung, revisionsrechtliche Kontrolle, Verschlechterungsverbot).

§ 53 Abs. 2 StGB; § 55 StGB; § 358 Abs. 2 StPO; § 43 StGB

1. Ob beim Zusammentreffen einer Einzelfreiheitsstrafe mit Einzelgeldstrafen eine Gesamtfreiheitsstrafe gebildet

wird oder eine Geldstrafe oder Gesamtgeldstrafe selbstständig neben der Freiheitsstrafe ausgesprochen wird, liegt im pflichtgemäßen Ermessen des Gerichts (vgl. BGH NStZ 2009, 27). Dabei hat das Gericht unter Berücksichtigung der allgemeinen Strafzumessungserwägungen zu prüfen, ob eher eine längere Gesamtfreiheitsstrafe oder eine kürzere Freiheitsstrafe neben einer Geldstrafe den Strafzwecken entspricht (vgl. BGH NStZ 2015, 334). Aus Wortlaut und Systematik des § 53 Abs. 2 StGB ergibt sich, dass die selbstständige Verhängung einer Geldstrafe neben einer Freiheitsstrafe die Ausnahme bildet; sie bedarf daher – anders als der Regelfall der Gesamtstrafenbildung – regelmäßig besonderer Begründung.

2. Allerdings kann im Hinblick auf das Verschlechterungsverbot des § 358 Abs. 2 StPO die Entscheidung des Tatrichters, gemäß § 53 Abs. 2 Satz 2 StGB eine Geldstrafe neben einer Freiheitsstrafe gesondert zu belassen, grundsätzlich nicht mehr korrigiert werden, wenn nur der Angeklagte Rechtsmittel eingelegt hat. Denn die Freiheitsstrafe ist im Verhältnis zur Geldstrafe als das schwerere Übel anzusehen. Durch die mit einer Erhöhung der Freiheitsstrafe verbundene Einbeziehung einer Geldstrafe erleidet ein Angeklagter regelmäßig gegenüber dem Rechtszustand im Zeitpunkt des ersten Urteils eine Verschlechterung (vgl. BGHSt 35, 208, 212).

3. Anderes kann jedoch im Einzelfall gelten, wenn zum Urteilszeitpunkt die Vollstreckung der nicht einbezogenen Geldstrafen als Ersatzfreiheitsstrafen (§ 43 StGB) geplant ist. Dann verstieße die nachträgliche Bildung einer Gesamtfreiheitsstrafe unter Einbeziehung der Einzelgeldstrafen gemäß § 55 Abs. 1 StGB ausnahmsweise nicht gegen das Verschlechterungsverbot des § 358 Abs. 2 StPO.

### **139. BGH 1 StR 417/16 – Beschluss vom 10. November 2016 (LG Nürnberg-Fürth)**

Gesamtstrafenbildung (eigenständiger Zumessungsakt: umfassende Würdigung der Person des Täters und der einzelnen Straftaten; deutliche Erhöhung der Einsatzstrafe: erforderliche Begründung; revisionsrechtliche Überprüfbarkeit).

§ 54 Abs. 1 StGB; § 267 Abs. 2 Satz 1 StPO

1. Die Bemessung der Gesamtstrafe im Rahmen der Gesamtstrafenbildung nach § 54 Abs. 1 StGB ist im Wege einer Gesamtschau des Unrechtsgehalts und des Schuldumfangs durch einen eigenständigen Zumessungsakt vorzunehmen (vgl. BGHSt 24, 268, 269 f.). Der Summe der Einzelstrafen kommt nur ein geringes Gewicht zu, maßgeblich ist die angemessene Erhöhung der Einsatzstrafe unter zusammenfassender Würdigung der Person des Täters und der einzelnen Straftaten (§ 54 Abs. 1 Satz 3 StGB). Dabei ist vor allem das Verhältnis der einzelnen

Taten zueinander, ihre größere oder geringere Selbstständigkeit, die Häufigkeit der Begehung, die Gleichheit oder Verschiedenheit der verletzten Rechtsgüter und der Begehungsweisen sowie das Gesamtgewicht des abzuurteilenden Sachverhalts zu berücksichtigen (vgl. BGHSt 24, 268, 269 f.). Besteht zwischen den einzelnen Taten ein enger zeitlicher, sachlicher und situativer Zusammenhang hat die Erhöhung der Einsatzstrafe in der Regel geringer auszufallen (vgl. BGH NStZ-RR 2010, 238).

2. Wird die Einsatzstrafe erheblich erhöht, bedarf dies näherer Begründung (vgl. BGH NStZ 2007, 326). Eine starke Erhöhung der Einsatzstrafe bedarf besonderer Begründung, wenn sich diese nicht aus den fehlerfrei getroffenen Feststellungen von selbst ergibt. Da der Strafzumessung eine „Mathematisierung“ fremd ist, kann ein Rechtsfehler nicht allein darin gesehen werden, dass die Einsatzstrafe auf das etwa Zweieinhalbfache erhöht wurde (vgl. BGH NStZ 2011, 32). Derartige mathematische Überlegungen finden im Gesetz keine Stütze; auch bei der Bemessung einer Gesamtstrafe gilt, dass das Gesetz bei der Strafzumessung „von jedem Schematismus“ weit entfernt ist (vgl. BGHSt 34, 345, 351). Der Tatrichter kann auch nicht dazu gezwungen werden, eine schuldunangemessene erhöhte Einsatzstrafe festzusetzen, um die rechtsfehlerfreie Verhängung einer tat- und schuldangemessenen Gesamtstrafe zu ermöglichen.

3. Das Revisionsgericht hat nur auf Rechtsfehler einzugreifen. Diese können insbesondere dann vorliegen, wenn die Gesamtstrafe sich nicht innerhalb des gesetzlichen Strafrahmens befindet oder die gebotene Begründung für die Gesamtstrafe fehlt, oder wenn die Besorgnis besteht, der Tatrichter habe sich von der Summe der Einzelstrafen leiten lassen. Eine ungewöhnlich hohe Divergenz zwischen Einsatzstrafe und Gesamtstrafe kann (jedenfalls beim Fehlen einer tragfähigen Begründung) die letztgenannte Besorgnis begründen (vgl. BGH NStZ 2011, 32 mwN).

### **153. BGH 4 StR 419/16 – Beschluss vom 7. Dezember 2016 (LG Stendal)**

Täter-Opfer-Ausgleich (Voraussetzungen: schnelle Versöhnungsbereitschaft des Opfers kein grundsätzliches Hindernis); Anordnung der Unterbringung in einer Entziehungsanstalt (hinreichende Heilungsaussicht: Wecken der Therapiebereitschaft des Angeklagten erst während der Therapie).

§ 46a Nr. 1 StGB; § 64 Satz 2 StGB

Dass ein Opfer dem Täter den Täter-Opfer-Ausgleich leicht macht, indem es an das Maß der Wiedergutmachungsbemühungen keine hohen Anforderungen stellt und schnell zu einer Versöhnung bereit ist, steht der Bejahung der Voraussetzungen des § 46a Nr. 1 StGB nicht grundsätzlich entgegen.

## IV. Strafverfahrensrecht mit GVG

**143. BGH 2 StR 9/15 – Urteil vom 7. November 2016 (LG Darmstadt)**

BGHSt; Recht auf den gesetzlichen Richter (Mitwirkung einer Richterin im nachgeburtlichen Mutterschutz: keine Dispositionsfreiheit der Richterin, Vereinbarkeit mit der richterlichen Unabhängigkeit).

Art. 101 Abs. 1 Satz GG; Art. 97 Abs. 1 GG; § 338 Nr. StPO; § 6 Abs. 1 Satz 1 MuSchG i.V.m. § 2 HRiG; § 95 Nr. 1 HBG; § 1 Abs. 1 Satz 1 Nr. 2 HMuSchEltZVO

1. Der nachgeburtliche Mutterschutz einer Richterin führt zu einem Dienstleistungsverbot, das ihrer Mitwirkung in der Hauptverhandlung entgegensteht. Deren Fortsetzung ohne Beachtung der Mutterschutzfrist führt zur gesetzwidrigen Besetzung des erkennenden Gerichts. (BGHSt)

2. Nach dem Gesetzlichkeitsprinzip aus Art. 101 Abs. 1 Satz 2 GG darf es, soweit die tatbestandlichen Voraussetzungen des § 6 Abs. 1 MuSchG gegeben sind, angesichts der zwingenden gesetzlichen Regelung nicht vom Willen der Richterin abhängig sein, ob sie weiter an der Hauptverhandlung mitwirkt oder das Dienstleistungsverbot befolgt. (Bearbeiter)

3. Der Schutzzweck des Mutterschutzgesetzes, der die Gesundheit von Mutter und Kind im Auge hat, ändert nichts an diesen prozessualen Folgen des Dienstleistungsverbots. (Bearbeiter)

4. Aus der sachlichen Unabhängigkeit der Richterin gemäß Art. 97 Abs. 1 GG ergibt sich nichts anderes. Die Schutzbereiche des Art. 101 Abs. 1 Satz 2 und des Art. 97 Abs. 1 GG sind voneinander zu unterscheiden (vgl. BVerfG NJW 2012, 2334, 2335). Kein Richter hat aufgrund von Art. 97 Abs. 1 GG einen Anspruch darauf, an einer Sachentscheidung durch Strafurteil mitzuwirken, wenn er – obwohl durch gesetzliche Vorausbestimmung zur Mitwirkung berufen – durch zwingende gesetzliche Vorschriften an der Mitwirkung verhindert ist. Durch Art. 97 Abs. 1 GG wird allein die sachliche Unabhängigkeit des Richters im Fall der Begründung seiner Entscheidungszuständigkeit gewährleistet, nicht aber eine Unabhängigkeit dahin, über die Entscheidungszuständigkeit selbst zu disponieren (vgl. BVerfGE 139, 145, 174). (Bearbeiter)

**140. BGH 1 StR 487/16 – Beschluss vom 7. Dezember 2016 (LG Ravensburg)**

Ausschluss der Öffentlichkeit während der Schlussanträge (letztes Wort des Angeklagten).

§ 169 GVG; § 171b Abs. 3 Satz 2 GVG; § 258 Abs. 3 StPO

Der zwingende Ausschluss der Öffentlichkeit bei den Schlussanträgen nach § 171b Abs. 3 Satz 2 GVG erstreckt sich auch auf das letzte Wort des Angeklagten.

**174. BGH 2 StR 556/15 – Urteil vom 2. November 2016 (LG Aachen)**

Ablehnung von Beweisanträgen (Unerreichbarkeit eines Zeugen; hinreichende Individualisierung).

§ 244 Abs. 3 StPO

1. Unerreichbar ist ein Zeuge, wenn alle Bemühungen des Gerichts, die der Bedeutung und dem Wert des Beweismittels entsprechen, zu dessen Beibringung erfolglos geblieben sind und keine begründete Aussicht besteht, es in absehbarer Zeit herbeizuschaffen.

2. Eine als Zeuge benannte Person ist, auch bei unbekanntem Nachnamen, hinreichend individualisiert, wenn eine genaue ladungsfähige Anschrift, unter der nur eine Person mit deren Vornamen gemeldet ist, angegeben wird.

**163. BGH 1 StR 617/16 – Beschluss vom 20. Dezember 2016 (LG Nürnberg-Fürth)**

Kompensationsentscheidung (aufgrund einer Verfahrensverzögerung nach Beginn des Revisionsverfahrens).

Art. 6 Abs. 1 Satz 1 EMRK; § 349 Abs. 4 StPO; 354 Abs. 1a Satz 2 StPO

1. Zur Kompensation einer nach Erlass des angefochtenen Urteils eingetretenen, der Justiz anzulastenden Verfahrensverzögerung ist ein angemessener Teil der gegen den Angeklagten verhängten Gesamtfreiheitsstrafe als vollstreckt zu erklären.

2. Eine Missachtung des Gebots zügiger Verfahrenserledigung (Art. 6 Abs. 1 Satz 1 EMRK) durch die Justizbehörden nach Beginn des Revisionsverfahrens ist auf die Sachrüge hin von Amts wegen zu berücksichtigen.

3. Die Kompensation einer solchen Verfahrensverzögerung kann der erkennende Senat des Bundesgerichtshofs in entsprechender Anwendung von § 354 Abs. 1a Satz 2 StPO selbst aussprechen.

**171. BGH 2 StR 9/15 – Beschluss vom 7. November 2016 (OLG Frankfurt am Main)**

Beschwerde gegen Anordnung des dinglichen Arrests (Zuständigkeit; keine Analogie mangels Regelungslücke).

Art. 101 Abs. 1 Satz 2 GG; § 111i StPO; § 121 Abs. 1 Nr. 2 GVG

1. Nach § 121 Abs. 1 Nr. 2 GVG sind die Oberlandesgerichte für die Entscheidung über das Rechtsmittel der Beschwerde gegen strafgerichtliche Entscheidungen zuständig, soweit keine anderweitige Zuständigkeit begründet ist. Eine abweichende Regelung der Zuständigkeit über die Beschwerde ist gegen die Anordnung der Fortdauer der Arrestanordnung nach Urteilsverkündung in § 111i StPO nicht vorgesehen.

2. Für eine entsprechende Anwendung anderer Bestimmungen, wie § 305a Abs. 2, § 464 Abs. 3 Satz 2 StPO oder § 6 Abs. 3 Satz 2 StrEG, bleibt kein Raum. Es fehlt an einer Regelungslücke im Gesetz, auch wenn das Beschwerdegericht an Feststellungen des erkennenden Gerichts im Urteil bis zu deren Aufhebung durch das Revisionsgericht gebunden ist, da diese nur im Revisionsverfahren auf Rechtsfehler überprüfbar sind. Die Differenzierung bei den Formen der Entscheidungen über die Aufrechterhaltung der Arrestanordnung durch Beschluss und den Ausspruch gemäß § 111i Abs. 2 StPO im Urteil des erkennenden Gerichts entspricht dem Willen des Gesetzgebers. Gleiches gilt für die sich hieraus ergebenden Zuständigkeiten der Rechtsmittelgerichte. Zweckmäßigkeitserwägungen gestatten es nicht, von der sich aus dem Gesetz ergebenden Zuständigkeitsverteilung abzuweichen (Art. 101 Abs. 1 Satz 2 GG).

**161. BGH 1 StR 590/16 – Beschluss vom 20. Dezember 2016 (LG Landshut)**

Eigene Entscheidung in der Sache (unzulässige Urteilsberichtigung; Schuldspruchberichtigung); Strafrahmenwahl (besondere gesetzliche Milderungsgründe; Einbeziehung der Umstände des Einzelfalls).

§ 354 Abs. 1 StPO; § 27 Abs. 2 Satz 2 StGB; § 49 Abs. 1 StGB

1. Ist eine Urteilsberichtigung unzulässig, weil der Tenor so verkündet wurde, wie er in den schriftlichen Urteilsgründen niedergelegt ist und kein offensichtliches Schreibversehen oder eine sonstige offensichtliche Unrichtigkeit vorliegt, kann der Senat in entsprechender Anwendung von § 354 Abs. 1 StPO die dem Tatgericht verwehrt Schuldspruchberichtigung vornehmen, wenn die vollständigen und tragfähigen Urteilsfeststellungen den Schuldspruch belegen.

2. Sieht das Gesetz einen minder schweren Fall vor und ist auch ein gesetzlich vertyppter Milderungsgrund gegeben, muss bei der Strafrahmenwahl im Rahmen einer Gesamtwürdigung zunächst geprüft werden, ob die allgemeinen Milderungsgründe die Annahme eines minder schweren Falles tragen. Ist nach einer Abwägung aller allgemeinen Strafzumessungsumstände das Vorliegen eines minder schweren Falles abzulehnen, sind in einem nächsten Schritt die den gesetzlich vertyppten Strafmilderungsgrund verwirklichenden Umstände einzubeziehen. Erst wenn der Tatrichter danach weiterhin keinen minder schweren Fall für gerechtfertigt hält, darf er seiner konkreten Strafzumessung den (allein) wegen des gegebenen gesetzlich vertyppten Milderungsgrundes gemilderten Regelstrafrahmen zugrunde legen.

**173. BGH 2 StR 480/16 – Beschluss vom 8. Dezember 2016 (LG Erfurt)**

Beweiswürdigung (Beweisqualität des Wiedererkennens; fehlerhafte Lichtbildvorlage).

§ 261 StPO

1. Konnte ein Zeuge eine ihm vorher unbekannt Person nur kurze Zeit beobachten, darf sich der Tatrichter nicht ohne weiteres auf die subjektive Gewissheit des Zeugen beim Wiedererkennen verlassen, sondern muss aufgrund objektiver Kriterien nachprüfen, welche Beweisqualität dieses Wiedererkennen hat, und dies in den Urteilsgründen für das Revisionsgericht nachvollziehbar darlegen.

2. Die Beweiswürdigung ist lückenhaft, wenn das Urteil nicht erkennen lässt, ob das Instanzgericht sich mit dem eingeschränkten Beweiswert eines wiederholten Wiedererkennens – nach fehlerhafter Lichtbildvorlage – durch einen Zeugen in der Hauptverhandlung auseinandergesetzt hat.

**145. BGH 2 StR 472/16 – Beschluss vom 29. November 2016 (LG Aachen)**

Tatrichterliche Beweiswürdigung (Anforderungen an die Darstellung der Identifizierung des Angeklagten als Täter durch einen Zeugen; revisionsrechtliche Überprüfbarkeit).

§ 261 StPO; § 267 Abs. 2 Satz 1 StPO

1. Besondere Darlegungsanforderungen an die Beweiswürdigung des Tatrichters bestehen in schwierigen Beweislagen, zu denen auch Konstellationen zählen, in denen der Tatnachweis im Wesentlichen auf einem Wiedererkennen des Angeklagten durch einen Tatzeugen beruht.

2. Aufgrund der Komplexität und Fehlerträchtigkeit bei der Überführung eines Angeklagten aufgrund der Aussage und des Wiedererkennens einer einzelnen Beweisperson ist der Tatrichter grundsätzlich verpflichtet, die Bekundungen des Zeugen wiederzugeben, auf denen dessen Wertung beruht, dass er den Angeklagten als den Täter wiedererkenne. Der Tatrichter ist aus sachlichrechtlichen Gründen regelmäßig verpflichtet, die Angaben des Zeugen zur Täterbeschreibung zumindest in gedrängter Form wiederzugeben und diese Täterbeschreibung des Zeugen zum Äußeren und zum Erscheinungsbild des Angeklagten in der Hauptverhandlung in Beziehung zu setzen (vgl. BGH StraFo 2016, 154, 155). Darüber hinaus sind in den Urteilsgründen auch diejenigen Gesichtspunkte darzulegen, auf denen die Folgerung des Tatrichters beruht, dass insoweit tatsächlich Übereinstimmung besteht.

3. Darüber hinaus ist der Tatrichter zur Wiedergabe der Umstände verpflichtet, die zur Identifizierung des Angeklagten durch den Zeugen geführt haben. Hierzu gehören auch Ausführungen dazu, ob das – erste – Wiedererkennen auf einer Einzellichtbildvorlage oder einer Wahllichtbildvorlage beruht; wegen der damit verbundenen erheblichen suggestiven Wirkung kommt dem Wiedererkennen aufgrund einer Einzellichtbildvorlage ein deutlich geringerer Beweiswert zu (vgl. BGH NStZ-RR 2016, 223). Bei einer – erneuten – Identifizierung des Angeklagten durch den Zeugen in einer Hauptverhandlung ist außerdem zu beachten, dass insoweit eine verstärkte

Suggestibilität der Identifizierungssituation besteht (vgl. BGH NStZ-RR 2012, 381, 382).

**185. BGH 5 StR 179/16 – Urteil vom 6. Dezember 2016 (LG Saarbrücken)**

Sachlich-rechtlich fehlerhafte Beweiswürdigung (Lücken bei der Beurteilung der Glaubhaftigkeit der Aussage der minderjährigen Belastungszeugin; übertrieben Anforderungen an die zur Verurteilung erforderliche Gewissheit; Gedächtnisunsicherheiten als mögliche Ursache von Aussageninkonstanz).

§ 261 StPO

1. Das Revisionsgericht muss es grundsätzlich hinnehmen, wenn das Tatgericht einen Angeklagten freispricht, weil es Zweifel an der Täterschaft nicht zu überwinden vermag. Die Beweiswürdigung ist Sache des Tatgerichts; die revisionsrechtliche Prüfung beschränkt sich nach ständiger Rechtsprechung darauf, ob dem Tatgericht Rechtsfehler unterlaufen sind, weil die Beweiswürdigung lückenhaft, in sich widersprüchlich oder unklar ist, gegen Denkgesetze oder Erfahrungssätze verstößt oder wenn an die zur Verurteilung erforderliche Gewissheit übertriebene Anforderungen gestellt worden sind.

2. Nicht jede Inkonstanz einer belastenden Zeugenaussage begründet einen Hinweis auf mangelnde Glaubhaftigkeit insgesamt. Vielmehr können Gedächtnisunsicherheiten eine hinreichende Erklärung für festgestellte Abweichungen darstellen. Dies gilt umso mehr bei einem langen Zeitraum zwischen der Tat und den einzelnen Befragungen und einer zur Tatzeit sehr jungen (hier: sieben Jahre alten) Zeugin. Schließt das Tatgericht unter Berücksichtigung dieses Maßstabs zu voreilig von einer Aussageinkonstanz auf eine fehlende Glaubhaftigkeit, kann dies einen revisiblen sachlich-rechtlichen Fehler bei der Beweiswürdigung begründen.

**182. BGH 4 StR 527/16 – Beschluss vom 21. Dezember 2016 (LG Stendal)**

Revisionsverfahren (Verhandlungsfähigkeit; paranoid-halluzinatorische Psychose).

§ 302 StPO

1. Für die Verhandlungsfähigkeit im Revisionsverfahren reicht es aus, dass der Beschwerdeführer mindestens zeitweilig zu einer Grundübereinkunft mit seinen Verteidigern über die Fortführung oder Rücknahme des Rechtsmittels in der Lage ist und diese Voraussetzungen zum Zeitpunkt der in Rede stehenden Entscheidung vorlagen.

2. Eine Beeinträchtigung der Geschäfts- oder Schuldfähigkeit eines Erklärenden hat nicht zwangsläufig dessen prozessuale Handlungsunfähigkeit zur Folge. Hiervon ist erst dann auszugehen, wenn hinreichende Anhaltspunkte dafür vorliegen, dass ein Beteiligten nicht in der Lage ist, die Bedeutung von ihm abgegebener Erklärungen zu erkennen, wobei Zweifel an der prozessualen Handlungsfähigkeit zu seinen Lasten gehen.

**168. BGH 2 StR 432/16 – Beschluss vom 20. Dezember 2016 (LG Gera)**

Rechtsmittelverzicht (Unwiderruflichkeit bei Anwendung von Jugendstrafrecht; Ausnahme bei vorheriger informeller Verständigung).

§ 55 JGG; § 257c StPO; § 302 Abs. 1 Satz 2 StPO

1. Der in Anwesenheit der Verteidigung erklärte, ausdrückliche, eindeutige und vorbehaltlose Rechtsmittelverzicht eines Angeklagten nach Urteilsverkündung und Rechtsmittelbelehrung ist auch in Fällen, in denen Jugendstrafrecht auf einen Heranwachsenden angewendet wird, grundsätzlich unwiderruflich und unanfechtbar.

2. Die Verzichtserklärung kann – in entsprechender Anwendung des § 302 Abs. 1 Satz 2 StPO – unter anderem dann unwirksam sein, wenn dem Urteil unter Umgehung des § 257c StPO eine informelle Verständigung vorausgegangen ist.

**165. BGH 2 StR 165/15 – Beschluss vom 16. November 2016**

Ablehnung des Antrags auf Bewilligung einer Pauschgebühr.

§ 51 Abs. 1 Satz 1 und 3 RVG

Nach § 51 Abs. 1 Satz 1 und 3 RVG ist eine Pauschgebühr festzusetzen, die über die gesetzlichen Gebühren hinausgeht, wenn dies wegen des besonderen Umfangs oder der besonderen Schwierigkeit der Sache oder des betroffenen Verfahrensabschnitts geboten erscheint. Die Bewilligung einer Pauschgebühr ist ein Ausnahmefall, der nur vorliegt, wenn objektiv eine überdurchschnittliche anwaltliche Leistung erforderlich wird. Entscheidend ist, ob die konkrete Strafsache selbst umfangreich war und infolge dieses Umfangs, gegebenenfalls auch infolge komplizierter Rechtsfragen, eine zeitaufwändigere, gegenüber anderen Verfahren erhöhte Tätigkeit des Verteidigers erforderlich geworden ist.

## V. Wirtschaftsstrafrecht und Nebengebiete

**190. BGH 5 StR 532/16 – Beschluss vom 10. Januar 2017 (LG Hamburg)**

BGHSt; keine Lücke in der Ahndbarkeit von Insiderhandel und Marktmanipulation (Anforderungen des

Bestimmtheitsgebots bei Blankettverweisung auf Gemeinschaftsrecht; Einbeziehung des erweiterten Regelungszusammenhangs in die Verweisung; Wille des Gesetzgebers; Hinausschieben des Geltungszeitpunkts

tes; statische und dynamische Verweisung; Transparenz des Regelungswerks; Normadressaten mit in der Regel fachspezifischer Ausbildung).

§ 38 Abs. 3 Nr. 1 WpHG; § 39 Abs. 3d Nr. 2 WpHG; § 2 Abs. 3 StGB; § 4 Abs. 3 OWiG; § 354a StPO; Art. 14, 15 Marktmissbrauchsverordnung

1. Durch die Neufassung von § 38 Abs. 3 Nr. 1, § 39 Abs. 3d Nr. 2 WpHG zum 2. Juli 2016 ist es zu keiner Lücke in der Ahndbarkeit von Insiderhandel und Marktmanipulation gekommen. (BGHSt)

2. Die Abweichung des Inkrafttretens der Änderungen des Wertpapierhandelsgesetzes (2. Juli 2016) vom Beginn der unmittelbaren Anwendbarkeit der maßgeblichen Bezugsnormen der Marktmissbrauchsverordnung in den Mitgliedstaaten der Europäischen Union (3. Juli 2016) hat nicht zur Folge, dass die Verweisungen des Gesetzes auf die gemeinschaftsrechtlichen Vorschriften am 2. Juli 2016 „ins Leere“ gegangen und Marktmanipulationen an diesem Tag nicht mit Strafe oder mit Geldbuße bedroht gewesen wären. Die Bezugnahmen in § 38 Abs. 3 Nr. 1, § 39 Abs. 3d Nr. 2 WpHG auf Art. 14 und 15 der Marktmissbrauchsverordnung führten vielmehr dazu, dass diese Vorschriften der Verordnung bereits vor ihrer unmittelbaren Anwendbarkeit ab dem 2. Juli 2016 durch den Bundesgesetzgeber im Inland für (mit)anwendbar erklärt wurden. (Bearbeiter)

3. Die Auslegung der verweisenden Normen des Wertpapierhandelsgesetzes ergibt insoweit, dass ihre Gültigkeit nicht von derjenigen der Rechtsnormen abhängig ist, auf die verwiesen wird. Es ist der Wille des deutschen Normgebers ersichtlich, unionsrechtliche Vorschriften ungeachtet ihrer unmittelbaren Anwendbarkeit im nationalen Recht in eine Blankettnorm aufzunehmen. Dabei ist nicht zweifelhaft, dass der Gesetzgeber eine lückenlose Ahndung von Marktmanipulation und Insiderhandel erreichen wollte. (Bearbeiter)

4. Unerheblich für die Ermittlung des Willens des Gesetzgebers ist es dabei, ob die Abweichung des Inkrafttretens der Änderungen des Wertpapierhandelsgesetzes (2. Juli 2016) vom Beginn der unmittelbaren Anwendbarkeit der maßgeblichen Bezugsnormen der Marktmissbrauchsverordnung (3. Juli 2016) auf einem gesetzgeberischen Versehen oder auf einer bewussten Entscheidung beruhte. (Bearbeiter)

5. Blankettnormen im Straf- und Ordnungswidrigkeitenrecht müssen den Anforderungen des Bestimmtheitsgebots genügen; die möglichen Fälle der Strafbarkeit oder Ordnungswidrigkeit müssen sich schon aufgrund des Gesetzes voraussehen lassen. Dafür müssen die Blankettnormen hinreichend klar erkennen lassen, worauf sich die Verweisung bezieht. Auch die ein Blankettstrafgesetz ausfüllende Vorschrift muss den Anforderungen des Art. 103 Abs. 2 GG – gegebenenfalls i.V.m. Art. 104 Abs. 1 Satz 1 GG – genügen. Diese Anforderungen lassen sich sinngemäß auf den Fall übertragen, dass Blankettstrafgesetze auf das Unionsrecht verweisen. (Bearbeiter)

6. Bei den Bezugnahmen der § 38 Abs. 3 Nr. 1, § 39 Abs. 3d Nr. 2 WpHG auf Art. 14 und 15 der Marktmissbrauchsverordnung handelt es sich um statische Verwei-

sungen in dem Sinne, dass die bei Verabschiedung der Neufassung der §§ 38, 39 WpHG bereits in Kraft getretene Fassung der in Bezug genommenen Vorschriften der Marktmissbrauchsverordnung in Geltung gesetzt wurde. Statische Verweisungen sind – in Abgrenzung zu dynamischen – verfassungsrechtlich unbedenklich, weil der zuständige Gesetzgeber weiß, welchen Inhalt das in Bezug genommene Recht hat, und prüfen kann, ob er es sich mit diesem Inhalt zu eigen machen will. (Bearbeiter)

7. Dem Bestimmtheitsgebot widerspricht es nicht, dass Art. 14 und 15 MAR, auf die § 38 Abs. 3 Nr. 1, § 39 Abs. 3d Nr. 2 WpHG verweisen, ihrerseits das verbotene Verhalten nicht tatbestandlich beschreiben, sondern lediglich die Begriffe „Insidergeschäft“ (Art. 14 Buchst. a MAR) und „Marktmanipulation“ (Art. 15 MAR) verwenden, deren Verständnis sie voraussetzen. Es versteht sich von selbst, dass ein Mitgliedstaat, der Verstöße gegen Verbotsvorschriften eines Regelungswerks der Europäischen Union mit Strafe oder Geldbuße bewehrt, diese mit all ihren Bezügen in nationales Recht umsetzt und nicht etwa durch eine punktuelle Verweisung nur auf die jeweilige Verbotsnorm eine lex imperfecta schafft. (Bearbeiter)

8. Die Verbotsregelungen der Art. 14 und 15 MAR i.V.m. Art. 7, 8 und 12 MAR sind auch noch hinreichend transparent, so dass die ihnen unterworfenen Rechtssubjekte vorhersehen können, welches Verhalten verboten und in §§ 38, 39 WpHG mit Strafe oder Geldbuße bedroht ist. Dabei ist zu berücksichtigen, dass es sich bei den Adressaten der Verbote aus dem Kreis der natürlichen Personen in der Regel um solche mit einer fachspezifischen Ausbildung handelt; soweit dies nicht der Fall ist, obliegt es ihnen kraft der von ihnen ausgeübten Funktion, sich fachlich fortzubilden und gegebenenfalls beraten zu lassen. (Bearbeiter)

### 136. BGH 1 StR 177/16 – Beschluss vom 20. Dezember 2016 (OLG München)

BGHSt; Erschleichen der Einbürgerung (Machen unvollständiger Angaben zu wesentlichen Voraussetzungen der Einbürgerung: Begriff der Wesentlichkeit, gesetzlich angeordnetes Außerbetrachtbleiben von inländischen Strafverurteilungen, Orientierung der Auslegung an § 98 BVFG, nicht an § 95 Abs. 2 Nr. 2 AufenthG).

§ 42 StAG; § 12 Abs. 1 StAG; § 98 BVFG; § 95 Abs. 2 Nr. 2 AufenthG

1. Eine Strafbarkeit nach § 42 StAG ist nicht gegeben, wenn im Einbürgerungsverfahren unrichtige oder unvollständige Angaben über inländische Strafverurteilungen gemacht werden, die gemäß § 12a Abs. 1 Satz 1 und Satz 2 StAG bei der Einbürgerung außer Betracht bleiben. (BGHSt)

2. Wesentliche Voraussetzungen der Einbürgerung im Sinne des § 42 StAG sind solche, die für die Entscheidung der Verwaltungsbehörde über die Einbürgerung von entscheidender Bedeutung, mithin entscheidungserheblich sind. Vorstrafen unterhalb der Bagatellgrenze des § 12a Abs. 1 StAG sind das aber nicht. Sie haben bei der Einbürgerungsentscheidung zwingend außer Betracht zu bleiben und sind für das Ergebnis des Verwaltungsver-

fahrens ohne Belang. Sie sind unwesentlich im Sinne des § 42 StAG und daher auch nicht geeignet, eine abstrakte Gefährdung des geschützten Rechtsguts auszulösen. (Bearbeiter)

3. Da sich der Gesetzgeber bei der Fassung des § 42 StAG ausdrücklich an § 98 BVFG und nicht an § 95 Abs. 2 Nr. 2 AufenthG orientiert hat, können die zu § 95 Abs. 2 Nr. 2 AufenthG entwickelten Grundsätze für die Auslegung von § 42 StAG nicht herangezogen werden. Mit der ausdrücklichen Orientierung an § 98 BVFG hat sich der Gesetzgeber für eine Entscheidungserheblichkeit der unrichtigen oder unvollständigen Angaben für die Einbürgerungsentscheidung und gegen eine generelle Bestrafung von Falschangaben ausgesprochen. (Bearbeiter)

### 186. BGH 5 StR 424/15 – Beschluss vom 8. Dezember 2016 (LG Dresden)

Anforderungen an die Darstellung der Bemessungsfaktoren bei Festsetzung der Geldbuße gegen eine juristische Person (Unrechtsgehalt der Bezugstat; wirtschaftliche Situation des Unternehmens; Nettoprinzip; Abzug von Kosten und Aufwendungen; Schätzung; Darstellung der Schätzungsgrundlagen in den Urteilsgründen).

§ 17 OWiG; § 30 OWiG

1. Die Höhe der Geldbuße gegen eine juristische Person oder Personengesellschaft nach § 30 OWiG soll sich daran orientieren, wie die Tat der Leitungsperson bewertet wird. Die Geldbuße ist danach vor allem nach dem Unrechtsgehalt der Bezugstat und deren Auswirkungen auf den geschützten Ordnungsbereich zu bemessen. Mit Blick auf die wirtschaftliche Gesamtsituation des Unternehmens kommt auch dem durch die Straftat erlangten Vorteil eine entscheidende Rolle zu, weil das Bußgeld diesen nach §§ 30 Abs. 3, 17 Abs. 4 OWiG übersteigen soll.

2. Der Begriff des Vorteils im Sinne der Vorschrift des § 17 Abs. 4 OWiG eine Saldierung, in deren Rahmen von den durch die Tat erlangten wirtschaftlichen Zuwächsen die Kosten und sonstigen Aufwendungen der Betroffenen abzuziehen sind; es gilt das Nettoprinzip. Eine Schätzung des Gewinns ist zulässig. Die Grundlagen, auf denen die Schätzung basiert, müssen in der gerichtlichen Entscheidung dargelegt werden, um die Nachprüfung der Bußgeldbemessung zu ermöglichen.

### 148. BGH 4 StR 246/16 – Urteil vom 8. Dezember 2016 (LG Konstanz)

Bewaffnetes Handeltreiben mit Betäubungsmitteln in nicht geringer Menge (Begriff des Mitsichführens: gleichzeitig möglicher Zugriff auf Betäubungsmittel und Waffe während eines Einzelakts des Handeltreibens).

§ 30 Abs. 2 Nr. 2 BtMG

1. Das für die Verwirklichung des Qualifikationstatbestandes des § 30a Abs. 2 Nr. 2 BtMG notwendige Mitsichführen von Gegenständen, die zur Verletzung von Personen geeignet und bestimmt sind, liegt dann vor, wenn der Täter gefährliche Gegenstände bewusst gebrauchsbereit in der Weise bei sich hat, dass er sich ihrer jederzeit bedienen kann. Hierfür genügt, dass die gefährlichen Gegenstände dem Täter in irgendeinem Stadium

des Tathergangs zur Verfügung stehen, d.h. sich so in seiner räumlichen Nähe befinden, dass er sich ihrer jederzeit, also ohne nennenswerten Zeitaufwand, und ohne besondere Schwierigkeiten bedienen kann.

2. Setzt sich die Tat aus mehreren Einzelakten zusammen, so reicht es nach ständiger Rechtsprechung des Bundesgerichtshofs zur Tatbestandserfüllung aus, wenn der qualifizierende Umstand des Mitsichführens eines gefährlichen Gegenstands nur bei einem Einzelakt verwirklicht ist (st. Rspr.).

3. Zwar stellt der bloße Aufenthalt in einer Wohnung selbst noch keinen Teilakt des Handeltreibens mit Betäubungsmitteln dar (vgl. BGH NStZ 2016, 123, 124). Es reicht aber aus, dass der Täter zugleich Betäubungsmittel und Waffe bzw. gefährlichen Gegenstand dergestalt in Verwahrung hält, dass ihm der gleichzeitige Zugriff hierauf möglich ist (vgl. BGH StV 2015, 641).

### 151. BGH 4 StR 360/16 – Urteil vom 22. Dezember 2016 (LG Magdeburg)

Unerlaubtes Handeltreiben mit Betäubungsmitteln in nicht geringer Menge (Bestimmung der Betäubungsmittelmenge bei auf späterer Veräußerung zielendem Anbau; Strafzumessung; Berücksichtigung der angestrebten Wirkstoffmenge).

§ 29a Abs. 1 Nr. 2 BtMG; § 29 Abs. 1 Nr. 1 BtMG; § 46 StGB

1. Bei einem auf spätere Veräußerung zielenden Anbau von Cannabispflanzen ist für die Abgrenzung des Handeltreibens mit Betäubungsmitteln vom Handeltreiben mit Betäubungsmitteln in nicht geringer Menge die Menge maßgeblich, die mit der bereits begonnenen Aufzucht der Pflanzen letztlich erzielt und gewinnbringend veräußert werden soll (vgl. BGHSt 58, 99).

2. Entsprechend ist auch für den Schuldumfang bei der Strafzumessung die Menge an Wirkstoff maßgeblich, die mit dem Anbau letztlich erzielt und gewinnbringend veräußert werden soll. Fehlen Referenzwerte aus einem früheren Anbau, muss die zu erwartende Ertragsmenge – gegebenenfalls mit sachverständiger Hilfe – geschätzt werden.

### 144. BGH 2 StR 316/16 – Beschluss vom 16. November 2016 (LG Stralsund)

Bildung einer Einheitsjugendstrafe (erforderliche von der früheren Beurteilung unabhängige einheitliche Rechtsfolgenbemessung auch für die früher abgeurteilten Taten); Strafzumessung (Doppelverwertungsverbot).

§ 31 Abs. 2 JGG; § 46 Abs. 1, Abs. 3 StGB

Bei Anwendung von § 31 Abs. 2 JGG wird nicht lediglich die Strafe, sondern das Urteil in die Bildung der Einheitsjugendstrafe übernommen. Dabei hat der Tatrichter eine neue, selbständige, von der früheren Beurteilung unabhängige einheitliche Rechtsfolgenbemessung für die früher und jetzt abgeurteilten Taten vorzunehmen. Ist in der einzubeziehenden Entscheidung bereits eine frühere Entscheidung einbezogen worden, sind sämtliche Entscheidungen unter Neubewertung zur Grundlage einer einheitlichen Sanktion zu machen.

# Strafbarkeit der Beihilfe zum Selbstmord und § 217 StGB

Anmerkung zu OLG Hamburg, Beschluss vom 08.06.2016, 1 Ws 13/16

Von RA Prof. Dr. Endrik Wilhelm, Dresden

Selbstmord ist eine der häufigsten Todesursachen in Deutschland. 100.000 Menschen versuchen ihn jährlich, immerhin 10.000 von ihnen gelingt er.<sup>1</sup> Seit einer Entscheidung des *BGH* aus dem Jahr 1952 lernen Jura-Studenten, dass die Anwesenheit bei einem solchen Ereignis in eine nur als paradox zu bezeichnende Situation führen kann. Damals hatte sich ein Mann in Gegenwart seiner Ehefrau erhängt. Als er das Bewusstsein verlor, unternahm diese nicht etwa Anstalten, um ihn zu retten, sondern überließ ihn seinem Schicksal. Der *BGH* wertete die Untätigkeit während der Strangulation als straflos, sah in der unterbliebenen Rettung nach Verlust der Tatherrschaft des Selbstmörders jedoch ein Tötungsdelikt durch Unterlassen.<sup>2</sup>

Die sich daraus entwickelnde Rechtsprechung hatte weitreichende Folgen für die Beihilfe zu einem Selbstmord, die heute unter bestimmten Voraussetzungen auch als Sterbehilfe bezeichnet wird. Sie folgt einer strengen Logik, der sich das *OLG Hamburg* verpflichtet fühlt und die sich vermutlich nur Juristen ausdenken konnten. Deren Ausgangspunkt bildet die Annahme, dass niemand mit strafbefreiender Wirkung in seine eigene Tötung einwilligen könne.<sup>3</sup> Selbstmord sei zwar keine teilnahmefähige Haupttat. Sobald der Selbstmörder die Herrschaft über das Geschehen verloren habe, setze jedoch die Erfolgsabwendungspflicht eines Garanten ein. Zum Beleg dient § 216 StGB, denn die Norm regelt unmissverständlich, dass die Herbeiführung des Todes eines erklärtermaßen Sterbewilligen strafbar ist, wenn auch mit einer geringeren Strafdrohung. Der Logik des *BGH* folgend ist § 216 StGB auch durch Unterlassen begehbar.<sup>4</sup> In der *Meiwes*-Entscheidung hat der *BGH* das Privileg des § 216 StGB zusätzlich insoweit eingeschränkt, als dass er verlangt, dass der Sterbewillige nicht nur das ernsthafte und ausdrückliche Verlangen haben, sondern dass das für den Selbstmordhelfer auch handlungsleitend sein müsse und

er nicht etwa – auch – eigennützig handeln oder unterlassen dürfe.<sup>5</sup>

Für geschäfts- oder gar gewerbsmäßige Sterbehelfer – und womöglich auch für den Angeschuldigten – ergeben sich aus dieser Rechtsprechung weit über die vom *OLG Hamburg* geschlussfolgerte Rechtslage hinaus gehende Gefahren. Denn wer die Rettung unterlässt, um etwa den Sterbehelferlohn nicht zurückzahlen zu müssen oder weil er der Erbe des Selbstmörders ist, kann auch noch zum Mörder werden, wenn diese Motive handlungsleitend werden.<sup>6</sup> Dieser Gefahr ist auch der von der Entscheidung des *OLG Hamburg* betroffene Angeschuldigte ausgesetzt. Der *Senat* erwähnt jedenfalls, dass der Angeschuldigte zumindest auch eigennützig motivierte politische Interessen verfolgt habe. Er zieht daraus zwar keine Konsequenzen.<sup>7</sup> Das ändert aber nichts daran, dass die Sache für den Angeschuldigten noch eine böse Wendung nehmen kann, wenn der Tatrichter zu dem Ergebnis kommen sollte, eigennützige Motive seien – womöglich zusammen mit vom *OLG Hamburg* ebenfalls erwähnten kommerziellen Interessen – handlungsleitend gewesen. Er würde sich bei Wegfall des sich aus § 216 StGB ergebenden Privilegs wohl – mindestens – wegen versuchten Totschlags durch Unterlassen zu verantworten haben.

Es hilft – das sei der Vollständigkeit halber angemerkt – Sterbehelfern in derartigen Fällen übrigens auch nichts, sich vom Ort des Geschehens zu entfernen.<sup>8</sup> Die Vorstellung, dass die Erfolgsabwendung in der konkreten Situation unmöglich sei, beruhigt zwar das Gewissen und führt nach der Vorstellung vermutlich vieler Helfender zur Straflosigkeit des Verhaltens. Diese Vorstellung ist allerdings trügerisch, denn ein Garant, der weiß, dass seine Hilfe gebraucht werden wird, wird nicht dadurch von strafrechtlicher Verantwortung befreit, dass er sich vom Ort des antizipierten Geschehens entfernt. Dieses Ergebnis gibt die Rechtsfigur der *omissio libera in causa* vor, die den Angeschuldigten in dem vom *OLG Hamburg*

<sup>1</sup> <https://de.statista.com/themen/40/selbstmord/>.

<sup>2</sup> *BGHSt* 2, 150.

<sup>3</sup> *BGHSt* 6, 147, 153.

<sup>4</sup> *BGHSt* 13, 162; a.A. in Fällen der Beihilfe zum Selbstmord u.a. *MüKoStGB/Schneider*, 2. Aufl., 2012, § 216, Rn. 65 ff. m.w.N.

<sup>5</sup> *BGHSt* 50, 80 = *HRRS* 2005 Nr. 458; a.A. zuletzt Zehetgruber, *HRRS* 2017, 31.

<sup>6</sup> Vgl. dazu *Wilhelm* *NStZ* 2005, 177 ff.

<sup>7</sup> Näher zu den Hintergründen des Falles: <http://www.zeit.de/hamburg/stadtleben/2015-12/rogerkusch-sterbehilfe-verfahren-hamburg>.

<sup>8</sup> So aber *MüKoStGB/Schneider*, 2. Aufl., 2012, § 216, Rn. 68.

entschiedenen Fall auch dann vor Gericht gebracht hätte, wenn er die beiden Damen allein gelassen und ihnen keinen Beistand geleistet hätte.<sup>9</sup> Er hätte nur denken müssen, dass es nach Verlust der Tatherrschaft der Sterbewilligen noch eine Phase gibt, in der eine Rettung möglich ist. Der Fall wäre nicht anders zu beurteilen als die Konstellation, in der sich ein Sterbehelfer vorstellt, den Selbstmörder durch das Herbeirufen eines Notarztes retten zu können und vor Einnahme des Tranks durch den Selbstmörder sein Telefon zerstört. Das würde ihn auch nicht vor einer Verurteilung bewahren. Beides lässt sich entweder mit Hilfe der Rechtsfigur der *omissio libera in causa* begründen oder mit der Überlegung, dass es zum gebotenen Verhalten gehört, sich die Erfolgsabwendung nicht unmöglich zu machen.<sup>10</sup> Es muss verwundern, dass es – soweit ersichtlich – keinen Fall gibt, in dem ein Sterbehelfer mit Hilfe dieser Konstruktion verurteilt wurde.

Parallel zur Entwicklung der Rechtsprechung vollzog sich ein Wandel der gesellschaftlichen Anschauungen, die Sterbehilfe in den unterschiedlichsten Formen immer mehr zum Thema werden ließ. Das beeinflusste zwar auch die strafrechtliche Diskussion, Entscheidungen des *BGH* und des Gesetzgebers. Trotzdem ist es ausgehend von der Rechtsprechung bis heute so, dass es einen halbwegs rechtssicheren Weg wirklich strafloser Beihilfe zum Selbstmord nur in einer Konstellation gibt. Sie verlangt eigenverantwortliches Handeln des Selbstmörders ohne Rettungsmöglichkeit. Denn nachdem eine Rettungspflicht nur bei Bestehen einer Erfolgsabwendungsmöglichkeit entstehen kann, bleibt es auch nach der strengsten Auffassung gänzlich straflos, wenn der Selbstmörder unmittelbar nach Verlust seiner Tatherrschaft tot umfällt.<sup>11</sup> Doch das ist in der Praxis alles andere als einfach. Es ist bei einem kontrolliert eingeleiteten Sterbevorgang durch Einnahme von Gift oder Erhängen sehr schwierig, die Unumkehrbarkeit sicher zu garantieren. Die Einnahme von Gift führt nur bei schwer zu beschaffenden Substanzen unabwendbar zum Tod und gewährleistet vor allem kein sanftes Einschlafen, während der Tod beim Erhängen nur – wenn überhaupt – dann sofort eintritt, wenn sich der Selbstmörder das Genick bricht – was beim Suizid durch Strangulation eine seltene Ausnahme ist. Und selbst wenn ein zeitnahe Todeseintritt gelingt, müssen die Sterbehelfer damit rechnen, dass ihnen – wie vom *OLG Hamburg* – gesagt wird, sie hätten eine Erfolgsabwendung noch für möglich gehalten, was in eine Strafbarkeit wegen Versuchs führt.

Die Befürworter einer Lockerung oder gar Aufhebung des Verbots der Sterbehilfe haben in den zurückliegenden Jahren auf verschiedene Weise versucht, einen Ausweg aus dieser Zwickmühle zu finden. So wird aus dem Willen des Sterbewilligen bisweilen eine eingeschränkte Garanten- und daraus eine fehlende Erfolgsabwendungspflicht gefolgert. Neuerdings werden daneben vor allem § 1901a BGB und das in der Verfassung verankerte Recht auf Selbstbestimmung herangezogen, um die mutmaßliche Einwilligung des Sterbenden trotz der sich aus § 216

StGB ergebenden Grundaussage zum Rechtfertigungsgrund zu machen.<sup>12</sup> Sie rücken das Selbstbestimmungsrecht des Betroffenen auch bei den Strafverfolgungsbehörden zunehmend in den Mittelpunkt.<sup>13</sup>

Im vorliegenden Fall könnte darüber hinaus eine gänzlich fehlende Garantenstellung ein Ansatz sein. Das soll hier aber – ebenso wie die Problematik des möglichen Verstoßes gegen das BtMG – nicht weiter vertieft werden. Das *OLG Hamburg* hat die Garantenstellung des Angeschuldigten zwar nicht in der gebotenen Tiefe untersucht, was *Miebach* zu Recht kritisiert.<sup>14</sup> Der *BGH* hat zuletzt insbesondere auch offen gelassen, ob die Förderung einer Selbstgefährdung für sich gesehen eine Garantenstellung aus Ingerenz begründen kann, wenn nicht nur eine Gefährdung, sondern die Realisierung der Gefahr vom Betroffenen angestrebt wird.<sup>15</sup> Es lassen sich beim Angeschuldigten jedoch eine Reihe von anderen Gründen für die Entstehung einer Garantenstellung denken, die derzeit nicht ausgeschlossen werden können.<sup>16</sup> Und sollte sie entstanden sein, nähme der Sterbewille der Selbstmörderinnen darauf grundsätzlich keinen Einfluss, wie der *BGH* in der *Wittig*-Entscheidung deutlich gemacht hat.<sup>17</sup> Er wollte damals bei Hinzutreten besonderer Umstände lediglich Einschränkungen der Pflichten eines Garanten gelten lassen und eine aufgrund einer besonderen Situation getroffene „ärztliche Gewissensentscheidung“ des damals Angeklagten respektieren. Dafür verlangte er, dass der für die Rettung Verantwortliche davon überzeugt ist, dass entweder die vitalen Funktionen des Organismus zu schwer beeinträchtigt seien, um den fortschreitenden Sterbeprozess noch aufhalten zu können, oder dass der Tod zwar nicht in naher Zukunft unabwendbar bevorstünde, dafür aber irreversible Dauerschäden zu erwarten seien.<sup>18</sup> Das *OLG Hamburg* hat diese Rechtssätze übrigens nicht beachtet, denn es ist der Frage nicht nachgegangen, ob der Angeschuldigte von irreversiblen Schäden der beiden Damen in diesem Sinne ausgegangen ist. Und nicht nur das hat das *OLG Hamburg* übersehen. Es wäre ausgehend vom mitgeteilten Sachverhalt im Rahmen der Prüfung des Verstreichenlassens einer für möglich gehaltenen Rettungsmöglichkeit weiter in Betracht zu ziehen gewesen, dass der Angeschuldigte die beiden sterbewilligen alten Damen in Würde sterben lassen und lediglich unsinnige Rettungsversuche vermeiden wollte. Stattdessen nimmt die Entscheidung allein die objektiv noch mögliche Rettung des Lebens in den Blick und entnimmt dem bloßen Zuwarten des Angeschuldigten, dass er eine Rettung des Lebens für möglich gehalten habe. Der *Senat* stellt dabei auch nicht darauf ab, dass der Angeschuldigte den Tod aus seiner subjektiven Sicht nicht als sicher eingestuft habe, sondern führt aus, die Erfolglosigkeit einer möglichen Hilfsmaßnahme sei – objektiv – nicht sicher voraussehbar gewesen. Das reicht für die angenommene Versuchsstrafbarkeit nicht einmal aus. Das *OLG München* ist in einem vergleichbaren

<sup>12</sup> *Miebach*, NStZ 2016, 536.

<sup>13</sup> *StA München*, NStZ 2011, 345.

<sup>14</sup> Fn. 12.

<sup>15</sup> *BGH StV* 2016, 426 = HRRS 2016 Nr. 39.

<sup>16</sup> *Miebach*, NStZ 2016, 536.

<sup>17</sup> *BGHSt* 32, 367, 377.

<sup>18</sup> Im Ergebnis so auch *BGHSt* 40, 257.

<sup>9</sup> Vgl. dazu *Armin Kaufmann*, Die Dogmatik der Unterlassungsdelikte, 1959, S. 211.

<sup>10</sup> *Struensee*, FS Stree/Wessels, S. 146 ff.

<sup>11</sup> Plakativ *Roxin*, StV 2016, 428.

Fall deshalb auch zu einem anderen Ergebnis gekommen.<sup>19</sup>

Eine besondere Ausprägung hat die das Selbstbestimmungsrecht zunehmend respektierende Rechtsprechung des *BGH* vor einigen Jahren durch eine Entscheidung des 2. *Strafsenats* erfahren, die nicht ausschließbar auch auf die vom *OLG Hamburg* entschiedene Sache noch Einfluss nehmen wird. Sie beruft sich auf § 1901a BGB als Ausdruck des Selbstbestimmungsrechts, der dem Willen eines Betreuten unabhängig von Art und Schwere seiner Erkrankung (§ 1901a Abs. 3 BGB) maßgebliche Bedeutung beimesse.<sup>20</sup> Danach soll der Wille eines entscheidungsunfähigen und mutmaßlich sterbewilligen Patienten sehr wohl bestimmend sein können und sogar eine Tötung durch aktives Tun (Abschalten von Maschinen oder Durchtrennung von Schläuchen) rechtfertigen.<sup>21</sup> Das ist eine deutliche Erweiterung des Respekts vor dem Willen eines Selbstmörders, auch wenn der 2. *Senat* und § 1901a BGB eine andere Situation vor Augen haben als Selbstmörderinnen, die nicht gerettet werden wollen. Denn deren nur wenige Minuten vor Verlust der Tatherrschaft zum Ausdruck gekommener Wille kann nicht weniger wert sein als der in einer Patientenverfügung womöglich vor Jahren niedergelegte Wille eines im Koma liegenden Erkrankten, von dem ein Betreuer denkt, er sei noch aktuell.

Die Bemühungen des *BGH*, den Willen des Betroffenen zu respektieren, leiden freilich darunter, dass sie die Quadratur des Kreises nicht herzustellen vermögen. Nachdem der *BGH* ursprünglich noch vermied, die Untätigkeit des Sterbehelfers als gerechtfertigt zu bezeichnen und lieber von einer ärztlichen Gewissensentscheidung sprach,<sup>22</sup> ist aus dem Willen des Betroffenen inzwischen unter den geschilderten Bedingungen zwar ein anerkannter Rechtfertigungsgrund geworden.<sup>23</sup> Allerdings führt es geradewegs in das nächste Paradoxon, eine trotz eines entsprechenden Verlangens strafbare Tötung auf Verlangen mit Blick auf eben dieses Verlangen als gerechtfertigt anzusehen.<sup>24</sup> Der Versuch, das dadurch zu umgehen, unter den beschriebenen Voraussetzungen die objektive Zurechenbarkeit des zum Tode führenden Geschehens zu verneinen,<sup>25</sup> ist dabei ebenso ungeeignet wie Bemühungen, aktives Tun in Unterlassen umzudeuten oder beides zu kombinieren.<sup>26</sup> Selbst wenn man die Rechtsfigur der objektiven Zurechnung als solche anerkennt,<sup>27</sup> kann keinem Zweifel unterliegen, dass eine Lebensverkürzung durch das Zerschneiden eines Versorgungsschlauchs dem Handelnden objektiv zurechenbar ist. Ebenso wenig lässt sich leugnen, dass das eine ein Begehungsdelikt verwirklichende Handlung ist.<sup>28</sup> Die Ausgangslage drängt vielmehr dazu, andere Instrumente in den Blick zu nehmen, um die spätestens mit Einführung des § 1901a BGB ent-

standene Konkurrenz zwischen der Grundaussage in § 216 StGB einerseits und dem gebotenen Respekt vor dem verfassungsrechtlich und mit § 1901a BGB nunmehr auch einfach-gesetzlich verankerten Selbstbestimmungsrecht des Betroffenen andererseits zu lösen.

Eine sämtliche Fälle erfassende und die Grundregeln strafrechtlicher Dogmatik beachtende Lösung wäre die von *Walter* vorgeschlagene teleologische Reduktion der Tötungsdelikte.<sup>29</sup> Folgt man dem nicht, ergibt sich eine Straflosigkeit zumindest für die vom *OLG Hamburg* entschiedene Konstellation aus gesetzessystematischen Überlegungen. Die sind im Kern nicht neu und bauen darauf auf, dass die Pönalisierung unterbleibender Rettungsmaßnahmen im Widerspruch stünde zur Straffreiheit der Beihilfe zum Selbstmord.<sup>30</sup> Bislang fand das zwar nur wenig Beachtung in der Rechtsprechung und führte zu keiner grundsätzlichen Klärung im Sinne einer Straffreiheit. Vermutlich ohne es zu merken, hat der Gesetzgeber gleich einem Zauberlehrling diesem Argument mit der Einführung des § 217 StGB jedoch eine neue Dimension verliehen. Denn die Vorschrift regelt nunmehr die Strafbarkeit der Sterbehilfe, soweit sie darin besteht, dem Selbstmörder die Gelegenheit zum Suizid zu gewähren, zu verschaffen oder zu vermitteln. Das hat Konsequenzen zunächst für den sich danach strafbar machenden geschäftsmäßigen Sterbehelfer. Der soll gemäß § 217 Abs. 1 StGB mit maximal drei Jahren Freiheitsstrafe bestraft werden. Der Gesetzgeber hat das untersagte Verhalten für eine strafbare Teilnahme an einem Suizid damit positiv bestimmt. Es verstieße gegen die sich aus dem Gesetzlichkeitsprinzip ergebende Berechenbarkeitsfunktion der Strafgesetze (Art. 103 Abs. 2 und 20 Abs. 3 GG), die Strafbarkeit geschäftsmäßiger Sterbehilfe über ein unechtes Unterlassungsdelikt nach der Verwirklichung des Tatbestands wieder auszudehnen.<sup>31</sup> § 217 StGB hat insoweit privilegierende Wirkung. Genau die würde konterkariert, wenn die Rechtsprechung aus dem geschäftsmäßigen Sterbehelfer weiterhin einen erfolgsabwendungspflichtigen Garanten machen würde, der – in Abhängigkeit von seinen Motiven – noch dazu leicht zum Mörder werden kann.

Es ergeben sich unmittelbar aus § 217 StGB weiterhin Konsequenzen für die Angehörigen des Selbstmörders und diesem nahestehende Personen. Denn § 217 StGB enthält auch für sie eine Regelung. Sie steht in § 217 Abs. 2 StGB. Danach bleiben Teilnehmer des geschäftsmäßigen Sterbehelfers gänzlich straffrei, wenn sie selbst nicht geschäftsmäßig handeln und entweder Angehörige des Sterbewilligen sind oder diesem nahestehen. Das ist ebenfalls ausdrücklich gesetzlich geregelt und kann nicht ausgehebelt werden durch eine einsetzende Erfolgsabwendungspflicht, wenn die explizit straflose Vermittlung eines geschäftsmäßigen Sterbehelfers vollzogen wurde. Auch das würde gegen Art. 103 Abs. 2 und 20 Abs. 3 GG verstoßen.

<sup>19</sup> *Hackethal*-Entscheidung, *OLG München*, NJW 1987, 2940 ff.

<sup>20</sup> *Zutr. Gaede* NJW 2010, 2925.

<sup>21</sup> *BGHSt* 55, 191 = HRRS 2010 Nr. 704.

<sup>22</sup> *BGHSt* 32, 367.

<sup>23</sup> *BGHSt* 40, 257; 55, 191 = HRRS 2010 Nr. 704; *Gaede* NJW 2010, 2925.

<sup>24</sup> *Treffend Walter* ZIS 2011, 76, 78.

<sup>25</sup> *So Rissing van-Saan* ZIS 2011, 544, 548.

<sup>26</sup> *Gaede* NJW 2010, 2925.

<sup>27</sup> *Krit. Struensee* JZ 1987, 53 ff.

<sup>28</sup> *Dölling* ZIS 2011, 345, 346.

<sup>29</sup> *Fn. 24.*

<sup>30</sup> *Roxin StV* 2016, 428; *MüKoStGB/Schneider*, § 216, Rn. 65, 66 m.w.N.

<sup>31</sup> *Vgl. dazu BVerfG*, Beschluss vom 23.06.2010 – 2 BvR 2559/08, *BVerfGE* 126, 170 = HRRS 2010 Nr. 656.

Alle anderen Sterbehelfer können sich danach zwar wegen Teilnahme oder Mittäterschaft zu § 217 StGB strafbar machen. Ansonsten stellen sie bei einem Blick ins Gesetz jedoch fest, dass nur die geschäftsmäßigen Sterbehelfer Normadressaten der verbotenen Beihilfe zum Selbstmord sind, während sogar ohne Wenn und Aber als Garanten anzusehende Verwandte sich nicht einmal dann strafbar machen, wenn sie einen geschäftsmäßigen Sterbehelfer vermitteln. Niemand muss danach noch damit rechnen, dass es rechtstechnisch möglich ist, die in § 217 StGB enthaltenen und leicht verständlichen Aussagen mit Hilfe einer sich nur Juristen erschließenden Logik für nicht geschäftsmäßig agierende Sterbehelfer auszuhebeln und zur Makulatur zu machen. Das ist im Gegenteil nicht vorhersehbar für den nicht mit der notwendigen – und nicht unerheblichen – juristischen Fantasie ausgestatteten gewöhnlichen Normadressaten.<sup>32</sup> Es ist danach nicht einmal mehr möglich, den geschäftsmäßig handelnden Sterbehelfer wegen des Verstreichens von Rettungsmöglichkeiten nach der suizidalen Handlung und dem Verlust der Tatherrschaft zu belangen. Noch weniger können Angehörige oder nicht geschäftsmäßig tätige Sterbehelfer dafür bestraft werden.

Daraus folgt, dass die Auffassung des *OLG Hamburg* in der gegebenen Konstellation de lege lata nicht mehr

<sup>32</sup> Vgl. dazu auch *BVerfG*, Beschluss vom 21.09.2016 – 2 BvL 1/15 = HRRS 2016 Nr. 1112.

vertretbar ist. Selbst wenn man daher den Willen der Selbstmörderinnen trotz der mit Blick auf § 190a BGB geänderten Rechtslage und der dazu bereits vorliegenden Rechtsprechung des *BGH* hinter den Schutz des Rechtsgutes zurücktreten lässt und der Angeschuldigte Garant gewesen und einen hinreichenden Tatentschluss gehabt haben sollte, käme es gemäß § 2 Abs. 3 StGB allein noch darauf an, ob er geschäftsmäßig handelte und sein Verhalten unter den neuen § 217 StGB subsumierbar wäre. Sollte das der Fall sein, wäre er in Abhängigkeit von der konkreten Strafrahmenwahl bei der versuchten Tötung durch Unterlassen entweder wegen geschäftsmäßiger Sterbehilfe (Geldstrafe oder Freiheitsstrafe bis zu drei Jahren) oder wegen versuchter Tötung durch Unterlassen, der bei doppelter Milderung zu Geldstrafe oder Freiheitsstrafe bis 2 Jahren, 9 Monaten und ohne Milderung zu Freiheitsstrafe zwischen drei Monaten und fünf Jahren führt, zu verurteilen.<sup>33</sup> Sollte er nicht geschäftsmäßig gehandelt haben, wäre er auch unter Zugrundelegung der Rechtsansicht des *OLG Hamburg* freizusprechen, die dem Selbstbestimmungsrecht der bewusstlosen Selbstmörderinnen keine Bedeutung zukommen lässt, wenn ihr Leben – ganz gleich um welchen Preis – noch gerettet werden kann.

<sup>33</sup> Vgl. dazu *Fischer*, StGB, 64. Aufl., 2017, § 2, Rn. 10.

Aufsätze und Anmerkungen

# Der Vorsitzende Richter und sein „benutzter“ Pflichtverteidiger

Von RA und FA für Strafrecht Jochen Thielmann, Wuppertal

In herausragenden Strafverfahren beschäftigen sich die Beteiligten nicht immer nur mit neuartigen und deshalb besonders spannenden Rechtsfragen, sondern müssen sich auch mit alltäglichen Problemen herumschlagen. Das NSU-Verfahren vor dem Oberlandesgericht München ist hier ein Paradebeispiel: in der öffentlichen Wahrnehmung war zwischenzeitlich der Kampf der Hauptangeklagten gegen ihre ersten drei Pflichtverteidiger fast interessanter als der Kampf des Staatsschutzsenats um Wahrheit und Gerechtigkeit. Ob die Entscheidungen des Vorsitzenden in diesem konfliktträchtigen Bereich, keinen Verteidiger zu entpflichten, aber einen vierten Rechtsanwalt beizuordnen, als fehlerhaft oder korrekt angesehen werden, ist umstritten.<sup>1</sup> Aber nicht nur in

diesem außergewöhnlichen Verfahren war die Frage der „Pflichtverteidigung“ von besonderer Bedeutung; auch im ersten deutschen Strafverfahren wegen eines Verstoßes gegen das Völkerstrafgesetzbuch vor dem Oberlandesgericht Stuttgart wurde um die praktische Auslegung dieses Rechtsinstitutes gerungen.

Der Ausgangspunkt der Kontroverse war relativ simpel und könnte sich im Grunde auch in etlichen Umfangsverfahren vor deutschen Landgerichten abspielen: zu einer Zeit, als die Hauptverhandlung bereits weit fortgeschritten<sup>2</sup> und ein Ende noch nicht in Sicht war, erkrankte einer der beiden Pflichtverteidiger eines Angeklagten auf unabsehbare Zeit. Zunächst lief der Prozess mit der ver-

<sup>1</sup> Vgl. nur *Strate*, NJW-aktuell 32/2015, S. 14 („Kardinalfehler“) oder *Burhoff*, <http://blog.burhoff.de/2015/07/nsu->

verfahren-vierter-pflichtverteidiger-fuer-b-zschaepe-drei-fragen-drei-anworten/ („nicht ganz ungefährlich“).

<sup>2</sup> Vorliegend waren es über 200 Hauptverhandlungstage.

bliebenen Verteidigerin weiter. Nachdem aber knapp zwei Monate vergangen waren, in denen ein Hauptverhandlungstag wegen einer Erkrankung dieser Verteidigerin ausfallen musste, entschied der Vorsitzende Richter, dass die Situation die Beordnung eines weiteren Pflichtverteidigers erforderte.<sup>3</sup>

## I. Der konkrete Sachverhalt

In einer Verfügung des Vorsitzenden vom 15.07.2014 hieß es sodann wie folgt:

*„Dem Angeklagten wird hiermit Gelegenheit gegeben, bis spätestens 25. Juli 2014 einen Verteidiger seiner Wahl zu bezeichnen. Falls innerhalb dieser Frist keine Benennung erfolgen sollte, ist vorgesehen, dem Angeklagten Rechtsanwalt E aus Stuttgart, der zugesichert hat, künftig jeweils montags und mittwochs an der Hauptverhandlung teilnehmen zu können und bereit ist, sich während der bevorstehenden Sommerunterbrechung vom 16. August bis 14. September 2014 in das Verfahren einzuarbeiten, als weiteren Pflichtverteidiger beizuordnen.“*

Der nun folgende Antrag des Angeklagten, die Frist um einen Monat zu verlängern, um in Ruhe Gespräche mit geeigneten Kandidaten führen zu können, wurde vom Vorsitzenden *„angesichts der Dauer des bisherigen Abwesenheit des 2. Pflichtverteidigers in der HV und des Beschleunigungsgebotes nicht gewährt (...), zumal der neue Pflichtverteidiger bzw. die neue Pflichtverteidigerin bei Bewilligung der beantragten Fristverlängerung auch nicht (zumindest) den vollständigen Zeitraum der bevorstehenden Sommerunterbrechung zur Einarbeitung zur Verfügung hätte.“*

Mit Schreiben vom 25.07.2014 wurde sodann von der Pflichtverteidigerin im Auftrag ihres Mandanten Rechtsanwalt R benannt. Zudem hieß es in dem Fax-Schreiben:

*„Des Weiteren wird um Mitteilung gebeten hinsichtlich des Gesprächsinhalts zwischen dem Vorsitzenden und Rechtsanwalt E bezüglich seiner Bestellung als weiterer Pflichtverteidiger.“*

Am gleichen Tag schrieb der Vorsitzende Rechtsanwalt R an und führte dabei folgendes aus:

*„Da dieses Verfahrens bereits lange andauert, ist es für den weiteren, beschleunigten Fortgang des Verfahrens notwendig, dass Sie vor Ihrer Bestellung folgende Zusicherungen abgeben: Sie können zukünftig und auf nicht absehbare Zeit jeweils montags und mittwochs sowie am Freitag, den 15. August 2014 an der Hauptverhandlung teilnehmen. Sie sind bereit, sich während der bevorstehenden Sommerunterbrechung vom 16. August bis 14. September 2014 in das Verfahren einzuarbeiten und Sie werden daher keinen Aussetzungs- oder Unterbrechungsantrag zur Einarbeitung in das Verfahren stellen. Ich darf Sie daher bitten, bis spätestens 28. Juli 2014 die drei oben genannten Zusicherungen schriftlich hierher abzugeben.“*

<sup>3</sup> Über die Hintergründe, gerade zu diesem Zeitpunkt tätig zu werden, lässt sich nur spekulieren. Wahrscheinlich wollte der Vorsitzende einerseits die Sommerpause für die Einarbeitung des neuen Verteidigers nutzen und gleichzeitig auch der Möglichkeit begegnen, dass die einzige Pflichtverteidigerin am letzten Tag vor bzw. ersten Tag nach der Unterbrechung ausfällt.

*Da ein Stuttgarter Strafverteidiger, der für den Fall, dass der Angeklagte keinen Verteidiger seiner Wahl benennen würde, als weiterer Pflichtverteidiger vorgesehen war, diese Zusicherungen bereits abgegeben hat, müsste ich im Hinblick auf den zügigen Fortgang des Verfahrens, falls sie diese Zusicherungen nicht schriftlich abgeben sollten, diesen Rechtsanwalt als Pflichtverteidiger bestellen.“*

Während parallel ein rechtliches Problem mit der Beordnung des Verteidigers R aus dem Weg geräumt wurde,<sup>4</sup> sicherte dieser am 28.07.2014 zu, an den Hauptverhandlungstagen grundsätzlich zur Verfügung zu stehen. Weiter führte er aus:

*„Um entscheiden zu können, ob eine Einarbeitung innerhalb eines Zeitraumes von einem Monat möglich ist, bitte ich um Mitteilung des Aktenumfangs, den Umfang der Anlagen zum Sitzungsprotokoll, Anzahl der bereits stattgefundenen Sitzungstage nebst erfolgtem Beweisprogramm und dessen Inhalt. Zu Ihrer Anfrage betreffend des Hauptverhandlungstermins am 15. August 2014, bitte ich um Mitteilung des geplanten Beweisprogramms und um weitergehende Aufklärung, in welchem Zusammenhang das geplante Beweisprogramm zu sehen ist.“*

Am Tag darauf antwortete der Vorsitzende mit der gewünschten Übersendung des Beweisprogramms und führte zudem aus:

*„Der Aktenumfang beträgt momentan 199 Bände, gestern fand der 247. Hauptverhandlungstag statt und es wurden bisher 50 Zeugen und ein Sachverständiger (+ vier Sprachsachverständige) zu der Struktur der Organisation, um die es in diesem Verfahren geht, und der Verantwortlichkeit der beiden Angeklagten zu Ende vernommen. Zu denselben Beweisthemen wurden außerdem 362 Urkunden verlesen und 206 Augenscheinsobjekte in Augenschein genommen. Eine Auszählung sämtlicher Anlagen des natürlich noch nicht fertig gestellten Protokolls ist aus zeitlichen und personellen Gründen derzeit nicht möglich, zumal nicht ersichtlich ist, inwieweit dieser Gesichtspunkt entscheidend für die von Ihnen erbetenen Zusicherungen ist.“*

Es wurde Rechtsanwalt R. eine erneute Frist bis zum 4. August gesetzt.

Am 28.07.2014 beantragte die übrig gebliebenen Pflichtverteidigerin,

*„sämtlichen Schriftverkehr zwischen Rechtsanwalt E und dem Vorsitzenden der Unterzeichnerin auszuhändigen. Des Weiteren*

<sup>4</sup> Rechtsanwalt R hatte vor Jahren ein anderes führendes Mitglied der Vereinigung verteidigt, bevor dieses Verfahren gem. § 153 f und c StPO eingestellt wurde. Nachdem jedoch der IStGH in Den Haag die Anklage gegen diesen Mann nicht zur Hauptverhandlung zugelassen hatte, stellte sich der GBA auf den Standpunkt, dass in Zukunft noch über die Wiederaufnahme des Verfahrens entschieden werden müsse und ein Fall der Mehrfachverteidigung vorläge. Rechtsanwalt R erklärte vorsorglich am 31.07.2014, dass er dieses Mandat niederlege.

Ebenfalls vorsorglich hatte die Pflichtverteidigerin mit Schreiben vom 30.07.2014 dem Vorsitzenden einen weiteren Strafverteidiger als weiteren Pflichtverteidiger mitgeteilt, der dann ebenfalls ein Schreiben des Vorsitzenden mit der Bitte um Abgabe der gewünschten Versicherungen und den Hinweis auf den Stuttgarter Kollegen enthielt.

wird erneut um Mitteilung des Gesprächsinhalts zwischen dem Vorsitzenden und Rechtsanwalt E gebeten (vgl. Fax vom 25.7.14), u.a. wann die Kontaktaufnahme erfolgt ist und nach welchen Kriterien Rechtsanwalt E ausgewählt wurde.“

Ein diesbezüglicher Vermerk des Vorsitzenden vom 31.07.2014 hatte den folgenden Inhalt:

„Am Ende der Hauptverhandlung vom 28. Juli 2014 wurde vom Vorsitzenden sowohl der erbetene Gesprächsinhalt mitgeteilt, als auch, dass der beantragte Schriftverkehr nicht existiert.“

Diese mündliche Mitteilung am Ende der Hauptverhandlung beinhaltete, dass der Vorsitzende Rechtsanwalt E ausgewählt habe, weil dieser ein „kompetenter Strafverteidiger“ sei, der ihm seit Jahrzehnten bekannt sei und auch von anderen Kollegen als Pflichtverteidiger „benutzt“ würde.<sup>5</sup> Der Vorsitzende habe ihm die Situation am Telefon geschildert und dieser habe sich bereiterklärt, die Verteidigung zu übernehmen. Dabei habe er dem Rechtsanwalt im Vorfeld nur die bisherige Dauer der Hauptverhandlung, aber nicht den Aktenumfang genannt.

Am 4. August meldete sich Rechtsanwalt R erneut bei Gericht und erklärte,

„leider wurden meine Nachfragen in Ihrem Schreiben vom 29. Juli 2014 nicht vollständig beantwortet. Um entscheiden zu können, ob eine Einarbeitung möglich ist, bitte ich erneut um Mitteilung des erfolgten Beweisprogramms nebst Inhalt. Des Weiteren bitte ich um Mitteilung der Anzahl der Anlagen zum Sitzungsprotokoll nebst deren Umfang. Als Verteidiger bin ich verpflichtet, mich in das bereits erfolgte Beweisprogramm einzuarbeiten, dazu gehören auch die gestellten Anträge und Erklärungen.“

Zu dem von Ihnen mitgeteilten Beweisprogramm, welches am 15. August stattfinden soll, bitte ich um Mitteilung des genauen Beweisthemas, Beweisziels und Zusammenhang mit bereits eingeführten Beweismitteln.“

Am folgenden Tag antwortete der Vorsitzende Richter darauf wie folgt:

„Meine mit Telefax vom 29. Juli 2014 im Rahmen des Möglichen und unter Beachtung des Beschleunigungsgrundsatzes erfolgten Auskünfte sind aus meiner Sicht ausreichend und werden daher nicht ergänzt, zumal weiterhin nicht ersichtlich ist, inwiefern die Angaben zu Anzahl und Umfang der Anlagen zum Sitzungsprotokoll eine Einarbeitung in die gestellten Anträge und Erklärungen ermöglichen soll. Es bleibt Ihnen selbstverständlich weiterhin unbenommen, sich an Ihre Kollegin, Rechtsanwältin L, die den Angeklagten seit Beginn verteidigt und die Sie namens dieses Angeklagten benannt hat, zu wenden.“

<sup>5</sup> In einer späteren dienstlichen Äußerung (vom 15.09.2014) schrieb der Vorsitzende Richter dazu: „Mir ist nicht mehr erinnerlich, ob ich, wie behauptet, in der Hauptverhandlung tatsächlich geäußert habe, dass Rechtsanwalt E „von vielen Kollegen als Pflichtverteidiger benutzt“ werde. Falls dies der Fall gewesen sein sollte, habe ich mich versehentlich in der Wortwahl vergriffen, da ich zum Ausdruck bringen wollte, dass nach meiner Kenntnis viele Kollegen der Stuttgarter Justiz in ihren Verfahren Rechtsanwalt E häufig als Pflichtverteidiger bestellen.“

Am 06. August antwortete Rechtsanwalt R wie folgt:

„Selbstverständlich ist es die Aufgabe des Vorsitzenden, den weiteren sogenannten Pflichtverteidiger umfassend über das erfolgte Beweisprogramm nebst Inhalt in Kenntnis zu setzen. Ihre Fürsorgepflicht gebietet eine umfassende Darstellung und Auskunftserteilung. Es ist nicht die Aufgabe der noch vorhandenen Pflichtverteidigerin, sondern Ihre Ureigenste. Unabhängig von der Aufgabe des Unterzeichners wird hiermit erklärt, dass Bereitschaft besteht, sich in der vierwöchigen Sommerpause in das Verfahren einzuarbeiten, ob diese Zeit ausreichend ist, kann zum jetzigen Zeitpunkt nicht beurteilt werden. Eine Einarbeitung kann beginnen, sobald der Unterzeichner als Pflichtverteidiger bestellt wurde.“

Eine Verteidigung am 15. August 2014 ist nicht möglich. Die von Ihnen erfolgte Mitteilung des Beweisprogramms ohne weitere Kenntnis des Unterzeichners bezüglich des Beweiszwecks und deren Zusammenhang in die bereits erfolgte Beweisaufnahme, ohne Aktenkenntnis, reicht nicht aus, um in einem Verfahren verteidigen zu können. Der Verteidiger wäre somit eine leere Hülle, formal anwesend, allerdings ohne eine Tätigkeit entfalten zu können. Die Zusage zu so einer Farce würde einen berufsrechtlichen Verstoß darstellen und wäre gegebenenfalls strafbar.“<sup>6</sup>

Schließlich kam es am 07. August zum folgenden Vorsitzendenbeschluss:

<sup>6</sup> Der ebenfalls angeschriebene Rechtsanwalt N hatte dem Vorsitzenden am 6. August 2014 u.a. wie folgt geantwortet: „Ich bin bereit, mich baldmöglichst in das Verfahren einzuarbeiten. Wie Sie wissen, habe ich Herrn Dr.M vor etwa vier Jahren als Wahlverteidiger betreut, so dass ich eine Vorstellung von Gegenstand und Umfang des Verfahrens habe. Ich müsste mich aber völlig neu einarbeiten.“

Von Frau Rechtsanwältin L habe ich gehört, dass der Aktenumfang jetzt 199 Leitzordner beträgt. Ich werde zwar in der von Ihnen angesprochenen Zeit nicht im Urlaub sein, halte es aber aufgrund meiner langjährigen Erfahrung als Strafverteidiger für ausgeschlossen, dass man sich in ein derartiges Aktenvolumen innerhalb von vier Wochen so einarbeiten kann, dass man guten Gewissens eine Verteidigung sachgerecht führen kann.

Hinzu kommt allerdings ein weiteres Problem: Die Hauptverhandlung dauert, wie Sie selbst anführen, nun schon seit drei Jahren an; es hat mehr als 247 Hauptverhandlungstage gegeben. Um die Verteidigung sachgerecht führen zu können, muss ich mich in den bisherigen Gang des Verfahrens einarbeiten. Hinzu benötige ich mindestens den Entwurf des Hauptverhandlungsprotokolls mit sämtlichen Anlagen, deren Zusendung ich mir zuzusagen bitte. Darüber hinaus ist es erforderlich, dass das Gericht aufgrund seiner Fürsorgepflicht und seiner Verpflichtung, ein faires Verfahren zu gewährleisten, mich selbst über den bisherigen Gang des Verfahrens und die Ergebnisse der Beweisnahme informiert; auch insofern bitte ich um Ihre entsprechende Zusage.

Ergänzend werde ich mich selbstverständlich bei Frau Rechtsanwältin L informieren.

Aus dem Vorstehenden ergibt sich, dass ich jedenfalls zum gegenwärtigen Zeitpunkt die von Ihnen erbetene Zusage nicht abgeben kann, weil sie mit meiner strafprozessualen und berufsrechtlichen Pflicht, die Verteidigung sachgerecht und gewissenhaft zu führen, nicht vereinbar wäre. Bei allem oben Gesagten ist darüber hinaus zu berücksichtigen, dass ich zur Vorbereitung der Verteidigung sicher auch längere Besprechungen mit Herrn Dr. M benötigen würde, deren Zeitaufwand ich im Moment nicht überblicken kann.“

- „1. Rechtsanwalt E wird dem Angeklagten Dr. M als weiterer Pflichtverteidiger bestellt.  
2. Die beantragte Bestellung von Rechtsanwalt R und die hilfsweise beantragte Bestellung von Rechtsanwalt N werden abgelehnt.

Gründe:

Dem Angeklagten wurden bereits zwei Pflichtverteidiger seiner Wahl bestellt. Einer dieser Pflichtverteidiger nimmt bereits seit fast drei Monaten krankheitsbedingt nicht mehr an der Hauptverhandlung teil, was zur Folge hatte, dass bereits ein Verhandlungstag, an dem die zweite Pflichtverteidigerin ebenfalls erkrankt war, ausfallen musste. Daher ist es notwendig, dem Angeklagten nunmehr einen weiteren Pflichtverteidiger beizusetzen.

Nach § 142 Abs.1 Satz 2 StPO und dem Grundsatz des fairen Verfahrens ist in der Regel der vom Angeklagten benannte Verteidiger seiner Wahl zu bestellen, wenn dem kein wichtiger Grund entgegensteht.

Bei der Abwägung zwischen dem Recht des Angeklagten auf Bestellung eines Verteidigers seiner Wahl und dem Beschleunigungsgebot in Haftsachen kommt Letzterem bei dem seit über 4 ½ Jahren in Untersuchungshaft befindlichen Angeklagten eine besonders hohe Bedeutung zu, zumal der Angeklagte bereits über zwei Pflichtverteidiger seines Vertrauens verfügt.

Rechtsanwalt E hat als einziger der drei in der Entscheidungsformel genannten Rechtsanwälte zugesichert, nicht nur ab 15. August 2014 an den für die Hauptverhandlung vorgesehenen Sitzungstagen ausnahmslos zur Verfügung zu stehen, sondern sich auch während der bevorstehenden Unterbrechung der Hauptverhandlung vom 16. August bis 14. September 2014 in das Verfahren einzuarbeiten und daher keinen Aussetzungs- bzw. Unterbrechungsantrag zur Einarbeitung zu stellen.

Daher ist Rechtsanwalt E als weiterer Pflichtverteidiger zu bestellen, da aufgrund seiner Zusicherung eine weitere mögliche Verzögerung durch eine Unterbrechung der Hauptverhandlung zur Einarbeitung eines neuen Verteidigers ausgeschlossen ist. Dies stellt in diesem Verfahrensstadium einen wichtigen Grund dar, um von der Bestellung eines der für den Angeklagten benannten Verteidiger abzusehen, zumal das Vertrauensverhältnis zum Angeklagten von Rechtsanwalt N aktuell nicht näher und von Rechtsanwalt R lediglich mit seinem Titel als Fachanwalt für Strafrecht und seiner mehrfachen Mitwirkung als Verteidiger in erstinstanzlichen Strafverfahren vor verschiedenen Oberlandesgerichten begründet wurde.“

Wie nicht anders zu erwarten, fanden sich der Angeklagte und seine Verteidigerin mit der Beordnung des Rechtsanwalts E nicht ab und arbeiteten in keiner Weise mit ihm zusammen. Im Laufe der nun folgenden Wochen wurden etliche Entpflichtungsanträge<sup>7</sup>, Befangenheitsanträge und Stellungnahmen von allen Seiten verfasst, die hier nur insofern von Bedeutung sein sollen, als dort

<sup>7</sup> Der erste Entpflichtungsantrag stammte von Rechtsanwalt E selbst, der zusammenfassend ausführte: „Mithin ist festzustellen, dass der Angeklagte mit dem Unterzeichner nicht spricht und seine beiden Verteidiger nicht von der anwaltlichen Schweigepflicht entbunden hat, sodaß eine Verteidigung nicht sachgerecht geführt werden kann, nachdem der Unterzeichner von sämtlichen Informationen der Verteidigung ausgeschlossen ist. Das Vertrauensverhältnis ist nicht nur endgültig und nachhaltig erschüttert, es konnte überhaupt keines aufgebaut werden, weshalb eine sachgerechte Verteidigung nicht möglich ist. Schon deshalb bitte ich, mich von der Verteidigung zu entpflichten und die Beordnung vom 07.08.2014 aufzuheben.“

nähere Angaben zu dem Geschehen vor der Beordnung gemacht wurden.

Rechtsanwalt E machte in einem Schriftsatz am 09. September 2014 zur Frage seiner Entpflichtung Ausführungen dazu, wie es zu seiner Beordnung kam:

„Herr VRiOLG H. nahm im Monat Juli zu mir telefonisch Kontakt auf und fragte mich, ob ich bereit wäre, in dem Ruanda-Verfahren als weiterer Pflichtverteidiger aufzutreten, da der zweite Pflichtverteidiger, RA S, bereits seit längerer und auf unabsehbare Zeit krank sei. Auch wegen der Krankheit der anderen Pflichtverteidigerin habe schon einmal ein Sitzungstag ausfallen müssen. Er sei jetzt auf der Suche nach einem dritten Pflichtverteidiger und frage an, ob ich bereit wäre, mich in der 30-tägigen Sommerpause, beginnend nach dem 15.08.2014 bis zum 16.09.2014 in das Verfahren einzuarbeiten und keinen Aussetzungsantrag zu stellen.

Ich sagte zu und Herr VRiOLG H. erklärte noch, dass die Verteidigung auch zwei andere Rechtsanwälte vorgeschlagen habe, die angeschrieben und angefragt werden, ob sie auch bereit seien, in der 30-tägigen Sommerpause sich in den Fall einzuarbeiten und keinen Aussetzungsantrag zu stellen. Wenn ich nichts mehr vom Senat höre, dann habe sich die Sache erledigt und es sei einer dieser Verteidiger bestellt worden. Für mich war daher dieses Gespräch nur eine unverbindliche Anfrage.“<sup>8</sup>

„Dem Unterzeichner gegenüber wurde eine Beordnung nicht davon abhängig gemacht, dass er die Zusicherung abgibt, keinen Aussetzungsantrag zu stellen. Nur sollte ich am 15.08.2014 an der Hauptverhandlung teilnehmen können, was ich bejahte.

Die mir zugeschriebene Zusicherung, ich könne zukünftig montags und mittwochs sowie am Freitag, den 15.08.2014 an der Hauptverhandlung teilnehmen, ist zutreffend. Diese Termine kann und konnte ich wahrnehmen.

Bei der Erklärung, mich während der bevorstehenden Sommerunterbrechung in das Verfahren einzuarbeiten und keinen Aussetzungsantrag zur Einarbeitung in das Verfahren zu stellen, ging ich von folgenden Voraussetzungen aus:

Ich nahm an, dass das Verfahren einen Umfang im üblichen Maße von Großverfahren hat, der es ermöglicht, mir innerhalb der Unterbrechung den wesentlichen Inhalt des Verfahrens zu erarbeiten und Schwerpunkte zu setzen.

Der tatsächliche Umfang des Verfahrens – 199 Leitz-Ordner – war mir nicht bekannt.

Mir war nur bekannt, dass das Verfahren schon längere Zeit dauert.

Ferner ging ich davon aus, dass ich von den beiden bislang tätigen Verteidigern und auch vom Mandanten Informationen über den bisherigen Lauf der Hauptverhandlung erhalte, damit eine konstruktive, kollegiale Zusammenarbeit und Verteidigung zum Nutzen des Mandanten zustande kommt.“

Rechtsanwalt E gab schließlich an, dass er „in der Kürze der Zeit keine 199 Leitz-Ordner durchlesen“ könne und wie-

<sup>8</sup> An dieser Stelle sei darauf hingewiesen, dass entweder die Erinnerung des Rechtsanwalts E nicht ganz funktionierte oder aber bewusst falsch vorgetragen wurde, da zum Zeitpunkt des ersten Telefonats mit dem Vorsitzenden weder der Angeklagte noch seine Verteidigerin von dem Vorhaben des Vorsitzenden wussten, einen weiteren Pflichtverteidiger beizusetzen. Es war daher unmöglich, dass Vorsitzende ihm in diesem Telefonat bereits von zwei anderen Kandidaten berichtet haben konnte.

derholte: „Einarbeiten bedeutet für mich, Schwerpunkte zu setzen und den wesentlichen Inhalt zu erarbeiten.“

Der Vorsitzende lehnte am 12.09.2014 den Entpflichtungsantrag von Rechtsanwalt E ab. In seinem Beschluss heißt es u.a.:

„Die von Rechtsanwalt E angekündigte Einarbeitung in das Verfahren, die in seiner Stellungnahme teilweise beschrieben wird, ist nicht (...) unmöglich. Hierbei kommt es nicht darauf an, wie viel Zeit das Durchlesen einer Din A4 Aktenseite in Anspruch nimmt, weshalb der Antrag auf Einholung eines diesbezüglichen Sachverständigen Gutachtens abgelehnt wird, zumal nach der im Antrag vorgenommenen Berechnungsmethode auch die Einarbeitungszeit von Senat und Verteidigung zu Beginn des Verfahrens nicht ausreichend gewesen wäre. Die Arbeits- und Vorgehensweise bei Bearbeitung eines Strafverfahrens sind individuell sehr verschieden und können beispielsweise in der Phase der Einarbeitung auch zunächst auf wesentliche Punkte beschränkt und im Laufe des weiteren Verfahrens vertieft werden. Daher obliegt dem Verteidiger als Organ der Rechtspflege selbst die Beurteilung und Einschätzung von Verfahrensstand und Vorbereitungszeit. Ebenso obliegt ihm allein auch die Einhaltung berufsrechtlicher Regeln (Hartung, BORA/FAO, 5. Aufl., § 49 BRAO Rn.14).“

Dieser Vorsitzendenbeschluss führte auch noch zu keiner Beruhigung der Situation. In der Folgezeit wurde noch lange zwischen den Verfahrensbeteiligten in der Sache prozessual argumentiert, wie das Vorgehen des Vorsitzenden und des beigeordneten weiteren Pflichtverteidigers rechtlich zu werten war. Dabei wurden auch noch weitere dienstliche Erklärungen des Vorsitzenden Richters abgegeben, wo er u.a. erklärte, er habe „gegenüber Rechtsanwalt E nicht die Erklärung, keinen Aussetzungsantrag zu stellen, „zur Bedingung für eine Beordnung“ gemacht, was dieser in seiner Stellungnahme vom 8. September auch bestätigt.“

In einer Stellungnahme des GBA vom 17.09.2014 hieß es, dass „nach der Zusicherung von Rechtsanwalt E, sich über die einmonatige Sommerpause einzuarbeiten und daher keinen Aussetzungsantrag zu stellen, dieser Umstand sodann selbstverständlich den Rechtsanwälten R und N als entscheidungserheblich mitgeteilt werden musste. Im Hinblick auf die Verfahrenssicherung und die gebotene Beschleunigung in Haftsachen war dieser Aspekt evident von erheblicher Bedeutung, zumal der Angeklagte bereits über zwei Verteidiger seines Vertrauens verfügte und noch verfügt.“ In einem weiteren Schriftsatz vom selben Tag heißt es: „Dass gerade die Erklärung von Rechtsanwalt E, sich einzuarbeiten und daher keinen Aussetzungsantrag zu stellen, nunmehr herangezogen wird, um diesen von vornherein als nicht vertrauenswürdig einzustufen und dem einarbeitungswilligen Organ der Rechtspflege sogar „Verrat“ vorzuwerfen, erschließt sich nicht. Vielmehr dient diese Argumentation erkennbar nur dem Zweck, legitime und notwendige Maßnahmen zur Verfahrensförderung und -sicherung zu torpedieren.“

Der drei Mitglieder des Strafsenats, die über einen Ablehnungsantrag gegen den Vorsitzenden zu entscheiden hatten, kamen schließlich zur der folgenden Aussage:

„Dass nach Vorliegen der Zusagen von Rechtsanwalt E die von diesem zugesicherten Punkte gegenüber den Rechtsanwälten R

und N im Hinblick auf das bei dem vorliegenden Verfahrensstand besonders zu beachtende Beschleunigungsgebot als entscheidungserheblich mitgeteilt und bei der Interessenabwägung im Rahmen der Beordnungsentscheidung entsprechend berücksichtigt wurden, lässt einen Schluss dahingehend, dass der Vorsitzende gegenüber Rechtsanwalt E von Anfang an ausdrücklich den Verzicht auf einen Aussetzungsantrag zur Bedingung einer Beordnung gemacht hätte, nicht zu.“

## II. Die rechtliche Bewertung

Dieser Sachverhalt beinhaltet große juristische Probleme im Widerstreit zweier aus der prozessualen Fürsorgepflicht des Gerichts hergeleiteten Prinzipien, nämlich dem Recht auf effektive Strafverteidigung und ein faires Verfahren auf der einen und dem Beschleunigungsgrundsatz bzw. der Verfahrenssicherung auf der anderen Seite.

### 1. Das Aufeinandertreffen von strafprozessualen Prinzipien

#### a) Effektive Strafverteidigung

Mit dem Institut der notwendigen Verteidigung – einer Konkretisierung des Rechtsstaatsprinzips – sichert der Gesetzgeber das Interesse, das der Rechtsstaat an einem prozessordnungsgemäßen Strafverfahren und zu diesem Zweck nicht zuletzt an einer wirksamen Verteidigung des Beschuldigten hat.<sup>9</sup> Die Beordnung von mehreren Verteidigern ist gesetzlich nicht geregelt, aber nach ständiger Rechtsprechung zulässig, zum Beispiel wenn in einem Großverfahren wegen des Umfangs und der Schwierigkeit der Sache sowie der langen Verfahrensdauer ein unabweisbares Bedürfnis für die Mitwirkung mehrerer Verteidiger besteht oder sonstige Gründe der prozessualen Fürsorge sie gebieten.<sup>10</sup> Dabei ist jedoch zu unterscheiden zwischen einem zwar langwierigen, aber nicht allzu schwierigen Verfahren, bei dem die Beordnung eines zweiten Verteidigers in erster Linie der Sicherung des Verfahrens für den Fall des Ausfalls des ersten Verteidigers geschuldet ist, und einem solchen Verfahren wie dem ersten VStGB-Verfahren vor dem Oberlandesgericht Stuttgart, wo der zweite Verteidiger hauptsächlich aufgrund der besonderen Arbeitsbelastung hinzugenommen wird, die ein einziger Verteidiger allein nicht ausreichend tragen könnte. In diesen Fällen wird eine Arbeitsteilung der beiden beigeordneten Rechtsanwälte auch von den Gerichten grundsätzlich vorausgesetzt.<sup>11</sup> Dies bedeutet aber auch, dass zwei voll belastete Vertei-

<sup>9</sup> Meyer-Goßner/Schmitt, StPO, 59. Aufl., § 140 Rn. 1.

<sup>10</sup> Meyer-Goßner/Schmitt (Fn. 10), § 141 Rn. 1a; dabei ist die Anzahl der Pflichtverteidiger nicht begrenzt, wie das Beispiel der vier gleichzeitig auftretenden Verteidiger der Hauptangeklagten im NSU-Verfahren vor dem OLG München zeigt.

<sup>11</sup> Vgl. OLG Karlsruhe StraFo 2009, 517: „Dabei kommt unter dem Gesichtspunkt des Umfangs und der Schwierigkeit der Sach- und Rechtslage die Bestellung eines zweiten Verteidigers insbesondere dann in Betracht, wenn der Verfahrensstoff nur durch ein arbeitsteiliges Vorgehen zweier Verteidiger ausreichend beherrscht werden kann (OLG Hamburg NStZ-RR 1997, 203; StraFo 2000, 383; OLG Brandenburg 20.02.2006 bei JURIS).“

diger für eine effektive Verteidigung des Angeklagten regelmäßig notwendig sind und hier kein klassischer Fall eines sog. „Sicherungsverteidiger“ vorliegt. Jeder Verteidiger muss daher in der Lage sein, die Verteidigung (zumindest vorübergehend) alleine zu führen. Ein längerfristiger Ausfall hat automatisch die Beordnung eines weiteren Verteidigers zur Folge. Nach Art. 6 Abs. 3 lit c) MRK muss dem Beschuldigten durch das Gericht eine **konkrete und wirkliche** Verteidigung gewährleistet werden.<sup>12</sup> Es muss auch dann ein anderer Pflichtverteidiger bestellt werden, wenn die Behörden davon erfahren, dass die Verteidigung nicht ausreichend ist.<sup>13</sup>

## b) Beschleunigungsgebot

Das Beschleunigungsgebot ist ein in erster Linie dem Angeklagten, aber auch dem öffentlichen Interesse dienender Verfahrensgrundsatz, wobei der objektiv verstandene Beschleunigungsgrundsatz von vornherein seine Grenzen in den prozessordnungsgemäßen Rechten des Angeklagten und seines Verteidigers finden muss.<sup>14</sup> Es kann dem Wunsch eines Angeklagten entgegenstehen, durch einen bestimmten Rechtsanwalt verteidigt zu werden, z.B. wenn dadurch eine mehrmonatige Verfahrensverzögerung eintreten würde.<sup>15</sup> Das Interesse eines Angeklagten an einem zügigen Fortgang des Verfahrens muss aber nicht unbedingt Hand in Hand gehen mit dem Interesse des Staates an einem die Ressourcen der Justiz schonenden kurzfristigen Abschluss. Während es einem Angeklagten nach dem Ausfall eines seiner Verteidiger um seine zukünftig bestmögliche Verteidigung gehen und er dadurch auch eine Verzögerung des Verfahrens in Kauf nehmen oder ggf. sogar wünschen könnte, wäre das Interesse eines Vorsitzenden Richters möglicherweise in erster Linie darauf gerichtet, Verzögerungen jedweder Art zu verhindern.

## c) Der Konflikt

In diesem Zwiespalt war der Vorsitzende Richter nach gut drei Jahren Hauptverhandlungszeit im ersten deutschen VStGB-Verfahren gefangen. Und es war offensichtlich, dass es zur Lösung des Problems keinen Königsweg gab, der allen Interessen gerecht werden würde. Es braucht nicht näher ausgeführt werden, dass das außerplanmäßige Beenden einer Hauptverhandlung nach über drei Jahren Verhandlungszeit fiskalisch gesehen einen Supergau dargestellt hätte, vor allem wenn man bedenkt, dass es sich um ein Prestigeverfahren der deutschen Justiz mit überbordendem Auslandsbezug handelte. Das Beschleunigungsgebot erforderte eine Fortführung der Hauptverhandlung. Andererseits braucht auch nicht näher ausgeführt zu werden, dass in einem Verfahren, in dem zwei Pflichtverteidiger tatsächlich notwendig sind, beim Ausfall eines Verteidigers die Möglichkeit des Angeklagten auf effektive Strafverteidigung stark beeinträchtigt sind. Dieses Prinzip erforderte daher einen voll einsatzfähigen Ersatz.

<sup>12</sup> EGMR EuGRZ 80, 662; 85, 234.

<sup>13</sup> EGMR 19.12.1989 „Kamasinski“, ÖJZ 1990, 412 Nr 65.

<sup>14</sup> Meyer-Goßner/Schmitt (Fn.10), Einl Rn. 160.

<sup>15</sup> BGH StV 2007, 169 = HRRS 2007 Nr. 137.

Das Warten auf die Rückkehr des erkrankten Rechtsanwalts und bis dahin ein Weiterverhandeln mit der verbliebenen Pflichtverteidigerin war auf Dauer keine Alternative.<sup>16</sup> Die Beordnung eines weiteren Pflichtverteidigers war grundsätzlich die naheliegende Konsequenz auf die neu eingetretene Situation, unabhängig ob im Austausch mit oder zusätzlich zu dem erkrankten Kollegen.

Im Folgenden ist zu untersuchen, wie der Vorsitzende Richter mit dem Konflikt der strafprozessualen Prinzipien umgegangen ist und wie sich der beigeordnete Rechtsanwalt und der Angeklagte dabei verhalten haben.

## 2. Das Verhalten der Verfahrensbeteiligten: der Vorsitzende Richter

Der Weg des Vorsitzenden Richters erwies sich als in mehrfacher Hinsicht problematisch.

### a) Die Transparenz

Zunächst einmal soll das Verhalten des Vorsitzenden unter dem Gesichtspunkt der Transparenz beurteilt werden.

Wie oben dargestellt, muss der Vorsitzende als erste Amtshandlung ein Telefonat mit dem ortsansässigen Rechtsanwalt E geführt haben. Über dieses Telefonat gab es indes keinen Vermerk in der Akte; weder das Datum noch der genaue Gesprächsinhalt wurden von ihm niedergelegt. Dass es dieses Telefongespräch gegeben haben muss und partiell auch welchen Inhalt dieses hatte, ergab sich zunächst nur indirekt aus den Anschreiben an den

<sup>16</sup> So hatte es der hiesige Vorsitzende zunächst fast zwei Monate gehalten, bevor er handelte. Zum einen lässt sich aber nicht absehen, wie lange sich der Ausfall hinziehen wird, was allein schon eine missliche Situation darstellt. Das Problem beim Abwarten besteht zudem einerseits darin, dass der möglicherweise irgendwann gesund zurückkehrende Rechtsanwalt zu diesem Zeitpunkt einen längeren Abschnitt der Hauptverhandlung nicht mitbekommen hat und dadurch möglicherweise nicht mehr in der Lage wäre, den Angeklagten angemessen zu verteidigen. Schließlich konnte er während seiner „Auszeit“ nicht auf dem Laufenden bleiben und müsste bei der Rückkehr ggf. eine Unterbrechung der Hauptverhandlung beantragen, um wieder auf der Höhe des Geschehens zu sein.

Andererseits hängt im Falle des Abwartens das Schicksal des Verfahrens (in Bezug auf diesen Angeklagten) von der Gesundheit der übrig gebliebenen Strafverteidigerin ab. Sollte sie auch längerfristig erkranken, müsste das Verfahren ausgesetzt und neu begonnen werden. Angesichts der doppelten Belastung nach dem Ausfall des Kollegen wäre ein solches Szenario auch nicht undenkbar.

Schließlich ist erneut zu unterscheiden zwischen den Verfahren mit einem reinen „Sicherungsverteidiger“ und einem Großverfahren, wo die Zusammenarbeit von zwei Verteidigern notwendig ist. Im ersten Fall ist nichts zu unternehmen, da nun gerade der Fall eingetreten ist, für den man einen zweiten Anwalt beigeordnet hat. Im zweiten Fall wirkt sich aber ein Weiterverhandeln mit nur einem Verteidiger zwangsläufig auf die Verteidigungsmöglichkeiten des Angeklagten aus, so dass diese Möglichkeit ausscheidet.

Angeklagten und die von diesem benannten Strafverteidiger. Hier ist ein Verstoß gegen die Aktenvollständigkeit zu konstatieren, denn über ein solches Gespräch hätte der Vorsitzende einen ausführlichen Vermerk machen und den Verfahrensbeteiligten darüber Kenntnis geben müssen. Schließlich ging es hier um einen Vorgang, der unmittelbaren Einfluss auf die Verteidigung haben konnte (und hatte). Es ist somit nicht ausreichend, dass man indirekt aus anderen Dokumenten auf dieses Gespräch Rückschlüsse ziehen kann.

Angesichts der fehlenden Transparenz war es zwingend, dass die verbliebene Pflichtverteidigerin unverzüglich Aufklärung verlangte. Der Vorsitzende kam dieser Aufforderung dann wiederum nicht schriftlich, sondern nur mündlich in laufender Hauptverhandlung nach.<sup>17</sup> Die dortigen Antworten des Vorsitzenden mussten zwangsläufig den Verdacht begründen, dass es sich bei Rechtsanwalt E um einen Verteidiger handelt, der von den örtlichen Gerichten mit Vorliebe als Pflichtverteidiger auserkoren wird. Die Formulierungen, dass der seit langer Zeit bekannte, „kompetente“ Strafverteidiger<sup>18</sup> auch von anderen Richtern regelmäßig als Pflichtverteidiger „benutzt“ würde, mögen ungeschickt gewesen sein, weisen jedoch stark in die Richtung einer engen Verbindung zwischen der Justiz und diesem Advokaten. Schließlich fällt auf, dass dem Gericht eine **schriftliche** Zusicherung, die von den vom Angeklagten vorgeschlagenen Rechtsanwälten gefordert wurde, von Seiten des Rechtsanwalts E zu keinem Zeitpunkt vorlag. Offensichtlich bestand in diesem Fall von Seiten des Vorsitzenden ein großes Vertrauen in die Integrität, oder besser: Verlässlichkeit des im Vorfeld ausgewählten Beistands.

Es bleibt festzuhalten, dass der Weg des Vorsitzenden dem Gebot der Transparenz offenkundig entgegenstand.<sup>19</sup> Es bleibt mehr als nur ein Geschmäcke, dass es bei der Vorgehensweise des Richters nicht darum ging, dem Angeklagten einen möglichst geeigneten oder gar einen Verteidiger seines Vertrauens beizuordnen.<sup>20</sup> Stattdessen war das Vorgehen des Vorsitzenden von Beginn an darauf gerichtet, unter allen Umständen die Verfahrenssicherung in den Vordergrund zu stellen. Dies zeigt sich auch in der inhaltlichen Vorgehensweise.

## b) Die Zusicherung des Pflichtverteidigers

Es sollte unbestritten sein, dass die Aufforderung, vor der Entscheidung über eine Beordnung auf gewisse

<sup>17</sup> Es kann nur vermutet werden, dass es niemals zu einer Äußerung des Vorsitzenden zu dieser dienstlichen Tätigkeit gekommen wäre, hätte die Verteidigerin nicht nachgefragt. Es kann auch nur vermutet werden, dass es kein Zufall gewesen ist, dass der Vorsitzende keinen Vermerk über dieses Telefonat angefertigt hatte.

<sup>18</sup> Die Betonung der Kompetenz eines bestellten Rechtsanwalts durch den Richter macht skeptisch, denn die Beordnung eines inkompetenten Advokaten darf es schließlich gar nicht geben.

<sup>19</sup> Die fehlende Transparenz ist ein Grundübel bei der Pflichtverteidigerauswahl, vgl. Thielmann HRRS 2009, 452 f.

<sup>20</sup> Nicht umsonst betonte der Vorsitzende später in einer Entscheidung, dass der Angeklagte „bereits über zwei Pflichtverteidiger seines Vertrauens“ verfüge, was angesichts der Erkrankung eines Verteidigers nur bedingt richtig war.

Rechte zu verzichten, einen äußerst starken Eingriff von Seiten des Gerichts in die Verteidigung eines Angeklagten darstellt. Weil dem so ist, sollte es aufgrund der Fürsorgepflicht des Vorsitzenden erforderlich sein, mit diesem und seinen bisherigen Verteidigern in ein Gespräch zu kommen, wie man diese für das Verfahren prekäre Situation löst. Der Eingriff ohne vorherige Konsultation mittels einer Absprache mit einem potentiellen Kandidaten, der noch niemals zuvor mit diesem Verfahren, geschweige denn mit diesem Angeklagten zu tun hatte, ist dagegen schon für sich ein Verstoß gegen die Fürsorgepflicht und gegen den Grundsatz des fair trial.

Das Verhalten des Vorsitzenden zeigte, dass es sich – wie der GBA in einer späteren Stellungnahme hervorhob – um eine „*Beiordnung zur Verfahrenssicherung*“ handelte, ein „*anerkanntes, sowohl der wirkungsvollen Strafrechtspflege als auch der Verfahrensbeschleunigung in Haftsachen dienende Rechtsinstitut*“. Weil es ihm vor allem darum ging, das Verfahren zu sichern, stellte er den vom Angeklagten benannten Rechtsanwälten ganz konkrete Bedingungen, deren Einhaltung zugesichert werden mussten, wenn sie denn beigeordnet werden wollten. Die ganz entscheidende Zusicherung bestand dabei darin, dass sich die Kandidaten bereit erklären, „*sich während der bevorstehenden Sommerunterbrechung vom 16. August bis 14. September 2014 in das Verfahren einzuarbeiten und daher keinen Aussetzungs- oder Unterbrechungsantrag zur Einarbeitung in das Verfahren zu stellen*.“ Wie auch die Vertreter des Generalbundesanwalts später explizit ausführten, war dieser Aspekt „*im Hinblick auf die Verfahrenssicherung und die gebotene Beschleunigung in Haftsachen (...) evident von erheblicher Bedeutung*.“

Gemäß § 145 Abs.3 StPO ist die Verhandlung zu unterbrechen oder auszusetzen, wenn der neu bestellte Verteidiger erklärt, dass ihm die zur Vorbereitung erforderliche Zeit nicht verbleiben würde. Aus Sicht des Vorsitzenden ging es somit darum, diese Regelung insoweit außer Kraft zu setzen, als er **vor** einer Beiordnung von den Kandidaten die Zusicherung verlangte, gerade keinen Gebrauch von diesem gesetzlichen Recht zu machen. Die Kandidaten wurden daher aufgefordert zu erklären, dass sie sich in knapp vier Wochen in den Verfahrensstoff einarbeiten können, so dass ein Unterbrechungs- oder Aussetzungsantrag ausbleiben kann.<sup>21</sup> In dem Moment, in dem eine solche Zusicherung abgegeben wird, wäre die Gefahr einer Aussetzung der Hauptverhandlung gebannt. Es stellt sich die Frage, ob ein Vorsitzender Richter eine solche Zusicherung überhaupt von potentiellen Pflichtverteidigern verlangen darf.

## aa) Rechtmäßigkeit des Verlangens einer Zusicherung

Dass diese Frage nicht problemlos mit einem nüchternen Ja beantwortet werden kann, zeigt bereits der Umstand, dass der Vorsitzende Richter im vorliegenden Fall auf Grundlage eines eigenen Verstoßes gegen die Dokumentationspflicht seiner richterlichen Handlungsweisen ausdrücklich bestritt, dies überhaupt getan zu haben. Auch weder seine Senatskollegen noch die Vertreter des Gene-

<sup>21</sup> Die Formulierung lässt sich auch so verstehen, dass die Rechtsanwälte auf einen solchen Antrag verzichten sollen, selbst wenn sie nach den Sommerferien noch nicht genügend in den Verfahrensstoff eingearbeitet sein würden.

ralbundesanwalts haben jemals den Standpunkt vertreten, dass ein Vorsitzender in einer solch schwierigen Situation generell eine solche Zusicherung zur Bedingung für eine Beiordnung machen dürfe. Dies sei nur dann unproblematisch, wenn ein Verteidiger (von sich aus!) diese Zusicherung abgebe und daher gegenüber den anderen Kandidaten dasselbe verlangt würde.

Zwar stellt sich die Frage nach der Rechtmäßigkeit, nicht aber nach der Zweckmäßigkeit dieses Vorgehens des Vorsitzenden, denn sein Verhalten war ohne Frage zweckmäßig.<sup>22</sup> Durch dieses Vorgehen konnte er einen Antrag auf Unterbrechung oder gar Aussetzung des Verfahrens, zu dem der neu bestellte Verteidiger das Recht – bzw. die Pflicht? – gehabt hätte, im Vorfeld der Beiordnung ausschließen und so den ungestörten Fortgang des Verfahrens sichern.

Für die Rechtmäßigkeit dieser Bedingung spricht, dass nur so die Unterbrechung oder gar Aussetzung des Verfahrens sicher abgewendet werden konnte. Die Aussetzung der Hauptverhandlung wäre sowohl für die Strafjustiz (und die Staatskasse) als auch für den Angeklagten ein großes Übel, denn eine Wiederholung einer schon sehr lange währenden Verhandlung würde mit einer Verlängerung des großen psychischen Drucks für alle Beteiligte in Einklang gehen. Der neue Pflichtverteidiger würde auch nicht der alleinige Verteidiger des Angeklagten sein, weil „*der Angeklagte bereits über zwei Pflichtverteidiger seines Vertrauens verfügt.*“ Dieser Aspekt blendet zwar bewusst aus, dass einer der beiden Verteidiger seit Monaten nicht mehr am Verfahren teilgenommen hatte und auf unabsehbare Zeit auch nicht mehr zurückkehren sollte.<sup>23</sup> Aber auch so war neben dem neu bestellten Rechtsanwalt immer noch eine Pflichtverteidigerin vorhanden, die seit Beginn des Verfahrens für den Angeklagten tätig gewesen ist. Hieraus lässt sich der Schluss ziehen, dass der Angeklagte auch trotz der zugegebenermaßen verminderten Effektivität der Verteidigungsleistung seines neuen Anwalts noch immer *effektiv genug* verteidigt werden kann. Dieses Argument wirft ein Blick auf die Gesamtverteidigung anstatt auf den einzelnen Verteidiger. Allerdings findet sich für diese Sicht der Dinge kein Anhaltspunkt im Gesetz, das nirgends die Verteidigung als Gesamtheit anspricht, sondern stets den einzelnen Verteidiger und seine Rechte und Pflichten. Schließlich könnte man die Auffassung vertreten, dass ein Vorsitzender Richter eine solche Bedingung durchaus aufstellen könne, es liege schließlich an den angesprochenen Rechtsanwältinnen, nach ihrem Berufsethos darüber zu entscheiden, ob sie dieses Angebot annehmen oder eben nicht. Der Ball liege im Spielfeld der angesprochenen Rechtsanwältinnen.

Gegen die Rechtmäßigkeit spricht bereits der Umstand, dass das Vorgehen des Vorsitzenden explizit darauf ausgerichtet ist, eine gesetzliche Bestimmung, die dem Be-

schuldigten und seiner effektiven Verteidigung dient, ins Leere laufen zu lassen, denn wenn auch ohne diese Bedingung die Hauptverhandlung problemlos fortgesetzt werden könnte, bräuchte eine Zusicherung erst gar nicht eingefordert werden. Im konkreten Fall war es unter den gegebenen Umständen – 199 Aktenordner Gerichtsakte und 247 vergangene Hauptverhandlungstage – für jeden seriösen Strafverteidiger praktisch unmöglich, in ein Verfahren einzutreten und effektiv zu verteidigen, weil eine vierwöchige Sommerpause nicht ausreicht, um sich in einen solchen Verfahrensstoff einzuarbeiten. Auf jeden Fall kann ein seriöser Verteidiger diese Frage erst dann beantworten, wenn er begonnen hat, sich einzuarbeiten, aber nicht im Vorfeld. Dieser Umstand ist so offensichtlich, dass es keinen Zweifel daran gibt, dass auch der Vorsitzende Richter dies erkannt hat.<sup>24</sup> Eine Zusicherung zu verlangen, die praktisch Unmögliches beinhaltet, nämlich die vorzeitige Beurteilung der Einarbeitungszeit in den Prozessstoff einer laufenden Hauptverhandlung ist daher rechtsstaatlich höchst bedenklich, vor allem wenn hinzukommt, dass über zweihundert Hauptverhandlungstage bereits hinten den Verfahrensbeteiligten lagen.

Es gibt somit Argumente für beide Vorgehensweisen, so dass man zu dem Ergebnis kommen muss, dass das Aufstellen einer solchen Bedingung zwar rechtlich hochproblematisch, aber nicht schlechthin unmöglich ist.

## bb) Die Zusicherung im konkreten Fall

Es ist unstrittig, dass der Vorsitzende diese Zusicherung von den beiden vom Angeklagten benannten Verteidigern verlangt hat, denn seine dementsprechenden Schreiben liegen vor. Es war aber umstritten, ob er dies auch von Rechtsanwalt E verlangt hatte. Dieser Punkt konnte nicht restlos aufgeklärt werden, weil keine schriftliche Kontaktaufnahme erfolgt ist, sondern alles informell erörtert wurde.

Es besteht aufgrund der evident erheblichen Bedeutung dieses Punktes zunächst einmal kein Grund für die Annahme, dass der Vorsitzende bei einem der Kandidaten gerade dies nicht verlangt haben könnte. Allerdings wurde gerade dies zunächst vom Rechtsanwalt E in Abrede gestellt: „*Dem Unterzeichner gegenüber wurde eine Beiordnung nicht davon abhängig gemacht, dass er die Zusicherung abgibt, keinen Aussetzungsantrag zu stellen.*“ Auf diese Textpassage berief sich auch der Vorsitzende Richter, als er später ausführte, er habe „*gegenüber Rechtsanwalt E nicht die Erklärung, keinen Aussetzungsantrag zu stellen, zur Bedingung für eine Beiordnung gemacht...*“

Allerdings behauptete der Vorsitzende in seinen Schreiben an die beiden vom Angeklagten gewünschten Verteidiger, dass in diesem Telefonat eine solche Zusicherung abgegeben worden ist („*Da ein Stuttgarter Strafverteidiger, der für den Fall, dass der Angeklagte keinen Verteidiger seiner Wahl benennen würde, als weiterer Pflichtverteidiger vorgesehen war, diese Zusicherungen bereits abgegeben hat,...*“). Es bestehen somit nur die Alternativen, dass entweder der Vor-

<sup>22</sup> Wie schrieb der amerikanische Harvard-Professor Alan Dershowitz in seinem Buch „Letters to a young lawyer“ so schön: „Der Satz *Der Zweck heiligt die Mittel* sollte über jedem Gerichtsgebäude stehen.“

<sup>23</sup> Der Pflichtverteidiger Rechtsanwalt S ist tatsächlich nicht wieder in den Verhandlungssaal zurückgekehrt und wurde schließlich vom Vorsitzenden entpflichtet.

<sup>24</sup> Für ihn geht es somit nicht darum, die Verteidigungsmöglichkeit des Angeklagten zu sichern, sondern darum, einen Weg zu finden, das Verfahren trotz dieser Beeinträchtigung der Verteidigungsmöglichkeiten weiterzuführen.

sitzende von einer Zusicherung gesprochen hat, die in Wahrheit gar nicht abgegeben worden war, oder Rechtsanwalt E eine verbindliche Zusicherung abgegeben hatte, obwohl dies vom Vorsitzenden nicht als Bedingung für eine mögliche Beiordnung genannt worden ist.

- Dass die erste Alternative einen schweren Verstoß des Vorsitzenden gegen das Prinzip des fair trials darstellen würde, braucht nicht weiter ausgeführt zu werden. Er hätte dadurch den Angeklagten und alle Verfahrensbeteiligten bewusst getäuscht. Dafür spricht allerdings die spätere Einschätzung des Rechtsanwalts E, wonach das Telefonat mit dem Vorsitzenden „nur eine unverbindliche Anfrage“ von dessen Seite gewesen sei. Es versteht sich eigentlich von selbst, dass aus einer *unverbindlichen Anfrage* keine *verbindliche Zusicherung* folgt.

- Die zweite Alternative liefe allerdings genau darauf hinaus. In seiner Sachverhaltsschilderung hatte Rechtsanwalt E folgendes diktiert: „Er (= Der Vorsitzende) sei jetzt auf der Suche nach einem dritten Pflichtverteidiger und frage an, ob ich bereit wäre, mich in der 30-tägigen Sommerpause, beginnend nach dem 15.08.2014 bis zum 16.09.2014 in das Verfahren einzuarbeiten und keinen Aussetzungsantrag zu stellen. Ich sagte zu ...“ Insofern erinnerte sich der Anwalt, dass der Vorsitzende einen dritten Pflichtverteidiger benötigte, der bereit ist, sich innerhalb einer bestimmten Zeitspanne einzuarbeiten und keinen Aussetzungsantrag zu stellen. Wie man bei einer solchen Zusammenfassung des Gesprächs einerseits von einer unverbindlichen Anfrage und andererseits im selben Schriftsatz davon sprechen kann, dass „dem Unterzeichner gegenüber eine Beiordnung nicht davon abhängig gemacht wurde, dass er die Zusicherung abgibt, keinen Aussetzungsantrag zu stellen“, erschließt sich nicht.

Man könnte nun zugrunde legen, dass in dem informellen und nicht in einem Vermerk niedergelegten Gespräch zwischen einem Vorsitzenden Richter und einem kompetenten Rechtsanwalt die beiden Gesprächspartner in diesem evident wichtigen Punkt aneinander vorbei geredet hätten und dass der Vorsitzende von einer verbindlichen Zusage des Anwalts und der Anwalt von einer unverbindlichen Anfrage des Richters ausging. Oder man könnte zugrunde legen, dass das nach dem Telefonat bestehende Vorliegen der Zusage von Rechtsanwalt E nicht den Schluss zulassen könnte, dass der Vorsitzende gegenüber diesem von Anfang an ausdrücklich den Verzicht auf einen Aussetzungsantrag zur Bedingung einer Beiordnung gemacht hätte.<sup>25</sup> Beide Alternativen machen jedoch wenig Sinn, denn es ist selbst nach den Schilderungen des beigeordneten Rechtsanwalts offensichtlich so, dass er nur als Kandidat in Betracht gekommen war, weil er den vom Vorsitzenden gemachten Bedingungen zugestimmt hatte.

Die beiden Gesprächsteilnehmer hatten sich demnach ganz genau verstanden. Jeder wusste, unter welchen Bedingungen bei diesem Sachstand eine Beiordnung nur infrage kommen würde und warum sich der Vorsitzende

noch vor dem Anschreiben des Angeklagten an gerade diesen Rechtsanwalt wandte. Aufgrund der langjährigen Erfahrung des Rechtsanwalts, den nach den Worten des Vorsitzenden Richters in einem späteren Schriftsatz „viele Kollegen der Stuttgarter Justiz in ihren Verfahren häufig als Pflichtverteidiger bestellen“ – man beachte die Kombination der Worte „viele“ und „häufig“ im selben Satz – war Rechtsanwalt E die ihm zugeordnete Rolle mit an Sicherheit grenzender Wahrscheinlichkeit sofort bewusst, auch ohne dass der Vorsitzende ausdrücklich diesen Punkt klarstellen musste. Wer etwas anderes behauptet, der hat einen bestimmten Grund für diese Behauptung.

Der Vorsitzende hat also ausdrücklich oder konkludent von allen infrage kommenden Verteidigern die Zusicherung verlangt, im Falle der Beiordnung keinen Aussetzungsantrag zu stellen, obwohl offenkundig war, dass dies offensichtlich unmöglich war und dadurch die Verteidigungsmöglichkeiten des Angeklagten stark eingeschränkt werden würden.

### c) Die Auswahl des Pflichtverteidigers

Der Vorsitzende wählte Rechtsanwalt E als denjenigen geeigneten Kandidaten aus, der zukünftig als weiterer Pflichtverteidiger tätig werden sollte.

(1) Es stellt sich die Frage, ob der Vorsitzende dem Wunsch des Angeklagten, ihm einen bestimmten Verteidiger beizuordnen, nachkommen musste. Gemäß § 142 Abs.1 Satz 2 StPO und dem Grundsatz des fairen Verfahrens ist in der Regel der vom Angeklagten benannte Verteidiger seiner Wahl zu bestellen, wenn dem kein wichtiger Grund entgegensteht. Auch das Bundesverfassungsgericht hat entschieden, dass auf ein bestehendes oder angestrebtes Vertrauensverhältnis zwischen dem Beschuldigten und dem Verteidiger möglichst Rücksicht zu nehmen ist.<sup>26</sup>

- Es standen insgesamt drei Verteidiger zur Auswahl. Die Rechtsanwälte R und N waren vom Angeklagten benannt, der Rechtsanwalt E vom Vorsitzenden angesprochen worden. Nach der Rechtsprechung waren die beiden benannten Verteidiger insoweit bevorteilt.

- Zum Zeitpunkt der Entscheidung waren alle drei Rechtsanwälte nicht in den Prozessstoff der über 200 Hauptverhandlungstage eingearbeitet. Wegen seiner vorherigen Arbeit als Wahlverteidiger im Ermittlungsverfahren hatte Rechtsanwalt N die größte Nähe zum Angeklagten und dem Verfahrensgegenstand, aber auch Rechtsanwalt R kannte den allgemeinen Verfahrensstoff wegen seiner Vertretung eines früheren Mitangeklagten. Rechtsanwalt E hatte mit dieser Sache bislang keinerlei Berührungspunkte. Konzentriert man sich auf diesen Gesichtspunkt, so ist eine Beiordnung von Rechtsanwalt E am unwahrscheinlichsten, zumal seine Einarbeitung aufgrund der bislang nicht vorhandenen Beschäftigung mit diesem Thema automatisch mehr Zeit in Anspruch nehmen würde.

<sup>25</sup> So die Vertreter des Generalbundesanwalts und die Richterkollegen des Vorsitzenden beim OLG Stuttgart im Rahmen eines Befangenheitsgesuchs des Angeklagten gegen den Vorsitzenden.

<sup>26</sup> BVerfG NJW 2001, 3695, 3696.

- Die Rechtsanwälte R und N hatten bereits umfangreiche Erfahrung mit Staatsschutzverfahren und mehrere erstinstanzliche Verfahren vor Oberlandesgerichten als Verteidiger geführt. Rechtsanwalt E konnte diese Erfahrung bislang nicht vorweisen.

Trotz dieser Argumente, die entweder für Rechtsanwalt R oder (hilfsweise) Rechtsanwalt N sprachen, entschied sich der Vorsitzende Richter gegen eine Beordnung dieser beiden Strafverteidiger. In seinem Beschluss grenzt der Vorsitzende das Recht auf Auswahl durch den Angeklagten und das Beschleunigungsgebot in Haftsachen gegeneinander ab und kommt zu dem Ergebnis, dass *„Letzterem bei dem seit über 4 ½ Jahren in Untersuchungshaft befindlichen Angeklagten eine besonders hohe Bedeutung“* zukommt. Es stellte aus seiner Sicht daher *„in diesem Verfahrensstadium einen wichtigen Grund dar, um von der Bestellung eines der für den Angeklagten benannten Verteidiger abzusehen.“* Weil Rechtsanwalt E – im Gegensatz zu seinen beiden „Mitkonkurrenten“ – als einziger (wenn auch nicht schriftlich) die drei eingeforderten Zusicherungen abgegeben hatte, wurde er beigeordnet, da so eine weitere mögliche Verzögerung durch eine Unterbrechung der Hauptverhandlung zur Einarbeitung eines neuen Verteidigers ausgeschlossen war.

Diese Begründung belegt, dass der Vorsitzende der Verfahrenssicherung überragende Bedeutung beigemessen hat, infolgedessen die Interessen des Angeklagten zurückstehen mussten.

(2) Der Vorsitzende gibt jedoch ausdrücklich vor, dass das Beschleunigungsgebot *„bei dem seit über 4 ½ Jahren in Untersuchungshaft befindlichen Angeklagten eine besonders hohe Bedeutung“* zukommt. Er verweist dabei also auf die Fürsorgepflicht, die ihm gegenüber dem Angeklagten zukommt. Hier hätte er aber in Betracht ziehen müssen, dass gerade der Angeklagte eine andere Position eingenommen hat, indem er zwei andere Verteidiger benannt hatte, deren Position eine effektive Verteidigung eher gesichert hätte. Dass er dies nicht getan hat, zeigt sein eigentliches Anliegen der Verfahrenssicherung ohne Rücksicht auf das Interesse des Angeklagten.

(3) Entscheidend ist jedoch, dass ein Vorsitzender Richter, der sich dazu entschieden hat, einen weiteren Pflichtverteidiger beizuordnen, dafür Sorge zu tragen hat, dass dieser Rechtsanwalt in der Lage ist, den Angeklagten effektiv zu verteidigen. Jeder Pflichtverteidiger muss in seiner Person die Gewähr genau dafür bieten, unabhängig davon, ob der Angeklagte ihn ausgewählt hat oder nicht. Gerade dies steht hier jedoch infrage. Die beiden gewählten Strafverteidiger setzten sich in Schriftsätzen mit diesem Erfordernis auseinander und kamen zu dem Ergebnis, dass erst am Ende der Frist sicher gesagt werden könne, ob die Zeit ausreiche (Rechtsanwalt R) bzw. dass eine Einarbeitung in dieser Zeit bei diesem Aktenumfang ausgeschlossen sei (Rechtsanwalt N). Von Rechtsanwalt E war hingegen kein Schriftsatz in der Akte. Der Vorsitzende Richter hatte nur in seiner mündlichen dienstlichen Erklärung am 247. Hauptverhandlungstag zumindest einen Teil dessen verkündet, was zwischen ihm und Rechtsanwalt E in dem Telefonat besprochen bzw. nicht besprochen wurde. Dort wurde zumindest mitgeteilt, dass der Anwalt die Dauer der

bisherigen Hauptverhandlung gewusst habe, als er sich bereiterklärt hat, die Verteidigung zu übernehmen, aber keine Kenntnis vom Aktenumfang hatte. Dass es außer diesem Gespräch bis zur Beordnung noch weitere Kontakte zwischen dem Vorsitzenden und dem Rechtsanwalt gegeben hat, ist weder aktenkundig noch mündlich mitgeteilt worden.

Es war Aufgabe des Gerichts, den neuen Pflichtverteidiger über den bisherigen Gang der Hauptverhandlung zu informieren, denn dies kann nach unserer Rechtsordnung nicht die Aufgabe des Angeklagten sein, der sich schließlich überhaupt nicht an dem Geschehen beteiligen braucht. Auch seine Verteidigerin des Vertrauens hat in einem solchen Verfahren andere wichtige Aufgaben, als einen neuen Kollegen auf den Stand zu bringen, in dem ihm die effektive Verteidigung des Mandanten möglich ist. Dies hätte nämlich zur Folge, dass weitere Arbeit zurückgestellt werden müsste. Die Übersendung der Akten sowie des Hauptverhandlungsprotokolls samt Anlagen kann – selbst unter der Prämisse, dass dies vom neuen Verteidiger durchgearbeitet worden ist – für sich genommen nicht ausreichen, um ihn auf den neuesten Stand zu bringen, da in Deutschland noch immer kein Wortprotokoll geführt wird und deshalb die Aussageinhalte der Zeugen unbekannt bleiben müssen. Allerdings stellte das Oberlandesgericht Stuttgart in einem Beschluss auf einen Ablehnungsantrag überraschenderweise kategorisch fest: *„Die von der Verteidigung behauptete Verpflichtung „des Senats, den neuen Pflichtverteidiger in das Verfahren einzuarbeiten“, besteht nicht.“*<sup>27</sup>

(4) Dass aber eine Einarbeitung in eine aus fast 200 Ordnern bestehenden Akte und zugleich 247 Hauptverhandlungstagen in dreißig Tagen schlicht unmöglich ist, ist jedem objektiven Betrachter klar.<sup>28</sup> Dies führte zu dem – aus Sicht des Vorsitzenden absehbaren – Ergebnis, dass die beiden vom Angeklagten gewählten Kandidaten vor den gestellten Bedingungen mit guten Gründen kapitulierten, während der örtliche Rechtsanwalt ohne Wissen vom Umfang des Aktenmaterials dem Wunsch des Vorsitzenden während eines ersten kurzen Telefonats entsprach, ihm in dieser schwierigen Situation beizustehen.

Es kann aufgrund dieser Gesamtsituation keinen wichtigen Grund gegen die vom Angeklagten gewählten potentiellen Pflichtverteidiger darstellen, dass diese – erkennbar im Interesse einer effektiven Verteidigung ihres möglichen Mandanten verhaltend – keine Bedingung zusichern wollten, die sie nicht einhalten konnten.

<sup>27</sup> Offensichtlich geht das OLG davon aus, dass die Einarbeitung allein dem neuen Verteidiger obliegt. Dazu lässt sich aber einerseits feststellen, dass der Senat den Verteidiger in die Lage versetzen muss, sich überhaupt einzuarbeiten zu können, und dass ihm dann andererseits auch ganz allein die Beantwortung der Frage obliegt, wie lange er dafür braucht und ob er eine Erklärung nach § 145 Abs.3 StPO abgeben will oder nicht.

<sup>28</sup> *Strate* (NJW-aktuell 32/2015, 14) schreibt in Bezug auf den 4. Pflichtverteidiger im NSU-Verfahren, „dass dieser Verteidiger sich nach 219 Hauptverhandlungstagen nicht kurzfristig in den Verfahrensstoff einarbeiten kann (allein die Akten umfassen 280.000 Blatt), liegt auf der Hand.“

Im nächsten Schritt war die Beiordnung des Rechtsanwalts E offensichtlich rechtswidrig, weil dieser – erkennbar ohne einen Gedanken an die effektiven Verteidigung ihres möglichen Mandanten verschwendend – etwas zusicherte, ohne im Besitz der nötigen Basisinformationen zu sein, um dies überhaupt bewerten zu können.

### 3. Das Verhalten der Verfahrensbeteiligten: der „weitere“ Pflichtverteidiger

Der Vorsitzende Richter hatte Rechtsanwalt E angerufen, als es darum ging, einen weiteren Pflichtverteidiger beizuordnen. Noch vor dem Angeklagten wusste dieser Rechtsanwalt von dem Vorhaben des Vorsitzenden. Wie bereits oben erwähnt, war Grund hierfür, dass der „sehr erfahrene“ E von vielen „Kollegen der Stuttgarter Justiz in ihren Verfahren häufig als Pflichtverteidiger“ beigeordnet wird.<sup>29</sup> Es ist daher ein kritischer Blick auf das Verhalten des beigeordneten weiteren Pflichtverteidigers E zu werfen, dem der Vorsitzende Richter des Oberlandesgerichts Stuttgart die Verfahrenssituation erklärte und fragte, „ob ich bereit wäre, mich in der 30-tägigen Sommerpause, beginnend nach dem 15.08.2014 bis zum 16.09.2014 in das Verfahren einzuarbeiten und keinen Aussetzungsantrag zu stellen.“ Der nächste Satz in seinem Schriftsatz vom 08.09.2014 beginnt mit den drei Worten „Ich sagte zu ...“.<sup>30</sup>

#### a) Unwissenheit als Grundvoraussetzung

Das Verhalten des Rechtsanwalts ist unmöglich separat zu beleuchten, sondern stets im Zusammenhang mit dem Vorgehen des Vorsitzenden.

(1) Rechtsanwalt E hat nach seiner Beiordnung mehrfach schriftlich ausgeführt, wie es zu seiner Beiordnung gekommen ist und unter welchen Voraussetzungen er seine Zusicherungen abgegeben hatte. In seiner Wiedergabe des Gesprächs mit dem Vorsitzenden erwähnte er nicht eine einzige eigene Nachfrage, sondern nur Ausführungen des Herrn Vorsitzenden. Rechtsanwalt E erläuterte, von welchen Voraussetzungen er bei seiner Zusage „ausging“, d.h. er formulierte seine damaligen Überlegungen über das ihm gemachte und von ihm unverzüglich angenommene Angebot. Er „nahm an“, dass das Verfahren „einen Umfang im üblichen Maße von Großverfahren hat, der es ermöglicht, mir innerhalb der Unterbrechung den wesentlichen Inhalt des Verfahrens zu erarbeiten und Schwerpunkte zu setzen.“<sup>31</sup> Die nichtssagende Redewendung – den „wesentlichen Inhalt zu erarbeiten und dabei Schwerpunkte zu setzen“ – taucht in seinen Schriftsätzen mehrfach auf. Man erfährt jedoch, was der Rechtsanwalt E aufgrund seiner fehlenden Nachfrage beim Vorsitzenden nach Abschluss des Gesprächs alles nicht wusste: „Der tatsächliche Umfang des Verfahrens – 199 Leitz-Ordner – war mir nicht bekannt“ heißt

<sup>29</sup> Die jahrzehntelange Erfahrung als Strafverteidiger hatte bei Rechtsanwalt E nicht dazu geführt, dass er den Titel eines Fachanwalts für Strafrecht erworben hatte.

<sup>30</sup> Die Frage, wie diese Zusage zu dem oben zitierten „unverbindlichen Angebot“ passte, drängt sich förmlich auf.

<sup>31</sup> Bei dieser Aussage ist man völlig auf die (dem Unterzeichner unbekannt) Vorstellung des Rechtsanwalts E angewiesen, was denn genau der „Umfang im üblichen Maße von Großverfahren“ ist.

es da und auch die genaue Dauer der Hauptverhandlung war dem Rechtsanwalt E unbekannt: „Mir war nur bekannt, dass das Verfahren schon längere Zeit dauert.“ Rechtsanwalt E konnte also allenfalls Spekulationen anstellen, wozu er sich gerade verpflichtet hatte, ohne sich aufdrängende Nachfragen zu stellen. Es scheint bei ihm die feste Überzeugung vorhanden gewesen zu sein, dass der Vorsitzende ihm sicher nicht eine Aufgabe zugeordnet hätte, die objektiv unmöglich zu erfüllen ist.

Wenn er weiterhin davon ausging, „dass ich von den beiden bislang tätigen Verteidigern und auch vom Mandanten Informationen über den bisherigen Lauf der Hauptverhandlung erhalte, damit eine konstruktive, kollegiale Zusammenarbeit und Verteidigung zum Nutzen des Mandanten zustande kommt“, widerspricht dies nicht nur seinen vorherigen Ausführungen, wonach er „davon ausging, dass das Mandat nicht zustande kommt“, sondern auch der Einschätzung des Vorsitzenden, einen „erfahrenen Verteidiger“ angesprochen zu haben, denn laut dem Vorsitzenden in einem späteren Beschluss muss „ein nicht vom Angeklagten benannter Pflichtverteidiger grundsätzlich mit einer solchen Reaktion rechnen“. Und dass Rechtsanwalt E ein erfahrener Pflichtverteidiger ist, macht er selbst in diesem Zusammenhang deutlich: „Ich selbst habe in anderen Großverfahren Kollegen, die als zusätzliche Verteidiger verpflichtet wurden, in den Verfahrensstand und die Hauptverhandlung eingearbeitet, oder ich wurde selbst in anderen Verfahren von Kollegen in den Verfahrensstand eingearbeitet. Solch ein Verhalten ist auch dem kollegialen Umgang unter den Verteidigern geschuldet und bislang in Stuttgart auch so gehandhabt.“

(2) Es lässt sich somit zusammenfassen, dass der als weitere Pflichtverteidiger in Betracht kommende Rechtsanwalt E auf die Anfrage des Vorsitzenden keine Nachfragen bezüglich der Dauer der Hauptverhandlung, des Umfangs des Akteninhalts oder der Person des Angeklagten und seiner Verteidiger stellte. Trotz dieser immensen Wissenslücken erklärte er umgehend, sich während der bevorstehenden Sommerpause in das Verfahren einzuarbeiten und keinen Aussetzungsantrag zur Einarbeitung in das Verfahren zu stellen.

Wenn Rechtsanwalt E genau gewusst hat, dass die Anfrage des Vorsitzenden nicht unverbindlich und seine Antwort daher verbindlich gewesen ist, dann hat er ohne näheres Wissen vom Verfahren absichtlich auf ein Recht verzichtet, das im Gesetz deswegen statuiert ist, um einen Verteidiger in die Lage zu versetzen, effektiv zu verteidigen. Wenn er die Zusammenarbeit mit dem Angeklagten und der Verteidigerin als entscheidend für das Erfüllen seiner Aufgabe angesehen hatte, dann wäre es seine Pflicht gewesen, sich vor einer Zusicherung mit diesen in Verbindung zu setzen, um zu eruieren, was im besten Sinne seines zukünftigen Mandanten gewesen wäre.

#### b) Interessenkollision

Bei einem solchen Sachverhalt stellt sich die Frage, ob sich der Rechtsanwalt nicht in einem latenten Interessenkonflikt befunden hat, der zwangsläufig mit dem Beiordnungsbeschluss ausbrechen musste. Einerseits hatte er gegenüber dem Vorsitzenden Richter verbindlich

zugesagt, keinen Unterbrechungs- oder Aussetzungsantrag zu stellen und fühlte sich an sein Wort gebunden.<sup>32</sup> Andererseits war es seine Aufgabe als beigeordneter Vertreter des Angeklagten, ihn ordnungsgemäß zu verteidigen, was eine Einarbeitung in den Verfahrensstoff erforderlich gemacht hätte, die ohne Unterbrechungs- oder Aussetzungsantrag nicht möglich war. Es ist ständige höchstrichterliche Rechtsprechung, dass ein konkret manifestierter Interessenkonflikt ein Grund ist, von der Verteidigerbestellung abzusehen.<sup>33</sup> Ein absehbarer Interessenkonflikt in der Person eines als Verteidiger in Betracht kommenden Rechtsanwalts kann dessen Bestellung im Einzelfall entgegenstehen, wenn deshalb geringe Effektivität seines Einsatzes als Strafverteidiger zu befürchten ist.<sup>34</sup>

So wie dem Vorsitzenden dieser Konflikt bewusst gewesen sein muss – weil er es ja schließlich gerade darauf abzielte –, so muss der Konflikt auch dem Verteidiger klar gewesen sein, so dass er dem Vorsitzenden noch vor der Beordnungsentscheidung hätte mitteilen müssen, dass er dieses potentielle Pflichtmandat nicht annehmen könne.

### c) Fazit

Die Verhaltensweise des Rechtsanwalts war – sehr zurückhaltend formuliert – der Situation alles andere als angemessen.

## 4. Das Verhalten der Verfahrensbeteiligten: der Angeklagte

Zum guten Schluss soll der Blick kurz auf diejenige Person gerichtet werden, die bislang kaum vorgekommen ist, aber schlussendlich im Zentrum der Problematik steht – der Angeklagte.

Dieser hatte aufgrund des offensichtlichen Umfangs des Verfahrens vor Beginn der Hauptverhandlung einen Antrag gestellt, ihm noch zwei weitere Pflichtverteidiger beizuordnen, was vom Vorsitzenden abgelehnt wurde. Die Beordnung eines „Sicherungsverteidigers“ hätte die behandelte Problematik aber von vornherein ausgeschlossen.<sup>35</sup>

<sup>32</sup> Wäre das Ansinnen des Vorsitzenden Richters tatsächlich – wie von Rechtsanwalt E einmal so bezeichnet – von ihm als „unverbindliches Angebot“ angesehen gewesen, so hätte er sich einfach nicht an seine Zusage halten müssen, denn es wäre eine „unverbindliche Zusage“ gewesen. Im Streitfall hätte er dann also sehr wohl Unterbrechungs- oder Aussetzungsantrag stellen können. Es braucht wahrscheinlich nicht näher ausgeführt werden, wie die Reaktion des Vorsitzenden und der gesamten Stuttgarter Justiz auf solch ein Verhalten gewesen wäre.

<sup>33</sup> Vgl. BGHSt 48, 170 (173); BGHR StPO § 24 Abs.2 Verteidigerbestellung 1.

<sup>34</sup> Zuletzt BGH StV 2016, 473 = HRRS 2016 Nr.432.

<sup>35</sup> Dass dieser Weg in extremen Umfangsverfahren jedoch durchaus Sinn macht, zeigt die Entscheidung des Landgerichts Dessau-Roßlau (StV 2016, 488, mit zust. Anm. Rühlmann)

Zunächst muss für den konkreten Fall festgestellt werden, dass der Angeklagte völlig unschuldig an den Umständen gewesen ist, die zu den rechtlichen Problemen geführt haben. Er hatte nichts mit der Erkrankung seines Pflichtverteidigers zu tun und stand daher über Wochen mit nur einem Verteidiger an seiner Seite vor Gericht. Er hatte nach dem Anschreiben des Vorsitzenden, dass ihm ein weiterer Pflichtverteidiger beigeordnet werden sollte, über seine verbliebene Verteidigerin Kontakt zu zwei Verteidigern knüpfen lassen, die zumindest in der Vergangenheit bereits mit dieser Materie beschäftigt waren und aus diesem Grund grundsätzlich geeignet schienen. Er hatte zuvor die Ablehnung seiner Bitte auf Fristverlängerung, um mit geeigneten Kandidaten Rücksprache zu halten, akzeptiert. Diese beiden Verteidiger hatten die Bedingungen im ersten Schreiben des Vorsitzenden an den Angeklagten erfüllt; erst an der (anfangs nicht erwähnten) Zusicherung, keinen Aussetzungsantrag zu stellen, scheiterte die Beordnung eines der gewählten Anwälte.

Man mag vielleicht fragen, ob der Angeklagte gegenüber dem Vorsitzenden seine Bereitschaft bzw. die Bereitschaft der Verteidigung hätte signalisieren sollen, bei der Einarbeitung des zukünftig neuen Verteidigers in den Verfahrensstoff mitzuhelfen. Eine solche Hilfe wäre von großem Nutzen gewesen, auch wenn die Entscheidung darüber, ob eine ordnungsgemäße Verteidigung möglich ist, letztlich beim Verteidiger liegt. Aber das Interesse des Angeklagten an dem Fortgang des Verfahrens wird jeder Verteidiger bei seiner Entscheidung sicherlich zu berücksichtigen haben. Es ist jedoch bereits ausgeführt worden, dass dies nicht die Aufgabe eines Angeklagten oder seines einzig verbliebenen gesunden Pflichtverteidigers ist. Wenn ein Angeklagter sich aber an einem gegen ihn laufenden Verfahren überhaupt nicht beteiligen muss, kann man ihm auch nicht vorhalten, es wäre seine Aufgabe gewesen, dem Vorsitzenden im Vorfeld seine Bereitschaft zur Unterstützung seines neuen Verteidigers bei der Einarbeitung in den Prozessstoff anzuzeigen.

Der Angeklagte hatte sich somit bis zur Beordnung des Rechtsanwalts E korrekt verhalten.<sup>36</sup>

<sup>36</sup> Im Anschluss an die Beordnung weigerte sich der Angeklagte, mit seinem neuen Verteidiger zu kommunizieren, weil er ihn nicht als seinen Verteidiger betrachtete. Diese Einstellung wird in einem Vorsitzendenbeschluss vom 12.09.2014, mit dem diverse Entpflichtungsanträge abgelehnt wurden, wie folgt angesprochen:

*„Auch der Umstand, dass der Angeklagte bislang nicht mit Rechtsanwalt E sprechen will und seine bisherigen Verteidiger nicht von der Schweigepflicht gegenüber dem neu bestellten Pflichtverteidiger entbindet, gebietet keine Rücknahme der Bestellung. Ein nicht vom Angeklagten benannter Pflichtverteidiger muss grundsätzlich mit einer solchen Reaktion rechnen, ohne dass dies einen wichtigen Grund für dessen Entpflichtung darstellen würde, zumal sich diese Einstellung im weiteren Verlauf ändern kann.“*

*Andernfalls hätte es jeder Angeklagte in der Hand, durch sein eigenes Verhalten jederzeit einen Verteidigerwechsel herbeizuführen und damit ggf. das Verfahren zu verzögern oder verfahrensfremde Zwecke zu verfolgen (BGHSt 39,310). Dies gilt auch dann, wenn es der Angeklagte zu verhindern sucht, dass sich durch eine entsprechende Verweigerungshaltung überhaupt ein Vertrauensverhältnis entwickeln kann (OLG Hamm NJW 2006, 2712).“* So

### III. Zusammenfassung

Der Vorsitzende Richter des Oberlandesgerichts Stuttgart stand in einer unvorherzusehenden Krisensituation des ersten VstGB-Verfahrens nach Ausfall eines Pflichtverteidigers vor dem Dilemma, zwei widerstreitende Verfahrensprinzipien (Beschleunigungsgebot – Recht auf effektive Strafverteidigung) miteinander in Einklang bringen zu müssen. Dabei hat er sich für die Verfahrenssicherung und gegen die effektive Strafverteidigung entschieden und im Verlauf dessen gegen die Grundsätze von Aktenvollständigkeit und Transparenz gehandelt.

Der Vorsitzende hat die beiden vom Angeklagten genannten Kandidaten für die Beordnung nicht bestellt, obwohl diese sich im Einklang mit den Gesetzen und der Berufsordnung verhalten haben, und stattdessen einen anderen Rechtsanwalt beigeordnet, und zwar nicht obwohl sich dieser – auch für den Vorsitzenden erkennbar – offensichtlich berufs- und rechtswidrig verhalten hat, sondern gerade weil er so gehandelt hat.

Der Vorsitzende hat im weiteren Verlauf gegenüber den übrigen Verfahrensbeteiligten falsch gespielt, indem er zu Unrecht ausgeführt hat, er habe die Zusicherung, keinen Aussetzungs- oder Unterbrechungsantrag zu stellen, nicht zur Bedingung für eine mögliche Beordnung dieses Rechtsanwalts gemacht. Der Rechtsanwalt hat daraufhin diese evident wichtige Zusicherung abgegeben, und zwar ohne vorher über den Stand des Verfahrens, über die Dauer der Hauptverhandlungstage oder die Anzahl der Gerichtsakten informiert worden zu sein. Er hat nicht einmal Nachfragen diesbezüglich gestellt.

Schließlich hat der Vorsitzenden mit der Beordnung eines nicht eingearbeiteten Pflichtverteidigers das Verfahren buchstäblich *vor die Wand gefahren*. An zwei Hauptverhandlungstagen trat Rechtsanwalt E in der Folge wegen krankheitsbedingter Abwesenheit der ersten Pflichtverteidigerin als alleiniger Verteidiger des Angeklagten auf, obwohl er zuvor in einem Schriftsatz an das Gericht ausdrücklich darauf hingewiesen hatte, dass aufgrund der „Nichtkommunikation“ mit dem Angeklagten durch ihn „eine Verteidigung nicht sachgerecht geführt werden kann“.<sup>37</sup> Dass der Angeklagte an diesen beiden Tagen ordnungsgemäß verteidigt gewesen ist, kann nicht ernsthaft behauptet werden. Der Bundesgerichtshof wird sich in Zukunft sicherlich mit einer Rüge des Verstoßes gegen das faire Verfahren gem. § 337 Abs.1 StPO beschäftigen müssen<sup>38</sup>, auch wenn mit überragenden Argumenten – wenn auch nicht nach der höchstgerichtlichen Rechtspre-

wurde letztendlich der Angeklagte dafür verantwortlich gemacht, dass kein Vertrauensverhältnis mit Rechtsanwalt E zustande kommt.

<sup>37</sup> Schriftsatz des Rechtsanwalts E vom 08.09.2014.

<sup>38</sup> Nach einer aktuellen Entscheidung des 2. Strafsenats könnte ein relativer Revisionsgrund „im Falle einer Interessenkollision in der Person des zeitweilig alleine anwesenden Verteidigers allerdings dann gegeben sein, wenn die Abwesenheit des anderen Verteidigers dazu geführt hätte, dass die Verteidigung insgesamt nicht wirksam wäre. Dabei hängt es von den Umständen des Einzelfalles ab, ob die Anwesenheit desselben Verteidigers bei allen Teilen der Hauptverhandlung für eine sachgemäße Durchführung der Verteidigung notwendig ist“ (BGH StV 2016, 473 = HRRS 2016 Nr.432).

chung – bei einer solchen Konstellation ein Fall des § 338 Nr. 5 StPO vorliegt, da eine ordnungsgemäße Verteidigung des Angeklagten an diesen beiden Tagen offensichtlich nicht vorlag.

### IV. Konsequenzen?

Das Szenario aus Stuttgart mag ein Extrembeispiel sein und man sollte sich daher hüten, anhand dessen allgemein gültige Schlussfolgerungen zu ziehen. Es sollte aber überlegt werden, ob Konsequenzen notwendig sind und wie ein Vorsitzender eine solche Krisensituation in einem Umfangsverfahren rechtlich korrekt lösen könnte.

#### 1. Der Ausfall eines Pflichtverteidigers

Der krankheitsbedingte Ausfall eines (von zwei) Pflichtverteidigern während eines laufenden Umfangsverfahrens kann jederzeit vor Land- oder Oberlandesgerichten Wirklichkeit werden.

a) Dabei ist zu unterscheiden, ob es sich bei der Beordnung eines zweiten Pflichtverteidigers um eine reine Sicherung des Verfahrens handelt oder ob ein einzelner Verteidiger aufgrund der Fülle des Stoffes nicht in der Lage wäre, das Verfahren alleine zu stemmen. Im ersten Fall ergibt sich durch den Ausfall kein Problem, weil genau deswegen von Beginn an ein zweiter Pflichtverteidiger bestellt worden war. Das Gericht braucht keinen neuen Pflichtverteidiger bestellen, das Verfahren wäre nur gefährdet, wenn auch der verbliebene Verteidiger ausfällt. Diese Gefahr ist ebenso groß wie der Ausfall von einem oder gar zwei Kammer- oder Senatsmitgliedern oder Schöffen.

Im zweiten Fall ist es dagegen komplizierter, weil die Verteidigung nachhaltig geschwächt ist, wenn nicht mehr die Arbeit auf zwei Personen verteilt werden kann. Ist ein solcher Fall absehbar, so wäre es eine Lösung, im Vorfeld einen weiteren Verteidiger als Sicherungsverteidiger beizuordnen, so wie es zum Beispiel im NSU-Verfahren vor dem Oberlandesgericht München geschehen ist.<sup>39</sup> Diese Lösung mag aus fiskalischen Erwägungen nicht gewünscht sein und auch das Gericht und der zuständige Staats- oder Generalbundesanwalt haben sicherlich Vorbehalte dagegen, sich jeweils drei Pflichtverteidigern des Vertrauens des Angeklagten entgegenzusehen. Wenn es sich um mehrere Angeklagte handelt, so würde dies gar zu einer *Manpower* auf der Verteidigerbank führen, die vermutlich nicht im Sinne der anderen Verfahrensbeteiligten wäre. Aber dies sind keine rechtsstaatlichen, sondern finanzielle und praktische Gründe. Dass auch in der Rechtsprechung dieser Weg durchaus als praktikabel angesehen wird, zeigt ein aktueller Beschluss des Landgerichts Dessau-Roßlau.<sup>40</sup>

b) Wenn im Vorfeld dieser Weg nicht beschritten wurde und dann eine entsprechende Situation auftritt, so ist zwar nachzuvollziehen, dass ein Vorsitzender Richter unter keinen Umständen dazu gezwungen sein möchte,

<sup>39</sup> Im NSU-Verfahren wurde dies jedoch nicht hinsichtlich aller Angeklagter getan.

<sup>40</sup> StV 2016, 488 (mit zust. Anm. Rühlmann).

das Verfahren platzen zu lassen. Dies kostet nicht nur die Staatskasse mit einem Schlag sehr viel Geld, sondern auch persönliches Ansehen. Insofern mag auch verständlich sein, dass ein Vorsitzender bis an die Grenze des Erlaubten gehen würde, um ein Schreckensszenario zu verhindern. Aber gerade dies birgt die konkrete Gefahr, auch darüber hinaus zu gehen und die Grenze in der Hoffnung zu überschreiten, dass es aus Sicht des Revisionsgerichts darauf nicht ankommen werde. Aber ein bewusster Verstoß gegen das geltende Recht muss auch dann als Willkür angesehen werden, wenn dieses Vorgehen aus der Not geboren worden ist.

Eine Lösung kann nur einheitlich mit allen Verfahrensbeteiligten gefunden werden. Dabei ist jedoch ein Problem-bewusstsein auch auf Seiten der Staatsanwaltschaft – hier: der Vertreter des Generalbundesanwalts – vonnöten. Dass dies nicht in genügendem Maße vorhanden war und ist, zeigt eine Stellungnahme des damaligen Sitzungsvertreter des GBA und jetzigen Bundesanwalts *Ritscher* im Bundestagsausschuss für Recht und Verbraucherschutz am 25. April 2016, in der es gerade zu dieser Thematik heißt: *„Im Verfahren vor dem OLG Stuttgart war es zu einer ähnlichen Situation gekommen, als einer der Verteidiger, ohne sich ernsthaft um eine Nachfolge zu kümmern oder gar einen Nachfolger oder eine Nachfolgerin einzuarbeiten, prozessbedingte Dienstunfähigkeit geltend gemacht hatte und der Verhandlung von da an dauerhaft fernblieb. Im Ergebnis begegnete das Oberlandesgericht dem durch die Bestellung eines ortsansässigen Pflichtverteidigers, der in der Lage gewesen wäre, die Rechte des Angeklagten wahr zu nehmen, wenn die weitere, von Anbeginn des Verfahrens anwesende Pflichtverteidigerin ausgefallen wäre. Dies erscheint der einzig gangbare Weg, um die Durchführung der Hauptverhandlung sicher zu stellen, wenn der stillschweigende, aber notwendige Minimalkonsens über die Durchführung des Strafverfahrens aufgekündigt wird und Verfahrensbeteiligte, deren Anwesenheit in der Hauptverhandlung notwendig ist, dieser schlicht – entschuldigt oder nicht – fernbleiben.“*<sup>41</sup> Die Antwort auf die Frage, inwieweit der neue Pflichtverteidiger tatsächlich in der Lage gewesen wäre/ist, den Angeklagten ordnungsgemäß zu verteidigen, hängt davon ab, wie ernst man die Verteidigungsrechte eines Angeklagten nimmt. *Ritscher* sieht offensichtlich kein Problem darin, dass ein Verteidiger sich innerhalb von vier Wochen in ein höchst komplexes Verfahren einarbeitet, in dem bereits über 200 Hauptverhandlungstage stattgefunden haben. Er konzentriert sich stattdessen lieber auf die Suche nach dem Schuldigen in Reihen der Verteidigung, wonach der erkrankte Verteidiger den „notwendigen Minimalkonsens aufgekündigt“ und sich nicht um eine Nachfolge gekümmert habe.

Dabei sollte aber doch erkannt werden, dass auch für einen Angeklagten jede Verzögerung oder gar die Wiederholung der Beweisaufnahme fast immer negative Folgen hat und deshalb nicht gewünscht wird. Ein res-

<sup>41</sup>

<https://www.bundestag.de/blob/419818/5e5763448fab7dfefd0219ec33c573e/dr-b-data.pdf> unter II. 2. h). Weiter heißt es an dieser Stelle: *„Dass die Rolle eines Pflichtverteidigers zur Verfahrenssicherung mit heftigen Anfeindungen seitens der vom Angeklagten gewählten Verteidiger (und seitens des Angeklagten selbst) verbunden ist, lehrt nicht nur die Erfahrung aus dem VStGB-Strafverfahren vor dem OLG Stuttgart, sondern auch ein Blick in die jüngere deutsche Justizgeschichte.“*

pektvoller Dialog auf Augenhöhe wird ein Ergebnis zur Folge haben, mit dem alle Beteiligten leben können. Hier könnte zum Beispiel mit einer Gewährung einer längeren Einbearbeitungszeit des gewählten Verteidigers mitsamt einer Verlangsamung der Terminalsfrequenz reagiert werden.<sup>42</sup> Nur mithilfe der Mitarbeit des Angeklagten und seiner übrig gebliebenen Verteidigerin bei der Einarbeitung des neuen Verteidigers lässt sich das Problem soweit lösen, dass trotz einer zwangsläufigen Einschränkung der Verteidigungsmöglichkeiten alle Seiten zufrieden sein können.<sup>43</sup>

c) Wenn allerdings ein gemeinsamer Weg aus dem Dilemma nicht gefunden werden kann, ist der Weg des Gesetzes die Beordnung eines seriösen Strafverteidigers, der seine Arbeit ernst nimmt und sich nicht als Erfüllungsgehilfe des Spruchkörpers versteht. Dieser hat dann nach Gesprächen mit dem Mandanten und dem Erstverteidiger die freie Entscheidung, ob er auf die Situation mit einem Unterbrechungs- oder Aussetzungsantrag reagiert. Dies wird bei einer Hauptverhandlung über einhundert Tage fraglos die Regel sein. Das „Platzen“ des Verfahrens mag teuer und umständlich und nervig und vielleicht sogar gefährlich sein, aber Rechtsstaat tut (nicht selten) weh.

## 2. Die Auswahl eines Pflichtverteidigers

Der beschriebene Fall zeigt darüber hinaus exemplarisch das erschütternde Stadium, in dem sich das Beordnungssystem derzeit befindet. Da es dafür prädestiniert ist, missbraucht zu werden, geschieht dies auch. Wenn sich Richter und Rechtsanwältinnen zusammenschließen, um zulasten des Angeklagten den möglichst reibungslosen Ablauf des Strafverfahrens sicherzustellen, so stellt dies den Sinn des Rechtsinstituts der Pflichtverteidigung auf den Kopf. Kein seriöser Strafverteidiger kann eine Zusicherung abgeben, in Zukunft keinen Unterbrechungs- oder Aussetzungsantrag zu stellen, ohne zuvor ausreichend über die Umstände des Falles informiert worden zu sein oder zunächst ein Gespräch mit dem potentiellen Mandanten und dessen Verteidiger zu führen. Und danach hätte jeder seriöse Verteidiger eine Zusicherung verwei-

<sup>42</sup> Der Angeklagte und seine Verteidigerin hatten im weiteren Verlauf des Konflikts den Vorschlag gemacht, nach einer Entpflichtung des Rechtsanwalts E und einer Beordnung eines gewünschten Verteidigers die Hauptverhandlungstage für einen gewissen Zeitraum zu reduzieren, um eine vom Angeklagten unterstützte Einarbeitung möglich zu machen, bevor wieder mit dem normalen Pensum fortgefahren würde. Auch wenn sich im Hinblick auf das Beschleunigungsgebot dann vor allem die Frage der weiteren Untersuchungshaft des Angeklagten und seines Mitangeklagten gestellt hätte, war dies ein konstruktiver Vorschlag, der die Krise hätte lösen können.

<sup>43</sup> Im vorliegenden Fall war dem Vorsitzenden diese Gefahr durchaus bewusst, wie sich aus der Formulierung, *„Ein nicht vom Angeklagten benannter Pflichtverteidiger muss grundsätzlich mit einer solchen Reaktion (= Ablehnung der Zusammenarbeit durch bisherige Verteidigung) rechnen“*, ablesen lässt, denn wenn ein Pflichtverteidiger damit rechnen muss, muss dies auch ein Vorsitzender Richter. Trotzdem machte er keinerlei Versuche, die bisherigen Verteidiger und den Angeklagten bei der Lösung dieser vertrackten Situation mit „ins Boot zu holen“.

gert, wenn ihn dies – für alle offensichtlich – in die peinliche Situation gebracht hätte, den Kampf ums Recht seines Mandanten aufgrund der fehlenden hinreichenden Kenntnis vom Verfahrensstoff und dem Inhalt der Hauptverhandlung ohne das nötige Rüstzeug führen zu müssen. Aber es gibt auch noch einen anderen Schlag Rechtsanwälte, die in exakt diesen Situationen für einen Richter ihren Wert beweisen. Man braucht sich nicht zu wundern, dass gerade diese Rechtsanwälte nicht etwa berufliche Außenseiter sind, sondern von **vielen** Richtern **häufig** bestellt werden. Ihnen wird von Richtern so sehr vertraut, dass nicht einmal eine schriftliche Zusicherung verlangt, sondern allein auf ihr Wort vertraut wird.

Der Fall zeigt daher die Tiefen, die im Bereich der Pflichtverteidigerbestellung in Deutschland vorkommen, wenn nicht sogar vorherrschen. Wie der Vorsitzende so schön formulierte, werden Anwälte „benutzt“, ein Freud'scher Versprecher, der genau den Kern des Problems trifft. Richter benutzen Rechtsanwälte und Rechtsanwälte lassen sich bereitwillig benutzen. Der Angeklagte kommt in dieser Gleichung wenn überhaupt, dann ganz am Rande vor. Gerade dies darf aber nicht sein, denn wenn Verteidigungsrechte schwinden, schwindet die Rechtsstaatlichkeit des Verfahrens. Dies kann keiner wollen. Der Berliner Kammervorsitzende *Föhrig* schrieb, ein Vorsitzender solle „aus ethischen Gründen ja-sagende „Gerichtsnutten“ nicht beordnen.<sup>44</sup> Es geht aber nicht nur

<sup>44</sup> Friedrich-Karl Föhrig, „Kleines Strafrichter-Brevier“ (2008), S.12.

um ethische Gründe, sondern das Rechtsstaatsprinzip verlangt, dass eine solche Möglichkeit generell nicht ergriffen wird.

Unabhängig von der Beantwortung der Frage, ob § 142 StPO sogar verfassungswidrig sein könnte,<sup>45</sup> ist zu konstatieren, dass selbst die beste Regelung in einem Rechtsstaat in dem Moment zu wanken beginnt, wenn sich die Beteiligten nicht mehr an den Sinn des Gesetzes halten, sprich wenn ein Richter aus ermessensfehlerhaften Gründen beordnet oder ein Verteidiger nicht mit seiner ganzen Kraft verteidigt, vielleicht nur um in Zukunft weiter bestellt zu werden. Jede Regelung muss aber zwangsläufig dann fallen, wenn sich zwei Beteiligte zusammenschließen, um gegen den ursprünglichen Willen des Gesetzgebers aus Motiven zu handeln, die die fiskalischen vor die rechtsstaatlichen Interessen setzen.

Der Weg aus dem Dilemma ist es, den Richtern die Aufgabe der Auswahl von Pflichtverteidigern aus den Händen zu nehmen und einem anderen unabhängigen Gremium bei den Rechtsanwaltskammern anzuvertrauen, die anhand einer Liste mit seriösen Strafverteidigern unabhängig entscheiden. Ob ein solcher Weg im vorliegenden Fall zu einem Platzen des Verfahrens geführt hätte, kann nicht beurteilt werden, zu einer Verzögerung des Prozedere aber mit Sicherheit. Aber immerhin würden sich solche Vorgänge wie vor dem Oberlandesgericht Stuttgart nicht mehr wiederholen können.

<sup>45</sup> Soweit geht mit beachtlichen Argumenten *Leitmeier* in StV 2016, 515 f.

Aufsätze und Anmerkungen

# Das neue Verbrechen der Aggression nach § 13 VStGB

Von RA Andreas Arno Glauch, Bautzen

## I. Einleitung

In Artikel 26 Abs. 1 S. 2 GG stellt die Verfassung der Rechtsordnung die Aufgabe Handlungen unter Strafe zu stellen, die geeignet sind und in der Absicht vorgenommen werden, das friedliche Zusammenleben der Völker zu stören; die Vorbereitung eines Angriffskrieges wird dort als Tathandlung besonders genannt. Die §§ 80 StGB a. F. und 80a StGB wurden auf Grundlage dieser Verfassungsbestimmung aus dem Jahre 1949 geschaffen.

In Politik und Rechtslehre wurde es stets als problematisch angesehen, dass § 80 StGB a. F. zwar die Vorbereitung eines Angriffskrieges unter Strafe stelle, nicht je-

doch das Führen eines Angriffskrieges. Die Kriegsführung selbst wurde nicht als strafbar angesehen.<sup>1</sup>

Das Völkerstrafgesetzbuch (VStGB) trat am 30. Juni 2002 in Kraft.<sup>2</sup> Es hat die Aufgabe, das sogenannte Römische Statut<sup>3</sup> des Internationalen Strafgerichtshofs in das Recht der Bundesrepublik Deutschland umzusetzen. 2010 wurde dann in Kampala (Uganda) eine erste Konferenz zur Überprüfung des Statutes durchgeführt. Diese endete mit Beschluss vom 11. Juni 2010 zur Fortentwicklung des Römischen Statutes, insbesondere zum Tatbestand des Verbrechens der Aggression (Art. 8bis Römisches Statut)<sup>4</sup>, welches mit Gesetz vom 03. Juni 2013 in

<sup>1</sup> Vgl. *Fischer*, StGB, 64. Aufl. (2017), § 80 Rn. 8.

<sup>2</sup> BGBl. I 2002, S. 2254 ff.

<sup>3</sup> BGBl. II 2000, S. 1394 ff.

<sup>4</sup> *Barriga* ZIS 2010, 644 ff.; *Ambos* ZIS 2010, 649 ff.

deutsches Recht umgesetzt wurde.<sup>5</sup> Darüber hinaus wurden auch Verfahrensregeln überarbeitet (Art. 15bis und Art. 15ter Römisches Statut).

Die völkerrechtliche Inkraftsetzung der Neuregelungen des Römischen Statutes bedarf der Ratifikation oder Annahme durch 30 Vertragsstaaten sowie eines Beschlusses der Vertragsstaatenkonferenz. Letztere wird sich voraussichtlich im Herbst 2017 treffen, sodass frühestens dann mit einer Aktivierung der Neuregelungen des Römischen Statutes zu rechnen ist.

Im Hinblick auf diese Entwicklungen wurde mit Gesetz vom 22. Dezember 2016 die deutsche nationale Rechtslage mit Schaffung des neuen § 13 VStGB<sup>6</sup> geändert. § 80 StGB a. F. (Vorbereitung eines Angriffskrieges) wurde in diesem Zusammenhang aufgehoben (Art. 2 Abs. 4 Nr. 3 des Gesetzes vom 22. Dezember 2016).

## II. Neuer Tatbestand des § 13 VStGB: Verbrechen der Aggression (§ 13 Abs. 1 VStGB)

Das Verbrechen der Aggression unterscheidet einerseits die Führung eines Angriffskrieges und andererseits eine sonstige Angriffshandlung, die ihrer Art, Schwere und ihrem Umfang nach eine offenkundige Verletzung der Charta der Vereinten Nationen darstellt (§ 13 Abs. 1 VStGB). Es wird mit lebenslanger Freiheitsstrafe bestraft.

### 1. Angriffskrieg und Angriffshandlungen

Erstmals ist das Führen eines Angriffskrieges strafbar. Dabei ist der Begriff des Angriffskrieges nicht gesetzlich definiert. Allerdings besteht Einigkeit, dass damit eine völkerrechtswidrige bewaffnete Aggression bezeichnet wird.<sup>7</sup> Die dagegen wegen mangelnder Bestimmtheit (Art. 103 Abs. 2 GG) gegen § 80 StGB a.F. erhobenen Bedenken<sup>7</sup> können nun mit Rückgriff auf Artikel 8 bis Abs. 2 Satz 2 des Römischen Statutes (dazu unten II.2.) nur noch eingeschränkt erhoben werden. Der Tatbestand der pönalisierten Handlung wird damit konkreter beschrieben.<sup>8</sup>

Das Führen eines Angriffskrieges gilt als schwerste Form der Aggression und als Prototyp einer Angriffshandlung.<sup>9</sup> Diese ist durch Art. 8 bis Abs. 2 S. 1 des Römischen Statutes auch für § 13 VStGB definiert. Danach ist das Verbrechen der Aggression eine gegen die Souveränität, territoriale Unversehrtheit oder politische Unabhängigkeit gerichtete Angriffshandlung oder eine sonst mit der Charta der Vereinten Nationen unvereinbare Anwendung von Waffengewalt durch einen Staat. Auf die Aufzählung von Begehungsvarianten wird dabei verzichtet.

<sup>5</sup> BGBl. II 2013, S. 139 ff.

<sup>6</sup> BGBl. I 2016, S. 3150 f.

<sup>7</sup> Z.B. Fischer (Anm.1) Rn 3.

<sup>8</sup> A.A. Greßmann/Staudigl ZIS 2016, 798, 801.

<sup>9</sup> Gesetzesentwurf der Bundesregierung vom 01.06.2016: BT-DrS 18/8621, S. 16.

## 2. Konkrete Angriffshandlungen gemäß Römischen Statutes

Die Grundsätze des Römischen Statutes sind für die Auslegung des Begriffes der Angriffshandlung zu berücksichtigen. Folgende Handlungen sind nach Art. 8 bis Abs. 2 des Römischen Statutes<sup>10</sup> konkret als Angriffshandlungen definiert:

- die staatliche Invasion des Hoheitsgebietes eines anderen Staates, dessen militärische Besetzung oder die gewaltsame Annexion des Hoheitsgebietes eines anderen Staates
- die Bombardierung, Beschießung oder der Einsatz von Waffen jeder Art durch einen Staat gegen das Hoheitsgebiet eines anderen Staates
- die Blockade von Häfen oder Küsten durch die Streitkräfte eines anderen Staates
- ein Angriff der Streitkräfte eines Staates auf diejenige eines anderen Staates
- bei Einsatz von Streitkräften eines Staates mit Zustimmung eines anderen Staates auf dessen Hoheitsgebiet: der Verstoß gegen die vorgesehenen Bedingungen in der zugrunde liegenden Einwilligung oder Vereinbarung und jede Verlängerung über den Ablauf der Einwilligung oder Vereinbarung hinaus
- die Zurverfügungstellung seines Hoheitsgebietes durch einen Staat an einen anderen Staat zum Zwecke einer Angriffshandlung gegen einen dritten Staat
- das Entsenden bewaffneter Banden, Gruppen irregulärer Kräfte oder Söldner durch einen Staat, die mit Waffengewalt Handlungen vergleichbarer Intensität durchführen.

## 3. Offenkundigkeit eines Verstoßes gegen die Charta der Vereinten Nationen

Art, Schwere und der Umfang einer Angriffshandlung müssen dabei offenkundig gegen die Charta der Vereinten Nationen verstoßen. Diese sogenannte Schwellenklausel soll als tatbestandliches Korrektiv die Strafbarkeit auf eindeutige Fälle zu beschränken.<sup>11</sup>

Offenkundigkeit bedeutet nach der zugrunde liegenden Gesetzesbegründung, dass der Verstoß gegen die Charta der Vereinten Nationen für jeden Betrachter von außen auf der Hand und jenseits jeden Zweifels liegen muss. Der Tatbestand solle anhand objektiver Merkmale („Art, Schwere, Umfang“) in seiner Reichweite begrenzt werden. Zugleich solle der Beurteilungsmaßstab sowohl qualitative als auch quantitative Elemente umfassen, wobei die Offenkundigkeit immer im Rahmen einer Gesamtabwägung zu ermitteln sei.<sup>11</sup>

Der Angriffskrieg soll als Prototyp einer Angriffshandlung für einen offensichtlichen Verstoß gelten.<sup>11</sup> Bei einer dauerhaften Annektierung fremden Staatsgebietes oder Unterwerfung eines Staates als Ziel des Angriffes handelt es sich ebenfalls um eindeutige Fälle.<sup>12</sup> Andererseits

<sup>10</sup> BT-DrS 18/8621, S. 18 f.

<sup>11</sup> BT-DrS 18/8621, S. 16.

<sup>12</sup> BT-DrS 18/8621, S. 16 f.

sollen durch die Merkmale der Schwere und des Umfangs kleinere Grenzscharmützel oder kurzfristige Territorialverletzungen als Anwendungsfälle eindeutig ausgeschlossen sein.<sup>13</sup> Das Merkmal „Art“ der Verletzung zielt auf den Zweck einer Handlung, weshalb rein humanitäre Interventionen oder die präventive Selbstverteidigung vom Tatbestand nicht erfasst sein sollen. Die Rettung eigener Staatsangehöriger, das Eingreifen auf Einladung, das Handeln mit Ermächtigung des Sicherheitsrates sowie die Reaktion auf nicht-staatliche Angriffe sollen als eindeutige Fälle einer nicht offenkundigen Verletzung gelten.<sup>13</sup>

Ob der Begriff der „Offenkundigkeit“ dabei den Anforderungen an den strafrechtlichen des Bestimmtheitsgrundsatz gem. Art. 103 Abs. 2 GG entspricht, ist zumindest zweifelhaft. Die Gesetzesbegründung verweist auf ähnliche Formulierungen in § 3 VStGB und § 326 Abs. 6 StGB.<sup>11</sup>

### III. Planung, Vorbereitung und Einleitung eines Verbrechens der Aggression (§ 13 Abs. 2 VStGB)

Während das Führen eines Angriffskrieges und die Begehung einer Angriffshandlung in § 13 Abs. 1 VStGB unter Strafe gestellt wird, betrifft § 13 Abs. 2 VStGB die Planung, Vorbereitung und Einleitung dieser Handlungen. Der Strafraum liegt zwischen zehn Jahren und lebenslanger Freiheitsstrafe.

Nach der Gesetzesbegründung bedarf eine „Planung“ noch keines konkretisierten Angriffsvorhabens. Damit sollen Maßnahmen erfasst sein, die der Täter mit Blick auf ein noch nicht im Einzelnen konkretisiertes Angriffsvorhaben trifft, die jedoch über ein schlichtes inneres Nachdenken über einen Angriffskrieg hinausgehen.<sup>13</sup>

Die „Vorbereitung“ entfalte dagegen schon durch objektiv erkennbare und den späteren Angriff fördernde aktive Tätigkeiten eine gewisse Außenwirkung, als Vorstufe zur operativen Umsetzung des Plans.<sup>14</sup>

„Einleitung“ ist nach der Gesetzesbegründung als unmittelbares Ansetzen im Sinne des § 22 StGB zu verstehen. Gemeint sind Maßnahmen, die dem Ausbruch von Gewaltthandlungen unmittelbar vorgelagert sind und ohne Zäsur in den Ausbruch eines Angriffs münden. Damit falle es regelmäßig mit dem Versuch der Ausführung zusammen.<sup>14</sup>

§ 13 Abs. 2 S. 2 Nr. 2 VStGB nennt für eine Vorbereitungshandlung als objektive Bedingungen der Strafbarkeit die Ausführung einer Angriffshandlung (Nr. 1) oder die Herbeiführung einer konkreten Gefährdungslage (Nr. 2). Letztere entspricht der „Gefahr eines Krieges“ in § 80 StGB a. F.<sup>14</sup>

<sup>13</sup> BT-DrS 18/8621, S. 17.

<sup>14</sup> BT-DrS 18/8621, S. 18.

## IV. Täterschaft und Teilnahme

§ 13 Abs. 4 VStGB stellt fest, dass Beteiligter einer Tat nur sein kann, wer tatsächlich in der Lage ist, das politische oder militärische Handeln eines Staates zu kontrollieren oder zu lenken. Diese Regelung entspricht einem absoluten Sonderdelikt. Ziel dieser sogenannten „Führungsklausel“ ist entsprechend Art. 8bis des Römischen Statutes und des Völkergewohnheitsrechts „dem einfachen Soldaten die mitunter schwierige Bewertung der Rechtmäßigkeit des Einsatzes von Waffengewalt zu ersparen und ihn nicht in den Personenkreis möglicher Straftäter einzubeziehen“.<sup>15</sup>

Der Täter muss dabei nicht Teil eines Staatsorgans sein. Auch Privatpersonen ohne Regierungsverantwortung können Täter sein. Dabei setzt die Täterschaft eine effektive Kontrolle über das Handeln des Staates voraus. Neben Wirtschaftsführern kommen dafür auch Angehörige ideologischer oder religiöser Eliten in Betracht.<sup>16</sup>

Im Unterschied zur Regelung des § 28 Abs. 1 StGB führt das Nichtvorliegen eines strafbegründenden besonderen persönlichen Merkmals beim Teilnehmer zur Straffreiheit. Für eine Strafbarkeit von Anstiftern oder Gehilfen bedarf es also deren tatsächlicher Fähigkeit, das politische oder militärische Handeln des Staates zu kontrollieren oder zu lenken.<sup>16</sup>

## V. Auswirkungen auf andere Tatbestände des StGB

### 1. Aufheben des § 80 StGB a. F. („Vorbereitung eines Angriffskrieges“)

Durch Art. 2 Abs. 4 Nr. 3 Gesetzes vom 22. Dezember 2016 wurde § 80 StGB aufgehoben.

### 2. Änderungen des § 80a StGB („Aufstacheln zum Angriffskrieg“)

Durch Art. 2 Abs. 4 Nr. 4 des Gesetzes vom 22. Dezember 2016 wurde eine Anpassung des Wortlautes durchgeführt. Der bislang benutzte Begriff „Angriffskrieg“ wurde durch „Verbrechen der Aggression“ ersetzt. Diese redaktionelle Anpassung war auf Grund des Wegfalls des § 80 StGB a.F. und Einführung des § 13 VStGB geboten. Änderungen in der Anwendung der Vorschrift des Tatbestandes sind nicht zu erwarten.

### 3. Anwendung des § 111 Abs. 1 StGB („Öffentliche Aufforderung zu Straftaten“)

Mit Schaffung des § 13 VStGB und Wegfall des § 80 StGB a.F. wird nun gemäß § 111 Abs. 1 StGB auch die öffentliche Aufforderung zu einem Verbrechen der Aggression

<sup>15</sup> BT-DrS 18/8621, S. 19.

<sup>16</sup> BT-DrS 18/8621, S. 20.

strafbar.<sup>17</sup> Insofern ist zur Bestimmung des *lex specialis* eine begriffliche Abgrenzung zwischen einer Aufforderung im Sinne des § 111 Abs. 1 StGB und einem Aufstacheln im Sinne des § 80 a StGB erforderlich.

## VI. Strafanwendung und Strafverfahren

In Abweichung vom Weltrechtsprinzip des § 1 S. 1 VStGB macht die Bundesregierung in ihrer Gesetzgebung deutlich, dass sie kein umfassendes Weltrechtsprinzip für das Verbrechen der Aggression einführen wolle.<sup>18</sup> Nach dem neu eingefügten § 1 S. 2 VStGB sollen sich nur Deutsche strafbar machen können sowie ausländische Staatsangehörige in den Fällen, in denen sich die Tat gegen die Bundesrepublik Deutschland richtet.<sup>19</sup> Eine uneingeschränkte Weltgeltung würde von deutschen Strafverfolgungsbehörden praktisch nicht zu leisten sein.<sup>18</sup> In Fällen ohne jeglichen Bezug zu Deutschland wird danach ausländischen oder internationalen Strafverfolgungsbehörden der Vortritt gelassen.<sup>20</sup>

Auf Grundlage von § 153 f Abs. 1 StPO kann durch die Staatsanwaltschaft von einer Verfolgung in den Fällen des § 153 c Abs. 1 Nr. 1 und 2 StPO absehen. Soweit kein Bezug zu Deutschland besteht ist deshalb mit einer Verfolgung nicht zu rechnen. Die Regelung des § 153 f Abs. 1 Satz 1 StPO wurde durch Artikel 2 Abs. 3 Nr. 5 des Gesetzes vom 22. Dezember 2016 entsprechend ergänzt.

## VII. Zusammenfassung und Ausblick

Durch das Gesetz vom 22. Dezember 2016 wurde erstmals das Führen eines Angriffskrieges in § 13 Abs. 1

VStGB unter Strafe gestellt. Dabei wird der im Römischen Statut näher definierte Begriff des Verbrechens der Aggression verwendet und einer Angriffshandlung gleichgestellt. Mit den in Artikel 8bis des Römischen Statutes dargestellten Fällen ergibt sich eine hinreichende Bestimmtheit der Tathandlung. Ein Täter muss in der Lage sein, das politische oder militärische Geschehen zu lenken. Die in § 13 Abs. 2 VStGB genannten Vorbereitungshandlungen sind ebenfalls unter Strafe gestellt, wobei unklar bleibt, wann ein offenkundiger Verstoß gegen die Charta der Vereinten Nationen vorliegt. Als absolutes Sonderdelikt gelten Besonderheiten für die Strafbarkeit von Teilnehmern, die auch selbst über Führungseigenschaften verfügen müssen.

Das im Übrigen nach § 1 S. 1 VStGB geltende Weltrechtsprinzip findet keine Anwendung. Gemäß § 153 f Abs. 1 Satz 1 StPO wird die Staatsanwaltschaft von einer Verfolgung absehen, wenn ein Bezug zu Deutschland nicht gegeben ist.

Artikel 26 Abs. 1 Satz 2 GG findet in der Gesetzesänderung ebenso seine Umsetzung wie die Beschlüsse vom Kampala aus dem Jahr 2010. Die praktische Anwendung durch den Generalbundesanwalt (§§ 142 a Abs. 1 S.1 i.V.m. 120 Abs. 1 Nr. 8 GVG) bleibt abzuwarten.

Die Gesetzesänderung an der Schnittstelle zwischen Völkerrecht und innerstaatlichem Strafrecht hat zu einer Stärkung strafrechtlicher Verantwortlichkeit gesellschaftlicher Eliten geführt, deren Bedeutung nicht unterschätzt werden sollte. Ob sie geeignet sein wird, Angriffshandlungen zu vermeiden und innerstaatlich zu bekämpfen kann nur die Zukunft zeigen.<sup>21</sup>

<sup>17</sup> BT-DrS 18/8621, S. 22.

<sup>18</sup> BT-DrS 18/8621, S. 13.

<sup>19</sup> BT-DrS 18/8621, S. 12.

<sup>20</sup> *Greßmann/Staudigl* ZIS 2016, 798, 801.

<sup>21</sup> Ähnlich aus internationaler Sicht *Barriga* ZIS 2010, 644, 648; *Ambos* ZIS 2010, 649, 668.

Dokumentation

# Verfahrensdokumentation

In dieser Ausgabe kein Eintrag.

# Schrifttum

In dieser Ausgabe kein Eintrag.

# Vollständige Rechtsprechungsübersicht

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

### **130. BVerfG 2 BvR 1519/14 (2. Kammer des Zweiten Senats) – Beschluss vom 30. November 2016 (OLG Hamm / LG Bochum)**

Verlegung eines Strafgefangenen in eine andere Justizvollzugsanstalt (Beeinträchtigung des Resozialisierungsanspruchs; Abbruch sozialer Bindungen; Verlust der Arbeitsmöglichkeit; Rechtfertigung der Verlegungsentscheidung; Grundsatz der Verhältnismäßigkeit; Fehlverhalten eines Dritten nur ausnahmsweise tauglicher Verlegungsgrund; zerrüttetes Verhältnis zwischen Anstaltsarzt und Gefangenen wegen jahrelanger Falschbehandlung); effektiver Rechtsschutz bei der Rechtsbeschwerde (Nachprüfung zur Sicherung einer einheitlichen Rechtsprechung; Entbehrlichkeit einer Nachprüfung bei erkennbar singulären Rechtsfehlern; konkrete Anhaltspunkte gegen eine Wiederholungsgefahr); Zulässigkeit der Verfassungsbeschwerde (fortbestehendes Rechtsschutzbedürfnis bei typischerweise kurzfristig erledigten Maßnahmen; tiefgreifender Grundrechtsverstoß).

Art. 1 Abs. 1 GG; Art. 2 Abs. 1 GG; Art. 19 Abs. 4 GG; § 8 Abs. 1 StVollzG; § 65 Abs. 1 StVollzG; § 109 StVollzG; § 116 Abs. 1 StVollzG

### **131. BVerfG 2 BvR 2011/16, 2 BvR 2034/16 (2. Kammer des Zweiten Senats) – Beschluss vom 16. Januar 2017 (BGH / LG Rostock)**

Geschäftsverteilung und Garantie des gesetzlichen Richters (nachträgliche Änderung der Zuständigkeit für bereits anhängige Verfahren bei Einrichtung einer Hilfsstrafkammer; Erfordernis einer generell-abstrakten Regelung im Geschäftsverteilungsplan selbst; Verbot einer

Delegation der Zuständigkeitsentscheidung an die Spruchkörper; vollumfängliche Prüfung durch das Bundesverfassungsgericht; Unzulässigkeit einer Stichtagsregelung bei Bestimmung der Zuständigkeit anhand eines noch in der Zukunft liegenden Ereignisses).

Art. 101 Abs. 1 Satz 2 GG; § 21e Abs. 3 GVG; § 222b StPO

### **132. BVerfG 2 BvR 2023/16 (2. Kammer des Zweiten Senats) – Beschluss vom 23. Dezember 2016 (BGH / LG Rostock)**

Geschäftsverteilung und Garantie des gesetzlichen Richters (nachträgliche Änderung der Zuständigkeit für bereits anhängige Verfahren bei Einrichtung einer Hilfsstrafkammer; Erfordernis einer generell-abstrakten Regelung im Geschäftsverteilungsplan selbst; Verbot einer Delegation der Zuständigkeitsentscheidung an die Spruchkörper; vollumfängliche Prüfung durch das Bundesverfassungsgericht; Unzulässigkeit einer Stichtagsregelung bei Bestimmung der Zuständigkeit anhand eines noch in der Zukunft liegenden Ereignisses).

Art. 101 Abs. 1 Satz 2 GG; § 21e Abs. 3 GVG; § 222b StPO

### **133. BVerfG 2 BvR 2377/16 (3. Kammer des Zweiten Senats) – Beschluss vom 12. Dezember 2016 (LG Stuttgart / AG Stuttgart)**

Ordnungsgeld gegen den Betreiber eines E-Mail-Dienstes (erfolgreicher Antrag auf Erlass einer einstweiligen Anordnung; Herausgabe der Inhalts- und Verkehrsdaten eines E-Mail-Accounts; Ausleitung der IP-Adressen; schwerer Nachteil).

Art. 2 Abs. 1 GG; Art. 2 Abs. 2 Satz 2 GG; Art. 20 Abs. 3 GG; § 32 Abs. 1 BVerfGG; § 100a StPO; § 100b Abs. 3 StPO; § 70 Abs. 1 StPO; § 95 Abs. 2 Satz 1 StPO; § 110 TKG; § 3 TKÜV; § 5 TKÜV; § 7 TKÜV

**134. BVerfG 2 BvR 2422/16 (3. Kammer des Zweiten Senats) – Beschluss vom 16. Dezember 2016 (OLG Dresden)**

Unzulässigkeit der Verfassungsbeschwerde mangels Rechtswegerschöpfung bei möglicher Wiedereinsetzung in die Revisionsbegründungsfrist (mangelhafte Revisionsbegründung aufgrund eines Versäumnisses des Rechtspflegers; Grundrecht auf ein faires Verfahren; Belehrung über die Wiedereinsetzungsmöglichkeit; Wiedereinsetzungsfrist).

Art. 2 Abs. 1 GG; Art. 20 Abs. 3 GG; § 90 Abs. 2 Satz 1 BVerfGG; § 45 StPO; § 344 Abs. 2 StPO; § 345 Abs. 2 StPO

**135. BVerfG 2 BvR 2530/16, 2 BvR 2531/16 (2. Kammer des Zweiten Senats) – Beschluss vom 21. Dezember 2016 (LG Cottbus)**

Willkürliche Versagung wirksamen Eilrechtsschutzes im Strafvollzug (Antrag auf Langzeitbesuche und auf Freistellung von der Arbeit; Verbot objektiver Willkür; Pflicht zur Begründung auch unanfechtbarer Entscheidungen bei Antragsablehnung; Willkürverstoß bei fehlender oder nur formelhafter Begründung unter Bezugnahme auf die falsche Verfahrensvorschrift; Gewährleistung effektiven Rechtsschutzes; Recht auf wirksame Kontrolle auch im Eilverfahren; Verletzung der Rechtsschutzgarantie bei Begründungsmangel).

Art. 3 Abs. 1 GG; Art. 19 Abs. 4 GG; § 114 Abs. 2 Satz 2 StVollzG; § 120 Abs. 1 Satz 2 StVollzG; § 34 StPO; § 32 BbgJVollzG; § 34 Abs. 4 BbgJVollzG

**136. BGH 1 StR 177/16 – Beschluss vom 20. Dezember 2016 (OLG München)**

BGHSt; Erschleichen der Einbürgerung (Machen unvollständiger Angaben zu wesentlichen Voraussetzungen der Einbürgerung; Begriff der Wesentlichkeit, gesetzlich angeordnetes Außerbetrachtleiben von inländischen Strafverurteilungen, Orientierung der Auslegung an § 98 BVFG, nicht an § 95 Abs. 2 Nr. 2 AufenthG).

§ 42 StAG; § 12 Abs. 1 StAG; § 98 BVFG; § 95 Abs. 2 Nr. 2 AufenthG

**137. BGH 1 StR 316/16 – Beschluss vom 22. September 2016 (LG Kempten)**

Inbegriffsrüge (Nachweis der Falschheit einer Urkunde nur durch Inaugenscheinnahme nicht durch Verlesen der Urkunde).

§ 261 StPO; § 86 StPO; § 249 Abs. 1 Satz 1 StPO

**138. BGH 1 StR 358/16 – Beschluss vom 7. Dezember 2016 (LG Tübingen)**

Nachträgliches Zusammentreffen von Einzelfreiheitsstrafe und Einzelgeldstrafe (selbstständiger Ausspruch einer Gesamtgeldstrafe neben Freiheitsstrafe: Ermessen des Tatrichters, erforderliche Begründung, revisionsrechtliche Kontrolle, Verschlechterungsverbot).

§ 53 Abs. 2 StGB; § 55 StGB; § 358 Abs. 2 StPO; § 43 StGB

**139. BGH 1 StR 417/16 – Beschluss vom 10. November 2016 (LG Nürnberg-Fürth)**

Gesamtstrafenbildung (eigenständiger Zumessungsakt: umfassende Würdigung der Person des Täters und der einzelnen Straftaten; deutliche Erhöhung der Einsatzstrafe: erforderliche Begründung; revisionsrechtliche Überprüfbarkeit).

§ 54 Abs. 1 StGB; § 267 Abs. 2 Satz 1 StPO

**140. BGH 1 StR 487/16 – Beschluss vom 7. Dezember 2016 (LG Ravensburg)**

Ausschluss der Öffentlichkeit während der Schlussanträge (letztes Wort des Angeklagten).

§ 169 GVG; § 171b Abs. 3 Satz 2 GVG; § 258 Abs. 3 StPO

**141. BGH 1 StR 499/16 – Beschluss vom 8. Dezember 2016 (LG Weiden)**

Unerlaubtes bewaffnetes Handeltreiben mit Betäubungsmitteln in nicht geringer Menge (strafschärfende Berücksichtigung der Gefährlichkeit des Betäubungsmittels: Anforderungen an die Urteilsdarstellung).

§ 30a Abs. 2 Nr. 2 BtMG; § 46 StGB; § 267 Abs. 2 Satz 1 StPO

**142. BGH 1 StR 594/16 – Beschluss vom 21. Dezember 2016 (LG Würzburg)**

Anordnung der Unterbringung in einem psychiatrischen Krankenhaus (Voraussetzungen: Gefährlichkeitsprognose: erforderliche Gesamtwürdigung der Persönlichkeit des Täters; Darlegungsanforderungen).

§ 63 StGB; § 267 Abs. 6 Satz 1 StPO

1. Die Unterbringung in einem psychiatrischen Krankenhaus gemäß § 63 StGB darf nur angeordnet werden, wenn zweifelsfrei feststeht, dass der Unterzubringende bei Begehung der Anlasstat aufgrund eines psychischen Defekts schuldunfähig oder vermindert schuldfähig war und die Tatbegehung auf diesem Zustand beruht. Der Defektzustand muss, um die notwendige Gefährlichkeitsprognose tragen zu können, von längerer Dauer sein. Prognostisch muss eine Wahrscheinlichkeit höheren Grades dafür bestehen, der Täter werde infolge seines fortdauernden Zustands in Zukunft erhebliche rechtswidrige Taten begehen, durch welche die Opfer seelisch oder körperlich erheblich geschädigt oder erheblich gefährdet werden oder schwerer wirtschaftlicher Schaden angerichtet wird (§ 63 Satz 1 StGB).

2. Der Tatrichter hat die der Unterbringungsanordnung zugrunde liegenden Umstände in den Urteilsgründen so umfassend darzustellen, dass das Revisionsgericht in die Lage versetzt wird, die Entscheidung nachzuvollziehen (st. Rspr.).

3. Erforderlich ist auf der Ebene der Darlegungsanforderungen für die Voraussetzungen einer aufgrund aufgehobener Einsichtsfähigkeit ausgeschlossenen Schuldfähigkeit (§ 20 StGB) bei Begehung der Anlasstat stets eine konkretisierende Darstellung, in welcher Weise sich die näher festgestellte psychische Störung bei Begehung der Tat auf die Handlungsmöglichkeiten des Beschuldigten bzw. Angeklagten in der konkreten Tatsituation und

damit auf seine Einsichts- oder Steuerungsfähigkeit ausgewirkt hat (st. Rspr).

4. Die für die Anordnung der Unterbringung gemäß § 63 StGB erforderliche Wahrscheinlichkeit höheren Grades, der Täter werde infolge seines fortdauernden psychischen Zustands in Zukunft erhebliche rechtswidrige Taten begehen, ist auf der Grundlage einer umfassenden Würdigung der Persönlichkeit des Täters, seines Vorlebens und der von ihm begangenen Anlasstat(en) zu entwickeln (st. Rspr.); die Prognose muss sich auch darauf erstrecken, welche rechtswidrigen Taten von dem Beschuldigten drohen und wie ausgeprägt das Maß der Gefährdung, einzustellen in die Gefährlichkeitsprognose ist die konkrete Krankheits- und Kriminalitätsentwicklung sowie die auf die Person des Beschuldigten und seine konkrete Lebenssituation bezogenen Risikofaktoren, die eine individuelle krankheitsbedingte Disposition zur Begehung von Straftaten jenseits der Anlasstaten belegen können ist (vgl. BGH NStZ-RR 2016, 306 f).

**143. BGH 2 StR 9/15 – Urteil vom 7. November 2016 (LG Darmstadt)**

BGHSt; Recht auf den gesetzlichen Richter (Mitwirkung einer Richterin im nachgeburtlichen Mutterschutz: keine Dispositionsfreiheit der Richterin, Vereinbarkeit mit der richterlichen Unabhängigkeit).

Art. 101 Abs. 1 Satz GG; Art. 97 Abs. 1 GG; § 338 Nr. StPO; § 6 Abs. 1 Satz 1 MuSchG i.V.m. § 2 HRiG; § 95 Nr. 1 HBG; § 1 Abs. 1 Satz 1 Nr. 2 HMuSchEltZVO

**144. BGH 2 StR 316/16 – Beschluss vom 16. November 2016 (LG Stralsund)**

Bildung einer Einheitsjugendstrafe (erforderliche von der früheren Beurteilung unabhängige einheitliche Rechtsfolgenbemessung auch für die früher abgeurteilten Taten); Strafzumessung (Doppelverwertungsverbot).

§ 31 Abs. 2 JGG; § 46 Abs. 1, Abs. 3 StGB

**145. BGH 2 StR 472/16 – Beschluss vom 29. November 2016 (LG Aachen)**

Tatrichterliche Beweiswürdigung (Anforderungen an die Darstellung der Identifizierung des Angeklagten als Täter durch einen Zeugen; revisionsrechtliche Überprüfbarkeit).

§ 261 StPO; § 267 Abs. 2 Satz 1 StPO

**146. BGH 2 ARs 386/15 – Beschluss vom 7. November 2016 (BGH)**

Anfrageverfahren; verminderte Schuldfähigkeit (Versagung der fakultativen Strafmilderung bei vom Täter verschuldeter Trunkenheit: Gebot der differenzierten Verschuldensprüfung im Einzelfall).

§ 132 Abs. 2 GVG; § 21 StGB; § 49 Abs. 1 StGB

**147. BGH 2 ARs 44/16 (2 AR 2/16) – Beschluss vom 26. Oktober 2016 (AG Mönchengladbach; AG Delbrück)**

Zuständigkeit für die Vollstreckung einer Jugendstrafe nach Aufnahme des Verurteilten in die Einrichtung für den Vollzug der Jugendstrafe.

§ 85 Abs. 2 JGG

**148. BGH 4 StR 246/16 – Urteil vom 8. Dezember 2016 (LG Konstanz)**

Bewaffnetes Handeltreiben mit Betäubungsmitteln in nicht geringer Menge (Begriff des Mitsichführens: gleichzeitig möglicher Zugriff auf Betäubungsmittel und Waffe während eines Einzelakts des Handeltreibens).

§ 30 Abs. 2 Nr. 2 BtMG

**149. BGH 4 StR 343/16 – Beschluss vom 6. Dezember 2016 (LG Essen)**

Mitteilung über außerhalb der Hauptverhandlung geführte Verständigungsgespräche (Begriff des Verständigungsgesprächs: Konnex von prozessuellem Verhalten und Verfahrensergebnis, Ausschluss des Beruhens auf einem Verstoß).

§ 243 Abs. 4 StPO; § 337 Abs. 1 StPO

**150. BGH 4 StR 359/16 – Urteil vom 22. Dezember 2016 (LG Stendal)**

Anordnung der Unterbringung in einem psychiatrischen Krankenhaus (Gefährlichkeitsprognose: Begriff der erheblichen rechtswidrigen Taten, keine Begrenzung auf bestimmte Tatbestände, Bedrohung als erhebliche Tat).

§ 63 StGB; § 241 StGB

1. Ergibt sich die Erheblichkeit drohender Taten im Rahmen der Gefährlichkeitsprognose nach § 63 StGB nicht aus den Anlasstaten selbst, ordnet das Gericht nach § 63 Satz 2 StGB nF die Unterbringung in einem psychiatrischen Krankenhaus nur an, wenn besondere Umstände die Erwartung rechtfertigen, der Täter werde infolge seines fortdauernden Zustandes in Zukunft erhebliche rechtswidrige Taten begehen, durch welche die Opfer seelisch oder körperlich erheblich geschädigt oder erheblich gefährdet werden oder schwerer wirtschaftlicher Schaden angerichtet wird. Hierbei kommt es auf die zu befürchtende konkrete Ausgestaltung der Taten an, da das Gesetz keine Beschränkung auf bestimmte Tatbestände vorgenommen hat (vgl. BGH NStZ 1995, 228).

2. Das bedeutet, dass auch Bedrohungen im Sinne des § 241 StGB nicht von vornherein als unerheblich im Sinne des § 63 StGB angesehen werden können. Todesdrohungen, die geeignet sind, den Bedrohten nachhaltig und massiv in seinem elementaren Sicherheitsempfinden zu beeinträchtigen, stellen eine schwerwiegende Störung des Rechtsfriedens dar und sind nicht bloße Belästigungen (vgl. BGH NStZ-RR 2006, 358 f.). Schon im Hinblick auf das Gewicht eines Eingriffs gemäß § 63 StGB ist jedoch erforderlich, dass die Bedrohung in ihrer konkreten Ausgestaltung aus der Sicht des Betroffenen die naheliegende Gefahr ihrer Verwirklichung in sich trägt (vgl. BGH NStZ 2008, 563 f.).

**151. BGH 4 StR 360/16 – Urteil vom 22. Dezember 2016 (LG Magdeburg)**

Unerlaubtes Handeltreiben mit Betäubungsmitteln in nicht geringer Menge (Bestimmung der Betäubungsmittelmenge bei auf späterer Veräußerung zielendem Anbau; Strafzumessung: Berücksichtigung der angestrebten Wirkstoffmenge).

§ 29a Abs. 1 Nr. 2 BtMG; § 29 Abs. 1 Nr. 1 BtMG; § 46 StGB

**152. BGH 4 StR 389/16 – Urteil vom 8. Dezember 2016 (LG Konstanz)**

Besonders schwerer sexueller Missbrauch eines Kindes (Begriff der sexuellen Handlung; Begriff des Eindringens in den Körper: Eindringen mit Finger oder Gegenständen).

§ 176a Abs. 2 Nr. 1 StGB

**153. BGH 4 StR 419/16 – Beschluss vom 7. Dezember 2016 (LG Stendal)**

Täter-Opfer-Ausgleich (Voraussetzungen: schnelle Veröhnungsbereitschaft des Opfers kein grundsätzliches Hindernis); Anordnung der Unterbringung in einer Entziehungsanstalt (hinreichende Heilungsaussicht; Wecken der Therapiebereitschaft des Angeklagten erst während der Therapie).

§ 46a Nr. 1 StGB; § 64 Satz 2 StGB

**154. BGH 4 StR 500/16 – Beschluss vom 7. Dezember 2016 (LG Magdeburg)**

Anordnung der Unterbringung in einem psychiatrischen Krankenhaus (kein Beruhen auf fehlerhaften Nichtanwendung der Neufassung des § 63 StGB bei Beachtung der vorherigen Rechtsprechung zur Gefährlichkeitsprognose).

§ 63 StGB

**155. BGH 4 StR 501/16 – Beschluss vom 22. November 2016 (LG Köln)**

Gefährdung des Straßenverkehrs (Begriff des falschen Fahrens bei Überholvorgängen).

§ 315c Abs. 1 Nr. 2 lit. b StGB

**156. BGH 1 StR 305/16 – Beschluss vom 7. Dezember 2016 (LG München II)**

Verwerfung der Revision als unbegründet.

§ 349 Abs. 2 StPO

**157. BGH 1 StR 344/16 – Urteil vom 8. Dezember 2016 (LG Mannheim)**

Vorsatz (bedingter Tötungsvorsatz; spontane oder in affektiver Erregung begangene objektiv gefährliche Tathandlung); verminderte Schuldfähigkeit (niedrige Intelligenz; emotionale Überforderung; kein minder schwerer Fall trotz Vorliegens eines vertypten Milderungsgrundes); Beweiswürdigung (Hinnahme der tatrichterlichen Überzeugungsbildung durch das Revisionsgericht); gefährliche Körperverletzung (eine das Leben gefährdende Behandlung).

§ 15 StGB; § 21 StGB; § 224 Abs. 1 Nr. 5 StGB

**158. BGH 1 StR 426/15 – Beschluss vom 21. Dezember 2016 (LG Augsburg)**

Unbegründete Anhörungsrüge.

§ 356a StPO

**159. BGH 1 StR 462/16 – Beschluss vom 11. Oktober 2016 (LG Würzburg)**

BGHSt; Wohnungseinbruchdiebstahl (Begriff der Wohnung; Anwendung auf Wohnmobile und Wohnwagen; Erforderlichkeit der Nutzung zur Übernachtung; Entstehungsgeschichte und Schutzzweck der Vorschrift).

§ 244 Abs. 1 Nr. 3 StGB

**160. BGH 1 StR 542/16 – Beschluss vom 8. Dezember 2016 (LG Duisburg)**

Verwerfung der Revision als unbegründet.

§ 349 Abs. 2 StPO

**161. BGH 1 StR 590/16 – Beschluss vom 20. Dezember 2016 (LG Landshut)**

Eigene Entscheidung in der Sache (unzulässige Urteilsberichtigung; Schuldspruchberichtigung); Strafrahmewahl (besondere gesetzliche Milderungsgründe; Einbeziehung der Umstände des Einzelfalls).

§ 354 Abs. 1 StPO; § 27 Abs. 2 Satz 2 StGB; § 49 Abs. 1 StGB

**162. BGH 1 StR 603/16 – Beschluss vom 21. Dezember 2016 (LG Nürnberg-Fürth)**

Anordnung des Verfalls (Unterbleiben der Anordnung; unbillige Härte; Prüfungsreihenfolge).

§ 73c Abs. 1 StGB

**163. BGH 1 StR 617/16 – Beschluss vom 20. Dezember 2016 (LG Nürnberg-Fürth)**

Kompensationsentscheidung (aufgrund einer Verzögerung nach Beginn des Revisionsverfahrens).

Art. 6 Abs. 1 Satz 1 EMRK; § 349 Abs. 4 StPO; 354 Abs. 1a Satz 2 StPO

**164. BGH 2 StR 141/16 – Beschluss vom 16. November 2016 (LG Kassel)**

Beweiswürdigung (DNA-Spuren); Zurückverweisung zu neuer Verhandlung und Entscheidung.

§ 354 Abs. 2 StPO

**165. BGH 2 StR 165/15 – Beschluss vom 16. November 2016**

Ablehnung des Antrags auf Bewilligung einer Pauschgebühr.

§ 51 Abs. 1 Satz 1 und 3 RVG

**166. BGH 2 StR 425/16 – Beschluss vom 6. Dezember 2016 (LG Köln)**

Unzulässige Revision der Nebenklage (zulässiges Ziel).

§ 349 Abs. 1 StPO; § 400 Abs. 1 StPO

**167. BGH 2 StR 425/16 – Beschluss vom 6. Dezember 2016 (LG Köln)**

Kosten- und Auslagenentscheidung.

§ 464 Abs. 3 StPO

**168. BGH 2 StR 432/16 – Beschluss vom 20. Dezember 2016 (LG Gera)**

Rechtsmittelverzicht (Unwiderruflichkeit bei Anwendung von Jugendstrafrecht; Ausnahme bei vorheriger informeller Verständigung).

§ 55 JGG; § 257c StPO; § 302 Abs. 1 Satz 2 StPO

**169. BGH 2 StR 440/16 – Beschluss vom 8. Dezember 2016 (LG Erfurt)**

Versuch (Rücktritt; Rücktrittshorizont; unbeendeter Versuch; fehlgeschlagener Versuch).

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

**170. BGH 2 StR 462/16 – Beschluss vom 21. Dezember 2016 (LG Stralsund)**

Eigene Sachentscheidung des Revisionsgerichts (widersprüchliche Urteilsgründe; Erkennen auf niedrige Strafe).

§ 354 Abs. 1 StPO

Sind die Urteilsgründe hinsichtlich der Gesamtstrafenbildung widersprüchlich, kann der Senat in entsprechender Anwendung von § 354 Abs. 1 StPO auf die niedrigere der Einzelstrafen erkennen, wenn auszuschließen ist, dass die Strafkammer eine niedrigere als die in den Gründen genannte Einzelstrafe verhängt hätte.

**171. BGH 2 StR 9/15 – Beschluss vom 7. November 2016 (OLG Frankfurt am Main)**

Beschwerde gegen Anordnung des dinglichen Arrests (Zuständigkeit; keine Analogie mangels Regelungslücke). Art. 101 Abs. 1 Satz 2 GG; § 111i StPO; § 121 Abs. 1 Nr. 2 GVG

**172. BGH 2 StR 475/16 – Beschluss vom 20. Dezember 2016 (LG Bonn)**

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

**173. BGH 2 StR 480/16 – Beschluss vom 8. Dezember 2016 (LG Erfurt)**

Beweiswürdigung (Beweisqualität des Wiedererkennens; fehlerhafte Lichtbildvorlage).  
§ 261 StPO

**174. BGH 2 StR 556/15 – Urteil vom 2. November 2016 (LG Aachen)**

Ablehnung von Beweisanträgen (Unerreichbarkeit eines Zeugen; hinreichende Individualisierung).  
§ 244 Abs. 3 StPO

**175. BGH 2 ARs 162/16 (2 AR 75/15) – Beschluss vom 31. Oktober 2016**

Verwerfung der Beschwerde als unzulässig.  
§ 304 Abs. 4 Satz 2 StPO

**176. BGH 2 ARs 82/16 – Beschluss vom 21. Dezember 2016**

Verwerfung der Beschwerde als unzulässig.  
§ 304 Abs. 4 Satz 2 StPO

**177. BGH 4 StR 385/16 – Beschluss vom 6. Dezember 2016 (LG Bochum)**

Teileinstellung bei gleichzeitiger Änderung des Schuldspruchs.  
§ 154 Abs. 2 StPO

**178. BGH 4 StR 473/16 – Beschluss vom 7. Dezember 2016 (LG Baden-Baden)**

Teilaufhebung der Feststellungen im Adhäsionsaus-spruch.  
§ 406 Abs. 1 StPO

Ein Verstoß gegen die Antragspflicht des Verletzten im Adhäsionsverfahren gem. § 404 Abs. 1 StPO ist von Amts wegen zu berücksichtigen.

**179. BGH 4 StR 473/16 – Beschluss vom 14. Dezember 2016**

Bewilligung der Prozesskostenhilfe; Beiordnung einer Rechtsanwältin.

§ 404 Abs. 5 StPO; § 119 Abs. 1 Satz 1 ZPO; § 121 Abs. 2 ZPO

**180. BGH 4 StR 484/16 – Beschluss vom 20. Dezember 2016 (LG Arnberg)**

Wiedereinsetzung in den vorigen Stand.  
§ 44 StPO

**181. BGH 4 StR 490/16 – Beschluss vom 21. Dezember 2016 (LG Dessau-Roßlau)**

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

**182. BGH 4 StR 527/16 – Beschluss vom 21. Dezember 2016 (LG Stendal)**

Revisionsverfahren (Verhandlungsfähigkeit; paranoid-halluzinatorische Psychose).  
§ 302 StPO

**183. BGH 3 StR 462/16 – Beschluss vom 20. Dezember 2016 (LG Hannover)**

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

**184. BGH 5 StR 164/16 – Beschluss vom 11. Januar 2017 (LG Leipzig)**

BGHR; Voraussetzungen der Mittäterschaft beim Betrieb von Streaming-Plattformen („kino.to“; Vervielfältigung; Materialisierung in der digitalen Außenwelt); Computersabotage (Anwendbarkeit unabhängig von der Rechtmäßigkeit des Datenverarbeitungsvorgangs).  
§ 303b Abs. 1 StGB; § 106 UrhG; § 25 Abs. 2 StGB

**185. BGH 5 StR 179/16 – Urteil vom 6. Dezember 2016 (LG Saarbrücken)**

Sachlich-rechtlich fehlerhafte Beweiswürdigung (Lücken bei der Beurteilung der Glaubhaftigkeit der Aussage der minderjährigen Belastungszeugin; übertrieben Anforderungen an die zur Verurteilung erforderliche Gewissheit; Gedächtnisunsicherheiten als mögliche Ursache von Aussageninkonstanz).  
§ 261 StPO

**186. BGH 5 StR 424/15 – Beschluss vom 8. Dezember 2016 (LG Dresden)**

Anforderungen an die Darstellung der Bemessungsfaktoren bei Festsetzung der Geldbuße gegen eine juristische Person (Unrechtsgehalt der Bezugstat; wirtschaftliche Situation des Unternehmens; Nettoprinzip; Abzug von Kosten und Aufwendungen; Schätzung; Darstellung der Schätzungsgrundlagen in den Urteilsgründen).  
§ 17 OWiG; § 30 OWiG

**187. BGH 5 StR 431/16 – Beschluss vom 8. November 2016 (LG Cottbus)**

Gewaltsames Entblößen der Kleidung für sich allein keine sexuelle Handlung am Körper des Opfers.  
§ 174 StGB

**188. BGH 5 StR 454/16 – Beschluss vom 8. Dezember 2016 (LG Flensburg)**

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

**189. BGH 5 StR 461/16 – Beschluss vom 8. Dezember 2016 (LG Berlin)**

Teilweise Berichtigung des Schuldspruchs bei der Verurteilung wegen mehrerer Betäubungsmitteldelikte.  
§ 260 StPO; § 29 BtMG; § 30a BtMG

**190. BGH 5 StR 532/16 – Beschluss vom 10. Januar 2017 (LG Hamburg)**

BGHSt; keine Lücke in der Ahndbarkeit von Insiderhandel und Marktmanipulation (Anforderungen des Bestimmtheitsgebots bei Blankettverweisung auf Gemeinschaftsrecht; Einbeziehung des erweiterten Regelungszusammenhangs in die Verweisung; Wille des Gesetzgebers; Hinausschieben des Geltungszeitpunktes; statische und dynamische Verweisung; Transparenz des Regelungswerks; Normadressaten mit in der Regel fachspezifischer Ausbildung).

§ 38 Abs. 3 Nr. 1 WpHG; § 39 Abs. 3d Nr. 2 WpHG; § 2 Abs. 3 StGB; § 4 Abs. 3 OWiG; § 354a StPO; Art. 14, 15 Marktmissbrauchsverordnung

**191. BGH 5 StR 563/16 – Beschluss vom 10. Januar 2017 (LG Dresden)**

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

**192. BGH AK 63-65/16 – Beschluss vom 15. Dezember 2016**

Fortdauer der Untersuchungshaft über sechs Monate (dringender Tatverdacht; Mitgliedschaft in einer terroristischen Vereinigung im Ausland; „IS“; Vorbereitung einer schweren staatsgefährdenden Gewalttat; Verabredung zum Verbrechen; Fluchtgefahr; Schwerekriminalität).

§ 112 StPO; § 116 StPO; § 121 StPO; § 30 StGB; § 89a StGB; § 129a StGB; § 129b StGB

**193. BGH AK 63-65/16 – Beschluss vom 15. Dezember 2016**

Fortdauer der Untersuchungshaft über sechs Monate (dringender Tatverdacht; Mitgliedschaft in einer terroristischen Vereinigung im Ausland; „IS“; Vorbereitung einer schweren staatsgefährdenden Gewalttat; Verabredung zum Verbrechen; Fluchtgefahr; Schwerekriminalität).

§ 112 StPO; § 116 StPO; § 121 StPO; § 30 StGB; § 89a StGB; § 129a StGB; § 129b StGB

**194. BGH AK 63-65/16 – Beschluss vom 15. Dezember 2016**

Fortdauer der Untersuchungshaft über sechs Monate (dringender Tatverdacht; Mitgliedschaft in einer terroristischen Vereinigung im Ausland; „IS“; Vorbereitung einer schweren staatsgefährdenden Gewalttat; Verabredung zum Verbrechen; Fluchtgefahr; Schwerekriminalität).

§ 112 StPO; § 116 StPO; § 121 StPO; § 30 StGB; § 89a StGB; § 129a StGB; § 129b StGB

**195. BGH StB 36/16 – Beschluss vom 15. Dezember 2016 (BGH)**

Anforderungen an die den Tatverdacht tragende Beweislage bei einer Durchsuchung im frühen Stadium der Ermittlungen (kein Erfordernis eines hinreichenden oder dringenden Tatverdachts; tatsachenfundierte Indizien; Verhältnismäßigkeit).

§ 102 StPO; § 105 StPO