

Publikationen

Ass. Dr. jur. *Marc André Wiegand* und Wiss. Mitarbeiter *Benno Zabel* BA phil. – **Zur Notwendigkeit der Präzisierung des Merkmals der „Gegenwärtigkeit“ des Angriffs im Rahmen der Dogmatik zu § 32 Abs. 2 StGB**

Die Ausgabe bieten zudem vier Rezensionen zu strafrechtlich relevanter Literatur.

Entscheidungen

- | | |
|--------|--|
| EGMR | <i>Weh v. Österreich</i> – Begriff der strafrechtlichen Anklage und Schutz der Selbstbelastungsfreiheit |
| BVerfG | Verfassungsgemäßheit des erweiterten Verfalls |
| BGH | Begriff des Straßenverkehrs bei Werksgeländen |
| BGH | Absehen von Strafe infolge rechtsstaatswidriger Verfahrensverzögerung |
| BGH | Keine strafschärfende Berücksichtigung von Angriffen auf die Glaubwürdigkeit eines Belastungszeugen |
| BGH | Unwirksamkeit des Rechtsmittelverzicht bei unsachgemäßem Druck der Staatsanwaltschaft |
| BGH | Gesamtbetrachtung beim Fragerecht des Angeklagten |
| BGH | Hinweispflicht bei Überschreitung der zugesagten Höchststrafe |

SCHRIFTFLEITUNG
Wiss. Assistent Karsten Gaede
Freie Straße 15, CH 8032 Zürich
karsten.gaede@strate.net

REDAKTION
Rocco Beck, Ulf Buermeyer, Karsten Gaede,
Stephan Schlegel (Webmaster)

Diese Ausgabe umfasst insgesamt 82 Entscheidungen.

Als ständige Mitarbeiter wirken mit:

Oberass. Dr. Daniela Demko, LL.M. (Zürich); Prof. Dr. Diethelm Kleszczewski (Univ. Leipzig); Prof. Dr. Hans Kudlich (Bucerius Law School Hamburg); Wiss. Mit. Tilo Mühlbauer (Dresden / Zürich); RA Markus Rübenstahl, mag. iur. (Kanzlei Redeker Sellner Dahs & Widmaier, Karlsruhe); Prof. Dr. Christoph Sowada (Univ. Rostock); RA Klaus-Ulrich Ventzke (Hamburg) und Prof. Dr. Wolfgang Wohlers (Univ. Zürich).

HRRS HRR-Strafrecht

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

SCHRIFTLEITUNG

Wiss. Assistent Karsten Gaede
Freie Straße 15, CH 8032 Zürich
karsten.gaede@strate.net

REDAKTION

Rocco Beck, Ulf Buermeyer, Karsten Gaede, Stephan Schlegel (Webmaster)

Als ständige Mitarbeiter wirken mit:

Oberass. Dr. *Daniela Demko*, LL.M. (Zürich); Prof. Dr. *Diethelm Kleszczewski* (Univ. Leipzig); Prof. Dr. *Hans Kudlich* (Bucerius Law School Hamburg); Wiss. Mit. *Tilo Mühlbauer* (Dresden/Zürich); RA *Markus Rübenstahl*, mag. iur. (Kanzlei Redeker Sellner Dahs & Widmaier, Karlsruhe); Prof. Dr. *Christoph Sowada* (Univ. Rostock); RA *Klaus-Ulrich Ventzke* (Hamburg) und Prof. Dr. *Wolfgang Wohlers* (Univ. Zürich).

5. Jahrgang, Juni 2004, Ausgabe

6

Strafrechtliche/strafverfahrensrechtliche Entscheidungen des EGMR/BVerfG

459. EGMR Nr. 38544/97 – Urteil vom 8. April 2004 (Weh v. Österreich)

Recht auf ein faires Strafverfahren: Schweigerecht und Selbstbelastungsfreiheit (Ausmaß des erforderlichen Zwangs; Verletzungen durch Anwendung von Zwang in Strafverfahren oder durch Verwertung von außerhalb eines Strafverfahrens erzwungener Äußerungen; Verwertungsverbot; Offenbarungspflichten des Fahrzeughalters nach Straßenverkehrsrecht; deliktsunabhängige Geltung der Rechte; Sondervotum Lorenzen, Levits und Hajiyev; Beziehung zur Unschuldsumsetzung; partielle Zulässigkeit nachteiliger Schlüsse beim Schweigen des Angeklagten); Begriff der strafrechtlichen Anklage (zeitlicher und gegenständlicher Anwendungsbereich des fairen Strafverfahrens).

Art. 6 Abs. 1 Satz 1, Abs. 2 EMRK; Art. 1 GG; Art. 2 Abs. 1 GG; Art. 20 Abs. 3 GG; § 136a StPO

1. Das Schweigerecht und das Recht, sich nicht selbst belasten zu müssen, gehören zum Kernbereich des von Art. 6 EMRK garantierten fairen Strafverfahrens. Das Recht, sich nicht selbst belasten zu müssen, dient in erster Linie dem Schutz des Willens eines Angeklagten, zur Anklage schweigen zu wollen.

2. Verletzungen liegen vor, wenn Zwang angewendet wird, um Informationen zu erlangen, welche die betroffene Person in laufenden oder zu erwartenden Strafverfahren bzw. hinsichtlich einer im Sinne des Art. 6

Abs. 1 EMRK angeklagten Straftat belasten können. Die Selbstbelastungsfreiheit untersagt nicht per se den Gebrauch von Zwangsmitteln gegen die betroffene Person zur Erlangung von Informationen außerhalb des Kontextes von Strafverfahren. Verletzungen können aber auch aus der Verwendung von belastenden Informationen in späteren Strafverfahren resultieren, die außerhalb eines strafverfahrensrechtlichen Kontextes unter Zwang erlangt worden sind.

3. Obschon eine Verletzung des Schweigerechts und des Rechts, sich nicht selbst belasten zu müssen, auch infolge der Ausübung von Zwang vor der Einleitung eines Strafverfahrens vorliegen kann, muss – wenn keine Verwertung von erzwungenen Informationen gegen den Betroffenen erfolgt – hierfür ein konkreter und nicht nur hypothetischer Zusammenhang zwischen einer dem Betroffenen auferlegten Informationspflicht (hier: Pflicht des Fahrzeughalters zur Benennung des Fahrers als Beitrag zur Aufklärung eines bereits anonym verfolgten Straßenverkehrsvergehens) und der möglichen späteren Einleitung eines gegen ihn gerichteten Strafverfahrens bestehen (entschieden mit vier zu drei Stimmen).

460. BVerfG 2 BvR 564/95 – Beschluss vom 14. Januar 2004 (BGH/LG Bochum)

Erweiterter Verfall (keine pönale Funktion; vermögensordnende Funktion; präventive Funktion; keine Abschreckungsfunktion; Bruttoprinzip; Gewinnabschöpfung);

Rechtsstaatsprinzip (Schuldgrundsatz/nulla poena sine culpa; Unschuldsvermutung; Selbstbelastungsfreiheit/nemo tenetur se ipsum accusare; Bestimmtheitsgebot); Rückwirkungsverbot; Gleichbehandlungsgebot; verfassungsrechtlicher Begriff der Strafe; restriktive Auslegung des erweiterten Verfalls durch den Bundesgerichtshof (Willkürfreiheit; keine Verkenning der Bedeutung und Tragweite grundrechtlicher Gewährleistungen; Verhältnismäßigkeit); gesetzgeberische Wahlfreiheit bezüglich des Mittels zum Entzug rechtswidrig erlangter wirtschaftlicher Vorteile.

§ 73d StGB; Art. 1 Abs. 1 GG; Art. 2 Abs. 1 GG; Art. 20 Abs. 3 GG; Art 103 Abs. 2 GG; Art 14 Abs. 1 GG; Art 14 Abs. 2 GG; Art 3 Abs. 1 GG; Art. 6 EMRK; § 73a StGB; § 73c StGB; § 73e StGB; § 73 StGB; § 812 BGB; § 818 Abs. 3 BGB; § 818 Abs. 4 BGB; § 819 BGB; § 817 Satz 2 BGB.

1. Der erweiterte Verfall (§ 73d StGB) verfolgt nicht repressiv-vergeltende, sondern präventiv-ordnende Ziele und ist daher keine dem Schuldgrundsatz unterliegende strafähnliche Maßnahme. (BVerfG)

2. § 73d StGB verletzt die Unschuldsvermutung nicht. (BVerfG)

3. Die Annahme der deliktischen Herkunft eines Gegenstands im Sinne des § 73d Abs. 1 Satz 1 StGB ist gerechtfertigt, wenn sich der Tatrichter durch Ausschöpfung der vorhandenen Beweismittel von ihr überzeugt hat. (BVerfG)

4. Die vom Bundesgerichtshof gestellten Anforderungen an die richterliche Überzeugungsbildung, nach der keine Feststellungen über konkrete Herkunftstaten erforderlich sind und der Tatrichter nicht gehindert ist, sondern gehalten, die nachgewiesenen Anlasstaten in seine Überzeugungsbildung einzubeziehen, selbst wenn aus ihnen kein Gewinn erzielt worden sei (vgl. BGHSt 40, 371 ff.), sind von Verfassungen wegen nicht zu beanstanden. (Bearbeiter)

5. Die Regelung über den erweiterten Verfall nach § 73 d StGB enthält in der Auslegung des Bundesgerichtshofs eine sachgerechte Beschränkung der Eigentümerbefugnisse i.S.d. Art. 14 Abs. 1 S. 2 GG. Sie wahrt den Grundsatz der Verhältnismäßigkeit. (Bearbeiter)

6. Strafe im Sinne des Grundgesetzes ist die Auferlegung eines Rechtsnachteils wegen einer schuldhaft begangenen rechtswidrigen Tat. Sie ist - neben ihrer Aufgabe abzuschrecken und zu resozialisieren - eine angemessene Antwort auf strafrechtlich verbotenes Verhalten (vgl. BVerfGE 21, 378, 383; 95, 96, 140). Mit ihr wird ein rechtswidriges sozial-ethisches Fehlverhalten vergolten. Das dem Täter auferlegte Strafübel soll den schuldhaften Normverstoß ausgleichen; es ist Ausdruck vergeltender Gerechtigkeit (vgl. BVerfGE 9, 167, 171; 96, 10, 25). (Bearbeiter)

7. Dem Schuldgrundsatz unterliegen auch Sanktionen, die wie eine Strafe wirken (vgl. BVerfGE 22, 125, 131; 74, 358, 375 f.). Dies ist jedoch nicht schon dann der Fall, wenn die Sanktion mit einer Einbuße an Freiheit oder Vermögen verbunden ist und damit faktisch die Wirkung eines Übels entfaltet. Vielmehr sind bei der Beurteilung des pönalen Charakters einer Rechtsfolge weitere wertende Kriterien heranzuziehen, insbesondere der Rechtsgrund der Anordnung und der vom Gesetzgeber mit ihr verfolgte Zweck (vgl. BVerfGE 9, 137, 144 ff.; 80, 109, 120 ff.; Urteil des Zweiten Senats des Bundesverfassungsgerichts vom 5. Februar 2004 - 2 BvR 2029/01 - C. III. 2.). (Bearbeiter)

8. Die Unschuldsvermutung ist eine besondere Ausprägung des Rechtsstaatsprinzips. Sie muss in einem prozessordnungsgemäßen Verfahren widerlegt werden, bevor wegen eines Tatvorwurfs Entscheidungen getroffen werden, die die Feststellung von Schuld erfordern. Sie schützt den Beschuldigten vor Nachteilen, die Schuldspruch oder Strafe gleichkommen, denen aber kein rechtsstaatliches, prozessordnungsgemäßes Verfahren zur Schuldfeststellung und Strafbemessung vorausgegangen ist (vgl. BVerfGE 19, 342, 347 f.; 35, 311, 320; 74, 358, 369 ff.; 82, 106, 118 ff.). (Bearbeiter)

461. BVerfG 2 BvR 2043/03 (3. Kammer des Zweiten Senats) – Beschluss vom 20. April 2004 (LG Offenburg/AG Offenburg)

Unverletzlichkeit der Wohnung; Durchsuchung; Beschlagnahme; Richtervorbehalt (eigenverantwortliche Prüfung der Eingriffsvoraussetzungen; Begrenzung der Durchsuchungsbefehls; genaue Bezeichnung der Beweismittel; genaue Umschreibung des Tatvorwurfes); prozessuale Überholung (Prüfungsumfang des Beschwerdegerichtes; Möglichkeit der Nachbesserung); Verdacht der Steuerhinterziehung (Tafelgeschäfte als Bargeschäfte; Einlösung von Zinscoupons im Ausland; Anonymisierung).

Art. 13 Abs. 1 GG; Art. 13 Abs. 2 GG; Art. 8 EMRK; § 102 StPO; § 370 AO; § 152 StPO; § 94 StPO

1. Mängel bei der ermittlungsrichterlich zu verantwortenden Umschreibung des Tatvorwurfs und der zu suchenden Beweismittel bei einer Durchsuchungsanordnung können im Beschwerdeverfahren nicht geheilt werden. Die eigene Entscheidung des Beschwerdegerichtes kann die zuvor erledigte Vollziehung der Maßnahme nicht mehr beeinflussen, denn eine Nachbesserung der ermittlungsrichterlichen Durchsuchungsgestattung ist mit Blick auf dessen Umgrenzungsfunktion nicht mehr möglich. Hingegen können Defizite in der Begründung des zugrundeliegenden Tatverdachts und der Verhältnismäßigkeit der Maßnahme im Beschwerdeverfahren grundsätzlich nachgebessert werden.

2. Es ist auch in Betracht der Eingriffsintensität einer Wohnungsdurchsuchung verfassungsrechtlich nicht geboten, die Maßnahme vom Vorliegen eines erhöhten

Verdachtsgrads abhängig zu machen, wie er für andere Maßnahmen gilt. Eine erhöhte Wahrscheinlichkeit wie sie die akustische Wohnraumüberwachung nach Art. 13 Abs. 3 GG voraussetzt, verlangt die Wohnungsdurchsuchung gemäß Art. 13 Abs. 2 GG nicht.

3. Die bloße Inhaberschaft von Tafelpapieren und deren Einlieferung zur Verwahrung in ein Depot begründet für sich allein noch keinen Anfangsverdacht einer Straftat. Anders verhält es sich jedoch, wenn konkrete Hinweise auf eine gezielte Anonymisierung vorliegen (vgl. Beschluss der 3. Kammer des Zweiten Senats des Bundesverfassungsgerichts vom 1. März 2002 – 2 BvR 972/00 -, NStZ 2002, S. 371).

462. BVerfG 2 BvR 785/04 (3. Kammer des Zweiten Senats) – Beschluss vom 3. Mai 2004 (LG Hamburg)

Einstweilige Anordnung im Verfahren der Verfassungsbeschwerde (Subsidiarität; fehlende offensichtliche Unzulässigkeit und Unbegründetheit der Hauptsache; Verbot der Vorwegnahme der Hauptsache; Folgenabwägung); faires Verfahren (Terminierung der Hauptverhandlung im Strafprozess; Verhandlungsunfähigkeit; Abtrennung und vorläufige Einstellung des Verfahrens wegen Schwangerschaft der Angeklagten, Risikoschwangerschaft, Gefahr einer Frühgeburt); Schutz der werdenden Mutter; Recht auf Leben und körperliche Unversehrtheit.

Art. 6 Abs. 4 GG; Art. 2 Abs. 2 Satz 1 GG; Art. 2 Abs. 1 GG; Art. 20 Abs. 3 GG; § 32 Abs. 1 BVerfGG; § 205 StPO

1. Nach § 32 Abs. 1 BVerfGG kann das Bundesverfassungsgericht im Streitfall einen Zustand durch einstweilige Anordnung regeln, wenn dies zur Abwehr schwerer Nachteile oder aus einem anderen wichtigen Grund zum gemeinen Wohl dringend geboten ist. Dabei haben die Gründe, die für die Verfassungswidrigkeit des angegriffenen Hoheitsakts vorgetragen werden, grundsätzlich außer Betracht zu bleiben, es sei denn, die Verfassungsbeschwerde erweise sich von vornherein als unzulässig oder offensichtlich unbegründet.

2. Bei offenem Ausgang des Verfassungsbeschwerdeverfahrens muss das Bundesverfassungsgericht die Folgen, die eintreten würden, wenn eine einstweilige Anordnung nicht erginge, die Verfassungsbeschwerde aber Erfolg hätte, gegenüber den Nachteilen abwägen, die entstünden, wenn die begehrte einstweilige Anordnung erlassen würde, der Verfassungsbeschwerde aber der Erfolg zu versagen wäre (vgl. BVerfGE 85, 94, 95 f.; stRspr)

3. Zur Folgenabwägung bei einer Risikoschwangerschaft einer angeklagten Beschwerdeführerin.

Hervorzuhebende Entscheidungen des BGH

I. Materielles Strafrecht

1. Schwerpunkt Allgemeiner Teil des StGB

In dieser Ausgabe kein Eintrag.

2. Schwerpunkt Besonderer Teil des StGB

523. BGH 4 StR 377/03 – Urteil vom 4. März 2004 (LG Nürnberg)

BGHSt; gefährlicher Eingriff in den Straßenverkehr (Begriff des Straßenverkehrs und Verkehr auf einem Werksgelände bei Zutrittsbeschränkungen); gefährliche Körperverletzung (Hinterlist).

§ 315 b Abs. 1 StGB; § 315 c StGB; § 316 StGB; § 224 Abs. 1 Nr. 3 StGB

1. Auf einem Werksgelände findet kein Straßenverkehr im Sinne von § 315 b StGB statt, wenn der Zutritt lediglich Werksangehörigen und Personen mit individuell erteilter Erlaubnis möglich ist (im Anschluß an BGHSt 16, 7 f.). (BGHSt)

2. Der Begriff des Straßenverkehrs im Sinne des § 315 b StGB entspricht dem des StVG, der StVO und der StVZO und bezieht sich auf Vorgänge im öffentlichen Verkehrsraum. Nach ständiger Rechtsprechung ist ein Verkehrsraum dann öffentlich, wenn er entweder ausdrücklich oder mit stillschweigender Duldung des Verfügungsberechtigten für jedermann oder aber zumindest für eine allgemein bestimmte größere Personengruppe zur Benutzung zugelassen ist und auch so benutzt wird (vgl. BGHSt 16, 7, 9 f.). Umfasst werden demnach nicht nur Verkehrsflächen, die nach dem Wegerecht des Bundes und der Länder dem allgemeinen Straßenverkehr gewidmet sind, sondern auch solche, deren Benutzung durch eine nach allgemeinen Merkmalen bestimmte größere

Personengruppe ohne Rücksicht auf die Eigentumsverhältnisse am Straßengrund oder auf eine verwaltungsrechtliche Widmung durch den Berechtigten ausdrücklich oder faktisch zugelassen wird. (Bearbeiter)

3. Es nimmt der Verkehrsfläche nicht den Charakter der Öffentlichkeit, wenn für die Zufahrt mit Fahrzeugen eine Parkerlaubnis oder für die Nutzung ein Entgelt verlangt wird. Für die Beurteilung, ob eine auf einem Betriebsgelände gelegene Verkehrsfläche dem öffentlichen Verkehrsraum zuzurechnen ist, kommt den äußeren Gegebenheiten, die einen Rückschluss auf das Vorhandensein und den Umfang der Gestattung bzw. Duldung des allgemeinen Verkehrs durch den Verfügungsberechtigten zulassen, maßgebliche Bedeutung zu. (Bearbeiter)

4. Hinterlist setzt voraus, dass der Täter planmäßig in einer auf Verdeckung seiner wahren Absicht berechneten Weise vorgeht, um dadurch dem Gegner die Abwehr des nicht erwarteten Angriffs zu erschweren und die Vorbereitung auf die Verteidigung nach Möglichkeit auszuschließen (vgl. BGHR StGB § 223 a Abs. 1 Hinterlist 1 m.w.N.); es reicht nicht aus, wenn der Täter für den Angriff lediglich das Überraschungsmoment ausnutzt. (Bearbeiter)

513. BGH 4 StR 43/04 – Urteil vom 29. April 2004 (LG Saarbrücken)

Landfriedensbruch (Angriff bestimmter Personen als Repräsentanten eines Personenkreises); gefährliche Körperverletzung (das Leben gefährdende Behandlung).
§ 125 Abs. 1 StGB; § 224 Abs. 1 Nr. 5 StGB

1. Sind die Tathandlungen des § 125 Abs. 1 StGB gegen bestimmte Personen gerichtet oder tritt nur an einzelnen Personen ein Schaden auf, so genügt es, wenn diese als Repräsentanten eines Personenkreises angegriffen werden, weil solche Gewalthandlungen nicht nur das Sicherheitsgefühl der unmittelbar betroffenen, sondern einer Vielzahl von Personen beeinträchtigen und zu einer Gefährdung der öffentlichen Sicherheit führen (vgl. BGH NStZ 1993, 538).

2. Nach § 224 Abs. 1 Nr. 5 StGB braucht die Behandlung das Leben nicht konkret zu gefährden; es genügt, dass die Art der Behandlung nach den Umständen des Einzelfalles dazu geeignet ist (vgl. BGHSt 2, 160, 163; BGH NStZ-RR 1997, 67). Tritte mit dem beschuhten Fuß und Schläge mit Knüppeln gegen den Kopf und den Oberkörper stellen eine das Leben gefährdende Behandlung dar, wenn sie nach der Art der Ausführung der Verletzungshandlungen zu lebensgefährlichen Verletzungen

führen können (vgl. BGHSt 2, 160, 162 f.; 19, 352).

529. BGH 4 StR 577/03 – Beschluss vom 14. April 2004 (LG Saarbrücken)

Mord aus niedrigen Beweggründen (subjektive Komponente des Mordmerkmals; Erörterungspflicht bei festgestellten Persönlichkeitsmängeln).
§ 211 Abs. 2 StGB; § 212 StGB; § 21 StGB

Nach der Rechtsprechung des Bundesgerichtshofs ist für die Annahme des Mordmerkmals der niedrigen Beweggründe unerlässlich, dass dem Täter bei der Tat die Einsicht in die Niedrigkeit seiner Beweggründe aufgrund seiner geistig-seelischen Verfassung nicht versperrt ist (BGH StV 2004, 205 m.w.N.). Dabei ist bei der gebotenen Gesamtbetrachtung auch zu erörtern, ob festgestellte Persönlichkeitsmängel, die – auch wenn sie den Grad erheblich verminderter Schuldfähigkeit nicht erreichten – gegen das Vorliegen der subjektiven Voraussetzungen des Mordmerkmals sprechen (vgl. BGH StV 2004, 205; BGHR StGB § 211 Abs. 2 niedrige Beweggründe 24). Bei einer affektiv geprägten, sich aus der Situation entwickelnden Tat muss ein Gericht diese Prüfung besonders sorgfältig vornehmen (BGH NStZ 2001, 87).

512. BGH 4 StR 35/04 – Beschluss vom 30. März 2004 (LG Hagen)

Räuberischer Angriff auf Kraftfahrer (Begriff des Fahrzeugführers).
§ 316a StGB

„Führer“ eines Kraftfahrzeugs im Sinne des § 316 a StGB ist nur, wer das Fahrzeug in Bewegung zu setzen beginnt, es in Bewegung hält oder allgemein mit dem Betrieb des Fahrzeugs und/oder der Bewältigung von Verkehrsvorgängen beschäftigt ist. Das ist regelmäßig nicht mehr der Fall, wenn das Fahrzeug aus anderen als verkehrsbedingten Gründen anhält und der Fahrer den Motor ausstellt.

514. BGH 4 StR 48/04 – Beschluss vom 22. April 2004 (LG Bielefeld)

Minder schwerer Fall des Totschlags (Provokation); Strafzumessung (Doppelverwertung der Tatbegehung).
§ 213 StGB; § 212 StGB; § 46 Abs. 3 StGB

Eine Motivlage, bei welcher andere tatauflösende Umstände den Zorn infolge einer schweren Beleidigung in eine lediglich untergeordnete Rolle verdrängt haben, wird nicht von der 1. Alternative des § 213 StGB erfasst (BGH StV 1983, 60, 61).

II. Strafzumessungs- und Maßregelrecht

526. BGH 5 StR 588/03 – Beschluss vom 4. Mai 2004 (LG Düsseldorf)

Absehen von Strafe infolge rechtsstaatswidriger Verfahrensverzögerung (mittelbare Folgen der Tat; Würdigung sämtlicher strafzumessungsrelevanter Gesichtspunkte);

Recht auf Verfahrensbeschleunigung (Beschleunigungsgebot; Strafzumessungslösung: Kompensation unter Einbeziehung der besonderen gesundheitlichen Folgen für den Angeklagten; Einstellung in ganz besonderen Ausnahmefällen); Verjährung (keine Modifizierung der Voraussetzungen zur Sanktionierung rechtsstaatswidriger Verfahrensverzögerungen).

Art. 6 Abs. 1 Satz 1 EMRK; Art. 20 Abs. 3 GG; Art. 2 Abs. 1 GG; § 46 StGB; § 60 StGB; § 78 StGB

1. Bei den im Interesse der Rechtssicherheit zwangsläufig starren Grenzen der Verjährungsregelungen kommt es nicht darauf an, inwieweit das Verfahren innerhalb der für die Prüfung der Verjährung erheblichen Abschnitte auch tatsächlich gefördert wurde. Im Rahmen der insoweit maßgeblichen Höchstfristen reicht es aus, wenn die notwendigen Unterbrechungshandlungen erfolgt sind und mithin der Eintritt der Verjährung wirksam immer wieder unterbrochen werden konnte.

2. Eklatanten Verzögerungen durch die Strafverfolgungsbehörden ist nicht dadurch Rechnung zu tragen, dass die gesetzlich festgelegten Verjährungsvoraussetzungen modifiziert werden müssten. Vielmehr ist nach den von der Rechtsprechung zur so genannten rechtsstaatswidrigen Verfahrensverzögerung entwickelten Grundsätzen ein Ausgleich auf der Ebene der Strafzumessung zu suchen; in ganz besonderen Ausnahmefällen kommt auch die Einstellung des Verfahrens aufgrund eines dann anzunehmenden Verfahrenshindernisses in Betracht (vgl. BVerfG NJW 2003, 2225 ff.; 2228 f. und 2897; EGMR EuGRZ 1983, 371 ff.).

3. Ob eine mit dem Rechtsstaatsgebot des Grundgesetzes und mit Art. 6 Abs. 1 MRK nicht in Einklang stehende Verfahrensverzögerung vorliegt, bestimmt sich nach den Umständen des Einzelfalles, die in einer umfassenden Gesamtwürdigung gegeneinander abgewogen werden müssen (vgl. BGHSt 46, 159, 169 ff.). Solche in die Gesamtwürdigung einzubeziehenden Gesichtspunkte sind etwa der durch die Justiz verursachte Zeitraum der Verfahrensverlängerung, die Gesamtdauer des Verfahrens, die Schwere des Tatvorwurfs, der Umfang und die Schwierigkeit des Verfahrensgegenstands sowie das Ausmaß der mit der Dauer des schwebenden Verfahrens für den Betroffenen verbundenen besonderen Belastungen. (Bearbeiter)

4. Die mit der Dauer des Verfahrens verbundenen besonderen Belastungen des Beschuldigten sind ein ganz wesentlicher Gesichtspunkt im Rahmen der kompensatorischen Strafzumessung (vgl. BVerfG NJW 2003, 2225, 2226). Neben der Verzögerung durch die Untätigkeit der Strafverfolgungsbehörden muss insbesondere ersichtlich verfahrensbedingten gesundheitlichen Beeinträchtigungen im Rahmen der kompensatorischen Strafzumessung entscheidendes Gewicht beigemessen werden.

5. Mittelbare (hier erst durch die Strafverfolgung bewirkte) Folgen der Tat können die Anwendung des § 60 StGB begründen.

6. Bei der Prüfung der Voraussetzungen des § 60 StGB dürfen sämtliche strafzumessungsrelevante Gesichtspunkte nochmals gewürdigt werden, das Doppelverwertungsverbot des § 50 StGB gilt insoweit nicht (vgl. BGHSt 27, 298, 299 f.). Auch die für die kompensatorische Strafzumessung maßgeblichen Gesichtspunkte können bei der Bestimmung der (hypothetischen) Strafe einbezogen werden.

528. BGH 4 StR 576/03 – Urteil vom 8. April 2004 (LG Saarbrücken)

Strafschärfende Berücksichtigung von Angriffen auf die Glaubwürdigkeit eines Belastungszeugen (Verteidigungsrecht; Konfrontationsrecht; Fragerecht; Ehrenschutz; Meinungsfreiheit; Differenzierung im Einzelfall: Einfluss der konkreten Verfahrenssituation).

Art. 6 Abs. 3 lit. d EMRK; Art. 10 EMRK; Art. 5 GG; § 46 StGB; § 193 StGB

1. Das Prozessverhalten eines Angeklagten, mit dem er den Angaben eines Belastungszeugen entgegentritt, darf bei der Strafzumessung nicht ohne weiteres zu seinen Lasten berücksichtigt werden (vgl. BGHR StGB § 46 Abs. 2 Verteidigungsverhalten 4). Dies macht entsprechende klarstellende Ausführungen des Tatgerichts erforderlich.

2. Nach ständiger Rechtsprechung darf ein Angeklagter im Rahmen seiner Verteidigung einen Belastungszeugen als unglaubwürdig hinstellen, ohne für den Fall des Misserfolgs schon deshalb eine schärfere Bestrafung befürchten zu müssen. Jedoch kann im Einzelfall ein Angriff des Angeklagten auf die Glaubwürdigkeit des Belastungszeugen strafschärfendes Gewicht erlangen, wenn er die Grenze angemessener Verteidigung eindeutig überschreitet und sein Vorbringen eine selbständige Rechtsgutsverletzung enthält. Hinweise auf eine besondere Rechtsfeindschaft oder Gefährlichkeit oder eine hiernach unzulässige Herabwürdigung des Zeugen können allein dem Umstand, dass der Angeklagte den Zeugen der Lüge bezichtigt hat, nicht ohne weiteres entnommen werden (vgl. BGH StV 1994, 424). Inwieweit solche Angriffe, die die Ehre eines Zeugen berühren, erlaubt sind, beurteilt sich nach § 193 StGB (vgl. BGHSt 14, 48, 51; BGH StV 1985, 146, 147).

3. Bei der Beurteilung der Grenzen zulässigen Verteidigungsverhaltens können die Umstände des Einzelfalles nicht außer Betracht bleiben. Dabei ist insbesondere zu berücksichtigen, ob es angesichts der konkreten Verfahrenssituation (vgl. BVerfG NJW 1991, 29), aus der Sicht des Angeklagten erforderlich erscheinen kann, seiner bestreitenden Einlassung dadurch besondere Überzeugungskraft zu verleihen, dass er den Belastungszeugen der Lüge bezichtigte. Dass er sich dazu einer scharfen Ausdrucksweise bediente, rechtfertigt für sich regelmäßig noch keine andere Bewertung, wenn sich der Vorwurf gegen einen Zeugen auf die Aussage zur verfahrensgegenständlichen Tat bezieht und nicht etwa einen vom maßgeblichen „Streitstoff“ losgelösten allgemeinen

Angriff auf die Ehre des Zeugen beinhaltet (vgl. BVerfG NJW 1991, 2074, 2076).

494. BGH 3 StR 113/04 - Beschluss vom 22. April 2004 (LG Lübeck)

Strafzumessung (Anwendung des Doppelverwertungsverbot auf Regelbeispiele).

§ 177 Abs. 2 StGB; 46 Abs. 3 StGB

Die gesetzlichen Merkmale von Regelbeispielen sind Tatbestandsmerkmalen soweit angenähert, dass sie als „Merkmale des gesetzlichen Tatbestandes“ im Sinne von § 46 Abs. 3 StGB anzusehen sind. Ihr Vorliegen darf daher im Rahmen der Strafzumessung im engeren Sinne, also innerhalb des zutreffend gewählten Straffrahmens des Regelbeispiels, nicht nochmals strafscharfend berücksichtigt werden (Doppelverwertungsverbot).

III. Strafverfahrensrecht (mit GVG)

531. BGH 5 StR 11/04 – Beschluss vom 20. April 2004 (LG Berlin)

BGHR; Unwirksamkeit eines sofort nach der Urteilsverkündung erklärten Rechtsmittelverzichts (Zustandekommen des Rechtsmittelverzichts: unzulässige Willensbeeinflussung, keine heilende Mitwirkung des Verteidigers bei einer unsachgemäßen Ankündigung der Staatsanwalt, die sich das Gericht zueigen macht, unsachgemäßer Haftantrag); Verfahrensabsprache (Beweiswürdigung: gebotene Feststellungen bei einer Verständigung, „schlankes Geständnis“; Protokollierungspflicht; Gebot der Konnexität; gescheiterte Absprache); Erstreckung der Urteilsaufhebung auf Nichtrevidenten (kein Vorrang der Sachrüge).

Art. 6 Abs. 1 Satz 1 EMRK; § 370a AO; § 357 StPO; Vor § 1 StPO; § 261 StPO; § 268b StPO; § 302 Abs. 2 Satz 1 StPO

1. Unwirksamkeit eines sofort nach Urteilsverkündung erklärten Rechtsmittelverzichts des Angeklagten, auf den der Staatsanwalt mit der Ankündigung eines unsachgemäßen Haftantrages für den Weigerungsfall gedrängt hatte. (BGHR)

2. Ein Rechtsmittelverzicht kann sich auf Grund der Art und Weise seines Zustandekommens im Ausnahmefall als unwirksam erweisen (vgl. BGHSt 45, 51, 53). (Bearbeiter)

3. Eine Verfahrensabsprache darf nicht die Zusage eines Rechtsmittelverzichts zum Bestandteil haben (BGHSt 43, 195, 204 f.; 45, 227, 230 f.). (Bearbeiter)

4. Die nach § 268b StPO mit Urteilsverkündung zu treffende Haftentscheidung darf grundsätzlich nicht von der Rechtskraft eines Urteils abhängen, soweit dabei über die Fortdauer der Untersuchungshaft wegen Fluchtgefahr bzw. über eine Außervollzugsetzung der aus diesem Grunde angeordneten Untersuchungshaft zu entscheiden ist. Regelmäßig besteht kein tragfähiger Grund, einem Angeklagten, der die Überprüfung einer gegen ihn ergangenen landgerichtlichen Verurteilung zu einer zu vollstreckenden Freiheitsstrafe mit dem Rechtsmittel der Revision erstrebt, eine Außervollzugsetzung der wegen Fluchtgefahr angeordneten Untersuchungshaft etwa zu

versagen, die ihm ohne ein solches zulässiges Rechtsmittel gewährt werden könnte. (Bearbeiter)

5. Ein bloßer Verurteilungskonsens reicht auch nach einer Verständigung als Basis für eine Verurteilung mit tragfähigem Schuldspruch selbstverständlich nicht aus. (Bearbeiter)

6. Die Möglichkeit der Erstreckung einer Urteilsaufhebung auf die Nichtrevidenten nach § 357 StPO im Fall einer sachlich-rechtlich begründeten Urteilsaufhebung führt nicht zum Vorrang der Sachrüge gegenüber der Verfahrensrüge. (Bearbeiter)

471. BGH 2 StR 39/04 - Beschluss vom 14. April 2004 (LG Bonn)

Grundsatz des fairen Verfahrens (gescheiterte Verfahrensabsprache: Überschreitung des in Aussicht gestellten Strafmaßes; Verständigung; Vertrauensgrundlage); Hinweispflicht; Beweisaufnahme; Erforschung der Wahrheit. Art. 6 Abs. 1 EMRK; Art. 20 Abs. 3 GG; Art. 2 Abs. 1 GG; § 265 StPO

1. Verständigen sich die Verfahrensbeteiligten während der Hauptverhandlung auf eine bestimmte Höchststrafe unter der Voraussetzung, dass der Angeklagte die ihm vorgeworfenen Taten einräumt, so ist das Gericht an die gegebene Strafobergrenze zwar nicht gebunden, wenn es aufgrund des Ergebnisses der weiteren Beweisaufnahme zu der Auffassung gelangt, dass die Einlassung des Angeklagten den Anforderungen an ein glaubhaftes Geständnis nicht genügt. Will der Tatrichter aber unter diesen Umständen die mitgeteilte Strafobergrenze überschreiten, so ist er zu einem ausdrücklichen Hinweis an den Angeklagten verpflichtet (BGHSt 36, 210, 212; 38, 102, 105; 42, 46, 49; BGH 1 StR 147/01 - Beschluss vom 26.9.2001 = NSTz 2002, 219; BGH 4 StR 472/02 - Beschluss vom 21. 1. 2003 = NJW 2003, 1404).

2. Eine später durchgeführte Beweisaufnahme lässt die durch die Verständigung geschaffene Vertrauensgrundlage nicht entfallen, da der Tatrichter auch bei einem Geständnis zur Erforschung der Wahrheit verpflichtet ist, so dass die Beweisaufnahme als solche nicht erkennen lässt, dass das Gericht die Verständigung für gescheitert hält.

Verhängt daher das Gericht eine höhere Strafe als die im Rahmen der Verständigung angekündigte, ohne gem. § 265 StPO vorher auf diese Möglichkeit hinzuweisen, so verstößt es gegen den Grundsatz des fairen Verfahrens.

488. BGH 2 StR 146/03 - Urteil vom 27. Februar 2004 (LG Bonn)

Fragerecht des Angeklagten als Teil des fair-trial-Grundsatzes (Gesamtbetrachtung der Verfahrensfairness); Zulässigkeit der Verfahrensrüge (Mitteilung der den Fehler enthaltenden Tatsachen, Bezugnahme auf Schriftstücke); letztes Wort (Wiedereintritt in die Beweisaufnahme); Bescheidung von Beweisanträgen; Tateinheit (individuelle Bestimmung für jeden Mittäter); Strafzumessung (Gesamtstrafenbildung; fehlerhafte Beurteilung der Konkurrenzen; Beruhen); Einziehung von Vermögenswerten juristischer Personen (Straftat des faktischen Geschäftsführers); Ablehnung eines Antrages auf Videovernehmung.

Art. 6 Abs. 1 EMRK; Art. 6 Abs. 3 Buchst. d EMRK; § 258 Abs. 2 StPO; § 258 Abs. 3 StPO; § 244 Abs. 6 StPO; § 337 StPO; § 52 StGB; § 247 a Satz 1 2. Halbsatz StPO; § 244 Abs. 2 StPO; § 247 a Satz 1 2. Halbsatz StPO

1. Die Zeugenvernehmung hat nach Art. 6 Abs. 3 Buchstabe d EMRK grundsätzlich in öffentlicher Verhandlung mit dem Ziel einer kontradiktorischen Erörterung zu erfolgen (vgl. BGHSt 46, 93, 93 ff). Dies schließt aber die Verwertung von Aussagen, die im Vorverfahren oder sonst außerhalb der Hauptverhandlung gemacht wurden, nicht aus, wenn dem Angeklagten eine angemessene und geeignete Gelegenheit gegeben wird, den Zeugen selbst zu befragen oder befragen zu lassen. Dies kann entweder zu dem Zeitpunkt, in dem der Zeuge seine Aussage macht, oder in einem späteren Verfahrensstadium geschehen.

2. Das Fragerecht leitet sich aus dem Grundsatz des fair trial ab, so dass es für die Prüfung seiner Verletzung auf die Gesamtheit des Verfahrens ankommt. Ein Konventionsverstoß liegt nicht vor, wenn die Verteidigungsrechte, deren Verletzung geltend gemacht wird, insgesamt angemessen gewahrt wurden.

3. Dem Angeklagten ist nur dann erneut das letzte Wort (§ 258 Abs. 2 StPO) zu gewähren, wenn nach dem ihm bereits einmal gewährten letzten Wort wieder in die Beweisaufnahme eingetreten wurde oder wenn Anträge mit den Prozessbeteiligten erörtert wurden.

4. Für den Wiedereintritt in die Beweisaufnahme ist der subjektive Wille des Gerichts maßgeblich und nicht, ob ein Beweisantrag gestellt wurde, der objektiv die Entscheidung zu beeinflussen geeignet gewesen wäre.

5. Der Tatrichter ist verpflichtet, Beweisanträge bis zum Beginn der Urteilsverkündung, also auch nach abgeschlossener Urteilsberatung, entgegenzunehmen und zu bescheiden (§ 244 Abs. 6 StPO).

6. Die Frage nach Tateinheit oder Tatmehrheit ist für jeden Mittäter individuell nach seinen Tatbeiträgen zu entscheiden.

7. Legt der Tatrichter seiner Gesamtstrafenbildung den zutreffenden Unrechts- und Schuldgehalt der abgeurteilten Taten zugrunde, so ist eine unterschiedliche rechtliche Beurteilung des Konkurrenzverhältnisses durch das Revisionsgericht kein maßgebliches Kriterium für die Strafzumessung. Nimmt also das tatrichterliche Urteil hinsichtlich bestimmter Einzeltaten rechtfehlerhaft Tateinheit an, während zutreffend von Tateinheit auszugehen ist, so gefährdet dies allein den Bestand der Gesamtstrafenbildung nicht.

509. BGH 1 StR 354/03 – Urteil vom 30. März 2004 (LG Waldshut)

Freie Beweiswürdigung beim Freispruch (Vergewaltigung; in dubio pro reo; Zweifelsgrundsatz; Erörterungsmangel; Überspannung der tatrichterlichen Überzeugungsbildung; Wiedererkennung; Unsicherheiten und Beweiswert; widerrufenes Geständnis); ne bis in idem (Strafklagebrauch; keine Tatsachenbindung bei Rechtskraft); gesetzlicher Richter (Verweis an ein anderes Landgericht nach zweifacher Aufhebung wegen Mängeln hinsichtlich der Beweiswürdigung).

Art. 103 Abs. 3 GG; Art. 101 Abs. 1 Satz 2 GG; Art. 6 Abs. 1 Satz 1, Abs. 2 EMRK; § 261 StPO; § 177 Abs. 2 StGB; § 354 Abs. 2 StPO

1. Der Tatrichter ist gehalten, sich mit den von ihm festgestellten Tatsachen unter allen für die Entscheidung wesentlichen Gesichtspunkten auseinanderzusetzen, wenn sie geeignet sind, das Beweisergebnis zu beeinflussen. Eine Beweiswürdigung, die über schwerwiegende Verdachtsmomente ohne Erörterung hinweggeht, ist rechtsfehlerhaft (BGH NStZ 2002, 656, 657). Liegen mehrere Beweisanzeichen vor, so genügt es nicht, sie jeweils einzeln abzuhandeln. Auf solche einzelnen Indizien ist der Grundsatz „in dubio pro reo“ nicht isoliert anzuwenden. Das einzelne Beweisanzeichen ist vielmehr mit allen anderen Indizien in eine Gesamtwürdigung einzustellen. Erst die Würdigung des gesamten Beweisstoffes entscheidet letztlich darüber, ob der Richter die Überzeugung von der Schuld des Angeklagten und den sie tragenden Feststellungen gewinnt. Auch wenn keine der Indizien für sich allein zum Nachweis der Täterschaft des Angeklagten ausreichen würde, besteht die Möglichkeit, dass sie in ihrer Gesamtheit dem Tatrichter die entsprechende Überzeugung vermitteln können (BGH NStZ-RR 2000, 45).

2. Der Zweifelsatz ist nicht schon auf das einzelne Indiz, sondern erst bei der abschließenden Überzeugungsbildung aufgrund der gesamten Beweislage anzuwenden. Erachtet ein Gericht wesentliche Beweisanzeichen für die Täteridentifikation jeweils einzeln unter Zugrundelegung des Zweifelsatzes als „nicht völlig zwingend“ und deshalb als nicht überzeugend, bevor es die erforderliche

Gesamtwürdigung vornimmt, lässt dies besorgen, dass es bei der Gesamtwürdigung solche Indizien nicht hinreichend einbezogen hat, denen es für sich gesehen keinen „zwingenden“ Beweiswert beigemessen hat.

3. Für die Beantwortung der Schuldfrage kommt es allein darauf an, ob der Tatrichter die Überzeugung von einem bestimmten Sachverhalt erlangen kann oder nicht. Der Begriff der Überzeugung schließt die Möglichkeit eines anderen, auch gegenteiligen Sachverhalts nicht aus; vielmehr gehört es gerade zu ihrem Wesen, dass sie sehr häufig objektiv möglichen Zweifel ausgesetzt bleibt. Der Tatrichter ist aber nicht gehindert, an sich mögliche, wenn auch nicht zwingende Folgerungen aus bestimmten Tatsachen zu ziehen. Sie müssen allerdings tragfähig sein (BGHSt 10, 208, 209 f.; 41, 376, 380).

4. Ein rechtskräftiger Freispruch verbraucht die Strafklage und steht fortan einer Sanktionierung wegen der nämlichen Tat entgegen. Eine Tatsachenbindung gehört aber nicht zum Wesen der Rechtskraft (vgl. BGHSt 43, 106, 108 f.).

507. BGH 1 StR 14/04 – Beschluss vom 20. April 2004 (LG Rottweil)

Ausnahmsweise unwirksamer Rechtsmittelverzicht (Verhandlungsfähigkeit: Begriff und Klärung im Freibeweis; keine Geltung von in dubio pro reo).

§ 302 Abs. 1 Satz 1 StPO

1. Verhandlungsfähigkeit ist die Fähigkeit, in oder außerhalb der Verhandlung seine Interessen vernünftig wahrzunehmen, die Verteidigung in verständiger Weise zu führen, Prozesserkklärungen abzugeben und entgegenzunehmen. Sie wird in der Regel nur durch schwere körperliche oder seelische Mängel ausgeschlossen; auf die Geschäftsfähigkeit im Sinne des bürgerlichen Rechts kommt es nicht an (BGH NStZ 1983, 280).

2. Ob Verhandlungsunfähigkeit in diesem Sinne vorliegt, ist im Wege des Freibeweises zu prüfen; der Grundsatz 'in dubio pro reo' gilt hier nicht. Wenn das Tatgericht keinen Zweifel an der Verhandlungsfähigkeit des Angeklagten hatte und solche auch von der Verteidigung nicht geltend gemacht worden sind, so kann diese grundsätzlich auch vom Revisionsgericht ohne Bedenken bejaht werden (vgl. BGH NStZ 1984, 181; BGHR StPO § 302 Abs. 1 Satz 1 Rechtsmittelverzicht 16).

3. Ein die Verhandlungsfähigkeit ausschließender Ausnahmefall liegt nicht schon allein in der Tatsache, dass der Angeklagte zum Zeitpunkt der Abgabe einer Erklärung (Rechtsmittelverzicht) emotional aufgewühlt war.

505. BGH 1 StR 101/04 – Beschluss vom 1. April 2004 (LG Coburg)

Darlegungsanforderungen bei der Rüge einer durch einen Beweisanspruch eingeforderten zu unrecht unterlassenen Beweiserhebung (Vortrag von Negativtatsachen; konkrete Auseinandersetzung mit den Ausführungen des Urteils; Sachverständigenbeweis); Zurückweisung eines

ergänzenden Vortrages wegen Verletzung der Begründungsfrist.

§ 244 Abs. 3, Abs. 4 StPO; § 344 Abs. 2 Satz 2 StPO; § 345 Abs. 1 Satz 1 StPO

Es entspricht nicht den Anforderungen von § 344 Abs. 2 Satz 2 StPO an eine zulässige Verfahrensrüge, wenn eine Rüge der entgegen einem erhobenen Beweisanspruch zu unrecht unterlassenen Beweiserhebung (hier: Vernehmung eines Sachverständigen) sich nicht mit Ausführungen des Urteils auseinandersetzt, die auf eine Beachtung des Beweisanspruches schließen lassen können (gebotene konkrete Auseinandersetzung mit Umständen, die gegen die Richtigkeit des Revisionsvorbringens sprechen).

540. BGH 5 StR 540/03 – Urteil vom 21. April 2004 (LG Würzburg)

Beweiswürdigung und Urteilsgründe bei Freispruch (Darlegung der erwiesenen Tatsachen; Überprüfbarkeit durch das Revisionsgericht); Strafzumessung bei in mehreren Einzelakten begangenen Vermögensstraftaten (Schätzung; Verteilung des festgestellten Gesamtschadens auf diese Einzelakte nach dem Grundsatz in dubio pro reo); Recht auf Verfahrensbeschleunigung (Beschleunigungsgebot; Berechnung nach der Aburteilung; Kompensation und allgemeine Milderung wegen der langen Dauer zwischen Tatbegehung und Tataburteilung); Strafzumessung und Schwarzarbeit; Strafaussetzung zur Bewährung (keine Ausnahme für bestimmte Delikte).

§ 267 StPO; § 261 StPO; § 263 StGB; § 266 StGB; § 266a StGB; Art. 6 Abs. 1 Satz 1 EMRK; Art. 20 Abs. 3 GG; Art. 2 Abs. 1 GG; § 46 StGB

1. Die Begründung eines Freispruchs muss so abgefasst sein, dass das Revisionsgericht prüfen kann, ob dem Tatrichter Rechtsfehler unterlaufen sind, insbesondere, ob der den Entscheidungsgegenstand bildende Sachverhalt erschöpfend gewürdigt ist (BGHR StPO § 267 Abs. 5 Freispruch 5). Dabei muss sie insbesondere mitteilen, welche Tatsachen das Tatgericht nach der Beweisaufnahme hinsichtlich des in Rede stehenden Tatvorwurfs für erwiesen erachtet.

2. Bei der Beurteilung, ob ein durch kompensatorische Strafzumessung zu berücksichtigender Verstoß gegen Art. 6 Abs. 1 MRK vorliegt, kommt es auf die Bekanntgabe des Schuldvorwurfes und nicht auf die Beendigung der Tat an (vgl. BGHR StGB § 46 Abs. 2 Verfahrensverzögerung 3). Der lange zeitliche Abstand zwischen Tat und Urteil kann freilich zu einem eigenständigen wesentlichen Strafzumessungsgesichtspunkt führen, jedoch außerhalb der kompensatorischen Strafzumessung (vgl. BGHR StGB § 46 Abs. 2 Verfahrensverzögerung 13).

504. BGH 3 StR 428/03 - Urteil vom 22. April 2004 (LG Itzehoe)

Absoluter Revisionsgrund (Öffentlichkeit des Verfahrens; formale Verletzung der Begründungsvorschriften); Zweckbestimmung eines Gebäudes als Wohnhaus (Entwidmung); Bindung des Richters an das Gesetz (Zusage

einer Höchststrafe; richterlicher Hinweis; Veränderung des rechtlichen Gesichtspunkts).

§ 338 Nr. 6 StPO; § 306 a Abs. 1 Nr. 1 StGB; Art. 97 Abs. 1 GG; § 265 StPO

1. Nicht jede formale Verletzung der Vorschriften über die Begründung des Ausschlusses der Öffentlichkeit - etwa eine formelhafte Begründung, die lediglich aus dem Zitat der angewendeten Vorschriften besteht - stellt einen absoluten Revisionsgrund im Sinne des § 338 Nr. 6 StPO dar. Eine solche, für sich betrachtet unzulängliche Begründung des Beschlusses kann dann unschädlich sein, wenn seine Gründe im einzelnen und die Reichweite des Ausschlusses für alle Verfahrensbeteiligten offenkundig waren.

2. Die Zweckbestimmung eines Gebäudes als Wohnung von Menschen im Sinne von § 306 a Abs. 1 Nr. 1 StGB entfällt, wenn sie von allen Bewohnern aufgegeben wird („Entwidmung“; st. Rechtsprechung). Die Aufgabe als Wohnung bedarf dabei keines formalen Aktes und kann auch in einem Einverständnis mit der Brandlegung enthalten sein.

3. Das unfreiwillige Verlassen des Gebäudes, gegebenenfalls unter Mitnahme von Habe, wird zur Aufgabe der Zweckbestimmung, als Wohnung von Menschen zu dienen, nicht ausreichen (obiter dictum).

4. Aufgrund der Bindung des Richters an das Gesetz ist kein Raum für eine Strafzumessung, die den gesetzlichen Strafraum verlässt. Dies gilt auch dann, wenn dem Angeklagten zuvor „signalisiert“ wurde, ein bestimmtes Strafmaß nicht zu überschreiten. In diesen Fällen kann jedoch ein richterlicher Hinweis gem. § 265 StPO geboten sein.

490. BGH 2 StR 436/03 - Urteil vom 7. April 2004 (LG Trier)

Anwesenheitsrecht des Angeklagten; wesentlicher Teil der Hauptverhandlung (förmliche Augenscheinseinnahme); absoluter Revisionsgrund (Beruhen; auszuschließender Einfluss eines Verfahrensfehlers).

§ 338 Nr. 5 StPO; § 247 Satz 2 StPO

1. Eine förmliche Augenscheinseinnahme darf nicht in Abwesenheit des Angeklagten erfolgen, denn es handelt sich dabei um einen wesentlichen Teil der Hauptverhandlung, von dem er nicht nach § 247 StPO ausgeschlossen werden darf.

2. Wird der Angeklagte entgegen § 247 StPO von einem wesentlichen Teil der Hauptverhandlung ausgeschlossen, so stellt dies nur insoweit einen absoluten Revisionsgrund im Sinne des § 338 Nr. 5 StPO dar, als nicht auszuschließen ist, dass der Verfahrensfehler einen Einfluss auf die Entscheidung des Gerichts hatte.

IV. Wirtschaftsstrafrecht und Nebengebiete

492. BGH 3 StR 28/04 - Urteil vom 22. April 2004 (LG Hannover)

Unerlaubtes Handeltreiben mit Betäubungsmitteln (Bande); erweiterter Verfall.

§ 30 Abs. 1 Nr. 1 BtMG; § 73 d StGB

1. Unerlaubtes Handeltreiben mit Betäubungsmitteln als Mitglied einer Bande (§ 30 Abs. 1 Nr. 1 BtMG) setzt voraus, dass sich mindestens drei Personen mit dem Willen zusammengeschlossen haben, künftig für eine gewisse Dauer mehrere selbständige, im einzelnen noch

ungewisse Taten des Betäubungsmittelhandels zu begehen (Fortsetzung von BGHSt 46, 321, 325).

2. Zur Bestimmung, ob sich mehrere Personen zu einer Bande zusammengeschlossen haben, die untereinander Betäubungsmittel gegen Geld austauschen, kommt es maßgeblich darauf an, ob sie als Mitglieder derselben Vertriebsorganisation mit Betäubungsmitteln handeln oder sich als Verkäufer und Abnehmer wirtschaftlich gegenüberstehen. Hierzu kann die Aufklärung der Geldflüsse zwischen den Beteiligten Hinweise geben.

Aufsätze und Entscheidungsanmerkungen

Zur Notwendigkeit der Präzisierung des Merkmals der „Gegenwärtigkeit“ des Angriffs im Rahmen der Dogmatik zu § 32 Abs. 2 StGB

Von Ass. Dr. jur. **Marc André Wiegand** und Wiss. Mitarbeiter **Benno Zabel** BA phil.

Die herkömmliche Dogmatik zu § 32 StGB gerät in Argumentationsschwierigkeiten, sobald sie die Gegenwärtigkeit eines Angriffs begründen muss, der in der Verwirklichung eines Zustandsdelikts liegt. Ursache hierfür ist eine ungeprüfte Übertragung der im Rahmen der einfachen Erfolgsverursachungsdelikte entwickelten Argumentationsmuster auf andere Deliktstypen. Demgegenüber wird im vorliegenden Beitrag der Versuch unternommen, eine Begründung der Gegenwärtigkeit von

Angriffen zu skizzieren, die gleichermaßen für alle Deliktstypen gilt. An eine Kritik der in diesem Zusammenhang immer wieder zitierten Entscheidung RGSt 55, 82 (I. – II.) schließt sich eine Untersuchung der diesbezüglichen Dogmatik an (III.); im Gegensatz zu deren herkömmlicher, freilich problematischer Argumentation, die vornehmlich auf zeitlich-räumliche Verlaufsstrukturen rekurriert, soll hier eine Lösung vorgestellt werden, die den genannten Begründungsansatz im Kontext der mit personalem Handeln verknüpften rechtlichen Geltungsbehauptungen sieht (IV. – VII).

I. Der Ausgangsfall RGSt 55, 82 — Sachverhalt und Urteilsgründe

In der Entscheidung RGSt 55, 82 wird folgender Sachverhalt mitgeteilt:

„Der Angeklagte hat während der Nacht in einer Schutzhütte bei seinen Obstbäumen Wache gehalten; er war von seinem Hunde begleitet und mit geladenem Gewehr ausgerüstet. Am frühen Morgen bemerkte er zwei Männer, die Obst von den Bäumen entwendeten. Auf seinen Anruf ergriffen beide unter Mitnahme des Obstes, das sie gepflückt hatten, die Flucht und leisteten der Aufforderung des Angeklagten, stehen zu bleiben, obwohl er sie durch die Drohung, er werde schießen, unterstützt hatte, keine Folge. Darauf gab der Angeklagte „in der Richtung“ der Fliehenden einen Schrotschuß ab, traf einen von ihnen und verletzte ihn nicht unerheblich. Daß dieser Erfolg dem Willen des Angeklagten entsprach, darf dem Zusammenhang der Urteilsgründe entnommen werden.“

Das Landgericht Bamberg hatte den Angeklagten von der Anklage der vorsätzlichen gefährlichen Körperverletzung freigesprochen, weil er in Notwehr gehandelt habe. In der Revision machte die Staatsanwaltschaft geltend, dass die Strafkammer zu Unrecht eine Notwehrsituation zugunsten des Angeklagten angenommen habe, da sich die Diebe zu dem Zeitpunkt, als der A. den Schuss abgab, bereits zur Flucht gewendet hatten, weswegen der Angriff auf das Eigentum des A. beendet und somit nicht mehr „gegenwärtig“ i. S. des § 53 Abs. 2 RStGB gewesen sei.

Das RG hat demgegenüber das Vorliegen einer Notwehrlage bejaht, und zwar mit einer Begründung, die seitdem in nahezu allen strafrechtlichen Lehrbüchern, Kommentaren und Aufsätzen, die sich diesem Problembereich widmen, repetiert wird. Trotz der großen Zustimmung, die dieser Entscheidung aus der Strafrechtswissenschaft entgegengebracht wurde und immer noch wird, ist die Begründung, derer sich das RG bedient äußerst brüchig, und ist in tragenden Passagen unvereinbar mit der herrschenden Dogmatik zur Notwehr. Das Merkmal der „Gegenwärtigkeit“ des Angriffs wird hier in einem Sinn ausgelegt, der deren herkömmlicher Definition entgegenläuft, ohne dass dies vom RG explizit gemacht würde. So richtig die Entscheidung des RG im Ergebnis sein mag, so unzureichend ist sie doch in der Begründung. Die Kritik dieser Entscheidung zwingt zu einer Neubestimmung

grundlegender notwehrdogmatischer Begrifflichkeiten.

Zunächst seien die Entscheidungsgründe nachgezeichnet, die im Anschluss daran kritisiert werden sollen.

Der I. Strafsenat des RG beginnt seine Ausführungen mit der Feststellung, dass dem A. zur Aufrechterhaltung seines Gewahrsams und zum Schutz seines Eigentums an dem Obst kein anderes, gleich wirksames Mittel als eben die Abgabe des Schusses zur Verfügung gestanden habe.

In einem zweiten Schritt thematisiert der Senat nun die Frage nach der Gegenwärtigkeit des Angriffs der Obstdiebe. Er stellt klar, dass es hierfür unerheblich sei, ob die mit dem Angriff verbundene Straftat — hier der mit-täterschaftlich begangene Diebstahl — vollendet gewesen sei oder nicht. Die Notwehr sei „nicht auf Abwendung und Vereitelung von bestimmten, strafgesetzlich umschriebenen und begrenzten Handlungen beschränkt, sondern zum Schutz gegen Angriffe auf ein bestimmtes Rechtsgut zugelassen“¹, m. a. W.: da die einzelnen Straftatbestände keinen umfassenden Schutz sämtlicher Rechtsgüter bieten, sondern immer nur bestimmte typisierte Formen der Rechtsgutsbeeinträchtigung pönalisieren, das Notwehrrecht aber dem Angegriffenen gerade die rechtliche Möglichkeit eröffnen soll, jede Beeinträchtigung seiner Rechtsgüter abzuwehren, nicht nur die strafatbestandlich erfassten, so kann es für die Frage, ob ein gegenwärtiger rechtswidriger Angriff vorliegt, schlicht nicht darauf ankommen, ob mit der Rechtsgutsbeeinträchtigung durch den Angreifer auch ein Straftatbestand verwirklicht wurde, mithin kann es auch nicht von Belang sein, ob die Ausführung des in Frage kommenden Straftatbestandes „gegenwärtig“ i. S. von „nicht vollendet“ ist. Worauf es allein ankommen kann, ist der Umstand, dass bereits oder noch eine Rechtsgutsbeeinträchtigung auf Seiten Angegriffenen vorliegt. Der Angriff — so das RG weiter — sei daher so lange gegenwärtig, bis die aus ihm erwachsende Gefahr für das betroffene Rechtsgut „entweder völlig abgewendet oder umgekehrt endgültig in den Verlust umgeschlagen“² sei.

Namentlich bei Angriffen auf Eigentum und Besitz beweglicher Sachen handle es sich für den Berechtigten im Fall des endgültigen Verlustes „nicht mehr um die Erhaltung der Gewalt an der Sache, sondern um ihre Wiedererlangung“³; Gewaltanwendung sei gegenüber dem Dieb dann höchstens noch im Rahmen der Selbsthilfe möglich, nicht mehr jedoch durch Notwehr gedeckt. Die Erhaltung der Gewalt an der Sache sei nur solange möglich, wie der Dieb und das von ihm davongetragene Eigentum des Berechtigten diesem noch erreichbar bleiben, d. h. solange für den Dieb noch nicht ein Zustand gesicherten Gewahrsams an der Sache bestehe. Entscheidend für die Bejahung der Gegenwärtigkeit des Angriffs ist dem RG zufolge somit die Feststellung, dass „durch

¹ RGSt 55, 82 (84)

² RGSt ebd.

³ RGSt ebd.

alsbaldigen Zugriff der bedrohte oder streitige Gewahrsam des Berechtigten im unmittelbaren Anschluß an die widerrechtlichen Eingriffe in den Gewahrsam ohne Zeitverlust aufrechterhalten oder wiedergewonnen werden kann⁴. Solange eine endgültige Beendigung dieses Gewahrsams nicht eingetreten, dem Berechtigten vielmehr die Möglichkeit geblieben sei, auf der Stelle gegen den Dieb einzuschreiten und sich der Sache zu bemächtigen, solange seien die zu dem berechtigten Zweck erforderlichen Maßnahmen durch Notwehr erlaubt.

Die erforderliche zeitliche Unmittelbarkeit sei im vorliegenden Fall nicht dadurch ausgeschlossen, dass die Diebe sich infolge des Anrufs durch den A. mit ihrer Beute zur Flucht wendeten. Die Umkehr zur Flucht habe nicht die Aufgabe und Beendigung des Angriffs bedeutet, vielmehr sei dieser durch die Mitnahme des gestohlenen Gutes fortgesetzt worden. Daher sei der Angriff gegenwärtig gewesen, folglich habe eine Notwehrlage vorgelegen.

II. Kritik der Urteilsbegründung

Die Entscheidung des RG basiert auf einer doch problematischen Begründung. Außer Frage steht zunächst einmal die Behauptung, dass es für das Vorliegen einer Notwehrsituation nicht darauf ankomme, ob der Angreifer mit seinem Handeln einen Straftatbestand verwirklicht habe, sondern jede Art der Rechtsgutsbeeinträchtigung durch einen anderen einen Angriff i.S. des Notwehrrechts darstellen könne,⁵ weshalb es im vorliegenden Fall irrelevant sei, dass die Wegnahmehandlung i.S. von § 242 Abs. 1 StGB bereits vollendet war.

Zweifel an der reichsgerichtlichen Argumentation tauchen aber dann auf, wenn der Senat die Behauptung aufstellt, der Angriff sei so lange gegenwärtig, bis die aus ihm erwachsende Gefahr für das betroffene Rechtsgut „entweder völlig abgewendet oder umgekehrt endgültig in den Verlust umgeschlagen“ sei und nun versucht, diesen Grundsatz auf Eigentumsbeeinträchtigungen durch den Angreifer zu übertragen. Auffällig dabei ist, dass der Senat seine Begründung an der Frage des *Gewahrsamsverlustes* festmacht (wobei er offenbar von einem gegenüber § 242 StGB erweiterten Gewahrsamsbegriff ausgeht⁶), nicht aber daran, ob das Rechtsgut *Eigentum* verletzt ist.

Der Senat hat gute Gründe, die Frage nach der Beeinträchtigung des Rechtsguts Eigentum nicht zu stellen,

⁴ RGSt ebd.

⁵ So wohl die ganz überwiegende Auffassung, vgl. *Schönke/Schröder/Lenckner*, 26. Auflage 2001, § 32 Rn. 4; *Stratenwerth*, Strafrecht Allgemeiner Teil, 4. Aufl. 2000, § 9 Rn. 67; zur Kasuistik siehe *NK-Herzog*, 3. Lfg. (31.12.1995), § 32 Rn. 14 f. – Weshalb die Antwort bezüglich der „gegenwärtigen Bedrohungslage“ je nach dabei tangiertem Rechtsgut unterschiedlich ausfallen könne. *Geilen*, Jura 1981, 208.

⁶ Kritisch zu den vom RG in dieser Entscheidung verwendeten unterschiedlichen Gewahrsamsbegriffen v. *Liszt/Schmidt*, Deutsches Strafrecht, 25. Aufl. 1927, S. 186 Fn. 8.

denn würde er den Grundsatz, der Angriff sei so lange gegenwärtig, bis die aus ihm erwachsende Gefahr für das betroffene Rechtsgut „entweder völlig abgewendet oder umgekehrt endgültig in den Verlust umgeschlagen“ sei, im Hinblick auf das Eigentum thematisieren, würde dies zu einer ungeheuren Ausweitung der Notwehrbefugnis führen: In den Fällen der Eigentumsentziehung besteht die Pointe ja gerade darin, dass das Opfer durch das Handeln des Angreifers seiner Eigentümerposition überhaupt nicht verlustig gehen kann.⁷ Solange dem rechtmäßigen Eigentümer die Sache entzogen ist, solange sind seine dem Rechtsgut Eigentum entspringenden und in § 903 BGB positivierten Befugnisse, mit der ihm gehörenden Sache nach Belieben zu verfahren und jeden anderen von der Einwirkung auf die Sache auszuschließen, beeinträchtigt.⁸ Das aber hieße nach der vom Reichsgericht aufgestellten allgemeinen Definition, dass der Angriff auf das Rechtsgut Eigentum solange gegenwärtig wäre, wie der Eigentümer die genannten Befugnisse nicht wahrnehmen kann. Nähme man diesen Grundsatz ernst, so hätte in dem vom RG hier entschiedenen Fall der Angeklagte sich auch dann noch auf das Notwehrrecht berufen können, wenn ihm die Obstdiebe zunächst entwischt wären, es ihm jedoch nach mehreren Tagen gelungen wäre, sie ausfindig zu machen und sich seines Eigentums mit Gewalt gegen die „Angreifer“ wieder zu bemächtigen.

Um diese Konsequenz zu vermeiden und eine *zeitliche Eingrenzung* der Notwehrbefugnis zu erreichen, blendet das RG die Frage nach der Beeinträchtigung des *Eigentums* völlig aus und zieht sich nunmehr auf die Frage nach dem *Gewahrsam* an den gestohlenen Sachen zurück. Doch erscheint der Gewahrsamsbegriff, wie er herkömmlicherweise im Rahmen von § 242 StGB diskutiert wird, dem RG wiederum zu eng: der für den Diebstahlstatbestand erforderliche Gewahrsamswechsel war ja bereits vollzogen, und da das RG von vornherein (und im Ergebnis wohl auch zurecht) darauf festgelegt scheint, zugunsten des A. eine Notwehrsituation anzunehmen, versucht es nun, mit einem nicht näher umrissenen „sekundären“ Gewahrsamsbegriff ein Stadium zu bezeichnen, das in zeitlich-räumlicher Hinsicht zwischen beiden Polen liegt: nämlich zwischen der zu Ausuferungen führenden Bestimmung des Merkmals „gegenwärtig“ als Fortdauer der Rechtsgutsbeeinträchtigung einerseits und

⁷ Dies gilt jedenfalls für die Fälle der Sachentziehung; Fragen der Vermischung, Verbindung oder Verarbeitung seien hier einmal ausgeklammert, vgl. hierzu *Gössel*, in: 140 Jahre Goltammer's Archiv für Strafrecht 1993, S. 39 (48).

⁸ Aus zivilrechtlicher Perspektive: *Palandt/Bassenge*, 61. Aufl. 2002, v § 903 Rn. 1 dort m.w.N. sowie § 903 Rn. 2 ff. – Nur selten wird die Problematik und Typizität rechtlicher Besitz-, Eigentums- respektive Zuordnungsbeziehungen aus strafrechtlicher Sicht *explizit* thematisiert. Vgl. aber die Analyse bei *Kahlo*, in: Vom unmöglichen Zustand des Strafrechts 1995, S. 123 (134 ff.), dort noch mit Hinweis auf die diesbezüglichen Ausführungen *Mayers*, JZ 1962, S. 617 ff.; zur unhinterfragten Argumentationsstruktur im Rahmen der gegenwärtigen dogmatischen (Notwehr-)Diskussion vgl. nur die Ausführungen bei *SK-Günther*, 31. Lfg. (September 1999), § 32 Rn. 81.

der die Notwehrlage auf den bloßen Deliktsvollzug beschränkenden Auslegung andererseits.

Es muss schon verwundern, wenn das RG – unter Verwendung des hier so genannten „sekundären“ Gewahrsamsbegriffs – ausführt: „Gerade in dem Zeitpunkt der Unsicherheit der Gewahrsamsverhältnisse, die sich im Fall alsbaldiger Entdeckung der vollendeten Wegnahmebehandlung an diese anschließt, eröffnet sich regelmäßig die Gelegenheit zum Kampf um die Sache, innerhalb dessen der Berechtigte sich die Macht über sie zu erhalten sucht, und daran kann er nicht dadurch gehindert sein, daß im Rechtssinn sein Gewahrsam in dem Sinne verloren ist, wie es für den strafrechtlichen Begriff der ‚Wegnahme‘ angenommen ist(...)“⁹ Das ist eigentlich keine Begründung, sondern vielmehr die Beschreibung einer Handlungssituation, der von vornherein die Wertung zu Grunde liegt, dass der Eigentümer in dieser Lage notwehrberechtigt sei. Das Merkmal der „Gegenwärtigkeit“ des Angriffs wird vom RG nicht wirklich ausgelegt, vielmehr erscheint das Urteil stets von der Vermutung getragen, dass eben ein gegenwärtiger Angriff vorliege.

Vom gleichen Grundton ist die einleitende Feststellung des RG getragen, dass es sich solange „um die Abwehr eines noch fortdauernden gegenwärtigen Angriffs“ handelte, wie „die Diebe, und mit ihnen das Eigentum des Angeklagten, das sie davontrugen, diesem erreichbar blieben“.¹⁰ Weshalb die Antwort auf die Frage, wann der Angriff gegenwärtig sei, davon abhängen soll, ob der Angegriffene Diebe und Diebesgut noch erreichen kann, bleibt dunkel. Den Ausgangspunkt der Argumentation, die doch eigentlich auf der Angreiferseite ansetzen müsste, bilden – ebenso wie bei der Schilderung des „Kampfes um die Sache“ – umgekehrt die *Reaktionsmöglichkeiten* des geschädigten Eigentümers. Das aber kann im Hinblick auf eine dogmatisch befriedigende Lösung schon allein deswegen nicht richtig sein, weil die faktischen Reaktionsmöglichkeiten des Angegriffenen erst in Bezug auf die Mittel thematisiert werden können, mit denen der Angegriffene dem Angreifer entgegentreten darf, sprich: in Bezug auf das in § 32 StGB (bzw. § 53 a. F.) positivierte Merkmal der „erforderlichen Verteidigung“, deren systematisches Prius gerade aber der gegenwärtige rechtswidrige Angriff ist.¹¹ Solange nicht feststeht, ob der Angriff gegenwärtig ist, verbietet es sich, unter Vermutung der Gegenwartigkeit des Angriffs

die Verteidigungshandlung zu thematisieren, um mithilfe der tatsächlichen Eingriffsmöglichkeiten, die sich dem Angegriffenen bieten, eben diese Gegenwartigkeit zu erweisen. Die Frage nach den dem Angegriffenen zu Gebote stehenden Verteidigungsmitteln ist gegenüber der Frage nach der Gegenwartigkeit des Angriffs logisch nachrangig und in dieser Reihenfolge auch von § 32 StGB normiert. Dies darf eine Urteilsbegründung nicht unberücksichtigt lassen.

III. Kritik der Dogmatik zum Merkmal der „Gegenwärtigkeit“ in § 32 StGB

Die Dogmatik zum Notwehrrecht wurde – wie nicht wenige dogmatische Figuren des Allgemeinen Teils des Strafrechts – hauptsächlich anhand der einfachen Erfolgsverursachungsdelikte entwickelt.¹² Insbesondere sind die herkömmlichen Definitionen des Merkmals der Gegenwartigkeit auf Angriffssituationen zugeschnitten, in denen die Rechtsgutsverletzung auf der Seite des Angegriffenen immer schon in der Weise unmittelbar mit dem Verhalten des Angreifers verbunden ist, dass mit dem Ende der Angriffshandlung die Rechtsgutsverletzung nicht mehr reversibel ist: Bei der von der Rspr. gebrauchten Formel, wonach der Angriff dann gegenwärtig ist, wenn er unmittelbar bevorsteht, gerade stattfindet oder noch fort dauert¹³, denkt man unwillkürlich an die Zerstörung der Sache durch den Angreifer, oder aber an die körperliche Misshandlung, die dieser seinem Opfer zufügt, an Situationen also, in denen der mit der Rechtsgutsverletzung einhergehende äußere Handlungsvollzug durch eine zeitlich und räumlich klar abgrenzbare Verlaufsstruktur gekennzeichnet und damit die Einordnung des Angriffs als „gegenwärtig“ i. S. des § 32 StGB nahe liegend zu sein scheint.

Mit der genannten Formel qualifiziert die Literatur aber auch solche Angriffsweisen als gegenwärtig i. S. von § 32 Abs. 2 StGB, die in der Verwirklichung eines *Dauerdelikts*, bspw. eines Hausfriedensbruchs oder einer Freiheitsberaubung, bestehen.¹⁴ Das Opfer einer Freiheitsberaubung dürfe sich – so die allgemeine Meinung – während der gesamten Dauer seines Eingesperrtseins mit

⁹ RGSt 55, 82 (84).

¹⁰ RGSt a. a. O., 83 f.

¹¹ Zur Notwehrdogmatik im Allgemeinen vgl. an statt vieler: *Jescheck/Weigend*, Lehrbuch des Strafrechts. Allgemeiner Teil, 5. Aufl. 1996, § 32 I ff.; *Frister*, Die Notwehr im System der Notrechte, GA 1988, 291 ff.; *Köhler*, Strafrecht Allgemeiner Teil, 1997, S. 260 ff.; *Kratzsch*, Grenzen der Strafbarkeit im Notwehrrecht, 1961; *Kühl*, Strafrecht Allgemeiner Teil, 4. Aufl. 2002, § 7 Rn. 21 ff.; *Ludwig*, „Gegenwärtiger Angriff“, „drohende“ und „gegenwärtige Gefahr“ im Notwehr und Notstandsrecht, 1991; *Otto*, Grundkurs Strafrecht. Allgemeine Strafrechtslehre, 6. Aufl. 2000, § 8 Rn. 17 ff. *Pawlik*, ZStW 114 (2002), S. 259 ff. sowie *Roxin*, Strafrecht Allgemeiner Teil 1, 3. Aufl. 1997, § 15 Rn. 1 ff.

¹² Vgl. *Kühl*, in: FS-Triffterer 1996, S. 159 ff.; darüber hinaus die (historische) Darstellung der Notwehrrechtsentwicklung bei *Köhler* (Fn. 11), S. 261 f., die das sehr deutlich zum Ausdruck bringt. – In vielen Lehrbüchern bildet sich diese Genese noch heute in der Darstellung bzw. Behandlung des „Gegenwärtigkeitsaspekts“ ab; problematisch erscheint jedoch, dass sie dann häufig in wenig reflektierter, ja fast schon stereotyper Weise fortgeschrieben wird. Vgl. nur *Wessels/Beulke*, Strafrecht Allgemeiner Teil, 32. Aufl. 2002, § 8 Rn. 328, wo die in Rede stehende Problematik mit der lapidaren Bemerkung abgetan wird, dass gegen den flüchtenden Dieb Notwehr zulässig sei. Anders, vor allem tiefergehender *Kühl*, (Fn. 11), § 7 Rn. 45 ff. Zur dezidierten Auseinandersetzung, auch und gerade mit der Position des Letztgenannten, sogleich im Text.

¹³ Vgl. BGHSt 27, 336 (339) sowie BGH StV 1995, 463; aus der Literatur sei hier nur die zusammenfassende Darstellung bei *Geilen*, (Fn. 5), 206 erwähnt.

¹⁴ Vgl. nur *Roxin*, (Fn. 11), § 15 Rn. 28.

allen erforderlichen Mitteln wehren.¹⁵ Der Angriff soll selbst dann noch als gegenwärtig gelten, „wenn der Täter einer Freiheitsberaubung nichts mehr aktiv zu deren Aufrechterhaltung unternimmt, sondern das eingesperrte Opfer nur noch sitzen lässt“¹⁶, denn auch dadurch intensiviere er die Verletzung des Rechtsguts Fortbewegungsfreiheit. Im Gegensatz zu einer durch ein Erfolgsdelikt herbeigeführten Rechtsgutsverletzung scheint die Beurteilung der Situation hier durch eine weniger klar definierte Verlaufsstruktur erschwert zu sein.

Im Bereich der *Zustandsdelikte* – namentlich bei § 242 StGB – ist nun die Einordnung eines Angriffs als „gegenwärtig“ auf der *Grundlage* einer Konstruktion zeitlicher und räumlicher Verlaufsstrukturen überhaupt nicht mehr überzeugend.¹⁷ Dies zeigt sich auch in der Argumentation *Kühls*, die sich eingehend mit der Problematik befasst und die Schwächen der reichsgerichtlichen Begründung noch am deutlichsten formuliert: Die sich an die Wegnahme der Sache anschließende Beutesicherungsphase, so *Kühl*, könne zwar als weiterer Angriff gewertet werden, der die Gefahr des Verlustes der Sache intensiviere. Gleichwohl dürfe „der Eigentums-Angriff nicht bis zum endgültigen Verlust der Sache ausgedehnt werden“; er sei „vielmehr bereits dann beendet, wenn der zeitliche und räumliche Bezug zur Tat (d. h. hier: dem ersten Angriff, der in der Wegnahme lag) verloren gegangen“ sei. „Nur die sofort aufgenommene Verfolgung des Diebes“ lasse „dessen Flucht noch als Angriff erscheinen“¹⁸. Obwohl beteuert wird, dass die „mit der Wegnahme der Sache gegebene Vollendung des Diebstahls gem. § 242“ nicht „die entscheidende Zäsur“ sei, „da Angriffe i. S. v. § 32 II nicht auf strafatbestandsmäßige Weise vorgetragen werden“¹⁹ müssten, bildet in der Argumentation *Kühls* die Vollendung der Wegnahme eben doch eine Zäsur, die das Ende des ersten Angriffs (nämlich der Wegnahme) und den Beginn des zweiten, sich an die Tat anschließenden, Angriffs markieren soll. Der zweite Angriff soll nur solange gegenwärtig sein, wie er sich in einen hinreichenden zeitlichen und räumlichen Bezug zum ersten Angriff, zur *Tat*, bringen lasse. Diese Argumentation vermeidet zwar den Fehler des reichsgerichtlichen Ansatzes, der die Frage nach der Beeinträchtigung des Eigentums durch den Dieb außen vor lässt, doch überwindet sie die damit verbundenen Schwierigkeiten nicht, da *Kühl* daran festhält, dass die Frage nach der Gegenwärtigkeit des Angriffs im Hinblick auf die Reaktionsmöglichkeiten des geschädigten Eigentümers beantwortet werden muss, und er kein Kriterium dafür angibt, weshalb die weiterhin stattfindende Rechtsgutsbeeinträchtigung keinen gegenwärtigen Angriff darstellen soll. Letztlich wird das Problem, bis zu welchem Zeitpunkt die Gegenwärtigkeit des Angriffs bestehen soll, durch die Konstruktion eines zweiten An-

griffs, der in der Flucht der Diebe gesehen wird, von *Kühl* nur auf eine andere Ebene verschoben.

Die hier angesprochene Frage bezieht sich indes nicht nur auf den Bereich der Eigentumsdelikte, ja beschränkt sich auch nicht - allgemeiner gesprochen - auf den Bereich der Zustandsdelikte, sondern betrifft ein *generelles Notwehrproblem*: Es geht darum, dass beim Aufeinandertreffen von Handlungsvollzug und dadurch bedingtem rechtswidrigen Zustand die *zeitliche* und *räumliche* Verlaufsstruktur jedenfalls kein hinreichendes Abgrenzungskriterium dafür abgibt, bis zu welchem Zeitpunkt der Angriff als „gegenwärtig“ i. S. des § 32 StGB einzustufen ist.

Vielmehr gilt es zu zeigen – so die These, die im folgenden entwickelt werden soll –, dass die Frage nach der Gegenwärtigkeit des Angriffs nur dann sinnvoll beantwortet werden kann, wenn man zugleich die dem Angriffsbegriff zugrundeliegenden interpersonalen Handlungsstrukturen erfasst, da nur so die Notwehrlage als ein prozesshafter Typus der Beeinträchtigung des *Rechtsverhältnisses* begriffen werden und dementsprechend die Ableitung der einzelnen Merkmale gelingen kann.

IV. Gegenwärtigkeit des Angriffs und Intentionalität des Handlungsvollzugs

Ogleich sich das aufgeworfene Problem nicht auf den Bereich der Zustandsdelikte beschränkt, empfiehlt es sich, nochmals an diese Deliktsgruppe anzuknüpfen: Hier zeigt sich am deutlichsten eine (argumentationslogische) Differenz von objektunmittelbarem Handlungsvollzug und durch diesen bedingten rechtswidrigen Zustand, der jedoch nicht losgelöst vom objektunmittelbaren Handlungsvollzug betrachtet werden darf, was nichts anderes heißt, als dass Handlungsvollzug und rechtswidriger Zustand Teile einer *einheitlichen* Handlungs- bzw. Verhaltensstruktur sind²⁰ – eine Differenz, die deswegen so

²⁰ Der hier verwendete Topos der einheitlichen Handlungs- bzw. Verhaltensstruktur i.S.e. (individuellen) *welt- und normativgebundenen Seinsweise* hebt insofern und zunächst (nur) auf die im Grunde schon von *Welzel* zur Geltung gebrachte Überzeugung ab, dass (strafrechtlich relevante) Handlungen bzw. Handlungskonflikte ([Interessens-]Kollisionen) jedenfalls nicht auf dem Hintergrund hypostasierender Erklärungsparadigmata begriffen werden können. Es gehe – in *Welzels* Worten – gerade nicht um eine aufzuweisende Museumswelt, und demzufolge seien die Rechtsgüter auch keine Museumsstücke. „Die Meinung“, so *Welzel* weiter, „daß das Verbrechen Rechtsgutsverletzung ist, geht von der Vorstellung aus, daß der ursprüngliche Zustand der Rechtsgüter der der Verletzungslosigkeit, der Freiheit und Sicherheit vor Verletzungen sei; erst das Verbrechen trägt an das Rechtsgut die Verletzung heran.“ Die soziale Wirklichkeit des Rechts, so betont *Welzel* schließlich, sei aber ganz anders zu verstehen. „In Wirklichkeit gibt es Rechtsgüter nur, wenn und soweit sie in „Funktion“ sind, d.h. soweit sie im sozialen Leben wirkend und Wirkungen empfangend darin stehen. [...] Der Sinn des Rechts besteht nicht darin, daß es von unverletzt gedachten Rechtsgütern alle verletzenden Einwirkungen abwehrt, sondern daß es von den unzähligen Funktionen, in denen das Rechtsgut wirkend und leidend darinsteht, die

¹⁵ *Kühl* (Fn. 11), § 7 Rn. 45.

¹⁶ Ebenda.

¹⁷ Zum Diskussionsstand *Geilen*, (Fn. 5), 205; *Kühl*, (Fn. 11), § 7 Rn. 39 ff.

¹⁸ *Kühl*, Jura 1993, S. 63.

¹⁹ *Kühl*, (Fn. 18), S. 62 f.

charakteristisch (zentral) ist, weil sie *bei allen Delikten vorliegt*, und zwar – in herkömmlicher dogmatischer Diktion – im Sinne eines Verhältnisses von normwidrigem Verhalten und Rechtsgutsverletztheit.

Diese zunächst abstrakten Bestimmungen haben indes nicht unerhebliche Bedeutung für eine dogmatisch präzise Erfassung der Gegenwärtigkeit des Angriffs im Rahmen von § 32 Abs. 2 StGB. – Begreift man normwidriges Verhalten und Rechtsgutsverletztheit nicht als einheitliches Interaktionsgefüge, sondern löst sie im Wege einer schematischen Betrachtung aus diesem Begründungszusammenhang heraus, dann ergeben sich die anhand der eingangs erwähnten Reichsgerichtsentscheidung aufgezeigten Bewertungsprobleme. Denn bei konsequenter Anwendung der herkömmlichen Interpretation des § 32 Abs. 2 StGB, wonach ein Angriff „jede durch menschliches Verhalten drohende Verletzung rechtlich geschützter Güter oder Interessen“ ist, ergibt sich, dass sowohl objektunmittelbarer Handlungsvollzug (im Ausgangsfall: die Wegnahme des Obstes) als auch die Perpetuierung der Eigentumsentziehung (im Ausgangsfall: die Mitnahme des Obstes) Angriffsqualität haben können. Der Ansatz, bei der Definition des Angriffs von einer durch menschliches Verhalten drohenden Verletzung rechtlich geschützter Güter oder Interessen auszugehen, ist deswegen nicht hinreichend, weil auch § 34 StGB über den Gefahrbegriff an eine drohende Güter- oder Interessenverletzung anknüpft und die Anwendung von § 34 StGB nach allgemeiner Meinung nicht dadurch ausgeschlossen ist, dass die Entstehung der Gefahr auf menschlichem Handeln basiert²¹.

Letztlich wird mit der oben genannten Definition nur erklärt, dass *entweder* ein Angriff *oder* eine Gefahr vorliegt, womit jedenfalls für die Bestimmung der *Gegenwärtigkeit des Angriffs* nichts gewonnen ist.

1. Zur Bestimmung des „Angriffs“

Gerade weil – wie eben gezeigt – die herkömmliche Definition des Angriffsbegriffs gleichermaßen Angriffs- und Gefahrensituationen umfasst, ist es für die Bestimmung der Gegenwärtigkeit des Angriffs unerlässlich, zugleich den Angriffsbegriff dahingehend zu präzisieren, dass er

für ein sittlich-geordnetes Gemeinschaftsdasein Unverträgliches auswählt und verbietet. [...] Rechtsgüterschutz gibt es nur im Hinblick auf bestimmt geartete Rechtsgüterbeeinträchtigungen! *Daher ist Rechtsgüterschutz nur unter Hinzunahme einer bestimmt gearteten Beeinträchtigung rechtlich denkbar.*“ (Herv. d. Verf.). Studien zum System des Strafrechts, Abhandlungen zum Strafrecht und zur Rechtsphilosophie, S. 140 f. (abgedruckt bereits in ZStW 58 (1939), S. 491 ff.). – Diesbezüglich heute in ähnliche Richtung argumentierend Köhler, (Fn. 11), S. 22 ff. sowie Schild, AK-StGB, vor § 13 Rn. 73 ff. (insbes. 89 ff.); *ders.*, in: GK-Wollschläger, 2000, S. 41 ff.

²¹ Vgl. nur LK-Hirsch, 11. Aufl. 1994, § 34 Rn. 35; Lackner/Kühl, 24. Auflage 2001, § 34 Rn. 2; NK-Neumann, 4. Lfg. (10.01.1997), § 34 Rn. 52; Schönke/Schröder/Lenckner/Perron, (Fn. 5), § 34 Rn. 16 m. w. N. Zum Verhältnis von Angriffs- und Gefahrbegriff vgl. auch Ludwig, (Fn. 11), S. 82 ff.

den Mangel der oben genannten Definition vermeidet, d. h. Gefahrensituationen ausschließt.

Die These lautet dementsprechend, dass – ausgehend von einem Oberbegriff der (drohenden) Rechtsgutsverletztheit, der der (Erlaubnis-)Tatbestandsstruktur sowohl des § 32 wie auch des § 34 StGB zugrunde liegt – „Angriff“ als besondere Form von Handlungsvollzug, konkret *als besondere Form der Bewirkung von Rechtsgutsverletztheit* (Rechtsgutsverletzung) entwickelt und dementsprechend verstanden werden muss.²²

Angriff und Gefahr als unterschiedliche Formen drohender Rechtsgutsverletztheit beziehen sich zunächst auf den bereits oben eingeführten, dort aber noch nicht näher präzisierten Begriff des Interaktionsgefüges. D.h. Angriff und Gefahr verwirklichen sich in einem Kontext personaler Freiheitsspielräume, innerhalb dessen das einzelne Rechtssubjekt immer schon mit den Wünschen und Überzeugungen, vor allem aber mit den damit verbundenen und sich in der gemeinsamen äußeren Welt manifestierenden *Entscheidungen anderer Rechtssubjekte*, konfrontiert ist, wobei sich diese Rechtssubjekte selbst als *tatmächtig* begreifen und daher ihre Entscheidungen auch in diesem Sinne umsetzen.²³ Für das Strafrecht – und nicht zuletzt für § 32 StGB – sind freilich nur bestimmte Entscheidungstypen von Interesse, nämlich solche, die sich – allgemein gesprochen – in der Beeinträchtigung von *Rechtspositionen anderer Subjekte* niederschlagen.²⁴

Indes verweist das jeder handlungsvermittelten (verobjektivierten) Entscheidung inhärente Wissen um die eigene *Tatmächtigkeit* nicht nur auf die Beeinträchtigung von Rechtspositionen in ihrer (abstrakten) Äußerlichkeit, sondern auch und vor allem auf die diesen zugrunde liegende Missachtung der Rechtspersönlichkeit bzw. des anerkannten Rechtsstatus des Betroffenen.²⁵

²² Von der Argumentationslogik, d.h. vom begriffsbestimmten Ausgangspunkt wohl ähnlich Kleszczewski, in: FS-E. A. Wolff 1998, S. 225 (236 ff.).

²³ Grundlegend dazu schon Kant, Metaphysik der Sitten, in: Werke (herausgg. v. Weischedel, 11. Aufl. 1997), Bd. 8, S. 326 ff.; *ders.*, Kritik der praktischen Vernunft (Die Kritiken – herausgg. v. Weischedel, 3. Aufl. 1997), S. 138 ff. sowie Hegel, Grundlinien der Philosophie des Rechts (herausgg. v. Hoffmeister 4. Aufl. 1955), § 29; für die aktuelle ([rechts]philosophische) Diskussion sei verwiesen auf Gerhardt, Selbstbestimmung. Das Prinzip der Individualität, S. 231 ff., 273 ff. und 311 ff. Im Kontext der Entwicklung vornehmlich strafrechtlicher bzw. strafrechtsdogmatischer *Begründungszusammenhänge* vgl. v. a. E. A. Wolff, Kausalität von Tun und Unterlassen 1965, S. 57 ff.; außerdem Kahlo, Das Problem des Pflichtwidrigkeitszusammenhangs bei den unechten Unterlassungsdelikten 1990, S. 269 (296 ff.); *ders.*, Unterlassung als Kriminaldelikt 2001, S. 197 ff. sowie Zaczek, Das Unrecht der versuchten Tat 1989, S. 142 ff. und *passim*.

²⁴ Zur damit angesprochenen diffizilen, wenngleich notwendigen Unterscheidung von moralischen und rechtlichen Teilpraxen und deren Bedeutung im Rahmen der Analyse von Verhaltenskonflikten vgl. Höffe, Vernunft und Recht, S. 19 ff. und *passim*; *ders.*, Kategorische Rechtsprinzipien, S. 136 ff.

²⁵ Zum Verhältnis von Rechtsstatus und Rechtspersönlichkeit siehe die Überlegungen bei Köhler, (Fn. 11), S. 9 ff. und (im

Dies deshalb, weil mit der Umsetzung einer autonom getroffenen Entscheidung zugleich die Richtigkeit und Gültigkeit dieser Entscheidung zum Ausdruck gebracht wird, und zwar insbesondere auch – sofern andere Rechtssubjekte davon (unmittelbar) betroffen sind – die Gültigkeit dieser Entscheidung nicht nur für den Handelnden *selbst*, sondern auch für *andere*.²⁶ Die von dem einen Rechtssubjekt getroffene Entscheidung kann der Entscheidung eines anderen Rechtssubjekts zuwiderlaufen, ja mehr noch: sie kann dadurch, dass sie die Entscheidung eines anderen Rechtssubjekts durch die eigene Entscheidung negiert, überhaupt die Erheblichkeit jener Entscheidung leugnen und damit die rechtlich gesicherte Autonomie des Betroffenen in Frage stellen.²⁷

Das heißt zunächst, dass durch die Entscheidung eine *Dualität von Geltungsbehauptungen*²⁸ entsteht: einerseits nämlich eine rechtswidrige Geltungsbeanspruchung durch das Verhalten des Verletzenden, andererseits eine rechtserhaltende Geltungsgarantie durch das Handeln des Betroffenen – eine Situation, die im Rahmen des § 32 StGB und bezogen auf den Betroffenen – in der wohl herrschenden Dogmatik – neben der Thematisierung des „Individualschutzes“ – herkömmlicherweise mit dem Titel „Rechtswahrungsprinzip“ bzw. „Verteidigung der Rechtsordnung“ bezeichnet wird.²⁹ Nun soll die gegen-

wärtig mit Vehemenz geführte Diskussion, ob man eher einer *monistischen* oder vielmehr einer *dualistischen* Position (Notwehrbegründung) zu folgen habe, vorliegend nicht aufgenommen oder gar entschieden,³⁰ sondern lediglich betont werden, dass vom hier vorgestellten Standpunkt aus beide zu Recht geltend gemachte Aspekte nur als zwei Merkmale ein und desselben Phänomens, nämlich des der (rechtlichen) Praxis (Lebensform) begriffen werden können. – Gerade deshalb kann auch das die sogenannte Notwehrhandlung auslösende Verhalten des Verletzenden im Rahmen der von § 32 StGB umschriebenen Konstellation als *Rechtsgeltungsangriff* bezeichnet und bestimmt werden.³¹

Würde man jedoch den Widerstreit von Rechtsgeltungsbehauptungen als alleiniges Merkmal des Angriffs i. S. von § 32 StGB identifizieren, beginge man denselben Fehler wie die herrschende Notwehrdogmatik: das eigentlich Gemeinsame von Angriffs- und Gefahrbegriff gäbe man als Spezifikum des Angriffsbegriffs aus. – Denn mit Richtigkeits- oder Geltungsbehauptungen sind natürlich auch solche Entscheidungen verbunden, deren Folgen andere Rechtssubjekte nur höchst mittelbar beeinflussen und damit eine Lage herbeiführen, die man eher als Gefahr- denn als Angriffssituation zu qualifizieren geneigt sein wird.

Daher ist, um zu einer tragfähigen Bestimmung zu gelangen, ein zusätzlicher gedanklicher Schritt notwendig, der die Besonderheit einer Rechtsgutsverletzung durch Angriff deutlich macht.

Dieser zusätzliche Schritt wird dadurch gemacht, dass über den Aspekt des Wissens um die eigene Tatmächtigkeit hinaus eine (ausdrücklich rechtsnegierende) *Intentionalität* der Rechtsgeltungsbehauptung gefordert wird, und zwar eine Intentionalität, die *nicht gleichzusetzen* ist mit einer „Zielgerichtetheit“ im Sinne einer „bloßen“ Objektfixierung. Statt dessen ist hervorzuheben, dass dann, wenn man den sich bei der Abwehr von Rechtsgutsverletzungen ergebenden Konflikt als eine Frage sich widersprechender Geltungsbehauptungen von Rechtssubjekten aufgewiesen hat, Bezugspunkt der Intentionalität

Anschluß an *Hegel*, *Schild*, in: *Anerkennung* 2000, S. 37 (39 ff.).

²⁶ Zur Problematik des damit zugleich angesprochenen (Rechts-)Begriffs der Anerkennung vgl. nur *Habermas*, *Die Einbeziehung des Anderen* 1996; *Honneth*, *Kampf um Anerkennung* 1992; *Siep*, *Anerkennung als Prinzip praktischer Philosophie* 1979 sowie – und vor allem vom Standpunkt des Rechts argumentierend – *Köhler*, in: *Anerkennung* 2000, S. 91 ff. – Gegen eine Rechtsbegründung auf der Grundlage systematisch begriffener Anerkennungsstrukturen (was dann folglich auch für das *Notwehrrecht* gelten müßte) *Jakobs*, *Norm, Person, Gesellschaft* 1997, S. 35 ff.; *ders.*, *ZStW* 107 (1995), S. 843 ff. – Auf die der Auseinandersetzung um die Bedeutung des Begriffs der Anerkennung für die (Straf-)Rechtsbegründung zugrunde liegende Polarität der Positionen, Teilnehmerperspektive einerseits (*Köhler*, *E. A. Wolff*), Beobachterperspektive andererseits (*Jakobs*, *Lesch*, *Pawlik*) kann vorliegend nicht weiter eingegangen werden. Dazu aber *Schild*, *Krit. Jb. d. Phil. Beiheft* 1 1998, S. 81 ff.

²⁷ Die Umsetzung der Entscheidung, nämlich der Entscheidung, einen *anderen* in seiner (geschützten) Rechtsposition zu verletzen, ist deshalb immer auch Ausdruck des Aufkündigens objektstufiger Anerkennungsstrukturen, eine Akt der Oktroyierung partikularer Willkür.

²⁸ Vgl. hierzu ähnlich *Köhler* (Fn. 11), S. 271 („Rechtsbehauptung“); damit soll an dieser Stelle nur zum Ausdruck gebracht werden, dass die Ausbildung und Struktur von Normativität grundsätzlich *empraktisch* gedacht und verstanden werden muss; m.a.W.: unrechtliche (oder wie für die „Notwehrlage“ formuliert: rechtswidrige) Handlungen werden dadurch und insoweit identifiziert (bzw. juristisch re-konstruiert respektive formalisiert), als man sie im Kontext einer durch den Menschen mitgenerierten und mitgarantierten Rechtspraxis begreift. – Die Konstruktion bzw. das In-Anschlag-bringen irgendwelcher (formaler) Deutungsmuster kann – schon aufgrund ihrer formalen Struktur – jedenfalls keine tragfähige (hinreichende) Begründung bilden, vgl. nur *Schild*, *GA* 1995, S. 105 ff.

²⁹ Vgl. nur *Roxin*, (Fn. 11), § 15 I Rn. 1 ff. m.w.N.

³⁰ Zur aktuellen Diskussion und Auseinandersetzung um eine überzeugende Notwehrbegründung vgl. vor allem die Beiträge von *Kargl*, *ZStW* 110 (1998), S. 38; *Kleszczewski*, (Fn. 22), S. 230 ff.; *Kühl*, (Fn. 11), § 7 Rn. 6 ff.; *Pawlik*, (Fn. 11), S. 259 ff.; *Renzikowski*, *Notstand und Notwehr*, S. 76 ff.; *Roxin*, *ZStW* 93 (1981), S. 77; *Seelmann*, *ZStW* 89 (1977), S. 45 sowie *Wagner*, *Individualistische oder überindividualistische Notwehrbegründung* 1984. – Insbesondere *Pawlik* hat in seinem eben genannten Aufsatz – und das scheint wohl der wesentliche Verdienst desselben zu sein – darauf hingewiesen, dass die Debatte um die Begründung des Notwehrrechts, wenn sie denn in Zukunft fruchtbringend(er) sein soll, die starren Strukturen der jeweiligen Erklärungsmuster verlassen und – nicht zuletzt in Anlehnung an bzw. im Ausgang von *Kant* und *Hegel* – neue, die herkömmliche Unterscheidung unterlaufende, Begründungswege suchen muss. S. 265 ff., 282 ff., 289 ff. und passim.

³¹ Vgl. auch *Köhler* (Fn. 11), S. 266 ff. und passim; in ähnlicher Weise schon fixiert und thematisiert bei *Schmidhäuser*, in: *FS-Honig*, S. 185 (195).

auch nur dieses interpersonale Verhältnis sein kann. Konkreter formuliert: Was ein bestimmtes Verhalten zum Angriff macht, ist die – freilich *objektstufig*, also über einen äußeren Gegenstand, vermittelte³² – intentionale Missachtung der rechtlich gesicherten Geltungsbehauptung des Betroffenen durch Verdrängung aus der ihm zustehenden Rechtsposition.³³ Indem aber die rechtsbehaltende Geltungsbehauptung des Betroffenen als irrelevant gegenüber der eigenen rechtswidrigen Geltungsbehauptung dargestellt wird, wird die Missachtung der Rechtspersönlichkeit des Betroffenen diesem gegenüber *explizit kundgetan*.³⁴ Genau hierin unterscheiden sich Gefahr und Angriff: Wenn auch bei Vorliegen einer Gefahr die zu erwartende Rechtsgutsbeeinträchtigung insofern gewichtiger sein kann, als die äußeren Auswirkungen der Realisierung dieser Gefahr einen erheblichen Umfang annehmen oder ein hochstehendes Rechtsgut beeinträchtigt ist, so ist der Angriff doch stets in dem (normativen) Sinne intensiver, dass die mit der Rechtsgutsbeeinträchtigung verbundene Missachtung der Rechtspersönlichkeit zum Ausdruck gebracht wird. Diese *erhöhte normative Intensität des Angriffs* ist auch der Grund für die weitergehenden Befugnisse, die einem Angegriffenen gegenüber einem Gefahrbetroffenen zustehen.³⁵

³²„Objektstufig vermittelt“ meint also die Welt- und Handlungsgebundenheit der Entscheidung des Angreifers, hier bezogen auf den Angegriffenen.

³³ Der damit offensichtlich angesprochene Topos der *Interpersonalität* – so könnte man einwenden – ist jedoch kein originäres Strukturmerkmal der Notwehrkonstellation, sondern lässt sich doch wohl auch in dem von § 34 StGB umschriebenen Handlungs- bzw. Verhaltenskonflikt aufweisen. In der Tat wird man dies – ohne dass hier jedoch vertieft darauf eingegangen werden kann – zu bejahen haben (es folgt im Grunde schon aus der Struktur der Rechtspraxis als Lebensform).

Der entscheidende, d.h. der qualitative Unterschied liegt jedoch gerade in der besonderen Erfassung von *Rechtspersönlichkeit als Interpersonalität* in § 32 StGB begründet. – Während die Beeinträchtigung der Rechtspersönlichkeit im Rahmen des § 34 StGB vornehmlich unter dem Gesichtspunkt zentrifugaler oder doch jedenfalls güterschutzvermittelter Verlaufsstrukturen gesehen werden muß, ist der Aspekt der Rechtspersönlichkeit bei § 32 StGB gerade *ausdrücklicher* Gegenstand *rechtsnegierender*, also *absolut zweckvermittelter* Intentionalität.

³⁴ Mit dem Abheben auf diese „explizite Kundgabe“ ist letztlich nichts anderes gemeint als die in Fn. 33 bereits angesprochene Überzeugung, dass die Person des Angegriffenen im Kontext der Notwehrsituation Gegenstand rechtsnegierender und insofern absolut zweckvermittelter Intentionalität ist.

³⁵ Insofern unterscheidet sich die vorliegende Überzeugung auch von einer Auffassung, die das Angriffsverhalten schon begrifflich als „*final-aggressives Vorgehen*“ verstehen will, so aber *Bertuleit*, JA 1989, 21. – Entscheidend ist, und insofern ist die vorgelegte Typisierung auch in der Sache angemessener, dass damit auch fahrlässige bzw. leichtsinnige Bedrohungen erfasst werden können, denn Rechtsgutsbezogenheit i.S. der im Text angesprochenen *Intentionalität* wie die im Kontext einer bestimmten (rechtsgutsverletzenden) Handlungsstruktur zum Vorschein kommende *normative Intensität* sind ohne Zweifel auch originäre Merkmale sorgfaltswidrigen Handelns. Zu dieser Problematik vgl. auch *Kühl*, (Fn. 11), § 7 Rn. 28 und *Roxin* (Fn. 11), § 15 Rn. 10.

2. Rechtsgutsverletztheit und Gegenwärtigkeit

Die vorgenommene Angriffsbestimmung muss sich notwendig auf die Auslegung des Merkmals der Gegenwärtigkeit in § 32 StGB auswirken. Die Gegenwärtigkeit ist kein abstrakter Begriff in dem Sinne, dass sie losgelöst von der Bestimmung des Angriffs thematisiert werden könnte, vielmehr sind beide Begriffe, Angriff wie Gegenwärtigkeit, *als auf einander verweisend zu verstehen*.³⁶ Das heißt: Wenn der Angriff als explizite Kundgabe der Missachtung der Rechtspersönlichkeit eines anderen aufgefasst wird, dann kann auch die Gegenwärtigkeit nicht nur unter dem Blickwinkel der äußeren Beeinträchtigung von Rechtsgutsobjekten betrachtet werden, sondern muss in gleichem Maße auf das zugrunde liegende interpersonale Verhältnis abstellen, womit zugleich die für den Angriffsbegriff oben erwähnte notwendige Intentionalität der Verletzungshandlung angesprochen ist. Über die Bestimmung des Angriffs als Ausdruck der Missachtung hinaus ermöglicht die Thematisierung der Gegenwärtigkeit allerdings eine *Konkretisierung der Notwehrlage* insofern, als die geforderte Intentionalität nun auch an eine zeitlich-räumliche Verlaufsstruktur zurückgebunden wird. Es geht also bei der Bestimmung der Notwehrlage nicht abstrakt um die Missachtung der Rechtspersönlichkeit, sondern um das intentionalitätsgebundene *Vollzugsmoment* dieser Missachtung. Kurz: Der gegenwärtige Angriff als Handlungsform ist einerseits zwar *intentionalitätsgetragen*, andererseits und zugleich stellt die *Realisierung* der Intentionalität die *Angriffsverwirklichung* dar. – Erst vor dem Hintergrund dieser Argumentation kann man dann auch davon sprechen, dass der Angriff gegenwärtig ist, wenn er „unmittelbar bevorsteht, begonnen hat oder noch fort dauert“³⁷.

„Gegenwärtiger Angriff“ i. S. des § 32 Abs. 2 StGB ist demnach die in einem Handlungsvollzug unmittelbar zum Ausdruck kommende Missachtung einer fremden Rechtsposition.

³⁶Die herrschende Notwehrdogmatik „denkt“ nicht zuletzt die Notwehrlage ausschließlich bzw. vornehmlich vom merkmalsgründierten und insoweit „definitionsgestuften“ Prüfungsschema aus; weshalb es auch nicht verwundert, dass die *begriffliche Bedeutung* der Topoi „Angriff“, „gegenwärtig“ und „rechtswidrig“ im Grunde gar keine Rolle mehr spielt. Nicht zu übersehen bei *Wessels/ Beulke* (Fn. 12), § 8 Rn. 325 ff. Zur Spezifik der Differenz von Merkmal und Begriff vgl. *Schild*, Die „Merkmale“ der Straftat und ihres Begriffs 1979.

³⁷ So die inzwischen fast einhellige Definition in Rechtsprechung und Literatur, vgl. BGH NJW 1973, 255; *Otto*, Jura 1999, 552, *Wessels/ Beulke*, (Fn. 12), § 8 Rn. 328. – Auf die Problematik einer Notwehrrechte auslösenden Bedrohung durch *Unterlassen* kann vorliegend nicht vertieft eingegangen werden. Nur so viel: Auch in dieser Konstellation kommt die Annahme eines Angriffs dann aber eben auch nur dann in Betracht, wenn sie die im Text entwickelte (Handlungs-)Qualität erreicht. Zum Diskussionsstand *Kühl*, (Fn. 11), § 7 Rn. 29 bzw. *Roxin*, (Fn. 11), § 15 Rn. 11.

V. Wiederaufnahme von RGSt 55, 82 – Lösung nach der vorgetragenen Begründungsstruktur

Die Lösung der Frage, welchen Charakter eine fortdauernde Eigentumsentziehung haben muss, um als gegenwärtiger Angriff i. S. d. § 32 StGB gelten zu können, ist also nicht – wie Rspr. und wohl auch die überwiegende Auffassung in der heutigen Literatur dies tun – vermittelt einer Reduktion des Handlungsgefüges allein auf das Problem der Rechtsgutsbeeinträchtigung zu gewinnen, sei es durch ein *zweckbestimmtes Oszillieren* zwischen Eigentums- und Gewahrsamsbegriff wie in RGSt 55, 82, oder wie z. B. bei Kühl durch die Konstruktion eines der Verwirklichung von § 242 StGB nachfolgenden *zweiten Angriffs*.³⁸

Die Begründung, die im Ausgangsfall zur Bejahung einer Notwehrlage führt, muss vielmehr und zunächst darauf abstellen, dass das Entwenden des Obstes im Beisein des Eigentümers insofern über die Bedeutung eines bloßen körperlichen Ansichbringens hinausweist, als der konkrete Handlungskonflikt von Seiten der Diebe die Behauptung in sich birgt, der Eigentümer sei zur Wahrnehmung und Ausübung seiner Rechtsposition nicht berechtigt, ja mehr noch: Im Grunde geht die Behauptung dahin, dass seine *unmittelbar* zur Geltung gebrachte Eigentümerstellung *als solche* negiert wird. Es handelt sich mithin um eine explizite und durch den Handlungsvollzug intendierte Missachtung der in der Eigentümerstellung zum Ausdruck gebrachten Rechtspersonalität, die sich auch und gerade noch in der Flucht manifestiert, ist letztere doch *unmittelbar* auf die Reaktion des Verfolgers *als Eigentümer* bezogen, die wiederum nicht anders denn als rechtsbewahrende Geltungsbehauptung verstanden werden muss.

Die normative Intensität der Konfrontation lässt sich freilich dann nicht mehr begründen, wenn – und damit wird auch vorliegend der qualitative Unterschied zwischen Angriffs- und Gefahrbegriff offenkundig – der Konflikt insofern eine *vermittelte* Form annimmt, als er keine gegenseitig auf sich beziehenden (un-) rechtlichen Geltungsbehauptungen und damit auch keine explizite Kundgabe der Missachtung der Rechtspersonalität mehr zum Gegenstand hat, so dass er kein einheitliches, in sich geschlossenes Handlungsgefüge mehr bildet. In dem Augenblick, in dem der Eigentümer die Verfolgung der Diebe aufgegeben hätte, hätte er aufgehört, die auf seine Eigentümerstellung bezogene Rechtsgeltungsbehauptung den Dieben gegenüber zu artikulieren und damit die ursprüngliche Einheitlichkeit des Interaktionsgefüges aufgebrochen. Anders gewendet: Es hätte eben an der für die Notwehrlage typischen normativ vermittelten Konfrontationsstruktur gefehlt. Damit ist auch klar, dass in dem Zeitpunkt, in dem die Diebe sich erfolgreich der Verfolgung durch den Eigentümer entzogen hätten, auch kein Angriff i. S. des § 32 StGB mehr vorgelegen hätte.

³⁸ So in Jura 1993, S. 62 f.

Nach diesem Zeitpunkt bliebe, was die strafrechtliche Bewertung angeht, nur noch Raum für die Anwendung des § 34 StGB.³⁹

VI. Übertragbarkeit auf Erfolgs- und Dauerdelikte

Der oben vorgetragene Lösungsansatz beschränkte sich bisher auf den Bereich der Zustandsdelikte, insbesondere auf einen durch die Verwirklichung von § 242 StGB begründeten Angriff. Er gilt indes genauso für den Bereich der Erfolgs- und Dauerdelikte.

Bei den Erfolgsdelikten erscheint die Anwendung der oben vertretenen Argumentation beinahe schon selbstverständlich: In der Verletzungshandlung manifestiert sich die Missachtung der Rechtspersonalität des Anderen. Der daraus erwachsende Erfolg stellt nicht nur den Gipfelpunkt der Kundgabe dieser Missachtung dar, sondern auch deren Ende. Pointiert formuliert: Die Rechtsverletzung i. S. der Erfolgsherbeiführung markiert hier *eo ipso* die Grenze der Gegenwartigkeit des Angriffs.⁴⁰

Die Typik der Dauerdelikte besteht nun gerade darin, dass sich die (Rechtsguts-)Verletzung nicht *punktuell* („sektorenspezifisch“) fixiert und manifestiert, so dass mit einmaliger Ausführungshandlung bereits das Ende der Gegenwartigkeit eines diesbezüglichen Angriffs vorläge, vielmehr äußert sie sich *in einer besonderen Form* fortrealisierender Beeinträchtigung der individuellen Rechtssphäre.⁴¹ Anders gesprochen: Mit dem Typus des Dauerdelikts wird immer schon auf eine originäre (Handlungs-)Struktur der Verletzung *bestimmter* Rechtsgüter verwiesen; eine originäre Struktur, die sich auch aus der besonderen Zuordnung des Rechtsguts zum Rechtsgutsträger äußert; sowohl die Fortbewegungs-, wie die Willensentscheidungsfreiheit als auch das Hausrecht sind keine Rechtspositionen, die man *objektstufig distanziiert* von Rechtsgutsträger denken kann, obwohl sie doch die handlungsvermittelte Bezogenheit auf den anderen

³⁹ Dass die Abgrenzung des „gegenwärtigen, rechtswidrigen Angriffs“ von der „gegenwärtigen (nicht anders abwendbaren) Gefahr“ gleichwohl schwierig sein kann zeigt die Erörterung bei Kühl, (Fn. 11), § 7 Rn. 35 m.w.N.

⁴⁰ Das wird zutreffenderweise sowohl in Rechtsprechung wie in der Literatur einhellig unterstellt.

⁴¹ Eine „*besondere Form*“ sich fortrealisierender Beeinträchtigung“ insoweit, als die *allgemeine* Typisierung einer Rechtsverletzung als fortrealisierende Beeinträchtigung grundsätzlich auch auf Formen der Zustandsdelikte zutrifft; was man unschwer an dem hier in Rede stehenden Fall erkennen kann. Denn mit Verlust des unmittelbaren Besitzes an dem Obst und der sich daran anschließenden Flucht der Diebe realisiert sich selbstredend die konkrete Beeinträchtigung (zunächst) fort. Um so mehr ist dies der Fall, wenn – anders als in RGSt 55, 82 – die Flucht darüber hinaus auch glückt, vgl. dazu auch noch im Text. – Zur Dauerdeliktsspezifika vgl. Köhler, (Fn. 11), S. 128, 535, 688; zur dogmatischen Angriffsbestimmung auf dem Hintergrund dieser Deliktform siehe nur Kühl (Fn. 11), § 7 Rn. 45 sowie LK-Spendel, § 32 Rn. 115.

geradezu fordern.⁴² – Aus dieser originären (Handlungs-)Struktur folgt schließlich, dass in der Beeinträchtigung dementsprechend geschützter Rechtsgüter auch die Kundgabe der Missachtung der Rechtspersönlichkeit eines anderen liegt, ja liegen muss. Zugleich wird damit deutlich – und hier bietet es sich an, mit den oben erarbeiteten Termini zu operieren – dass es um eine unrechtliche Geltungsbehauptung geht, die nicht nur einmalig geäußert, sondern (notwendig, weil der deliktstypischen Verletzung inhärent) permanent aufrechterhalten wird.⁴³ Diese permanent aufrecht erhaltene Geltungsbehauptung bestimmt schließlich den Rahmen dessen, was regelmäßig unter dem Titel der „Gegenwärtigkeit“ des Angriffs thematisiert wird.

Die hier vorgenommene Argumentation zur Bestimmung der Gegenwärtigkeit des Angriffs steht nun auch nicht im Widerspruch zu den Ausführungen im Rahmen der Zustandsdelikte. Ein solcher Widerspruch könnte nur dann vermutet werden, wenn man *allein* – wie oben bereits kritisiert – auf zeitlich-räumliche Verlaufsstrukturen rekurrierte. Im Unterschied zu Dieben, die – anders als im Ausgangsfall – sich mit ihrer Beute entfernt und *gesicherten Gewahrsam* erlangt haben, unternimmt derjenige, der sein Opfer eingesperrt und sich dann vom Tatort

⁴² Zwar kann man auch bezüglich der Erfolgsdelikte darauf verweisen, dass bei diesen Rechtsgut und Rechtsgutsträger nicht (immer) objektstufig distanziert gedacht werden können; der Unterschied liegt freilich gerade in der bei diesem Deliktstypus überhaupt möglichen (und insofern mitzudenkenden) *Verletzungsstruktur als Unrechtsstruktur*. – Zu Besonderheiten in diesem Bereich vgl. *Roxin*, (Fn. 11), § 10 Rn. 105; dort insbesondere zum dogmatisch nicht immer einfach zu erfassenden Verhältnis von Dauerdelikt, Tätigkeitsdelikt und Erfolgsdelikt.

⁴³ Es kann insofern gerade nicht (abstrakt) um einen fortdauernden „deliktischen Willen“ gehen, wie aber offensichtlich *Roxin* (Fn. 11), § 10 Rn 105, zu glauben scheint. – Abgesehen davon, dass nicht wirklich deutlich wird, wie man sich einen solchen fortdauernden „deliktischen Willen“ rechtspraktisch, also „handlungsvollzugsspezifisch“ vorzustellen hat, wird mit einem solchen Topos das Problem eher verschleiert als offen gelegt. Denn der doch wohl zentrale Aspekt bei der Bewertung einer solchen Tatperspektive, einer solchen Deliktsstruktur ist nicht derjenige einer mehr oder weniger unterstellten „Willensperpetuierung“, sondern (auch hier) derjenige einer „*Rechtsanmaßung*“ i. S. einer auf partikularen (unrechtlichen) Interessen beruhenden (Fehl- bzw. Unrechts-)Entscheidung des Täters.

entfernt hat, sehr wohl noch weiterhin einen Angriff auf den Eingesperrten. – In der *Dauerdeliktstypik* liegt es gerade, und darauf wurde ja eben auch ausdrücklich hingewiesen, dass dem Betroffenen die unrechtliche Geltungsbehauptung nicht zuletzt *qua involviertem Rechtsgut* permanent zu Bewusstsein gebracht, ihm also dauerhaft kundgetan wird, und zwar dergestalt, dass er die erhöhte normative Intensität des Handlungskonflikts unmittelbar erlebt. Zwar besteht auch bei demjenigen, dessen Eigentum in der oben genannten Form entzogen wurde, eine dauerhafte Beeinträchtigung seiner Rechtsposition als Eigentümer, gleichwohl ist diese Art der unrechtlichen Geltungsbehauptung – und zwar *schon aufgrund der spezifischen Zuordnung von Rechtsgut und Rechtsgutsträger* – sehr viel vermittelter: Es fehlt eben an der Einheitlichkeit eines durch gegenseitig auf sich beziehende (un-)rechtliche Geltungsbehauptungen konstituierten Handlungsgefüges und damit an der Einheitlichkeit und Intensität der (straf-) rechtlich zu bewertenden Konfrontationsstruktur.

VII. Zusammenfassung

Da Rspr. und herrschende Lehre als Kriterium für die Gegenwärtigkeit eines Angriffs i. S. von § 32 Abs. 2 StGB vorrangig auf den zeitlichen und räumlichen Zusammenhang von Verletzungshandlung und Verletzungserfolg abstellen, entstehen Begründungsprobleme bei der Lösung derjenigen Fälle, bei denen der Erfolg in der Herbeiführung eines rechtswidrigen Zustandes besteht, der unabhängig von der Beendigung der Verletzungshandlung fort dauert. Daran zeigt sich, dass die herrschende Lehre nicht über die begrifflichen Instrumentarien verfügt, die notwendig sind, um die normativen Grenzen der Gegenwärtigkeit eines Angriffs zu bestimmen. Um diesen Begründungsproblemen zu begegnen, wird an eine Notwehrkonzeption angeknüpft, die den Grund des durch § 32 StGB beschriebenen Konflikts in der Infragestellung der objektiven Geltung des Rechtsverhältnisses erblickt, die der Angreifer durch sein Handeln zum Ausdruck bringt. Davon ausgehend wird unter einem „gegenwärtigen Angriff“ i. S. des § 32 Abs. 2 StGB die *in einem Handlungsvollzug unmittelbar zum Ausdruck kommende Missachtung einer fremden Rechtsposition* verstanden.

Schrifttum

Detlef Burhoff (Hrsg.), **RVG Straf- und Bußgeldsachen**. ZAP-Praxiskommentar. ZAP Verlag für die Rechts- und Anwaltspraxis, 2004, 1432 Seiten, EUR 88,00 (Subskriptionspreis EUR 78,00).

Wer als Strafverteidiger in seinem gebührenrechtlichen Werkzeugkasten bislang einen richtigen Hammer vermisst hat, dem sei der neue, von *Detlef Burhoff* unter Mitarbeit von *Thomas Schmidt* und *Joachim Volpert* herausgegebene Praxiskommentar RVG Straf- und Bußgeldsachen empfohlen. Die strafrechtlichen Gebührenregelungen, die bislang in den gebührenrechtlichen Kom-

mentaren eher geringen Raum einnehmen, werden nun erstmals in einem Spezialkommentar umfassend und präzise erläutert. Durch Tabellen, Berechnungsbeispiele und Hinweise wird zudem ein hoher praktischer Nutzen erreicht. Den Autoren ist mit diesem Werk eine perfekte Verbindung von Kommentar und Handbuch gelungen.

Gerade, weil im Bereich der strafrechtlichen Gebührevorschriften die größten Veränderungen gegenüber der Gebührenstruktur der BRAGO vorgenommen wurden, ist ein Spezialkommentar für den strafrechtlich tätigen Anwalt absolut unverzichtbar. Das RVG bringt vor allem eine Verbesserung der Honorierung im Ermittlungsverfahren, sowie eine verbesserte Honorierung des Pflichtverteidigers. Der Zeugenbeistand soll in Zukunft die gleichen Gebühren wie ein Verteidiger erhalten und auch die Tätigkeit in der Strafvollstreckung wird nunmehr von eigenen Gebührentatbeständen erfasst. Daraus ergibt sich bereits, dass die Gebührenabrechnung in Straf- und Bußgeldsachen nach dem RVG nicht mehr mit der bisherigen Abrechnung nach der BRAGO vergleichbar ist.

Die Entstehungsgeschichte und die Ziele des RVG erläutert *Burhoff*, der als Mitglied der Expertenkommission selbst an der Neuregelung mitgewirkt hat, im ersten Teil des Werkes. Der zweite Teil enthält ein von *Burhoff*, *Schmidt* und *Volpert* zusammengestelltes Vergütungs-ABC zu wichtigen strafrechtlichen Themenkomplexen. So wird beispielsweise unter dem Schlagwort „Geldwäsche“ bereits die aktuelle Rechtslage unter Berücksichtigung des Urteils des Bundesverfassungsgerichts vom 30.03.2004 (2 BvR 1520/01 und 1521/01) dargestellt. Im dritten Teil werden schließlich die Regelungen der §§ 42 bis 58 RVG, sowie der Teile 4 bis 7 des Vergütungsverzeichnisses kommentiert.

Den Kommentierungen jeweils vorangestellt sind der Gesetzestext des RVG, sowie der Text der entsprechenden früheren BRAGO-Regelung. Durch Praxistipps, Berechnungsbeispiele und Formularmuster werden die Erläuterungen abgerundet. So enthält zum Beispiel die Kommentierung zu § 51 RVG als Arbeitshilfe ein ausführliches ABC der Pauschvergütung, in dem die bisherige Rechtsprechung der Oberlandesgerichte zur Pauschgebühr nach § 99 BRAGO – die auch für die Auslegung des neuen Rechts herangezogen werden wird – übersichtlich anhand von Stichworten zusammengestellt ist.

Die Art und Höhe der Gebühren ist im RVG in einem Vergütungsverzeichnis geregelt. Das RVG kennt im Strafverfahren nur noch die Verfahrens- und die Terminsgebühr, die aus der früheren Hauptverhandlungsgebühr des § 83 BRAGO entstanden sind. Daneben wurde eine sogenannte Grundgebühr eingeführt. Diese Gebührentatbestände sind in Teil 4 des Vergütungsverzeichnisses enthalten und werden im vorliegenden Kommentar von *Burhoff* umfassend und praxisnah unter Verwendung von Beispielen, Tabellen und Übersichten erläutert. Immer wieder erhält der Strafverteidiger wertvolle Hinweise, z.B. im Rahmen der Terminsgebühr auf die durchschnittliche, die Mittelgebühr rechtfertigende Verhand-

lungsdauer. Auch werden die von dem jeweiligen Gebührentatbestand erfassten Tätigkeiten immer wieder anhand übersichtlicher Listen im Einzelnen dargestellt. Besonders wichtig ist die Kommentierung des Katalogs der erfassten Tätigkeiten bei der neu eingeführten Grundgebühr. Eine vergleichbare Regelung gab es in der BRAGO nicht. Ausführlich geht *Burhoff* zudem auf den in diesem Zusammenhang neu eingeführten Begriff des „Rechtsfalls“ ein: Als Faustregel führt er aus, dass jedes von der Staatsanwaltschaft betriebene Ermittlungsverfahren einen eigenständigen Rechtsfall i.S.d. Nr. 4100 VV darstellt, solange die Verfahren nicht miteinander verbunden sind.

Die Gebühren in der Strafvollstreckung, sowie für Einzeltätigkeiten werden von *Volpert* kommentiert. Die Tätigkeit im Strafvollstreckungsverfahren wurde bislang durch die Gebühr nach § 91 Nr. 1 und 2 BRAGO abgegolten. Dies hat, wie *Volpert* feststellt, in der Praxis oft zu unangemessenen niedrigen Gebühren geführt, da der Zeitaufwand in Strafvollstreckungssachen nicht selten erheblich ist. Deshalb wurden mit dem RVG nunmehr auch für diesen Bereich Verfahrens- und Terminsgebühren eingeführt. Eine Grundgebühr entsteht in der Strafvollstreckung allerdings nicht.

Nach einem stringenten Schema erläutert *Volpert* für jeden Tatbestand die Entstehung der Gebühr, ihren Abgeltungsbereich und ihre Höhe. Zur Übersichtlichkeit und Praxisnähe der Darstellung gilt das oben Gesagte: Zu allen Gebührentatbeständen erhält der Strafverteidiger ausführliche Hinweise, Berechnungsbeispiele und Übersichten.

Die Kommentierung des fünften Teils des Vergütungsverzeichnisses, der sich auf die Bußgeldsachen bezieht, ist wieder von *Burhoff* verfasst. In diesem Bereich sieht das RVG ebenfalls erhebliche Veränderungen vor. Wie im Strafverfahren, erfolgt auch in Bußgeldsachen die Berechnung anhand der Verfahrens- und Terminsgebühr, sowie der neu eingeführten Grundgebühr. Eine wesentliche Änderung gegenüber der früheren Rechtslage in Owi-Sachen ist die vom RVG vorgenommene Dreiteilung der Gebühren für das Verfahren vor der Verwaltungsbehörde sowie das gerichtliche Verfahren. Die Vergütung wird abhängig gemacht von der Höhe der Geldbuße. Bei Geldbußen von weniger als 40,00 EUR wird die Tätigkeit des Verteidigers in Zukunft niedriger entgolten als nach der BRAGO. Bei Geldbußen von 40,00 EUR bis 5.000,00 EUR bleibt die Vergütung in etwa auf dem Niveau der BRAGO. Im Übrigen erfolgt zukünftig eine höhere Vergütung. Auch bei den Gebühren in Bußgeldsachen erläutert *Burhoff* die einzelnen Tatbestände und Sonderfälle immer wieder anhand von plastischen Beispielen.

Teil 6 des Vergütungsverzeichnisses bezieht sich auf die sonstigen Verfahren, wie z.B. Verfahren nach dem Gesetz über die internationale Rechtshilfe in Strafsachen oder Disziplinar- bzw. berufsrechtliche Verfahren. Ausführlich und in die Tiefe gehend erläutert *Volpert* diesen Bereich des Gebührenrechts auf über 200 Seiten.

Schließlich widmet sich *Schmidt* in seiner Kommentierung dem siebten Teil des Vergütungsverzeichnisses, der sich auf die Auslagen bezieht. Die einzelnen Positionen wie z.B. Dokumentenpauschale, Post- und Telekommunikationsentgelte oder Fahrtkosten werden ausführlich anhand von Beispielen und Übersichten erläutert. Praxistipps runden die gelungene Darstellung ab.

In den Anlagen findet sich eine ausgezeichnete Übersicht der Gebührentatbestände unter Angabe der Verzeichnisnummer und Gebührenhöhe. Hierdurch wird der schnelle Überblick über die im jeweiligen Mandat in Betracht kommenden Gebühren gewährleistet. Auch sind das Rechtsanwaltsvergütungsgesetz, sowie das Vergütungsverzeichnis im Originaltext und im Zusammenhang abgedruckt.

Als Besonderheit hervorzuheben ist das von *Burhoff* entwickelte Muster für ein Vergütungsblatt, das in die Handakte eingehftet werden kann. Dieses findet sich leider etwas versteckt im Vergütungs-ABC unter dem Stichwort Rahmengebühren auf Seite 198.

Ein Fazit ist schnell gefunden: Dieser neue Spezialkommentar setzt Maßstäbe und ist für jeden im Strafrecht tätigen Anwalt unentbehrlich.

Rechtsanwalt Dr. **Thorsten Junker**, Augsburg

Daniela Demko, Zur „Relativität der Rechtsbegriffe“ in strafrechtlichen Tatbeständen. Duncker & Humblot (Schriften zum Strafrecht, Heft 132), Berlin, 2002, 339 S., ISBN 3-428-10551-6, EUR 74, 00.

I. Die „Relativität der Rechtsbegriffe“ umschreibt kurz umrissen das Phänomen, dass dem Wort nach gleich lautende Begriffe innerhalb verschiedener rechtlicher Normen auf Grund verschiedener Normzwecke eine unterschiedliche Bedeutung aufweisen können. Mit der von *Küpper* betreuten Dissertation von *Daniela Demko* wird den diesem Phänomen zugrunde liegenden methodologischen Zusammenhängen erstmals eine speziell auf die strafrechtlichen Implikationen ausgerichtete Abhandlung gewidmet. Die Arbeit *Demkos* gliedert sich in einen Allgemeinen Teil (S. 13 – 189), der die sprachtheoretische und methodologische Analyse der Relativität der Rechtsbegriffe umfasst und einen Besonderen Teil (S. 190-320), in dem die Verfasserin anhand ausgewählter Rechtsbegriffe strafrechtlicher Tatbestände die Bedeutung ihrer methodologischen Erkenntnisse demonstriert. Eine Zusammenfassung beschließt die Arbeit (S. 321-325), der ein Literaturverzeichnis und auch ein Stichwortverzeichnis angeschlossen sind.

II. 1. Im zentralen AT der Arbeit setzt sich *Demko* das Ziel, das „Phänomen der ‚Relativität der Rechtsbegriffe‘

einer wissenschaftlich fundierten und rechtssystematisch präzisen Untersuchung zu unterstellen“ (S. 15). Im zugleich einleitenden ersten Kapitel stellt sie im Wesentlichen die Aussagen der Begriffsrelativität dar (S. 13 ff.). Die Relativität der Rechtsbegriffe ergibt sich aus der Kontextbedingtheit allen Verstehens (S. 21) und insofern insbesondere daraus, dass Rechtsbegriffe nicht isoliert, sondern als Bestandteil der durch sie wiederum konstituierten Sätze ausgelegt werden (S. 19). Ohne Änderung des gebrauchten Wortes kann sich insoweit über den Kontext ein anderer Sinnzusammenhang vermitteln, der wiederum zu einer divergierenden Bedeutung des Rechtsbegriffs führt (S. 20). Die Berufung auf absolute Begriffe, deren Bedeutung mit ihrer Verwendung sogleich unumstößlich feststehen soll, erweist sich vielmehr als „Kunstfigur“ (S. 22). Ob sich tatsächlich eine im Einzelfall gleiche Bedeutung zweier im Wortlaut gleicher Rechtsbegriffe ergibt – was *Demko* als Möglichkeit keineswegs bestreitet – kann methodengerecht allein durch den Vergleich der bei den betroffenen Normen jeweils zu bedenkenden sinnprägenden Elemente beantwortet werden (S. 25). Als wesentliches sinnprägendes Element wird der Zweck des jeweiligen Rechtssatzes herausgestellt und damit zusammenhängend auch betont, dass sich die Frage der Relativität der Rechtsbegriffe als Frage der Auslegungscanones darstellt (S. 30 ff.). Auf S. 34 hält *Demko* die in der Auseinandersetzung mit dem Schrifttum gewonnenen Teilaspekte fest, anhand derer sie eine „abgeschlossene Auseinandersetzung mit der Lehre von der Relativität der Rechtsbegriffe“ anstrebt.

2. Folgerichtig greift *Demko* zunächst klärend das Verhältnis von Wort und Begriff auf (S. 35 ff.). Sie verdeutlicht, dass der reine Wortlaut lediglich ein Zeichen darstellt, dem eine Bedeutung erst durch den Kontext zugewiesen werden muss. Der Rechtsbegriff, der nicht nur Zeichen sein will, sondern eine abstrakt generalisierende Bedeutung vermitteln will und muss, ist daher bereits sprachlich betrachtet von seiner „Zusammenhangsbedingtheit“ geprägt. *Demko* untersucht dabei auch die Lehre vom „Begriffskern“ und weist dieser eine gewisse Ordnungsfunktion und einen Anteil an der Begründung der Relativität zu, so dass sie diese Lehre trotz der Referierung der gegen sie bestehenden Einwände nicht gänzlich verwerfen mag (S. 54 ff.). Im folgenden dritten Kapitel legt *Demko* nun auch unter Rekurs auf das selbst kontextabhängige Verstehen dar, dass verschiedenste sinnprägende Elemente die aktuelle Bedeutung eines Wortes auch im rechtlichen Zusammenhang steuern können (S. 64 ff.). Dabei bietet *Demko* eine prägnante Darstellung des hermeneutischen Zirkels (S. 87 ff.), den auch sie eher als Spirale verstanden wissen will (S. 90). *Demko* zeigt zum nächsten Kapitel überleitend auf, dass die unterschiedlichen Kontexte eines Wortes heute tatsächlich über die Auslegungscanones für die Rechtsanwendung fruchtbar gemacht werden (S. 95 ff.)

3. Bevor *Demko* die juristischen Auslegungsmethoden darstellt, erhellt sie den Ausgangspunkt der allgemeinen Hermeneutik, legt also die Auslegungslehre der Geisteswissenschaften knapp dar (S. 105 ff.). Die juristischen

Auslegungsmethoden stellt *Demko* klassisch an Savigny orientiert dar (S. 117 ff.). Ihr gelingt ein profunder und informativer Überblick über die heute vorherrschenden Auffassungen. Besonderes Gewicht (S. 133 ff.) misst sie der teleologischen Auslegung bei und sie verdeutlicht in diesem Zusammenhang nochmals präzise, dass gerade die von ihr mit Recht als praktisch vorherrschend bezeichnete teleologische Methode auch den wesentlichen Grund für Phänomene der Relativität von Rechtsbegriffen darstellt: Es ist der objektiviert festzustellende besondere Zweck des Gesetzes, der zu divergierenden Bedeutungsgehalten einzelner dem Wortlaut nach gleich *erscheinender* Begriffe führen kann. Diesen Zusammenhang zeigt *Demko* anhand des Rechtsguts als auch im Strafrecht präsent auf (S. 145 ff.).

4. *Demko* legt sodann (S. 161 ff.) dar, dass sie mit der heute vorherrschenden Auffassung von einem Vorrang der teleologischen Methode ausgeht. Dabei soll aber – was sie insoweit zur Herstellung eines vollständigen Kontextbezuges wiederholt betont – keine Freistellung von der Prüfung aller anderen Methoden erfolgen, vielmehr soll deren Prüfung Voraussetzung für ein gerechtes Ergebnis sein. Ohne nähere Prüfungen, inwiefern sich doch anderes vertreten ließe oder vertreten wird (vgl. für die zeitweilig betont von Dworkin vertretene These von der notwendigen *Orientierung* an *einer* richtigen Entscheidung u.a. das Vorwort zu *Law's Empire*, 1987 und deutlicher noch *Taking Rights Seriously*, 1977, S. 81 ff.), konstatiert *Demko*, dass insoweit eine subjektive bzw. irrational wertende Natur der endgültigen *Entscheidung für einen konkreten Auslegungszweck* zu akzeptieren sei (S. 170 ff.). Diese sei aber selbstverständlich „kein Einfallstor für Willkür“ (S. 173).

5. In einem dann vor allem für das Strafrecht mit einer gewissen Sprengkraft versehenen Abschnitt nimmt *Demko* speziell die Frage auf, inwiefern sich nun angesichts des Vorrangs der teleologischen Auslegungsmethode die Wortlautgrenze als Grenze der Auslegung und damit als Schranke zur Analogie noch rechtfertigen lasse (S. 174 ff.). In diesem Abschnitt folgt sie ihren Ausführungen zur grammatikalischen Auslegung (S. 117 ff.), nach denen der Wortlaut lediglich indizielle Bedeutung haben soll. Sie kommt zu dem Ergebnis, dass der mögliche Wortsinn und mit ihm vor allem die Orientierung am üblichen Sprachgebrauch als Grenze zur Analogie untauglich sei. Dies sucht sie unter anderem damit zu belegen, dass bereits heute herrschende Meinungen nachweisbar sind – sie nennt etwa die Einstufung des „Bierdeckels als Urkunde“ –, die anderenfalls gegen das Analogieverbot verstoßen würden. *Demko* kommt im Rahmen ihres damit uneingeschränkt teleologischen Ansatzes zu dem Schluss, dass die Grenze zur Analogie im Strafrecht der „objektive Sinn und Zweck des Gesetzes“ sei (S. 189). Diese Ausführungen gelten explizit nicht nur für die Auslegungslehre im Allgemeinen: Die Forderung einer alltagssprachlichen Verständlichkeit sei „keine methodisch einsehbare Disziplinierung des Rechtsanwenders im Strafrecht“ (S. 188), zumal alltagssprachliche Bedeutungserweiterungen oder -verengungen mit einer

entsprechenden rechtspolitischen Entwicklung häufig nicht konform gingen.

6. Im Besonderen Teil gelingt *Demko* anhand der für die exemplarische Darstellung gewählten Begriffe „gemeinschaftlich“, „Wegnahme“, „Ingebrauchnahme“, „Bestimmen“, „Waffe“ und „gefährliches Werkzeug“ eine eindrucksvolle Demonstration, dass tatsächlich divergierende sinnprägende Kontextfaktoren zu unterschiedlichen Begriffsbedeutungen in strafrechtlichen Tatbeständen führen können und die teleologische Auslegung letztlich dominiert (S. 190 ff.). So legt sie etwa überzeugend dar, weshalb § 224 I Nr. 1 StGB nicht im Gleichlauf mit § 25 II StGB auszulegen ist und weshalb der „mittäterschaftsneutralen Gefährlichkeitstheorie“ zu folgen ist. Anhand der Wegnahme im Vergleich von §§ 242 und 289 StGB zeigt sie, dass tatsächlich unterschiedlich befürwortete Zwecke die nur scheinbaren Wortlautargumente bedingen (S. 214 ff.). Hinsichtlich des „gefährlichen Werkzeugs“ in den §§ 244 I Nr. 1a, 250 I 1a StGB schließt sie sich überzeugend der subjektiven Auslegung an (S. 284 ff.). Gerade dieses durch das 6. StRG aufgeworfene Beispiel zeigt, wie aktuell Fragen der Relativität der Rechtsbegriffe derzeit sind und wie ertragreich eine diesbezüglich bewusste Argumentation sein kann. *Demko* findet damit nicht nur geeignete Anwendungsbeispiele für ihre methodologischen Aussagen. Vielmehr gelangen ihr etwa zu § 224 I Nr. 1 StGB oder hinsichtlich des „gefährlichen Werkzeugs“ substantielle Beiträge zur Auslegung der aufgegriffenen Tatbestände.

III. *Demko* ist mit ihrer methodologischen Abhandlung zur Relativität der Rechtsbegriffe ein fruchtbarer Beitrag zu einer methodisch bewussten und differenzierten Anwendung der Strafgesetze gelungen. Die Arbeit bietet dem Juristen eine erforderliche Einführung in die mitzudenkenden sprachtheoretischen Prämissen und sie füllt eine Lücke, indem sie speziell für das Strafrecht die zu beachtenden Zusammenhänge der Begriffsrelativität offen legt. So legt die Arbeit dar, weshalb die praktisch oft anzutreffende Rede vom „eindeutigen Wortsinn“ mitnichten selbst ein hörenswertes *Argument* ist (S. 58, 157): Diese Rede kann allein das Ergebnis einer Auslegung bezeichnen und eben dieses Ergebnis kann in Frage gestellt werden, wenn eine Argumentation relevante sinnprägende Kontextfaktoren aufzeigt, die einer *prima facie* entschiedenen Auslegung entgegen stehen. *Demko* streitet dabei überzeugend für eine bewusste und nicht nur zufällige Berücksichtigung der Kontextbezogenheit aller Rechtsbegriffe (S. 169). Die Arbeit hebt trefflich hervor, dass die Berücksichtigung der Kontextbedingtheit praktisch und gedanklich mit den Auslegungscannones einhergeht, für deren umfassende Berücksichtigung *Demko* eintritt. Die Verfasserin macht schließlich überzeugend „Schluss“ mit dem letztlich in seiner formalen Variante die Bequemlichkeit der Rechtsanwender verdeckenden scheinbaren Gegengewicht der „Einheit der Rechtsordnung“, indem sie diese im Anschluss an die existierende Literatur nur als gehaltvoll darstellt, wenn sie selbst materiell begründet ist (S. 153 ff.).

Stilistisch ist anzumerken, dass die Technik der Verfasserin, die zitierten Autoren auch in ihrer eigenen Sprache zur Geltung kommen zu lassen und sie nacheinander mit teilweise sachlich überschneidenden Aussagen wörtlich oder dem Sinngehalt nach zu referieren, zwar den Autoren gerecht wird und auch sprachlich kunstgerecht durchgeführt wird. Eine Darstellung, die öfter auch Positionen stärker gliedern würde, hätte jedoch vor allem in den ersten drei Kapiteln des AT und zum Teil auch im BT eine Straffung bewirken und Wiederholungen vermeiden können. Inhaltlich bleiben im Anschluss an die Abhandlung *Demkos* Fragen zu stellen, welche sich jedoch gerade im Anschluss an das Ergebnis *Demkos* (Vorrang des Zwecks) in Zukunft um so deutlicher stellen werden. Fragen der strafrechtsspezifischen Begrenzung der gesetzgeberischen legitimen Zwecke werden von *Demko* in ihrer offenbar strikt methodologisch zu verstehenden Abhandlung nicht im Detail aufgegriffen, zumal dies auch ersichtlich den Rahmen der Arbeit gesprengt hätte. *Demko* entscheidet sich für den Vorrang des Zwecks und erkennt auch an, dass der Gesetzeszweck auch im Strafrecht letztlich in die Hände des methodengerecht subjektiv Entscheidenden gelegt werden muss. Wenn dabei diesem Rechtsanwender im Kontextregress der Durchgriff bis auf den allgemeinen Zweck der Gerechtigkeit und auf den vorherrschenden und vorrangigen Konsens in der Gemeinschaft gestattet sein soll (S. 137 ff.), werden spezifisch strafrechtliche Begrenzungen des legitimen Zwecks um so bedeutender. Die von *Demko* – methodologisch – im Anschluss an die heute scharf kritisierte Position Schwinges (vgl. etwa Roxin, AT, 3. Aufl. 1997, § 3 Rn. 7) als Garant der nötigen Bestimmtheit und der „Schärfe“ der inhaltlichen Grenzen gepriesene Rechtsgutstheorie (S. 153) wird diesbezüglich heute gerade in Frage gestellt. Sie ist als spezifisch strafrechtliche Begrenzung eben auch des legitim setzbaren Zwecks bzw. des mehrheitlich vorherrschenden gesellschaftsrelativen Konsenses nur begrenzt tauglich, wenn sie wolkige Rechtsgüter wie den „öffentlichen Frieden“ akzeptiert, die tatsächlich auch kaum als Garant für Schärfe und Bestimmtheit stehen können (vgl. etwa in Die Rechtsgutstheorie, Hefendehl/von Hirsch/Wohlers [2003], die Beiträge von Hefendehl, S. 119 ff., Hörnle, S. 270 ff. und von Hirsch, S. 17 ff.; zum Verhältnis von Methodenlehre, Rechtsgutstheorie und der systemimmanenten Funktion der Rechtsgutstheorie Gaede, S. 183, 188 ff.). In dieser Hinsicht muss gerade im von *Demko* herausgestellten Bewusstsein um die Bedeutung des Gesetzeszwecks die Frage der strafrechtsspezifischen Begrenzung des Zwecks einschließlich der Reichweite seiner Verfolgung als zentrales normatives Anschlussproblem festgehalten werden.

Zur Frage des strafrechtlichen Gesetzlichkeitsprinzips trifft *Demko* implizit eine notwendig auch normative Aussage, die den streitbarsten Teil der Abhandlung ausmacht. Die These *Demkos*, dass sich auch Art. 103 II GG nur noch am Zweck des Gesetzes und nicht mehr auch zwingend am möglichen Wortsinn innerhalb des (Rechts-) Satzes zu orientieren habe, so dass eine Analogie nur vorliege, wenn der Zweck des Gesetzes überschritten sei,

könnte eine Unterbestimmung der *objektiv-teleologisch begründeten* Erfordernisse des rechtsstaatlichen Strafrechts darstellen. *Demko* hat im Anschluss an ihre nachrangige Bestimmung der grammatikalischen Auslegung der Diskussion der *normativen* Ratio des Gesetzlichkeitsprinzips und damit der teleologischen Analyse selbst nur einen vergleichsweise knappen Raum belassen. Sie geht von den methodologischen Erwägungen auf normative Aussagen mit der Auffassung über, dass der Telos des Gesetzlichkeitsprinzips die zwingende Bindung an den Sprachgebrauch nicht einfordert. *Demko* hat im Wesentlichen an Beispielen erklärt, zu welchem Ergebnis die eine oder die andere methodologische Theorie nach ihrer Auffassung führen soll. Eben über diese als selbst-evident eingeführten Beispiele oder etwa über die von ihr behaupteten *normativen* Folgen eines verengten oder erweiterten Sprachverständnisses lässt sich aber jeweils in Abhängigkeit vom Verständnis des Art. 103 II GG bzw. des Art. 7 EMRK streiten. Der Rezensent möchte Zweifel anmelden, dass etwa Art. 103 II GG hier nicht doch anderes bedingt: Über die teleologische und *nicht* über die grammatikalische Auslegung als solche könnte sich der Zwang ergeben, den bezweckten Rechtsgutsschutz in Form des „möglichen Wortsinns“ bzw. unter Zugrundelegung des allgemeinen Sprachgebrauchs zu transportieren. Dies kann ein gerade angesichts der für *Demko* zu akzeptierenden individuellen Entscheidung bei der strafrechtlichen Zweckfeststellung (S. 170 ff., 231 ff.) bedeutendes Erfordernis sein. Sollte dies zutreffen – eine vollständige normative Analyse des Gesetzlichkeitsprinzips kann eine Rezension nicht anstreben – würde sich an den auslegungstheoretischen Aussagen der Arbeit nicht notwendig etwas ändern. Es wäre aber zu erkennen, dass strafrechtslimitierende Prinzipien wie das Gesetzlichkeitsprinzip objektiv-teleologisch selbst bestimmte Zwecke setzen, die sich bei der Suche nach dem *legitim* zu verfolgenden Zweck eines Straftatbestandes durchsetzen müssen. Es würde damit das sinnprägende Moment des Gesetzlichkeitsprinzips wohl zutreffender verstanden, dennoch aber die Argumentation weiter kontextbezogen bleiben, so dass die vom Schweizerischen Bundesgericht bereits heute praktizierte und nun auch von *Demko* vertretene „Rebellion der Methodenlehre“ gegen die heute vorherrschende normative Deutung des Art. 103 II GG wohl letztlich selbst ihren Anhaltspunkt einbüßt.

IV. Zusammenfassend bleibt zu konstatieren, dass die Abhandlung *Demkos* in methodologischer Hinsicht und zudem auch zu den aufgegriffenen einzelnen Strafgesetzen wertvolle Beiträge bietet. Sie legt überzeugend den Grund für einen reflektierteren Umgang mit der Relativität der Rechtsbegriffe im Strafrecht. Soweit *Demko* die Prüfung des Analogieverbotes „rein teleologisch“ bestimmen will, dürfte sie mit ihrer überzeugenden Darlegung der methodologischen Hintergründe auch die Diskussion um das strafrechtliche Gesetzlichkeitsprinzip neu anregen, wobei der Rezensent die *normativ* aufgestellte These skeptisch beurteilt. Letztlich zeigt aber gerade auch dieser kontroverse Ansatz, wie fruchtbar die Befassung mit der Methodenlehre für neue Denkansätze

auch und vielleicht gerade im Strafrecht ist. Für die zuverlässig über die Auslegungsmethoden im strafrechtlichen Kontext informierende und die Relativität der Rechtsbegriffe eingehend aufzeigende Abhandlung *Demkos* gilt dies in besonderem Maße.

Wiss. Ass. **Karsten Gaede** (Cambridge/Zürich)

Ulrich Eisenberg, Jugendgerichtsgesetz – JGG, Verlag C. H. Beck, zehnte, vollständig neu bearbeitete Aufl., 2004, 1351 Seiten, 88 Euro, ISBN 3-406-51285-2.

Ist es noch sinnvoll, geschweige denn nötig, diesen nunmehr in 10. Auflage vorliegenden Kommentar vorzustellen? Ein Werk überdies, der in seinen Voraufgaben zahlreiche ausführliche und durchgehend positive Rezensionen (etwa Oehler, GA 1983, 571 ff; Böhm GA 1987, 87 ff; Zipf GA 1989, 267 f; Geerds GA 1992, 185; Müller GA 1994, 385 f; Herzog GA 1997, 81 ff; Walter NJW 1997, 3012; Beulke GA 1999, 143 ff; Rzepka GA 2001, 249 ff) erfahren hat? Hat nicht jeder, der wissenschaftlich oder rechtspraktisch mit dem Jugendstrafrecht zu tun hat, ohnehin schon mit dem *Eisenberg* – möglicherweise als einzigem Hilfsmittel - gearbeitet? Schon im Hinblick auf bisher auf dem Gebiet des Jugendstrafrechts nicht tätige Juristen, Berufsanfänger, Referendare und Studenten der einschlägigen Wahlfachgruppe soll hier ein Informationsbedürfnis unterstellt werden. Dies auch deshalb, weil der vom Verlag zurückhaltend auf Praktiker beschränkte Adressatenkreis, meines Erachtens dringend auf Wissenschaftler und in der Ausbildung befindliche Juristen erweitert werden muss (vgl. schon Rzepka a. a. O. S. 250). Die neueste Auflage dieses „Standardwerks“ auf dem Gebiet des Jugendstrafrechts mit Bearbeitungsstand von Ende September 2003 soll hier zunächst – erneut – allgemein gewürdigt und in die literarische Landschaft eingeordnet werden, bevor einzelne inhaltliche Gesichtspunkte angesprochen werden.

Seit seinem erstmaligen Erscheinen 1983 ist der JGG-Kommentar von *Eisenberg* derjenige, dessen Neuauflagen mit der höchsten Frequenz - im Durchschnitt alle zwei Jahre - vorgelegt werden. Seine Aktualität ist durchaus ein Wert an sich (vgl. schon Walter NJW 1997, 3012), weil sich ein Großteil der Rechtsentwicklung im Jugendstrafrecht in der Rechtsprechung - und zwar weniger des Bundesgerichtshofs als der Oberlandesgerichte und der Instanzgerichte - abspielt. Gerade deren Rechtsprechung zum Jugendstrafrecht ist - anders als die des BGH - nicht ohne weiteres vollständig in - auch EDV-gestützten - Rechtsprechungssammlungen oder Übersichten aufzufinden. Besonders für diese Entscheidungen ist das Entscheidungsregister (S. 1209-1296) des Kommentars von Nutzen. Hinzu kommt der gerade auch für den Praktiker - jedenfalls den Verteidiger - wertvolle aktuelle, zuverlässige und umfassende Nachweis des Schrifttums, der durch die Platzierung von Schrifttumsverzeichnis-

nissen eingangs der jeweiligen Kommentierungen nunmehr besonders übersichtlich gestaltet ist. Gerade die einschlägige jugendrechtliche, d.h. familien- und sozialrechtliche, kriminologische, psychiatrische und psychologische Fachliteratur könnte der Strafverteidiger ohne derartige Übersichten weder überschauen noch auffinden.

Von jeher bemüht sich *Eisenberg*, in seinem Kommentar gerade nicht nur die höchstrichterliche Rechtsprechung zum Jugendstrafrecht vollständig und verständlich darzustellen. Während sich die verdienstvollen Kommentare von *Brunner/Dölling* (10. Aufl., 1996) und von *Diemer/Schoreit/Sonnen* (3. Auflage, 1999) zum JGG sich besonders dadurch auszeichnen, dass sie in authentischer Weise die Sicht von Justizpraktikern widerspiegeln, und typische Probleme der Justizpraxis aufgreifen und vertieft darstellen, hat es *Eisenberg* - der diese Gesichtspunkte nicht aus den Augen verliert - darüber hinaus stets verstanden, spezifische rechtsdogmatische Akzente - nicht selten als Kontrapunkte zur herrschenden Rechtsprechung - zu setzen und die Streitfragen umsichtig und teilweise überraschend eingehend zu erörtern. Hier ist beispielsweise auf die Ausführungen zu § 32 Rdnr. 7 ff (zur nach Sinn und Zweck gebotenen analogen Anwendung der Vorschrift bei ungleichzeitiger Aburteilung), zu § 17 Rdnr. 34 f (Jugendstrafe nur aus erzieherischen Gründen) und zu § 18 Rdnr. 11, 16 ff (Bemessung der Jugendstrafe) zu verweisen. Stets wird dabei die konsequente Orientierung des Autors am Erziehungszweck des Jugendstrafrechts deutlich (vgl. dazu Einl. Rdnr. 5 ff; § 5 Rdnr. 13 ff). In mancher Beziehung ist dem Werk eher der großformatige Kommentar von *Ostendorf* (6. Aufl., 2003) oder das Standardlehrbuch von *Schaffstein/Beulke* vergleichbar, was schon deshalb außergewöhnlich ist, weil die ansonsten in der „grauen Reihe“ der Beck'schen Kurzkommentare erscheinenden Bände - der *Palandt*, aber auch die Erläuterungsbücher von *Meyer-Goßner* und *Tröndle/Fischer* - wenn auch in abnehmender Exklusivität ihre Aufgabe in der getreulichen Darstellung und der Aufbereitung der Rechtsprechung sehen. Das Buch von *Eisenberg* hat sich mit einer solchen Rolle - zum Glück - von vornherein nicht zufrieden gegeben. Auf dem überschaubaren Gebiet des Jugendstrafrechts, auf dem bisher weder ein mehrbändiger Großkommentar noch ein großes Lehrbuch gedeiht, hat *Eisenberg* deren Aufgaben - insbesondere die dogmatische Durchdringung, rechtstat-sächliche und kriminologische Vertiefung der Materie - weitgehend mitübernommen, bislang ohne sein Werk zu überfrachten. Letzteres zeigt sich nicht zuletzt an dem noch ohne weiteres handhabbaren Umfang des Kommentars (ca. 1300 Seiten), der dazu führt, dass der Band - im Gegensatz zu anderen derselben Reihe - noch angenehm leicht in der Hand liegt. Insbesondere weil das Buch Verbindungslinien von der Kriminologie und der Rechtstat-sachenforschung zum materiellen und formellen Jugendstrafrecht zieht und dadurch die Zusammenhänge zwischen den Inhalten der Fächer der Wahlfachgruppe Kriminologie, Jugendstrafrecht und Strafvollzug besonders deutlich macht, halte ich es insbesondere auch für interessierte Studenten für gut geeignet; aus ähnlichen Gründen wird auch der Strafrechtslehrer, gerade der

Kriminologe, kaum ohne das Werk auskommen wollen. Hier seien - nur beispielhaft - die umfangreichen Ausführungen des Autors zur Prognose im Jugendstrafrecht (§ 5 Rdnr. 29 ff), die faktenreichen Ausführungen zum Nord-Süd-Gefälle und sonstigen Disparitäten bei der Anwendung von Jugendstrafrecht auf Heranwachsende (§ 105 Rdnr. 3 ff) und die Tabellen und Schaubilder zu den tatsächlich verhängten Rechtsfolgen im Jugendstrafrecht (§ 5 nach Rdnr. 9) erwähnt.

Die Neuauflage hatte keine das JGG betreffenden Gesetzesänderungen zu kommentieren, obwohl die strafrechtliche Abteilung des 64. Deutschen Juristentags 2002 die Reform des Jugendstrafrechts zum Gegenstand hatte. Der Juristentag hat in seinen Beschlüssen (Verhandlungen des 64. DJT, Berlin 2002, Band II/1 Sitzungsberichte, S. N 109 ff) - wenn auch mehr implizit - deutlich gemacht, dass er kein Bedürfnis für grundlegende Reformen sieht, trotz des Gutachtens von *Hans-Jörg Albrecht* (Gutachten D zum 64. DJT, Seiten 161 ff), das eine grundsätzliche Abkehr vom Leitgedanken der Erziehung forderte. Zwar hatte die strafrechtliche Abteilung mit knapper Mehrheit die volle Einbeziehung der Heranwachsenden in das Jugendstrafrecht gefordert, konnte sich jedoch nicht über den einzuschlagenden Weg einigen (a. a. O. S. N 110); auch sollte die Jugendstrafe wegen schädlicher Neigungen entfallen (a. a. O. S. N 116) und gegen Heranwachsende eine Jugendstrafe von 15 Jahren bei Straftaten, bei denen nach allgemeinem Strafrecht lebenslange Freiheitsstrafe droht, verhängt werden können (a. a. O. S. N 117). Schon insoweit, aber auch im Übrigen erscheinen die mehrheitsfähigen Thesen erstaunlich heterogen und disparat. Teilweise ging es anscheinend nur darum, bereits Praktiziertes rechtlich klar und einwandfrei zu regeln (vgl. Vorbewahrung, Strafvollzug, a.a.O. N 118, 121). Unter diesen Umständen erscheint der Beschluss des DJT naheliegend, wenn auch wenig befriedigend, zu empfehlen, mit der Vorbereitung eines zweiten JGG-Änderungsgesetzes eine Kommission zu beauftragen (a. a. O. S. N 121). Es kann dem Kommentar - wie dem Gesetzgeber - daher ohne Weiteres nachgesehen werden, daß er sich einer eingehenden zusammenhängenden Stellungnahme (vgl. aber § 3 Rdnr. 3a; § 105 Rdnr. 6) enthält.

Bzgl. der in der Neukommentierung berücksichtigten Neuerungen der Rechtsprechung sei die Entscheidung des Bundesverfassungsgerichts vom 16. Januar 2003 (BVerfG DVJJ-J 2003, 68 mit Anm. Ostendorf und Besprechung Eisenberg/Zötsch GA 2003, 226; Grunewald NJW 2003, 1995) zur Verfassungswidrigkeit und Nichtigkeit des § 51 Abs. 2 JGG wegen Mangel an Bestimmtheit der Voraussetzungen des Eingriffs in das elterliche Erziehungsrechts (Art. 6 Abs. 2 GG) - Erziehungsberechtigte können als „Angehörige“ im Sinne der Vorschrift nicht ausgeschlossen werden - hervorgehoben (§ 51 Rdnr. 13 ff).

In der Rechtsprechung des Bundesgerichtshofs der letzten zwei bis drei Jahren sind begründete Entscheidungen zum JGG selten, erst recht solche, die von grundsätzli-

cher Bedeutung sind. Es versteht sich von selbst, dass diese zuverlässig eingearbeitet sind: Hier ist etwa BGH NJW 2003, 2036 hervorzuheben (§ 31 Rdnr. 13), wonach die Bildung einer einheitlichen Sanktion nach Jugendstrafrecht gem. § 31 Abs. 2 JGG ausscheidet, wenn die Vorverurteilung bereits in ein anderes - auch nicht rechtskräftiges - Urteil einbezogen war, weil andernfalls eine doppelte Verwertung stattfände, weiter der - für BGHSt vorgesehene - überzeugende Beschluss BGH NJW 2003, 370, wonach für die nachträgliche Entscheidung über das Absehen von der Vollstreckung des Jugendarrests wegen Erfüllung einer Arbeitsauflage nach Verhängung des Arrests gem. §§ 11 Abs. 3 Satz 3, 15 Abs. 3 Satz 2, 65 Abs. 1 Satz 1 JGG nach dem Gesetzeswortlaut der Richter des ersten Rechtszugs zuständig ist, wie auch *Eisenberg* meint (§ 11 Rdnr. 24, § 65 Rdnr. 5/6; und in JR 2003, 215). Schließlich sei hier noch auf die ausführliche kritische Würdigung (§ 105 Rdnr. 27 ff; vgl. auch Eisenberg NSTZ 2003, 125) der jüngst erneut prägnant formulierten Rechtsprechung des BGH zu § 105 Abs. 1 Nr. 1 JGG (BGH NSTZ 2002, 204; BGH, Beschl. vom 6. März 2003 - 4 StR 493/02) hingewiesen, wonach bei „unbehebaren“ Entwicklungsrückständen infolge psychischer Auffälligkeiten, insbesondere auch bei schweren dissozialen oder emotionalen Persönlichkeitsstörungen, eine Anwendung des Jugendstrafrechts auf Heranwachsende nicht in Betracht komme. Zutreffend verweist der Autor hier auf zunächst nicht prognostizierbare Nachreifungsprozesse und den Zweifelssatz (Rdnr. 27, 27b). Besonders zu begrüßen ist, dass hier - wie durchgehend - das einschlägige kriminologische, psychologische und psychiatrische Schrifttum umfassend nachgewiesen wird (vgl. auch das Schrifttumsverzeichnis zu § 105 und zu § 3).

Insgesamt ist - nochmals - zu betonen, dass der *Eisenberg* keineswegs nur ein Kommentar für den Praktiker ist. Dieses Erläuterungsbuch ist vielmehr hervorragend geeignet, im ersten Zugriff sämtliche Informationsbedürfnisse des Benutzers (aus welcher Berufsgruppe auch immer) - gewissermaßen im Handumdrehen und aus einer Hand - zu befriedigen.

Rechtsanwalt **Markus Rübenstahl**, Mag. iur., Karlsruhe

Gunnar Spilgies, Die Bedeutung des Determinismus-Indeterminismus-Streits für das Strafrecht. Über die Nichtbeachtung der Implikationen eines auf Willensfreiheit gegründeten Schuldstrafrechts. Dr. Kovac, Hamburg 2004, 206 S., ISBN 3-8300-1341-8, EUR 79,00

I. Der - für ein Konzept des Schuldstrafrechts grundlegende - Streit über die Existenz eines freien Willens bzw. damit verbunden über die Entscheidung zwischen einem deterministischen bzw. indeterministischen Welt-

bild war in den vergangenen Jahren und Jahrzehnten deutlich aus dem Blickfeld gerückt. Man hatte sich weitgehend „beruhigt“ und damit „arrangiert“, dass auch ohne entsprechenden Nachweis nur auf Grund eines intuitiven Alltagsempfindens jedenfalls eine so weit verbleibende „Restwillensfreiheit“ postuliert werden konnte, dass die Begehung einer rechtswidrigen Tat zumindest regelmäßig dem Täter auch als persönlich vorwerfbar erschien. In der jüngsten Vergangenheit ist die Frage wieder stärker ins Bewusstsein gerückt, und es ist (nicht zuletzt auch auf Grund neuer Erkenntnisse in der Gehirnforschung) einige Bewegung in diese geraten.

Insofern ist nicht nur erfreulich, dass Spilgies wieder einmal eine ausführlichere Untersuchung zu der Thematik vorlegt, sondern dieses Unterfangen ist um so reizvoller, als der Verfasser offenbar einem deterministischen Weltbild mehr Sympathie entgegen bringt als die zuletzt ganz herrschende Meinung bzw. gerade das „Arrangieren“ mit dem umgekehrten Zustand in Gestalt eines „relativen Indeterminismus“ (vgl. dazu näher unten) scharf kritisiert. Wenn in dieser Besprechung so manches in Spilgies' Werk kritisch beurteilt wird, so hat dies nichts mit dem Thema und auch nicht in erster Linie mit dem vom Verfasser eingenommenen Standpunkt, sondern mit der Art und Weise des Herangehens zu tun.

II. Die Arbeit zerfällt in vier Teile, deren Herzstück der dritte Teil über „Implikationen eines auf Willensfreiheit gegründeten Schulstrafrechts und deren Nichtbeachtung“ darstellt, welcher in sechs, häufig mehr oder weniger parallel aufgebaute Abschnitte untergliedert ist:

1. Im ersten Teil (S. 17 ff.) skizziert Spilgies noch einmal den Determinismus-Indeterminismus-Streit, der von ihm in der gängigen (insbesondere allgemeinen) Literatur als oftmals unzureichend und verkürzt dargestellt empfunden wird. Indes weichen die von Spilgies auf S. 18 bzw. 25 angeführten „Grunddefinitionen“, wonach der Determinismus „die Theorie (ist), nach der alles so geschehen musste und nicht anders sein konnte“, während der Indeterminismus „die Theorie (ist), nach der bestimmte Ereignisse nicht geschehen mussten, sondern etwas anderes geschehen konnte“, nicht von dem ab, was man in einem gängigen Strafrechtslehrbuch lesen kann, und führen dementsprechend auch nicht darüber hinaus. Wichtig – und in dieser Form zugegebenermaßen oft nicht ausreichend betont – ist dagegen die Feststellung, dass die mangelnde tatsächliche Prognostizierbarkeit von Geschehensabläufen zumindest theoretisch der Annahme eines Determinismus nicht entgegen steht, oder aber anders formuliert: dass die ontologische Determiniertheit eines Geschehensablaufes von der Erkennbarkeit dieser Determination durchaus zu trennen ist (vgl. S. 22 ff.).

2. Im zweiten Teil konstatiert Spilgies zutreffend, dass sowohl nach der Gesetzeskonzeption (vgl. § 20 StGB) als auch nach der ganz herrschenden Meinung im Rahmen des Strafrechts offenbar ein indeterministisches Menschenbild zugrunde gelegt wird (vgl. S. 33 ff.). Dieses ist – und auch das wird richtig gesehen – freilich Ausdruck

eines in gewisser Weise „relativen Indeterminismus“, da nicht nur auf Grund der kriminologischen Erkenntnis zu (zumindest statistischen) Zusammenhängen zwischen bestimmten sozialen Faktoren und der Begehung von Straftaten, sondern auch auf Grund einzelner beobachteter Phänomene in der neueren Gehirnforschung eine „völlige Willensfreiheit“ empirisch nur schwer haltbar erscheint (wobei man allerdings das vorher von Spilgies genannte Argument auch umkehren könnte: Die mangelnde empirische Nachweisbarkeit eines Indeterminismus steht diesem als Konzept selbstverständlich auch nicht generell entgegen). Einen solchen „relativen Indeterminismus“ setzt Spilgies – insoweit in der Tradition von überzeugten Deterministen stehend – die Kritik entgegen (vgl. S. 40 ff.), dass das Modell einer „unvollständigen Determiniertheit“ logisch in sich unstimmtig, ja sogar eine „*contradictio in adjecto*“ sei. Für den strafrechtlichen Zusammenhang postuliert Spilgies insofern dann folgende Leitfrage: „Konnte der Straftäter die Straftat unterlassen oder nicht? Wer die Frage verneint, ist Determinist, wer sie dagegen bejaht ist Indeterminist (sic.). Mit der Beantwortung der Frage, ob der Straftäter die Straftat unterlassen konnte oder nicht, lässt sich damit jede vermeintlich vermittelnde oder den Gegensatz aufhebende Lehre als deterministisch oder indeterministisch einordnen.“ (vgl. S. 51 f.).

Ohne an dieser Stelle bereits die Kritik vorweg zu nehmen, so fällt doch auf, dass Spilgies sich keine größere Mühe gibt, sich mit dem wohl herrschenden und durchaus auch dem Alltagsverständnis entsprechenden Konzept eines „relativen Indeterminismus“ auseinander zu setzen. Dass etwa bestimmte soziale Umstände zwar nicht notwendig determinierend, sehr wohl aber in die eine oder andere Richtung „veranlassend“ wirken können, oder anders formuliert: dass durch bestimmte Umstände Handlungsspielräume in eine bestimmte Weise verengt werden können bzw. empirisch bestehende „Rest-Entschlussfreiheiten“ möglicherweise nach der normativen Betrachtung des Strafrechts als nicht mehr erheblich einzuordnen sind, wird von Spilgies offenbar nicht gesehen, jedenfalls aber keiner näheren Überprüfung unterzogen. Differenzierende Modelle zur Beschreibung der Willensfreiheit in einem empirischen und einem normativen Sinne (vgl. zuletzt nur *Höffe*, UNIVERSITAS 2004, 193, 200 im Zusammenhang mit der von Kant postulierten „Freiheit des Willens“) werden von Spilgies ausgeblendet.

3. Im dritten Teil untersucht Spilgies dann eine Reihe von Konsequenzen, die ein auf Willensfreiheit gegründetes Strafrecht eigentlich bei „konsequentem Weiterdenken“ – jedenfalls nach einem radikalen „Schwarz-Weiß-Verständnis“ der Begriffe nach Spilgies'scher Art – haben müssten, die aber von der herrschenden Meinung trotz des grundsätzlichen Postulats einer Willensfreiheit offenbar nicht gezogen werden (vgl. S. 59 ff.):

a) Im ersten, relativ ausführlichen Abschnitt plädiert Spilgies für einen Ausschluss präventiver Strafzwecke bei einem indeterministischen Menschenbild, da bei der

Vorstellung, der Mensch habe die freie Entscheidung darüber, ob er eine Straftat begeht oder nicht, offenbar auch eine wie auch immer geartete „Prägung“ durch (Spezial- oder auch General-)Prävention unmöglich wäre. Die Gründe dafür, dass diese Konsequenz regelmäßig nicht gezogen werde, sieht Spilgies im mangelnden Problembewusstsein hinsichtlich des Determinismus-Indeterminismus-Streits in den vergangenen Jahrzehnten (vgl. S. 67 ff.), im möglicherweise bewussten Verdecken des Widerspruchs zwischen Willensfreiheit und Prävention (vgl. S. 76 ff.) sowie in einer „fatalistischen Fehleutung“ des Determinismus (vgl. S. 78 ff.).

Gerade hinsichtlich des letzten Punktes ist Spilgies zuzugestehen, dass der Determinismus in der Tat nicht selten „fatalistisch“ dahingehend interpretiert wird, dass „alles so komme, wie es eben kommen müsse, das Verhalten der Menschen schon von vornherein determiniert sei und darum auch Straftaten nicht vermeidbar seien“, so dass „eine Strafe zu Präventionszwecken sowie allgemein zukunftsorientiertes Handeln sinnlos“ seien (vgl. S. 79), und dass gelegentlich auch ontologische und wahrnehmbare Determiniertheit miteinander verquickt werden (vgl. S. 81 f.). Freilich macht Spilgies auch kein klares Gegenkonzept zu einem solchen „fatalistischen Determinismus“ deutlich, denn zum einen berührt ja die Frage nach der subjektiven Vorhersehbarkeit der zukünftigen Ergebnisse bei der Annahme eines strengen Determinismus gerade nicht die Frage, ob man durch die eigenen Handlungen den Ablauf von vorherbestimmten Kausalketten tatsächlich beeinflussen kann; zum anderen würde ein Konzept eines „nichtfatalistischen“ Determinismus, in dem Individuen durchaus vor einer Wahlmöglichkeit stehen, ihr konkretes Verhalten dann aber in deterministischer, d.h. kausal wirkender Weise bestimmte Folgen nach sich zieht, sich gerade nicht mehr wesentlich von dem von Spilgies harsch kritisierten „relativen Indeterminismus“ unterscheiden. Selbst wenn man eine die Willensfreiheit ausschließende „Necessisierbarkeit durch Motive“ für regelmäßig nicht möglich hält, bleibt doch ohne weiteres das Bild einer Beeinflussbarkeit des menschlichen Willens im Sinne einer Lenkung bzw. Verengung des Handlungsspielraums möglich, welche zumindest die statistische Häufigkeit bestimmter Verhaltensmuster beeinflussen mag. Die Möglichkeit einer solchen Beeinflussung zu einem – zwar im Spielraum eingegrenzten, aber letztlich doch frei beschlossenen – Handeln wäre aber gerade bei einer vollständigen Vorherbestimmung sämtlicher Geschehensabläufe im Sinne dessen, was ein Laplace'scher Dämon erkennen könnte, ausgeschlossen. Insoweit erscheint mir die gegenläufige These, nach der gerade ein streng deterministisches Weltbild mit präventiven Strafzwecken nicht sinnvoll zu vereinbaren ist, mindestens genauso plausibel. Man gewinnt daher den Eindruck, als ob es sich zumindest teilweise auch um ein Definitionsproblem darüber handelt, was in einem strafrechtlichen Sinne als „Wirkung“ eines Verhaltens auf die Psyche anderer Menschen verstanden wird bzw. wann eine nur noch eingegrenzte Restfreiheit bei normativer Betrachtung eben nicht mehr als freie Handlungsmöglichkeit verstanden wird.

b) Es bedarf nur wenig Phantasie sich auszumalen, wie Spilgies in ähnlicher Weise vergleichbare Probleme darstellt, bei denen vermeintlich ein indeterministisches Menschenbild zu strafrechtlichen Implikationen führen müsste, die *lex lata* und herrschende Dogmatik nicht anzunehmen bereit sind. Damit soll freilich nicht die Leistung in Abrede gestellt werden, all die Phänomene zu sammeln bzw. zu erkennen, die Spilgies insoweit zusammengetragen hat: Es sind dies die vermeintlich fehlende Legitimierbarkeit jeglicher kriminalätiologischer Forschung (vgl. S. 91 ff., da eine Straftat beim indeterministischen Verständnis keine „Ursache“ außer dem freien Willen des Straftäters hätte), die fehlende Legitimierbarkeit einer Entschuldigung für unrechtmäßiges Verhalten bei großem Motivationsdruck (vgl. S. 118 ff., da bei der Annahme eines Indeterminismus der Wille gerade nie so gebeugt werden könnte, dass der Straftäter nicht anders handeln könne), die fehlende Legitimierbarkeit einer Strafbarkeit wegen Nötigung mit *vis compulsiva* bzw. mit Drohen (vgl. S. 136 ff., da dadurch die Entscheidungsfreiheit nicht hinreichend beeinträchtigt werden könnte), die fehlende Legitimierbarkeit einer Versagung des Rücktrittsprivilegs bei „Unfreiwilligkeit“ (vgl. S. 146 ff., da eine solche Unfreiwilligkeit gerade nicht eintreten könne) sowie die fehlende Legitimierbarkeit einer Strafzumessung nach dem Grad der Willensfreiheit (etwa bei §§ 21, 157, 46 I 1 StGB, vgl. S. 149 ff., da bei der Annahme eines indeterministischen Menschenbildes die Willensfreiheit als absolute Größe keiner Graduierung zugänglich sei).

Die Argumente dafür, dass all diese in der gängigen Dogmatik anerkannten Institute vom Standpunkt des Indeterminismus aus verfehlt sein müssten, sind – dies ist freilich kein Vorwurf an Spilgies, sondern ergibt sich aus der Konsequenz des von ihm eingenommenen Standpunktes – sehr ähnlich. Das Gleiche gilt entsprechend aber auch für die dagegen vorstellbaren Einwände: So wirken insbesondere die Ausführungen zum Ausschluss einer Entschuldigung, auf der anderen Seite aber auch einer Strafbarkeit bei Nötigung mit *vis compulsiva* bzw. Drohung beinahe schon bizarr. Die von Spilgies postulierte Absolutheit der Willensfreiheit bzw. aus umgekehrtem Blickwinkel: das offenbare Leugnen jeglicher Möglichkeit einer Abstufung hinsichtlich der Handlungsfreiheit widerspricht ersichtlich jeglicher Alltagserfahrung. Exemplarisch: Wird jemand durch die Drohung, sein Kind werde anderenfalls getötet, zur Begehung einer Sachbeschädigung genötigt (womit sowohl die Konstellation der Entschuldigung nach § 35 als auch die Strafbarkeit wegen Nötigung bei einer Drohung angesprochen ist), so ist nicht wirklich zweifelhaft, dass er deshalb nicht im Sinn einer klaren Vorherbestimmtheit die Sachbeschädigung begehen muss; genauso gut könnte er sich weigern und das Leben seines Kindes riskieren. Ebenso wenig zweifelhaft kann jedoch sein, dass die Freiheit seiner Entscheidung dadurch eingeschränkt ist, d.h. dass er nicht in gleicher Weise „frei“ entscheidet, wie wenn der Hintermann kein Drohmittel in der Hand hätte. Ob der Gesetzgeber solche Beschränkungen der Freiheit

normativ als beachtlich erklärt oder nicht, muss ihm doch wohl freistehen.

III. Zusammenfassend ist damit festzustellen, dass Spilgies eine interessante Untersuchung gelungen ist, der das Verdienst zukommt, das Determinismus-Indeterminismus-Problem unter Verarbeitung vieler „Klassiker“ zu diesem Thema noch einmal anschaulich aufzubereiten und vermeintliche Implikationen eines indeterministischen Weltbildes für die Kriminalwissenschaften aufzuzeigen. In der Auseinandersetzung mit abweichenden Ansichten sowie in der Begründung seines eigenen Standpunktes finden sich zwar gewisse Redundanzen; dies ist wohl aber der Tatsache geschuldet, dass all die von Spilgies untersuchten Implikationen letztlich eine ähnliche Wurzel haben. Insgesamt ist das Buch – nicht zuletzt durch die geschickte Vorankündigungstechnik des Verfassers sowie ein häufig parallelen Aufbau seiner Darstellung – stets gut lesbar.

Drei inhaltliche Monita müssen jedoch – und zwar unabhängig davon, ob man Spilgies' Standpunkt im Ergebnis teilt oder nicht – erwähnt werden: Zunächst würde man bei einem im Jahr 2004 erschienenen Buch (das in der Einleitung gleich die Diskussion in der FAZ im Herbst 2003 als Beleg für die Aktualität des Themas anführt) auch entweder kurze Ausführungen oder aber zumindest weiterführende Nachweise zur neueren naturwissenschaftlichen Diskussion etwa im Bereich der Neurobiologie erwarten. Des Weiteren wiederholt Spilgies zwar gebetsmühlenartig seinen Standpunkt, wonach eine Abstufung der Willensfreiheit in einem indeterministischen Weltbild nicht möglich sei, macht sich aber nicht die Mühe, sich mit dem der herrschenden Meinung offenbar

zugrunde liegenden und hier knapp skizzierten abweichenden Ansatz auch nur auseinander zu setzen und näher zu begründen, warum eine im hier verstandenen Sinne „abgestufte Willensfreiheit“ per definitionem nicht existieren können soll. Zuletzt vermisst man bei allem Scharfsinn der Untersuchung einen klaren eigenen Standpunkt des Verfassers dazu, ob er nun in Folge seiner Kritik tatsächlich einen deterministischen Standpunkt einnimmt oder aber die seiner Ansicht nach mit einem indeterministischen Standpunkt unvereinbaren, z.T. zentralen Institute unserer Strafrechtsordnung und Strafrechtspflege abschaffen möchte.

Ebenfalls nicht verschwiegen werden soll ein Punkt, über den man gewiss unterschiedlicher Meinung sein kann: Nach meinen – insoweit vielleicht altmodischen – Empfinden ist es nicht angemessen, zahlreiche namhafte Autoren, die eine vom Standpunkt Spilgies' abweichende herrschende Meinung vertreten, in derart polemischer Weise des mangelnden Verstandes und offensichtlicher logischer Fehlschlüsse zu bezichtigen, wie Spilgies dies in seiner häufig sehr kämpferischen Sprache tut (vgl. nur S. 57, 78, 80 [Fn. 204], 84/85, 99, 105/106, 125, 126, 134, 171). Es geht dabei weniger um falsche Rücksicht auf Autoritäten durch einen Verfasser, der nach dem Klapptext gegenwärtig gerade Rechtswissenschaft studiert, als vielmehr um einen sachlichen Ton sowie um eine gewisse Bescheidenheit des eigenen Ansatzes, die um so mehr angezeigt ist, wenn zumindest seine Ausarbeitung und Begründung die oben genannten Mängel enthalten.

Prof. Dr. **Hans Kudlich**, Bucerius Law School, Hamburg

Vollständige Rechtsprechung des BGH

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.

459. EGMR Nr. 38544/97 – Urteil vom 8. April 2004 (Weh v. Österreich)

Recht auf ein faires Strafverfahren: Schweigerecht und Selbstbelastungsfreiheit (Ausmaß des erforderlichen Zwangs; Verletzungen durch Anwendung von Zwang in Strafverfahren oder durch Verwertung von außerhalb eines Strafverfahrens erzwungener Äußerungen; Verwertungsverbot; Offenbarungspflichten des Fahrzeughalters nach Straßenverkehrsrecht; deliktsunabhängige Geltung der Rechte; Sondervotum Lorenzen, Levits und Hajjiev; Beziehung zur Unschuldsvermutung; partielle Zulässigkeit nachteiliger Schlüsse beim Schweigen des Angeklagten); Begriff der strafrechtlichen Anklage (zeitlicher und gegenständlicher Anwendungsbereich des fairen Strafverfahrens).

Art. 6 Abs. 1 Satz 1, Abs. 2 EMRK; Art. 1 GG; Art. 2 Abs. 1 GG; Art. 20 Abs. 3 GG; § 136a StPO

460. BVerfG 2 BvR 564/95 – Beschluss vom 14. Januar 2004 (BGH/LG Bochum)

Erweiterter Verfall (keine pönale Funktion; vermögensordnende Funktion; präventive Funktion; keine Abschreckungsfunktion; Bruttoprinzip; Gewinnabschöpfung); Rechtsstaatsprinzip (Schuldgrundsatz/nulla poena sine culpa; Unschuldsvermutung; Selbstbelastungsfreiheit/nemo tenetur se ipsum accusare; Bestimmtheitsgebot); Rückwirkungsverbot; Gleichbehandlungsgebot; verfassungsrechtlicher Begriff der Strafe; restriktive Auslegung des erweiterten Verfalls durch den Bundesgerichtshof (Willkürfreiheit; keine Verkennung der Bedeu-

tung und Tragweite grundrechtlicher Gewährleistungen; Verhältnismäßigkeit); gesetzgeberische Wahlfreiheit bezüglich des Mittels zum Entzug rechtswidrig erlangter wirtschaftlicher Vorteile.

§ 73d StGB; Art. 1 Abs. 1 GG; Art. 2 Abs. 1 GG; Art. 20 Abs. 3 GG; Art. 103 Abs. 2 GG; Art. 14 Abs. 1 GG; Art. 14 Abs. 2 GG; Art. 3 Abs. 1 GG; Art. 6 EMRK; § 73a StGB; § 73c StGB; § 73e StGB; § 73 StGB; § 812 BGB; § 818 Abs. 3 BGB; § 818 Abs. 4 BGB; § 819 BGB; § 817 Satz 2 BGB.

461. BVerfG 2 BvR 2043/03 (3. Kammer des Zweiten Senats) – Beschluss vom 20. April 2004 (LG Offenburg/AG Offenburg)

Unverletzlichkeit der Wohnung; Durchsuchung; Beschlagnahme; Richtervorbehalt (eigenverantwortliche Prüfung der Eingriffsvoraussetzungen; Begrenzung der Durchsuchungsbefehls; genaue Bezeichnung der Beweismittel; genaue Umschreibung des Tatvorwurfes); prozessuale Überholung (Prüfungsumfang des Beschwerdegerichtes; Möglichkeit der Nachbesserung); Verdacht der Steuerhinterziehung (Tafelgeschäfte als Bargeschäfte; Einlösung von Zinscoupons im Ausland; Anonymisierung).

Art. 13 Abs. 1 GG; Art. 13 Abs. 2 GG; Art. 8 EMRK; § 102 StPO; § 370 AO; § 152 StPO; § 94 StPO

462. BVerfG 2 BvR 785/04 (3. Kammer des Zweiten Senats) – Beschluss vom 3. Mai 2004 (LG Hamburg)

Einstweilige Anordnung im Verfahren der Verfassungsbeschwerde (Subsidiarität; fehlende offensichtliche Unzulässigkeit und Unbegründetheit der Hauptsache; Verbot der Vorwegnahme der Hauptsache; Folgenabwägung); faires Verfahren (Terminierung der Hauptverhandlung im Strafprozess; Verhandlungsunfähigkeit; Abtrennung und vorläufige Einstellung des Verfahrens wegen Schwangerschaft der Angeklagten, Risikoschwangerschaft, Gefahr einer Frühgeburt); Schutz der werdenden Mutter; Recht auf Leben und körperliche Unversehrtheit.

Art. 6 Abs. 4 GG; Art. 2 Abs. 2 Satz 1 GG; Art. 2 Abs. 1 GG; Art. 20 Abs. 3 GG; § 32 Abs. 1 BVerfGG; § 205 StPO

463. BVerfG 2 BvR 581/04 (3. Kammer des Zweiten Senats) – Beschluss vom 21. April 2004 (OLG München/LG Traunstein/AG Rosenheim)

Nichtannahme einer Verfassungsbeschwerde; allgemeines Persönlichkeitsrecht (fehlendes Rehabilitationsinteresse bei Freispruch; kein Unwerturteil bei Feststellung eines unvermeidbaren Verbotsirrtums; keine Zukunftswirkung bei belastender Mindermeinung eines erstinstanzlichen Gerichtes).

Art. 2 Abs. 1 GG; Art. 1 Abs. 1 GG; § 93a Abs. 2 BVerfGG; § 17 StGB.

464. BGH 3 StR 451/03 – Beschluss vom 8. Januar 2004 (LG Oldenburg)

Diebstahl im besonders schweren Fall (Urteilsformel bei Regelbeispielen; Tenorierung).

§ 243 StGB; § 260 Abs. 4 StPO

465. BGH 2 ARs 359/03 2 AR 230/03 - Beschluss vom 16. Januar 2004

Nachträgliche Entscheidung über Strafaussetzung zur Bewährung (Zuständigkeit); Abgabe der Bewährungsaufsicht.

§ 14 StPO; § 453 StPO; § 462a StPO

466. BGH 2 ARs 392/03 2 AR 257/03 - Beschluss vom 17. Dezember 2003 (OLG Celle)

Ausschließung des Verteidigers; dringender Tatverdacht (Strafvereitelung, Geldwäsche); Verwertung der Ergebnisse einer Telekommunikationsüberwachung; sofortige Beschwerde; Begünstigung; Strafvereitelung.

§ 138 a StPO; § 138 d StPO; § 257 StGB; § 258 StGB

467. BGH 2 ARs 410/03 / 2 AR 270/03 - Beschluss vom 7. Januar 2004

Nachträgliche Entscheidung über die Strafaussetzung zur Bewährung (Zuständigkeit; Bindungswirkung eines Abgabebeschlusses; Willkür).

§ 462 a Abs. 2 Satz 2 StPO; § 14 StPO

468. BGH 2 StR 286/03 - Beschluss vom 10. Dezember 2003 (LG Mainz)

Härteausgleich bei der nachträglichen Bildung der Gesamtstrafe.

§ 54 StGB; § 55 StGB

469. BGH 2 StR 401/03 - Beschluss vom 7. Januar 2004 (LG Koblenz)

Verwerfung der Revision als unbegründet.

§ 349 Abs. 2 StPO

470. BGH 3 StR 457/03 - Beschluss vom 8. Januar 2004 (LG Düsseldorf)

Zu widerhandeln gegen ein vereinsrechtliches Betätigungsverbot (Bekanntniserklärung).

§ 18 VereinsG; § 20 VereinsG

471. BGH 2 StR 39/04 - Beschluss vom 14. April 2004 (LG Bonn)

Grundsatz des fairen Verfahrens (gescheiterte Verfahrensabsprache: Überschreitung des in Aussicht gestellten Strafmaßes; Verständigung; Vertrauensgrundlage); Hinweispflicht; Beweisaufnahme; Erforschung der Wahrheit.

Art. 6 Abs. 1 EMRK; Art. 20 Abs. 3 GG; Art. 2 Abs. 1 GG; § 265 StPO

472. BGH 2 StR 40/04 - Beschluss vom 28. April 2004 (LG Kassel)

Rüge des Verstoßes gegen das Verbot der Beeinträchtigung der freien Willenbildung und Willensbetätigung des Zeugen (Anforderungen an die Verfahrensrüge: Mitteilung des Inhalts der Aussage).

Art. 1 GG; Art. 2 Abs. 1 GG; § 136a StPO; § 344 Abs. 2 Satz 2 StPO

473. BGH 2 StR 4/04 - Beschluss vom 7. April 2004 (LG Kassel)

Verjährung bei Tateinheit (getrennt zu berechnende Fristen).

§ 78 StGB; § 52 StGB

474. BGH 2 StR 55/04 - Beschluss vom 7. April 2004 (LG Köln)

Unterbringung in einer Entziehungsanstalt (hinreichende Aussicht auf einen Therapieerfolg).

§ 64 StGB

475. BGH 2 StR 67/04 - Beschluss vom 14. April 2004 (LG Frankfurt)

Strafzumessung (Doppelverwertungsverbot); Beruhen.

§ 46 Abs. 3 StGB; § 337 StPO

476. BGH 2 StR 69/04 - Beschluss vom 16. April 2004 (LG Frankfurt)

Verwerfung der Revision als unbegründet.

§ 349 Abs. 2 StPO

477. BGH 2 StR 70/04 - Beschluss vom 14. April 2004 (LG Kassel)

Verwerfung der Revision als unbegründet.

§ 349 Abs. 2 StPO

478. BGH 2 StR 73/04 - Beschluss vom 21. April 2004 (LG Limburg)

Nachträgliche Bildung der Gesamtstrafe.

§ 55 StGB

479. BGH 2 ARs 80/04 2 AR 67/04 - Beschluss vom 28. April 2004

Verwerfung einer Richterablehnung als unzulässig (Ablehnung nach abschließender Sachentscheidung).

§ 26 a Abs. 1 Nr. 1 StPO

480. BGH 2 ARs 83/04 / 2 AR 44/04 - Beschluss vom 21. April 2004

Zuständigkeitsbestimmung (Zuständigkeit für die Bewährungsaufsicht und nachträgliche Entscheidungen zur Strafaussetzung zur Bewährung); Konzentrationsprinzip; Wohnsitzgericht.

§ 462a StPO; § 14 StPO

481. BGH 2 StR 107/04 - Beschluss vom 14. April 2004 (LG Frankfurt)

Versuchter schwerer Raub; Unterbringung in einer Entziehungsanstalt (Hang; konkrete Aussicht auf einen Therapieerfolg).

§ 250 StGB; § 64 StGB; § 22 StGB; § 23 StGB

482. BGH 2 ARs 135/04 2 AR 82/04 - Beschluss vom 28. April 2004

Zuständigkeitskonzentration am Sitz des Staatsanwaltschaft; Einheitlichkeit des Ermittlungsverfahrens (zwischenzeitliche Einstellung).

§ 162 Abs. 1 Satz 2 StPO; § 170 Abs. 2 StPO

483. BGH 2 ARs 140/04 / 2 AR 83/04 - Beschluss vom 28. April 2004

Abgabe des Verfahrens (Zweckmäßigkeit; Wohnort der Zeugen; Wohnortwechsel des Angeklagten).

§ 42 Abs. 3 JGG

484. BGH 2 StR 85/04 - Beschluss vom 7. April 2004 (LG Aachen)

Anderweitige Verteidigungsmöglichkeit (SchuldSpruchänderung: Vollendung, Versuch); Unterbringung in einer Entziehungsanstalt (konkrete Aussicht auf Therapieerfolg).

§ 265 StPO; § 64 StGB

485. BGH 2 StR 96/04 - Beschluss vom 7. April 2004 (LG Limburg)

Verwerfung der Revision als unzulässig (Zuständigkeit: Formfehler, Fristversäumnis, Rechtsmittelverzicht); Antrag auf Entscheidung des Rechtsmittelgerichts.

§ 349 Abs. 1 StPO; § 302 Abs. 1 Satz 1 StPO; § 346 Abs. 1 StPO

Das Gericht, dessen Entscheidung mit der Revision angefochten werden soll, ist für die Verwerfung der Revision als unzulässig nur in den in § 346 Abs. 1 StPO genannten Fällen und auch nur dann zuständig, wenn der Formfehler oder das Fristversäumnis nicht mit anderen Unzulässigkeitsgründen wie einem wirksamen Rechtsmittelverzicht zusammentrifft. Sobald ein nicht § 346 Abs. 1 StPO unterfallender Unzulässigkeitsgrund gegeben ist, obliegt die Verwerfung insgesamt dem Revisionsgericht.

486. BGH 2 StR 97/04 - Beschluss vom 14. April 2004 (LG Kassel)

Rechtsfehlerhafte Bezugnahme auf Feststellungen in einem aufgehobenen Urteil; Beruhen.

§ 267 Abs. 1 StPO; § 337 StPO

487. BGH 2 StR 143/04 - Beschluss vom 7. Mai 2004 (LG Frankfurt)

Verwerfung der Revision als unbegründet.

§ 349 Abs. 2 StPO

488. BGH 2 StR 146/03 - Urteil vom 27. Februar 2004 (LG Bonn)

Fragerecht des Angeklagten als Teil des fair-trial-Grundsatzes (Gesamtbetrachtung der Verfahrensfairness); Zulässigkeit der Verfahrensrüge (Mitteilung der den Fehler enthaltenden Tatsachen, Bezugnahme auf Schriftstücke); letztes Wort (Wiedereintritt in die Beweisaufnahme); Bescheidung von Beweisanträgen; Tateinheit (individuelle Bestimmung für jeden Mittäter); Strafzumessung (Gesamtstrafenbildung; fehlerhafte Beurteilung der Konkurrenzen; Beruhen); Einziehung von Vermögenswerten juristischer Personen (Straftat des faktischen Geschäftsführers); Ablehnung eines Antrages auf Videovernehmung.

Art. 6 Abs. 1 EMRK; Art. 6 Abs. 3 Buchst. d EMRK; § 258 Abs. 2 StPO; § 258 Abs. 3 StPO; § 244 Abs. 6 StPO; § 337 StPO; § 52 StGB; § 247 a Satz 1 2. Halbsatz StPO; § 244 Abs. 2 StPO; § 247 a Satz 1 2. Halbsatz StPO

489. BGH 2 ARs 161/04 / 2 AR 90/04 - Beschluss vom 28. April 2004

Abgabe des Verfahrens (Aufenthaltswechsel des Angeklagten; Zweckmäßigkeit).

§ 42 Abs. 3 JGG

490. BGH 2 StR 436/03 - Urteil vom 7. April 2004 (LG Trier)

Anwesenheitsrecht des Angeklagten; wesentlicher Teil der Hauptverhandlung (förmliche Augenscheinseinnahme); absoluter Revisionsgrund (Beruhen; auszuschließender Einfluss eines Verfahrensfehlers).

§ 338 Nr. 5 StPO; § 247 Satz 2 StPO

491. BGH 2 StR 480/03 - Beschluss vom 14. April 2004

Erinnerung gegen Kostenfestsetzung; Gebührentatbestand bei mehrfachen Revisionsverfahren in einer Sache.

§ 5 GKG

492. BGH 3 StR 28/04 - Urteil vom 22. April 2004 (LG Hannover)

Unerlaubtes Handeltreiben mit Betäubungsmitteln (Bande); erweiterter Verfall.

§ 30 Abs. 1 Nr. 1 BtMG; § 73 d StGB

493. BGH 3 StR 105/04 - Urteil vom 8. April 2004 (LG Osnabrück)

Strafzumessung (bestimmender Faktor Bewährung; schuldangemessene Strafe).

§ 46 StGB; § 29a BtMG

494. BGH 3 StR 113/04 - Beschluss vom 22. April 2004 (LG Lübeck)

Strafzumessung (Anwendung des Doppelverwertungsverbot auf Regelbeispiele).

§ 177 Abs. 2 StGB; 46 Abs. 3 StGB

495. BGH 3 StR 115/04 - Beschluss vom 22. April 2004 (LG Oldenburg)

Härteausgleich (Verbot der Gesamtstrafenbildung in Auslieferungsbewilligung); Bestimmung des Anrechnungsmaßstabes für im Ausland erlittene Haft.

§ 51 StGB; § 55 StGB

496. BGH 3 StR 118/04 - Beschluss vom 27. April 2004 (LG Kiel)

Verwerfung der Revision als unbegründet.

§ 349 Abs. 2 StPO

497. BGH 3 StR 29/04 - Beschluss vom 6. April 2004 (LG Osnabrück)

Schwerer Raub (Einsatz einer ungeladenen Maschinenpistole als Drohmittel; sonstiges Werkzeug oder Mittel; Verwenden einer Schreckschusspistole als gefährliches Werkzeug); Einziehung eines Tatwerkzeugs; Verabredung eines Verbrechens (Urteilsformel; Bezeichnung der verabredeten Tat).

§ 250 StGB; § 22 a Abs. 1 Nr. 6 KWKG; § 52 a Abs. 1 Nr. 1 WaffG; § 30 StGB

498. BGH 3 StR 78/04 - Urteil vom 6. Mai 2004 (LG Bückeburg)

Beweiswürdigung (Tötungsvorsatz; Verdeckungsmord; Widerspruchsfreiheit der Urteilsgründe); Strafzumessung (Versuch; subjektiv vollendete Tat).

§ 15 StGB; § 211 Abs. 1 StGB; § 212 StGB; § 261 StPO

499. BGH 3 StR 126/04 - Beschluss vom 4. Mai 2004 (LG Lüneburg)

Urteilstenor (tateinheitlich begangenen Taten: Einstellung, Freispruch, Einheitlichkeit der Entscheidung).

§ 260 Abs. 3 StPO; § 260 Abs. 4 StPO

500. BGH 3 StR 128/04 - Beschluss vom 27. April 2004 (LG Kleve)

Einfuhr von Betäubungsmitteln (Vollendung mit Erreichen des deutschen Arbeitsplatzes).

§ 29 BtMG

501. BGH 3 StR 132/04 - Beschluss vom 4. Mai 2004 (LG Itzehoe)

Strafzumessung (strafscharfende Berücksichtigung einer verjährten Tat).

§ 46 StGB; § 78 Abs. 3 StGB

502. BGH 3 StR 140/04 - Beschluss vom 27. April 2004 (LG Duisburg)

Verwerfung der Revision als unbegründet; Beruhen.

§ 349 Abs. 2 StPO; § 337 StPO

503. BGH 3 StR 148/04 - Beschluss vom 6. Mai 2004 (LG Kleve)

Mündlichkeitsprinzip; Einführung von Urkunden durch Verlesen; Beruhen.

§ 249 Abs. 1 StPO; § 337 StPO

504. BGH 3 StR 428/03 - Urteil vom 22. April 2004 (LG Itzehoe)

Absoluter Revisionsgrund (Öffentlichkeit des Verfahrens; formale Verletzung der Begründungsvorschriften); Zweckbestimmung eines Gebäudes als Wohnhaus (Entwidmung); Bindung des Richters an das Gesetz (Zusage einer Höchststrafe; richterlicher Hinweis; Veränderung des rechtlichen Gesichtspunkts).

§ 338 Nr. 6 StPO; § 306 a Abs. 1 Nr. 1 StGB; Art. 97 Abs. 1 GG; § 265 StPO

505. BGH 1 StR 101/04 – Beschluss vom 1. April 2004 (LG Coburg)

Darlegungsanforderungen bei der Rüge einer durch einen Beweis Antrag eingeforderten zu unrecht unterlassenen Beweiserhebung (Vortrag von Negativtatsachen; konkrete Auseinandersetzung mit den Ausführungen des Urteils; Sachverständigenbeweis); Zurückweisung eines ergänzenden Vortrages wegen Verletzung der Begründungsfrist.

§ 244 Abs. 3, Abs. 4 StPO; § 344 Abs. 2 Satz 2 StPO; § 345 Abs. 1 Satz 1 StPO

506. BGH 1 StR 135/04 – Beschluss vom 5. Mai 2004 (LG Hechingen)

Verwerfung der Revision als unbegründet.

§ 349 Abs. 2 StPO

507. BGH 1 StR 14/04 – Beschluss vom 20. April 2004 (LG Rottweil)

Ausnahmsweise unwirksamer Rechtsmittelverzicht (Verhandlungsfähigkeit; Begriff und Klärung im Freibeweis; keine Geltung von in dubio pro reo).
§ 302 Abs. 1 Satz 1 StPO

508. BGH 1 StR 141/04 – Beschluss vom 4. Mai 2004 (LG Landshut)

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

509. BGH 1 StR 354/03 – Urteil vom 30. März 2004 (LG Waldshut)

Freie Beweiswürdigung beim Freispruch (Vergewaltigung; in dubio pro reo; Zweifelsgrundsatz; Erörterungsmangel; Überspannung der trichterlichen Überzeugungsbildung; Wiedererkennung; Unsicherheiten und Beweiswert; widerrufenes Geständnis); ne bis in idem (Strafklagebrauch; keine Tatsachenbindung bei Rechtskraft); gesetzlicher Richter (Verweis an ein anderes Landgericht nach zweifacher Aufhebung wegen Mängeln hinsichtlich der Beweiswürdigung).

Art. 103 Abs. 3 GG; Art. 101 Abs. 1 Satz 2 GG; Art. 6 Abs. 1 Satz 1, Abs. 2 EMRK; § 261 StPO; § 177 Abs. 2 StGB; § 354 Abs. 2 StPO

510. BGH 1 StR 52/04 – Beschluss vom 20. April 2004 (LG Mannheim)

Ausnahmsweise Wiedereinsetzung gegen die Versäumung der Frist zur Anbringung der in diesem Schriftsatz enthaltenen Verfahrensrügen bei Versehen in der Kanzlei des Verteidigers (Verschuldenszurechnung; Verteidigerverschulden).

§ 44 Satz 1 StPO; § 45 StPO; § 46 Abs. 1 StPO; § 345 Abs. 1 Satz 1 StPO

511. BGH 1 StR 97/04 – Beschluss vom 4. Mai 2004 (LG Aschaffenburg)

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

512. BGH 4 StR 35/04 – Beschluss vom 30. März 2004 (LG Hagen)

Räuberischer Angriff auf Kraftfahrer (Begriff des Fahrzeugführers).
§ 316a StGB

513. BGH 4 StR 43/04 – Urteil vom 29. April 2004 (LG Saarbrücken)

Landfriedensbruch (Angriff bestimmter Personen als Repräsentanten eines Personenkreises); gefährliche Körperverletzung (das Leben gefährdende Behandlung).
§ 125 Abs. 1 StGB; § 224 Abs. 1 Nr. 5 StGB

514. BGH 4 StR 48/04 – Beschluss vom 22. April 2004 (LG Bielefeld)

Minder schwerer Fall des Totschlags (Provokation); Strafzumessung (Doppelverwertung der Tatbegehung).
§ 213 StGB; § 212 StGB; § 46 Abs. 3 StGB

515. BGH 4 StR 61/04 – Beschluss vom 20. April 2004 (LG Kaiserslautern)

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

516. BGH 4 StR 72/04 – Beschluss vom 25. März 2004 (LG Bielefeld)

Strafzumessung bei Vergewaltigung in der Ehe (Widerlegung des Regelbeispiels durch spätere einvernehmliche sexuelle Handlungen: Erörterungspflicht; unbelegte Strafschärfung wegen geplanter Begehung der Tat); sexuelle Nötigung.

§ 46 StGB; § 177 Abs. 2 StGB; § 177 Abs. 1 StGB

517. BGH 4 StR 90/04 – Beschluss vom 11. Mai 2004 (LG Detmold)

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

518. BGH 4 StR 91/04 – Beschluss vom 20. April 2004 (LG Münster)

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

519. BGH 4 StR 100/04 – Beschluss vom 6. April 2004 (LG Dortmund)

Entziehung der Fahrerlaubnis (Ungeeignetheit zum Führen von Kraftfahrzeugen; Gesamtwürdigung; verkehrsspezifischer Zusammenhang).

§ 69 Abs. 1 StGB

520. BGH 4 StR 116/04 – Beschluss vom 20. April 2004 (LG Bochum)

Wirksamer Rechtsmittelverzicht.
§ 302 Abs. 1 Satz 1 StPO

521. BGH 4 StR 117/04 – Beschluss vom 22. April 2004 (LG Siegen)

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

522. BGH 4 StR 123/04 – Beschluss vom 27. April 2004 (LG Detmold)

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

523. BGH 4 StR 377/03 – Urteil vom 4. März 2004 (LG Nürnberg)

BGHSt; gefährlicher Eingriff in den Straßenverkehr (Begriff des Straßenverkehrs und Verkehr auf einem Werksgelände bei Zutrittsbeschränkungen); gefährliche Körperverletzung (Hinterlist).

§ 315 b Abs. 1 StGB; § 315 c StGB; § 316 StGB; § 224 Abs. 1 Nr. 3 StGB

524. BGH 5 StR 575/03 – Beschluss vom 4. Mai 2004 (LG Berlin)

Gesetzlicher Richter (Wegfall von Einzelstrafen; Zählfehler und offensichtliche Fassungsversehen; Beibehaltung des Strafausspruchs unter Zugrundelegung der maßgeblichen Sicht des Tatgerichts).

Art. 101 Abs. 1 Satz 2 GG; § 354 StPO

525. BGH 4 StR 99/04 – Beschluss vom 14. April 2004 (LG Bielefeld)

Strafzumessung (unbelegte Strafschärfung wegen „vielfachen“ einschlägigen Vortaten); Feststellung der Tatzeit als doppelrelevante Tatsache.

§ 46 Abs. 2 StGB; § 353 StPO

526. BGH 5 StR 588/03 – Beschluss vom 4. Mai 2004 (LG Düsseldorf)

Absehen von Strafe infolge rechtsstaatswidriger Verfahrensverzögerung (mittelbare Folgen der Tat; Würdigung sämtlicher strafzumessungsrelevanter Gesichtspunkte); Recht auf Verfahrensbeschleunigung (Beschleunigungsgebot; Strafzumessungslösung: Kompensation unter Einbeziehung der besonderen gesundheitlichen Folgen für den Angeklagten; Einstellung in ganz besonderen Ausnahmefällen); Verjährung (keine Modifizierung der Voraussetzungen zur Sanktionierung rechtsstaatswidriger Verfahrensverzögerungen).

Art. 6 Abs. 1 Satz 1 EMRK; Art. 20 Abs. 3 GG; Art. 2 Abs. 1 GG; § 46 StGB; § 60 StGB; § 78 StGB

527. BGH 4 StR 566/03 – Urteil vom 8. April 2004 (LG Neubrandenburg)

Verwerfung der Revision als unbegründet.

§ 349 Abs. 2 StPO

528. BGH 4 StR 576/03 – Urteil vom 8. April 2004 (LG Saarbrücken)

Strafschärfende Berücksichtigung von Angriffen auf die Glaubwürdigkeit eines Belastungszeugen (Verteidigungsrecht; Konfrontationsrecht; Fragerecht; Ehrenschutz; Meinungsfreiheit; Differenzierung im Einzelfall: Einfluss der konkreten Verfahrenssituation).

Art. 6 Abs. 3 lit. d EMRK; Art. 10 EMRK; Art. 5 GG; § 46 StGB; § 193 StGB

529. BGH 4 StR 577/03 – Beschluss vom 14. April 2004 (LG Saarbrücken)

Mord aus niedrigen Beweggründen (subjektive Komponente des Mordmerkmals; Erörterungspflicht bei festgestellten Persönlichkeitsmängeln).

§ 211 Abs. 2 StGB; § 212 StGB; § 21 StGB

530. BGH 4 StR 586/03 – Urteil vom 29. April 2004 (LG Saarbrücken)

Absehen vom Verfall (Ersatzverfall; Härtefall: Erörterungsmangel, Ermessensausübung auf Grund einer Feststellung der Vermögensverhältnisse und Orientierung an den wirtschaftlichen Folgen für den Angeklagten).

§ 73 Abs. 1 StGB; § 73 a StGB; § 73 c Abs. 1 Satz 2 1. Alt. StGB

531. BGH 5 StR 11/04 – Beschluss vom 20. April 2004 (LG Berlin)

BGHR; Unwirksamkeit eines sofort nach der Urteilsverkündung erklärten Rechtsmittelverzichts (Zustandekommen des Rechtsmittelverzichts: unzulässige Willensbeeinflussung, keine heilende Mitwirkung des Verteidigers bei einer unsachgemäßen Ankündigung der Staatsanwalt, die sich das Gericht zueigen macht, unsachgemäßer

Haftantrag); Verfahrensabsprache (Beweiswürdigung: gebotene Feststellungen bei einer Verständigung, „schlankes Geständnis“; Protokollierungspflicht; Gebot der Konnexität; gescheiterte Absprache); Erstreckung der Urteilsaufhebung auf Nichttrevidenten (kein Vorrang der Sachrüge).

Art. 6 Abs. 1 Satz 1 EMRK; § 370a AO; § 357 StPO; Vor § 1 StPO; § 261 StPO; § 268b StPO; § 302 Abs. 2 Satz 1 StPO

532. BGH 5 StR 44/04 – Beschluss vom 21. April 2004

Unbegründeter Antrag des Angeklagten auf Entscheidung des Revisionsgerichts (Pflicht zur Revisionsbegründung; Verteidigerversäumnisse; Verschuldenszurechnung; Recht auf wirksame Verteidigung); .

Art. 6 Abs. 3 lit. c EMRK; § 345 Abs. 1 Satz 2 StPO; § 346 Abs. 2 StPO

533. BGH 5 StR 106/04 – Beschluss vom 21. April 2004 (LG Frankfurt)

Verwerfung der Revision als unzulässig.

§ 349 Abs. 1 StPO

534. BGH 5 StR 115/04 – Beschluss vom 4. Mai 2004 (LG Berlin)

„Besonders schwere“ Vergewaltigung und minder schwerer Fall (vorherige Intimbeziehung und Einsatz des gefährlichen Werkzeuges nur in der allerersten Tatphase vor Beginn der Sexualhandlungen).

§ 177 Abs. 2, Abs. 4 Nr. 1 StGB; § 177 Abs. 5 StGB

535. BGH 5 StR 122/04 – Beschluss vom 21. April 2004 (LG Bremen)

Unerlaubtes Handeltreiben mit Betäubungsmitteln (Abgrenzung von Täterschaft und Teilnahme; Kurier; keine Tatherrschaft in Form einer Beeinflussung des Geschäfts; Grad des eigenen Interesses).

§ 29 Abs. 1 Nr. 1 BtMG; § 25 StGB; § 27 StGB

536. BGH 5 StR 129/04 – Beschluss vom 19. April 2004 (LG Berlin)

Verwerfung der Revision als unbegründet.

§ 349 Abs. 2 StPO

537. BGH 5 StR 133/04 – Beschluss vom 21. April 2004 (LG Berlin)

Minder schwerer Fall des schweren Raubes (Versuchsnähe der Tat: unmittelbare Sicherstellung der Beute; Strafzumessung; tatspezifische Persönlichkeitsstörung).

§ 250 Abs. 3 StGB; § 46 StGB

538. BGH 5 StR 164/04 – Beschluss vom 5. Mai 2004 (LG Göttingen)

Doppelverwertungsverbot (Raubqualifikation des Beisichführens einer Waffe).

§ 46 Abs. 3 StGB; § 250 Abs. 2 Nr. 1 StGB

539. BGH 5 StR 66/04 – Beschluss vom 5. Mai 2004 (LG Osnabrück)

Verwerfung der Revision als unbegründet.

§ 349 Abs. 2 StPO

540. BGH 5 StR 540/03 – Urteil vom 21. April 2004 (LG Würzburg)

Beweiswürdigung und Urteilsgründe bei Freispruch (Darlegung der erwiesenen Tatsachen; Überprüfbarkeit durch das Revisionsgericht); Strafzumessung bei in mehreren Einzelakten begangenen Vermögensstraftaten (Schätzung; Verteilung des festgestellten Gesamtschadens auf diese Einzelakte nach dem Grundsatz in dubio pro reo); Recht auf Verfahrensbeschleunigung (Be-

schleunigungsgebot; Berechnung nach der Aburteilung; Kompensation und allgemeine Milderung wegen der langen Dauer zwischen Tatbegehung und Tataburteilung); Strafzumessung und Schwarzarbeit; Strafaussetzung zur Bewährung (keine Ausnahme für bestimmte Delikte).

§ 267 StPO; § 261 StPO; § 263 StGB; § 266 StGB; § 266a StGB; Art. 6 Abs. 1 Satz 1 EMRK; Art. 20 Abs. 3 GG; Art. 2 Abs. 1 GG; § 46 StGB