

SCHRIFTLEITUNG

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.

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

Dr. Maximilian Gaßner, Präsident des Bundesversicherungsamtes a.D., Wörthsee, Jens M. Strömer, LL.M. (Medizinrecht), Bonn – **Die digitale Abofalle – Die straf- und ordnungswidrigkeitenrechtliche Bewertung innovativer Kostenfallen bei der Nutzung mobiler Endgeräte** S. 110

Dr. Hilde Farthofer/Dr. Christian Rückert, FAU Erlangen – **Die höchstrichterliche Rechtsprechung zu § 252 StPO im Lichte eines grund- und menschenrechtskonformen Strafverfahrens** S. 123

RA Maximilian Strohmayer, Regensburg – **Zur Konstellation „Aussage gegen Aussage“ bei mehreren Zeugen im gleichen Lager** S. 135

RiOLG Prof. Dr. Dennis Bock, Kiel – **Zur Handhabung von Rechtsprechungsnachweisen im Schrifttum – ein Plädoyer** S. 139

Entscheidungen

BVerfG **Eintragung einer span. Schnellverurteilung in das BZRG**

BVerfG **Rechtliches Gehör beim Einspruch gegen Strafbefehle**

BGHSt **Anwendbarkeit des deutschen Strafrechts beim Vertrieb von BtM im Ausland**

BGHR **Übernahme der Protokollführung durch Referendare**

BGH **Verfassungswidrigkeit der echten Wahlfeststellung**

BGH **Computerbetrug bei vertragswidriger Kartenweitergabe**

BGH **Abstand zwischen Tat und Verurteilung bei § 176 StGB**

BGH **Verstoß gegen Täuschungsverbot und Hinweispflicht**

Die Ausgabe umfasst 76 Entscheidungen.

HRRS

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

HERAUSGEBER

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

SCHRIFTFLEITUNG

Prof. Dr. 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, Januar 2017, Ausgabe

3

Rechtsprechung

Strafrechtliche/strafverfahrensrechtliche Entscheidungen des BVerfG/EuGH/EGMR

200. BVerfG 2 BvR 2584/12 (2. Kammer des Zweiten Senats) – Beschluss vom 23. Januar 2017 (KG)

Eintragung einer spanischen Schnellverurteilung in das Bundeszentralregister (keine unionsrechtliche Determiniertheit der inländischen Verwendung von Registereintragungen aus einem anderen Mitgliedsstaat; gegenseitige Anerkennung; grundsätzliches Vertrauen gegenüber Mitgliedstaaten der Europäischen Union hinsichtlich Rechtsstaatlichkeit und Menschenrechtsschutz; Vereinbarkeit mit den unabdingbaren grundrechtlichen Mindeststandards; Pflicht zur Nachprüfung bei substantiiert dargelegten Einwänden; Rechtsschutzgarantie; Vorrang der Beseitigung von Verfahrensmängeln im erkennenden Staat; Zumutbarkeit der Rechtsmitteleinlegung; grundlegende Einwände gegen

das Schnellverfahren in Spanien; Grundsatz des fairen Verfahrens; Willkürverbot; nicht nachvollziehbare Würdigung des Vortrags des Betroffenen).

Art. 3 Abs. 1 GG; Art. 19 Abs. 4 GG; Art. 23 Abs. 1 Satz 3 GG; Art. 79 Abs. 3 GG; § 53a Abs. 2 BZRG; § 54 Abs. 1 BZRG; § 55 Abs. 1 BZRG; § 55 Abs. 2 Satz 3 BZRG; § 23 EGGVG

1. Nach dem Rahmenbeschluss 2009/315/JI des Rates speichern die Registerbehörden der Mitgliedstaaten Informationen über im Hoheitsgebiet eines anderen Mitgliedstaates ergangene und in das dortige Strafregister eingetragene Verurteilungen eigener Staatsangehöriger und leiten diese auf Ersuchen eines anderen Mitgliedstaats weiter. Der Rahmenbeschluss trifft jedoch keine Regelung über die innerstaatliche Verwendung der ge-

speicherten Daten, so dass diese nicht unionsrechtlich determiniert ist.

2. Einem Mitgliedstaat der Europäischen Union ist im Hinblick auf die Einhaltung der Grundsätze der Rechtsstaatlichkeit und des Menschenrechtsschutzes grundsätzlich besonderes Vertrauen entgegenzubringen. Dieses Vertrauen wird jedoch erschüttert, wenn der Betroffene hinreichende Anhaltspunkte für einen Verstoß gegen grundrechtliche Mindeststandards darlegt. Mit derartigen Darlegungen haben sich die Fachgerichte auseinanderzusetzen; die Rechtsschutzgarantie aus Art. 19 Abs. 4 GG erstreckt sich auch hierauf.

3. Im Verfahren nach §§ 23 ff. EGGVG sind die Gerichte dazu aufgerufen, Entscheidungen über die Eintragung einer ausländischen Verurteilung im Bundeszentralregister auf ihre Vereinbarkeit mit den unabdingbaren grundrechtlichen Mindeststandards hin zu überprüfen. Diesen Prüfungsauftrag dürfen sie mit Blick auf Art. 19 Abs. 4 GG nicht dadurch verengen, dass sie die Feststellungen des einzutragenden Urteils auch dann ohne Weiteres übernehmen, wenn der Vortrag des Antragstellers konkret Anlass zur Prüfung gegeben hätte.

4. Allerdings kann sich der Betroffene auf eine Verletzung seiner Verfahrensrechte durch den erkennenden Staat nur berufen, wenn er alles ihm nach den Umständen des jeweiligen Falles Zumutbare unternommen hat, um die behaupteten Verfahrensmängel vor dem zuständigen Gericht des erkennenden Staates, gegebenenfalls im Rechtsmittelweg, zu beseitigen. Die Einlegung eines Rechtsmittels ist dem Betroffenen nicht zumutbar, wenn ihm eine Rechtsmittelbelehrung nicht oder nicht in einer ihm verständlichen Sprache erteilt worden ist oder wenn seine Freilassung vor Ort an einen Rechtsmittelverzicht geknüpft worden ist.

5. Ein Gericht verletzt das Recht auf effektiven Rechtsschutz, wenn es eine beantragte Beweiserhebung mit Blick auf das zu der Verurteilung führende Verfahren unterlässt, obwohl der Betroffene substantiiert dargelegt und auch Beweis dafür angeboten hat, dass das gegen ihn ergangene Urteil die tatsächlichen Gegebenheiten hinsichtlich der Anwesenheit eines Verteidigers sowie der Anhörung durch einen Richter unzutreffend wiedergibt.

6. Die Rechtsschutzgarantie wird außerdem dadurch verletzt, dass das Gericht Einwände gegen das zu der Verurteilung führende Verfahren – hier: ein spanisches Schnellverfahren – pauschal zurückweist, obwohl der Betroffene insoweit detailliert und unter Berufung auf einen Sachaufsatz dargelegt hatte, dass das Verfahren in seiner rechtlichen Konzeption und allgemeinen praktischen Handhabung gegen den Grundsatz des fairen Verfahrens verstößt.

7. Eine gerichtliche Entscheidung verstößt gegen das Willkürverbot, wenn sie den Vortrag des Betroffenen in nicht nachvollziehbarer Weise würdigt, indem sie etwa auf tatsächlich nicht vorhandene Widersprüche verweist oder das Fehlen tatsächlich vorhandener Ausführungen beanstandet.

199. BVerfG 2 BvR 2272/16 (1. Kammer des Zweiten Senats) – Beschluss vom 23. Januar 2017 (LG Heilbronn / AG Heilbronn)

Einspruch gegen einen Strafbefehl (Recht auf rechtliches Gehör; grundsätzlich keine Pflicht zur Bescheidung jeden Vorbringens; Gehörsverstoß bei besonderen Umständen des Einzelfalls; Übergehen von Hinweisen auf mangelnde Deutschkenntnisse des Beschuldigten; Wirksamkeit der Zustellung; Wiedereinsetzung in den vorigen Stand).

Art. 103 Abs. 1 GG; § 37 Abs. 3 StPO; § 410 StPO; § 187 Abs. 2 GVG

1. Das Recht auf rechtliches Gehör verpflichtet die Gerichte nicht, jedes Vorbringen der Beteiligten in den Entscheidungsgründen ausdrücklich zu bescheiden. Vielmehr ist grundsätzlich davon auszugehen, dass ein Gericht das von ihm entgegengenommene Vorbringen auch zur Kenntnis genommen und in Erwägung gezogen hat, sofern sich nicht aus den besonderen Umständen des Falles Gegenteiliges ergibt.

2. Das Recht auf rechtliches Gehör ist verletzt, wenn ein Gericht im Verfahren über den Einspruch gegen einen Strafbefehl davon ausgeht, der Beschuldigte spreche hinreichend deutsch, ohne sich damit auseinanderzusetzen, dass dieser über seinen Verteidiger auf einen ausdrücklichen Vermerk in der Strafanzeige hingewiesen hat, wonach der Beschuldigte der deutschen Sprache nicht mächtig ist.

198. BVerfG 2 BvR 1541/15 (2. Kammer des Zweiten Senats) – Beschluss vom 20. Dezember 2016 (OLG Nürnberg / LG Regensburg)

Anspruch eines Strafgefangenen auf Einsicht in seine Krankenakte (Grundrecht auf informationelle Selbstbestimmung; Informationsinteresse und Selbstbestimmungsrecht des Patienten; stärkere Gefährdung des Selbstbestimmungsrechts und erhöhtes Informationsinteresse im Strafvollzug und Maßregelvollzug; Einschränkung des Akteneinsichtsrechts nur bei gewichtigen entgegenstehenden Belangen; Interessenabwägung); Recht auf effektiven Rechtsschutz (Absehen von der Begründung einer Rechtsbeschwerdeentscheidung; Leerlaufen des Rechtsmittels; erhebliche Zweifel an der Vereinbarkeit mit Grundrechten; Abweichen von der Rechtsprechung des Bundesverfassungsgerichts).

Art. 1 Abs. 1 GG; Art. 2 Abs. 1 GG; Art. 19 Abs. 4 GG; Art. 8 EMRK; § 109 StVollzG; § 116 Abs. 1 StVollzG; § 119 Abs. 3 StVollzG; Art. 203 BayStVollzG; Art. 10 Abs. 5 BayDSG

1. Das Grundrecht auf informationelle Selbstbestimmung gewährleistet seinem Träger auch Zugang zu über ihn gespeicherten persönlichen Daten. Danach steht jedem Patienten gegenüber seinem Arzt grundsätzlich ein Anspruch auf Einsicht in die ihn betreffenden Krankenunterlagen zu. Dieses Einsichtsrecht muss nur zurücktreten, wenn ihm entsprechend gewichtige Belange entgegenstehen.

2. Bei der danach gebotenen Abwägung kommt dem Informationsinteresse des Patienten regelmäßig erhebli-

ches Gewicht zu. Wegen des Bezugs von Krankenunterlagen zur Privatsphäre des Patienten und der Bedeutung der enthaltenen Informationen für selbstbestimmte Entscheidungen des Behandelten hat dieser ein geschütztes Interesse daran zu erfahren, wie mit seiner Gesundheit umgegangen worden ist, welche Daten sich dabei ergeben haben und wie man die weitere Entwicklung einschätzt.

3. Dieser grundrechtlich verankerte Anspruch besteht gerade auch dann, wenn der Patient im Strafvollzug oder Maßregelvollzug untergebracht ist, weil hier das Selbstbestimmungsrecht des Patienten in stärkerem Maße gefährdet ist als bei privatrechtlichen Behandlungsverhältnissen. Dies gilt insbesondere mit Blick auf das Vertrauensverhältnis zu dem behandelnden Arzt und die fehlende Möglichkeit, ein Behandlungsverhältnis zu beenden.

4. Der Anspruch auch von Patienten, denen die Freiheit entzogen ist, auf Einsicht in ihre Krankenakten wird durch die Wertungen der Europäischen Menschenrechtskonvention unterstrichen.

5. Die Entscheidung einer Strafvollstreckungskammer, die einem Strafgefangenen ohne Nennung konkreter Ausschlussgründe und ohne Abwägung mit dessen Selbstbestimmungsrecht die Einsicht in seine Krankenakte verwehrt und ihn lediglich auf einen von ihm näher zu begründeten Anspruch auf Aktenauskunft verweist, verletzt den Betroffenen in seinem grundrechtlich geschützten Informationsinteresse.

6. Sieht das Rechtsbeschwerdegericht nach § 119 Abs. 3 StVollzG von einer Begründung seiner Entscheidung ab, so ist dies mit dem Recht auf effektiven Rechtsschutz nur vereinbar, wenn dadurch das Rechtsmittel nicht leer läuft. Letzteres ist bereits dann anzunehmen, wenn erhebliche Zweifel an der Vereinbarkeit der angegriffenen Entscheidung mit Grundrechten bestehen, weil sie von der Rechtsprechung des Bundesverfassungsgerichts abweicht.

196. BVerfG 1 BvR 1593/16 (3. Kammer des Ersten Senats) – Beschluss vom 16. Januar 2017 (OLG München / LG Ingolstadt)

Schutz der Meinungsfreiheit und Strafbarkeit wegen Beleidigung durch Verwendung des Akronyms „ACAB“ bei einem Fußballspiel (Schutzbereich und Schranken der Meinungsfreiheit; Wechselwirkungslehre; Kollektivbeleidigung; Beleidigung unter einer Kollektivbezeichnung; persönliche Betroffenheit der Mitglieder des Kollektivs; hinreichende Individualisierung des negativen Werturteils).

Art. 5 Abs. 1 Satz 1 GG; Art. 5 Abs. 2 GG; § 185 StGB

1. Das Tragen einer Weste mit dem deutlich sichtbaren Aufdruck „A. C. A. B.“ (als Abkürzung für die allgemein und auch bei der Polizei bekannte englische Parole „all cops are bastards“) im Brustbereich bringt eine allgemeine Ablehnung der Polizei und ein Abgrenzungsbedürfnis gegenüber der staatlichen Ordnungsmacht zum Ausdruck und fällt damit in den Schutzbereich der Meinungsausdrucksfreiheit.

2. Der in einer strafrechtlichen Verurteilung wegen Beleidigung liegende Grundrechtseingriff ist nicht gerechtfertigt,

wenn die verfassungsrechtlichen Anforderungen an die Anwendung und Auslegung des § 185 StGB als Schranke der freien Meinungsäußerung nicht beachtet worden sind.

3. Die Auslegung und Anwendung der Strafgesetze ist grundsätzlich Aufgabe der Fachgerichte. Gesetze, die in die Meinungsfreiheit eingreifen, müssen dabei jedoch so interpretiert werden, dass der prinzipielle Gehalt dieses Rechts in jedem Fall gewahrt bleibt. Es findet eine Wechselwirkung in dem Sinne statt, dass die Schranken zwar dem Wortlaut nach dem Grundrecht Grenzen setzen, ihrerseits aber aus der Erkenntnis der grundlegenden Bedeutung dieses Grundrechts im freiheitlich demokratischen Staat ausgelegt und so in ihrer das Grundrecht begrenzenden Wirkung selbst wieder eingeschränkt werden müssen.

4. Eine herabsetzende Äußerung, die nicht erkennbar auf bestimmte Personen bezogen ist, sondern ohne Individualisierung ein Kollektiv erfasst, kann unter bestimmten Umständen als Angriff auf die persönliche Ehre der Mitglieder des Kollektivs gewertet werden. Dabei ist die persönliche Betroffenheit des einzelnen Mitglieds des Kollektivs allerdings umso schwächer, je größer das Kollektiv ist.

5. Für die Annahme, eine alle Angehörigen einer Gruppe – hier: alle Polizeibeamten – erfassende Äußerung beziehe sich tatsächlich nur auf eine abgegrenzte Personengruppe – hier: auf die Parole wahrnehmende Polizeikräfte am Rande eines Fußballspiels – bedarf es konkreter Anhaltspunkte, die auf eine hinreichende Individualisierung des negativen Werturteils schließen lassen. Hierfür reicht der bloße Aufenthalt des Beschuldigten in einem Fußballstadion in dem Bewusstsein, dass dort die Polizei präsent ist, ebensowenig aus wie das Passieren einer mit Ordnern und Polizeibeamten besetzten Eingangskontrollstelle.

197. BVerfG 2 BvR 476/16 (2. Kammer des Zweiten Senats) – Beschluss vom 19. Januar 2017 (OLG Nürnberg / LG Regensburg)

Antrag auf gerichtliche Entscheidung im Strafvollzug (Recht auf effektiven Rechtsschutz; Verbot der Rechtswegverkürzung durch Außerachtlassen des verfolgten Rechtsschutzziels; Maßnahmebegriff; Ablösung von der Arbeit; konkludente Ablehnung einer Krankschreibung durch den Anstaltsarzt); Absehen von der Begründung einer Rechtsbeschwerdeentscheidung (Leerlaufen des Rechtsmittels; erhebliche Zweifel an der Vereinbarkeit mit Grundrechten; offensichtliches Abweichen von der Rechtsprechung des Bundesverfassungsgerichts).

Art. 19 Abs. 4 GG; § 109 StVollzG; § 116 Abs. 1 StVollzG; § 119 Abs. 3 StVollzG; Art. 43 BayStVollzG

1. Legt ein Gericht den Verfahrensgegenstand in einer Weise aus, die das erkennbar verfolgte Rechtsschutzziel ganz oder in wesentlichen Teilen außer Betracht lässt, und verstellt es sich dadurch die an sich gebotene Sachprüfung, so liegt darin eine Rechtswegverkürzung, die den Rechtsschutzanspruch des Betroffenen aus Art. 19 Abs. 4 GG verletzt.

2. Von einer derartigen Rechtsschutzverkürzung ist auszugehen, wenn eine Strafvollstreckungskammer den Feststellungsantrag eines Strafgefangenen hinsichtlich der von ihm begehrten Ablösung von seiner Arbeit als unzulässig verwirft, weil es an einer Maßnahme der Anstalt i. S. d. §§ 109 ff. StVollzG fehle, obwohl der Gefangene vorträgt, sein Begehren, krankgeschrieben oder von der Arbeit abgelöst zu werden, mehrfach erfolglos gegenüber dem Anstaltsarzt geäußert zu haben. Ein derartiger Antrag richtet sich nicht nur gegen eine Untätigkeit des Anstaltsarztes, sondern auch gegen die – zumindest konkludente – fortgesetzte Ablehnung des Begehrens durch

diesen Arzt, in dessen Kompetenz jedenfalls die erstrebte Krankschreibung fällt.

3. Sieht das Rechtsbeschwerdegericht nach § 119 Abs. 3 StVollzG von einer Begründung seiner Entscheidung ab, so ist dies mit dem Recht auf effektiven Rechtsschutz nur vereinbar, wenn dadurch das Rechtsmittel nicht leer läuft. Letzteres ist bereits dann anzunehmen, wenn erhebliche Zweifel an der Vereinbarkeit der angegriffenen Entscheidung mit Grundrechten bestehen, weil sie offensichtlich von der Rechtsprechung des Bundesverfassungsgerichts abweicht.

Rechtsprechung

Hervorzuhebende Entscheidungen des BGH

I. Materielles Strafrecht – Allgemeiner Teil

241. BGH 2 StR 96/14 – Urteil vom 7. November 2016 (LG Bonn)

BGHSt; Anwendbarkeit des deutschen Strafrechts beim Vertrieb von Betäubungsmitteln im Ausland (Weltrechtsprinzip: keine Einschränkung in Form eines nötigen materiellen Inlandsbezugs, prozessuale Lösung des Gesetzes, mögliche Einschränkung durch den völkerrechtlichen Nichteinmischungsgrundsatz, Begriff des Vertriebs).

§ 6 Nr. 5 StGB; § 153c StPO

1. Eine Einschränkung des Weltrechtsprinzips für Taten des „Vertriebs von Betäubungsmitteln“ lässt sich § 6 Nr. 5 StGB nicht entnehmen. (BGHSt)

2. Die Beschränkung des Anwendungsbereichs von § 6 Nr. 5 StGB kann aus völkerrechtlicher Sicht mit Blick auf den Nichteinmischungsgrundsatz geboten sein. (BGHSt)

3. Eine Einschränkung des Anwendungsbereichs von § 6 Nr. 5 StGB in Form des Erfordernisses eines Inlandsbezugs der Vertriebshandlung folgt insbesondere nicht aus der notwendigen Beachtung höherrangigen Rechts. Der Senat hält zwar entsprechend seinen Überlegungen im Anfragebeschluss vom 18. März 2015 daran fest, dass das Erfordernis eines materiellrechtlich verstandenen Inlandsbezugs eine gleichförmige, der revisionsgerichtlichen Kontrolle zugängliche Rechtsausübung gewährleistet, die der gerichtlich nicht überprüfaren Ermessensentscheidung nach § 153c StPO, von der Verfolgung abzusehen, in der Verteilung der begrenzten Strafrechtsressourcen überlegen ist und damit auch dem im Rechtsstaatsprinzip verankerten Postulat nach Rechtssicherheit besser gerecht wird. Er vermag sich aber letztlich dem Argument nicht zu verschließen, dass sich der Gesetzgeber mit dem Willen zur Ressourcenschonung in Fällen

von Auslandsberührung mit § 153c StPO für eine prozessuale Lösung entschieden hat. Dies bindet die Rechtsprechung, die nicht ihre eigenen Vorstellungen an die Stelle derjenigen des Gesetzgebers setzen darf (vgl. BVerfGE 82, 6, 12). Ein Ausnahmefall, in dem die Rechtsprechung über im Gesetz getroffene Wertungen hinaus das Recht fortentwickeln darf (vgl. BVerfGE 126, 286, 306), liegt nicht vor. (Bearbeiter)

4. Der Begriff des „Vertriebs“ in § 6 Nr. 5 StGB ist mit dem des Handeltreibens mit Betäubungsmitteln nicht gleichzusetzen, sondern autonom auszulegen. Im Sinne von § 6 Nr. 5 StGB vertreibt Betäubungsmittel, wer allein oder durch seine Mitwirkung ihren in der Regel entgeltlichen Absatz an andere fördert (vgl. BGHSt 34, 1, 2). Gefordert ist eine Tätigkeit, die ein Betäubungsmittel entgeltlich in den Besitz eines anderen bringen soll. Von den zahlreichen Teilakten des Handeltreibens werden durch den Begriff des „Vertriebs“ damit nur solche erfasst, die unmittelbar auf Weitergabe gerichtet sind (vgl. BGH NStZ 2012, 335). (Bearbeiter)

258. BGH 2 StR 495/12 – Beschluss vom 2. November 2016

Vorlage an den Großen Senat für Strafsachen (grundsätzliche Bedeutung der Rechtsfrage); gesetzeshaltende Verurteilung (Fälle des gewerbsmäßig begangenen Diebstahls und der gewerbsmäßig Hehlerei; Fälle verschiedener Katalogtaten der Geldwäsche; Zulässigkeit der Rechtsfigur: Verstoß gegen den Gesetzesvorbehalt, das Prinzip des Vorrangs des Gesetzes und den Schuldgrundsatz).

Art. 1 Abs. 1 GG; Art. 20 Abs. 3 GG; Art. 103 Abs. 2 GG; § 242 Abs. 1 StGB § 243 Abs. 1 Satz 2 Nr. 3 StGB; § 259 Abs. 1 StGB; § 260 Abs. 1 Nr. 1 StGB; § 261 Abs. 1 Satz 1 StGB; § 261 Abs. 2 StGB; § 132 Abs. 2 GVG; § 132 Abs. 4 GVG

1. Die Vorlage betrifft die Frage der Zulässigkeit der auf Richterrecht beruhenden Rechtsfigur der gesetzessubstitutiven Verurteilung und – bejahendenfalls – des Vorrangs einer eindeutigen Verurteilung wegen Geldwäsche gemäß § 261 Abs. 1 Satz 1 oder Abs. 2 StGB vor einer gesetzessubstitutiven Verurteilung, wenn sich diese auf Katalogtaten der Geldwäsche gemäß § 261 Abs. 1 Satz 2 StGB bezieht, die in exklusiver Alternativität festzustellen sind.

2. Der Senat ist der Auffassung, dass eine gesetzessubstitutive Verurteilung wegen gewerbsmäßig begangenen Diebstahls oder gewerbsmäßiger Hehlerei wegen Verstoßes gegen den Gesetzesvorbehalt aus Art. 103 Abs. 2 und Art. 20 Abs. 3 GG sowie den Schuldgrundsatz aus Art. 1 Abs. 1 GG unzulässig ist.

3. Überdies nimmt er an, dass nach § 261 Abs. 1 und 2 StGB für eine gesetzessubstitutive Verurteilung wegen zweier Katalogtaten der Geldwäsche erst recht kein Raum ist. Ihr steht weiterhin das Prinzip vom Vorrang des Gesetzes aus Art. 20 Abs. 3 GG entgegen.

4. Diese Rechtsfragen haben nach Ansicht des Senats grundsätzliche Bedeutung im Sinne von § 132 Abs. 4 GVG, weil sie voraussichtlich künftig häufig auftauchen werden, so dass die Entscheidung für die Rechtsanwendung von erheblicher präjudizieller Bedeutung ist.

207. BGH 3 StR 402/16 – Beschluss vom 17. November 2016 (LG Kleve)

Rücktritt vom versuchten Heimtückemord als Einzelakt innerhalb einer natürlichen Handlungseinheit (unbeendeter Versuch; freiwillige Aufgabe der Tat; Begriff der natürlichen Handlungseinheit; Bedeutung des Gesamtgeschehens umfassenden Tatplans; keine Auswirkung auf die Rücktrittsfähigkeit).

§ 24 StGB; § 52 StGB; § 211 StGB; § 212 StGB

1. Der Täter kann auch dann vom unbeendeten Versuch des Heimtückemords durch freiwillige Aufgabe der Tat zurücktreten, wenn er im weiteren Verlauf des Geschehens erneut einen Tötungsentschluss bzgl. desselben Opfers fasst und in dessen Ausführung dann ein vollendetes Tötungsdelikt begeht. Die Möglichkeit des Rücktritts vom ersten Teilakt eines solchen mehraktigen Geschehens besteht unabhängig davon, ob es sich um eine natürliche Handlungseinheit handelt.

2. Eine natürliche Handlungseinheit liegt grundsätzlich dann vor, wenn mehrere strafrechtlich relevante Handlungen des Täters, die durch ein gemeinsames subjektives Element verbunden sind, in unmittelbarem räumlichen und zeitlichen Zusammenhang stehen und sein gesamtes Tätigwerden bei natürlicher Betrachtungsweise auch für einen Dritten als einheitliches Tun erscheint.

3. Für die Annahme einer natürlichen Handlungseinheit hat ein das Gesamtgeschehen insgesamt umfassender Tatentschluss zwar neben dem erforderlichen raumzeitlichen Zusammenhang der Tathandlungen durchaus Bedeutung; insbesondere vermag er in Fällen, in denen die raumzeitliche Verknüpfung der Einzelakte eher locker erscheint, maßgebliche Bedeutung für die Annahme einer

natürlichen Handlungseinheit zu gewinnen. Unverzichtbare Voraussetzung für deren Vorliegen ist er indessen nicht. So stehen weder eine Änderung oder eine Erweiterung des Tatplanes noch auch eine kurzfristige Aufgabe des Tatentschlusses der Annahme einer natürlichen Handlungseinheit notwendig entgegen, wenn die Handlungen in dem vorausgesetzten engen räumlichen und zeitlichen Zusammenhang stehen.

4. Die Zusammenfassung mehrerer für sich strafrechtlich relevanter Einzelakte eines Gesamtgeschehens zu einer natürlichen Handlungseinheit vermag nicht die strafrechtliche Bewertung des jeweiligen Einzelaktes zu modifizieren. Sie kann lediglich Folgen für deren konkurrenzrechtliche Beurteilung haben.

235. BGH 2 StR 177/16 – Urteil vom 14. Dezember 2016 (LG Limburg)

Mittäterschaft (Exzess eines Mittäters: Voraussetzungen).

§ 25 Abs. 2 StGB

Ein Exzess des Mittäters liegt nur bei einem wesentlich vom gemeinsamen Tatplan abweichenden Ablauf vor. Handlungen eines anderen Tatbeteiligten, mit denen nach den Umständen des Falles gerechnet werden muss, werden vom Willen des Mittäters umfasst, auch wenn er sie sich nicht besonders vorgestellt hat. Gleiches gilt für Abweichungen, bei denen die verabredete Tatausführung durch eine in ihrer Schwere und Gefährlichkeit gleichwertige ersetzt wird (vgl. BGH NStZ-RR 2005, 71, 72). Ebenso ist ein Mittäter für jede Ausführungsart einer von ihm gebilligten Straftat verantwortlich, wenn ihm die Handlungsweise seines Tatgenossen gleichgültig ist (vgl. BGH NStZ-RR 2005, 71, 72).

237. BGH 2 StR 246/16 – Beschluss vom 16. November 2016 (LG Aachen)

Mittäterschaft (Täterschaft bei Handlungen allein im Vorbereitungsstadium); Spezialitätsgrundsatz beim Europäischen Haftbefehl (Rechtsfolge eines Verstoßes: Vollstreckungshindernis).

§ 25 Abs. 2 StGB; § 83h Abs. 1 Nr. 1 IRG

1. Bei im Vorfeld der eigentlichen tatbestandsmäßigen Handlungen liegenden Vorbereitungshandlungen ist die Annahme von Mittäterschaft nicht ausgeschlossen, weil Mittäterschaft nicht in jedem Fall eine Mitwirkung am Kerngeschehen voraussetzt. Erforderlich ist aber jedenfalls eine nicht ganz untergeordnete Beteiligung an Vorbereitungshandlungen, sofern der Tatbeitrag sich nicht als bloße Förderung fremden Tuns, sondern als Teil der Tätigkeit aller darstellt.

2. Mittäter nach § 25 Abs. 2 StGB ist insoweit, wer nicht nur fremdes Tun fördert, sondern einen eigenen Beitrag derart in eine gemeinschaftliche Tat einfügt, dass dieser als Teil der Tätigkeit des anderen und umgekehrt dessen Tun als Ergänzung seines eigenen Tatanteils erscheint. Ob ein Beteiligter ein so enges Verhältnis zur Tat hat, ist nach den gesamten Umständen, die von seiner Vorstellung umfasst sind, in wertender Betrachtung zu beurteilen. Wesentliche Anhaltspunkte können der Grad des eigenen Interesses am Taterfolg, der Umfang der Tatbe-

teilung und die Tatherrschaft oder wenigstens der Wille zur Tatherrschaft sein; Durchführung und Ausgang der Tat müssen somit zumindest aus der subjektiven Sicht des Tatbeteiligten maßgeblich auch von seinem Willen abhängen. Dabei deutet eine ganz untergeordnete Tätigkeit schon objektiv darauf hin, dass der Beteiligte nur Gehilfe ist (st. Rspr.).

3. Ein Verstoß gegen den Spezialitätsgrundsatz des § 83h Abs. 1 Nr. 1 IRG begründet kein Verfahrens-, sondern lediglich ein Vollstreckungshindernis (vgl. BGHSt 57, 138, 142).

213. BGH 5 StR 409/16 – Urteil vom 11. Januar 2017 (LG Neuruppin)

Sachlich-rechtlich nicht zu beanstandende Verneinung des Tötungseventualvorsatzes (Umfang der revisionsgerichtlichen Prüfung; lebensgefährliche Handlungen; Inbrandsetzen eines Teils eines bewohnten Gebäudes); besonders schwere Brandstiftung (Anforderungen an die Feststellung der konkreten Gefahr).

§ 15 StGB; § 212 StGB; § 306b Abs. 2 Nr. 1 StGB; § 261 StPO

Im Einzelfall können das Wissens- oder das Willenselement des Eventualvorsatzes auch bei lebensgefährlichen Handlungen (hier: Anzünden einer Wohnung in einem bewohnten Mehrfamilienhaus) fehlen, wenn etwa dem Täter, obwohl er alle Umstände kennt, die sein Vorgehen zu einer das Leben gefährdenden Behandlung machen, das Risiko der Tötung infolge einer psychischen Beeinträchtigung etwa bei Affekt oder alkoholischer Beeinflussung nicht bewusst ist. Ein mögliches Fehlen des Wissenselements kann gerade auch in Fällen anzunehmen sein, in denen der Täter seine lebensgefährlichen Handlungen, mit denen er Dritte tötete oder in Todesgefahr brachte, in (prä-)suizidaler Situation ohne feindselige Gesinnung gegenüber den Gefährdeten vorgenommen hat.

202. BGH 3 StR 321/16 – Beschluss vom 20. Oktober 2016 (LG Aurich)

Bandenmäßiger Handel mit Betäubungsmitteln (Abgrenzung von Mittäterschaft und Beihilfe bei einer Bandentat; allgemeine Grundsätze; objektiv wesentlicher Tatbeitrag; Willensrichtung des Beteiligten; Begriff der Bandentat; Ausfluss der Bandenabrede); keine Verabredung zum Verbrechen durch Zusage einer Beihilfehandlung.

§ 25 Abs. 2 StGB; § 27 StGB; § 30 Abs. 2 StGB; § 30a BtMG

1. Die Strafbarkeit wegen Verabredung zu einem Verbrechen nach § 30 Abs. 2 StGB setzt die vom ernstlichen Willen getragene Einigung mehrerer Personen voraus, ein in Aussicht genommenes Verbrechen entweder selbst gemeinschaftlich ausführen oder einen anderen zu seiner Ausführung anstiften zu wollen. Das Versprechen einer Beihilfe zu der geplanten Tat genügt deshalb nicht.

2. Die Zusage einer Beihilfehandlung genügt auch dann nicht, wenn es sich bei der in Aussicht genommenen Tat um ein Bandendelikt handelt. Denn der Zusammenschluss als Bande hat nicht zur Folge, dass jede von ei-

nem Bandenmitglied begangene Tat einem anderen Bandenmitglied ohne Weiteres als gemeinschaftlich begangene Tat im Sinne des § 25 Abs. 2 StGB zugerechnet werden kann. Die Frage, ob die Beteiligung an einem Bandenhandel mit Betäubungsmitteln als Mittäterschaft oder Beihilfe zu werten ist, beurteilt sich vielmehr nach den allgemeinen Grundsätzen. Danach erfordert Mittäterschaft stets, dass sich die objektiv aus einem wesentlichen Tatbeitrag bestehende Mitwirkung nach der Willensrichtung des sich Beteiligenden als Teil der Tätigkeit aller darstellt.

3. Die Annahme einer Bandentat setzt neben einer ausdrücklich oder konkludent getroffenen Bandenabrede zwischen mindestens drei Personen voraus, dass der Täter die Tat gerade als Mitglied der Bande unter Mitwirkung eines anderen Bandenmitglieds begeht. Die Einzeltat muss Ausfluss der Bandenabrede sein und darf nicht losgelöst davon ausschließlich im eigenen Interesse der jeweils unmittelbar Beteiligten ausgeführt werden.

219. BGH 5 StR 584/16 – Beschluss vom 24. Januar 2017 (LG Kiel)

Beihilfe (Förderung mehrerer rechtlich selbständiger Haupttaten durch eine Beihilfehandlung).

§ 27 StGB

Fördert der Gehilfe durch eine Beihilfehandlung mehrere rechtlich selbstständige Haupttaten eines oder mehrerer Haupttäter – hier Fahrt zum und Abholung vom Tatort mehrerer Wohnungseinbrüche –, so ist nur eine Beihilfe im Rechtssinne gegeben.

248. BGH 1 StR 520/16 – Beschluss vom 11. Januar 2017 (LG Nürnberg-Fürth)

Schuldunfähigkeit (strafrechtliche Berücksichtigung verminderter Einsichtsfähigkeit); Urteilsgründe (Anforderungen an Schuldfähigkeitsbeurteilung).

§ 20 StGB; 267 Abs. 2 StPO

1. Eine verminderte Einsichtsfähigkeit ist strafrechtlich erst dann von Bedeutung, wenn sie das Fehlen der Einsicht zur Folge hat. Bei der Beurteilung der Schuldunfähigkeit im Sinne von § 20 StGB hat das Gericht sich deshalb grundsätzlich nicht nur dazu zu verhalten, ob die Einsichtsfähigkeit des Beschuldigten zur Tatzeit 'beeinträchtigt' bzw. 'erheblich eingeschränkt' gewesen ist. Es hat vielmehr auch zu erörtern, ob diese Beeinträchtigung dazu geführt hat, dass dem Beschuldigten die Einsicht in das Unrecht seines Handelns tatsächlich fehlte oder nicht.

2. Fehlen diesbezügliche Einlassungen des Gerichts, kann ein Urteil gleichwohl Bestand haben, wenn sich dem Gesamtzusammenhang der Urteilsausführungen zur Schuldunfähigkeit zureichend sicher entnehmen lässt, dass das Gericht von einem Zustand ausgegangen ist, in welchem dem Beschuldigten die Einsicht, Unrecht zu tun, während der Tatbegehung tatsächlich fehlte.

259. BGH 2 StR 505/16 – Beschluss vom 19. Januar 2017 (LG Neubrandenburg)

Schuldunfähigkeit wegen seelischer Störungen (Berücksichtigung einer Behinderung).

§ 20 StGB

Ist bei einem Angeklagten infolge eines Tumors oder Schlaganfalls ein Grad der Behinderung von 30% festgestellt, hat das Tatgericht zu prüfen, ob kognitive Beeinträchtigungen bei dem Angeklagten vorgelegen haben, die möglicherweise zu einer schuldrelevanten Störung des Angeklagten im Sinne des § 20 StGB zur Tatzeit ge-

führt haben. Es ist in einem solchen Fall nicht ausreichend, die Prüfung einer Verminderung oder Aufhebung der Steuerungs- oder Einsichtsfähigkeit des Angeklagten ausschließlich auf den ebenfalls festgestellten Cannabiskonsum des Angeklagten zu beschränken.

Rechtsprechung

II. Materielles Strafrecht – Besonderer Teil

245. BGH 4 StR 464/16 – Beschluss vom 23. November 2016 (LG Freiburg)

Computerbetrug (unbefugte Verwendung von Daten bei absprachewidriger Geldabhebung mit vom Berechtigten überlassener Bankkarte und unter Verwendung der bekannt gegebenen Geheimzahl: Ausschluss der Bevollmächtigung im Bankkartenvertrag des Berechtigten mit der Bank).

§ 263a Abs. 1 StGB

1. Der Senat braucht nicht zu entscheiden, ob in Fällen, in denen der Täter an einem Geldautomaten mit der ihm vom Berechtigten überlassenen Bankkarte und unter Verwendung der ihm vom Berechtigten bekannt gegebenen Geheimzahl (absprachewidrig) Geld abhebt, ein Computerbetrug gemäß § 263a Abs. 1 3. Fall StGB mit der Begründung abgelehnt werden kann, es liege keine unbefugte Datenverwendung vor (vgl. BGH NStZ-RR 2015, 337, 338).

2. Gegen die bisherige Rechtsprechung können im Einzelfall aus folgenden Gründen Bedenken bestehen: Ist nach dem zwischen dem Bankkunden und der Bank geschlossenen Bankkartenvertrag bei der Nutzung des personalisierten Zahlungsauthentifizierungsinstruments eine Bevollmächtigung Dritter ausnahmslos ausgeschlossen, kann die Verwendung von Karte und Geheimzahl durch einen Dritten einen Zahlungsauftrag auch dann nicht autorisieren und damit wirksam machen, wenn deren Einsatz mit Zustimmung des Kontoinhabers erfolgt. Soll ein Bevollmächtigter das Recht erhalten, für den Kontoinhaber mit einem Zahlungsauthentifizierungsinstrument Zahlungsvorgänge zu autorisieren, muss ihm ein eigenes Zahlungsauthentifizierungsinstrument einschließlich gesonderter personalisierter Sicherheitsmerkmale zugewiesen werden (vgl. BGHZ 208, 331).

227. BGH 1 StR 375/16 – Beschluss vom 21. Dezember 2016 (LG München I)

Mord mit gemeingefährlichen Mitteln (Voraussetzungen)

§ 211 StGB

Das Mordmerkmal der Tötung mit gemeingefährlichen Mitteln ist erfüllt, wenn der Täter ein Mittel zur Tötung einsetzt, das in der konkreten Tatsituation eine Mehrzahl

von Menschen an Leib und Leben gefährden kann, weil er die Ausdehnung der Gefahr nicht in seiner Gewalt hat. Dabei ist nicht allein auf die abstrakte Gefährlichkeit eines Mittels abzustellen, sondern auf seine Eignung und Wirkung in der konkreten Situation unter Berücksichtigung der persönlichen Fähigkeiten und Absichten des Täters (vgl. BGH NStZ-RR 2010, 373).

221. BGH 5 ARs 47/16 – Beschluss vom 7. Februar 2017 (BGH)

Erpressung (Nötigung zur Herausgabe von Betäubungsmitteln; wirtschaftlicher Vermögensbegriff; Anfrageverfahren).

§ 253 StGB; § 255 StGB; § 132 GVG

Die beabsichtigte Entscheidung des 2. Strafsenats zur Einschränkung des Vermögens- und Schadensbegriffs bei der Erpressung widerspricht der Rechtsprechung des 5. Strafsenats, der an dieser festhält.

242. BGH 2 StR 459/16 – Beschluss vom 24. Januar 2017 (LG Kassel)

Heimtückemord (Zeitpunkt des Vorliegens der Arg- und Wehrlosigkeit: erforderliches gleichzeitiges Bestehen von Tötungsvorsatz); Schuldunfähigkeit (dissoziale Persönlichkeitsstörung als andere schwere soziale Abartigkeit: erhebliche Verminderung des Hemmungsvermögens); Anordnung der Sicherungsverwahrung bei gleichzeitiger lebenslanger Freiheitsstrafe (nur ausnahmsweise gleichzeitige Anordnung, erforderliche Ermessensentscheidung des Gerichts).

§ 211 StGB; § 20 StGB; § 66 Abs. 2, Abs. 3 StGB; § 267 Abs. 6 Satz 1 StPO

1. Für die Bewertung der Tat als heimtückisch ist grundsätzlich der Zeitpunkt des ersten mit Tötungsvorsatz ausgeführten Angriffs maßgeblich ist. Die Rechtsprechung hat den Grundsatz, dass Heimtücke die Arglosigkeit des Angegriffenen bei Tatbeginn voraussetzt, für Ausnahmefälle modifiziert (vgl. BGH NStZ 2016, 340, 341). Ein solcher Ausnahmefall liegt zum Beispiel vor, wenn der Täter das Opfer mit Tötungsvorsatz in einen Hinterhalt lockt, um eine günstige Gelegenheit zur Tötung zu schaffen, und die entsprechenden Vorkehrungen und Maßnahmen bei Ausführung der Tat noch fortwirken (vgl. BGH NStZ 1989, 364). Auch in den Ausnahmefällen hat die Rechtsprechung aber stets daran festgehalten

ten, dass der Täter bereits in diesem Moment mit Tötungsvorsatz gehandelt haben muss (vgl. BGH NStZ 2015, 31 f.).

2. Ist eine „ausgeprägte“ dissoziale Persönlichkeitsstörung diagnostiziert, kommt eine Bewertung des Zustandsbildes als schwere andere seelische Abartigkeit in Betracht. Die Annahme, eine dissoziale Persönlichkeitsstörung sei niemals eine seelische Abartigkeit im Sinne der §§ 20, 21 StGB, wäre ebenso fehlerhaft, wie die Behauptung, derartige Persönlichkeitsstörungen erfüllten stets die Voraussetzungen eines Eingangsmerkmals (vgl. BGHSt 37, 397, 400 f.). Die Fragen, ob eine festgestellte seelische Abartigkeit in Form einer „ausgeprägten“ dissozialen Persönlichkeitsstörung schwer gewesen ist und ob sie bei der Begehung der Tat die Fähigkeit des Angeklagten, sich entsprechend einer vorhandenen Einsicht in das Unrecht der Tat zu steuern, erheblich vermindert hat, sind durch Gesamtwürdigung der Persönlichkeit, ihrer Entwicklung, der Vorgeschichte und des unmittelbaren Anlasses sowie der Ausführung der Tat und des Nachtatverhaltens zu prüfen. Der Vergleich mit den Auswirkungen krankhafter seelischer Störungen hat sich nicht notwendig an solchen Krankheitsbildern zu orientieren, die zu einem Ausschluss der Schuldfähigkeit führen. Der Vergleich mit schwächeren Formen kann genügen (vgl. BGHSt 37, 397, 401 f.).

3. Im Allgemeinen führen Persönlichkeitsstörungen zwar nicht zur Aufhebung der Unrechtseinsicht oder der Steuerungsfähigkeit; sie können aber eine erhebliche Verminderung des Hemmungsvermögens zur Folge haben (vgl. BGHSt 49, 45, 54).

4. Zwar hat der Bundesgerichtshof für die Fälle der zwingenden Maßregelordnung nach § 66 Abs. 1 StGB angenommen, dass diese neben der Verhängung einer lebenslangen Freiheitsstrafe in Betracht kommt. Damit soll dem Sicherheitsrisiko für den Fall des Wegfalls der lebenslangen Freiheitsstrafe aufgrund einer Revision oder eines Wiederaufnahmeantrags des Angeklagten entgegen gewirkt werden, gegen den eine zunächst nicht verhängte Maßregel gemäß § 66 StGB wegen des Verschlechteungsverbots gemäß § 358 Abs. 2 Satz 1 oder § 373 Abs. 2 Satz 1 StPO neben einer verbleibenden zeitigen Freiheitsstrafe nicht mehr angeordnet werden könnte (vgl. BGHSt 59, 56, 61 ff.).

5. Dies enthebt aber die Gerichte im Erkenntnisverfahren jedenfalls im Fall einer Ermessensentscheidung gemäß § 66 Abs. 2 oder Abs. 3 StGB nicht von der Berücksichtigung der Tatsache, dass es voraussichtlich nie zur Vollziehung der Maßregel kommen kann, wenn der Angeklagte auch zu einer lebenslangen Freiheitsstrafe verurteilt wird. Der Bundesgerichtshof hat deshalb für Maßregelordnungen nach § 66 Abs. 2 und Abs. 3 StGB ausgeführt, dass eine solche regelmäßig nicht erforderlich ist, wenn auch eine lebenslange Freiheitsstrafe verhängt wird (vgl. BGH NStZ 2013, 524). Es ist nämlich nahezu ausgeschlossen, dass es dann jemals zur Vollstreckung der Unterbringung des Angeklagten in der Sicherungsverwahrung kommt, weil der Angeklagte nach Vollstreckung der Mindestverbüßungsdauer der lebenslangen Freiheitsstrafe nur bedingt entlassen werden kann, sofern er nicht mehr als gefährlich angesehen werden kann; fällt dage-

gen die Legalprognose negativ aus, bleibt es bei der Vollstreckung der lebenslangen Freiheitsstrafe.

243. BGH 2 StR 522/15 – Urteil vom 7. Dezember 2016 (LG Frankfurt a. M.)

Räuberische Erpressung (unerlaubter Besitz von Beübungsmitteln als geschütztes Vermögen).

§ 253 Abs. 1 StGB; § 255 StGB

Wer einen Rauschgifthändler oder -kurier mit Gewalt oder durch Drohung mit einem empfindlichen Übel zur Herausgabe von Drogen nötigt, um sich oder einen Dritten zu Unrecht zu bereichern, macht sich der räuberischen Erpressung schuldig. Die Rechtsordnung kennt im Bereich der Vermögensdelikte kein wegen seiner Herkunft, Entstehung oder Verwendung schlechthin schutzwürdiges Vermögen. Auch an Sachen wie Rauschgift, die jemand aufgrund einer strafbaren Handlung besitzt und als Tatmittel zur Begehung geplanter Straftaten bereitstellt, kann unbeschadet ihrer Zweckbestimmung oder Bemakelung Erpressung und Betrug begangen werden.

212. BGH 5 StR 364/16 – Urteil vom 25. Januar 2017 (LG Itzehoe)

Besonders schwerer Fall der Bestechung (bandenmäßige Begehung; Zustandekommen einer Bandenabrede; schlüssiges Verhalten; Herleitung aus dem wiederholten deliktischen Zusammenwirken; auf mindestens zwei weitere Personen erstreckter Bindungswille).

§ 334 StGB; § 335 StGB

1. Eine Bande im Sinne des § 335 Abs. 2 S. 2 Nr. 3 StGB setzt den Zusammenschluss von mindestens drei Personen mit dem Willen voraus, künftig für eine gewisse Dauer mehrere selbstständige, im Einzelnen noch ungewisse Taten nach § 334 Abs. 1 Satz 1 StGB zu begehen. Sie kann aus Beteiligten beider Seiten (Bestechender und Bestochener) bestehen.

2. Eine Bandenabrede kann auch durch schlüssiges Verhalten zustande kommen; einer ausdrücklichen Vereinbarung bedarf es nicht. Ihr Vorliegen kann daher auch aus dem konkret feststellbaren, wiederholten deliktischen Zusammenwirken mehrerer Personen hergeleitet werden. Es ist auch nicht erforderlich, dass alle Bandenmitglieder einander kennen. Allerdings muss jeder den Willen haben, sich zur künftigen Begehung von Straftaten mit (mindestens) zwei anderen zu verbinden. Der Bindungswille eines jeden Bandenmitglieds muss sich mithin auf mindestens zwei weitere Personen erstrecken.

3. Die Bandenabrede kann auch dadurch zustande kommen, dass sich zwei Personen einig sind, künftig im Einzelnen noch ungewisse Straftaten mit zumindest einem dritten Beteiligten zu begehen, und der von der Absprache informierte Dritte sich der Vereinbarung ausdrücklich oder durch schlüssiges Verhalten anschließt.

205. BGH 3 StR 355/16 – Beschluss vom 20. Dezember 2016 (OLG Düsseldorf)

Konkurrenzen bei Organisationsdelikten (terroristische Vereinigung; mitgliedschaftliche Beteiligungsakte; Zusammenfassung zur tatbestandlichen Handlungseinheit; Reichweite; Tateinheit; Tatmehrheit; Verwirkli-

chung anderer Strafvorschriften; schwere staatsgefährdende Gewalttat; Idealkonkurrenz; Erhöhung des Unrechts- und Schuldgehaltes).

§ 52 StGB; § 53 StGB; § 89a StGB; § 129a StGB; § 129b StGB

1. Mitgliedschaftliche Beteiligungsakte an einer kriminellen oder terroristischen Vereinigung, die auch den Tatbestand einer anderen Strafvorschrift erfüllen und der Zwecksetzung der Vereinigung oder sonst deren Interessen dienen, werden nicht zu einer tatbestandlichen Handlungseinheit zusammengefasst. Solche Handlungen stehen zwar gemäß § 52 Abs. 1 Alt. 1 StGB in Tateinheit mit der jeweils gleichzeitig verwirklichten mitgliedschaftlichen Beteiligung, jedoch – soweit sich nach allgemeinen Grundsätzen nichts anderes ergibt – sowohl untereinander als auch zu der Gesamtheit der sonstigen mitgliedschaftlichen Beteiligungsakte in Tatmehrheit (näher BGH HRRS 2016 Nr. 110).

2. Der Anwendungsbereich und der Strafgrund von § 89a Abs. 1, 2 StGB einerseits und §§ 129a, 129b StGB andererseits sind nicht deckungsgleich; Verstöße gegen diese Vorschriften stehen deshalb zueinander in Idealkonkurrenz (BGH HRRS 2016 Nr. 897).

216. BGH 5 StR 520/16 – Beschluss vom 12. Januar 2017 (LG Hamburg)

Fehlende Mitteilung der Grundlagen zur Berechnung des Betrugsschadens beim betrügerischen Abschluss von Mobilfunkverträgen zur Erlangung der erlangten Geräte.

§ 263 StGB

Beim täuschungsbedingten Abschluss von Mobilfunkverträgen, bei denen der Täuschende beabsichtigt, die im Zusammenhang mit dem Vertragsabschluss erlangten Geräte zu verkaufen, ist der Schadensberechnung deren Wert zugrunde zu legen.

Rechtsprechung

III. Strafzumessungs – und Maßregelrecht

203. BGH 3 StR 342/15 – Beschluss vom 17. November 2016 (LG Bad Kreuznach)

Vorlage an den Großen Senat für Strafsachen; Berücksichtigung des Abstands zwischen Tat und Urteil als Strafzumessungsgesichtspunkt beim sexuellen Missbrauch von Kindern.

§ 176 StGB; § 78b StGB; § 132 Abs. 2 GVG

1. Nach Auffassung des Senates kann der zeitliche Abstand zwischen Tat und Urteil im Rahmen der Strafzumessung wegen sexuellen Missbrauchs eines Kindes in gleicher Weise Berücksichtigung finden wie bei anderen Straftaten; die gesetzliche Regelung des Ruhens der Verjährung in § 78b Abs. 1 Nr. 1 StGB führt nicht zu einem anderen Ergebnis (vgl. bereits zum Anfrageverfahren BGH HRRS 2016 Nr. 189). Aufgrund des Festhaltens des 1. Strafsenats an der gegenteiligen Ansicht (BGH HRRS 2016 Nr. 950) legt der Senat die Frage nun dem Großen Senat für Strafsachen zur Entscheidung vor.

2. Aus den unterschiedlichen Regelungsgehalten, Zwecken und Ausgestaltungen der Strafzumessung einerseits und der Verfolgungsverjährung andererseits folgt zum einen, dass für die Frage der Verjährung nicht von Bedeutung ist, ob mit Blick auf die Strafzumessungsmaximen Schuld und Spezialprävention eine staatliche Reaktion auf die Begehung einer Straftat in Form einer Sanktionierung des Täters (noch) notwendig und gegebenenfalls welche angemessen erschiene. Zum anderen spielt die Dauer der Verjährungsfrist für die Strafzumessung und die dort zu bewertenden Umstände keine Rolle.

3. Mit den in ständiger Rechtsprechung anerkannten Vorgaben zur am Einzelfall orientierten tatgerichtlichen

Betrachtungsweise bei der Strafzumessung sowie ihrer eingeschränkten Überprüfung in der Revisionsinstanz ist es nicht vereinbar, wenn die Revisionsgerichte den Tatgerichten für die Deliktgruppe des sexuellen Missbrauchs von Kindern eine Vorgabe machen, die dahin geht, einem von diesen im konkreten Fall als bestimmend angesehenen Strafzumessungsgesichtspunkt wegen der Art der Straftat generell – und somit gerade unabhängig von den näheren Einzelfallumständen – eine geringere Bedeutung als bei allen anderen Delikten beizumessen.

246. BGH 4 StR 481/16 – Urteil vom 2. Februar 2017 (LG Bochum)

Strafzumessung (strafmildernde Berücksichtigung eines Geständnisses; strafmildernde Berücksichtigung von erlittener Untersuchungshaft; revisionsrechtliche Überprüfbarkeit; Darstellungsanforderungen); Gesamtstrafzumessung (eigenständiger Zumessungsakt, Darlegungsanforderungen); Umfang der Urteilsanfechtung mit der Revision (Auslegung eines unbeschränkt formulierten Antrags als Beschränkung auf die Strafzumessung).

§ 46 StGB; § 51 StGB; 54 Abs. 1 StGB; § 344 Abs. 1 StPO

1. Maßgeblich für die Bedeutung eines Geständnisses ist es, inwieweit darin ein Bekenntnis des Angeklagten zu seiner Tat liegt, in ihm Schuldeinsicht und Reue zum Ausdruck kommen und durch seine Ablegung das Prozessziel der Erreichung von Rechtsfrieden gefördert wird (vgl. BGHSt 43, 195, 209 f.). Das strafmildernde Gewicht eines Geständnisses kann daher geringer sein, wenn dafür prozesstaktische Überlegungen bestimmend waren und die Strafkammer dies durch ein in den Urteilsgrün-

den darzulegende Prozessverhalten bestätigt sieht (vgl. BGH-NStZ-RR 2007, 232).

2. Erlittene Untersuchungshaft ist bei einer Verurteilung zu einer zu vollstreckenden Freiheitsstrafe regelmäßig für die Strafzumessung ohne Bedeutung, weil sie nach § 51 Abs. 1 Satz 1 StGB grundsätzlich auf die zu vollstreckende Strafe angerechnet wird (vgl. BGH NStZ-RR 2014, 106). Auch beim erstmaligen Vollzug der Untersuchungshaft kommt eine mildernde Berücksichtigung nur in Betracht, sofern im Einzelfall besondere Umstände hinzutreten (vgl. BGH NStZ 2012, 147).

3. Die Bemessung der Gesamtstrafe nach § 54 Abs. 1 StGB ist ein eigenständiger Zumessungsakt, bei dem die Person des Täters und die einzelnen Straftaten zusammenfassend zu würdigen sind. Dabei sind 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).

4. Hierbei braucht der Tatrichter nach § 267 Abs. 3 Satz 1 StPO nur die bestimmenden Zumessungsgründe im Urteil darzulegen. Eine Bezugnahme auf die zu den Einzelstrafen gemachten Ausführungen ist grundsätzlich zulässig. Einer eingehenderen Begründung bedarf es hingegen, wenn die Einsatzstrafe nur geringfügig überschritten oder die Summe der Einzelstrafen nahezu erreicht wird (vgl. BGHSt 24, 268, 271).

5. Ob der Rechtsmittelführer nur die Strafzumessung angreifen will, ist eine Frage, die im Zweifelsfall im Wege der Auslegung seiner Rechtsmittelerklärungen zu beantworten ist (vgl. BGHSt 29, 359, 365). Dabei kann die Auslegung der Revisionsbegründung auch bei einem unbeschränkten Revisionsantrag eindeutig zu dem Ergebnis führen, dass sich der Beschwerdeführer – im Widerspruch zu seinem Antrag – lediglich gegen den Strafausspruch wendet. Dies gilt auch dann, wenn es sich bei dem Beschwerdeführer um die Staatsanwaltschaft handelt (vgl. BGH NStZ-RR 2015, 88).

257. BGH 2 StR 477/16 – Beschluss vom 24. Januar 2017 (LG Gießen)

Strafzumessung (bestimmender Strafzumessungsgrund; polizeiliche Überwachung bei Betäubungsmittelgeschäften).

§ 46 Abs. 2 StGB

Der Umstand polizeilicher Überwachung eines Betäubungsmittelgeschäfts mit der Folge, dass eine tatsächliche Gefahr der Übernahme durch den Abnehmer und eines tatsächlichen In-Verkehr-Gelangens nicht bestand, ist ein bestimmender Strafzumessungsgrund zugunsten des Angeklagten, dem neben der Sicherstellung der Drogen als solcher eigenes Gewicht zukommt.

265. BGH 4 StR 521/16 – Beschluss vom 10. Januar 2017 (LG Frankenthal)

Strafzumessung (Berücksichtigung von Nachtatverhalten).

§ 46 Abs. 2 StGB

1. Dass der die Tat bestreitende Angeklagte keine Reue und Unrechtseinsicht zeigt, darf nicht zu seinem Nachteil gewertet werden.

2. Eine andere Bewertung kommt nur in Betracht, wenn der Angeklagte bei seiner Verteidigung ein Verhalten an den Tag gelegt hätte, das im Hinblick auf seine Persönlichkeit und die Art der Tat auf eine besondere Rechtsfeindlichkeit und Gefährlichkeit schließen ließe.

247. BGH 4 StR 595/16 – Beschluss vom 19. Januar 2017 (LG Arnsberg)

Anordnung der Unterbringung in einem psychiatrischen Krankenhaus (Voraussetzungen; Gefährlichkeitsprognose: Ausschluss oder Minderung der Schuldunfähigkeit erst durch Verbindung von länger andauerndem psychischen Defekt mit dem Genuss berauschender Mittel); Schuldunfähigkeit (Voraussetzungen; Darstellung im Urteil).

§ 63 StGB; § 20 StGB; § 21 StGB; § 267 Abs. 6 Satz 1 StGB

1. Grundsätzlich verbietet sich die Unterbringung in einem psychiatrischen Krankenhaus, wenn der Ausschluss oder die erhebliche Minderung der Schuldfähigkeit nicht schon allein durch einen solchen, länger andauernden Defekt, sondern erst durch aktuell hinzutretenden Genuss berauschender Mittel, insbesondere Alkohol, herbeigeführt worden ist.

2. In solchen Fällen kommt die Unterbringung nach § 63 StGB aber ausnahmsweise dann in Betracht, wenn der Täter in krankhafter Weise alkoholüberempfindlich ist, an einer krankhaften Alkoholsucht leidet oder aufgrund eines psychischen Defektes alkoholsüchtig ist, der, ohne pathologisch zu sein, in seinem Schweregrad einer krankhaften seelischen Störung im Sinne der §§ 20, 21 StGB gleichsteht (vgl. BGH NStZ-RR 2007, 73).

3. Ein Zustand im Sinne des § 63 StGB liegt auch dann vor, wenn der Täter an einer länger dauernden geistig-seelischen Störung leidet, bei der bereits geringer Alkoholkonsum oder andere alltägliche Ereignisse die akute erhebliche Beeinträchtigung der Schuldfähigkeit auslösen können und dies getan haben, wenn tragender Grund seines Zustandes mithin die länger andauernde krankhafte geistig-seelische Störung und die Alkoholisierung lediglich der auslösende Faktor war und ist (vgl. BGHSt 44, 369, 374).

214. BGH 5 StR 471/16 – Urteil vom 7. Februar 2017 (LG Cottbus)

Sicherungsverwahrung nach Verurteilung wegen schweren sexuellen Missbrauchs von Kindern (Gefährlichkeit des Angeklagten; Hang zur Begehung von Straftaten; erhebliche Störung des Rechtsfriedens; wahrscheinliche Folgen der Tat; Gefahr schwerer psy-

chischer Schäden; Ausbleiben der Folgen im Einzelfall).

§ 66 StGB; § 176a StGB

1. Die in § 66 Abs. 1 Satz 1 Nr. 4 StGB als materielle Anordnungsvoraussetzung der Sicherungsverwahrung benannte Gefährlichkeit eines Angeklagten für die Allgemeinheit liegt vor, wenn infolge eines bei ihm bestehenden Hanges die bestimmte Wahrscheinlichkeit besteht, dass er auch in Zukunft Straftaten begehen wird, die eine erhebliche Störung des Rechtsfriedens darstellen.

2. Als wesentlichen Anhaltspunkt für die Beurteilung der Erheblichkeit zu erwartender Straftaten nennt das Gesetz eine schwere seelische oder körperliche Schädigung der Opfer. Bezugspunkt sind demnach die wahrscheinlichen Folgen der zu erwartenden Straftaten. Nach ständiger Rechtsprechung des Bundesgerichtshofs ist bei Taten des schweren sexuellen Missbrauchs von Kindern typischerweise die Gefahr schwerwiegender psychischer Schäden verbunden. Sie wird nicht ohne weiteres dadurch in Frage gestellt, dass aufgrund der konkreten Anlasstaten solche Schäden (zufällig) nicht eingetreten sind.

232. BGH 1 StR 613/16 – Beschluss vom 10. Januar 2017 (LG München II)

Anordnung der Unterbringung in einer Entziehungsanstalt (Hang, berauschende Mittel im Übermaß zu sich zu nehmen: Voraussetzungen).

§ 64 StGB

Regelmäßig kommt dem Vorhandensein von Entzugerscheinungen indizielle Bedeutung für einen Hang i.S.v. § 64 StGB zu, weil ihr Auftreten nach Absetzen des Rauschgifts Kennzeichen einer physischen Abhängigkeit ist (vgl. BGH StV 2008, 405 f.).

229. BGH 1 StR 399/16 – Urteil vom 21. Dezember 2016 (LG München I)

Anordnung der Unterbringung in einem psychiatrischen Krankenhaus (Voraussetzungen: Gefährlichkeitsprognose bei nicht erheblichen rechtswidrigen Anlasstaten); Schuldunfähigkeit (zweistufige Prüfung: Darstellung im Urteil).

§ 63 StGB; § 20 StGB; § 267 Abs. 1 Satz 1 StPO

Handelt es sich bei den Anlasstaten nicht um erhebliche rechtswidrige Taten, durch die die Opfer seelisch oder körperlich erheblich geschädigt oder erheblich gefährdet wurde oder schwerer wirtschaftlicher Schaden angerichtet wurde, ist eine Anordnung der Maßregel gemäß § 63 StGB nicht von vornherein ausgeschlossen; das Tatgericht muss in solchen Fällen allerdings die erforderliche Gefährlichkeitsprognose besonders sorgfältig darlegen (vgl. BGH NStZ-RR 2011, 240, 241).

238. BGH 2 StR 313/16 – Urteil vom 21. Dezember 2016 (LG Schwerin)

Verfall (Absehen von der Anordnung, weil das Erlangte nicht mehr im Vermögen des Angeklagten vorhanden ist: ausnahmsweises Absehen auch, wenn das Vermögen des Angeklagten den verfallenen Betrag wertmäßig übersteigt).

§ 73 StGB; § 73c Abs. 1 Satz 2 StGB

Zwar scheidet nach der ständigen Rechtsprechung des Bundesgerichtshofs eine Ermessensentscheidung nach § 73c Abs. 1 Satz 2 StGB regelmäßig dann aus, wenn der Angeklagte über Vermögen verfügt, das wertmäßig nicht hinter dem verfallenen Betrag zurückbleibt. Steht jedoch zweifelsfrei fest, dass der fragliche Vermögenswert ohne jeden denkbaren Zusammenhang mit den abgeurteilten Straftaten erworben wurde, ist eine Ermessensentscheidung nach § 73c Abs. 1 Satz 2 StGB nicht ausgeschlossen (vgl. BGHSt 48, 40, 41).

239. BGH 2 StR 338/16 – Urteil vom 14. Dezember 2016 (LG Aachen)

Strafzumessung (Strafzumessung bei Mittätern: gerechtes Verhältnis der Strafen zueinander; Annahme eines minderschweren Falls: Verhältnis von allgemeinen und typisierten Milderungsgründen).

§ 46 StGB; § 25 Abs. 2 StGB; § 50 StGB

Werden mehrere Angeklagte in einem Verfahren abgeurteilt, muss für jeden von ihnen die Strafe aus der Sache selbst gefunden werden. Der Gesichtspunkt, dass gegen Mittäter verhängte Strafen auch in einem gerechten Verhältnis zueinander stehen sollten, darf dabei nicht völlig außer Betracht bleiben.

Rechtsprechung

IV. Strafverfahrensrecht mit GVG

217. BGH 5 StR 548/16 – Beschluss vom 12. Januar 2017 (LG Bremen)

BGHR; Übernahme von Aufgaben der Protokollführung durch nicht der erkennenden Strafkammer zugewiesene Rechtsreferendare.

§ 153 Abs. 2 und 5 Satz 1 GVG; § 20 AGGVG BR

1. Weder aus § 153 Abs. 2 und 5 Satz 1 GVG noch aus § 20 Bremisches AGGVG ergibt sich, dass nur der erken-

nenden Strafkammer zugewiesene „Stationsreferendare“ für Aufgaben der Protokollführung herangezogen werden dürfen. (BGHR)

2. Der Bundesgerichtshof legt § 153 Abs. 5 Satz 1 GVG in ständiger Rechtsprechung gemäß seinem Wortlaut und in Übereinstimmung mit dem Willen des Gesetzgebers dahin aus, dass die Einzelheiten der Betrauung der betroffenen Personen, zu denen auch Referendare gehören

können, grundsätzlich nach dem jeweiligen Landesrecht zu beurteilen sind. (Bearbeiter)

254. BGH 2 StR 84/16 – Beschluss vom 25. Oktober 2016 (LG Frankfurt am Main)

Veränderung des rechtlichen Gesichtspunktes (rechtlicher Hinweis: Anforderungen und Zweck); Urteilsgründe (Anforderungen an Tatsachengrundlage); verbotene Vernehmungsmethoden (Abgrenzung von List und bewusster Lüge; Täuschung über Beweis- und Verfahrenslage); minderschwerer Fall des Totschlags (strafschärfende Erwägungen).

§ 136a Abs. 1 StPO; § 163a Abs. 4 Satz 2 StPO; § 265 Abs. 1 StPO; § 267 Abs. 1 StPO; § 212 Abs. 1 StGB; § 213 StGB

1. § 136a Abs. 1 StPO gilt nach § 163a Abs. 4 Satz 2 StPO auch für Polizeibeamte. Zwar schließt § 136a Abs. 1 Satz 1 StPO nicht die Anwendung jeder List bei einer Vernehmung aus. Die Vorschrift verbietet aber eine Lüge, durch die der Beschuldigte bewusst irregeführt und in seiner Aussagefreiheit beeinträchtigt wird. Weiß der Vernehmende, dass aufgrund der bisherigen Ermittlungen kein dringender Tatverdacht bezüglich eines Mordes besteht, erklärt aber trotzdem, die vorliegenden Beweise ließen dem Beschuldigten keine Chance, er könne seine Lage nur durch ein Geständnis verbessern, so täuscht er ihn über die Beweis- und Verfahrenslage.

2. Eine nach § 136a Abs. 1 StPO unzulässige Lüge liegt beispielsweise vor, wenn der Vernehmungsbeamte den Angeklagten in seiner ersten Beschuldigtenvernehmung mehrfach darauf hinweist, dass er ihn zwar nicht für einen „Mörder“ halte, dass die Tat aber angesichts der gravierenden Verletzungsfolgen und des Nachtatverhaltens wie ein „richtiger, klassischer Mord“ erscheine, wenn er – der Beschuldigte – dies nicht richtigstelle und sich zur Sache einlasse.

3. Ein rechtlicher Hinweis gemäß § 265 Abs. 1 StPO ist zu erteilen, wenn der Angeklagte wegen einer andersartigen Begehungsform des in der zugelassenen Anklageschrift aufgeführten Strafgesetzes verurteilt werden soll. Dies gilt insbesondere beim Übergang vom Vorwurf des Verdeckungsmordes zu dem des Mordes aus niedrigen Beweggründen.

4. Dieser rechtliche Hinweis dient dazu, den Angeklagten vor Überraschungen zu schützen und ihm Gelegenheit zu geben, sich gegenüber einem neuen Vorwurf sachgerecht zu verteidigen. Ob es sich um eine andersartige Begehungsform oder um eine gleichartige Erscheinungsform desselben Tatbestands handelt, ist nicht nach den äußeren Merkmalen, sondern nach dem Inhalt der Begehungsform zu entscheiden.

5. Der rechtliche Hinweis muss so abgefasst sein, dass der Angeklagte erkennt, durch welche konkreten Tatsachen das Gericht das Mordmerkmal als erfüllt ansieht. Nur solchermaßen präzise abgefasst kann der Hinweis die ihm zugeordnete Funktion erfüllen, den Angeklagten vor Überraschungsentscheidungen zu schützen und ihm Gelegenheit zu geben, sich gegenüber dem Tatvorwurf sachgerecht zu verteidigen.

6. Dem Tatrichter obliegt es, sich unter dem umfassenden Eindruck der Hauptverhandlung ein Urteil über die Schuld oder Unschuld des Angeklagten zu bilden. Die revisionsgerichtliche Prüfung ist auf die Frage beschränkt, ob ihm dabei ein Rechtsfehler unterlaufen ist. Dies ist unter anderem der Fall, wenn die Beweiserwägungen unklar oder lückenhaft sind oder der Tatrichter nicht sämtliche Umstände, die geeignet sind, die Entscheidung zu Gunsten oder zu Ungunsten des Angeklagten zu beeinflussen, erkannt und in seine Überlegungen einbezogen hat. Dabei dürfen die einzelnen Beweisergebnisse nicht nur isoliert voneinander bewertet, sondern sie müssen in eine umfassende Gesamtwürdigung eingestellt werden. Die zur richterlichen Überzeugung erforderliche persönliche Gewissheit setzt zudem ausreichende objektive Grundlagen voraus. Deshalb müssen die Urteilsgründe erkennen lassen, dass die Beweiswürdigung auf einer nachvollziehbaren Tatsachengrundlage beruht, und dass sich die vom Gericht gezogene Schlussfolgerung nicht als bloße Vermutung erweist.

7. Die strafschärfende Erwägung, der Angeklagte habe „einem Kind die Mutter genommen“, kann im Einzelfall rechtlich bedenklich sein.

233. BGH 1 ARs 16/16 – Beschluss vom 21. Februar 2017

Anfrageverfahren (Zulässigkeit einer Vorlage zum Großen Senat für Strafsachen nur bei Aufrechterhaltung der Anfrage: Rücknahme durch anderslautende Entscheidung; Bindungswirkung des Anfragebeschlusses für den anfragenden Senat: Wegfall der Bindungswirkung durch Rücknahme der Anfrage; Bindungswirkung eines zustimmenden Beschlusses für den zustimmenden Senat); Erpressung (Vermögensschaden: Besitz an Betäubungsmitteln als Bestandteil des geschützten Vermögens; Betrug)

§ 132 Abs. 1, Abs. 3 GVG; § 253 StGB; § 263 Abs. 1 StGB

1. Der 1. Strafsenat hält an seiner Rechtsprechung fest, wonach der Besitz von Betäubungsmitteln Teil des strafrechtlich geschützten Vermögens ist.

2. Wenn ein Senat überbesetzt ist und deswegen mehrere Sitzgruppen gebildet hat, kann er (nach außen) nur eine einheitliche Rechtsprechung verfolgen. § 132 Abs. 3 Satz 1 GVG ermächtigt nur den Senat als solchen zur Anfrage bei anderen Senaten, nicht einzelne Sitzgruppen eines Senats.

3. Allein aus dem Umstand, dass ein Senat einen Anfragebeschluss gefasst hat, ergibt sich weder aus § 132 GVG, noch aus Sinn und Zweck des Anfrageverfahrens eine Sperrwirkung für die anderen Senate, weiterhin unter Zugrundelegung der bisherigen Rechtsprechung zu entscheiden. Bindungswirkung entfaltet demgegenüber der Beschluss eines angefragten Senats, mit dem er einer Änderung der bisherigen Rechtsprechung zugestimmt hat. Ab diesem Zeitpunkt ist ihm eine Rückkehr zur „alten“ Rechtsprechung versagt, sofern er nicht vorher seinerseits den Großen Senat anruft.

4. Diese Wirkungen gelten grundsätzlich auch für den Senat, der den Anfragebeschluss gefasst hat (vgl. BGH JR

2017, 82). Jedoch wird durch eine zeitlich nach dem Anfragebeschluss auf der Grundlage der bisherigen Rechtsprechung gefasste Entscheidung die gestellte Anfrage hinfällig und damit unzulässig, weil der Senat mit seiner nachfolgenden Entscheidung dokumentiert hat, dass er an seiner Anfrage nicht mehr festhält.

5. Soweit der anfragende Senat darüber hinaus selbst eigene entgegenstehende Rechtsprechung mit dem Anfragebeschluss aufgegeben hat, trifft ihn die Bindungswirkung des Anfrageverfahrens ebenso wie angefragte Senate, d.h. mit der Aufgabe bisheriger Rechtsprechung ist er grundsätzlich ebenso gehindert, weiter nach der aufgegebenen Rechtsprechung zu entscheiden; im Gegensatz zu einem angefragten Senat entfällt die Bindungswirkung für ihn jedoch mit einer gegenteiligen Entscheidung, weil damit zugleich seine Anfrage hinfällig geworden ist.

211. BGH 5 StR 15/17 – Beschluss vom 24. Januar 2017 (LG Dresden)

Erfordernis der Belehrung des Angeklagten bereits bei Unterbreitung des Verständigungsvorschlags.
§ 257c Abs. 4, Abs. 5 StPO

Das Gericht muss den Angeklagten bereits bei Unterbreitung eines Verständigungsvorschlags über die in § 257c Abs. 4 StPO geregelte Möglichkeit eines Entfallens der Bindung des Gerichts an die Verständigung belehren. Anderenfalls ist eine etwaig zustande gekommene Verständigung in der Regel nicht mit dem Grundsatz des fairen Verfahrens vereinbar (BGH HRRS 2015 Nr. 589).

223. BGH AK 67/16 – Beschluss vom 11. Januar 2017

Dringender Tatverdacht wegen Unterstützung einer terroristischen Vereinigung im Ausland („IS“); Fortdauer der Untersuchungshaft über sechs Monate; Fluchtgefahr; Gegenstand der Haftprüfung (Beschränkung auf geschilderten Lebenssachverhalt, nicht auf rechtliche Bewertung); Terrorismusfinanzierung (nicht unerhebliche Vermögenswerte; quantitative Untergrenze).
§ 129a StGB; § 129b StGB; § 89a StGB; § 89c StGB; § 112 StPO; § 116 StPO; § 121 StPO

Nur der nach § 122 Abs. 1 StPO vorgelegte Haftbefehl ist Gegenstand der Haftprüfung und damit grundsätzlich auch ausschließlich der darin gegenüber dem Angeklagten erhobene Vorwurf. Diese Beschränkung bezieht sich indes auf den geschilderten Lebenssachverhalt, aus dem sich die dem Beschuldigten zur Last gelegte Tat ergibt, nicht dagegen auf dessen rechtliche Würdigung.

244. BGH 4 StR 443/16 – Urteil vom 19. Januar 2017 (LG Frankenthal)

Umfang der Urteilsaufhebung durch das Revisionsgericht (horizontale Rechtskraft innerhalb des Rechtsfolgenausspruchs: Unterscheidung von Aufhebung im Rechtsfolgenausspruch und Aufhebung im Strafausspruch).
§ 353 StPO; § 354 Abs. 2 StPO

1. Führt die Revision nur teilweise zur Urteilsaufhebung, erwächst der bestehen bleibende Teil in Rechtskraft;

dieser ist im neuen Verfahren nicht mehr nachzuprüfen (vgl. BGHSt 54, 135, 137). Der neue Tatrichter, an den das Verfahren nach Zurückverweisung gelangt, hat lediglich den noch offenen Verfahrensgegenstand neu zu verhandeln und zu entscheiden.

2. Das bedeutet, dass der Schuldspruch rechtskräftig wird, wenn das angefochtene Urteil allein im Strafausspruch aufgehoben wird (sog. horizontale Teilrechtskraft). Aber auch innerhalb des Rechtsfolgenausspruchs kann horizontale Teilrechtskraft bezüglich einzelner Rechtsfolgen eintreten, wenn lediglich der Strafausspruch aufgehoben wird. Nach ständiger Rechtsprechung gilt dies, wenn das Tatgericht auf weitere Rechtsfolgen erkannt hat, die von Art und Höhe der Strafe unabhängig sind, was sich nach den für die Rechtsmittelbeschränkung geltenden Grundsätzen richtet. Dies kann etwa der Fall sein, wenn neben der Strafe Sicherungsmaßregeln nach §§ 63 ff. StGB angeordnet worden sind (vgl. BGHSt 33, 306, 310). Nichts Anderes gilt, wenn der Tatrichter die Frage einer Maßregelanordnung geprüft, jedoch von einer solchen Anordnung abgesehen hat.

3. Maßgebend für den Umfang einer Aufhebung ist insoweit die Formulierung im Tenor der revisionsgerichtlichen Entscheidung. Dabei umfasst die Aufhebung des Rechtsfolgenausspruchs alle Rechtsfolgen der Tat, unabhängig davon, ob diese vom erstinstanzlichen Gericht angeordnet worden sind, während die Aufhebung des Strafausspruchs lediglich die zur Ahndung der verfahrensgegenständlichen Tat zu verhängenden Strafen betrifft.

250. BGH 2 StR 280/16 – Beschluss vom 31. Januar 2017 (LG Kassel)

Betrug (Verjährungsbeginn); Verjährungsunterbrechung (Unterbrechung durch Durchsuchungsanordnung; Erstreckung auf andere Beteiligte).
§ 78 Abs. 3 Nr. 4 StGB; 78c Abs. 1 Nr. 4 StGB; § 263 StGB

1. Die für das Vergehen des Betruges maßgebliche Verjährungsfrist beginnt mit der Erlangung des vom Tatvorsatz umfassten Vermögensvorteils zu laufen.

2. Ein gegen einen Dritten gerichteter Durchsuchungsbeschluss kann gegenüber einem Angeklagten keine verjährungsunterbrechende Wirkung entfalten, wenn diese Ermittlungshandlung nicht darauf gerichtet war, dessen zu diesem Zeitpunkt noch nicht ersichtlichen Tatbeitrag aufzuklären.

201. BGH 3 StR 193/16 – Beschluss vom 13. Dezember 2016 (OLG Stuttgart)

Anforderung an die Ablehnung eines Beweisantrags wegen Bedeutungslosigkeit.
§ 244 Abs. 3 Satz 2 Var. 2 StPO

Die Ablehnung eines Beweisantrages wegen Bedeutungslosigkeit erfordert in aller Regel, dass der Beschluss konkrete Erwägungen darüber enthält, warum das Tatgericht aus der Beweistatsache keine entscheidungserheblichen Schlussfolgerungen ziehen will. Die Anforderungen an diese Begründung entsprechen grundsätzlich denjenigen, denen das Tatgericht genügen müsste, wenn es die Indiz-

oder Hilfstatsache durch Beweiserhebung festgestellt und sodann in den schriftlichen Urteilsgründen darzulegen hätte, warum sie auf seine Überzeugungsbildung ohne Einfluss geblieben ist.

269. BGH 4 StR 593/16 – Beschluss vom 2. Februar 2017 (LG Erfurt)

Ablehnung von Beweisanträgen (Ablehnung wegen Unerreichbarkeit des Zeugen; erforderliche Bemühungen).

§ 244 Abs. 3 Satz 2 StPO

Das Maß der erforderlichen Bemühungen um die Vernehmung des Zeugen richtet sich stets nach der Bedeutung des Beweismittels für die Wahrheitserforschung.

261. BGH 4 StR 192/16 – Beschluss vom 11. Januar 2017 (LG Münster)

Anhörungsrüge (Auslegung nach Wortlaut und Normzweck; analoge Anwendung auf Vorlegungspflicht, Recht auf einen gesetzlichen Richter).

§ 356a StPO; § 132 Abs. 2, 3 GVG; Art. 101 Abs. 1 Satz 2 GG

1. Der Sonderrechtsbehelf des § 356a StPO ist nach seinem Wortlaut und Normzweck, eine Durchsetzungsgarantie für das „prozessuale Unrecht“ auf rechtliches Gehör zu schaffen, nicht dazu bestimmt, dass damit auch behauptete Verletzungen von Art. 101 Abs. 1 Satz 2 GG geltend gemacht werden können. Für eine entsprechende Anwendung des § 356a StPO auf solche Fälle ist kein Raum.

2. Eine Begründungspflicht für letztinstanzliche, mit ordentlichen Rechtsmitteln nicht mehr anfechtbare Entscheidungen besteht nicht.

3. Das Revisionsgericht ist nicht verpflichtet, vor seiner Entscheidung über ein Rechtsmittel des Angeklagten diesen auf seine Rechtsauffassung hinzuweisen.

268. BGH 4 StR 541/16 – Beschluss vom 10. Januar 2017 (LG Landau)

Beweisantrag (Entscheidung im Freibeweisverfahren).

§ 244 StPO; § 261 StPO

Betrifft die behauptete Beweistatsache nicht die Schuld- und Straffrage, darf die Strafkammer über Beweisanträge ohne Bindung an die Voraussetzungen der §§ 244 ff. StPO im Freibeweisverfahren nach Maßgabe der Aufklärungspflicht entscheiden.

267. BGH 4 StR 531/16 – Beschluss vom 31. Januar 2017 (LG Bochum)

Besorgnis der Befangenheit (revisionsrechtlicher Prüfungsumfang; Bindung an festgestellte Tatsachen); Urteilsgründe (Ausführungen zu festgestellten Tatsachen).

§ 74 Abs. 1 StPO; § 267 Abs. 1 Satz 1 StPO

1. Das Revisionsgericht prüft nicht selbstständig, ob die Voraussetzungen für die Besorgnis einer Befangenheit im konkreten Fall vorliegen. Es hat vielmehr allein nach revisionsrechtlichen Grundsätzen zu entscheiden, ob das

Ablehnungsgesuch ohne Verfahrensfehler und mit ausreichender Begründung zurückgewiesen worden ist. Dabei ist es an die vom Tatgericht festgestellten Tatsachen gebunden, die dieses in seinem Beschluss darzulegen hat.

2. Nach § 267 Abs. 1 Satz 1 StPO müssen in den Urteilsgründen die für erwiesen erachteten Tatsachen angegeben werden, in denen die gesetzlichen Merkmale der Straftat gefunden werden. Hierzu hat der Tatrichter auf der Grundlage einer vorausgegangenen rechtlichen Subsumtion die Urteilsgründe so abzufassen, dass sie erkennen lassen, welche der festgestellten Tatsachen den einzelnen objektiven und subjektiven Tatbestandsmerkmalen zuzuordnen sind und sie ausfüllen können.

222. BGH 5 ARs 54/16 – Beschluss vom 26. Januar 2017

Nichtbescheidung offensichtlich unzulässiger Rechtsbeschwerden.

§ 23 EGGVG; § 29 Abs. 1 EGGVG; Art. 103 Abs. 1 GG

Sofern der Senat durch den selben Antragssteller wiederholt mit offensichtlich unzulässigen „Rechtsmitteln“ gegen nicht rechtsmittelfähige Entscheidungen konfrontiert wird, kann er – auch zur Vermeidung erheblicher Kosten für den Antragsteller – jedenfalls dann von einer weiteren Bescheidung absehen, wenn der Antragssteller aufgrund vorangegangener Beschlüsse um die Unzulässigkeit seiner Eingaben weiß. Der Senat muss es nicht hinnehmen, durch sinnentleerte Inanspruchnahme seiner Arbeitskapazitäten bei der Erfüllung seiner Aufgaben behindert zu werden.

230. BGH 1 StR 533/16 – Beschluss vom 10. Januar 2017 (LG Rottweil)

Wiedereinsetzung in den vorherigen Stand (Verschulden der Säumnis: krankhafte Störung der Geistestätigkeit).

§ 44 StPO

Unverschuldete Säumnis kommt bei einer krankhaften Störung der Geistestätigkeit regelmäßig nur dann in Betracht, wenn sie mit Verhandlungsunfähigkeit einhergeht.

252. BGH 2 StR 412/16 – Beschluss vom 10. Januar 2017 (LG Aachen)

Urteilsgründe (Erörterung der Einlassung des Angeklagten).

§ 261 StPO; § 267 Abs. 1 StPO

Es empfiehlt sich regelmäßig, im Rahmen der Beweiswürdigung zu erörtern, ob (und bejahendenfalls wie) ein Angeklagter sich zum verfahrensgegenständlichen Tatvorwurf eingelassen oder ob er von seinem Schweigerrecht Gebrauch gemacht hat. Verhalten sich die Urteilsgründe zu dieser Frage nicht, kann dies den Bestand des Urteils im Einzelfall gefährden.

260. BGH 2 ARs 132/16 2 AR 69/16 – Beschluss vom 21. Dezember 2016

Örtliche Zuständigkeit (Abgabe des Verfahrens; Unzweckmäßigkeit der Abgabe).

§ 42 Abs. 3 JGG

1. Die Voraussetzungen für eine Abgabe des Verfahrens liegen grundsätzlich vor, wenn der Angeklagte zum wiederholten Male seinen tatsächlichen Aufenthaltsort nach Anklageerhebung gewechselt hat.

2. Die im richterlichen Ermessen stehende Abgabe kann sich jedoch als unzumutbar erweisen, wenn der Angeklagte seinen Aufenthaltsort seit Einleitung des Strafverfahrens mehrfach gewechselt hat, künftige Wechsel des Aufenthaltsorts zu erwarten sind und der Reiseaufwand für den Angeklagten und die in den Anklageschriften benannten Zeugen im Falle einer Hauptverhandlung sich durch die Abgabe nicht in unzumutbarer Weise erhöht.

251. BGH 2 StR 380/16 – Beschluss vom 15. Dezember 2016 (LG Bonn)

Adhäsionsverfahren (Feststellungsklage: Feststellungsinteresse, Geltendmachung von Schäden).
§ 403 StPO

Am für die Feststellungsklage im Adhäsionsverfahren erforderlichen Feststellungsinteresse fehlt es, wenn der

Adhäsionskläger bereits entstandene materielle und immaterielle Schäden nicht geltend macht und es sich aus seinem Vortrag nicht ergibt, warum er nicht in der Lage ist, diese Schäden zu beziffern.

266. BGH 4 StR 530/16 – Beschluss vom 22. Dezember 2016 (LG Bochum)

Adhäsionsverfahren (unbedingte Antragstellung; Beginn der Verzinsung).
§ 403 StPO

1. Die bloße Ankündigung von Entschädigungsanträgen im Sinne des § 403 StPO in einem Antrag auf Prozesskostenhilfe kann – selbst bei vollständiger Begründung derselben – die eigentliche Stellung der Anträge nicht ersetzen.

2. Auch die Verzinsung der Ansprüche beginnt erst mit dem Zeitpunkt der unbedingten Antragstellung.

Rechtsprechung

V. Wirtschaftsstrafrecht und Nebengebiete

206. BGH 3 StR 364/16 – Urteil vom 12. Januar 2017 (LG Verden)

Verwendung von Kennzeichen eines verbotenen Vereins („Rockerkutte“; „Hells Angels“; Ortsbezeichnung; Verwenden; einschränkende Auslegung).
§ 20 Abs. 1 S. 1 Nr. 5 VereinsG; § 9 VereinsG; § 86a Abs. 1 Nr. 1 StGB

1. Durch die Hinzufügung einer eindeutig auf einen nicht verbotenen Verein hinweisenden Ortsbezeichnung bei sog. „Rockerkuten“ ergibt sich aus dem maßgeblichen Gesamtzusammenhang der Kennzeichenverwendung in der Regel eindeutig, dass etwaige an sich nach wie vor unter den strafrechtlichen Kennzeichenbegriff fallende weitere Symbole gerade nicht als Kennzeichen der verbotenen „Gruppierungen“ verwendet werden, sondern als solche eines nicht mit einer Verbotungsverfügung belegten Ortsvereins (näher BGH HRRS 2015 Nr. 1018).

2. Es ist insofern unerheblich, ob der verwendete Zusatz (hier „North Region“) auf einen eindeutig identifizierbaren Ort verweist, sofern feststeht, dass unter der Bezeichnung ein nicht verbotener Ortsverein existiert.

204. BGH 3 StR 344/16 – Beschluss vom 15. November 2016 (LG Osnabrück)

Bewaffnetes Sichverschaffen von Betäubungsmitteln (Beendigung; Erlangung der Verfügungsgewalt durch einverständliches Zusammenwirken mit dem Vorbesitzer; Besitz).
§ 30a Abs. 2 Nr. 2 BtMG

1. Der Qualifikationstatbestand des § 30a Abs. 2 Nr. 2 BtMG ist zwar auch dann erfüllt, wenn der Täter die Waffe oder den sonstigen Gegenstand erst in der Schlussphase der Übernahme der Betäubungsmittel vor deren Beendigung mit sich führt, auch wenn das Grunddelikt bereits vollendet ist.

2. Ist hingegen das Sichverschaffen im Sinne der rechtsgeschäftlichen Erlangung der eigenen tatsächlichen Verfügungsgewalt über das Betäubungsmittel durch einverständliches Zusammenwirken mit dem Vorbesitzer bereits abgeschlossen und die Tat damit rechtlich beendet, kommt eine Verwirklichung der Qualifikation nicht mehr in Betracht, selbst wenn im weiteren Geschehensverlauf eine Waffe mitgeführt wird. Denn das Mitführen einer Waffe (oder eines sonstigen zur Verletzung von Personen geeigneten und bestimmten Gegenstandes) beim Besitz der Betäubungsmittel allein erfüllt den Tatbestand des § 30a Abs. 2 Nr. 2 BtMG in der Variante des Sichverschaffens nicht.

218. BGH 5 StR 561/16 – Beschluss vom 8. Februar 2017 (LG Berlin)

Abgabe von Betäubungsmitteln (Übertragung der Verfügungsgewalt; keine Gegenleistung; uneigennütziges Mitwirken; dem Umsatz von Betäubungsmitteln dienender Beitrag als Beihilfe zum Handelstreiben; unzureichende Begründung eines Hangs bei Betäubungsmittelabhängigkeit).
§ 29 BtMG; § 30a BtMG; § 64 StGB

Abgabe im Sinne der §§ 29 Abs. 1 Nr. 1, 30a Abs. 2 Nr. 1 BtMG ist die Übertragung der tatsächlichen Verfügungs-

gewalt ohne rechtsgeschäftliche Grundlage und ohne Gegenleistung an einen Dritten, der über das Betäubungsmittel frei verfügen kann. Dient der Tatbeitrag dagegen dem Umsatz von Betäubungsmitteln, liegt auch im Falle uneigennütziger Mitwirkung des Empfängers Beihilfe zum Handelstreiben eines anderen vor.

224. BGH StB 40/16 – Beschluss vom 11. Januar 2017

Dringender Tatverdacht wegen Beteiligung an einer terroristischen Organisation im Ausland (Vornahme

einzelner Beteiligungshandlungen im strafunmündigen Alter; Schuldfähigkeit); Fluchtgefahr; Schwerekriminalität als Haftgrund.

§ 129a StGB; § 129b StGB; § 20 StGB; § 1 JGG; § 3 JGG

Schließt sich eine Person im strafunmündigen Alter einer terroristischen Vereinigung im Ausland an, ist das nicht ohne weiteres ein Grund für eine Verneinung der Schuldfähigkeit auch für solche Beteiligungshandlungen, bei deren Vornahme die Altersgrenze des § 1 Abs. 2 JGG bereits überschritten war.

Aufsätze und Anmerkungen

Die digitale Abofalle – Die straf- und ordnungswidrigkeitenrechtliche Bewertung innovativer Kostenfallen bei der Nutzung mobiler Endgeräte

Von Dr. iur. Maximilian Gaßner, Präsident des Bundesversicherungsamtes a.D., Wörthsee, und Jens M. Strömer, LL.M. (Medizinrecht), Bonn

I. Einführung

Als „Abofalle“ wird eine Täuschung über die Kostenpflichtigkeit eines Angebots zum Abschluss eines Vertrags bzw. das Vorgaukeln eines schon bestehenden Vertragsverhältnisses bezeichnet, welches das Ziel hat, den Getäuschten mit unberechtigten Kostenforderungen zu konfrontieren.¹ Soweit nicht notwendigerweise der Abschluss eines Abonnements, sondern eines anderen Vertragstyps vorgetäuscht wird, kann man auch allgemeiner von „Kostenfallen“ sprechen. Das Konzept der „Abofalle“ hat in der Kriminalgeschichte eine lange Tradition; gleichwohl hat die „Abofalle“ insbesondere wegen der vorangeschrittenen technischen Entwicklung mittlerweile viele Gesichter. Neu an der digitalen „Abofalle“ in Form der „WAP-Billing-Falle“ bei der Smartphonennutzung ist, dass auch Mobilfunkanbieter von der durch kriminelle Dritte gestellten „Abofalle“ über Provisionen erheblich profitieren.² Im Gegenzug können sich Mitarbeiter von Mobilfunkanbietern im Zusammenhang mit der digitalen „Abofalle“ strafbar machen und gegen Mobilfunkanbieter Geldbußen nach §§ 130, 30 i. V. m. 17 Abs. 4 OWiG verhängt werden, deren Höhe den infolge von Provisionen rechtswidrig erzielten Gewinn der Mobilfunkanbieter übersteigt.

¹ Kochheim, Cybercrime und Strafrecht in der Informations- und Kommunikationstechnik, 2015, S. 87 ff. Rdnrn. 235 ff.

² Gaßner/Strömer NJW 2016, 2529, 2531; Handelsblatt v. 7.12.2016 Artikel „Die Abo-Falle“.

II. Die Geschichte der Abo- bzw. Kostenfalle

Ursprünglich wurde die Idee der „Abofallen“ für den Verkauf von Zeitschriftenabonnements durch Druckerkolonnen an der Haustür entwickelt. Seit etwa 1985 zeigt sich die „Abofalle“ insbesondere in der Gestalt von Scheinrechnungen von Adressbuchverlagen, dessen Opfer insbesondere Gewerbetreibende und Freiberufler wie beispielsweise niedergelassene Ärzte waren (sog. „Offertenbetrug“).³ Vereinzelt gibt es dieses Phänomen noch heute.⁴ Mit der zunehmenden Verbreitung des Internets wurde die Idee der „Abofalle“ auch auf den Bereich der allgemeinen Internetnutzung übertragen.⁵ Die klassische „Abofalle“ des Internets zeichnet sich dadurch aus, dass das Opfer seine Kontaktdaten täuschungsbedingt selbst in irgendwelche Internetformulare eingibt und anschließend der Täter das Opfer unter Verweis auf eine angebliche Zahlungspflicht zur Zahlung nötigt.⁶ Der BGH hat

³ Kochheim, Cybercrime und Strafrecht in der Informations- und Kommunikationstechnik, 2015, S. 87, Rdnr. 235, S. 427 f. Rdnrn. 1231 ff.

⁴ Vgl. LG Saarbrücken, Urt. v. 13.5.2015 – 7 HKO 4/15, juris, Rdnrn. 27 ff. = WRP 2015, 1161 f.

⁵ Kochheim, Cybercrime und Strafrecht in der Informations- und Kommunikationstechnik, 2015, S. 428 Rdnr. 1236.

⁶ Vgl. zur klassischen „Abofalle“ im Internet Kochheim, Cybercrime und Strafrecht in der Informations- und Kommunikationstechnik, 2015, Rdnrn. 235 ff., 1231 ff.; instruktiv auch Kliegel JR 2013, 389.

eine Verurteilung von Betreibern einer „Abofalle“ im Internet wegen Betrugs bestätigt.⁷ Als weitere Kostenfalle im Internet kam insbesondere in den 90er Jahren des letzten Jahrhunderts die sog. „Dialerfalle“ zu großer Blüte – einige der älteren Leser werden sich erinnern. Bei „Dialern“ (auch „Einwahlprogramme“) handelte es sich um Software, mit der über Telefonleitungen oder das Mobilfunknetz eine Verbindung in das Internet hergestellt wurde. Ursprünglich waren „Dialer“ als seriöse Möglichkeit zur einfachen Abrechnung von „Mehrwertleistungen“ konzipiert; jedoch haben vor allem Kriminelle „Dialer“ – z. B. über entsprechend manipulierte Internetseiten – auf Computer unbedarfter Nutzer installiert (bzw. durch den unwissenden Nutzer installieren lassen), woraufhin der „Dialer“ ohne Wissen und Wollen des Nutzers von dessen Computer aus eine mit hohen Kosten verbundene Verbindung ins Internet hergestellt und hierdurch teilweise enorme Schäden verursacht hat. Zu einer täuschungsbedingten „eigenhändigen“ Installation des Dialers durch das Opfer kam es z. B. durch eine per E-Mail erfolgte Aufforderung, auf eine bestimmte Schaltfläche zu klicken oder einen Anhang zu öffnen. In der Folge wurde der Begriff „Dialer“ nur noch für Software zur ungewollten Herstellung einer kostenpflichtigen Datenverbindung auf fremden Rechnern verstanden, die in der Absicht erfolgt, hierfür Geld über die Telefonrechnung einzuziehen zu können.⁸ Wegen „Dialerfallen“ gab es Verurteilungen wegen Betrugs⁹ und – vom BGH bestätigt – wegen Computerbetrugs.¹⁰ Nach der zunehmenden Verbreitung von DSL-Anschlüssen wurde das Phänomen der klassischen „Dialerfalle“ weitgehend obsolet.

III. Die für die Smartphonennutzung angepasste „digitale Abofalle“: Die „WAP-Billing-Falle“

1. Erscheinungsbild sowie rechtlicher und technischer Hintergrund

Aktueller Renner¹¹ unter den Abo- bzw. Kostenfallen ist die sog. „WAP-Billing-Falle“, die speziell auf die besonderen Rahmenbedingungen der Nutzung von Smartphones und anderen mobilen Endgeräten über Mobilfunktechnik

zugeschnitten ist. Bei der „WAP-Billing“-Falle¹² klickt ein Nutzer auf seinem Smartphone (oder einem anderen mobilen Endgerät) irrtumsbedingt auf eine manipulierte Schaltfläche (z. B. ein „Pop-up“ oder „Werbepbanner“), wodurch ein Mechanismus ausgelöst wird, der zum sofortigen Einzug von Guthaben führt (bei Prepaid-Verträgen).¹³ Bei Laufzeit-Verträgen kommt es zur späteren In-Rechnung-Stellung auf der Mobilfunkrechnung. Meist geht weder aus der betreffenden Schaltfläche noch aus anderen Angaben hervor, dass es bei einem Klick auf die Schaltfläche um die Abbuchung von Geld oder die (vermeintliche) Eingehung eines Vertragsverhältnisses gehen soll; vielmehr wird häufig ein anderer Bedeutungsgehalt der Schaltfläche vorgespiegelt.¹⁴ Im Unterschied zu den klassischen „Abofallen“ des Internets braucht der Nutzer bei einer „WAP-Billing-Falle“ auf dem mobilen Endgerät gegenüber dem „Fallensteller“ keinerlei Kontaktdaten preiszugeben; ein Klick auf eine manipulierte Schaltfläche genügt, damit der Kriminelle über den Mobilfunkanbieter vom Endgerät-Nutzer Geld bzw. Guthaben einziehen kann.¹⁵ Technische Grundlage des Mechanismus ist die durch den Klick (unwillentlich) ausgelöste Übertragung der Mobilfunkrufnummer (der sog. MSISDN) an den kriminellen „Fallensteller“, der diese wiederum (i. d. R. vollautomatisiert) direkt an den Mobilfunkanbieter mit dem (elektronischen) Hinweis weiterleitet, er habe als angeblicher Drittanbieter gegen einen über die übermittelte Mobilfunkrufnummer identifizierbaren Endgerät-Nutzer einen Anspruch auf Geldzahlung aus einem Vertrag über Drittanbieterleistungen. Drittanbieterleistungen sind Leistungen, bei denen der Leistungserfolg ausschließlich auf dem mobilen Endgerät eintreten soll.¹⁶ Weiterhin enthält die (vollautomatisierte) Meldung des „Fallenstellers“ an den Mobilfunkanbieter im Ergebnis die Aufforderung, der Mobilfunkanbieter möge auf Grundlage eines zuvor abgeschlossenen Rahmenvertrags für ihn als (vermeintlichem) Drittanbieter beim Endgerät-Nutzer das Inkasso durchführen.¹⁷ Der Mobilfunkanbieter kann wiederum allein anhand der Mobilfunkrufnummer den Mobilfunk- bzw. Endgerät-Nutzer identifizieren¹⁸ und von diesem Prepaid-Guthaben abbuchen bzw. von dessen Bankkonto Geld einziehen. Aufgrund der Schlüsselrolle der Mobilfunkrufnummer funktioniert die „WAP-Billing-Falle“ in der

⁷ BGH, Urt. v. 5.3.2014 – 2 StR 616/12, juris, insb. Rdnrn. 17 ff. = NJW 2014, 2595 ff. = HRRS 2014 Nr. 700.

⁸ Vgl. Hassemer in Schneider, Handbuch des EDV-Rechts, 4. Aufl. 2009, Kap. 2.1.2.1. „Unrichtige Gestaltung des Programms“, Rdnrn. 1449.

⁹ Bei täuschungsbedingter „eigenhändiger“ Installation des Dialers durch das Opfer LG Essen, Urt. v. 9.3.2007 – 52 KLs 24/06, juris, Rdnrn. 10 ff.

¹⁰ Sog. „Autodialer“ – Verfahren, LG Osnabrück, Urt. v. 20.12.2006 – 10 KLs 10/06, bestätigt durch BGH, Beschl. v. 13.12.2007 – 3 StR 347/07 = HRRS 2008 Nr. 13.

¹¹ Laut Handelsblatt vom 7.12.2016 unter Berufung auf eine vom Bundesministerium für Justiz und Verbraucherschutz in Auftrag gegebene Studie habe das Problem in den letzten zwei Jahren einen deutlich größeren Umfang angenommen als in den Jahren zuvor, Handelsblatt v. 7.12.2016 Artikel „Die Abo-Falle; vgl. auch die Ausführungen von Wegner in NStZ 2016, 455.

¹² Ausführlich zu „WAP-Billing“ Sodtalters in Spindler/Schuster, Recht der elektronischen Medien, 3. Aufl. 2015, § 45h TKG Rdnr. 4; Wegner NStZ 2016, 455 f.; Gaßner/Strömer NStZ 2016, 2529 ff.

¹³ Gaßner/Strömer NJW 2016, 2529 ff.

¹⁴ Wegner NStZ 2016, 455 f.; praktische Beispiele auch bei Gaßner/Strömer NJW 2016, 2529.

¹⁵ Wegner NStZ 2016, 455 f.; Gaßner/Strömer NJW 2016, 2529 f.

¹⁶ Z. B. Klingeltöne, Musik, Bilder, sonstige Informationen. Synonym verwandt werden z. B. auch die Begriffe „Mehrwertleistungen“, „Zusatzleistungen“, „neben der Verbindung erbrachte Leistungen“, „telekommunikationsgestützte Leistungen“, „Premiumleistungen“.

¹⁷ Teilweise soll zwischen dem „Fallensteller“ als (angeblichem) Drittanbieter und Mobilfunkanbieter ein echter Factoring-Vertrag vorliegen, bei dem der angebliche Drittanbieter seine (vermeintliche) Forderung an den Mobilfunkanbieter abtritt und unter Umständen auch noch ein weiterer „Zahlungsdienstleister“ zwischengeschaltet sein (Wegner NStZ 2016, 455).

¹⁸ Wegner NStZ 2016, 455.

Regel nur im Fall einer aktiven SIM- oder ESIM-Karte, nicht aber bei einer alleinigen Nutzung über WLAN. Allerdings kommen auch Fälle vor, in denen der angebliche Drittanbieter die Mobilfunkrufnummer nicht durch den Klick eines Endgerät-Nutzers auf eine manipulierte Schaltfläche, sondern anderweitig (z. B. durch den Einsatz von Computerviren) erlangt hat.¹⁹ Nach Übermittlung der Mobilfunkrufnummer durch den (angeblichen) Drittanbieter bucht der Mobilfunkanbieter vom Endgerät-Nutzer Prepaid-Guthaben ab bzw. zieht Geld von dessen Bankkonto ein, wobei der Mobilfunkanbieter die Funktion eines Inkassobevollmächtigten des „Fallenstellers“ als angeblichem Drittanbieter übernimmt.²⁰ Die Abbuchung von Geld bzw. Guthaben des Opfers vollzieht sich dabei meist ebenfalls vollautomatisiert im Wege der so genannten „Dunkelverarbeitung“²¹. Dies ist möglich, wenn die manipulierte Schaltfläche sowie die daran angeschlossene technische Infrastruktur des angeblichen Drittanbieters mit der technischen Infrastruktur des Mobilfunkanbieters verschränkt ist. Die Verschränkung der technischen Infrastruktur des angeblichen Drittanbieters mit der technischen Infrastruktur des Mobilfunkanbieters ist wiederum in Erfüllung des zwischen (angeblichem) Drittanbieter und Mobilfunkanbieter abgeschlossenen Rahmenvertrags über die Durchführung von Inkassomaßnahmen eingerichtet worden.

Soweit die Abbuchung von Geld bzw. Guthaben überhaupt erläutert wird, behaupten der angebliche Drittanbieter und / oder der Mobilfunkanbieter z. B. per SMS den Abschluss eines Vertrags über die Inanspruchnahme sogenannter Drittanbieterleistungen²². Tatsächlich ist in Fällen der „WAP-Billing-Fälle“ meist kein wirksamer Vertrag zustande gekommen, z. B. weil die Voraussetzungen des § 312 j Abs. 2 i. V. m. 3 BGB nicht vorgelegen haben.²³ In vielen Fällen hat ein Endgerät-Nutzer mit seinem Klick auf eine manipulierte Schaltfläche nicht einmal irgendeine Willenserklärung abgegeben, sondern lediglich einen Realakt vorgenommen, der keinerlei Bezug zum Abschluss eines entgeltlichen Vertrags aufweist (z. B. wenn der Endgerät-Nutzer lediglich ein unvermittelt aufgetauchtes „Werbe-Pop-up“ über eine entsprechend manipulierte „X-Schaltfläche“ „weggeklickt“ hat).

Bei Prepaid-Verträgen können sämtliche Vorgänge (Klick auf die manipulierte Schaltfläche durch den Endgerät-Nutzer, Übertragung der Mobilfunkrufnummer an den „Fallensteller“, Beauftragung des Mobilfunkanbieters mit dem Geldeinzug anhand der Mobilfunkrufnummer durch den „Fallensteller“, Einzug von Geld bzw. Guthaben durch den Mobilfunkanbieter, Überweisung des Geldes abzüglich der Provision an den „Fallensteller“ durch den Mobilfunkanbieter) über vollautomatisierte Vorgänge im Wege der so genannten „Dunkelverarbeitung“ innerhalb einer einzigen Sekunde ablaufen. Bei Laufzeitverträgen erfolgt der Geldeinzug durch den Mobilfunkanbieter

später im Rahmen der Mobilfunkrechnung. Als Gegenleistung für das abgebuchte Geld erbringt der „Fallensteller“ als (vermeintlicher) Drittanbieter gegenüber dem Endgerät-Nutzer in der Regel gar keine, eine unbrauchbare oder im Verhältnis zum eingezogenen Geldbetrag wertunangemessene Leistung.²⁴ Der Einzug von Geld des Endgerät-Nutzers durch den Mobilfunkanbieter erfolgt auf Grundlage entsprechender AGB-Klauseln in Mobilfunkverträgen, laut denen der Mobilfunkkunde seinem Mobilfunkanbieter die Möglichkeit der Durchführung des Inkassos für Drittanbieterleistungen einräumt.²⁵ Aktuell haben nahezu alle Mobilfunkanbieter solche Klauseln in ihre Mobilfunkverträge einbezogen.

Soweit sich ein Endgerät-Nutzer an seinen Mobilfunkanbieter wendet und erklärt, er habe keinen entsprechenden Vertrag über Drittanbieterleistungen abgeschlossen oder er könne sich den in Rechnung gestellten Posten nicht erklären, erklären Mobilfunkanbieter häufig, sie führten nur das Inkasso durch und der Mobilfunkkunde möge sich an den Drittanbieter (also den „Fallensteller“) wenden.²⁶ Die Mobilfunkanbieter erhalten vom „Fallensteller“ aufgrund vertraglicher Abreden Provisionen, deren Höhe Experten auf bis zu 50 % des eingezogenen Geldbetrags schätzen.²⁷

Beispiel:²⁸

A surft mit seinem Smartphone über das Mobilfunknetz des Mobilfunkanbieters B im Internet. Dabei taucht ein manipuliertes „Pop-up“ des Cyberkriminellen C mit beliebigen Werbeinhalten auf. A will das „Pop-up“ schließen und klickt rechts oben im „Pop-up“ auf die „X-Schaltfläche“ („Schließen-Schaltfläche“). Durch das Klicken auf die manipulierte „X-Schaltfläche“ wird die Rufnummer der SIM-Karte von A an C gesendet. Zuvor hatten C und B in einem Rahmenvertrag vereinbart, dass B für C Geld von Mobilfunkkunden für die Erbringung von Drittanbieterleistungen einzieht. Die an C übertragene Rufnummer des A wird vollautomatisiert an B mit dem (elektronischen) Hinweis übertragen, der Inhaber dieser Rufnummer habe mit C einen Vertrag über Drittanbieterleistungen vereinbart (was nicht den Tatsachen entspricht). Daraufhin wird im Wege vollautomatisierter Vorgänge über die technische Infrastruktur des B sofort Prepaid-Guthaben von A abgebucht. A erhält eine automatisch versandte SMS des B, in der B mitteilt, dass soeben Geld für die Erbringung von Drittanbieterleistungen zu Lasten von C abgebucht wurde. Sämtliche dieser Vorgänge erfolgen nach dem Klick auf die „X-Schaltfläche“ aufgrund der Vollautomatisierung innerhalb einer einzigen Sekunde im Wege der so genannten „Dunkelverarbeitung“. Anschließend wendet sich A an B und erklärt, er habe mit C keinen Vertrag abgeschlossen. Daraufhin erklärt B, dass er nur das Inkasso für C durchführt und er für Fragen eines Vertragsabschlusses zwischen A und C nicht zuständig sei. Sofern A den Abschluss eines Vertrags mit C bestreitet.

¹⁹ Finanztest 5/2016, S. 12.

²⁰ Gaßner/Strömer NJW 2016, 2529 ff.

²¹ „Dunkelverarbeitung“ bezeichnet eine vollautomatisierte (i. d. R. elektronische) Vorgangsbearbeitung, die ohne Einwirkung eines menschlichen Bearbeiters abläuft.

²² Siehe oben Fn. 16.

²³ Wegner NStZ 2016, 455 f.; Gaßner/Strömer NJW 2016, 2529 ff.

²⁴ Wegner NStZ 2016, 455, 459; Gaßner/Strömer NJW 2016, 2529; vgl. auch Finanztest 5/2016 S. 12.

²⁵ Gaßner/Strömer NJW 2016, 2529 ff.

²⁶ Handelsblatt v. 7.12.2016 Artikel „Die Abo-Falle“; Finanztest 2016 Heft 10, S. 13 f.; so auch im Fall des LG Potsdam, Urt. v. 26.11.2015 – 2 O 340/14, juris, Rdnr. 18 = NJOZ 2016, 1287 f.

²⁷ Finanztest 5/2016, S. 12; Wegner NStZ 2016, 455 unter Verweis auf einen Bericht in der Süddeutschen Zeitung.

²⁸ Ein solches Beispiel haben wir erstmals in Gaßner/Strömer NJW 2016, 2529 f. geschildert.

te, möge er sich an C halten. C sitzt im Ausland und ist für A schwer erreichbar.

2. Die straf- und ordnungswidrigkeitenrechtliche Haftung des (angeblichen) Drittanbieters

a) Die strafrechtliche Haftung des (angeblichen) Drittanbieters

Mit angeblichem Drittanbieter meinen wir denjenigen, auf dessen Veranlassung und dessen Verantwortung die „WAP-Billing-Falle“ ins Internet oder die entsprechenden Apps bzw. „Application stores“ eingestellt oder sonstwo in der digitalen Welt verbreitet wurde, der Vertragspartner des Opfers geworden sein will und zu dessen Gunsten die Geldleistungen primär erfolgen (also im Ergebnis ein sich als Drittanbieter gerierender „Fallensteller“).²⁹ In vielen in der Praxis auftretenden Fällen der „WAP-Billing-Falle“ kann häufig ohne weiteres vom Vorliegen eines Betrugs bzw. eines Computerbetrugs durch den angeblichen Drittanbieter ausgegangen werden. Außerdem kann ggfls. eine Beteiligung des angeblichen Drittanbieters an einer Untreue von (leitenden) Repräsentanten des Mobilfunkanbieters in Betracht kommen.

aa) Strafbarkeit wegen Betrugs / Computerbetrugs

(i) (Computer)Betrug am Endgerät-Nutzer

In Fällen der „WAP-Billing-Falle“ liegt i. d. R. eine Täuschung des Endgerät-Nutzers durch den angeblichen Drittanbieter vor. Der angebliche Drittanbieter täuscht regelmäßig über die Wirkung eines Klicks auf die manipulierte Schaltfläche sowie darüber, welche rechtliche Bedeutung er dem Klick auf die manipulierte Schaltfläche beimisst (bzw. beimessen wird).

Zunächst täuscht der angebliche Drittanbieter den Endgerät-Nutzer in der Regel darüber, dass er durch das Klicken einer bestimmten Schaltfläche einen Mechanismus auslöst, der zur (u. U. sofortigen) Abbuchung von Geld bzw. Guthaben führt. Darüber hinaus täuscht der angebliche Drittanbieter je nach Fallgestaltung den Endgerät-Nutzer über die von ihm beabsichtigte Kostenpflichtigkeit eines unterbreiteten Internet- bzw. Dienstleistungsangebots.

Darüber hinaus kann der angebliche Drittanbieter den Endgerät-Nutzer im Rahmen der Geltendmachung der Forderung oder der Zurückweisung von Rückzahlungsverlangen der Opfer – u. U. auch im Nachhinein – darüber täuschen, dass der Endgerät-Nutzer mit ihm einen wirksamen Vertrag abgeschlossen hat. Eine im Nachgang erfolgende Täuschung kann beispielsweise in einer auf den angeblichen Drittanbieter zurückgehenden SMS bestehen, in der dem Endgerät-Nutzer mitgeteilt

²⁹ Wegner differenziert zutreffend noch weiter in „Scheindiensteanbieter“ und ggfls. zwischengeschaltetem Zahlungsdiensteanbieter (Wegner NStZ 2016, 455, 458); in diesem Beitrag nehmen wir diese Unterscheidung Vereinfachungsgründen nicht vor.

wird, er habe gerade einen Vertrag oder ein Abonnement für die Inanspruchnahme von Drittanbieterleistungen abgeschlossen. Hierbei wird es sich in der Regel auch um eine Täuschung über Tatsachen und nicht etwa (nur) um eine nicht unter § 263 StGB fallende Äußerung einer Rechtsansicht handeln. Eine solche Mitteilung über einen (angeblich) erfolgten Vertragsabschluss enthält nämlich meist zugleich die falsche Behauptung des angeblichen Drittanbieters, er habe den Klick des Endgerät-Nutzers tatsächlich als Willenserklärung des Endgerät-Nutzers über die Abgabe eines Angebotes auf Abschluss eines kostenpflichtigen Vertrags über Drittanbieterleistungen aufgefasst. In Fällen einer „WAP-Billing-Falle“ weiß der angebliche Drittanbieter natürlich in Wahrheit, dass der Endgerät-Nutzer keinen kostenpflichtigen Vertrag über die Erbringung von Drittanbieterleistungen abschließen wollte, da er ja aus diesem Grund die manipulierte Schaltfläche mit einem anderen Bedeutungsinhalt versehen hat (z. B. „X-[Schließen]-Schaltfläche“ anstelle einer mit den Worten „Zahlungspflichtig bestellen“ beschrifteten Schaltfläche). In vielen Fällen ist eine Täuschung der Endgerät-Nutzer über den (vermeintlichen) Abschluss eines entgeltlichen Vertrags über Drittanbieterleistungen im Ergebnis tatsächlich erfolgreich. Aufgrund der Komplexität unserer digitalen Lebenswelt können viele Endgerät-Nutzer nicht trennscharf unterscheiden, ob sie tatsächlich eine rechtliche Verpflichtung eingegangen sind oder Opfer eines kriminellen Täuschungsversuchs geworden sind.³⁰ Teilweise können sich Endgerät-Nutzer gar nicht daran erinnern, irgendetwas angeklickt oder heruntergeladen zu haben und zahlen dennoch³¹ – teilweise wohl in der (irrigen) Vorstellung, sie hätten wohl doch einen rechtsverbindlichen Vertrag abgeschlossen, weil sonst ein (vermeintlich) seriöses Unternehmen wie der renommierte Mobilfunkanbieter X doch kein Geld einziehen würde!

Es liegt regelmäßig ein Irrtum des Endgerät-Nutzers vor. Der Endgerät-Nutzer irrt in der Regel darüber, dass er durch den Klick auf die betreffende Schaltfläche einen Mechanismus zur Abbuchung seines Geldes bzw. Guthabens auslöst. Weiterhin irrt der Endgerät-Nutzer beim Klick auf die manipulierte Schaltfläche meist darüber, dass ein bestimmtes Internet- bzw. Dienstleistungsangebot kostenpflichtig sein soll. Außerdem irrt der Endgerät-Nutzer in vielen Fällen nach der Abbuchung von Geld oder Guthaben darüber, dass er gar keinen wirksamen Vertrag über die Erbringung von Drittanbieterleistungen abgeschlossen hat und somit keine Zahlungsverpflichtung besteht.

Am fehlenden Verfügungsbewusstsein des Endgerät-Nutzers dürfte eine Betrugsstrafbarkeit des angeblichen Drittanbieters jedenfalls nicht scheitern. Häufig kann in Fällen der „WAP-Billing-Falle“ ein Forderungsbetrag angenommen werden, der laut Rechtsprechung³² kein Verfügungsbewusstsein verlangt. Zwar könnte man in Fällen der sofortigen Abbuchung von Guthaben nach dem Klick auf eine manipulierte Schaltfläche ein Verfügungsbewusstsein mit der Begründung verlangen, dass

³⁰ Gaßner/Strömer NJW 2016, 2529, 2531.

³¹ Finanztest 5/2016, 12; Wegner NStZ 2016, 455.

³² Grundlegend BGH, Urt. v. 11. 3.1960, 4 StR 588/59, juris, Rdnr. 25 = BGHSt 14, 170, 172

wegen der sofortigen Abbuchung gar kein Forderungsbruch, sondern ein anderweitiger Betrug vorliegt; jedoch ist hier zu berücksichtigen, dass das (ungeschriebene) Erfordernis des Verfügungsbewusstseins beim Betrug nur zur Abgrenzung zwischen Sachbetrug und (Trick-)Diebstahl dient und sich in den Fällen der Abbuchung von Prepaid-Guthaben (oder auf dem Bankkonto befindlichem „Buchgeld“) das Abgrenzungsproblem zwischen Sachbetrug und (Trick-)Diebstahl nicht stellt, weil „Prepaid-Guthaben“ oder Buchgeld mangels Verkörperung keine Sachen i. S. d. § 242 StGB sind. Im Übrigen unterstellen diejenigen, die selbst beim Forderungsbruch ein Verfügungsbewusstsein fordern, bei klassischen „Abofalle“ ein Verfügungsbewusstsein.³³

Es kommt hier auf die Umstände des Einzelfalls an, beispielweise ist in besonderer Weise auf die Frage einzugehen, inwieweit die Erklärungen des angeblichen Drittanbieters gegenüber Mobilfunkanbieter und / oder Endgerät-Nutzer automatisiert im Wege der „Dunkelverarbeitung“ (dann Computerbetrug nach § 263a StGB denkbar) erfolgen.³⁴ Auf Seiten des angeblichen Drittanbieters dürfte jeweils das (strafscharfende) Merkmal der Gewerbsmäßigkeit erfüllt sein (§ 263 Abs. 3 Nr. 1, 1. Alt. StGB; jeweils auch i. V. m. §§ 263a Abs. 2 StGB).³⁵ Auch die Absicht, durch fortgesetzte Begehung der Tat eine große Zahl von Menschen in die Gefahr eines Verlustes von Vermögenswerten zu bringen (§ 263 Abs. 3 Nr. 2, 2. Alt. StGB; jeweils auch i. V. m. § 263a Abs. 2 StGB) dürfte in der Regel vorliegen, da mit diesem Regelbeispiel auch der Massen(computer)betrug mit im Einzelfall geringen Schadenssummen erfasst ist.³⁶

(ii) (Computer)Betrug am Mobilfunkanbieter

Eine Täuschung des Mobilfunkanbieters durch den angeblichen Drittanbieter kann in seiner wahrheitswidrigen Behauptung liegen, die übermittelte Mobilfunkrufnummer stehe in Zusammenhang mit einer tatsächlich bestehenden Forderung gegen einen Endgerät-Nutzer.³⁷ Soweit eine solche Erklärung des angeblichen Drittanbieters und deren Entgegennahme durch den Mobilfunkanbieter bei „WAP-Billing-Fallen“ vollautomatisiert im Wege der Dunkelverarbeitung erfolgt, könnte eine Täuschung des Mobilfunkanbieters durch den angeblichen Drittanbieter eher in der beim Abschluss des Rahmenvertrags vorgetäuschten Absicht liegen, beim Mobilfunkanbieter nur tatsächlich bestehende (bzw. nur wirksam zustande gekommene) Forderungen im Wege der Dunkelverarbeitung geltend machen zu wollen.³⁸ Darüber hinaus kann die planmäßige Einspeisung nicht bestehender Forderungen in den voll- oder teilautomatisierten Inkassoprozess des Mobilfunkanbieters als Verwendung

unrichtiger Daten i. S. d. § 263a Abs. 1 StGB angesehen werden.³⁹ In Bezug auf eine mögliche Täuschung des Mobilfunkanbieters durch den angeblichen Drittanbieter kann man – jedenfalls mittlerweile – jedoch an einem Irrtum auf Seiten der zuständigen Mitarbeiter des Mobilfunkanbieters zweifeln, weil auf Seiten des Mobilfunkanbieters wohl nahezu jeder mit „WAP-Billing“ befasste Mitarbeiter wissen müsste, dass „WAP-Billing“ mittlerweile überwiegend zu kriminellen Zwecken genutzt wird.⁴⁰ Auf Seiten des angeblichen Drittanbieters dürfte jeweils das (strafscharfende) Merkmal der Gewerbsmäßigkeit erfüllt sein (§ 263 Abs. 3 Nr. 1, 1. Alt. StGB; jeweils auch i. V. m. §§ 263a Abs. 2 StGB).

bb) Beteiligung des angeblichen Drittanbieters an Untreue des Mobilfunkanbieters

Der Einzug von Geld im Rahmen der „WAP-Billing-Falle“ zu Gunsten des angeblichen Drittanbieters funktioniert nur dadurch, dass die aufgrund des Mobilfunkvertrags jedenfalls faktisch bestehende Befugnis des Mobilfunkanbieters, über Geld bzw. Guthaben des Mobilfunkkunden zu verfügen, missbraucht wird. Vor diesem Hintergrund liegen in der Regel die objektiven Tatbestandsmerkmale einer Untreue bezogen auf Repräsentanten des Mobilfunkanbieters vor (vgl. eingehend unten u. III. 3. a) aa)). Soweit der Mobilfunkanbieter bzw. dessen handelnde Repräsentanten gutgläubig bzw. undolos sind, kann insofern eine Untreue des angeblichen Drittanbieters in mittelbarer Täterschaft angenommen werden. Ist ein Mitarbeiter des Mobilfunkanbieters (insbesondere eine Leitungsperson im Wege der Geschäftsherrenhaftung [dazu unten u. III. 3. a) aa)]) tatsächlich Täter einer Untreue, kann Anstiftung oder Beihilfe zur Untreue von Repräsentanten des Mobilfunkanbieters durch den angeblichen Drittanbieter in Betracht kommen.

cc) Internationale Zuständigkeit

Die hier beschriebenen Straftaten von „digitalen Fallentstellern“ bzw. vermeintlichen Drittanbietern sind auch dann nach deutschem Recht strafbar, wenn die Täter die Taten aus dem Ausland heraus begangen haben, weil Erfolgsort der Taten Deutschland ist (§§ 9 Abs. 1 i. V. m. 3 StGB).⁴¹

b) Die ordnungswidrigkeitenrechtliche Haftung des angeblichen Drittanbieters

Der angebliche Drittanbieter kann eine Ordnungswidrigkeit nach §§ 10 Abs. 1, 1 Abs. 1 PAngV i. V. m. § 3 Abs. 1 Nr. 2 WiStG begangen haben.⁴² Er kann gegen die nach § 1 Abs. 1 und 6 PAngV bestehende Pflicht verstoßen haben, bei gewerbsmäßig angebotenen Dienstleistungen Endpreise anzugeben, die den Grundsätzen der Preis-

³³ Hefendehl in MünchKomm StGB, 2. Aufl. 2014, § 263 Rdnr. 304.

³⁴ Vgl. Hilgendorf / Valerius, Computer- und Internetstrafrecht, 2. Aufl. 2012, S. 148 f. Rdnrn. 493 ff.; Wegner NSTZ 2016, 455, 459.

³⁵ Zur Gewerbsmäßigkeit des Betrugs bei der „Abofalle“ BGH, Urt. v. 5.3.2014 – 2 StR 616/12, juris, Rdnr. 44 = NJW 2014, 2595, 2599 = HRRS 2014 Nr. 700; zuvor bereits Kliegel JR 2013, 389, 400.

³⁶ Kliegel JR 2013, 389, 400.

³⁷ Vgl. Wegner NSTZ 2016, 455 f.

³⁸ Wegner NSTZ 2016, 455 f.

³⁹ Wegner NSTZ 2016, 455 f.

⁴⁰ Zur Vermögensverfügung und zum Vermögensschaden vgl. Wegner NSTZ 2016, 455 f.

⁴¹ Vgl. Hilgendorf / Valerius, Computer- und Internetstrafrecht, 2. Aufl. 2012, S. 46 ff. Rdnrn. 142 ff.

⁴² Vgl. Kliegel JR 2013, 389, 396; Buchmann / Majer / Hertfelder / Vögelein NJW 2009, 3189, 3194.

klarheit und Preiswahrheit entsprechen, dem Angebot eindeutig zuzuordnen und leicht erkennbar und deutlich lesbar oder sonst gut wahrnehmbar sind.⁴³ Hieran fehlt es beispielsweise dann, wenn der zunächst sichtbare Teil einer Webseite ein inhaltlich geschlossenes Bild ergibt, die äußerliche Gestaltung also nicht auf weitere Informationen außerhalb des sichtbaren Bereichs hindeutet.⁴⁴ Aufgrund der im Vergleich zu den erörterten Straftatbeständen weitaus breiteren Anwendbarkeit des Bußgeldtatbestandes in §§ 10 Abs. 1, 1 Abs. 1 PAngV i. V. m. § 3 Abs. 1 Nr. 2 WiStG kann seine konsequente Anwendung ein effektives Mittel zur Bekämpfung der „WAP-Billing-Falle“ sein.⁴⁵

c) Nebenfolgen

Im Fall eines erfolgreich durchgeführten Strafverfahrens kann der Verfall des Gewinns des angeblichen Drittanbieters nach §§ 73 ff. StGB sowie der Einzug des vom ihm verwendeten Equipments (z. B. Software bzw. Softwarelizenzen etc.) nach §§ 74 ff. StGB angeordnet werden. Im Fall eines Verstoßes gegen § 10 Abs. 1 PAngV i. V. m. § 3 Abs. 1 Nr. 2 WiStG kann die Abführung des vom angeblichen Drittanbieter erzielten Erlöses nach § 8 WiStG oder nach § 9 WiStG die Rückerstattung an den Geschädigten verfügt werden. Das vom angeblichen Drittanbieter benutzte Equipment (z. B. Software bzw. Softwarelizenzen) kann nach § 7 WiStG eingezogen werden.

d) Die Ermittlung der tatsächlichen Identität des angeblichen Drittanbieters

Die Identifizierung von Cyberkriminellen ist für Strafverfolgungsbehörden häufig schwierig, zumal die Spuren häufig ins Ausland führen. Die Steller von „WAP-Billing-Fällen“ haben als angebliche Drittanbieter mit Mobilfunkanbietern häufig (Rahmen)Verträge zur Durchführung des Inkassos geschlossen, so dass die Strafverfolgungsbehörden die Identität des angeblichen Drittanbieters bzw. „Fallenstellers“ möglicherweise über die Mobilfunkanbieter ermitteln können. Der Mobilfunkkunde hat bereits nach § 45p Abs. 1 S. 1 Nr. 1 TKG einen Anspruch auf Name und ladungsfähige Anschrift des Drittanbieters. Sitzt der Drittanbieter im Ausland, muss der Mobilfunkanbieter seinem Kunden auch eine ladungsfähige Anschrift eines allgemeinen Zustellungsbevollmächtigten im Inland mitteilen (§ 45p Abs. 1 S. 1 Nr. 2 TKG).

3. Die straf- und ordnungswidrigkeitenrechtliche Haftung auf Seiten des Mobilfunkanbieters

a) Die strafrechtliche Haftung von Mitarbeitern des Mobilfunkanbieters

In Deutschland können sich Mobilfunkanbieter als solche nicht strafbar machen, weil es in Deutschland – im Un-

terschied zu den USA⁴⁶ – kein Unternehmensstrafrecht gibt. Eine Strafbarkeit leitender Mitarbeiter von Mobilfunkanbieter als deren Repräsentanten kommt in Fällen der „WAP-Billing-Falle“ gleichwohl in Betracht. Angesichts der mittlerweile überbordenden Fülle an Presseberichten, Fernsehsendungen, Interventionen von Verbraucherschutzorganisationen und Informationen aus dem Internet über die „WAP-Billing-Falle“ sowie der anzunehmenden hohen Zahl an Kundenbeschwerden ist bei lebensnaher Auslegung mit Sicherheit davon auszugehen, dass führende Mitarbeiter von Mobilfunkanbietern seit langem darüber Bescheid wissen, dass viele angebliche Drittanbieter, die mit Mobilfunkanbietern Verträge über die Durchführung von Inkasso für das Entgelt für Drittanbieterleistungen geschlossen haben, in Wirklichkeit Kriminelle sind oder jedenfalls mit kriminellen Geschäftspraktiken agieren.⁴⁷ Vor diesem Hintergrund kommen je nach Fallgestaltung verschiedene Straftaten von (leitenden) Mitarbeitern von Mobilfunkanbietern in Betracht.

aa) Untreue durch (leitende) Mitarbeiter des Mobilfunkanbieters zu Lasten der Mobilfunkkunden

Nach dem Konzept der sog. Geschäftsherrenhaftung können sich Leitfiguren wie der Konzernchef oder leitende Mitarbeiter auch dann strafbar machen, wenn sie Rechtsverletzungen zwar nicht aktiv veranlasst, aber auch nicht verhindert haben.⁴⁸ Aufgrund der zwischen Mobilfunkkunden und Mobilfunkanbieter abgeschlossenen Mobilfunkverträge kann in vielen Fällen eine Vermögensbetreuungspflicht der Mobilfunkanbieter (bzw. der den jeweiligen Mobilfunkanbieter repräsentierenden leitenden Mitarbeiter) zu Gunsten der Vermögen der Mobilfunkkunden angenommen werden. Aufgrund des Mobilfunkvertrags trifft die Mobilfunkanbieter zunächst eine allgemeine zivilrechtliche Treuepflicht (§ 242 BGB) sowie eine zivilrechtliche Pflicht zur Rücksichtnahme auf die Rechte, Rechtsgüter und Interessen ihrer Kunden (§ 241 Abs. 1 BGB). Die beim Mobilfunkvertrag zugunsten der Mobilfunkkunden bestehenden Schutzpflichten der Mobilfunkanbieter gehen im Hinblick auf die Prepaid-Guthaben bzw. das von der Einzugsermächtigung erfasste Buchgeld jedoch weit über die allgemeinen vertraglichen (Neben)Pflichten hinaus, weil die Mobilfunkkunden kaum eine wirksame Möglichkeit haben, das eingezahlte Prepaid-Guthaben bzw. den durch die Einzugsermächtigung gedeckten Abfluss von Buchgeld zu steuern. Dies gilt jedenfalls dann, wenn die Mobilfunkanbieter in den zwischen ihnen und den einzelnen Mobilfunkkunden abgeschlossenen Mobilfunkverträgen sich – jedenfalls faktisch – die Möglichkeit zum Einzug von Geld ihrer Kunden eingeräumt haben lassen. Dies ist

⁴⁶ Zum Unternehmensstrafrecht in den USA *Partsch* in *Kempf/Lüderssen/Volk*, Unternehmensstrafrecht, 2012, S. 55 ff.

⁴⁷ *Wegner* NSTZ 2016, 455 f.

⁴⁸ Zur Geschäftsherrenhaftung *Selbmann* HRRS 2014, 235 ff.; *Kindler*, Das Unternehmen als haftender Täter, 2008, S. 78 ff.; vgl. auch *Wegner* NSTZ 2016, 455, 458; zu Ansätzen einer Geschäftsherrenhaftung in der neueren Rspr. vgl. BGH, Urt. v. 20.10.2011 – 4 StR 71/11, juris, Rdnr. 13 ff. = BGHSt 57, 42, 45 ff. = HRRS 2012 Nr. 74.

⁴³ *Kliegel* JR 2013, 389, 393.

⁴⁴ *Kliegel* JR 2013, 389, 393; vgl. auch OLG Frankfurt, Urt. v. 4.12.2008 – 6 U 186/07, juris, Rdnrn. 29 ff. = MMR 2009, 341 ff.

⁴⁵ Vgl. *Kliegel* JR 2013, 389, 401.

nach unserem Sachstand häufig der Fall.⁴⁹ Im Fall von Prepaid-Verträgen haben die Mobilfunkkunden vorab Geld an den Mobilfunkanbieter (i. d. R. zunächst auf ein „Prepaid-Konto“) gezahlt, der dann Geld bzw. Guthaben vom „Prepaid-Konto“ des Mobilfunkkunden abbuchen kann, ohne dass dieser irgendeine Einflussmöglichkeit darauf hat. Im Fall von „Laufzeit-Verträgen“ hat der Mobilfunkkunde i. d. R. eine Einzugsermächtigung erteilt, auf deren Grundlage der Mobilfunkanbieter nach Rechnungstellung Geld einziehen kann. Unterstellt man die Zulässigkeit⁵⁰ der AGB-Klauseln über die Einräumung des Rechts zur Durchführung des Inkassos für Drittanbieter, wären die Mobilfunkanbieter für die Durchführung von Inkasso für Dritte auch formal verfügungsbe-rechtigt. Aufgrund der jedenfalls faktischen Möglichkeit der Mobilfunkanbieter, auf die Prepaid-Guthaben oder Bankkonten ihrer Mobilfunkkunden ohne jeglichen Rechtsgrund zuzugreifen,⁵¹ erhöhen sich die sich aus dem Mobilfunkvertrag ergebenden Treue- und Rücksichtnahmepflichten in einem solchen Maß, dass sie zu einer strafrechtlichen Vermögensbetreuungspflicht erstarken. Diese Vermögensbetreuungspflicht bezieht sich jedenfalls auf den Schutz der Mobilfunkkunden vor solchen rechtswidrigen Vermögensschädigungen, die sich gerade aus der besonderen Zugriffsmöglichkeit der Mobilfunkanbieter ergeben. Insoweit haben die Mobilfunkanbieter ihre Kunden in besonderer Weise vor dem rechtswidrigen Zugriff krimineller Dritter auf das Prepaid-Guthaben bzw. vor der rechtswidrigen Nutzung der Einzugsermächtigung zu Gunsten krimineller Dritter zu schützen. Durch den Abschluss von Rahmenverträgen mit angeblichen Drittanbietern über die Durchführung von automatisierten Inkassomaßnahmen sowie die daraufhin eingerichtete Verschränkung der technischen Infrastruktur der angeblichen Drittanbieter mit der technischen Infrastruktur der Mobilfunkanbieter verschaffen Mobilfunkanbieter Dritten aber – jedenfalls in tatsächlicher Hinsicht – die Möglichkeit, auf die Vermögen der Mobilfunkkunden zuzugreifen.⁵² Bildlich gesprochen: Der Mobilfunkanbieter überreicht dem angeblichen Drittanbieter seinen Schlüssel zum Geldschrank seiner Kunden – der angebliche Drittanbieter braucht sich das Geld nur noch zu nehmen!

Voraussetzung für einen vorsätzlichen Verstoß gegen die Vermögensbetreuungspflicht durch einzelne (leitende) Mitarbeiter des Mobilfunkanbieters dürfte aber sein, dass ihnen das kriminelle Verhalten eines vermeintlichen Drittanbieters bzw. „Fallenstellers“ bekannt ist oder jedenfalls bekannt sein muss. Je nach Situation des konkreten Einzelfalls wird ein dolus eventualis einzelner leitender Mitarbeiter in Bezug auf das typischerweise rechtswidrige Verhalten eines bestimmten Drittanbieters, mit dem der Mobilfunkanbieter einen entsprechenden Inkassovertrag abgeschlossen hat, zu bejahen sein.⁵³ Dies gilt insbesondere dann, wenn den jeweiligen Mobilfunkanbieter hinsichtlich des betreffenden Drittanbieters

häufig entsprechende Kundenbeschwerden erreichen⁵⁴ oder entsprechende Presseanfragen an sie gerichtet werden. Stellt sich die Unredlichkeit eines (vermeintlichen) Drittanbieters erst später (d. h. nach Abschluss des mit ihm geschlossenen Rahmenvertrags) heraus, muss der verantwortliche Mitarbeiter des Mobilfunkanbieters die Kooperation mit dem unredlichen Drittanbieter sofort stoppen. Er muss auf die schnellstmögliche Beendigung der Verträge mit dem Drittanbieter hinwirken und vor allem die Verschränkung der technischen Infrastruktur des unredlichen angeblichen Drittanbieters mit der technischen Infrastruktur des Mobilfunkanbieters sofort kappen, damit keine weiteren ungerechtfertigten Inkassomaßnahmen zu Lasten der Mobilfunkkunden im Wege der Dunkelverarbeitung erfolgen können. Andernfalls kommt eine Verletzung der Vermögensbetreuungspflichten durch Unterlassen in Betracht. Den Mobilfunkanbietern obliegen hinsichtlich des Geschäftsmodells der mit ihnen zusammenarbeitenden Drittanbieter eine zivilrechtliche Prüfpflicht (vor Abschluss des Vertrags) sowie eine – mindestens anlassbezogene – Überwachungspflicht (nach Abschluss des Vertrags) in Bezug auf das geschäftliche Verhalten der Drittanbieter.⁵⁵ Diese Pflichten stellen zugleich Vermögensbetreuungspflichten i. S. d. § 266 StGB dar.

Eine Bereicherungsabsicht dürfte häufig unproblematisch anzunehmen sein, da die Kooperation mit einem u. U. dubiosen Drittanbieter regelmäßig in der Absicht erfolgt, für die Durchführung des Inkassos Geld zu Gunsten des Mobilfunkanbieters (in Form von Provisionen) zu erhalten.

Soweit sich Untreue von Repräsentanten des Mobilfunkanbieters z. B. wegen mangelndem Vorsatz nicht erweisen lässt, kann eine Untreue des angeblichen Drittanbieters in mittelbarer Täterschaft in Betracht kommen (s. o. unter III. 2. a) bb)).

bb) (Sicherungs)Betrug am Mobilfunkkunden durch (leitende) Mitarbeiter des Mobilfunkanbieters

(i) Vorbemerkung

Die oben unter III. 3. a) aa) aufgezeigten Grundsätze der Geschäftsherrenhaftung können beim Betrug ebenfalls herangezogen werden. Soweit Mitarbeiter des Mobilfunkanbieters Rechnungen oder andere Erklärungen selbst steuern, kann auch ein mit dem angeblichen Drittanbieter mittäterschaftlich begangener Betrug oder – wenn untergeordnete gutgläubige Mitarbeiter damit beauftragt werden – ein Betrug in mittelbarer Täterschaft in Betracht kommen.⁵⁶

(ii) Betrug durch In-Rechnung-Stellen nicht bestehender Forderungen

Zunächst stellt sich die Frage, ob das In-Rechnung-Stellen nicht bestehender Forderungen durch Mitarbeiter von Mobilfunkanbietern als betrugsrelevante Täuschung

⁴⁹ Gaßner/Strömer NJW 2016, 2529, 2531.

⁵⁰ Zweifelnd Wegner NStZ 2016, 455, 460; zur (Un)Zulässigkeit solcher AGB-Klauseln Gaßner/Strömer NStZ 2016, 2529, 2533 f.

⁵¹ Wegner NStZ 2016, 455, 457.

⁵² Vgl. Wegner NStZ 2016, 455 f.

⁵³ Wegner NStZ 2016, 455, 459.

⁵⁴ Vgl. Kliegel JR 2013, 389, 399.

⁵⁵ Gaßner/Strömer NJW 2016, 2529, 2531 f.

⁵⁶ Wegner NStZ 2016, 455, 459.

angesehen werden kann. Grundsätzlich ist das Versenden einer Mobilfunkrechnung (oder einer separaten Nachricht wie einer entsprechenden SMS), die eine zivilrechtlich eindeutig nicht geschuldete Forderung enthält, als Täuschung i. S. d. § 263 StGB anzusehen.⁵⁷ Allerdings werden solche Mitteilungen von Seiten der Mobilfunkanbieter häufig voll- oder teilautomatisiert versandt, weshalb die Täuschungshandlung im Hinblick auf die Einrichtung einer solchen Automatisierung vorverlagert werden müsste. Jedoch ist zu berücksichtigen, dass in vielen Fällen von Seiten der Mobilfunkanbieter nicht das Bestehen einer eigenen Forderung, sondern nur die Durchführung eines Inkassos für einen Drittanbieter behauptet wird. Insofern kann fraglich sein, ob ein Mobilfunkanbieter die Forderung tatsächlich als bestehend behauptet hat oder er vielmehr nur behauptet hat, dass ein Drittanbieter die Forderung als bestehend behauptet hat. In den Fällen, in denen ein Mobilfunkanbieter sofort nach dem Klick des Endgerät-Nutzers auf die manipulierte Schaltfläche Guthaben abgebucht hat (typischerweise bei Mobilfunkverträgen nach dem Prepaid-Verfahren), ist ein Vortäuschen einer Forderung auch nicht kausal für die Vermögensminderung des Endgerät-Nutzers, da die Täuschung quasi gleichzeitig mit der Vermögensminderung erfolgt. Bei Laufzeitverträgen kann die Vortäuschung einer bestehenden Forderung aber dazu führen, dass der Endgerät-Nutzer es unterlässt, den Lastschriftzug noch zu verhindern und insoweit eine Kausalität von Täuschung und Vermögensverfügung angenommen werden.⁵⁸

(iii) Sicherungsbetrug durch Verweis auf die Zuständigkeit des angeblichen Drittanbieters

Dagegen kann häufiger ein Sicherungsbetrug durch Mitarbeiter des Mobilfunkanbieters angenommen werden. Wenn sich geschädigte Mobilfunkkunden z. B. im Wege einer Reklamation an seinen Mobilfunkanbieter wenden, verweisen diese in vielen Fällen auf eine alleinige Verantwortung des angeblichen Drittanbieters.⁵⁹ Ein solches Verhalten hat sich in der Mobilfunkanbieterbranche offenbar regelrecht „eingeschliffen“. So hat ein Mobilfunkanbieter bei der Reklamation eines zugunsten eines Drittanbieters eingezogenen Geldbetrags einen Kunden auch dann noch an den angeblichen Drittanbieter verwiesen, nachdem das LG Potsdam⁶¹ einem Mobilfunkanbieter des gleichen Mutterkonzerns ausdrücklich verboten hatte, seine Kunden an einen Drittanbieter zu verweisen.⁶² Ein solcher Verweis auf einen Drittanbieter kann ein Mobilfunkanbieter beispielsweise durch eine individuelle Beratung durch einen Mitarbeiter z. B. am Telefon, einen individuellen Brief oder durch automatisierte Antworten im Wege der (teilweisen) Dunkelverarbeitung (z.

B. Brief oder E-Mail mit entsprechenden Textbausteinen) oder allgemeine Hinweise (z. B. auf einer Internetseite) vornehmen. In welcher Form auch immer ein Verweis auf die alleinige Verantwortung eines angeblichen Drittanbieters erfolgt; im Ergebnis ist jeder Verweis auf die Zuständigkeit eines angeblichen Drittanbieters auf eine natürliche Person aus der Sphäre des Mobilfunkanbieters zurückzuführen.

Ziel eines solchen Verweises ist es, die Verantwortung des Mobilfunkanbieters abzustreiten, ihn „aus der Schusslinie“ des Verbrauchers zu bringen und vor allem die Geltendmachung von Ansprüchen zu verhindern. Tatsächlich hat der BGH bereits 2006 für die Festnetz-Telefonie festgestellt, dass ein Telefonanbieter sich die im Verhältnis des Telefonnutzers zu einem Drittanbieter bestehenden Einwendungen entgegenhalten muss.⁶³ Das LG Potsdam hat 2015 Gleiches für den Fall einer Datenübertragung über Mobilfunktechnik entschieden.⁶⁴ Zu den im Verhältnis zwischen Mobilfunkkunden und (angeblichem) Drittanbieter bestehenden Einwendungen, die sich ein Mobilfunkanbieter im Verhältnis zu seinen Mobilfunkkunden entgegenhalten muss, gehört insbesondere der Einwand, dass mit dem Drittanbieter überhaupt kein Vertrag zustande gekommen ist.⁶⁵ Überdies haben Mobilfunkkunden in vielen Fällen der „WAP-Billing-Falle“ eine Reihe von Rückzahlungs-, Schadensersatz- und Unterlassungsansprüchen gegen ihren Mobilfunkanbieter.⁶⁶ Durch den Verweis auf eine alleinige Zuständigkeit eines Drittanbieters kann der „Verweisende“ den Mobilfunkkunden darüber täuschen,

- dass der Mobilfunkkunde dem Mobilfunkanbieter das Nichtentstehen der geltend gemachten Forderung nach § 404 BGB entgegenhalten kann,⁶⁷
- dass der Mobilfunkkunde gegen den Mobilfunkanbieter einen Anspruch nach § 45h Abs. 3 TKG hat⁶⁸ und
- dass dem Mobilfunkkunden eine Reihe von Rückzahlungs-, Schadensersatz- und Unterlassungsansprüchen gegen den Mobilfunkanbieter zustehen.⁶⁹

⁶³ BGH, Urt. v. 16.11.2006 – III ZR 58/06 – juris, Rdnr. 15 = NJW 2007, 438 f.

⁶⁴ LG Potsdam, Urt. v. 26.11.2015 – 2 O 340/14, juris, Rdnr. 18 = NJOZ 2016, 1287 f.

⁶⁵ LG Potsdam, Urt. v. 26.11.2015 – 2 O 340/14, juris, Rdnr. 18 = NJOZ 2016, 1287 f.; Gaßner/Strömer NJW 2016, 2529, 2533 f. mit Verweis darauf, dass zwischen Mobilfunkkunde und angeblichem Drittanbieter überhaupt keine vertragliche Beziehung zustande gekommen ist und es deshalb der Anwendung von § 404 BGB im Grunde nicht bedürfte.

⁶⁶ Gaßner/Strömer NJW 2016, 2529, 2532 ff.

⁶⁷ LG Potsdam, Urt. v. 26.11.2015 – 2 O 340/14, juris, Rdnr. 18 = NJOZ 2016, 1287 f.

⁶⁸ LG Potsdam, Urt. v. 26.11.2015 – 2 O 340/14, juris, Rdnr. 18 = NJOZ 2016, 1287 f.

⁶⁹ Zu diesen Ansprüchen Gaßner/Strömer NJW 2016, 2529, 2532 ff.

⁵⁷ Wegner NStZ 2016, 455, 459.

⁵⁸ Wegner NStZ 2016, 455, 459.

⁵⁹ Handelsblatt v. 7.12.2016 Artikel „Die Abo-Falle“; Finanztest 2016 Heft 10 S. 13 f.; vgl. LG Potsdam, Urt. v. 26.11.2015 – 2 O 340/14, juris, Rdnr. 18 = NJOZ 2016, 1287 f.

⁶⁰ Vgl. dazu u. a. den Bericht über die vom Bundesministerium für Justiz und Verbraucherschutz in Auftrag gegebene Studie unten unter III. 4., Fn. 89.

⁶¹ LG Potsdam, Urt. v. 26.11.2015 – 2 O 340/14, juris = NJOZ 2016, 1287.

⁶² Finanztest 2016 Heft 10, S. 13 f.

cc) Beteiligung von Mitarbeitern des Mobilfunk-anbieters an Straftaten des (angeblichen) Drittanbieters

Auf Seiten des Mobilfunkanbieters können sich Leitungspersonen sowie für „WAP-Billing“ zuständige Mitarbeiter insofern einer Beteiligung an Straftaten des angeblichen Drittanbieters strafbar machen, als dieser sich zur Begehung seiner Tat der besonderen Rahmenbedingungen des Mobilfunkanbieters bedient. Ohne die technische Infrastruktur der Mobilfunkanbieter sowie deren vertragliche Positionen gegenüber ihren Mobilfunkkunden könnte der angebliche Drittanbieter seine Straftaten nicht (bzw. jedenfalls nicht so) begehen. Unter Umständen könnte hinsichtlich einzelner Mitarbeiter des Mobilfunkanbieters das strafschärfende Merkmal der Gewerbsmäßigkeit vorliegen, wobei diese Eigennützigkeit voraussetzt, für die – je nach ihrer Auslegung und ihrem Inhalt – interne Provisionen oder entsprechende Boni ein Indiz sein können (§ 263 Abs. 3 Nr. 1, 1. Alt StGB; jeweils auch i. V. m. § 263a Abs. 2, 266 Abs. 2 StGB). Regelmäßig dürfte aber die Absicht vorliegen, durch fortgesetzte Begehung der Tat eine große Zahl von Menschen in die Gefahr eines Verlustes von Vermögenswerten zu bringen (§ 263 Abs. 3 Nr. 2, 2. Alt StGB; jeweils auch i. V. m. §§ 263a Abs. 2, 266 Abs. 2 StGB), da mit diesem Regelbeispiel auch der Massen(computer)betrug bzw. die „Massenuntreue“ mit im Einzelfall geringen Schadenssummen erfasst ist.⁷⁰

b) Die ordnungswidrigkeitenrechtliche Haftung des Mobilfunkanbieters sowie seiner Mitarbeiter

Sowohl (leitende) Mitarbeiter der Mobilfunkanbieter (wie Vorstandsvorsitzende oder Geschäftsführer) als auch die Mobilfunkanbieter als juristische Personen können im Zusammenhang mit der „WAP-Billing-Falle“ unter Umständen wegen der Verletzung von Aufsichtspflichten ordnungswidrigkeitenrechtlich nach §§ 130, 9 ggfls. i. V. m. 30, 17 Abs. 4 OWiG in Haftung genommen werden. Der besondere Charme der Anwendung des Ordnungswidrigkeitenrechtes liegt hier darin, dass – im Unterschied zum Strafrecht – auch gegen juristische Personen und Personenvereinigungen empfindliche Sanktionen in Form von Unternehmensgeldbußen (auch: Verbandsgeldbußen) verhängt werden können.⁷¹ In der Praxis ist die Aufsichtspflichtverletzung nach § 130 OWiG die wichtigste Anknüpfungstat für die Verhängung einer Unternehmensgeldbuße.⁷²

Inhaber eines Betriebs oder Unternehmens i. S. d. § 130 OWiG kann nach § 9 OWiG auch ein Vorstandsvorsitzender oder ein Geschäftsführer eines Mobilfunkanbieters sein.⁷³

Voraussetzung für die Ahndbarkeit unterlassener Aufsichtsmaßnahmen ist zunächst die Begehung einer Zu-

widerhandlung i. S. d. § 130 Abs. 1 S. 1 OWiG. Als Zuwiderhandlung i. S. d. § 130 OWiG kommen Untreue, Betrug sowie die Beteiligung an Straftaten von angeblichen Drittanbietern durch Mitarbeiter von Mobilfunkanbietern in Betracht und können damit als Anknüpfungspunkt für eine Haftung nach §§ 130, 9 OWiG dienen. Wie bereits ausgeführt, können der Abschluss und die pflichtwidrige Aufrechterhaltung von Verträgen mit kriminellen Drittanbietern eine Untreue der verantwortlichen Mitarbeiter von Mobilfunkanbietern darstellen (s. o. unter III. 3. a) aa)). Stellt ein Repräsentant eines Mobilfunkanbieters dem Endgerät-Nutzer eine in Wirklichkeit nicht bestehende Forderung in Rechnung, kann dies einen Betrug darstellen (s. o. unter III. 3. a) bb) (ii)). Außerdem kann es einen (Sicherungs-)Betrug darstellen, wenn ein Mitarbeiter des Mobilfunkanbieters bei entsprechenden Kundenreklamationen auf eine alleinige Zuständigkeit des Drittanbieters verweist (s. o. u. III. 3. a) bb) (iii)). Hierbei ist zu berücksichtigen, dass bei der Zuwiderhandlung i. S. d. § 130 OWiG nicht alle objektiven und subjektiven Merkmale einer entsprechenden Tat eines Mitarbeiters des Mobilfunkanbieters, sondern lediglich der äußere Geschehensablauf einer Straftat oder Ordnungswidrigkeit nachgewiesen sein müssen.⁷⁴ Die Feststellung eines konkreten Täters ist nicht erforderlich.⁷⁵ Das Vorliegen einer Zuwiderhandlung i. S. d. § 130 OWiG ist lediglich eine objektive Bedingung der Ahndbarkeit.⁷⁶

Außerdem müsste ein Aufsichtspflichtiger i. S. d. § 130 Abs. 1 OWiG mindestens fahrlässig eine Aufsichtsmaßnahme unterlassen haben. Dem Vorstandsvorsitzenden oder Geschäftsführer obliegen Leitungs-, Koordinations-, Organisations- und Kontrollpflichten.⁷⁷ Insbesondere trifft die Unternehmensleitung die Pflicht, durch bindende Anweisungen und Kontrollen strafbare Betriebsbehandlungen zu verhindern.⁷⁸ Die Unternehmensleitung muss ihren Betrieb so organisieren, dass Straftaten verhindert werden und ggfls. einen Compliance-Officer (CO) einstellen. Dies bedeutet, dass sie die in ihrem Betrieb typisiert ablaufenden Vorgänge bei gegebenem Anlass auf das Risiko der Begehung von Straftaten hin kontrollieren muss. Im Fall der „WAP-Billing-Falle“ ist aufgrund von deren großer medialer Präsenz mit Sicherheit davon auszugehen, dass jedenfalls leitende Mitarbeiter des Mobilfunkanbieters i. S. d. §§ 130, 9 OWiG um die generelle Problematik wissen.⁷⁹ Dies gilt insbesondere vor dem Hintergrund, dass gerade heutzutage Mobilfunkanbieter die Presselandschaft umfassend auf Berichte aus ihrem Aufgabenbereich analysieren dürften. Insbesondere das Urteil des LG Potsdam vom 26.11.2015⁸⁰ dürfte jedenfalls in den Rechtsabteilungen der Mobilfunkanbieter bekannt sein. Außerdem dürften bestimmte Kundenbeschwerden, Anfragen von Verbraucherschutzverbänden

⁷⁰ Kliegel JR 2013, 389, 400.

⁷¹ Müller-Gugenberger in Müller-Gugenberger, Wirtschaftsstrafrecht, 6. Aufl. 2015, § 23 Rdnrn. 36 ff.

⁷² Müller-Gugenberger in Müller-Gugenberger, Wirtschaftsstrafrecht, 6. Aufl. 2015, § 23 Rdnr. 39.

⁷³ Vgl. Rogall in Senge, KK-OWiG, 4. Aufl. 2014, § 9 Rdnrn. 43 f.; Beck in Graf, Beck OK OWiG 13. Edition § 130 Rdnr. 36; Gürtler in: Göhler, OWiG, 16. Aufl. 2012, § 9 Rdnrn. 8 f.

⁷⁴ Beck in Graf, Beck OK OWiG 13. Edition § 130 Rdnr. 80.

⁷⁵ Bohnert/Krenberger/Krumm, OWiG, 4. Aufl. 2016, § 130 Rdnr. 27.

⁷⁶ Rogall in Senge, KK-OWiG, 4. Aufl. 2014, § 130 Rdnr. 77.

⁷⁷ Rogall in Senge, KK-OWiG, 4. Aufl. 2014, § 130 Rdnr. 42; Beck in Graf, Beck OK OWiG 13. Edition § 130 Rdnr. 47.

⁷⁸ Wessing/Dann in Bürkle/Hauschka, Der Compliance Officer, 1. Aufl. 2015 Rdnr. 80.

⁷⁹ Vgl. Wegner NStZ 2016, 455 f., 458.

⁸⁰ LG Potsdam, Urt. v. 26.11.2015 – 2 O 340/14, juris = NJOZ 2016, 1287 f.

und Fernsteams etc. mit Sicherheit das Vorstandsbüro oder das Büro der Geschäftsführung erreicht haben. Gerade beim „WAP-Billing“ sind eine Reihe von Sicherungsmaßnahmen denkbar, die ein ernsthaft an der Vermeidung kriminellen Verhaltens interessierter Mobilfunkanbieter anordnen könnte.⁸¹ Darüber hinaus dürften die bisher allgemein bekannt gewordenen Informationen über die „WAP-Billing-Falle“ den Vorständen bzw. der Geschäftsführung von Mobilfunkanbietern genügend Anlass bieten, das eigene Geschäftsmodell der Durchführung des Inkassos zu Gunsten von Drittanbietern streng auf die Gefahr strafrechtlich relevanter Verstöße hin zu überprüfen. Die nach wie vor hohe Zahl an entsprechenden Vorfällen (vgl. unten unter III. 4.) ist ein Anhaltspunkt, dass Mobilfunkanbieter bis heute Sicherungsmaßnahmen entweder nicht oder jedenfalls nicht effektiv einsetzen, sondern vielmehr ihre Kooperationen mit Kriminellen fortsetzen. Der Vorsatz oder der Fahrlässigkeitsvorwurf müssen sich bei § 130 OWiG weder auf die konkrete Zuwiderhandlung noch überhaupt auf die Gefahr einer Zuwiderhandlung beziehen, da es sich hierbei um eine objektive Bedingung der Ahndbarkeit handelt.⁸²

Die nach §§ 130, 9 OWiG bestehende Haftung des Vorstands oder der Geschäftsführer des Mobilfunkunternehmens kann nach § 30 OWiG zu einer Verhängung der Geldbuße gegen den Mobilfunkanbieter selbst führen. Obwohl es in Deutschland kein Unternehmensstrafrecht gibt, kann es über §§ 130, 9 i. V. m. 30, 17 Abs. 4 OWiG im Ergebnis zu einer empfindlichen Sanktionierung von Unternehmen (und damit auch eines Mobilfunkanbieters) für strafrechtliches Unrecht kommen. In einem solchen Fall kann gegen den Mobilfunkanbieter nach §§ 130, 9 OWiG i. V. m. §§ 30, 17 Abs. 4 OWiG eine Geldbuße in einer solchen Höhe verhängt werden, die den rechtswidrig erzielten Gewinn (d. h. im Ergebnis die Provisionen) übersteigt. Dies bedeutet, dass gegen Mobilfunkanbieter eine Geldbuße bis zu 10.000.000 Euro verhängt werden kann, wobei diese Maximalhöhe unter den Voraussetzungen des § 17 Abs. 4 OWiG noch überschritten werden kann.

c) Nebenfolgen

Im Fall erfolgreich durchgeführter Strafverfahren gegen (leitende) Mitarbeiter von Mobilfunkanbietern können in der Regel weder der Verfall des rechtswidrig erzielten Gewinns des Mobilfunkanbieters nach §§ 73 ff. StGB noch der Einzug des vom Mobilfunkanbieter verwendeten Equipments (z. B. Software bzw. Softwarelizenzen etc.) nach §§ 74 ff. StGB angeordnet werden, da der rechtswidrig erzielte Gewinn (d. h. die Provisionen) nicht dem (leitenden) Mitarbeiter des Mobilfunkanbieters als Täter, sondern dem Mobilfunkanbieter als juristischer Person zufließen und das vom Täter verwendete Equipment nicht ihm selbst, sondern meist ebenfalls dem Mobilfunkanbieter (oder dessen Subunternehmern) gehört.

⁸¹ Wegner NStZ 2016, 455, 459.

⁸² Beck in Graf, Beck OK OWiG, 13. Edition, § 130 Rdnrn. 70, 73.

Bei der Ahndung der nach § 130 OWiG begangenen Ordnungswidrigkeit kann alternativ zur einer Geldbuße nach § 29a OWiG der Verfall angeordnet werden.⁸³

d) Die Ermittlung der verantwortlichen Mitarbeiter des Mobilfunkanbieters

Hinsichtlich der strafrechtlichen Haftung dürfte der Beweis des Fehlverhaltens bestimmter einzelner leitender Mitarbeiter für die Ermittler eine besondere Herausforderung darstellen. Bei Verträgen zwischen Mobilfunkanbietern und (kriminellen) Drittanbietern ist zwar i. d. R. der Name einer natürlichen Person auf Seiten des Mobilfunkanbieters verzeichnet; dies muss aber nicht notwendigerweise diejenige Person sein, die rechtlich für mögliche Verletzungen der Vermögensbetreuungspflicht bzw. die Täuschungshandlung verantwortlich ist; die insoweit tatsächlich Verantwortlichen können durchaus Personen sein, die „hinter dem konkret Unterzeichnenden“ stehen.

Im Kontakt mit ihren Kunden haben die Mobilfunkanbieter in vielen Fällen eine Identifizierung einzelner handelnder bzw. verantwortlicher Mitarbeiter durch entsprechende Vorkehrungen bei der Fallbearbeitung bzw. einem Reklamationsprozess erschwert. Im Brief- bzw. E-Mail-Verkehr mit ihren Kunden werden auf Seiten der Mobilfunkanbieter häufig keine Namen natürlicher Personen verwendet („Ihr Service-Team“, „Team Kundenbetreuung“) oder es werden lediglich Vornamen verwendet, die eine Identifizierung der tatsächlich dahinterstehenden Person praktisch unmöglich machen („Thomas“, „Markus“).

4. Die mögliche Gesetzesänderung

Das Bundesministerium für Justiz und Verbraucherschutz weiß seit längerer Zeit um die Problematik der „WAP-Billing-Falle“.⁸⁴ Führende Mobilfunkanbieter haben unserer Kenntnis nach zugesichert, sie würden sich freiwillig um die Entwicklung einer „technischen Lösung“ bemühen, mit der das Problem der „WAP-Billing-Falle“ entschärft werden soll.⁸⁵ Eine solche Erklärung führender Mobilfunkanbieter halten wir vor allem aus zwei Gründen für fragwürdig: Zum einen handelt es sich bei dem Problem der „WAP-Billing-Falle“ unseres Erachtens weniger um ein technisches, als vielmehr um ein rechtliches Problem – der Gesetzgeber könnte das Problem der „WAP-Billing-Falle“ mit einem Federstrich beseitigen.⁸⁶ Zum anderen ist zu berücksichtigen, dass Mobilfunkanbieter wegen der erheblichen Provisionen zu den wirtschaftlichen Profiteuren der „WAP-Billing-Falle“ gehören⁸⁷ – Warum sollten Mobilfunkanbieter engagiert an einer effektiven „technischen Lösung“ arbeiten, die ihr eigenes Geschäftsmodell zerstört?

⁸³ Näher dazu Rogall in Senge, KK-OWiG, 4. Aufl. 2014, § 130 Rdnrn. 123 ff.

⁸⁴ Vgl. Handelsblatt v. 7.12.2016 Artikel „Die Abo-Falle“.

⁸⁵ Vgl. BT-Drs. 18/10480 S. 5; Handelsblatt v. 7.12.2016 Artikel „Die Abo-Falle“.

⁸⁶ Gaßner/Strömer NJW 2016, 2529, 2534.

⁸⁷ Finanztest 5/2016, S. 12 f.; Wegner NStZ 2016, 455.

Nach unserer Kenntnis hat das Bundesministerium für Justiz und Verbraucherschutz vor dem Hintergrund der Erklärung der Mobilfunkanbieter, eine „technische Lösung“ für das Problem der „WAP-Billing-Falle“ entwickeln zu wollen, zwar zunächst keinen aktuellen Bedarf an einer Gesetzesänderung gesehen, aber gleichzeitig offenbar eine Studie in Auftrag gegeben, mit der das Ausmaß des Problems der „WAP-Billing-Falle“ untersucht werden sollte.⁸⁸ Die Ergebnisse dieser Studie müssen aber wohl so verheerend gewesen sein, dass das Bundesministerium für Justiz und Verbraucherschutz nach entsprechenden Anfragen aus der Presse erklärt hat, nun doch eine Gesetzesänderung auf den Weg bringen zu wollen.⁸⁹

Wir hatten bereits zuvor eine dahingehende Gesetzesänderung vorgeschlagen, dass ein Mobilfunkanbieter nur dann Geld oder Guthaben seiner Mobilfunkkunden zu Gunsten Dritter abbuchen darf, wenn der Mobilfunkkunde auf seinem mobilen Endgerät nicht nur gegenüber dem Dritten, sondern auch gegenüber dem Mobilfunkanbieter jede einzelne Abbuchung nach Maßgabe des § 312 j BGB bestätigt hat.⁹⁰ Das Bundesministerium für Justiz und Verbraucherschutz präferiert laut einem Pressebericht⁹¹ dagegen eine im Vergleich zu unserem Vorschlag leicht modifizierte Lösung: Die Bundesnetzagentur solle danach eine Verfügung an alle Mobilfunkanbieter erlassen können, die diese verpflichtet, ein Verfahren zum wirksamen Schutz der Kunden anzuwenden.⁹² Die vom Bundesministerium für Justiz und Verbraucherschutz favorisierte Lösung mit einer Zwischenschaltung der Bundesnetzagentur ermöglicht im Vergleich zu unserem Vorschlag eine gewisse Flexibilisierung in Bezug auf die Besonderheiten der Einzelfälle und eine Auswahl der Adressaten, so dass diese Lösung für die Mobilfunkanbieter sicherlich eine weniger einschneidende Maßnahme wäre. Andererseits dürfte mit der vom Bundesministerium für Justiz und Verbraucherschutz favorisierten Lösung wiederum eine weitaus höhere Komplexität als mit unserem einfachen Lösungsvorschlag einhergehen, so dass die vom Bundesministerium für Justiz und Verbraucherschutz präferierte Lösung von den betroffenen Bürgerinnen und Bürgern weitaus schwieriger als unsere Lösung zu erfassen sein dürfte. Die weitere Entwicklung und insbesondere die Frage, ob es noch in dieser Legislaturperiode zu einer Gesetzesänderung kommen wird, bleibt abzuwarten.

⁸⁸ Rheinische Post vom 18. November 2016; Im Internet www.rp-online.de/wirtschaft/justizministerium-jeder-achte-mobilfunkkunde-ist-betrugsoffer-aid-1.6404046 (zuletzt abgerufen am 10.1.2017); Handelsblatt v. 7.12.2016 Artikel „Die Abo-Falle“.

⁸⁹ Rheinische Post vom 19. November 2016, Seite B 1 (Printversion).

⁹⁰ Gaßner/Strömer NJW 2016, 2529, 2534.

⁹¹ Rheinische Post vom 19. November 2016, Seite B 1 (Printversion).

⁹² Rheinische Post vom 19. November 2016, Seite B 1 (Printversion).

IV. Neue technische Entwicklungen als Grundlage möglicher künftiger Abo- und Kostenfallen

1. Die embedded SIM („ESIM“)

Als Nachfolger der SIM-Karte als Medium zur Herstellung einer Mobilfunkverbindung zwischen mobilem Endgerät und Mobilfunkanbieter ist die flächendeckende Einführung der so genannten „embedded SIM“ („ESIM“) zu erwarten. Die ESIM zeichnet sich dadurch aus, dass sie fest mit dem mobilen Endgerät verbaut ist (embedded = eingebettet) und im Unterschied zur bisherigen SIM durch das Aufspielen entsprechender Software unterschiedlichen Mobilfunkanbietern zugeordnet werden kann. Es bleibt abzuwarten, inwieweit die Einführung der ESIM Ansatzpunkte für neuartige digitale Abo- bzw. Kostenfallen bietet. So können wir nicht auszuschließen, dass das Grundkonzept der „Dialerfalle“ (s. o. unter II.) bei der ESIM möglicherweise ein Comeback erleben wird. Da bei der ESIM nicht durch das Einlegen einer bestimmten SIM-Karte von vornherein eindeutig festgelegt wird, zu welchem Mobilfunkanbieter eine Verbindung ausschließlich hergestellt werden kann, sondern erst durch das Aufspielen entsprechender Software definiert wird, zu welchem Mobilfunkanbieter eine Verbindung hergestellt wird (bzw. werden kann), könnten Kriminelle unseres Erachtens beispielsweise versuchen, durch entsprechende Schadsoftware eine Verbindung zu einem Mobilfunkanbieter manipulativ herzustellen, zu dem der Endgerät-Nutzer in Wirklichkeit gar keine Verbindung herstellen will. So halten wir es für denkbar, dass durch manipulativ bzw. ungewollt hergestellte (und hohe Kosten verursachende) Verbindungen zu einem bestimmten Mobilfunkanbieter enorme Kosten verursacht werden können (z. B. via Roaming zu einem außereuropäischen Anbieter). Hinzu kommt, dass im Fall der ESIM der Endgerät-Nutzer mangels herausnehmbarer SIM-Karte eine geringere Kontrolle über das Bestehen einer Verbindung haben dürfte. Hat ein mobiles Endgerät neben einer ESIM auch noch einen fest eingebauten Akku, könnte möglicherweise die Gefahr bestehen, dass ein Endgerät-Nutzer eine manipulativ hergestellte Verbindung zu einem nicht gewollten Mobilfunkanbieter ggfls. selbst dann nicht sofort beenden kann, wenn er die manipulativ hergestellte Verbindung zwar erkennt, aber die Schadsoftware die Möglichkeit zum Ausschalten des Geräts unterbindet. Unter Umständen bliebe dann die manipulativ hergestellte Verbindung so lange aufrechterhalten, bis der Akku leer ist. Vorher könnte der Endgerät-Nutzer die kostenpflichtige Mobilfunkverbindung wohl nur dadurch beenden, dass er z. B. sein mobiles Endgerät mit einer Axt zertrümmert.

Mit diesen Überlegungen wollen wir verdeutlichen, dass man beim Einsatz der ESIM mit Blick auf jetzt schon absehbare Risiken besondere zivil- und ggfls. auch strafrechtlich relevante Prüf- und Überwachungspflichten der Anbieter wird fordern müssen. Der mit der Nutzung der ESIM einhergehende Verlust der Beherrschbarkeit der sich aus innovativen Technologien ergebenden besonderen Gefahren muss durch entsprechend gesteigerte Sorg-

faltspflichten der Anbieter kompensiert werden. Neben den Mobilfunkanbietern werden bei der ESIM auch die Hersteller bzw. Anbieter mobiler Endgeräte im Zentrum von Prüf- und Überwachungspflichten stehen.

2. Innovative Bezahlformen über mobile Endgeräte

a) „Smartphonegeld“ – Zahlung mittels NFC-Chip, Host Card Emulation (HCE) etc.

In anderen Ländern ist die Zahlung per Smartphone bereits fester Bestandteil der Alltagskultur, während mobiles Bezahlen in Deutschland bis jetzt noch in den Kinderschuhen steckt. In Afrika hat sich die „Smartphonewährung“ M-Pesa⁹³ bereits zu einem bedeutsamen Zahlungsmittel außerhalb des öffentlichen Raums entwickelt.

In Deutschland wird die Bezahlung mit „Smartphonegeld“ erst allmählich populär. Die Zahlung mittels „Smartphonegeld“ ist ein digitalisiertes Zahlungsgeschäft i. S. d. § 1 Abs. 2 Nr. 5 ZAG und damit gemäß § 675c Abs. 3 BGB zugleich ein Zahlungsvorgang im Rahmen eines Zahlungsdienstvertrags nach § 675f ff. BGB.

In technischer Hinsicht gibt es verschiedene Konzepte. Bei der NFC-Technik kann mit einem NFC-fähigen Smartphone an Kassenterminals berührungslos bezahlt werden, wenn die Daten einer Bank- oder Kreditkarte im Smartphone in einer speziellen NFC-fähigen SIM-Karte⁹⁴ hinterlegt sind. Bei der Host Card Emulation (HCE)-Technik sind die Bank- bzw. Kreditkartendaten auf dem Betriebssystem des Smartphones selbst abgelegt, so dass die Zahlung mittels Smartphone unabhängig von einer SIM-Karte und damit auch unabhängig von einem Mobilfunkanbieter genutzt wird. Darüber hinaus gibt es verschiedene andere Verfahren wie beispielsweise Zahlungs-Apps, die direkt mit dem Girokonto des Endgerätnutzers verbunden werden und mit denen der Nutzer sowohl Geld überweisen als auch Geld von einem Smartphone auf ein anderes übertragen kann. Für die Abwicklung solcher Zahlungsvorgänge werden i. d. R. Provisionen an Telekommunikationsunternehmen (z. B. Smartphonehersteller, -vertreiber oder Mobilfunkanbieter), die hier u. a. als Zahlungsdienstleister in Form eines Zahlungsinstituts i. S. d. § 1 Abs. 1 Nr. 5 ZAG fungieren können, fällig.⁹⁵

⁹³ Zu M-Pesa *Wahlers/Knops* BKR 2013, 240 ff.

⁹⁴ Alternativ gibt es für nicht NFC-fähige Smartphones bzw. Smartphones ohne NFC-fähige SIM-Karte auch NFC-Sticker, die auf die Rückseite des Smartphones geklebt werden können. Dessen ungeachtet befinden sich NFC-Chips mittlerweile auch auf vielen Bank- und Kreditkarten, weshalb mit NFC-Technik auch losgelöst von mobilen Endgeräten bezahlt werden kann.

⁹⁵ Vgl. dazu *Steinacker/Krauß* in *Bräutigam/Rücker*, E-Commerce 2017, 13. Teil D.

b) Zahlung über neue Formen mobiler Endgeräte und Zahlungen im „Internet der Dinge“ (z. B. über „digitale Assistenten“)

Die im vorigen Abschnitt aufgezeigten technischen Konzepte sind nur Zwischenschritte in einer noch weiter voranschreitenden technologischen Entwicklung. Daher ist zu erwarten, dass auch die o.g. Konzepte des „Smartphonegeldes“ perspektivisch abgelöst werden. Insbesondere mit der Ablösung der Smartphones durch den flächendeckenden Einsatz neuer Formen mobiler Endgeräte bzw. durch die flächendeckende Implementierung des „Internets der Dinge“ werden gänzlich neue Formen innovativer Zahlungsvorgänge eingeführt werden. In diesem Zusammenhang ist insbesondere an die Auslösung von Bezahlvorgängen über „digitale Assistenten“ (teilweise auch als „virtuelle“ oder „smarte“ „Assistenten“ bzw. „Sprachassistenten“ bezeichnet) im „Internet der Dinge“ zu denken, mit denen der Nutzer in ganz normaler Sprache sprechen kann. Im „Internet der Dinge“ können „digitale Assistenten“ völlig losgelöst von einem bestimmten mobilen Endgerät (wie die heutigen Smartphones) in grundsätzlich jedem Gegenstand implementiert sein. Insofern könnten perspektivisch über nahezu jeden Gegenstand mittels Sprachbefehlen (ggfls. in Verbindung mit ergänzenden Sicherheitsmechanismen) Zahlungsvorgänge ausgelöst werden. Solche über Sprachbefehle an „digitale Assistenten“ ausgelösten Zahlungsvorgänge wären als digitalisierte Zahlungsgeschäfte i. S. d. § 1 Abs. 2 Nr. 5 ZAG und damit gemäß § 675c Abs. 3 BGB zugleich als Zahlungsvorgänge im Rahmen eines Zahlungsdienstvertrags nach § 675f ff. BGB anzusehen. Als Zahlungsdienstleister in Form eines Zahlungsinstituts i. S. d. § 1 Abs. 1 Nr. 5 ZAG können hier beispielsweise Hersteller bzw. Betreiber der „digitalen Assistenten“ (bzw. desjenigen Betriebssystems, dessen Bestandteil der „digitale Assistent“ ist), der Hersteller und Vertreiber der mobilen Endgeräte sowie ggfls. Mobilfunkanbieter in Betracht kommen. Neben Sprachbefehlen an „digitale Assistenten“ sind im „Internet der Dinge“ jede Menge weitere Handlungen denkbar, mit denen Bezahlvorgänge ausgelöst werden können.

Mit modernen Bezahlformen wie dem Auslösen von Zahlvorgängen über Sprachbefehle an „digitale Assistenten“ gehen nicht nur ungeahnte Fehlerquellen, sondern auch Einfallstore für absichtliche Manipulationen einher. So kam es in den USA versehentlich zu einer massenhaften Bestellung von Puppenhäusern durch „digitale Assistenten“. Ausgangspunkt war der Fall eines sechsjährigen Mädchens, das beim Spielen mit einem „digitalen Assistenten“ versehentlich ein 170 Dollar teures Puppenhaus bestellt hatte. Als ein Nachrichtensprecher über diesen Fall im Fernsehen berichtete, löste die Übertragung dieser Fernsehnachrichten bei den Fernsehzuschauern, die diese Sendung angestellt hatten und währenddessen den gleichen „digitalen Assistenten“ aktiviert hatten, nun ebenfalls die Bestellung von Puppenhäusern aus. Die „digitalen Assistenten“ der Fernsehzuschauer hatten die durch den Fernseher übertragenen Worte des Nachrichtensprechers als Sprachbefehle des Fernsehzuschauers

fehlinterpretiert.⁹⁶ Hierbei handelte es sich zwar erkennbar um ein Versehen, jedoch könnten Kriminelle nach diesem Prinzip Nutzern „digitaler Assistenten“ in betrügerischer Absicht den Abschluss von Verträgen unterschieben. Beispielsweise wäre es denkbar, dass Kriminelle digitale Sprachnachrichten⁹⁷ in der digitalen Welt verbreiten, deren unvermittelt ertöntes bei gleichzeitig aktivierten „digitalen Assistenten“ kostenpflichtige Bestellungen auslöst.

c) Die Gefahr kriminellen Missbrauchs innovativer Bezahlförmern

Im Zusammenhang mit solchen innovativen Zahlungsvorgängen dürfte es für Kriminelle verschiedene Ansatzpunkte geben, Transaktionen zu ihren Gunsten vorzunehmen. Insbesondere mit Blick auf die Provisionen der Telekommunikationsunternehmen ist bei einem Missbrauch durch kriminelle Dritte, insbesondere bei ähnlichen Fallgestaltungen wie der „WAP-Billing-Falle“, stets auch an eine mögliche rechtliche Mitverantwortung der Telekommunikationsunternehmen zu denken, wobei im Unterschied zur „WAP-Billing-Falle“ nicht nur Mobilfunkanbieter, sondern auch andere Unternehmen wie Hersteller oder Vertreiber mobiler Endgeräte oder Hersteller und Betreiber von „digitalen Assistenten“ (bzw. Betreiber von Betriebssystemen, deren Bestandteil „digitale Assistenten“ sind) als Mitverantwortliche in Betracht kommen können. Insbesondere kann überlegt werden, ob zivilrechtliche Prüf- und Überwachungspflichten⁹⁸ sich wegen des besonderen vom Endgerät-Nutzer nicht beherrschbaren Gefahrenpotenzials zu Vermögensbetreuungspflichten erstarken können.

V. Fazit

„Digitale Abofallen“ und andere „Kostenfallen“ sind vor allem auf zwei Wegen zu bekämpfen: Einerseits durch

⁹⁶ Bericht von Foxnews vom 6.1.2017 „TV news report prompt viewer’s Amazon Echo devices to order unwanted dollhouses“, <http://www.foxnews.com/tech/2017/01/06/tv-news-report-prompts-viewers-amazon-echo-devices-to-order-unwanted-dollhouses.html> (zuletzt abgerufen am 10.1.2017).

⁹⁷ Solche Sprachnachrichten könnten z. B. in unvermittelt auftauchenden „Pop-ups“ oder infizierten Instant-Messenger-Nachrichten enthalten sein.

⁹⁸ Vgl. zu den Prüf- und Überwachungspflichten auch Gaßner/Strömer NJW 2016, 2529, 2532.

Information der Verbraucherinnen und Verbraucher; andererseits durch konsequente strafrechtliche und ordnungswidrigkeitenrechtliche Verfolgung aller Verantwortlichen.⁹⁹ Bei der speziell auf die Smartphonennutzung zugeschnittenen „WAP-Billing-Falle“ können sich neben den eigentlichen „Fallstellern“ auch Repräsentanten von Mobilfunkanbietern strafbar machen und ordnungswidrigkeitenrechtlich in Haftung genommen werden. Über die §§ 130, 9 i. V. m. 30, 17 Abs. 4 OWiG können sogar Mobilfunkanbieter selbst ordnungswidrigkeitenrechtlich haftbar gemacht werden. Besonders nachhaltig dürfte die durch §§ 130, 9 i. V. m. §§ 30, 17 Abs. 4 OWiG eingeräumte Möglichkeit sein, Geldbußen gegen Mobilfunkanbieter in einer Höhe zu verhängen, die über die Höhe ihrer rechtswidrig erzielten Provisionen hinausgeht.

Inwieweit es zu einer Gesetzesänderung kommt, die dem Unwesen der „WAP-Billing-Falle“ endlich Einhalt gebietet, bleibt abzuwarten. Letztlich wird sich das Problem der „WAP-Billing-Falle“ irgendwann wohl auch von selbst erledigen, da für Mobilfunkanbieter eine Fortführung ihrer Kooperationen mit den Stellern von „WAP-Billing-Fallen“ aufgrund zunehmendem Bekanntwerdens der eigenen Verwicklung¹⁰⁰ allmählich nicht mehr ökonomisch sinnvoll sein dürfte. Irgendwann dürfte auch dem abgebrühtesten Manager in der Mobilfunkbranche klarwerden, dass die Verwicklung des eigenen Unternehmens in kriminelle „WAP-Billing-Fallen“ zu negativer Publizität führt und sich der daraus mittelfristig ergebende wirtschaftliche Schaden für das Unternehmen größer als der kurzfristig aufgrund von „WAP-Billing-Fallen“ erzielte Profit ist.

Mit Blick auf die fortschreitende Entwicklung digitaler Technologien gibt es jedoch keinen Grund zur Entwarnung. Neue Formen digitaler Abo- und Kostenfallen dürften längst vorbereitet sein.

⁹⁹ Vgl. Kliegel JR 2013, 389, 401.

¹⁰⁰ Vgl. bereits die erstaunlich klaren Worte des Staatssekretärs Billen vom Bundesministeriums für Justiz und Verbraucherschutz im Handelsblatt: Die Mobilfunk-Konzerne hätten Betrug vielleicht „billigend in Kauf genommen“ (...), weil sie daran verdient haben, oder weil sie sich zu wenig Arbeit gemacht haben, die Betrüger aus dem Markt zu werfen“, Handelsblatt v. 7.12.2016 Artikel „Die Abo-Falle“. Wer den Artikel im Original online nachlesen will, muss allerdings ein Abo abschließen (Stand 7.1.2017).

Die höchstrichterliche Rechtsprechung zu § 252 StPO im Lichte eines grund- und menschenrechtskonformen Strafverfahrens

Von Dr. Hilde Farthofer und Dr. Christian Rückert, FAU Erlangen-Nürnberg

Die Reichweite des Beweisverwertungsverbots des § 252 StPO und die Frage nach der Notwendigkeit einer „qualifizierten Belehrung“ gehören zu den absoluten Klassikern des Strafprozessrechts. Der Streit über die Auslegung von § 252 StPO geht dabei rechtshistorisch zurück bis zu seiner Einführung 1877. Zwischenzeitlich schien der Widerstreit zwischen dem Persönlichkeitsrecht des Zeugen und dem staatlichen Interesse der Wahrheitserforschung in den Fällen ermittelungsrichterlicher Vernehmung zugunsten letzterer entschieden. Der Ermittlungsrichter durfte als Zeuge vom Hörensagen vernommen werden, einer qualifizierten Belehrung des Zeugen bei der Aussage vor dem Ermittlungsrichter bedurfte es nicht. Das aktuelle Anfrageverfahren brachte neuen Wind in die Diskussion, führte jedoch nicht zu einer Änderung der gefestigten Rechtsprechung. Unter dem Blickwinkel einer grund- und menschenrechtskonformen Auslegung erscheint diese jedoch als zweifelhaft.

I. Ausgangspunkt: Der handwerklich misslungene § 252 StPO

Die Vorschrift des § 252 StPO ist handwerklich misslungen. Entweder ist es dem Gesetzgeber nicht gelungen, sein Anliegen eines umfassenden und weitreichenden Schutzes des allgemeinen Persönlichkeitsrechts des zeugnisverweigerungsberechtigten Zeugen ausreichend klar ins Gesetz zu formulieren, oder er hat bewusst nur für unzureichenden und leicht zu umgehenden Schutz gesorgt. Nach heute ganz allgemeiner Auffassung ist Ersteres der Fall. Dies lud die höchstrichterliche Rechtsprechung genauso wie die Rechtswissenschaft dazu ein, eine korrigierende Auslegung der Norm vorzunehmen. So entspricht es der heute ganz herrschenden Meinung, dass § 252 StPO über seinen Wortlaut hinaus ein umfassendes Verwertungsverbot bezüglich der vormals gemachten Aussage normiert, wenn sich der Zeuge in der Hauptverhandlung für die Inanspruchnahme seines Zeugnisverweigerungsrechts entscheidet.¹ Bereits seit

seiner Einführung umstritten ist jedoch, ob hiervon eine Ausnahme für die Vernehmung einer richterlichen Verhörsperson als Zeuge vom Hörensagen über die Tatsache, dass und was der Zeuge bei seiner richterlichen Vernehmung ausgesagt hat, zuzulassen ist.² Bejahendenfalls war bzw. ist auch strittig, ob der Zeuge dann zumindest über das Bestehen dieser richterrechtlichen Ausnahme im Rahmen einer qualifizierten (das heißt über die Anforderungen des § 52 Abs. 3 StPO hinausgehenden) Belehrung aufgeklärt werden muss.³ Beide Fragen schienen in der höchstrichterlichen Rechtsprechung und damit für die tat- und untersuchungsgerichtliche Praxis seit einigen Jahrzehnten geklärt: Die Vernehmung der richterlichen Verhörsperson war zulässig, einer qualifizierten Belehrung bedurfte es nicht.⁴ In beide Fragen ist jedoch vor kurzem durch ein vom 2. Strafsenat initiiertes Anfrage- und Vorlageverfahren erhebliche Bewegung gekommen. Dies nimmt der vorliegende Beitrag zum Anlass, sich beiden Fragestellungen einmal mehr⁵ umfassend zu widmen. Dabei soll nicht nur die historische Entwicklung von Rechtsprechung und wissenschaftlichem Diskurs beleuchtet, sondern auch die aktuelle Diskussion zwischen den Strafsenaten in einem umfassenden Überblick dargestellt werden. Der Beitrag konzentriert sich dabei auf Zeugen mit einem Zeugnisverweigerungsrecht nach § 52 StPO, da dieses in der Praxis im Rahmen von § 252 StPO die größte Rolle spielt und sich die Rechts-

lich/Roy JA 2003, 565, 572; Henckel HRRS 2014, 482; a.A. Rogall, FS Otto (2007), 973, 987 f.

² BGHSt 2, 99, 106; BGH NJW 2000, 1274, 1275; Bosch Jura 2012, 33, 35; KK/Diemer (Fn. 1), § 252 Rn 22; Krey, GS Meyer, 1990, 239, 243; Meyer-Goßner/Schmitt, 59. Aufl. 2016, § 252 Rn 14; Mosbacher JuS 2008, 688; MüKoStPO/Ellbogen (Fn. 1), § 252 Rn 47; Löwe/Rosenberg/Sander/Cirener (Fn. 1), § 252 Rn 10; Henckel HRRS 2014, 482.

³ Ablehnend: BGHSt 32, 25; BGH NSTz 1985, 36; befürwortend: MüKoStPO/Ellbogen (Fn. 1), § 252 Rn 54; BGH NSTz 2014, 596, 598; kritisch: SSW/Kudlich/Schuh (Fn. 1), § 252 Rn 22.

⁴ BGHSt 2, 99; 7, 194, 195; 32, 25; BGH NSTz 1985, 36; BGH NJW 2000, 1277, 1278.

⁵ Vgl. aus neuerer Zeit: El-Ghazi/Merold StV 2012, 250; Meyer StV 2015, 319; Braun JuS 2016, 406; zu nichtrichterlichen Vernehmungen: Rostek StraFo 2016, 371.

¹ BGHSt 2, 99; 7, 194, 195; BGH NJW 2000, 1277 (1278); MüKoStPO/Ellbogen, 1. Aufl. 2016, § 252 Rn 42; Löwe/Rosenberg/Sander/Cirener, 26. Aufl. 2009 § 252 Rn 7; SSW/Kudlich/Schuh, 2. Aufl. 2016 § 252 Rn 16; Beulke, Strafprozessrecht, 13. Aufl. 2016, Rn 419; Degener StV 2006, 509, 512; Geppert Jura 1988, 305, 307; KK/Diemer, 7. Aufl. 2013 § 252 Rn 1; Kraatz Jura 2011, 170, 171; Kud-

fragen wegen der Belehrungspflicht des § 52 Abs. 3 StPO⁶ in dringenderem Maße stellen.

II. Historische Entwicklung des § 252 StPO

§ 252 StPO, vormals § 251 StPO,⁷ ist seit seiner Einführung im Jahre 1877⁸ von verschiedenster Seite wiederholt kritisiert worden. Deutlich wird dies durch die völlig unterschiedlichen Standpunkte, die über die Jahre hinweg von Rechtsprechung und Lehre vertreten wurden. Selbst die Entscheidungspraxis der jeweiligen Höchstgerichte lassen eine einheitliche Linie vermissen, sowohl was die Sache selbst wie auch die rechtliche Begründung betrifft. An diesem Problem lässt sich sehr deutlich der Wandel der Gesellschaft und vor allem der gesellschaftlichen Grundhaltung erkennen.

Das folgende Kapitel beschäftigt sich mit der historischen Entwicklung des § 252 StPO und den verschiedenen Argumentationslinien, die für oder gegen die Gestattung der Vernehmung von Verhörspersonen, bei Inanspruchnahme des Zeugnisverweigerungsrechts erst in der Hauptverhandlung, angeführt werden und wurden.⁹ Interessanterweise wurde die Vernehmung von Verhörspersonen nicht im Hinblick auf andere Zeugenaussagen, so z.B. bei unberechtigter Verweigerung, diskutiert.¹⁰

1. Adressaten des § 252 StPO

a) Der Zeuge gem. § 252 StPO

Unumstritten wurde bereits im 19. Jahrhundert im Zuge der Diskussion über die Bedeutung des § 252 StPO deutlich, dass es sich bei den betroffenen Personen zum überwiegenden Teil um Angehörige des Angeklagten gem. § 52 StPO handelt.¹¹ Eine Vernehmung dieser Zeugen als solche war immer schon strittig;¹² die Mitglieder der Reichstagskommission trugen jedoch durch § 213a des StPO-Entwurfs (§ 252 StPO) dem Umstand Rechnung, dass ohne die Aussage von Angehörigen des Täters, dieser in vielen Fällen, gerade bei Taten innerhalb der Familie, aufgrund mangelnder Beweise freigesprochen werden würde.¹³ Die Aversion gegen solche Zeu-

genaussagen blieb trotz aller Notwendigkeit, wie die Erläuterung von *Abg. Reichensperger* deutlich macht, während der Sitzungen der Reichstagskommission bestehen. „Die Erfahrung beweise, daß die Aussagen derselben entweder von einem zu großen Wohlwollen oder von einer bitteren Feindseligkeit diktiert würden.“¹⁴ Der durch die Zeugenaussage gegen einen Angehörigen entstehende innere Konflikt für die aussagende Person kann nicht besser umrissen werden.¹⁵ Das OLG München stellte das Schutzbedürfnis des Individuums durch den Gesetzgeber über jenen der Vermeidung eines bloßen Interessenskonflikts für gewisse Personengruppen. Das Vertrauensverhältnis, begründet auf das Näheverhältnis zweier oder mehrerer Personen, dürfe nicht durch den Staat beeinträchtigt werden.¹⁶

Zu diesem grundsätzlichen Problem tritt hinzu, dass der Zeuge durch das bestehende Näheverhältnis oftmals zumindest mittelbar durch die Tat betroffen ist. Es kann daher bezweifelt werden, dass die Konsequenzen eines Zeugnisverweigerungsrechtsverzichts vollends erfasst werden, auch bei einer Aussage vor dem Ermittlungsrichter, die zeitlich in einem engen Konnex zur eigentlichen Tatausführung stehen.

Meist offenbaren sich die tatsächlichen Folgen dem Zeugen erst in der Hauptverhandlung. Schwankungen in der Entscheidung des zwar anfänglich aussagebereiten, sich aber dann später verweigernden Zeugen sind nicht unüblich, sondern eher der Normalfall.¹⁷ Die Zulassung der Vernehmung der Verhörsperson, ob Ermittlungsrichter oder Polizist, führt unweigerlich zu einer Aufgabe der Rechtsgarantie, die der verweigerungsberechtigten Person per Gesetz eingeräumt wurde.¹⁸

Ein klares Verwertungsverbot sah das Reichsgericht für Aussagen, die im Zuge der Vernehmung als Beschuldigter gemacht wurden, wenn dem Zeugen nach Feststellung seiner Unschuld wegen des verwandtschaftlichen Verhältnisses zum Angeklagten ein Zeugnisverweigerungsrecht zusteht. Die Möglichkeit der Verwertung einer Zeugenaussage durch die Vernehmung der Verhörspersonen wurde bei zeugenschaftlichen Vernehmungen von Mitbeschuldigten ebenso abgelehnt. Der Begründung der 1. Instanz, die Verlesung der Aussage des Zeugenverweigerungsberechtigten würde sich überwiegend belastend für den Mitangeklagten, zu dem keine verwandtschaftliche Beziehung bestünde, auswirken und wäre daher

⁶ Allg. M., vgl. statt aller: MüKoStPO/*Percic* (Fn. 1), § 52 Rn 49 m.w.N.

⁷ Im Folgenden wird § 252 StPO synonym für die ursprünglich beinahe gleichlautende Fassung des § 251 StPO, verwendet. 1924 wurde § 251 zu § 252 StPO.

⁸ RGBI 8, 1877, 253-346.

⁹ Vgl. auch die rechtshistorische Aufarbeitung bei: *Meyer StV* 2015, 319.

¹⁰ *Von Schwarze GS* 1881, Bd. 33, 295, der Autor sah dies noch als logische Konsequenz, wenn die Vernehmung von Verhörspersonen zugelassen werden würde.

¹¹ Hierzu siehe *Gösch MecklZ* 1881, 145, diese Auffassung vertrat auch der BGH, BGHSt 2, 99, 104.

¹² *Gösch MecklZ* 1881, 142 ff., „...es sich für die Frage stehenden Fälle ja nur um Zeugnisse von nahen Angehörigen des Angeklagten handeln werde, und daß diese ihrer Natur nach ein so trügerisches und untaugliches Beweismittel seien, daß es für die Zwecke der Strafrechtspflege wenig ausmache, wenn ein solches Beweismittel einmal versage.“

¹³ U.a. *Gösch MecklZ* 1881, 144.

¹⁴ *Abg. Reichensperger in Hahn*, Die gesamten Materialien zur Strafprozeßordnung (1881), Bd. 3/2, S. 1366, dem gleichen Tenor folgend die Begründung zu § 42 des Entwurfes (§ 51 StPO) *Hahn*, a.a.O., Bd. 3/1, S. 107.

¹⁵ Das OLG Bamberg bezeichnete jede Verwertung einer solchen Zeugenaussage als Eingriff in den persönlichen Bereich zwischen Angeklagtem und zur Verweigerung der Zeugenaussage berechtigtem Zeugen, ein Bereich, der sowohl vom Gesetzgeber wie auch der Rechtsprechung zu respektieren sei; OLG Bamberg SJZ 3, 473.

¹⁶ OLG München HEST 2, 98, 101.

¹⁷ Wurde bereits festgestellt von *Gösch MecklZ* 1881, 145; ebenso *Geerds JuS* 1991, 199, 200, der anders als *Gösch* die Ansicht vertritt, dass gerade dadurch ein absolutes Verwertungsverbot auch von früheren Aussagen in § 252 StPO verankert ist.

¹⁸ So auch OLG München HEST 2, 98, 101.

zulässig, folgte das Reichsgericht zu Recht nicht. Da das Verfahren gegen beide Angeklagte gemeinsam geführt worden war, wirkte sich der festgestellte Verfahrensmangel auch auf beide Verurteilungen aus und führte zur Aufhebung der Urteile.¹⁹

b) Ermittlungsbeamter oder Ermittlungsrichter?

Die Antwort auf diese Frage wandelte sich im Laufe der Zeit. So ging das Reichsgericht noch davon aus, dass Polizeibeamte immer,²⁰ Ermittlungsrichter hingegen nur, wenn der Zeuge ordnungsgemäß belehrt worden war, vernommen werden dürfen.²¹ Die Begründung erscheint jedoch ein wenig zweifelhaft. Polizeibeamte würden nicht unter § 52 Abs. 2 StPO a.F. fallen und daher fehle für sie die gesetzliche Grundlage für eine Belehrungspflicht.²² Diese Ansicht hat sich im Laufe der Jahre grundlegend geändert. So führt der BGH in Anlehnung an die Rechtsprechung des OGH der Britischen Zone²³ 1952 in seinem Urteil aus, dass nur vor einem Richter gemachte Aussagen,²⁴ d.h. nach ordnungsgemäßer Belehrung, im Wege der Vernehmung des Ermittlungsrichters, verwertet werden dürften.²⁵ Die OLGs hatten in dieser Frage fast unisono anders entschieden; sie nahmen durchwegs das Vorliegen eines absoluten Verwertungsverbots an.²⁶ Nach Auffassung des OLG Nürnberg konnte nur dann eine Ausnahme vom Verwertungsverbot gemacht werden, wenn der zur Aussageverweigerung berechnete Zeuge vor Abgabe einer Erklärung, das Zeugnis zu verweigern, verstorben war.²⁷

Die Belehrungspflicht an sich hatte bereits früher zu Kontroversen geführt. Teilweise wurde die Auffassung vertreten, dass das Fehlen der Belehrung nicht zu einem Verwertungsverbot führen dürfe.²⁸ Bedenklich erscheint hier vor allem, dass nach dieser Ansicht selbst ihre schuldhaftige Unterlassung am Ergebnis nichts ändern

würde.²⁹ Das Argument der Belehrungspflicht erscheint jedoch hinfällig geworden zu sein durch die Einführung des § 163a Abs. 5 StPO, der nun auch für Polizeibeamte eine Belehrungspflicht statuiert.³⁰

Das Aufrechterhalten der Unterscheidung zwischen richterlicher und polizeilicher Vernehmung wird nun vom BGH mit dem „höheren Vertrauen“ begründet, das einem Richter entgegen gebracht werden würde.³¹ Objektiv betrachtet impliziert dieses Argument mittelbar, dass die anderen Ermittlungsbehörden wie Staatsanwaltschaft und Polizei weniger vertrauenswürdig seien – eine nicht ganz ungefährliche Betrachtung in Bezug auf die tatsächliche Lage: Unzweifelhaft gehören Vernehmungen für Ermittlungsbeamte zum „Tagesgeschäft“, während dem Richter diese Praxis weitgehend fehlt.³²

2. Die Auslegung des § 252 StPO

In der Reichstagskommission wurden unterschiedliche Meinungen bezüglich der Formulierung des Gesetzestextes vertreten. Die Minderheit der Mitglieder der Kommission und die Regierungsvertreter forderten einen Wortlaut im Gesetzestext, der explizit die Verwertung der Aussagen eines Zeugen, die dieser vor Inanspruchnahme seines Zeugnisverweigerungsrechts gemacht hatte, erlauben würde. Die Majorität hingegen wollte genau dies verhindern und wählte den heute sich noch in Geltung befindlichen Wortlaut mit dem Verweis darauf, dass ansonsten „das Recht zur Ablehnung der Aussage, welches der Zeuge noch in der Hauptverhandlung geltend machen kann, illusorisch sein würde“³³.

a) Der Wortlaut des § 252 StPO

Für das Reichsgericht lag gerade im Wortlaut des § 252 StPO die gesetzliche Grundlage für die Rechtmäßigkeit der Vernehmung des Ermittlungsrichters über die Aussage des sich später verweigernden Zeugen. Aus der Entstehungsgeschichte des § 252 StPO könne nicht abgeleitet werden, dass diesem eine über den reinen Wortlaut hinausgehende Bedeutung zukommen würde. Es läge

¹⁹ RG JW 1932, 419, Nr. 23, 420.

²⁰ Gösch erklärt dies damit, dass im normalen Gang einer Ermittlung die Befragung durch untergeordnete Organe der Polizei durchgeführt würden und daher diese die erste Beweisaufnahme durchführen würden; Gösch MecklZ 1881, 146 f.

²¹ Gösch MecklZ 1881, 149; der Autor sieht dies als einen für die ermittelnden Beamten unzumutbaren und impraktikablen Vorschlag, da die Vernehmung von Zeugen immer in ihrer Hand läge.

²² RGSt 70, 6, 7; Dörr führt in seinen Anmerkungen zu einem ähnlich gelagerten Urteil des RGs, RG JW 1932, 419, Nr. 23 an, dass die Unterscheidung zwischen Ermittlungsbeamten und Ermittlungsrichtern willkürlich erscheine und hierfür jegliche belastbare rechtliche Begründung fehle.

²³ OGHSt 2, 299, 302.

²⁴ Sachverständige dürfen nicht als Zeugen über den Inhalt einer Aussage eines entschlagungsberechtigten Zeugen über das Tatgeschehen vernommen werden, BGH JZ 1990, 874.

²⁵ Ebenso BGH NJW 1984, 621, 622.

²⁶ U.a. OLG Nürnberg SJZ 5, 463 f.; OLG Bremen SJZ 5, 464; OLG Düsseldorf HEST 1, 174; und OLG München HEST 2, 99.

²⁷ OLG Nürnberg SJZ 5, 463 f.

²⁸ Andere Ansicht RGSt 8, 122, 123 ff.; durch das Fehlen der Belehrung ist die Aussage des Zeugen ein gesetzlich unzulässiges Beweismittel und nicht verwertbar, auch nicht über die Vernehmung der Verhörsperson.

²⁹ Gösch MecklZ 1881, 170 ff.; andere Ansicht von Schwarze GS 1881, Bd. 33, 271, er sieht es als unstrittig, dass jede Aussage eines Zeugnisverweigerungsberechtigten ohne vorangegangene Belehrung ohne Beweiskraft ist und daher generell keinen Eingang ins Verfahren finden darf.

³⁰ So auch Henckel HRRS 2014, 482, 483; Andere Ansicht BGH JR 1967, 467, kritisch dazu in seinen Anmerkungen zum Urteil, Peters JR 1967, 467 f. Der Oberste Gerichtshof für die Britische Zone lehnte eine Belehrungspflicht für die Polizei ab, da dadurch die erste Beweisermittlung unnötig erschwert würde und das nachteilige Folgen für die Ermittlung haben würde, OGHSt 1, 299, 302.

³¹ U.a. BGHSt 21, 218 f. und BGH JR 1967, 467; Henckel HRRS 2014, 482, 483; kritisch dazu Eisenberg NStZ 1988, 488 f., der keine gesetzliche Grundlage für das „höhere Vertrauen“ in den Ermittlungsrichter zu finden vermag.

³² Eisenberg NStZ 1988, 488 f., weist darauf hin, dass der Vernehmungsstil des Untersuchungsrichters unter Umständen durch seinen autoritären Stil und die Verwendung von juristischen Fachtermini die freie Willensbetätigung einschränken kann.

³³ Hahn, (Fn. 14), S. 1562.

somit zwar ein Verlesungs- nicht aber ein Verwertungsverbot vor.³⁴

Die Rechtsprechung vertrat aber auch hierzu keine einheitliche Linie. So entschied der 2. Senat des Reichsgerichts 1884, dass § 252 StPO sinnentleert würde, würden Vernehmungspersonen wie z.B. der Untersuchungsrichter über den Inhalt einer vor Verweigerung des Zeugnisses gemachten Aussage befragt werden dürfen. § 249 StPO (heute: § 250 StPO) stelle ein generelles Verlesungsverbot als Regel auf, dessen Ausnahmen ausschließlich dem § 250 StPO (heute in abgeänderter Form: § 251 StPO) zu entnehmen seien. Der Zeuge, dem ein Zeugnisverweigerungsrecht zustünde, sei keiner der genannten Sonderfälle.³⁵

Wenn nun die Vernehmung der Verhörsperson erlaubt ist, stellt sich die Frage, inwieweit das Protokoll der vorangegangenen Aussage des sich nun verweigernden Zeugen auf diesem Weg seinen Eingang in die Hauptverhandlung finden kann. Bis 1938 vertrat das Reichsgericht die Ansicht, dass eine Verlesung, wenn auch nur von Teilen des Protokolls, § 252 StPO verletzen würde.³⁶ Davon ging das Gericht mit der Begründung ab, dass jedem Zeugen Vorhaltungen aus Urkunden und Ähnlichem zur Erforschung der Wahrheit gemacht werden können, hiervon dürfen Verhörspersonen nicht ausgenommen werden.³⁷ § 252 StPO behandle den Urkundenbeweis und sei damit keine gesetzliche Grundlage zum Verbot der Vorhaltung, jedoch dürfe dies nicht über den Zweck der Auffrischung des Gedächtnisses des Zeugen hinausgehen.³⁸ Das OLG Bamberg äußerte sich zu dieser Entscheidung des Reichsgerichts ungewöhnlich klar, die Entscheidung offenbare den „Einfluss totalitären Staatsdenkens, das auch berechnete Interessen des Individuums, wie die eines zur Aussageverweigerung berechtigten Zeugen, einem staatlichen Machtanspruch opfert“.³⁹

³⁴ RGSt 5, 142, 143; in diese Richtung entschied auch der BGH, der zwar die Vorführung einer Videoaufzeichnung der Vernehmung als der Verlesung entsprechend und somit als Verletzung des § 252 StPO ablehnte, jedoch feststellte, dass gegen die Vernehmung des Untersuchungsrichters keine gesetzlichen Bedenken entgegenstünden, BGH JuS 2004, 546, 547 f.

³⁵ RGSt 10, 374.

³⁶ RGSt 8, 122, 123; von Schwarze GS 1881, Bd. 33, 294, weist darauf hin, dass die Möglichkeit nicht von der Hand zu weisen sei, dass die vernommene Verhörsperson den Inhalt der Zeugenaussage nur lückenhaft wiedergibt und das ein dadurch verfälschtes Beweismittel zur Grundlage des Urteils wird.

³⁷ Geppert weist darauf hin, dass eine Vernehmung einer Verhörsperson ohne Zuhilfenahme des Protokolls „wenig sinnvoll“ erscheint und damit der Ansatz der Rechtsprechung nachvollziehbar sei, er geht sogar so weit, dass er vorschlägt, die Vernehmungsniederschrift als Ganzes zu verlesen, um damit den Qualitätsunterschied zwischen der Aussage des ursprünglichen Zeugen und der des Verhörbeamten zu nivellieren; Geppert, Der Grundsatz der Unmittelbarkeit im deutschen Strafverfahren (1979), S. 278, 282.

³⁸ RGSt 72, 221, 222 f., dazu kritisch Hippel, Der deutsche Strafprozeß (1941), 391 f., Fn. 4, „an die Stelle der gesetzlich verbotenen Vermittlungsmethode wird damit eine unzuverlässigere gesetzt, die das Verbot umgeht.“

³⁹ OLG Bamberg SJZ 3, 471.

Der BGH schloss sich der Meinung des Reichsgerichts an. Er erachtet sowohl die Verlesung wie auch die Vorhaltung der Niederschrift als Gedächtnisstütze mit der Begründung als zulässig, dass mit der Vernehmung des Richters die Verwertung der Aussage des zeugnisverweigerungsberechtigten Zeugen nicht mehr grundsätzlich verboten sei, da es sich dabei nicht um einen Urkundenbeweis, sondern einen Vernehmungsbehelf handele.⁴⁰

In ihren Ausführungen nehmen sowohl Reichsgericht wie auch später der BGH Bezug auf die zwei wichtigsten mit dieser Rechtsfrage zusammenhängenden Grundsätze, dem der Mündlichkeit und dem der Verpflichtung zur Wahrheitserforschung durch das Gericht.

b) Der Grundsatz der Mündlichkeit

Das Prinzip der Mündlichkeit, das in § 249 StPO (heute: § 250 StPO) verankert wurde, sah bereits die Reichstagskommission bei einer Verlesung solcher Aussagen in schwere Bedrängnis geraten.⁴¹ Ganz anderer Ansicht hingegen war das Reichsgericht. Es sah keine Verletzung des Prinzips, da die Verhörsperson⁴² nicht über das eigentliche Beweisthema befragt werden würde, sondern vielmehr als Zeuge vom Hörensagen über den Inhalt einer Aussage, die ein nun berechtigterweise sich auf sein Zeugnisverweigerungsrecht berufender Zeuge, in einer vorangegangenen Befragung gemacht hatte.⁴³ Nach deutschem Recht stehe einer Vernehmung eines Zeugen vom Hörensagen kein gesetzlicher Hinderungsgrund entgegen. Über den etwaigen geringeren Beweiswert einer solchen Aussage urteile das entscheidende Gericht im Rahmen des eigenen Ermessens.⁴⁴ Der Aussage eines Untersuchungsrichters, oder gar eines Richters aus einem anderen Verfahren, wie z.B. einem zivilrechtlichen,⁴⁵ wird in der Praxis ein hoher Beweiswert aufgrund ihrer Stellung im Rechtssystem und dem damit zusammenhängenden höheren Vertrauen zugebilligt werden.⁴⁶ Die freie Beweiswürdigung sollte sich aber nur auf jene Beweise beziehen, die auch zulässig sind, denn sie „ist nicht die Freiheit von gesetzlichen Vorschriften.“⁴⁷

Die im 19. Jahrhundert vertretene Auffassung, dass zwischen der zufälligen Äußerung und der Aussage als Zeuge ein Unterschied gemacht werden müsse, wurde vom bayerischen Kassationshof unterstützt, indem er ent-

⁴⁰ BGH NJW 1958, 919.

⁴¹ Hahn, (Fn. 14), S. 1562.

⁴² Eine genaue Auseinandersetzung mit dem Begriff „Verhörsperson“ findet sich in Geppert, (Fn. 37), S. 263 ff.

⁴³ Gösch geht so weit, dass er die Problematik verneint mit der Begründung, es handele sich nicht um einen Zeugen vom Hörensagen, denn der Zeuge würde über den Inhalt einer vor ihm persönlich gemachten Aussage befragt werden und nicht direkt über das eigentliche Beweisthema. Gösch MecklZ 1881, 146 f.; andere Ansicht von Schwarze GS (1881), Bd. 33, 284 f., der Autor sieht gerade dadurch das Prinzip der Mündlichkeit verletzt, da Rückfrage um Missverständnisse auszuräumen durch die Verhörsperson nicht beantwortet werden können. Der Untersuchungsrichter wäre somit kein Zeuge sondern „Referent im alten Stile“.

⁴⁴ RGSt 5, 142, 144.

⁴⁵ BGHSt 17, 324, kritisch dazu Fezer JZ 1990, 875, 876 und Geerds JuS 1991, 199, 201 f.

⁴⁶ Ebenso Eisenberg NSTz 1988, 488.

⁴⁷ Von Schwarze GS 1881, Bd. 33, 289 f.

schied, dass der Untersuchungsrichter nicht über die eigentliche Zeugenvernehmung befragt werden dürfe, sondern nur über freiwillige, ohne Aufforderung gemachte Äußerungen des Zeugen.⁴⁸ Kritische Stimmen sahen darin eine ungerechtfertigte Beschränkung, insbesondere der allgemeingültigen Zeugenpflicht, die jeden zur Zeugenaussage verpflichtete, der etwas Beweiskräftiges zur Tat aussagen könne.

Diese Auffassung wurde schon damals von der Lehre scharf angegriffen. Dem Angeklagten werde eine Bestreitung des ihn belastenden Inhalts der ursprünglichen Aussage durch die somit nur mittelbare Konfrontation erschwert, wenn nicht gar unmöglich gemacht. Dabei ist aber auch zu bedenken, dass im umgekehrten Fall der Angeklagte auf entlastende Beweise verzichten muss, wenn der betreffende Zeuge sich dazu entschließt nicht auszusagen, da diese Aussage regelmäßig nicht vor einem Ermittlungsrichter abgegeben worden sein wird.⁴⁹ Darin liegt durchaus die Möglichkeit der Verletzung des Prinzips des fairen Verfahrens.⁵⁰

Konträr sah das Reichsgericht die Vernehmung von Verhörspersonen in einer anderen Entscheidung, die wie der BGH⁵¹ feststellte sich als einzige „eingehend“ mit der Entstehungsgeschichte des § 252 beschäftigt hatte. Aus den Überlegungen der Reichstagskommission folgte der 2. Senat, dass die Vorschrift nicht die Beweiserhebung im Blick hatte, sondern sich vielmehr mit der generellen Verwertung des Inhalts als solchem beschäftigt habe. Als Konsequenz sei nicht nur die Verlesung solcher Protokolle ausgeschlossen, sondern auch die Vernehmung des Ermittlungsrichters über den Inhalt der Aussage; bei einer anderen Betrachtung würde § 252 StPO jeder Sinnhaftigkeit entbehren.⁵²

Um diesem Dilemma zu entgehen, stellte der BGH fest, dass der Grundsatz der Mündlichkeit und die Vorschrift zur Verlesung nur äußerlich verbunden seien, da der § 252 StPO eigentlich zu § 52 StPO gehöre.⁵³ Er verweist deshalb darauf, dass ausschließlich der Ermittlungsrichter

vernommen werden dürfe, da dann der Vernehmung eine ordnungsgemäße Belehrung vorausgegangen sei und somit der Zeuge, wenn er aussage, dies aus freiem Willensentschluss tue.⁵⁴ Nach dem Entschluss trotz allem auszusagen, solle dem Zeugen die Möglichkeit über das Verfahren zu bestimmen entzogen werden.

c) „Herr des Verfahrens“

In seinen Entscheidungen stellte das Reichsgericht wie auch später der BGH wiederholt fest, dass es sich bei dem Recht auf Zeugnisverweigerung um kein Recht mit rückwirkender Kraft handelt.⁵⁵ Verzichtet also im Vorverfahren ein Zeuge auf das ihm zustehende Recht, so könne er zwar immer noch bis zur Hauptverhandlung davon Gebrauch machen, habe aber keinen Anspruch, dass frühere von ihm freiwillig gemachte Aussagen als Beweise nicht verwertet würden. Eine gesetzliche Grundlage für eine gegenteilige Auffassung sei nicht gegeben.⁵⁶

Der Zeuge hat nach dieser Ansicht genügend Möglichkeiten sich der Verpflichtung zur Zeugenaussage zu entziehen und somit einem inneren Konflikt zu entgehen. Dieses Recht könne er sowohl während der Voruntersuchungen wie auch später in der Hauptverhandlung geltend machen. Darüber hinaus stehen ihm aber keine weiteren Rechte zu.⁵⁷ Der BGH begründete seine Entscheidung auch damit, dass der Zeuge, der erst in der Hauptverhandlung von seinem Recht Gebrauch macht und somit unter Umständen die Strafverfolgung des Täters zu einem so späten Zeitpunkt verhindern würde, sich in der Lage befände das Verfahren zu bestimmen und somit zum „Herrn des Verfahrens“ erhoben würde. Eine Position, die ihm nach geltender Rechtslage nicht zustünde.⁵⁸

Das Reichsgericht vertrat daneben die Meinung, dass der Konflikt für den Zeugen auch nicht mehr bestehen wür-

⁴⁸ Entscheidung des bayerischen Kassationshofs zitiert in *Gösch MecklZ* 1881, 149; ebenso *OGHSt* 1, 299, 300 f., Aussagen, die außerhalb des Verfahrens gegenüber Dritten gemacht würden, seien als Beweismittel durch die Vernehmung des Dritten verwertbar; und *OLG Kiel HEST* 1, 177, hier sieht das Gericht die Verlesung der Aussagen der Ehefrau aus einem anderen Strafverfahren als zulässig. Andere Ansicht *BGH JZ* 1990, 874 f.

⁴⁹ *BGH, Urteil v. 29.5.1996*, 3 *StR* 157/96, das Recht des § 252 StPO steht nicht für die Verfahrensbeteiligten zur Disposition. Die Verlesung eines Vernehmungsprotokolls stellt auch dann eine Verletzung des § 252 StPO dar, wenn dafür das Einverständnis aller Beteiligten vorliegt.

⁵⁰ *Geppert* sieht hier kein Problem, da die Verhörsperson beiden, d.h. der Anklage und der Verteidigung gleichermaßen zur Verfügung stünden, *Geppert*, (Fn. 37), S. 283; eine wenig nachvollziehbare These, da der Verhörbeamte ohne Zweifel der Anklage näher steht und darüber hinaus auch anders als der ursprüngliche Zeuge Ungenauigkeiten oder Missverständnisse, die regelmäßig bei Vernehmungen vorkommen können, nicht ausräumen kann.

⁵¹ *BGHSt* 2, 99, 103.

⁵² *RGSt* 10, 374; ebenso *Geppert*, (Fn. 37), S. 259 ff.

⁵³ Ebenso *Hahn*, (Fn. 14), S. 1621; so auch *OGHSt* 1, 299, 300.

⁵⁴ *BGHSt* 2, 99, 107; kritisch dazu *Geerds JuS* 1997, 199, der darin eine Umgehung des § 252 StPO sieht; *Grünwald JZ* 1996, 489, 497, der den BGH offen mit den Worten kritisiert: „Zugleich ist freilich noch deutlicher geworden, dass die Rechtsprechung nicht den Befehl des Gesetzes befolgt, sondern die Rolle des Gesetzgebers übernommen hat, indem sie autonom Rechtssätze nach ihren eigenen Wertvorstellungen schafft“.

⁵⁵ *Gösch* argumentiert, dass dem Zeugen einzig das Recht auf Zeugnisverweigerung zustünde, das Gesetz ihm aber durch § 252 StPO kein darüber hinaus gehendes neues Recht zubilligen will, unter keinen Umständen könne jedenfalls rückwirkend die Eliminierung der getätigten Aussage angenommen werden; *Gösch MecklZ* 1881, 165 f.

⁵⁶ *RGSt* 5, 142, 145 und *BGHSt* 2, 99, 107.

⁵⁷ Andere Ansicht *Gösch MecklZ* 1881, 154, 157, der den § 252 StPO mit den §§ 251 und 253 StPO, vormalig §§ 250 und 252 StPO, verbunden wissen will und diese These damit begründete, dass dem Zeugen dem ein Zeugnisverweigerungsrecht zustünde keine erweiterten Rechte zugestehen, sondern damit nur eine Ausnahme des Prinzips der Mündlichkeit statuiert werden sollte. Eine weitere wenig einleuchtende Begründung, die der Autor anführt ist, dass die Regierung und der Bundesrat, die beide mehrfach die Einführung des § 252 StPO verhindern wollten, einer derartigen Interpretation wie sie die herrschende Meinung proklamiert, nicht zugestimmt hätten.

⁵⁸ *BGHSt* 2, 99, 108; siehe auch *Henckel HRRS* 2014, 482, 483.

de, sobald er von seinem Recht zur Zeugnisverweigerung Gebrauch mache. Die aussagende Person sei die Verhörs-person womit der Zeuge aus seiner problematischen Lage befreit sei.⁵⁹

In der oben bereits erwähnten abweichenden Entscheidung des 2. Senats des Reichsgerichts äußerte sich dieser konträr. Er führte aus, dass die Konfliktlage des Zeugen trotz Zeugnisverweigerung, durch die Vernehmung der Verhörs-person über den Inhalt seiner im Vorfeld gemachten Aussage, weiterhin aufrecht erhalten bleibe.⁶⁰

Der BGH stellte sich jedoch 1952 wieder auf den Standpunkt, dass wenn dem Gericht ein ordnungsgemäß erhobener Beweis durch Verwertungsverbot entzogen werden würde, man dem Zeugen ein Recht zubillige, dass ihm aufgrund seiner freien Entscheidung, auszusagen nicht zustehe.⁶¹ Diese Annahme erscheint bedenklich, da das Zeugenverweigerungsrecht dem Schutze des Zeugen dienen soll und dies mit all den damit möglicherweise verbundenen Konsequenzen für ein Strafverfahren.

d) Die Erforschung der Wahrheit

Das Reichsgericht tendierte dazu, der richterlichen Verpflichtung zur Erforschung der Wahrheit im Sinne des § 244 Abs. 2 StPO (heute mit geändertem Wortlaut: § 244 Abs. 1 StPO), den Vorrang vor dem zwar wahrgenommenen aber nicht so hoch eingestuften Interesse des Zeugen, sich inneren Konflikten,⁶² die unter Umständen auch einen Meineid zur Folge haben könnten,⁶³ nicht stellen zu müssen. Die inkonsistente Rechtsprechung wird auch im Urteil des Obersten Gerichtshofs der Britischen Zone deutlich, der feststellte, dass der Strafanspruch der Gemeinschaft bei berechtigtem und gesetzlich anerkanntem Interesse von Zeugen zurückzustehen habe.⁶⁴

Als Rechtfertigung für die Vernehmung von Verhörs-personen brachte das Reichsgericht vor, dass durch die Aussage der Verhörs-person die ursprüngliche Zeugenaussage ohne äußerliche Beeinflussung dem Gericht zur Verfügung stehen würde und somit der Wahrheitsfindung am ehesten gedient sei. Ähnlich sah dies (leider) auch der BGH.⁶⁵ Die herrschende Lehre sah und sieht darin eine

⁵⁹ Von Schwarze weist hingegen darauf hin, dass der Zeuge sich durch jede Form der Verwertung seiner Aussage in einem Dilemma befände, da er sich durchaus bewusst ist, dass die Verurteilung auf seine Zeugenaussage gestützt wurde, von Schwarze GS 1881, Bd. 33, 288.

⁶⁰ Ebenso OGHSt 1, 299, 302.

⁶¹ BGHSt 2, 99, 107 ff.

⁶² So etwa RGSt 70, 6, 7; es dürfen „Vorschriften, die den Schutz von Einzelpersonen betreffen, nicht ausdehnend ausgelegt werden, wenn dadurch die Erforschung der Wahrheit beeinträchtigt werden würde.“

⁶³ Hahn, (Fn. 14), S. 1366 und 1882; von Schwarze GS 1869, Bd. 21, 60 ff., setzt sich mit dem grundlegenden Problem von Zeugenaussagen von Personen mit verwandtschaftlichen Beziehungen zum Angeklagten auseinander.

⁶⁴ OGHSt 1, 299, 300.

⁶⁵ BGHSt 2 99, 109.

sachliche Umgehung des gesetzlich verankerten Verleugungsverbots.⁶⁶

Daneben wurde als Begründung für die Verwertung der Aussage angeführt, dass es für einen Richter unmöglich sei, Teile der Akte, d.h. dort angebotene Beweismittel zu ignorieren und nicht in den Urteilstenor einfließen zu lassen. Eine zweifelhafte Aussage, wenn man bedenkt, dass Beweismittel auch aus anderen Gründen wegfallen und daher nicht verwendet werden können, wie z.B. durch Aussageverweigerung eines nicht dazu berechtigten Zeugen.⁶⁷

Der BGH ging sogar noch einen Schritt weiter und verlangte vom erstinstanzlichen Gericht seiner Verpflichtung zur Ergründung der Wahrheit gerecht zu werden und den Ermittlungsrichter auch ohne besonderen Antrag zu vernehmen.⁶⁸

Die Abwägung zwischen den beiden sich gegenüberstehenden Interessen, d.h. die Erforschung der Wahrheit zum Wohle der Allgemeinheit und das Individualinteresse des Einzelnen nicht zu einem Zeugnis verpflichtet zu sein, wenn eine persönliche Nähe zum Angeklagten vorliegt, stellt sich grundsätzlich als schwierig dar. Der BGH vertritt die Ansicht, dass der Grundsatz der Wahrheit nicht völlig hinter dem Interesse den Zeugen vor inneren Konflikten, die durch die Belastung eines Angehörigen hervorgerufen werden können, zurückzutreten hat und die Grenze dort ist, wo nach seiner Meinung das schutzwürdige Interesse des Zeugen endet.⁶⁹

III. Die weitere Entwicklung der obergerichtlichen Rechtsprechung

In der Rechtsprechung hat sich die Ausnahme vom Verwertungsverbot bei Vernehmung einer richterlichen Verhörs-person seit der grundlegenden Entscheidung im Jahr 1952⁷⁰ fest etabliert. In den Entscheidungen der amtlichen Sammlung wird entweder ohne Argumentation auf die gefestigte Rechtsprechung verwiesen,⁷¹ oder es werden lediglich in einer Kurzwiedergabe die entscheidenden Argumente wiederholt.⁷² Explizit gemacht wird hierbei gelegentlich, dass sich an dem grundlegenden Argument, nämlich der erhöhten prozessualen Bedeutung einer richterlichen Vernehmung, auch nach Einführung des § 163a Abs. 3 Satz 2 StPO nichts geändert habe, weil diese weiterhin in § 251 Abs. 1, Abs. 2 StPO zum Ausdruck komme.⁷³

⁶⁶ So u.a. Dörr JW 1932, 419.

⁶⁷ Ebenso von Schwarze GS 1881, Bd. 33, 293.

⁶⁸ BGHSt 2, 99, 100.

⁶⁹ BGHSt 2, 99, 108.

⁷⁰ BGHSt 2, 99.

⁷¹ BGHSt 11, 338, 339; 17, 324, 326; 26, 281; 27, 231, 232; 32, 25, 29; 46, 189, 195; 57, 254, 256.

⁷² BGHSt 13, 394, 395; 21, 218 f.; 36, 384, 385; 45, 342.

⁷³ BGHSt 21, 218 f.; 36, 384, 385; 45, 342.

IV. Die (aktuelle) Debatte über die Pflicht zur sog. „qualifizierten Belehrung“

1. Die Entwicklung der Rechtsprechung bis zum Anfragebeschluss des 2. Senats

Fast 30 Jahre nach der Grundsatzentscheidung zur richterlichen Verhörsperson findet eine neue Fragestellung ihren Weg in die höchstrichterliche Rechtsprechung: Muss der zeugnisverweigerungsrechtliche Zeuge vom Ermittlungsrichter darüber belehrt werden, dass seine jetzt gemachte Aussage später auch dann verwertet werden kann, wenn der Zeuge sich in der Hauptverhandlung zur Geltendmachung des Zeugnisverweigerungsrechts entscheidet (sog. qualifizierte Belehrung)? Der BGH⁷⁴ verneinte dies. Eine solche Belehrung sei gesetzlich nicht vorgesehen. Überdies müsse ein Zeuge nicht einmal darüber belehrt werden, dass er den Verzicht auf sein Zeugnisverweigerungsrecht auch jederzeit während der laufenden Vernehmung widerrufen könne. Erst recht müsse der Zeuge nicht vorsorglich darüber belehrt werden, dass seine jetzige Aussage auch bei späterer Zeugnisverweigerung verwertbar bleibe.⁷⁵

2. Das aktuelle Anfrage- und Vorlageverfahren

Neuerdings kommt in die lange Zeit als eingefahren erscheinende Diskussion wieder Bewegung. In einem Anfragebeschluss vom 4. Juni 2014 beabsichtigt der 2. Strafsenat, von der bisherigen Rechtsprechung abzuweichen. Im Ausgangsverfahren war der Angeklagte wegen Mordes aus niederen Beweggründen an seiner Ehefrau angeklagt. Das Landgericht stützte hierbei seine Verurteilung maßgeblich auf die Angaben der Tochter des Angeklagten. Diese hatte im Ermittlungsverfahren vor dem Ermittlungsrichter nach ergangener „einfacher“, nicht aber „qualifizierter“ Belehrung ausgesagt. Die Tochter verweigerte in der Hauptverhandlung das Zeugnis und das Landgericht vernahm den Ermittlungsrichter als Zeugen vom Hörensagen.

a) Der Anfragebeschluss des 2. Senats

Der 2. Strafsenat beabsichtigt nunmehr, eine „qualifizierte“ Belehrung zur Voraussetzung für die Annahme der Ausnahme von § 252 StPO zu machen.⁷⁶

Er argumentiert hierbei damit, dass der Belehrung eine für die Entscheidung des Zeugen überragende Funktion zukomme. Der Zeuge müsse umfassend über die Konsequenzen seiner Entscheidung in Kenntnis gesetzt werden. Dazu gehöre insbesondere die Tatsache, dass seine jetzige Aussage auch bei späterer Zeugnisverweigerung weiter verwertbar bleibe. Dies gebiete der Schutzzweck des § 252 StPO, der gerade den Schutz des Zeugen vor

der Zwangslage einer Aussage gegen einen Angehörigen erweitern wolle, indem er es dem Zeugen ermögliche, seine Aussage später ohne weitere Folgen für ihn wieder zu beseitigen. Das Fehlen einer gesetzlichen Grundlage schade nicht, weil auch in anderen Bereichen z.B. bei § 136a StPO gesetzlich nicht geregelte erweiterte Belehrungspflichten von der Rechtsprechung angenommen würden.

Auch dem üblichen Gegenargument, selbst bei der Belehrung in der Hauptverhandlung sei nach herrschender Meinung kein Hinweis darauf erforderlich, dass der Zeuge den Verzicht auf sein Zeugnisverweigerungsrecht jederzeit, auch während der Vernehmung, widerrufen könne und damit erst recht keine vorsorgliche Belehrung für den Fall einer späteren Zeugnisverweigerung beim Ermittlungsrichter erforderlich sei, tritt der 2. Senat entgegen. Die Situation sei nicht vergleichbar, weil der Zeuge sich im Ermittlungsverfahren im Regelfall nicht der Endgültigkeit seiner Entscheidung bewusst sei und der lange Zeitablauf zwischen Vernehmung und Hauptverhandlung zu einer veränderten Entscheidungssituation führen könne.⁷⁷

b) Die Antwortbeschlüsse der übrigen Strafsenate hinsichtlich der Pflicht zur qualifizierten Belehrung

Die übrigen Strafsenate sehen entweder keine Kollision mit ihrer bisherigen Rechtsprechung⁷⁸ oder lehnen die Einführung einer Pflicht zur qualifizierten Belehrung ab.⁷⁹ Überwiegend greifen sie dabei (zum Teil vertiefend) auf die vom 2. Senat in seiner Grundsatzentscheidung⁸⁰ selbst entwickelten Argumente zurück. So fehle es an einer gesetzlichen Grundlage für eine solche Belehrungspflicht.⁸¹ Der Fall sei auch nicht mit den Fällen vergleichbar, in denen die Rechtsprechung eine gesetzlich nicht vorgesehene, qualifizierte Belehrung nach Richterrecht verlange. Dies betreffe bislang nur Fälle, in denen in einer vorangegangenen Vernehmung gegen § 136 Abs. 1 Satz 2 StPO verstoßen worden sei und der Beschuldigte in einer erneuten Vernehmung darauf hingewiesen werden müsse, dass seine vorherige Vernehmung nicht verwertbar sei. In den Fällen von § 252 StPO sei der Zeuge aber vom Ermittlungsrichter nach § 52 Abs. 3 StPO belehrt worden.⁸² Es fehle auch eine planwidrige Regelungslücke, da der Gesetzgeber die Belehrungspflichten für Polizeibeam-

⁷⁷ Zum Ganzen: BGH NStZ 2014, 596 = HRRS 2014 Nr. 879.

⁷⁸ BGH, Beschl. v. 08.01.2015 – 3 ARs 20/14 = NJW-Spezial 2015, 153 = HRRS 2015 Nr. 207.

⁷⁹ BGH, Beschl. v. 16.12.2014 – 4 ARs 21/14 = NStZ-RR 2015, 48 = HRRS 2015 Nr. 114; BGH, Beschl. v. 14.01.2015 – 1 ARs 21/14 = NJW-Spezial 2015, 153 = HRRS 2015 Nr. 235; BGH, Beschl. v. 27.01.2015 – 5 ARs 64/14 = NStZ-RR 2015, 118 = HRRS 2015 Nr. 225.

⁸⁰ BGHSt 32, 25.

⁸¹ BGH, Beschl. v. 16.12.2014 – 4 ARs 21/14 = NStZ-RR 2015, 48 = HRRS 2015 Nr. 114; BGH, Beschl. v. 14.01.2015 – 1 ARs 21/14 = NJW-Spezial 2015, 153 = HRRS 2015 Nr. 235.

⁸² BGH, Beschl. v. 14.01.2015 – 1 ARs 21/14 = NJW-Spezial 2015, 153 = HRRS 2015 Nr. 235; vgl. auch BGH, Beschl. v. 16.12.2014 – 4 ARs 21/14 = NStZ-RR 2015, 48 = HRRS 2015 Nr. 114, wo der 4. Senat noch die Fälle der Explorationsvernehmung durch einen Sachverständigen als Beispiel für eine ungeschriebene Belehrungspflicht nennt.

⁷⁴ BGHSt 32, 25, 29; BGH StV 1984, 326; BGH NStZ 1985, 36.

⁷⁵ Zum Ganzen: BGHSt 32, 25, 31 f.

⁷⁶ Zum Anfragebeschluss siehe bereits: Henckel HRRS 2014, 482, 483 ff.

te gegenüber Zeugen im Ermittlungsverfahren in Kenntnis der bisherigen Rechtsprechung neu geregelt habe, ohne eine weitergehende richterliche Belehrungspflicht mit aufzunehmen.⁸³ Auch der Erst-Recht-Schluss aus § 52 Abs. 3 Satz 2 StPO wird lediglich wiederholt.⁸⁴

Vertieft wird dagegen die Argumentationslinie der besonderen Bedeutung einer richterlichen Vernehmung. So gebe es im Hinblick auf die besondere Bedeutung nach § 251 Abs. 2 StPO bei dieser Vernehmung gem. § 168c Abs. 2 StPO Anwesenheits- und Fragerechte für Staatsanwaltschaft, Verteidigung und Beschuldigten. Ferner sei der Ermittlungsrichter zur Vernehmung berechtigt und eine Falschaussage ihm gegenüber gem. §§ 153 f. StGB strafbewehrt. Für den Zeugen sei die besondere Stellung deshalb ersichtlich und auch, dass eine Aussage trotz späterer Zeugnisverweigerung verwertbar bleibe.⁸⁵

Darüber hinaus liefern die antwortenden Strafsenate auch einige neue Argumentationstopoi. So befürchtet der 5. Senat eine erhebliche Beeinträchtigung der Effektivität der Strafverfolgung für laufende Verfahren, in denen der Ermittlungsrichter – der bisherigen Rechtsprechungslage entsprechend – keine qualifizierte Belehrung erteilt hat.⁸⁶ Der 4. Strafsenat bereichert die Diskussion um eine verfassungs- und völkerrechtliche Komponente. So fehle es an einer Rechtfertigung für die aus der qualifizierten Belehrung folgenden, weitergehenden Beschränkung der Wahrheitsermittlung und damit des Schuldprinzips. § 252 StPO schütze nicht den Angeklagten, sondern den zeugnisverweigerungsberechtigten Angehörigen. Auch eine Rechtfertigung aus Gründen der Verfahrensfairness müsse ausscheiden, weil (wie der EGMR bereits entschieden habe)⁸⁷ ein solcher Verstoß nicht vorliege, wenn das Konfrontationsrecht des Angeklagten bei der ermittelungsrichterlichen Vernehmung gewahrt gewesen sei. Auch eine Verobjektivierung des Zeugen sei deshalb nicht anzunehmen, weil sich dieser bei einer richterlichen Vernehmung regelmäßig darüber im Klaren sei, dass seine jetzige Aussage auch bei späterer Zeugnisverweigerung verwertbar bleibe.⁸⁸ Schließlich weist der 1. Senat noch auf einige praktische Aspekte hin: So würde die Verpflichtung zur qualifizierten Belehrung jede richterliche Belehrung (z.B. auch diejenige in der Hauptverhandlung) und nicht nur die ermittelungsrichterliche Vernehmung betreffen.⁸⁹ Es sei auch nicht einsichtig, warum die qualifizierte Belehrung nicht auch andere

Umstände – wie beispielsweise die Beweislage gegen den Beschuldigten – umfassen solle.⁹⁰

c) Das obiter dictum des 1. Strafsenats

In einem obiter dictum seines Antwortbeschlusses zweifelt der 1. Senat die Zulässigkeit der Vernehmung der richterlichen Verhörsperson als solche an. § 252 StPO wolle das Recht des Zeugen schützen, jederzeit von seinem Zeugnisverweigerungsrecht Gebrauch machen zu können. Deshalb sei eine Verlesung des Vernehmungsprotokolls (auch des richterlichen) unzulässig. Das Gesetz ließe demnach dem Persönlichkeitsrecht des Zeugen Vorrang vor dem Aufklärungsinteresse zukommen – genau wie wenn der Zeuge von Anfang an schweige. Für die vom Zeugen angeblich erkannte erhöhte Bedeutsamkeit fehle jede empirische Absicherung. Anschließend taucht der 1. Senat tief in die Gesetzgebungsgeschichte der Norm ein. So sei in der Justizkommission explizit auf die Umgehung des Verlesungsverbots von § 252 StPO eingegangen worden. Dabei habe der Berichterstatter die Umgehung durch die Vernehmung der Verhörsperson (auch explizit des Untersuchungsrichters) als derart mit dem gesetzgeberischen Ziel für unvereinbar gehalten, dass auf die explizite Regelung eines Umgehungsverbots offensichtlich verzichtet worden sei.⁹¹ Der 1. Senat führt schließlich ein gesetzessystematisches Argument an: So sei nicht einsichtig, warum § 255a Abs. 1 StPO iVm § 252 StPO zwar das Vorspielen einer Bild-Ton-Aufzeichnung einer Zeugenvernehmung für unzulässig erkläre, die Vernehmung des Ermittlungsrichters aber zulässig sein solle. Denn die Bild-Ton-Aufzeichnung sei das qualitativ deutlich höherwertigere Beweismittel, da dort der Zeuge selbst und sein Aussageverhalten beobachtbar seien.⁹²

d) Zwei Vorlage- und ein Rücknahmebeschluss

Bereits das Vorlageverfahren selbst liefert reichlich Stoff für eine wissenschaftliche Betrachtung. So gelangte das Verfahren wegen der Rücknahme des ersten Vorlagebeschlusses und erneuter Vorlage mit veränderter Begründung zweimal zum Großen Senat. Die (höchst interessanten) revisionsrechtlichen Fragestellungen bleiben im hiesigen Beitrag aus Platzgründen allerdings ausgeklammert.

In materieller Hinsicht geht der 2. Senat in seiner Vorlage vertieft auf die Gegenargumente der übrigen Strafsenate und das obiter dictum des 1. Senats ein, dem er sich – hinsichtlich der Zweifel an der grundsätzlichen Zulässigkeit der Vernehmung richterlicher Verhörspersonen – anschließt.

Eine gesetzliche Grundlage für die qualifizierte Belehrung sei nicht erforderlich, weil eine solche auch für die richterrechtliche Ausnahme von § 252 StPO fehle.

⁸³ BGH, Beschl. v. 16.12.2014 – 4 ARs 21/14 = NStZ-RR 2015, 48 = HRRS 2015 Nr. 114.

⁸⁴ BGH, Beschl. v. 14.01.2015 – 1 ARs 21/14 = NJW-Spezial 2015, 153 = HRRS 2015 Nr. 235.

⁸⁵ BGH, Beschl. v. 27.01.2015 – 5 ARs 64/14 = NStZ-RR 2015, 118 = HRRS 2015 Nr. 225; ähnlich wenn auch nicht so tiefgehend (Zeuge ist sich regelmäßig bewusst, dass seine Aussage vor einem Richter verwertbar bleibt): BGH, Beschl. v. 14.01.2015 – 1 ARs 21/14 = NJW-Spezial 2015, 153 = HRRS 2015 Nr. 235 und BGH, Beschl. v. 16.12.2014 – 4 ARs 21/14 = NStZ-RR 2015, 48 = HRRS 2015 Nr. 114.

⁸⁶ BGH, Beschl. v. 27.01.2015 – 5 ARs 64/14 = NStZ-RR 2015, 118 = HRRS 2015 Nr. 225.

⁸⁷ Vgl. EGMR NJW 2013, 3225 = HRRS 2014 Nr. 716.

⁸⁸ BGH, Beschl. v. 16.12.2014 – 4 ARs 21/14 = NStZ-RR 2015, 48, 49 = HRRS 2015 Nr. 114.

⁸⁹ BGH, Beschl. v. 14.01.2015 – 1 ARs 21/14 = NJW-Spezial 2015, 153 = HRRS 2015 Nr. 235.

⁹⁰ Vgl. BGH, Beschl. v. 14.01.2015 – 1 ARs 21/14 = NJW-Spezial 2015, 153 = HRRS 2015 Nr. 235.

⁹¹ BGH, Beschl. v. 14.01.2015 – 1 ARs 21/14 = NJW-Spezial 2015, 153 = HRRS 2015 Nr. 235.

⁹² BGH, Beschl. v. 14.01.2015 – 1 ARs 21/14 = NJW-Spezial 2015, 153 = HRRS 2015 Nr. 235.

Überdies sei das Anliegen, dass Zeugen nur wegen der fehlenden Belehrung von einem ihnen zustehenden Recht keinen Gebrauch machen, nicht schützenswert. Ein Widerspruch zur Rechtsprechung des EGMR, der aus Gründen der Verfahrensfairness eine qualifizierte Belehrung nicht für erforderlich hält, sei nicht erkennbar, weil die Notwendigkeit nach deutschem Recht auf den Schutz des Persönlichkeitsrechts des Zeugen gestützt werde.

Schließlich bestehe aus Sicht des 2. Senats keine Gefahr, dass die Wahrheitsfindung in zahlreichen Altfällen behindert werden könnte. Erstens würden seit dem Bekanntwerden des Anfragebeschlusses in vielen Gerichtsbezirken bereits qualifizierte Belehrungen erteilt. Zweitens würde diese Befürchtung der vom 5. Senat selbst aufgestellten Behauptung, dass sich die meisten Zeugen über die spätere Verwertungsmöglichkeit im Klaren seien, widersprechen. Denn ein Beweisverwertungsverbot wegen unterlassener qualifizierter Belehrung komme nur in Betracht, wenn der Zeuge tatsächlich nicht mit einer späteren Verwertungsmöglichkeit rechnen würde.⁹³

e) Die Entscheidung des Großen Senats

Die Entscheidung des Großen Senats für Strafsachen erging schließlich am 15. Juli 2016, wurde jedoch erst am 4. November 2016 veröffentlicht. Dabei beschränkte der Große Senat zunächst die Vorlagefrage: Da in den Fällen der §§ 53, 54, 54a, für die § 252 StPO ebenfalls gelte, eine Belehrung über das Zeugnisverweigerungsrecht gesetzlich nicht vorgeschrieben sei, stelle sich die Frage nach einer qualifizierten Belehrung für diese Fälle nicht in gleicher Weise wie für § 52 StPO. Die Vorlagefrage sei daher auf die Fälle mit Zeugen, die ein Zeugnisverweigerungsrecht nach § 52 StPO geltend machen können, zu beschränken.

Der Große Senat bestätigt die Zulässigkeit der Vernehmung der richterlichen Verhörsperson als Ausnahme vom Verwertungsverbot des § 252 StPO.

Zunächst widerspreche der eindeutige Wortlaut („nicht verlesen werden“) nicht einer Vernehmung der richterlichen Verhörsperson. Dieses Ergebnis stünde auch in Einklang mit dem sonstigen Verständnis des Wortes „verlesen“ in der StPO.

Auch die Systematik des Gesetzes führe zu keinem anderen Ergebnis. Zunächst weise der Regelungsstandort von § 252 StPO innerhalb der §§ 249 ff. StPO darauf hin, dass die Norm nur die Verlesung von Schriftstücken betreffe. § 252 StPO weise auch bei Verständnis als reines Verlesungsverbot einen eigenen Anwendungsbereich auf. So könne eine nach § 251 StPO zulässige Verlesung durch § 252 StPO unzulässig werden, was sich nicht allein aus § 250 S. 2 StPO ergebe. Schließlich spreche für die Zulässigkeit der Vernehmung der richterlichen Verhörsperson, dass das Gesetz an verschiedenen Stellen (z.B. §§ 251, 168c, 161a Abs. 1 Satz 3 StPO, §§ 153 f. StGB) der richterlichen Vernehmung erhöhte Bedeutsamkeit beimesse.

Auch der Wille des Gesetzgebers stehe einer solchen Auslegung nicht entgegen. Dabei widerspricht der Große Senat der Interpretation der Äußerungen in den Beratungen zur Reichsstrafprozessordnung des 1. Senats. So habe der Berichterstatter ausdrücklich nur die Einführung einer solchen Aussage über die Schlussvorträge oder durch Aktenstudium im Richterzimmer als offensichtliche Manipulationen bezeichnet. Die Vernehmung der Verhörsperson (die vorher durch einen anderen Abgeordneten als mögliche Umgehung genannt wurde) habe er nicht „im Einzelnen“ aufgegriffen. Es sei somit unklar, ob sich der Berichterstatter dabei auch auf die Vernehmung der Verhörsperson beziehen wollte.

Weiterhin habe der Gesetzgeber trotz Kenntnis der höchstrichterlichen Rechtsprechung über Jahrzehnte hinweg nicht reagiert. Selbst bei der Einführung des § 255a StPO nicht, der durch seinen Verweis auf § 252 StPO die Verwertung der Bild-Ton-Aufzeichnung einer Zeugenaussage bei späterer Zeugnisverweigerung ausschließe. Auch ein Hinweis der höchstrichterlichen Rechtsprechung auf den dadurch entstehenden Wertungswiderspruch zur (zulässigen) Vernehmung der richterlichen Verhörsperson habe den Gesetzgeber zu keiner Änderung des § 252 StPO veranlasst. Selbst im aktuellen Reformentwurf des Bundesministeriums der Justiz und für Verbraucherschutz sei keine Änderung vorgesehen. Dem sei zumindest zu entnehmen, dass die bisherige Rechtsprechungspraxis nicht beanstandet werde.

Schließlich könne auch nicht von einem absoluten Überwiegen der Interessen des Zeugen über das Aufklärungsinteresse ausgegangen werden. Durch die Abwägung sei auch den verfassungsrechtlichen Belangen ausreichend Rechnung getragen.

Auch eine „qualifizierte“ Belehrung hält der Große Senat nicht für erforderlich. Zunächst verlange der Wortlaut von § 52 Abs. 3 StPO keine solche Belehrung. Das gesetzgeberische Konzept – wie es in § 55 Abs. 2 StPO deutlich werde – gehe nicht dahin, dass ein Zeuge grundsätzlich darüber belehrt werde, was passiert, wenn er jetzt aussagt und später das Zeugnis verweigert.

Insgesamt seien Belehrungen über die Verwertungsmöglichkeiten von Angaben eines Verfahrensbeteiligten dem deutschen Strafprozessrecht fremd. Dies zeige z.B. § 52 Abs. 3 Satz 2 StPO, welcher es dem Zeugen ermögliche, den Verzicht auf das Zeugnisverweigerungsrecht auch während einer Vernehmung zu widerrufen. Bis dahin gemachte Angaben könnten jedoch verwertet werden, eine Belehrung hierüber sei nicht vorgesehen.

Gleiches zeige sich bei einem Vergleich mit der Situation des Beschuldigten. Dieser müsse gem. § 136 Abs. 1 Satz 2 StPO nur über sein Schweigerecht und nicht darüber belehrt werden, dass eine Vernehmung der Verhörsperson (auch Staatsanwalt oder Polizist) möglich sei, wenn er später von seinem Schweigerecht Gebrauch mache. Wenn dem Zeugen „mehr“ Belehrungsrechte zustünden als dem Beschuldigten, führe dies zu einem Wertungswiderspruch.

⁹³ Vgl. zum Ganzen: BGH, Beschl. v. 24.02.2016 – 2 StR 656/13 = BeckRS 2016, 06840 = HRRS 2016 Nr. 450.

Ferner seien die Fälle, in denen von der Rechtsprechung über den Gesetzeswortlaut hinaus qualifizierte (§ 136 Abs. 1 Satz 2 StPO bei der zweiten Vernehmung, wenn bei der ersten Vernehmung ein Belehrungsfehler vorlag) oder (nicht vorgesehene) einfache (z.B. Befragung einer Aussageperson durch einen Sachverständigen) Belehrungspflichten angenommen werden, nicht mit den Fällen von § 252 StPO vergleichbar.

Letztlich weist der Große Senat noch auf Widersprüche im Normgefüge, insbesondere zwischen § 252 StPO und § 255a StPO hin. Da es sich bei den Fällen des § 252 StPO regelmäßig um solche Fälle handele, welche die Interessen der Verfahrensbeteiligten häufig in besonderer Weise berühren, sei der Gesetzgeber aufgerufen, ein in sich stimmiges Gesamtnormgefüge zu entwickeln.⁹⁴

V. Verfassungs- und menschenrechtskonforme Auslegung von § 252 StPO

1. Die verfassungs- und menschenrechtliche Dimension von § 252 StPO

Nach bislang herrschender Meinung soll durch § 252 StPO der von den § 52 StPO gewährte Schutz der besonderen Beziehung zwischen Angeklagtem und Zeuge „verlängert“ bzw. erweitert werden. Der Zeuge soll eine vormals getätigte Aussage ohne weitere Folgen beseitigen können, um sein Zeugnisverweigerungsrecht auch in der späteren Hauptverhandlung noch „unbelastet“⁹⁵ wahrnehmen zu können. Hierdurch soll die fortbestehende Zwangslage des Zeugen (unwahre Aussage oder Belastung des Angehörigen⁹⁶) aufgehoben werden.

Soweit es die „Verlängerung“ des Rechts aus § 52 StPO betrifft, hat das Bundesverfassungsgericht klargestellt, dass sowohl § 52 StPO als auch § 252 StPO dem Schutz des allgemeinen Persönlichkeitsrechts des angehörigen Zeugen dienen.⁹⁷ Das Wahrheitsfindungsinteresse des Staates und ggf. das Entlastungsinteresse des Angeklagten (im Falle einer ursprünglich günstigen Aussage) müssten dahinter zurücktreten.⁹⁸

Ferner ist erwägenswert in § 252 StPO auch eine Ausprägung des Konfrontationsrechts aus Art. 6 Abs. 3 lit. d EMRK zu erblicken. Dies wird besonders deutlich, wenn man – mit der ganz herrschenden Meinung – ein umfassendes Verwertungs- und nicht nur ein Verlesungsverbot annimmt. Denn dann kann die Aussage des zeugnisverweigernden Zeugen auch nicht durch die Vernehmung einer (nicht richterlichen) Verhörsperson in die Hauptverhandlung eingeführt werden. Deshalb kann es auch nicht zur Verwertung einer Aussage kommen, bei der der

Beschuldigte bzw. dessen Verteidiger keine Gelegenheit hatte, dem Zeugen selbst Fragen zu stellen und seine Aussage in Zweifel zu ziehen. Auch die von der Rechtsprechung befürwortete Ausnahme der ermittelungsrichterlichen Verhörsperson steht unter dem Vorbehalt, dass bei der ermittelungsrichterlichen Vernehmung die Vorgaben von § 168c Abs. 2, Abs. 5 StPO eingehalten wurden und der Beschuldigte bzw. dessen Verteidiger Gelegenheit hatten, Fragen an den Zeugen zu richten.⁹⁹ Der EGMR hält die Verwertung von Aussagen aus dem Ermittlungsverfahren als für mit Art. 6 Abs. 1, Abs. 3 lit. d EMRK grundsätzlich vereinbar. Voraussetzung sei allerdings, dass der Angeklagte ausreichende Gelegenheit hatte, die Aussage im Aussagezeitpunkt oder später anzugreifen und in Zweifel zu ziehen.¹⁰⁰ Allerdings sind nach dieser Rechtsprechung auch Aussagen, bei denen keine Konfrontationsmöglichkeit bestand, grundsätzlich verwertbar. Dann darf die Verurteilung aber nicht „allein oder entscheidend“ auf den nicht konfrontierten Aussagen beruhen.¹⁰¹ Tut sie es doch, kann ein Verstoß gegen Art. 6 Abs. 1, Abs. 3 lit. d EMRK jedoch ausscheiden, wenn das nationale Recht Maßnahmen bereithält, die eine faire und angemessene Beurteilung der Glaubwürdigkeit der Zeugenaussage ermöglichen.¹⁰² Für die hiesige Frage besonders interessant ist eine Entscheidung des EGMR in einem Fall, in dem weder der Angeklagte noch ein Verteidiger (der zu diesem Zeitpunkt auch noch gar nicht bestellt war) von der ermittelungsrichterlichen Vernehmung zweier angehöriger Zeugen benachrichtigt worden war. Da die Zeugen später das Zeugnis verweigerten, wurde die Aussage durch Vernehmung des Ermittlungsrichters in die Hauptverhandlung eingeführt. Der EGMR entschied, dass weder die Möglichkeit der Beobachtung des Aussageverhaltens des Ermittlungsrichters in der Hauptverhandlung noch dessen eigene Einschätzung von der Glaubwürdigkeit der von ihm im Ermittlungsverfahren vernommenen Zeugen ein angemessener Ausgleich für die fehlende Konfrontationsmöglichkeit sei.¹⁰³ Hieraus lässt sich zum einen der Schluss ziehen, dass Art. 6 Abs. 1, Abs. 3 lit. d EMRK bei der Auslegung von § 252 StPO berücksichtigt werden muss.¹⁰⁴ Zum anderen steht fest, dass das Konfrontationsrecht verlangt, dass der Angeklagte – wie § 168c Abs. 2, Abs. 5 StPO es vorschreibt – bei der ursprünglichen Vernehmung des unmittelbaren Zeugen die Möglichkeit gehabt

⁹⁴ Zum Ganzen: BGH, Beschluss vom 15.07.2016 – Aktenzeichen GSSt 1/16 = BeckRS 2016, 18942 = HRRS 2016 Nr. 1167.

⁹⁵ BGHSt 1, 373, 375 spricht von „seelischer Belastung“ des Zeugen, die vermieden werden soll.

⁹⁶ Vgl. hierzu: BVerfG NStZ-RR 2004, 18, 19.

⁹⁷ BVerfG NStZ-RR 2004, 18, 19.

⁹⁸ BVerfG NStZ-RR 2004, 18, 19.

⁹⁹ Vgl. BGH StV 2011, 336, 337 = HRRS 2011 Nr. 550; Meyer-Goßner/Schmitt (Fn. 2) § 252 Rn 14; deshalb ist es auch nicht unmittelbar einsichtig, warum die h.M. dennoch die Vernehmung von Richtern aus anderen Verfahrensarten zulässt, bei denen entsprechende Anwesenheits- und Fragerechte des Beschuldigten bzw. von dessen Verteidiger nicht vorgesehen sind, vgl. hierzu BGHSt 17, 324; zu Recht kritisch Eser NJW 1963, 234.

¹⁰⁰ EGMR HRRS 2006 Nr. 62, § 40; EGMR, NJW 2013, 3225, 3226 = HRRS 2014 Nr. 716 jeweils m.w.N.

¹⁰¹ Vgl. EGMR NJW 1987, 3068 (Zur Verlesung einer im Ermittlungsverfahren vor Polizeibeamten gemachten Aussage); EGMR HRRS 2012 Nr. 1 § 119, Rn 131; EGMR NJW 2013, 3225, 3226 = HRRS 2014 Nr. 716.

¹⁰² EGMR HRRS 2012 Nr. 1 § 147, Rn 168; EGMR NJW 2013, 3225, 3227 = HRRS 2014 Nr. 716.

¹⁰³ EGMR NJW 2013, 3225, 3228 = HRRS 2014 Nr. 716; vgl. auch BGH StV 2011, 336, 337 = HRRS 2011 Nr. 550.

¹⁰⁴ Hierfür auch: Schmitt NStZ 2013, 213, 214 f.; Widmaier in: Münchener Anwaltshandbuch Strafverteidigung (2006), § 9 Rn 272.

haben muss, die Aussage anzugreifen und in Zweifel zu ziehen. War diese Möglichkeit nicht gegeben, darf das Urteil keinesfalls „allein oder entscheidend“ auf der Aussage beruhen.¹⁰⁵ Darüberhinausgehend enthält das Konfrontationsrecht nach der Rechtsprechung des EGMR jedoch kein allgemeines Verbot der Vernehmung eines Zeugen vom Hörensagen, auch wenn dabei das Tatgericht nicht selbst die Möglichkeit hat, der Inzweifelziehung der Aussage durch den Angeklagten beizuwohnen und sich daher auch kein eigenes Bild von dessen Glaubwürdigkeit machen kann.¹⁰⁶

2. Einfachgesetzliche Auslegung: Kein Verbot der Vernehmung des Ermittlungsrichters

Der Entscheidung des Großen Senats ist insofern beizutreten, als nach den üblichen Auslegungskriterien nicht zwingend ein Verbot der Vernehmung des Ermittlungsrichters als Zeuge vom Hörensagen aus § 252 StPO herauszulesen ist. Angesichts des eindeutigen Wortlauts „darf nicht verlesen werden“ und der systematischen Stellung in den §§ 249 ff. StPO ist bereits zweifelhaft, ob § 252 StPO überhaupt das Verbot der Vernehmung irgendeiner Verhörsperson ausschließt. Auch das bislang vorgebrachte Argument, dass bereits § 250 S. 2 StPO eine Verlesung des Vernehmungsprotokolls ausschließt und § 252 StPO bei Nichtannahme eines umfassenden *Verwertungsverbots* kaum einen eigenen Anwendungsbereich aufweise,¹⁰⁷ vermag nicht vollständig zu überzeugen. Denn § 252 StPO würde bei einer Auslegung als reines *Verlesungsverbot* immerhin dazu führen, dass in den Fällen des § 251 StPO, in denen als Ausnahme zu § 250 S. 2 StPO eine Verlesung ausnahmsweise zulässig ist (z.B. bei Zustimmung aller Beteiligten, § 251 Abs. 1 Nr. 1, Abs. 2 Nr. 1 StPO), die Zulässigkeit bei Vorliegen seiner Voraussetzungen wieder entfielen. Eine solche Lesart würde auch der systematischen Stellung des § 252 StPO entsprechen. Denn dann ergäbe sich folgendes Bild: Grundsätzliche Verlesungsmöglichkeit von Schriftstücken in § 249 StPO; ausnahmsweise Verbot bei Vernehmungsniederschriften in § 250 S. 2 StPO; ausnahmsweise Erlaubnis für Vernehmungsniederschriften in § 251 StPO und schließlich eine Rückausnahme zum Schutz zeugnisverweigerungsberechtigter Zeugen (von deren Zustimmung eine Verlesung nach § 251 Abs. 1 Nr. 1, Abs. 2 Nr. 1 StPO im Übrigen auch nicht abhängig wäre) in § 252 StPO.¹⁰⁸

Der gesetzgeberische Wille stellt sich bestenfalls als indifferent dar. Die Äußerungen zweier Abgeordneter (einer immerhin der Berichterstatter) in der Justizkommission darf sicherlich für die Auslegung über 100 Jahr

später in ihrer Bedeutung nicht überschätzt werden.¹⁰⁹ Gleiches gilt aber auch für eine Nichtregulierung durch den Gesetzgeber in Kenntnis der Rechtsprechung des BGH (wie auch immer die Kenntnis der Abgeordneten über die Zeitdauer tatsächlich ausgesehen haben mag). Dass sich der Gesetzgeber jedenfalls keine tiefgehenden systematisierenden Gedanken zur hier relevanten Frage gemacht hat, zeigt der Verweis in § 255a StPO auf § 252 StPO, der – insofern ist dem Großen Senat ebenfalls beizutreten – zur kuriosen Lage führt, dass dasjenige Beweismittel, bei dem sich das Gericht der Hauptverhandlung einen eigenen Eindruck vom Aussageverhalten des zeugnisverweigerungsberechtigten Zeugen machen kann und das die Aussage Wort für Wort¹¹⁰ wiedergibt, nicht zulässig ist, während das deutlich unzuverlässigere Beweismittel (Vernehmung des Ermittlungsrichters), bei dem das Gericht keinen eigenen Eindruck zur Glaubwürdigkeitsprüfung erhält, zulässig ist.¹¹¹ Dies lässt zwei Schlüsse zu: Entweder hat sich der Gesetzgeber keine Gedanken zur Rechtsprechung des BGH zu § 252 StPO gemacht, als er § 255a StPO geschaffen hat, oder er tendiert eher dazu, die Umgehung von § 252 StPO durch andere Beweismittel als die Verlesung der Niederschrift verhindern zu wollen.

Schließlich lässt sich die von der Rechtsprechung vorgenommene Differenzierung zwischen richterlichen und anderen Verhörspersonen durch eine einfach-gesetzliche Auslegung nicht ableiten. Die erhöhte Bedeutsamkeit in anderen Vorschriften (§§ 251, 168c, 161a Abs. 1 Satz 3 StPO, §§ 153 f. StGB) genügt dafür jedenfalls nicht.¹¹² Gerade die ausdrückliche Regelung in diesen Normen – und insbesondere in der „Nachbarvorschrift“ des § 252 StPO – spricht eher dafür, dass eine solche Differenzierung für § 252 StPO nicht vorgesehen ist.

3. Verfassungs- und menschenrechtskonforme Auslegung: Allgemeines Umgehungsverbot

Im Ergebnis ergibt sich die Auslegung des § 252 StPO als umfassendes *Verwertungsverbot*¹¹³ aus einer verfassungs-

¹⁰⁵ Siehe hierzu auch *Henckel* HRRS 2014, 482, 485 f.

¹⁰⁶ Vgl. EGMR NJW 2006, 2753, 2755 ff. = HRRS 2006 Nr. 63; zu Recht kritisch zu dieser „Beweiswürdigungslösung“: *Wattenberg/Violet* StV 1997, 620; *Renzikowski* JZ 1999, 605; *Safferling* NSTZ 2006, 75, 81; *Fezer* JZ 2007, 723, 725; siehe auch *Roxin/Schünemann*, Strafverfahrensrecht, 28. Aufl. 2014, § 46 Rn 34; *Schmitt* NSTZ 2013, 213, 214 f.

¹⁰⁷ Vgl. z.B. *Kraatz* JA 2014, 773, 774.

¹⁰⁸ Kritisch hinsichtlich der mangelnden Übersichtlichkeit: *Jahn* StV 2015, 778, 780; siehe auch *SSW/Kudlich/Schuhr* (Fn. 1), § 252 Rn 2.

¹⁰⁹ *Anders Degener* StV 2006, 509, 512; *El-Ghazi* JR 2015, 343, 345; *Meyer* StV 2015, 319, 322.

¹¹⁰ Vgl. zur besseren Qualität des Vernehmungsprotokolls wegen der wörtlichen Wiedergabe: *Meyer* StV 2015, 319, 323.

¹¹¹ So bereits: *El-Ghazi/Merold* StV 2012, 250, 253 f.; ebenfalls kritisch: *Jahn* StV 2015, 778, 781.

¹¹² Ähnlich: *Meyer* StV 2015, 319, 322 f.; allgemein kritisch zur normativ ableitbaren erhöhten Vertrauenswürdigkeit richterlicher Vernehmungen: *SSW/Kudlich/Schuhr* (Fn. 1), § 252 Rn 20.

¹¹³ Für ein umfassendes Verwertungsverbot ohne Ausnahmen: *El-Ghazi* JR 2015, 343; *Roxin/Schünemann* (Fn 104), § 46 Rn 29 ff.; *Eb. Schmidt* JR 1959, 369, 373; *Hanack* JZ 1972, 236, 238; *Grünwald* JZ 1966, 489, 497 f.; *Peters* JR 1967, 467 f.; *Eisenberg* NSTZ 1988, 488, 489; *Fezer* JZ 1990, 875, 876; *Kraatz* Jura 2011, 170, 176; *El-Ghazi/Merold* StV 2012, 250, 253 f.; *Löwe/Rosenberg/Sander/Cirener* (Fn. 1), § 252 Rn 10; *SKStPO/Velten*, 5. Aufl. 2016, § 252 Rn 4; *Eisenberg* Beweisrecht, 9. Aufl. 2015, Rn 1288; gewichtige Bedenken hinsichtlich der Ausdehnung des Verwertungsverbots auf von Zeugen übergebene Beweisgegenstände bei: *Böse* GA

und menschenrechtskonformen Bestimmung des Zwecks der Vorschrift. Denn der von § 252 StPO gewollte und notwendige Schutz von Zeuge und Angeklagtem wäre offensichtlich unzureichend, würde er sich nur auf den Ausschluss der Verlesung beschränken.¹¹⁴ Die Zwangslage des Zeugen – erneut gegen seinen Angehörigen oder vor Gericht falsch aussagen zu müssen – wird nur dann effektiv verhindert, wenn der Zeuge die früher gemachte Aussage folgenlos und vollständig beseitigen könnte.¹¹⁵ Dies wäre jedoch nicht möglich, wenn § 252 StPO lediglich die Verlesung der Niederschrift, nicht aber die Vernehmung der richterlichen (oder sonstigen) Vernehmungspersonen ausschließt. Beachtet werden muss in diesem Zusammenhang auch, dass auch der Angeklagte ein schützenswertes – aus seinem Allgemeinen Persönlichkeitsrecht abgeleitetes – Interesse an der Vertrauensbeziehung zu seinen Angehörigen hat.¹¹⁶ Auf die Vertraulichkeit von mit Angehörigen geteilten Informationen darf sich Jedermann grundsätzlich verlassen.¹¹⁷ Dies zeigt nicht zuletzt die Existenz der §§ 52, 97 StPO, die den (zwangsweisen) Zugriff des Staates auf entsprechende Informationen ausschließen. Schließlich sind auch das Konfrontationsrecht des Angeklagten und der Unmittelbarkeitsgrundsatz zu berücksichtigen.¹¹⁸ Denn selbst wenn dieser die Möglichkeit hatte, die Glaubhaftigkeit der Aussage des Zeugen bei der ermittelungsrichterlichen Vernehmung in Zweifel zu ziehen, kann sich das Tatgericht keinen eigenen, unmittelbaren Eindruck vom Aussageverhalten und den Reaktionen des Zeugen auf die Konfrontationen des Angeklagten bzw. dessen Verteidigers verschaffen. Genau dies soll jedoch das in § 250 S. 2 StPO verankerte Unmittelbarkeitsprinzip sicherstellen.¹¹⁹ Das dagegen abzuwägende staatliche Interesse an der Ermittlung der materiellen Wahrheit ist für sich genommen nicht geeignet, die Individualinteressen von Zeuge und Angeklagtem zu überwiegen.¹²⁰ Dies zeigt sich u.a. an der Regelung des § 255a StPO: Der Verweis in Abs. 1 auf § 252 StPO führt auch nach Ansicht des BGH zur Unzulässigkeit der Vorführung der Bild-Ton-Aufzeichnung einer *ermittelungsrichterlichen* Vernehmung.¹²¹ Nur unter den erweiterten Voraussetzungen des Abs. 2, die dem Schutz von minderjährigen Zeugen und damit einem zusätzlichen, von der reinen Wahrheitsfindung unterschiedlichen Individualinteresse dienen, kann nach

der (ebenfalls nicht unstrittigen¹²² und auch nicht tragenden¹²³) Auffassung des BGH die Aufzeichnung einer *ermittelungsrichterlichen* Vernehmung gezeigt werden, auch wenn der Zeuge in der Hauptverhandlung von seinem Zeugnisverweigerungsrecht Gebrauch macht.¹²⁴ Die Nichtverwertbarkeit der Aussagen von nach § 52 StPO geschützten Zeugen ist – auch wenn diese aufgezeichnet oder protokolliert sind – der „Normalfall“. Die Einführung solcher Aussagen in die Hauptverhandlung durch Ersatz-Beweismittel ist die begründungsbedürftige Ausnahme. Als Begründung taugt das Wahrheitsfindungsinteresse des Staates alleine nicht.¹²⁵ Andenfalls könnte dieses auch bereits den Schutz nach § 52 StPO überwinden.

4. Qualifizierte Belehrung

Wenn man – anders als hier – die Vernehmung der richterlichen Verhörsperson für zulässig erachtet, so muss zumindest eine qualifizierte Belehrung verlangt werden,¹²⁶ um ein verfassungsrechtlich gebotenes Mindestmaß an Schutz für den zeugnisverweigerungsberechtigten Zeugen zu gewährleisten.¹²⁷ Gleichzeitig wird auch der bei der Vernehmung anwesende Angeklagte darüber informiert, dass bei der jetzt gemachten Aussage möglicherweise letztmalig die Gelegenheit besteht, den Zeugen zu konfrontieren und die Aussage in Zweifel zu ziehen. Ein wirksamer Verzicht auf verfassungs- und menschenrechtlich abgesicherte Rechte setzt in der StPO grundsätzlich – und richtigerweise – voraus, dass der Verzichtende über die Möglichkeit der Rechtsausübung und die Folgen seines Verzichts belehrt wird (vgl. z.B. § 52 Abs. 3, 136 Abs. 1 S. 2 StPO).¹²⁸ Das (denknotwendige) Fehlen¹²⁹ einer Belehrungsnorm im Rahmen einer richterrechtlichen Ausnahme nötigt in solchen Fällen die Rechtsprechung, eine entsprechende Belehrungspflicht selbst festzuschreiben. Die „erhöhte Bedeutsamkeit“ richterlicher Vernehmungen kann daran nichts ändern. Ein Vergleich mit anderen Normen der StPO (und des StGB), aus denen eine solche hervorgeht, sind wegen der unterschiedlichen Schutzzwecke der Vorschriften nicht zielführend. Es kann hieraus auch eher der Umkehrschluss gezogen werden, dass eine solche erhöhte Bedeutsamkeit für § 252 StPO vom Gesetzgeber gerade nicht vorgesehen wurde. Ohne empirische Absicherung ist auch die von einigen Senaten behauptete regelmäßige Kenntnis des Zeugen von der erhöhten Bedeutsamkeit

2014, 266; offen lassend: SSW/Kudlich/Schuh (Fn. 1), § 252 Rn 20.

¹¹⁴ So auch Degener StV 2006, 509, 512; Meyer StV 2015, 319, 322.

¹¹⁵ Vgl. auch BVerfG NStZ-RR 2004, 18, 19 zur nichtrichterlichen Verhörsperson; zur Übertragung der Argumente auf die richterliche Verhörsperson: Meyer StV 2015, 319, 324 Fn 46.

¹¹⁶ A.A.: BVerfG NStZ-RR 2004, 18; SSW/Kudlich/Schuh, (Fn. 1), § 252 Rn 1.

¹¹⁷ BVerfGE 90, 255, 260 zum beleidigungsfreien Raum bei § 185 StGB.

¹¹⁸ So auch in anderem Kontext: Schmitt NStZ 2013, 213, 214; zur Stärkung des Konfrontationsrechts über den Mindeststandard des EGMR hinaus: Jahn StV 2015, 778, 781.

¹¹⁹ BGHSt 51, 325, 328: tragender Grundsatz des Strafprozesses; vgl. auch MüKoStPO/Kreiker (Fn. 1), § 250 Rn 1 f. m.w.N.; kritisch: Jahn StV 2015, 778, 779 f.

¹²⁰ So auch Löwe/Rosenberg/Sander/Cirener (Fn. 1), § 252 Rn 10; für eine absolute „Abwägungsfestigkeit der Rechte aus §§ 52, 252 StPO: Henckel HRRS 2014, 482, 484.

¹²¹ BGHSt 49, 72.

¹²² Kritisch: Mitsch JuS 2005, 102, 104 f.; Degener StV 2006, 509, 514; Maaß Schutz besonders sensibler Zeugen durch den Einsatz von Videotechnik, S. 133 ff.; KK/Diemer (Fn. 1), § 255a Rn 9a; Radtke/Hohmann/Pauly, 2011, § 255a Rn 28; MüKoStPO/Krüger (Fn. 1), § 255a Rn 25.

¹²³ MüKoStPO/Krüger (Fn. 1), § 255a Rn 25.

¹²⁴ BGHSt 49, 72; siehe hierzu bereits: El-Ghazi/Merold StV 2012, 250, 253 f.

¹²⁵ A.A.: KK/Diemer (Fn. 1), § 252 Rn 22.

¹²⁶ So auch die Forderung der Verfasser des Alternativentwurfs Beweisaufnahme, vgl. Eser et. al GA 2014, 1, 24.

¹²⁷ Siehe auch MüKoStPO/Ellbogen (Fn. 1), § 252 Rn 49, 54; kritisch: SSW/Kudlich/Schuh (Fn. 1), § 252 Rn 22.

¹²⁸ Aus Transparenz- und Nachvollziehbarkeitsgründen ebenso: Braun JuS 2016, 406, 409.

¹²⁹ Hierzu auch kritisch: Meyer StV 2015, 319, 324.

unerheblich.¹³⁰ In Fällen, in denen eine solche Kenntnis nachweisbar gegeben ist, führt sie – nach allgemeinen Grundsätzen – zur ausnahmsweisen Ablehnung eines Beweisverwertungsverbots aus § 252 StPO.¹³¹

5. Notwendiges Tätigwerden des Gesetzgebers

Wie aufgezeigt, ist die Lage der mittelbaren Verwertbarkeit von Zeugenaussagen zeugnisverweigerungsberechtigter Zeugen kompliziert und nicht frei von systemati-

¹³⁰ Ähnlich: *Braun* JuS 2016, 406, 409; *El-Ghazi* JR 2015, 343 f. („spekulativ“); *Henckel* HRRS 2014, 482, 485; anders: *MüKoStPO/Ellbogen* (Fn. 1), § 252 Rn 49.

¹³¹ So richtig: BGH, Beschluss vom 24.02.2016 – 2 StR 656/13 = BeckRS 2016, 06840 = HRRS 2016 Nr. 450.

schon Widersprüchen. Für die Praxis der Ermittlungsrichter und Tatgerichte sind die relevantesten Rechtsfragen durch die Entscheidung des Großen Senats zunächst geklärt. Der Gesetzgeber wird dennoch nicht umhinkommen, den Appell des Großen Senats mit einer grundlegenden Überarbeitung des § 252 StPO und der auf ihn bezugnehmenden Normen zu beantworten.¹³² Denn es handelt sich bei den hier behandelten Fragestellungen um solche, die Grundrechtsfragen wesentlich berühren.¹³³

¹³² So auch *El-Ghazi* JR 2015, 343, 344 ff.; siehe auch den entsprechenden Vorschlag von *Eser et. al* GA 2014, 1, 7, 11 f., 24 f.

¹³³ Vgl. zum Wesentlichkeitsvorbehalt: BVerfGE 49, 89, 126 f.; 57, 295, 327; 83, 130, 142; 98, 218, 251 ff.; 101, 1, 34; 105, 252, 268 f.; 105, 279, 301 ff.

Zur Konstellation „Aussage gegen Aussage“ bei mehreren Zeugen im gleichen Lager

Von RA Maximilian Strohmayer, Regensburg

I. Vorbemerkung

Der Umgang der deutschen Strafjustiz mit der Konstellation „Aussage gegen Aussage“ wird nicht nur von Seiten der Verteidigung seit jeher überwiegend kritisch beäugt.¹ Der Bundesgerichtshof hat in diversen Entscheidungen Kriterien herausgearbeitet, nach welchen die Aussagen von Zeugen in diesen Fällen zu bewerten sind. Sofern das Gericht aufgrund der Zeugenaussage oder den Zeugenaussagen nicht zu der gesicherten Überzeugung gelangt, der Tatnachweis könne geführt werden und auch keine anderen Beweismittel zur Verfügung stehen, wäre die zwingende Rechtsfolge ein Freispruch nach dem Grundsatz in dubio pro reo. Selbstverständlich ist der „in dubio-Freispruch“ erst der finale Schritt nach durchgeführter Beweiswürdigung und deren umfassender Würdigung durch das Gericht. Entgegen dem Verständnis vieler Laien (und auch mancher Juristen) hat nicht jede „Aussage-gegen-Aussage-Konstellation“ einen Freispruch zur Folge. Gleichwohl ist die Anwendung der Maxime in dubio pro reo nach durchgeführter Beweiswürdigung eine der zentralen Errungenschaften des deutschen Strafprozessrechts. Dies gilt auch, wenn die Aussagen mehrerer Belastungszeugen, die im gleichen Lager stehen, Gegenstand der Beweiswürdigung sind. In der Praxis, vor allem – aber bei weitem nicht ausschließlich – im

erstinstanzlichen Verfahren, werden diese Grundsätze jedoch oftmals nur lax gehandhabt – regelmäßig zu Lasten des Angeklagten.

Die Konstellation „Aussage gegen Aussage“ hat nicht nur Bedeutung in Fällen, in welchen die Einlassungen des Angeklagten und des Tatopfers oder eines Zeugen divergieren. Situationen, in denen mehrere Belastungszeugen, die alle aus dem gleichen Lager kommen, als Beweismittel für eine bestimmte Tatsache zur Verfügung stehen, sind im Ergebnis nicht anders zu werten als die klassische „Eins-gegen-Eins-Situation“. Dieser Aufsatz soll aufzeigen, dass die einzelnen Aussagen der Zeugen, die im selben Lager stehen, aussagepsychologisch sowohl in Beziehung zur divergierenden Einlassung des Angeklagten bzw. anderer abweichender Zeugenaussagen als auch in einer gesonderten Glaubhaftigkeitsprüfung untereinander auf innere Konsistenz und damit Glaubhaftigkeit überprüft werden müssen.

II. Anforderungen der höchstrichterlichen Rechtsprechung

Die ständige Rechtsprechung stellt generell besondere Anforderungen an die Beweiswürdigung, wenn die Konstellation „Aussage gegen Aussage“ vorliegt. Diese Anforderungen wurden in dem Urteil des Bundesgerichtshofs

¹ *Eschelbach*, ZAP Fach 22, 599.

vom 07.03.2012 (2 StR 565/11) durch den zweiten Strafsenat wie folgt zusammengefasst:²

„Die Rechtsprechung stellt besondere Anforderungen an die Beweiswürdigung in Konstellationen, in denen „Aussage gegen Aussage“ steht (vgl. BGH, Urteil vom 29. Juli 1998 – 1 StR 94/98, BGHSt 44, 153, 158 f.). Erforderlich sind insbesondere eine sorgfältige Inhaltsanalyse der Angaben, eine möglichst genaue Prüfung der Entstehungsgeschichte der belastenden Aussage (BGH, Beschluss vom 21. April 2005 – 4 StR 89/05), eine Bewertung des feststellbaren Aussagemotivs (vgl. BGH, Urteil vom 10. April 2003 – 4 StR 73/03), sowie eine Prüfung von Konstanz, Detailliertheit und Plausibilität der Angaben.“

Um den Wahrheitsgehalt einer Zeugenaussage zu bestimmen, hat der Tatrichter im Rahmen seiner freien Beweiswürdigung gemäß § 261 StPO also die Aussage einer erschöpfenden Prüfung hinsichtlich sämtlicher Faktoren wie z.B. Detailgenauigkeit, Stimmigkeit, Konstanz und Motivation der Aussage zu unterziehen.

Mit Urteil vom 10.10.2012 (5 StR 316/12) bestätigt der BGH die von ihm selbst aufgestellten Maximen mit anderen Worten:³

„Steht Aussage gegen Aussage, muss das Tatgericht die Aussagen des einzigen Belastungszeugen einer besonderen Glaubwürdigkeitsprüfung unterziehen. Dies gilt insbesondere, wenn der einzige Belastungszeuge in der Hauptverhandlung seine Vorwürfe ganz oder teilweise nicht mehr aufrechterhält oder der anfänglichen Schilderung weiterer Taten nicht gefolgt wird. Zu berücksichtigen ist, dass dem Angeklagten in dieser Konstellation nur eingeschränkte Verteidigungsmöglichkeiten eröffnet sind.“

Um eine aussagepsychologisch verwertbare Beweiswürdigung vorzunehmen, hat der Richter unter Beachtung des § 261 StPO von der sog. Nullhypothese auszugehen. Dazu führt der BGH in seinem Grundsatzurteil vom 30.07.1999 (1 StR 618/98) zu den Kriterien für eine aussagepsychologische Begutachtung unter anderem aus:⁴

„Das methodische Grundprinzip besteht darin, einen zu überprüfenden Sachverhalt (hier: Glaubhaftigkeit der spezifischen Aussage) so lange zu negieren, bis diese Negation mit den gesammelten Fakten nicht mehr vereinbar ist. Der Sachverständige nimmt daher bei der Begutachtung zunächst an, die Aussage sei unwahr (sog. Nullhypothese). Zur Prüfung dieser Annahme hat er weitere Hypothesen zu bilden. Ergibt seine Prüfstrategie, daß die Unwahrhypothese mit den erhobenen Fakten nicht mehr in Übereinstimmung stehen kann, so wird sie verworfen, und es gilt dann die Alternativhypothese, dass es sich um eine wahre Aussage handelt.“

Freilich geht es in dieser zitierten Entscheidung um die Begutachtung durch einen psychologisch geschulten Sachverständigen, welches dann für die freie Beweiswürdigung des Richters maßgeblich sein wird. Im Umkehrschluss müssen diese Grundsätze erst recht für den Tatrichter gelten, der in der Regel psychologischer Laie

ist. Dies heißt aber auch für den Richter, der mit dem Argument der eigenen Sachkunde an die Stelle eines psychologischen Sachverständigen tritt, dass er seiner Entscheidung gleichwohl den aktuellen Forschungsstand der Aussagepsychologie zu Grunde zu legen hat. In der aussagepsychologischen Forschung haben sich dabei bestimmte Prüfungspunkte herauskristallisiert, welche nach allgemeinen und speziellen Merkmalen zu unterscheiden sind:⁵

Zu den allgemeinen Merkmalen einer Zeugenaussage zählen die logische Konsistenz, die ungesteuerte Darstellung (im Gegensatz zur chronologischen Darstellung) und der quantitative Detailreichtum einer Zeugenaussage. Je stärker die jeweiligen Punkte verwirklicht sind, als desto glaubwürdiger ist die Aussage zu bewerten.

Hinsichtlich der speziellen Aussagemerkmale ist zu prüfen, ob und wie stark räumlich-zeitliche Verknüpfungen sowie Schilderungen von Kommunikation, Interaktionen und Komplikationen in der Zeugenaussage ausgeprägt sind. Auch hier gilt grundsätzlich wiederum die Devise: Je detaillierter, desto glaubwürdiger!

Dabei ist zu beachten, dass auch noch andere Faktoren miteinbezogen werden können. Ein Indiz für die Glaubhaftigkeit der zu beurteilenden Aussage ist jedoch nur anzunehmen, wenn er aus der Gesamtheit aller Merkmale abgeleitet wird.⁶ Für den Tatrichter stellt sich hierbei die Schwierigkeit, das Spannungsverhältnis zwischen den Anforderungen an die detailreiche Zeugenbefragung und dem oftmals engmaschigen Zeitrahmen einer Gerichtsverhandlung aufzulösen. Diese Problematik darf aber unter keinen Umständen dazu führen, dass Fragestellungen der Verteidigung an den Zeugen zu „Nebenkriegsschauplätzen“ als unzulässig abgewiesen werden. Denn gerade die Äußerungen eines Zeugen zum Randgeschehen des eigentlichen Beweisthemas sind geeignet, eine richtige von einer falschen Aussage zu unterscheiden. Daher darf dem Strafverteidiger in einem solchen Fall angeraten werden, sogleich die Verhandlungsleitung des Gerichts zu rügen, um einen Gerichtsbeschluss nach § 238 Abs. 2 StPO herbeiführen und diesen gemäß § 35 Abs. 1 S. 2 StPO in schriftlicher Ausfertigung anzufordern, um die unzulässige Beschränkung des Fragerechts rechtsmittelfest zu machen. Es ist nicht unwahrscheinlich, dass sich das Gericht hierbei auf die einschlägige Kommentierung im Meyer-Goßner⁷ berufen wird, um die Notwendigkeit einer schriftlichen Ausfertigung zu negieren. Dort heißt es:

„Auf die Erteilung einer Abschrift des Beschlusses, mit dem ein Beweisantrag abgelehnt worden ist, besteht ein Anspruch, wenn er eine längere Begründung enthält (BGH NStZ 08, 110; ANM 767).“

⁵ Geipel/Nill/Shultz, ZAP Fach 13, 1449.

⁶ Hommers, Die aussagepsychologische Krieriologie unter kovarianzstatistischer und psychometrischer Perspektive, in: Greuel, Fabian, Stadler (Hrsg.), Psychologie der Zeugenaussage, Ergebnisse der rechtspsychologischen Forschung, 1997 S. 87ff.

⁷ Meyer-Goßner/Schmitt, StPO, 59. Auflage, 2016, § 35, Rn. 6.

² BGH 2 StR 565/11, Urteil vom 07.03.2012, HRRS 2012 Nr. 428.

³ BGH 5 StR 316/12, Urteil vom 10.10.2012, HRRS 2012 Nr. 1118.

⁴ BGH 30.07.1999, BGHSt 45, 164.

Zunächst einmal ist jedoch bereits die Formulierung der Fundstelle als bedenklich anzusehen, da sie gerichtlichen Willkürentscheidungen im Wege eines Zirkelschlusses Tür und Tor öffnet. Zudem geht es hier auch nicht um die Ablehnung eines Beweisantrages, so dass die Anwendung der Fundstelle fehlgeht. Eine tiefergehende Beschäftigung mit dieser Thematik würde den Rahmen dieser Darstellung jedoch sprengen. Die unberechtigte Ablehnung der schriftlichen Erteilung des Beschlusses entfaltet jedenfalls Relevanz im Rahmen der Revisionsverteidigung und soll daher an dieser Stelle nicht unerwähnt bleiben.

III. Mehrere Zeugen im gleichen Lager

Um nun zum Kern der vorliegenden Darstellung zu kommen: Nicht nur in einer klassischen „Eins-gegen-Eins-Situation“ liegt ein Fall von „Aussage gegen Aussage“ vor. Auch die Aussagen mehrerer Belastungszeugen müssen mit denselben Anforderungen überprüft werden, sofern diese im selben Lager stehen.

In seinem für die Untermauerung dieser These wichtigen Beschluss vom 06.11.2009 – 1 Ss 390/08 – führt das OLG Frankfurt am Main zu dieser Thematik im Leitsatz aus:⁸

„Es liegt auch dann ein Fall von Aussage gegen Aussage mit den besonderen Anforderungen an die Beweiswürdigung vor, wenn die Aussage des Angeklagten gegen die Aussagen von vier Zeugen steht, die sämtlich demselben „Lager“ zuzuordnen sind (hier: vier Polizeibeamte).“

In den Urteilsgründen stellt das OLG Frankfurt auf diesen Kriterien aufbauend weiterhin fest:

„Auch wenn die Aussage des Angeklagten gegen die Aussagen von vier Zeugen steht, die sämtlich demselben „Lager“ zuzuordnen sind, ist es erforderlich, dass das Tatgericht die von den Zeugen in der Hauptverhandlung getätigten Aussagen inhaltlich wiedergibt, die Entstehung und Entwicklung der Aussagen aufklärt, die Aussagekonstanz untersucht und im Einzelnen durch die Mitteilung nach der früheren Aussagen belegt.“

Im dem oben zitierten Beschluss zu Grunde liegenden Verfahren sollte die Überführung des Angeklagten letztlich allein auf die Aussagen von vier Polizeibeamten gestützt werden, die sämtlich demselben Lager zuzuordnen waren, so dass letztendlich Aussage gegen Aussage stand. Das AG Frankfurt am Main hatte den Angeklagten in erster Instanz mit Urteil vom 29.07.2008 wegen Missbrauchs von Titeln in Tateinheit mit Beleidigung, in Tateinheit mit Widerstand gegen Vollstreckungsbeamte, in Tateinheit mit versuchter Sachbeschädigung zu einer Geldstrafe von 60 Tagessätzen zu je 8 € verurteilt.

Im Rahmen der Beweiswürdigung wurde im erstinstanzlichen Urteil Folgendes ausgeführt:

„Die Feststellungen beruhen auf der Einlassung des Angeklagten, soweit ihr gefolgt werden konnte, sowie den ausweislich des

Protokolls der Hauptverhandlung erhobenen Beweisen. Der Angeklagte hat das äußere Tatgeschehen im Wesentlichen eingeräumt. Seiner Erinnerung nach sei es 2.30 Uhr gewesen, als er sich in die Kontrolle eingemischt habe, es könne aber auch 4 Uhr gewesen sein. Er habe aber nur behilflich sein wollen. In weiten Teilen könne er sich nicht gut erinnern. Allerdings will er dem Zeugen POK B. die eingeschweißte Visitenkarte des Kriminalbeamten nicht gezeigt haben und sich mithin auch nicht als solcher ausgegeben haben. Er habe seinen Sicherheitsdienstausweis gezeigt oder zumindest zeigen wollen. Er habe die Visitenkarte zum Schutz eingeschweißt da er sie als V-Mann der Frankfurter Polizei oft brauche, nicht um sich als Polizeibeamter auszugeben. Ferner gibt der Angeklagte an, als Nordafrikaner typischerweise die Anrede „Kollege“ nicht im eigentlichen Sinne, sondern vielmehr als Universalanrede für männliche Gesprächspartner verwendet zu haben. Diese Einlassung wird jedoch widerlegt durch die Aussagen der Zeugen PK K., PK J., POK S. und POK B. Der Zeuge POK J. sagte aus, dass er nicht mit dem Wort Kollege angesprochen worden sei, sondern dass der Angeklagte gesagt habe, er sei Kollege. Er habe allerdings die Visitenkarte nicht gesehen. Der Einsatz der Visitenkarte wurde aber durch die drei weiteren Polizeibeamten bestätigt, insbesondere der Zeuge B. konnte hierzu den Ablauf minutiös schildern. Eine Verwechslung der Karten durch den Angeklagten kann aufgrund deren unterschiedlichen Aussehens und des mehrfachen Vorzeigens ausgeschlossen werden. Auch durch den Kontext ergibt sich, dass der Angeklagte das Wort Kollege nicht nur als Anrede gebraucht hat: zusammen mit dem Zeigen der eingeschweißten Visitenkarte sowie den vom Angeklagten gegebenen Instruktionen an die Beamten kann man nur auf eine Verwendung des Begriffs im Wortsinn schließen. Diese vier Aussagen der Beamten sind glaubhaft. Sie wurden professionell sachlich, flüssig, sowie detailliert und widerspruchsfrei vorgetragen. Es gibt keine Anzeichen dafür, dass sie den Angeklagten zu Unrecht belasten wollten. Der Angeklagte hat sich ferner insoweit eingelassen, er könne sich nicht daran erinnern, die Zeugen als „Nazis“ und „Hurensöhne“ bezeichnet zu haben. Er räumt allerdings ein, dass es ihm herausgerutscht sein könne. Es könne eventuell auch sein, dass er nach den Beamten getreten habe. Dies müsse man aber vor dem Hintergrund sehen, dass er durch die Polizei erhebliche Verletzungen erlitten habe. Er sei ins Auto und aus dem Auto geschmissen, in die Kniekehle getreten und gegen den Kiefer geschlagen worden. Im Auto hätten sie zu dritt auf ihn eingeschlagen, alle außer dem Fahrer. Den von ihm früher erhobenen Vorwurf, die Polizei habe ihm 400 € entwendet, halte er nicht mehr aufrecht. Er habe sich deswegen aber vor das Auto gestellt und gerufen „Mir fehlt Geld.“ Die vier Zeugen haben übereinstimmend die Beleidigungen bekundet. Der Zeuge K. konnte sich daran erinnern, dass der Angeklagte in keiner Weise kooperativ gewesen ist und deshalb gewaltsam aus dem Fahrzeug verbracht werden musste. Alle Beamten haben verneint, Gewalt über das oben geschilderte Maß gegen den Angeklagten eingesetzt oder bemerkt zu haben. Alle Beamten zeigten sich überrascht, dass der Angeklagten die Weiterfahrt verhindert haben will, weil ihm Geld fehlte. Diese Information hätten sie erst nachträglich erhalten. Da nur die Zeugen K. und S. ausgestiegen waren, konnten nur diese beiden den Widerstand außerhalb des Fahrzeugs schildern. Die Aussagen der Zeugen PK K., PK J., POK S. und POK B. sind auch insoweit widerspruchsfrei und glaubhaft. Auch die vom Angeklagten vorgelegten Atteste über erlittene Verletzungen stehen dem nicht entgegen. Der Angeklagte wurde durch POK S. ins Gesicht geschlagen. Es wurden ihm die Arme mit Gewalt hinter seinem Körper auf der Fahrt gehalten, er wurde gewaltsam aus dem Auto verbracht, er wurde gewaltsam zu Boden gebracht und er war nach 5 Uhr in eine

⁸ OLG Frankfurt 1 Ss 390/08, Beschluss vom 06.11.2009, StV 1/2012, 12.

weitere körperliche Auseinandersetzung im 1. Revier verwickelt. Insoweit sind die attestierten Verletzungen alle erklärlich. In diesem Zusammenhang überzeugt das Gericht insbes. der Umstand, dass auch Tage nach der Tat keine sichtbaren Verletzungen, insbesondere Hämatome vorhanden waren, wie sie zu entstehen pflegen, wenn jemand derart verprügelt wird, wie der Angeklagte es schildert. Für die Glaubwürdigkeit der Aussage der Zeugen spricht insbesondere auch, dass der eine Schlag, den POK S. austeilte, nicht verschwiegen wurde. Ferner wurde kein übermäßiger Widerstand geschildert. Hätten wirklich mehrere Beamte nacheinander und gleichzeitig körperlich auf den Angeklagten eingewirkt, hätte die gemeinsame Aussage schweren körperlichen Widerstands nahe gelegen, um das eigene Handeln zu rechtfertigen.“⁹

Eine ausreichende Motivationsanalyse, die auf die Feststellung möglicher Motive für eine unzureichende Belastung des Angeklagten durch die vorgenannten Zeugen abzielt und sich bei der Glaubwürdigkeitsprüfung mit allen Umständen, die die Glaubhaftigkeit der Aussagen bestätigen oder in Frage stellen, eingehend auseinandersetzt, ließ sich dem mit der Revision angefochtenen erstinstanzlichen Urteil nach Auffassung des OLG Frankfurt nicht entnehmen. In diesem Zusammenhang wäre es in erster Linie notwendig gewesen, dass das Tatgericht die von den Zeugen in der Hauptverhandlung getätigten Aussagen inhaltlich wiedergibt, die Entstehung und Entwicklung der Aussagen aufklärt,¹⁰ die Aussagekonstanz untersucht¹¹ und im Einzelnen durch die Mitteilung auch der früheren Aussagen belegt.¹² Wie der zuvor dargestellten Beweiswürdigung des Amtsgerichts zu entnehmen ist, beschränken sich die Entscheidungsgründe lediglich darauf, die einzelnen Aussagen der betroffenen Polizeibeamten zu bewerten. Eine bloße Aussagebewertung kann die Prüfung der Glaubwürdigkeit aber nicht ersetzen. Die Zeugenaussagen wurden im erstinstanzlichen Urteil auch nicht inhaltlich wiedergegeben. So wird beispielshalber lediglich angeführt, der einer der Polizeibeamten konnte in seiner Zeugenaussage den Ablauf der angeblichen Tat minutiös schildern. Die Schilderung im Einzelnen wurde jedoch nicht aufgeführt. Auch die Bewertung, dass die Aussagen der vier Beamten

professionell sachlich, flüssig sowie detailliert und widerspruchsfrei vorgetragen wurden, ersetzt nicht die genaue Darlegung des Inhaltes der Aussagen im Einzelnen. In seinem Beschluss fordert das OLG Frankfurt daher:

„Insbesondere wenn „Aussage gegen Aussage“ steht und die Entscheidung im Wesentlichen davon abhängt, welchen Angaben das Gericht folgt, müssen die Urteilsgründe erkennen lassen, dass der Tatrichter alle Umstände, die die Entscheidung beeinflussen können, erkannt und in seinen Überlegungen mit einbezogen hat.“

Die Bewertung des Amtsgerichts, die Aussagen der Polizeibeamten wären insoweit widerspruchsfrei und glaubhaft gewesen, konnte nach alledem vom OLG Frankfurt als Revisionsgericht – zu Recht – nicht nachvollzogen werden.

Das OLG Frankfurt fordert, dass die unter Ziffer 2. dargestellten Prüfungspunkte sowohl im Hinblick auf jede einzelne Zeugenaussage als auch auf das Verhältnis der jeweiligen Aussagen untereinander in die Glaubhaftigkeitswürdigung miteinbezogen werden müssen. Diese Auffassung ist nach den obigen Darstellungen nicht zu bestanden.

IV. Fazit

Diese Entscheidung zeigt, dass an die richterliche Überzeugung im Falle der Verwertung mehrerer Aussagen von Zeugen, die alle im selben Lager stehen, zunächst dieselben Anforderungen zu stellen sind wie in klassischen Aussage-gegen-Aussage-Fällen. Im Ergebnis hat dies sogar eine noch strengere Prüfung der Glaubhaftigkeit der Zeugenaussagen durch den Tatrichter zur Folge.

Der Tatrichter hat nämlich in der Konsequenz nicht nur die Glaubhaftigkeit der einzelnen Zeugenaussage genau zu überprüfen, sondern auch die Konsistenz der jeweiligen Aussagen untereinander. Je nach Anzahl der im selben Lager stehenden Belastungszeugen und der Schwierigkeit des Sachverhaltes ist damit je nach Komplexität der Beweislage mit einer deutlichen Mehrarbeit für den Richter bei der Vorbereitung und Durchführung der Beweisaufnahme sowie bei der Begründung des Urteils zu rechnen. Vielleicht mag dies auch ein Grund für das bisher oftmals noch fehlende Bewusstsein in der deutschen Justiz für die in diesem Aufsatz behandelte Problematik sein.

⁹ AG Frankfurt am Main 991 Ds 3433 Js 201869/08 PZ, Urteil vom 29.07.2008.

¹⁰ BGH 1 StR 183/00, Beschluss vom 30.05.2000 = StV 2001, 552.

¹¹ BGH 29.07.1998, BGHSt 44, 153 = NStZ-RR 1997, 172; StV 1998, 580.

¹² OLG Frankfurt am Main, 3 Ss 175/03, Beschluss vom 16.06.2003 = NZV 2004, 158; so auch der Senatsbeschluss vom 26.04.2006 – 1 Ss 344/05.

Zur Handhabung von Rechtsprechungsnachweisen im Schrifttum – ein Plädoyer

Von RiOLG Prof. Dr. Dennis Bock, Kiel

Einerlei, ob eine gerichtliche Entscheidung, ein anwaltlicher Schriftsatz oder eine wissenschaftliche Publikation zu verfassen ist – es versteht sich von selbst, dass die einschlägige Rechtsprechung im Rahmen des Möglichen, Erforderlichen und arbeitsökonomisch Zumutbaren recherchiert und rezipiert werden muss. Dieser Teil der rechtswissenschaftlichen *lex artis* beansprucht für sich bisweilen einen Anteil an der aufgewendeten Arbeitszeit, der denjenigen des Nachdenkens und gar des Niederschreibens des „Haupttextes“ frustrierenderweise zu übersteigen droht, abhängig auch von der bibliothekarischen Ausstattung des jeweiligen Arbeitsplatzes sowie von den Personalmitteln für Hilfskräfte. Da die Anzahl der zu berücksichtigenden Entscheidungen – für Schrifttum aller Art gilt dies natürlich auch – täglich wächst, steigt der Berücksichtigungsaufwand entsprechend bzw. schwindet die Möglichkeit eines vollständigen Überblicks.

Nun gibt es bekanntermaßen eine Vielzahl von Quellen, denen man die Rechtsprechung zu entnehmen hat, welche sich in gedruckte und online abrufbare Publikationen unterscheiden lassen. Ersteres umfasst die amtliche Sammlung BGHSt, weitere Sammlungen (v.a. BGHR) und zahlreiche Zeitschriften verschiedener Verlage, deren Zahl auch jüngst weiter angestiegen ist, letzteres einerseits kostenpflichtige Datenbanken und andererseits diverse frei zugängliche Angebote.

Der Umgang mit diesen Rechtsprechungsfundstellen in Praxis und Wissenschaft ist, was Mehrfachveröffentlichungen angeht, ganz unterschiedlich, nämlich bald an durchaus heterogenen Verlagsrichtlinien ausgerichtet, bald an persönlichen Präferenzen, nicht selten walten auch Zufall und Beliebigkeit.

Wohl am ehesten anerkannt ist die Regel, dass vorrangig aus der amtlichen Sammlung zu zitieren ist, weniger konsentiert ist die Reihenfolge der Zeitschriften, nach denen man Entscheidungen zitieren sollte. Hinzukommt die Handhabung im weit überwiegenden Schrifttum, anders als meist in der Rechtsprechung selbst, dass die Angabe der Fundstelle weitere Angaben (Aktenzeichen, Entscheidungsart, Datum) entbehrlich machen soll. Man beschränkt sich also auf die blanke Fundstelle. So kann es sein, dass dieselbe Entscheidung in verschiedenen Lehrbüchern, Kommentaren etc. mit ganz unterschiedlichen Fundstellen angegeben wird. All dies ist im rechtswissenschaftlichen Alltag lästig, ressourcenverschwen-

dend und überdies fehlerträchtig, wie jeder, der schon einmal systematisch Fundstellen nachgeschaut hat, bestätigen wird.

Geprägt wird die juristische Routine durch die Arbeitsbedingungen des jeweiligen juristischen Autors: Welche Rechtsprechungssammlungen und Zeitschriften befinden sich im Büro, im gleichen Stockwerk, im Gebäude oder wenigstens in der Stadt? Universitäten bemühen sich im Rahmen ihrer finanziellen Möglichkeiten immerhin einigermaßen um Vollständigkeit, die Ausstattung einer Gerichtsbibliothek wird oft zurückstehen, ganz zu schweigen von den Möglichkeiten der unterschiedlich großen Rechtsanwaltskanzleien. Das Nachschauen einer Zeitschriftenfundstelle kann, jedenfalls solange die (kostenlose oder preisgünstige und daher für jeden Anwender nutzbare) Onlineverfügbarkeit eher fragmentarisch ist, rasch zu einem zeitraubenden Akt werden, erst recht, wenn es an weitere Angaben im obigen Sinne oder zu Parallelfundstellen fehlt. Selbst bei gut ausgestatteten juristischen Seminaren ist nicht immer gesichert, dass sich der erforderliche Zeitschriftenband benutzbar am Standort befindet – eine Erfahrung, die schon Studenten der Anfangssemester machen (und die hieraus teils den Schluss ziehen, ein Blindzitat sei das kleinere Übel).

Vorgeschlagen und im Folgenden etwas näher begründet sei daher, Rechtsprechung stets (bevorzugt: nur, hilfsweise jedenfalls kumulativ) nach Gericht, Entscheidungsart, Datum und Aktenzeichen zu zitieren; falls vorhanden, kommt noch die Angabe von Randnummern hinzu. Angesichts dessen, dass viele Gerichte (kumulativ fast stets, bisweilen auch ausschließlich, und zwar sogar bzgl. in amtlichen Sammlungen veröffentlichten Entscheidungen, vgl. z.B. OLG Köln B. v. 02.09.2015 – 1 RVs 118/15) und Teile der Literatur (z.B. der Münchener Kommentar zum StGB und das Pendant zur StPO) so vorgehen, handelt es sich nicht um ein originelles oder gar revolutionäres Ansinnen, erstrebenswert ist schlicht, dass die übrige Literatur nachzieht.

Wenn man die bisherige Zitierweise lediglich derart erweitert, dass zusätzlich Aktenzeichen, Entscheidungsart und Datum angegeben werden, liegt die einzige als möglicherweise nachteilig zu empfindende Konsequenz darin, dass der Nachweis mehr Raum in Anspruch nimmt. Freilich ist dies zumindest online gleichgültig, da es dort keine Raumbegrenzung gibt. Inwieweit der Umfang des in Papierform Abzudruckenden wächst, bliebe

abzuwarten, dürfte aber wohl zu verkraften sein. Ggf. ließen sich auch das Datum und die Entscheidungsart weglassen, da mehrere Entscheidungen unter einem Aktenzeichen sehr selten sind, ferner wären Abkürzungen möglich (z.B. BGH I StR 612/87 [U221287] für ein Urteil vom 22.12.1987). Vieles dürfte eine Frage der Gewöhnung sein, was etwa auch für die z.T. langen Aktenzeichen der Untergerichte gilt. Noch weniger störend dürfte die Umstellung dann sein, wenn das Werk auf eingerückte Nachweise im Text verzichtet und stattdessen Fußnoten verwendet, deren jeweilige Zeile bislang häufig ohnehin nicht ausgeschöpft wird.

Ambitionierter – dafür aber platzsparender, was gerade bei praxisrelevanten Kurzkomentaren nicht zu vernachlässigen ist – wäre es, wenn keine Zeitschriftenfundstelle mehr genannt würde.

Auf der Suche nach einer Zeitschriftenfundstelle wäre insofern eine Datenbank dazwischengeschaltet, die die Nachweise nach Eingabe des Aktenzeichens bei Bedarf mitteilt; die gängigsten Datenbanken (juris und beckonline) sind ohnehin in Praxis und Wissenschaft flächendeckend verbreitet.

Zuzugeben ist, dass Datenbanken Fehler enthalten und nicht immer vollständig sind, gerade bei älteren und untergerichtlichen Entscheidungen. Ferner kann die Datenbank, das Internet oder der Computer ausfallen. Allerdings ist es zum einen unter heutigen Bedingungen dann ohnehin kaum möglich, effizient zu arbeiten; zum anderen wäre auch denkbar, derartige Verzeichnisse (vom Aktenzeichen hin zu gedruckten Fundstellen) auch einmal – für den seltenen Notfall – in gedruckter Form herauszugeben. Verbreitung ist überdies der noch seltenen Praxis zu wünschen, in Monographien etc. zusätzlich zum Literaturverzeichnis ein Rechtsprechungsverzeichnis anzufertigen; dort könnten die Zeitschriftenfundstellen der jeweiligen Entscheidung aufgeführt werden.

Die Abhängigkeit zu den Unternehmen, die die Datenbanken betreiben, stiege zwar weiter, ggf. somit die finanzielle Belastung aufgrund schlechterer Verhandlungsposition bei Vertragsverlängerungen; freilich ist diese Abhängigkeit im juristischen Studien- und Arbeitsalltag bereits jetzt immens, auch gibt es durchaus vielfältige im Internet verfügbare kostenlose Quellen.

Wenn man nur noch nach Aktenzeichen, Entscheidungsart und Urteil zitiert, kann nicht mehr seitengenaue zitiert werden. Dies wird aber dadurch aufgewogen, dass zahlreiche längere Entscheidungen – gerade in jüngerer Zeit – Randnummern oder Gliederungsebenen verwenden. Ohnehin ist die Mehrzahl der Entscheidungen nicht derart unübersichtlich, dass man eine nähere Teilzitation benötigt. Insgesamt dürfte die praktizierte seitengenaue Zitierweise bei Zeitschriften mehr Arbeit bereiten als sie erspart. Es entfällt auch die störend heterogene Praxis, ob – v.a. bei BGHSt – auch die Anfangsseite genannt wird oder nur diejenige, auf der sich die konkrete Passage befindet.

Ganz nebenbei wird das enervierende Problem rein partieller Abdrucke gelöst. Bisher wird so vorgegangen, dass das Aktenzeichen oder eine an sich subsidiäre Fundstelle

genannt wird und sodann einen Hinweis auf die an sich vorrangige Zeitschriftenfundstelle unter Hinweis „insofern nicht abgedruckt in“ o.Ä. Gerade weil bestimmte Zeitschriften prozessual ausgerichtet sind, andere wiederum eher materiellrechtlich, muss man ggf. mit einander ergänzenden (Teil-)Veröffentlichungen derselben Entscheidungen arbeiten und diese nach Maßgabe des Druckumfangs zitieren, und zwar unter Beachtung der präferierten oder verlagsseitig geforderten Prioritätsregeln. Richtig ist zwar, dass eine redaktionelle Kürzung den eiligen Leser auf das Wesentlichste hinweisen mag. Gerade erfahrene Juristen werden aber rasch die Hauptpassage auch in einer vollständigen Entscheidung finden, zumal amtliche Leitsätze der Orientierung dienen.

Vermieden wird des Weiteren, dass dieselbe Entscheidung versehentlich mit verschiedenen Fundstellen bezeichnet wird, so dass der Leser in die Irre geführt wird. Mag dies innerhalb eines Werks eher eine Frage der Akribie und Sorgfalt des Autors obliegen, lässt es sich bei der Arbeit mit mehreren Werken zu einem bestimmten Thema eben nicht verhindern. Der Rezipient muss gewissermaßen eine Synopse im Kopf oder in einem Dokument verfügbar halten, welche Fundstellen einander inhaltlich entsprechen – eine Aufgabe, die dann besonders arbeitsintensiv gerät, wenn nicht alle zitierten Werke online oder griffbereit verfügbar sind. Gerade bei Zeitschriften aus der „zweiten Reihe“, deren Fundstellen in Kommentaren etc. nur mangels gängiger Alternativen angeführt werden, wird auch eine brauchbare Ausstattung an ihre Grenzen stoßen – jedenfalls hier muss das Gebot, Vorrang aus gedruckten Zeitschriften zu zitieren, enden. In der (Landes-)Justiz, aber auch bei anderen praktisch und wissenschaftlich Tätigen sind jedoch auch Standardzeitschriften nicht ohne Weiteres in hinreichender Stückzahl rasch und dauerhaft nutzbar. Bei aktuellen Entscheidungen kommt eine druck- und auslieferungsbedingte Verzögerung hinzu, zumal bei kollegialen Zeitschriftenumläufen etc.

Die vorgeschlagene Zitierweise hat ferner den Vorzug, deutlich mehr Informationen als eine Zeitschriftenfundstelle mitzuteilen: Während man ansonsten nur das Gericht und das Jahr der Veröffentlichung erfährt (bei Fundstellen, die nicht selten ausschließlich nach Band zitiert werden – neben BGHSt z.B. VRS, GA, ZStW -, erkennt überdies nur der erfahrene Benutzer das Jahr) werden nun auf einen Blick das Entscheidungsdatum (das vom Veröffentlichungsdatum stark abweichen kann), die Entscheidungsart, sowie aufgrund des Aktenzeichens der Spruchkörper (Senat, Kammer, Abteilung, Ermittlungsrichter) sichtbar. Transparent wird auch, ob es sich um eine Zivilrechtsentscheidung oder die Entscheidung einer anderen Gerichtsbarkeit handelt. Gerade bei Divergenzen zwischen verschiedenen Senaten des BGH wirkt das Aktenzeichen erhellend.

Ein letztes Ärgernis sei noch erwähnt, welches die vorgeschlagene Zitierweise behebt: Durchaus nicht selten, gerade wenn nur Leitsätze oder kurze Auszüge abgedruckt werden, finden sich auf einer Zeitschriftenseite mehrere Entscheidungen des gleichen Gerichts, aufgrund redaktioneller Ordnung oft auch inhaltlich verwandt, so dass bei einem nicht klarstellenden Zitat (eine Klarstellung ist nicht sehr verbreitet) Unklarheit besteht, welche

Entscheidung gemeint ist. Das Aktenzeichen sorgt für die gebotene Eindeutigkeit.

Nach alledem sollte die Zitierweise im Schrifttum an die heutigen technisierten Arbeitsgepflogenheiten angepasst werden, um die so eingesparte Zeit auf die eigentliche intellektuelle juristische Arbeit am Schreibtisch verwenden zu können. Es hat nichts mit Bequemlichkeit oder gar Computer- oder Internetfixiertheit zu tun, der steigenden Quantität und Komplexität der veröffentlichten Rechtsprechung mit einer Vereinfachung und Effizienzsteigerung zu begegnen. Wird eine solche Vorgehensweise zumindest als eine mögliche Art, einen wissenschaftlichen Apparat zu gestalten, anerkannt, könnten auch bibliothekarische Etats geschont werden, zumindest was Mehrfachexemplare und Handapparate betrifft. Indem man die Abhängigkeit von gedruckten Sammlungen verringert, befördert man übrigens zugleich die räumliche Flexibilität der Arbeitsleistung (z.B. auf Reisen oder in Erweiterung von Homeoffice-Spielräumen). Zugleich

mag man dies erstens als Appell an die Verlage verstehen, zumindest die Rechtsprechungsteile ihrer Zeitschriften – inkl. älterer Ausgaben – seitengenau online in einer die klammen öffentlichen Haushalte nicht belastenden Weise zur Verfügung zu stellen, zweitens als Appell an die Datenbankbetreiber, ihr Angebot laufend zu verbessern, Fehler zu beheben und (auch in die Vergangenheit) zu erweitern, ohne die Bibliotheken finanziell zu erdrosseln. Vielleicht gelingt eines Tages auch ein verlagsübergreifendes Gesamtangebot, welches überdies die Aufsatzflut beherrschbarer machen könnte.

Es scheint sich um eine Petitesse zu handeln, die aber eben doch den Arbeitsalltag zahlreicher Juristen behelligt – und zwar selbst derjenigen, die privat lieber eine gedruckte Zeitschrift lesen. Selbst aus didaktischer Sicht wird man sich daran gewöhnen können, berühmte Entscheidungen statt mit BGHSt-Fundstelle mit dem Aktenzeichen zu referieren.

Dokumentation

Verfahrensdokumentation

In dieser Ausgabe kein Eintrag.

Schrifttum

Schrifttum

In dieser Ausgabe kein Eintrag.

Vollständige Rechtsprechungsübersicht

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

196. BVerfG 1 BvR 1593/16 (3. Kammer des Ersten Senats) – Beschluss vom 16. Januar 2017 (OLG München / LG Ingolstadt)

Schutz der Meinungsfreiheit und Strafbarkeit wegen Beleidigung durch Verwendung des Akronyms „ACAB“ bei einem Fußballspiel (Schutzbereich und Schranken der Meinungsfreiheit; Wechselwirkungslehre; Kollektivbeleidigung; Beleidigung unter einer Kollektivbezeichnung; persönliche Betroffenheit der Mitglieder des Kollektivs; hinreichende Individualisierung des negativen Werturteils).

Art. 5 Abs. 1 Satz 1 GG; Art. 5 Abs. 2 GG; § 185 StGB

197. BVerfG 2 BvR 476/16 (2. Kammer des Zweiten Senats) – Beschluss vom 19. Januar 2017 (OLG Nürnberg / LG Regensburg)

Antrag auf gerichtliche Entscheidung im Strafvollzug (Recht auf effektiven Rechtsschutz; Verbot der Rechtswegverkürzung durch Außerachtlassen des verfolgten Rechtsschutzziels; Maßnahmebegriff; Ablösung von der Arbeit; konkludente Ablehnung einer Krankschreibung durch den Anstaltsarzt); Absehen von der Begründung einer Rechtsbeschwerdeentscheidung (Leerlaufen des Rechtsmittels; erhebliche Zweifel an der Vereinbarkeit mit Grundrechten; offensichtliches Abweichen von der Rechtsprechung des Bundesverfassungsgerichts).

Art. 19 Abs. 4 GG; § 109 StVollzG; § 116 Abs. 1 StVollzG; § 119 Abs. 3 StVollzG; Art. 43 BayStVollzG

198. BVerfG 2 BvR 1541/15 (2. Kammer des Zweiten Senats) – Beschluss vom 20. Dezember 2016 (OLG Nürnberg / LG Regensburg)

Anspruch eines Strafgefangenen auf Einsicht in seine Krankenakte (Grundrecht auf informationelle Selbstbestimmung; Informationsinteresse und Selbstbestimmungsrecht des Patienten; stärkere Gefährdung des Selbstbestimmungsrechts und erhöhtes Informationsinteresse im Strafvollzug und Maßregelvollzug; Einschränkung des Akteneinsichtsrechts nur bei gewichtigen entgegenstehenden Belangen; Interessenabwägung); Recht auf effektiven Rechtsschutz (Absehen von der Begründung einer Rechtsbeschwerdeentscheidung; Leerlaufen des Rechtsmittels; erhebliche Zweifel an der Vereinbarkeit mit Grundrechten; Abweichen von der Rechtsprechung des Bundesverfassungsgerichts).

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

§ 119 Abs. 3 StVollzG; Art. 203 BayStVollzG; Art. 10 Abs. 5 BayDSG

199. BVerfG 2 BvR 2272/16 (1. Kammer des Zweiten Senats) – Beschluss vom 23. Januar 2017 (LG Heilbronn / AG Heilbronn)

Einspruch gegen einen Strafbefehl (Recht auf rechtliches Gehör; grundsätzlich keine Pflicht zur Bescheidung jeden Vorbringens; Gehörsverstoß bei besonderen Umständen des Einzelfalls; Übergehen von Hinweisen auf mangelnde Deutschkenntnisse des Beschuldigten; Wirksamkeit der Zustellung; Wiedereinsetzung in den vorigen Stand).

Art. 103 Abs. 1 GG; § 37 Abs. 3 StPO; § 410 StPO; § 187 Abs. 2 GVG

200. BVerfG 2 BvR 2584/12 (2. Kammer des Zweiten Senats) – Beschluss vom 23. Januar 2017 (KG)

Eintragung einer spanischen Schnellverurteilung in das Bundeszentralregister (keine unionsrechtliche Determiniertheit der inländischen Verwendung von Registereintragungen aus einem anderen Mitgliedsstaat; gegenseitige Anerkennung; grundsätzliches Vertrauen gegenüber Mitgliedstaaten der Europäischen Union hinsichtlich Rechtsstaatlichkeit und Menschenrechtsschutz; Vereinbarkeit mit den unabdingbaren grundrechtlichen Mindeststandards; Pflicht zur Nachprüfung bei substantiiert dargelegten Einwänden; Rechtsschutzgarantie; Vorrang der Beseitigung von Verfahrensmängeln im erkennenden Staat; Zumutbarkeit der Rechtsmitteleinlegung; grundlegende Einwände gegen das Schnellverfahren in Spanien; Grundsatz des fairen Verfahrens; Willkürverbot; nicht nachvollziehbare Würdigung des Vortrags des Betroffenen).

Art. 3 Abs. 1 GG; Art. 19 Abs. 4 GG; Art. 23 Abs. 1 Satz 3 GG; Art. 79 Abs. 3 GG; § 53a Abs. 2 BZRG; § 54 Abs. 1 BZRG; § 55 Abs. 1 BZRG; § 55 Abs. 2 Satz 3 BZRG; § 23 EGGVG

201. BGH 3 StR 193/16 – Beschluss vom 13. Dezember 2016 (OLG Stuttgart)

Anforderung an die Ablehnung eines Beweisantrags wegen Bedeutungslosigkeit.

§ 244 Abs. 3 Satz 2 Var. 2 StPO

202. BGH 3 StR 321/16 – Beschluss vom 20. Oktober 2016 (LG Aurich)

Bandenmäßiger Handel mit Betäubungsmitteln (Abgrenzung von Mittäterschaft und Beihilfe bei einer Bandentat; allgemeine Grundsätze; objektiv wesentlicher Tatbeitrag; Willensrichtung des Beteiligten; Begriff der Bandentat; Ausfluss der Bandenabrede); keine Verabredung zum Verbrechen durch Zusage einer Beihilfehandlung.
§ 25 Abs. 2 StGB; § 27 StGB; § 30 Abs. 2 StGB; § 30a BtMG

203. BGH 3 StR 342/15 – Beschluss vom 17. November 2016 (LG Bad Kreuznach)

Vorlage an den Großen Senat für Strafsachen; Berücksichtigung des Abstands zwischen Tat und Urteil als Strafzumessungsgesichtspunkt beim sexuellen Missbrauch von Kindern.

§ 176 StGB; § 78b StGB; § 132 Abs. 2 GVG

204. BGH 3 StR 344/16 – Beschluss vom 15. November 2016 (LG Osnabrück)

Bewaffnetes Sichverschaffen von Betäubungsmitteln (Beendigung; Erlangung der Verfügungsgewalt durch einverständliches Zusammenwirken mit dem Vorbesitzer; Besitz).

§ 30a Abs. 2 Nr. 2 BtMG

205. BGH 3 StR 355/16 – Beschluss vom 20. Dezember 2016 (OLG Düsseldorf)

Konkurrenzen bei Organisationsdelikten (terroristische Vereinigung; mitgliederschaftliche Beteiligungsakte; Zusammenfassung zur tatbestandlichen Handlungseinheit; Reichweite; Tateinheit; Tatmehrheit; Verwirklichung anderer Strafvorschriften; schwere staatsgefährdende Gewalttat; Idealkonkurrenz; Erhöhung des Unrechts- und Schuldgehaltes).

§ 52 StGB; § 53 StGB; § 89a StGB; § 129a StGB; § 129b StGB

206. BGH 3 StR 364/16 – Urteil vom 12. Januar 2017 (LG Verden)

Verwendung von Kennzeichen eines verbotenen Vereins („Rockerkutte“; „Hells Angels“; Ortsbezeichnung; Verwenden; einschränkende Auslegung).

§ 20 Abs. 1 S. 1 Nr. 5 VereinsG; § 9 VereinsG; § 86a Abs. 1 Nr. 1 StGB

207. BGH 3 StR 402/16 – Beschluss vom 17. November 2016 (LG Kleve)

Rücktritt vom versuchten Heimtückemord als Einzelakt innerhalb einer natürlichen Handlungseinheit (unbeendeter Versuch; freiwillige Aufgabe der Tat; Begriff der natürlichen Handlungseinheit; Bedeutung des das Gesamtgeschehen umfassenden Tatplans; keine Auswirkung auf die Rücktrittsfähigkeit).

§ 24 StGB; § 52 StGB; § 211 StGB; § 212 StGB

208. BGH 3 StR 433/16 – Beschluss vom 20. Dezember 2016 (LG Hannover)

Berichtigung eines offenkundigen Schreibversehens beim Strafausspruch.

§ 267 StPO

209. BGH 3 StR 484/16 – Beschluss vom 10. Januar 2017 (LG Lüneburg)

Fehlende Berücksichtigung der Einziehung eines Kraftfahrzeugs bei der Strafzumessungsentscheidung.

§ 46 StGB; § 74 StGB

210. BGH 3 StR 496/16 – Beschluss vom 10. Januar 2017 (LG Hannover)

Unterlassene Bestimmung einer Mitverschuldensquote beim Adhäsionsanspruch.

§ 406 StPO

211. BGH 5 StR 15/17 – Beschluss vom 24. Januar 2017 (LG Dresden)

Erfordernis der Belehrung des Angeklagten bereits bei Unterbreitung des Verständigungsvorschlags.

§ 257c Abs. 4, Abs. 5 StPO

212. BGH 5 StR 364/16 – Urteil vom 25. Januar 2017 (LG Itzehoe)

Besonders schwerer Fall der Bestechung (bandenmäßige Begehung; Zustandekommen einer Bandenabrede; schlüssiges Verhalten; Herleitung aus dem wiederholten deliktischen Zusammenwirken; auf mindestens zwei weitere Personen erstreckter Bindungswille).

§ 334 StGB; § 335 StGB

213. BGH 5 StR 409/16 – Urteil vom 11. Januar 2017 (LG Neuruppin)

Sachlich-rechtlich nicht zu beanstandende Verneinung des Tötungseventualvorsatzes (Umfang der revisionsgerichtlichen Prüfung; lebensgefährliche Handlungen; Inbrandsetzen eines Teils eines bewohnten Gebäudes); besonders schwere Brandstiftung (Anforderungen an die Feststellung der konkreten Gefahr).

§ 15 StGB; § 212 StGB; § 306b Abs. 2 Nr. 1 StGB; § 261 StPO

214. BGH 5 StR 471/16 – Urteil vom 7. Februar 2017 (LG Cottbus)

Sicherungsverwahrung nach Verurteilung wegen schweren sexuellen Missbrauchs von Kindern (Gefährlichkeit des Angeklagten; Hang zur Begehung von Straftaten; erhebliche Störung des Rechtsfriedens; wahrscheinliche Folgen der Tat; Gefahr schwerer psychischer Schäden; Ausbleiben der Folgen im Einzelfall).

§ 66 StGB; § 176a StGB

215. BGH 5 StR 512/16 – Beschluss vom 8. Dezember 2016 (LG Göttingen)

Unzureichende Feststellungen zum Diebstahl (Gewahrsamsbegründung in Selbstbedienungsladen; Zueignungsabsicht); Aufhebung der Steuerungsfähigkeit bei schwerer psychischer Erkrankung; Anordnung der Unterbringung in einer psychiatrischen Klinik.

§ 20 StGB; § 63 StGB; § 242 StGB

216. BGH 5 StR 520/16 – Beschluss vom 12. Januar 2017 (LG Hamburg)

Fehlende Mitteilung der Grundlagen zur Berechnung des Betrugsschadens beim betrügerischen Abschluss von Mobilfunkverträgen zur Erlangung der erlangten Geräte.

§ 263 StGB

217. BGH 5 StR 548/16 – Beschluss vom 12. Januar 2017 (LG Bremen)

BGHR; Übernahme von Aufgaben der Protokollführung durch nicht der erkennenden Strafkammer zugewiesene Rechtsreferendare.

§ 153 Abs. 2 und 5 Satz 1 GVG; § 20 AGGVG BR

218. BGH 5 StR 561/16 – Beschluss vom 8. Februar 2017 (LG Berlin)

Abgabe von Betäubungsmitteln (Übertragung der Verfügungsgewalt; keine Gegenleistung; uneigennütziges Mitwirken; dem Umsatz von Betäubungsmitteln dienender Beitrag als Beihilfe zum Handeltreiben; unzureichende Begründung eines Hangs bei Betäubungsmittelabhängigkeit).

§ 29 BtMG; § 30a BtMG; § 64 StGB

219. BGH 5 StR 584/16 – Beschluss vom 24. Januar 2017 (LG Kiel)

Beihilfe (Förderung mehrerer rechtlich selbständiger Haupttaten durch eine Beihilfehandlung).

§ 27 StGB

220. BGH 5 StR 601/16 – Beschluss vom 24. Januar 2017 (LG Berlin)

Fehlende Mitteilungen zum Vollstreckungsstand von möglicherweise gesamtstrafenfähigen Geldstrafen.

§ 55 StGB

221. BGH 5 ARs 47/16 – Beschluss vom 7. Februar 2017 (BGH)

Erpressung (Nötigung zur Herausgabe von Betäubungsmitteln; wirtschaftlicher Vermögensbegriff; Anfrageverfahren).

§ 253 StGB; § 255 StGB; § 132 GVG

222. BGH 5 ARs 54/16 – Beschluss vom 26. Januar 2017

Nichtbescheidung offensichtlich unzulässiger Rechtsbeschwerden.

§ 23 EGGVG; § 29 Abs. 1 EGGVG; Art. 103 GG

223. BGH AK 67/16 – Beschluss vom 11. Januar 2017

Dringender Tatverdacht wegen Unterstützung einer terroristischen Vereinigung im Ausland („IS“); Fortdauer der Untersuchungshaft über sechs Monate; Fluchtgefahr; Gegenstand der Haftprüfung (Beschränkung auf geschilderten Lebenssachverhalt, nicht auf rechtliche Bewertung); Terrorismusfinanzierung (nicht unerhebliche Vermögenswerte; quantitative Untergrenze).

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

224. BGH StB 40/16 – Beschluss vom 11. Januar 2017

Dringender Tatverdacht wegen Beteiligung an einer terroristischen Organisation im Ausland (Vornahme einzelner Beteiligungshandlungen im strafunmündigen Alter; Schuldfähigkeit); Fluchtgefahr; Schwerekriminalität als Haftgrund.

§ 129a StGB; § 129b StGB; § 20 StGB; § 1 JGG; § 3 JGG

225. BGH StB 41/16 – Beschluss vom 11. Januar 2017

Dringender Tatverdacht wegen Unterstützung einer terroristischen Vereinigung im Ausland.

§ 129a StGB; § 129b StGB; § 112 StPO

226. BGH 1 StR 186/16 – Beschluss vom 11. Januar 2017 (LG Mannheim)

Revisionsbegründung (Anforderungen an die Begründung der Verfahrensrüge).

§ 344 Abs. 2 Satz 2 StPO

227. BGH 1 StR 375/16 – Beschluss vom 21. Dezember 2016 (LG München I)

Mord mit gemeingefährlichen Mitteln (Voraussetzungen)

§ 211 StGB

228. BGH 1 StR 389/16 – Beschluss vom 8. Dezember 2016 (LG München II)

Umsatzsteuerhinterziehung (Zeitpunkt der Tatbeendigung bei Begehung durch pflichtwidriges In-Unkenntnis-Lassen der Finanzbehörden).

§ 370 Abs. 1 Nr. 2 AO

229. BGH 1 StR 399/16 – Urteil vom 21. Dezember 2016 (LG München I)

Anordnung der Unterbringung in einem psychiatrischen Krankenhaus (Voraussetzungen: Gefährlichkeitsprognose bei nicht erheblichen rechtswidrigen Anlasstaten); Schuldunfähigkeit (zweistufige Prüfung; Darstellung im Urteil).

§ 63 StGB; § 20 StGB; § 267 Abs. 1 Satz 1 StPO

230. BGH 1 StR 533/16 – Beschluss vom 10. Januar 2017 (LG Rottweil)

Wiedereinsetzung in den vorherigen Stand (Verschulden der Säumnis: krankhafte Störung der Geistestätigkeit).

§ 44 StPO

231. BGH 1 StR 549/16 – Beschluss vom 20. Dezember 2016 (LG Traunstein)

Urteilsberichtigung durch das Revisionsgericht (offensichtlicher Zählfehler).

§ 354 StPO

232. BGH 1 StR 613/16 – Beschluss vom 10. Januar 2017 (LG München II)

Anordnung der Unterbringung in einer Entziehungsanstalt (Hang, berauschende Mittel im Übermaß zu sich zu nehmen: Voraussetzungen).

§ 64 StGB

233. BGH 1 ARs 16/16 – Beschluss vom 21. Februar 2017

Anfrageverfahren (Zulässigkeit einer Vorlage zum Großen Senat für Strafsachen nur bei Aufrechterhaltung der Anfrage: Rücknahme durch anderslautende Entscheidung; Bindungswirkung des Anfragebeschlusses für den anfragenden Senat: Wegfall der Bindungswirkung durch Rücknahme der Anfrage; Bindungswirkung eines zustimmenden Beschlusses für den zustimmenden Senat); Erpressung (Vermögensschaden: Besitz an Betäubungsmitteln als Bestandteil des geschützten Vermögens; Betrug)

§ 132 Abs. 1, Abs. 3 GVG; § 253 StGB; § 263 Abs. 1 StGB

234. BGH 2 StR 166/16 – Beschluss vom 8. Dezember 2016 (LG Frankfurt am Main)

Betrug (Vermögensschaden bei betrügerisch erlangten Darlehen: Beweismäßigkeit zum Betrugsvorsatz).
§ 263 Abs. 1 StGB; § 261 StPO

235. BGH 2 StR 177/16 – Urteil vom 14. Dezember 2016 (LG Limburg)

Mittäterschaft (Exzess eines Mittäters: Voraussetzungen).
§ 25 Abs. 2 StGB

236. BGH 2 StR 241/16 – Beschluss vom 21. Dezember 2016 (LG Kassel)

Einziehung (konkrete Bezeichnung der einzuziehenden Gegenstände im Urteil).
§ 74 StGB

237. BGH 2 StR 246/16 – Beschluss vom 16. November 2016 (LG Aachen)

Mittäterschaft (Täterschaft bei Handlungen allein im Vorbereitungsstadium); Spezialitätsgrundsatz beim Europäischen Haftbefehl (Rechtsfolge eines Verstoßes: Vollstreckungshindernis).
§ 25 Abs. 2 StGB; § 83h Abs. 1 Nr. 1 IRG

238. BGH 2 StR 313/16 – Urteil vom 21. Dezember 2016 (LG Schwerin)

Verfall (Absehen von der Anordnung, weil das Erlangte nicht mehr im Vermögen des Angeklagten vorhanden ist: ausnahmsweises Absehen auch, wenn das Vermögen des Angeklagten den verfallenen Betrag wertmäßig übersteigt).
§ 73 StGB; § 73c Abs. 1 Satz 2 StGB

239. BGH 2 StR 338/16 – Urteil vom 14. Dezember 2016 (LG Aachen)

Strafzumessung (Strafzumessung bei Mittätern: gerechtes Verhältnis der Strafen zueinander; Annahme eines minderschweren Falls: Verhältnis von allgemeinen und typisierten Milderungsgründen).
§ 46 StGB; § 25 Abs. 2 StGB; § 50 StGB

240. BGH 2 StR 379/16 – Beschluss vom 15. Dezember 2016 (LG Wiesbaden)

Tatrichterliche Beweismäßigkeit (Berücksichtigung weiterer Taten des Angeklagten als Indiz: in dubio pro reo).
§ 261 StPO

241. BGH 2 StR 96/14 – Urteil vom 7. November 2016 (LG Bonn)

BGHSt; Anwendbarkeit des deutschen Strafrechts beim Vertrieb von Betäubungsmitteln im Ausland (Weltrechtsprinzip: keine Einschränkung in Form eines nötigen materiellen Inlandsbezugs, prozessuale Lösung des Gesetzes, mögliche Einschränkung durch den völkerrechtlichen Nichteinmischungsgrundsatz, Begriff des Vertriebs).
§ 6 Nr. 5 StGB; § 153c StPO

242. BGH 2 StR 459/16 – Beschluss vom 24. Januar 2017 (LG Kassel)

Heimtückemord (Zeitpunkt des Vorliegens der Arg- und Wehrlosigkeit: erforderliches gleichzeitiges Bestehen von

Tötungsvorsatz); Schuldunfähigkeit (dissoziale Persönlichkeitsstörung als andere schwere soziale Abartigkeit: erhebliche Verminderung des Hemmungsvermögens); Anordnung der Sicherungsverwahrung bei gleichzeitiger lebenslanger Freiheitsstrafe (nur ausnahmsweise gleichzeitige Anordnung, erforderliche Ermessensentscheidung des Gerichts).

§ 211 StGB; § 20 StGB; § 66 Abs. 2, Abs. 3 StGB; § 267 Abs. 6 Satz 1 StPO

243. BGH 2 StR 522/15 – Urteil vom 7. Dezember 2016 (LG Frankfurt a. M.)

Räuberische Erpressung (unerlaubter Besitz von Betäubungsmitteln als geschütztes Vermögen).
§ 253 Abs. 1 StGB; § 255 StGB

244. BGH 4 StR 443/16 – Urteil vom 19. Januar 2017 (LG Frankenthal)

Umfang der Urteilsaufhebung durch das Revisionsgericht (horizontale Rechtskraft innerhalb des Rechtsfolgenausspruchs: Unterscheidung von Aufhebung im Rechtsfolgenausspruch und Aufhebung im Strafausspruch).
§ 353 StPO; § 354 Abs. 2 StPO

245. BGH 4 StR 464/16 – Beschluss vom 23. November 2016 (LG Freiburg)

Computerbetrug (unbefugte Verwendung von Daten bei absprachewidriger Geldabhebung mit vom Berechtigten überlassener Bankkarte und unter Verwendung der bekannt gegebenen Geheimzahl: Ausschluss der Bevollmächtigung im Bankkartenvertrag des Berechtigten mit der Bank).
§ 263a Abs. 1 StGB

246. BGH 4 StR 481/16 – Urteil vom 2. Februar 2017 (LG Bochum)

Strafzumessung (strafmildernde Berücksichtigung eines Geständnisses; strafmildernde Berücksichtigung von erlittener Untersuchungshaft; revisionsrechtliche Überprüfbarkeit; Darstellungsanforderungen); Gesamtstrafzumessung (eigenständiger Zumessungsakt, Darlegungsanforderungen); Umfang der Urteilsanfechtung mit der Revision (Auslegung eines unbeschränkt formulierten Antrags als Beschränkung auf die Strafzumessung).
§ 46 StGB; § 51 StGB; 54 Abs. 1 StGB; § 344 Abs. 1 StPO

247. BGH 4 StR 595/16 – Beschluss vom 19. Januar 2017 (LG Arnsberg)

Anordnung der Unterbringung in einem psychiatrischen Krankenhaus (Voraussetzungen; Gefährlichkeitsprognose: Ausschluss oder Minderung der Schuldunfähigkeit erst durch Verbindung von länger andauerndem psychischen Defekt mit dem Genuss berauscher Mittel); Schuldunfähigkeit (Voraussetzungen; Darstellung im Urteil).
§ 63 StGB; § 20 StGB; § 21 StGB; § 267 Abs. 6 Satz 1 StGB

248. BGH 1 StR 520/16 – Beschluss vom 11. Januar 2017 (LG Nürnberg-Fürth)

Schuldunfähigkeit (strafrechtliche Berücksichtigung verminderter Einsichtsfähigkeit); Urteilsgründe (Anforderungen an Schuldfähigkeitsbeurteilung).
§ 20 StGB; 267 Abs. 2 StPO

249. BGH 1 StR 593/16 – Beschluss vom 10. Januar 2017 (LG Stuttgart)

Teilweise Zurückverweisung der Sache.
§ 349 Abs. 4 StPO

250. BGH 2 StR 280/16 – Beschluss vom 31. Januar 2017 (LG Kassel)

Betrug (Verjährungsbeginn); Verjährungsunterbrechung (Unterbrechung durch Durchsuchungsanordnung; Erstreckung auf andere Beteiligte).
§ 78 Abs. 3 Nr. 4 StGB; 78c Abs. 1 Nr. 4 StGB; § 263 StGB

251. BGH 2 StR 380/16 – Beschluss vom 15. Dezember 2016 (LG Bonn)

Adhäsionsverfahren (Feststellungsklage: Feststellungsinteresse, Geltendmachung von Schäden).
§ 403 StPO

252. BGH 2 StR 412/16 – Beschluss vom 10. Januar 2017 (LG Aachen)

Urteilsgründe (Erörterung der Einlassung des Angeklagten).
§ 261 StPO; § 267 Abs. 1 StPO

253. BGH 2 StR 449/16 – Beschluss vom 4. Januar 2017 (LG Frankfurt am Main)

Nachträgliche Bildung der Gesamtstrafe (Einbeziehung früherer Einzelstrafen).
§ 55 Abs. 1 Satz 1 StGB

254. BGH 2 StR 84/16 – Beschluss vom 25. Oktober 2016 (LG Frankfurt am Main)

Veränderung des rechtlichen Gesichtspunktes (rechtlicher Hinweis: Anforderungen und Zweck); Urteilsgründe (Anforderungen an Tatsachengrundlage); verbotene Vernehmungsmethoden (Abgrenzung von List und bewusster Lüge; Täuschung über Beweis- und Verfahrenslage); minderschwerer Fall des Totschlags (strafschärfende Erwägungen).
§ 136a Abs. 1 StPO; § 163a Abs. 4 Satz 2 StPO; § 265 Abs. 1 StPO; § 267 Abs. 1 StPO; § 212 Abs. 1 StGB; § 213 StGB

255. BGH 2 StR 91/16 – Beschluss vom 11. Januar 2017 (LG Gera)

Teileinstellung des Verfahrens.
§ 154 Abs. 1 Nr. 1, Abs. 2 StPO

256. BGH 2 StR 467/16 – Beschluss vom 3. Januar 2017 (LG Mühlhausen)

Schwerer Raub (Qualifikation durch Verwendung einer Waffe oder eines anderen gefährlichen Werkzeugs); Urteilsgründe (Bezeichnung des besonders schweren Falls im Schuldspruch).
§ 250 Abs. 2 Nr. 1 StGB; 260 Abs. 4 StPO

Die Verwirklichung des Qualifikationsmerkmals des § 250 Abs. 2 Nr. 1 StGB ist im Schuldspruch durch die Bezeichnung der Tat als besonders schwerer Raub zum Ausdruck zu bringen.

257. BGH 2 StR 477/16 – Beschluss vom 24. Januar 2017 (LG Gießen)

Strafzumessung (bestimmender Strafzumessungsgrund; polizeiliche Überwachung bei Betäubungsmittelgeschäften).
§ 46 Abs. 2 StGB

258. BGH 2 StR 495/12 – Beschluss vom 2. November 2016

Vorlage an den Großen Senat für Strafsachen (grundsätzliche Bedeutung der Rechtsfrage); gesetzsalternative Verurteilung (Fälle des gewerbsmäßig begangenen Diebstahls und der gewerbsmäßigen Hehlerei; Fälle verschiedener Katalogtaten der Geldwäsche; Zulässigkeit der Rechtsfigur: Verstoß gegen den Gesetzesvorbehalt, das Prinzip des Vorrangs des Gesetzes und den Schuldgrundsatz).

Art. 1 Abs. 1 GG; Art. 20 Abs. 3 GG; Art. 103 Abs. 2 GG; § 242 Abs. 1 StGB § 243 Abs. 1 Satz 2 Nr. 3 StGB; § 259 Abs. 1 StGB; § 260 Abs. 1 Nr. 1 StGB; § 261 Abs. 1 Satz 1 StGB; § 261 Abs. 2 StGB; § 132 Abs. 2 GVG; § 132 Abs. 4 GVG

259. BGH 2 StR 505/16 – Beschluss vom 19. Januar 2017 (LG Neubrandenburg)

Schuldunfähigkeit wegen seelischer Störungen (Berücksichtigung einer Behinderung).
§ 20 StGB

260. BGH 2 ARs 132/16 2 AR 69/16 – Beschluss vom 21. Dezember 2016

Örtliche Zuständigkeit (Abgabe des Verfahrens; Unzweckmäßigkeit der Abgabe).
§ 42 Abs. 3 JGG

261. BGH 4 StR 192/16 – Beschluss vom 11. Januar 2017 (LG Münster)

Anhörungsrüge (Auslegung nach Wortlaut und Normzweck; analoge Anwendung auf Vorlegungspflicht, Recht auf einen gesetzlichen Richter).
§ 356a StPO; § 132 Abs. 2, 3 GVG; Art. 101 Abs. 1 Satz 2 GG

262. BGH 4 StR 468/16 – Beschluss vom 31. Januar 2017 (LG Landau)

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

263. BGH 4 StR 487/16 – Beschluss vom 10. Januar 2017 (LG Berlin)

Antrag auf Entscheidung des Revisionsgerichts (Auslegung nach Falschbezeichnung; Wiedereinsetzung gegen die Versäumung der Frist zur Einlegung der Revision).
§ 300 StPO; § 346 Abs. 2 StPO

264. BGH 4 StR 497/16 – Beschluss vom 12. Januar 2017 (LG Dortmund)

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

265. BGH 4 StR 521/16 – Beschluss vom 10. Januar 2017 (LG Frankenthal)

Strafzumessung (Berücksichtigung von Nachtatverhalten).
§ 46 Abs. 2 StGB

266. BGH 4 StR 530/16 – Beschluss vom 22. Dezember 2016 (LG Bochum)

Adhäsionsverfahren (unbedingte Antragstellung; Beginn der Verzinsung).
§ 403 StPO

267. BGH 4 StR 531/16 – Beschluss vom 31. Januar 2017 (LG Bochum)

Besorgnis der Befangenheit (revisionsrechtlicher Prüfungsumfang; Bindung an festgestellte Tatsachen); Urteilsgründe (Ausführungen zu festgestellten Tatsachen).
§ 74 Abs. 1 StPO; § 267 Abs. 1 Satz 1 StPO

268. BGH 4 StR 541/16 – Beschluss vom 10. Januar 2017 (LG Landau)

Beweisantrag (Entscheidung im Freibeweisverfahren).

§ 244 StPO; § 261 StPO

269. BGH 4 StR 593/16 – Beschluss vom 2. Februar 2017 (LG Erfurt)

Ablehnung von Beweisanträgen (Ablehnung wegen Un-erreichbarkeit des Zeugen; erforderliche Bemühungen).
§ 244 Abs. 3 Satz 2 StPO

270. BGH 4 StR 604/16 – Beschluss vom 17. Januar 2017 (LG Bielefeld)

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

271. BGH 4 StR 618/16 – Beschluss vom 17. Januar 2017 (LG Frankfurt Oder)

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