

## SCHRIFTLIEGUNG

Wiss. Ass.

Dr. iur. Karsten Gaede

(Bucerius Law School)

c/o RA

Dr. iur. h.c. Gerhard Strate

Holstenwall 7, 20355 Hamburg

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

## REDAKTION

Ulf Buermeyer, Dr. iur. Karsten  
Gaede, Stephan Schlegel (Web-  
master)

## STÄNDIGE MITARBEITER

Ass.-Prof. Dr. Daniela Demko, LL.M.,  
(Univ. Luzern); Antje du Bois-  
Pedain, MJur (Oxon), (Univ.  
Cambridge); Prof. Dr. Diethelm  
Kluszczewski (Univ. Leipzig); Prof.  
Dr. Hans Kudlich (Univ. Erlangen-  
Nürnberg); Wiss. Ref. MPI Freiburg  
i.Br. Dr. Frank Meyer, LL.M. (Yale);  
RA Tilo Mühlbauer (Dresden); RA  
Markus Rübenstahl, mag. iur.  
(White & Case LLP, Frankfurt  
a.M.); Prof. Dr. Frank Saliger  
(Bucerius Law School Hamburg);  
Prof. Dr. Christoph Sowada (Univ.  
Rostock); RA Klaus-Ulrich Ventzke  
(Hamburg) und Prof. Dr. Wolfgang  
Wohlers (Univ. Zürich)

## Publikationen

Prof. Dr. Hans-Ulrich Paeffgen / Wiss. Mit. Thomas Grosse-Wilde, Bonn – **Über die Individualisierung tatbestandsmäßiger Erfolge – „Persönlicher Schadenseinschlag“ bei den Körperverletzungsdelikten** (Anmerkung zu BGH, Urteil vom 15. März 2007 – 4 StR 522/06 = BGH HRRS 2007 Nr. 539) S. 363

Dr. Marco Mansdörfer, Freiburg – **Strafbarkeit der Werbung für Terrororganisationen** (Zugleich Besprechung von BGH Beschluss v. 16. Mai 2007 – AK 6/07 u. StB 3/07 = BGH HRRS 2007 Nr. 800) S. 366

Die Ausgabe umfasst zwei Rezensionen zu strafrechtlichen Publikationen.

## Entscheidungen

- BVerfG **Ladung in den offenen Vollzug und Erhaltung des bestehenden Arbeitsverhältnisses**
- BGH **Straflose Sympathiewerbung für eine terroristische Vereinigung**
- BGH **Vorlage zur Aufgabe der Kompensationslösung bei Verletzung des Art. 6 EMRK (rechtsstaatswidrige Verfahrensverzögerung)**
- BGH **Hang bei Sexualstraftaten**
- BGHR **Prüfung einer nach Urteilsfällung eingetretenen rechtsstaatswidrigen Verfahrensverzögerung nur nach Verfahrensrüge**
- BGH **Rechtsfehlerhafte Beweiswürdigung im Berliner „Ehrenmordprozess“**
- BGH **Regelmäßig bei Tötungsdelikten nahe liegende Hinzuziehung eines psychiatrischen Sachverständigen**
- BGHR **Einschränkende Auslegung der §§ 331, 333 StGB bei der Einwerbung von Wahlkampfspenden durch einen Amtsträger (Fall Kremendahl)**
- BGH **Anwendbarkeit des § 284 StGB auf Oddset-Wetten nach der Entscheidung des BVerfG zum Glücksspielmonopol**
- BGH **Untreue im Zusammenhang mit städtischen Beraterverträgen (Fall Roßberg)**
- BGH **Steuerhinterziehung durch verdeckte Gewinnausschüttung**

Die Ausgabe umfasst 134 Entscheidungen.

# HRRS

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

## HERAUSGEBER

RA Dr. h.c. Gerhard Strate  
Holstenwall 7, 20355 Hamburg  
[gerhard.strate@strate.net](mailto:gerhard.strate@strate.net)

## SCHRIFTLÉITUNG

Wiss. Ass. Dr. iur. Karsten Gaede  
(Bucerius Law School)  
c/o RA Dr. h.c. Gerhard Strate  
Holstenwall 7, 20355 Hamburg  
[karsten.gaede@strate.net](mailto:karsten.gaede@strate.net)

## REDAKTION

Ulf Buermeyer, Dr. iur. Karsten Gaede, Stephan Schlegel (Webmaster)

Als ständige Mitarbeiter wirken mit:

Ass.-Prof. Dr. Daniela Demko, LL.M., (Univ. Zürich); Antje du Bois-Pedain, M.Jur. (Oxon.), (Univ. Cambridge); Prof. Dr. Diethelm Kleszczewski (Univ. Leipzig); Prof. Dr. Hans Kudlich (Univ. Erlangen-Nürnberg); Wiss. Ref. Max-Planck-Institut Freiburg i.Br. Dr. Frank Meyer, LL.M. (Yale); RA Tilo Mühlbauer (Dresden); RA Markus Rübenstahl, mag. iur. (Kanzlei White & Case LLP, Frankfurt a.M.); Prof. Dr. Frank Saliger (Bucerius Law School Hamburg); Prof. Dr. Christoph Sowada (Univ. Rostock); RA Klaus-Ulrich Ventzke (Hamburg) und Prof. Dr. Wolfgang Wohlers (Univ. Zürich).

ISSN 1865-6277

8. Jahrgang, Oktober 2007, Ausgabe

# 10

Rechtsprechung

## Strafrechtliche/strafverfahrensrechtliche Entscheidungen des EGMR/BVerfG

### 899. BVerfG 2 BvR 725/07 (2. Kammer des Zweiten Senats) – Beschluss vom 27. September 2007 (HansOLG Hamburg/StA Hamburg)

Ladung zum Strafantritt (Versagung der Ladung in den offenen Vollzug zwecks Erhaltung eines bestehenden Arbeitsverhältnisses); Vollstreckungsplan (Abweichung durch die Strafvollstreckungsbehörde); regelmäßige Ladung in den geschlossenen Vollzug (Verfassungsmäßigkeit; Möglichkeit des Freiganges; Hamburgische „Allgemeinverfügung zur Sicherung des Arbeitsplatzes während des Freiheitsentzuges“ – Az. 4511/2-2, AV Nr. 12/2007); Ermessensentscheidungen (Prüfung durch das BVerfG); Verfassungsbeschwerde (nicht gegen Verwaltungsvorschriften); Nichtannahmebeschluss (nachträgliche Änderung der Sach- und Rechtslage); redaktioneller Hinweis.

Art. 2 Abs. 1 GG; Art. 1 Abs. 1 GG; Art. 19 Abs. 4 GG; § 10 Abs. 1 StVollzG; § 11 Abs. 1 StVollzG

1. Das Grundgesetz verlangt sowohl im Interesse der Rechtsgemeinschaft als auch im Interesse des einzelnen Strafgefangenen, dass der Strafvollzug auf das Ziel der sozialen Integration ausgerichtet ist. Das Interesse des Gefangenen an einer dem entsprechenden Vollzugsgestaltung ist grundrechtlich durch Art. 2 Abs. 1 in Verbindung mit Art. 1 Abs. 1 GG geschützt (vgl. BVerfGE 35, 202, 235 f.; 116, 69, 85 f.).

2. Der offene Vollzug ist nach der Konzeption des Strafvollzugsgesetzes für geeignete Gefangene die Regelvollzugsform und nicht etwa eine besondere Vergünstigung.

3. Die mit dem Vollstreckungsplan als Verwaltungsvorschrift nach allgemeinen Merkmalen getroffene Festlegung der Vollzugszuständigkeit bedeutet für die Verwaltung eine Selbstbindung. Die Selbstbindung durch Verwaltungsvorschriften muss aber ihrerseits verfassungskonform sein und enthebt die Behörde nicht der

Verpflichtung, im Einzelfall zu überprüfen, ob die Voraussetzungen vorliegen, für welche die Selbstbindung gedacht war (vgl. BVerwGE 100, 335, 340 f.). Sie reicht grundsätzlich nicht so weit, dass sie nicht erlauben würde, wesentlichen Besonderheiten des Einzelfalles Rechnung zu tragen (vgl. BVerwGE 70, 127, 142).

4. Der Gebrauch der Möglichkeit vor Beginn des Vollzuges durch Einweisung (§ 26 Abs. 2 Satz 1 StVollstrO) vom Vollstreckungsplan abzuweichen, ist von Verfassungen wegen geboten, wenn eine Entscheidung nach den Regelungen des Vollstreckungsplans grundrechtlich geschützte Belange des Verurteilten berühren und ihn dabei in unverhältnismäßiger Weise belasten würde.

5. Die Gefahr einer unverhältnismäßigen Beeinträchtigung grundrechtlich geschützter Belange dadurch, dass ein objektiv für den offenen Vollzug geeigneter Verurteilter zunächst in den geschlossenen Vollzug geladen wird, liegt besonders nahe im Hinblick auf den drohenden Verlust eines bestehenden Arbeitsplatzes.

6. Die Strafvollstreckungsbehörde kann vom Vollstreckungsplan abweichen. Sie trifft ihre Entscheidung nach pflichtgemäßem Ermessen unter Beteiligung der jeweiligen Strafvollzugsbehörden. Dabei nehmen die Anforderungen an die Prüfung einer Abweichung vom Vollstreckungsplan in demselben Maße zu, in dem der Vollstreckungsplan auf differenziertere Regelungen verzichtet und nicht durch verfahrensmäßige Vorkehrungen im Vollzug sicher gestellt ist, dass der Verurteilte erforderlichenfalls auch kurzfristig in eine andere Justizvollzugsanstalt weiterverlegt werden kann.

7. Es ist nicht schon für sich genommen verfassungsrechtlich zu beanstanden, dass ein Vollstreckungsplan keine allgemeine Regelung enthält, nach der auf freiem Fuß befindliche Verurteilte - insbesondere wenn sie sich in einem festen Arbeitsverhältnis befinden - unter näher bestimmten Voraussetzungen von vornherein zum Strafantritt in eine Justizvollzugsanstalt des geschlossenen Vollzuges zu laden sind. Grundrechte bedürfen aber auch hier geeigneter Organisationsformen und Verfahrensregelungen sowie einer grundrechtskonformen Anwendung des Verfahrensrechts, soweit dieses für einen effektiven Grundrechtsschutz von Bedeutung ist (vgl. BVerfGE 56, 216, 236; 65, 76, 94; stRSpr).

8. Soweit es um den Gesichtspunkt der Erhaltung eines bestehenden Arbeitsverhältnisses geht, ist zwingend geboten nur, dass dieser Gesichtspunkt mit dem ihm zukommenden erheblichen Gewicht effektive Berücksichtigung findet. Dies setzt unter anderem Vorkehrungen voraus, welche sicherstellen, dass die für die Erhaltung des Arbeitsverhältnisses relevanten Entscheidungen so rechtzeitig getroffen werden, dass sachlich nicht gerechtfertigte Arbeitsplatzverluste vermieden werden.

9. Das Grundrecht aus Art. 3 Abs. 1 GG gilt nur im Rahmen der bundesstaatlichen Kompetenzordnung; es gewährleistet daher nicht, dass die Länder ihre Gesetzgebungskompetenzen sowie die Spielräume, die das einfache Bundesrecht ihnen für ihre Verwaltungstätigkeit

einräumt, inhaltsgleich ausfüllen (vgl. BVerfGE 10, 354, 371; 76, 1, 73).

10. Ein auf Grundlage von § 22 Abs. 1 StVollstrO erlassener Vollstreckungsplan hat den Rechtscharakter einer Verwaltungsvorschrift und kann daher nicht unmittelbar Gegenstand einer Verfassungsbeschwerde sein.

### **770. BVerfG 2 BvR 1485/07 (3. Kammer des Zweiten Senats) – Beschluss vom 15. August 2007 (OLG München/LG Traunstein)**

Aufhebung eines Haftverschonungsbeschlusses wegen neu hervorgetretener Umstände (Neuheit; Erfordernis eines erheblichen Abweichens eines nicht rechtskräftigen Strafausspruches vom dem beim Aussetzungsbeschluss zu erwartenden Strafausspruch; Begründungsanforderungen); Freiheit der Person (Anspruch, die Rechtskraft des Urteils in Freiheit zu erwarten).

Art. 2 Abs. 2 GG; § 116 Abs. 4 Nr. 3 StPO; § 112 Abs. 2 Nr. 2 StPO

1. Das in § 116 Abs. 4 StPO zum Ausdruck kommende Gebot, die Aussetzung des Vollzuges eines Haftbefehls durch den Richter nur dann zu widerrufen, wenn sich die Umstände im Vergleich zu der Beurteilungsgrundlage zur Zeit der Gewährung der Verschonung verändert haben gehört zu den bedeutsamsten (Verfahrens-)Garantien, deren Beachtung Art. 104 Abs. 1 Satz 1 GG fordert und mit grundrechtlichem Schutz versieht.

2. Ist ein Haftbefehl einmal unangefochten außer Vollzug gesetzt worden, so ist jede neue haftrechtliche Entscheidung, die den Wegfall der Haftverschonung zur Folge hat, nur unter den einschränkenden Voraussetzungen des § 116 Abs. 4 StPO möglich.

3. „Neu“ im Sinne des § 116 Abs. 4 Nr. 3 StPO sind nachträglich eingetretene oder nach Erlass des Aussetzungsbeschlusses bekannt gewordene Umstände nur dann, wenn sie die Gründe des Haftverschonungsbeschlusses in einem so wesentlichen Punkt erschüttern, dass keine Aussetzung bewilligt worden wäre, wenn sie bei der Entscheidung bereits bekannt gewesen wären. Das maßgebliche Kriterium für den Widerruf besteht mit anderen Worten in einem Wegfall der Vertrauensgrundlage der Aussetzungsentscheidung. Ob dies der Fall ist, erfordert vor dem Hintergrund der wertsetzenden Bedeutung des Grundrechts der persönlichen Freiheit (Art. 2 Abs. 2 Satz 2 GG) eine Beurteilung sämtlicher Umstände des Einzelfalles.

4. Ein nach der Haftverschonung ergangenes (nicht rechtskräftiges) Urteil oder ein hoher Strafantrag der Staatsanwaltschaft können zwar geeignet sein, den Widerruf einer Haftverschonung und die Invollzugsetzung eines Haftbefehls zu rechtfertigen. Dies setzt jedoch voraus, dass von der Prognose des Haftrichters bezüglich der Straferwartung der Rechtsfolgenausspruch des Haftrichters oder die von der Staatsanwaltschaft beantragte Strafe erheblich zum Nachteil des Angeklagten abweicht und sich die Fluchtgefahr dadurch ganz wesentlich erhöht. Dazu sind nachvollziehbare Feststellungen erforderlich, von welcher Straferwartung der Beschuldigte im

Zeitpunkt der Außervollzugsetzung des Haftbefehls ausging

5. Neu hervorgetretene Umstände können sich dagegen nicht auf den (dringenden) Tatverdacht beziehen. Dieser ist bereits Grundvoraussetzung für Erlass und Aufrechterhaltung jeden Haftbefehls (vgl. § 112 Abs. 1 StPO). Demgemäß ist ohne Bedeutung, dass sich der dem Haftbefehl oder der Anklage zugrunde gelegte dringende Tatverdacht aufgrund der Beweisaufnahme in der Hauptverhandlung bestätigt hat und damit noch „dringender“ geworden ist.

6. Untersuchungshaft ist keine antizipierte Straftat. Sie steht dieser weder in ihren Wirkungen noch in ihren Voraussetzungen gleich. Der Begünstigte einer Haftverschonungsentscheidung hat grundsätzlich Anspruch, die Rechtskraft des Urteils in Freiheit zu erwarten. Diese verfassungsrechtliche Vorgabe ist auch für die Fachgerichte bindend; sie kann nicht unter Berufung auf eine wie auch immer geartete „richterliche Überzeugung“ außer Kraft gesetzt werden.

7. Allein der Umstand, dass der um ein günstigeres Ergebnis bemühte Angeklagte infolge des Schlussantrages der Staatsanwaltschaft oder gar durch das Urteil selbst die Vergeblichkeit seiner Hoffnungen erkennen muss, kann einen Widerruf der Haftverschonung nicht rechtfertigen, wenn ihm die Möglichkeit eines für ihn ungünstigen Ausgangs während der Außervollzugsetzung des Haftbefehls stets vor Augen stand und er gleichwohl allen Auflagen beanstandungsfrei nachkam.

### **768. BVerfG 2 BvR 1046/07 (3. Kammer des Zweiten Senats) - Beschluss vom 22. Juli 2007 (LG Ulm/AG Ulm)**

Widerruf einer Strafaussetzung zur Bewährung (Verstoß des Verurteilten gegen ihm erteilte Weisungen; beharrliches Sich-Entziehen; Erfordernis negativer Kriminalprognose; Verstöße gegen ausländerrechtliche Vorschriften; verlängerter Aufenthaltstitel); rechtliches Gehör (Prüfungsbefugnisse des BVerfG).

Art. 2 Abs. 2 Satz 2 GG; Art. 103 Abs. 1 GG; § 56 f Abs. 1 Nr. 2 StGB; § 33 a StPO

1. Allein der beharrliche und gröbliche Verstoß des Verurteilten gegen ihm erteilte Weisungen oder das beharrliche Sich-Entziehen der Aufsicht und Leitung des Bewährungshelfers rechtfertigen nach § 56 f Abs. 1 Nr. 2 StGB den Widerruf der Strafaussetzung zur Bewährung nicht. Maßgeblich ist vielmehr, ob unter Berücksichtigung der gesamten Umstände der Verstoß zu der kriminellen Neigung oder Auffälligkeit des Verurteilten so in einer kausalen Beziehung steht, dass die Gefahr weiterer Straftaten besteht.

2. Der Verstoß gegen die Weisung, jeden Wohnungswechsel mitzuteilen und das Sich-Entziehen der Aufsicht und Leitung des Bewährungshelfers lässt nicht ohne weiteres Rückschlüsse auf eine kriminelle Prognose zu. Hierzu bedarf es weiterer konkreter und objektivierbarer Anhaltspunkte dafür, aus welchem Grund der Bewährungsverstoß Anlass zur Besorgnis der Begehung weiterer Straftaten besteht.

3. Die Feststellung und Würdigung des Tatbestands, die Auslegung des einfachen Rechts und seine Anwendung auf den einzelnen Fall sind allein Sache der dafür allgemein zuständigen Gerichte und der Nachprüfung durch das Bundesverfassungsgericht entzogen; nur bei einer Verletzung von spezifischem Verfassungsrecht durch die Gerichte kann das Bundesverfassungsgericht auf eine Verfassungsbeschwerde hin eingreifen (BVerfGE 18, 85, 92 f.; 34, 369, 379). Die Fachgerichte haben bei der Auslegung und Anwendung von einfachem Recht den grundgesetzlichen Wertmaßstäben Rechnung zu tragen. Verfehlt ein Gericht diese Maßstäbe, so verletzt es als Träger öffentlicher Gewalt die außer acht gelassenen Grundrechtsnormen; sein Urteil oder Beschluss muss auf eine Verfassungsbeschwerde hin vom Bundesverfassungsgericht aufgehoben werden.

4. Die Grenzen der Eingriffsmöglichkeiten des Bundesverfassungsgerichts sind nicht immer allgemein klar abzustecken; dem richterlichen Ermessen muss ein gewisser Spielraum bleiben, der die Berücksichtigung der besonderen Lage des Einzelfalls ermöglicht. Allgemein gilt, dass die üblichen Subsumtionsvorgänge innerhalb des einfachen Rechts so lange der Nachprüfung durch das Bundesverfassungsgericht entzogen sind, als Auslegungsfehler nicht sichtbar werden, die auf einer grundsätzlich unrichtigen Anschauung von der Bedeutung eines Grundrechts, insbesondere vom Umfang seines Schutzbereichs beruhen und auch in ihrer materiellen Bedeutung für den konkreten Fall von einigem Gewicht sind (BVerfGE 18, 85, 93).

### **771. BVerfG 2 BvR 1847/07 (3. Kammer des Zweiten Senats) - Beschluss vom 19. September 2007 (OLG Celle/LG Hannover)**

Substantiierung der Verfassungsbeschwerde (Verletzung des Beschleunigungsgebots in Haft Sachen; Dauer der Untersuchungshaft von mehr als zwei Jahren; Mitteilung des Ablaufes der Sitzungstage); Nichtannahmebeschluss.

Art. 2 Abs. 2 Satz 2 GG; § 23 Abs. 1 BVerfGG; § 92 BVerfGG

1. Das Beschleunigungsgebot in Haft Sachen (Art. 2 Abs. 2 Satz 2 GG) erfordert bei absehbar umfangreichen Verfahren stets eine vorausschauende, auch größere Zeiträume umfassende Hauptverhandlungsplanung mit mehr als nur einem durchschnittlichen Hauptverhandlungstag pro Woche.

2. Ist absehbar, dass das Gericht ein lang dauerndes Verfahren nicht mit der von Verfassungs wegen gebotenen Beschleunigung weiterführen kann, ist der Haftbefehl unverzüglich aufzuheben. Insoweit ist zu berücksichtigen, dass auch erst noch bevorstehende, aber schon jetzt hinreichend deutlich absehbare Verfahrensverzögerungen bereits eingetretenen gleichstehen.

3. Bei der Geltendmachung einer Verletzung des Beschleunigungsgebots muss der Beschwerdeführer im Einzelnen die nach dem jeweiligen Verfahrensstand gebotene Maßnahme und die damit mutmaßlich zu erzielende Beschleunigung des Verfahrens konkret darlegen, sofern

sich dies nicht ausnahmsweise aus den sonstigen Umständen des Falles erschließt.

4. Die Mitteilung der Anzahl der Hauptverhandlungstage und der Dauer der jeweiligen Sitzungen ist für sich allein noch nicht geeignet, die Annahme einer Verletzung des Beschleunigungsgebots in Haftsachen in der Sache nachvollziehbar aufzuzeigen. Vielmehr muss der Beschwerdeführer zusätzlich den Ablauf der jeweiligen Sitzungstage schildern, damit gegebenenfalls geprüft werden kann, ob die Ursache für eine frühzeitige Beendigung des Verhandlungstages im Verantwortungsbereich der Justiz oder des Beschwerdeführers wurzelt.

### **767. BVerfG 2 BvQ 23/07 (1. Kammer des Zweiten Senats) – Beschluss vom 9. Juli 2007 (KG Berlin)**

Gesetz über die internationale Rechtshilfe; Verfassungsbeschwerde (nicht gegen ausländische Entscheidungen); einstweilige Anordnung (Ablehnung).

Art. 2 Abs. 2 Satz 2 GG; Art. 93 Abs. 1 Nr. 4a GG; § 32 BVerfGG; § 15 Abs. 1 IRG

Ausländische gerichtliche Entscheidungen können mangels Zugehörigkeit zur deutschen öffentlichen Gewalt i.S.d Art. 93 Abs. 1 Nr. 4a GG, nicht Gegenstand einer Verfassungsbeschwerde sein.

## Rechtsprechung

# Hervorzuhebende Entscheidungen des BGH

## I. Materielles Strafrecht – Allgemeiner Teil

### **806. BGH 3 StR 140/07 - Urteil vom 28. Juni 2007 (LG Stade)**

Verabredung eines Verbrechens (notwendige Genauigkeit der getroffenen Verabredung).  
§ 30 StGB

1. Eine Verabredung eines Verbrechens im Sinne des § 30 Abs. 2 StGB setzt den Entschluss von mindestens zwei Personen voraus, jeweils als Mittäter ein bestimmtes Verbrechen zu begehen.

2. Die Verabredung eines Verbrechens setzt nicht die Festlegung aller Einzelheiten der in Aussicht genommenen Tat, sondern nur voraus, dass diese in ihren wesentlichen Grundzügen konkretisiert ist. Insoweit gilt nichts anderes als für die Absprache eines Tatplans von Mittätern nach § 25 StGB oder die Bestimmtheit der zu begehenden Tat bei der Anstiftung nach § 26 StGB. Eine strafbare Verabredung wird also nicht dadurch ausgeschlossen, dass Zeit, Ort und Modalitäten der geplanten Ausführung im Einzelnen noch offen bleiben.

### **842. BGH 4 StR 180/07 – Urteil vom 23. August 2007 (LG Magdeburg)**

Überzogene Anforderungen an die Überzeugungsbildung bei einem Raubüberfall (Freispruch; lückenhafte Beweiswürdigung; fehlende Feststellungen zu den persönlichen Verhältnissen der Angeklagten); Sichverabreden zur Begehung eines Verbrechens (Versuch der Beteiligung an einem schweren Raub; Rücktritt);

Nichtanzeige eines geplanten Verbrechens (Erlangung von Straffreiheit durch Abhalten von der Begehung).

§ 261 StPO; § 30 Abs. 2 StGB; § 250 Abs. 2 Nr. 1 StGB; § 31 StGB; § 138 Abs. 1 Nr. 7 StGB; § 139 Abs. 3 Satz 1 StGB; § 11 Abs. 1 Nr. 1 a StGB

§ 30 Abs. 2 StGB ist erfüllt, wenn sich Angeklagte mit ernstlichem Willen verabredet haben, an der Verwirklichung der geplanten, bereits hinreichend konkretisierten Tat mittäterschaftlich mitzuwirken.

### **845. BGH 4 StR 187/07 - Beschluss vom 12. Juni 2007 (LG Rostock)**

Rechtsfehlerhafte Verneinung einer verminderten Schuldfähigkeit nach erheblicher Alkoholintoxikation (Affekt; Bedeutung des Leistungsverhaltens nach der Tat).

§ 21 StGB

Bei einer festgestellten hohen Alkoholisierung des Angeklagten ist zu bedenken, dass äußeres Leistungsverhalten und innere Steuerungsfähigkeit bei hoher Alkoholgewöhnung durchaus weit auseinander fallen können (BGHR StGB § 20 Blutalkoholkonzentration 10, 18). Gerade bei Alkoholikern zeigt sich oft eine durch „Übung“ erworbene erstaunliche Kompensationsfähigkeit im Bereich grobmotorischer Auffälligkeiten. Zudem ist zu bedenken, dass das Leistungsvermögen nach der Tatbegehung angesichts einer infolge der Tat eintretenden wesentlichen Ernüchterung gesteigert sein kann.

## II. Materielles Strafrecht – Besonderer Teil

### 800. BGH AK 6/07 und StB 3/07 – Beschluss vom 16. Mai 2007 (Ermittlungsrichter des Bundesgerichtshofs)

Werben um Mitglieder oder Unterstützer einer terroristischen Vereinigung; Unterstützen einer terroristischen Vereinigung; Haftfortdauer über sechs Monate (besonderer Umfang der Ermittlungen); redaktioneller Hinweis.

Art. 5 Abs. 1 Satz 1 GG; § 129a StGB; § 129b StGB; § 116 StPO; § 121 StPO; § 122 StPO

1. Eine Tathandlung, die sich als Werben um Mitglieder oder Unterstützer einer terroristischen Vereinigung darstellt, ist grundsätzlich keine Unterstützung dieser Vereinigung. (BGHSt)

2. Um Mitglieder für eine der in § 129a Abs. 1 oder 2 StGB bezeichneten terroristischen Vereinigungen wirbt, wer sich um die Gewinnung von Personen bemüht, die sich mitgliedschaftlich in die Organisation einer bestimmten derartigen Vereinigung einfügen. Um Unterstützer wirbt, wer bei anderen die Bereitschaft wecken will, die Tätigkeit oder die Bestrebungen einer solchen Vereinigung direkt oder über eines ihrer Mitglieder zu fördern, ohne sich selbst als Mitglied in die Organisation einzugliedern. (Bearbeiter)

3. Die Werbung kann sich sowohl an eine konkrete Person als auch an eine unbestimmte Vielzahl von Adressaten richten. Ein Erfolg der Werbung wird nicht vorausgesetzt; auch der erfolglose Versuch, andere als Mitglied oder Unterstützer einer Vereinigung zu gewinnen, wird von der Strafbarkeit erfasst. (Bearbeiter)

4. Nicht mehr ausreichend für eine Werbung um Mitglieder oder Unterstützer sind das befürwortende Eintreten für eine terroristische Vereinigung, die Rechtfertigung ihrer Ziele oder der aus ihr heraus begangenen Straftaten sowie die Verherrlichung der Ideologie. Vielmehr muss sich zumindest aus den Gesamtumständen der Äußerung ergeben, dass der Werbende gezielt Mitglieder oder Unterstützer zu Gunsten einer konkreten Organisation gewinnen will. (Bearbeiter)

5. Veröffentlicht oder verbreitet ein Dritter lediglich eine um Mitglieder oder Unterstützer werbende Äußerung eines anderen, so macht er sich nur dann nach § 129a Abs. 5 Satz 2 StGB strafbar, wenn zumindest aus den Umständen erkennbar wird, dass er sie sich zu eigen macht und als eigenes werbendes Eintreten für die Vereinigung verstanden wissen will. Wer die Äußerung lediglich als fremde - gleichsam zu Informationszwecken - weitergibt, handelt hingegen nicht tatbestandsmäßig. (Bearbeiter)

### 810. BGH 3 StR 185/07 - Urteil vom 28. Juni 2007 (LG Lübeck)

Schwere Körperverletzung (erhebliche Entstellung).

§ 226 Abs. 1 StGB

1. Das Merkmal der erheblichen Entstellung bei der schweren Körperverletzung (§ 226 Abs. 1 StGB) steht in einer Reihe mit sehr schwerwiegenden Folgen wie Siechtum, Lähmung, geistige Krankheit oder Behinderung, Verlust des Sehvermögens auf einem Auge oder eines wichtigen Gliedes. Daher ist eine Verunstaltung des Gesamterscheinungsbildes des Verletzten erforderlich, die in ihrer Bedeutung für den Menschen etwa der Benachteiligung entspricht, die mit den anderen in § 226 StGB genannten Folgen verbunden sind.

2. Grundsätzlich können auch verunstaltende Narben im Gesicht eines Opfers erheblich entstellend sein. Auch dabei muss jedoch im Einzelfall ein Grad an Verunstaltung erreicht werden, der in Relation zu den anderen schweren Folgen im Sinne des § 226 Abs. 1 StGB steht. Ist eine Narbe nur in dem Sinne erheblich, dass sie deutlich sichtbar ist, reicht dies nicht. Anders kann es liegen, wenn sie eine deutliche Verzerrung der Proportionen des Gesichts zur Folge hat.

### 781. BGH 2 StR 211/07 - Beschluss vom 18. Juli 2007 (LG Aachen)

Besonders schwere Brandstiftung; Körperverletzung; gefährliche Körperverletzung; Konkurrenzen; Unterbringung in einer Entziehungsanstalt (Vollstreckungsreihenfolge; Vorwegvollzug; Urteilsgründe).

§ 306b StGB; § 223 StGB; § 224 StGB; § 52 StGB; § 64 StGB; § 67 StGB; § 267 Abs. 3 StPO

1. Die Qualifikation des § 224 Abs. 1 Nr. 5 StGB – gefährliche Körperverletzung durch eine das Leben gefährdende Behandlung – geht in der besonders schweren Brandstiftung gemäß § 306b Abs. 2 Nr. 1 StGB auf, weil die jenem Delikt zu Grunde liegende abstrakte Lebensgefährdung durch die Qualifikation der vorsätzlichen konkreten Lebensgefährdung verdrängt wird.

2. Hingegen steht die vorsätzliche Körperverletzung in Tateinheit zur besonders schweren Brandstiftung gemäß § 306b Abs. 2 Nr. 1 StGB. Denn der Grundtatbestand der vorsätzlichen Körperverletzung gemäß § 223 Abs. 1 StGB wird von § 306b Abs. 2 Nr. 1 StGB nicht verdrängt, da dessen Tatvariante der Gesundheitsbeschädigung weder im Grundtatbestand des § 306a StGB noch in dem der konkreten Lebensgefährdung gemäß § 306b Abs. 2 Nr. 1 StGB aufgeht.

**786. BGH 2 StR 252/07 - Beschluss vom 25. Juli 2007 (LG Wiesbaden)**

Schwere Körperverletzung; gefährliche Körperverletzung; Konkurrenzen; Strafzumessung bei der Verwirklichung mehrerer Deliktsvarianten.

§ 224 StGB; § 226 StGB; § 52 StGB; § 46 StGB

1. Nach der Rechtsprechung des Bundesgerichtshofs tritt das Vergehen der gefährlichen Körperverletzung hinter dem Verbrechen der schweren Körperverletzung jedenfalls in den Fällen des § 224 Abs. 1 Nr. 2 StGB zurück (BGHSt 21, 194; BGH NJW 1967, 297). Ob dies auch für die Tatvariante des § 224 Abs. 1 Nr. 5 StGB gilt, ist in der bisherigen Rechtsprechung, soweit ersichtlich, nicht ausdrücklich erörtert.

2. Es kann strafferhöhend in Betracht gezogen werden, dass der schwere Erfolg des § 226 Abs. 1 StGB durch Tatmodalitäten des § 224 Abs. 1 StGB herbeigeführt wurde.

**868. BGH 4 StR 305/07 - Beschluss vom 28. August 2007 (LG Siegen)**

Vollrausch (mögliche verminderte Schuldfähigkeit schon während des Sichberauschens bei Alkoholsucht); Anordnung der Unterbringung in einer Entziehungsanstalt (Gefahrprognose; Ungenügen der Selbstgefährdung).

§ 323a StGB; § 21 StGB; § 64 StGB

Allein das Wissen eines chronisch Alkoholabhängigen um den bei ihm regelmäßig eintretenden Kontrollverlust rechtfertigt nicht die Annahme, die Volltrunkenheit werde jeweils vorsätzlich und uneingeschränkt schuldhaft herbeigeführt (BGH NStZ 1996, 334; BGH NStZ-RR 1997, 102 und 299). Im Fall einer Alkoholsuchterkrankung besteht Veranlassung zu prüfen, ob der Angeklagte von einem derart starken Drang zum Alkohol beherrscht war, dass seine Fähigkeit, der Versuchung zu übermäßigem Genuss alkoholischer Getränke zu widerstehen, im Sinne des § 21 StGB erheblich vermindert war (vgl. BGHR StGB § 323a Abs. 1 Sichberauschen 1).

## Rechtsprechung

## III. Strafzumessungs- und Maßregelrecht

**805. BGH 3 StR 50/07 - Beschluss vom 23. August 2007**

Rechtsstaatswidrige Verfahrensverzögerung (Kompensationslösung; Vollstreckungslösung; Anrechnungslösung); Vorlagebeschluss (Fortbildung des Rechts); Strafmilderung; richterliche Rechtsfortbildung; Anrechnung des erlittenen Strafverfahrens wie erlittene Untersuchungshaft; redaktioneller Hinweis.

Art. 6 Abs. 1 Satz 1 EMRK; Art. 13 EMRK; Art. 2 Abs. 1 GG; Art. 20 Abs. 3 GG; § 132 GVG; § 49 StGB; § 51 Abs. 1 StGB; § 46 StGB

1. Der Senat beabsichtigt zu entscheiden, dass dann, wenn der Abschluss eines Strafverfahrens rechtsstaatswidrig derart verzögert worden ist, dass dies bei der Durchsetzung des staatlichen Strafanspruchs unter näherer Bestimmung des Ausmaßes berücksichtigt werden muss, der Angeklagte gleichwohl zu derjenigen Strafe zu verurteilen ist, die – ohne Berücksichtigung der Verfahrensverzögerung – nach § 46 StGB angemessenen wäre. Zugleich soll in der Urteilsformel auszusprechen sein, dass zur Entschädigung für die überlange Verfahrensdauer ein bezifferter Teil der verhängten Strafe als vollstreckt gilt.

2. Grundlage dessen ist eine entsprechende Anwendung des § 51 Abs. 1 Satz 1 StGB. Diese Vorschrift beruht auf dem Grundgedanken, dass der Staat die besonderen Belastungen auszugleichen hat, die er dem Angeklagten im Strafverfahren durch die Untersuchungshaft auferlegt. Dieser Rechtsgedanke ist auf die zu kompensierenden besonderen Belastungen des Strafverfahrens für den Angeklagten zu übertragen, die ihm der Staat zwar in

anderer Form als durch Freiheitsentziehung, aber in rechtsstaatswidriger Weise zufügt.

3. Die Herabsetzung einer gesetzlichen Mindeststrafe in Anwendung von § 49 Abs. 1 StGB zur Kompensation einer rechtsstaatswidrigen Verfahrensverzögerung ist unzulässig. Eine analoge Anwendung scheidet daran, dass es dem Rechtsanwender nicht frei steht, den gesetzlichen Katalog der Vorschriften, die eine Milderung nach § 49 Abs. 1 StGB vorschreiben oder zulassen, nach seinen Vorstellungen durch Festlegung eines ungeschriebenen obligatorischen oder fakultativen Milderungsgrundes zu erweitern.

**820. BGH 1 StR 201/07 - Urteil vom 14. August 2007 (LG Bayreuth)**

Rechtsfehlerhaft unterlassene Anordnung der Sicherungsverwahrung bei wiederholten Sexualdelikten zu Lasten von Kindern und Jugendlichen (Ermessen; schwerer sexueller Missbrauch; Gefährlichkeit bei entgeltlichem Verkehr; seelische Schäden bei Kindern und Jugendlichen); Strafzumessung bei Rückfällen; erhebliche sexuelle Handlung; Gesetzlichkeitsprinzip.

§ 66 Abs. 2 StGB; § 176a StGB; § 176 StGB; § 184f StGB; Art. 103 II GG

1. Ein Hang im Sinne des § 66 StGB setzt im Zusammenhang mit Sexualstraftaten keine „eingeschliffene Verhaltensschablone“ bei den begangenen Sexualpraktiken voraus.

2. Seelische Schäden bei Kindern oder Jugendlichen durch Sexualstraftaten sind typisch, allerdings oft nur

schwer festzustellen oder hinsichtlich künftiger Taten zu prognostizieren. Die „namentlich - Klausel“ in § 66 Abs. 1 Nr. 3 StGB belegt jedoch, dass Sicherungsverwahrung auch in derartigen Fällen möglich ist. Auch die allgemeine und abstrakte Gefährlichkeit von Delikten kann Grundlage von Sicherungsverwahrung sein (BGH NJW 2000, 3015).

3. Ob eine sexuelle Handlung erheblich ist, richtet sich nach dem Grad ihrer Gefährlichkeit für das betroffene Rechtsgut (BGH NStZ 1992, 432). §§ 176, 176a StGB schützen die Möglichkeit ungestörter sexueller Entwicklung von Kindern (BGHSt 45, 131, 132). Schon deshalb ist eine sexuell getönte Handlung – wie das Streicheln der Brust – gegenüber einem Kind eher erheblich als gegenüber einem Erwachsenen (BGH NStZ 1999, 45).

4. Bei Begehung einer Tat muss ihre Strafbarkeit feststehen, nicht die Auswirkung ihrer Aburteilung auf die Aburteilung künftiger weiterer Straftaten. Daher kann auch ein Urteil wegen einer vor Einführung von § 176a Abs. 1 Nr. 4 StGB aF begangenen Tat zu einer Verurteilung nach dieser Bestimmung führen.

**866. BGH 4 StR 293/07 - Beschluss vom 17. Juli 2007 (LG Bochum)**

Rechtsfehlerhaft unterbliebene Gesamtstrafenbildung; Strafrahenwahl bei möglichem minder schweren Fall (des schweren Raubes) und weiteren Milderungsgründen.

§ 55 StGB; § 250 StGB; § 27 StGB; § 49 StGB

Bei der Prüfung des minder schweren Falles ist, wenn neben allgemeinen Milderungsgründen auch ein sog. „vertypter“ Milderungsgrund vorliegt, zuerst zu erwägen, ob schon die unbenannten Milderungsgründe für die Annahme eines minder schweren Falles ausreichen oder ob erst das Hinzutreten des vertypsten Milderungsgrundes die Tat als minder schweren Fall erscheinen lässt, oder ob der wegen des vertypsten Milderungsgrundes nach § 49 StGB gemilderte Strafrahen besser zur Ahndung des Unrechts geeignet ist (vgl. BGH NStZ 1999, 610).

**852. BGH 4 StR 237/07 - Beschluss vom 24. Juli 2007 (Nürnberg-Fürth)**

Gesamtstrafenbildung (Strafzumessung; Härteausgleich bei Zäsur); Hinweise zur Abfassung der Urteilsgründe und zur Tenorierung bei der Bildung zweier Gesamtstrafen.

§ 46 StGB; § 55 StGB; § 267 StPO

1. Nötigt die Zäsurwirkung einer einzubeziehenden Verurteilung zur Bildung mehrerer Gesamtstrafen, muss das Gericht einen sich daraus möglicherweise für den Angeklagten ergebenden Nachteil in Folge eines zu hohen Gesamtstrafübels ausgleichen. Es muss also darlegen, dass es sich dieser Sachlage bewusst gewesen ist und erkennen lassen, dass es das Gesamtmaß der Strafen für schuldangemessen gehalten hat (vgl. BGHSt 41, 310, 313; BGH, Beschluss vom 8. Februar 2000 - 4 StR 488/99 m.w.N.).

2. Wenn zwei Gesamtfreiheitsstrafen zu verhängen sind, ist die Urteilsformel so zu fassen, dass sie erkennen lässt, welchen Taten die jeweilige Gesamtstrafe zuzuordnen ist (vgl. BGH, Beschluss vom 5. Oktober 2000 - 4 StR 377/00).

**893. BGH 5 StR 282/07 - Beschluss vom 1. August 2007 (LG Potsdam)**

Strafzumessung (Aufklärungshilfe; begrenzte Berücksichtigung ausländischer Vorstrafen).

§ 46 StGB; § 31 BtMG; § 49 Abs. 2 StGB; § 30 Abs. 1 Nr. 4 BtMG

Bei der Strafzumessung dürfen grundsätzlich auch ausländische Vorstrafen berücksichtigt werden, selbst wenn sie nicht in das Bundeszentralregister eingetragen worden sind (BayObLG MDR 1979, 72: Sie sind Teil des Vorlebens des Täters (vgl. § 46 Abs. 2 StGB). Indes müssen die Feststellungen auch zu diesen strafrechtlichen Vorbelastungen der Angeklagten die Prüfung ermöglichen, ob die Verwertung der Vorstrafen rechtsfehlerfrei erfolgt ist (vgl. BGH, Beschluss vom 3. Februar 1999 - 5 StR 705/98).

**890. BGH 5 StR 267/07 - Beschluss vom 28. August 2007 (LG Braunschweig)**

Anordnung der nachträglichen Sicherungsverwahrung (neue Tatsache bei einer Äußerung im Vollzug: Deutungsobliegenheiten, Pädophilie, gebotene Gesamtwürdigung).

§ 66b StGB

Zwar können neue Tatsachen im Sinne des § 66b StGB auch innere Tatsachen, wie Umstände und Veränderungen in der Persönlichkeit oder der Motivation des Verurteilten sein (BGH StraFo 2007, 120, 121), ebenso wie die Drohung des Verurteilten, nach der Entlassung weitere Straftaten zu begehen. Grundsätzlich ist daher eine erst nach der Verurteilung durch entsprechende Drohungen erkennbare Bereitschaft, zukünftige Opfer von Straftaten zu töten, ein zulässiger Anknüpfungspunkt für die besondere Gefährlichkeit im Sinne des § 66b StGB. Dafür ist jedoch eine erhebliche Indizwirkung festgestellter Äußerungen für eine solche Bereitschaft und damit für die Gefährlichkeit des Verurteilten darzulegen, welche die Feststellung der Ernsthaftigkeit der Äußerungen erfordert.

**826. BGH 1 StR 327/07 - Beschluss vom 15. August 2007 (LG Ravensburg)**

Anordnung der Sicherungsverwahrung (frühere Tat nach § 66 Abs. 4 Satz 3 und 4 StGB: Fristberechnung bei zwischenzeitlicher Haft und zeitweiser Flucht).

§ 66 Abs. 4 Satz 3 und 4 StGB

Der Vorschrift des § 66 Abs. 4 Satz 4 StGB liegt der Gedanke zugrunde, dass in die Fünf-Jahresfrist die Zeit nicht eingerechnet werden soll, in der der Täter keine Gelegenheit hat, sich in der Freiheit zu bewähren (BGH NJW 1969, 1678, 1679). Vollzugslockerungen, die (lediglich) zu einer Verminderung der Kontrolle über den Gefangenen führen, bedeuten keine Beendigung oder

Unterbrechung der Verwahrung in der Anstalt. Wer kontrolliert wird, ist nicht frei (BGHR StGB § 66 Abs. 4 Fristberechnung 2 = BGH NStZ 2005, 265, 266). Die Zeit, in der ein Angeklagter flüchtig ist, ist jedoch in die Verwahrungszeit nicht einzubeziehen (vgl. BGH NJW 2000, 2830, 2831 - insoweit in BGHSt 46, 81 nicht abgedruckt).

**829. BGH 1 StR 332/07 - Beschluss vom 25. Juli 2007 (LG Nürnberg-Fürth)**

Unterbringung des Angeklagten in einer Entziehungsanstalt (Hang auch ohne Depravation).  
§ 64 StGB

Von einem Hang ist auszugehen, wenn eine eingewurzelte, auf psychische Disposition zurückgehende oder durch Übung erworbene intensive Neigung besteht, immer wieder Rauschmittel zu konsumieren, wobei diese Neigung noch nicht den Grad physischer Abhängigkeit erreicht haben muss. „Im Übermaß“ bedeutet, dass der Täter berausende Mittel in einem solchen Umfang zu sich nimmt, dass seine Gesundheit, Arbeits- und Leistungsfähigkeit dadurch erheblich beeinträchtigt wird (BGH NStZ-RR 2006, 103; 2003, 106 st. Rspr.). Ein Hang im Sinne des § 64 StGB setzt keine Depravation voraus. Dem Fehlen einer Depravation kann jedoch, ebenso wie dem Vorliegen einer Depravation, in diesem Zusammenhang eine nicht unerhebliche indizielle Bedeutung zukommen (vgl. in diesem Sinne BGHR StGB § 64 Nichtanordnung 1).

**854. BGH 4 StR 242/07 - Beschluss vom 17. Juli 2007 (LG Bielefeld)**

Verminderte Schuldfähigkeit bei Pädophilie (erforderliche Feststellungen zur Persönlichkeitsstörung); Anordnung der Unterbringung in einem psychiatrischen Krankenhaus.  
§ 21 StGB; § 63 StGB

Steht für die Beurteilung der Schuldfähigkeit eine von der Norm abweichende sexuelle Präferenz im Vordergrund, muss diese den Täter im Wesen seiner Persönlichkeit so verändert haben, dass er zur Bekämpfung seiner Triebe nicht die erforderlichen Hemmungen aufbringt (vgl. BGHR StGB § 21 seelische Abartigkeit 33, 37 und § 63 Zustand 23). Daher ist nicht jedes abweichende Sexualverhalten, auch nicht eine Devianz in Form einer Pädophilie, die zwangsläufig nur unter Verletzung strafrechtlich geschützter Rechtsgüter verwirklicht werden kann, ohne Weiteres gleichzusetzen mit einer schweren anderen seelischen Abartigkeit im Sinne der §§ 20, 21 StGB. Hingegen kann die Steuerungsfähigkeit etwa dann beeinträchtigt sein, wenn abweichende Sexualpraktiken zu einer eingeschliffenen Verhaltensschablone geworden sind, die sich durch abnehmende Befriedigung, zunehmende Frequenz, durch Ausbau des Raffinements und durch gedankliche Einengung auf diese Praktiken auszeichnen.

## Rechtsprechung

## IV. Strafverfahrensrecht mit GVG

**799. BGH 2 StR 493/06 - Beschluss vom 20. Juni 2007 (Landgerichts Frankfurt am Main)**

Recht auf Verfahrensbeschleunigung (rechtsstaatswidrige Verfahrensverzögerung; Rügeanforderungen im Revisionsverfahren).

§ 344 Abs. 2 StPO; § 345 Abs. 1 StPO; Art. 6 Abs. 1 Satz 1 EMRK

1. Auch eine nach Erlass des erstinstanzlichen Urteils eingetretene rechtsstaatswidrige Verfahrensverzögerung ist nur auf die Verfahrensrüge hin zu prüfen, wenn das Urteil erneut zugestellt werden musste und der Revisionsführer dadurch die Möglichkeit hatte, die ihm bekannte Verzögerung innerhalb der neu in Gang gesetzten Frist des § 345 Abs. 1 StPO geltend zu machen. (BGH)

2. Will der Beschwerdeführer die Verletzung des Beschleunigungsgebotes geltend machen, erfordert dies grundsätzlich die Erhebung einer Verfahrensrüge. (Bearbeiter)

3. Zwar kann für Verzögerungen nach Urteilserlass ein Eingreifen des Revisionsgerichtes von Amts wegen geboten

sein; dies gilt jedoch nur, wenn und insoweit der Angeklagte diese Gesetzesverletzung nicht form- und fristgerecht rügen konnte, weil die Verzögerung erst nach Ablauf der Revisionsbegründungsfrist eingetreten ist. (Bearbeiter)

**804. BGH 3 StR 132/07 - Beschluss vom 15. Mai 2007 (LG Wuppertal)**

Ablehnung wegen Besorgnis der Befangenheit (Drängen zum Geständnis bei schweigendem Angeklagten); Selbstbelastungsfreiheit.

Art. 6 Abs. 1 Satz 1 EMRK; Art. 1 Abs. 1, Art. 2 Abs. 1 GG; § 24 Abs. 2 StPO; § 338 Nr. 3 StPO

1. Die Verhandlungsführung eines Vorsitzenden gibt nicht schon dann Anlass, dessen Befangenheit zu besorgen, wenn er dem Angeklagten in nachdrücklicher Form Vorhalte macht, auf das nach dem gegebenen Sachstand zu erwartende Verfahrensergebnis hinweist oder die Bedeutung eines Geständnisses für die Strafzumessung hervorhebt.

2. Die Frage eines Vorsitzenden an einen die Tat bestrei-

tenden oder schweigenden Angeklagten, wie lange er sich das sichtbare Leiden eines Belastungszeugen „noch anhören“ wolle, kann je nach den Umständen auch bei einem verständigen Angeklagten den Eindruck erwecken, dass der Vorsitzende ihn zu einem Geständnis drängen will, weil er von seiner Schuld überzeugt ist. Die Gefahr eines solchen Verständnisses seiner Frage kann der Vorsitzende jedoch ausschließen, indem er die Frage ausdrücklich unter den Vorbehalt etwa gegebener Schuld stellt.

**811. BGH 3 StR 194/07 - Beschluss vom 13. Juni 2007 (LG Wuppertal)**

Rechtsstaatswidrige Verfahrensverzögerung (Sachrüge; Verfahrensrüge; Revisionsbegründung); Unterbringung in einer Entziehungsanstalt (Hang; psychische Abhängigkeit).

§ 344 Abs. 2 Satz 2 StPO; Art. 6 Abs. 1 Satz 1 EMRK; § 64 StGB

1. Erhebt der Revisionsführer die Sachrüge mit der Beanstandung, der Tatrichter habe bei der Strafzumessung eine rechtsstaatswidrige Verfahrensverzögerung nicht berücksichtigt, so ist seine Rüge als Verfahrensrüge auszulegen.

2. Die Verfahrensrüge der Nichtberücksichtigung eines rechtsstaatswidrigen Verfahrensverzögerung ist hinsichtlich der Begründungsanforderungen zulässig erhoben (vgl. § 344 Abs. 2 Satz 2 StPO), wenn sich aus der Revisionsbegründung im Zusammenhang mit den Feststellungen des Urteils die Tatsachen ergeben, aus denen eine rechtsstaatswidrige Verfahrensverzögerung folgt.

3. Für einen Hang im Sinne des § 64 StGB ist eine chronische, auf körperlicher Sucht beruhende Abhängigkeit nicht erforderlich. Vielmehr genügt eine eingewurzelte, auf psychischer Disposition beruhende oder durch Übung erworbene intensive Neigung, immer wieder Alkohol oder andere Rauschmittel im Übermaß zu konsumieren, ohne dass der Grad einer physischen Abhängigkeit erreicht sein muss.

**882. BGH 5 StR 31/07 - Urteil vom 28. August 2007 (LG Berlin)**

Rechtsfehlerhafte Beweiswürdigung im Berliner „Ehrenmordprozess“ (rechtsfehlerhaft begründete Freisprüche; verfehlteter Urteilsaufbau anhand einer Aussage vom Hörensagen; Fall Hatun Sürücü).

§ 211 StGB; § 261 StPO

**885. BGH 5 StR 193/07 - Urteil vom 30. August 2007 (LG Potsdam)**

Totschlag; regelmäßig bei Tötungsdelikten nahe liegende Hinzuziehung eines psychiatrischen Sachverständigen (Jugendstrafrecht; gesteigertes Begründungsgebot bei Berufung auf eigene Sachkunde; verminderte Schuldfähigkeit; fallbezogene Besonderheiten bei Heranwachsenden).

§ 212 StGB; § 21 StGB; § 244 Abs. 2, Abs. 3 StPO

1. Bei – jedenfalls nicht von langer Hand geplanten – Tötungsdelikten erweist es sich, insbesondere im Bereich des Jugendstrafrechts, in der Mehrzahl der Fälle als sach-

gerecht, einen psychiatrischen Sachverständigen beizuziehen. Daher ist insoweit eine fehlende oder nur knappe, allein auf gerichtliche Sachkunde gestützte Begründung für das Vorliegen uneingeschränkter Schuldfähigkeit schon sachlich-rechtlich nicht unbedenklich. Eine Verletzung der Aufklärungspflicht durch Nichthinzuziehung eines Sachverständigen zur Frage der Schuldfähigkeit liegt regelmäßig nicht fern (vgl. BGH NSTz 2006, 49; BGH, Beschluss vom 29. November 2006 – 5 StR 329/06).

2. Einzelfall fallbezogener Besonderheiten, die eine psychiatrische Begutachtung bei einem Heranwachsenden zusätzlich nahe legen.

**886. BGH 5 StR 197/07 - Urteil vom 30. August 2007 (LG Potsdam)**

Totschlag; Jugendstrafe; Erörterungsmangel bezüglich verminderter Steuerungsfähigkeit; Strafzumessung (Wertungsfehler; Strafschärfung wegen zulässigen Verteidigungsverhaltens).

§ 212 StGB; § 17 JGG; § 21 StGB; § 46 StGB

In Kapitalstrafsachen besteht in der Mehrzahl der Fälle, zumal im Bereich der Anwendbarkeit von Jugendstrafrecht, – wenn nicht ein länger geplantes, wenngleich verwerfliches, so doch rational nachvollziehbar motiviertes Verbrechen vorliegt – Anlass, rechtzeitig im Vorfeld der Hauptverhandlung einen psychiatrischen Sachverständigen mit der Erstattung eines Gutachtens zur Schuldfähigkeit zu betrauen.

**824. BGH 1 StR 296/07 - Beschluss vom 18. Juli 2007 (LG Stuttgart)**

Verzicht auf das Verwertungsverbot nach § 252 StPO (Belehrungspflicht; Erklärung durch Dritte außerhalb der Hauptverhandlung; Aufklärungspflicht); Darlegungsvoraussetzungen für eine Rüge nach § 252 StPO (ergänzender Rückgriff auf die Urteilsgründe); redaktioneller Hinweis.

Art. 6 Abs. 3 lit. d EMRK; § 252 StPO; § 244 Abs. 2 StPO

1. Ein Zeuge kann sein Zeugnisverweigerungsrecht in Anspruch nehmen und zugleich über seinen Rechtsanwalt erklären lassen, er sei mit der Verwertbarkeit seiner früheren nichtrichterlichen Vernehmung einverstanden (BGHSt 45, 203, 205 ff.; StV 2007, 401, 402 m.w.N.). Dieser Verzicht auf das Verwertungsverbot muss nicht notwendig in der Hauptverhandlung erklärt werden. Entscheidend ist, dass er eindeutig erklärt wird und sich der Zeuge zur Überzeugung des Gerichts darüber klar ist, dass ohne seine Zustimmung die in Rede stehende nichtrichterliche Vernehmung nicht verwertet werden könnte.

2. Erklärt ein, zumal anwaltlich vertretener, Zeuge schriftlich oder durch seinen Rechtsanwalt im Zusammenhang mit der Berufung auf sein Aussageverweigerungsrecht, er sei mit der Verwertung seiner früheren, z.B. vor der Polizei gemachten Aussagen einverstanden, folgt hieraus in der Regel die Kenntnis des Zeugen, dass ohne seine Einverständniserklärung auf die früheren Aussagen nicht zurückgegriffen werden könnte (BGH StV 2007, 401, 402). Bleibt dagegen zweifelhaft, dass der

Zeuge all dies erfasst hat, muss das Gericht sein Erscheinen in der Hauptverhandlung veranlassen. Der Zeuge ist dann gerichtlich, ebenso wie über sein Aussageverweigerungsrecht auch über die Rechtslage im Übrigen, insbesondere über das mit seiner Aussageverweigerung sonst notwendig verbundene Verwertungsverbot hinsichtlich der nichtrichterlichen Vernehmung zu belehren. All dies ist dann ein wesentlicher Teil der Hauptverhandlung und als solcher auch im Protokoll festzuhalten.

3. Ein Zeuge, dem schon anderweit bekannt ist, dass ihm ein Zeugnisverweigerungsrecht zusteht, kann sich auch ohne ausdrückliche Belehrung wirksam auf dieses Recht berufen. Dies kann schriftlich erfolgen (BGHSt 21, 12 f.), aber auch durch Erklärung des anwaltlichen Beistands in der Hauptverhandlung.

4. Berufte sich der Zeuge außerhalb der Hauptverhandlung auf sein Aussageverweigerungsrecht, hat das Gericht regelmäßig keine Veranlassung, gleichwohl auf seinem Erscheinen in der Hauptverhandlung zu bestehen (BGHSt 21, 12 f.). Allerdings kann sich im Einzelfall anderes aus der Aufklärungspflicht (§ 244 Abs. 2 StPO) ergeben, etwa bei konkreten Anhaltspunkten dafür, dass der Zeuge über die Tragweite seiner Erklärung irrt (vgl. BGHSt 21, 12), oder z.B. dafür, dass der Zeuge bei Abwesenheit des Angeklagten (§§ 247, 247a StPO) oder Ausschluss der Öffentlichkeit (§§ 171b, 172 Nr. 4 GVG) doch aussagen werde (BGH NStZ 1999, 94 f.).

**840. BGH 4 StR 142/07 - Beschluss vom 7. August 2007**

Verspätetes Ablehnungsgesuch gegen Richter des BGH; rechtliches Gehör; Rekonstruktionsverbot in der Revision.

Art. 103 Abs. 1 GG; § 26a Abs. 1 Nr. 1 StPO; § 356a StPO

§ 356a StPO dient nicht dazu, einem unzulässigen Ablehnungsgesuch durch die unzutreffende Behauptung einer Verletzung des Art. 103 Abs. 1 GG doch noch Geltung zu verschaffen.

**851. BGH 4 StR 236/07 alt: 4 StR 36/06 - Beschluss vom 24. Juli 2007 (LG Bochum)**

Absoluter Revisionsgrund der Abwesenheit eines notwendigen Verteidigers (konkludente Bestellung des Wahlverteidigers nach Mandatsniederlegung zum Pflichtverteidiger); Ablehnungsgesuch gegen Schöffen (Besorgnis der Befangenheit: teilweise Kenntnisaufnahme von einem unverwertbaren Urteil; mangelnde dienstliche Äußerung der Schöffen).

§ 338 Nr. 5 StPO; § 140 Abs. 1 Nr. 2 StPO; § 140 Abs. 1 Nr. 2 StPO; Art. 6 Abs. 1 Satz 1, Abs. 3 lit. c EMRK; Art. 101 Abs. 1 Satz 2 GG; § 338 Nr. 3 StPO; § 24 Abs. 2 StPO; § 31 Abs. 1 StPO; § 51 Abs. 1 BZRG

Dass abgelehnte Schöffen sich über den in dem Ablehnungsgesuch geltend gemachten Ablehnungsgrund nicht dienstlich geäußert haben, steht einer Überprüfung der Entscheidung des Landgerichts über das Ablehnungsgesuch durch das Revisionsgericht (nach Beschwerdegrundsätzen) nicht entgegen. Zwar ist eine solche dienstliche Äußerung gemäß § 26 Abs. 3 StPO, der gemäß § 31

Abs. 3 für Schöffen entsprechend gilt, grundsätzlich erforderlich. Ihr Fehlen ist aber dann unschädlich, wenn der zu beurteilende Sachverhalt eindeutig feststeht. Eine Äußerung des abgelehnten Schöffen ist, ebenso wie die eines abgelehnten Richters, nur zu Tatsachen erforderlich.

**788. BGH 2 StR 258/07 - Beschluss vom 4. Juli 2007 (LG Kassel)**

Sexueller Missbrauch widerstandsunfähiger Personen; lückenhafte Beweiswürdigung (Aussagekonstanz; teilweise Zugrundelegung von Zeugenaussagen; Urteilsgründe).

§ 179 StGB; § 261 StPO

1. Stützt der Tatrichter seine Überzeugung von der Glaubwürdigkeit eines Zeugen auch auf die Konstanz seiner Aussagen im Ermittlungsverfahren und in der Hauptverhandlung, so bedarf es einer umfassenden Darlegung der jeweiligen Angaben des Zeugen in den Urteilsgründen, um dem Revisionsgericht eine Überprüfung der Konstanz der Aussagen zu ermöglichen.

2. Wenn ein Zeuge zu einem im Zusammenhang stehenden gewichtigen Geschehen ersichtlich die Unwahrheit erzählt hat, bedarf es der nachvollziehbaren Begründung, weshalb ihm gleichwohl für das weitere Geschehen die Glaubwürdigkeit zugebilligt wird.

**780. BGH 2 StR 4/07 - Beschluss vom 27. Juni 2007 (LG Bonn)**

Auslieferung (Spezialitätsgrundsatz; Tat im prozessualen Sinne); unerlaubte Einfuhr von Betäubungsmitteln (unmittelbares Ansetzen zum Versuch); Verabredung zum Verbrechen.

§ 260 Abs. 3 StPO; § 22 StGB; § 29a BtMG; § 30 BtMG; § 30 StGB

Eine Auslieferungsbewilligung umfasst ohne nähere Beschränkung grundsätzlich die gesamte Tat im Sinne des § 264 StPO (vgl. BGH NStZ 2003, 68; NStZ-RR 2000, 333).

**898. BGH 5 StR 461/06 - Beschluss vom 20. Juni 2007**

Unbegründeter Antrag auf eine Pauschgebühr für das Revisionsverfahren (Unzumutbarkeit der gesetzlichen Gebühren; Unterschiede zwischen Wahlverteidigern und Pflichtverteidigern).

§ 42 Abs. 1 RVG

Da ein Wahlverteidiger, anders als ein gerichtlich bestellter Verteidiger, Betragsrahmengebühren erhält, innerhalb derer unterschiedliche Umstände weitgehend berücksichtigt werden können, ist wesentlich seltener als bei der Vorschrift für die Pflichtverteidigervergütung (§ 51 RVG) Unzumutbarkeit im Sinne des § 42 Abs. 1 Satz 1 RVG anzunehmen (BGH, Beschluss vom 3. April 2007 – 3 StR 486/06 m.N.). Dabei bestimmt sich die Zumutbarkeit der gesetzlich vorgesehenen Gebühren vor allem nach der vom Antragsteller selbst entfaltetem Tätigkeit (vgl. BGH, Beschluss vom 2. April 2007 – 1 StR 579/05).

## V. Wirtschaftsstrafrecht und Nebengebiete

**813. BGH 3 StR 212/07 - Urteil vom 28. August 2007 (LG Dortmund)**

Vorteilsnahme (Vorsatz); Bestechlichkeit (Vorsatz); Amtsträger; Wahlkampfspenden; nachträglich doloses Annehmen eines Vorteils; Fall Kremendahl.

§ 331 StGB; § 333 StGB; § 15 StGB

1. Zur einschränkenden Auslegung der §§ 331, 333 StGB bei Einwerbung von Wahlkampfspenden durch einen Amtsträger, der sich um seine Wiederwahl bewirbt (im Anschluss an BGHSt 49, 275). (BGHR)

2. Der Anschein der Käuflichkeit amtlicher Entscheidungen, dessen Vermeidung Schutzzweck des § 331 StGB auch mit Blick auf Fälle von Unterstützung im Wahlkampf ist (vgl. BGHSt 49, 275, 294), entsteht auch dann, wenn Spender und Amtsträger davon ausgehen, dass dieser im Laufe der künftigen Amtszeit mit Entscheidungen zu diesem oder jenem Vorhaben des Spenders befasst sein wird und ein unbeteiligter Betrachter den Eindruck gewinnt, dass jener mit der Spende Einfluss auf anfallende Entscheidungen nehmen will. (Bearbeiter)

3. Insbesondere bei Wahlkampfspenden von außergewöhnlicher Höhe wird es regelmäßig nahe liegen, dass der Spender nicht nur – was straffrei wäre – die allgemeine Ausrichtung der Politik des Wahlbewerbers unterstützen will, sondern sich – strafbar – dessen Gewogenheit auch im Blick auf eigene konkret geplante oder zu erwartende Vorhaben sichern und seine Individualinteressen fördern will. (Bearbeiter)

4. Ein Amtsträger kann sich auch dadurch gemäß §§ 331, 333 StGB strafbar machen, dass er einen Vorteil, den er zunächst gutgläubig erlangt hat, nachträglich annimmt, wenn er die auf den Abschluss einer Unrechtsvereinbarung gerichtete Absicht des Gebers erst nach Erhalt des Vorteils erkennt, diesen aber gleichwohl behält und dadurch zu erkennen gibt, dass er den Vorteil nunmehr für die Diensthandlung behalten will, oder eine Übereinkunft hierüber mit dem Geber erzielt. (Bearbeiter)

5. Ein derartiges nachträglich doloses Annehmen des Vorteils kommt jedoch nur in Betracht, wenn der gewährte Vorteil in dem Zeitpunkt, zu dem der Amtsträger die Hintergründe der Zuwendung erkannt hat, noch vorhanden ist. Hierfür reicht es aus, wenn der Vorteil zwar nicht in der ursprünglichen, jedoch in einer anderen Form zur Verfügung steht. Hat der Amtsträger hingegen den Vorteil gutgläubig so verbraucht, dass kein gegenständlich greifbarer Ersatz mehr vorhanden ist, bleibt für die Vorteilsannahme kein Raum mehr. (Bearbeiter)

**843. BGH 4 StR 62/07 - Urteil vom 16. August 2007 (LG Saarbrücken)**

BGHR; Anwendbarkeit des § 284 StGB auf die gewerbliche Vermittlung von Sportwetten ohne behördliche Genehmigung (Oddset-Wette; Folgen der Entscheidung des Bundesverfassungsgerichts vom 28. März 2006 – 1 BvR 1054/01; Altfälle; konsequente Ausrichtung des staatlichen Wettmonopols am Ziel der Bekämpfung der Spiel- und Wettleidenschaft); unvermeidbarer Verbotsirrtum bei verfassungsrechtlich unklarer Rechtslage; Dienstleistungsfreiheit; Niederlassungsfreiheit; Vorlagepflicht bei der Überzeugung von der Verfassungswidrigkeit eines Strafgesetzes (Entscheidungserheblichkeit).

§ 284 StGB; § 17 StGB; Art. 12 GG; Art. 100 Abs. 1 GG

1. Zur Anwendbarkeit des § 284 StGB auf die ohne Vorliegen einer behördlichen Genehmigung betriebene gewerbliche Vermittlung von Sportwetten (sog. Oddset-Wetten) in der Zeit vor der Entscheidung des Bundesverfassungsgerichts vom 28. März 2006 – 1 BvR 1054/01 (sog. Altfälle). (BGHR)

2. Das Risiko der extrem unklaren Rechtslage, wie sie zur gewerblichen Vermittlung von Sportwetten durch die Verwaltung und die Rechtsprechung geschaffen worden ist, darf nicht einseitig dem Normadressaten aufgebürdet werden. (Bearbeiter)

3. Über die Frage, ob der Angeklagte sich in einem Verbotsirrtum befunden hat und ob ein solcher Irrtum vermeidbar war, hat in erster Linie der Tatrichter im Rahmen der ihm obliegenden Beweiswürdigung unter Beachtung des Zweifelsgrundsatzes zu befinden. (Bearbeiter)

4. Nach Auffassung des Senats ist das im Tatzeitraum geltende Sportwettengesetz des Saarlandes mit dem Grundgesetz unvereinbar und deshalb die Strafnorm des § 284 StGB aus verfassungsrechtlichen Gründen nicht anwendbar. (Bearbeiter)

**881. BGH 5 StR 103/07 - Urteil vom 29. August 2007 (LG Dresden)**

Bankrott (Beihilfe); Untreue (Pflichtwidrigkeit und kommunalrechtliches Sparsamkeitsgebot; Vergütungen bei öffentlich-rechtlichen Beraterverträgen; Missachtung des Insolvenzverfahrens; Vorsatz bei normativen Tatbestandsmerkmalen; Haushaltsuntreue); Bestechlichkeit; Begriff des Amtsträgers (Vorsatz bezüglich der Amtsträgerschaft bei fehlendem formellen Bestellungsakt; Verbotsirrtum); unedliche Falschaussage im Insolvenzverfahren (konkrete Zuständigkeit); Beweis-

würdigung bei der Auslegung von Verträgen; Umfang der Aufhebung (Feststellungen); Fall Roßberg.

§ 266 StGB; § 27 StGB; § 332 StGB; § 283 Abs. 1 Nr. 1 und 8 StGB; § 11 Abs. 1 Nr. 2 lit. c StGB; § 17 StGB; § 15 StGB; § 156 StGB

1. Für die Entscheidung, welche Vergütungshöhe zu bezahlen ist, ist im Bereich der öffentlichen Verwaltung ein verhältnismäßig weiter Beurteilungs- und Ermessensspielraum eröffnet. Einen durch den Untreuetatbestand strafbewehrten Grundsatz, wonach Vergütungserhöhungen durch den Sparsamkeitsgrundsatz gehindert sind, wenn der Betreffende auch zu den ursprünglichen Bedingungen seine Leistung zu erbringen hat, kennt das deutsche Recht nicht.

2. Auch im Bereich der öffentlichen Verwaltung überschreitet der zur Entscheidung Berufene seinen Ermessensspielraum grundsätzlich nicht, soweit ihn keine öffentlichrechtlichen Vorschriften begrenzen, wenn er eine angemessene Vergütung – unter Umständen auch in Abänderung eines bestehenden Vertrages zugunsten des bislang nicht angemessen entlohnten Beschäftigten – bezahlt. Dies gilt sogar, wenn der Vertragspartner aufgrund seiner persönlichen wirtschaftlichen Situation selbst zu deutlich ungünstigeren Bedingungen kontrahieren würde. Die Grundsätze der Sparsamkeit und Wirtschaftlichkeit bilden nur eine äußere Grenze. Der Entscheidungsträger handelt auch im Bereich der öffentlichen Verwaltung nicht etwa stets pflichtwidrig, wenn nicht das sparsamste im Sinne des niedrigsten Angebots gewählt wurde. Regelmäßig liegt eine pflichtwidrige Verletzung des Sparsamkeitsgebots erst vor, wenn eine sachlich nicht gerechtfertigte und damit unangemessene Gegenleistung gewährt wird.

3. Für den Untreuevorsatz nach § 266 StGB genügt es nicht, dass der Täter alle zugrunde liegenden tatsächlichen Verhältnisse kennt. Sowohl die Pflichtwidrigkeit als auch der Nachteil sind normative Tatbestandsmerkmale, die der Angeklagte nach seinem persönlichen Wertungshorizont zutreffend hätte erfassen müssen. Dies kann bei einem juristischen Laien nicht ohne weiteres unterstellt werden (BGHSt 48, 108, 117; BGHR StGB § 16 Abs. 1 Umstand 4).

4. Nach der Rechtsprechung des Bundesgerichtshofs ist für die Begründung einer Amtsträgerstellung im Sinne der §§ 331 ff. StGB erforderlich, dass der Betreffende zum Amtsträger bestellt wurde. Die Bestellung ist von der bloßen privatrechtlichen Beauftragung zu unterscheiden. Sie setzt voraus, dass der Betreffende über den Einzelfall hinaus mit der Wahrnehmung öffentlicher Aufgaben betraut und in die behördliche Organisation eingebunden wird (vgl. BGHSt 43, 96, 105; 46, 310, 313). Hierzu bedarf es keines förmlichen Bestellungsaktes. Die Bestellung kann formfrei erfolgen.

5. Fehlt eine förmliche Verpflichtungserklärung bei einem Amtsträger nach § 11 Abs. 1 Nr. 2 lit. c StGB und liegt kein anderer förmlicher Bestellungsakt vor, sind allerdings an den Nachweis in subjektiver Hinsicht besondere Anforderungen zu stellen. Dabei reicht es nicht aus, dass der Betreffende nur um die seine Amtsträgerstellung begründenden Tatsachen weiß. Er muss auch

eine Bedeutungskennntnis gerade von seiner Funktion als Amtsträger haben.

6. Eine Strafbarkeit nach § 156 StGB setzt voraus, dass die Behörde, vor der diese Versicherung abgegeben wird, hierfür auch zuständig ist. Nach der Rechtsprechung des Bundesgerichtshofs bezieht sich das Tatbestandsmerkmal der Zuständigkeit nicht nur auf die allgemeine Zuständigkeit der Behörde. Vielmehr muss die eidesstattliche Versicherung auch über den Gegenstand, auf den sie sich bezieht, und in dem Verfahren, zu dem sie eingereicht wird, abgegeben werden dürfen und darf rechtlich nicht wirkungslos sein (BGH StV 1985, 505). Danach ist die Tatbegehung durch eine schriftliche Erklärung im Insolvenzverfahren nicht möglich.

7. Dem Tatrichter steht bei der Auslegung von Verträgen ein weitgehender Ermessensspielraum zu. Deshalb beschränkt sich die revisionsgerichtliche Kontrolle auf die Prüfung, ob ein Verstoß gegen Sprach- und Denkgesetze, Erfahrungssätze und allgemeine Auslegungsregeln vorliegt (BGH NJW 2004, 2248, 2250 m.w.N.). Zu einer rechtsfehlerhaften Auslegung bei einem öffentlichrechtlichen Beratervertrag.

#### **897. BGH 5 StR 347/06 – Urteil vom 31. Juli 2007 (LG Berlin)**

Untreue (Rückabwicklung eines Steuersparimmobilienfonds; Vermögensnachteil: Einbeziehung erlangter außergewöhnlicher Steuervorteile).

§ 266 StGB

Bei der Bemessung des Schadensersatzes bei einer steuerbegünstigten Vermögensanlage unter Beachtung der Grundsätze zur Vorteilsausgleichung ist für die Anrechnung möglicher Steuervorteile, die ein Fondszeichner bzw. Anleger durch den Kauf von Fonds- bzw. Kommanditanteilen erlangt hat, im Hinblick auf den häufig unverhältnismäßigen Aufwand einer exakten Errechnung der Steuervorteile (vgl. BGH NJW 2006, 499; NJW 1984, 2524; jeweils m.w.N.) regelmäßig kein Raum (vgl. BGHZ 74, 103, 113 ff.). Eine Ausnahme gilt aber dann, wenn der Kapitalanleger durch seine Beteiligung ihm endgültig verbleibende so außergewöhnliche Steuervorteile erlangt hat, so dass ihm diese abweichend von der Regel billigerweise angerechnet werden müssen (vgl. BGH NJW-RR 1990, 229, 230; 1986, 1102, 1104; NJW 1984, 2524).

#### **880. BGH 4 StR 431/06 – Beschluss vom 6. August 2007 (LG Stendal)**

Mittäterschaft beim unerlaubten Erwerb von Schusswaffen, um sie einem Nichtberechtigten zu überlassen; versuchtes Überlassen der tatsächlichen Gewalt über Kriegswaffen.

§ 52 Abs. 1 Nr. 2 a WaffG; § 25 Abs. 2 StGB; § 22 a Abs. 1 Nr. 2 KWKG

1. Eine Strafbarkeit wegen unerlaubten Erwerbs von Schusswaffen, um sie einem Nichtberechtigten zu überlassen (§ 52 Abs. 1 Nr. 2 a WaffG), setzt einen Erwerb im Sinne des Waffenrechts voraus. Der Begriff des Erwerbs umfasst danach die Erlangung der tatsächlichen Möglichkeit, über einen Gegenstand nach eigenem Willen zu verfügen, ohne dass es darauf ankommt, in wel-

cher Weise der Erwerb vonstatten geht. Da auch mehrere Personen die tatsächliche Gewalt über einen Gegenstand ausüben können, reicht es aus, wenn dem Betroffenen lediglich die Mitverfügungsgewalt eingeräumt wird. Eine Zurechnung der tatsächlichen Gewalt auf einen anderen Tatbeteiligten, der keine direkte Zugriffsmöglichkeit hat, ist dagegen auch über § 25 Abs. 2 StGB nicht möglich (BGH NStZ 1997, 604, 605).

2. Überlassen im Sinne des § 22 a Abs. 1 Nr. 2 KWKG ist jedes mit der Übertragung des unmittelbaren Besitzes verbundene Einräumen der tatsächlichen Möglichkeit, über die Kriegswaffe dauernd oder auch nur vorübergehend zu verfügen. Diese Begehungsform setzt voraus, dass der Überlassende im Zeitpunkt des Überlassens selbst die tatsächliche Gewalt über die Kriegswaffe ausübt (BGHSt 28, 294).

**883. BGH 5 StR 72/07 – Beschluss vom 24. Mai 2007 (LG Hagen)**

Steuerhinterziehung durch verdeckte Gewinnausschüttung im Sinne des § 8 Abs. 3 Satz 2 KStG (Begriff der verdeckten Gewinnausschüttung bei der Hinterziehung von Körperschaftshinterziehung und Gewerbesteuerhinterziehung; Kompensationsverbot); Grenzen der Revisibilität bei der Annahme eines steuerlichen Scheingeschäfts; verdeckte Einlage.

§ 370 AO; § 8 Abs. 3 Satz 2 KStG; § 20 Abs. 1 Nr. 1 Satz 2 EStG; § 41 AO; § 261 StPO

1. Der Bundesfinanzhof definiert die verdeckte Gewinnausschüttung im Sinne des § 8 Abs. 3 Satz 2 KStG in ständiger Rechtsprechung als Vermögensminderung oder verhinderte Vermögensmehrung, die durch das Gesellschaftsverhältnis veranlasst ist, sich auf die Höhe des Einkommens (d. h. des Unterschiedsbetrages gemäß § 4 Abs. 1 Satz 1 EStG i.V.m. § 8 Abs. 1 KStG) auswirkt und in keinem Zusammenhang mit einer offenen Ausschüttung steht (vgl. nur BFHE 199, 144, 145; 183, 94, 95; 156, 155, 156). Dabei muss die Minderung des Unterschiedsbetrages geeignet sein, beim Gesellschafter einen sonstigen Bezug im Sinne des § 20 Abs. 1 Nr. 1 Satz 2 EStG auszulösen (vgl. BFHE 200, 197, 198 f.).

2. Wurden Zuwendungen an einen Gesellschafter gewährt, ist zur Abgrenzung, ob sie aus betrieblichen Gründen erfolgten oder mit Rücksicht auf das Gesellschaftsverhältnis gewährt wurden, ein Fremdvergleich vorzunehmen (vgl. nur BFHE 199, 144, 145). Danach ist eine Zuwendung dann nicht durch das Gesellschaftsverhältnis veranlasst, wenn die Gesellschaft bei Anwendung der Sorgfalt eines ordentlichen und gewissenhaften Geschäftsleiters den Vorteil auch einer Person, die nicht Gesellschafter ist, gewährt hätte.

3. Ein strengerer Maßstab gilt bei Zuwendungen an einen beherrschenden Gesellschafter. Hier ist eine Veranlas-

sung durch das Gesellschaftsverhältnis bereits dann anzunehmen, wenn die Leistung der Gesellschaft an den Gesellschafter nicht auf einer klaren, von vornherein abgeschlossenen, zivilrechtlich wirksamen und tatsächlich durchgeführten Vereinbarung beruht (vgl. BFHE 183, 94, 95; 172, 51, 54; 156, 155, 156). Fehlt es an einer solchen Vereinbarung, so liegt regelmäßig eine verdeckte Gewinnausschüttung vor (vgl. BGHSt 39, 146, 151; 36, 21, 24).

4. Diese Grundsätze gelten auch dann, wenn die Kapitalgesellschaft an eine dem beherrschenden Gesellschafter nahe stehende Person leistet, sofern und soweit die Zuwendung durch das Gesellschaftsverhältnis veranlasst ist. Dabei kann die Beziehung zwischen dem beherrschenden Gesellschafter und dem Dritten auch gesellschaftsrechtlicher Art sein (st. Rspr. des Bundesfinanzhofs; vgl. BFH BStBl II 1997, 301, 302 m.w.N.).

5. Eine verdeckte Gewinnausschüttung im Sinne des § 20 Abs. 1 Nr. 1 Satz 2 EStG, die auf der Ebene des Gesellschafters zu Einkünften aus Kapitalvermögen führt, ist gegeben, wenn die Kapitalgesellschaft ihrem Gesellschafter außerhalb der gesellschaftsrechtlichen Gewinnverteilung einen Vermögensvorteil zuwendet und die Zuwendung ihren Anlass im Gesellschaftsverhältnis hat (st. Rspr.; vgl. nur BFH DStRE 2005, 764, 765 m.w.N.). Allerdings bedarf es grundsätzlich eines Zuflusses beim Gesellschafter im Sinne von § 11 EStG (vgl. nur BGH wistra 2004, 109 m.w.N.). Es genügt jedoch, wenn der Vorteil dem Gesellschafter mittelbar in der Weise zugewendet wird, dass eine ihm nahestehende Person aus der Vermögensverlagerung Nutzen zieht. Sofern die Zuwendung allein auf dem Näheverhältnis des Empfängers zum Gesellschafter beruht, ist die Zuwendung so zu beurteilen, als hätte der Gesellschafter selbst den Vorteil erhalten und diesen an die nahe stehende Person (als steuerlich unbeachtliche Einkommensverwendung) weitergegeben (vgl. BFH aaO).

**814. BGH 3 StR 216/07 – Beschluss vom 21. Juni 2007 (LG Mönchengladbach)**

Unerlaubtes Handeltreiben mit Betäubungsmitteln (Vertrauensperson der Polizei; Vermittlung; Umsatz; Sicherstellung; agent provocateur).

§ 29 BtMG

Eine Verurteilung wegen Handeltreibens mit Betäubungsmitteln scheidet aus, wenn es dem Angeklagten bei der Vermittlung eines Betäubungsmittelgeschäfts nicht auf dessen erfolgreiche Abwicklung, sondern ausschließlich darauf ankommt, als Vertrauensperson der Polizei eine Prämie für die Ergreifung der Täter und Sicherstellung der Drogen zu erlangen. Denn in diesem Falle ist seine Tätigkeit gerade nicht auf den Umsatz des Stoffes gerichtet, sondern darauf, ihn aus dem Verkehr ziehen zu lassen.

# Über die Individualisierung tatbestandsmäßiger Erfolge – „Persönlicher Schadenseinschlag“ bei den Körperverletzungsdelikten

Anmerkung zu BGH, Urteil vom 15. März 2007 – 4 StR 522/06 = BGH HRRS 2007 Nr. 539

Von Prof. Dr. Hans-Ullrich Paeffgen / Wiss. Mit. Thomas Grosse-Wilde, Bonn

Im konkreten Sachverhalt geht es um eine Tat, bei der dem Opfer von zwei gemeinschaftlich handelnden Tätern mit einem scharfen Gipserbeil die ersten beiden Glieder des rechten Mittelfingers vollständig weggeschlagen, Zeige- und Ringfinger der rechten Hand nahezu vollständig abgetrennt wurden. Die Verletzung am Ringfinger heilte aus; der Zeigefinger konnte zwar erhalten werden, musste aber versteift werden und ist seither im Mittelgelenk nicht mehr beweglich, so dass das Opfer seine Faust nicht mehr schließen kann. Das LG meinte, die Abtrennung lediglich der ersten beiden Glieder des rechten Mittelfingers stelle keinen Verlust eines wichtigen Körpergliedes im Sinne des § 226 Abs. 1 Nr. 2 StGB dar. Die Versteifung des rechten Zeigefingers habe keine dauernde Unbrauchbarkeit im Sinne dieser Vorschrift zur Folge, da dem Finger „die ihm im sozialen Leben zugewiesene Zeigefunktion“ erhalten geblieben sei.

Der BGH vollzieht in der Rechtssache 4 StR 522/06<sup>1</sup> eine ausdrückliche Kehrtwende gegenüber einer bisherigen gefestigten Rechtsprechung<sup>2</sup> bzgl. § 226 I Nr. 2 StGB, die einst schon vom Reichsgericht (zu § 224 a.F.) entfaltet worden war.

I. Das Reichsgericht bestimmte die Wichtigkeit eines Körpergliedes in § 226 I Nr. 2 StGB (§ 224 a.F.) rein **abstrakt** und **generalisierend** danach, ob dessen Verlust „für jeden normalen Menschen eine wesentliche Beeinträchtigung des gesamten Körpers in seinen regelmäßigen Verrichtungen“ zeitigt. Es stellte also allein darauf ab, welche Bedeutung das Körperglied für den Menschen überhaupt hat, unabhängig von den individuellen Beson-

derheiten des Verletzten.<sup>3</sup> Diese Rechtsprechung hatte der Bundesgerichtshof bisher im Grundsatz fortgeführt.<sup>4</sup>

Dem stehen seit gerauemem zwei Auffassungen im Schrifttum gegenüber, zum einen diejenige, die (jegliche) **individuellen** Verhältnisse des Tatopfers für die „Wichtigkeit“ berücksichtigen will (z.B. Berufspianist, Linkshändigkeit)<sup>5</sup>, zum anderen eine **differenzierende**, die zwischen individuellen *sozialen* Bezügen, die vom Rechtsgüterschutz der §§ 223, 226 nicht umfasst seien (insb. Beruf) und der individuellen *körperlichen* Disposition (z.B. Rechts- oder Linkshändigkeit, Vorschädigung) unterscheidet.<sup>6</sup>

II. In seinem Urteil vom 15. März 2007 verwirft der 4. Strafsenat ausdrücklich die bisherige Rechtsprechung als „zu eng und nicht mehr zeitgemäß“<sup>7</sup> und schließt sich einer am Einzelfall orientierten Betrachtung insofern an, als nunmehr auch individuelle Körpereigenschaften und dauerhafte körperliche (Vor-)Schädigungen des Verletzten für § 226 I Nr. 2 zu berücksichtigen seien. Der BGH nimmt (weil dies in concreto nicht entscheidungserheblich war) in dem angezogenen Judikat allerdings nicht dazu Stellung, ob er auch soziale Sonderfähigkeiten einbeziehen will.

<sup>1</sup> NJW 2007, 1988-1989 = StV 2007, 353-354 = NStZ 2007, 470-471.

<sup>2</sup> Ausdrücklich gibt er die Position des gleichen Senates, wiedergegeben bei *Dallinger* MDR 1953, 597, auf, dass der Verlust des Zeigefingers der eines wichtigen Gliedes ist, weil er eine „erhebliche Beeinträchtigung der Lebensbetätigung für jedermann ist“, a.a.O., Hervorh. v. Verf. Aufgegeben wird also – um dies zu betonen – in erster Linie der Maßstab/die Bezugsgröße (eben. der „Jedermann“).

<sup>3</sup> Vgl. RGSt 6, 346, 347; 62, 161, 162; 64, 201, 202; RG GA Bd. 47 (1900), 168; Bd. 52 (1905), 91.

<sup>4</sup> BGH MDR bei *Dallinger* 1953, 597; ebenso grds. BGH NJW 1991, 990; zustimmend: *Joecks*, Studienkommentar<sup>7</sup> § 226 Rn. 14 (mit Hinweis auf den Gesetzeswortlaut: § 226 spricht vom Verlust eines wichtigen Gliedes „des Körpers“, nicht „ihres Körpers“ [der verletzten Person]); *Kindhäuser*, BT-1<sup>3</sup>, § 10 Rn. 25; *Küpper*, BT 1<sup>3</sup>, § 2 Rn. 21; *NK<sup>2</sup>-Paeffgen*, § 226 Rn. 27; *Wessels/Hettinger*, BT-1<sup>30</sup>, Rn. 289.

<sup>5</sup> *Schönke/Schröder<sup>27</sup>-Stree*, § 226 Rn. 2; *Maurach/Schroeder/Maiwald*, BT-1<sup>9</sup>, § 9 Rn. 21; *Rengier*, BT-II<sup>8</sup>, § 15 Rn. 8; *Henkel*, *Recht und Individualität* (1958), S. 54 Fn. 85.

<sup>6</sup> *LK<sup>11</sup>-Hirsch*, § 226 Rn. 15; *MüKo-Hardtung*, § 226 Rn. 27; *SK<sup>7</sup>-Horn/Wolters*, § 226 Rn. 10; *Tröndle/Fischer<sup>54</sup>*, § 226 Rn. 7.

<sup>7</sup> Rn. 10.

Unter Strafwürdigkeits- und Einzelfall-Gerechtigkeits-Aspekten mag diese Rechtsprechungsänderung gefallen, aus der Perspektive des Bestimmtheits-Grundsatzes hingegen bleibt sie irritierend – und das bei einem (Erfolgs-)Qualifikationstatbestand mit einem derart exuberanten Strafraumen (im Falle des Abs. 1: ein bis zehn, beim Abs. 2 sogar: drei bis fünfzehn Jahre<sup>8</sup>). Denn jedenfalls eine „soziale Funktionen“ einbeziehende Betrachtungsweise hinge von einer unüberschaubaren Komponenten-Vielfalt ab (Beispiel: Hat sich der Künstler vielleicht schon zur Ruhe gesetzt?; Soll ein Zeh für den Zirkusartisten [Seiltänzer] o. Balletttänzer auch erfasst werden?). Konsequenz wäre zudem, auch bei den anderen Fällen des Folgenkatalogs des § 226 individuelle soziale Funktionen tatbestandlich in den Blick zu nehmen (z.B. bei Nr. 3 – der dauernden Entstellung – die kleine Narbe im Gesicht oder am Dekolleté beim Fotomodell usw.).<sup>9</sup>

Übrigens bietet auch § 16 I StGB häufig keine Ausflucht, wenigstens über die (subjektive) Zurechnung eine solch diffus definierte schwere Folge i.S.d. § 226 wirksam einzugrenzen. Denn obgleich nach allgemeiner Vorsatzlehre die den Begriff des wichtigen Gliedes mitkomponierenden und -konstituierenden Umstände dem Täter bekannt sein müssen, um ihm als vorsätzlich verwirklicht vorgeworfen werden zu können<sup>10</sup>, reicht gemäß § 18 für § 226 I – nach h.M.<sup>11</sup> – nun einmal schon „wenigstens Fahrlässigkeit“ hinsichtlich jener Folge aus (erfolgsqualifiziertes Delikt [!]). Die hierfür lediglich erforderliche „Vorhersehbarkeit“ oder „Erkennbarkeit“ des Zusatzerfolges ist bekanntlich selbst in der Fahrlässigkeitsdogmatik ein bloß schwaches Regulativ.

Eine nahezu unbeschränkte<sup>12</sup> Individualisierung tatbestandsmäßiger Erfolge ist unter dem Regime des Art. 103 II GG auch schwerlich statthaft, bedeutete sie doch eine systemwidrige Inkorporation von Umständen i.S.d. § 46 II StGB (namentlich „die verschuldeten Auswirkungen der Tat“) in den Garantietatbestand. Dabei betreffen diese Umstände eigentlich allein die Strafzumessung.<sup>13</sup> Bei dieser können auch „außertatbestandliche“ Folgen berücksichtigt werden,<sup>14</sup> wenn denn einmal feststeht, welcher Straftatbestand erfüllt ist.

<sup>8</sup> Zur Geschichte dieser „Strafraumen-Explosion“ siehe NK<sup>2</sup>-Paeffgen, § 226 Rn. 1 f.  
<sup>9</sup> Ablehnend LK<sup>11</sup>-Hirsch, § 226 Rn. 15; NK<sup>2</sup>-Paeffgen, § 226 Rn. 30.  
<sup>10</sup> Abs. 1 in der Variante „bedingt vorsätzlich“, gegebenenfalls, bei Dolus directus 1. oder 2. Grades, Abs. 2; vgl. SK<sup>7</sup>-Horn/Wolters, § 226 Rn. 18.  
<sup>11</sup> Kindhäuser, BT-I<sup>3</sup>, § 10 Rn. 38; Lackner/Kühl<sup>26</sup>, § 226 Rn. 5; Tröndle/Fischer<sup>54</sup>, § 46 Rn. 14; a.A.: (mit Rücksicht auf die anderenfalls nicht zu bewältigenden Spannungen zwischen den verschiedenen Rechtsvoraussetzungs- und Rechtsfolgenseiten: *Leichtfertigkeit*) NK<sup>2</sup>-Paeffgen, § 226 Rn. 16, 17.  
<sup>12</sup> ...jedenfalls in ihren Grenzen nicht erkennbare ...  
<sup>13</sup> LK<sup>11</sup>-Hirsch<sup>11</sup> § 226 Rn. 15; Wessels/Hettinger, BT-1<sup>30</sup>, Rn. 289.  
<sup>14</sup> NK<sup>2</sup>-Streng, § 46 Rn. 58; zu den intrikatsten Problemen, welche außertatbestandlichen Folgen als relevante Strafzumessungstatsachen i.S.v. § 46 II 2 StGB in Betracht kommen, vgl. Puppe, Spendel-FS (1992), S. 451 ff.; vgl. ferner Bloy ZStW 107 (1995), 576 ff.; Hörnle, Tatproportionale Strafzumessung, S. 251 ff.; Meier,

Ansätze weitgehender Individualisierung/Versubjektivierung des tatbestandsmäßigen Erfolges werden bei mannigfaltigen Deliktstatbeständen diskutiert – und überwiegend abgelehnt<sup>15</sup>: So schon beim Grundtatbestand des § 223 in Form der körperlichen Misshandlung als üblen, unangemessenen Behandlung, durch die das körperliche Wohlbefinden mehr als nur unerheblich beeinträchtigt wird.<sup>16</sup> Denn ob die Beeinträchtigung mehr als nur unerheblich und damit als unangemessen anzusehen ist, kann nicht nach dem (möglicherweise höchst willkürlichen) subjektiven Empfinden,<sup>17</sup> sondern nur aus Sicht eines normativen Maßstabs-Homunculus in der Lage des Opfers bestimmt werden.<sup>18</sup> Ebenso wird bei den §§ 185 ff. ein rein faktischer Ehrbegriff (i.S.e. Identifizierung der Ehre mit dem Selbstgefühl nach dem Motto: „Beleidigt ist, wer sich beleidigt fühlt.“) praktisch nicht mehr vertreten,<sup>19</sup> wie auch bei § 263 das bloße „Affektionsinteresse“ des Getäuschten nicht geschützt ist;<sup>20</sup> grundsätzlich kommt es für die zur Schadensfeststellung vorzunehmenden Gesamtsaldierung allein auf die objektive Sachlage an. Andererseits wird dieser Grundsatz von der Rspr. (und h.L.) in Anschluss an BGHSt. 16, 321 (326) („Melkmaschinen-Fall“) durch gewisse, aber im einzelnen umstrittene Fallgruppen des „persönlichen Schadenseinschlags“ wieder eingeschränkt.<sup>21</sup>

Schließlich gilt Ähnliches *cum grano salis* für die Nötigung, § 240 StGB, denn obschon Rechtsprechung und h.L. die von dieser Vorschrift geschützte Freiheit der Willensschließung und Willensbetätigung in einem empirisch-psychologisierenden Sinn verstehen, so ist doch die Eignung des Nötigungsmittels, den Genötigten

Strafrechtliche Sanktionen<sup>2</sup>, 174 f.

<sup>15</sup> Auch Henkel, Recht und Individualität (1958), S. 54 Fn. 85 – grds. Anhänger einer individualisierbaren Betrachtungsweise bzgl. § 226 / § 224 a.F. gesteht zu: „Nur darf allerdings die »subjektive« Beurteilung der Wichtigkeit des Verlustes seitens des Betroffenen nicht von Einfluß sein, sondern es muß bei dem »objektiven Urteil« verbleiben, wie der Verlust – unter Berücksichtigung aller persönlichen Verhältnisse des Verletzten – verständigerweise einzuschätzen ist. Die Einbeziehung des Individuellen darf also nicht zu einem Abgleiten des Urteils ins »Subjektive« führen. Wird dies vermieden, so vermag es die individualisierende Betrachtung (...) den Anforderungen der Rechtsidee in weit höherem Maße gerecht zu werden, als die hier noch herrschende allzu starre generalisierende Tendenz der bisherigen Rechtsprechung.“  
<sup>16</sup> Vgl. NK<sup>2</sup>-Paeffgen, § 223 Rn. 8 mit Nachweisen.  
<sup>17</sup> ...und auch nicht in der Brechung durch die Brille des sog. „objektiven Beobachters“/Richters, der aber diese subjektiven Besonderheiten in einem dunkel bleibenden Umfang zu berücksichtigen hat ...  
<sup>18</sup> Siehe NK<sup>2</sup>-Paeffgen, § 223 Rn. 8; Schönke/Schröder<sup>27</sup>-Eser, § 223 Rn. 4a; vgl. OLG Düsseldorf NJW 1991, 2918 (2919): „Ob eine körperliche Einwirkung mehr als ganz unerheblich ist, kann nicht nach dem subjektiven Empfinden des anderen, sondern nur aus der Sicht eines objektiven Betrachters bestimmt werden. Dies schließt eine indizielle Berücksichtigung subjektiver Folgen nicht aus, sofern sie hinreichend objektivierbar sind.“  
<sup>19</sup> Vgl. Nachweise bei NK<sup>2</sup>-Zaczyk, Vor §§ 185 ff. Rn. 4.  
<sup>20</sup> LK<sup>11</sup>-Tiedemann, § 263 Rn. 155; MüKo-Hefendehl, § 263 Rn. 44; Tröndle/Fischer<sup>54</sup>, § 263 Rn. 61, 85.  
<sup>21</sup> Kritisch hierzu etwa NK<sup>2</sup>-Kindhäuser, § 263 Rn. 256 ff. (kein Korrektiv, sondern fallweise Preisgabe des Saldierungsprinzips).

i.S.d. Täterverlangens zu motivieren, nicht nur faktische, sondern *normative* Tatbestandsvoraussetzung;<sup>22</sup> sie entfällt, wenn von dem Bedrohten in seiner Lage erwartet werden könne, dass er der Bedrohung in besonnener Selbstbehauptung standhält.<sup>23</sup>

Entscheidend für das Gericht in unserem Fall, nunmehr (zumindest) auf die „mittlere“ Individualisierungs-Linie einzuschwenken, ist folgendes anti-diskriminierungs-konnotierte Argument: Individuelle körperliche Besonderheiten eines Tatopfers bei der Auslegung des Tatbestandsmerkmals der Wichtigkeit eines Körperglieds gänzlich zu ignorieren, sei „nicht mehr zeitgemäß“ und „widerspräche dem heutigen Verständnis eines gleichberechtigten Zusammenlebens von Menschen unterschiedlicher körperlicher Beschaffenheit.“ Dem mag man *prima facie* aus individualisierendem Gerechtigkeits-Empfinden beistimmen wollen.<sup>24</sup> Dass dieser Wunsch, dem Gerechtigkeitsempfinden zum Siege zu verhelfen, aber – angesichts der Gesetzesfassung – durchaus trügerisch ist, habe ich anderweitig darzutun versucht.<sup>25</sup> Wenn ich mittels einer verdünnten Säure einem Sänger die Stimmbänder verätze, so wird dieser ebenso brotlos werden, wie der Geigenvirtuose, dem ich böswillig zwei Glieder des kleinen Fingers seiner linken Geigenhand amputiere. Aber – ersteres wird man (derzeit) auch mit den kühnsten Interpretationstricks nicht unter § 226 fassen können. Deswegen ist es ein Irrglaube, zu meinen, verfeinerte Individualisierung in der Schadenszurechnung führe immer zu einem Mehr an Gerechtigkeit. Vielmehr muss man sich darüber im Klaren sein, dass eine solche, allein auf die Konsequenzen für das Opfer sich focussierende Sichtweise zu fragwürdigen Ergebnissen führen kann: Sollen für § 226 I Nr. 2 auch dauerhafte Vorschädigungen des Opfers maßgebend sein, so kann im Einzelfall eine vergleichsweise geringfügige vorsätzliche, in ihrer Potentialität aber immerhin absehbare, gleichwohl nur fahrlässig verursachte Intensivierung einer schon bestehenden Vor-Schädigung in eine dauernde Gebrauchsunfähigkeit eines „wichtigen Gliedes“ „umschlagen“ und zur Bestrafung aus der Erfolgsqualifikation führen, auch wenn der isolierte Unwertgehalt der Tat für den außenstehenden Betrachter gering scheint. – Allerdings ist zuzugestehen, dass derartige Argumentationen schon bisher gelegentlich in der bisherigen Rechtsprechung zu § 226 I Nr. 1 (bzgl. des Verlustes des Sehvermögens) zu beobachten waren.<sup>26</sup> Sollte der BGH mit dieser Individualisierungs-Rechtsprechung fortfahren, so bleibt in Zukunft für die angedeuteten „Ausreißer“ – mehr noch als ohnehin schon zuvor – nur

der Ausweg über Abs. 3, die Annahme eines minder schweren Falls – durchaus ein methodologisches *sacrificium intellectus*.

III. Auch die vom BGH in Anschluss an *Rengier*<sup>27</sup> darüber hinaus praktizierte ausdehnende Auslegung hinsichtlich der dauernden „Gebrauchsunfähigkeit“ eines wichtigen Körpergliedes – starke Funktionsbeeinträchtigung genügt für „dauernde Unbrauchbarkeit“ – lässt sich sicher – teleologisch und isoliert betrachtet – gut vertreten.<sup>28</sup> Demnach setzt die dauernde Gebrauchsunfähigkeit keinen völligen, in jeder Hinsicht eingetretenen Funktionsverlust des betroffenen Körpergliedes voraus. Vielmehr sei im Wege einer wertenden Gesamtbetrachtung zu ermitteln, ob als Folge der vorsätzlichen Körperverletzung so viele Funktionen ausgefallen sind, dass das Körperglied *weitgehend unbrauchbar* geworden ist und von daher die wesentlichen faktischen Wirkungen denjenigen eines physischen Verlusts entsprechen. Eine solche Interpretation von Gebrauchsunfähigkeit als *weitgehende* Unbrauchbarkeit entspricht dem Willen des „Reform“-Gesetzgebers von 1998 (Schaffung der 2. Modalität des § 226 I Nr. 2)<sup>29</sup> und lässt sich, bei entsprechendem Wohlwollen, noch als unter die Wortlautgrenze fallend auffassen. Als Duplik gegen eine naheliegende Replik könnte man anführen, dass man anderenfalls durch geschickte Argumentation auch bei massiven verletzungsbedingten Beeinträchtigungen immer noch irgendeine Rest-Funktionstauglichkeit ausmachen könnte.<sup>30</sup> Zudem bedeutet jene Argumentation eine Harmonisierung mit der Auslegung zu § 226 I Nr. 1.<sup>31</sup>

Gleichwohl sollte nicht übersehen werden, dass wir nur einen weiteren Schritt auf einer schiefen Ebene in der Auslegung der Tatbestands-Voraussetzungen tun: Ursprünglich war der Totalverlust vorausgesetzt; dann stellte der Gesetzgeber unter dem Druck vermeintlicher oder tatsächlicher Unbilligkeiten<sup>32</sup> diesem Merkmal die dauernde Gebrauchsunfähigkeit zur Seite. Und was ist unsere Reaktion? Wir bosseln am „dauernd“ und an der „Unfähigkeit“ herum, um auch noch den letzten – vermeintlichen – Einzelfall-Gerechtigkeits-Aspekt einbezie-

<sup>22</sup> BGHSt 31, 195 (201); 32, 174; OLG Karlsruhe, NStZ-RR 1996, 296; JZ 2004, 101; vgl. zu Möglichkeiten normativer Engführung dieses diffusen Tatbestandes auch *Paeffgen*, Unzeitgemäße (?) Überlegungen zum Gewalt- und Nötigungs-Begriff, Grünwald-FS (1999); S. 433 (437 ff.).

<sup>23</sup> BGHSt 31, 195 (201); 32, 174; BGH NStZ 1992, 278; OLG Karlsruhe NStZ-RR 1996, 296; JZ 2004, 101.

<sup>24</sup> Zustimmend mit dem Hinweis auf Art. 3 III 2 GG auch *Jahn*, JuS 2007, 866 (867).

<sup>25</sup> NK<sup>2</sup>-*Paeffgen*, § 226 Rn. 27\*.

<sup>26</sup> RG DR 1941, 1403 (die Herabsetzung des Sehvermögens auf einen bereits als Verlust zu wertenden Rest schließt nicht aus, dass die in der Zerstörung dieses Rests liegenden Intensivierung noch für die Anwendung des § 226 ausreichen kann); LK<sup>11</sup>-*Hirsch*, § 226 Rn. 10; NK<sup>2</sup>-*Paeffgen*, § 226 Rn. 22.

<sup>27</sup> *Rengier*, Die Reform und Nicht-Reform der Körperverletzungsdelikte durch das 6. StrRG, ZStW 111 (1999), 1 (15 f.).

<sup>28</sup> Ebenso *Jahn*, JuS 2007, 866 (867).

<sup>29</sup> Der Gesetzgeber wollte von der neu geschaffenen Tatbestandsalternative ausdrücklich jene von der Rechtsprechung nicht unter § 224 Abs. 1 StGB a.F. subsumierten Fälle der verletzungsbedingten Versteifung eines wichtigen Körpergliedes (BGH NJW 1988, 2622) erfaßt sehen (BT-Drucks. 13/9064, S. 16).

<sup>30</sup> So hier in concreto die Vorinstanz, die die verbliebene „Zeigefähigkeit“ des Fingers für ausreichend hielt.

<sup>31</sup> Nach *Lackner/Kühl*<sup>26</sup>, § 226 Rn.2 ist für § 226 I Nr. 1 kein Total-Verlust notwendig, sondern hinreichend, wenn die Fähigkeit im Wesentlichen aufgehoben sei; ähnlich MüKo-*Hardtung*, Rn. 19: „praktisch verloren“, OLG Hamm GA 1976, 304 (305): Verlust des Sehvermögens schon bei Herabminderung auf 5 bis 10 % des Normalzustandes (dazu krit. *Blei* JA 1976, 801); so aber auch NK<sup>2</sup>-*Paeffgen*, § 226 Rn. 22; *Tröndle/Fischer*, StGB<sup>54</sup>, § 226 Rn. 2 ff.

<sup>32</sup> Zur Diskussion, ob unter der alten Rechtslage (vor dem 6.StrRefG) der Totalverlust erforderlich sei, oder ein eine Funktionsverlust ausreiche, vgl. die Nw. NK<sup>1</sup>-*Paeffgen* (4. Lfg., 2000), § 224 a.F. Rn 16.

hen zu können. Dabei wird aber geflissentlich vergessen, dass der Gesetzgeber den Tatbestand inzwischen zu einem *Verbrechen*statbestand hochgezogen hat. Bei anderen Verbrechenstatbeständen täten wir uns mit dieser scheinbar unbegrenzten Auslegungs-Abschüssigkeit schwer<sup>33</sup> – hoffentlich.

Insgesamt werden viele das Urteil des 4. Strafsenats sachgerecht finden – und fraglos ist es sicher vertretbar. Aber es ist spannungsreicher im Hinblick auf die Anforderungen des Verfassungsrechtssatzes des Art. 103 II GG, als dies in der Entscheidungs-Begründung zum Ausdruck kommt.<sup>34</sup> Die notwendigerweise abstrakte Be-

<sup>33</sup> Immer wieder lesenswert zu diesem, nur vermeintlich schleichenden (Erosions-)Prozess: *Engisch* Der nächste Schritt, Schaffstein-FS (1975), S. 1 ff.\*

<sup>34</sup> Siehe zu neueren Entwicklungen demnächst *Paeffgen*, Strafrecht und Verfassungsrecht – Art. 103 II GG,

schreibung des tatbestandsmäßigen Erfolges einer Erfolgsqualifikation eignet sich nun einmal nur begrenzt dafür, das jeweilige Unrechtsquantum eines individuellen Verbrechens nuanciert wiederzuspiegeln. Dies ist eigentlich die Aufgabe sachgerechter Strafzumessung. Jedenfalls macht eine kaum begrenzbare, ja nahezu „grenzenlose“ Individualisierung aus Qualifikationstatbeständen „*apokryphe Regelbeispiele*“, – was es eigentlich unbedingt zu vermeiden gölte.

Das eigentliche Problem dieses Tatbestandes ist allerdings nicht die Öffnung der Interpretation auf individuelle körperliche Dispositionen hin, sondern der übersetzte Strafrahmen, den uns das 6. Strafrechtsreformgesetz beschert hat.

namentlich das Bestimmtheitsgebot, und komplementäre Rechtsätze in der Entwicklung, StraFo 2007, Heft 11.

Aufsätze und Anmerkungen

# Strafbarkeit der Werbung für Terrororganisationen

Zugleich Besprechung von BGH Beschluss v. 16. Mai 2007 – AK 6/07 u. StB 3/07 = BGH HRRS 2007 Nr. 800.

Von Dr. Marco Mansdörfer, Freiburg\*

## I. Die grundsätzliche Bedeutung der Entscheidung

Eine höchstrichterliche Entscheidung, die trotz des allgemein verschärften Kampfes gegen den Terrorismus die Bedeutung einer einschlägigen Strafvorschrift signifikant einschränkt, erregt Aufmerksamkeit. Dies gilt erst recht, wenn die meisten Ermittlungsverfahren nach § 129a StGB wegen Werbens für eine terroristische Vereinigung eingeleitet werden<sup>1</sup>, dadurch in der Praxis vielfach der Zugriff auf bedeutsame strafprozessuale Ermittlungsbefugnisse eröffnet wird<sup>2</sup> und genau dieser Mechanismus nun in nicht unerheblichem Umfang außer Kraft gesetzt wird. Das allein sollte ausreichen, den Beschluss des Bundesgerichtshofs vom 16. Mai 2007 kritisch zu würdigen.

\* Wissenschaftlicher Assistent am Institut für Strafrecht und Rechtstheorie der Albert-Ludwigs-Universität Freiburg (Prof. Dr. Wolfgang Frisch).

<sup>1</sup> Siehe dazu die entsprechenden Daten bei v. *Bubnoff*, LK-StGB, vor § 129a StGB Rn. 15 f.; von *Plottnitz* ZRP 2002, 351 (352).

<sup>2</sup> Dazu stellvertretend *Helm* StV 2006, 719 (719 f.).

## II. Der entscheidungsrelevante Sachverhalt

B verbreitete von seinem Wohnsitz aus über eine Kommunikationssoftware in einem islamistisch ausgerichteten Chatroom im Internet Audio- und Videobotschaften von Rädelsführern oder Mitgliedern der ausländischen Terrororganisationen Al-Qaeda und Al-Qaeda im Zweistromland. Dazu spielte er die Botschaften entweder in Echtzeit im Chatroom ab, stellte sie in den Textchat ein oder machte die Dateien anderen über Links zugänglich. Auf diese Weise verbreitete B Texte, in denen im Wesentlichen durch die Rädelsführer Bin Laden, Al Zarqawi und Al-Zawahiri zur Teilnahme am Dihad sowie zur Tötung von Gegnern aufgerufen wurde oder bereits begangene terroristische Anschläge gerechtfertigt wurden. Die Überwachung des Internetverkehrs des B führte schließlich zu dessen Festnahme und zur Anordnung von Untersuchungshaft, über deren Fortdauer nun zu entscheiden war.

### III. Der Entscheidungstenor und seine Begründung

Die Ermittlungsrichter des 3. Strafsenats ordneten im Ergebnis zwar die Fortdauer der Untersuchungshaft an; sie änderten den Haftbefehl aber dahin, dass B nicht der Unterstützung einer terroristischen Vereinigung gem. § 129a Abs. 5 S. 1 StGB in 40 Fällen, sondern (nur) des Werbens um Mitglieder oder Unterstützter gem. § 129a Abs. 5 S. 2 StGB in 26 Fällen verdächtig sein sollte.

Aus dem Tenor des Beschlusses folgt zweierlei. Erstens: Bestimmte Verhaltensweisen wurden aus dem Tatbestand des Unterstützens einer terroristischen Vereinigung in den Tatbestand des Werbens um Mitglieder verlagert. Zweitens: In einer ganzen Reihe von Fällen wird das Verhalten des B offensichtlich für straflos gehalten.

Damit wird auch klar, womit sich der Beschluss eigentlich beschäftigt. Es geht zum einen um die Abgrenzung der verschiedenen Tatbestandsalternativen des § 129a Abs. 5 StGB. Diese Abgrenzung wurde notwendig, weil der Gesetzgeber die verschiedenen Verhaltensweisen durch das Gesetz zur Umsetzung des Rahmenbeschlusses des Rates vom 13. Juni 2002 zur Terrorismusbekämpfung vom 22. Dezember 2003 mit unterschiedlichen Strafdrohungen sanktioniert hat<sup>3</sup>. Zum anderen versucht der Staatsschutzsenat, diejenigen Handlungen näher zu konkretisieren, die der Gesetzgeber durch das 34. Strafrechtsänderungsgesetz vom 22. August 2002<sup>4</sup> als bloße Sympathiewerbung straffrei stellen wollte.

Dazu geht der Senat folgendermaßen vor: Er definiert zunächst das Unterstützen einer terroristischen Vereinigung wie bislang als das Fördern der Tätigkeit oder der Bestrebungen der Organisation in Bezug auf deren inneren Frieden, einzelne Taten oder das kriminelle Potential der Organisation<sup>5</sup>. Die Unterstützungshandlung soll der terroristischen Vereinigung auch einen Vorteil bringen müssen; ein messbarer Nutzen soll aber nicht notwendig sein. Im nächsten Schritt schließt der Senat die Sympathiewerbung aus dem Bereich des Unterstützens ausdrücklich aus und begründet dies mit dem Willen des Gesetzgebers, an den er sich gebunden fühlt<sup>6</sup>. Zuletzt setzt sich der Senat eingehend mit den vom Generalbundesanwalt in einer Zuschrift zum Verfahren erhobenen Bedenken auseinander und konkretisiert seinen Ansatz: So soll neben einfacher Sympathiewerbung auch Sympathiewerbung mit propagandistischem Charakter<sup>7</sup> und aus Konsistenzgründen auch das bloße Verbreiten entsprechender Inhalte<sup>8</sup> straflos sein. Außerdem soll dasjenige Werben um Mitglieder, Unterstützter oder Sympathie durch § 129a Abs. 5 S. 2 StGB privilegiert sein, das

<sup>3</sup> BGBl 2003 I 2836. Unterstützen iSv. § 129 a Abs. 5 S. 1 = Freiheitsstrafe von sechs Monaten bis zu zehn Jahren; Werben iSv § 129 a Abs. 5 S. 2 = Freiheitsstrafe von einem Monat bis zu fünf Jahren.

<sup>4</sup> BGBl 2002 I 3390.

<sup>5</sup> Nr. 3 b der Entscheidungsgründe.

<sup>6</sup> Nr. 3 b der Entscheidungsgründe mit gedanklichem Bezug auf die Ausführungen unter Nr. 3 a.

<sup>7</sup> Nr. 3 c aa der Entscheidungsgründe.

<sup>8</sup> Nr. 3 c cc der Entscheidungsgründe.

eine Beihilfe im Sinne der §§ 129a Abs. 1 – 3, 27 StGB darstellen könnte<sup>9</sup>. Ob das auch gilt, wenn das Werben im Einzelfall tatsächlich zu einem messbaren Vorteil geführt hat, bleibt offen<sup>10</sup>. Als messbarer Vorteil wird etwa der Beitritt eines neuen Mitglieds angeführt.

### IV. Entscheidungskritik

1. Der Bundesgerichtshof war in der Entscheidung dazu aufgerufen, die Untergrenze des Strafrechts im Bereich der Bildung terroristischer Vereinigungen zu bestimmen. Solche Grenzziehungen gehören zu den schwierigsten Fragen im Strafrecht überhaupt. Das liegt unter anderem daran, dass diese Grenze nicht mit einem einzelnen fixen Kriterium festgelegt werden kann. In der Sache lässt sich nur ein mehr oder weniger vager Katalog inhaltlich von einander abhängiger Kriterien aufstellen, mit dessen Hilfe man sich im Einzelfall an die Grenzen strafbaren Verhaltens annähern kann<sup>11</sup>. Umso erfreulicher ist es, dass der BGH eine Entscheidung getroffen hat, die im Ergebnis uneingeschränkte Zustimmung verdient. Wenn der Begründung gleichwohl an manchen Stellen die letzte Schärfe und Überzeugungskraft fehlt, so liegt dies hauptsächlich daran, dass sich das Gericht in erster Linie von einer historisch-systematischen Auslegungsmethode<sup>12</sup> hat leiten lassen.

2. Das fordert zu der Überlegung heraus, ob und inwieweit die Entscheidung auch von materialen rechtstheoretischen Erwägungen getragen wird. Dazu sollen im Ausgangspunkt die Fallgruppen der Werbung für terroristische Vereinigungen aufgenommen werden, die das Gericht selbst entwickelt hat. Diese werden dann je für sich auf ihre Strafwürdigkeit hin untersucht. Werbung kann man dabei generell als eine planmäßige öffentliche Information oder Einflussnahme mit dem Ziel, den Adressaten wirkungsvoll im Sinne der beworbenen Sache anzusprechen, verstehen<sup>13</sup>. Allgemeinpolitische Äußerungen ohne einen hinreichenden Bezug zu einer bestimmten Terrororganisation fallen also nicht unter den Begriff der Werbung und sind von vorneherein tatbestandslos.

a) Die erste und vom BGH generell straffrei gestellte Fallgruppe ist Sympathiewerbung, die objektiv keine tatsächlichen Erfolge zeitigt und subjektiv auch nicht darauf angelegt ist<sup>14</sup>. Konkretisierungsbedürftig ist vor allem, was mit der Redewendung „tatsächlicher Erfolg“ gemeint ist. Sympathiewerbung ist jede Form von Werbung, die die Adressaten der Werbemaßnahme für die Ziele und Handlungen der Terrororganisationen lediglich günstig beeinflussen will, ohne dass die Adressaten zu einem bestimmten Verhalten motiviert werden sollen.

<sup>9</sup> Nr. 3 c bb der Entscheidungsgründe.

<sup>10</sup> Nr. 3 c bb der Entscheidungsgründe.

<sup>11</sup> Sie beispielhaft aus dem Bereich der Rechtsprechung zu § 266 StGB BGHSt 47, 187 (188 LS. 2 u. 3); für das strafrechtliche Schrifttum stellvertretend *Frisch*, in: Festschrift für Stree/Wessels, Heidelberg, 1993, S. 69 (69 ff.).

<sup>12</sup> Siehe insbesondere die den Beschluss tragenden Erwägungen in Nr. 3 a und b der Entscheidungsgründe.

<sup>13</sup> Vgl. etwa die wirtschaftswissenschaftliche Begriffsbestimmung bei *Nieschlag/Dichtl/Hörschgen*, Marketing, 19. Aufl., Berlin, 2002, S. 989.

<sup>14</sup> Nr. 3 b und c bb der Entscheidungsgründe.

Daraus folgt, dass auch Sympathiewerbung einen Werbeerfolg anstrebt, konkret: das Erzeugen von Sympathie. Der „tatsächliche Erfolg“, von dem der BGH spricht, muss also über das Erwecken bloßer Sympathie hinausreichen. Gleichwohl darf der Begriff des tatsächlichen Erfolges nicht zu eng interpretiert werden, der BGH stellt schließlich selbst klar, dass unterstützende Werbung nach § 129 Abs. 5 S. 1 StGB strafbar sein soll. Die Fallgruppe der reinen Sympathiewerbung beschreibt daher sehr limitierte Verhaltensweisen. Typische Fälle sind insbesondere das Erklären und Befürworten der Ideologie und der Ziele einer terroristischen Vereinigung einschließlich der Aufforderung zum Überdenken etwaiger kritischer Gegenpositionen.

In diesem eng umgrenzten Bereich lassen sich Gründe für eine kriminalstrafrechtliche Sanktionierung des Verhaltens nur schwer finden. Würden solche Sympathieäußerungen strafrechtlich sanktioniert, würden letztlich vor allem Gefühle und das herrschende Meinungsbild vor systemfeindlichen Gedanken geschützt. Ein solcher Schutz kann aber angesichts des ständigen kulturellen Wandels in einer Gesellschaft, ihrer Abhängigkeit von einem lebendigen Diskurs und dem dafür notwendigen Minderheitenschutz nicht gewollt sein<sup>15</sup>. Auch in vergleichbaren Situationen ist solches Verhalten im StGB nicht unter Strafe gestellt und kann jedenfalls keine Strafdrohungen rechtfertigen, wie sie in § 129a Abs. 5 S. 1 StGB für das Unterstützen einer terroristischen Vereinigung vorgesehen sind<sup>16</sup>.

Dies gilt auch, soweit der Bundesgerichtshof die Sympathiewerbung auf propagandistische Werbung erstreckt. Propagandistische Werbung zeichnet sich gegenüber sonstiger Werbung vor allem durch ihre systematische Anlage, eine besondere Finesse und eine zugleich angestrebte Breitenwirkung aus<sup>17</sup>. Inhaltlich unterscheidet sich propagandistische Werbung aber nicht zwingend von sonstiger Sympathiewerbung und die gesteigerte Wirksamkeit einer Werbebotschaft allein ist für sich noch kein Strafbarkeitsgrund.

Sympathiewerbung kann schließlich auch nicht allein deshalb bestraft werden, weil sie möglicherweise die Kampfbereitschaft der Terrororganisation stärkt, Einfluss auf deren Kampfmethoden hat oder innerhalb der Organisation das Gefühl der Zusammengehörigkeit fördert<sup>18</sup>. Solche Effekte sind vom Ziel einer echten Sympathiewerbung nicht erfasst und können auch nicht als sichere

Folge vorhergesehen werden. Im Fall der echten Sympathiewerbung sind dies unvermeidbare Nebenfolgen eines erlaubten Handelns.

b) Die zweite Form der Werbung für terroristische Vereinigungen ist die Werbung von Mitgliedern für Organisationen nach § 129a Abs. 3 StGB. Es geht also um Mitgliederwerbung für Vereinigungen, deren Tätigkeit nicht auf die Begehung, sondern lediglich auf die Androhung von Katalogstraftaten nach § 129a Abs. 2 StGB gerichtet ist. Da diese Katalogstraftaten nur geeignet sein müssen, die Bevölkerung, Behörden oder öffentliche Organisationen einzuschüchtern<sup>19</sup>, verletzt die Androhung entsprechender Taten noch keine spezifischen individuellen Freiheiten. Leib oder Leben der Einzelnen werden also nicht direkt verletzt; beeinträchtigt werden allenfalls die Rahmenbedingungen zur Ausübung solcher Freiheiten. Das Werben um Mitglieder und Unterstützer ist aber nicht nur darauf gerichtet, Personen für die Inhalte der Vereinigung zu gewinnen. Es geht in erster Linie darum, die menschliche Basis, auf die die Vereinigung tatsächlich zurückgreifen kann, zu verbreitern.

Aus rechtstheoretischer Sicht scheint es nicht völlig ausgeschlossen, ein solches Verhalten unter Strafe zu stellen. Da die Verhaltensweisen aber weit im Vorfeld konkreter Rechtsgutsverletzungen bei einer Störung des öffentlichen Friedens verortet sind, bedürfte der Einsatz von Strafe einer besonderen Legitimation. Anerkannte Kriterien dafür sind vor allem das Maß der Belästigung und das Fehlen alternativer hoheitlicher Maßnahmen<sup>20</sup>. Die tatsächliche Belästigung der Allgemeinheit durch die Werbung an sich wird zumeist gering sein. Mitgliederwerbung findet im Regelfall in einem nicht-öffentlichen Rahmen statt und richtet sich von vorneherein an einen von der allgemeinen Öffentlichkeit klar abgegrenzten Adressatenkreis. Solche mehr oder minder im Geheimen ablaufenden Aktivitäten sind nicht oder nur in einem sehr geringen Maß geeignet, den öffentlichen Frieden zu stören. Das Strafrecht würde in einen Bereich eingreifen, in dem dem Verhalten an sich noch keine Gefahren für rechtlich besonders geschützte Interessen anhaften. Das aber ist mit dem Gedanken der Strafe als Reaktion auf und Tadel für ein zuvor verschuldetes Unrecht kaum mehr zu erfassen<sup>21</sup>. Im Übrigen erscheinen präventivpolizeiliche Maßnahmen – etwa das Überwachen oder Abschalten entsprechender Internetforen – zur Aufrechterhaltung der öffentlichen Ordnung ausreichend.

c) Die bisherigen Ausführungen provozieren die Frage, ob damit nicht auch das Werben von Mitgliedern oder Unterstützern für terroristische Vereinigungen im Sinne von § 129a Abs. 2 StGB straffrei sein muss. Die Frage zu stellen, heißt zugleich, sie zu verneinen. Das strafrechtlich sanktionierte Werbeverbot führt hier dazu, den Sumpf unmittelbar schädigender terroristischer Aktivitäten durch Verbote gegenüber den Anbietern terroristischen Gedankenguts bereits im Vorfeld der Taten auszu-

<sup>15</sup> Dazu stellvertretend *Feinberg*, *The moral limits of the Criminal Law*, Vol. 2, *Offense to others*, Oxford, 1985, ch. 8; hieran anknüpfend etwa *v. Hirsch*, in: FS f. Eser, München, 2005, S. 189 (191 ff.).

<sup>16</sup> Vgl. etwa zur Tatbestandslosigkeit bloßer Sachinformationen und bloßer Befürwortung von Straftaten im Rahmen von § 111 StGB BGHSt 32, 310 (311); *Paeffgen*, in: NK-StGB, 2. Aufl., Baden-Baden, 2005, § 111 Rn. 12 f.; *Bloy JR* 1985, 206 (206 f.).

<sup>17</sup> Vgl. die Definition des Begriffs der Propaganda bei *Häcker/Stapf* (Hrsg.), *Dorsch Psychologisches Wörterbuch*, 14. Aufl., Bern, 2004, S. 737 sowie die Ausführungen von *Pechriggl*, in: *Gries/Schmale* (Hrsg.), *Kultur der Propaganda*, Bochum, 2005, S. 37 (55 f.).

<sup>18</sup> So die frühere Rechtsprechung in BGH NJW 1988, 1677 (1678).

<sup>19</sup> *Lenckner/Sternberg-Lieben*, in: *Schönke/Schröder*, StGB-Kommentar, 27. Aufl., München, 2006, § 129a Rn. 2a StGB.

<sup>20</sup> Besonders deutlich herausgearbeitet sind diese Kriterien wieder bei *Feinberg*, wie Fn. 14, ch. 8 u. 9.

<sup>21</sup> Ebenso *Jakobs*, *Strafrecht AT*, 2. Aufl., Berlin, 1991, 6. Abschn. Rn. 86a.

trocknen. Strafrechtliche Verbote dieser Art kennt das Strafrecht auch an anderer Stelle. So lässt sich das Verbot der Verbreitung pornographischer Schriften in den §§ 184 ff. StGB in erster Linie damit erklären, dass die Eindämmung des entsprechenden Marktes zukünftige Straftaten gegen die sexuelle Selbstbestimmung potentieller Opfer verhindern soll<sup>22</sup>.

Im Gegensatz zur Werbung von Mitgliedern und Unterstützern von terroristischen Vereinigungen im Sinne von § 129a Abs. 3 StGB zeichnet sich die Mitgliederwerbung im Sinne von § 129a Abs. 5 S. 2 StGB durch einen direkten Bezug zu einer konkreten Rechtsgutsverletzung aus. Die Vereinigung, für die Mitglieder geworben werden sollen, beeinträchtigt nicht nur den öffentlichen Frieden. Sie setzt sich qualitativ höhere Ziele. Gemeint sind hier terroristische Vereinigungen, die nicht einmal vor schwersten Straftaten zurückscheuen. Mord, Geiselnahmen sowie Anschläge mit Giften oder ionisierenden Strahlen sollen nicht nur angedroht, sondern in die Tat umgesetzt werden. Das Werben von Mitgliedern und Unterstützern ist dann als Vorfeldtätigkeit zu konkreten Angriffen auf wichtige Rechtsgüter des Einzelnen bzw. der Allgemeinheit einzustufen.

Die Legitimation einer strafrechtlichen Sanktionierung solcher Verhaltensweisen fällt ungleich leichter als in den zuvor beschriebenen Sachverhaltskonstellationen. Welche dieser Vorfeldaktivitäten mit Strafe bedroht werden sollen, kann der Gesetzgeber verhältnismäßig frei entscheiden. Er muss aber in der Lage sein, die gefährlichen Handlungsweisen hinreichend genau zu beschreiben und klar von neutralem Alltagsverhalten abzugrenzen. Insofern sind gegen die Strafbarkeit der Werbung von Mitgliedern für terroristische Vereinigungen im Sinne von § 129a Abs. 5 S. 2 StGB keine Einwände zu erheben. Der Gesetzgeber hat deutlich gemacht, dass er Handlungen unter Strafe stellen will, die dazu dienen, besonders gefährlichen terroristischen Vereinigungen neue Mitglieder oder Unterstützer zu verschaffen. Der Begriff der Werbung setzt überdies voraus, dass der Wille der Adressaten zwar beeinflusst werden soll, die neuen Mitglieder aber prinzipiell eine freie Entscheidung treffen müssen. Extensivere Formulierungen wären zwar durchaus denkbar gewesen. Der Gesetzgeber hätte neben dem Werben von Mitglieder auch untersagen können, einer terroristischen Organisation Mitglieder auf sonstige Weise zuzuführen. Von derartigen Möglichkeiten hat er aber keinen Gebrauch gemacht.

d) Vom Bundesgerichtshof nur angedeutet ist die vierte Form von Werbung für terroristische Vereinigungen: die unterstützende Werbung im engeren Sinne<sup>23</sup>. Diese Form von Werbung kann nach § 129a Abs. 5 S. 1 StGB strafbar sein. Dabei ist – im Unterschied zur Mitgliederwerbung – nur für das konkrete Strafmaß von Bedeutung, ob eine Vereinigung im Sinne von § 129a Abs. 1 u. 2 StGB oder von § 129 Abs. 3 StGB unterstützt werden soll.

Diese unterstützende Werbung näher zu konkretisieren, ist kein leichtes Unterfangen. Es ist daher kein Zufall,

<sup>22</sup> Stellvertretend Böse, in: FS f. F. C. Schröder, Heidelberg, 2006, S. 751 (754, 757).

<sup>23</sup> Nr. 3 c bb der Entscheidungsgründe.

dass es der Bundesgerichtshof insoweit bei Andeutungen belassen hat. Die unterstützende Werbung unterscheidet sich von der Sympathiewerbung und der Mitgliederwerbung in erster Linie durch ihre Zielrichtung und ihren Inhalt. Das Ziel der unterstützenden Werbung muss über das Erregen von Sympathie oder das Werben von Mitgliedern hinausreichen. Denkbar wären etwa Spendenaufrufe, Aufrufe, eine Vereinigung in ihren nicht-militanten Operationen zu unterstützen, oder Werbebotschaften, die zu zivilem Ungehorsam oder ähnlichem auffordern. Der Bundesgerichtshof deutet außerdem an, eine unterstützende Werbung nur bestrafen zu wollen, wenn sie zu einem messbaren Vorteil für die terroristische Vereinigung geführt hat<sup>24</sup>. Das wäre konsequent. Zwar ändert die Werbung durch einen solchen positiven Effekt nicht ihren grundsätzlichen Charakter. Es entspricht aber der inneren Systematik des Strafgesetzbuchs, Beihilfehandlungen nur dann unter Strafe zu stellen, wenn sie tatsächlich zu einem Erfolg geführt haben. Die versuchte Beihilfe ist schließlich in den §§ 27 ff. StGB nicht umsonst grundsätzlich straffrei gestellt. Auch in § 111 StGB wird die misslungene Aufforderung zu Straftaten nur in den engen Grenzen des § 111 Abs. 2 StGB pönalisiert.

3. Nach solchen rein national inspirierten Überlegungen fordert der europäische Hintergrund in der Entstehungsgeschichte des § 129a StGB noch zu einem Blick auf den Rahmenbeschluss der Europäischen Union zur Terrorismusbekämpfung (RB) heraus<sup>25</sup>. Die rahmenbeschlusskonforme Auslegung des nationalen Strafrechts gehört spätestens seit der Entscheidung des EuGH im Fall *Pupino* zum Standard sorgsamer Gesetzesinterpretation<sup>26</sup>. Auch der Bundesgerichtshof wendet diese Auslegungsmethode mittlerweile wie selbstverständlich an<sup>27</sup>.

Der Rahmenbeschluss der Europäischen Union zur Terrorismusbekämpfung soll eine Angleichung der Definition der terroristischen Straftaten, einschließlich der Straftaten, die im Zusammenhang mit terroristischen Vereinigungen begangen werden, in den Mitgliedstaaten der Europäischen Union bewirken<sup>28</sup>. Für die Fälle der Werbung für terroristische Vereinigungen kommt vor allem Art. 4 RB eine besondere Bedeutung zu. Nach Art. 4 Abs. 1 RB (deutsche Fassung) trifft jeder Mitgliedstaat die erforderlichen Maßnahmen damit die Anstiftung zu oder die Mittäterschaft an einer Begehung einer terroristischen Straftat, einer Straftat im Zusammenhang mit

<sup>24</sup> Weitergehend die ältere Rechtsprechung in BGHSt 29, 99 (101) in Anlehnung an die Rechtslage bei § 257 StGB.

<sup>25</sup> Rahmenbeschluss des Rates vom 13. Juni 2002 zur Terrorismusbekämpfung (2002/475/JI) ABl. L 164/3 vom 22. Juni 2002.

<sup>26</sup> EuGH NJW 2005, 2839 unter anderem mit ablehnender Anm. Hillgruber JZ 2005, 841 und mit zustimmender Anm. Herrmann EuZW 2005, 436; grundlegend zur rahmenbeschlusskonformen Auslegung Hecker, Europäisches Strafrecht, 2. Aufl., Berlin, 2007, S. 379 ff., speziell zur Rechtssache *Pupino* S. 380 ff. (dort auch mit weiteren Nachweisen zum Schrifttum).

<sup>27</sup> Zuletzt etwa im Rahmen der teleologischen Interpretation von § 274 StPO bei der Bewertung des Stellenwerts des Opferschutzes, vgl. BGH HRRS 2007 Nr. 600 Rn. 52; ähnlich der methodische Zugriff auf das EU-Recht in BGH NJW 2005, 1519 (1520 f.).

<sup>28</sup> Vgl. Erwägungsgrund 6 des Rahmenbeschlusses.

einer terroristischen Vereinigung oder einer Straftat im Zusammenhang mit terroristischen Aktivitäten unter Strafe gestellt wird. Bereits in der deutschen Fassung des Rahmenbeschlusses auffällig ist die Aneinanderreihung der Begriffe „Anstiftung zur Begehung“ und „Mittäterschaft“. Nach der gängigen deutschen Gesetzgebung würde bei einer solchen Aufzählung die Mittäterschaft als die schwerere Beteiligungsform vor der Anstiftung erwähnt werden.

Ein Hinweis, wie der europäische Rahmenbeschluss in diesem Punkt tatsächlich zu verstehen sein könnte, könnte aus der englischsprachigen Fassung des Rahmenbeschlusses folgen. Wo in der deutschen Fassung von Anstiftung zur Begehung und Mittäterschaft die Rede ist, stehen in der englischen Version die drei Begriffe „inciting, aiding or abetting“. Danach soll also das Verleiten, Helfen oder Ermutigen zu einem terroristischen Akt unter Strafe gestellt werden. Die Übersetzung dieser Begrifflichkeiten mit Anstiftung und Mittäterschaft könnte zwar einem Wörterbuch entnommen sein<sup>29</sup>. Tatsächlich verbirgt sich freilich hinter den Begriffen *aiding* und *abetting* eine umfassende Pönalisierung der Teilnahme strafbarkeit sowie mit dem Begriff *inciting* eine Vorverlagerung der Strafbarkeit auf das Verleiten zu entsprechenden terroristischen Straftaten<sup>30</sup>.

Das heißt allerdings nicht, dass die Überlegungen des BGH zur Restriktion des § 129a StGB zu einer Gesetzesinterpretation führen würden, die dem Rahmenbeschluss zur Terrorismusbekämpfung inhaltlich widerspricht. Die *common law* Straftat des *incitement* erfasst zunächst alle Verhaltensweisen, die einen anderen zu einer Straftat verleiten<sup>31</sup>. Darunter fällt grundsätzlich auch das Werben für die Begehung einer Straftat. Voraussetzung für eine Strafbarkeit ist aber stets, dass das Verhalten ein Element des Ermutigens oder Überredens enthält<sup>32</sup>. Auch danach ist also die reine Sympathiewerbung für eine terroristische Vereinigung nicht vom Tatbestand des *incitement* erfasst.

Die Differenzierung des Gesetzgebers zwischen einer Mitgliederwerbung für Vereinigungen im Sinne von § 129a Abs. 1 und 2 StGB einerseits und Vereinigungen im Sinne von § 129a Abs. 3 StGB andererseits erscheint ebenfalls rahmenbeschlusskonform. Zwar reicht der Rahmenbeschluss nach seiner englischen Fassung im Bereich der Mitgliederwerbung weiter als das deutsche Recht<sup>33</sup>. Die spanische Fassung des RB verlangt dagegen mit den Begriffen „*inducción o complicidad*“ nur die

Pönalisierung von echten Teilnahmeanhandlungen<sup>34</sup>. Die vom deutschen Gesetzgeber gewählte Interpretation des Rahmenbeschlusses erscheint daher zulässig. Das unterstützende Werben im Sinne der vierten vom Bundesgerichtshof entwickelten Fallgruppe fällt dagegen sowohl unter die englische (*aiding*) als auch unter die spanische (*complicidad*) und sogar unter die französische (*se rendre complice d'une infraction*<sup>35</sup>) Fassung des Rahmenbeschlusses. Insoweit scheint also ein eindeutiger Wille des europäischen Gesetzgebers feststellbar.

Aufgrund einer fehlenden einheitlichen Terminologie ist die rahmenbeschlusskonforme Auslegung also wenig ergiebig. Unschärfen werden außerdem noch an anderen Punkten deutlich: Der Begriff „*incitement*“ erfasst auch die Korrumpierung des fremden Willens durch das Ausüben von Druck<sup>36</sup>. Solche Vorgehensweisen fallen nicht mehr unter den natürlichen Wortlaut des „Werbens“ in § 129a StGB. Die deutsche Fassung des Rahmenbeschlusses mit der Unterscheidung zwischen Anstiftung und Mittäterschaft wiederum passt nicht in das österreichische Konzept des Einheitstäters<sup>37</sup>. Eine relative Eigenständigkeit darf aber auch die Begriffspaarung in der französischen Fassung des RB („*d'inciter à commettre une infraction ou de s'en rendre complice*“) für sich in Anspruch nehmen.

## V. Zusammenfassung

Der Bundesgerichtshof hat in einer Zeit, in der der Verweis auf mögliche terroristische Straftaten fast jede Schranke rechtsstaatlichen Strafrechts zu durchbrechen droht, Besonnenheit bewiesen. Der Beschluss ist ein wichtiger Wegweiser für die künftige Beurteilung der Strafbarkeit von Werbung für Terrororganisationen. Mit der Unterscheidung zwischen grundsätzlich strafloser reiner Sympathiewerbung, nur im Einzelfall strafbarer Mitgliederwerbung und regelmäßig strafbarer unterstützender Werbung wurden Fallgruppen herausgearbeitet, die in der Systematik und der Entstehungsgeschichte des § 129a StGB zwar angelegt, in dieser Deutlichkeit bis dato aber nicht hervorgetreten sind. Obwohl die Entscheidung an den maßgeblichen Passagen betont historisch-systematisch argumentiert, lassen sich die Ergebnisse auch material in ein in sich konsistentes System einordnen und als richtig legitimieren. Ernüchternd fällt dagegen der Versuch einer rahmenbeschlusskonformen Interpretation des § 129a StGB aus. Gerade in den Randbereichen der Strafbarkeit, wo im Grunde die größten Unterschiede in den nationalen Gesetzgebungen erwartet werden dürfen, kann der Rahmenbeschluss zu keiner Klärung der Sachfragen beitragen. Der Grund dafür liegt in den Divergenzen der verschiedenen Sprachfassungen des Rahmenbeschlusses und den unterschiedlichen nationalen Rechten.

<sup>29</sup> Konkret würde sich eine entsprechende Übersetzung etwa unter Zuhilfenahme von *Bugg/Simon*, Langenscheidt Alpmann, Fachwörterbuch Kompakt Englisch, München, 2006 ergeben.

<sup>30</sup> Zur genauen Bedeutung dieser *common law* Begrifflichkeiten und ihrer Stellung im Straftatsystem des *common law* Mansdörfer, in ders. (Hrsg.), Die allgemeine Straftatlehre des *common law*, § 5 IV. 1. und Macke, a. a. O., § 6 II.

<sup>31</sup> Dazu umfassend *Smith&Hogan*, *Criminal Law*, 10<sup>th</sup> ed., London 2002, ch. 8. II., 12. I.

<sup>32</sup> Siehe *Smith&Hogan*, wie Fn. 31, ch. 12 I. 2.; Macke, wie Fn. 30, § 6 II 1. m. w. N.

<sup>33</sup> Vgl. Art. 1 Abs. 1 (i) iVm Art. 4 Abs. 1 Rahmenbeschluss in der englischen Sprachfassung.

<sup>34</sup> Zur Teilnahme im Spanischen Strafgesetzbuch ausführlich *Perez Alonso* ZStW 117 (2005), 431 (439 ff.).

<sup>35</sup> Zum Begriff der *complicité* im französischen Strafrecht *Desportes/Le Gunehec*, *Droit Pénal Général*, 9. Aufl., Paris, 2002, Rn. 534 ff.

<sup>36</sup> Stellvertretend *Smith&Hogan*, wie Fn. 31, ch. 12 I. 2.

<sup>37</sup> Zur Festlegung auf das Einheitstätersystem in § 13 öStGB stellvertretend *Fabrizy*, StGB-Kommentar, 8. Aufl., Wien, 2002, § 13 Rn. 1

### Dokumentation

# Verfahrensdokumentation

In dieser Ausgabe kein Eintrag. Sie bleiben herzlich eingeladen, durch Einsendungen zum Ausbau der Dokumentationsrubrik beizutragen.

### Schrifttum

# Schrifttum

**Stephan Barton. Einführung in die Strafverteidigung; 413 Seiten; 28,00,-; ISBN 978-3-406-54233-6; Verlag C.H. Beck, München 2007.**

Wie Gaede bereits in der Juni-Ausgabe dieser Zeitschrift festgestellt hat, ist in jüngster Zeit eine deutliche Zunahme strafrechtlicher Literatur zu verzeichnen, die sich jedoch nahezu ausschließlich an den Strafverteidiger richtet. Diese Entwicklung spricht für eine zunehmende Versachlichung dieses lange zu Unrecht geschmähten Rechtsgebietes und zugleich eine Professionalisierung der strafverteidigenden Anwaltschaft.

Dennoch ist die Literatur, von klassischen Studienbüchern einmal abgesehen, vielfach auf den strafrechtlichen Praktiker beschränkt oder richtet sich an den (werdenden) Fachanwalt. Auch die Universität hat das Thema der Strafverteidigung bisher nur in Teilen entdeckt und eine „Lehre der Strafverteidigung“ scheint sich noch nicht etabliert zu haben. De facto fehlt insbesondere eine gezielte methodische Vermittlung von strafverteidigungsrelevantem Wissen an Studenten, Referendare und auch junge Anwälte, weswegen sich Stephan Barton auch besonders an diesen Leserkreis wendet. Da auf der anderen Seite die Relevanz strafrechtlicher Fragestellungen in nahezu allen Rechtsgebieten eine deutliche Zunahme verzeichnet, klafft zwischen diesem Ausbildungszustand und den praktischen Erfordernissen eine deutliche Lücke. Diese versucht Stephan Barton mit seinem nun vorgelegten Buch zu schließen. Vorausgeschickt sei, dass dieser Versuch als äußerst gelungen bezeichnet werden darf.

Bereits das Vorwort beginnt mit einer Einschränkung, die der Komplexität des Themas geschuldet ist. Bartons

Ziel ist nicht die Vermittlung von „Rezeptwissen“, sondern eine grundlegende Einführung in die Thematik der Strafverteidigung. Er selbst spricht von einer Lehre der *Defensologie*. Konsequenterweise beginnt das Buch mit einer Hinführung zur Strafverteidigung (§ 1), die Sinn und Bedeutung dieses Berufsfeldes in anschaulicher Weise darstellt. In der folgenden Beschreibung der mit der Berufsausübung zusammenhängenden Fragen teilt Barton diese in materielle, formelle und praktisch-professionelle Dimensionen auf (§ 2). Hierunter versteht er zunächst die materielle Gegenwehr gegen die Strafverfolgung. Die formelle Dimension stellt für ihn die Vornahme förmlicher prozessualer Handlungen im Verfahren dar, die nur von einem dienstleistenden Berufsexperten (praktisch-professionelle Dimension) vorgenommen werden könne. Dieser Beschreibung schließt sich eine Tätigkeitsdarstellung der Berufsaufgaben des Verteidigers an, die Barton wiederum in Schutz- und Beistandsaufgaben differenziert.

In § 3 wendet sich Barton den „Perspektiven der Strafverteidigung“ zu. Während hier zunächst auf die im Gegensatz zu Richter und Staatsanwalt differente Sichtweise hingewiesen wird, entwickelt der Autor im Folgenden eine „Philosophie der Verteidigung“. Mit den weithin bekannten Zitaten von Alsberg und Jungfer charakterisiert er die Strafverteidigung als „ethische Mission“, die zwar vom Glauben an den Rechtsstaat geprägt sei, aber vor dem Hintergrund der Unschuldsvermutung auch eine kühle Skepsis und juristische Rationalität verlange. Barton erarbeitet damit ein ideengeschichtliches Grundgerüst für einen Beruf, der mitunter beträchtlichen öffentlichen Anfeindungen ausgesetzt ist. Dies tut er freilich nicht ohne zu verkennen, dass dieses im praktischen Alltag einmal gehörig ins Wanken geraten kann.

Das Kapitel wird abgerundet von einem beruflichen Leitbild, das *Barton* in Anlehnung an das berühmte Dahs'sche Zitat als „Kampf für den Rechtsstaat“ verstanden haben will. Es orientiert sich insgesamt am Bild eines kompetenten, wissenschaftlich gebildeten und professionellen Verteidigers, der gewissenhaft mit den Mitteln des Gesetzes kämpft und gleichermaßen seinem Mandanten wie dem Recht dient.

Dieser Teil des Buches wäre unvollständig ohne auf die Anforderungen hinzuweisen, die der Beruf erfordert. Hierzu zählt *Barton* neben den rein formellen Anforderungen vor allem ein erhebliches Maß an Frustrationstoleranz, die Fähigkeit zum Umgang mit menschlichem Leid, Mut, Beharrlichkeit und nicht zuletzt die Erlangung von Schlüsselqualifikationen, auf die weiteren Verlauf noch einzugehen sein wird. Auch hier stellt es sich als konsequent dar, wenn darauf hingewiesen wird, dass ein solch hohes Berufsethos in der Realität Schaden nehmen kann.

Insgesamt ist vor allem dieser einführende Teil des Buches ein wesentliches Verdienst *Bartons*, legitimiert es doch den, vor allem in der Öffentlichkeit nicht unumstrittenen, Beruf des Verteidigers in äußerst anschaulicher Weise. Aufgrund der vornehmlich studentischen Zielgruppe ist eine solche Klarstellung notwendig, da sie viele Vorurteile auszuräumen vermag und den Blick über die übliche richterliche oder staatsanwaltschaftliche Sichtweise hinaus öffnet.

Im 2. Teil befasst sich der Autor mit dem „Recht der Strafverteidigung“. Hierin beschreibt *Barton* zunächst die rechtlichen Grundlagen (§ 4) und vor allem den Streit um die (Organ-) Stellung des Verteidigers, der letztlich wesentliche Aspekte der Unabhängigkeit und Freiheit des Verteidigers berührt. Die Fronten in dieser Frage sind verhärtet, wobei insbesondere die Rechtsprechung und die überwiegende Literatur von einer Organstellung ausgehen, „gewichtige Stimmen“ in der Literatur dies jedoch verneinen. *Barton* gelangt nach der Darstellung der verschiedenen Meinungen zu dem Ergebnis, dass der praktische Wert der Auseinandersetzung begrenzt ist und die Diskussion vielmehr in großer Nähe zu Fragen der Strafbarkeit des Verteidigers stehe. Diese Tatsache mache dann aber eine ausführliche Auseinandersetzung mit den für die Verteidigung maßgeblichen Rechtsgrundlagen notwendig und dürfe nicht auf die Frage der Stellung als „Organ“ beschränkt bleiben.

Folgerichtig wendet sich *Barton* dann den Prozessrechten sowie der Stellung des Verteidigers im Verfahren (§ 5) zu, wobei hier Aspekte des Konsultationsrechts, der notwendigen Verteidigung (§ 140 StPO), der Ausschließung des Verteidigers (§ 138a StPO) im Vordergrund stehen. Nicht unerwähnt bleiben auch die wichtigen Fragen des Akteneinsichtsrechts, sowie die wesentlichen Prozesshandlungen. Schließlich werden in § 6 die Rechtspflichten und Obliegenheiten des Verteidigers behandelt. *Barton* teilt diesen Abschnitt in zivil-, straf- und berufsrechtliche Rechtspflichten sowie prozessuale Obliegenheiten auf. Insbesondere die lehrreichen und mit ausreichend weiterführender Literatur versehenen Passagen über die zivilrechtliche Haftung und die strafrechtlichen Aspekte der Verteidigertätigkeit dürfen wohl

uneingeschränkt auch erfahreneren Rechtsanwälten empfohlen werden. Aufgrund einer zunehmenden praktischen Relevanz kann jedes übernommene Mandat ohne vertiefte Kenntnisse in diesem Bereich leicht zu einer existenzgefährdenden Angelegenheit werden.

Im Bereich der Obliegenheiten wendet sich *Barton* den Präklusionsvorschriften und prozessualen Mitwirkungspflichten zu, wobei er besonders auf die vom BGH entwickelte *Widerspruchslösung* eingeht. Deren Missachtung habe zwar keine „unmittelbaren (Rechts-) Folgen“, führe aber zum Verlust prozessualer Chancen und unter Umständen zu haftungsrechtlichen Konsequenzen.

Im 3. Teil wendet sich *Barton* der Methodik der Strafverteidigung zu. Von enormer Wichtigkeit ist hier die gleich zu Beginn aufgestellte Forderung *Bartons* nach einer wissenschaftlich reflektierten Verteidigungsmethodik (§ 7). Der Autor beschreibt anschaulich die differente Herangehensweise an einen Fall im Gegensatz zu einem Strafrichter bzw. Staatsanwalt. Im Vordergrund stehe aber auch hier die Notwendigkeit einer „akademischen“ Herangehensweise, die nicht auf eine „charismatische“ Verteidigung baut, sondern vielmehr auf methodisch-fundierten Grundlagen basieren muss. Auch wenn für *Barton* im Strafverfahren noch viel Raum für Phantasie und Kreativität des Verteidigers besteht, entbindet ihn dies nicht von einer professionellen Bearbeitung des Mandats. Auch diese Tatsache ist der Professionalisierung der Strafverteidigung geschuldet.

In Anlehnung an die betriebswirtschaftliche Planungstheorie sei für eine methodische Verteidigung zunächst die *Ausgangslage* zu ermitteln. Als wesentliche Aufgabe folgt hiernach die *Bestimmung eines Soll-Zustandes*, der Alternativen zu der zu erwartenden gerichtlichen oder staatsanwaltlichen Entscheidung aufzeigen soll. Die Erlangung dieses Ziels ist dann im Rahmen der *Verteidigungskonzeption* zu definieren, indem die hierfür notwendigen Schritte festgelegt werden.

Im weiteren Verlauf des Kapitels geht *Barton* auf die verschiedenen Bereiche ein und stellt die für den Verteidiger so wichtige Bestandsaufnahme (§ 8) dar, wobei er einen Schwerpunkt auf die dem Verteidiger zugänglichen Informationsquellen, wie Akteneinsicht, den Mandanten selbst und die eigenen Ermittlungen legt. Im Rahmen der Entwicklung von Alternativen (§ 9) werden die wesentlichen Verteidigungsgründe im materiellen und prozessualen Bereich erläutert. *Barton* versteht hierunter alle Umstände, die geeignet sind, gegen die Anklage ins Feld geführt zu werden oder die zu einer Besserstellung des Beschuldigten führen können. Hilfreich ist auch, dass in diesem Zusammenhang die möglichen „Ausstiegstellen“ für das Anbringen dieser Gründe in Form des § 170 Abs. 2 und der §§ 153 ff. StPO nochmals systematisch dargestellt werden. Letztlich befasst sich dieses wichtige Kapitel mit den verschiedenen Instrumenten, also Prozesshandlungen und Realakten, zur Durchsetzung der von ihm entwickelten Alternativen. Einen Schwerpunkt bildet hierbei die oftmals schwierige Frage nach der Einlassung des Mandanten oder dessen Schweigen. Hierzu findet sich, neben der gelungenen Aufbereitung des Problems, eine Übersicht, die in jedem Fall wertvolle Hilfestellungen zu leisten vermag.

Wegen seiner Aktualität ist noch auf ein zusätzliches Kapitel über die Rechtsgestaltung (§ 10) hinzuweisen, das mit einem arbeitsstrafrechtlichen Beispiel versehen ist. Hierin geht der Autor auf die Notwendigkeiten einer vertragsgestalterischen oder präventiv-wirkenden Tätigkeit des Verteidigers ein, die aus einem steigenden strafrechtlichen Risiko, insbesondere für Wirtschaftunternehmen, resultiert. Hier wäre zu wünschen gewesen, dass sich *Barton* dem schwierigen Feld der Vertragsgestaltung unter Vermeidung strafrechtlicher Risiken etwas ausführlicher widmete. Aufgrund des Anstiegs kautelarjuristischer Klausuren wird dieses Feld sicher an Relevanz in der universitären Ausbildung oder dem Referendariat gewinnen.

Im 4. Teil befasst sich der Autor mit den „*Schlüsselqualifikationen für Strafverteidiger*“. Anschaulich, ist dieses Gebiet den meisten Studenten oder Referendaren doch fremd, beschreibt *Barton* die Grundzüge der Kommunikationstheorie und führt in sozialpsychologische Forschungen mit Relevanz zum Strafverfahren ein (§ 12). Die am Ende stehende Forderung, auch der Verteidiger dürfe im Rahmen seines Agierens die anerkannten Perseveranz-, Redundanz-, Aufmerksamkeits- und Schulterschlussfekte nicht außer Acht lassen, ist uneingeschränkt zu unterstützen, treten diese im Strafverfahren doch allzu häufig auf. Auch wenn die alleinige Kenntnis des Vorhandenseins dieser Probleme, diese nicht zu beheben vermag, hilft es doch bestimmte Verfahrensläufe besser einzuordnen.

Im Weiteren finden sich einführende Erläuterungen in die Problemkreise der Gesprächsführung (Mandantengespräch, (§ 13)), die Vernehmungstheorie (Zeugenbefragung, (§ 14)) und die Rhetorik (Plädoyer (§15)).

Am Ende positiv hervorzuheben ist, dass *Barton* in Zusammenarbeit mit seinem im Bielefeld ansässigen Lehrstuhl ergänzend vier Fälle im Internet ([www.mootcourt.de](http://www.mootcourt.de)) anbietet, die „buchbegleitend“ gelöst werden können und auf deren Inhalt im Buch Bezug genommen worden ist.

Auch wenn sich die Zielrichtung des mit vielen Schautafeln ausgestatteten Buches vorzugsweise an Studenten richtet, wäre dessen Anwendungsbereich damit zu Unrecht verkürzt. Das Werk vermag vielmehr auch jedem im Strafrecht tätigen Rechtsanwalt einen wertvollen Dienst zu leisten. Es kann durchaus helfen, die eigene Tätigkeit dogmatisch zu untermauern und einige wichtige Grundlagen des Berufs für sich selbst wieder neu zu definieren.

Dem einführenden Charakter des Buches folgend sind die einzelnen Kapitel kurz und einführend geschrieben, einen weitergehenden Anspruch verfolgt *Barton* aber auch ausdrücklich nicht. Hier erleichtert zudem der ausführliche Literaturapparat die weitere Einarbeitung in einzelne Gebiete. Im Ergebnis bleibt abzuwarten, ob dieses Werk der Grundstein für die von *Barton* geforderte akademische Lehre der *Defensologie* werden wird. Sein Verdienst liegt aber auf jeden Fall darin, dass es der

Strafverteidigung zu einer weiteren und langfristigen „*Professionalisierung von unten*“ verhelfen wird.

Dr. **Christoph Mangold**, Rechtsanwalt, Görg Partnerschaft von Rechtsanwälten, [cmangold@goerg.de](mailto:cmangold@goerg.de), Frankfurt am Main.

\*\*\*

**Karsten Gaede: Fairness als Teilhabe – Das Recht auf konkrete und wirksame Teilhabe durch Verteidigung gem. Art. 6 EMRK; Duncker & Humblot 2007, Strafrechtliche Abhandlungen – Bd. 185, 992 Seiten, ISBN 978-3-428-12272-1, EUR 114,00, Berlin 2007.**

I. Die in Art. 6 Abs. 3 EMRK benannten Verteidigungsrechte sind verbreiteter Ansicht nach integraler Bestandteil des Gesamtrechts auf ein faires Strafverfahren in dem Sinne, dass die Verletzung eines der Teilrechte nicht zwingend zum Verstoß gegen das Gesamtrecht führe. Vielmehr komme es, so liest man allenthalben, auf eine Gesamtbetrachtung an (vgl. nur *Meyer-Gofßner*, 50. Aufl. 2007, Art. 6 EMRK, Rn. 22). Selbstverständlich ist solche Restriktion keineswegs, zumal sich der EGMR in der richtungsweisenden *Pakelli*-Entscheidung (NStZ 1983, 373) zu einer weiteren Prüfung des Gesamtrechts auf ein faires Verfahren nicht veranlasst sah, weil dessen Verletzung mit der Missachtung eines Teilrechts bereits feststehe. Andererseits leistete auch der Gerichtshof (scheinbar) seinen Beitrag zur ominösen Gesamtbetrachtungslehre, indem er in zahlreichen anderen Entscheidungen die Ansicht vertrat, die Verletzung des Rechts auf ein faires Verfahren einschließlich seiner Einzelausprägungen sei im Wege der Gesamtbetrachtung festzustellen. Immerhin zählt trotz solcher rechtlichen Inkonsistenz heute, mehr als drei Jahrzehnte seit der Anerkennung des Fair-trial-Grundsatzes als herausragendes Menschenrecht, eines aber doch zum gesicherten Bestand: Art. 6 EMRK gewährt nicht nur theoretische Verteidigungsrechte, sondern garantiert dem Beschuldigten ein Recht auf konkrete und wirksame Teilhabe im Sinne einer „realistic chance“; eigentlich eine Selbstverständlichkeit, denn nur theoretisch bereit gestellter, im Ergebnis aber unwirksamer Rechtsschutz ist in Wahrheit kein Rechtsschutz.

Man sollte meinen, ein derart langer Zeitraum hätte genügen müssen, die Garantie der Verteidigungsrechte nicht nur zu konturieren, sondern sogar im Detail zu bestimmen. Indes: Aus dem Umstand, dass der Begriff des fairen Verfahrens ethisch zwar hoch stehend, juristisch aber eher wolzig ist, wird jedenfalls in Deutschland abgeleitet, der Grundsatz des fairen Verfahrens sei lediglich ein Programmsatz ohne rechtlichen Eigenwert (*E. Müller* NJW 1976, 1063, 1066; *Hörnle* Rechtstheorie 2004, 175, 192 und 194). Praktische Erfahrung lehrt außerdem, dass die Konkretisierung des Art. 6 Abs. 1 EMRK durch die Rechtsprechung des EGMR hierzulande nicht selten nur als Ansammlung von Einzelfallentscheidungen wahrgenommen wird. Die Folgen waren und sind fatal: In nicht wenigen Bereichen bleibt die Entwicklung in Deutschland zurück. Defizite bei der Umsetzung

der EMRK im deutschen Strafverfahren finden sich insbesondere im Bereich des Lockspitzel-Einsatzes und der Telefonüberwachung von Rechtsanwälten (vgl. dazu jüngst: *Dörthe Korn*, Defizite bei der Umsetzung der EMRK im Deutschen Strafverfahren, Salzburg 2005).

Mit seiner für eine Dissertation nur als opulent zu bezeichnenden Arbeit macht sich *Gaede* daran, die Ursachen der beschriebenen Missstände aufzudecken und anschließend ein Konzept zu ihrer Beseitigung zu entwickeln. Ausgangspunkt seiner Überlegungen ist zweierlei: Erstens, so *Gaede* treffend, wirke sich die Garantie effektiver Teilhabe deshalb nicht konkret aus, weil die EMRK allgemein als bloßer Mindeststandard wahrgenommen wird. So stelle etwa der BGH Vorschriften der StPO Art. 6 Abs. 3 lit. c.) EMRK als Mindeststandard gegenüber, mit dem eine nähere Auseinandersetzung überflüssig sei, da das nationale Prozessrecht mehr gewähre als die Konvention verlange (vgl. etwa BGHSt 47, 233, 235 f. und 237; ebenso: *Meyer-Goßner*, 50. Aufl. 2007, Art. EMRK 6 Rn. 4 f.). Mit dieser Abqualifizierung werde die Konvention einschließlich der Rechtsprechung des Gerichtshofes aus der täglichen Praxis gedrängt. Zweitens kranke der gegenwärtige Auslegungsstand daran, dass keine klare Grundvorstellung über das maßstabsetzende Gesamtrecht auf ein faires Verfahren bestehe (329): Wie solle die nähere Bestimmung der in Abs. 3 benannten Verteidigungsrechte gelingen, wenn sie im Lichte eines Gesamtrechtes auszulegen seien, dessen Reichweite und Inhalt weitestgehend so unbestimmt ist, dass sie die Verwirklichung als praktikierbares Recht in Frage stellen? Der Revisionsrechtler könnte ergänzen: Wie soll die Verletzung des Rechts auf ein faires Verfahren gerügt, welche Tatsachen müssen im Hinblick auf § 344 Abs. 2 S. 2 StPO vorgetragen werden, wenn das, was das Recht gewährt, so unklar ist?

II. 1. *Gaede* startet seine Untersuchung mit einer Hervorhebung des Prinzips der autonomen Konventionsauslegung, wonach die Regeln der EMRK vom EGMR völkerrechtlich eigenständig, d. h. ohne Bindung an ein eventuell abweichendes national geprägtes Vorverständnis zu interpretieren sind. Es folgt eine ausführliche und überaus lehrreiche Darstellung der vom Gerichtshof angewandten Methoden der Konventionsauslegung (81 ff.) und des daraus für Art. 6 EMRK folgenden Ergebnisses: Die Vorstellung, die EMRK weise einen im Vergleich zum nationalen Strafverfahrensrecht geringeren Regelungsgehalt auf, der sich auf wenige fundamentale Garantien mit universellem Charakter beschränke, sei falsch (143 ff.).

2. Dann beginnt *Gaede* mit der Analyse der für das Thema zentralen Bestimmung des Art. 6 EMRK. Zunächst stellt er den gegenständlichen und zeitlichen Anwendungsbezug der Vorschrift dar und wendet sich den hier liegenden Problemen zu (Begriff der strafrechtlichen „Anklage“, 166 ff.; Anwendbarkeit im Ermittlungsverfahren, 191), bevor er sich dem aktuellen Stand der Auslegung von Art. 6 EMRK widmet; erst den gerichtsbezogenen Garantien in Abs. 1 (213), dann den flankierenden Verfahrensrechten unter besonderer Würdigung der durch Abs. 2 gewährleisteten Unschuldsvermutung (228) und im Schwerpunkt schließlich den benannten Verteidigungsrechten des Abs. 3 (S. 233 ff.).

Im Anschluss an diese Zustandsbeschreibung(en) entwickelt *Gaede* seine Lösung, die mit der Bestimmung der dogmatischen Struktur des Art. 6 EMRK beginnt (339). Die verschiedenen Begründungslinien des Menschenrechts auf ein faires Verfahren werden ausführlich nachgezeichnet: das angelsächsische Verständnis (344), die Sichtweise des reformierten kontinentaleuropäischen Inquisitionsverfahrens (349), die philosophischen Ansätze von *Kant* (353) und *Hegel* (357); schließlich die Ideen der Legitimation durch Verfahren i. S. v. *Niklas Luhmann* (363) und *John Rawls* (366). Aus all diesen historisch gewachsenen Prozessperspektiven schält *Gaede* den Gedanken der Teilhabe am Verfahren als Grundgehalt des fairen Strafverfahrens heraus (387). Diese Erkenntnis ist zwar nicht neu; der Teilhabe-Ansatz findet seit Jahren seine Bestätigung in zahlreichen Entscheidungen des EGMR. Neu ist jedoch die Intensität der wissenschaftlichen Durchdringung und Aufhellung. Denn mit *Gaede* wertet ein Autor erstmals die für die Entwicklung einer europäischen Fairness-Dogmatik in Deutschland, England und in der Schweiz verfügbare rechtsphilosophische und straf(verfahrens)rechtliche Literatur aus, und zwar, soweit ersichtlich, in seiner Gesamtheit. Hier wird Grundlagenforschung im besten Sinne geleistet.

3. Freilich hilft der Teilhabe-Ansatz bei der Lösung konkreter Probleme im Zusammenhang mit den Verteidigungsrechten nicht weiter. *Gaede* untersucht daher eingehend die in das faire Verfahren integrierte formelle Verteidigung als besondere Form der Wahrnehmung der Verteidigungsrechte des Angeklagten (502) und setzt sie in Beziehung zum Gesamtrecht. Das Fazit:

Die Rechte aus Art. 6 EMRK sind solche des Angeklagten, nicht des Verteidigers (588). Der Verteidiger dient primär der effektiven Verwirklichung des Teilhaberechts des Angeklagten. Er kann die Angeklagtenrechte ausüben, muss sich hierbei jedoch auf den „aufgeklärten Willen“ des Angeklagten zurückführen lassen; man könnte von einem Konsensgebot sprechen. Wichtiger sind gewiss zwei weitere Ergebnisse: Eine allgemeine Einstufung als Organ der staatlichen Rechtspflege, aus der eine Einschränkung oder Verpflichtung zugunsten der strafverfolgenden Rechtspflege gefolgert werden könnte, schließt Art. 6 EMRK aus; und: Die Grenzen des Verteidigerhandelns bestimmen sich nach Auffassung von *Gaede* grundsätzlich nach Art. 6 EMRK (vertiefend: 629 ff.).

4. Das folgende Kapitel ist der „Bestimmung des Schutzbereiches des Rechts auf Teilhabe durch Verteidigung“ gewidmet. Die gemeinsame Wurzel der in Art. 6 Abs. 3 EMRK genannten Einzelrechte sieht *Gaede* im „Fundamentalgrundrecht“ des rechtlichen Gehörs (613 ff.). Hervorzuheben ist, dass sich die Ausführungen keineswegs in abstrakten Erwägungen erschöpfen, sondern handfeste Konsequenzen entwickelt werden, etwa das Recht auf einen durchsetzbaren Beweiserhebungsanspruch im Ermittlungsverfahren (661) – eine Forderung, die man nach den bekannten und alarmierenden Forschungsergebnissen von *Karl Peters* und *Regina Lange* zu den Fehlerquellen im Strafverfahren nicht nachdrücklich genug unterstützen kann. Noch ein weiteres Beispiel sei an dieser Stelle herausgegriffen, nämlich die in der Praxis allzu oft missachtete Beteiligung der Verteidigung bei der

Auswahl des Sachverständigen. Zwar bestehe, so *Gaede*, kein aus Art. 6 EMRK herzuleitendes allgemeines Recht auf Bestellung eines zwar von der Verteidigung ausgewählten, jedoch vom Staat finanzierten Sachverständigen. Es sei aber eine verbreitete Erfahrung, dass es im Bereich der Erfahrungswissenschaften wesentlich darauf ankomme, aus welcher „Schule“ der beauftragte Gutachter stammt. Denn nach ihr richte sich, welche zwar vertretbare, aber eben nicht unbestrittene wissenschaftliche Methode er seinem Gutachten zu Grunde legt. Damit sei aber schon die Wahl der Methode Ausdruck einer persönlichen Wertung mit der Folge, dass der Person des Gutachters erhebliche Bedeutung für das erörterte Gutachten selbst zukomme; nicht selten nehme sie die Entscheidung des Gerichts praktisch vorweg. Deshalb dürfe, so *Gaede* weiter, die Entscheidung, welcher Sachverständige zu bestellen sei, nicht ohne vorherige Gewährung rechtlichen Gehörs getroffen werden. Andernfalls könne von einer wirksamen Verteidigungsteilhabe hinsichtlich des Sachverständigenbeweises nicht gesprochen werden (658). Dieser Forderung kann man nicht nachdrücklich genug unterstützen:

Der ständig wachsende Einfluss der Sachverständigen auf den Ausgang eines Strafverfahrens im Sinne eines „iudex facti“ (*Mayer*, in: *Mezger-FS* [1954], S. 455, 465; warnend schon *Mittermaier GA* 1853, 1, 2; aus neuerer Zeit etwa *Dahs*, *Handbuch des Strafverteidigers*, 7. Aufl. 2005, Rn. 187) ist heute längst als wesentliches Problem des Sachverständigenbeweises erkannt. Eine Untersuchung an der Universität Tübingen zur Frage der Abweichung strafrichterlicher Entscheidungen von zuvor erstatteten psychiatrischen Gutachten hat ergeben, dass in 155 untersuchten Fällen lediglich fünf Mal vom Gutachtenergebnis abgewichen wurde: in drei dieser Fälle nahmen die Strafkammern die Voraussetzungen des § 21 StGB nicht an, obgleich die Sachverständigen zur Bejahung der tatsächlichen Voraussetzungen gelangt waren; in den beiden anderen Fällen war es umgekehrt (*Foerster*, in: *Schreiber-FS* [2003], S. 81, 82 f.). Wenn also auch nicht de jure, so bestimmen die Psychosachverständigen den Ausgang des Verfahrens doch de facto. Verwundern kann das kaum: Insbesondere im Bereich der Psychowissenschaften ist anerkannt, dass es in weiten Bereichen nicht möglich ist, der Strafjustiz eine kontrollierbare Methode anzubieten, wie die sachverständig festgestellten Befunde zur Beantwortung bestimmter Rechtsfragen (Schuld, Gefährlichkeit, Hang usw.) umgesetzt werden können. (ausf. *Eisenberg*, in: *Jung-FS* [2007], S. 127, 128). Deshalb kommt der Person des Sachverständigen, wie *Gaede* richtig erkennt, nicht selten eine den Prozess entscheidende Bedeutung zu (zu den subjektiven Aspekten der psychiatrischen Begutachtung ausf. *Rode/Legnarò StV* 1995, 498; zutr. *Duttge*, *NSStZ* 2003, 375: „nicht hinzunehmen“). Der Sache nach wird er oft zum „Richter in weiß“ (*Schreiber*, in: *Wassermann-FS* [1985], S. 1007, 1010).

5. *Gaede* beschreibt dann die Schranken des Rechts auf Teilhabe durch Verteidigung. Zunächst geht er unter spezifischem EMRK-Blickwinkel kurz auf die Frage ein, ob es immanente Grenzen der Teilhabe durch Missbrauch von Verfahrensrechten geben könne (669) und gelangt zu dem Ergebnis, dass das allgemeine Missbrauchsverbot des Art. 17 EMRK im Zusammenhang mit Art. 6 EMRK praktisch bedeutungslos sei (681). Ansons-

ten, so arbeitet *Gaede* heraus, setzten legitime Einschränkungen im konkreten Einzelfall voraus, dass widerstrebende wichtige öffentliche Interessen in einer den Verhältnismäßigkeitsgrundsatz berücksichtigenden Begründung dargelegt werden; sie müssten eine Einschränkung des eröffneten Schutzbereichs strikt notwendig machen und dürften, was nicht überrascht, den Wesensgehalt des Rechts nicht aufgeben. Der Umfang möglicher Einschränkungen könne sich aber, führt *Gaede* weiter aus, bei einer Zurechenbarkeit zum Angeklagten vergrößern. Außerdem setzten Einschränkungen den Ausgleich der durch die Einschränkungen entstehenden Verteidigungsnachteile voraus. Dieser Ausgleich müsse im Verfahren selbst vorgenommen werden und durch konkret zu benennende, geeignete Verfahrensinstitute erfolgen (727). Interessant ist, dass sich *Gaede* in diesem Zusammenhang gegen eine Differenzierung nach Art und Schwere der betroffenen Straftaten ausspricht (709) - ein Weg, der gerade in Deutschland zur Einschränkung von Verfahrensrechten gern beschritten wird (vgl. etwa BGHSt 42, 139 ff.).

Den in der Abhandlung geäußerten Bedenken kann nur beigespflichtet werden, denn die angesprochene Differenzierung läuft im Ergebnis auf die Gewährung von *hard law* allein für denjenigen hinaus, der sich eines geringen oder allenfalls mittleren Vergehens schuldig gemacht haben soll: Er kann sich auf die schützenden Formen verlassen! *Soft law* aber gilt für den, dem man die Begehung einer schweren Straftat zur Last legt, obgleich die Unschuldsvermutung (selbstverständlich) auch für ihn streitet. Man kann durchaus fragen, ob solche Differenzierung nicht auf das Verbot hinausläuft, sich auch nur verdächtig zu machen - ein Verbot also, das verfassungsrechtlicher Prüfung keineswegs standhalten könnte.

6. *Gaede* befasst sich dann mit den Fragen nach Verzicht (741) und Verwirkung (775) von Teilhaberechten. Anschließend erläutert er die vielschichtigen Resultate seiner Untersuchung anhand ausgewählter Detailfragen:

a.) In Bezug auf Art. 6 Abs. 3 lit. c.) EMRK gelangt *Gaede* zu dem Ergebnis, dass das Recht auf Verteidigerbeistand bereits für die erste (und jede weitere) polizeiliche Beschuldigtenvernehmung zu bejahen sei, und zwar nicht nur im Sinne eines Konsultations-, sondern eines Anwesenheitsrechts (789, 794); letzteres wird in Deutschland von der wohl noch überwiegenden Meinung unter Hinweis auf § 168c StPO zu Unrecht abgelehnt. Bedenklich war dies mit Blick auf § 137 Abs. 1 S. 1 StPO schon immer („in jeder Lage des Verfahrens“). Durch die Arbeit ist nun klar geworden, dass der menschenrechtliche Bezug der Regelung zu einer Auslegung i. S. eines Anwesenheitsrechts zwingt. *Gaede* zieht daraus auch die gebotene Konsequenz: Beweise, die unter Missachtung des vorgenannten Rechts zu Stande gekommen sind, könnten, so *Gaede* überzeugend und unter lesenswerter Darlegung der Einzelheiten, nicht zum gesetzlichen Schuldbeweis nach Art. 6 Abs. 2 EMRK herangezogen werden (797 f.; 812 ff.).

b.) Bei der Umsetzung des Konfrontationsrechts aus Art. 6 Abs. 3 lit. d.) EMRK sieht *Gaede* ebenfalls erhebliche Defizite in der gegenwärtigen Rechtspraxis (278, 623, 827). Aus der Qualifikation dieses Rechts als besondere

Ausprägung des rechtlichen Gehörs folge, dass die Teilhabe am Verfahren keineswegs allein in Form einer Stellungnahme zur Aussage des Belastungszeugen gewährt werde – auch dies eine gerade in Deutschland mitunter vertretene Ansicht (vgl. *Wönne* NStZ 1998, 313, 314 f.). Die wirksame Ausübung des Konfrontationsrechts setze nach seinem Schutzbereich vielmehr voraus, dass der Beschuldigte über Informationen verfügt, die ihm eine eingehende Prüfung der Glaubwürdigkeit des Zeugen ermöglichen. Dies setze nicht nur vorherige Aktenkenntnis – sie sei *conditio sine qua non* (829) – und die Mitwirkung eines vorhandenen oder zu bestellenden Verteidigers voraus (837), sondern führe insbesondere bei Veränderungen des Verfahrens- oder Informationsstandes zu einem Anspruch auf erneute Konfrontation (833). *Gaede* erteilt damit all denen eine Absage, die es für die Wahrung des Konfrontationsrechts ausreichen lassen wollen, wenn im Laufe des Verfahrens (nur) einmal die Gelegenheit zur Befragung bestand (so auch schon *Ambos* ZStW 115 [2003], S. 583, 609).

Besonders wichtig sind die Ergebnisse der Arbeit, was die gegenwärtig praktizierten Einschränkungen des Konfrontationsrechts anbetrifft. Obgleich BGHSt 46, 93, 98 f., vom nur formalen Verständnis des Begriffs „Belastungszeuge“ abgerückt ist und endlich der gebotenen materiellen Betrachtung Bahn brach, scheitern noch immer auf die Verletzung von Art. 6 Abs. 3 lit. d.) EMRK gestützte Rügen, wenn es etwa darum geht, dass private V-Leute durch die Ermittlungsbehörden gesperrt werden. Der Grund dafür liegt in der schon erwähnten Gesamtbetrachtungslehre: Die Verletzung eines der Teilrechte allein soll noch keinen Rechtsfehler begründen. Es müsse vielmehr noch die Feststellung hinzukommen, dass das Verfahren insgesamt unfair gewesen sei (LR-*Gollwitzer* Art. 6 EMRK Rn. 64 und 160 m. w. Nws.) *Gaede* analysiert die diese Auffassung angeblich stützende Rechtsprechung des EGMR und arbeitet heraus, dass der Vorbehalt einer weiteren, spezifisch festzustellenden Verletzung des Gesamtrechts gerade nicht besteht (447)! Es handele sich bei den Teilrechten nicht um illustrierende Vorschläge (451), sondern *constituent elements*, ohne deren Wahrung das Verfahren im Ganzen nicht fair sein könne. Die anders lautende Ansicht beruhe auf einem Fehlverständnis von Entscheidungen, in denen der EGMR zwar die Gesamtbetrachtung gefordert habe, er aber tatsächlich keine weitere Prüfungsebene i. S. eines zusätzlichen Erfordernisses habe etablieren können.

Das Konfrontationsrecht gelte nämlich nicht absolut. Sein Schutzbereich sei immanent beschränkt. Liege die Unmöglichkeit der Konfrontation im Verantwortungsbereich des Beschuldigten (etwa: Bedrohung des Belastungszeugen), so könne dies nicht dem Staat als Adressaten des Art. 6 Abs. 3 lit. d.) EMRK zugerechnet werden (261, 626, 839). Dem ist ohne weiteres beizupflichten. Die Besonderheit besteht in solchen Fällen nun darin, dass die tatbestandlichen Voraussetzungen des Konfrontationsrechts „an sich“ vorliegen. Nach seinem Wortlaut wäre die Vorschrift verletzt. Erst die gebotene Restriktion über den Schutzbereich beseitigt den „Verstoß“. Allein in solchen Fällen (!) prüft der Gerichtshof ergänzend das allgemeine Fairness-Gebot des Art. 6 Abs. 1 EMRK. Denn dieses könne möglicherweise als ganzes doch verletzt sein (449). Was also als zusätzliche Prüfung i. S.

einer weiteren Bedingung für die Verletzung des Rechts erscheint, entpuppt sich bei genauerem Hinsehen, so arbeitet *Gaede* heraus, als alternative Prüfung. Er mahnt daher „von der konstitutiven Stellung der Teilrechte auszugehen und dies auch als Auffassung des EGMR zu betrachten“ (450).

c.) *Gaede* wendet sich dann dem vom Gerichtshof aus Art. 6 Abs. 3 lit. c.) EMRK hergeleiteten und allgemein anerkannten Recht auf konkrete und wirksame Verteidigung zu (856). Schon in früheren Kapiteln hat er sich damit befasst und es präzisiert (658, 661). Nun, am Ende seiner Abhandlung, nimmt er sich der in mehrfacher Hinsicht höchst brisanten und auch schwierigen Frage nach der Revisibilität von Verteidigungsfehlern an (847). Abgesehen von der Sorge, es könne sich schnell als Danaer-Geschenk erweisen, eine Tür für die Kontrolle der Qualität der Verteidigung geöffnet zu haben, scheitern solche Rügen fast immer daran, dass es in Fällen unzureichender Verteidigerleistung zumeist an einem Rechtsfehler des Gerichts (§ 337 Abs. 1 StPO) fehlt. Letzteres gilt freilich nur dann, so zeigt *Gaede*, wenn man den Blickwinkel auf die StPO beschränkt. Denn als Norm, die nicht oder nicht richtig angewendet worden sei, komme ggf. Art. 6 Abs. 3 lit. c.) EMRK in Betracht. Das ist zumindest im Ansatz überzeugend: Denn einerseits bringt man dem Verteidiger ein größeres Vertrauen als dem betroffenen Beschuldigten entgegen und sieht deshalb Anlass, den praktisch wenig autonomen Beschuldigten vor sich selbst zu schützen und ihm einen fachmännischen Beistand zur Seite zu stellen. Kommt es dann aber zu Verteidigerfehlern, die zu einer Unwirksamkeit der Verteidigung führen, sollen die Wertungen schon dem Prinzip nach umzukehren sein. Nun dürfe, so die h. M. der Sache nach, vom Beschuldigten gefordert werden, dass er sich selbst vor dem rechtlich überlegenen Verteidiger schützt, indem er die rechtlichen Mängel in der Tätigkeit des Verteidigers erkennt und rügt. Nur beispielhaft sei auf die Rechtsprechung verwiesen, die dem vom Verteidiger unterlassenen Widerspruch dem formal verteidigten, aber ahnungslosen Angeklagten zurechnet. Damit stehen aber weder der Verteidiger noch der Staat im Grundsatz für die tatsächliche Erfüllung des Anspruchs auf konkrete und wirksame Verteidigung ein. Die Selbstverantwortung des hilfsbedürftigen Angeklagten soll genügen, um ein Verfahren auch dann als fair zu bezeichnen, indem der Angeklagte rechtlich mangelhaft und unwirksam verteidigt worden ist. Das ist, wie *Gaede* zutreffend feststellt, in sich widersprüchlich (333 f.). Die Frage also, wann eine sich in abstrakter Rechtsgewährung erschöpfende und damit unwirksame Verteidigung i. S. der Konvention vorliegt, die dem Staat als Adressaten der EMRK anzulasten wäre, kann demnach mit einiger Berechtigung erstellt werde. *Gaede* beantwortet sie in einem 73 Seiten umfassenden letzten Abschnitt, dessen Inhalt hier selbstredend nur in groben Zügen nachgezeichnet werden kann.

Die vom EGMR benannten äußeren Grenzen hält *Gaede* für richtig gezogen: Nicht jeder irgendwie geartete Verteidigerfehler begründe eine Unwirksamkeit i. S. v. Art. 6 EMRK (859, 895). Andererseits liege eine Unwirksamkeit der Verteidigung nicht erst bei einem Totalausfall (etwa: Krankheit, Tod) vor (858, 876). Zur demnach notwendigen näheren Bestimmung orientiert sich *Gaede* im Ergeb-

nis wesentlich an den von *Barton* entwickelten Mindeststandards (*Barton*, Mindeststandards der Strafverteidigung, 1994, S. 324 ff.): Von wirksamer Verteidigung könne z. B. nicht davon ausgegangen werden, wenn ein Verteidiger das Verfahren unvorbereitet bestreitet, insbesondere keine Akteneinsicht genommen oder den Beschuldigten über den Inhalt der Akten nicht informiert habe. Unwirksamkeit liege ferner vor, wenn der Verteidiger ohne sachlichen Grund nicht den Ausschluss eines entscheidenden und belastenden Beweismittels eingefordert habe, obgleich dazu Anlass bestanden habe (901). *Gaede* geht aber noch weiter: Auch in der Person des Verteidigers liegende Umstände führten zur Unwirksamkeit, etwa bei einer dem Angeklagten nicht offen gelegten Interessenkollision oder wenn ein „Scheinverteidiger“ agiert habe, also eine Person, die in Wahrheit kein zugelassener Rechtsanwalt ist (904).

All dem wird man zustimmen können. Sehr viel schwieriger zu beantworten sind aber die Fragen nach der Zurechnung solch unwirksamer Verteidigung zur staatlichen Rechtspflege. *Gaede* schreibt: „So richtig es ist, dass Privatpersonen wie die Verteidiger selbst grundsätzlich keine Adressaten der Menschenrechte darstellen, so unrichtig ist es, infolgedessen die Verpflichtung des Staates bereits im Ausgangspunkt zu negieren und auf besondere Zurechnungsgründe zu verkürzen“, denn „Menschenrechtsverletzungen haben schon allgemein nicht notwendig ein konkret umrissenes Handlungsverschulden des Staates zur Voraussetzung, sondern fußen auf dem Ausbleiben des menschenrechtlich eingeforderten Zustandes“ (877). Es kämen danach nicht nur kenntnisgetragene Versäumnisse der Strafverfolgungsbehörden bzw. Gerichte in Frage, sondern auch Organisationsmängel (878). Konsequenterweise wendet er sich gegen die zurzeit herrschende Offenkundigkeitsdoktrin (904) und verlangt vor allem, dem Verteidiger im Bereich der relevanten Fallgruppen unwirksamen Agierens Dokumentationspflichten aufzuerlegen, etwa: Warum wurde auf die Ladung eines Entlastungszeugen verzichtet? Warum nahm der Verteidiger an der richterlichen Vernehmung eines Zeugen nicht teil? Warum unterblieb die Geltendmachung eines Verwertungsverbots? *Gaede* lehnt sich hier zum Teil an die englische Rechtsprechung an, die solche Dokumentationspflichten entwickelt hat. Das Prinzip unabhängiger Verteidigung sieht er nicht tangiert: Es gehe stets und ausnahmslos um Rechtskontrolle, keinesfalls um die Überprüfung der Zweckmäßigkeit. Diese Rechtskontrolle bleibe notwendig an die Maßstäbe des Art. 6 EMRK gebunden. Überschreite eine Kontrolle diese Maßstäbe, werde Art. 6 EMRK gerade wegen der in die autonome Verteidigung eingreifenden Überschreitung verletzt (890). Ohnehin dürfe eine staatliche Kontrolle nur mit dem Willen des Rechtsinhabers erfolgen, also des Beschuldigten, der die Unwirksamkeit der Verteidigung daher (auch) im Rechtsmittelverfahren geltend machen könne (892).

Das Modell hat einiges für sich, zumal unbestreitbar ein Bedürfnis besteht, den in der Regel inkompetenten Beschuldigten vor besonders schlechten Leistungen seines Verteidigers zu schützen und in der Tat erscheint es absurd, was *Wach* schon 1914 so treffend beschrieb: „Man erklärt die Verteidigung für notwendig; aber ob der Betraute das zu ihr Notwendige tut, darum kümmern man sich nicht; im Gegenteil, man empfindet es vielleicht als angenehm, wenn der Verteidiger nicht eifrig Akteneinsicht begehrt oder wenn er sich bei Beweisaufnahmen vor der Hauptverhandlung nicht einstellt (*Wach*, in: FG Binding [1914], S. 1, 34). Vielleicht geben vorsichtige Zeichen in der neueren deutschen obergerichtlichen Rechtsprechung, die das Recht auf wirksame und konkrete Verteidigung im Kontext mit entsprechenden Problemfällen erstmals anspricht (BGH HRRS 2004 Nr. 929), Anlass zur Hoffnung, dass sich das Problembewusstsein schärft und Lösungen entwickelt werden.

Die Ergebnisse der Arbeit von *Gaede* werden mit Sicherheit einzubeziehen sein, zumal sie nicht nur, was schon allein gehörigen Respekt verdient hätte, die Rechtsprechung des EGMR umfassend auswertet, sondern auch die deutsche, englische, österreichische, schweizerische und – in Teilbereichen – die us-amerikanische Judikatur berücksichtigt. Durch die längst überfällige Einbeziehung des wichtigsten englisch- und französischsprachigen Schrifttums stellt *Gaede* seine grundlegende Arbeit auf eine in Deutschland ungewohnt breite Basis. Der Vorwurf, das Verständnis der EMRK sei hierzulande von einem „Germanozentrismus“ geprägt (*Trechsel StV* 1994, 348 zur Kommentierung der EMRK durch *Gollwitzer* in der 24. Aufl. des Löwe/Rosenberg) kann nach dieser Abhandlung sicher nicht mehr erhoben werden. Es bleibt zu wünschen, dass die Untersuchung und ihre Ergebnisse Zugang zu den Entscheidungsträgern finden. Der beinahe 1000seitige Umfang sollte nicht schrecken. Zwar lässt sich nicht leugnen, dass die Arbeit an mehreren Stellen Wiederholungen aufweist und so manchmal den Eindruck erweckt, sie käme nicht recht von der Stelle. Aber zum einen waren sie im Rahmen des wahrlich großen Bogens, den *Gaede* spannt, gewiss nicht immer vermeidbar; zum anderen ermöglichen 25 Zwischenfazit- und Zusammenfassungen auch den eher eiligen Leser einen raschen Zugang.

Die Auszeichnung mit dem „Jahrespreis der Universität Zürich 2006“ hat „Fairness als Teilhabe“ allemal verdient. Es wäre ihr zu gönnen, wenn sie weitere Verbreitung erführe.

Dr. **Ralf Neuhaus**, Rechtsanwalt & FA für Strafrecht, Dortmund

\*\*\*

## Vollständige Rechtsprechungsübersicht

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

### **766. BVerfG 1 BvR 2092/02 (1. Kammer des Ersten Senats) – Beschluss vom 12. Juli 2007**

Substantiierung der Verfassungsbeschwerde (Terrorismusbekämpfungsgesetz; Kontenabfrage; inhaltliche Auseinandersetzung mit den angegriffenen Normen; eigene Betroffenheit; Auseinandersetzung mit der Schwere des Eingriffs); Nichtannahmebeschluss.

§ 23 Abs. 1 S. 2 BVerfGG; § 92 BVerfGG; § 8 BVerfSchG; § 9 BVerfSchG; § 19 BVerfSchG; § 2 BNDG; § 24c KWG

### **767. BVerfG 2 BvQ 23/07 (1. Kammer des Zweiten Senats) – Beschluss vom 9. Juli 2007 (KG Berlin)**

Gesetz über die internationale Rechtshilfe; Verfassungsbeschwerde (nicht gegen ausländische Entscheidungen); einstweilige Anordnung (Ablehnung).

Art. 2 Abs. 2 Satz 2 GG; Art. 93 Abs. 1 Nr. 4a GG; § 32 BVerfGG; § 15 Abs. 1 IRG

### **768. BVerfG 2 BvR 1046/07 (3. Kammer des Zweiten Senats) – Beschluss vom 22. Juli 2007 (LG Ulm/AG Ulm)**

Widerruf einer Strafaussetzung zur Bewährung (Verstoß des Verurteilten gegen ihm erteilte Weisungen; beharrliches Sich-Entziehen; Erfordernis negativer Kriminalprognose; Verstöße gegen ausländerrechtliche Vorschriften; verlängerter Aufenthaltstitel); rechtliches Gehör (Prüfungsbefugnisse des BVerfG).

Art. 2 Abs. 2 Satz 2 GG; Art. 103 Abs. 1 GG; § 56 f Abs. 1 Nr. 2 StGB; § 33 a StPO

### **769. BVerfG 2 BvR 1083/07 (1. Kammer des Zweiten Senats) – Beschluss vom 20. Juni 2007 (KG Berlin/AG Tiergarten)**

Recht auf ein fairen Verfahren (gerichtliche Beweiswürdigung); Untreue (treuwidrige Verfügung trotz bestehender Schuld des Vermögensinhabers); verfassungsrechtliche Maßgaben für die Strafzumessung (Schuldangemessenheit der Strafe); Nichtannahmebeschluss.

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

1. Das Vorbringen fehlender Sachaufklärung und unzureichende Beweiswürdigung durch ein Gericht, ist anhand der Grundsätze des fairen Verfahrens zu prüfen.

2. Nicht jeder Verstoß gegen § 244 oder § 261 StPO und die hierzu von der Rechtsprechung aufgestellten Grundsätze stellt eine Verletzung spezifischen Verfassungsrechts dar. Voraussetzung ist vielmehr, dass sich die Fachgerichte – in Wahrung der Unschuldsvermutung der als Täter in Betracht kommenden Person – so weit von der Verpflichtung entfernt haben, auch die Gründe, die gegen die mögliche Täterschaft sprechen, wahrzunehmen, aufzuklären und zu erwägen, dass der rationale Charakter der Entscheidung verloren gegangen scheint und sie keine tragfähige Grundlage mehr für die mit einem Schuldspruch einhergehende Strafe sein kann (vgl. BVerfGK 1, 145, 152).

3. Es ist nicht sachfremd, wenn das bloße Bestehen einer Schuld des Vermögensinhabers gegenüber dem Treupflichtigen nicht in jedem Fall die Straffreiheit einer Verfügung des Treupflichtigen zu Lasten des Vermögensinhabers bedingt.

4. Die Strafzumessung ist Sache der Tatgerichte und der Prüfung des Bundesverfassungsgerichts grundsätzlich entzogen, es sei denn, die Strafzumessung entfernt sich so weit von dem Gedanken des gerechten Schuldausgleichs, dass sie sich als objektiv willkürlich erweist (vgl. BVerfGE 18, 85, 92 ff.; 54, 100, 108, 111).

### **770. BVerfG 2 BvR 1485/07 (3. Kammer des Zweiten Senats) – Beschluss vom 15. August 2007 (OLG München/LG Traunstein)**

Aufhebung eines Haftverschonungsbeschlusses wegen neu hervorgetretener Umstände (Neuheit; Erfordernis eines erheblichen Abweichens eines nicht rechtskräftigen Strafausspruches vom dem beim Aussetzungsbeschluss zu erwartenden Strafausspruch; Begründungsanforderungen); Freiheit der Person (Anspruch, die Rechtskraft des Urteils in Freiheit zu erwarten).

Art. 2 Abs. 2 GG; § 116 Abs. 4 Nr. 3 StPO; § 112 Abs. 2 Nr. 2 StPO

### **771. BVerfG 2 BvR 1847/07 (3. Kammer des Zweiten Senats) – Beschluss vom 19. September 2007 (OLG Celle/LG Hannover)**

Substantiierung der Verfassungsbeschwerde (Verletzung des Beschleunigungsgebots in Haftsachen; Dauer der Untersuchungshaft von mehr als zwei Jahren; Mitteilung

des Ablaufes der Sitzungstage); Nichtannahmebeschluss. Art. 2 Abs. 2 Satz 2 GG; § 23 Abs. 1 BVerfGG; § 92 BVerfGG

**772. BVerfG 2 BvR 1850/07 (3. Kammer des Zweiten Senats) - Beschluss vom 19. September 2007 (OLG Celle/LG Hannover)**

Substantiierung der Verfassungsbeschwerde (Verletzung des Beschleunigungsgebots in Haftsachen; Dauer der Untersuchungshaft von mehr als zwei Jahren; Mitteilung des Ablaufes der Sitzungstage); Nichtannahmebeschluss. Art. 2 Abs. 2 Satz 2 GG; § 23 Abs. 1 BVerfGG; § 92 BVerfGG

1. Das Beschleunigungsgebot in Haftsachen (Art. 2 Abs. 2 Satz 2 GG) erfordert bei absehbar umfangreichen Verfahren stets eine vorausschauende, auch größere Zeiträume umfassende Hauptverhandlungsplanung mit mehr als nur einem durchschnittlichen Hauptverhandlungstag pro Woche.

2. Bei der Geltendmachung einer Verletzung des Beschleunigungsgebots muss der Beschwerdeführer im Einzelnen die nach dem jeweiligen Verfahrensstand gebotene Maßnahme und die damit mutmaßlich zu erzielende Beschleunigung des Verfahrens konkret darlegen, sofern sich dies nicht ausnahmsweise aus den sonstigen Umständen des Falles erschließt.

3. Die Mitteilung der Anzahl der Hauptverhandlungstage und der Dauer der jeweiligen Sitzungen ist für sich allein noch nicht geeignet, die Annahme einer Verletzung des Beschleunigungsgebots in Haftsachen in der Sache nachvollziehbar aufzuzeigen. Vielmehr muss der Beschwerdeführer zusätzlich den Ablauf der jeweiligen Sitzungstage schildern, damit gegebenenfalls geprüft werden kann, ob die Ursache für eine frühzeitige Beendigung des Verhandlungstages im Verantwortungsbereich der Justiz oder des Beschwerdeführers wurzelt.

**773. BGH 2 StR 105/07 - Urteil vom 6. Juni 2007 (LG Gera)**

Gefährliche Körperverletzung (das Leben gefährdende Behandlung); Misshandlung von Schutzbefohlenen; Vorsatz (Beweiswürdigung). § 224 Abs. 1 Nr. 5 StGB; § 225 StGB; § 15 StGB

**774. BGH 2 StR 135/07 - Beschluss vom 27. Juni 2007 (LG Kassel)**

Unterbringung in einem psychiatrischen Krankenhaus (Gefährlichkeitsprognose). § 63 StGB

**775. BGH 2 StR 161/07 - Urteil vom 20. Juni 2007 (LG Trier)**

Freispruch aus tatsächlichen Gründen (Zweifelssatz; in dubio pro reo; Beweiswürdigung). § 261 StPO; § 267 StPO

**776. BGH 2 StR 181/07 - Beschluss vom 20. Juni 2007 (LG Köln)**

Exhibitionistische Handlung (unbeobachtetes Entblößen); Teilfreispruch (Erschöpfung der Anklage).

§ 183 StGB; § 260 StPO; § 264 StPO

**777. BGH 2 StR 189/07 - Beschluss vom 6. Juli 2007 (LG Darmstadt)**

Mittäterschaft (Urteilsformel; Tenorierung). § 25 Abs. 2 StGB; § 260 Abs. 4 StPO

Die mittäterschaftliche Begehungsweise ist im Tenor nicht aufzuführen.

**778. BGH 2 StR 19/07 - Beschluss vom 18. April 2007 (LG Kassel)**

Revision der Nebenklage (Revisionsbegründung; Vortrag eines zulässigen Ziels des Rechtsmittels; Gesetzesverletzung). § 400 Abs. 1 StPO; § 344 StPO

**779. BGH 2 StR 196/07 - Beschluss vom 6. Juni 2007 (LG Frankfurt)**

Unerlaubtes Handeltreiben mit Betäubungsmitteln (Mittäterschaft; Beihilfe; Kurier). § 29a BtMG; § 25 Abs. 2 StGB; § 27 StGB

**780. BGH 2 StR 4/07 - Beschluss vom 27. Juni 2007 (LG Bonn)**

Auslieferung (Spezialitätsgrundsatz; Tat im prozessualen Sinne); unerlaubte Einfuhr von Betäubungsmitteln (unmittelbares Ansetzen zum Versuch); Verabredung zum Verbrechen. § 260 Abs. 3 StPO; § 22 StGB; § 29a BtMG; § 30 BtMG; § 30 StGB

**781. BGH 2 StR 211/07 - Beschluss vom 18. Juli 2007 (LG Aachen)**

Besonders schwere Brandstiftung; Körperverletzung; gefährliche Körperverletzung; Konkurrenzen; Unterbringung in einer Entziehungsanstalt (Vollstreckungsreihenfolge; Vorwegvollzug; Urteilsgründe). § 306b StGB; § 223 StGB; § 224 StGB; § 52 StGB; § 64 StGB; § 67 StGB; § 267 Abs. 3 StPO

**782. BGH 2 StR 213/07 - Beschluss vom 22. Juni 2007 (LG Aachen)**

Schwerer Raub (tatbestandsspezifische Verknüpfung zwischen Nötigungsmittel und Wegnahme). § 249 StGB; § 250 StGB

**783. BGH 2 StR 221/07 - Beschluss vom 20. Juni 2007 (LG Frankfurt am Main)**

Unerlaubtes Handeltreiben mit Betäubungsmitteln (Mittäterschaft; Beihilfe; Kurier). § 29a BtMG; § 25 Abs. 2 StGB; § 27 StGB

**784. BGH 2 StR 223/07 - Beschluss vom 20. Juni 2007 (LG Frankfurt am Main)**

Unerlaubtes Handeltreiben mit Betäubungsmitteln (Mittäterschaft; Beihilfe; Kurier). § 30 BtMG; § 25 Abs. 2 StGB; § 27 StGB

**785. BGH 2 StR 234/07 - Beschluss vom 8. August 2007**

Fortwirkung der Beistandsbestellung bis zum rechtskräftigen Abschluss des Verfahrens. § 397a StPO

**786. BGH 2 StR 252/07 - Beschluss vom 25. Juli 2007 (LG Wiesbaden)**

Schwere Körperverletzung; gefährliche Körperverletzung; Konkurrenzen; Strafzumessung bei der Verwirklichung mehrerer Deliktvarianten.

§ 224 StGB; § 226 StGB; § 52 StGB; § 46 StGB

**787. BGH 2 StR 255/07 - Beschluss vom 10. August 2007 (LG Darmstadt)**

Einziehung (hinreichende Konkretisierung der einzuziehenden Gegenstände).

§ 74 StGB

**788. BGH 2 StR 258/07 - Beschluss vom 4. Juli 2007 (LG Kassel)**

Sexueller Missbrauch widerstandsunfähiger Personen; lückenhafte Beweismwürdigung (Aussagekonstanz; teilweise Zugrundelegung von Zeugenaussagen; Urteilsgründe).

§ 179 StGB; § 261 StPO

**789. BGH 2 StR 266/07 - Beschluss vom 19. Juli 2007 (LG Meiningen)**

Schwere Brandstiftung (Inbrandsetzen eines Gebäudes; teilweise Zerstörung eines Gebäudes durch Brandlegung); rechtlicher Hinweis (Beruhen).

§ 306a Abs. 1 Nr. 1 StGB; § 265 StPO; § 337 StPO

**790. BGH 2 StR 267/07 - Beschluss vom 4. Juli 2007 (LG Darmstadt)**

Unerlaubtes Handeltreiben mit Betäubungsmitteln (Mittäterschaft; Beihilfe; Kurier).

§ 29a BtMG; § 25 Abs. 2 StGB; § 27 StGB

**791. BGH 2 StR 270/07 - Beschluss vom 4. Juli 2007 (LG Kassel)**

Gesamtstrafenbildung (mangelhafte Begründung bei Ausnutzung des Rahmens nach oben; Strafzumessung; Wertungsfehler).

§ 46 StGB; § 54 StGB; § 267 Abs. 3 StPO

**792. BGH 2 StR 272/07 - Beschluss vom 15. August 2007**

Fortwirkung der Beistandsbestellung bis zum rechtskräftigen Abschluss des Verfahrens.

§ 397a StPO

**783. BGH 2 StR 279/07 - Beschluss vom 25. Juli 2007 (LG Gera)**

Besitz kinderpornografischer Schriften (Urteilsgründe; Feststellungen; Darlegung).

§ 184b StGB; § 267 Abs. 3 StPO

**794. BGH 2 StR 305/07 - Beschluss vom 16. August 2007 (LG Koblenz)**

Unerlaubtes Handeltreiben mit Betäubungsmitteln (Kurier; Mittäterschaft; Beihilfe).

§ 29a BtMG; § 25 Abs. 2 StGB; § 27 StGB

**795. BGH 2 StR 306/07 - Beschluss vom 29. August 2007**

Fortwirkung der Beistandsbestellung bis zum rechtskräftigen Abschluss des Verfahrens.

§ 397a StPO

**796. BGH 2 StR 315/07 - Beschluss vom 10. August 2007 (LG Gera)**

Unbegründete Revision; nachträgliche Bildung der Gesamtstrafe (Zäsurwirkung; Beschwer).

§ 349 Abs. 2 StPO; § 55 StGB

**797. BGH 2 StR 323/07 - Beschluss vom 22. August 2007 (LG Hanau)**

Unzulässige Revision (Rechtsmittelverzicht).

§ 300 Abs. 2 StPO; § 349 Abs. 1 StPO

**798. BGH 2 StR 337/07 - Beschluss vom 15. August 2007 (LG Trier)**

Anrechnung in Luxemburg erlittener Auslieferungshaft (Verhältnis 1 : 1).

§ 51 Abs. 4 Satz 2 StGB

**799. BGH 2 StR 493/06 - Beschluss vom 20. Juni 2007 (Landgerichts Frankfurt am Main)**

Recht auf Verfahrensbeschleunigung (rechtsstaatswidrige Verfahrensverzögerung; Rügeanforderungen im Revisionsverfahren).

§ 344 Abs. 2 StPO; § 345 Abs. 1 StPO; Art. 6 Abs. 1 Satz 1 EMRK

**800. BGH AK 6/07 und StB 3/07 - Beschluss vom 16. Mai 2007 (Ermittlungsrichter des Bundesgerichtshofs)**

Werben um Mitglieder oder Unterstützer einer terroristischen Vereinigung; Unterstützen einer terroristischen Vereinigung; Haftfortdauer über sechs Monate (besonderer Umfang der Ermittlungen); redaktioneller Hinweis.

Art. 5 Abs. 1 Satz 1 GG; § 129a StGB; § 129b StGB; § 116 StPO; § 121 StPO; § 122 StPO

**801. BGH 2 StR 505/06 - Beschluss vom 4. Juli 2007 (LG Köln)**

Anhörungsgrüge (rechtliches Gehör; ausdrückliche Erörterung von Tatsachen im Revisionsrechtszug).

Art. 103 Abs. 1 GG; § 356a StPO

**802. BGH 2 ARs 317/07 / 2 AR 171/07 - Beschluss vom 15. August 2007**

Zuständigkeitsbestimmung (Wohnsitzwechsel nach Anklageerhebung).

§ 42 Abs. 3 JGG

**803. BGH 3 StR 124/07 - Beschluss vom 19. Juni 2007 (LG Hannover)**

Erpresserischer Menschenraub (funktionaler und zeitlicher Zusammenhang zwischen Entführungslage beabsichtigter Erpressung; stabile Zwischenlage).

§ 239a StGB

Für die Erfüllung des Tatbestands des erpresserischen Menschenraubs muss zwischen der Entführungslage und der beabsichtigten Erpressung ein solcher funktionaler und zeitlicher Zusammenhang bestehen, dass der Täter das Opfer oder einen Dritten gerade während der Dauer der Zwangslage erpressen will. Denn der Zweck der Norm besteht gerade darin, das Entführen oder Sichbemächtigen des Opfers deshalb besonders unter Strafe zu stellen, weil der Täter seine Drohung während der Dauer

der Zwangslage jederzeit realisieren kann.

**804. BGH 3 StR 132/07 - Beschluss vom 15. Mai 2007 (LG Wuppertal)**

Ablehnung wegen Besorgnis der Befangenheit (Drängen zum Geständnis bei schweigendem Angeklagten); Selbstbelastungsfreiheit.

Art. 6 Abs. 1 Satz 1 EMRK; Art. 1 Abs. 1, Art. 2 Abs. 1 GG; § 24 Abs. 2 StPO; § 338 Nr. 3 StPO

**805. BGH 3 StR 50/07 - Beschluss vom 23. August 2007**

Rechtsstaatswidrige Verfahrensverzögerung (Kompensationslösung; Vollstreckungslösung; Anrechnungslösung); Vorlagebeschluss (Fortbildung des Rechts); Strafmilderung; richterliche Rechtsfortbildung; Anrechnung des erlittenen Strafverfahrens wie erlittene Untersuchungshaft; redaktioneller Hinweis.

Art. 6 Abs. 1 Satz 1 EMRK; Art. 13 EMRK; Art. 2 Abs. 1 GG; Art. 20 Abs. 3 GG; § 132 GVG; § 49 StGB; § 51 Abs. 1 StGB; § 46 StGB

**806. BGH 3 StR 140/07 - Urteil vom 28. Juni 2007 (LG Stade)**

Verabredung eines Verbrechens (notwendige Genauigkeit der getroffenen Verabredung).

§ 30 StGB

**807. BGH 3 StR 149/07 - Beschluss vom 19. Juni 2007 (LG Lüneburg)**

Prozessverschleppung (Indiz, die Frist zur Stellung von Beweisanträgen verstreichen zu lassen).

§ 244 Abs. 2 Satz 2 StPO

Setzt das Gericht in zulässiger Weise (vgl. BGH 1 StR 32/07 – Beschluss vom 9. Mai 2007; für BGHst vorgesehen) eine Frist zur Stellung von Beweisanträgen, so kann das Verstreichenlassen der Frist als Indiz dafür gewertet werden, dass später gestellte Beweisanträge der Prozessverschleppung dienen.

**808. BGH 3 StR 174/07 - Beschluss vom 22. Mai 2007 (LG Hildesheim)**

Geiselnahme; Nötigung (Konkurrenzen).

§ 239b StGB; § 240 StGB

**809. BGH 3 StR 176/07 - Urteil vom 14. Juni 2007 (LG Hannover)**

Unerlaubtes Handeltreiben mit Betäubungsmitteln; Strafzumessung (revisionsgerichtliche Kontrolle; gerechter Schuldausgleich; unvertretbar niedrige Strafe).

§ 29a BtMG; § 30 BtMG; § 46 StGB

**810. BGH 3 StR 185/07 - Urteil vom 28. Juni 2007 (LG Lübeck)**

Schwere Körperverletzung (erhebliche Entstellung).

§ 226 Abs. 1 StGB

**811. BGH 3 StR 194/07 - Beschluss vom 13. Juni 2007 (LG Wuppertal)**

Rechtsstaatswidrige Verfahrensverzögerung (Sachrüge; Verfahrensrüge; Revisionsbegründung); Unterbringung in einer Entziehungsanstalt (Hang; psychische Abhängigkeit).

§ 344 Abs. 2 Satz 2 StPO; Art. 6 Abs. 1 Satz 1 EMRK; § 64 StGB

**812. BGH 3 StR 195/07 - Beschluss vom 26. Juni 2007 (LG Kiel)**

Besonders schwere Brandstiftung (Strafzumessung; Strafrahmenwahl).

§ 46 StGB; § 306b StGB

**813. BGH 3 StR 212/07 - Urteil vom 28. August 2007 (LG Dortmund)**

Vorteilsnahme (Vorsatz); Bestechlichkeit (Vorsatz); Amtsträger; Wahlkampfspenden; nachträglich doloses Annehmen eines Vorteils; Fall Kremendahl.

§ 331 StGB; § 333 StGB; § 15 StGB

**814. BGH 3 StR 216/07 - Beschluss vom 21. Juni 2007 (LG Mönchengladbach)**

Unerlaubtes Handeltreiben mit Betäubungsmitteln (Vertrauensperson der Polizei; Vermittlung; Umsatz; Sicherstellung; agent provocateur).

§ 29 BtMG

**815. BGH 3 StR 233/07 - Beschluss vom 10. Juli 2007 (LG Hannover)**

Tötungsvorsatz (Beweiswürdigung; gefährliche Gewalttätigkeit; fehlendes Tatmotiv); Urteilsgründe.

§ 212 StGB; § 15 StGB; § 261 StPO; § 267 Abs. 3 StPO

1. Zwar ist bei gefährlichen Gewalttätigkeiten ein Schluss von der objektiven Gefährlichkeit der Handlungen auf den bedingten Tötungsvorsatz grundsätzlich möglich. Diese Beweiswürdigung ist jedoch nur dann rechtsfehlerfrei, wenn der Tatrichter in seine Erwägungen auch alle die Umstände einbezogen hat, die ein solches Ergebnis in Frage stellen.

2. Da vor dem Tötungsvorsatz eine wesentlich höhere Hemmschwelle steht als vor dem Gefährdungs- oder Verletzungsvorsatz, ist ebenfalls in den Urteilsgründen erkennbar zu prüfen, ob der Täter den Tötungserfolg als möglich vorausgesehen und dennoch ernsthaft darauf vertraut hat, er werde nicht eintreten. Dies gilt insbesondere dann, wenn ein einsichtiger Beweggrund für eine so schwere Tat wie die Tötung eines Menschen fehlt.

**816. BGH 3 StR 255/07 - Beschluss vom 29. August 2007 (LG Aurich)**

Unbegründete Revision.

§ 349 Abs. 2 StPO

**817. BGH 3 StR 256/07 - Beschluss vom 29. August 2007 (LG Aurich)**

Unbegründete Revision.

§ 349 Abs. 2 StPO

**818. BGH 3 StR 332/07 - Beschluss vom 11. September 2007 (LG Düsseldorf)**

Aufklärungspflicht; Zurückweisung eines Beweisantrages; Beruhen (faktische Wahrunterstellung).

§ 244 StPO; § 337 StPO

**819. BGH 3 StR 336/07 - Beschluss vom 20. September 2007 (LG Aurich)**

Betrug (Vermögensverlust großen Ausmaßes; gewerbsmäßiges Handeln; bandenmäßiges Handeln).  
§ 263 StGB

**820. BGH 1 StR 201/07 - Urteil vom 14. August 2007 (LG Bayreuth)**

Rechtsfehlerhaft unterlassene Anordnung der Sicherungsverwahrung bei wiederholten Sexualdelikten zulasten von Kindern und Jugendlichen (Ermessen; schwerer sexueller Missbrauch; Gefährlichkeit bei entgeltlichem Verkehr; seelische Schäden bei Kindern und Jugendlichen); Strafzumessung bei Rückfällen; erhebliche sexuelle Handlung; Gesetzlichkeitsprinzip.  
§ 66 Abs. 2 StGB; § 176a StGB; § 176 StGB; § 184f StGB; Art. 103 II GG

**821. BGH 1 StR 233/07 - Beschluss vom 22. August 2007 (LG Mosbach)**

Rechtliches Gehör (keine Begründungspflicht für letztinstanzliche Entscheidung).  
Art. 103 Abs. 1 GG

**822. BGH 1 StR 248/07 - Beschluss vom 18. Juli 2007**

Verhältnis zwischen der präventiven Unterbringung nach Landesgesetzen und dem strafrechtlichen Sicherungsverfahren (keine Geltung des Legalitätsprinzips; Verhältnismäßigkeitsgrundsatz).  
§ 413 StPO

**823. BGH 1 StR 294/07 - Beschluss vom 18. Juli 2007 (LG Regensburg)**

Rüge der fehlerhaft unterbliebenen Belehrung über ein Zeugnisverweigerungsrecht (Entbehrlichkeit von Feststellungen über das Nichtbestehen eines behaupteten Verlöbnisses).  
§ 52 Abs. 1 StPO

**824. BGH 1 StR 296/07 - Beschluss vom 18. Juli 2007 (LG Stuttgart)**

Verzicht auf das Verwertungsverbot nach § 252 StPO (Belehrungspflicht; Erklärung durch Dritte außerhalb der Hauptverhandlung; Aufklärungspflicht); Darlegungsvoraussetzungen für eine Rüge nach § 252 StPO (ergänzender Rückgriff auf die Urteilsgründe); redaktioneller Hinweis.  
Art. 6 Abs. 3 lit. d EMRK; § 252 StPO; § 244 Abs. 2 StPO

**825. BGH 1 StR 304/07 - Beschluss vom 16. August 2007 (LG Kempten)**

Verbotene Vernehmungsmethoden (Täuschung über den untersuchten Tatvorwurf; Versprechen eines gesetzlich nicht vorgesehenen Vorteils; „Pfleger von Sonthofen“); Recht auf ein faires Verfahren (kein Gebot der Zwischenentscheidung über ein behauptetes Verwertungsverbot).  
§ 136 StPO; § 136a StPO; Art. 6 EMRK

**826. BGH 1 StR 327/07 - Beschluss vom 15. August 2007 (LG Ravensburg)**

Anordnung der Sicherungsverwahrung (frühere Tat nach § 66 Abs. 4 Satz 3 und 4 StGB: Fristberechnung bei zwischenzeitlicher Haft und zeitweiser Flucht).  
§ 66 Abs. 4 Satz 3 und 4 StGB

**827. BGH 1 StR 73/07 - Urteil vom 12. Juni 2007 (LG Hof)**

Beweiswürdigung beim Vorwurf des Mordes (Behauptung eines Erlaubnistatbestandsirrtums: Notwehr; inkonstantes Aussageverhalten des Angeklagten); Anforderungen an den Tötungsvorsatz und das Ausnutzungsbewusstsein bei der Heimtücke.  
§ 261 StPO; § 32 StGB; § 16 Abs. 1 Satz 1 StGB; § 17 StGB; § 15 StGB; § 212 StGB; § 211 StGB

**828. BGH 1 StR 331/07 - Beschluss vom 28. August 2007 (LG München)**

Befangenheitsrüge gegen Übersetzerin (Bindung an die vom Tatrichter angenommenen Tatsachen; Rechtsmissbrauch).  
§ 74 StPO; § 191 GVG

**829. BGH 1 StR 332/07 - Beschluss vom 25. Juli 2007 (LG Nürnberg-Fürth)**

Unterbringung des Angeklagten in einer Entziehungsanstalt (Hang auch ohne Depravation).  
§ 64 StGB

**830. BGH 1 StR 333/07 - Beschluss vom 16. August 2007 (LG Schweinfurt)**

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

**831. BGH 1 StR 335/07 - Beschluss vom 15. August 2007 (LG Karlsruhe)**

Recht auf ein faires Verfahren und Strafzumessung (Ermittlungsverhalten und Zugriffsverzögerungen; Tatprovokation).  
Art. 6 EMRK; § 46 StGB

Einen Anspruch eines Straftäters darauf, dass die Ermittlungsbehörden rechtzeitig gegen ihn einschreiten, um seine Taten zu verhindern, gibt es nicht.

**832. BGH 1 StR 337/07 - Beschluss vom 12. September 2007 (LG Mannheim)**

Volkserhetzung („Fall Zündel“); Akteneinsicht (Revisibilität der Art und Weise).  
§ 130 StGB; § 147 StGB

**833. BGH 1 StR 368/07 - Beschluss vom 26. Juli 2007 (LG Mannheim)**

Absoluter Revisionsgrund bei verspäteter Urteilsabsetzung (Fristverlängerung bei gesetzlichem und nicht nur kirchlichem Feiertag).  
§ 275 StPO; § 338 Nr. 7 StPO; § 43 Abs. 2 StPO

**834. BGH 1 StR 378/07 - Beschluss vom 29. August 2007 (LG Schweinfurt)**

Entscheidung über die Vollstreckungsreihenfolge von Freiheitsstrafe und Maßregel (Geltung in der Revision; Gesetz zur Sicherung der Unterbringung in einem psychiatrischen Krankenhaus und in einer Entziehungsanstalt vom 16. Juli 2007).  
§ 67 Abs. 2 StGB n.F.; § 354a StPO

**835. BGH 1 StR 387/07 - Beschluss vom 29. August 2007 (LG Karlsruhe)**

Verlesung einer polizeilichen Beschuldigtenvernehmung (Beruhen; Ausnahme bei Zustimmung der Verteidigung).

§ 251 Abs. 1 Nr. 1 StPO; § 254 StPO; § 337 StPO

**836. BGH 1 StR 402/07 - Beschluss vom 28. August 2007 (LG Nürnberg)**

Verwerfung der Revision als unbegründet.

§ 349 Abs. 2 StPO

**837. BGH 1 StR 403/07 - Beschluss vom 22. August 2007 (LG Memmingen)**

Mord (Heimtücke: Maßgeblichkeit der Lage bei Beginn des ersten, mit Tötungsvorsatz geführten Angriffs).

§ 211 Abs. 2 StGB

**838. BGH 1 StR 466/05 - Beschluss vom 23. August 2007 (LG München)**

Rügeverkümmern nach Protokollberichterung (Umsetzung von GSSt 1/06); Verlesung des Anklagesatzes; Recht auf Verfahrensbeschleunigung (rechtsstaatswidrige Verfahrensverzögerung; Verlängerung durch Vorlageverfahren; Zurechnung der Verfahrensverlängerung zum Angeklagten und geändertes Ethos der Strafverteidigung).

§ 274 StPO; § 243 Abs. 3 Satz 1 StPO; Art. 6 Abs. 1 Satz 1 EMRK

**839. BGH 4 StR 127/07 - Beschluss vom 30. August 2007 (LG Kaiserslautern)**

Vermögensbetreuungspflicht bei der Untreue als strafbe gründendes persönliches Merkmal (Strafmilderung bei Anstiftung).

§ 266 Abs. 1 StGB; § 28 Abs. 1 StGB; § 26 StGB

**840. BGH 4 StR 142/07 - Beschluss vom 7. August 2007**

Verspätetes Ablehnungsgesuch gegen Richter des BGH; rechtliches Gehör; Rekonstruktionsverbot in der Revision.

Art. 103 Abs. 1 GG; § 26a Abs. 1 Nr. 1 StPO; § 356a StPO

**841. BGH 4 StR 17/07 - Beschluss vom 31. Juli 2007 (LG Saarbrücken)**

Verwerfung der Revision als unbegründet.

§ 349 Abs. 2 StPO

**842. BGH 4 StR 180/07 - Urteil vom 23. August 2007 (LG Magdeburg)**

Überzogene Anforderungen an die Überzeugungsbildung bei einem Raubüberfall (Freispruch; lückenhafte Beweiswürdigung; fehlende Feststellungen zu den persönlichen Verhältnissen der Angeklagten); Sichverabreden zur Begehung eines Verbrechens (Versuch der Beteiligung an einem schweren Raub; Rücktritt); Nichtanzeige eines geplanten Verbrechens (Erlangung von Straffreiheit durch Abhalten von der Begehung).

§ 261 StPO; § 30 Abs. 2 StGB; § 250 Abs. 2 Nr. 1 StGB; § 31 StGB; § 138 Abs. 1 Nr. 7 StGB; § 139 Abs. 3 Satz 1 StGB; § 11 Abs. 1 Nr. 1 a StGB

**843. BGH 4 StR 62/07 - Urteil vom 16. August 2007 (LG Saarbrücken)**

BGHR; Anwendbarkeit des § 284 StGB auf die gewerbliche Vermittlung von Sportwetten ohne behördliche Genehmigung (Oddset-Wette; Folgen der Entscheidung des Bundesverfassungsgerichts vom 28. März 2006 – 1 BvR 1054/01; Altfälle; konsequente Ausrichtung des staatlichen Wettmonopols am Ziel der Bekämpfung der Spiel- und Wettleidenschaft); unvermeidbarer Verbotsirrtum bei verfassungsrechtlich unklarer Rechtslage; Dienstleistungsfreiheit; Niederlassungsfreiheit; Vorlagepflicht bei der Überzeugung von der Verfassungswidrigkeit eines Strafgesetzes (Entscheidungserheblichkeit).

§ 284 StGB; § 17 StGB; Art. 12 GG; Art. 100 Abs. 1 GG

**844. BGH 4 StR 182/07 - Beschluss vom 21. August 2007 (LG Kassel)**

Verwerfung der Revision als unbegründet.

§ 349 Abs. 2 StPO

**845. BGH 4 StR 187/07 - Beschluss vom 12. Juni 2007 (LG Rostock)**

Rechtsfehlerhafte Verneinung einer verminderten Schuldfähigkeit nach erheblicher Alkoholintoxikation (Affekt; Bedeutung des Leistungsverhaltens nach der Tat).

§ 21 StGB

**846. BGH 4 StR 204/07 - Beschluss vom 26. Juli 2007 (LG Essen)**

Fehlerhaft unterbliebene Bildung einer nachträglichen Gesamtstrafe (Zäsur).

§ 55 StGB; § 354 Abs. 1 b Satz 1 StPO

**847. BGH 4 StR 212/07 - Beschluss vom 28. August 2007 (LG Stralsund)**

Verfahrenshindernis des fehlenden Eröffnungsbeschlusses.

§ 206a StPO; § 203 StPO

**848. BGH 4 StR 220/07 - Beschluss vom 17. Juli 2007 (LG Essen)**

Tateinheit bei Nötigung mehrerer Opfer (Teilidentität der Tathandlungen; Freiheitsberaubung; natürliche Handlungseinheit); Schuldspruchberichtigung analog § 354 Abs. 1 StPO (Beruhen; Änderung des Konkurrenzverhältnisses).

§ 240 StGB; § 52 StGB; § 239 StGB; § 354 Abs. 1 analog StPO; § 337 StPO

**849. BGH 4 StR 225/07 - Beschluss vom 30. August 2007 (LG Bielefeld)**

Verwerfung der Revision als unbegründet.

§ 349 Abs. 2 StPO

**850. BGH 4 StR 227/07 - Beschluss vom 6. September 2007 (LG Bielefeld)**

Schwerer Raub (Einsatz einer Scheinwaffe oder einer ungeladenen Schusswaffe).

§ 250 Abs. 2 Nr. 1 StGB; § 250 Abs. 1 Nr. 1 b StGB

Der Einsatz einer Scheinwaffe („Spielzeugpistole“) oder aber einer ungeladenen Schusswaffe als Drohmittel erfüllt nicht die Voraussetzungen der Qualifikation nach § 250 Abs. 2 Nr. 1 StGB, sondern unterfällt § 250 Abs. 1 Nr. 1 b StGB (st. Rspr., vgl. nur BGHSt 44, 103, 105 ff.).

**851. BGH 4 StR 236/07 alt: 4 StR 36/06 - Beschluss vom 24. Juli 2007 (LG Bochum)**

Absoluter Revisionsgrund der Abwesenheit eines notwendigen Verteidigers (konkludente Bestellung des Wahlverteidigers nach Mandatsniederlegung zum Pflichtverteidiger); Ablehnungsgesuch gegen Schöffen (Besorgnis der Befangenheit: teilweise Kenntnissnahme von einem unverwertbaren Urteil; mangelnde dienstliche Äußerung der Schöffen).

§ 338 Nr. 5 StPO; § 140 Abs. 1 Nr. 2 StPO; § 140 Abs. 1 Nr. 2 StPO; Art. 6 Abs. 1 Satz 1, Abs. 3 lit. c EMRK; Art. 101 Abs. 1 Satz 2 GG; § 338 Nr. 3 StPO; § 24 Abs. 2 StPO; § 31 Abs. 1 StPO; § 51 Abs. 1 BZRG

**852. BGH 4 StR 237/07 - Beschluss vom 24. Juli 2007 (Nürnberg-Fürth)**

Gesamtstrafenbildung (Strafzumessung; Härteausgleich bei Zäsur); Hinweise zur Abfassung der Urteilsgründe und zur Tenorierung bei der Bildung zweier Gesamtstrafen.

§ 46 StGB; § 55 StGB; § 267 StPO

**853. BGH 4 StR 237/07 - Beschluss vom 24. Juli 2007 (LG Nürnberg-Fürth)**

Widersprüchliche Strafzumessung.

§ 46 StGB

**854. BGH 4 StR 242/07 - Beschluss vom 17. Juli 2007 (LG Bielefeld)**

Verminderte Schuldfähigkeit bei Pädophilie (erforderliche Feststellungen zur Persönlichkeitsstörung); Anordnung der Unterbringung in einem psychiatrischen Krankenhaus.

§ 21 StGB; § 63 StGB

**855. BGH 4 StR 249/07 - Beschluss vom 16. Juli 2007 (LG Münster)**

Rechtsfehlerhafte Strafzumessung (Widersprüche; vorhersehbare Tatfolgen für die Geschädigte; Wertungsfehler).

§ 46 StGB

**856. BGH 4 StR 250/07 - Beschluss vom 4. September 2007 (LG Magdeburg)**

Verwerfung der Revision als unbegründet.

§ 349 Abs. 2 StPO

**857. BGH 4 StR 257/07 - Beschluss vom 28. August 2007 (LG Dortmund)**

Keine Anordnung der Unterbringung des Angeklagten in einer Entziehungsanstalt ohne hinreichend konkrete Therapieaussicht.

§ 64 Abs. 2 StGB

**858. BGH 4 StR 262/07 - Beschluss vom 19. Juli 2007 (LG Kaiserslautern)**

Strafzumessung bei Vergewaltigung (zu strenge Anforderungen an eine Ausnahme von der Regelwirkung des Regelbeispiels bei erheblichen Strafmilderungsgründen; vorherige Intimbeziehungen zum Opfer; Vergewaltigung in der Ehe und spätere einvernehmliche Sexualkontakte).

§ 46 StGB; § 177 Abs. 2 StGB

Nach ständiger Rechtsprechung kann eine Ausnahme

von der Regelwirkung des § 177 Abs. 2 StGB dann in Betracht kommen, wenn ein Regelbeispiel mit gewichtigen Milderungsgründen zusammentrifft. Der Bestrafung kann dann der Strafraum des Grundtatbestands des § 177 Abs. 1 StGB zu Grunde gelegt werden. In Ausnahmefällen kann darüber hinaus eine weitere Milderung dieses Strafraums und die Bemessung der Strafe aus dem Rahmen für minder schwere Fälle nach § 177 Abs. 5 1. Halbs. StGB in Betracht zu ziehen sein.

**859. BGH 4 StR 265/07 - Beschluss vom 4. September 2007 (LG Neubrandenburg)**

Verwerfung der Revision als unbegründet.

§ 349 Abs. 2 StPO

**860. BGH 4 StR 266/07 - Beschluss vom 17. Juli 2007 (LG Essen)**

Fehlerhafte Gesamtstrafenbildung (Zäsurwirkung; Erledigung).

§ 55 StGB; § 460 StPO

**861. BGH 4 StR 267/07 - Beschluss vom 6. September 2007 (LG Dessau)**

Verwerfung der Revision als unbegründet.

§ 349 Abs. 2 StPO

**862. BGH 4 StR 269/07 - Beschluss vom 7. August 2007 (LG Schwerin)**

Rechtsfehlerhafte Gesamtstrafenbildung (Darstellungsrüge).

§ 55 StGB; § 354 Abs. 1 b StPO

**863. BGH 4 StR 274/07 - Beschluss vom 13. September 2007 (LG Essen)**

Verwerfung der Revision als unbegründet.

§ 349 Abs. 2 StPO

**864. BGH 4 StR 276/07 - Beschluss vom 17. Juli 2007 (LG Arnsberg)**

Wertungsfehler bei der Gesamtstrafenbildung (Darstellungsrüge; unübliche Strafhöhe bei Serientaten).

§ 54 StGB; § 46 StGB

**865. BGH 4 StR 283/07 - Beschluss vom 9. August 2007 (LG Halle)**

Unterbringung in einer Entziehungsanstalt (hinreichend konkrete Therapieaussicht); Unterbliebene Entscheidung über die Vollstreckungsreihenfolge gemäß § 67 Abs. 2 StGB n.F. (Geltung in der Revision).

§ 64 StGB; § 67 Abs. 2 StGB; § 354a StPO

**866. BGH 4 StR 293/07 - Beschluss vom 17. Juli 2007 (LG Bochum)**

Rechtsfehlerhaft unterbliebene Gesamtstrafenbildung; Strafraumwahl bei möglichem minder schweren Fall (des schweren Raubes) und weiteren Milderungsgründen.

§ 55 StGB; § 250 StGB; § 27 StGB; § 49 StGB

**867. BGH 4 StR 295/07 - Urteil vom 23. August 2007 (LG Dortmund)**

Tötungsvorsatz und direkter Vorsatz erheblicher Verletzungen (Beweiswürdigung; Hemmschwelle); gefährliche Körperverletzung (gefährliches Werkzeug); Strafausset-

zung zur Bewährung.

§ 212 StGB; § 15 StGB; § 224 Abs. 1 Nr. 2 StGB; § 56 StGB

**868. BGH 4 StR 305/07 - Beschluss vom 28. August 2007 (LG Siegen)**

Vollrausch (mögliche verminderte Schuldfähigkeit schon während des Sichberauschens bei Alkoholsucht); Anordnung der Unterbringung in einer Entziehungsanstalt (Gefahrprognose; Ungenügen der Selbstgefährdung).

§ 323a StGB; § 21 StGB; § 64 StGB

**869. BGH 4 StR 308/07 - Beschluss vom 15. August 2007 (LG Frankenthal)**

Verwerfung der Revision als unbegründet.

§ 349 Abs. 2 StPO

**870. BGH 4 StR 311/07 - Beschluss vom 24. Juli 2007 (LG Halle)**

Verwerfung der Revision als unbegründet.

§ 349 Abs. 2 StPO

**871. BGH 4 StR 316/07 - Beschluss vom 31. Juli 2007 (LG Bochum)**

Strafrahmenwahl bei der sexuellen Nötigung (Vergewaltigung; minder schwere Fälle).

§ 177 Abs. 3, Abs. 4, Abs. 5 2. Halbs. StGB

**872. BGH 4 StR 323/07 - Beschluss vom 28. August 2007 (LG Saarbrücken)**

Tateinheit bei Körperverletzung und Nötigung (Teilidentität der Tathandlungen; natürliche Handlungseinheit).

§ 240 StGB; § 223 StGB; § 52 StGB

**873. BGH 4 StR 329/07 - Beschluss vom 15. August 2007 (LG Essen)**

Verwerfung der Revision als unbegründet.

§ 349 Abs. 2 StPO

**874. BGH 4 StR 330/07 - Beschluss vom 28. August 2007 (LG Paderborn)**

Verwerfung der Revision als unbegründet.

§ 349 Abs. 2 StPO

**875. BGH 4 StR 339/07 - Beschluss vom 9. August 2007 (LG Leipzig)**

Vorsätzliche Gefährdung des Straßenverkehrs (Eigenhändigkeit bei Täterschaft: Führer des Fahrzeugs; Beihilfe); Schuldpruchberichtigung analog § 354 Abs. 1 StPO (Beruhen).

§ 315c StGB; § 27 StGB; § 354 Abs. 1 analog StPO; § 337 StPO

**876. BGH 4 StR 344/07 - Beschluss vom 2. August 2007 (LG Essen)**

Unterbringung in einer Entziehungsanstalt; Entscheidung über die Vollstreckungsreihenfolge gemäß § 67 Abs. 2 StGB n.F. (Geltung in der Revision).

§ 64 StGB; § 67 Abs. 2 StGB n.F.; § 354a StPO

**877. BGH 4 StR 356/07 - Beschluss vom 30. August 2007 (LG Dessau)**

Rechtsfehlerhafte Bildung einer Gesamtgeldstrafe (Zäsurwirkung).

§ 54 StGB; § 53 Abs. 2 Satz 2 StGB

**878. BGH 4 StR 363/07 - Beschluss vom 30. August 2007 (LG Saarbrücken)**

Verwerfung der Revision als unbegründet.

§ 349 Abs. 2 StPO

**879. BGH 4 StR 393/07 - Beschluss vom 4. September 2007 (LG Mönchengladbach)**

Nachholung der Einziehung des Führerscheins (Verschlechterungsverbot).

§ 358 Abs. 2 StPO; § 69 Abs. 3 Satz 2 StGB

**880. BGH 4 StR 431/06 - Beschluss vom 6. August 2007 (LG Stendal)**

Mittäterschaft beim unerlaubten Erwerb von Schusswaffen, um sie einem Nichtberechtigten zu überlassen; versuchtes Überlassen der tatsächlichen Gewalt über Kriegswaffen.

§ 52 Abs. 1 Nr. 2 a WaffG; § 25 Abs. 2 StGB; § 22 a Abs. 1 Nr. 2 KWKG

**881. BGH 5 StR 103/07 - Urteil vom 29. August 2007 (LG Dresden)**

Bankrott (Beihilfe); Untreue (Pflichtwidrigkeit und kommunalrechtliches Sparsamkeitsgebot; Vergütungen bei öffentlich-rechtlichen Beraterverträgen; Missachtung des Insolvenzverfahrens; Vorsatz bei normativen Tatbestandsmerkmalen; Haushaltsuntreue); Bestechlichkeit; Begriff des Amtsträgers (Vorsatz bezüglich der Amtsträgerschaft bei fehlendem formellen Bestellungsakt; Verbotssirrtum); uneidliche Falschaussage im Insolvenzverfahren (konkrete Zuständigkeit); Beweiswürdigung bei der Auslegung von Verträgen; Umfang der Aufhebung (Feststellungen); Fall Roßberg.

§ 266 StGB; § 27 StGB; § 332 StGB; § 283 Abs. 1 Nr. 1 und 8 StGB; § 11 Abs. 1 Nr. 2 lit. c StGB; § 17 StGB; § 15 StGB; § 156 StGB

**882. BGH 5 StR 31/07 - Urteil vom 28. August 2007 (LG Berlin)**

Rechtsfehlerhafte Beweiswürdigung im Berliner „Ehrenmordprozess“ (rechtsfehlerhaft begründete Freisprüche; verfehlteter Urteilsaufbau anhand einer Aussage vom Hörensagen; Fall Hatun Sürücü).

§ 211 StGB; § 261 StPO

**883. BGH 5 StR 72/07 - Beschluss vom 24. Mai 2007 (LG Hagen)**

Steuerhinterziehung durch verdeckte Gewinnausschüttung im Sinne des § 8 Abs. 3 Satz 2 KStG (Begriff der verdeckten Gewinnausschüttung bei der Hinterziehung von Körperschaftshinterziehung und Gewerbesteuerhinterziehung; Kompensationsverbot); Grenzen der Revisibilität bei der Annahme eines steuerlichen Scheingeschäfts; verdeckte Einlage.

§ 370 AO; § 8 Abs. 3 Satz 2 KStG; § 20 Abs. 1 Nr. 1 Satz 2 EStG; § 41 AO; § 261 StPO

**884. BGH 5 StR 147/07 - Beschluss vom 1. August 2007**

Rechtliches Gehör; Anhörungsrüge.

Art. 103 Abs. 1 GG; § 356a StPO

**885. BGH 5 StR 193/07 – Urteil vom 30. August 2007 (LG Potsdam)**

Totschlag; regelmäßig bei Tötungsdelikten nahe liegende Hinzuziehung eines psychiatrischen Sachverständigen (Jugendstrafrecht; gesteigertes Begründungsgebot bei Berufung auf eigene Sachkunde; verminderte Schuldfähigkeit; fallbezogene Besonderheiten bei Heranwachsenden).

§ 212 StGB; § 21 StGB; § 244 Abs. 2, Abs. 3 StPO

**886. BGH 5 StR 197/07 – Urteil vom 30. August 2007 (LG Potsdam)**

Totschlag; Jugendstrafe; Erörterungsmangel bezüglich verminderter Steuerungsfähigkeit; Strafzumessung (Wertungsfehler; Strafschärfung wegen zulässigen Verteidigungsverhaltens).

§ 212 StGB; § 17 JGG; § 21 StGB; § 46 StGB

**887. BGH 5 StR 199/07 – Beschluss vom 15. August 2007 (LG Berlin)**

Verwerfung der Revision als unbegründet.

§ 349 Abs. 2 StPO

**888. BGH 5 StR 216/07 – Urteil vom 15. August 2007 (LG Berlin)**

Abgrenzung von schwerer räuberischer Erpressung und schwerem Raub nach Erscheinungsbild (mangelnde Feststellungen zur objektiven Gefährlichkeit einer Schreckschusspistole; Pfefferspray); erpresserischer Menschenraub.

§ 250 Abs. 2 Nr. 1, Abs. 1a StGB; § 255 StGB; § 253 StGB; § 239b StGB

**889. BGH 5 StR 247/07 – Beschluss vom 30. August 2007 (LG Berlin)**

Verwerfung der Revision als unbegründet.

§ 349 Abs. 2 StPO

**890. BGH 5 StR 267/07 – Beschluss vom 28. August 2007 (LG Braunschweig)**

Anordnung der nachträglichen Sicherungsverwahrung (neue Tatsache bei einer Äußerung im Vollzug; Deutungsobliegenheiten, Pädophilie, gebotene Gesamtwürdigung).

§ 66b StGB

**891. BGH 5 StR 269/07 – Beschluss vom 1. August 2007 (LG Berlin)**

Verwerfung der Revision als unbegründet.

§ 349 Abs. 2 StPO

**892. BGH 5 StR 276/07 – Beschluss vom 1. August 2007 (LG Zwickau)**

Verwerfung der Revision als unbegründet.

§ 349 Abs. 2 StPO

**893. BGH 5 StR 282/07 – Beschluss vom 1. August 2007 (LG Potsdam)**

Strafzumessung (Aufklärungshilfe; begrenzte Berücksichtigung ausländischer Vorstrafen).

§ 46 StGB; § 31 BtMG; § 49 Abs. 2 StGB; § 30 Abs. 1 Nr. 4 BtMG

**894. BGH 5 StR 311/07 – Beschluss vom 12. September 2007 (LG Frankfurt)**

Verwerfung der Revision als unbegründet.

§ 349 Abs. 2 StPO

**895. BGH 5 StR 316/07 – Beschluss vom 30. August 2007 (LG Berlin)**

Verwerfung der Revision als unbegründet.

§ 349 Abs. 2 StPO

**896. BGH 5 StR 335/07 – Beschluss vom 30. August 2007 (LG Bautzen)**

Unterbringung in einem psychiatrischen Krankenhaus; rechtsfehlerhafte Aussetzung der Gesamtfreiheitsstrafe zur Bewährung (Weisung der Heimunterbringung).

§ 63 StGB; § 56 StGB

**897. BGH 5 StR 347/06 – Urteil vom 31. Juli 2007 (LG Berlin)**

Untreue (Rückabwicklung eines Steuersparimmobilienfonds; Vermögensnachteil: Einbeziehung erlangter außergewöhnlicher Steuervorteile).

§ 266 StGB

**898. BGH 5 StR 461/06 – Beschluss vom 20. Juni 2007**

Unbegründeter Antrag auf eine Pauschgebühr für das Revisionsverfahren (Unzumutbarkeit der gesetzlichen Gebühren; Unterschiede zwischen Wahlverteidigern und Pflichtverteidigern).

§ 42 Abs. 1 RVG

**899. BVerfG 2 BvR 725/07 (2. Kammer des Zweiten Senats) – Beschluss vom 27. September 2007 (HansOLG Hamburg/StA Hamburg)**

Ladung zum Strafantritt (Versagung der Ladung in den offenen Vollzug zwecks Erhaltung eines bestehenden Arbeitsverhältnisses); Vollstreckungsplan (Abweichung durch die Strafvollstreckungsbehörde); regelhafte Ladung in den geschlossenen Vollzug (Verfassungsmäßigkeit; Möglichkeit des Freiganges; Hamburgische „Allgemeinverfügung zur Sicherung des Arbeitsplatzes während des Freiheitsentzuges“ – Az. 4511/2-2, AV Nr. 12/2007); Ermessensentscheidungen (Prüfung durch das BVerfG); Verfassungsbeschwerde (nicht gegen Verwaltungsvorschriften); Nichtannahmebeschluss (nachträgliche Änderung der Sach- und Rechtslage); redaktioneller Hinweis. Art. 2 Abs. 1 GG; Art. 1 Abs. 1 GG; Art. 19 Abs. 4 GG; § 10 Abs. 1 StVollzG; § 11 Abs. 1 StVollzG