

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

HERAUSGEBER

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

SCHRIFTFLEITUNG

Wiss. Ass.

Dr. iur. Karsten Gaede

Bucerius Law School

Jungiusstraße 6

20355 Hamburg

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); Dr. Antje du Bois-
Pedain, M.Jur. (Oxon), (Univ.
Cambridge); Prof. Dr. Diethelm
Kluczewski (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
Dr. Ralf Neuhaus (Dortmund); 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

Richter Dr. *André Graumann*, Hamburg – Die gesetzliche Regelung von Absprachen im Strafverfahren – Die Gesetzesentwürfe und der Vertrauensschutz des Angeklagten bei einer fehlgeschlagenen Verständigung über das Strafmaß S. 122

Prof. Dr. *Christoph Sowada*, Rostock – Der räuberische Angriff auf einen „Noch-nicht-Kraftfahrer“ (Zugleich Besprechung zu BGH HRRS 2008 Nr. 46) S. 136

Dokumentation – Abweichende Meinung des Vizepräsidenten des BVerfG Prof. Winfried Hassemer zur „Inzest-Entscheidung“ des Zweiten Senats vom 13. März 2008 S. 143

Die Ausgabe umfasst zwei Rezensionen zu strafrechtlichen Publikationen.

Entscheidungen

EGMR (GK) *Ramanauskas v. Litauen* – Verwertungsverbot und unfaires Verfahren bei rechtswidriger Tatprovokation zur Korruptionsbekämpfung

BVerfG Nichtigkeitsgesetze über die automatisierte Erfassung von KFZ-Kennzeichen

BVerfG Strafbarkeit einvernehmlicher Inzesthandlungen unter leiblichen Geschwistern

BVerfG Verurteilung wegen Fahrens ohne Fahrerlaubnis trotz Erwerb eines EU-Führerscheins

BVerfG Prozesskostenhilfe im Fall Gäfgen zur Geltendmachung von Amtshaftungsansprüchen

BGHR Wahlweise Verurteilung wegen Betruges und wegen Computerbetruges bei der Fälschung von Überweisungsträgern fremder Konten

BGHR Verlust der Amtsfähigkeit bei einer Gesamtfreiheitsstrafe von über sechs Monaten

BGHR Keine unmittelbare Verwertung einer Aufzeichnung über die frühere Vernehmung nach Geltendmachung eines Zeugnisverweigerungsrechts

BGHSt Folgen der Verletzung des Art. 36 Abs. 1 lit. b S. 3 WÜK – Ablehnung eines Verwertungsverbotes und einer Vollstreckungslösung

BGHSt Fortsetzung eines täuschungsbedingt wegen eines Verfahrenshindernisses eingestellten Verfahrens durch Beschluss

BGHR Keine Verlängerung der Rückgewinnungshilfe und kein Auffangrechtserwerb bei Altfällen

BGHSt Einschränkung der Beihilfe nach Sicherstellung der Betäubungsmittel

Die Ausgabe umfasst 100 Entscheidungen.

HRRS

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

HERAUSGEBER

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

SCHRIFTFLEITUNG

Wiss. Ass. Dr. iur. Karsten Gaede
Bucerius Law School
Jungiusstraße 6
20355 Hamburg
karsten.gaede@strate.net

REDAKTION

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

Als ständige Mitarbeiter wirken mit:

Ass.-Prof. Dr. Daniela Demko, LL.M., (Univ. Zürich); Dr. 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 Dr. Ralf Neuhaus (Dortmund); 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
9. Jahrgang, März 2008, Ausgabe

3

Rechtsprechung

Strafrechtliche/strafverfahrensrechtliche Entscheidungen des EGMR/BVerfG

259. BVerfG 1 BvR 2074/05 (Erster Senat) – Urteil vom 11. März 2008

Automatisierte Erfassung von Kraftfahrzeugkennzeichen; informationelle Selbstbestimmung (Schutzbereichseröffnung bei einem „Trefferfall“; Eingriff; Vorbehalt des Gesetzes; Bestimmtheit; Erfordernis ausdrücklicher Zweckbestimmung; Normenklarheit); verfassungskonforme Auslegung (Grenzen); Verhältnismäßigkeit; gemischte Dateien (präventive Zwecke; repressive Zwecke).

Art. 2 Abs. 1 GG; Art. 1 Abs. 1 GG; Art. 8 EMRK; § 14 Abs. 5 HSO; § 184 Abs. 5 LVwG SH; § 483 Abs. 3 StPO

1. Eine automatisierte Erfassung von Kraftfahrzeugkennzeichen zwecks Abgleichs mit dem Fahndungsbestand greift dann, wenn der Abgleich nicht unverzüglich erfolgt

und das Kennzeichen nicht ohne weitere Auswertung sofort und spurlos gelöscht wird, in den Schutzbereich des Grundrechts auf informationelle Selbstbestimmung (Art. 2 Abs. 1 in Verbindung mit Art. 1 Abs. 1 GG) ein. (BVerfG)

2. Die verfassungsrechtlichen Anforderungen an die Ermächtigungsgrundlage richten sich nach dem Gewicht der Beeinträchtigung, das insbesondere von der Art der erfassten Informationen, dem Anlass und den Umständen ihrer Erhebung, dem betroffenen Personenkreis und der Art der Verwertung der Daten beeinflusst wird. (BVerfG)

3. Die bloße Benennung des Zwecks, das Kraftfahrzeugkennzeichen mit einem gesetzlich nicht näher definierten Fahndungsbestand abzugleichen, genügt den Anforder-

rungen an die Normenbestimmtheit nicht. (BVerfG)

4. Die automatisierte Erfassung von Kraftfahrzeugkennzeichen darf nicht anlasslos erfolgen oder flächendeckend durchgeführt werden. Der Grundsatz der Verhältnismäßigkeit im engeren Sinne ist im Übrigen nicht gewahrt, wenn die gesetzliche Ermächtigung die automatisierte Erfassung und Auswertung von Kraftfahrzeugkennzeichen ermöglicht, ohne dass konkrete Gefahrenlagen oder allgemein gesteigerte Risiken von Rechtsgutgefährdungen oder -verletzungen einen Anlass zur Einrichtung der Kennzeichenerfassung geben. Die stichprobenhafte Durchführung einer solchen Maßnahme kann gegebenenfalls zu Eingriffen von lediglich geringerer Intensität zulässig sein. (BVerfG)

5. Auch dann, wenn die Erfassung eines größeren Datenbestandes letztlich nur Mittel zum Zweck für eine weitere Verkleinerung der Treffermenge ist, kann bereits in der Informationserhebung ein Eingriff liegen, soweit sie die Informationen für die Behörden verfügbar macht und die Basis für einen nachfolgenden Abgleich mit Suchkriterien bildet (vgl. BVerfGE 100, 313, 366 mit 337, 380; 115, 320, 343). Maßgeblich ist, ob sich bei einer Gesamtbetrachtung mit Blick auf den durch den Überwachungs- und Verwendungszweck bestimmten Zusammenhang das behördliche Interesse an den betroffenen Daten bereits derart verdichtet hat, dass ein Betroffensein in einer einen Grundrechtseingriff auslösenden Qualität zu bejahen ist (vgl. BVerfGE 115, 320, 343). (Bearbeiter)

6. Der Schutzzumfang des Rechts auf informationelle Selbstbestimmung beschränkt sich nicht auf Informationen, die bereits ihrer Art nach sensibel sind und schon deshalb grundrechtlich geschützt werden. Er kann auch Informationen umfassen, die öffentlich zugänglich sind. (Bearbeiter)

7. Informationserhebungen gegenüber Personen, die den Eingriff durch ihr Verhalten nicht veranlasst haben, sind grundsätzlich von höherer Eingriffsintensität als anlassbezogene (vgl. BVerfGE 100, 313, 376, 392; 115, 320, 354). Werden Personen, die keinen Erhebungsanlass gegeben haben, in großer Zahl in den Wirkungsbereich einer Maßnahme einbezogen, können von ihr auch allgemeine Einschüchterungseffekte ausgehen, die zu Beeinträchtigungen bei der Ausübung von Grundrechten führen können (vgl. BVerfGE 65, 1, 42; 113, 29, 46). Die Unbefangenheit des Verhaltens wird insbesondere gefährdet, wenn die Streubreite von Ermittlungsmaßnahmen dazu beiträgt, dass Risiken des Missbrauchs und ein Gefühl des Überwachtwerdens entstehen (vgl. BVerfGE 107, 299, 328; 115, 320, 354 f.). Dies ist gerade bei der seriellen Erfassung von Informationen in großer Zahl der Fall. (Bearbeiter)

8. Werden im Gesetz zum Verwendungszweck keine Aussagen getroffen, schließt die Ermächtigung alle denkbaren Verwendungszwecke ein. (Bearbeiter)

9. Eine Ermächtigung zum Zugriff auf sogenannte Mischdateien, die sowohl strafprozessualen als auch präventiven Zwecken dienen, widerspricht dem Gebot der Normenbestimmtheit und Normenklarheit nicht,

sofern jedenfalls die Zugriffszwecke bestimmt sind. (Bearbeiter)

10. Soll eine verfassungskonforme Einengung eines an sich verfassungswidrig weit gefassten Verwendungszwecks möglich sein, muss eine methodengerechte Auslegung zumindest Anhaltspunkte dafür ergeben, dass der enger gefasste Zweck der maßgebliche sein sollte. Fehlt es daran, kann es nicht Aufgabe des Bundesverfassungsgerichts sein, die vom Gesetzgeber weit gefasste Eingriffsnorm auf das verfassungsgemäße Maß zurückzuschneiden. Das gilt erst recht, wenn der Gesetzgeber die Vorschrift bewusst unbestimmt gehalten und deshalb von einer entsprechenden Konkretisierung abgesehen hat. (Bearbeiter)

11. Die Verfassung hindert den Gesetzgeber nicht daran, die traditionellen rechtsstaatlichen Bindungen im Bereich des Polizeirechts auf der Grundlage einer seiner Prärogative unterliegenden Feststellung neuartiger oder veränderter Gefährdungs- und Bedrohungssituationen und neuer Ermittlungsmöglichkeiten fortzuentwickeln (vgl. BVerfGE 115, 320, 360). (Bearbeiter)

260. BVerfG 2 BvR 392/07 (Zweiter Senat) – Beschluss vom 26. Februar 2008 (OLG Dresden/AG Leipzig)

Verfassungsgemäßheit des Verbots des Beischlafs zwischen Geschwistern (Inzest; Rechtsguttheorie); sexuelle Selbstbestimmung (Grenzen); legitime Strafzwecke des Inzestverbots (Schutz der sexuellen Selbstbestimmung; Schutz von Ehe und Familie; Eugenik); Beurteilungsspielraum des Gesetzgebers (eingeschränkte Überprüfung durch das Verfassungsgericht); Schuldgrundsatz: abweichende Meinung Hassemer.

Art. 2 Abs. 1 GG; Art. 1 Abs. 1 GG; Art. 6 Abs. 1 GG; Art. 3 Abs. 1 GG; Art. 20 Abs. 3 GG; § 173 Abs. 2 Satz 2 StGB; § 153 StPO

1. Die Strafvorschrift des § 173 Abs. 2 Satz 2 StGB, die den Beischlaf zwischen Geschwistern mit Strafe bedroht, ist mit dem Grundgesetz vereinbar. (BVerfG)

2. Das Grundgesetz hat den Intim- und Sexualbereich des Menschen als Teil seiner Privatsphäre unter den verfassungsrechtlichen Schutz des Art. 2 Abs. 1 in Verbindung mit Art. 1 Abs. 1 GG gestellt. (Bearbeiter)

3. Das allgemeine Persönlichkeitsrecht in seiner Ausprägung als Recht auf sexuelle Selbstbestimmung ist nicht vorbehaltlos gewährleistet. Der Einzelne muss, soweit nicht in den unantastbaren Bereich privater Lebensgestaltung eingegriffen wird, staatliche Maßnahmen hinnehmen, die im überwiegenden Interesse der Allgemeinheit oder im Hinblick auf grundrechtlich geschützte Interessen Dritter unter strikter Wahrung des Verhältnismäßigkeitsgebots ergriffen werden (vgl. BVerfGE 27, 344, 351; 96, 56, 61; stRSpr). (Bearbeiter)

4. Das Strafrecht wird als „ultima ratio“ des Rechtsgüterschutzes eingesetzt, wenn ein bestimmtes Verhalten über sein Verbotensein hinaus in besonderer Weise sozial-schädlich und für das geordnete Zusammenleben der Menschen unerträglich, seine Verhinderung daher be-

sonders dringlich ist. Es ist aber grundsätzlich Sache des Gesetzgebers, den Bereich strafbaren Handelns unter Berücksichtigung der jeweiligen Lage festzulegen. Das Bundesverfassungsgericht hat lediglich darüber zu wachen, dass die Strafvorschrift materiell in Einklang mit den Bestimmungen der Verfassung steht und den ungeschriebenen Verfassungsgrundsätzen sowie Grundentscheidungen des Grundgesetzes entspricht (vgl. BVerfGE 27, 18, 30; 96, 10, 25 f.). (Bearbeiter)

5. Der Grundsatz der Verhältnismäßigkeit gebietet - bei Androhung von Freiheitsstrafe auch im Hinblick auf die Gewährleistung der Freiheit der Person durch Art. 2 Abs. 2 Satz 2 GG (vgl. BVerfGE 90, 145, 172) -, dass eine Strafnorm dem Schutz anderer oder der Allgemeinheit dient und die Verhältnismäßigkeit im engeren Sinne gewahrt ist. Darüber hinaus unterliegen Strafnormen von Verfassungen wegen keinen strengeren Anforderungen hinsichtlich der mit ihnen verfolgten Zwecke. Insbesondere lassen sich solche nicht aus der strafrechtlichen Rechtsgutslehre ableiten. (Bearbeiter)

6. Das Verbot des Beischlafs zwischen Geschwistern rechtfertigt sich in der Zusammenfassung nachvollziehbarer Strafzwecke vor dem Hintergrund einer kulturhistorisch begründeten, nach wie vor wirkkraftigen gesellschaftlichen Überzeugung von der Strafwürdigkeit des Inzestes. Als Instrument zum Schutz der sexuellen Selbstbestimmung, der Gesundheit der Bevölkerung und insbesondere der Familie erfüllt die Strafnorm - auch durch ihre Ausstrahlungswirkungen über den tatbestandlich eng umgrenzten strafbewehrten Bereich hinaus - eine appellative, normstabilisierende und damit generalpräventive Funktion, die die Wertsetzungen des Gesetzgebers verdeutlicht und damit zu ihrem Erhalt beiträgt. (Bearbeiter)

7. Der vorgesehene Strafraum des § 173 Abs. 2 Satz 2 StGB erlaubt es, besonderen Fallkonstellationen, in denen die geringe Schuld der Beschuldigten eine Bestrafung als unangemessen erscheinen lässt, durch Einstellung des Verfahrens nach Opportunitätsgesichtspunkten, Absehen von Strafe oder besondere Strafzumessungserwägungen Rechnung zu tragen. Vor diesem Hintergrund ist das Übermaßverbot nicht verletzt. (Bearbeiter)

8. Es kann offen bleiben, ob die Unterscheidung zwischen Strafnormen, die allein in Moralvorstellungen gründen, und solchen, die dem Rechtsgüterschutz dienen, tragfähig ist und ob bejahendenfalls Strafnormen der ersteren Art verfassungsrechtlich zu beanstanden wären. (Bearbeiter)

9. So, wie es Sache des Gesetzgebers ist, den Bereich strafbaren Handelns festzulegen, ist er in weitem Umfang zu Differenzierungen berechtigt. Das Bundesverfassungsgericht kann nur die Überschreitung äußerster Grenzen beanstanden und dem Gesetzgeber entgegenreten, wenn für eine von ihm getroffene Differenzierung sachlich einleuchtende Gründe schlechterdings nicht mehr erkennbar sind (vgl. BVerfGE 50, 142, 162 m.w.N., 166). So kann eine strafrechtliche Norm grundsätzlich nicht deshalb als verfassungswidrig angesehen werden, weil bestimmte besonders gelagerte Sachverhalte, die einen

entsprechenden Unrechtsgehalt aufweisen, von ihr nicht erfasst werden (vgl. bereits BVerfGE 50, 142, 166). (Bearbeiter)

200. EGMR Nr. 74420/01 (Große Kammer) – Urteil vom 5. Februar 2008 (Ramauskas v. Litauen)

Recht auf ein faires Strafverfahren (Tatprovokation; agent provocateur; V-Mann; V-Leute; Umgebungsverbot; Offenlegungsanspruch; Akteneinsicht; Gesamtrecht und Gesamtbetrachtung: Konfrontationsrecht, Beweisrecht); Einsatz verdeckter Ermittler zur „Korruptionsbekämpfung“ (Bestechung; Bestechlichkeit; Anstiftung); redaktioneller Hinweis.

Art. 6 Abs. 1, Abs. 3 lit. d EMRK; § 331 StGB; § 332 StGB; § 333 StGB; § 334 StGB; § 26 StGB; § 110a StPO; § 147 StPO; § 244 Abs. 2 StPO; Antikorruptionsabkommen des Europarats

1. Jede Verwertung eines durch eine rechtswidrige Tatprovokation erlangten Beweismittels ist in einem fairen Strafverfahren ausgeschlossen. Auch die Funktionstüchtigkeit der Rechtspflege kann ihre Verwertung in einem fairen Strafverfahren nicht rechtfertigen. Wenn ein Angeklagter behauptet, durch die Polizei zur Tat provoziert worden zu sein, müssen die Gerichte diesen Vorwurf mit Blick auf das bestehende Verwertungsverbot sorgfältig aufklären. Sind die Behauptungen des Angeklagten nicht völlig unwahrscheinlich, trägt der Staat die „Beweislast“ dafür, dass keine rechtswidrige Tatprovokation erfolgt ist.

2. Kann das Gericht nach dem von den Strafverfolgungsbehörden offen gelegten Material eine Tatprovokation nicht bejahen, müssen die Verteidigungsrechte (insbesondere: Waffengleichheit und rechtliches Gehör) in dem Verfahren, in dem die Tatprovokation verneint wird, adäquat geschützt werden (vgl. *Edwards and Lewis v. the United Kingdom* [GC], nos. 39647/98 and 40461/98, §§ 46-48, ECHR 2004-X [= HRRS 2005 Nr. 1 vgl. dazu Gaede StV 2006, 599 ff.]).

3. Eine Tatprovokation liegt vor, wenn sich eine verdeckt ermittelnde Person, die der Polizei zuzurechnen ist, nicht auf eine in erster Linie passive Aufklärung von strafbaren Aktivitäten beschränkt, sondern – um eine spätere Verfolgung zu ermöglichen – einen solchen Einfluss auf den Betroffenen ausübt, dass sie diesen zur Begehung einer Straftat anstiftet, die anderenfalls nicht begangen worden wäre. Diese Grenze gilt auch dann, wenn die Tatprovokation von der Polizei organisiert wurde und durch eine von der Polizei geführte Privatperson begangen wird.

4. Ein späteres Geständnis des Angeklagten bezüglich der Begehung der provozierten Tat führt zu keinerlei Einschränkung der bestehenden Maßstäbe.

5. Das Recht auf ein faires Verfahren gilt für alle Arten von Straftaten einschließlich Straftaten, die der organisierten Kriminalität zuzurechnen sind. Der dem Recht auf ein faires Strafverfahren zukommende herausragende Rang schließt es aus, dieses Recht der Zweckmäßigkeit zu opfern.

6. Der Gebrauch geheimer Ermittlungsmethoden stellt nicht per se eine Verletzung des Rechts auf ein faires Verfahren dar. Auch zur Vermeidung von Tatprovokationen muss ihr Gebrauch jedoch klaren Grenzen unterliegen.

7. Die Zurechnung eines tatprovokierenden Verhaltens von Polizeiangehörigen zum Staat kann nicht mit der bloßen Behauptung ausgeschlossen werden, die – im Dienst handelnden – Polizisten hätten „auf ihre eigene private Initiative hin“ gehandelt. Dies gilt besonders dann, wenn diese „private Initiative“ selbst strafrechtlich nicht verfolgt wird.

255. BVerfG 1 BvR 1807/07 (2. Kammer des Ersten Senats) – Beschluss vom 19. Februar 2008 (OLG Frankfurt am Main)

Gebot der Rechtsschutzgleichheit; Auslegung und Anwendung der Vorschriften über die Prozesskostenhilfe (summarische Prüfung; keine vorweggenommene Beweiswürdigung / Beweisantizipation; keine abschließende Entscheidung schwieriger Rechts- und Tatfragen); Schadenersatz aus Amtspflichtverletzung (Androhung von Folter; „Fall Gäfgen“).
Art. 3 Abs. 1 GG; Art. 20 Abs. 3 GG; Art. 1 Abs. 1 GG; Art. 3 EMRK; Art. 13 EMRK; § 114 ZPO; § 839 Abs. 1 BGB

1. Nach ständiger Rechtsprechung des Bundesverfassungsgerichts gebietet Art. 3 Abs. 1 in Verbindung mit Art. 20 Abs. 3 GG eine weitgehende Angleichung der Situation von Bemittelten und Unbemittelten bei der Verwirklichung des Rechtsschutzes (vgl. BVerfGE 9, 124, 130 f.).

2. Zwar ist es verfassungsrechtlich unbedenklich, die Gewährung von Prozesskostenhilfe davon abhängig zu machen, dass die beabsichtigte Rechtsverfolgung oder Rechtsverteidigung hinreichende Aussicht auf Erfolg hat und nicht mutwillig erscheint. Die Prüfung der Erfolgsaussichten soll jedoch nicht dazu dienen, die Rechtsverfolgung oder Rechtsverteidigung selbst in das summarische Verfahren der Prozesskostenhilfe zu verlagern und dieses an die Stelle des Hauptsacheverfahrens treten zu lassen.

3. Dem Gebot der Rechtsschutzgleichheit läuft es zuwider, wenn der unbemittelten Partei wegen Fehlens der Erfolgsaussichten seines Rechtsschutzbegehrens Prozesskostenhilfe verweigert wird, obwohl eine Beweisaufnahme ernsthaft in Betracht kommt und keine konkreten und nachvollziehbaren Anhaltspunkte dafür vorliegen, dass die Beweisaufnahme mit großer Wahrscheinlichkeit zum Nachteil des Beschwerdeführers ausgehen würde.

4. Schwierige, bislang ungeklärte Rechts- und Tatfragen nicht im Prozesskostenhilfverfahren entschieden werden, sondern müssen auch von Unbemittelten einer prozessualen Klärung zugeführt werden können.

5. Die Frage, ob ein Schadenersatzanspruch aus einer die Menschenwürde verletzenden Amtspflichtverletzung (u. a. Androhung von Folter) mit der Begründung verneint werden kann, dass dem Betroffenen durch eine straf-

rechtliche Verurteilung der handelnden Beamten bereits hinreichende Genugtuung widerfahren ist, ist eine schwierige Rechtsfrage, die bislang höchstrichterlich noch nicht entschieden ist. Sie kann daher nicht im Prozesskostenhilfverfahren entschieden werden.

258. BVerfG 2 BvR 2652/07 (3. Kammer des Zweiten Senats) – Beschluss vom 23. Januar 2008 (OLG Brandenburg/LG Cottbus/AG Cottbus)

Beschleunigungsgebot in Haftsachen (Umfangverfahren; unzureichende Terminierung; Terminkollisionen der Verteidigung; Recht auf Verfahrensbeschleunigung; Recht auf konkrete und wirksame Verteidigung); Prüfungs- und Begründungsanforderungen (erhöhte Begründungstiefe mit zunehmender Dauer der Untersuchungshaft).

Art. 2 Abs. 2 Satz 2 GG; Art. 2 Abs. 1 GG; Art. 20 Abs. 3 GG; Art. 6 EMRK; § 112 StPO; § 121 StPO

1. Art. 2 Abs. 2 Satz 2 GG garantiert die Freiheit der Person. In diesem Freiheitsgrundrecht ist das in Haftsachen geltende verfassungsrechtliche Beschleunigungsgebot angelegt (vgl. BVerfGE 46, 194, 195).

2. Der weitere Vollzug von Untersuchungshaft verstößt dann gegen Art. 2 Abs. 2 Satz 2 GG, wenn die Strafverfolgungsbehörden und die Gerichte nicht alle möglichen und zumutbaren Maßnahmen ergriffen haben, um die notwendigen Ermittlungen mit der gebotenen Schnelligkeit abzuschließen.

3. Im Rahmen der Abwägung zwischen dem Freiheitsanspruch und dem Strafverfolgungsinteresse kommt es in erster Linie auf die durch objektive Kriterien bestimmte Angemessenheit der Verfahrensdauer an, die etwa von der Komplexität der Rechtssache, der Vielzahl der beteiligten Personen oder dem Verhalten der Verteidigung abhängig sein kann. Dies macht eine auf den Einzelfall bezogene Prüfung des Verfahrensablaufs erforderlich. Mit zunehmender Dauer der Untersuchungshaft sind dabei stets höhere Anforderungen an das Vorliegen eines rechtfertigenden Grundes zu stellen.

4. Der Vollzug von Untersuchungshaft von mehr als einem Jahr bis zum Beginn der Hauptverhandlung oder dem Erlass eines Urteils findet nur in ganz besonderen Ausnahmefällen seine Rechtfertigung (vgl. BVerfGK 7, 140, 156 m.w.N.).

5. In absehbar umfangreichen Verfahren, in denen sich der Angeklagte in Untersuchungshaft befindet, fordert das Beschleunigungsgebot in Haftsachen stets eine vorausschauende, auch größere Zeiträume umgreifende Hauptverhandlungsplanung mit mehr als nur einem durchschnittlichen Hauptverhandlungstag pro Woche.

6. Terminkollisionen der Verteidigung, entlasten das Gericht nicht grundsätzlich von dem Vorwurf einer der Justiz anzulastenden Verfahrensverzögerung. Das Gericht darf nicht ausnahmslos auf Terminkollisionen der Verteidiger Rücksicht nehmen. Unter Umständen ist zu prüfen, ob nicht andere Pflichtverteidiger bestellt werden können, oder ob die Verteidiger mit Blick auf das Be-

schleunigungsgebot verpflichtet werden können, andere – weniger dringliche – Termine zu verschieben.

7. Es ist verfassungsrechtlich unbedenklich, wenn sich die Prüfung des Tatgerichts bei Haftfortdauerentscheidungen während einer laufenden Hauptverhandlung auf die Frage beschränken, ob nach wie vor ein dringender Tatverdacht gegeben ist und dieser nicht durch Ergebnisse der bisherigen Beweisaufnahme entkräftet wird.

256. BVerfG 2 BvR 42/08 (1. Kammer des Zweiten Senats) – Beschluss vom 13. Februar 2008 (KG/LG Berlin/AG Tiergarten)

Verurteilung wegen Fahrens ohne Fahrerlaubnis (sofort vollziehbare Verfügung von einer ausländischen Fahrerlaubnis im Inland keinen Gebrauch zu machen); möglicherweise gemeinschaftsrechtswidriger Verwaltungsakt („effet utile“; fehlende Nichtigkeit); Willkürverbot; Subsidiarität der Verfassungsbeschwerde (Darlegungsanforderungen).

Art. 3 Abs. 1 GG; § 21 Abs. 1 Nr. 1 i.V.m. Abs. 2 Nr. 1 StVG; § 3 Abs. 1 StVG; § 80 Abs. 2 Satz 1 Nr. 4 VwGO; § 43 BerlVwVfG; § 90 Abs. 2 BVerfGG

1. Die Verurteilung eines Kraftfahrzeugführers wegen Fahrens ohne Fahrerlaubnis begegnet keinen verfassungsrechtlichen Bedenken, wenn diesem zuvor unter Anordnung der sofortigen Vollziehbarkeit wirksam untersagt worden ist, von seiner im EU-Ausland erworbenen Fahrerlaubnis im Inland Gebrauch zu machen.

2. Aus der Rechtsprechung des Europäischen Gerichtshofs - etwa unter dem Aspekt der praktischen Wirksamkeit des Gemeinschaftsrechts („effet utile“) – folgt nicht, dass mit europäischem Sekundärrecht unvereinbare Verwaltungsakte nicht nur rechtswidrig, sondern ohne weiteres nichtig wären.

257. BVerfG 2 BvR 313/07 (1. Kammer des Zweiten Senats) - vom 18. Januar 2008 (BGH/DGH beim OLG Naumburg/DG beim LG Magdeburg)

Disziplinarische Entfernung aus dem Dienst (Besitz von Kinderpornographie; Schuldprinzip; Verhältnismä-

ßigkeit; hergebrachte Grundsätze des Berufsbeamtentums); Recht auf Verfahrensbeschleunigung (Kompensation bei rechtsstaatswidriger Verfahrensverzögerung; zulässige Verfahrensdauer: hier zweieinhalb Jahre).

Art. 2 Abs. 1 GG; Art. 20 Abs. 3 GG; Art. 1 Abs. 1 GG; Art. 33 Abs. 5 GG; Art. 12 GG; § 184 Abs. 5 Satz 2 StGB a.F.

1. Das Schuldprinzip und der Grundsatz der Verhältnismäßigkeit (Übermaßverbot) gelten auch im Disziplinarverfahren (vgl. BVerfGE 37, 167, 185; 46, 17, 27).

2. Unter dem Gesichtspunkt der Verhältnismäßigkeit bestehen keine verfassungsrechtlichen Bedenken dahingehend, wenn schon der (bloße) Besitz kinderpornographischer Darstellungen durchgängig als schweres Dienstvergehen gewertet wird, das zur Entfernung aus dem Dienst oder zur Degradierung führen kann.

3. Auch Disziplinarverfahren sind mit der gebotenen Beschleunigung durchzuführen (vgl. BVerfGE 46, 17, 29). Eine disziplinarische Maßnahme kann unvereinbar mit dem Grundsatz der Verhältnismäßigkeit werden, wenn das Disziplinarverfahren unverhältnismäßig lange dauert.

4. Ein Zeitraum von gut zweieinhalb Jahren von der Einleitung des förmlichen Disziplinarverfahrens über die Durchführung von Hauptverhandlungen in zwei Tatsacheninstanzen bis hin zum rechtskräftigen Abschluss in dritter Instanz kann auch im Falle eines geständigen, kein komplexes oder umfangreiches Verteidigungsverhalten zeigenden Beamten für sich genommen nicht als evident unangemessen angesehen werden, zumal dann wenn die Verhängung der disziplinarischen Höchstmaßnahme von Anfang an erkennbar im Raum steht.

5. Das Disziplinarrecht gehört zu den hergebrachten Grundsätzen des Berufsbeamtentums im Sinn des Art. 33 Abs. 5 GG (vgl. BVerfGE 7, 129, 144 f.; 37, 167, 178 f.). Rechtmäßige Disziplinarmaßnahmen müssen schon von daher auch vor Art. 12 Abs. 1 GG Bestand haben (vgl. BVerfGE 39, 334, 369).

Hervorzuhebende Entscheidungen des BGH

I. Materielles Strafrecht – Allgemeiner Teil

165. BGH 2 StR 458/07 - Beschluss vom 14. November 2007 (LG Marburg)

Rücktritt vom Versuch (Freiwilligkeit); fehlgeschlagener Versuch (Fehlschlag hinsichtlich außertatbestandlicher Ziele).

§ 24 Abs. 1 StGB

1. Hat der Täter sein außertatbestandliches Ziel bereits erreicht, so ist ihm grundsätzlich die Möglichkeit des Rücktritts dennoch eröffnet, weil § 24 Abs. 1 Satz 1 StGB

nur ein Abstandnehmen von der Verwirklichung des gesetzlichen Tatbestandes verlangt.

2. Gleiches gilt bei sinnlos gewordenem weitergehenden Tatplan: Wird also ein außertatbestandsmäßiges Ziel nach Versuchsbeginn unerreichbar, so führt dies nicht zugleich zum Fehlschlagen des Versuchs.

235. BGH 5 StR 453/07 – Beschluss vom 7. Februar 2008 (LG Berlin)

Verfahrensrüge nach § 261 StPO (Inbegriff der Hauptverhandlung; Beweiswürdigung); bedingter Tötungsvorsatz (Erfahrungssatz beim Schuss in die Richtung von Menschen).

§ 15 StGB; § 212 StGB; § 261 StPO

Jede Form des Schießens in Richtung auf einen Menschen mit einer scharfen Waffe legt wegen der außergewöhnlichen Lebensgefahr den Schluss auf den Tötungsvorsatz nahe (vgl. BGHSt 42, 65, 69; BGHR StGB § 212 Abs. 1 Vorsatz, bedingter 45).

Rechtsprechung

II. Materielles Strafrecht – Besonderer Teil

210. BGH 4 StR 623/07 – Beschluss vom 12. Februar 2008 (LG Rostock)

BGHR; wahlweise Verurteilung wegen Betrug oder Computerbetruges (Fälschung von Überweisungsträgern fremder Konten; Feststellung von Irrtum und Täuschung; automatische Überprüfung; unbefugtes Verwendung von Daten; Tatvorsatz); Grundsatz der Spezialität.

§ 263 StGB; § 263a StGB; Vor § 1 StGB; § 15 StGB

1. Der Täter, der sich unbefugt Gelder von fremden Konten verschafft, indem er Überweisungsträger der betreffenden Konten fälscht, erfüllt – wenn die Überweisungsträger nur in automatisierter Weise auf ihre Echtheit überprüft werden – den Tatbestand des Computerbetruges. Lässt sich der Ablauf der Überweisung bei der bezogenen Bank nicht mehr aufklären, kommt regelmäßig eine wahlweise Verurteilung wegen Betrug oder Computerbetruges in Betracht. (BGHR)

2. Insoweit ist zur subjektiven Tatseite ohne weiteres davon auszugehen, dass der Täter in solchen Fällen jedenfalls bedingt sowohl die Täuschung und Irrtumserregung eines Bankbediensteten erreichen als auch – für den Fall einer automatisierten Prüfung – den Datenverarbeitungsvorgang „unbefugt“ beeinflussen will und sich deshalb sein Vorsatz auf beide Tatbestände erstreckt. (Bearbeiter)

198. BGH 4 StR 468/07 – Beschluss vom 8. Januar 2008 (LG Halle)

BGHR; Verlust der Amtsfähigkeit auch bei Gesamtfreiheitsstrafe von mindestens sechs Monaten aus mehreren Katalogdelikten; Gebührenüberhebung; Gesamtstrafenbildung (Härteausgleich; Erörterungsmangel hinsichtlich der gesonderten Gesamtgeldstrafe).

§ 54 StGB; § 358 StGB; § 45 Abs. 2 StGB; § 53 Abs. 2 Satz 2 2. Halbs. StGB

1. Der Verlust der Amtsfähigkeit kann auch dann angeordnet werden, wenn wegen mehrerer Delikte aus dem

Katalog des § 358 StGB auf eine Gesamtfreiheitsstrafe von mindestens sechs Monaten erkannt wurde. (BGHR)

2. Die Prüfung, ob die Verhängung einer gesonderten Gesamtgeldstrafe nach § 53 Abs. 2 Satz 2 StGB in Betracht kommt, ist stets erforderlich, wenn sich nach den besonderen Umständen des Falles eine aus Geld- und Freiheitsstrafen gebildete Gesamtfreiheitsstrafe (§ 53 Abs. 2 Satz 1 StGB) als das schwerere Übel erweist (vgl. BGHR StGB § 53 Abs. 2 Einbeziehung, nachteilige 2; bei zwingenden beamtenrechtlichen Folgen etwa BGH wistra 2004, 264). (Bearbeiter)

234. BGH 5 StR 435/07 – Urteil vom 10. Januar 2008 (LG Berlin)

Körperverletzung mit Todesfolge (Unmittelbarkeitszusammenhang: Grundsatz der Eigenverantwortlichkeit, Zurechnung von Opferverhalten, objektive Zurechnung).

§ 227 StGB; § 222 StGB; § 18 StGB

1. Die Vorschrift des § 227 StGB setzt unter anderem voraus, dass der Tod der verletzten Person „durch die Körperverletzung (§§ 223 bis 226)“ verursacht worden ist, wobei dem Täter hinsichtlich dieser Tatfolge Fahrlässigkeit zur Last fallen muss (§ 18 StGB). Zwar genügt zur Erfüllung dieser Voraussetzung ein lediglich kausaler Zusammenhang zwischen Körperverletzung und Tod der verletzten Person nicht, vielmehr ist eine engere Beziehung vorausgesetzt. Denn erfasst werden nur solche Körperverletzungen, denen die spezifische Gefahr anhaftet, zum Tode des Opfers zu führen; gerade diese Gefahr muss sich im tödlichen Ausgang niedergeschlagen haben (BGHSt 31, 96, 98; 48, 34, 37; BGHR StGB § 226 Todesfolge 5; § 227 [i. d. F. 6. StrRG] Todesfolge 1).

2. Diese deliktsspezifische Gefahr kann aber auch von der Körperverletzungshandlung ausgehen, einer Kausalität zwischen Körperverletzungserfolg und dem Tod des Opfers bedarf es nicht (BGHSt 14, 110, 112; 48, 34, 37 f.). Eine solche tatbestandstypische Gefahr kann sich

auch dann im Tod des Opfers verwirklicht haben, wenn die unmittelbar zum Tod führende Ursache ein Verhalten des Opfers war, sofern dieses selbstschädigende Verhalten sich als naheliegende und deliktstypische Reaktion darstellt, wie dies bei Fluchtversuchen in Panik und Todesangst der Fall ist (BGHSt 48, 34, 38 f.).

247. BGH 5 StR 572/07 – Beschluss vom 9. Januar 2008 (LG Berlin)

Tateinheit beim Betrug durch ein „Organisationsdelikt“ (Tatmehrheit); Strafmilderung wegen rechtsstaatswidriger Verfahrensverzögerung.

Art. 6 EMRK; § 263 StGB; § 52 StGB; § 46 StGB

Erschöpfen sich Tatbeiträge im Aufbau und in der Aufrechterhaltung eines auf Straftaten ausgerichteten Geschäftsbetriebs sind sie als – uneigentliches – Organisationsdelikt zu einer einheitlichen Tat im Sinne des § 52 Abs. 1 StGB zusammenzufassen (vgl. BGHSt 49, 177, 184; 48, 331, 343; BGH NStZ 1996, 296 f.; BGHR StGB 263 Täterschaft 1; BGH NJW 2004, 375, 378; 1998, 767, 769).

213. BGH 4 StR 648/07 – Beschluss vom 15. Januar 2008 (LG Essen)

Betrug durch Fälschung von Überweisungsträgern; Konkurrenzen bei der Urkundenfälschung (Gebrauchmachen; Tat im Rechtssinne).

§ 267 StGB; § 263 StGB; § 52 StGB

1. Das Herstellen einer falschen Urkunde und das Gebrauchmachen der gefälschten Urkunde bilden jeweils nur eine Tat im Rechtssinne (st. Rspr.). Dabei gebraucht der Täter die gefälschte Urkunde im Sinne des § 267 Abs. 1 StGB, wenn er sie in einer Weise vorlegt oder übergibt, dass der zu Täuschende in die Lage versetzt wird, von der Urkunde Kenntnis zu nehmen. Das ist bei gefälschten Überweisungsträgern dann der Fall, wenn sie von dem Täter bei der Bank eingereicht werden (vgl. BGH NStZ 2006, 100).

2. Wenn und soweit der Angeklagte mehrere der gefälschten Überweisungsträger in einem einzigen Akt bei einer Bank eingereicht hat, etwa indem er die Überweisungsträger „gebündelt“ in den Briefkasten der Bank einwarf, liegt nur eine Handlung im natürlichen Sinne und deshalb auch nur rechtlich eine Tat des Gebrauchmachens im Sinne des § 267 Abs. 1 StGB vor, und zwar unabhängig von der Anzahl der zeitgleich eingereichten Überweisungsträger und unabhängig davon, ob diese sämtlich dasselbe Konto oder verschiedene Konten bei derselben Bank betreffen.

Rechtsprechung

III. Strafzumessungs- und Maßregelrecht

229. BGH 5 StR 365/07 – Beschluss vom 10. Januar 2008 (LG Berlin)

Verfall von Wertersatz (Bestimmung des Erlangten bei Mittäterschaft, Erlangung der faktischen Verfügungsgewalt bei Betäubungsmittelgeschäften; Erörterungsmangel hinsichtlich der Härtefallvorschrift); Erstreckung des Revisionserfolgs auf Mitangeklagte.

§ 73 StGB; § 73a StGB; § 73c StGB; § 357 StPO

1. Bei einem Betäubungsmittelgeschäft ist ein Vermögensvorteil erlangt, wenn der Tatbeteiligte die faktische Verfügungsgewalt über den Erlös erworben hat (vgl. BGH NStZ-RR 2007, 121 m.w.N.). Es spielt für die Bestimmung des Erlangten keine Rolle, welchem Tatbeteiligten welcher Anteil an den Erlösen letztlich verbleiben sollte.

2. Zwar ist die Vorschrift des § 357 StPO grundsätzlich auch auf identische sachlich-rechtliche Fehler bei Verfallsentscheidungen anzuwenden (vgl. BGHR StGB § 73 Gewinn 2; BGH, Beschlüsse vom 22. Dezember 2004 – 2 StR 498/04 –, vom 13. Februar 2004 – 3 StR 501/03 – und vom 9. Juli 2002 – 5 StR 30/02). Dies gilt jedoch nicht, soweit der Rechtsfehler lediglich in der Nichterörterung der Härtevorschrift des § 73c StGB besteht.

191. BGH 1 StR 644/07 – Beschluss vom 8. Januar 2008 (LG München)

Vorwegvollzug der Maßregel nach neuem Recht (Gel- tung in der Revision; Ermöglichung einer Aussetzung zur Bewährung).

§ 67 Abs. 2 Satz 2 und 3, Abs. 5 StGB; § 354a StPO

Gemäß § 67 Abs. 2 Satz 2 StGB ist ein Teil der Strafe vor der Maßregel zu vollziehen, wenn nicht aus gewichtigen Gründen des Einzelfalls eine andere Entscheidung eher die Erreichung eines Therapieerfolges erwarten lässt. Liegen keine Gründe vor, die gegen eine Anordnung des Vorwegvollzugs eines Teils der Strafe sprechen, so hat der Tatrichter im Erkenntnisverfahren bei der Bemessung des vorweg zu vollziehenden Teils der Strafe keinen Beurteilungsspielraum mehr. Dieser Teil ist so zu berechnen, dass nach seiner Vollstreckung und einer anschließenden Unterbringung eine Bewährungsentscheidung nach § 67 Abs. 5 Satz 1 StGB nF möglich ist.

250. BGH 5 StR 610/07 – Urteil vom 6. Februar 2008 (LG Frankfurt)

Strafzumessung bei Geständnis (Revisibilität; schuldangemessenes Strafen; Aussetzung zur Bewährung).

§ 46 StGB; § 56 StGB

Die Strafzumessung ist auch bei der Würdigung eines Geständnisses Aufgabe des Tatrichters. Es ist seine Aufgabe, auf der Grundlage des umfassenden Eindrucks, den er in der Hauptverhandlung von der Tat und der Persönlichkeit des Täters gewonnen hat, die wesentlichen entlastenden und belastenden Umstände festzustellen, sie zu bewerten und hierbei gegeneinander abzuwägen. In die tatrichterliche Strafzumessung kann nur eingegriffen werden, wenn diese Rechtsfehler aufweist, weil sie einseitig, widersprüchlich und unvollständig ist. Dabei ist eine ins Einzelne gehende Richtigkeitskontrolle ausgeschlossen (BGHSt 34, 345, 349).

241. BGH 5 StR 508/07 – Urteil vom 9. Januar 2008 (LG Berlin)

Grenzen der Revisibilität der Strafzumessung beim minder schweren Fall; Strafzumessung (Berücksichtigung des öffentlichen Eindrucks und des Handelns im öffentlichen Nahverkehr).

§ 46 StGB; § 30a Abs. 1, Abs. 3 BtMG

1. Bei unerlaubtem Handelstreiben mit Betäubungsmitteln darf der Umstand strafscharfend Berücksichtigung finden, dass der Handel im – auch von Jugendlichen – vielfrequenzierten öffentlichen Nahverkehr stattfindet.

2. Die Strafzumessung, zu der auch die Frage gehört, ob ein minder schwerer Fall vorliegt, ist grundsätzlich Sache des Tatrichters. Es ist seine Aufgabe, auf der Grundlage des umfassenden Eindrucks, den er in der Hauptverhandlung von der Tat und der Persönlichkeit des Täters gewonnen hat, die wesentlichen entlastenden und belastenden Umstände festzustellen und gegeneinander abzuwägen. Welchen Umständen er bestimmendes Gewicht beimisst, ist im Wesentlichen seiner Beurteilung überlassen (st. Rspr.; vgl. BGHSt 3, 179; 24, 268; BGHR StGB vor § 1/minder schwerer Fall Gesamtwürdigung 7). Das Revisionsgericht darf die Gesamtwürdigung nicht selbst vornehmen, sondern nur nachprüfen, ob dem Tatrichter bei seiner Entscheidung ein Rechtsfehler unterlaufen ist (vgl. BGHSt 29, 319, 320; BGH, Beschluss vom 18. Dezember 2007 – 5 StR 530/07 Rdn. 8).

206. BGH 4 StR 530/07 - Beschluss vom 15. Januar 2008 (LG Saarbrücken)

Wertungsfehler bei der Strafzumessung (Doppelwertungsverbot; Zweifelsgrundsatz).

§ 46 Abs. 1, Abs. 3 StGB

Die Erwägung, der Angeklagte habe sich „ohne Not“ zur Beteiligung an der Tat bereit gefunden, einen Verstoß gegen § 46 Abs. 3 StGB, denn damit wertet das Gericht im Ergebnis zu Lasten des Angeklagten, dass er die Tat überhaupt begangen hat (vgl. BGH wistra 2000, 463, 464).

201. BGH 4 StR 500/07 - Beschluss vom 15. Januar 2008 (LG Halle)

Rechtsfehlerhafter Ausschluss einer verminderten Schuldfähigkeit bei einer Brandstiftung durch den 69jährigen Bewohner der angezündeten Wohnung bei fehlendem Motiv (Steuerungsfähigkeit; Hinzuziehung eines Sachverständigen).

§ 21 StGB; § 244 Abs. 2 StPO

Nach ständiger Rechtsprechung ist anerkannt, dass die Fähigkeit eines alternden Menschen, der Einsicht in das Unerlaubte seines Tuns gemäß zu handeln, durch einen Altersabbau beeinträchtigt sein kann, ohne dass Intelligenzausfälle oder das äußere Erscheinungsbild auf ein Schwinden der geistigen und seelischen Kräfte hindeuten (vgl. BGH NStZ 1983, 34; BGHR StGB § 21 Sachverständiger 5 und 6).

164. BGH 2 StR 426/07 - Beschluss vom 23. Januar 2008 (LG Aachen)

Unterbringung in einem psychiatrischen Krankenhaus (Zustand); Schuldunfähigkeit (Steuerungsunfähigkeit; unwiderstehlicher Drang).

§ 63 StGB; § 20 StGB

Zur Annahme eines Zustands im Sinne des § 63 StGB ist nicht erforderlich, dass der Täter ununterbrochen schuldunfähig oder vermindert schuldunfähig ist. Vielmehr genügt es, dass seine Befindlichkeit aufgrund einer länger dauernden seelischen Störung derart beschaffen ist, dass bereits alltägliche Ereignisse die akute erhebliche Beeinträchtigung der Schuldfähigkeit in Bezug auf eine konkrete Tat auslösen können.

Rechtsprechung

IV. Strafverfahrensrecht mit GVG

196. BGH 4 StR 449/07 – Beschluss vom 29. Januar 2008 (LG Stralsund)

BGHR; keine unmittelbare Verwertung einer Aufzeichnung über die frühere Vernehmung bei Geltendmachung des Zeugnisverweigerungsrechts und Verzicht auf ein Verwertungsverbot durch den Zeugen (Gestattung der Verwertung einer früheren Aussage; Unmittelbarkeitsgrundsatz; BGHSt 45, 203; Konfronta-

tionsrecht; Vorhalt; Beruhen; mittelbare Verwertung über den Sachverständigenbeweis).

Art. 6 Abs. 3 lit. d EMRK; § 52 StPO; § 250 StPO; § 252 StPO; § 255a Abs. 1 StPO; § 337 StPO

1. Die Geltendmachung des Zeugnisverweigerungsrechts verbunden mit der Erklärung, die Verwertung der bei einer früheren Vernehmung gemachten Aussage zu ges-

tatten (BGHSt 45, 203), schränkt den Unmittelbarkeitsgrundsatz nicht ein und erlaubt deshalb grundsätzlich nicht die unmittelbare Verwertung einer Aufzeichnung über die frühere Vernehmung. (BGHR)

2. Die Vorführung von Video- und Tonbandaufzeichnungen als Strengbeweismittel ist nur insoweit zulässig, wie dies bei der Verlesung eines Vernehmungsprotokolls der Fall wäre. Auch eine mittelbare Verwertung über den Sachverständigenbeweis ist unzulässig. (Bearbeiter)

3. Ein Gericht darf Video- und Tonbandaufzeichnungen früherer Vernehmungen zum Zwecke des Vorhalts an die Verhörspersonen abspielen (vgl. BGHSt 1, 4, 8; 11, 338; 14, 310 f). (Bearbeiter)

4. § 251 Abs. 1 Nr. 2 StPO greift bei der Ausübung von Zeugnis- oder Auskunftsverweigerungsrechten nicht (vgl. BGH NJW 2007, 2195 für schriftliche Erklärungen eines Zeugen, der die Aussage nach § 55 StPO vollständig verweigert hatte). (Bearbeiter)

180. BGH 3 StR 318/07 - Urteil vom 20. Dezember 2007 (LG Hamburg)

BGHSt; Belehrung über das Recht auf konsularischen Beistand (subjektives Recht des Beschuldigten; Verpflichtung jedes zuständigen Strafverfolgungsorgans; Recht auf ein faires Verfahren); Widerspruchslösung (Verwertungsverbot; anderweitige Einschränkung der Verteidigungsrechte); Kompensation eines Verstoßes gegen die Belehrungspflicht (Vollstreckungslösung); redaktioneller Hinweis.

Art. 36 Abs. 1 Buchst. b Satz 3 WÜK; Art. 13 EMRK; Art. 6 EMRK; § 136 StPO; § 337 StPO

1. Zu den Folgen einer verspätet erteilten Belehrung eines ausländischen Beschuldigten über sein Recht auf Unterrichtung der konsularischen Vertretung seines Heimatstaates (in Abgrenzung zu BGHSt [1 StR 273/07 und 5 StR 116/01 und 5 StR 475/02]). (BGHSt)

2. Art. 36 Abs. 1 Buchst. b Satz 1 WÜK verpflichtet die zuständigen Behörden der Bundesrepublik dazu, die konsularische Vertretung des Entsendestaates unverzüglich zu unterrichten, wenn im Konsularbezirk ein Angehöriger dieses Staates festgenommen, in Straf- oder Untersuchungshaft genommen oder ihm anderweitig die Freiheit entzogen ist und der Betroffene dies verlangt. Die Norm schafft damit ein subjektives Recht des einzelnen Staatsangehörigen, über das er nach Art. 36 Abs. 1 Buchst. b Satz 3 WÜK von den zuständigen Behörden zu unterrichten ist. (Bearbeiter)

3. Diese Belehrungspflicht entsteht in dem Augenblick, in welchem dem ausländischen Betroffenen die Freiheit entzogen worden ist, sofern die zuständige Behörde Kenntnis von dessen Staatsangehörigkeit hat oder sich Anhaltspunkte dafür ergeben, dass es sich bei dem Betroffenen wahrscheinlich um einen Ausländer handelt. Zur Belehrung ist daher nicht erst der Richter verpflichtet, sondern jedes zuständige Strafverfolgungsorgan des Empfangsstaates einschließlich eines festnehmenden Polizeibeamten. (Bearbeiter)

4. Sowohl die Pflicht zur Belehrung als auch ein etwaiger Verstoß hiergegen sind unabhängig davon gegeben, ob der Betroffene die Hilfe seines Staates in Anspruch nehmen will. Die Verletzung der Belehrungspflicht hat jedoch gleichwohl kein Beweisverwertungsverbot zur Folge. (Bearbeiter)

5. Der Senat lässt offen, ob der – nicht tragend geäußerten – Auffassung des 1. Strafsenats des BGH (1 StR 273/07, Beschluss vom 11. September 2007) zu folgen wäre, wonach in Fällen einer nachgeholtten Belehrung die zulässige Geltendmachung eines Verstoßes gegen Art. 36 Abs. 1 Buchst. b Satz 3 WÜK im Revisionsverfahren von einem „spezifizierter Widerspruch“ gegen die Verwertung vor dem in § 257 StPO bestimmten Zeitpunkt abhängig sei. Für die Zulässigkeit der Rüge, das Urteil beruhe unabhängig von einem derartigen Verwertungsverbot auf dem Unterlassen der Belehrung, weil der Angeklagte hierdurch in sonstiger Weise in seinen Verteidigungsrechten eingeschränkt gewesen sei, ist ein derartiger Widerspruch jedenfalls nicht Voraussetzung. (Bearbeiter)

6. In Fällen, in denen die Belehrung nach Art. 36 Abs. 1 Buchst. b Satz 3 WÜK völlig unterblieben ist, ist diesem Verstoß nicht im Wege einer Kompensation dadurch Rechnung zu tragen, dass ein Teil der gegen den Angeklagten verhängten Strafe für vollstreckt erklärt wird. (nicht tragend) (Bearbeiter)

166. BGH 2 StR 485/06 - Beschluss vom 21. Dezember 2007 (LG Aachen)

BGHSt; Einstellung des Verfahrens aufgrund täuschungsbedingten Tatsachenirrtums (Wiederaufnahme durch Beschluss; Zurechnung von vertrauensschutzentziehenden Handlungen Dritter zum Angeklagten); Durchbrechung der Rechtskraft (Vertrauensschutz; faires Verfahren).

Art. 20 Abs. 3 GG; Art. 2 Abs. 1 GG; Art. 6 EMRK; § 206a StPO; § 362 StPO

1. Ein Beschluss, durch den das Strafverfahren gemäß § 206a Abs. 1 StPO aufgrund irrtümlicher Annahme der tatsächlichen Voraussetzungen eines Verfahrenshindernisses eingestellt wurde, ist jedenfalls dann, wenn der Irrtum durch ein täuschendes Verhalten des Beschuldigten selbst oder durch ein diesem zuzurechnendes Täuschungsverhalten eines Dritten verursacht worden ist, durch Beschluss des einstellenden Gerichts aufzuheben. Das Verfahren ist in diesem Fall in dem Verfahrensstand fortzusetzen, in welchem es sich vor der Einstellungsentscheidung befand (Fortführung von BGHSt 45, 108). (BGHSt)

2. Zur Verfahrensfortsetzung bedarf es in diesem Fall weder einer neuen Anklage noch eines erneuten Eröffnungsbeschlusses. (Bearbeiter)

202. BGH 4 StR 502/07 - Urteil vom 7. Februar 2008 (LG Halle)

BGHR; keine Verlängerung der Rückgewinnungshilfe und kein Auffangrechtserwerb des Staates nach § 111 i Abs. 2, 3 und 5 StPO bei Altfällen (Gesetz zur Stärkung der Rückgewinnungshilfe und der Vermögensab-

schöpfung bei Straftaten vom 24. Oktober 2006); Ladung und Vernehmung eines Zeugen trotz Sperrerklärung (Aufklärungspflicht); Aufklärungsrüge (weiteres Schriftsachverständigengutachten); Beweiswürdigung und Konfrontationsrecht (Zeuge vom Hörensagen); Wahrunterstellung.

§ 111 i Abs. 2, 3 und 5 StPO; § 2 Abs. 3 und 5 StGB; § 73 Abs. 1 Satz 2 StGB; Art. 103 Abs. 2 GG; § 244 Abs. 2, Abs. 3 StPO; Art. 6 Abs. 3 lit. d EMRK

1. Die Vorschriften zur Verlängerung der Rückgewinnungshilfe und zum Auffangrechtserwerb des Staates nach § 111 i Abs. 2, 3 und 5 StPO in der Fassung des Gesetzes zur Stärkung der Rückgewinnungshilfe und der Vermögensabschöpfung bei Straftaten vom 24. Oktober 2006 sind auf Altfälle nicht anwendbar. (BGHR)

2. Das Rückwirkungsverbot gilt auch für den Verfall. (Bearbeiter)

3. Der Ladung und Vernehmung eines Zeugen steht eine Sperrerklärung grundsätzlich nicht entgegen. Vielmehr kann in Fällen, in denen sich aus den Akten oder sonstigen Erkenntnisquellen Hinweise auf die Identität des Zeugen ergeben, es die Aufklärungspflicht erfordern, dass das Gericht von Amts wegen Bemühungen entfaltet, den Namen eines Zeugen festzustellen und die Vernehmung in der Hauptverhandlung zu ermöglichen (BGHSt 39, 141, 144; BGH NStZ 1993, 248). (Bearbeiter)

230. BGH 5 StR 390/07 – Beschluss vom 7. Januar 2008 (LG Berlin)

Unzulässigkeit von Verfahrensrügen (Beweisantrag auf Einholung eines weiteren Sachverständigengutachtens); Abgrenzung von Beweisermittlungsantrag und Beweisantrag und Präzisierungspflicht des Verteidigers bei Beweisanträgen (Verwirkung; faires Verfahren; Stellung des Verteidigers; Recht auf effektive Verteidigung).

Art. 6 EMRK; § 344 Abs. 2 Satz 2 StPO; § 244 Abs. 3 StPO

Einzelfall der „Heilung“ einer rechtsfehlerhaften Nichtbescheidung eines Beweisantrages durch das Gericht (hier: Einstufung als „Beweisantrag ins Blaue hinein“) über den Rekurs auf eine mangelnde Antragspräzisierung durch den Verteidiger.

178. BGH 3 StR 404/07 – Beschluss vom 4. Dezember 2007 (LG Wuppertal)

Ablehnung wiederholter Anträge auf Zwischenentscheidungen (Begründung); Zuordnung der Stimmen abgehörter Telefongespräche (Sachverständigengutachten; eigene Sachkunde).

§ 34 StPO; § 244 StPO; § 344 Abs. 2 Satz 2 StPO

1. Hat der Tatrichter nach dem Anhören einer Vielzahl abgehörter Telefongespräche in der Hauptverhandlung selbst einen hinreichenden Eindruck von den Stimmen der Beteiligten, insbesondere des Angeklagten, gewonnen, so kann er die Einholung eines Sachverständigengutachtens zur Zuordnung der Stimmen wegen eigener Sachkunde gemäß § 244 Abs. 4 Satz 1 StPO rechtsfehlerfrei ablehnen.

2. Hat das Gericht eine Zwischenentscheidung getroffen, etwa einen Beweisantrag abgelehnt oder einen Aussetzungsantrag zurückgewiesen, so ist es nicht gehalten, auf eine Wiederholung des Antrages oder eine Gegenvorstellung, die zur Abänderung der Entscheidung keinen Anlass geben, inhaltlich näher einzugehen. Werden keine neuen tatsächliche oder rechtliche Aspekte vorgebracht, so genügt vielmehr eine Bezugnahme auf den ersten Ablehnungsbeschluss verbunden mit dem Hinweis, dass sich an der dortigen Beurteilung nichts geändert habe. Wird dagegen ein neuer Gesichtspunkt angesprochen, so ist es ausreichend, wenn kurz dargelegt wird, warum auch dieser zu einer abweichenden Beurteilung keinen Anlass gibt (nicht tragend).

V. Wirtschaftsstrafrecht und Nebengebiete

220. BGH 5 StR 242/07 – Urteil vom 7. Februar 2008 (LG Berlin)

BGHSt; Beihilfehandlungen nach Sicherstellung der Betäubungsmittel (sukzessive Beihilfe; Kausalität; Tatförderung; Vollendung; versuchte Beihilfe; psychische Beihilfe); Täterschaft und Teilnahme beim Betäubungsmittelhandel (Mittäterschaft); Erstreckung des Revisionserfolges auf den Mitangeklagten nach Möglichkeit zum Widerspruch; Versuch der Geldwäsche.

§ 25 Abs. 2 StGB; § 27 StGB; § 30 StGB; § 261 Abs. 1 Satz 2 Nr. 1 StGB; § 22 StGB; § 29a Abs. 1 Nr. 2 BtMG; § 357 StPO

1. Zur Strafbarkeit von Beihilfehandlungen nach Sicherstellung der Betäubungsmittel. (BGHR)

2. Die Annahme einer vollendeten Haupttat in Bezug auf den Veräußerer und auf den Erwerber des Rauschgifts bedeutet nicht ohne weiteres, dass auch bezüglich des Teilnehmers eine Vollendung seiner Teilnahmehandlung gegeben sein muss. Vielmehr ist für jeden Teilnehmer gesondert zu prüfen, ob sein Tatbeitrag vollendet war. Ein untaugliches und erfolgloses Bemühen begründet keine vollendete Beihilfe. Gleiches gilt, wenn der Beihilfehandlung jede Eignung zur Förderung der Haupttat

fehlt oder sie erkennbar nutzlos für das Gelingen der Tat ist. (Bearbeiter)

3. Eine Beihilfehandlung, die in einer Förderung der Tatausführung besteht, ist zu unterscheiden von solchen Unterstützungsmaßnahmen, die auf die Psyche des Täters gerichtet sind und auf diesen im Sinne einer Bestärkung einwirken sollen. Es verbietet sich, die Zusage jedes im Ergebnis nutzlosen Gehilfenbeitrags, der auf eine Förderung der Tatausführung abzielt, stets in eine psychische Beihilfe umzudeuten. Eine solche Auslegung würde die Wertentscheidung des Gesetzgebers unterlaufen, die versuchte Beihilfe straflos zu stellen. (Bearbeiter)

4. Auch die Übergabe des erzielten Verkaufserlöses aus Rauschgiftgeschäften ist noch Teil des tatbestandlichen Handeltreibens mit Betäubungsmitteln. Dies folgt aus der vom Bundesgerichtshof in ständiger Rechtsprechung vorgenommenen Auslegung des Tatbestandsmerkmals des Handeltreibens, das jede eigennützige, auf Umsatz von Betäubungsmitteln gerichtete Tätigkeit umfasst (BGHSt [GS] 50, 252, 256; BGHSt 6, 246; 25, 290; 28, 308, 309; 29, 239; 30, 359, 360). Damit sind von dem Begriff des Handeltreibens nicht nur Beschaffung und Lieferung von Betäubungsmitteln erfasst, sondern auch die erforderlichen Zahlungsvorgänge (BGHSt 43, 158, 162). (Bearbeiter)

5. Soweit der Täter noch kein Tatbestandsmerkmal verwirklicht hat, kommt es darauf an, ob er nach seinem Tatplan unmittelbar zu der Tatbegehung angesetzt hat. Dies ist dann der Fall, wenn der Täter subjektiv die Schwelle zum „jetzt geht es los“ überschreitet und objektiv zur Tatbestandsverwirklichung ansetzt, so dass sein Tun ohne Zwischenakte in die Tatbestandserfüllung übergeht (BGHSt 26, 201; 28, 162, 163; 30, 363, 364). Das Ansetzen zur Verwirklichung des Tatbestandes im Sinne des § 22 StGB ist im Blick auf das geschützte Rechtsgut zu bestimmen. (Bearbeiter)

238. BGH 5 StR 481/07 – Beschluss vom 20. Dezember 2007 (LG Wuppertal)

Abgrenzung von Vorenthalten von Arbeitsentgelt und Betrug (Beihilfe; besonders schwerer Fall des gewerbsmäßigen Handelns); Strafzumessung bei der Steuerhinterziehung (Steuerhinterziehung „als Gewerbe“).

§ 263 Abs. 1, Abs. 3 Satz 2 Nr. 1 StGB; § 266a StGB; § 27 StGB; § 2 Abs. 1 StGB; § 370 AO; § 46 StGB; § 53 StGB

Die neu gefasste Vorschrift des § 266a StGB erfasst nunmehr auch betrugsähnliche Begehungsweisen und ist als *lex specialis* gegenüber dem Betrug (vgl. dazu BGH wistra 2007, 307) anzuwenden (§ 2 Abs. 1 StGB).

225. BGH 5 StR 253/07 – Urteil vom 24. Januar 2008 (LG Neuruppin)

Beihilfe zum bandenmäßigen Handeltreiben mit Betäubungsmitteln in nicht geringer Menge (Voraussetzung der Bandenmitgliedschaft beim Gehilfen; besonderes persönliches Merkmal; kein Ausschluss der Doppelmilderung); Bildung einer kriminellen Vereinigung; Beweiswürdigung beim Freispruch; redaktioneller Hinweis.

§ 30a Abs. 1 BtMG; § 29a BtMG; § 27 StGB; § 28 Abs. 2 StGB; § 46 StGB; § 129 StGB; § 261 StGB

Mitglied einer Bande kann auch derjenige sein, dem nach der Bandenabrede nur Aufgaben zufallen, die sich bei wertender Betrachtung als Gehilfentätigkeit darstellen (vgl. BGHSt 47, 214, 218 f.). Für die Annahme einer Bandenabrede ist es auch nicht erforderlich, dass sich sämtliche Mitglieder einer bandenmäßig organisierten Gruppe persönlich verabredet haben und untereinander kennen, wenn nur jeder den Willen hat, sich zur künftigen Begehung von Straftaten mit mindestens zwei anderen zu verbinden (vgl. BGHSt 50, 160, 164).

Die gesetzliche Regelung von Absprachen im Strafverfahren

Die Gesetzentwürfe und der Vertrauensschutz des Angeklagten bei einer fehlgeschlagenen Verständigung über das Strafmaß

Von Richter Dr. André Graumann, Hamburg

I. Einleitung

Fünfundzwanzig Jahre nach Beginn der Diskussion über Absprachen im Strafverfahren¹, zehn Jahre nach der Grundsatzentscheidung des 4. Strafsenats des BGH² und zwei Jahre nach dem eindringlichen Appell des Großen Senats für Strafsachen, der Gesetzgeber möge eine rechtliche Grundlage für Verständigungen im Strafprozess schaffen³, ist die Problematik im vergangenen Jahr auch im Deutschen Bundestag angelangt. Mit Beschluss vom 15.12.2006⁴ hat der Bundesrat einen auf einer Bundesratsinitiative von Niedersachsen beruhenden „Entwurf eines Gesetzes zur Regelung von Absprachen im Strafverfahren“⁵ beim Bundestag eingebracht. Dem wird in naher Zukunft eine vom Bundesjustizministerium erarbeitete Gesetzesvorlage der Bundesregierung folgen⁶, die auf einem überarbeiteten Referentenentwurf des Ministeriums vom 18.05.2006 basiert⁷.

Der vorliegende Beitrag befasst sich mit einem ganz wesentlichen Aspekt der künftigen Regelung, der auch in der aktuellen Diskussion, die durch die verschiedenen Gesetzentwürfe ausgelöst wurde, vernachlässigt zu wer-

den droht⁸. Bei der Normierung der strafprozessualen Absprachen ist ein besonderes Augenmerk auf die Frage zu richten, welche Rechte eine Verständigung mit den Strafverfolgungsorganen für den Angeklagten zu begründen vermag. Dies stellt allerdings in dem – die Existenz von Verständigungen durch deren regelmäßiges „Funktionieren“ überhaupt erst garantierenden, zahlenmäßig daher auch weit häufigeren – Fall der Umsetzung der Absprache durch alle Beteiligten kein Problem dar. Solange das Gericht keinen Grund sieht, von einer im Rahmen der Verständigung zugesagten Strafobergrenze abzuweichen, erhält der Angeklagte ja zumindest faktisch, was ihm als „Gegenleistung“ für ein Geständnis zuvor in Aussicht gestellt wurde. Dass ein Gesetz über Absprachen im Strafverfahren jedoch auch eine Antwort auf die Frage geben muss, was der Angeklagte aus einer Verständigung über das Strafmaß *rechtlich* herleiten kann, wird niemand bestreiten. Praktisch relevant wird dies immer dann, wenn die Absprache scheitert bzw. fehlschlägt, weil das Gericht eine höhere als die angekündigte Strafe zu verhängen beabsichtigt. Solche Fälle haben auch den BGH schon mehrfach beschäftigt, angefangen mit der ersten in der amtlichen Sammlung veröffentlichten Entscheidung zu den strafprozessualen Absprachen⁹.

Der Große Senat für Strafsachen ist in seinem Beschluss vom 03.03.2005 auch auf diesen Aspekt eingegangen. Er hat insoweit verschiedene Fragen als regelungsbedürftig benannt¹⁰ und dem Gesetzgeber mit auf den Weg gegeben, der zu einer gesetzlichen Regelung der Absprachen im Strafprozess führen soll: Ist das Gericht stets an die von ihm in Aussicht gestellte Strafobergrenze gebunden, wenn der Angeklagte daraufhin ein Geständnis ablegt? Unter welchen Voraussetzungen darf von der Absprache auch dann abgewichen werden, wenn das Gericht grundsätzlich an sie gebunden ist? Wenn das Gericht nicht an die Verständigung gebunden ist, darf dann das aufgrund der Absprache abgelegte Geständnis verwertet werden? Wie weit reicht eine eventuelle Bindungswirkung: Ist sie – nach Rechtsmitteleinlegung und gegebenenfalls einer

¹ Vgl. dazu insbesondere die Beiträge von Weider (unter dem Pseudonym „Detlev Deal aus Mauschelhausen“), StV 1982, 545 und Schmidt-Hieber NJW 1982, 1017.

² BGHSt 43, 195.

³ BGHSt 50, 40 (64).

⁴ Plenarprotokoll 829.

⁵ BT-Drs. 16/4197 vom 31.01.2007.

⁶ So die Ankündigung von Bundesjustizministerin Zypries in einer am 12.07.2007 an der Leibniz-Universität Hannover gehaltenen Rede, die auf www.bundesjustizministerium.de unter Service/Pressestelle/Reden abzurufen ist. Vgl. auch die Stellungnahme der Bundesregierung zum Gesetzentwurf des Bundesrates, BT-Drs. 16/4197, S. 12.

⁷ Der Referentenentwurf ist auf www.bundesjustizministerium.de unter Themen/Rechtspflege/Strafverfahren abzurufen. Weitere Gesetzentwürfe: Entwurf der BRAK, ZRP 2005, 235; Eckpunktepapier der Generalstaatsanwälte, NJW 2006, Sonderdruck „Der Deal im Strafverfahren“, S. 9ff.; Entwurf des DAV in der Stellungnahme Nr. 46/2006 (abrufbar unter www.anwaltverein.de).

⁸ Etwas ausführlicher äußern sich insofern nur Landau/Bünger ZRP 2005, 268 (271f.); Meyer-Gofßner StV 2006, 485 (488f.); Gieg GA 2007, 469 (479f.).

⁹ BGHSt 36, 210.

¹⁰ BGHSt 50, 40 (51f.).

Zurückverweisung – auch von anderen Gerichten zu berücksichtigen?

II. Der Vertrauensschutz des Angeklagten nach einer Verständigung über das Strafmaß – ein verfassungsrechtliches Gebot

Bereits in seiner ersten Entscheidung zur gescheiterten Absprache hat der BGH die Rechte des Angeklagten auf den Grundsatz des Vertrauensschutzes gestützt¹¹. Dieses Rechtsprinzip ist als Schutz des Bürgers gegen widersprüchliches Verhalten staatlicher Organe im Verfassungs- und Verwaltungsrecht seit Jahrzehnten Gegenstand intensiver Diskussion, während ihm im Strafverfahren bislang nur eine untergeordnete Rolle zugekommen ist. Der 4. Strafsenat des BGH hat den Vertrauensschutzgedanken später aber auch in seiner Grundsatzentscheidung aufgegriffen und eine sich aus der Verständigung ergebende Bindungswirkung damit begründet, die von dem Gericht geschaffene Vertrauenslage verbiete ihm, von seiner früheren Erklärung abzuweichen¹².

Damit findet der Umstand Berücksichtigung, dass der Angeklagte im Zusammenhang mit einer Urteilsabsprache in der Regel vereinbarungsgemäß ein Geständnis ablegt und sich auf diese Weise der wichtigen Verteidigungsmöglichkeit begibt, zu dem Anklagevorwurf zu schweigen. Der Angeklagte kann sich an derartigen Urteilsabsprachen nur beteiligen, indem er sich im Vertrauen auf die erfolgte Verständigung über das Verfahrensergebnis selbst belastet. Der BGH erkennt also zutreffend an, dass das „Vorleistungsrisiko“ des an einer Absprache beteiligten Angeklagten nicht einfach diesem selbst aufgebürdet werden kann. Er muss vielmehr vor den Folgen eines gerichtlichen Abweichens von der Verständigung jedenfalls im Grundsatz geschützt werden.

Der BGH bringt dabei – in Übereinstimmung mit der Rechtsprechung in allen anderen Bereichen des Öffentlichen Rechts – deutlich zum Ausdruck, dass der Vertrauensschutz des Angeklagten im Zusammenhang mit einer Verständigung über das Strafmaß seine Begründung auf verfassungsrechtlicher Ebene findet. So benennt er als rechtliche Grundlage für den Schutz des Angeklagten den Grundsatz des fairen Verfahrens¹³. Das fair-trial-Prinzip wiederum ist nach der Rechtsprechung des BVerfG eine Prozessmaxime, die dem Rechtsstaatsprinzip in Verbindung mit dem allgemeinen Freiheitsrecht zu entnehmen ist, Art. 20 Abs. 3 i. V. m. Art. 2 Abs. 1 GG¹⁴. Die verfassungsrechtliche Qualität des Vertrauensschutzes ist im Verfassungs- und Verwaltungsrecht schon lange unum-

stritten, auch wenn eine Vielzahl unterschiedlicher Auffassungen dazu existiert, welcher verfassungsrechtlichen Quelle der Vertrauensschutz zu entnehmen ist¹⁵.

Der Vertrauensschutz des Bürgers gegenüber Änderungen im staatlichen Verhalten, insbesondere auch der Schutz des Angeklagten vor einer Abweichung des Gerichts von dem im Rahmen einer Absprache zugesagten Strafmaß, findet seine Rechtfertigung also im Grundgesetz. Es handelt sich nicht um eine bloße Wohltat, die der Gesetzgeber dem Bürger auf einfach-gesetzlicher Ebene einräumen, nach seinem Belieben aber auch wieder entziehen kann. Gesetzliche Normierungen des Vertrauensschutzes, z. B. in den §§ 48 und 49 VwVfG, stellen Konkretisierungen des verfassungsrechtlich ohnehin Gebotenen dar. Verfassungsrechtlich unbedenklich sind solche Vorschriften deshalb nur, wenn sie nicht hinter dem Umfang des Vertrauensschutzes zurückbleiben, der durch im Grundgesetz verankerte Garantien vorgegeben wird.

Bei der gesetzlichen Regelung der Verständigung im Strafverfahren wird also zu berücksichtigen sein, dass der Vertrauensschutzgrundsatz bereits auf verfassungsrechtlicher Ebene subjektive Rechte des Angeklagten begründet, die durch die künftige Regelung gewährleistet werden müssen. Die Normierung der Absprachen ist insofern vom Grundgesetz vorgeprägt. Im vorliegenden Beitrag soll daher untersucht werden, inwiefern die beiden eingangs genannten Gesetzentwürfe den Anforderungen des verfassungsrechtlichen Vertrauensschutzgrundsatzes Rechnung tragen.

Als Ausgangspunkt werden dieser Bewertung die im Folgenden (unter IV.) noch kurz darzustellenden allgemeinen Kriterien des Vertrauensschutzes im Öffentlichen Recht zugrunde gelegt, die im Rahmen jahrzehntelanger Rechtsprechung und wissenschaftlicher Diskussion entwickelt wurden und im Verwaltungsrecht zum Teil in gesetzliche Regelungen eingeflossen sind. Auch der BGH hatte in der Entscheidung BGHSt 36, 210 zunächst an diese Kriterien angeknüpft.

Inzwischen hat der Rückgriff auf den in hohem Maße unbestimmten Grundsatz des fairen Verfahrens allerdings dazu geführt, dass sich die nähere Ausgestaltung des Vertrauensschutzes des Angeklagten – insbesondere hinsichtlich Begründung und Wegfall der Bindungswirkung – als bloße Rechtsfortbildung ohne dogmatische Absicherung darstellt. Dies verdeutlicht der nachfolgend (unter III.) kurz dargestellte Wandel in der Rechtsprechung des BGH zu den fehlgeschlagenen bzw. gescheiterten Absprachen.

Die Heranziehung des Vertrauensschutzgrundsatzes im Strafprozess und dessen Normierung in der StPO setzen voraus, dass der verfassungsrechtliche Hintergrund und seine Konsequenzen für Inhalt und Reichweite des Vertrauensschutzes speziell für das Strafverfahren dogma-

¹¹ Der 2. Senat hat damals aus dem Vertrauensschutzgrundsatz allerdings nur eine gerichtliche Hinweispflicht abgeleitet, BGHSt 36, 210 (212 und 216); vgl. auch BGHSt 38, 102 (104f.).

¹² BGHSt 43, 195 (210).

¹³ BGHSt 36, 210 (216); 43, 195 (210); 49, 84 (87); NStZ 2004, 342 (343); StV 2004, 471 (472).

¹⁴ BVerfGE 57, 250 (274); 78, 123 (126); 101, 397 (404); Beschluss des Zweiten Senats vom 14. Juni 2007- 2 BvR 1447/05 und 2 BvR 136/05.

¹⁵ Vgl. aus der Literatur statt aller *Blanke* Vertrauensschutz im deutschen und europäischen Verwaltungsrecht (2000), S. 12ff.; vgl. auch BVerfGE 13, 261 (270ff.); 59, 128 (152); 80, 137 (153); 87, 48 (61); NVwZ 2007, 441 (443); BVerfG, Beschluss vom 13.12.2006 – 2 B 70/06.

tisch aufgearbeitet werden. Insofern wird auf eine an anderer Stelle erfolgte Untersuchung verwiesen¹⁶. Das Ziel dieses Beitrages ist eine Darstellung, inwieweit die aus den anderen Bereichen des Öffentlichen Rechts bekannten Kriterien des Vertrauensschutzes auch in der Situation der fehlgeschlagenen Urteilsabsprache zur Anwendung kommen und deshalb Eingang in die gesetzliche Regelung finden müssen.

III. Der Vertrauensschutzgrundsatz in der Rechtsprechung des BGH zu den Absprachen im Strafverfahren

Wie bereits erwähnt, wurde der Vertrauensschutzgedanke schon in einer Entscheidung im Jahre 1989 vom BGH für die Beurteilung der Folgen einer fehlgeschlagenen Verständigung herangezogen¹⁷. In dem Fall des 2. Strafsenats hatte der Vorsitzende erklärt, die Kammer gehe über Anträge der Staatsanwaltschaft üblicherweise nicht hinaus. Die Verteidigung verzichtete deshalb darauf, weitere Beweisanträge zu stellen oder Erklärungen abzugeben. Die Kammer verhängte dann aber höhere Strafen als von der Staatsanwaltschaft beantragt. Der BGH führte in seiner Entscheidung aus, die Angeklagten und ihre Verteidiger hätten auf die Erklärung des Vorsitzenden vertrauen dürfen. Das Gericht habe daher nicht überraschend über die Anträge der Staatsanwaltschaft hinausgehen dürfen, sondern hätte aus Fairnessgründen zuvor einen entsprechenden Hinweis erteilen müssen¹⁸.

Zur Situation der Urteilsabsprache – Geständnisablegung nach Strafmaßankündigung – bemerkte der Senat in einer weiteren Entscheidung, dass das Gericht an seine eigene, auf der Grundlage einer Zwischenberatung abgegebene Strafmaßmitteilung nicht gebunden sei¹⁹. Eine von dieser Mitteilung abweichende Verurteilung verstoße selbst dann nicht gegen den Grundsatz des fairen Verfahrens, wenn der Angeklagte daraufhin ein Geständnis abgelegt hatte. Auch der Verwertbarkeit des Geständnisses stünde nichts entgegen. Der Angeklagte sei nur auf die Abweichung von der Strafmaßankündigung hinzuweisen.

Die Handhabung des Vertrauensschutzgedankens durch den BGH veränderte sich grundlegend mit der Entscheidung BGHSt 43, 195, die zusammen mit der darauf basierenden weiteren Rechtsprechung des BGH die Grundlage für die Gesetzentwürfe bildet. Der BGH geht seit dieser Grundsatzentscheidung davon aus, dass das Gericht an die im Rahmen einer Urteilsabsprache erfolgte

Strafmaßmitteilung gebunden ist und nur ausnahmsweise davon abweichen darf. Der Grundsatz des fairen Verfahrens verbiete es dem Gericht, von einer Erklärung abzuweichen, auf die ein Verfahrensbeteiligter vertraut²⁰. Die unzulässige Überschreitung des angegebenen Strafmaßes kann mit der Revision gerügt werden²¹.

Allerdings setzt dieser Vertrauensschutz des an der Absprache beteiligten Angeklagten nach der BGH-Rechtsprechung zweierlei voraus: Die Bindungswirkung entsteht nur dann, wenn die Verständigung in der vom BGH für zulässig erachteten Weise zustande gekommen ist. Zudem kann die Bindungswirkung nachträglich entfallen, wenn die Überschreitung des angekündigten Strafmaßes aus rechtlichen oder tatsächlichen Gründen erforderlich ist.

Der 2. Strafsenat hatte in BGHSt 36, 210 die Zulässigkeit der Absprache noch als nicht entscheidend für den Vertrauensschutz eingestuft und deshalb die Zulässigkeitskriterien auch nicht näher bestimmt: Das Vertrauen des Angeklagten auf Erklärungen des Gerichts oder des Vorsitzenden sei nur bei einer offensichtlichen Rechtswidrigkeit des Inhalts der Zusage oder einer Kompetenzüberschreitung nicht schutzwürdig²².

Demgegenüber knüpft der BGH nunmehr den Vertrauensschutz an die Einhaltung aller Voraussetzungen, die sich aus der von ihm geschaffenen „Verfahrensordnung“ für Absprachen ergeben. Zwar hat der Große Senat auch diesen Punkt ausdrücklich als eine durch den Gesetzgeber zu regelnde Frage bezeichnet und damit jedenfalls angedeutet, dass eine abweichende Normierung in Betracht kommt²³. Nach der aktuellen Rechtsprechung wird der Angeklagte aber nur dann geschützt, wenn in der Hauptverhandlung „unter Einbeziehung aller Beteiligter“²⁴ die gerichtliche Zusage protokolliert worden ist²⁵, bei Ablegung eines Geständnisses eine bestimmte Strafobergrenze nicht zu überschreiten. Erklärungen außerhalb der Hauptverhandlung, insbesondere im Rahmen von Gesprächen mit dem Vorsitzenden, unter Ausschluss der Schöffen oder ohne Beteiligung der Staatsanwaltschaft, begründen demnach keinen Vertrauenstatbestand²⁶. In solchen Fällen „unverbindlicher Vorgespräche“²⁷ ist das Gericht an eine Erklärung zum Strafmaß nicht gebunden. Darüber hinaus ist nicht nur das auf die Erklärung hin abgelegte Geständnis verwertbar²⁸, der

¹⁶ Graumann, Vertrauensschutz und strafprozessuale Absprachen (2006); vgl. auch zum Vertrauensschutz des Angeklagten nach fehlerhaften Zusagen und Auskünften der Strafverfolgungsorgane F. Meyer, Willensmängel beim Rechtsmittelverzicht des Angeklagten im Strafverfahren (2003), S. 104 ff.; zu Ansätzen, den Vertrauensschutz strafprozessspezifisch über die Verteidigungsrechte und das faire Verfahren zu begründen, vgl. Gaede, Fairness als Teilhabe – Das Recht auf konkrete und wirksame Teilhabe durch Verteilung gemäß Art. 6 EMRK (2007), S. 405 f., 606 f., 629.

¹⁷ Vgl. BGHSt 36, 210.

¹⁸ BGHSt 36, 210 (212 und 216).

¹⁹ BGHSt 38, 102

²⁰ BGHSt 43, 195 (210).

²¹ BGHSt 45, 227 (228); BGH StV 2004, 471f.

²² BGHSt 36, 210 (215); vgl. auch noch BGH NStZ 2002, 219f., wo eine gerichtliche Hinweispflicht trotz Unzulässigkeit der gescheiterten Verständigung bejaht wird.

²³ Vgl. BGHSt 50, 40 (51f.).

²⁴ BGHSt 43, 195 (210); 49, 84 (88).

²⁵ BGH NJW 2005, 445 (446); HRRS 2007 Nr. 365; HRRS 2007 Nr. 587.

²⁶ Vgl. BGH HRRS 2006 Nr. 963 und HRRS 2007 Nr. 60. Vgl. auch BGH NStZ 2006, 708, wo ein Vertrauenstatbestand sogar bei Bekanntgabe von Strafobergrenzen in der Hauptverhandlung verneint wird.

²⁷ BGH NStZ 2006, 464 (465).

²⁸ BGH StV 2003, 481. Die Unverwertbarkeit des Geständnisses kommt bei einer unzulässigen Absprache nach der Rechtsprechung des BGH nur dann in Betracht, wenn das rechtswidrige Vorgehen der Strafverfolgungsbehörden eine verbotene Vernehmungsmethode i. S. d. § 136a StPO dar-

Angeklagte ist noch nicht einmal auf die beabsichtigte Überschreitung des vom Vorsitzenden oder Gericht in Aussicht genommenen Strafmaßes hinzuweisen²⁹.

Auch bei einer zulässigen Absprache kann ausnahmsweise die Bindung des Gerichts an die Strafmaßzusage entfallen. Ein Abweichen von der Verständigung hielt der 4. Strafsenat allerdings nur dann für zulässig, wenn später schwerwiegende neue Umstände bekannt werden, etwa erhebliche Vorstrafen oder den Verbrechenscharakter begründende Tatsachen oder Beweismittel³⁰. In diesem Fall sei dann lediglich ein – zu protokollierender – Hinweis zu erteilen, dass das angekündigte Strafmaß voraussichtlich überschritten werde. Der Große Senat für Strafsachen hat inzwischen klargestellt, dass auch tatsächliche oder rechtliche Umstände, die zum Zeitpunkt der Absprache bereits vorhanden waren und vom Gericht übersehen wurden, eine Abweichung von der Strafmaßzusage rechtfertigen³¹. Zudem setzt er – unter Betonung von § 261 StPO – lediglich für die Urteilsfindung „relevante“ Umstände voraus und scheint damit von dem einschränkenden Kriterium „schwerwiegend“ abzurücken. Im Ergebnis ermöglicht dann jeder für die Strafzumessung nicht ganz unerhebliche tatsächliche³² oder rechtliche Aspekt³³ eine Überschreitung des angekündigten Strafmaßes. Die Bindungswirkung entfällt ebenfalls, wenn der Angeklagte mit seinem Geständnis keine absprachege-
mäßige „Leistung“ erbringt, dieses etwa nicht glaubhaft³⁴ oder im Hinblick auf den Anklagevorwurf nicht umfassend ist³⁵.

Damit lässt sich die neuere Rechtsprechung des BGH zum Vertrauensschutz des Angeklagten, der aufgrund einer gerichtlichen Strafmaßmitteilung ein Geständnis ablegt, wie folgt zusammenfassen:

Allein der Angeklagte trägt das Risiko,

- dass die Verständigung den Vorgaben der BGH-Rechtsprechung nicht entspricht,
- dass das Gericht bei seiner Strafmaßeinschätzung rechtliche oder tatsächliche Aspekte übersehen hat,
- dass dem Gericht nachträglich neue strafzumessungsrelevante Umstände bekannt werden.

Der Angeklagte wird über eine Bindung des Gerichts an dessen Zusage in seinem Vertrauen nur dann geschützt,

- wenn die Verfahrensbeteiligten – insbesondere das für die Ausgestaltung der Verständigungsgespräche

stellt, vgl. BGH NStZ 2004, 493 (494); StV 2004, 471 (472); vgl. auch BGH StV 2005, 201 und dazu BVerfG StV 2006, 57.

²⁹ Vgl. BGHR StPO vor § 1/faïres Verhalten/Vereinbarung 14. BGHSt 43, 195 (210).

³⁰ BGHSt 50, 40 (50).

³¹ Vgl. BGH NStZ 2004, 493: Das Gericht hatte eine Vorstrafe übersehen, obwohl diese von der Staatsanwaltschaft in der Anklageschrift mitgeteilt worden war.

³² Vgl. BGH StV 2004, 471f.: Die in Aussicht gestellte Gesamtstrafenbildung war nicht mit § 55 Abs. 1 StGB zu vereinbaren.

³³ BGH StV 2003, 268; 2004, 417.

³⁴ BGH NStZ 2006, 586.

maßgeblich verantwortliche Gericht – bei der Absprache sämtliche Zulässigkeitsvoraussetzungen beachtet haben

- und keine Veränderung in tatsächlicher oder rechtlicher Hinsicht eine Überschreitung der angegebenen Strafobergrenze erforderlich macht.

Er wird damit letztlich nur davor geschützt, dass das Gericht bei unveränderter Sach- und Rechtslage kraft „besserer Einsicht“³⁶ zu einer höheren Strafe gelangt. Dem Gericht ist es also untersagt, von seinem Spielraum bei der Gewichtung der Strafzumessungstatsachen in abweichender Weise Gebrauch zu machen.

IV. Vertrauensschutz im Öffentlichen Recht

Im Öffentlichen Recht haben sich in Rechtsprechung und Literatur folgende Voraussetzungen eines verfassungsrechtlich gebotenen Vertrauensschutzes herausgebildet³⁷:

Erforderlich ist demnach zunächst eine Vertrauensgrundlage (teilweise auch Vertrauenstatbestand genannt). Dies meint ein Verhalten eines staatlichen Organs, das geeignet ist, beim Bürger bestimmte Erwartungen hinsichtlich des künftigen staatlichen Handelns zu wecken. Entscheidend kommt es darauf an, dass dem Verhalten aus der Sicht eines objektiven Erklärungsempfängers ein entsprechender Bedeutungsgehalt zukommt³⁸. An einer ausreichenden Vertrauensgrundlage kann es fehlen, wenn das staatliche Organ seine Erklärung mit einem Vorbehalt, etwa dem einer späteren endgültigen Entscheidung, versieht. Allerdings kommt auch in einem solchen Fall das Vorliegen einer Vertrauensgrundlage in Betracht, wenn der Behörde bekannt ist, dass der Bürger bereits auf der Grundlage dieser vorläufigen Erklärung Dispositionen tätigen muss. Dass ein staatliches Verhalten rechtswidrig ist, steht dessen Eignung als Vertrauensgrundlage nicht entgegen. Dies macht insbesondere auch die Regelung des § 48 VwVfG deutlich, in der rechtswidrige Verwaltungsakte die Basis für den Vertrauensschutz des Bürgers bilden.

Neben der Existenz einer solchen objektiven Vertrauensgrundlage wird vorausgesetzt, dass der Bürger subjektiv auf das staatliche Handeln vertraut. Dazu muss er Kenntnis von der Vertrauensgrundlage haben und aufgrund dessen tatsächlich die entsprechenden Erwartungen an das künftige staatliche Verhalten hegen.

Des Weiteren ist eine so genannte Vertrauensbetätigung durch den Bürger erforderlich, mit der er sein Vertrauen „ins Werk“ setzt. Es handelt sich dabei um Dispositio-

³⁶ So die Formulierung in BGHSt 38, 102 (105), wo allerdings auch dies noch ausdrücklich als Grund benannt wurde, von einer vorherigen Erklärung zum Strafmaß abzuweichen.

³⁷ Vgl. zum Folgenden *Weber-Dürler* Vertrauensschutz im öffentlichen Recht (1983), S. 79ff.; *Muckel* Kriterien des verfassungsrechtlichen Vertrauensschutzes bei Gesetzesänderungen (1989), S. 80ff.; *Geurts* Der Grundsatz des Vertrauensschutzes bei der Aufhebung von Verwaltungsakten (1997), S. 29ff.; *Schwarz* Vertrauensschutz als Verfassungsprinzip (2002), 295ff.

³⁸ Vgl. OVG Münster NVwZ-RR 1990, 435f.

nen, die auf der Grundlage der durch das staatliche Verhalten ausgelösten Erwartungen getätigt werden.

Schließlich muss das Vertrauen des Bürgers auch schutzwürdig sein. Ein Vertrauensschutz wird nur gewährleistet, wenn eine normative Beurteilung ergibt, dass der Bürger auf das staatliche Verhalten vertrauen durfte. So fehlt es an seiner Schutzwürdigkeit, wenn die Vertrauensgrundlage fehlerhaft war und der Bürger diesen Umstand kannte oder jedenfalls kennen musste, vgl. etwa § 48 Abs. 2 S. 3 Nr. 3 VwVfG. Ist das Vertrauen grundsätzlich schutzwürdig, folgt noch eine Abwägung des privaten Vertrauensinteresses mit dem öffentlichen Interesse an der Abweichung von einem früheren staatlichen Verhalten bzw. einer Erklärung.

Auf der Rechtsfolgenseite kann der Vertrauensschutz auf unterschiedliche Art und Weise verwirklicht werden³⁹, wobei hier auch das öffentliche Interesse eine wichtige Rolle spielen kann. So kommt nicht nur die Bindung des Staates an sein früheres Verhalten bzw. frühere Erklärungen in Betracht (Bestandsschutz). Einem solchen Abweichungsverbot kann z. B. das öffentliche Interesse an der Gesetzmäßigkeit der Verwaltung entgegenstehen. Eine Alternative zu der Bindung des Staates an die von ihm geschaffene Vertrauensgrundlage stellt der Ausgleich von Nachteilen dar, die durch die Vertrauensbetätigung entstanden sind (Dispositionsschutz).

V. Die Gesetzentwürfe und der Vertrauensschutzgrundsatz

Nach dieser kurzen Darstellung der Voraussetzungen des Vertrauensschutzes sollen nun der Gesetzentwurf des Bundesrates und der Entwurf des Bundesjustizministeriums daraufhin untersucht werden, inwiefern sie dem auch vom BGH benannten Erfordernis⁴⁰ Rechnung tragen, das Vertrauen des Angeklagten auf gerichtliche Erklärungen nicht zu enttäuschen. Dabei sind vorliegend die zwei im Folgenden wiedergegebenen Regelungen von Bedeutung, die den Kern der jeweiligen Normierung bilden⁴¹. Hinsichtlich des Entwurfs des Bundesjustizministeriums wird der Referentenentwurf vom 18.05.2006 zugrunde gelegt, der in Anmerkungen um die Änderungen ergänzt wird, die die Bundesjustizministerin für den Gesetzentwurf der Bundesregierung angekündigt hat⁴².

§ 243a StPO-BR (Gesetzentwurf des Bundesrates)

(1) In der Hauptverhandlung kann das Gericht auch ohne Antrag des Angeklagten, des Verteidigers und der Staatsanwaltschaft zu jedem Zeitpunkt den Stand des Verfahrens einschließlich einer vorläufigen Beurteilung des Verfahrensergebnisses mit dem Ziel einer verfahrensbeendenden Absprache erörtern. Hinsichtlich der Anträge gilt § 212 und für Erörterungen au-

ßerhalb der Hauptverhandlung gelten § 212 Satz 2 und § 243 Abs. 4 entsprechend.

(2) Mit dem Ziel einer einvernehmlichen Verfahrensbeendigung ist nur eine Verständigung über die Rechtsfolgen mit Ausnahme der Maßregeln der Besserung und Sicherung zulässig. Gegenstand der Verständigung können weder der Schuldspruch, ein Rechtsmittelverzicht oder Umstände sein, die das Vollstreckungsverfahren betreffen. Die Regelungen in den §§ 154, 154a bleiben unberührt; das gilt auch in Bezug auf andere Verfahren gegen den Angeklagten, die zum Zeitpunkt der Hauptverhandlung bei dem Gericht oder der Staatsanwaltschaft anhängig sind.

(3) In Erwartung eines das Verfahren verkürzenden oder beendenden Geständnisses kann das Gericht unter freier Würdigung sämtlicher Umstände des Falles sowie der allgemeinen Strafzumessungserwägungen einen Strafraumen durch Mitteilung einer Strafunter- und einer Strafobergrenze angeben. Der mitgeteilte Strafraumen steht unter dem Vorbehalt eines der Nachprüfung zugänglichen und zur Überzeugung des Gerichts der Wahrheit entsprechenden Geständnisses.

(4) Der nach Absatz 3 mitgeteilte Strafraumen ist einschließlich der diesen stützenden wesentlichen Erwägungen in das Hauptverhandlungsprotokoll aufzunehmen. Im Anschluss erhalten die Staatsanwaltschaft, der Angeklagte, der Verteidiger und in den Fällen des § 395 die Nebenklage Gelegenheit zur Stellungnahme. Die Urteilsabsprache kommt zustande, wenn die Staatsanwaltschaft, der Angeklagte und der Verteidiger ihre Zustimmung erklären. Die Erklärungen und das Ergebnis sind im Hauptverhandlungsprotokoll festzuhalten. Erhebt die Nebenklage gegen den mitgeteilten Strafraumen Bedenken, gibt die Staatsanwaltschaft dazu eine Erklärung ab, die sich mit den geäußerten Vorbehalten der Nebenklage befasst.

(5) Stimmen die Staatsanwaltschaft, der Angeklagte oder der Verteidiger dem mitgeteilten Strafraumen nicht zu, ist das Gericht nicht an die bisherige Bewertung gebunden. Dasselbe gilt, wenn sich im weiteren Verlauf der Hauptverhandlung eine wesentliche Änderung der Bewertung der Sach- und Rechtslage durch das Gericht ergibt. Die Bindung des Gerichts an die mitgeteilte Bewertung sowie der Verfahrensbeteiligten an ihre Erklärungen nach Absatz 4 ist auf den jeweiligen Rechtszug beschränkt.

(6) Der Angeklagte ist über die Bedeutung und die Auswirkungen einer fehlenden Zustimmung der in Absatz 4 Satz 3 genannten Verfahrensbeteiligten ausdrücklich zu belehren. Ebenso ist er auf die Folgen eines nicht zur Überzeugungsbildung des Gerichts genügenden Geständnisses und einer wesentlichen Änderung der Bewer-

³⁹ Vgl. Blanke (Fn. 15), S. 181; Weber-Dürler (Fn. 37), S. 128.

⁴⁰ BGHSt 43, 195 (210).

⁴¹ Zu den vollständigen Gesetzentwürfen vgl. die Nachweise in den Fn. 5 und 7.

⁴² Vgl. dazu den Nachweis in Fn. 6.

tung der Sach- und Rechtslage durch das Gericht sowie die eingeschränkten Rechtsmittelmöglichkeiten einschließlich der auf das an der Verständigung beteiligte Gericht beschränkten Absprachebindung hinzuweisen. Ein danach abgelegtes Geständnis bleibt auch im Falle einer nach Absatz 3 Satz 2 mangelnden oder nach Absatz 5 Satz 2 weggefallenen Bindung des Gerichts verwertbar.

(7) Das Gericht weist die Verfahrensbeteiligten auf eine die Bindungswirkung nicht begründende oder entfallen lassende Bewertung hin. § 265 gilt entsprechend. Im Falle des wirksamen Zustandekommens der Absprache ist das erkennende Gericht an den mitgeteilten Strafrahmen gebunden.

§ 257c StPO-BMJ (Referentenentwurf des Bundesjustizministeriums)

(1) Das Gericht kann sich in geeigneten Fällen in der Hauptverhandlung mit den Verfahrensbeteiligten über den weiteren Fortgang und das Ergebnis des Verfahrens verständigen.

(2) Gegenstand dieser Verständigung dürfen nur die Rechtsfolgen sein, die Inhalt des Urteils und der dazugehörigen Beschlüsse sein können, sonstige verfahrensbezogene Maßnahmen im zu Grunde liegenden Erkenntnisverfahren sowie das Prozessverhalten der Verfahrensbeteiligten. Das Gericht kann dabei mit Zustimmung des Angeklagten unter freier Würdigung aller Umstände des Falles sowie der allgemeinen Strafzumessungserwägungen eine Ober- und Untergrenze der Strafe angeben. Die Ankündigung, auf Rechtsmittel zu verzichten oder ein Rechtsmittel nicht einzulegen, sowie Maßregeln der Besserung und Sicherung dürfen nicht Gegenstand einer Verständigung sein.

(3) Die Verfahrensbeteiligten erhalten Gelegenheit zur Stellungnahme. Die Verständigung kommt zustande, wenn Angeklagter und Staatsanwaltschaft *nicht widersprechen*.

Anmerkung: Der künftige Gesetzentwurf der Bundesregierung soll abweichend für ein Zustandekommen der Verständigung voraussetzen, dass „Angeklagter und Staatsanwaltschaft beide zustimmen“.

(4) Das Gericht darf von einer Verständigung (Absatz 3 Satz 2) nur abweichen, wenn sich seine Bewertung der Sach- oder Rechtslage im Verlauf der Hauptverhandlung ändert oder das weitere Prozessverhalten des Angeklagten nicht dem entspricht, das der Prognose des Gerichtes zugrunde gelegt worden ist. *Diese Abweichung steht der Verwertung einer Aussage des Angeklagten nicht grundsätzlich entgegen.* Das Gericht hat eine Abweichung nach Satz 1 unverzüglich mitzuteilen.

Anmerkung: Der künftige Gesetzentwurf der Bundesregierung soll abweichend vorsehen, dass ein Geständnis, welches nach einer Verständigung abgegeben wurde, immer dann unverwertbar ist, „wenn die Bindung des Gerichts an die Verständigung entfällt“.

(5) Der Angeklagte ist über die Voraussetzungen und Folgen einer Abweichung des Gerichtes von dem in Aussicht gestellten Ergebnis nach Absatz 4 Satz 1, 2 zu belehren. *Ist diese Belehrung unterblieben, darf die Aussage des Angeklagten nur mit dessen Einverständnis verwertet werden.*

Anmerkung: siehe Anmerkung zu Absatz 4.

Die Gesetzesvorlage des Bundesrats und der Referentenentwurf des Bundesjustizministeriums sehen als Folge einer Verständigung über das Verfahrensergebnis die Bindung des Gerichts an seine Strafmaßmitteilung vor, welche nach beiden Entwürfen in der Angabe eines Strafrahmens zu erfolgen hat (Mitteilung einer Strafober- und einer Strafuntergrenze, § 243a Abs. 3 Satz 1 StPO-BR und § 257c Abs. 2 Satz 2 StPO-BMJ). Grundsätzlich wird ein Vertrauensschutz des Angeklagten also entsprechend der Rechtsprechung seit BGHSt 43, 195 durch ein Verbot des Abweichens von der gerichtlichen Erklärung gewährleistet. Eine Vertrauensenttäuschung wird dadurch verhindert, dass der Inhalt des Urteils der Erwartung des Angeklagten entspricht, die der Ablegung eines Geständnisses zugrunde lag.

Jedoch wird dieser Vertrauensschutz in den Entwürfen unter verschiedenen Aspekten eingeschränkt. Es werden Voraussetzungen für die Entstehung der Bindungswirkung benannt (1.), an bestimmte Umstände wird der Wegfall der Bindungswirkung geknüpft (2.) und die Reichweite der Bindung wird auf das an der Verständigung beteiligte Gericht beschränkt (3.). Im Folgenden wird darauf eingegangen, ob diese Einschränkungen des Vertrauensschutzes mit den Anforderungen des verfassungsrechtlichen Vertrauensschutzgrundsatzes zu vereinbaren sind.

1. Die Voraussetzungen für die Entstehung der Bindungswirkung

a) Regelung in den Entwürfen

Die Bindungswirkung tritt nach den Entwürfen nicht als Folge einer jeden gerichtlichen Mitteilung hinsichtlich des zu erwartenden Verfahrensergebnisses ein. Das Gericht ist vielmehr nur dann an den angegebenen Strafrahmen gebunden, wenn eine Absprache wirksam zustande gekommen ist (§ 243a Abs. 7 Satz 3 StPO-BR und § 257c Abs. 3 Satz 2 i. V. m. Abs. 4 Satz 1 StPO-BMJ). Das Zustandekommen der Urteilsabsprache (Terminologie der Bundesratsvorlage) bzw. Verständigung (Terminologie des Referentenentwurfs) setzt wiederum einen Konsens der Verfahrensbeteiligten hinsichtlich des vom Gericht mitgeteilten Strafrahmens voraus. Beide Entwürfe machen inzwischen die Wirksamkeit von der Zustimmung der Staatsanwaltschaft und des Angeklagten abhängig (vgl. § 243a Abs. 4 Satz 3 StPO-BR), nachdem der

Referentenentwurf ursprünglich bereits den fehlenden Widerspruch genügen ließ. Fehlt es mangels Zustimmung an einem Konsens der Verfahrensbeteiligten, ist das Gericht an seine Bewertung, die in der Strafrahmennmitteilung zum Ausdruck gekommen ist, nicht gebunden (§ 243a Abs. 5 Satz 1 StPO-BR und § 257c Abs. 4 Satz 1 i. V. m. Abs. 3 Satz 2 StPO-BMJ). Legt der Angeklagte trotz fehlender Zustimmung der Staatsanwaltschaft nach der Strafmaßmitteilung ein Geständnis ab, so ist dieses grundsätzlich verwertbar (vgl. § 257c Abs. 4 Satz 2 StPO-BMJ und § 243a Abs. 6 StPO-BR, wo die Verwertbarkeit aber wohl von einer Belehrung über das Zustimmungserfordernis abhängig gemacht wird⁴³).

Ausdrücklich wird das Zustandekommen der Verständigung in beiden Entwürfen nur an den Konsens der Beteiligten geknüpft (§ 243a Abs. 4 Satz 3 StPO-BR und § 257c Abs. 3 Satz 2 StPO-BMJ). Die Entwürfe lassen aber nicht erkennen, dass die jeweiligen Regelungen von der bisherigen Rechtsprechung des BGH abweichen sollen, wonach eine Bindungswirkung nur bei Einhaltung aller Voraussetzungen für eine zulässige Absprache entstehen kann⁴⁴. Vielmehr ergibt sich aus dem Regelungszusammenhang, dass über den Konsens der Beteiligten hinaus auch alle weiteren Zulässigkeitsvoraussetzungen gegeben sein müssen, damit eine wirksame Verständigung, die zu einer grundsätzlichen Bindung des Gerichts führt, zustande kommt.

Die Systematik der Gesetzesentwürfe, die verschiedene formelle Aspekte einer zulässigen Verständigung regeln, spricht dafür, dass eine wirksame Verständigung im Sinne der gesetzlichen Regelung nur dann vorliegt, wenn die Übereinstimmung der Verfahrensbeteiligten auf diese Weise zustande gekommen ist. Nur eine Strafmaßmitteilung, die unter Beachtung aller gesetzlichen Anforderungen erfolgt ist, kann demnach taugliche Grundlage des Konsenses der Verfahrensbeteiligten sein. Zu diesen formellen Voraussetzungen zählt insbesondere, dass die gerichtliche Mitteilung anschließend zu protokollieren ist, wenn die Erörterung des Verfahrensergebnisses in der Hauptverhandlung stattgefunden hat (§ 243a Abs. 4 Satz 1 StPO-BR und § 273 Abs. 1a StPO-BMJ). Haben Verständigungsgespräche außerhalb der Hauptverhandlung stattgefunden, so ist dies vom Vorsitzenden in der Hauptverhandlung mitzuteilen, Inhalt und Ergebnis der Gespräche sind in das Hauptverhandlungsprotokoll aufzunehmen (§ 243 Abs. 3a StPO-BR und § 243 Abs. 4 StPO-BMJ).

Ein Schutz des Angeklagten, der auf die gerichtliche Erklärung zum Strafmaß vertraut, ist also in den Entwürfen nur für den Fall vorgesehen, dass die Staatsanwalt-

schaft dem mitgeteilten Strafrahmen zustimmt und sämtliche formellen Anforderungen an das Zustandekommen der Verständigung eingehalten wurden⁴⁵. Allein in diesem Fall ist das Gericht an seine Mitteilung zum Strafmaß gebunden.

b) Zustimmung der Staatsanwaltschaft als Voraussetzung?

Das Entstehen einer Bindungswirkung scheidet nach beiden Entwürfen demnach in der folgenden Konstellation aus: Im Rahmen von Verständigungsgesprächen stellt das Gericht in der Hauptverhandlung für den Fall eines umfassenden Geständnisses einen Strafrahmen von 1 Jahr und 9 Monaten bis zu 2 Jahren Freiheitsstrafe in Aussicht. Der Sitzungsvertreter der Staatsanwaltschaft erklärt daraufhin, diesem Strafrahmen nicht zustimmen zu können, da er in jedem Fall eine Freiheitsstrafe von über 2 Jahren für angemessen halte. Es kommt zu keiner „gelungenen Verständigung“, weil das Gericht bei seiner Vorstellung bleibt. Der Angeklagte hat nun deutlich vor Augen, dass ihm ohne ein frühzeitiges Geständnis eine Freiheitsstrafe droht, deren Aussetzung zur Bewährung nicht möglich ist. Er gibt daher nach Rücksprache mit seinem Verteidiger eine geständige Einlassung ab und die Beweisaufnahme kann sehr schnell geschlossen werden.

In dieser Situation trägt der Angeklagte nach den Entwürfen das Risiko, dass es – sogar ohne einen vorherigen Hinweis – zu einer von der gerichtlichen Erklärung abweichenden Verurteilung kommt, das Gericht also trotz des umfassenden Geständnisses z. B. zu einer Freiheitsstrafe von 2 Jahren und 3 Monaten gelangt.

Mit Blick auf die Voraussetzungen des verfassungsrechtlich gebotenen Vertrauensschutzes stellt sich die Frage, ob die gerichtliche Erklärung zum Strafmaß nur dann eine taugliche Vertrauensgrundlage und einen Anknüpfungspunkt für schutzwürdiges Vertrauen des Angeklagten darstellt, wenn die Staatsanwaltschaft mit dem angegebenen Strafrahmen einverstanden ist^{45a}.

Dies ist zu verneinen, weil die Umsetzung der Verständigung im Urteil auch nach den Entwürfen immer noch davon abhängig ist, dass das Gericht in der Urteilsberatung keine veränderte bzw. wesentlich veränderte Bewertung der Sach- und Rechtslage vornimmt (§ 257c Abs. 4 Satz 1 StPO-BMJ und § 243a Abs. 5 Satz 2 StPO-BR). Entscheidend für den Strafausspruch im Urteil ist also auch künftig die abschließende Bewertung der Strafzumessungstatsachen *durch das Gericht* – und nicht etwa das Einverständnis der Verfahrensbeteiligten mit dieser Strafe. Zu den für die Strafzumessung relevanten Faktoren zählt u. a. das Geständnis des Angeklagten, in keinem Fall aber die zustimmende oder ablehnende Haltung der

⁴³ Allerdings ist die Belehrung als Voraussetzung für die Verwertbarkeit des Geständnisses in § 243a Abs. 6 Satz 3 StPO-BR für den Fall einer fehlenden Zustimmung der Staatsanwaltschaft nicht ausdrücklich normiert. Die Regelung bezieht sich merkwürdigerweise nur auf eine mangelnde bzw. weggefallene Bindung, die auf ein unzureichendes Geständnis oder eine wesentliche Änderung der Bewertung durch das Gericht zurückgeht. Sie müsste sich konsequent aber auch auf eine nach Abs. 5 Satz 1 mangelnde Bindung erstrecken, über die der Angeklagte gemäß Abs. 6 Satz 1 zu belehren ist.

⁴⁴ Siehe dazu oben III.

⁴⁵ Ansonsten greift wohl nur nach dem Bundesratsentwurf noch ein Schutz in Form eines Beweisverwertungsverbotes ein, wenn das Gericht den Angeklagten nicht über die Bedeutung der fehlenden Zustimmung der Staatsanwaltschaft belehrt hatte, siehe dazu schon vorstehend im Text.

^{45a} In BGH StV 2006, 626 wurde offen gelassen, ob die „Wirksamkeit“ einer Verständigung von der Zustimmung der Staatsanwaltschaft abhängt; vgl. auch BGH HRRS 2007 Nr. 60.

Staatsanwaltschaft. Dass die Staatsanwaltschaft mit der Einschätzung des Gerichts zum Strafraum nicht einverstanden ist, hat damit nicht zur Folge, dass das Gericht später ohne weiteres von seiner eigenen Bewertung abrücken dürfte. Vielmehr setzt eine solche Abweichung in jedem Fall einen sachlichen Grund – auf der Ebene der Strafzumessung – voraus, der eine höhere Strafe zu rechtfertigen vermag, also

- einen neuen oder ursprünglich übersehenen tatsächlichen Umstand
- eine als unzutreffend erkannte bisherige Einschätzung der Rechtslage
- oder eine abweichende Gewichtung der Strafzumessungstatsachen bei unveränderter Sach- und Rechtslage („bessere Einsicht“).

Wenn aber die ablehnende Haltung der Staatsanwaltschaft sich als solche nicht auf das Strafmaß auswirkt, dann muss der Angeklagte auch nicht aufgrund der fehlenden Zustimmung damit rechnen, dass das Gericht von seiner eigenen Ankündigung für den Fall eines Geständnisses abweichen wird. Die Mitteilung eines Strafraums aufgrund einer aktuellen Bewertung der Sach- und Rechtslage durch das Gericht löst unabhängig von einer Zustimmung der Staatsanwaltschaft die Erwartung des Angeklagten aus, das Strafmaß werde sich bei Ablegung eines Geständnisses innerhalb des angegebenen Strafraums bewegen.

Entscheidend für die Schutzwürdigkeit des Vertrauens des Angeklagten kann dann aber nur sein, ob er mit einer abweichenden Verurteilung gerade aufgrund desjenigen – strafzumessungsrechtlichen – Umstandes rechnen musste, der später die Verhängung eines höheren Strafmaßes notwendig macht (insbesondere wenn er einen nachträglich bekannt gewordenen tatsächlichen Umstand bereits bei Ablegung des Geständnisses gekannt hatte)⁴⁶.

Die in den Entwürfen vorgesehene Verknüpfung des Vertrauensschutzes mit der Zustimmung der Staatsanwaltschaft ist hingegen verfassungsrechtlich höchst bedenklich. Eine Vertrauensgrundlage ist ein staatliches Handeln, das bestimmte Erwartungen des Bürgers hinsichtlich des künftigen Verhaltens staatlicher Organe auslöst. Tätigt ein staatliches Organ Aussagen bezüglich eines eigenen künftigen Verhaltens, für das es die Entscheidungskompetenz besitzt, ist aus objektiver Sicht die Erwartungshaltung gerechtfertigt, das spätere Verhalten werde der Ankündigung entsprechen⁴⁷. Demgegenüber ist es für die Erwartung des Bürgers und dessen Schutzwürdigkeit unerheblich, wie sich ein anderes staatliches Organ zu der Ankündigung verhält, welches die spätere Entscheidung gerade nicht zu treffen hat.

Der Verfahrensrolle der Staatsanwaltschaft wird dadurch in ausreichendem Maße Rechnung getragen, dass ihr rechtliches Gehör zu der Strafmaßeinschätzung des Gerichts zu gewähren ist. Zudem muss die Staatsanwaltschaft die Möglichkeit haben, nach einer aus ihrer Sicht

nicht zustimmungsfähigen Absprache gegen das Urteil Rechtsmittel einzulegen.

c) Bindungswille des Gerichts als Voraussetzung?

Die Vertrauensgrundlage in Form der gerichtlichen Mitteilung eines Strafraums kann auch nicht dadurch beseitigt werden, dass das Gericht – wie in § 243a Abs. 6 Satz 1 StPO-BR vorgesehen – den Angeklagten darüber informiert, dass es nur bei einer Zustimmung der Staatsanwaltschaft an seine Erklärung gebunden ist. Nach dem Gesetzentwurf des Bundesrates greift wohl – nur – im Falle des Unterbleibens einer solchen Belehrung ein Verwertungsverbot für ein daraufhin abgelegtes Geständnis ein, wodurch dann über einen Dispositionsschutz dem Vertrauen des Angeklagten Rechnung getragen wird⁴⁸. Der Referentenentwurf sieht eine Belehrungspflicht hinsichtlich der Bedeutung einer fehlenden Zustimmung der Staatsanwaltschaft hingegen gar nicht erst vor.

Dass die Vertrauensgrundlage, also die gerichtliche Strafraumeinschätzung, auch durch eine solche Belehrung nicht einfach beseitigt werden kann, ergibt sich für den Fall, dass eine Zustimmung der Staatsanwaltschaft nicht erfolgt, bereits aus der fehlenden strafzumessungsrechtlichen Relevanz einer solchen Zustimmung. Der Angeklagte muss seinem eigenen Verteidigungsverhalten weiterhin die *gerichtliche* Mitteilung zugrunde legen. Denn er darf damit rechnen, dass das Gericht nur aus einem der vorstehend im Text genannten sachlichen Gründe seine eigene Bewertung ändert und nicht allein deshalb, weil die Staatsanwaltschaft der Bewertung nicht zustimmen konnte.

Es lässt sich aber über diese Situation hinaus allgemein festhalten, dass eine Strafmaßmitteilung des Gerichts trotz eines fehlenden „Bindungswillens“ und eines Hinweises auf die Unverbindlichkeit der Mitteilung stets eine taugliche Grundlage schutzwürdigen Vertrauens des Angeklagten darstellt. Dies könnte künftig vor allem dann Bedeutung erlangen, wenn es in der gerichtlichen Praxis zu einer Differenzierung zwischen den gesetzlich geregelten, rechtsverbindlichen Absprachen einerseits und informellen Gesprächen andererseits kommen sollte. Angesichts der bisherigen Rechtsprechung ist damit zu rechnen, dass bei Strafmaßprognosen ein Vertrauensschutz des Angeklagten zum Teil mit der Begründung abgelehnt wird, die Erklärung des Gerichts oder des Vorsitzenden habe nicht „dem Ziel einer verfahrensbeendenden Absprache“ (§ 243a Abs. 1 Satz 1 StPO-BR) gedient, sondern nur der Information der Beteiligten über eine vorläufige und unverbindliche Einschätzung⁴⁹.

⁴⁸ Vgl. bereits oben Fn. 43.

⁴⁹ Vgl. BGH NStZ 2007, 355: Das Landgericht führte in der Begründung eines Beschlusses aus, „es habe keine Verständigung, sondern lediglich einen Austausch über die Straferwartungen der Verfahrensbeteiligten im Rahmen eines Rechtsgesprächs gegeben“; BGH NStZ 2005, 395f.: Es habe keine Absprache stattgefunden. Das Landgericht habe lediglich als Ergebnis einer Zwischenberatung mitgeteilt, dass im Falle eines Geständnisses eine bestimmte Strafobergrenze nicht überschritten werde, ohne dass dies dem Angeklagten zuvor ausdrücklich mitgeteilt werden würde; BGH StV 2006, 626f.: Die Mitteilung einer Strafobergrenze

⁴⁶ Vgl. dazu nachstehend 2. c).

⁴⁷ Womit nicht ausgeschlossen ist, dass darüber hinausgehend sogar bei kompetenzwidrigen Zusagen ein Vertrauensschutz erforderlich sein kann.

Der verfassungsrechtlich gebotene Vertrauensschutz des Angeklagten nach einer Strafmaßeinschätzung des Gerichts hängt aber in keiner Weise von einem „Bindungswillen“ des Gerichts ab, der zu dessen eigener Disposition stünde. Die Bindung des Gerichts an seine eigene Erklärung zum Strafmaß ist nicht Voraussetzung für einen Vertrauensschutz, sondern dessen Folge. Wird die Verbindlichkeit der gerichtlichen Erklärung als Voraussetzung dafür eingestuft, dass der Angeklagte auf diese vertraut bzw. vertrauen darf, erliegt man einem Zirkelschluss, da die Bindungswirkung ihrerseits das berechtigte Vertrauen des Angeklagten voraussetzt.

Dies verdeutlichen die grundlegenden Ausführungen in BGHSt 43, 195, mit denen der BGH die Bindungswirkung von Urteilsabsprachen begründet hat. Der Grundsatz des fairen Verfahrens verbiete es, dass das Gericht sich in Widerspruch zu eigenen Erklärungen setzt, auf die ein Beteiligter vertraut⁵⁰. Das heißt aber, die Bindungswirkung folgt gerade nicht aus einer quasi-vertraglichen Vereinbarung, sondern aus dem (verfassungsrechtlichen) Grundsatz, das Gericht dürfe sich nicht widersprüchlich verhalten und auf diese Weise dem Vertrauen des Angeklagten zuwider handeln. Es gibt also nach dieser Konzeption keine Bindung kraft eines Konsenses der Absprachebeteiligten, sondern ein verfassungsrechtlich verankertes Verbot, von der eigenen Erklärung abzuweichen, die zur Grundlage des Verteidigungsverhaltens des Angeklagten geworden ist⁵¹. Die Verankerung der Bindungswirkung mittels eines „Umweges“ über die Verfassung ist nach geltendem Recht auch schon deshalb notwendig, weil de lege lata jeder Selbstbindung des Gerichts vor der Urteilsberatung auf einfach-gesetzlicher Ebene § 261 StPO entgegensteht. Dies hat auch der Große Senat für Strafsachen inzwischen deutlich zum Ausdruck gebracht⁵².

Nach den allgemeinen Vertrauensschutzkriterien kann zwar einer behördlichen Erklärung die Qualität einer Vertrauensgrundlage abzusprechen sein, wenn sie mit dem Vorbehalt einer abschließenden Entscheidung versehen wird. Der Staat kann sich durch Änderungsvorbehalte aber nicht in jedem Fall der Verantwortung für seine früheren Erklärungen entziehen. So wird es in aller Regel dem alleinigen Risiko des Antragstellers eines Leistungsbescheides zuzurechnen sein, wenn er auf die Auskunft eines Beamten, es könne in der abschließenden Entscheidung mit einem positiven Bescheid gerechnet werden, unmittelbar entsprechende Dispositionen tätigt, ohne den Abschluss des förmlichen Verwaltungsverfahrens abzuwarten⁵³.

Anders sind die Auswirkungen eines Vorbehaltes aber insbesondere dann zu beurteilen, wenn die Erklärung des

staatlichen Organs den Bürger in eine Zwangslage bringt und auf diesen Druck ausgeübt wird, schon vor der späteren Entscheidung Dispositionen zu tätigen, etwa weil diese eine notwendige Gegenleistung für die in Aussicht gestellte positive Entscheidung darstellen⁵⁴. Es liefe rechtsstaatlichen Grundsätzen fundamental zuwider, wenn der Staat sich ohne weiteres in Widerspruch zu seiner eigenen Erklärung setzen könnte, nachdem der Bürger solche Dispositionen im Hinblick auf die Ankündigung erbracht hat. Der Staat darf nicht auf der einen Seite Druck auf den Bürger ausüben und auf der anderen Seite unter Hinweis auf einen Vorbehalt jeden Vertrauensschutz für die zu tätigen Dispositionen ablehnen. Vielmehr ist der Bürger in einer solchen Situation besonders schutzbedürftig, weil er zu u. U. weit reichenden Dispositionen genötigt ist und noch nicht einmal in der Gewissheit handeln kann, sein Handlungsziel damit zu erreichen.

Der Angeklagte, dem eine gerichtliche Einschätzung zum Strafraumen mitgeteilt wurde, befindet sich aber in eben einer solchen Situation. Der 4. Strafsenat des BGH hat dies in einer Entscheidung anschaulich beschrieben und sich damit auseinandergesetzt, auf welche Weise der mit einer Absprache verbundene Druck auf den Angeklagten überhaupt gerechtfertigt werden kann⁵⁵:

„Zwar gerät ein Angeklagter, dem das Gericht eine Verständigung vorschlägt, zwangsläufig in den Konflikt, sein Verhalten den Wünschen des Gerichts anzupassen oder - im Falle eines Schuldspruchs - die Möglichkeit einer deutlich höheren Strafe in Kauf zu nehmen. Dies ist jedoch hinzunehmen, sofern die Verständigung geeignet ist, anerkannten strafprozessualen Zwecken zu dienen; so kann durch ein Geständnis des Angeklagten eine langwierige Beweisaufnahme vermieden und damit dem verfahrensrechtlichen Beschleunigungsgebot Rechnung getragen, bei Gewaltdelikten zudem eine die Opfer belastende Zeugenvernehmung vermieden werden. Dagegen ist der latente Druck, der mit jedem Absprachevorschlag des Gerichts auf den Angeklagten ausgeübt wird, dann nicht hinzunehmen, wenn das dem Angeklagten angebotene Verhalten ersichtlich vordergründig einem Zweck dient, der mit der angeklagten Tat und dem Gang der Hauptverhandlung in keinem inneren Zusammenhang steht“.

Dieser Druck auf den Angeklagten wird doch aber in keiner Weise geringer, nur weil das Gericht ihn darauf hinweist, eine Bindung an die Absprache bestehe nicht. Hat der Angeklagte keine Anhaltspunkte für das Vorliegen eines Umstandes, der aus strafzumessungsrechtlichen Gründen zu einer Bewertungsänderung durch das Gericht führen könnte, steht für ihn im Beispiel unter b) zu befürchten, dass ohne ein – alsbald abzulegendes, „eine langwierige Beweisaufnahme vermeidendes“ – Geständnis eine Freiheitsstrafe verhängt werden wird, die zwei Jahre überschreitet. Die Ansicht, der Angeklagte handele doch eigenverantwortlich, wenn er um die fehlende Verbindlichkeit einer gerichtlichen Strafmaßerklärung wisse, berücksichtigt nicht, dass mit jeglicher Mit-

auf der Grundlage einer Zwischenberatung sei nur ein Vorschlag für eine mögliche Verständigung gewesen.

⁵⁰ BGHSt 43, 195 (210).

⁵¹ Anders wohl aber BGH StV 2007, 618 und BGH NStZ 2006, 464 (465): „Infolge des überwiegend informellen Vorgehens fehlte es gleichwohl noch an einer von allen Beteiligten verbindlich gewollten verfahrensbeendenden Absprache“; vgl. auch BGH HRRS 2006 Nr. 963.

⁵² BGHSt 50, 40 (51).

⁵³ Vgl. z. B. BGH (Zivilsenat) NJW 1992, 1230ff.

⁵⁴ BVerwG NVwZ-RR 1993, 643f.; Weber-Dürler (Fn. 37), S. 82; vgl. auch Gaede (Fn. 16), S. 405 f., 629 f.

⁵⁵ BGHSt 49, 84 (88).

teilung zum Strafmaß bei geständiger Einlassung konkludent die Ankündigung einer höheren Strafe für den Fall verbunden ist, dass der Angeklagte von seinem Schweigerecht Gebrauch macht. Der Verantwortung für diese Konfliktsituation und ihre mögliche Folge, die Ablegung eines Geständnisses, darf sich der Staat, der die Druckausübung auf den Angeklagten mit einer Abkürzung des Verfahrens rechtfertigt, nicht vollständig entziehen.

Im Hinblick auf die erwähnten informellen Gespräche und Informationen über die Strafmaßvorstellungen des Gerichts bietet sich angesichts der Zielsetzung der Gesetzentwürfe ein ausdrückliches Verbot an. Es besteht nach einer gesetzlichen Regelung der Verständigung im Strafverfahren kein Bedürfnis mehr für „unverbindliche“ Strafmaßmitteilungen, die außerhalb des im Gesetz vorgesehenen Verfahrens erfolgen.

d) Rechtmäßigkeit der Absprache als Voraussetzung?

Schließlich ergibt eine Auslegung der Regelungen in den Entwürfen, dass dem Angeklagten – wie schon in der aktuellen Rechtsprechung – ein Vertrauensschutz versagt wird, wenn bei der Absprache die formellen Anforderungen nicht gewahrt wurden. So wird der Angeklagte etwa aus einer nicht offen gelegten Verständigung außerhalb der Hauptverhandlung nichts herleiten können.

Dass dem Angeklagten bei unzulässigen Verständigungen gar kein Vertrauensschutz eingeräumt werden soll, ist verfassungsrechtlich mehr als bedenklich. Der Grundsatz des Vertrauensschutzes erlangt gerade bei rechtswidrigem staatlichen Handeln große Bedeutung und bildet in diesem Bereich den Gegenpart zum öffentlichen Interesse an der Gesetzmäßigkeit staatlichen Handelns. Ein Beispiel ist § 48 VwVfG, der speziell den Vertrauensschutz gegenüber der Rücknahme eines rechtswidrigen Verwaltungsaktes regelt. Die Rechtswidrigkeit steht gemäß § 48 Abs. 2 Satz 3 Nr. 3 VwVfG der Schutzwürdigkeit des Vertrauens nur dann entgegen, wenn der durch den Verwaltungsakt Begünstigte sie kannte oder grob fahrlässig nicht kannte.

Es ist aus rechtsstaatlichen Gründen nicht hinnehmbar, wenn staatliche Organe – von denen jeder Bürger von Verfassungen wegen gesetz- und rechtmäßiges Handeln erwarten darf, vgl. Art. 20 Abs. 3 GG – durch rechtswidriges Handeln Dispositionen des Bürgers veranlassen und diesem dann anschließend unter Hinweis auf die Rechtswidrigkeit die Folgen aufbürden. Eine Verantwortung des Bürgers lässt sich nur für den Fall begründen, dass er positiv von der Rechtswidrigkeit wusste oder diese evident und damit auch für ihn erkennbar war. Dies dürfte im Zusammenhang mit strafprozessualen Absprachen aber kaum einmal der Fall sein, soweit es sich bei dem Angeklagten um einen juristischen Laien handelt. Kenntnis und Kennenmüssen seines Verteidigers können dem Angeklagten wie auch sonst im Strafverfahren nicht zugerechnet werden⁵⁶.

Nun heißt dies nicht, dass eine künftige Regelung der Absprachen an jede Strafmaßmitteilung eines Gerichtes oder Vorsitzenden gegenüber dem Angeklagten eine Bindungswirkung knüpfen müsste. Ein ausreichender Vertrauensschutz kann auch auf andere Weise gewährleistet werden, insbesondere in Form eines Dispositionsschutzes durch ein Verwertungsverbot hinsichtlich des Geständnisses, das aufgrund einer unzulässigen Erklärung zum Strafmaß abgelegt wurde.

In einigen Entscheidungen des BGH finden sich auch schon Ansatzpunkte, in den Fällen unzulässiger Absprachen auf § 136a StPO zurückzugreifen⁵⁷. Bei einer Anwendung dieser Vorschrift und des daraus resultierenden Verwertungsverbotes würde dann der verfassungsrechtlich erforderliche Vertrauensschutz auf einfachgesetzlicher Ebene umgesetzt. Dies liegt auch durchaus nahe, wenn man sich noch einmal die Ausführungen des BGH in der Entscheidung BGHSt 49, 84 vor Augen hält⁵⁸: Auf den Angeklagten wird mit einer Absprache latenter Druck ausgeübt, ein Geständnis abzulegen, um die Möglichkeit einer deutlich höheren Strafe auszuschließen. Es handelt sich mit anderen Worten also um einen Geständniszwang, der nach Ansicht des BGH nur mit den verfahrensfördernden Auswirkungen eines Geständnisses zu rechtfertigen ist. Dann muss aber die unzulässige, weil die gesetzlichen Formen nicht wahrende Ausübung eines solchen Drucks die Unverwertbarkeit des dadurch hervorgerufenen Geständnisses nach sich ziehen. Insbesondere dürfte § 136a Abs. 1 Satz 3 1. Alt. StPO verwirklicht sein, weil in unzulässiger Weise mindestens konkludent mit der Verhängung einer höheren Strafe für den Fall der Nicht-Ablegung eines Geständnisses gedroht wird.

Sinnvoll wäre es aufgrund des engen Zusammenhangs allerdings, die Unverwertbarkeit des Geständnisses im Fall einer Strafmaßmitteilung des Gerichts oder des Vorsitzenden, bei der die dafür vorgesehenen gesetzlichen Zulässigkeitsregelungen nicht gewahrt wurden, ausdrücklich in die neue Regelung mit aufzunehmen.

2. Der Wegfall der Bindungswirkung

a) Regelung in den Entwürfen

Beide Entwürfe enthalten Regelungen dahingehend, unter welchen Voraussetzungen eine zunächst entstandene Bindungswirkung nachträglich entfällt. Der Gesetzentwurf des Bundesrates sieht einen Wegfall der Bindung in § 243a Abs. 5 S. 2 StPO-BR dann vor, wenn sich eine wesentliche Änderung der Bewertung der Sach- und Rechtslage durch das Gericht ergibt. Das aufgrund der Verständigung abgelegte Geständnis bleibt auch nach dem Wegfall der Bindung verwertbar, wenn der Angeklagte vor der Absprache auf die Folgen einer Bewertungsänderung hingewiesen wurde, § 243a Abs. 6 S. 2 und 3 StPO-BR.

⁵⁶ Vgl. aber BGH HRRS 2006 Nr. 963, wo auf die Vorstellung des „verteidigten Angeklagten“ abgestellt wird.

⁵⁷ Vgl. BGH NStZ 2004, 493 (494); StV 2004, 471 (472). Zur Anwendbarkeit von § 136a StPO bei Drohung mit einer „Sanktionsschere“ vgl. BGH HRRS 2007 Nr. 485 und 944.

⁵⁸ Siehe dazu vorstehend unter c).

Der Entwurf des Bundesjustizministeriums sieht eine Abweichungsmöglichkeit weitergehend immer dann vor, wenn sich die Bewertung der Sach- und Rechtslage ändert, § 257c Abs. 4 S. 1 StPO-BMJ⁵⁹. Während die Regelung zur Verwertbarkeit des Geständnisses ursprünglich aber dem Bundesratsentwurf entsprach (§ 257c Abs. 4 S. 2 und Abs. 5 StPO-BMJ), soll der künftige Gesetzentwurf der Bundesregierung davon abweichend ein Verwertungsverbot enthalten, das immer dann eingreift, wenn die Bindung des Gerichts an die Verständigung entfällt⁶⁰.

Mit der Beschränkung auf „wesentliche“ Änderungen knüpft die Vorlage des Bundesrates an die Rechtsprechung auf der Grundlage von BGHSt 43, 195 an, während die Aufgabe einer solchen Beschränkung im Referentenentwurf der Linie des Großen Senats für Strafsachen entspricht⁶¹. Durch den in beiden Entwürfen verwendeten Begriff der Bewertungsänderung wird im Sinne der Entscheidung des Großen Senats klargestellt, dass sowohl anfänglich übersehene als auch nachträglich bekannt gewordene Umstände eine Abweichung von der Verständigung rechtfertigen.

Zu erwägen ist, ob die Abweichungsmöglichkeit des Gerichts mit dem Begriff der Bewertungsänderung gegenüber der bisherigen Rechtsprechung nicht sogar noch ausgeweitet wird. Bisher setzte der Wegfall der Bindung voraus, dass tatsächliche oder rechtliche Umstände übersehen wurden oder neu bekannt werden. Eine Bindungswirkung besteht demnach jedenfalls insofern, als die veränderte Gewichtung der unveränderten Strafzumessungstatsachen, also „bessere Einsicht“, nicht zu einem Abweichen von der Verständigung führen darf⁶². Eine solche abweichende Gewichtung der Strafzumessungsfaktoren kann dem Wortlaut nach aber durchaus eine „veränderte Bewertung“ der Sachlage darstellen.

Dennoch ergibt die Auslegung der Regelungsentwürfe, dass dem Gericht eine „bessere Einsicht“ bei der Abwägung gemäß § 46 Abs. 1 StGB nach erfolgter Absprache auch künftig verschlossen ist⁶³. Die Entwürfe knüpfen nämlich unter bestimmten Voraussetzungen ausdrücklich eine „Bindungswirkung“ an die Urteilsabsprache (vgl. § 243a Abs. 7 S. 1 StPO-BR) bzw. stufen die Abweichung von der Verständigung als besonders begründungsbedürftige Ausnahme ein (vgl. § 257c Abs. 4 S. 1 und Abs. 5 S. 1 StPO-BMJ). In diesen Regelungen kommt hinreichend zum Ausdruck, dass sich die Verbindlichkeit der Verständigung nicht allein in der Selbstverständlichkeit erschöpft, dass das Gericht von seiner Strafrahenprognose nicht einfach ohne einen sachlichen Grund aus

bloßer Willkür abweichen darf. Vielmehr soll das Gericht durch die Normierung einer Bindungswirkung bei der Strafzumessung in seiner Entscheidungsfreiheit eingeschränkt werden. Eine solche Einschränkung muss dann aber mindestens im Fall der „besseren Einsicht“ ansetzen, so dass dem Gericht bei unveränderter Sach- und Rechtslage auch keine veränderte Bewertung mehr möglich ist.

b) Zwei gegensätzliche Regelungen ohne Berücksichtigung der konkreten Schutzwürdigkeit des Angeklagten

Während sich die beiden Entwürfe also bei der Frage nach den Voraussetzungen für einen Wegfall der Bindungswirkung nur durch das Kriterium der „Wesentlichkeit“ der Bewertungsänderung in dem Bundesratsentwurf unterscheiden, wird das Problem der anschließenden Verwertbarkeit des Geständnisses gegensätzlich gelöst. Dieser Aspekt stellt den bedeutendsten Unterschied der Entwürfe im Bereich des Vertrauensschutzes dar.

Auf der Grundlage des Bundesratsentwurfs trägt der Angeklagte das Risiko von Bewertungsänderungen weitgehend allein. Dabei wird nicht danach differenziert, ob rechtliche oder tatsächliche Gründe das Gericht veranlassen, von seiner Strafrahenprognose abzurücken. Ebenso ist es unerheblich, ob diese Umstände erst nach der Verständigung für das Gericht erkennbar sind, oder ob das Gericht sie zuvor schlicht übersehen hatte. Das Gericht muss dann den Angeklagten nur auf die beabsichtigte Überschreitung des angegebenen Strafrahmens hinweisen und ist auch an einer Verwertung des aufgrund der Absprache abgelegten Geständnisses nicht gehindert, sofern es den Angeklagten vor der Verständigung über die Folgen einer späteren – wesentlichen – Bewertungsänderung belehrt hatte.

Demgegenüber wird die von der Bundesjustizministerin angekündigte Gesetzesvorlage der Bundesregierung unabhängig von dem Grund für die Bewertungsänderung in allen Fällen einer gerichtlichen Abweichung von der Verständigung einen Vertrauensschutz des Angeklagten gewährleisten. Die Folgen seiner Disposition in Form eines Geständnisses werden durch dessen Unverwertbarkeit rückgängig gemacht.

Beide Entwürfe sehen also eine pauschale Lösung des bei einem Wegfall der Bindungswirkung entstehenden Interessenkonflikts vor. Dies ist mit Blick auf die allgemeinen Grundsätze des Vertrauensschutzes problematisch. Ein wesentliches Element dieser Grundsätze ist die Schutzwürdigkeit des Vertrauens, welches stets Voraussetzung eines Vertrauensschutzes ist. Schutzwürdiges Vertrauen hat gegenüber dem öffentlichen Interesse an einer Änderung des staatlichen Handelns zurückzutreten, wenn dieses im Rahmen einer Abwägung als gewichtiger eingestuft wird, vgl. § 48 Abs. 2 und 3 VwVfG. Die Regelungen in den Entwürfen nehmen aber jede Abwägung der widerstreitenden Interessen ohne Berücksichtigung der Schutzwürdigkeit des Angeklagten im Einzelfall vorweg.

⁵⁹ Unproblematisch ist der weitere in dieser Regelung enthaltene Fall, in dem das Prozessverhalten des Angeklagten – z. B. also dessen Einlassung – nicht dem Verhalten entspricht, das der Prognose zugrunde gelegt wurde, vgl. auch § 243a Abs. 3 S. 2 StPO-BR.

⁶⁰ Vgl. dazu den Nachweis in Fn. 6.

⁶¹ Siehe dazu oben III.

⁶² Siehe dazu oben III.

⁶³ Anders war dies noch bei dem Vorläufer des Referentenentwurfs, dem so genannten Diskussionsentwurf aus dem Jahre 2004 (StV 2004, 228ff.). Dort stand der Wortlaut jeder Annahme einer Bindungswirkung von vornherein entgegen, vgl. dazu Graumann (Fn. 16), S. 483f.; Meyer-Goßner ZRP 2004, 187 (189).

c) Der Bundesratsentwurf: Vorrang des öffentlichen Interesses bei jeder wesentlichen Bewertungsänderung

Der Bundesratsentwurf räumt bei einer wesentlichen Bewertungsänderung ohne weitere Differenzierung dem öffentlichen Interesse einseitig den Vorrang ein. Der Vertrauensschutz des Angeklagten wird nach dem Gesagten auf den Fall beschränkt, dass das Gericht allein aufgrund „besserer Einsicht“ die unveränderten Strafzumessungstatsachen anders gewichtet. Damit wird das Vertrauen nur gegen eine subjektive Bewertungsänderung geschützt.

Ein Vertrauensschutz, der diesen Namen verdient, kann aber nicht dort enden, wo sich objektive Gründe für ein Abweichen von der Strafrahmenprognose ergeben. Der daraus resultierende Interessenwiderstreit macht vielmehr den eigentlichen Anwendungsbereich des verfassungsrechtlichen Vertrauensschutzes aus. Während im Verwaltungsrecht das Prinzip der Gesetzmäßigkeit der Verwaltung dem Interesse des Bürgers an einer sicheren Handlungs- und Dispositionsgrundlage gegenübersteht, ist es vorliegend das Gebot tat- und schuldangemessenen Strafens, das in einen Konflikt mit diesem Interesse gerät, wenn es objektive Gründe für eine höhere als die in Aussicht gestellte Strafe gibt. Diesen Konflikt ohne jede Differenzierung pauschal und einseitig zu Gunsten des öffentlichen Interesses aufzulösen, wird der verfassungsrechtlichen Qualität des Vertrauensschutzes nicht gerecht.

Auch die in der Vorlage des Bundesrates in § 243a Abs. 5 S. 2 StPO-BR vorgenommene Differenzierung nach der Wesentlichkeit der Bewertungsänderung führt nicht zu dem erforderlichen Ausgleich der widerstreitenden Interessen. Erst die wesentliche und damit erhebliche Änderung der Bewertung der Sach- und Rechtslage durch das Gericht begründet doch überhaupt ein gewichtiges Interesse des Angeklagten, in seinem Vertrauen in die Strafrahmenmitteilung geschützt zu werden. Mit dieser Differenzierung wird das Vertrauensschutzinteresse geradezu auf den Kopf gestellt.

Vor ganz unwesentlichen Abweichungen von der Verständigung, etwa der Überschreitung einer zugesagten Strafobergrenze von vier Jahren um einen Monat, wird der Angeklagte pauschal geschützt⁶⁴. Dabei wird sein Interesse, das einer solchen geringen Abweichung entgegensteht, regelmäßig genauso gering sein wie das öffentliche Interesse an der Verhängung einer Freiheitsstrafe, die einen Monat höher ausfällt. Ist hingegen eine wesentliche Abweichung beabsichtigt, wozu etwa die Überschreitung einer Strafobergrenze von zwei Jahren Freiheitsstrafe um einige Monate zählen dürfte, soll dem öffentlichen Interesse uneingeschränkt der Vorrang zukommen, obwohl doch das Interesse des Angeklagten an einer „Einhaltung“ der Absprache in vergleichbarer Wei-

se an Gewicht gewinnt. Bei einer Überschreitung der mitgeteilten Strafobergrenze ist damit ein paralleler Anstieg der Wichtigkeit der widerstreitenden Interessen zu verzeichnen, so dass sich eine pauschale Lösung verbietet.

Auch darf an dieser Stelle wiederum nicht unberücksichtigt bleiben, dass – wie der BGH völlig zutreffend ausgeführt hat – mit dem Überlassen der Wahl zwischen der Ablegung eines Geständnisses oder der Inkaufnahme einer Strafe, welche die mitgeteilte Strafobergrenze deutlich überschreitet, auf den Angeklagten ein latenter Druck ausgeübt wird⁶⁵. Diese Ausübung von Druck, ein Geständnis abzulegen, ist nach Auffassung des BGH nur mit den verfahrensfördernden Zwecken eines Geständnisses zu rechtfertigen. Es ist doch aber ein bemerkenswertes Vorgehen, mit einem Absprachenvorschlag einen durch öffentliche Interessen legitimierten Geständnisdruck auf den Angeklagten auszuüben und ihm dann bei einem aus einer Bewertungsänderung resultierenden Fehlschlagen der Absprache jeglichen Schutz zu versagen. Denn die Pflicht des Gerichts, auf die beabsichtigte Abweichung hinzuweisen (§ 243a Abs. 7 Satz 1 und 2 StPO-BR), bewirkt keinen Schutz des mit der Ablegung eines Geständnisses bereits ins Werk gesetzten Vertrauens.

Um den verfassungsrechtlichen Anforderungen gerecht zu werden, ist daher ein Differenzierungskriterium zu wählen, mit dem das öffentliche Interesse und der erforderliche Vertrauensschutz in einen sachgerechten Ausgleich gebracht werden können. In § 48 Abs. 2 und 3 VwVfG wird danach differenziert, ob das Vertrauen des durch einen rechtswidrigen Verwaltungsakt Begünstigten in Abwägung mit dem öffentlichen Interesse schutzwürdig ist. Diese Regelungen, in denen allgemeine Grundsätze des verfassungsrechtlichen Vertrauensschutzes umgesetzt werden, geben Anhaltspunkte dafür, wie auch vorliegend ein Ausgleich zwischen berechtigtem Vertrauen und legitimen öffentlichen Interessen herbeigeführt werden kann. Besonders bedeutsam sind dabei die Konkretisierungen dieser Abwägung in § 48 Abs. 2 S. 2 und S. 3 Nr. 3 VwVfG: Das Vertrauen ist demnach in der Regel schutzwürdig, wenn der Bürger auf der Grundlage des rechtswidrigen Verwaltungsaktes irreparable Dispositionen getroffen hat. Hingegen scheidet ein Vertrauensschutz aus, wenn der Begünstigte die Rechtswidrigkeit des Verwaltungsaktes kannte oder infolge grober Fahrlässigkeit nicht kannte.

Die Ablegung eines Geständnisses ist eine irreparable Disposition, weil der bloße Widerruf seiner Verwertbarkeit nicht entgegensteht. Aus diesem Grunde ist der Angeklagte grundsätzlich als schutzwürdig einzustufen, wobei der beschriebene Geständnisdruck die Schutzwürdigkeit – im Vergleich zu vielen behördlichen Maßnahmen im Verwaltungsrecht – sogar noch steigert.

Das Versagen eines Vertrauensschutzes ist in der Situation der fehlgeschlagenen Urteilsabsprache daher nur möglich, wenn der Angeklagte bösgläubig ist. Dies wiederum ist der Fall, wenn er von dem Umstand, der zu der Bewertungsänderung durch das Gericht führt, bei Able-

⁶⁴ Oder ist die Änderung der Bewertung durch das Gericht vielleicht sogar nur dann unwesentlich, wenn sie überhaupt nicht zu einer Überschreitung der mitgeteilten Strafobergrenze führt? Bei einem solchen Verständnis der Regelung ergibt sich gar kein Unterschied zu § 257c Abs. 4 S. 1 StPO-BMJ.

⁶⁵ Vgl. BGHSt 49, 84 (88).

gung des Geständnisses Kenntnis hatte oder jedenfalls haben musste. Unter dieser Voraussetzung trägt der Angeklagte für sein Geständnis und die möglichen Folgen eines Fehlschlagens der Absprache selbst die Verantwortung, weil er mit einer Überschreitung der mitgeteilten Strafobergrenze rechnen musste.

Eine solche Bösgläubigkeit dürfte allerdings bei einer veränderten Bewertung der Rechtslage nicht in Betracht kommen⁶⁶, da von dem Angeklagten keine überlegenen Rechtskenntnisse erwartet werden können. Bei einer veränderten Sachlage kommt es auf den Einzelfall an. Allerdings wird sich eine Bösgläubigkeit des Angeklagten kaum annehmen lassen, wenn das Gericht bei seiner Strafrahmenmitteilung einen bereits aktenkundigen Strafzumessungsfaktor übersehen hatte⁶⁷. Kenntnis oder Kennenmüssen liegen eher im Fall der neu bekannt gewordenen Umstände nahe, etwa wenn bislang eine Gewaltanwendung durch den Angeklagten noch gar nicht bekannt gewesen und die Tat daher als Diebstahl und nicht als Raub angeklagt worden ist. Aber auch in diesem Bereich ist nicht zwangsläufig eine Bösgläubigkeit des Angeklagten gegeben, z. B. wenn er von der erst nach der Verständigung bekannt gewordenen Höhe des eingetretenen Schadens selbst gar keine Kenntnis hatte.

Ist das Vertrauen des Angeklagten schutzwürdig, steht dies einer gesetzlich vorgesehenen Abweichungsmöglichkeit des Gerichts aber nicht zwingend entgegen. Der Gesetzgeber kann sich mit Blick auf das öffentliche Interesse an einer tat- und schuldangemessenen Strafe gegen einen Bestandsschutz entscheiden. Der verfassungsrechtlich gebotene Vertrauensschutz muss dann jedoch in Form eines Dispositionsschutzes gewährleistet werden.

Wird also in der gesetzlichen Regelung an eine (wesentliche) Bewertungsänderung des Gerichts generell der Wegfall der Bindungswirkung geknüpft, muss für diejenigen Fälle, in denen der Angeklagte in seinem Vertrauen schutzwürdig ist, ein Verwertungsverbot hinsichtlich des Geständnisses normiert werden.

d) Der Entwurf des BMJ: Verwertungsverbot als Folge eines jeden Wegfalls der Bindungswirkung

Daraus ergeben sich aber auch Bedenken gegen die geplante Gesetzesvorlage der Bundesregierung: Aus verfassungsrechtlichen Gründen ist es mangels Schutzwürdigkeit nicht erforderlich, den Angeklagten nach einem Scheitern der Verständigung mit einem Verwertungsverbot zu schützen, wenn er von dem Umstand, der später zu einer Bewertungsänderung führt, bei Ablegung des Geständnisses Kenntnis hatte oder haben musste. Bei der Normierung ist zu berücksichtigen, dass die Unverwertbarkeit des Geständnisses das öffentliche Strafverfolgungsinteresse beeinträchtigt, welchem ebenfalls Verfassungsrang zukommt. Eine Entscheidung zu Lasten des öffentlichen Interesses ist nicht gerechtfertigt, wenn ihm kein normativ schutzwürdiges Interesse des Angeklagten gegenübersteht.

Vorzuziehen ist daher die differenzierende Lösung, nach der ein Verwertungsverbot an die Gutgläubigkeit des Angeklagten bei Ablegung des Geständnisses zu knüpfen ist.

3. Die Reichweite der Bindungswirkung

a) Regelung in den Entwürfen

Beide Entwürfe begrenzen schließlich von vornherein die Reichweite der durch eine wirksame Verständigung entstandenen Bindungswirkung. Der Gesetzentwurf des Bundesrates sieht vor, dass die Bindung des Gerichts „auf den jeweiligen Rechtszug beschränkt“ wird (§ 243a Abs. 5 S. 3 StPO-BR). Allein das an der Absprache beteiligte Gericht soll an diese gebunden sein (§ 243a Abs. 6 S. 2 und Abs. 7 S. 3 StPO-BR). In dem Entwurf des Bundesjustizministeriums ist eine solche ausdrückliche Regelung nicht enthalten. In der Begründung zu dem Referentenentwurf wird aber ausgeführt, dass die Bindungswirkung nur für das Tatsachengericht gilt, welches die Prognose im Rahmen der Verständigung abgegeben hat⁶⁸. Ausdrücklich wird eine Bindung des Berufungs- oder Revisionsgerichts oder des neuen Tatgerichts nach Zurückverweisung verneint.

b) Beschränkung auf das an der Absprache beteiligte Gericht?

Diese Begrenzung des Vertrauensschutzes des Angeklagten ist weder mit allgemeinen Vertrauensschutzgrundsätzen noch mit der Herleitung der Bindungswirkung durch den BGH zu vereinbaren.

Der BGH verankert den Vertrauensschutz im Grundsatz des fairen Verfahrens, der verfassungsrechtliche Qualität hat⁶⁹. Die Abweichung von der Absprache, die zu einem Geständnis des Angeklagten geführt hat, stellt demnach grundsätzlich einen verfassungswidrigen Fairnessverstoß dar. Eine solche Verletzung des Fairnessgebotes kann aber nicht allein dadurch geheilt werden, dass die Sache in eine neue Instanz geht oder an ein anderes Tatgericht zurückverwiesen wird. Vielmehr wird im Ergebnis jeder Vertrauensschutz versagt, wenn das neue Gericht die ursprüngliche Strafrahmenobergrenze unter Verwertung des im Rahmen der Absprache abgelegten Geständnisses überschreiten darf.

Man stelle sich folgendes Beispiel vor: In der ersten Instanz kommt es zu einer Verständigung im Sinne der – künftigen – gesetzlichen Vorschriften, der Angeklagte legt auf dieser Grundlage ein Geständnis ab. In seinem Urteil geht das Gericht über den mitgeteilten Strafrahmen hinaus, ohne dass die Voraussetzungen für eine solche Abweichung gegeben sind⁷⁰. Der Angeklagte legt gegen das Urteil aufgrund des unzulässigen Bruchs der Verständigung Revision ein. Das Revisionsgericht hebt das den fair-trial-Grundsatz verletzende Urteil auf und

⁶⁶ Vgl. das Beispiel in Fn. 33.

⁶⁷ Vgl. das Beispiel in Fn. 32.

⁶⁸ Referentenentwurf (Fn. 7), S. 25; abgestellt wird dabei auf „entsprechende allgemeine Grundsätze“, die aber leider nicht genauer benannt werden.

⁶⁹ Siehe dazu oben II.

⁷⁰ Vgl. dazu die vorstehenden Ausführungen unter 2.

verweist die Sache zurück. Das neue Tatgericht verurteilt den Angeklagten nun zu dem Strafmaß, welches auch das an der Verständigung beteiligte Gericht – unter Verstoß gegen den Grundsatz des fairen Verfahrens – ausgesprochen hatte. Die Verurteilung wird maßgeblich auf das Geständnis des Angeklagten gestützt, das dieser nicht mehr wiederholt hat, welches aber durch die Vernehmung eines Beteiligten des ersten Verfahrens eingeführt worden ist⁷¹.

Vielleicht erscheint auf der Grundlage der Entwürfe sogar noch diese Variante denkbar: Das Revisionsgericht erstreckt den Anwendungsbereich des § 354 Abs. 1a S. 1 StPO auch auf das unzulässige Abweichen von einer Absprache – schließlich wirkt sich diese Gesetzesverletzung bei der Strafzumessung aus⁷². Es erklärt auf der Grundlage des vollständigen Strafzumessungssachverhalts die verhängte Strafe, mit der die angekündigte Strafobergrenze überschritten wurde, für angemessen und sieht von einer Aufhebung des Urteils ab. Das Revisionsgericht ist nach den Entwürfen schließlich nicht an die Verständigung gebunden.

Den Entwürfen liegt möglicherweise der Gedanke zugrunde, dass es ja nicht dieses Gericht war, welches das Vertrauen des Angeklagten hervorgerufen hat. Die Verständigung als Grundlage der Bindungswirkung wird offenbar als eine quasi-vertragliche Vereinbarung eingestuft, die nur die „vertragsschließenden Parteien“ zu binden vermag. Damit wird aber verkannt, dass die Bindung des Gerichts an die Absprache auch nach der Rechtsprechung des BGH ein verfassungsrechtliches Gebot ist und gerade nicht einer Vertragsautonomie der Verfahrensbeteiligten entspringt. Eine solche Autonomie der Strafverfolgungsorgane gibt es nicht. Sie wird auch nicht durch die in den Gesetzesentwürfen vorgesehenen Regelungen geschaffen. Die Entwürfe zielen auf der Grundlage der bisherigen Rechtsprechung darauf ab, die Urteilsabsprachen in das geltende Strafverfahrensrecht zu integrieren. Sie gestalten aber keinesfalls grundlegend den Charakter des Strafprozesses um, etwa durch Einführung der Dispositionsmaxime.

Den verfassungsrechtlichen Hintergrund des Schutzbedürfnisses eines Angeklagten, der im Vertrauen auf eine Strafrahenankündigung ein Geständnis ablegt, muss der Gesetzgeber auch bei der Reichweite der Bindungswirkung berücksichtigen. Vertrauensschutz im öffentlichen Recht, zu dem auch das Strafprozessrecht zählt, ist

⁷¹ Einer solchen Verwertung steht ja auch nicht etwa § 243a Abs. 5 S. 3 StPO-BR entgegen, der allerdings auch die „Bindung“ des Angeklagten auf den jeweiligen Rechtszug beschränkt. Was auch immer mit einer solchen Bindung gemeint sein soll (etwa eine vertragliche Verpflichtung des Angeklagten zur Ablegung eines Geständnisses?), die „Wirksamkeit“ des einmal abgelegten Geständnisses wird dadurch ausweislich der Regelung in Abs. 6 Satz 3 nicht in Frage gestellt.

⁷² Vgl. BGHSt 51, 84, wo § 354 Abs. 1a Satz 1 StPO im Fall einer Urteilsabsprache angewendet wird, die eine unzulässige Zusage einer „Punktstrafe“ zum Gegenstand hatte; vgl. auch BGH HRRS 2007 Nr. 587. Vgl. allerdings auch BVerfG HRRS 2007 Nr. 647 m. Anm. Gaede HRRS 2007, 292 f. zu Beschränkungen des Anwendungsbereichs der Norm.

im Verhältnis des Bürgers zum Staat zu gewährleisten und nicht gegenüber bestimmten Amtsträgern. Der Vertrauensschutzgrundsatz steht nicht dem widersprüchlichen Verhalten eines einzelnen Amtsträgers als solchem entgegen, dessen Person unerheblich ist, sondern einem widersprüchlichen Handeln staatlicher Organe, welches sich der Staat zurechnen lassen muss.

Verankert man wie der BGH die Bindungswirkung der Absprache im Grundsatz des fairen Verfahrens, wird ebenfalls deutlich, dass es bei der Frage des Vertrauensschutzes nicht auf den einzelnen Amtsträger ankommt, der Rechte des Angeklagten beeinträchtigt: Der fair-trial-Grundsatz gewährleistet nämlich – wie schon die Bezeichnung dieses Rechtsprinzips verdeutlicht – die Fairness des Verfahrens, er ist kein Disziplinierungs- oder Bestrafungsinstrument hinsichtlich einzelner Amtsträger oder Kollegialorgane. Nur weil dem Angeklagten nach der Zurückverweisung andere Richter gegenüberstehen als bei der Absprache, stellt sich das Verfahren – die absprachewidrige Verurteilung bei gleichzeitiger Verwertung des Geständnisses – nicht plötzlich als fair dar⁷³.

Knüpft man an die Grundvoraussetzungen des Vertrauensschutzprinzips an⁷⁴, ergibt sich, dass der Angeklagte in einer anderen Instanz oder nach einer Zurückverweisung genauso schutzwürdig ist wie vor dem Tatrichter, der an der Verständigung beteiligt war. Die Person des Richters spielt für die Schutzwürdigkeit keine Rolle. Dies hat zur Folge, dass für das Rechtsmittelgericht und das neue Tatgericht im Bereich des Wegfalls der Bindungswirkung dieselben Grundsätze gelten müssen wie für das an der Verständigung unmittelbar beteiligte Gericht (siehe dazu vorstehend unter 2.). Soweit man Bedenken gegen einen Vertrauensschutz in Form einer Bindungswirkung hat, weil der neue Tatrichter bei der Strafzumessung in keiner Weise an die Beurteilung eines anderen Gerichts gebunden sein soll, muss der verfassungsrechtlich erforderliche Vertrauensschutz in anderer Weise umgesetzt werden. So kommt auch hier insbesondere ein Beweisverwertungsverbot hinsichtlich des Geständnisses in Betracht, wenn das neue Tatgericht ebenfalls über die Strafrahenmitteilung hinauszugehen beabsichtigt, die den Angeklagten zu dem Geständnis veranlasst hat. Dadurch wird die ursprüngliche Verfahrenssituation vor der Absprache wiederhergestellt.

⁷³ Vgl. insoweit auch zu der nach der Rechtsprechung des EGMR stets nötigen Gesamtbetrachtung eines jeden Verfahrens gemäß Art. 6 EMRK, die an die Heilung eines Verfahrensverstößes spezifische Bedingungen stellt, m.w.N. Gaede (Fn. 16), S. 427 ff., 436 ff., 451 ff., siehe auch 816 f. Hinzuweisen ist in diesem Zusammenhang auch auf eine Entscheidung des 5. Strafsenats des BGH (StV 2004, 471), in der eine bindende Wirkung der Verständigung – wenn auch etwas versteckt – schon nach geltendem Recht auf das neue Tatgericht erstreckt wird. Der BGH bildet in diesem Fall eines fairnesswidrigen Abweichens von einer Absprache in analoger Anwendung von § 354 Abs. 1 StPO selbst eine neue Gesamtfreiheitsstrafe. Das fehlende Erfordernis einer Zurückverweisung wird mit der ohnehin gegebenen Einschränkung des „tatgerichtlichen Ermessens“ begründet. Vgl. zu dieser Entscheidung Graumann (Fn. 16), S. 47 und 57ff.

⁷⁴ Siehe dazu oben IV.

VI. Zusammenfassung

Die gesetzliche Regelung der Absprachen im Strafverfahren muss dem verfassungsrechtlichen Grundsatz des Vertrauensschutzes Rechnung tragen, den der BGH in dem Gebot des fairen Verfahrens verankert. Soll der Vertrauensschutz im Gesetz in Form eines Bestandschutzes (im Unterschied zum Dispositionsschutz) umgesetzt werden, darf das Gericht daher in seinem Urteil grundsätzlich nicht von einer Strafmaßklärung abweichen, auf die der Angeklagte bei der Ablegung eines Geständnisses vertraut hat. Eine Bewertung der Gesetzentwürfe des Bundesrates und des Bundesjustizministeriums auf der Grundlage der allgemeinen Kriterien des verfassungsrechtlichen Vertrauensschutzes führt zu folgendem Ergebnis:

1. Die Zustimmung der Staatsanwaltschaft zu der Strafrahmenangabe des Gerichts darf keine Voraussetzung für die Bindung des Gerichts an seine Erklärung sein. Das Zustimmungserfordernis muss aus den Entwürfen gestrichen werden. Stattdessen sollte eine Regelung aufgenommen werden, wonach die Bindungswirkung eintritt, wenn der Angeklagte im Anschluss an eine solche gerichtliche Erklärung ein inhaltlich entsprechendes, glaubhaftes Geständnis ablegt.

2. Der Vertrauensschutz des Angeklagten ist nicht von einem Bindungswillen des Gerichts abhängig, da die Bindung Rechtsfolge und nicht Voraussetzung dieses Schutzes ist. Vertrauensschutz – z. B. in Form eines Verwertungsverbot es hinsichtlich des Geständnisses – muss grundsätzlich bei jeder Mitteilung des Gerichts oder des Vorsitzenden zum Strafmaß gewährleistet werden, auch wenn dabei zum Ausdruck gebracht wird, es solle sich bloß um eine vorläufige Einschätzung handeln,

die nicht zur Grundlage der gesetzlich geregelten Verständigung werden könne. Für die gesetzliche Regelung bietet sich deshalb ein ausdrückliches Verbot von Strafmaßmitteilungen jeglicher Art an, die außerhalb des normierten Verfahrens für Absprachen erfolgen. Damit wird verhindert, dass die gesetzlich geregelten Schutzinstrumente durch informelle Verhaltensweisen unterlaufen werden.

3. Die Rechtmäßigkeit einer Verständigung ist keine Voraussetzung für den Vertrauensschutz des Angeklagten. Die Folgen einer unzulässigen Absprache sollten unbedingt in die gesetzliche Regelung mit aufgenommen werden. Als Rechtsfolge bietet sich die Unverwertbarkeit des im Rahmen einer solchen Absprache abgelegten Geständnisses an.

4. In der Situation einer Bewertungsänderung der Sach- oder Rechtslage durch das Gericht muss der Angeklagte in seinem Vertrauen geschützt werden, wenn er insoweit schutzwürdig ist. Dies hängt davon ab, ob er bei Ablegung des Geständnisses von dem Umstand, der später zu der Bewertungsänderung führt, Kenntnis hatte oder haben musste. Bei Gutgläubigkeit des Angeklagten muss eine Abweichungsmöglichkeit des Gerichts mit einem Verwertungsverbot hinsichtlich des Geständnisses verknüpft werden.

5. Vertrauensschutz ist entsprechend diesen Kriterien auch in der Rechtsmittelinstanz oder nach Zurückverweisung vor einem neuen Tatgericht zu gewährleisten. Wenn die gesetzliche Regelung die Bindungswirkung auf das an der Absprache beteiligte Gericht beschränkt, muss daher ein Verwertungsverbot auch für den Fall normiert werden, dass ein Rechtsmittelgericht oder ein neues Tatgericht die im Rahmen der Verständigung angegebene Strafrahmenobergrenze überschreitet.

Der räuberische Angriff auf einen „Noch-nicht-Kraftfahrer“

Anmerkung zu BGH 4 StR 338/07, Beschluss vom 25. September 2007 = HRRS 2008 Nr. 46 = NJW 2008, 451

Von Prof. Dr. Christoph Sowada, Rostock

Mit seinem Beschluss vom 25.9.2007 bejaht der 4. Strafsenat des BGH eine Strafbarkeit gemäß § 316a StGB in einem Fall, in dem das Tatopfer zu Beginn des Angriffs noch nicht Führer des Kraftfahrzeuges war. Im Ergebnis ist der zum Abdruck in der amtlichen Sammlung vorgesehenen Entscheidung zuzu-

stimmen. Sie verdient Beachtung, weil sie den bisherigen Restriktionskurs des Senats präzisiert (I.). Allerdings wirft der Beschluss weitergehende Fragen zur Auslegung des Merkmals der Ausnutzung der besonderen Verhältnisse des Straßenverkehrs in derartigen Fallgestaltungen auf (II.).

I. Der „Noch-nicht-Kraftfahrer“ als taugliches Tatobjekt des § 316a StGB

1. Der aktuelle Fall

Im konkreten Fall hatten der Angeklagte und sein Mittäter beschlossen, durch einen Überfall auf das spätere Tatopfer Geld zu erbeuten. Während der Geschädigte in sein hochwertiges Fahrzeug einstieg, nahmen die beiden Komplizen auf der Rückbank Platz und bedrohten ihn – noch bevor er sich dazu anschickte, das Fahrzeug in Gang zu setzen – mit einer ungeladenen Gaspistole. Unter dem Eindruck der Drohung, ihm andernfalls „das Gehirn wegzublasen“, lenkte das Opfer das Fahrzeug den Weisungen der Täter entsprechend aus der Stadt hinaus zu einem abgelegenen Parkplatz. Während der Fahrt übergab der Geschädigte den Tätern das von ihnen geforderte Handy; ferner nannte er den Aufenthaltsort des von ihm mitgeführten Geldes mit der Folge, dass der Angeklagte 75 Euro aus der auf dem Rücksitz befindlichen Tasche des Opfers entnahm. Nachdem der Geschädigte auf dem Parkplatz in den Kofferraum seines Fahrzeugs steigen musste, fuhren die Täter noch geraume Zeit mit dem Pkw umher. Als sie es ca. 2½ Stunden nach Fahrtbeginn stehen ließen, konnte sich das Opfer befreien. Das Landgericht hatte den Angeklagten wegen räuberischen Angriffs auf Kraftfahrer in Tateinheit mit schwerem Raub und Freiheitsberaubung zu einer Freiheitsstrafe von dreieinhalb Jahren verurteilt; seine hiergegen eingelegte Revision blieb ohne Erfolg.

2. Das Merkmal „Führer eines Kraftfahrzeugs“ in der neueren Judikatur

a) Der § 316a StGB ist bekanntlich seit langem eine rechtspolitisch umstrittene Strafnorm.¹ Anlass zur Kritik bietet vor allem die hohe Mindeststrafe von fünf Jahren Freiheitsstrafe, die damit ein im Vorfeld des Raubes, des räuberischen Diebstahls oder der räuberischen Erpressung angesiedeltes Verhalten mit dem Fünffachen der für das intendierte Delikt angedrohten Sanktion belegt.² Ferner erscheint die Handlungsbeschreibung in Gestalt eines unter Ausnutzung der besonderen Verhältnisse des Straßenverkehrs verübten Angriffs auf die Entschlussfreiheit vergleichsweise unbestimmt. Bis zum 6. StrRG (1998)³ war § 316a StGB ein (echtes) Unternehmensdelikt, das zudem von der früheren Rechtsprechung bedenklich weit interpretiert worden war, indem einerseits bei einer bestehenden Raubabsicht schon mit dem Fahrtbeginn die Strafbarkeit einsetzte und andererseits auch außerhalb des Fahrzeugs vorgenommene Angriffe dem Tatbestand zugeordnet wurden, sofern sie in unmittelbarem räum-

lichem und zeitlichem Zusammenhang mit dem Anhalten und Aussteigen standen.⁴ Nachdem der Geschäftsverteilungsplan des BGH die Fälle des § 316a StGB beim 4. Strafsenat konzentriert (und damit den „horror pleni“ vor einer Anrufung des Großen Senats gebannt) hatte, schlug die höchstrichterliche Rechtsprechung beginnend mit der Grundsatzentscheidung BGHSt 49, 8 ff.⁵ im Jahre 2003 einen deutlich restriktiveren Kurs ein.⁶ Im Rahmen dieser neuen Ausrichtung erfuhr auch das Tatbestandsmerkmal des „Führers eines Kraftfahrzeuges“ einen engeren Zuschnitt. Als „Führer“ im Sinne des § 316a StGB sei nur derjenige anzusehen, der das Kraftfahrzeug in Bewegung zu setzen beginne, es in Bewegung halte oder allgemein mit dem Betrieb des Fahrzeugs und/oder mit der Bewältigung von Verkehrsvorgängen beschäftigt sei.⁷ Wer sich außerhalb des Fahrzeugs befinde, sei nicht „Führer“; dieses Merkmal sei ferner „regelmäßig“ auch dann zu verneinen, wenn das Fahrzeug aus nicht verkehrsbedingten Gründen anhalte und der Fahrer den Motor ausstelle. Diese Beschneidung des „Führer“-Begriffs kommt insbesondere in den (häufigen) Fällen zum Tragen, in denen das Opfer (vielfach ein Taxifahrer) während einer (nicht verkehrsbedingten) Fahrtunterbrechung oder nach Erreichen des Fahrtziels überfallen wird. Mit dem Abstellen des Motors (und jedenfalls mit dem Verlassen des Fahrzeugs) verliert der „Nicht-mehr-Kraftfahrer“ nach Ansicht des 4. Strafsenats seine Eigenschaft, taugliches Tatobjekt zu sein, und eine Strafbarkeit gemäß § 316a StGB scheidet aus, ohne dass es näherer Überlegungen zum Ausnutzungsmerkmal bedarf.

b) Das mit der neuen Judikatur verfolgte Ziel einer Einschränkung der Strafbarkeit verdient uneingeschränkten Beifall. Für den forensischen Alltag ist auch der praktische Umstand von Bedeutung, dass die maßgeblichen Abgrenzungskriterien (war der Motor abgestellt und lag dem ein verkehrsbedingter Halt zugrunde?) vom Tatgericht regelmäßig vergleichsweise sicher festgestellt werden können. Bedenken ergeben sich jedoch unter dogmatischen Vorzeichen. Ist es wirklich überzeugend zu sagen, derjenige, der den Motor abstellt, um einen Blick in den Straßenatlas zu werfen oder einen Passanten durch das geöffnete Autofenster nach dem Weg zu fragen, sei in dieser kurzen Zwischenphase nicht mehr Führer eines Kraftfahrzeuges?⁸ Wie schmal der vom 4. Strafsenat gezogene Grat ist, lässt sich auch anhand der Situation einer Autobahntankstelle verdeutlichen. Ein Kraftfahrer, der an der Zapfsäule hält, tut

¹ Kritisch z.B. Freund ZStW 109 (1977) 455, 482 f.; Sowada, FS Otto (2007), 799, 800 (m.w.N.); Fischer, StGB, 55. Aufl. (2008), § 316a Rn. 2 (m.w.N.); s.a. Wolters GA 2002, 303; ders. JR 2002, 163 f.

² Zur Strafzumessungspraxis vgl. MüKo-Sander, Bd. 4 (2006), § 316a Rn. 4.

³ Zur Neufassung vgl. Ch. Fischer Jura 2000, 433 ff.; Ingelfinger JR 2000, 225 ff.; Mitsch JA 1999, 662 ff.

⁴ BGHSt 33, 278, 380 f.; BGH NSTz 1989, 476, 477; 1996, 433, 436.

⁵ BGHSt 49, 8 = JR 2004, 256 mit Anm. Herzog = JZ 2004, 630 mit Anm. D. u. I. Sternberg-Lieben; zu dieser Entscheidung auch Geppert JK 5/04, StGB § 316a/6; Petersohn JA 2004, 515 ff.; Sander NSTz 2004, 501 ff.

⁶ Zum neuen Kurs des BGH vgl. Duttge/Nolden JuS 2005, 193 ff.; Krüger NZV 2004, 161 ff.; Sowada (Fn. 1), 799, 800 ff.

⁷ BGHSt 49, 8, 14 f.; 50, 169, 171 f. (jeweils auch zum Folgenden); s. auch MüKo-Sander (Fn. 2), § 316a Rdn. 17 ff.; Rengier, Strafrecht Besonderer Teil I, 9. Aufl. (2007), 12/9 ff.; Schönke/Schröder-Cramer/Sternberg-Lieben, StGB, 27. Aufl. (2006), § 316a Rn. 5.

⁸ Für eine entsprechende Erweiterung des Begriffs des „Führers“ eines Kraftfahrzeuges Duttge/Nolden JuS 2005, 193, 196 f.; Sowada (Fn. 1), 799, 803 ff.; D. u. I. Sternberg-Lieben JZ 2004, 633, 636; Wessels/Hillenkamp, Strafrecht Besonderer Teil/2, 30. Aufl. (2007), Rn. 383b. Für eine einzelfallbezogene Prüfung Kubiciel JA 2005, 842, 843 f.

dies – zumindest wenn das noch im Tank befindliche Benzin eine Weiterfahrt ermöglichen würde – nicht verkehrsbedingt; er wäre also kein Fahrzeugführer. Steht er hingegen in der Schlange und stellt er den Motor nach dem jeweiligen Vorrücken ab, so wird man hierin wohl ein stau- (und damit verkehrs-) bedingtes Halten sehen können (müssen?), weil die Fahrt noch unmittelbar (zumindest wenige Meter) fortgesetzt werden soll. Auch der Versuch, dem Anlass für den Halt den Zeitfaktor als korrigierendes Merkmal an die Seite zu stellen, müsste neue Abgrenzungsprobleme hervorrufen. Wie lange dürfte man an der Ampel, im Stau oder an der Bahnschranke stehen, ohne die Eigenschaft zu verlieren, Führer eines Kraftfahrzeuges zu sein?⁹

Ihre Plausibilität bezieht die „Motor an / Motor aus-Lösung“¹⁰ aus der Überlegung, dass nach dem Ausschalten des Motors und (erst recht) nach dem Verlassen des Fahrzeugs (jedenfalls regelmäßig) keine straßenverkehrstypischen Gefahren bestehen. Dann erscheint es aber vorzugswürdig, diesen Gesichtspunkt beim gefahrenorientierten Merkmal der Ausnutzung der besonderen Verhältnisse des Straßenverkehrs zu verankern. Das gilt umso mehr, als das Motiv für die Fahrtunterbrechung oder für das (vorläufige) Fahrten-ende für die Gefahrenbeurteilung unerheblich ist und die hierauf abstellende „Führer“-Eigenschaft den durch die Gefährdungslage vermittelten einheitlichen Sachzusammenhang auseinanderreißt. Schließlich ist zu bedenken, dass die Tauglichkeit des Tatobjekts die Eingangspforte in die Deliktsprüfung darstellt und dass dieser erste Filter noch vergleichsweise weitmaschig sein kann. Will man nicht so weit gehen, jeglichen Halt des Fahrzeugs a priori aus dem Anwendungsbereich der Strafnorm herauszunehmen, so bietet es sich an, auf die einschlägige und ebenfalls „gerichtsfeste“ straßenverkehrsrechtliche Unterscheidung zwischen Halten und Parken zurückzugreifen.¹¹ Im Ergebnis wird diese Konzeption kaum zu abweichenden Resultaten führen. Ihr Vorteil besteht aber darin, dass sie den Blick auf die einheitliche Aufgabe lenkt, das den § 316a StGB kennzeichnende Gefährdungsprofil schärfer herauszuarbeiten, anstatt für einen bloßen Teilbereich Zuflucht zur vordergründigen „Führer“-Eigenschaft zu nehmen. In diesem Zusammenhang ist insbesondere der mit dieser Strafnorm bezweckte Schutz vor Unfallgefahren im Straßenverkehr stärker zur Geltung zu bringen. Tendenziell würde dies zu einer noch weiter gehenden Einschränkung des Tatbestandes führen, als sie die neuere Rechtsprechung vornimmt.¹²

⁹ Zwischen einem kurzfristigen und einem langandauernden Stau differenzierend S/S-Cramer/Sternberg-Lieben (Fn. 7), § 316a Rn. 5; s. auch Mitsch, Strafrecht Besonderer Teil 2 Teilband 2 (2001), 2/18.

¹⁰ Duttge/Nolden JuS 2005, 193, 195.

¹¹ Sowada (Fn. 1), 799, 805 f.; s. auch ders. in LK, StGB, 11. Aufl. (2001), § 316a Rn. 36, 40.

¹² In diesem Sinne Duttge/Nolden JuS 2005, 193, 195 f. (zu III. u. IV.) und Sowada (Fn. 1), 799, 808 ff.

3. Angriffe vor Fahrtbeginn

Im vorliegenden Fall geht es freilich gerade nicht um die Fälle der Fahrtunterbrechung, sondern um die Konstellation des „Noch-nicht-Kraftfahrers“, der vor Fahrtbeginn angegriffen und zur Fahrt benötigt wurde.

a) Immerhin mag fraglich erscheinen, von welchem Augenblick an eine Person als „Führer“ eines Kraftfahrzeugs anzusehen ist. Jedenfalls erlangt der Kraftfahrer diesen Status mit dem Anlassen des Motors. Der 4. Strafsenat zieht die Grenze allgemein ein wenig weiter, indem er darauf abstellt, ob der Kraftfahrer schon mit der Bewältigung von Betriebs- oder Verkehrsvorgängen befasst ist, und auch schon den Beginn des In-Bewegung-Setzens ausreichen lässt. In dieselbe Richtung weisend werden im Schrifttum die im unmittelbaren Vorfeld des Losfahrens vorgenommenen Handlungen (z.B. das Lösen der Handbremse), nicht aber die dem direkten Ansetzen zur Inbetriebnahme vorgelagerten Verhaltensweisen (z.B. das Einstellen des Sitzes oder der Außenspiegel) einbezogen.¹³ Diese vorsichtige Erweiterung beruht auf Schutzzwecküberlegungen, konkret darauf, dass der bereits auf das Verkehrsgeschehen konzentrierte Fahrer leichter zum Opfer eines Raubes (u.Ä.) werden kann. Diese Sichtweise steht in der Gefahr, die Gewichte innerhalb der Schutzgüterkonzeption unangemessen zu verteilen und den Akzent des § 316a StGB allzu stark auf den Schutz des individuellen Opfers vor den Raubgefahren zu legen.¹⁴ Allerdings gilt auch an dieser Stelle, dass die allgemeinen Unfallgefahren vorzugswürdig im Kontext des Ausnutzungsmerkmals zu thematisieren sind. Für den vorliegenden Fall mag all dies auf sich beruhen. Weil der Angriff ausweislich der Urteilsfeststellungen erfolgte, noch bevor sich der Geschädigte dazu angeschickt hatte, das Fahrzeug in Gang zu setzen, war er zu diesem Zeitpunkt noch kein taugliches Angriffsziel. Damit scheidet für diesen Zeitpunkt eine Strafbarkeit gemäß § 316a StGB aus.

b) Allerdings dauerte die (zumindest konkludente) Bedrohung fort, als die Täter ihr Opfer zu der ihren Weisungen entsprechenden Fahrt zwangen. Mit der Teilnahme am fließenden Straßenverkehr wurde der Geschädigte zum Führer eines Kraftfahrzeuges. Ist nunmehr die Tatobjektsqualität gegeben, so verlagert sich die Prüfung auf das Handlungsmerkmal. In diesem Zusammenhang ist zu fragen, ob ein Angriff auf die Entschlussfreiheit auch dann „verübt“ werden kann, wenn die Einwirkung auf den Willen des Opfers bereits vor dem Fahrtantritt begonnen hat. Völlig zu Recht wird diese Frage vom 4. Strafsenat bejaht. Denn die zeitliche Verknüpfung zwischen der „Führer“-Eigenschaft und dem Verüben des Angriffs ist lediglich Ausdruck des allgemeinen Koinzidenzprinzips,¹⁵ wonach

¹³ MüKo-Sander (Fn. 2), § 316a Rn. 19.

¹⁴ Für einen Schutz allein der Rechtsgüter Eigentum und Vermögen hingegen Hübsch, Der Begriff des Angriffs in § 316a StGB (2007), S. 37 ff., 59; SK-Wolters/Horn, StGB II, 8. Aufl. (Stand: März 2007), § 316a Rn. 2; s. auch NK-Herzog, StGB, 2. Aufl. (2005), § 316a Rdn. 5. Zur dualen Schutzgüterkonzeption BGHSt 49, 8, 11; Lackner/Kühl, StGB, 26. Aufl. (2007), Rn. 1; MüKo-Sander (Fn. 2), § 316a Rn. 2; S/S-Cramer/Sternberg-Lieben (Fn. 7), § 316a Rn. 1; Fischer (Fn. 1), § 316a Rn. 2. S. auch die Nachweise in Fn. 12.

¹⁵ Krüger NZV 2004, 161, 164.

alle objektiven und subjektiven Merkmale gleichzeitig (nämlich im Zeitpunkt der Tatbegehung) gegeben sein müssen. Ein vor dem Beginn der Fahrt durchgeführter Angriff macht den Überfallenen nicht schlechthin zum untauglichen Opfer; vielmehr ist der „Noch-nicht-Kraftfahrer“ lediglich ein „Noch-nicht-Tatobjekt“. Evident ist dies bei einer Intensivierung der Zwangslage während der Fahrt. Doch auch die bloße Aufrechterhaltung der zuvor geschaffenen Drucksituation wahrt das Koinzidenzprinzip, denn mit dem Fahrtbeginn richtet sich der Angriff gegen die Entschlussfreiheit eines Kraftfahrers. Mit Blick auf den Gesetzeswortlaut bestehen gegen die Einbeziehung derartiger Dauerangriffe keine Bedenken.¹⁶ Dass das Gesetz auf ein „Verüben“ des Angriffs abstellt, findet seinen Grund darin, dass zum einen ein noch weiter gehendes „unternehmen“ eines Angriffs nicht mehr ausreichen sollte, zum anderen aber ein erfolgreicher Angriff nicht verlangt wird.¹⁷ Vor diesem Hintergrund kann der Gesetzesformulierung nicht entnommen werden, dass sich der Angriff gegen einen willensfrei handelnden Fahrzeugführer richten muss. Dem entspricht es, dass die räuberische Absicht nicht schon bei Beginn, sondern spätestens bei Beendigung des Angriffs vorhanden sein muss.¹⁸ Für die Sichtweise des Senats spricht weiterhin – worauf er zu Recht hinweist – entscheidend das Schutzzgut der Sicherheit des Kraftverkehrs auf Straßen, die in gleicher Weise beeinträchtigt ist, wenn ein bereits vor Fahrtantritt begonnenes, offenes Bedrohungs-geschehen während der Fahrt (nur) seinen Fortgang nimmt.

c) Das Bedürfnis nach dieser begrüßenswerten, wenn auch wenig spektakulären Klarstellung ist nicht zuletzt durch höchstrichterliche Entscheidungen der letzten Jahre ausgelöst worden. Auf der Grundlage der alten Gesetzesfassung hatte es der BGH mehrfach als unerheblich angesehen, dass der Täter schon seine Mitfahrt durch einen Angriff auf Leib, Leben oder Entschlussfreiheit des Fahrers erzwungen hatte und dessen Bedrohung nach Beginn der Fahrt nur fortzusetzen brauchte.¹⁹ Im Jahr 2001 verneinte der 2. Strafsenat (anknüpfend an das Ausnutzungsmerkmal) den § 316a StGB in zwei Fällen, in denen der/die Täter ihr Opfer vor Fahrtbeginn (bzw. nach vorläufigem Fahrtende) überfallen und zur Mitfahrt auf dem Beifahrer- bzw. Rücksitz gezwungen hatte(n),²⁰ der Transport des Opfers an den Ort des Raubes wurde als nicht tatbestandsmäßig angesehen.

¹⁶ Ebenso Krey/Hellmann, Strafrecht Besonderer Teil Band 2, 14. Aufl. (2005), Rn. 233 f.; MüKo-Sander (Fn. 2), § 316a Rdn. 15; Roßmüller JR 1997, 162 f.

¹⁷ Vgl. Hübsch (Fn. 14), S. 92 ff.; LK-Sowada (Fn. 11), Rn. 2 ff., 12 ff.

¹⁸ BGHSt 25, 315 ff. = JR 1974, 201 mit Anm. Hübner; BGHSt 37, 256, 258; BGH, NStZ 1989, 119; 1997, 236, 237; s. auch LK-Sowada (Fn. 11), § 316a Rdn. 45 m.w.N.

¹⁹ So BGH, MDR/H 1977, 638, 639 (zust. Krey/Hellmann [Fn. 16], Rn. 233 f.); BGH, JR 1997, 162 mit im Erg. zust. Anm. Roßmüller. Trotz Verneinung des § 316a StGB (a.F.) das Angriffs- und das Ausnutzungsmerkmal bejahend BGH, NStZ 1989, 119 f.; eine abweichende Fallgestaltung lag auch BGH, NStZ 1996, 435 = NZV 1997, 236 mit abl. Anm. Roßmüller zugrunde.

²⁰ BGH StV 2002, 362 f. und 363.

Vor diesem Hintergrund ist ein Urteil des 4. Strafsenats²¹ aus dem Jahr 2004 zu sehen. Im dortigen Fall hatten die Täter den Geschädigten gegen seinen Willen in das Fahrzeug verbracht, um ihn in eine fremde Umgebung zu fahren und den hierdurch ausgeübten Druck zur Begleichung einer ihnen aus einem Rauschgiftgeschäft (vermeintlich) zustehenden Forderung auszunutzen. Hier sei der Geschädigte zwar noch nicht beim Verbringen in den Pkw, wohl aber während der Mitfahrt taugliches Tatobjekt gewesen. Weil es während der Fahrt zu einem neuen Angriff (in Form von Faustschlägen in das Gesicht) gekommen war, bejahte der Senat eine Strafbarkeit gemäß § 316a StGB. In diesem Zusammenhang wird auf die engere Position des 2. Strafsenats hingewiesen und die Frage, ob auch die konkludent erfolgte fortdauernde Nötigung zum Mitfahren als „Angriff“ anzusehen sei, unter Hinweis auf den zweiten Angriff als entscheidungsunerheblich offen gelassen. Dieses „Puzzleteil“ hat der 4. Strafsenat nunmehr eingefügt: Mit dem aktuellen Beschluss hat der Senat den Anschluss an die ältere Rechtsprechung wieder hergestellt und ausgesprochen, dass auch das konkludente Aufrechterhalten der zunächst gegenüber einem Nicht-Kraftfahrer ausgeübten Bedrohung einen den Anwendungsbereich des § 316a StGB eröffnenden Angriff auf die Entschlussfreiheit darstellt, sobald der Genötigte zum tauglichen Tatobjekt wird. Die strikte Beachtung des Koinzidenzprinzips markiert in gewisser Hinsicht zugleich eine (zutreffende) Grenze des Restriktionskurses. Das gilt jedenfalls dann, wenn man – wie der 4. Strafsenat es getan hat –²² die dargestellte Position des 2. Strafsenats dahingehend interpretiert, dass hierdurch nur auf den Beginn des Angriffs abgestellt werden soll.

II. Das Merkmal des Ausnutzens der besonderen Verhältnisse des Straßenverkehrs

Die vorstehenden Überlegungen führen allerdings nicht automatisch zu einer Strafbarkeit nach § 316a StGB. Vielmehr muss auch die weitere Voraussetzung der Ausnutzung der besonderen Verhältnisse des Straßenverkehrs gegeben sein. Der 4. Strafsenat widmet bezüglich der hier zu erörternden Fallgestaltungen auch diesem Tatbestandsmerkmal besondere Aufmerksamkeit. Wenn man den Vorgang der Normanwendung mit dem Bild des Autofahrens beschreiben wollte, könnte man sagen: Während der Senat beim Merkmal „Angriff auf den Führer oder Mitfahrer eines Kraftfahrzeuges“ vorsichtig Gas gegeben hat, bremst er beim Ausnutzungsmerkmal spürbar ab. Denn in Fällen, in denen bereits vor Fahrtantritt ein vollendeter Angriff stattgefunden hat, bedürfte dieses Tatbestandsmerkmal „besonders sorgfältiger Prüfung“, die „nur in Ausnahmefällen“ zur Bejahung führen werde. Für den konkret zu entscheidenden Sachverhalt sieht der Senat einen derartigen Ausnahmefall als gegeben an. Allerdings bleibt klärungsbedürftig, nach welchen Kriterien der Regelung vom Ausnahmefall abgegrenzt werden soll. Darüber hinaus ist bereits die dieser Grenzziehung zugrundeliegende prinzipielle Weichenstellung kritisch zu hinterfragen.

²¹ BGH NStZ 2004, 626 f.

²² BGH NStZ 2004, 626.

1. Die Position des 4. Strafsenats: nur ausnahmsweise Bejahung des § 316a StGB

Für ein Ausnutzen der spezifischen Bedingungen des Straßenverkehrs verlangt der Senat, dass die aus der Eigenschaft als Kraftfahrzeugführer resultierenden Einschränkungen den räuberischen Angriff im Sinne einer Mitursächlichkeit erleichtert haben. Ein solcher Ursachenzusammenhang fehle jedoch, „wenn der Täter sein Opfer bereits vor der Fahrt unter seine uneingeschränkte Kontrolle gebracht hat und die dadurch geschaffene Nötigungslage während der nachfolgenden Fahrt lediglich unverändert aufrechterhalten wird“. Dann diene das Fahrzeug lediglich Beförderungszwecken, ohne dass sich die verkehrsbedingte Einschränkung der Abwehrmöglichkeit noch fördernd auswirke. Dies sei nach einem vom Senat gebildeten Beispiel etwa dann anzunehmen, wenn das Opfer bereits in seiner Wohnung überfallen worden sei und es später unter Vorhalt einer Waffe zur Fahrt zu einem Geldautomaten gezwungen werde, um dort Geld abzuheben. Hier habe sich die Nötigungslage in aller Regel bereits vor Fahrtantritt so verfestigt, dass die fahrtbedingten eingeschränkten Abwehrmöglichkeiten für die fortdauernde Angriffshandlung ohne jeden Belang seien. Im Gegensatz hierzu nimmt der Senat für den von ihm zu entscheidenden Sachverhalt an, dass sich die Mittäter durch die erste Angriffshandlung ihres Tatopfers „noch nicht kontrolliert bemächtigt“ hätten; vielmehr seien Gegenwehr und Fluchtmöglichkeit erst durch die erzwungene Fahrt „endgültig eingeschränkt“ worden.

Die beiden vom Senat einander gegenüber gestellten Fallgestaltungen unterscheiden sich in zweifacher Hinsicht: Im konkret zu entscheidenden Fall erfolgten der Überfall unmittelbar vor Fahrtbeginn und die Wegnahme des Geldes noch während der Fahrt. Im Gegensatz hierzu ist das Geschehen im Alternativbeispiel in beiden Richtungen zeitlich gestreckt: Das Opfer wird deutlich vor Beginn der Fahrt überwältigt, die Erlangung der Beute findet erst nach Beendigung der Fahrt statt. Allerdings erscheint es fraglich, warum das in der tatbestandslosen Vorphase liegende Verhalten über den Anwendungsbereich des § 316a StGB entscheiden soll. Für die Intensität der Beherrschung, auf die der Senat entscheidend abhebt, ist es während der Fahrt unerheblich, ob der Täter dem Opfer die Pistole erst dreißig Sekunden oder schon dreißig Minuten vor dem Fahrtbeginn ans Genick gesetzt hat. Da der Senat die Relevanz des vor der Tat liegenden Geschehens nicht näher begründet (und weil sich – von wenigen Hinweisen auf die Rechtsprechung des Senats abgesehen – mangels irgendwelcher sonstiger Nachweise auch keine Anhaltspunkte für Begründungszusammenhänge ergeben), ist der Rezensent aufs Spekulieren angewiesen. Möglicherweise orientiert sich der Senat an einem früheren Urteil des 2. Senats, der die Verneinung des § 316a StGB damit begründet hatte, dass eine Verschlechterung der Abwehr- und Fluchtmöglichkeiten des vor Fahrtantritt überfallenen Tatopfers (auch durch das Hinzukommen eines weiteren Tatkomplizen) nicht

festzustellen sei.²³ Weil sich der 4. Senat – wenn auch nicht ausdrücklich – wie gezeigt²⁴ zumindest mittelbar von eben jener Entscheidung hinsichtlich der „Führer“- bzw. „Mitfahrer“-Eigenschaft abgesetzt hat, wäre es wünschenswert gewesen, wenn er eine in der Sache gleichwohl intendierte Übereinstimmung deutlich gemacht hätte.

Denkbar erscheint ferner, dass dem Senat eine an § 239a StGB angelehnte Konzeption vor Augen gestanden haben könnte, die sich wie folgt umreißen ließe: Das Ausnutzen der besonderen Verhältnisse des Straßenverkehrs erfordert einen subjektiven zeitlichen und finalen Zusammenhang dergestalt, dass der Täter die Beanspruchung des Fahrers mit den Verkehrsvorgängen als einen die Verwirklichung der Raubtat fördernden Umstand in seinen Tatplan aufgenommen haben muss. Abstrakt gesprochen würde hiermit dem § 316a StGB – insoweit der ersten Alternative des § 239a Abs. 1 StGB entsprechend – die Struktur eines unvollkommen zweiaktigen Delikts²⁵ beigelegt (was freilich nicht ausschließt, dass in anderen Fallgestaltungen der Angriff und der räuberische Akt zusammenfallen können). Hieran anschließend könnte man in einem zweiten Gedankenschritt der Ansicht sein, eine solche Relevanz der Verkehrsverhältnisse sei dann zu verneinen, wenn der Täter sich bereits vor der Teilnahme am fließenden Straßenverkehr des Opfers bemächtigt habe. Die Verfestigung der Nötigungslage bzw. die Erlangung der uneingeschränkten Kontrolle erinnern stark an das zur Restriktion des § 239a Abs. 1 1. Alt. StGB in Zwei-Personen-Verhältnissen entwickelte Merkmal der Schaffung einer stabilen Zwischenlage.²⁶ Freilich würde derselbe Aspekt hierbei in entgegengesetzter Richtung verwandt. Eine Beherrschungssituation, die so stark und verselbständigt ist, dass sie zur Strafbarkeit gemäß § 239a StGB führt, würde umgekehrt eine Strafbarkeit gemäß § 316a StGB ausschließen, da sie keinen Raum mehr lassen würde für eine Mitursächlichkeit der verkehrsspezifischen Umstände im Rahmen des Raubvorhabens. Die Grenzziehung würde danach folgendermaßen aussehen: Dass der erste Zugriff auf den Geschädigten vor der Fahrt erfolgt, steht bei entsprechendem Fortgang des Geschehens einer Strafbarkeit gemäß § 316a StGB nicht entgegen. Das vollständig beherrschte und vom Täter sicher kontrollierte Opfer wird hingegen faktisch als (dauerhaft) untaugliches Tatobjekt angesehen, wobei die Ausgrenzung dogmatisch allerdings erst beim Merkmal des Ausnutzens der besonderen Verhältnisse des Straßenverkehrs erfolgt.

2. Kritische Überlegungen zur Schutzgutskonzeption

a) Auf den ersten Blick mag eine solche Konzeption plausibel erscheinen. Sie sieht von einer Strafbarkeit gemäß § 316a StGB in jenen Fällen ab, in denen die besondere Beeinträchtigung des Opfers auch ohne den verkehrsspezifischen Kontext erklärbar ist. Zudem scheint die Ausspa-

²³ BGH StV 2002, 362, 363. Kritisch zum Erfordernis der Verschlechterung der Opferlage Sowada (Fn. 1), 799, 819 f. Gegen eine solche Voraussetzung bei § 239a StGB auch BGH (5. Strafsenat) NStZ 2006, 448, 449.

²⁴ S. oben I. 3c).

²⁵ Vgl. Satzger Jura 2007, 114, 115.

²⁶ BGH(GS)St 40, 350 ff; S/S-Eser (Fn. 7), § 239a Rn. 13a.

zung bei § 316a StGB durch das passgenaue Einrücken des mit gleicher Strafdrohung versehenen § 239a StGB kompensiert zu werden, so dass Strafbarkeitslücken nicht entstehen können. Dieser Aspekt hängt freilich davon ab, in welchem dogmatischen Verhältnis man die (nur in § 316a StGB genannten) §§ 249 und 252 StGB zur räuberischen Erpressung (§ 255 StGB) sieht.²⁷ Hiervon abgesehen spricht auch die erhebliche Unschärfe dieses Restriktionsmerkmals gegen seine Übertragung auf den § 316a StGB.²⁸ Die Dauer der der Verkehrsteilnahme vorgelagerten Nötigungsphase besagt über die Intensität der Beherrschung wenig. Wie man aber (nicht nur behaupten, sondern) feststellen will, dass der Täter sich seines Opfers vor Fahrtantritt trotz Vorhaltens einer Schusswaffe oder eines Messers (zwar schon bemächtigt, aber) noch nicht „kontrolliert bemächtigt“ und seine Gegenwehr und Fluchtmöglichkeit (zwar eingeschränkt, aber) noch nicht „endgültig eingeschränkt“ hat, sodass die Bedrohung erst im Verbund mit den straßenverkehrsrelevanten Faktoren eine gesteigerte Intensität erlangt, erschließt sich (mir) nicht. Der Eintritt in den fließenden Straßenverkehr überformt die vorherige Bedrohungslage in besonderer Weise. Der bedrohte Fahrer muss einerseits handlungsfähig bleiben, um das Fahrzeug führen zu können (hieraus können sich zugleich für den Täter im Hinblick auf für ihn unbeherrschbare Verkehrsumstände gewisse Risiken bezüglich der Realisierung seines Raubvorhabens ergeben); andererseits tritt die aus der fortdauernden Bedrohungslage erwachsende Unfallgefahr als weiterer Stressfaktor hinzu. Dieses zusätzliche Element einfach zu ignorieren, sofern sich schon für die Vorphase eine hinreichende Beherrschungslage bejahen lässt, ist jedenfalls nicht erzwungen.

Gegen eine solche Vorgehensweise lässt sich einwenden, dass § 316a StGB lediglich einen Angriff auf einen Kraftfahrer und keine qualifizierte Herrschaft in Gestalt eines Sich-Bemächtigens verlangt. Das Ausnutzen der besonderen Verhältnisse des Straßenverkehrs kann durchaus unabhängig hiervon angenommen werden, wenn der Täter die hinzutretenden Verkehrsgefahren als weiteres Zwangselement in seinen Plan einfügt, und eine Steigerung des Druckes ist (da sich vis absoluta mit dem Führen des Fahrzeugs nicht verträgt) auch bei einem vom Täter „endgültig kontrollierten“ Opfer durchaus denkbar. Ein weiteres Argument lässt sich aus § 239a StGB selbst entwickeln: Hinsichtlich der Alternative des „Entführens“ wird auch in Zwei-Personen-Verhältnissen eine „stabile Zwischenlage“ regelmäßig ohne weiteres für gegeben erachtet.²⁹ Bereits die erzwungene Ortsveränderung als solche eröffnet hierbei den Anwendungsbereich des § 239a StGB. Das Opfer befindet sich also in beiden Varianten – beim Sich-Bemächtigen vor Fahrtantritt ebenso wie bei der Entführung durch die Fahrt – in einer gesteigerten Unterlegenheitssituation gegenüber dem Täter, ohne dass es für dieses Maß der Unterlegenheit auf die spe-

zifischen Verkehrsgefahren ankommt. Trotz dieser verkehrsunabhängigen Gleichwertigkeit soll gerade der Zeitpunkt, zu dem der Täter die „endgültige Kontrolle“ gegenüber dem Opfer erlangt, über die Strafbarkeit nach § 316a StGB entscheiden. Je massiver der Täter in der Fahrt vorgelagerten Geschehen auf das Opfer einwirkt, um so näher liegt die Annahme einer frühzeitigen „uneingeschränkten Kontrolle“, die eine Strafbarkeit gemäß § 316a StGB vermeiden würde, obwohl noch während der Fahrt sowohl die Unterlegenheit des Fahrers als die drohenden Unfallgefahren als gleich hoch zu bewerten sind.

b) Schließlich ist noch ein grundsätzliches Bedenken anzusprechen. Die Auslegung des § 316a StGB erfolgt weitgehend aus einer „rauborientierten“ Blickrichtung.³⁰ Damit ist gemeint, dass die Norminterpretation vorrangig von der Frage angeleitet ist, welche Funktion den Bedingungen des fließenden Straßenverkehrs für die Realisierung des vom Täter intendierten räuberischen Geschehens zukommt. Aus dieser Perspektive wird die besondere Anfälligkeit des Kraftfahrers in den Vordergrund gerückt, zum Opfer eines Raubes etc. zu werden. Gerade weil er sich auf die Verkehrsvorgänge konzentrieren muss, ist der Kraftfahrer abgelenkt und damit in seinen Möglichkeiten, sich dem Angriff zur Wehr zu setzen oder durch Flucht zu entziehen, eingeschränkt. Die sich aus einem solchen Angriff für den Kraftfahrer, weitere Fahrzeuginsassen und unbeteiligte Dritte ergebenden Unfallgefahren werden zwar nicht ignoriert, aber es hat doch den Anschein, als würde diesen Gefahren eher eine ergänzende Rolle im Hintergrund zugewiesen. Rückt man (wenn auch unausgesprochen) die allgemeine Verkehrssicherheit bezüglich ihres Stellenwertes in die Nähe eines bloßen Schutzreflexes, so verengt sich der Blick auf die Beziehung zwischen dem mit besonderer krimineller Energie vorgehenden Täter und seinem in spezifischer Weise geschwächten Opfer. Dann mag es nahe liegen, dogmatische Anleihen bei den im Rahmen des § 239a StGB für das Zwei-Personen-Verhältnis entwickelten Restriktionsansätzen zu nehmen.

Eine solche „rauborientierte“ Betrachtungsweise begegnet jedoch durchgreifenden Bedenken.³¹ Neben der systematischen Einordnung bei den Delikten zum Schutz der Allgemeinheit streitet auch die historische Auslegung dafür, die Vermeidung von (abstrakten) Unfallgefahren bei der Normauslegung stärker zur Geltung zu bringen. Denn ungeachtet des nationalsozialistisch geprägten und mit rechtsstaatlichen Vorstellungen nicht in Einklang zu bringenden Entstehungskontexts³² bildeten die mit gesteigerten Unfallgefahren einhergehenden Angriffe von außen den ursprünglichen Regelungsanlass. Eine stärkere Akzentuierung der Verkehrssicherheit ist auch durch die hohe Straf-

²⁷ Rengier, *Strafrecht Besonderer Teil II*, 8. Aufl. (2007), 24/13; Fischer (Fn. 1), § 239a Rn. 5c.

²⁸ Kritisch zu den Einschränkungsbestrebungen im Rahmen des § 239a StGB Fischer (Fn. 1), § 239a Rn. 8 m.w.N.

²⁹ Lackner/Kühl (Fn. 14), Rn. 4a; Satzger *Jura* 2007, 114, 119.

³⁰ So S/S-Cramer/Sternberg-Lieben (Fn. 7), § 316a Rn. 1; s. auch D. u. I. Sternberg-Lieben *JZ* 2004, 633, 634; NK-Herzog (Fn. 14), § 316a Rn. 4 f., 14. Auch die Rechtsprechung wird man hier einordnen müssen; vgl. z.B. BGHSt 49, 8, 14 f.; 50, 169, 172 ff. (weitere Nachweise bei Sowada [Fn. 1], 799, 810); s. aber auch die hier besprochene Entscheidung (zu 2a a.E.) sowie BGH NStZ 2004, 626 (§ 316a StGB bezwecke „neben individuellen Rechtsgütern den Schutz der Sicherheit des Kraftverkehrs auf den Straßen“).

³¹ Vgl. zum Folgenden insbesondere Duttge/Nolden *JuS* 2005, 193, 195 f.; Sowada (Fn. 1), 799, 811 ff.; s. auch Geppert *Jura* 1995, 310, 311; Günther *JZ* 1987, 369, 375 ff.

³² Eingehend hierzu Steinberg *NZV* 2007, 545, 546 ff.

drohung des § 316a StGB geboten; denn eine besondere situationsgeprägte „Raubanfälligkeit“ wäre kein hinreichender Gesichtspunkt, um für eine solche Vorbereitungshandlung das Fünffache der für den vollendeten Raub angedrohten Sanktion als Mindeststrafe zu begründen.

Eine solchermaßen veränderte Gewichtsverteilung in der Schutzgutskonzeption würde ein auch über die bisherige Tatbestandseingrenzung hinausreichendes Restriktionspotenzial aufweisen, wobei freilich die Frage nach dem deliktsspezifischen Gefahrenprofil zu diskutieren wäre. Ginge es dabei um die Festlegung der Untergrenze des Gefahrenniveaus (insbesondere bei haltendem Fahrzeug), so sind die hier interessierenden Fälle eines „gekaperten“, von einem unmittelbar bedrohten Kraftfahrer gelenkten Fahrzeugs gewiss zum Kernbereich der erheblichen Unfallgefahren zu rechnen.³³ Warum ausgerechnet solche für die Allgemeinheit höchst gefährlichen Tatverläufe mit der Begründung ausgeblendet werden sollten, die Gegenwehr- und Fluchtmöglichkeiten des individuellen Raubopfers seien schon vor der Fahrt „endgültig eingeschränkt“ gewesen, ist nicht nachzuvollziehen. Diese kriminalpolitische Überlegung lässt sich auch dogmatisch formulieren: Erkennt man die Allgemeinheit als im Hinblick auf die Verkehrssicherheit gleichrangig geschützt an, so entsprechen die Fälle der unter fortdauernder Nötigung erzwungenen Fahrt einem „Drei-Personen-Verhältnis“, für das auch im Rahmen des § 239a StGB gerade keine zusätzliche Einschränkung verlangt oder eine solche vom BGH doch regelmäßig als gegeben angenommen wird.³⁴ Auch das Gesetzesmerkmal „Ausnutzen“ legt die Norminterpretation nicht auf die bipolare Beziehung zwischen Täter und Individualopfer fest, zumal sich das Ausnutzen nicht auf die Realisierung des räuberischen Plans, sondern auf den Angriff auf Leib, Leben oder Entschlussfreiheit des Fahrzeugführers bezieht. Deshalb lässt sich ein solches Ausnutzen bejahen, wenn der Täter aus räuberischer oder raubähnlicher Motivation den Führer eines Kraftfahrzeuges (und damit mittelbar auch die sonstigen Verkehrsteilnehmer) einer erhöhten Gefahrenlage aussetzt, die auf der Verknüpfung der Bedrohungslage mit den Gefahren des fließenden Straßenverkehrs beruht.

3. Umkehrung des Regel-Ausnahme-Verhältnisses

Aus diesem Blickwinkel kehrt sich das vom 4. Strafsenat angenommene Regel-Ausnahme-Verhältnis geradezu um.³⁵ Wer einen Kraftfahrer zur (Weiter-)Fahrt zwingt und ihn während der Teilnahme am Straßenverkehr in Schach hält und dirigiert, verwirklicht (bei entsprechender räuberischer Absicht) in

aller Regel § 316a StGB, ohne dass es auf die Intensität der vor Fahrtbeginn ausgeübten Bedrohung ankommt. Schwieriger zu beurteilen sind die Dinge, soweit sich der Angriff nicht gegen den Führer eines Kraftfahrzeuges, sondern gegen einen Mitfahrer richtet. Nach der hier vertretenen Ansicht liegt die Bedeutung des Ausnutzungsmerkmals darin, die durch den Angriff betätigte räuberische Motivation des Täters mit den dadurch heraufbeschworenen abstrakten Unfallgefahren zu verklammern. Dieser Gesichtspunkt bildet dann auch die Richtschnur für die Mitfahrerangriffe. Soweit der Täter als Fahrer sowohl sein Opfer beherrschen als auch die Anforderungen des Straßenverkehrs meistern muss, ist eine derartige Kumulation der Gefahrenmomente ebenso gegeben, wie wenn das Opfer das Fahrzeug unter fortwährender Bedrohung durch den Täter lenkt. Hiergegen lässt sich auch nicht einwenden, es fehle an einem „Ausnutzen“, wenn die aus der „Doppelbelastung“ resultierende Gefahr auf der Seite des Täters liegt, aber keine besondere Schwäche des Opfers darstellt. Denn bezüglich der Unfallgefahren bilden Täter und Opfer eine Art „Schicksalsgemeinschaft“, da die drohende Überforderung des Täters auch das Risiko für das Opfer erhöht. Umgekehrt fehlt es an einer Risikosteigerung bezüglich der Verkehrsgefahren, wenn das Opfer – wie es z.B. bei der Entführung des Industriellen *Richard Oetker* der Fall war – während der Fahrt in eine Holzkiste eingesperrt ist. Hier wird das Fahrzeug in der Tat nur zu Transportzwecken verwandt und ein Ausnutzen der besonderen Verhältnisse des Straßenverkehrs ist zu verneinen.³⁶ Gleiches wird vielfach bei der Verbringung eines gefesselten Opfers im Kofferraum oder auf der Rückbank des Fahrzeugs gelten. In den Fällen, in denen das Opfer im Fond des Fahrzeugs von einem oder mehreren Komplizen in Schach gehalten wird, ist die Beurteilung Tatfrage, die davon abhängt, inwieweit der das Fahrzeug führende Täter in die Aufrechterhaltung der Beherrschung eingebunden und somit von seinen Aufgaben als Kraftfahrer abgelenkt ist.

III. Zusammenfassung

Insgesamt steckt die hier vertretene Ansicht die Strafbarkeitsgrenzen bezüglich des Angriffs auf „Noch-nicht-Kraftfahrer“ deutlich weiter als der 4. Strafsenat des BGH. Dies steht im Gegensatz zum derzeitigen juristischen „Zeitgeist“, der doch gerade auf eine weitgehende Restriktion des § 316a StGB drängt. Die an den Gesetzgeber gerichtete Forderung, diese problematische und entbehrliche Strafnorm zu streichen, erscheint gut begründbar. Dennoch wäre es zu pauschal, jegliche Verengung des Tatbestandes schon allein wegen dieser Wirkung gut zu heißen und umgekehrt jede andere Auslegung zurückzuweisen, weil sie nicht die größtmögliche Beschneidung des § 316a StGB bietet. Solange es diesen Straftatbestand gibt, muss es darum gehen, die Fälle mit der höchsten Strafwürdigkeit unter die Norm zu subsumieren und dogmatisch tragfähige Begründungen zu entwickeln, eine Strafbarkeit bezüglich der nicht hinreichend strafwürdig erscheinenden Fälle zu verneinen. Obwohl § 316a StGB keine konkrete Unfallgefahr voraussetzt, bilden die potenziellen Gefahren und die Bereitschaft des Täters, zur Erreichung eines räuberischen

³³ Vgl. BGH NStZ 2003, 35 f.; hierzu *Beckemper* JA 2003, 541 ff.; *Sowada* (Fn. 1), 799, 817 ff.; vgl. ferner *Fischer* (Fn. 1), § 316a Rn. 6; *S/S-Cramer/Sternberg-Lieben* (Fn. 7), § 316a Rn. 3 a.E. Im Sinne des zu besprechenden Urteils hingegen die Erwartung von *Sander* NStZ 2004, 501, 502.

³⁴ BGH NStZ-RR 2002, 213, 214; *Lackner/Kühl* (Fn. 14), § 239a Rn. 4; *Rengier* (Fn. 27), 24/25. Kritisch *S/S-Eser* (Fn. 7), § 239a Rn. 13b.

³⁵ Vgl. zum Folgenden auch *Sowada* (Fn. 1), 799, 819 f.

³⁶ Die mit dem bloßen Wissen um die Beförderung des Entführten und die mögliche Angst vor Entdeckung verbundene Aufregung genügt für ein solches Ausnutzen nicht.

Zieler sein Opfer und Dritte diesen Gefahren auszusetzen, die teleologische Basis dieser Strafvorschrift. Damit bildet das Hinzutreten dieses Gefahrenaspekts das maßgebliche Steuerungselement bei der Auslegung des Merkmals der Ausnutzung der besonderen Verhältnisse des Straßenverkehrs. Hieraus wird sich vielfach ein Ansatzpunkt für eine Restriktion des Tatbestands ergeben. Umgekehrt bilden aber die Nötigungsfälle, in denen ein vom Täter aktuell bedrohter Kraftfahrer eine sich möglicherweise über Stunden erstreckende Odys-

see antritt, bei der angesichts des hohen Dauerstresses buchstäblich „alles“ passieren kann, gerade den Kernbereich der Fälle, in denen das hohe Strafmaß des § 316a StGB durchaus (oder zumindest noch am ehesten) einleuchtet. Gerade diese Fälle, die durch ein extrem hohes Gefahrenpotenzial in der Tatsituation gekennzeichnet sind, dadurch auszuscheiden, dass man – wie der BGH es tut – nach der Lage des individuellen Opfers vor der Tat fragt, erscheint wenig sinnvoll.

Dokumentation

Verfahrensdokumentation

Abweichende Meinung des Vizepräsidenten des BVerfG Prof. Winfried Hassemer zur „Inzest-Entscheidung“ des Zweiten Senats vom 13. März 2008 (BVerfG HRRS 2008 Nr. 260)

Ich kann die Entscheidung, § 173 Abs. 2 Satz 2 StGB genüge den Voraussetzungen, die das Grundgesetz an einen Straftatbestand stellt, nicht mittragen. Die Norm steht mit dem Grundsatz der Verhältnismäßigkeit, der gerade dem Strafgesetzgeber Grenzen zieht, nicht in Einklang; eine so verunglückte Strafdrohung passieren zu lassen, segnet schwere Fehler und Versäumnisse des Gesetzgebers verfassungsrechtlich ab und überdehnt den legislativen Spielraum im Strafrecht auf Kosten der Kontrollkompetenz des Verfassungsgerichts.

Die Norm verfolgt schon kein Regelungsziel, das in sich widerspruchsfrei und mit der tatbestandlichen Fassung vereinbar wäre (I.). Für die Ziele, die man dem Tatbestand heute unterlegt, bietet § 173 Abs. 2 Satz 2 StGB keinen geeigneten Weg (II.). Es gibt mildere, und überdies besser geeignete, Instrumente als die Strafdrohung (III.), und die Vorschrift ordnet übermäßig belastende Rechtsfolgen an (IV.).

I.

1. Strafrechtliche Eingriffe wiegen besonders schwer. Sie führen die schärfste Waffe, die dem Gesetzgeber zur Verfügung steht (vgl. BVerfGE 39, 1, 45). Mit der Strafe wird dem Verurteilten ein rechtswidriges soziales Fehlverhalten vorgeworfen (vgl. BVerfGE 95, 96, 140), ihn trifft, über die sonstige Beeinträchtigung seiner Grundrechte in Strafdrohung, Strafverfahren und Strafvollzug hinaus, ein soziales Unwerturteil (vgl. BVerfGE 96, 10, 25). Dem trägt die Rechtsprechung des Bundesverfassungsgerichts, im Einklang mit der Strafrechtslehre, seit jeher Rechnung:

a) Der Strafgesetzgeber ist in der Wahl der Anlässe und der Ziele seines Handelns nicht frei; er ist beschränkt auf den Schutz elementarer Werte des Gemeinschaftslebens (vgl. BVerfGE 27, 18, 29; 39, 1, 46; 45, 187, 253), auf die Sicherung der Grundlagen einer geordneten Gesellschaft (vgl. BVerfGE 88, 203, 257) und die Bewahrung wichtiger Gemeinschaftsbelange (BVerfGE 90, 145, 184). Danach muss eine Strafnorm nicht nur ein legitimes Ziel der Allgemeinheit verfolgen, das Grund und Rechtfertigung für die strafgesetzliche Einschränkung der bürgerlichen Freiheit ist. Es muss sich zudem um einen wichtigen Belang, um einen elementaren Wert, um eine Grundlage unseres Zusammenlebens handeln.

b) Die verfassungsrechtlichen Schranken der Strafgesetzgebung wirken auch auf die Wahl und den Einsatz der strafrechtlichen Instrumente. Strafrecht ist ultima ratio, ist das letzte verfügbare Mittel, um einen Belang der Allgemeinheit zu schützen, und kommt deshalb nur in Betracht, wenn das inkriminierte Verhalten über sein Verbotensein hinaus in besonderer Weise sozialschädlich und für das Zusammenleben der Menschen unerträglich, wenn seine Verhinderung besonders dringlich ist (vgl. BVerfGE 88, 203, 257 f.).

c) Über Anlässe, Ziele und Instrumente strafrechtlicher Gebote und Verbote hat jeweils der Strafgesetzgeber zu bestimmen. Das schränkt die Kontrollkompetenz des Bundesverfassungsgerichts ein. Das Gericht prüft nicht, ob der Gesetzgeber im Einzelnen die zweckmäßigste, vernünftigste oder gerechteste Lösung gefunden hat; es wacht aber darüber, dass die Entscheidung des Gesetzgebers materiell im Einklang mit der verfassungsrechtlichen Wertordnung steht und auch den ungeschriebenen

Verfahrensdokumentation

Verfassungsgrundsätzen und Grundentscheidungen des Grundgesetzes entspricht (vgl. BVerfGE 27, 18, 30; 37, 201, 212).

d) Unverzichtbarer Bestandteil der Entscheidung des Gesetzgebers ist jedenfalls Klarheit über die Ziele, die er mit seiner Regelung verfolgt. Der Gesetzgeber darf es nicht der Rechtspraxis oder der Rechtswissenschaft überlassen, seiner Strafnorm einen Zweck nachträglich zu unterlegen. Das ist unter anderem darin begründet, dass die Prüfung der Verhältnismäßigkeit einer Norm ohne Klarheit über den Zweck der Norm nicht gelinge, ja dass sie schon gar nicht methodengerecht durchgeführt werden kann. Was geeignet, erforderlich und angemessen ist, steht in unaufhebbarer Beziehung zu dem, was mit welchen Mitteln erreicht werden soll. Der Zweck einer Norm ist notwendiger Bezugspunkt ihres Maßes, und das Maß ändert sich mit dem Zweck.

So ist beispielsweise die Entscheidung des Gesetzgebers, die Strafbarkeit des Geschwisterinzefts auf den Beischlaf zu beschränken und andere sexuelle Handlungen straflos zu lassen, möglicherweise geeignet, um der Gefahr der Fortpflanzung zu begegnen, eher nicht geeignet zur Sicherung der sexuellen Selbstbestimmung und sicherlich ungeeignet zum Schutz von Ehe und Familie. Das ist in der strafrechtlichen Rechtsgutslehre, die der Senat nur mit spitzen Fingern anfasst, seit langem ausgearbeitet. Eine nachträgliche Unterlegung eines Normzwecks, den der Gesetzgeber nicht verfolgt hat, verändert die Koordinaten der Verhältnismäßigkeit, ihre Konturen und Inhalte.

2. Mit diesen Grundanforderungen an Beschränkung und Klarheit verträgt es sich nicht, wenn die Senatsmehrheit § 173 Abs. 2 Satz 2 StGB in der „Zusammenfassung nachvollziehbarer Strafzwecke vor dem Hintergrund einer kulturhistorisch begründeten, nach wie vor wirkkräftigen gesellschaftlichen Überzeugung von der Strafwürdigkeit des Inzefts, wie sie auch im internationalen Recht festzustellen ist“, gerechtfertigt sieht. Weder eine nebulöse kulturhistorisch begründete, wirkkräftige gesellschaftliche Überzeugung (sollte sie sich wirklich auf eine Strafwürdigkeit des Inzefts beziehen und nicht bloß auf seine soziale Ächtung) noch eine (im Übrigen lückenhafte und vielfach divergente) Strafbarkeit im internationalen Vergleich sind imstande, eine Strafnorm verfassungsrechtlich zu legitimieren. Die vom Senat als solche angeführten Rechtsgüter verfolgen entweder schon keinen legitimen Zweck beim Schutz unserer Gesellschaft (a) oder finden sich nicht in der konkreten Ausformung des § 173 Abs. 2 Satz 2 StGB wieder, der in dieser seiner Ausgestaltung jedenfalls nicht die ihm vom Senat unterlegten Zwecke verfolgt (b). Eine „strikte Wahrung“ des Verhältnismäßigkeitsgebots, auf der das Bundesverfassungsgericht in ständiger Rechtsprechung besteht (vgl. BVerfGE 27, 344, 351; 96, 56, 61), kann man diesem Inzestverbot nicht bescheinigen.

a) Eine Berücksichtigung eugenischer Gesichtspunkte ist von vornherein kein verfassungsrechtlich tragfähiger Zweck einer Strafnorm. Der Schutz der Gesundheit der Bevölkerung, dem nach dem Willen des Gesetzgebers „besondere Bedeutung“ zukommt (BTDrucks VI/3521, S. 18), weil erst die eugenischen Überlegungen es verständlich machten, dass schon das geltende Recht die Straf-

barkeit auf die Fälle des Beischlafs beschränkt (BTDrucks VI/1552, S. 14), kommt als geschütztes Gut nicht in Betracht.

Dabei kann dahinstehen, ob es tatsächlich eine besondere Gefahr von Erbschäden bei aus Inzestverbindungen hervorgegangenen Kindern gibt. Es verbietet sich schon von Verfassungs wegen, den Schutz der Gesundheit potentieller Nachkommen zur Grundlage jedenfalls strafgesetzlicher Eingriffe zu machen. Ein Rechtsgutsträger, dessen mutmaßliche Interessen zur Rechtfertigung des Inzestverbots herangezogen werden könnten, existiert zum Zeitpunkt der Tathandlung neben dem betroffenen Geschwisterpaar nicht. Der Gedanke eines strafrechtlichen Schutzes potentieller Nachkommen vor genetischen Schäden setzt zudem die absurde Abwägung des mutmaßlichen Interesses potentiell gezeugten Nachwuchses an einem Leben mit genetischen Defekten einerseits mit einem mutmaßlichen Interesse an der eigenen Nichtexistenz andererseits voraus. Deshalb kennen wir aus guten Gründen eine Strafbarkeit des Beischlafs selbst dort nicht, wo die Wahrscheinlichkeit behinderten Nachwuchses höher ist und die erwartbaren Behinderungen massiver sind als beim Inzest.

Solche Konstruktionen sind nicht imstande, einen verfassungsrechtlich schützenswerten Zweck zu begründen. Auch lässt sich die Berücksichtigung eugenischer Gesichtspunkte nicht mit dem möglichen Argument der Belastung Dritter rechtfertigen, etwa der Familie, in die ein geschädigtes Kind hineingeboren werde, oder auch der Allgemeinheit, die zu fürsorglichen Aufwendungen veranlasst sei. Dies liefe auf die Verneinung des Lebensrechts behinderter Kinder allein aus lebenskonträren Interessen und Fiskalbelangen anderer hinaus.

Auch die Gesundheit der Bevölkerung kommt als - abstraktes - Schutzobjekt nicht in Betracht. Anders als etwa im Betäubungsmittelstrafrecht ist schon wegen der anerkannten Seltenheit des Auftretens möglicher Erbschäden aus Geschwisterinzeft weder für die Gesundheit der Bevölkerung überhaupt noch für die Gesundheit einzelner, abgrenzbarer Bevölkerungsgruppen eine nennenswerte Beeinträchtigung vorherzusagen, die Grund für eine sichernde Strafnorm gäbe.

b) § 173 Abs. 2 Satz 2 StGB ist auch nicht Mittel eines Schutzes der sexuellen Selbstbestimmung. Darauf hat sich noch nicht einmal der Gesetzgeber berufen (vgl. BTDrucks VI/3521, S. 17 f.), und die Senatsmehrheit musste der gesetzlichen Regelung diesen Zweck nun nachträglich unterlegen. Auch geben weder der Wortlaut der Norm noch die Gesetzessystematik Hinweise, dass der oder auch nur ein Schutzzweck der Bestimmung gerade in der Wahrung des Rechts auf sexuelle Selbstbestimmung liegen könnte; eher widerlegen sie diese Annahme.

Der Wortlaut des § 173 Abs. 2 Satz 2 StGB lässt, anders als die Vorschriften zum Schutz der sexuellen Selbstbestimmung von Kindern und Jugendlichen (§§ 174, 176 und 182 StGB), allein den Vollzug des Beischlafs zwischen Geschwistern genügen. Andere Einzelheiten des Kontakts zwischen Täter und Opfer spielen keine Rolle: weder das Alter des schutzwürdigen jüngeren Geschwis-

terteils noch etwa die Abhängigkeit des Tatopfers (vgl. § 174 Abs. 1 Nr. 2 StGB), eine Zwangslage (§ 182 Abs. 1 StGB) oder die fehlende Fähigkeit des Opfers zur sexuellen Selbstbestimmung (vgl. § 182 Abs. 2 StGB). § 173 Abs. 2 Satz 2 StGB enthält keinerlei Hinweis darauf, dass er gerade diejenigen Fälle erfassen will, die - wie sonst im Strafrecht der sexuellen Autonomie - Ausdruck einer Beeinträchtigung sexueller Selbstbestimmung sind. Man sieht auf den ersten Blick: Die Tatbestände der Straftaten gegen die sexuelle Selbstbestimmung (§§ 174 ff. StGB) benennen Indikatoren reduzierter Autonomie des Opfers und machen sie zu Voraussetzungen der Strafbarkeit; § 173 Abs. 2 Satz 2 StGB ist ganz anders strukturiert und verhält sich zu solchen Indikatoren nicht.

Die Annahme der Senatsmehrheit, § 173 StGB habe „spezifische, durch die Nähe der Familie bedingte oder in der Verwandtschaft wurzelnde Abhängigkeiten und Schwierigkeiten der Einordnung und Abwehr von Übergriffen“ im Blick, steht auch mit der Gesetzessystematik nicht im Einklang. Der Gesetzgeber hat sich entschieden, § 173 StGB nicht dem Abschnitt der Straftaten zuzuordnen, die den Schutz der sexuellen Selbstbestimmung gewährleisten sollen, sondern vielmehr den „Straftaten gegen den Personenstand, die Ehe und die Familie“.

Die Beschränkung der Strafbarkeit auf volljährige Geschwister macht vollends deutlich, dass der strafrechtliche Schutz der sexuellen Selbstbestimmung kein die Norm prägender Zweck sein kann. Diese Beschränkung passt nicht in die Struktur des strafgesetzlichen Systems, das diesen Schutz gewährleisten soll.

Der Strafgesetzgeber lässt, in Respekt vor der Autonomie der beteiligten Personen, den Schutz der sexuellen Selbstbestimmung spätestens an der Grenze der Volljährigkeit enden. Nur in gut begründeten und klar formulierten Ausnahmefällen, wo eine Person zu selbstbestimmtem Handeln nicht fähig ist - bei der Anwendung von Zwang oder bei Widerstandsunfähigkeit -, gewährt das Strafgesetzbuch einen Schutz der sexuellen Selbstbestimmung, der über die Grenze der Volljährigkeit hinaus reicht.

Diese eindeutige und auch einleuchtende Grundentscheidung des Strafgesetzgebers zu den Grenzen der Strafbarkeit lässt die Senatsmehrheit außer Betracht, wenn sie sich zur Rechtfertigung des § 173 Abs. 2 Satz 2 StGB auf ein von den anderen Strafnormen angeblich nicht hinreichend aufgenommenes Schutzbedürfnis derer stützt, denen es vor Erreichen der Volljährigkeit nicht gelungen sei, aus den familiären, den Missbrauch ermöglichenden Strukturen auszubrechen. Diese - im Übrigen nicht abgesicherte - Erwägung besagt nichts dafür, dass die Norm auch das Rechtsgut der sexuellen Selbstbestimmung im Blick gehabt haben könnte. Aus der Annahme, dass womöglich im zeitlichen Übergang zur Volljährigkeit die sexuelle Autonomie noch nicht vollständig ausgebildet ist, lässt sich nicht schließen, die Strafnorm habe solche Fälle gerade aus diesem Grund erfassen wollen. Genau dies aber unterstellt, wer der Norm für solche Fallkonstellationen eine „selbständige Bedeutung“ beimisst, ohne sich zu fragen, ob das Gesetz „die Fortsetzung sexueller Handlungen nach Eintritt der Volljährigkeit bei nicht so deutlicher Ablehnung des nach

wie vor unerwünschten Beischlafs“ wirklich unter dem Aspekt des Schutzes der sexuellen Selbstbestimmung unter Strafe stellen wollte.

c) Das Verbot des Geschwisterinzests nach § 173 Abs. 2 Satz 2 StGB findet ein mögliches Rechtsgut und seine verfassungsrechtliche Rechtfertigung auch nicht im Schutz von Ehe und Familie. Zwar hat der Gesetzgeber des Vierten Gesetzes zur Reform des Strafrechts das Inzestverbot vor allem unter dem Gesichtspunkt einer ehe- und familienzerstörenden Wirkung in Betracht gezogen; auch hat der Bundesgerichtshof als überragendes Rechtsgut des § 173 StGB den Schutz von Ehe und Familie gesehen (vgl. BGHSt 39, 326, 329). Doch lässt sich bei näherer Betrachtung der Strafnorm gegen den Geschwisterinzest nicht erkennen, dass sie tatsächlich auf den Schutz von Ehe oder Familie zugeschnitten ist.

Das Bundesverfassungsgericht hat in einer frühen Entscheidung aus dem Jahr 1973 festgestellt, dass die Verhinderung sexueller Beziehungen im Familienverband außerhalb der ehelichen Sexualbeziehung ihren guten Sinn habe, weil die lebenswichtige Funktion der Familie für die menschliche Gemeinschaft entscheidend gestört werde, wenn das verfassungsrechtliche Ordnungsgefüge durch sexuelle Beziehungen „über Kreuz“ ins Wanken gerate (vgl. BVerfGE 36, 146, 167). Ob sich diese Ordnungsvorstellung von der Funktion der Familie etwa in Anbetracht des Wegfalls der Strafbarkeit des Ehebruchs, der familienschädigendes sexuelles Verhalten von Familienmitgliedern in Kauf nimmt, heute noch aufrechterhalten ließe, sei dahingestellt. Jedenfalls zielt die Strafnorm in ihrer konkreten Fassung tatsächlich nicht auf den Schutz der Familie vor sexuellen Handlungen von Geschwistern.

Unter Strafe gestellt ist lediglich der Beischlaf zwischen leiblichen Geschwistern. Ausgenommen sind alle anderen sexuellen Handlungen zwischen Bruder und Schwester. Nicht erfasst sind auch sexuelle Beziehungen zwischen gleichgeschlechtlichen Geschwistern sowie zwischen nicht leiblichen, also Stief-, Adoptions- und Pflegegeschwistern. Dies heißt, dass es diesem Tatbestand nicht um den Schutz der Familie vor sexuellen Handlungen von Geschwistern und damit möglicherweise verbundenen negativen Folgen für die Familie geht, sondern allein um die Pönalisierung des Beischlafs zwischen leiblichen Geschwistern. Wäre die Strafvorschrift wirklich auf den Schutz der Familie vor sexuellen Handlungen angelegt, so würde sie sich auf diese familienstörenden Handlungen erstrecken, sie würde sie, den üblichen Schutztechniken des Strafgesetzbuchs folgend, benennen und sie in die Voraussetzungen der Strafbarkeit einbeziehen; die punktuelle, auf den Beischlaf reduzierte, Strafdrohung widerlegt ein allgemeines Schutzinteresse.

Weiter fällt ins Gewicht, dass der Gesetzgeber nach § 173 Abs. 3 StGB eine Strafbarkeit lediglich für Geschwister ab 18 Jahren vorgesehen hat. Auch diese Einschränkung des Tatbestands verträgt sich nicht mit einem allgemeiner verstandenen Familienschutz. Dass die Tatbestandsmäßigkeit des Geschwisterinzests zwar im Mindestalter begrenzt ist, ansonsten aber keine beschränkenden Merkmale anordnet, hat zur Folge, dass das Lebensalter der Geschwister und ihre sich damit verändernde Hand-

lungs- und Entscheidungsfähigkeit für die Strafbarkeit inzestuösen Verhaltens ebenso wenig eine Rolle spielen wie etwa der Umstand, dass es eine auf engen sozialen Bindungen aufbauende funktionierende Familiengemeinschaft gar nicht gibt oder aus einer ursprünglich mit den Eltern gebildeten „Haus- und Lebensgemeinschaft“ mittlerweile womöglich eine „bloße Begegnungsgemeinschaft“ ohne reales „Familienleben“ geworden ist (zu diesen Entwicklungslinien einer Familiengemeinschaft vgl. BVerfGE 10, 59, 66).

Nach dem klaren Wortlaut der Strafnorm kommt es auf alle diese Gesichtspunkte nicht an, obwohl die mit der inzestuösen Beziehung für die Familie womöglich einhergehenden schädlichen Auswirkungen, die der Senat ausführlich darlegt, von dem Ausmaß tatsächlich bestehender Bindung abhängen und deshalb in solchen Konstellationen geringer oder auch gar nicht mehr spürbar sein könnten. Auch dies belegt, dass die Fassung des Tatbestands mit einem Gesetzeszweck „Schutz der Familie“ nicht übereinstimmt.

Etwas anderes ergibt sich nicht aus dem Hinweis der Senatsmehrheit auf mögliche Rollenüberschneidungen, die sich bei Kindern aus Inzestbeziehungen ergeben könnten und die nicht dem Bild der Familie nach Art. 6 Abs. 1 GG entsprächen. Abgesehen davon, dass sich diese Rücksichtnahme beispielsweise auch auf uneheliche Kinder erstrecken müsste, gibt es in Zeiten zuverlässig möglicher Empfängnisverhütung, in denen der Beischlaf ohne weiteres folgenlos bleiben kann, keine greifbare Wahrscheinlichkeit mehr dafür, dass es mit der Ausübung des Beischlafs auch tatsächlich zur Zeugung von Kindern kommt. Der Gesetzgeber hat gerade keine Strafnorm geschaffen, die auf die Verhinderung der Fortpflanzung leiblicher Geschwister als rechtlich missbilligten Erfolg abstellt, sondern mit dem weiterreichenden Verbot des Beischlafs ein im Vorfeld liegendes Verhalten mit Strafe bedroht. Die Gefahr der Fortpflanzung von leiblichen Geschwistern ist aber keine mit dem Beischlaf auch nur regelmäßig eintretende negative Folge, deren mögliche Berücksichtigung durch den Gesetzgeber einen Schluss auf Familienschutz zuließe.

d) Keines der vom Senat der Vorschrift zugeschriebenen Rechtsgüter vermittelt ihr einen verfassungsrechtlich legitimen Zweck. Schon der Gesetzgeber hat sich nicht klar und konsistent entscheiden können, welche Zwecke das Verbot des Geschwisterinzests verfolgen soll, und er hat sich auch nicht vergewissert, welche dieser Zwecke mit der Tatbestandsfassung übereinstimmen, ob und wie sie sich erreichen lassen. Er hat die Norm in ihren wesentlichen Teilen über Jahrzehnte hinweg bestehen lassen und sich über ihren Sinn keine oder wechselnde und immer nur ungefähre Vorstellungen gemacht. Es lässt sich nicht verlässlich feststellen, was der Gesetzgeber tatsächlich schützen wollte und schützen will, und deshalb auch nicht, ob die Norm den Erwartungen des Gesetzgebers gerecht wird.

Es spricht viel dafür, dass die Vorschrift in der bestehenden Fassung - worauf auch breite Teile der strafrechtlichen Literatur hinweisen (vgl. etwa die Nachw. bei Dippel, Leipziger Kommentar zum StGB, 11. Aufl., Rn. 4,

14) - lediglich bestehende oder auch nur vermutete Moralvorstellungen, nicht aber ein konkretes Rechtsgut im Auge hat. Schließlich hat sich der Gesetzgeber zu einer Abschaffung des Verbots von Geschwisterinzest letztlich deshalb nicht entschließen wollen, weil die Allgemeinheit darin ein Unrecht erblicke und eine Streichung der Norm das Bewusstsein von der Abnormität des Verhaltens schwächen könnte.

Der Aufbau oder der Erhalt eines gesellschaftlichen Konsenses über Wertsetzungen - hier das Verbotensein des Beischlafs zwischen Geschwistern - aber kann nicht unmittlbares Ziel einer Strafnorm sein. Dazu gibt es andere und besser geeignete Mittel im Sinne des ultima-ratio-Prinzips und des Grundsatzes der Verhältnismäßigkeit als verfassungsrechtliche Schranken strafrechtlicher Eingriffe. Die Stärkung moralischer Vorstellungen darf allenfalls - mittelbar - erwartet werden als langfristiges Ergebnis einer gerechten, klaren, rationalen und stetigen Strafrechtspflege.

Das sieht der Senat im Grunde wohl nicht anders. Er verweist auf die aus seiner Sicht mit der Norm verfolgten Regelungszwecke und meint, eine Konstellation, in der das Strafrecht allein Moralvorstellungen schütze, liege hier nicht vor. Tatsächlich aber vermögen die von der Senatsmehrheit dargelegten Regelungszwecke einen Rechtsgüterschutz nicht zu vermitteln. So sucht der Senat seine Zuflucht in der „Gesamtheit der mit der Norm verfolgten Regelungszwecke“ oder in der „Zusammenfassung nachvollziehbarer Strafzwecke“. Dies macht einerseits deutlich, dass jeder einzelne Zweck, für sich genommen, offenbar auch nach Ansicht der Senatsmehrheit, als legitimes Ziel für den Gesetzgeber des § 173 Abs. 2 Satz 2 StGB nicht dienen kann. Es bleibt dann aber offen, warum in der Summe inhabiler, nicht ganz hinreichender, durch die konkrete Normfassung nicht fundierter und auch nicht repräsentierter Zwecke eine tragfähige Legitimation liegen soll. Schließlich macht der Senat auch kein Hehl daraus, dass er gegen den strafrechtlichen Schutz einer „kulturhistorisch begründeten gesellschaftlichen Überzeugung“ von der Strafwürdigkeit des Inzests letztlich nichts einzuwenden hat. Ich halte das für den Schutz einer gesellschaftlichen Moralvorstellung.

II.

Selbst wenn man, mit dem Senat, in der Gesamtheit der mit § 173 Abs. 2 Satz 2 StGB verfolgten Regelungsziele einen verfassungsrechtlich legitimen Zweck des § 173 Abs. 2 Satz 2 StGB sehen wollte, hätte die Norm vor der Verfassung keinen Bestand.

Die Annahme der Senatsmehrheit, der Strafbewehrung des Geschwisterinzests könne die Eignung, den erstrebten Erfolg zu fördern, nicht abgesprochen werden, lässt sich angesichts der Gesetzesfassung nicht halten. Die vom Tatbestand zur Verfügung gestellten Instrumente passen zu den genannten Zielen nicht; sie greifen einerseits zu kurz und gehen andererseits zu weit.

Selbst die Senatsmehrheit nimmt offenbar nicht an, sämtliche von ihr der Norm allgemein unterlegten Zwe-

cke seien mit diesem konkreten Straftatbestand in Übereinstimmung zu bringen. So greift sie bei Prüfung der Eignung zu einer Zielbeschreibung, die sich deutlich von den zuvor angenommenen Einzelzwecken entfernt. Vom Schutz der Familie, von der eugenischen Rechtfertigung der Strafnorm ist nur noch in verallgemeinerter Form die Rede. Angesprochen sind nun die Bewahrung des Frei-raums von Kindern und Jugendlichen für eine individuell angemessene Reifung ihrer sexuellen Persönlichkeit sowie der besondere Schutz der sexuellen Selbstbestimmung von Frauen; das liegt weit auseinander. An diese mobile und vage Beschreibung möglicher Gesetzeszwecke lässt sich eine präzise und sachhaltige Prüfung der Frage, was das Gesetz wirklich will und wozu es taugt, nicht anschließen.

1. Dessen ungeachtet begegnet die Geeignetheit des § 173 Abs. 2 Satz 2 StGB unter mehreren Gesichtspunkten durchgreifenden verfassungsrechtlichen Bedenken.

Fraglich ist schon grundsätzlich, ob Instrumente des Strafrechts geeignete Mittel sein können, um die Familie von sexuellen Handlungen freizuhalten und dadurch ihr schädliche Wirkungen auszuschließen oder entscheidend zu mindern. Man darf nicht vernachlässigen, dass Geschwisterinzenst offenbar vorwiegend in sozial schwachen und bereits gestörten Familienverbänden vorkommt, wie auch das Gutachten des Max-Planck-Instituts unter B.I.3. vorträgt. Das Gutachten belegt, dass die Normadressaten für eine psychische Wirkung der Strafandrohung wenig empfänglich sind. Dieser Umstand ist bei einer Strafnorm wie dem Inzestverbot ein zentrales, und zwar negatives, Kriterium der Eignung.

Dies alleine mag - worauf auch die Senatsmehrheit hinweist - die Geeignetheit dieser Strafnorm nicht prinzipiell in Frage stellen. Es kommt aber eine andere Schwierigkeit hinzu, die der strafrechtlichen Durchsetzung des Inzestverbots im Wege steht.

Anders als etwa im Bereich der Betäubungsmittelkriminalität kann beim Inzestverbot das Ziel des Strafgesetzgebers nicht die strafrechtliche Absicherung einer lückenlosen staatlichen Kontrolle sein. Schon der Umstand, dass die Pönalisierung nur einen Teilbereich des Sexualverhaltens erfasst und bei der Durchsetzung der Strafbewehrung folglich Rücksicht auf nicht strafbewehrtes sexuelles Verhalten genommen werden muss, dürfte die Steuerungsfunktion der Strafnorm entscheidend schwächen. Dies scheint die Senatsmehrheit - auch wenn sie im Rahmen der Geeignetheitsprüfung darauf nicht ausdrücklich eingeht - nicht zu übersehen, weist sie doch an anderer Stelle darauf hin, die Norm erfülle auch durch ihre Ausstrahlungswirkung über den tatbestandlich eng umgrenzten Bereich hinaus eine appellative, normstabilisierende und generalpräventive Funktion. Das wiederum ist im Strafrecht, wo es um tiefe Grundrechtseingriffe und sozialetische Werturteile zum Nachteil von Menschen geht, eine gefährliche Vorstellung: einer Norm gerade durch außerhalb ihres Anwendungsbereichs liegende Wirkungen verfassungsrechtliche Legitimation zu verschaffen.

Es kommt hinzu, dass § 173 Abs. 3 StGB einen persönlichen Strafausschließungsgrund für Geschwister vorsieht,

die zur Zeit der Tat noch nicht 18 Jahre alt sind. Danach wird die Strafbewehrung des Beischlafs zwischen Geschwistern erst zu einem Zeitpunkt praktisch, da der Einfluss auf das familiäre Zusammenleben aufgrund des entwicklungspsychologischen Ablösungsprozesses der Kinder generell im Abnehmen begriffen oder schon beendet ist. Die „Familie“ wird (durch Bestrafung der „Kinder“) „geschützt“, obwohl es sie womöglich in der Form der Haus- und Lebensgemeinschaft gar nicht mehr gibt und auch ansonsten schädliche Auswirkungen auf sie nicht mehr zu erwarten sind. Auf der anderen Seite führt der Strafausschließungsgrund für nicht volljährige Geschwister dazu, dass der strafrechtliche Schutz der Familie im traditionellen Sinn unvollständig bleibt, weil er erst zu greifen beginnt, wenn eines der Geschwister volljährig ist. Eine solche Normstruktur hat, bei aller Entscheidungsfreiheit des Gesetzgebers, mit dem Schutz der Familie nicht viel zu tun.

Dass die Strafbarkeit des Beischlafs von leiblichen Geschwistern zum Schutz vor familienschädlichen Wirkungen geeignet sei, wird auch durch die lückenhafte Fassung des § 173 Abs. 2 Satz 2 StGB in Frage gestellt. Dass - wie die Senatsmehrheit annimmt - der Beischlaf zwischen Stief-, Adoptiv- oder Pflegegeschwistern in geringerem Maße dem traditionellen Bild der Familie widerspreche, ändert nichts daran, dass sein vermutlich negativer Einfluss auf die Familie nicht anders und nicht geringer wirkt als der Einfluss des unter Strafe gestellten Verhaltens. Im Übrigen gibt es auch keine verifizierbaren Anhaltspunkte dafür, dass zwischen leiblichen Geschwistern in höherem Maße als zwischen nichtleiblichen Abhängigkeiten bestünden.

Der Straftatbestand des § 173 Abs. 2 Satz 2 StGB ist mit seiner Beschränkung der Strafbarkeit auf Beischlafshandlungen zwischen Geschwistern verschiedenen Geschlechts nicht in der Lage, den Schutz einer Familie vor schädlichen Einwirkungen durch sexuelle Handlungen zu gewährleisten. Er greift zu kurz, weil er gleich schädliche Verhaltensweisen nicht erfasst und zudem nichtleibliche Geschwister als mögliche Täter nicht einbezieht. Er geht zu weit, weil er Verhaltensweisen erfasst, die sich auf die Familiengemeinschaft nicht (mehr) schädlich auswirken können; das macht gerade der dem Verfahren zugrunde liegende Fall deutlich. Er verfehlt damit auch in Anbetracht des gesetzgeberischen Frei-raums bei der Ausgestaltung des einfachen Rechts jeglichen möglichen Gesetzeszweck schon von vornherein.

2. Soweit man die Vorschrift im Übrigen als geeignet ansehen wollte, der Möglichkeit der Zeugung von behinderten Kindern durch leibliche Geschwister entgegenzuwirken, verfolgt sie in dieser Wirkrichtung - wie oben dargelegt - keinen verfassungsrechtlich legitimen Zweck. Aber auch die luzide Konstruktion des Tatbestands, der Tathandlungen Zeugungsunfähiger nicht straflos stellt, widerlegt eine Eignung zum Ausschluss von behinderter Nachkommenschaft schlagend; die Norm erhebt eine Strafdrohung auch dort, wo der ihr zugeschriebene Zweck aus anderen Gründen schon sicher erreicht ist.

3. Dass § 173 Abs. 2 Satz 2 StGB nicht dem besonderen Schutz der sexuellen Selbstbestimmung gerade von Frauen oder von Kindern und Jugendlichen zu dienen geig-

net ist, ergibt sich mit Blick auf die unter Strafe gestellte einzige Tathandlung ohne weiteres von selbst. Die Tathandlung weist einen Bezug auf ein solches Schutzobjekt nicht auf.

Dasselbe gilt für das Rechtsgut der sexuellen Selbstbestimmung im Allgemeinen. Der Beischlaf zwischen leiblichen Geschwistern mag reflexartig auch den einen oder anderen Fall erfassen, in dem die sexuelle Selbstbestimmung eines Beteiligten berührt ist. Die Tatbestandsfassung zielt darauf aber nicht ab, sie hat dieses Rechtsgut nicht im Programm, und der Inzest tritt in den entsprechenden Konstellationen auch hinter die Straftat gegen die sexuelle Selbstbestimmung selbstverständlich zurück. Der Unterschied des § 173 Abs. 2 Satz 2 StGB zu denjenigen Normen im Strafgesetzbuch, die den Schutz der sexuellen Selbstbestimmung verfolgen, ist mit einem Blick sichtbar: Die Normen stehen in unterschiedlichen und klar benannten Abschnitten im Strafgesetzbuch, und die Strafdrohungen zum Schutz der sexuellen Selbstbestimmung (§§ 174 ff. StGB) stellen, ganz anders als § 173 StGB, ihr Schutzziel und die Voraussetzungen der Strafbarkeit merkmalsreich, subtil und komplex in einen schutztechnischen Zusammenhang.

III.

Die Annahme der Senatsmehrheit, § 173 Abs. 2 Satz 2 StGB sei erforderlich, um die ihm zugeschriebenen Zwecke zu erreichen, lässt sich nicht halten. Die Strafbarkeit des Geschwisterinzepts begegnet verfassungsrechtlichen Bedenken aus dem Grundsatz der Verhältnismäßigkeit im Hinblick auf die Verfügbarkeit anderer hoheitlicher Maßnahmen, die den Schutz der Familie in gleicher Weise oder sogar besser gewährleisten können.

Das Gutachten des Max-Planck-Instituts hat nicht nur auf eine Reihe von jugendwohlfahrtspflegerischen Maßnahmen, sondern auch auf familien- und vormundschaftsgerichtliche Lösungsmöglichkeiten hingewiesen, die sowohl für Eltern mit inzestuös verbundenen Kindern als auch für solche Kinder selbst in Betracht kommen (vgl. dort A.I.6.). Diese Mittel stehen zu einem Zeitpunkt zur Verfügung, da die Strafnorm, die sich auf minderjährige Kinder ja nicht erstreckt, noch nicht eingreifen darf. Das Spektrum der aufgezeigten Möglichkeiten, das jederzeit eine sozialpädagogische Krisenintervention erlaubt und auch zur Einleitung therapeutischer Maßnahmen führen kann (Gutachten des Max-Planck-Instituts unter B.I.8.), sorgt damit durch Verhinderung, Beseitigung und Minderung unerwünschter Übergriffe mit ihren Folgen in einem zeitlich früheren Stadium gegenüber § 173 Abs. 2 Satz 2 StGB für mehr und effektiveren Kinder- und Familienschutz.

Dies gilt ungeachtet einer von der Senatsmehrheit postulierten allgemeinen generalpräventiven und normstabilisierenden Wirkung der Vorschrift, die mit ihrer Abschaffung entfallen könnte. Auch hier wirkt sich aus, dass eine Strafbarkeit ohnehin erst ab dem 19. Lebensjahr einsetzt und eine generalpräventive Wirkung deshalb allenfalls begrenzt bestehen kann. Hinzukommt, dass angesichts des Heranwachsens von Geschwistern und ihrer Ablösung aus dem Elternhaus fraglich ist, ob für den Schutz

der Familie eine Strafnorm von Nöten ist, bei der es in erster Linie auf eine „appellative Wirkung“ ankommen soll. Gerade wenn man, mit der Senatsmehrheit, annimmt, dass das Inzestverbot auf einer kulturhistorisch begründeten gesellschaftlichen Überzeugung ruht, wird man nicht befürchten müssen, dass mit dem Wegfall der Strafvorschrift in der Wahrnehmung der Bevölkerung eine normative „Freigabe“ des Geschwisterinzepts verbunden wäre.

Schließlich führt auch der Hinweis der Senatsmehrheit auf mögliche positive Wirkungen eines Strafverfahrens für Opfer nicht zu einer anderen Beurteilung; er führt vielmehr in die Irre.

Zum einen ist die Rollenverteilung von Täter und Opfer beim Geschwisterinzest, der nach § 173 Abs. 2 Satz 2 StGB allein mit dem Beischlaf leiblicher Geschwister strafrechtlich vollendet ist und keine weiteren Voraussetzungen der Strafbarkeit hat, ein gefährlicher Weg in eine vorschnelle und unbegründete Zuschreibung von Verantwortlichkeit an einen der Beteiligten. Diese Rollenverteilung mag in Einzelfällen wirklich begründet sein; typisch ist sie nicht, der Geschwisterinzest ist kein Täter-Opfer-Delikt wie etwa die Vergewaltigung. Diese untypische Rollenverteilung wird überdies regelmäßig von anderen Straftatbeständen aufgefangen, etwa aus dem Katalog der Straftaten gegen die sexuelle Selbstbestimmung.

Zum anderen redet man leichthin von der Pflicht, eine „sekundäre Viktimisierung“, die mit dem Einsatz des Strafrechts verbunden ist und ihrerseits die Rechtsgutsverletzung noch vertieft, zu verhindern. Diese Pflicht wird sich in den intimen und verletzlichen Konstellationen, mit denen § 173 Abs. 2 Satz 2 StGB zu tun hat, kaum jemals wirklich erfüllen lassen. In diese Konstellationen brechen strafrechtliche Ermittlungen und Verurteilungen typischerweise massiv ein; sie richten bei den betroffenen Personen Schäden an, die dann eine intensive therapeutische Begleitung erforderlich machen (vgl. das Gutachten des Max-Planck-Instituts unter B.I.9.). Dass gerade die Verwendung strafrechtlicher Instrumente die Verletzten zusätzlich bedroht, stellt die Erforderlichkeit strafrechtlicher Intervention beim Geschwisterinzest unter einen strengen Maßstab.

IV.

Schließlich kollidiert die Strafvorschrift des § 173 Abs. 2 Satz 2 StGB mit dem verfassungsrechtlichen Übermaßverbot. Es fehlt der Norm an gesetzlichen Beschränkungen der Strafbarkeit für ein Verhalten, das keinem der möglichen Schutzzwecke gefährlich werden kann; sie ist als abstraktes Gefährungsdelikt ausgestaltet und reicht zu weit.

1. Für den Strafzweck „Schutz der Familie“ fällt ins Gewicht, dass der strafrechtliche Schutz erst zu einem Zeitpunkt einsetzt, in dem im Hinblick auf die Volljährigkeit des Täters Anhaltspunkte dafür bestehen, dass es einen konkreten Familienverband im Sinne einer Haus- und Erziehungsgemeinschaft nicht mehr gibt. Jedenfalls ein strafrechtlicher Schutz der Familie ist umso weniger

erforderlich, je weniger es Familie gibt, die einer Schädigung oder Gefährdung ausgesetzt sein könnte. Eine Strafnorm, die sich auf diesen Strafzweck stützt und sich aus ihm rechtfertigt, muss diesen Besonderheiten der Familienentwicklung Rechnung tragen. Der Strafzweck „Vermeidung genetisch bedingter Schäden“ ist in all denjenigen Fällen auch ohne strafrechtliche Intervention schon gesichert, in denen wegen Zeugungsunfähigkeit oder verlässlicher Empfängnisverhütung eine Fortpflanzung ausgeschlossen ist. Schließlich wäre strafbefreiende Vorsorge zu treffen für Konstellationen, in denen ein Eingriff in das Recht auf sexuelle Selbstbestimmung ausgeschlossen werden kann, etwa dann, wenn zwischen den Geschwistern eine auf Dauer angelegte Beziehung besteht und deshalb auch dem Recht auf freie Entfaltung der Persönlichkeit besonderes Gewicht zukommt, womöglich nach Zeugung eines Kindes sogar eine neue Familie entstanden ist, die sich ihrerseits auf den Schutz von Art. 6 Abs. 1 GG berufen kann.

2. Vorkehrungen, um diesen Fällen, die unter jeglichem möglichen Schutzzweck klar außerhalb einer Strafwürdigkeit liegen, gerecht zu werden, hat der Gesetzgeber nicht getroffen. Er war der Ansicht, dass die Strafjustiz diesen Besonderheiten durch mildernde Strafzumessung und auf prozessuale Wege begegnen könne (vgl. Deutscher Bundestag, Protokolle der Beratungen des Sonderausschusses für die Strafrechtsreform, Bd. 1, 34. Sitzung, S. 1251 f.). Diese Schutztechnik führt am Ende zu übermäßiger Strafdrohung und ungerechter Bestrafung.

Gewiss können eine Verfahrenseinstellung nach Opportunität, ein Absehen von Strafe oder die Berücksichtigung besonderer Umstände im Rahmen der Strafzumessung im Einzelfall helfen, ein tat- und schuldangemessenes Ergebnis zu erzielen. Es ist auch – worauf die Senatsmehrheit abstellt – richtig, dass dem Übermaßverbot nach der Rechtsprechung des Bundesverfassungsgerichts genügt sein kann, wenn den Strafverfolgungsbehörden die Möglichkeit eröffnet ist, einem im Einzelfall geringeren Unrechts- und Schuldgehalt auf verfahrensrechtlichem Wege gerecht zu werden (vgl. BVerfGE 90, 145, 189 ff.).

Dieser Grundsatz aber reicht nicht bis in Konstellationen von Strafnormen, die von vornherein und in weitem Umfang auch Verhaltensweisen erfassen, die ohne jeden Zweifel nicht strafwürdig sind. Hier wird eine Korrektur von der Strafjustiz erwartet, die – über den jeweiligen Einzelfall hinaus – für bestimmte Falltypen tatbestandskorrigierend und strafbarkeitseinschränkend wirken soll. Eine solche Korrektur ist nicht Sache der Justiz, sondern Sache des Gesetzgebers.

Es in diesem Fall der Anschauung der Gerichte zu über-

lassen, ob die Fälle fehlender Strafwürdigkeit jeweils erkannt und im Sinne der Anschauung des Gesetzgebers beurteilt werden, hieße, entgegen der in Art. 103 Abs. 2 GG zum Ausdruck kommenden Kompetenzverteilung, der insoweit unzuständigen Judikative die Entscheidung über das Ob der Strafbarkeit zu überlassen. In solchen Fällen ist der Gesetzgeber aufgerufen, das materielle Recht klar zu konturieren, nicht für strafwürdig erachtetes Verhalten aus dem Anwendungsbereich von vornherein auszuschneiden und sich nicht allein auf Gestaltungsmöglichkeiten des Prozessrechts zu verlassen. Dieser Weg war dem Gesetzgeber beim Geschwisterinzeß nicht verschlossen; er ist ihn nur nicht gegangen.

Schon im Gesetzgebungsverfahren wurde der Fall zweier Halbgeschwister erörtert, die sich erst als Erwachsene kennen lernen und eine sexuelle Beziehung eingehen. Dieser Fall, bei dem – ähnlich der dem Verfahren zugrundeliegenden Konstellation – eine Inzestscheu nicht ausgeprägt ist und im Hinblick auf das Lebensalter und das Fehlen einer Familiengemeinschaft Gefährdungen für die ursprüngliche Familie ausgeschlossen sind, sollte nach damaliger Ansicht der Bundesregierung nicht mit einer Verurteilung, sondern mit einer Einstellung nach § 153 StPO beantwortet werden. Soweit der Gesetzgeber dann sehenden Auges in Kauf genommen hat, dass im Rahmen einer Strafvorschrift typische, nicht strafwürdige Konstellationen als strafbar erfasst werden, und die gerechte Entlastung dieser Konstellationen – über den jeweiligen Einzelfall hinaus – von der Strafjustiz erhofft, verstößt er gegen das Übermaßverbot. Dieses Verbot hätte ihn veranlassen müssen, eine differenzierende materielle Regelung zu schaffen, die typisierend nicht strafwürdige Fälle schon im Tatbestand ausscheidet. Stattdessen erfasst § 173 Abs. 2 Satz 2 StGB in – auch für eine Strafrechtsnorm seltener – Eindeutigkeit jeglichen Beischlaf leiblicher Geschwister, und die Strafjustiz erfüllt ihren Auftrag durch die konsequente Anwendung dieses klaren Normprogramms.

Endlich sollte man die Übereinstimmung eines Straftatbestands mit dem Übermaßverbot nicht damit rechtfertigen, dass sie „nur einen schmalen Bereich der persönlichen Lebensführung“ berühre und nur Wenige „überhaupt von dem Verbot in einer einschränkend spürbaren Weise betroffen“ seien. Solche Argumente können im Strafrecht, das seit jeher in besonderer Weise auf die Person hin orientiert ist, zynisch wirken: Wer vom Inzestverbot betroffen ist, wird in einem zentralen Bereich seiner Lebensführung berührt sein, und diese Berührung kann ihn tief und langfristig treffen.

[Zur Mehrheitsauffassung des Gerichts vgl. BVerfG HRRS 2008 Nr. 260]

Schrifttum

Christoph E. Hauschka (Hrsg.), Corporate Compliance – Handbuch der Haftungsvermeidung im Unternehmen, 820 Seiten, ISBN978-3-406-54708-9, 139 €, C.H. Beck, München 2007.

Das von *Hauschka* herausgegebene Buch „Corporate Compliance“ behandelt die rechtlichen Verhaltensanforderungen an Unternehmen und ihre Leitungspersonen¹. Der Begriff „Compliance“ stammt ursprünglich aus dem Bereich der Medizin und verweist dort auf die Bedeutung eines angemessenen Patientenverhaltens für den Erfolg einer medizinisch indizierten Therapie². Später wurde der Begriff erst in der anglo-amerikanischen Bankenwelt und dann allgemein im Wirtschaftsleben für die Einhaltung von Verhaltensregeln, Gesetzen und Richtlinien verwendet³.

Bereits der Titel des Werks „Corporate Compliance“ lässt damit erahnen, dass selbst rund achthundert Druckseiten nur einen ersten Einblick in die vielfältige Thematik geben können. Entsprechend dankbar ist der Leser für die – je nach Autor – mehr oder weniger umfassenden Literaturnachweise zu Beginn der jeweiligen Einzeldarstellungen, mit deren Hilfe einzelnen Spezialfragen durchaus vertieft nachgegangen werden kann.

Das Werk führt in drei Abschnitten vom Allgemeinen ins Besondere: Es beginnt mit allgemeinen und rechtsvergleichenden Darstellungen der Corporate Compliance⁴, stärker theoretischen Erläuterungen zum Informationsmanagement⁵ sowie zu den Aufgaben der Unternehmensleitung⁶ und allgemeinen Ausführungen zur Compliance-Organisation⁷. Im Anschluss daran werden das Verhältnis der Compliance-Organisation zur Rechts-

abteilung und zur Internen Revision⁸, das Verhältnis von Compliance und betriebswirtschaftlichem Controlling⁹, die Bedeutung von Compliance in den grundsätzlichen Unternehmensbereichen wie Einkauf, Produktion oder Vertrieb¹⁰ erörtert und abschließend verschiedene Compliance-Beispiele aus einzelnen Industriezweigen¹¹ vorgestellt. Die Abschnittsüberschriften „Allgemeine Unternehmensorganisation“, „Bereichs- und aufgabenspezifische Unternehmensorganisation“ sowie „Branchenspezifische Unternehmensorganisation“ bringen den Inhalt der einzelnen Abschnitte freilich nur ansatzweise zum Ausdruck und erschließen sich dem Leser nicht intuitiv, sondern erst im Lauf der Lektüre des Buches. Das ist misslich, weil die Verfasser dem Leser offensichtlich nicht zwingend die vollständige Lektüre des Buches abverlangen wollen. Nahezu alle achtunddreißig Paragraphen sind dafür aus sich heraus verständlich, wofür die Autoren freilich auch etliche Redundanzen in Kauf nehmen¹².

Dem Leser, nach Verlagsvorstellung vor allem „Vorstände, Geschäftsführer, Unternehmensjuristen und Rechtsanwälte, die sich mit Corporate Compliance beschäftigen“, wird eindrucksvoll vor Augen geführt, dass die zweckmäßige Einrichtung und Gestaltung einer Compliance Organisation in einem Unternehmen von einer

⁸ § 14 Rechtsabteilung (*Hauschka*); § 16 Revision (*Obermayr*).

⁹ § 5 Unternehmensrisiken und Risikomanagement (*Pampel/Glase*); § 15 Zentrale Unternehmenssteuerung und Controlling (*Pampel/Krolak*).

¹⁰ § 17 Compliance-Organisation in den Bereichen Marketing und Sales (*Lothert*); § 18 Compliance in der Einkaufsorganisation (*Herb*); § 24 Korruptionsbekämpfung (*Greeve*); § 19 Personalorganisation und Arbeitsrecht (*Pelz/Steffek*); § 20 Forschung und Entwicklung (*Kesper*); § 21 Qualität und Produktentwicklung (*Veltins*); § 22 Entwicklung, Konstruktion, Fabrikation und Qualitätskontrollsysteme (*Veltins*); § 23 Konstruktion, Produktbeobachtung, Produktrückruf (*Veltins*); § 25 Compliance-Managementsysteme für Unternehmensrisiken im Bereich des Wirtschaftsstrafrechts; § 26 Besonderheiten des M&A-Geschäfts (*Klöpper*); § 27 Datenschutz (*Neundorf*); § 28 Umweltschutz (*Meyer*); § 29 Unternehmenskrise und Insolvenz (*Pelz*); § 30 Presse- und Öffentlichkeitsarbeit (*Jahn*).

¹¹ § 31 Compliance-Organisation in der Banken- und Wertpapierdienstleistungsbranche (*Gebauer*); § 32 Compliance-Organisation in der Versicherungswirtschaft (*Preusche*); § 33 Compliance in der pharmazeutischen Industrie (*Leipold*); § 34 Compliance in der chemischen Industrie (*Drohmann*); § 35 Kreislauf- und Abfallwirtschaft (*Oexle*); § 36 Illegale Beschäftigung am Bau (*Greeve*); § 37 e-Business und Internet (*Weber/Dittrich*); § 38 Haftungsvermeidung im Transportgewerbe (*Wojtek/Ettrich*).

¹² Als zusammengehöriger Block sind vor allem §§ 3, 4 zur Business Judgment Rule und Geschäftschancenlehre von *Sieg/Zeidler* sowie §§ 21-23 zur produktbezogenen Compliance von *Veltins* konzipiert.

¹ *Hauschka*, § 1 Einführung, Rn. 2.

² Siehe stellvertretend *Weber/Gundert-Remy/Schrey*, Patienten-Compliance, 1. Aufl., Baden-Baden, 1977.

³ Zur frühen Verwendung des Begriffs Compliance im Bankwesen *Eisele*, in: *Schimansky/Bunte/Lwowski*, Bankrechts-Handbuch, München, 3. Aufl., 2007, § 109 Rn. 5.

⁴ § 1 Einführung (*Hauschka*).

⁵ § 2 Wissenszurechnung und Informationsmanagement (*Buck-Heeb*).

⁶ § 3 Business Judgment Rule (*Sieg/Zeidler*); § 4 Geschäftschancenlehre und Interessenkonflikt (*Sieg/Zeidler*); § 6 Strafrechtliche und Zivilrechtliche Aufsichtspflicht (*Pelz/Steffek*); § 7 Delegation und Organpflichten (*Schmidt-Husson*); § 10 Unternehmensführung und Gesellschaftsrecht (*Epe/Lise*); § 11 Börsennotierte Aktiengesellschaften und Anlegerschutz (*Klöpper*).

⁷ § 8 Unternehmensinterne Selbstkontrolle durch Compliance-Beauftragte (*Bürkle*); § 9 Compliance-Organisation (*Lampert*); (*Stephan/Seidel*); § 12 Versicherungslösungen (*Pant*); § 13 Compliance – EDV-Lösungen in der Praxis (*Schlagheke*).

Vielzahl von Faktoren abhängig ist: Eine gesetzliche Pflicht ergibt sich vor allem für Aktiengesellschaften aus § 91 AktG; für Banken, Finanzdienstleister und einzelne Branchen folgt eine sektorale Pflicht zur Einrichtung einer solchen Organisation aus verschiedenen Einzelgesetzen¹³ oder sie ist Element einer allgemeinen Standards entsprechenden Betriebsorganisation¹⁴. Wo eine solche Pflicht nicht besteht, kann die Einrichtung einer Compliance-Organisation aus betrieblichen Gründen sinnvoll sein, um möglicherweise existenzgefährdende Haftungsrisiken zu minimieren und dadurch auch den Unternehmenswert zu steigern¹⁵ oder um bei sich schnell ändernden gesetzlichen Rahmenbedingungen Geschäftschancen früh zu erkennen¹⁶. Der Manager und Unternehmensjurist findet verstreut über die einzelnen Paragraphen eine Vielzahl von Anregungen, in welchem Umfang eine Compliance-Organisation sinnvoll sein kann, wie er eine solche Organisation aufbaut und wie er diese in die bestehende Unternehmensorganisation integriert und Synergieeffekte generiert¹⁷. Der Strafrechtler erkennt, was von den in einem Unternehmen tätigen Personen positiv rechtlich erwartet wird und wo der Bereich strafrechtlich relevanten Verhaltens beginnt.

Jenseits dieses rein praktischen Ertrags spiegelt das Buch aber auch den Stand der aktuellen Diskussion der Corporate Compliance in Deutschland wider: Das Thema ist bislang weder von der Rechtswissenschaft noch von der Betriebswirtschaftslehre hinreichend theoretisch durchdrungen¹⁸. Versuche, für das betriebliche Controlling entwickelte Ansätze auf Fragen der Corporate Compliance zu übertragen, helfen nur für den Moment¹⁹. Im Grunde sind sie ebenso schief wie juristische Ansätze, die das Unternehmen als solches – und nicht den konkreten Mitarbeiter – zum Adressaten einer rechtlichen Steuerung machen²⁰. Forschungen der modernen Organisationspsychologie bleiben bis dato noch generell unberücksichtigt. Gerade hier kann man aber Erkenntnisse dar-

über finden, in welchem Ausmaß etwa eine betriebliche Organisation ein psychologisches Faktum darstellt, auf das der Einzelne reagiert, auf welche psychologischen Grenzen eine formale Organisation stößt und inwieweit eine formale Organisation notwendiger Weise durch eine informale Organisation ergänzt werden muss²¹. Auch wenn es im Grunde selbstverständlich ist, dass Rechtsnormen auch beim Handeln in Unternehmen beachtet werden müssen²², so sind auf juristischer Ebene bislang noch keine (straf)rechtlichen Grundsätze ausgearbeitet, in welchem Maß Bemühungen um rechtskonformes Verhalten der Mitarbeiter in Form von Compliance Programmen konkret und konsequent zugunsten eines entsprechend organisierten Unternehmens berücksichtigt werden müssen. Die Konzentration der Diskussion auf die persönliche Haftung des unmittelbaren Führungskerns eines Unternehmens führt überdies zu Defiziten an konkreten Handlungsanweisungen für Manager jenseits des unmittelbaren Unternehmenskerns.

Den Mangel an einer notwendig fächerübergreifenden Grundlagendiskussion kann dieses Buch nicht beseitigen und die notwendigen Erkenntnisse werden auch nicht etwa – zum Beispiel durch die konsequente Übernahme australischer Erkenntnisse²³ – aus dem Ausland importiert. Gemessen an dem Anspruch der Autoren, einen breiten Überblick über die Pflichten für eine ordnungsgemäße Unternehmensführung geben zu wollen,²⁴ kann dies freilich keine durchgreifende Kritik sein.

Insgesamt ist den Verfassern nahezu durchweg sowohl eine wohlthuende Sachlichkeit als auch eine kritische Distanz zum Thema zu bescheinigen: Die Ausführungen von *Epe/Liese* zu den gesellschaftsrechtlichen Pflichten der Unternehmensführung sind vorbildlich. Die Gelatine-Urteile sowie die Entscheidungen in den Fällen *Holz Müller* oder *ARAG/Garmenbeck* wird danach auch der juristisch nicht voll ausgebildete Manager einzuordnen wissen. Die Ausführungen zur Geschäftschancenlehre von *Sieg/Zeidler* werden hoffentlich auch in der strafrechtlichen Diskussion zum Untreuetatbestand stärker aufgegriffen²⁵. Die rechtsvergleichenden Ansätze von *Hauschka* und die fächerübergreifende Problemdiskussion bei *Pampel/Krolak/Glage* könnten zukünftig in wissenschaftlichen Arbeiten weiter vertieft werden. Noch mehr konkrete Checklisten für Manager, Ausführungen zum Kartellrecht im Rahmen der allgemeinen Pflichten²⁶, eine Berücksichtigung des Gesundheitswesens oder der Lebensmittelin-

¹³ Zum Beispiel §§ 25a KWG einschließlich der Rundschreiben und Erläuterungen zu den bankrechtlichen Normen seitens der BaFin, § 33 WpHG, §§ 5 ff. BImSchG

¹⁴ Etwa EMAS, ISO 14001.

¹⁵ So weisen etwa *Pampel/Klage*, § 5 Unternehmensrisiken und Risikomanagement, Rn. 30 auf den Einfluss eines erfolgreichen Risikomanagements auf den Unternehmenswert durch die Senkung der notwendigen risikoadjustierten Kapitalverzinsung hin. Der Leser vermisst an dieser Stelle freilich Hinweise auf die Diskussion einer über die Corporate Compliance hinausgehende Corporate Integrity.

¹⁶ Dazu mit Beispielen aus dem Abfallrecht *Oexle*, § 35 Kreislauf- und Abfallwirtschaft, Rn. 54.

¹⁷ Hilfreich sind insoweit vor allem die §§ 9, 15, 18, 27 sowie die branchenspezifischen Hinweise in §§ 31-38.

¹⁸ Eine Ausnahme sind die Ausführungen in § 2 Wissenszurechnung und Informationsmanagement von *Buck-Heeb*, denen freilich die compliance-typischen Aspekte etwas abgehen.

¹⁹ So insbesondere in § 5 Unternehmensrisiken und Risikomanagement (*Pampel/Klage*) und § 15 Zentrale Unternehmenssteuerung durch Controlling (*Pampel/Krolak*).

²⁰ Es erscheint auch zweifelhaft, Compliance als „Emanzipation von individueller Rechtstreue hin zu einer organisierten, dokumentierten und sanktionierten Architektur der Rechteinhaltung“ (so aber *Klindt NJW 2007, 2460 [2460]*) verstehen zu wollen. Die Ansprüche der Verfasser des Werkes selbst sind in dieser Hinsicht bescheidener (vgl. etwa *Lampert*, § 9 Compliance-Organisation, Rn. 3).

²¹ Weiterführend ist insoweit etwa das Standardwerk von *Gebert/Rosenstiel*, Organisationspsychologie, 5. Aufl., Stuttgart, 2002.

²² Siehe dazu auch *Hauschka*, § 1 Einführung, Rn. 2.

²³ Im internationalen Vergleich sieht *Hauschka*, § 1 Einführung, Rn. 21 ff. insbesondere das australische Recht mit dem Australian Standard on Compliance Programs (AS 3806-1998), der Regeln zur Corporate Compliance eng mit solchen zur Unternehmenskultur verknüpft, als führend an.

²⁴ So die zum Buch gehörige Programminformation des Verlags C.H. Beck

²⁵ Im strafrechtlichen Schrifttum hat hier bislang vor allem *Rose wistra 2005, 281 (286)* darauf hingewiesen, dass das unternehmerische Handeln von Geschäftsführern in einem mehrseitig begrenzten „Risikokorridor“ verläuft.

²⁶ Ebenso das Monitum in der Besprechung von *Klindt NJW 2007, 2460 (2460)*.

dustrie bei der Besprechung der branchenspezifischen Compliance, noch präzisere Querverweise innerhalb des Buches und eine Überprüfung der genauen Reihung der einzelnen Ausführungen²⁷ sind Wünsche, die man an eine Folgeauflage stellen könnte.

Wiss. Ass. Dr. **Marco Mansdörfer**, Univ. Freiburg

Carsten Momsen. Die Zumutbarkeit als Begrenzung strafrechtlicher Pflichten (Neue Schriften zum Strafrecht, Bd. 1), Nomos Verlag, 565 S., geb., 109,00 EUR, Baden-Baden 2006.

Der Zumutbarkeitsbegriff, so stellte Wilhelm Weber vor fast einem halben Jahrhundert fest, sei einer jener Begriffe, die ohne feste Vorstellung nach Gutdünken verwendet würden. Daß „einem als solchen inhalts-, zumindest aber wertungsfreien Regulativ“ die „Tendenz der Instrumentalisierung des Rechts zu beliebigen Zwecken“ innewohne, räumt auch Carsten Momsen in seiner voluminösen Göttinger Habilitationsschrift ein (28). Dennoch hält er das Unzumutbarkeitskriterium für strafrechtstheoretisch unverzichtbar. Als strafrechtliches „Metaprinzip“ (502) stelle es sicher, „daß es in Notstandssituationen nicht zu einem bereits unbefolgbar Normbefehl kommt, welcher wie ein Bumerang auf die Norm zurückfällt und diese letztendlich selbst in Frage stellt“ (78).

Zur Begründung und Erläuterung dieser Deutung greift Momsen auf eine stark individualistisch geprägte Theorie von Aufgabe und Legitimationsbedingungen des Strafrechts zurück. Nach seinem Verständnis ist Strafrecht „nur dann und soweit legitim, wie es prinzipiell die Freiheit des einzelnen, die individuellen Rechts- und Interessensphären zu schützen geeignet ist“ (168). Zur konstruktiven Umsetzung dieses Gedankens greift Momsen auf eine Begründungsfigur zurück, die die politische Philosophie der Neuzeit geprägt hat wie keine zweite: „Das Prinzip, die Staatsgewalt über ihre Bestimmung und Eignung zur Sicherung individueller Freiheitssphären zu legitimieren, wird am nachdrücklichsten durch den staatsrechtlichen Entwurf des Gesellschaftsvertrags umgesetzt“ (168). Mit dem Bekenntnis zum Gesellschaftsvertragsmodell allein ist es allerdings nicht getan. Gesellschaftsvertraglich begründete Theorien können höchst unterschiedlich ausfallen: Hobbes, Locke und Rousseau bzw. – aus der neueren Literatur – Rawls und Buchanan sind allesamt Vertragsdenker. Für die inhaltliche Ausgestaltung einer Vertragstheorie kommt es deshalb namentlich darauf an, mit welchen Informationen und mit welcher motivationalen Struktur deren Schöpfer die Vertragsschließenden ausstattet. Momsen entscheidet sich für eine radikal instrumentalistische Modellierung seiner Protagonisten. Für sie zählt ihr individueller Nutzen, nichts weiter. Frei von irgendwelchen sittlichen Erwägungen sind sie „in einem ganz pragmatischen Sinne auf den eigenen Vorteil gerichtet“ (483).

Die Selbstverständlichkeit, mit der Momsen diese für den Fortgang seiner Argumentation entscheidende Weichenstellung vollzieht, verblüfft. Kann einem Autor, der sich Wolfgang Kersting zu einem seiner Hauptgewährsleute erkoren hat, die Kritik Kerstings am Klugheitsdenken entgangen sein? Wie Kersting zeigt, haben Nützlichkeitsargumente zwar eine legitime Rolle als Motivationsverstärker. Hingegen versagen sie vor der Aufgabe der Begründung moralischer oder rechtlicher Verbindlichkeit; diese kann ohne semantische Gewaltakte nicht auf die Selektionswirkung von Interessenvergleich und aufklärten Präferenzen reduziert werden. Wenn Momsen seinen instrumentalistischen Begriff von Vernünftigkeit gar noch „im Sinne des Kant’schen kategorischen Imperativs“ verstanden wissen will (483), trübt sich das Bild vollends ein, beruht Kants praktische Philosophie doch auf einer an Deutlichkeit nicht zu überbietenden Absage an jegliche Glückseligkeits- und Nützlichkeitslehren.

Mit Momsens Bekenntnis zur Perspektive eines ausschließlich an seinem eigenen Nutzen interessierten Individuums ist der weitere Gedankengang der Arbeit vorgezeichnet. Das Strafrecht muß danach so ausgestaltet sein, daß ein Bürger „jederzeit seine im Urzustand gedachte Freiheit aufgeben würde, um zu größerem eigenen Nutzen Sicherheit zu erlangen“. Der Nutzen in Gestalt eines Zugewinns an Daseinssicherheit muß mit anderen Worten die Freiheitseinbußen durch die strafrechtlichen Rechtspflichten überwiegen. Wie Momsen zeigt, beinhaltet dieses Modell potentiell gegenläufige Konsequenzen. Einerseits erkennt es die Erhaltung und fortbestehende Unversehrtheit der Rechts- und Interessensphären der einzelnen Bürger als den primären Staatszweck an. Diese Haltung findet ihren Ausdruck in der sozialen und rechtlichen Fundamentalnorm des *neminem laedere*: Fremde Rechtskreise sind zu respektieren (287). Andererseits ist nach Maßgabe des Nützlichkeitsparadigmas die Übernahme einer Verpflichtung zur Selbstaufgabe evident unvernünftig. Deshalb muß dem Täter Momsen zufolge „im Wege des Vertragstheorems unterstellt werden, daß er keine selbstzerstörerische Regelung treffen wollte“ (384). Die Voraussetzung für die Unterschrift unter den Gesellschaftsvertrag sei, bildlich gesprochen, „die garantierte Befugnis zur Aufrechterhaltung der eigenen individuellen Existenz“ (78).

Der Konflikt zwischen diesen beiden Ausprägungen des Modells instrumenteller Rationalität bricht auf, „wenn gerade die Vertragspflicht des Bürgers, eine Primärpflicht zu befolgen (die wiederum Ausdruck der staatlichen Schutzpflicht gegenüber einem anderen Bürger ist), zur Verletzung des eigenen essentiellen Vertragsinteresses führt“ (188), wenn also die Pflichterfüllung den eigenen Untergang des Pflichtigen nach sich zieht. Greift der Pflichtige zur Abwendung dieses Loses in ein existentielles Interesse seines Kontrahenten ein, so begeht er, wie Momsen ausdrücklich hervorhebt, diesem gegenüber Unrecht und darf per Notwehr abgewehrt werden (196). Im Verhältnis des Täters zur Allgemeinheit hingegen fehle die Grundlage dafür, ein entsprechendes Verlangen zwangsweise durchsetzen zu dürfen. Da die Legitimität sämtlicher staatlicher Zwangsakte und damit auch der Strafe unter der Bedingung stehe, daß sie den Täter nicht zur Aufgabe der eigenen Existenz nötigten (186, 536), scheidet eine Bestrafung des Täters aus. Eben dies bringe

²⁷ Siehe etwa die Gruppierung oben in Fn. 4-12.

in strafrechtstheoretischer Hinsicht der Begriff der Unzumutbarkeit zum Ausdruck. Dieser Begriff habe seinen Platz auf der Ebene der Schuld (536) und stehe für die „konkretisierende Selbstkontrolle des Strafrechts im Hinblick auf den inhaltlichen Vertragszweck: Die Gewährleistung der individuellen Selbsterhaltung“ (513). Unzumutbar und daher schuldlos sei ein Verhalten folglich dann, „wenn es die Aufgabe des Selbsterhaltens voraussetzt oder mit dieser Folge zwingend verbunden ist“ (359). Dieser Sachverhalt werde im geltenden Strafrecht umfassend und abschließend in § 35 StGB geregelt (537).

Die Konzeption Momsens ist erheblichen Bedenken ausgesetzt. So ist sie nicht dazu imstande, das Vorverhalten des Notstandstäters angemessen zu erfassen. Nach § 35 Abs. 1 S. 2 HS 1 StGB entfällt die Entschuldigungswirkung des Notstands, wenn der Täter die Gefahr selbst verursacht hat. Wie Momsen (318) ausführt, bringt diese Regelung die Ansicht des Gesetzgebers zum Ausdruck, daß es grundsätzlich zumutbar ist, eine existentielle Selbstgefährdung nicht schuldhaft herbeizuführen. Schuldhaft in diesem Sinne handelt der Täter im Verständnis Momsens, wenn sein Verhalten wegen dessen nicht ausreichend abgeschirmter Nähe zu einer fremden Rechts- und Interessensphäre eine objektive sowie subjektiv intendierte „Drittgefährdungstendenz“ aufweise (324). Diese für sich genommen durchaus diskutabile Deutung ist jedoch unvereinbar mit Momsens Grundthese, „daß der Gesellschaftsvertrag von vornherein keine Verpflichtung zur Selbstaufgabe statuieren kann, wenn er als Vertrag zum Schutz der Individualexistenz wirksam sein soll“ (309). Was ist denn der Ausschluß des entschuldigenden Notstands im Fall selbstverursachter Gefahren anderes als die Statuierung einer strafbewehrten Verpflichtung zur Selbstaufgabe? Momsen versucht, diesem Einwand durch die Beteuerung zu begegnen, seiner Konzeption zufolge bilde die Notstandshandlung „nur den Anlaß, nie aber den Anknüpfungspunkt des strafrechtlichen Vorwurfs“ (362). Diese Behauptung ist aber unhaltbar: Die Tathandlung eines Totschlags verwirkliche ich erst dadurch, daß ich meinen Konkurrenten von der rettenden Planke stoße und nicht schon dadurch, daß ich mein Schiff unzureichend mit Rettungsbooten ausstatte. Wie man es auch dreht und wendet, kein Weg führt daran vorbei, daß die Binnenlogik des Selbsterhal-

tungsdenkens eine Belastung durch früheres Verhalten kategorisch ausschließt. Es kann danach nur auf die aktuelle Bedrohungssituation ankommen, nicht auf deren Vorgeschichte. Die von Momsen konzipierten Selbsterhaltungsapologeten gehen in der Gegenwart auf; von transtemporal wirksamen Verpflichtungen sind sie nicht erreichbar.

Dies führt zu einem zweiten, noch gewichtigeren Kritikpunkt. Momsen selbst führt aus, daß in einer Situation, in der die Erfüllung der Pflicht zur Nichtschädigung anderer Personen existenzvernichtende Folgen hätte, „die Bindungswirkung des Gesellschaftsvertrags“ aufgehoben sei (188). Das ist gut hobbesianisch gedacht: Der Zweck des Gehorsams ist Schutz. „Wenn der Leistung des einzelnen Bürgers keine Gegenleistung des Staates folgt, wird es für den einzelnen sinnlos, an der betreffenden Regelung des Gesellschaftsvertrags festzuhalten. Denn diese bringt ihm nur Nachteile“ (369). Wie kann Momsen dann aber das Verhalten des Notstandstäters noch als Unrecht qualifizieren? Wenn dieser angesichts seiner existentiellen Grenzsituation vom Gesellschaftsvertrag nicht mehr erreicht werden kann, entfällt nicht nur die Basis des Schuldvorwurfs, sondern auch jene des ebenfalls gesellschaftsvertraglich begründeten Unrechtsurteils. Konsequent ist dann allein Fichtes Annahme eines rechtsfreien Raums – eine Lösung, die Momsen allerdings ausdrücklich ablehnt (205).

Momsens Konzeption ist mithin in mehrfacher Hinsicht un schlüssig. Der Grund dieser Mängel besteht darin, daß der Autor nicht dazu bereit ist, das von ihm propagierte gesellschaftsvertraglich-instrumentalistische Begründungsmodell konsequent durchzuführen. Dieses Zögern ist mit Blick auf die ansonsten drohenden Ergebnisse verständlich. Es führt aber dazu, daß Momsens Deduktionen insgesamt beliebig werden. Eine überzeugende Lösung des Zumutbarkeitsproblems bietet Momsens Buch deshalb nicht.

Prof. Dr. **Michael Pawlik** (LL.M Cantab.), Univ. Regensburg

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.

161. BGH 2 StR 290/07 - Beschluss vom 30. Januar 2008

Zurückverweisung an das Amtsgericht (Strafrichter; Schöffengericht).
§ 354 Abs. 3 StPO; § 22 GVG; § 28 GVG

162. BGH 2 StR 308/07 - Beschluss vom 14. November 2007 (LG Koblenz)

Überzeugungsbildung; Beweiswürdigung (zulässiges Verteidigungsverhalten; Lüge; Fluchtversuch); Urteilsberatung; Urteilsverkündung (Frist).
§ 261 StPO; § 268 Abs. 3 Satz 2 StPO

163. BGH 2 StR 4/08 - Beschluss vom 30. Januar 2008 (LG Frankfurt am Main)

Unterbringung in einer Entziehungsanstalt; Anordnung des Vorwegvollzugs eines Teils der Strafe (Ermöglichung der Aussetzung zur Bewährung; Sollvorschrift).
§ 64 StGB; § 67 Abs. 2, Abs. 5 StGB

164. BGH 2 StR 426/07 - Beschluss vom 23. Januar 2008 (LG Aachen)

Unterbringung in einem psychiatrischen Krankenhaus (Zustand); Schuldunfähigkeit (Steuerungsunfähigkeit; unwiderstehlicher Drang).
§ 63 StGB; § 20 StGB

165. BGH 2 StR 458/07 - Beschluss vom 14. November 2007 (LG Marburg)

Rücktritt vom Versuch (Freiwilligkeit); fehlgeschlagener Versuch (Fehl Schlag hinsichtlich außertatbestandlicher Ziele).
§ 24 Abs. 1 StGB

166. BGH 2 StR 485/06 - Beschluss vom 21. Dezember 2007 (LG Aachen)

BGHSt; Einstellung des Verfahrens aufgrund täuschungsbedingten Tatsachenirrtums (Wiederaufnahme durch Beschluss; Zurechnung von vertrauensschutzentziehenden Handlungen Dritter zum Angeklagten); Durchbrechung der Rechtskraft (Vertrauensschutz; faires Verfahren).
Art. 20 Abs. 3 GG; Art. 2 Abs. 1 GG; Art. 6 EMRK; § 206a StPO; § 362 StPO

167. BGH 2 StR 489/07 - Urteil vom 19. Dezember 2007 (LG Frankfurt am Main)

Unerlaubtes Handeltreiben mit Betäubungsmitteln (Beihilfe; Kurier); unerlaubte Einfuhr von Betäubungsmitteln (Vollendungszeitpunkt).
§ 29 BtMG; § 29a BtMG

168. BGH 2 StR 492/07 - Beschluss vom 6. Februar 2008 (LG Erfurt)

Frist zur Absetzung des Urteils (im Einzelfall nicht voraussehbarer unabwendbarer Umstand; Erkrankung des Berichterstatters).
§ 338 Nr. 7 StPO; § 275 Abs. 1 StPO

169. BGH 2 StR 532/07 - Beschluss vom 16. Januar 2008 (LG Aachen)

Bestimmung der Blutalkoholkonzentration zur Tatzeit (Widmark-Formel).
§ 20 StGB; § 21 StGB; § 261 StPO

170. BGH 2 StR 541/07 - Beschluss vom 11. Januar 2008 (LG Gera)

Anordnung der Sicherungsverwahrung (formelle Voraussetzungen; Vorverurteilungen).
§ 66 StGB

171. BGH 2 StR 548/07 - Beschluss vom 21. November 2007 (LG Mainz)

Schuldfähigkeit (erheblich verminderte Einsichtsfähigkeit; Unrechtseinsicht im konkreten Fall; Steuerungsfähigkeit).
§ 20 StGB; § 21 StGB

1. Eine erheblich verminderte Einsichtsfähigkeit ist strafrechtlich erst dann von Bedeutung, wenn sie das Fehlen der Einsicht zur Folge hat. Denn der Täter, der im konkreten Fall trotz erheblich verminderteter Einsichtsfähigkeit Einsicht in das Unrecht seiner Tat gehabt hat, ist - sofern nicht seine Steuerungsfähigkeit erheblich eingeschränkt war - voll schuldfähig.

2. Fehlt dem erheblich vermindert einsichtsfähigen Angeklagten im konkreten Fall die Unrechtseinsicht, so

liegt Schuldunfähigkeit (§ 20 StGB) vor und er kann nicht schuldig gesprochen werden.

172. BGH 2 StR 575/07 - Beschluss vom 23. Januar 2008 (LG Kassel)

Handlungseinheit (tatbestandliche; rechtliche).
§ 52 StGB

173. BGH 2 StR 589/07 - Beschluss vom 15. Februar 2008 (LG Darmstadt)

Unzulässige Revision der Nebenklage (Rechtsmittelziel).
§ 400 StPO; § 349 Abs. 1 StPO

Nach § 400 Abs. 1 StPO kann ein Nebenkläger das Urteil nicht mit dem Ziel anfechten, dass eine andere Rechtsfolge verhängt wird. Deshalb bedarf es bei Revisionen der Nebenkläger in der Regel neben einem Revisionsantrag einer Revisionsbegründung, wodurch deutlich gemacht wird, dass der Beschwerdeführer ein zulässiges Ziel verfolgt.

174. BGH 2 StR 603/07 - Beschluss vom 11. Februar 2008

Nebenklage (Fortwirkung der Beistandsbestellung bis zur Rechtskraft).
§ 397a StPO

175. BGH 2 StR 617/07 - Beschluss vom 30. Januar 2008 (LG Darmstadt)

Nachträgliche Bildung der Gesamtstrafe (Gesamtstraf-
übel; Beruhen); Verfall (Vorrang der Ansprüche des
Geschädigten).
§ 55 StGB; § 337 StPO; § 73 Abs. 1 Satz 2 StGB

176. BGH 2 StR 626/07 - Beschluss vom 11. Februar 2008

Nebenklage (Fortwirkung der Beistandsbestellung bis
zur Rechtskraft).
§ 397a StPO

177. BGH 3 StR 348/07 - Urteil vom 22. November 2007 (LG Oldenburg)

Unerlaubtes Handeltreiben mit Betäubungsmitteln (Ku-
rier; Täterschaft; Beihilfe); Verfall; Strafzumessung
(Spielraum des Tatrichters; gerechter Schuldausgleich).
§ 29a BtMG; § 31 BtMG; § 25 StGB; § 27 StGB; § 73
StGB; § 46 StGB; § 337 StPO

178. BGH 3 StR 404/07 - Beschluss vom 4. Dezember 2007 (LG Wuppertal)

Ablehnung wiederholter Anträge auf Zwischenentschei-
dungen (Begründung); Zuordnung der Stimmen abge-
hörter Telefongespräche (Sachverständigengutachten;
eigene Sachkunde).
§ 34 StPO; § 244 StPO; § 344 Abs. 2 Satz 2 StPO

179. BGH 3 StR 415/07 - Beschluss vom 24. Januar 2008

Unbegründete Anhörungsrüge.
§ 356a StPO

180. BGH 3 StR 318/07 - Urteil vom 20. Dezember 2007 (LG Hamburg)

BGHSt; Belehrung über das Recht auf konsularischen
Beistand (subjektives Recht des Beschuldigten; Ver-
pflichtung jedes zuständigen Strafverfolgungsorgans;
Recht auf ein faires Verfahren); Widerspruchslösung
(Verwertungsverbot; anderweitige Einschränkung der
Verteidigungsrechte); Kompensation eines Verstoßes
gegen die Belehrungspflicht (Vollstreckungslösung);
redaktioneller Hinweis.

Art. 36 Abs. 1 Buchst. b Satz 3 WÜK; Art. 13 EMRK; Art.
6 EMRK; § 136 StPO; § 337 StPO

181. BGH 3 StR 450/07 - Beschluss vom 15. Januar 2008 (LG Osnabrück)

Zustellung an den gewählten Verteidiger (Wirksamwer-
den der rechtsgeschäftlichen Strafprozessvollmacht mit
Erteilung); Antrag auf Entscheidung des Revisionsger-
ichts (Umdeutung eines Wiedereinsetzungsgesuchs).
§ 145a StPO; § 346 StPO; § 300 StPO

182. BGH 3 StR 478/07 - Urteil vom 10. Januar 2008 (LG Kleve)

Zumessung der Jugendstrafe (Erziehungsgedanke).
§ 18 JGG

183. BGH 3 StR 486/07 - Beschluss vom 24. Januar 2008 (LG Aurich)

Überzeugungsbildung; lückenhafte Beweiswürdigung;
Zurückverweisung an ein anderes Landgericht.
§ 261 StPO; § 354 Abs. 2 Satz 1 StPO

184. BGH 3 StR 532/07 - Beschluss vom 24. Januar 2008 (LG Bückeburg)

Unterbringung in einer Entziehungsanstalt.
§ 64 StGB

185. BGH 3 StR 537/07 - Beschluss vom 24. Januar 2008 (LG Lübeck)

Gehilfenvorsatz (Haupttat; Qualifikation; schwerer
Raub).
§ 16 Abs. 1 StGB; § 27 StGB; § 250 StGB

186. BGH 3 StR 539/07 - Beschluss vom 19. Februar 2008 (LG Flensburg)

Unbegründete Revision.
§ 349 Abs. 2 StPO

187. BGH 3 StR 542/07 - Beschluss vom 24. Januar 2008 (auswärtige große Strafkammer des LG Kleve in Moers)

Unzulässige Aufklärungsrüge.
§ 344 Abs. 2 Satz 2 StPO; § 244 Abs. 2 StPO

188. BGH 1 StR 275/07 - Beschluss vom 12. Februar 2008

Unbegründete Anhörungsrüge.
§ 356a StPO

189. BGH 1 StR 627/07 - Beschluss vom 22. Januar 2008 (LG Mannheim)

Mittäterschaft (Kriterium der Aufteilung der Beuteantei-
le).
§ 25 Abs. 2 StGB

190. BGH 1 StR 634/07 - Beschluss vom 22. Januar 2008 (LG Stuttgart)

Erforderliche Glaubhaftmachung bei der Wiedereinsetzung in den vorigen Stand.
§ 44 StPO; § 45 Abs. 2 Satz 1 StPO

191. BGH 1 StR 644/07 - Beschluss vom 8. Januar 2008 (LG München)

Vorwegvollzug der Maßregel nach neuem Recht (Geltung in der Revision; Ermöglichung einer Aussetzung zur Bewährung).
§ 67 Abs. 2 Satz 2 und 3, Abs. 5 StGB; § 354a StPO

192. BGH 1 StR 657/07 - Beschluss vom 12. Februar 2008 (LG München)

Vorwegvollzug der Maßregel nach neuem Recht (Geltung in der Revision; Ermöglichung einer Aussetzung zur Bewährung).
§ 67 Abs. 2 Satz 2, Abs. 5 StGB; § 354a StPO

193. BGH 4 StR 1/08 - Beschluss vom 6. Februar 2008 (LG Essen)

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

194. BGH 4 StR 29/08 - Beschluss vom 19. Februar 2008 (LG Münster)

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

195. BGH 4 StR 436/07 - Beschluss vom 22. Januar 2008 (LG Saarbrücken)

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

196. BGH 4 StR 449/07 - Beschluss vom 29. Januar 2008 (LG Stralsund)

BGHR; keine unmittelbare Verwertung einer Aufzeichnung über die frühere Vernehmung bei Geltendmachung des Zeugnisverweigerungsrechts und Verzicht auf ein Verwertungsverbot durch den Zeugen (Gestattung der Verwertung einer früheren Aussage; Unmittelbarkeitsgrundsatz; BGHSt 45, 203; Konfrontationsrecht; Vorhalt; Beruhen; mittelbare Verwertung über den Sachverständigenbeweis).
Art. 6 Abs. 3 lit. d EMRK; § 52 StPO; § 250 StPO; § 252 StPO; § 255a Abs. 1 StPO; § 337 StPO

197. BGH 4 StR 452/07 - Beschluss vom 15. Januar 2008 (LG Bielefeld)

Anordnung der Unterbringung in der Sicherungsverwahrung (unzureichende Begründung über eine „mangelnde Öffnung des Angeklagten“, statistische Rückfallquoten und eine mangelnde, tatsächlich aber festgestellte „psychische Vernetzung“ mit dem bisherigen Tatopfer; Schweigerecht).
§ 66 Abs. 2 und Abs. 3 Satz 2 StGB

198. BGH 4 StR 468/07 - Beschluss vom 8. Januar 2008 (LG Halle)

BGHR; Verlust der Amtsfähigkeit auch bei Gesamtfreiheitsstrafe von mindestens sechs Monaten aus mehreren Katalogdelikten; Gebührenüberhebung; Gesamtstrafen-

bildung (Härteausgleich; Erörterungsmangel hinsichtlich der gesonderten Gesamtgeldstrafe).
§ 54 StGB; § 358 StGB; § 45 Abs. 2 StGB; § 53 Abs. 2 Satz 2 2. Halbs. StGB

199. BGH 4 StR 487/07 - Beschluss vom 29. Januar 2008 (LG Magdeburg)

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

200. EGMR Nr. 74420/01 (Große Kammer) - Urteil vom 5. Februar 2008 (Ramanauskas v. Litauen)

Recht auf ein faires Strafverfahren (Tatprovokation; agent provocateur; V-Mann; V-Leute; Umgehungsverbot; Offenlegungsanspruch; Akteneinsicht; Gesamtrecht und Gesamtbetrachtung: Konfrontationsrecht, Beweisrecht); Einsatz verdeckter Ermittler zur „Korruptionsbekämpfung“ (Bestechung; Bestechlichkeit; Anstiftung); redaktioneller Hinweis.
Art. 6 Abs. 1, Abs. 3 lit. d EMRK; § 331 StGB; § 332 StGB; § 333 StGB; § 334 StGB; § 26 StGB; § 110a StPO; § 147 StPO; § 244 Abs. 2 StPO; Antikorruptionsabkommen des Europarats

201. BGH 4 StR 500/07 - Beschluss vom 15. Januar 2008 (LG Halle)

Rechtsfehlerhafter Ausschluss einer verminderten Schuldfähigkeit bei einer Brandstiftung durch den 69jährigen Bewohner der angezündeten Wohnung bei fehlendem Motiv (Steuerungsfähigkeit; Hinzuziehung eines Sachverständigen).
§ 21 StGB; § 244 Abs. 2 StPO

202. BGH 4 StR 502/07 - Urteil vom 7. Februar 2008 (LG Halle)

BGHR; keine Verlängerung der Rückgewinnungshilfe und kein Auffangrechtserwerb des Staates nach § 111 i Abs. 2, 3 und 5 StPO bei Altfällen (Gesetz zur Stärkung der Rückgewinnungshilfe und der Vermögensabschöpfung bei Straftaten vom 24. Oktober 2006); Ladung und Vernehmung eines Zeugen trotz Sperrerklärung (Aufklärungspflicht); Aufklärungsrüge (weiteres Schriftsachverständigengutachten); Beweiswürdigung und Konfrontationsrecht (Zeuge vom Hörensagen); Wahrunterstellung.
§ 111 i Abs. 2, 3 und 5 StPO; § 2 Abs. 3 und 5 StGB; § 73 Abs. 1 Satz 2 StGB; Art. 103 Abs. 2 GG; § 244 Abs. 2, Abs. 3 StPO; Art. 6 Abs. 3 lit. d EMRK

203. BGH 4 StR 514/07 - Beschluss vom 5. Februar 2008 (LG Essen)

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

204. BGH 4 StR 521/07 - Beschluss vom 22. Januar 2008 (LG Paderborn)

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

205. BGH 4 StR 530/07 - Beschluss vom 15. Januar 2008 (LG Saarbrücken)

Nachholung einer versäumten Festsetzung einer Einzelstrafe durch das Revisionsgericht.
§ 354 Abs. 1 StPO analog; § 53 StGB

206. BGH 4 StR 530/07 - Beschluss vom 15. Januar 2008 (LG Saarbrücken)

Wertungsfehler bei der Strafzumessung (Doppelverwertungsverbot; Zweifelsgrundsatz).
§ 46 Abs. 1, Abs. 3 StGB

207. BGH 4 StR 571/07 - Beschluss vom 8. Januar 2008 (LG Dessau)

Vorwegvollzug der Maßregel nach neuem Recht (Ermöglichung einer Aussetzung zur Bewährung nach § 67 Abs. 5 StGB).
§ 67 Abs. 2 Satz 3, Abs. 5 Satz 1 StGB; § 2 Abs. 6 StGB

208. BGH 4 StR 575/07 vom 7. Februar 2008 (LG Bochum)

Freispruch vom Vorwurf der Vergewaltigung (Beweiswürdigung bei Aussage gegen Aussage); unzulässige Rüge der Nichtausschöpfung eines Beweismittels (Rekonstruktionsverbot).
§ 261 StPO; § 177 Abs. 2 StGB; § 244 Abs. 2 StPO

209. BGH 4 StR 595/07 - Beschluss vom 29. Januar 2008 (LG Halle)

Tenorierung bei der Vergewaltigung; Unterbringung in einem psychiatrischen Krankenhaus (tiefgreifende Bewusstseinsstörung bei Persönlichkeitsstörung und Krisensituationen).
§ 177 Abs. 4 Nr. 1, Abs. 3 Nr. 2 StGB; § 260 Abs. 4 StPO; § 63 StGB; § 21 StGB; § 20 StGB

210. BGH 4 StR 623/07 - Beschluss vom 12. Februar 2008 (LG Rostock)

BGHR; wahlweise Verurteilung wegen Betruges oder Computerbetruges (Fälschung von Überweisungsträgern fremder Konten; Feststellung von Irrtum und Täuschung; automatische Überprüfung; unbefugtes Verwendung von Daten; Tatvorsatz); Grundsatz der Spezialität.
§ 263 StGB; § 263a StGB; Vor § 1 StGB; § 15 StGB

211. BGH 4 StR 626/07 - Beschluss vom 10. Januar 2008 (LG Halle)

Geltung des Verschlechterungsverbot beim Strafausspruch und bezüglich der Anordnung einer (isolierten) Sperrfrist; Anordnung der Unterbringung des Angeklagten in einem psychiatrischen Krankenhaus (dauerhafter Zustand nach §§ 20, 21 StGB; tiefgreifende Bewusstseinsstörung, Persönlichkeitsstörung, Affektinkontinenz).
§ 69 a StGB; § 63 StGB; § 331 Abs. 1 StPO; § 358 Abs. 2 StPO

212. BGH 4 StR 640/07 - Beschluss vom 8. Januar 2008 (LG Detmold)

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

213. BGH 4 StR 648/07 - Beschluss vom 15. Januar 2008 (LG Essen)

Betrug durch Fälschung von Überweisungsträgern; Konkurrenzen bei der Urkundenfälschung (Gebrauchmachen; Tat im Rechtssinne).
§ 267 StGB; § 263 StGB; § 52 StGB

214. BGH 4 StR 648/07 - Beschluss vom 15. Januar 2008 (LG Essen)

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

215. BGH 4 StR 661/07 - Beschluss vom 24. Januar 2008 (LG Essen)

Wirksamer Rechtsmittelverzicht des Angeklagten.
§ 302 Abs. 1 Satz 1 StPO

216. BGH 4 StR 663/07 - Beschluss vom 29. Januar 2008 (LG Saarbrücken)

Strafbarkeit wegen Vergewaltigung (minder schwerer Fall bei einem Zungenkuss; Beachtung des Doppelverwertungsverbot; Beachtung des Grundsatzes der strikten Alternativität).
§ 46 Abs. 1, Abs. 3 StGB; § 177 Abs. 2, Abs. 5 StGB; § 2 Abs. 3 StGB

217. BGH 4 StR 665/07 - Beschluss vom 10. Januar 2008 (LG Münster)

Unzulässige Revision des Angeklagten gegen die unterbliebene Anordnung seiner Unterbringung in einer Entziehungsanstalt (Beschwer).
§ 64 StGB; § 331 StPO

218. BGH 4 StR 681/07 - Beschluss vom 14. Februar 2008 (LG Dortmund)

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

219. BGH 5 StR 200/07 - Beschluss vom 22. Januar 2008 (LG Berlin)

Unzureichende Tatsachengrundlage für eine Körperverletzung (bloße Vermutung; lückenhafte Feststellungen).
§ 223 StGB; § 261 StPO

220. BGH 5 StR 242/07 - Urteil vom 7. Februar 2008 (LG Berlin)

BGHSt; Beihilfehandlungen nach Sicherstellung der Betäubungsmittel (sukzessive Beihilfe; Kausalität; Tatförderung; Vollendung; versuchte Beihilfe; psychische Beihilfe); Täterschaft und Teilnahme beim Betäubungsmittelhandel (Mittäterschaft); Erstreckung des Revisionserfolges auf den Mitangeklagten nach Möglichkeit zum Widerspruch; Versuch der Geldwäsche.
§ 25 Abs. 2 StGB; § 27 StGB; § 30 StGB; § 261 Abs. 1 Satz 2 Nr. 1 StGB; § 22 StGB; § 29a Abs. 1 Nr. 2 BtMG; § 357 StPO

221. BGH 5 StR 253/07 - Beschluss vom 22. Januar 2008 (LG Neuruppin)

Bandenmäßiges unerlaubtes Handeltreiben mit Betäubungsmitteln.
§ 29a Abs. 1 Nr. 2 BtMG; § 30a BtMG

222. BGH 5 StR 253/07 - Beschluss vom 22. Januar 2008 (LG Neuruppin)

Beihilfe zum bandenmäßigen Handeltreiben mit Betäubungsmitteln in nicht geringer Menge (Voraussetzung der Bandenmitgliedschaft beim Gehilfen; besonderes persönliches Merkmal; kein Ausschluss der Doppelmilderung).

§ 30a Abs. 1 BtMG; § 29a BtMG; § 27 StGB; § 28 Abs. 2 StGB; § 46 StGB

223. BGH 5 StR 253/07 - Beschluss vom 22. Januar 2008 (LG Neuruppin)

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

224. BGH 5 StR 253/07 - Beschluss vom 22. Januar 2008 (LG Neuruppin)

Beihilfe zum bandenmäßigen Handeltreiben mit Betäubungsmitteln in nicht geringer Menge (Voraussetzung der Bandenmitgliedschaft beim Gehilfen; besonderes persönliches Merkmal; kein Ausschluss der Doppelmilderung).

§ 30a Abs. 1 BtMG; § 29a BtMG; § 27 StGB; § 28 Abs. 2 StGB; § 46 StGB

225. BGH 5 StR 253/07 - Urteil vom 24. Januar 2008 (LG Neuruppin)

Beihilfe zum bandenmäßigen Handeltreiben mit Betäubungsmitteln in nicht geringer Menge (Voraussetzung der Bandenmitgliedschaft beim Gehilfen; besonderes persönliches Merkmal; kein Ausschluss der Doppelmilderung); Bildung einer kriminellen Vereinigung; Beweiswürdigung beim Freispruch; redaktioneller Hinweis.
§ 30a Abs. 1 BtMG; § 29a BtMG; § 27 StGB; § 28 Abs. 2 StGB; § 46 StGB; § 129 StGB; § 261 StGB

226. BGH 5 StR 253/07 - Beschluss vom 22. Januar 2008 (LG Neuruppin)

Beihilfe zum bandenmäßigen Handeltreiben mit Betäubungsmitteln in nicht geringer Menge (Voraussetzung der Bandenmitgliedschaft beim Gehilfen; besonderes persönliches Merkmal; kein Ausschluss der Doppelmilderung).

§ 30a Abs. 1 BtMG; § 29a BtMG; § 27 StGB; § 28 Abs. 2 StGB; § 46 StGB

227. BGH 2 StR 600/07 - Beschluss vom 5. März 2008 (LG Limburg/Lahn)

Anrechnung erlittener Freiheitsentziehung in Bulgarien 1:1.

§ 51 Abs. 4 Satz 2 StGB

228. BGH 5 StR 332/07 - Beschluss vom 10. Januar 2008 (LG Braunschweig)

Verfahrenseinstellung wegen eines Verfahrenshindernisses gemäß § 206a Abs. 1 StPO (ordnungsgemäße Anklageerhebung).

§ 206a Abs. 1 StPO; § 199 StPO

229. BGH 5 StR 365/07 - Beschluss vom 10. Januar 2008 (LG Berlin)

Verfall von Wertersatz (Bestimmung des Erlangten bei Mittäterschaft, Erlangung der faktischen Verfügungsgewalt bei Betäubungsmittelgeschäften; Erörterungsmangel hinsichtlich der Härtefallvorschrift); Erstreckung des Revisionserfolgs auf Mitangeklagte.

§ 73 StGB; § 73a StGB; § 73c StGB; § 357 StPO

230. BGH 5 StR 390/07 - Beschluss vom 7. Januar 2008 (LG Berlin)

Unzulässigkeit von Verfahrensrügen (Beweisantrag auf Einholung eines weiteren Sachverständigengutachtens); Abgrenzung von Beweisermittlungsantrag und Beweisantrag und Präzisierungspflicht des Verteidigers bei Beweisansträgen (Verwirkung; faires Verfahren; Stellung des Verteidigers; Recht auf effektive Verteidigung).

Art. 6 EMRK; § 344 Abs. 2 Satz 2 StPO; § 244 Abs. 3 StPO

231. BGH 5 StR 416/07 - Beschluss vom 9. Januar 2008 (LG Frankfurt)

Rechtsfehlerhafte Gesamtstrafenbildung (übersehene Zäsurwirkung; verfehelter Rekurs auf erzieherische Gründe im Erwachsenenstrafrecht).

§ 54 StGB; § 55 StGB; § 46 StGB

232. BGH 5 StR 425/07 - Beschluss vom 7. Januar 2008 (LG Hamburg)

Erörterungsmangel hinsichtlich der Unterbringung des Angeklagten in einer Entziehungsanstalt (Sollvorschrift nach neuem Recht; Auswirkungen einer stationären Therapie; Vorwegvollzug).

§ 64 StGB; § 36 Abs. 1 Satz 1 BtMG; § 67 Abs. 2 Satz 2 StGB

233. BGH 5 StR 430/07 - Beschluss vom 9. Januar 2008 (LG Frankfurt)

Strafverfolgungsverjährung (strafscharfende Verwertung verjährter Straftaten; redaktioneller Hinweis).

§ 78 StGB; § 78b Abs. 1 Nr. 1 StGB n. F.

234. BGH 5 StR 435/07 - Urteil vom 10. Januar 2008 (LG Berlin)

Körperverletzung mit Todesfolge (Unmittelbarkeitszusammenhang; Grundsatz der Eigenverantwortlichkeit, Zurechnung von Opferverhalten, objektive Zurechnung).

§ 227 StGB; § 222 StGB; § 18 StGB

235. BGH 5 StR 453/07 - Beschluss vom 7. Februar 2008 (LG Berlin)

Verfahrensrüge nach § 261 StPO (Inbegriff der Hauptverhandlung; Beweiswürdigung); bedingter Tötungsvorsatz (Erfahrungssatz beim Schuss in die Richtung von Menschen).

§ 15 StGB; § 212 StGB; § 261 StPO

236. BGH 5 StR 470/07 - Beschluss vom 22. Januar 2008 (LG Berlin)

Verfahrenseinstellung nach Tod des Angeklagten.

§ 206a StPO

237. BGH 5 StR 480/07 - Beschluss vom 20. Dezember 2007 (LG Wuppertal)

Abgrenzung von Vorenthalten von Arbeitsentgelt und Betrug (Beihilfe; besonders schwerer Fall des gewerbsmäßigen Handelns).

§ 263 Abs. 1, Abs. 3 Satz 2 Nr. 1 StGB; § 266a StGB; § 27 StGB; § 2 Abs. 1 StGB

Die neu gefasste Vorschrift des § 266a StGB erfasst nunmehr auch betrugsähnliche Begehungsweisen und ist als *lex specialis* gegenüber dem Betrug (vgl. dazu BGH *wistra* 2007, 307) anzuwenden (§ 2 Abs. 1 StGB).

238. BGH 5 StR 481/07 – Beschluss vom 20. Dezember 2007 (LG Wuppertal)

Abgrenzung von Vorenthalten von Arbeitsentgelt und Betrug (Beihilfe; besonders schwerer Fall des gewerbsmäßigen Handelns); Strafzumessung bei der Steuerhinterziehung (Steuerhinterziehung „als Gewerbe“).

§ 263 Abs. 1, Abs. 3 Satz 2 Nr. 1 StGB; § 266a StGB; § 27 StGB; § 2 Abs. 1 StGB; § 370 AO; § 46 StGB; § 53 StGB

239. BGH 5 StR 482/07 – Beschluss vom 20. Dezember 2007 (LG Wuppertal)

Abgrenzung von Vorenthalten von Arbeitsentgelt und Betrug (Beihilfe; besonders schwerer Fall des gewerbsmäßigen Handelns); Strafzumessung bei der Steuerhinterziehung (Steuerhinterziehung „als Gewerbe“).

§ 263 Abs. 1, Abs. 3 Satz 2 Nr. 1 StGB; § 266a StGB; § 27 StGB; § 2 Abs. 1 StGB; § 370 AO; § 46 StGB; § 53 StGB

Die neu gefasste Vorschrift des § 266a StGB erfasst nunmehr auch betrugsähnliche Begehungsweisen und ist als *lex specialis* gegenüber dem Betrug (vgl. dazu BGH *wistra* 2007, 307) anzuwenden (§ 2 Abs. 1 StGB).

240. BGH 5 StR 506/07 – Beschluss vom 22. Januar 2008 (LG Hamburg)

Mangelnde Feststellungen für Strafschärfungsgründe bei der Urkundenfälschung (besonders schwerer Fall; Täterschaft; Doppelverwertungsverbot).

§ 46 Abs. 1, Abs. 3 StGB; § 267 Abs. 1, Abs. 3 StGB

241. BGH 5 StR 508/07 – Urteil vom 9. Januar 2008 (LG Berlin)

Grenzen der Revisibilität der Strafzumessung beim minder schweren Fall; Strafzumessung (Berücksichtigung des öffentlichen Eindrucks und des Handelns im öffentlichen Nahverkehr).

§ 46 StGB; § 30a Abs. 1, Abs. 3 BtMG

242. BGH 5 StR 520/07 – Beschluss vom 9. Januar 2008 (LG Potsdam)

Erörterungsmangel hinsichtlich einer verminderten Schuldfähigkeit (Alkoholkonsum); Vergewaltigung.

§ 21 StGB; § 177 Abs. 2 StGB

243. BGH 5 StR 538/07 – Beschluss vom 22. Januar 2008 (LG Hamburg)

Rechtsfehlerhaft unterblieben Erörterung der Unterbringung in einer Entziehungsanstalt (Hang; Sollvorschrift: Ausnahmefall); (nachträgliche) Gesamtstrafenbildung.

§ 64 StGB; § 54 StGB; § 55 StGB

244. BGH 5 StR 553/07 – Beschluss vom 23. Januar 2008 (LG Berlin)

Tateinheit zwischen Raub und Vergewaltigung.

§ 52 StGB; § 177 Abs. 2 StGB; § 249 StGB

245. BGH 5 StR 553/07 – Beschluss vom 23. Januar 2008

Unzuständigkeitsentscheidung bei zivilrechtlichem Antrag (mangelnde Anfechtungsberechtigung; Zuständigkeit des Vollstreckungsgerichts).

§ 406b StPO; § 850f Abs. 2 ZPO; § 828 Abs. 1 ZPO

246. BGH 5 StR 554/07 – Beschluss vom 9. Januar 2008 (LG Leipzig)

Anwendung des § 354a Abs. 1 Satz 2 StPO nach falscher Strafraumenwahl.

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

247. BGH 5 StR 572/07 – Beschluss vom 9. Januar 2008 (LG Berlin)

Tateinheit beim Betrug durch ein „Organisationsdelikt“ (Tatmehrheit); Strafmilderung wegen rechtsstaatswidriger Verfahrensverzögerung.

Art. 6 EMRK; § 263 StGB; § 52 StGB; § 46 StGB

248. BGH 5 StR 579/07 – Beschluss vom 7. Januar 2008 (LG Bremen)

Verwerfung der Revision als unbegründet.

§ 349 Abs. 2 StPO

249. BGH 5 StR 608/07 – Beschluss vom 23. Januar 2008 (LG Berlin)

Verwerfung der Revision als unbegründet.

§ 349 Abs. 2 StPO

250. BGH 5 StR 610/07 – Urteil vom 6. Februar 2008 (LG Frankfurt)

Strafzumessung bei Geständnis (Revisibilität; schuldangemessenes Strafen; Aussetzung zur Bewährung).

§ 46 StGB; § 56 StGB

251. BGH 5 StR 619/07 – Beschluss vom 24. Januar 2008 (LG Berlin)

Verwerfung der Revision als unbegründet.

§ 349 Abs. 2 StPO

252. BGH 5 StR 621/07 – Beschluss vom 24. Januar 2008 (LG Berlin)

Erörterungsmangel bezüglich der Anordnung der Unterbringung in einer Entziehungsanstalt (hinreichende Erfolgsaussicht; Hang).

§ 64 StGB

253. BGH 5 StR 624/07 – Beschluss vom 22. Januar 2008 (LG Berlin)

Vorwegvollzug der Maßregel nach neuem Recht (Ausnahme bei dringendem Therapiebedarf; Ermöglichung einer Aussetzung zur Bewährung).

§ 67 Abs. 2, Abs. 5 StGB n.F.

254. BGH 5 StR 626/07 – Beschluss vom 24. Januar 2008 (LG Hamburg)

Verwerfung der Revision als unbegründet.

§ 349 Abs. 2 StPO

255. BVerfG 1 BvR 1807/07 (2. Kammer des Ersten Senats) – Beschluss vom 19. Februar 2008 (OLG Frankfurt am Main)

Gebot der Rechtsschutzgleichheit; Auslegung und Anwendung der Vorschriften über die Prozesskostenhilfe (summarische Prüfung; keine vorweggenommene Beweiswürdigung / Beweisantizipation; keine abschließende Entscheidung schwieriger Rechts- und Tatfragen); Schadenersatz aus Amtspflichtverletzung (Androhung von Folter; „Fall Gäfgen“).

Art. 3 Abs. 1 GG; Art. 20 Abs. 3 GG; Art. 1 Abs. 1 GG; Art. 3 EMRK; Art. 13 EMRK; § 114 ZPO; § 839 Abs. 1 BGB

256. BVerfG 2 BvR 42/08 (1. Kammer des Zweiten Senats) – Beschluss vom 13. Februar 2008 (KG/LG Berlin/AG Tiergarten)

Verurteilung wegen Fahrens ohne Fahrerlaubnis (sofort vollziehbare Verfügung von einer ausländischen Fahrerlaubnis im Inland keinen Gebrauch zu machen); möglicherweise gemeinschaftsrechtswidriger Verwaltungsakt („effet utile“; fehlende Nichtigkeit); Willkürverbot; Subsidiarität der Verfassungsbeschwerde (Darlegungsanforderungen).

Art. 3 Abs. 1 GG; § 21 Abs. 1 Nr. 1 i.V.m. Abs. 2 Nr. 1 StVG; § 3 Abs. 1 StVG; § 80 Abs. 2 Satz 1 Nr. 4 VwGO; § 43 BerlVwVfG; § 90 Abs. 2 BVerfGG

257. BVerfG 2 BvR 313/07 (1. Kammer des Zweiten Senats) – vom 18. Januar 2008 (BGH/DGH beim OLG Naumburg/DG beim LG Magdeburg)

Disziplinarische Entfernung aus dem Dienst (Besitz von Kinderpornographie; Schuldprinzip; Verhältnismäßigkeit; hergebrachte Grundsätze des Berufsbeamtentums); Recht auf Verfahrensbeschleunigung (Kompensation bei rechtsstaatswidriger Verfahrensverzögerung; zulässige Verfahrensdauer: hier zweieinhalb Jahre).

Art. 2 Abs. 1 GG; Art. 20 Abs. 3 GG; Art. 1 Abs. 1 GG; Art. 33 Abs. 5 GG; Art. 12 GG; § 184 Abs. 5 Satz 2 StGB a.F.

258. BVerfG 2 BvR 2652/07 (3. Kammer des Zweiten Senats) – Beschluss vom 23. Januar 2008 (OLG Brandenburg/LG Cottbus/AG Cottbus)

Beschleunigungsgebot in Haftsachen (Umfangverfahren;

unzureichende Terminierung; Terminkollisionen der Verteidigung; Recht auf Verfahrensbeschleunigung; Recht auf konkrete und wirksame Verteidigung); Prüfungs- und Begründungsanforderungen (erhöhte Begründungstiefe mit zunehmender Dauer der Untersuchungshaft).

Art. 2 Abs. 2 Satz 2 GG; Art. 2 Abs. 1 GG; Art. 20 Abs. 3 GG; Art. 6 EMRK; § 112 StPO; § 121 StPO

259. BVerfG 1 BvR 2074/05 (Erster Senat) – Urteil vom 11. März 2008

Automatisierte Erfassung von Kraftfahrzeugkennzeichen; informationelle Selbstbestimmung (Schutzbereichseröffnung bei einem „Trefferfall“; Eingriff; Vorbehalt des Gesetzes; Bestimmtheit; Erfordernis ausdrücklicher Zweckbestimmung; Normenklarheit); verfassungskonforme Auslegung (Grenzen); Verhältnismäßigkeit; gemischte Dateien (präventive Zwecke; repressive Zwecke).

Art. 2 Abs. 1 GG; Art. 1 Abs. 1 GG; Art. 8 EMRK; § 14 Abs. 5 HSOg; § 184 Abs. 5 LVwG SH; § 483 Abs. 3 StPO

260. BVerfG 2 BvR 392/07 (Zweiter Senat) – Beschluss vom 26. Februar 2008 (OLG Dresden/AG Leipzig)

Verfassungsgemäßheit des Verbots des Beischlafs zwischen Geschwistern (Inzest; Rechtsgutstheorie); sexuelle Selbstbestimmung (Grenzen); legitime Strafzwecke des Inzestverbots (Schutz der sexuellen Selbstbestimmung; Schutz von Ehe und Familie; Eugenik); Beurteilungsspielraum des Gesetzgebers (eingeschränkte Überprüfung durch das Verfassungsgericht); Schuldgrundsatz; abweichende Meinung Hassemer.

Art. 2 Abs. 1 GG; Art. 1 Abs. 1 GG; Art. 6 Abs. 1 GG; Art. 3 Abs. 1 GG; Art. 20 Abs. 3 GG; § 173 Abs. 2 Satz 2 StGB; § 153 StPO