

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); Wiss. Ass. Dr. Lutz
Eidam, LL.M. (Bucerius Law School);
Dr. Antje du Bois-Pedain, M.Jur.
(Oxon), (Univ. Cambridge); Prof.
Dr. Diethelm Kleszczewski (Univ.
Leipzig); Prof. Dr. Hans Kudlich
(Univ. Erlangen-Nürnberg); Wiss.
Ass. Dr. Frank Meyer, LL.M. (Yale),
Univ. Hamburg; RA Tilo Mühlbauer
(Dresden); RA Dr. Ralf Neuhaus
(Dortmund); RA Markus Rüben-
stahl, mag. iur. (White & Case LLP,
Frankfurt a.M.); Prof. Dr. Frank
Saliger (Bucerius Law School
Hamburg); Prof. Dr. Christoph
Sowada (Univ. Rostock); RA Klaus-
Ulrich Ventzke (Hamburg) und
Prof. Dr. Wolfgang Wohlers (Univ.
Zürich)

Publikationen

Prof. Dr. *Werner Beulke* / RA Wiss. Mit. Dr. *Felix Ruhmannseder*, Univ. Passau – **Sind Lehrer an einer Privatschule „Amtsträger“ im Sinne des § 340 StGB?** S. 322

RD Dr. *Stefan Sinner*, Berlin – **Aufgabenprivatisierung und Amtsträgerbegriff** S. 327

Die Ausgabe umfasst eine Rezension.

Entscheidungen

- EGMR **Fall Gäfgen vs. Deutschland – Folterverbot und faires Verfahren**
- BVerfG **Verfassungsgemäße Bestrafung bei Hinterziehung von Einkommensteuer aus privaten Veräußerungserträgen**
- BGHSt **Taschenmesser als gefährliches Werkzeug im Sinne des § 244 Abs. 1 Nr. 1 lit. a StGB**
- BGHSt **Vorverurteilung im Sinne des § 66 Abs. 1 Nr. 1 StGB**
- BGHSt **Konnexitätsersfordernis bei fortgeschrittener Beweisaufnahme**
- BGHSt **Verlesung von schriftlichen Erklärungen des Angeklagten durch das Gericht und zur Behandlung hierauf gerichteter Beweisanträge**
- BGHSt **Örtliche Zuständigkeit zur Anordnung von Ermittlungsmaßnahmen wegen Ordnungswidrigkeiten nach dem TKG**
- BGHSt **Versendung standardisierter Gewinnmitteilungen und Geschenkversprechen im Versandhandel – strafbare Werbung und (Wertersatz)Verfall**
- BGHSt **Strafklageverbrauch nach Art. 54 SDÜ bei einheitlicher „Schmuggelfahrt“ durch mehrere EU-Mitgliedstaaten**
- BGHR **Beihilfe zum unerlaubten Handeltreiben nach Sicherstellung der BtM**
- BGH **Konkurrenzen bei mehreren Beteiligten und Organisationsdelikt**
- BGH **Einschränkende Auslegung des Wohnungseinbruchsdiebstahls**
- BGH **Ersetzung eines Beweismittels bei einem förmlichen Beweisantrag**
- OLG München **Keine Amtsträgereigenschaft von Lehrern an Privatschulen**

Die Ausgabe umfasst 65 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

SCHRIFTLÉITUNG

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, MJur (Oxon.), (Univ. Cambridge); Wiss. Ass. Dr. Lutz Eidam, LL.M. (Bucerius Law School); Prof. Dr. Diethelm Kleszczewski (Univ. Leipzig); Prof. Dr. Hans Kudlich (Univ. Erlangen-Nürnberg); Wiss. Ass. Dr. Frank Meyer, LL.M. (Yale), Univ. Hamburg; 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, Juli 2008, Ausgabe

7

Rechtsprechung

Strafrechtliche/strafverfahrensrechtliche Entscheidungen des EGMR/BVerfG

627. EGMR Nr. 22978/05 – Urteil der 5. Kammer vom 30. Juni 2008 (Gäfen vs. Deutschland)

Recht auf ein faires Strafverfahren (Fortwirkung von Verstößen gegen die Selbstbelastungsfreiheit; Fernwirkung von Beweisverwertungsverboten im Einzelfall bei Verstößen gegen Art. 3 EMRK; Abwägungslösung; qualifizierte Belehrung; freie Verteidigung); Folterverbot (Androhung von Folter; unmenschliche und erniedrigende Behandlung; Folter; Opferstellung im Sinne der EMRK; ausreichende Kompensation und Subsidiaritätsprinzip; Beweislast); abweichendes Sondervotum KALAYDJIEVA; redaktioneller Hinweis.

Art. 3 EMRK; Art. 6 EMRK; Art. 34 EMRK; § 136a StPO

1. Ein Verstoß gegen Art. 3 EMRK kann – unabhängig vom Verhalten des Betroffenen – auch zur Rettung von Leben und selbst im Fall eines Notstand für den gesamten Staat nicht gerechtfertigt werden.

2. Wird eine Person unmittelbar und realistisch mit Folter bedroht, stellt dies (wie hier im „Fall Gäfen“) einen Verstoß gegen Art. 3 EMRK mindestens in Form der unmenschlichen Behandlung dar.

3. Zu den Bedingungen, in denen im Einzelfall die Opferstellung wegen einer Verletzung des Art. 3 EMRK wegen einer hinreichenden Kompensation durch den verletzenden Vertragsstaat entfallen kann.

4. Nur die Verwertung von Beweismitteln, die unmittelbar unter Verstoß gegen Art. 3 EMRK erlangt worden sind, führt stets zur Unfairness des Verfahrens, in dem die Beweise verwertet worden sind.

5. Der Verwertung von Beweisen, die mittelbar auf Grund eines Verstoßes gegen Art. 3 EMRK erlangt worden sind, steht eine Vermutung entgegen, dass auch diese Verwertung die Rechtsstaatlichkeit des Verfahrens zerstört. Zu einem Einzelfall, in dem eine solche Fern-

wirkung hinsichtlich mittelbar erlangter Beweismittel insbesondere wegen eines späteren, äußerlich von Reue getragenen weiteren Geständnisses nach einer qualifizierten Belehrung verneint worden ist und in dem diese Beweismittel lediglich ergänzend verwertet worden sind.

654. BVerfG 2 BvR 2392/07 (1. Kammer des 2. Senats) – 7. Mai 2008 (BGH/LG Hamburg)

Gleichheitsgrundsatz (strukturell gleichheitswidrige Besteuerung); Verbot rückwirkenden Strafens (kein Vertrauen in die Verfassungswidrigkeit einer Norm); Subsidiarität der Verfassungsbeschwerde (Zulässigkeit trotz Nichtvorlage der Revisionsrechtfertigung und der Gegenerklärung des Generalbundesanwalts); Nichtannahmebeschluss (5 StR 162/07).

Art. 3 Abs. 1 GG; Art. 103 Abs. 2 GG; § 23 Abs. 1 Nr. 4 EStG; § 370 Abs. 1 Nr. 2 AO; § 23 Abs. 1 S. 2 BVerfGG; § 92 BVerfGG; § 90 Abs. 2 BVerfGG

1. Der Gleichheitssatz des Art. 3 Abs. 1 GG verlangt für das Steuerrecht, dass die Steuerpflichtigen durch ein Steuergesetz rechtlich und tatsächlich gleich belastet werden. Wird die Gleichheit im Belastungserfolg durch die rechtliche Gestaltung des Erhebungsverfahrens prinzipiell verfehlt, kann dies die Verfassungswidrigkeit der gesetzlichen Besteuerungsgrundlage nach sich ziehen.

2. Für Einkünfte aus privaten Veräußerungsgeschäften gemäß § 23 Abs. 1 Satz 1 Nr. 2 EStG ist bereits für den Veranlagungszeitraum 1999 ein dem Gesetzgeber zuzurechnendes strukturelles Vollzugsdefizit nicht mehr festzustellen ist, das zur Verfassungswidrigkeit der Norm führen könnte (vgl. BVerfG, Beschluss der 3. Kammer des Zweiten Senats vom 10. Januar 2008 - 2 BvR 294/06 -, www.bverfg.de). Dies gilt auch für die nachfolgenden Zeiträume.

3. Art. 103 Abs. 2 GG schützt nicht das Vertrauen darauf, dass eine gesetzliche Anordnung der Steuerpflicht wegen eines Verstoßes gegen den Gleichheitssatz des Art. 3 Abs. 1 GG nichtig sei. Der Normadressat darf bis zu einer entsprechenden Entscheidung des Bundesverfassungsgerichts (vgl. § 31 BVerfGG) grundsätzlich nicht darauf

vertrauen, dass ein eindeutiger Normbefehl von Verfassungen wegen gleichwohl keine normative Geltung für ihn entfalte. Genauso wenig ist das Vertrauen darauf geschützt, dass bei der Bewertung ob ein strukturelles Vollzugsdefizit in einem bestimmten Zeitraum vorlag, Umstände (hier das Kontenabrufverfahren) nicht einbezogen werden, die erst nach Abschluss des Veranlagungszeitraumes geschaffen worden sind.

4. Abweichendes mag allenfalls dann anzunehmen sein, wenn durch die Rechtsprechung der mögliche Wortlaut einer Strafnorm insoweit einschränkend ausgelegt wurde, dass eine Änderung der Rechtsprechung sich hier nicht nur als andere tatsächliche Beurteilung darstellen würde, sondern als eine Änderung des strafrechtlichen Unwerturteils insgesamt.

5. Eine Verfassungsbeschwerde gegen einen Revisionsverwerfungsbeschluss mit der Rüge der Verfassungswidrigkeit einer angewendeten Norm kann trotz Nichtvorlage der Revisionsrechtfertigung und der Gegenerklärung des Generalbundesanwalts zulässig sein, wenn sich aus den Gründen der Revisionsentscheidung ergibt, dass der Beschwerdeführer seiner Verpflichtung genügt hat, die Verfassungswidrigkeit der Norm im Revisionsverfahren ausreichend zu rügen.

653. BVerfG 2 BvR 112/08 (1. Kammer des Zweiten Senats) – Beschluss vom 28. Januar 2008 (OLG Koblenz/LG Trier)

Pflicht zur Zeugenaussage gegen einen früheren Strafverteidiger; Zeugnisverweigerungsrecht (einfachrechtliches; verfassungsrechtliches).

Art. 3 Abs. 1 GG; Art. 2 Abs. 1 GG; Art. 1 Abs. 1 GG; § 55 StPO

Von Verfassungen wegen ergibt sich für einen früheren Mandanten in dem gegen seinen vormaligen Strafverteidiger geführten Strafverfahren kein Zeugnisverweigerungsrecht, wenn Verteidigungsinteressen deswegen nicht mehr berührt sein können, weil der frühere Mandant in dem gegen ihn geführte Strafverfahren verurteilt wurde und dieses rechtskräftig abgeschlossen ist.

Rechtsprechung

Hervorzuhebende Entscheidungen des BGH

I. Materielles Strafrecht – Allgemeiner Teil

626. OLG München 4 StRR 194/07 – Beschluss vom 22. Januar 2008 (AG Kempten, LG Kempten)

Körperverletzung im Amt; mögliche Amtsträgereigenschaft von Lehrern an einer Privatschule (Waldorfschule); Züchtigungsrecht; Ablehnung eines Beweisantra-

ges wegen Bedeutungslosigkeit.

§ 11 Abs. 1 Nr. 2 lit. c StGB; § 340 StGB; § 223 StGB; § 244 Abs. 3 StPO

1. Eine Privatschule (hier: Waldorfschule) ist keine sonstige Stelle im Sinne des § 11 Abs. 1 Nr. 2 lit. c StGB.

2. „Sonstige Stellen“ sind nach ständiger Rechtsprechung des Bundesgerichtshofs – ohne Rücksicht auf ihre Organisationsform – behördenähnliche Institutionen, die zwar keine Behörden im organisatorischen Sinne sind, aber rechtlich befugt sind, bei der Ausführung von Gesetzen und bei der Erfüllung öffentlicher Aufgaben mitzuwirken. Nach dieser Rechtsprechung sind auch als juristische Personen des Privatrechts organisierte Einrichtungen und Unternehmen der öffentlichen Hand als „sonstige Stellen“ den Behörden gleichzustellen, wenn bei ihnen Merkmale vorliegen, die eine Gleichstellung rechtfertigen. Dies ist insbesondere dann der Fall, wenn sie bei ihrer Tätigkeit öffentliche Aufgaben wahrnehmen und dabei derart staatlicher Steuerung unterliegen, dass sie bei einer Gesamtbewertung der sie kennzeichnenden Merkmale als „verlängerter Arm“ des Staates erscheinen (vgl. BGHSt 49, 214/219 f.; 50, 299/303 f., jeweils m.w.N.). Eine staatliche Aufsicht allein begründet eine Gleichstellung nicht.

3. Lehrer haben kein Züchtigungsrecht.

599. BGH 4 StR 125/08 - Beschluss vom 29. April 2008 (LG Essen)

Konkurrenzen bei gewerbsmäßigem Bandenbetrug (Tatmehrheit; Tateinheit; gesonderte Prüfung für jeden Tatbeteiligten und Zusammenfassung zum Organisationsdelikt).

§ 263 Abs. 5 StGB; § 52 StGB; § 53 StGB

1. Sind an einer Deliktsserie mehrere Personen als Mittäter, mittelbare Täter, Anstifter oder Gehilfen beteiligt, ist die Frage, ob die Straftaten tateinheitlich oder tatmehrheitlich zusammentreffen, nach ständiger Rechtsprechung des Bundesgerichtshofs für jeden der Beteiligten gesondert zu prüfen und zu entscheiden.

2. Maßgeblich ist dabei der Umfang des Tatbeitrags jedes Tatbeteiligten. Erfüllt er hinsichtlich aller oder einzelner

Taten der Serie sämtliche Tatbestandsmerkmale in eigener Person oder leistet er für alle oder einige Einzelakte zumindest einen individuellen, diese fördernden Tatbeitrag, so sind ihm diese Taten als tatmehrheitlich begangen zuzurechnen. In so gelagerten Fällen vermag die organisatorische Einbindung des Täters in ein betrügerisches Geschäftsunternehmen diese Einzeldelikte der Tatserie nicht rechtlich zu einer Tat im Sinne des § 52 Abs. 1 StGB zusammenzufassen.

3. Fehlt es jedoch an einer solchen individuellen Tatförderung, erbringt der Täter aber im Vorfeld oder während des Laufs der Deliktsserie Tatbeiträge, durch die alle oder je mehrere Einzelakte seiner Tatgenossen gleichzeitig gefördert werden, so sind ihm die gleichzeitig geförderten einzelnen Straftaten als tateinheitlich begangen zuzurechnen, da sie in seiner Person durch den einheitlichen Tatbeitrag zu einer Handlung im Sinne des § 52 Abs. 1 StGB verknüpft werden. Ohne Bedeutung ist dabei, ob die Mittäter die einzelnen Delikte tatmehrheitlich begangen haben (st. Rspr. vgl. nur BGH NJW 2004, 2840 m.w.N.).

614. BGH 5 StR 124/08 - Beschluss vom 21. Mai 2008 (LG Berlin)

Konkurrenzen beim Betrug (Organisationsdelikt; eigene Tatbeiträge; Tatmehrheit; Tateinheit; Eingebungsbetrug).

§ 263 StGB; § 52 StGB; § 53 StGB

Erschöpften sich die festgestellten Tatbeiträge eines Angeklagten auf den Aufbau und die Aufrechterhaltung eines auf Straftaten ausgerichteten Geschäftsbetriebs, so 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; BGHR StGB § 263 Täterschaft 1; BGH NStZ 1996, 296 f.).

Rechtsprechung

II. Materielles Strafrecht – Besonderer Teil

648. BGH 3 StR 246/07 - Beschluss vom 3. Juni 2008 (OLG Celle)

BGHSt; Diebstahl mit Waffen (Taschenmesser als gefährliches Werkzeug; Messer; Beisichführen; Gebrauchsabsicht; abstrakte Gefährlichkeit); Divergenzvorlage.

§ 244 Abs. 1 Nr. 1 StGB; § 121 Abs. 2 VVG; § 177 Abs. 3 Nr. 1 StGB; § 250 Abs. 1 Nr. 1 Buchst. a StGB; § 223a StGB a.F.; § 224 StGB

1. Ein Taschenmesser ist grundsätzlich ein gefährliches Werkzeug im Sinne des § 244 Abs. 1 Nr. 1 Buchst. a StGB; dies gilt unabhängig davon, ob der Dieb es allgemein für den Einsatz gegen Menschen vorgesehen hat. (BGHSt)

2. Die Fassung des § 244 Abs. 1 Nr. 1 Buchst. a StGB ist missglückt, denn sie lässt von vornherein keine Auslegung des Begriffs des „anderen gefährlichen Werkzeugs“ zu, die unter Anwendung allgemeiner und für jeden Einzelfall gleichermaßen tragfähiger rechtstheoretischer Maßstäbe für alle denkbaren Sachverhaltsvarianten eine in sich stimmige Gesetzesanwendung gewährleisten könnte. (Bearbeiter)

3. § 244 Abs. 1 Nr. 1 Buchst. a StGB enthält nach seiner insoweit sprachlich klaren und eindeutigen Fassung - im Gegensatz zum Buchstaben b derselben Ziffer - kein über den Vorsatz bezüglich der objektiven Tatbestandsmerkmale hinausgehendes, wie auch immer zu definierendes subjektives Element. (Bearbeiter)

4. Der Gesetzgeber will mit § 244 Abs. 1 Nr. 1 Buchst. a StGB Fallgestaltungen mit einer während der Begehung der Tat erhöhten abstrakten Gefährlichkeit erfassen, die sich bereits daraus ableitet, dass der Täter eine Waffe oder ein anderes gefährliches Werkzeug bei sich führt, weil in diesen Fällen die latente Gefahr des Einsatzes als Nötigungsmittel besteht. (Bearbeiter)

5. Messer erfüllen regelmäßig die Voraussetzungen eines anderen gefährlichen Werkzeugs im Sinne des § 244 Abs. 1 Nr. 1 Buchst. a StGB, wenn sie nicht ohnehin zu den Waffen im technischen Sinne gehören, denn die von ihnen ausgehende hohe abstrakte Gefahr, die der Strafschärfung zugrunde liegt, ist evident und kommt derjenigen von Waffen im technischen Sinne zumindest nahe. (Bearbeiter)

602. BGH 4 StR 126/08 - Beschluss vom 24. April 2008 (LG Münster)

(Versuchter) Wohnungseinbruchsdiebstahl (einschränkende Auslegung des Wohnungsbegriffs und Einbruch in eine Wohnung bei Mischgebäuden; schutzzweckorientierte Auslegung; geschlossene Einheit aus Wohnung und Geschäftsraum); Gesetzlichkeitsprinzip (Wortlautgrenze).

Art. 103 Abs. 2 GG; § 244 Abs. 1 Nr. 3, Abs. 2 StGB; § 243 Abs. 1 Satz 2 Nr. 1 StGB; § 22 StGB

1. Wenn der Täter in einem Mischgebäude in einen vom Wohnbereich räumlich eindeutig abgegrenzten und nur zu betrieblichen Zwecken genutzten Geschäftsraum einsteigt, um von dort ohne Überwindung weiterer Hindernisse in den Wohnbereich vorzudringen, ist eine Verurteilung aus § 244 Abs. 1 Nr. 3 StGB mit der äußersten Auslegungsgrenze des Wortlauts nicht mehr vereinbar. Vom Wohnbereich völlig getrennt untergebrachte, rein geschäftlich genutzte Räumlichkeiten können selbst bei weitester Auslegung des Wohnungsbegriffs diesem nicht mehr zugeordnet werden.

2. Anders mag es sich verhalten, wenn der Täter in dem Begriff des Wohnens typischer Weise zuzuordnende, mit dem Wohnbereich unmittelbar verbundene Räume - etwa in Kellerräume oder in den Dachboden eines Einfamilienhauses (anders allerdings bei separat untergebrachten Kellerräumen in Mehrfamilienhäusern vgl. BGH, Beschluss vom 25. Juli 2002 - 4 StR 242/02 - [nicht tragend]; OLG Schleswig NStZ 2000, 479) - einbricht und sich von dort ungehindert Zugang zum Wohnbereich verschafft.

3. Ausgehend von der Auslegung des § 123 StGB umfasst der Begriff der Wohnung grundsätzlich alle abgeschlossenen und überdachten Räume, die Menschen zumindest vorübergehend als Unterkunft dienen. Dazu zählen nicht bloße Arbeits-, Geschäfts- oder Ladenräume (vgl. BGH, Beschluss vom 3. Mai 2001 - 4 StR 59/01). Dieser in erster Linie am Wortsinn orientierte Wohnungsbegriff kann jedoch nicht uneingeschränkt auf den Tatbestand des § 244 Abs. 1 Nr. 3 StGB übertragen werden. Einschränkend ist zu beachten, dass die Strafbarkeit des Wohnungseinbruchsdiebstahls die Privatsphäre des Tatopfers besonders vor der Verletzung schützen will, die mit einem Einbruchsdiebstahl einhergehen kann.

4. Der Tatbestand des § 244 Abs. 1 Nr. 3 StGB bezweckt neben dem Schutz des Eigentums den verstärkten Schutz der häuslichen Privat- und Intimsphäre. Folglich scheidet seine Anwendung aus, wenn der Täter in Räumlichkeiten einsteigt oder einbricht, die nicht diesem besonderen Schutzbereich zuzuordnen sind. Dringt der Täter in einem Mischgebäude in einen Geschäftsraum ein, um nur dort, nicht aber aus den Wohnzwecken dienenden Räumlichkeiten zu stehlen, ist der Wohnungseinbruchsdiebstahl zu verneinen (für den Fall des Einbruchs in den Flur und Empfangsbereich eines Seniorenheims: BGH NStZ 2005, 631).

5. Bei gemischt genutzten Gebäuden ist für die Tatbestandsverwirklichung ausreichend, wenn der Täter nur deshalb in einen privaten Wohnraum einbricht, um von dort ungehindert in Geschäftsräume, aus denen er Gegenstände zu entwenden beabsichtigt, zu gelangen.

610. BGH 4 StR 617/07 - Beschluss vom 29. April 2008 (LG Aachen)

Gefährlicher Eingriff in den Straßenverkehr (absichtlich herbeigeführte Unfälle als Hindernisbereiten und als ähnlicher, ebenso gefährlicher Eingriff; erforderliche Feststellungen für die Annahme einer konkreten Gefährdung von Leib oder Leben eines anderen Menschen oder fremder Sachen von bedeutendem Wert bei einem Aufprall von Fahrzeugen).

§ 315b StGB; § 315 Abs. 3 Nr. 1a StGB

1. Eine konkrete Gefährdung von Leib oder Leben eines anderen Menschen ist auch bei einem Aufprall von Fahrzeugen im Urteil hinreichend darzulegen. Die Gefährdung von Teilnehmern an der Tat genügt nicht (vgl. BGH NStZ 1992, 233 f.; StV 1999, 317).

2. Über den Gesetzeswortlaut hinaus muss der fremden Sache von bedeutendem Wert auch ein bedeutender Schaden gedroht haben (vgl. BGH, Beschluss vom 27. September 2007 - 4 StR 1/07). Es sind daher stets zwei Prüfschritte erforderlich, zu denen im Strafurteil entsprechende Feststellungen zu treffen sind: Zunächst ist zu fragen, ob es sich bei der gefährdeten Sache um eine solche von bedeutendem Wert handelt, was etwa bei älteren oder bereits vorgeschädigten Fahrzeugen fraglich sein kann. Handelt es sich um eine Sache von bedeutendem Wert, so ist in einem zweiten Schritt zu prüfen, ob ihr auch ein bedeutender Schaden gedroht hat, wobei ein tatsächlich entstandener Schaden geringer sein kann als der maßgebliche Gefährdungsschaden. Der Wert der Sache ist hierbei nach dem Verkehrswert (BGH NStZ 1999, 350, 351), die Höhe des (drohenden) Schadens nach der am Marktwert zu messenden Wertminderung (BGH aaO) zu berechnen. Der Grenzwert für Sachwert und Schadenshöhe ist einheitlich zu bestimmen und liegt bei mindestens 750 € (BGHSt 48, 14, 23).

3. Allein aus der Höhe der von den Angeklagten bei den gegnerischen Haftpflichtversicherern für die Beschädigung der eigenen Fahrzeuge betrügerisch erlangten oder geforderten Beträge kann nicht mit der für eine Verurteilung erforderlichen Sicherheit der Schluss gezogen werden, dass den jeweils beteiligten Fahrzeugen der anderen Unfallbeteiligten ein bedeutender Sachschaden drohte.

4. Absichtlich herbeigeführte Verkehrsunfälle stellen ein Hindernisbereiten (§ 315 b Abs. 1 Nr. 2 StGB) oder durch einen „ähnlichen, ebenso gefährlichen Eingriff“ (§ 315 b Abs. 1 Nr. 3 StGB) dar (vgl. BGHSt 48, 233; BGH NZV 1992, 157).

600. BGH 4 StR 20/08 - Beschluss vom 6. Mai 2008 (LG Dortmund)

Schwere Brandstiftung (teilweises Zerstören durch Brandlegung bei einem Mehrfamilienhaus; Inbrandsetzen).

§ 306a Abs. 1 Nr. 1 StGB; § 64 StGB

Teilweises Zerstören setzt bei einer Brandlegung in einem Mehrfamilienhaus voraus, dass (zumindest) ein zum selbständigen Gebrauch bestimmter Teil des Wohngebäudes, d. h. eine zum Wohnen bestimmte, abgeschlossene Untereinheit, durch die Brandlegung für Wohnzwecke unbrauchbar geworden ist. Hierfür genügt es nicht, dass lediglich das Mobiliar zerstört wurde. Erforderlich ist vielmehr, dass für den verständigen Wohnungsinhaber die Wohnung wegen der Brandlegungsfolgen für eine beträchtliche Zeit - und nicht nur für Stunden oder einen Tag - nicht mehr benutzbar ist (BGHR StGB § 306 Zerstörung 2), wobei dies auch Folge einer starken Verrußung sein kann (BGH StV 2002, 145).

605. BGH 4 StR 150/08 - Beschluss vom 27. Mai 2008 (LG Essen)

Erpresserischer Menschenraub (Absicht der Ausnutzung des Sich Bemächtigtens) und versuchte räuberische Erpressung; Unterbringung in einer Entziehungsanstalt.

§ 239a StGB; § 255 StGB; § 64 StGB

Zwischen der Bemächtigungslage und der beabsichtigten Erpressung muss bei § 239a StGB ein funktionaler und zeitlicher Zusammenhang derart bestehen, dass der Täter das Opfer oder einen Dritten während der Dauer der Zwangslage erpressen will (vgl. BGHSt 40, 350, 355; BGHR StGB § 239 a Abs. 1 Sichbemächtigen 5; vgl. auch

Fischer StGB 55. Aufl. § 239 a Rdn. 7 m.w.N.). Sieht dagegen der Tatplan vor, dass die Leistung, die der Täter erpressen will, erst zu einem Zeitpunkt erfolgen soll, zu dem die Bemächtigungslage bereits beendet ist, fehlt es an der Absicht des Ausnutzens gemäß § 239 a Abs. 1 StGB.

613. BGH 5 StR 85/08 - Beschluss vom 21. Mai 2008 (LG Braunschweig)

Abgrenzung von sexueller Nötigung und Nötigung; Hinweispflicht (rechtliches Gehör; Ausschluss einer anderen Verteidigungsmöglichkeit); Tenorierung bei benannten Strafzumessungsregeln (Regelbeispielen; Vergewaltigung); sexueller Missbrauch von Schutzbefehlen.

§ 240 StGB; § 177 Abs. 2 StGB; § 265 StPO; § 174 Abs. 2 Nr. 1 StGB a.F.

1. Der Tatbestand des § 177 Abs. 1 StGB lässt das Abnötigen einer sexuellen Handlung für sich genommen nicht ausreichen, vielmehr muss diese Handlung vom Täter oder von einem Dritten am Opfer oder vom Opfer am Täter oder an einem Dritten vorgenommen werden. Die Handlung vor dem Täter genügt nicht (vgl. BGH NStZ 1992, 433). Ist der erforderliche sexualbezogener Körperkontakt nicht eingetreten, kann aber noch eine Nötigung vorliegen.

2. Der Grundsatz, dass Strafzumessungsvorschriften nicht in den Urteilstenor aufzunehmen sind, wird nur durchbrochen für Fälle des Beischlafs und solchen, in denen die besonders erniedrigenden sexuellen Handlungen mit einem Eindringen in den Körper verbunden sind (BGHR StGB § 177 Abs. 2 Strafraumenwahl 10). Für den Schuldspruch in den Fällen, in denen beischlafähnliche besonders erniedrigende Handlungen nicht mit einem Eindringen in den Körper verbunden sind, § 177 Abs. 2 Satz 2 Nr. 1 2. Variante StGB, gelten hingegen keine Besonderheiten. Die Verurteilung erfolgt wegen sexueller Nötigung ohne Kennzeichnung des Strafzumessungsgrundes.

Rechtsprechung

III. Strafzumessungs- und Maßregelrecht

593. BGH 1 StR 192/08 - Beschluss vom 28. Mai 2008 (LG Ravensburg)

BGHSt; Vorverurteilung im Sinne von § 66 Abs. 1 Nr. 1 StGB (nachträgliche Sicherungsverwahrung; Orientierung an der Warnfunktion des Urteils; nachträgliche Gesamtstrafenbildung).

§ 66 Abs. 1 Nr. 1 StGB; § 66b StGB

1. Zur Vorverurteilung im Sinne von § 66 Abs. 1 Nr. 1 StGB. (BGHSt)

2. Die Anordnung der Sicherungsverwahrung nach § 66 Abs. 1 StGB ist gerechtfertigt, wenn der Täter vor Bege-

hung der neuen Tat die Warnfunktion eines Strafurteils zweimal missachtet hat (vgl. zur Warnfunktion BGHSt 35, 6, 12; BGH NStZ 1992, 328). (Bearbeiter)

598. BGH 1 StR 243/08 - Beschluss vom 28. Mai 2008 (LG München)

Verstoß gegen Weisungen während der Führungsaufsicht; Schuldunfähigkeit (mangelnde Einsichtsfähigkeit auf Grund von Demenz bei Morbus Pick; krankhafte seelische Störung); Unterbringung in einem psychiatrischen Krankenhaus (Gefährlichkeitsprognose bei Verstößen gegen Weisungen; lediglich formale Verstöße; Darlegungspflichten).

§ 145a StGB; § 20 StGB; § 63 StGB

1. Nicht jeder Verstoß gegen § 145a StGB vermag aber die Annahme zukünftiger Gefährlichkeit zu begründen, welche für die außerordentlich beschwerende Unterbringung in einem psychiatrischen Krankenhaus Voraussetzung ist. Auch mit Blick auf den Grundsatz der Verhältnismäßigkeit (§ 62 StGB) wird etwa die Nichterfüllung der Weisung, sich zu bestimmten Zeiten bei der Aufsichtsstelle oder einem Bewährungshelfer zu melden (§ 68b Abs. 1 Satz 1 Nr. 7 StGB), grundsätzlich nicht geeignet sein, eine zukünftige Gefährlichkeit für die Allgemeinheit zu prognostizieren.

2. Das Gericht muss für die Überprüfung der Gefährlichkeitsprognose nach § 63 StGB darstellen, dass es sich bei Verstößen gegen § 145a StGB nicht nur um lediglich formale Gehorsamsverstöße gehandelt hat, wenn es seine Prognose auf diese Verstöße stützt.

641. BGH 3 StR 38/08 - Beschluss vom 27. März 2008 (LG Hannover)

Unterbringung in einer Entziehungsanstalt (Hang; Vorrang gegenüber vollstreckungsrechtlichen Maßnahmen nach BtMG; Beschaffungskriminalität).
§ 64 StGB; § 35 BtMG

1. Von der Anordnung der Unterbringung in einer Entziehungsanstalt darf nicht deshalb abgesehen werden, weil eine Entscheidung nach § 35 BtMG ins Auge gefasst ist, denn die Unterbringung nach § 64 StGB geht der dem Vollstreckungsverfahren vorbehaltenen Maßnahme nach § 35 BtMG vor.

2. Ausreichend für die Annahme eines Hangs zum übermäßigen Genuss von Rauschmitteln ist es bereits, dass der Betroffene aufgrund seiner Abhängigkeit sozial gefährdet oder gefährlich erscheint. Dies kommt nicht nur dann in Betracht, wenn der Betroffene Rauschmittel in einem solchen Umfang zu sich nimmt, dass seine Gesundheit oder Arbeits- und Leistungsfähigkeit dadurch erheblich beeinträchtigt werden, sondern auch bei so genannter Beschaffungskriminalität.

3. Für die Bejahung eines symptomatischen Zusammen-

hangs zwischen der Tat und einem Hang im Sinne des § 64 StGB ist ausreichend, dass der Hang - gegebenenfalls neben anderen Umständen - mit dazu beigetragen hat, dass der Täter die Tat begangen hat. Dies ist typischerweise bei der so genannten Beschaffungskriminalität von Rauschgiftsüchtigen der Fall, wenn also die Straftat unmittelbar oder - wenn sie etwa der Tilgung von suchtbedingten Schulden dienen soll - mittelbar der Beschaffung von Drogen für den Eigenkonsum dient

651. BGH 3 StR 84/08 - Urteil vom 12. Juni 2008 (LG Kiel)

Verminderte Schuldfähigkeit (Strafrahmenverschiebung; selbst zu verantwortende und verschuldete Trunkenheit; Alkoholabhängigkeit; schwere andere seelische Abartigkeit); Unterbringung (Sicherungsverwahrung; Entziehungsanstalt; psychiatrisches Krankenhaus; Konkurrenzen); Schweregrad einer Persönlichkeitsstörung (Gesamtschau).
§ 20 StGB; § 21 StGB; § 49 Abs. 1 StGB; § 63 StGB; § 64 StGB; § 66 StGB; § 72 StGB

1. Auch bei einer nicht pathologisch bedingten schweren Persönlichkeitsstörung ist das Eingangsmerkmal der §§ 20, 21 StGB gegeben, wenn die Persönlichkeitsstörung in ihrem Gewicht einer krankhaften seelischen Störung gleichkommt und Symptome aufweist, die in ihrer Gesamtheit das Leben des Täters vergleichbar schwer und mit ähnlichen Folgen stören, belasten oder einengen.

2. Zur Beurteilung des Schweregrades einer Persönlichkeitsstörung bedarf es einer Gesamtschau der Persönlichkeit des Angeklagten und deren Entwicklung, der Tatvorgeschichte, des unmittelbaren Anlasses und der Ausführung der Tat sowie des Verhaltens nach der Tat.

3. Die Unterbringung in einer Entziehungsanstalt (§ 64 StGB) kann neben der Anordnung von Sicherungsverwahrung oder der Unterbringung in einem psychiatrischen Krankenhaus in Betracht kommen. Liegen die Voraussetzungen sowohl des § 63 StGB als auch des § 66 StGB vor, kann die Unterbringung in einem psychiatrischen Krankenhaus die Anordnung von Sicherungsverwahrung entbehrlich machen (§ 72 Abs. 1 StGB).

Rechtsprechung

IV. Strafverfahrensrecht mit GVG

611. BGH 5 StR 38/08 - Urteil vom 10. Juni 2008 (LG Berlin)

BGHSt; Beweisantrag (Konnexitätsanfordernis bei fortgeschrittener Beweisaufnahme; Wahrnehmungssituation des benannten Zeugen und Geeignetheit des Beweismittels; Beweisantrag „ins Blaue hinein“; Bestimmtheit der Beweisbehauptung; Beweisteilhabe und

Beweiseignung); Recht auf ein faires Verfahren (Hinweispflicht zur Darlegung der Konnexität des Beweismittels bei Hilfsbeweisanträgen).
Art. 6 EMRK; § 244 Abs. 3, Abs. 6 StPO

1. Zum Erfordernis der Konnexität zwischen Beweisbehauptung und Beweismittel in einem Beweisantrag bei

fortgeschrittener Beweisaufnahme, welche die Wahrnehmungssituation des benannten Zeugen eingeschlossen hat. (BGHSt)

2. Ein Gericht ist nur dann zur Behandlung eines Antrags gemäß § 244 Abs. 6 StPO veranlasst, wenn die Konnexität der aufgestellten bestimmten Beweisbehauptung mit dem benannten Beweismittel gegeben ist (vgl. BGHR StPO § 344 Abs. 2 Satz 2 Aufklärungsrüge 9; BGHSt 43, 321, 329 f.; vgl. auch BVerfG – Kammer –, Beschluss vom 10. Mai 2005 – 2 BvR 2144/04). (Bearbeiter)

3. Bei fortgeschrittener Beweisaufnahme kann sich der Anspruch auf weitere Beweiserhebung nur auf eine Ausweitung oder Falsifizierung, nicht aber auf eine bloße nicht weiter ergiebige Wiederholung (vgl. BGHSt 46, 73, 80 m.w.N.) des bisher erhobenen Beweisstoffs beziehen. In Abhängigkeit von der bei Antragstellung vorgefundenen und darin einzubeziehenden Beweislage muss die Wahrnehmungssituation des benannten Zeugen in einem Beweisantrag konkret genug bezeichnet werden, soweit sich diese nicht von selbst versteht. (Bearbeiter)

4. Bei Hilfsbeweisanträgen kann es der Fairnessgrundsatz gebieten, die Antragsteller auf die nicht ausreichend dargelegte Konnexität hinzuweisen (vgl. BGHR StPO § 244 Abs. 6 Beweisantrag 38). (Bearbeiter)

645. BGH 3 StR 6/08 - Beschluss vom 27. März 2008 (LG Hildesheim)

BGHSt; Wiedereinsetzung in den vorigen Stand (aufgrund Formmangels unzulässige Verfahrensrüge); rechtliches Gehör; Verlesung einer Erklärung des Angeklagten (Beweisantrag; kein Wahlrecht auf eine schriftliche statt einer mündlichen Einlassung trotz geringerer Revisibilität); Vernehmung; Urkundsbeweis; rechtsstaatswidrige Verfahrensverzögerung (Kompensation; Vollstreckungslösung; Beschwer); Recht auf konkrete und wirksame Verteidigung.

§ 44 StPO; § 243 Abs. 4 Satz 2 StPO; § 244 Abs. 2 und 3 StPO; § 344 Abs. 2 Satz 2 StPO; Art. 103 Abs. 1 GG; § 46 StGB; Art. 6 EMRK; Art. 13 EMRK; Art. 20 Abs. 3 GG

1. Zur Verlesung von schriftlichen Erklärungen des Angeklagten durch das Gericht und zur Behandlung hierauf gerichteter Beweisanträge. (BGHSt)

2. Der Angeklagte hat keinen Anspruch darauf, dass das Gericht seine schriftliche Einlassung in der Hauptverhandlung verliest (vgl. BGH NJW 1994, 2904, 2906; BGH NStZ 2000, 439; 2004, 163, 164; StV 2007, 622). Ist ein Angeklagter bereit, Angaben zur Sache zu machen, so ist er gemäß § 243 Abs. 4 Satz 2, § 136 Abs. 2 StPO zu vernehmen. Die Vernehmung erfolgt nach dem allgemeinen Sprachgebrauch und dem Zweck der Vorschrift durch eine mündliche Befragung mit mündlichen Antworten und kann nicht dadurch umgangen werden, dass der Angeklagte seine Stellungnahme zur Anklage in einem Schreiben an das Gericht niederlegt und nach dessen Eingang einen Antrag auf Verlesung des Wortlauts im Urkundsbeweis stellt. (Bearbeiter)

3. Wenn das Gericht einer nach dem Inhalt einer schriftlichen Einlassung des Angeklagten sich aufdrängenden Beweistatsache nicht nachgeht oder ein sich danach aufdrängendes Beweismittel nicht verwendet, verletzt es seine Aufklärungspflicht. Mit der Aufklärungsrüge kann dann aber nicht die unterlassene Verlesung der Einlassung als solche gerügt werden, sondern nur die unterlassene Erhebung von Beweisen, die sich aufgrund der zum Akteninhalt gewordenen schriftlichen Erklärung aufdrängte. (Bearbeiter)

4. Wiedereinsetzung in den vorigen Stand kann nur für den Fall zu gewähren sein, dass eine Frist versäumt worden ist (§ 44 Satz 1 StPO), nicht aber zur formgerechten Wiederholung einer zunächst – innerhalb der Frist zur Begründung der Revision – nicht formgerecht vorgetragenen und daher unzulässigen Verfahrensrüge, es sei denn, dass dies zur Wahrung des Anspruchs des Beschwerdeführers auf rechtliches Gehör (Art. 103 Abs. 1 GG) unerlässlich erscheint. (Bearbeiter)

634. BGH 2 StR 132/08 - Beschluss vom 30. April 2008 (LG Kassel)

Beweisantrag (Bescheidungsspflicht); Ersetzung von Beweismitteln (gleich sichere oder bessere Erkenntnisquelle); Verlesung eines polizeilichen Protokolls (Uhrzeit der Protokollierung).

§ 244 Abs. 3, Abs. 6 StPO; § 256 Abs. 1 Ziffer 5 StPO

1. Zwar kann nicht jedes Beweismittel durch ein anderes ersetzt werden; so ist es dem Gericht grundsätzlich verwehrt, sich eines anderen Zeugen oder einer Urkunde zu bedienen, wenn es mit Rücksicht auf das Beweisthema auf die individuelle Wahrnehmung und damit auf die vom Gericht zu beurteilende Glaubwürdigkeit des im Beweisantrag bezeichneten Zeugen ankommt. Das Gericht darf jedoch das Beweismittel austauschen und die Bescheidung eines Beweisantrages unterlassen, wenn nach den Umständen des Einzelfalls das gewählte Beweismittel gegenüber dem angebotenen eine gleich sichere oder bessere Erkenntnisquelle darstellt. Dies kann sogar im Interesse der Verfahrensbeschleunigung und der Sachaufklärung geboten sein.

2. Niederschriften von Vernehmungen können zum Zwecke des Beweises der äußeren Umstände der Vernehmungen – etwa der Uhrzeit – als „Protokolle [...] über Ermittlungshandlungen, soweit diese nicht eine Vernehmung zum Gegenstand haben“ im Sinne des § 256 Abs. 1 Nr. 5 StPO verlesen werden.

609. BGH 4 StR 443/07 - Beschluss vom 10. April 2008 (LG Bielefeld)

Gesetzlicher Richter (Unabhängigkeit und Unparteilichkeit; Besorgnis der Befangenheit; Überdehnung des § 26a Abs. 1 Nr. 3 StPO; Verschleppungsabsicht; Willkür; absoluter Revisionsgrund); rechtliches Gehör (unzulässige Verkürzung des Verteidigungsvortrags im Ablehnungsverfahren); Vorsatz bei der Hehlerei und Gewerbsmäßigkeit; Verschlechterungsverbot; redaktioneller Hinweis.

Art. 101 Abs. 1 Satz 2 GG; Art. 103 Abs. 1 GG; Art. 6

EMRK; § 26a Abs. 1 Nr. 3 StPO; § 338 Nr. 3 StPO; § 358 Abs. 2 StPO; § 259 StGB; § 260 Abs. 1 Nr. 1 StGB; § 15 StGB; § 16 Abs. 1 Satz 1 StGB

1. Die Vorschrift des § 26 a StPO gestattet nur ausnahmsweise, dass ein abgelehnter Richter selbst über einen gegen ihn gestellten Befangenheitsantrag entscheidet. Voraussetzung für diese Ausnahme von dem in § 27 StPO erfassten Regelfall der Entscheidung ohne die Mitwirkung des abgelehnten Richters ist, dass keine Entscheidung in der Sache getroffen wird, vielmehr die Beteiligung des abgelehnten Richters auf eine echte Formalentscheidung oder die Verhinderung eines offensichtlichen Missbrauchs des Ablehnungsrechts beschränkt bleibt (BVerfG-Kammer - NJW 2005, 3410, 3412; BGH NStZ 2008, 46, 47). Die Anwendung des § 26 a StPO darf nicht dazu führen, dass der abgelehnte Richter sein eigenes Verhalten beurteilt und damit „Richter in eigener Sache“ wird. Ist ein - wenn auch nur geringfügiges - Eingehen auf den Verfahrensgegenstand erforderlich, scheidet die Ablehnung als unzulässig aus (BVerfG NJW 2006, 3129, 3132).

2. Dies gilt auch für die Anwendung des § 26 a Abs. 1 Nr. 3 StPO (vgl. BVerfG aaO S. 3133). Jedenfalls bei einer willkürlichen oder die Verfassungsgarantie des Art. 101 Abs. 1 Satz 2 GG erheblich missachtenden Überschreitung des durch § 26 a StPO abgesteckten Rahmens begründet bereits dies den absoluten Revisionsgrund des § 338 Nr. 3 StPO (BGHSt 50, 216, 219; BGHR StPO § 26 a Unzulässigkeit 15).

3. Die genaue Kenntnis des Hehlers von der Vortat ist nicht erforderlich; vielmehr muss er sich lediglich eine strafbare Handlung vorstellen, die als Vortat für eine Hehlerei prinzipiell geeignet ist, also fremde Vermögensinteressen verletzt und eine rechtswidrige Vermögenslage schafft (vgl. BGH NStZ 1992, 84).

4. Die Annahme der Gewerbmäßigkeit der Hehlerei im Sinne von § 260 Abs. 1 Nr. 1 StGB setzt stets eigennütziges Handeln und damit tätereigene Einnahmen voraus. Dafür reicht es aber aus, wenn die Einnahmen dem Angeklagten mittelbar zufließen sollten (vgl. BGH NStZ 1998, 622, 623; BGH, Beschl. vom 19. Dezember 2007 - 5 StR 543/07).

639. BGH 2 ARs 74/08 / 2 AR 43/08 - Beschluss vom 16. April 2008 (AG Bremen)

BGHSt; örtliche Zuständigkeit zur Anordnung von Ermittlungsmaßnahmen wegen Ordnungswidrigkeiten nach TKG.
§ 102 StPO; § 105 StPO; § 162 Abs. 1 StPO; § 55 Abs. 1 TKG; § 127 TKG; § 129 TKG; § 149 TKG

1. Zuständig für die Entscheidung über den Antrag auf Anordnung einer Durchsuchung wegen des Verdachts, eine Sendeanlage ohne Frequenzzuteilung genutzt zu haben, ist das Amtsgericht, in dessen Bezirk die Verfolgungsbehörde oder ihre den Antrag stellende Zweigstelle ihren Sitz hat. (BGHSt)

2. § 127 Abs. 6 TKG, wonach Durchsuchungen nur auf Anordnung des Amtsgerichts, in dessen Bezirk die

Durchsuchung erfolgen soll, vorgenommen werden können, gilt lediglich für Durchsuchungen, die der Durchsetzung des in den Absätzen 1 bis 5 der Vorschrift geregelten Auskunfts-, Einsichts- und Prüfungsrechts der Bundesnetzagentur dienen. (Bearbeiter)

632. BGH 2 StR 82/08 - Beschluss vom 30. April 2008 (LG Frankfurt am Main)

Aufklärungsrüge (Aufklärungspflicht; Rüge der Aktenwidrigkeit); Beweiswürdigung (Beruhen auf einem Rechtsfehler; Haupterwägung; Hilferwägung).
§ 244 StPO; § 261 StPO; § 337 StPO

1. Widersprüche zwischen dem Inhalt des Urteils und den Akten sind revisionsrechtlich unerheblich, wenn sie sich nicht aus dem Urteil selbst ergeben.

2. Ergibt sich ein Widerspruch nicht aus dem Urteil selbst, so läuft die darauf bezogene Rüge der Verletzung der Aufklärungspflicht auf die unzulässige Rüge der Aktenwidrigkeit hinaus.

3. Auch ein Unschuldiger kann sich einem Strafverfahren mit einem für ihn ungewissen Ausgang entziehen wollen. Daher lässt die Flucht eines Angeklagten regelmäßig keinen tragfähigen Schluss darauf zu, was sich wirklich ereignet hat.

592. BGH 1 StR 189/08 - Beschluss vom 29. Mai 2008 (LG Stuttgart)

Ablehnung eines Beweisantrages (Wahrunterstellung; Ungeeignetheit eines Zeugen).
§ 244 Abs. 3 Satz 2 4. Var. und 7. Var. StPO

Zwar trifft es zu, dass ein Zeuge nicht schon dann ein völlig ungeeignetes Beweismittel ist, wenn er zum Beweis innerer Tatsachen benannt worden ist (vgl. BGH StV 1987, 236, 237). Grund hierfür ist aber der Umstand, dass ein solcher Zeuge möglicherweise äußere Umstände bekunden kann, die Schlussfolgerungen auf innere Tatsachen zulassen (vgl. BGH StV 1984, 61). Ist eine derartige Möglichkeit aber auszuschließen, kann ein Zeuge wegen Ungeeignetheit abgelehnt werden, wenn er innere Tatsachen bekunden soll.

640. BGH 3 StR 28/08 - Beschluss vom 9. April 2008 (LG Wuppertal)

Wiedereinsetzung in den vorigen Stand (weitere Begründung einer Verfahrensrüge; rechtliches Gehör); Konfrontationsrecht; Hemmung der Verjährung (Aussetzung eines Zivilprozesses).
§ 44 StPO; § 344 Abs. 2 Satz 2 StPO; Art. 6 EMRK; § 149 ZPO; § 204 BGB

1. Eine Wiedereinsetzung in den vorigen Stand – nämlich die Frist zur Begründung der Revision – kommt nicht allein deswegen in Betracht, weil eine Verfahrensrüge innerhalb der Frist zwar erhoben ist, dabei jedoch die gesetzliche Formvorschrift des § 344 Abs. 2 Satz 2 StPO nicht gewahrt wurde.

2. Die Aussetzung eines Zivilverfahrens gemäß § 149 ZPO beendet die Hemmung der Verjährung nicht.

V. Wirtschaftsstrafrecht und Nebengebiete

591. BGH 1 StR 166/07 - Urteil vom 30. Mai 2008 (LG Mannheim)

BGHSt; Versendung standardisierter Gewinnmitteilungen und Geschenkversprechen im Versandhandel; strafbare Werbung (Unwahrheit; Eignung zur Irreführung; geschäftliche Verhältnisse; Zusammenhang zwischen Werbeaussage und beworbener Ware oder Leistung; intendierter rein wirtschaftlicher Zusammenhang); (Wertersatz-)Verfall von Kaufpreiszahlungen, die aus strafbarer Werbung erlangt worden sind (Bereicherungszusammenhang bei Drittbegünstigten; entgegenstehende Schadensersatzansprüche von Kunden aus unerlaubter Handlung); Bestimmung des Erlangten (Bruttoprinzip; Differenzierung zwischen Verpflichtungsgeschäft und dinglichem Erfüllungsgeschäft: Divergenz zum 5. Strafsenat – „Kölner Müllfall“; Wettbewerbsvorteil); Härtefallklausel (Ermessen; Verhältnis von Insolvenzverfahren und Verfall); Verbotsirrtum.

§ 263 StGB; § 16 Abs. 1 n.F. UWG; § 4 Abs. 1 a.F. UWG; § 73 Abs. 1 Satz 1, Abs. 3 StGB; § 73 Abs. 1 Satz 2 StGB; § 73a StGB; § 823 Abs. 2 BGB; § 661a BGB; § 17 StGB

1. Zum Zusammenhang zwischen Werbeaussage und beworbener Ware oder Leistung als Voraussetzung strafbarer Werbung. (BGHSt)

2. Werden Kunden mittels strafbarer Werbung zu Warenbestellungen veranlasst, sind die Kaufpreiszahlungen, welche die Kunden dafür an den Täter oder Drittbegünstigten leisten, von diesem aus den Taten erlangt und unterliegen – unbeschadet vorrangiger Ansprüche von Verletzten – in vollem Umfang dem Verfall. (BGHSt)

3. Infolge der strafbaren Werbung können den Bestellern Schadensersatzansprüche aus unerlaubter Handlung jeweils in Höhe des gezahlten Kaufpreises zustehen, die den Verfallsbetrag vermindern. (BGHSt)

4. Der erforderliche Zusammenhang zwischen Werbung und beworbener Ware oder Leistung ist unzweifelhaft gegeben, wenn im Sinne eines rechtlichen Zusammenhangs der in der Werbeaussage versprochene Vorteil vom beabsichtigten Erwerbsgeschäft abhängig gemacht wird, so dass eine Kopplung der – vermeintlichen – Vorteilserlangung an die Bestellung der beworbenen Ware bzw. an die Inanspruchnahme der beworbenen Leistung vorliegt. Auf diese Fallkonstellation ist § 16 UWG aber nicht beschränkt. Für Fälle der vorliegenden Art ist ein rechtlicher Zusammenhang nicht zwingend erforderlich. Von Bedeutung ist in Fällen der vorliegenden Art insoweit nur, ob der angepriesene geldwerte Vorteil mit der Ware oder Leistung als einheitliches Angebot zu qualifizieren ist. Für die Frage, ob ein einheitliches Angebot gegeben

ist, ist maßgeblich der – vom Täter intendierte – Gesamteindruck der Werbeaussage auf die Adressaten. Dabei kommt es im Sinne eines wirtschaftlichen Zusammenhangs entscheidend darauf an, dass nach den Vorstellungen des Täters („Absicht“) die Entscheidung des Adressaten für das Erwerbsgeschäft unter wirtschaftlichen Gesichtspunkten von dem angepriesenen geldwerten Vorteil beeinflusst wird. (Bearbeiter)

5. Ein „Wettbewerbsvorteil“, der zunächst nur in einer Chance auf Warenbestellungen besteht, ist kein tauglicher Anknüpfungspunkt für den Verfall. Eine solche Chance ist für den Begünstigten überhaupt nur in dem Umfang werthaltig, in dem Empfänger auch tatsächlich Waren bestellen. Einen hiervon zu trennenden Marktwert hat eine solche Chance nicht. (Bearbeiter)

6. Bei Fällen der durch strafbare Werbung erlangten Warenbestellungen sind sowohl die Vertragsschlüsse als auch die Kaufpreiszahlungen Erlangtes im Sinne des (Wertersatz-)Verfalls (Abgrenzung von BGHSt 50, 299 ff. – 5. Strafsenat). (Bearbeiter)

7. Wäre das vom 5. Strafsenat in BGHSt 50, 299 herangezogene Kriterium der strafrechtlichen Bemakelung dahin zu verstehen, dass die Ausführung eines Vertrags für sich gesehen strafbar sein müsse, könnte der 1. Strafsenat dieser Einschränkung nicht folgen. (Bearbeiter)

8. Ein Verbotsirrtum im Sinne von § 17 StGB liegt nicht schon dann vor, wenn der Täter keine Kenntnis von der Strafbarkeit seines Verhaltens und der Anwendbarkeit eines Strafgesetzes hat. Für die Unrechtseinsicht ist bereits ausreichend das Bewusstsein eines Verstoßes gegen die Rechtsordnung (BGHR StGB § 17 Unrechtsbewusstsein 1). Ob der Täter glaubt, straf-, öffentlich- oder zivilrechtliche Normen zu verletzen, hat hingegen grundsätzlich keine Bedeutung. (Bearbeiter)

623. BGH 5 StR 342/04 - Beschluss vom 9. Juni 2008 (LG Augsburg)

BGHSt; ne bis in idem nach dem Schengener Abkommen (Strafklageverbrauch; Anwendung auf eine einheitliche Schmuggelfahrt; Verfahrenseinstellung; Kriterien des EuGH und Berücksichtigung des Einzelfalles; Behandlung von Jurisdiktionsgrenzen); Steuerhehlerei und Steuerhinterziehung (Zigarettschmuggel).

Art. 54 SDÜ; Art. 103 Abs. 3 GG; § 206a StPO; § 154 Abs. 2 StPO; § 370 AO; § 374 AO

1. Strafklageverbrauch nach Art. 54 SDÜ bei einheitlicher „Schmuggelfahrt“ durch mehrere EU-Mitgliedstaaten. (BGHSt)

2. Art. 54 SDÜ ist dahin auszulegen, dass das maßge-

bende Kriterium für die Anwendung dieses Artikels das der Identität der materiellen Tat, verstanden als das Vorhandensein eines Komplexes unlösbar miteinander verbundener Tatsachen ist, unabhängig von der rechtlichen Qualifizierung der Tatsachen oder von dem geschützten rechtlichen Interesse. Handlungen, die in der Übernahme geschmuggelten ausländischen Tabaks in einem Vertragsstaat sowie in der Einfuhr in einen Vertragsstaat und dem dortigen Besitz bestehen und sich dadurch auszeichnen, dass der in zwei Vertragsstaaten verfolgte Angeklagte von Anfang an vorhatte, den Tabak nach der ersten Übernahme über mehrere Vertragsstaaten zu einem endgültigen Bestimmungsort zu transportieren, sind Vorgänge, die unter dem Begriff „dieselbe Tat“ im Sinne dieses Art. 54 SDÜ fallen können. Die endgültige Beurteilung ist Sache der zuständigen nationalen Instanzen. Dies führt in der Regel zur Annahme einer Tat im Sinne des Art. 54 SDÜ, es sei denn besondere Umstände wie etwa eine wesentliche Unterbrechung der Fahrt begründeten eine Zäsur. (Bearbeiter)

3. Die rechtliche Einordnung des Sachverhaltes nach den Strafrechtsordnungen der Vertragsstaaten ist für die Auslegung des Begriffs der Tat im Sinne von Art. 54 SDÜ unbeachtlich. Die Subsumtion des Tatgeschehens unter den Begriff der Tat nach Art. 54 SDÜ ist von der rechtlichen Qualifizierung der Tatsachen unabhängig. Damit richtet sich die Auslegung des Begriffs der Tat gemäß Art. 54 SDÜ nicht nach strafrechtlichen Kriterien der Vertragsstaaten. Vielmehr handelt es sich bei dem Tatbegriff des Art. 54 SDÜ um einen eigenständigen, autonom europarechtlich auszulegenden Begriff des SDÜ. Die Auslegung dieses Begriffs hat sich am Zweck des Art. 54 SDÜ auszurichten, die ungehinderte Ausübung des Rechts auf Freizügigkeit der Unionsbürger zu sichern (vgl. EuGH, Urteile vom 11. Februar 2003 in den verbundenen Rechtssachen C-187/01 und C-385/01 ‚Gözütok und Brügger‘ Slg. 2003, I-1345, Rdn. 36 ff.). (Bearbeiter)

4. Für die Auslegung des Begriffs der Tat im Sinne des Art. 54 SDÜ ist ohne Bedeutung, ob das Verhalten des Angeklagten nach dem Rechtsverständnis des deutschen Strafrechts als mehrere Taten im prozessualen Sinn (§ 264 StPO) zu werten ist. (Bearbeiter)

5. Die von einem Gericht eines Vertragsstaats verhängte Sanktion ist im Sinne von Art. 54 SDÜ „bereits vollstreckt“ worden oder wird „gerade vollstreckt“, wenn der Angeklagte nach dem Recht dieses Vertragsstaats zu einer Freiheitsstrafe verurteilt wurde, deren Vollstreckung zur Bewährung ausgesetzt worden ist. (Bearbeiter)

6. Die von einem Gericht eines Vertragsstaats verhängte Sanktion ist im Sinne von Art. 54 SDÜ weder „bereits vollstreckt“ worden noch wird sie „gerade vollstreckt“, wenn der Angeklagte kurzfristig in Polizei- und/oder Untersuchungshaft genommen worden ist und dieser Freiheitsentzug nach dem Recht des Urteilsstaats auf eine spätere Vollstreckung der Haftstrafe anzurechnen wäre. (Bearbeiter)

7. Ob der Grundsatz, dass die Auslegung des Begriffs der Tat im Sinne von Art. 54 SDÜ unabhängig von den geschützten rechtlichen Interessen zu erfolgen hat, auch

dann uneingeschränkt Geltung beanspruchen kann, wenn die Grenzen der Jurisdiktionsbefugnis im Erstverurteilungsstaat eine Berücksichtigung bestimmter Geschehensabläufe in anderen Mitgliedstaaten nicht zulassen, lässt der Senat offen. (Bearbeiter)

594. BGH 1 StR 196/08 - Beschluss vom 28. Mai 2008 (LG Deggendorf)

BGHR; Beihilfe zum unerlaubten Handeltreiben mit Betäubungsmitteln nach deren Sicherstellung (Divergenz der Strafsenate; straflose versuchte Beihilfe; weite Auslegung des Handeltreibens); redaktioneller Hinweis.

§ 27 StGB; § 29 Abs. 1 Nr. 1 BtMG

1. Zur Strafbarkeit der Beihilfe zum unerlaubten Handeltreiben mit Betäubungsmitteln nach deren Sicherstellung (in Abgrenzung zu BGH NJW 2008, 1460). (BGH)

2. Für die Strafbarkeit wegen Beihilfe zum unerlaubten Handeltreiben mit Betäubungsmitteln genügt es, wenn der Gehilfe das Handeltreiben der Lieferungsempfänger zumindest erleichtert, während es unerheblich ist, dass sein Tun infolge der Sicherstellung des Betäubungsmittels von vornherein nicht erfolgreich sein konnte (vgl. BGH NStZ 1994, 441; BGH NStZ-RR 1996, 374; gegen BGH HRRS 2008 Nr. 220 – 5. Strafsenat). (Bearbeiter)

618. BGH 5 StR 93/08 - Beschluss vom 21. Mai 2008 (LG Potsdam)

Beendigung beim Subventionsbetrug (Verjährung); rechtsstaatswidrige Verfahrensverzögerung (Kompensation und Beachtung konkreter Belastungen bei der Strafzumessung); Strafzumessung beim Subventionsbetrug.

Art. 6 EMRK; Art. 13 EMRK; § 264 StGB; § 78 StGB; § 46 StGB; § 54 StGB

1. Ein Subventionsbetrug im Sinne des § 264 Abs. 1 StGB ist beendet, wenn der Subventionsempfänger auf der Grundlage des Zuwendungsbescheids die letzte (Teil-)Auszahlung erhält (vgl. BGHR StGB § 264 Abs. 1 Konkurrenzen 3).

2. Auch nach der Vollstreckungslösung ist nach einer rechtsstaatswidrigen Verfahrensverzögerung bei der Bemessung der Gesamtstrafe die schuldrelevante konkrete Belastung des Angeklagten durch die lange Verfahrensdauer zu beachten.

649. BGH 3 StR 493/07 - Beschluss vom 1. April 2008 (LG Hildesheim)

Fall Heros; Untreue (Treubruchstatbestand; Geldbearbeitungsdienstleistungen; pflichtwidrige Unterlassung des Meldens einer Treupflichtverletzung; Treupflicht des Geschäftsführers; Treupflicht des Prokuristen; strafbegründendes besonderes persönliches Merkmal); psychische Beihilfe.

§ 266 Abs. 1 StGB; § 246 StGB; § 14 Abs. 1 Nr. 1 StGB; § 13 StGB; § 27 StGB; § 28 Abs. 1 StGB

1. Aus der Stellung als Prokurist eines Unternehmens allein ergibt sich die Übertragung einer Treupflicht im Sinne des § 266 Abs. 1 StGB gegenüber den Kunden des Unternehmens nicht.

2. Ist die Treuepflicht einem Unternehmen übertragen worden, so kann ein Angestellter des Unternehmens - neben dessen Inhaber oder gesetzlichen Vertreter - jedoch dann Träger der qualifizierten Vermögensbetreuungspflicht sein, wenn ihm die diese Pflicht begründenden Tätigkeiten übertragen werden und er aufgrund der ihm eingeräumten Befugnisse bei der Erfüllung dieser Aufgaben hinreichend selbständig agieren kann. Dazu muss ihm auch die Möglichkeit eingeräumt sein, über das der Firma anvertraute Treugut selbständig zu verfügen.

3. Wegen der Weite des § 266 StGB sind die durch § 266 Abs. 1 StGB strafrechtlich geschützten Treueverhältnisse auf die Fälle zu beschränken, in denen für den Betreuenden eine besonders qualifizierte Pflichtenstellung in Bezug auf das fremde Vermögen begründet wird. Diese muss über allgemeine vertragliche Sorgfalts- und Rücksichtnahmepflichten ebenso hinausgehen wie über eine rein tatsächliche Einwirkungsmöglichkeit. Nach ständiger Rechtsprechung ist erforderlich, dass sich die Vermögensfürsorge als Hauptpflicht, also als zumindest mitbestimmende und nicht nur beiläufige Verpflichtung darstellt, wobei es nicht darauf ankommt, ob die Beteiligten sie als solche bezeichnen. Es muss hinzukommen, dass dem Täter die ihm übertragene Tätigkeit nicht

durch ins Einzelne gehende Weisungen vorgezeichnet ist, sondern ihm Raum für eigenverantwortliche Entscheidungen und eine gewisse Selbständigkeit belassen wird (BGH NJW 1991, 2574 m. w. N.). Hierbei ist aber nicht nur auf die Weite des dem Täter eingeräumten Spielraums abzustellen, sondern auch auf das Fehlen von Kontrolle, also auf seine tatsächlichen Möglichkeiten, ohne eine gleichzeitige Steuerung und Überwachung durch den Treugeber auf dessen Vermögen zuzugreifen.

612. BGH 5 StR 57/08 – Beschluss vom 20. Mai 2008 (LG Berlin)

Gebundene Entscheidung über die Einstellung eines Ermittlungsverfahrens; Bestechlichkeit (Dienstpflichtverletzung durch Betreibung eines Strafverfahrens trotz mangelnder Objektivität).

§ 170 Abs. 2 StPO; § 160 Abs. 2 StPO; § 332 StGB

1. Die Entscheidung, ob ein Ermittlungsverfahren nach § 170 Abs. 2 StPO einzustellen ist, stellt eine gebundene Entscheidung dar; mithin besteht kein Ermessen.

2. Wer ein Verfahren, in dem er vorher für die Verteidigung eine Stellungnahme abgegeben hatte, nunmehr als Einsatzleiter der Strafverfolgung weiterbetreibt, handelt pflichtwidrig.

Aufsätze und Anmerkungen

Sind Lehrer an einer Privatschule „Amtsträger“ im Sinne des § 340 StGB?

Zugleich Besprechung des Beschlusses OLG München 4 St RR 194/07 vom 22. Januar 2008 = HRRS 2008 Nr. 626

Von Prof. Dr. Werner Beulke und RA Wiss. Mit. Dr. Felix Ruhmannseder, Univ. Passau

A. Einleitung

Der vorliegende Beschluss des OLG München vom 22. Januar 2008 betrifft das Strafverfahren gegen eine Lehrkraft an einer bayerischen Freien Waldorfschule wegen Körperverletzung im Amt. Die Entscheidung behandelt im Schwerpunkt die Problematik der Amtsträgereigenschaft eines Lehrers, der an einer privaten Schule tätig ist. Bevor hierauf im Rahmen dieses Beitrags näher eingegangen wird, soll eingangs die Frage nach dem Bestehen eines Züchtigungsrechts von Lehrern behandelt werden. Sofern dies nämlich zu bejahen wäre, würde eine Körperverletzung und damit auch eine solche im Amt nach § 340 StGB ausscheiden.

B. Das Erziehungsrecht des Lehrers

I. Rechtliche Entwicklung des Züchtigungsrechts von Lehrkräften

1. Gewohnheitsrechtliche Anerkennung

Die Züchtigung von Schülern als Erziehungsmethode hat eine lange Tradition. Das Züchtigungsrecht von Lehrern wandelte sich in seiner konkreten Ausgestaltung im Laufe der Zeit immer wieder. Dabei orientierte es sich, ebenso wie das der Eltern, an der jeweiligen gesellschaftlichen und rechtlichen Einstellung, weshalb es mehr und

mehr an Stärke verlor. Während das Züchtigungsrecht der Eltern spätestens im Jahre 2000 deutlich eingeschränkt wurde¹, kamen Zweifel an der Legitimation des Züchtigungsrechts der Lehrer deutlich früher auf.

Rechtsprechung und Literatur sind allerdings lange Zeit vor der Kodifikation des BGB und auch noch bis weit in das 20. Jahrhundert hinein von dem Bestehen eines Züchtigungsrechts ausgegangen². So wurde noch in den 1970er Jahren ein Züchtigungsrecht von Lehrkörpern überwiegend als erforderlich angesehen, um eine für den Schulunterricht positive Disziplin unter den Schülern gewährleisten zu können. Ungeachtet der Einigkeit über das grundsätzliche Bestehen eines Züchtigungsrechts der Lehrer, existierten allerdings seit jeher unterschiedliche Ansätze zur Begründung bzw. Herleitung dieses Rechts. Anders als beim Erziehungsrecht der Eltern war nämlich keine ausdrückliche Gesetzesgrundlage vorhanden, aus der die Zulässigkeit von körperlichen Züchtigungshandlungen der Lehrer gegenüber ihren Schülern hätte hergeleitet werden können. Einige Rechtswissenschaftler griffen daher als Grundlage auf die im 20. Jahrhundert flächendeckend eingeführten Landesschulgesetze zurück³, während andere das Züchtigungsrecht der Lehrkraft aus dem Erziehungsrecht des Staates herleiteten⁴. Teilweise wurde die Rechtsgrundlage auch in der (Teil-)Übertragung der elterlichen Gewalt durch die Eltern auf die Lehrer erblickt⁵. Überwiegend war jedoch das Züchtigungsrecht der Lehrer an den Grund- und Hauptschulen (und auch an den weiterführenden Schulen gegenüber entsprechenden Altersstufen) als Gewohnheitsrecht anerkannt⁶.

Der hieraus resultierenden Züchtigungsbefugnis waren jedoch gewohnheitsrechtlich Grenzen nach Anlass, Zweck und Maß gesetzt. So waren die vom Lehrer vorgenommenen Züchtigungen durch das ihm grundsätzlich zustehende Züchtigungsrecht lediglich dann gerechtfertigt, wenn im konkreten Fall ein hinreichender Anlass zur Züchtigung bestand und die Lehrkraft in der Absicht richtig verstandener Erziehung gehandelt sowie die rechtlichen Grenzen des Züchtigungsrechts eingehalten hat⁷. Hierzu gehörte, dass die Züchtigung angemessen war. Nach Ansicht des RG⁸ deuteten Folgen der Züchtigung, wie z. B. Gehirnerschütterungen, blaue Flecken oder rote Striemen nicht unbedingt auf eine Überschreitung der Angemessenheit hin. Darüber hinaus wurde dem Lehrer zugestanden, auch außerhalb der Schule bzw. Schüler, die eine andere Schule besuchten, für außer-

schulisches Fehlverhalten zu bestrafen⁹. Diese großzügige Auslegung zugunsten des Lehrers wurde in der Folgezeit allerdings mehr und mehr zurückgenommen.

2. Gegenläufige Tendenzen in Gesellschaft, Rechtsprechung und Literatur

Gleichwohl wurde zunächst auch vom BGH ein schulisches Züchtigungsrecht anerkannt. Die höchstrichterliche Rechtsprechung war insoweit jedoch uneinheitlich. So hat etwa der 5. Strafsenat in deutlicher, auf pädagogische Gründe gestützter Ablehnung lediglich eingeräumt, dass „in seltenen Ausnahmefällen eine maßvolle körperliche Züchtigung durch den Lehrer am Platze sein mag“¹⁰. Diese Einschränkung hat der 2. Strafsenat in einer späteren Entscheidung dagegen fallen gelassen. Das bisher bestehende Gewohnheitsrecht sei nicht durch entgegenwirkende Gewohnheitsrechte aufgehoben oder eingeschränkt worden. Eine einheitliche, das bisherige Gewohnheitsrecht abändernde Auffassung habe sich nicht gebildet. Vielmehr sei eine Entwicklung eingeleitet worden, die zur gewohnheitsrechtlichen Aufhebung des Züchtigungsrechtes führen könne. Von dem Ende einer solchen Entwicklung könne hingegen nicht die Rede sein¹¹.

In der Folge fielen die gerichtlichen Einzelfallentscheidungen dennoch zunehmend strenger aus¹². Dies betraf insbesondere die Frage der Verhältnismäßigkeit einer körperlichen Züchtigung durch den Lehrer. Sowohl aus pädagogischer, als auch aus juristischer Sicht kam vermehrte Kritik am Einsatz von Zuchtmitteln in der Schule auf¹³. Die Erkenntnis, dass Züchtigungen die Kreativität eines Kindes hemmen und der Einsatz von Zuchtmitteln durch den Lehrer ein negatives Vorbild bei der Konfliktbewältigung darstellt, setzte sich immer mehr durch¹⁴. Zahlreiche Bundesländer gingen daher dazu über, die schulische körperliche Züchtigung ausdrücklich durch Gesetz zu verbieten¹⁵, während andere Bundesländer die Untersagung durch Verordnungen und Erlasse herbeigeführt haben. So unter anderem auch Bayern mit der Vorschrift des § 39 Abs. 2 S. 4 ASchO¹⁶. Zwar wurde durch die entsprechenden Verordnungen und Erlasse das damalige Gewohnheitsrecht nicht unmittelbar beseitigt. Vielmehr traten lediglich innerdienstliche, vor allem disziplinarrechtliche Wirkungen ein. Gleichwohl wurde aufgrund dieser Entwicklung angenommen, dass das gewohnheitsrechtliche Züchtigungsrecht derogiert wurde. Als Folge solcher ministeriellen Anordnungen, die sich in

¹ Vgl. hierzu *Beulke*, in: Festschrift für Hanack (1999), S. 539; *ders.*, in: Festschrift für Schreiber (2003), S. 29; *Eschelbach*, in: Beck'scher Onlinekommentar (BeckOK), StGB,

Edition 6 (Stand: 1.6.2008), § 223 Rn. 34.

² Ausführlich zur rechtlichen Entwicklung des Züchtigungsrechts BGHSt 6, 263, 265 ff.

³ Vgl. *Bruns* JZ 1957, 410, 413 f.

⁴ Vgl. RGSt 15, 376, 378; 40, 432, 433; 43, 277, 278 f.

⁵ *Maurach/Zipf*, Strafrecht AT, 5. Aufl. (1977), S. 421 f.

⁶ Vgl. nur BGHSt 11, 341, 347; 14, 52; BayObLG NJW 1979, 1371; OLG Schleswig NJW 1956, 1002; OLG Hamm NJW 1956, 1690; *Schönke/Schröder-Eser*, StGB, 27. Aufl. (2006), § 223 Rn. 17 m.w.N.

⁷ BGHSt 11, 241, 257 f.

⁸ So etwa RGSt 43, 281.

⁹ RGSt 42, 142, 144.

¹⁰ BGHSt 6, 263, 269.

¹¹ BGHSt 11, 241.

¹² Zur diesbezüglichen Entwicklung *Redelberger* NJW 1952, 1158.

¹³ Vgl. hierzu etwa BGH NJW 1976, 1949; *Rüping/Hüsch* GA 1979, 1, 6; *Göbel*, Vom elterlichen Züchtigungsrecht zum Gewaltverbot (2005), S. 73 ff. mit zahlreichen Nachweisen.

¹⁴ Zu den Einzelheiten *Jung*, Das Züchtigungsrecht des Lehrers (1977), S. 44 ff.

¹⁵ Vgl. Baden-Württemberg: § 89 Abs. 2 Nr. 7 S. 2 SchulG v. 23.3.1976 (GBl.410); ÄndG v. 3.5.1977 (GBl. 133); Berlin: § 55 Abs. 2 S. 2 SchulG i.d.F.v. 17.1.1979 (GVBl. 161; Sb. II 2230-1); Nordrhein-Westfalen: § 26a Abs. 3 SchVG i.d.F.v. 16.8.1978 (GVBl. 516, 548; SGV NW 223).

¹⁶ In der Fassung vom 7.8.1979 (GVBl. 319).

den einzelnen Bundesländern zumeist schon über längere Zeit zurückverfolgen lassen, werde eine schulische körperliche Züchtigung nämlich tatsächlich nicht mehr praktiziert. Dem entspreche eine Wandlung in der Rechtsüberzeugung. In den Bundesländern habe sich die Auffassung durchgesetzt, dass körperliche Züchtigung nicht mehr zu den schulischen Erziehungsmaßregeln gehöre. In Bayern ist die körperliche Züchtigung als Ordnungsmaßnahme heute ausdrücklich gesetzlich untersagt¹⁷. Dies ist allerdings eine schulrechtliche und keine strafrechtliche Regelung.

Auch die Bundesregierung vertritt in Übereinstimmung mit den Kultusministern aller Bundesländer die Auffassung, dass die körperliche Züchtigung von Schülern durch Lehrer nach heutigen pädagogischen und psychologischen Erkenntnissen kein geeignetes Erziehungsmittel mehr darstellt. Ferner haben die Kultusministerien der Länder darauf hingewiesen, dass die körperliche Züchtigung durch den Lehrer weder als Disziplinarstrafe noch allgemein als pädagogische Maßnahme vertretbar erscheint und als ein unzulässiges und überholtes Erziehungsmittel betrachtet werden müsse¹⁸. Aufgrund dessen wird gegenwärtig im Schrifttum¹⁹ aber auch in der Rechtsprechung²⁰ ganz überwiegend davon ausgegangen, dass ein Züchtigungsrecht des Lehrers gegenüber seinen Schülern nicht mehr besteht. Letztmals wurde ein Züchtigungsrecht in der Judikatur – soweit ersichtlich – im Jahre 1978 vom BayObLG gegenüber Volksschülern anerkannt²¹. Diese Rechtsprechung hat das OLG München nunmehr konkludent aufgegeben, denn es setzt sich in der vorliegenden Entscheidung mit der Anerkennung eines Züchtigungsrechts des betroffenen Lehrers nicht auseinander, sondern problematisiert lediglich die Amtsträgereigenschaft der Lehrkraft. Vor dem Hintergrund der Eindeutigkeit des Schulrechts ist dem im Ergebnis

zuzustimmen. Zwar kann sich ein im Strafrecht anerkannter Rechtfertigungsgrund in Ausnahmefällen auch vom Schulrecht abkoppeln. Der Grundsatz der Einheitlichkeit der Rechtsordnung spricht aber doch entscheidend gegen ein „generelles Züchtigungsrecht des Lehrers“, auch sofern es um Grund- und Hauptschüler geht. Das schließt allerdings partielle „strafrechtliche Reduktionen“ nicht aus, worauf an dieser Stelle aber nicht näher eingegangen werden soll, da die in Frage stehenden Misshandlungen des angeklagten Lehrers im konkreten Fall einer einschränkenden Auslegung nicht zugänglich sind.

II. Zwischenergebnis

Als Zwischenergebnis ist damit festzuhalten, dass ein als Rechtfertigungsgrund verstandenes „Züchtigungsrecht des Lehrers“ nach zutreffender herrschender Ansicht heute nicht mehr besteht. Lehrkräfte haben zwar das Recht und die Pflicht zur Erziehung der Schüler. Ihnen stehen aber andere Erziehungsmittel zur Verfügung als die körperliche Züchtigung, nämlich Ordnungsmaßnahmen wie etwa der Verweis, die Mitteilung, Strafarbeiten oder Drohen mit Entlassung aus der Schule. Damit kann hinreichend auf den Willen der Schüler eingewirkt werden²². Werden nicht diese pädagogischen Maßnahmen, sondern Gewalt zur Erziehung der Schüler eingesetzt, so läuft der Lehrer Gefahr, sich wegen Körperverletzung nach § 223 StGB oder – sofern er als Amtsträger zu qualifizieren ist – nach § 340 StGB strafbar zu machen.

C. Züchtigung durch Lehrkräfte und Körperverletzung im Amt

Begehen Amtsträger Straftaten, so wiegt das besonders schwer, weil sie damit nicht nur allgemeine strafrechtliche Belange verletzen, sondern weil sie durch den Missbrauch ihrer Amtsgewalt auch das Vertrauen der Bürger in die Rechtmäßigkeit der Amtsführung erschüttern. Allerdings gilt dies nur, wenn die Straftat in einem „amtlichen Zusammenhang“ steht. Für diese Fälle hat der Gesetzgeber im letzten Abschnitt des Strafgesetzbuches unter der Überschrift „Straftaten im Amt“ insbesondere den Tatbestand der „Körperverletzung im Amt“ (§ 340 StGB) erlassen. Gemäß § 340 Abs. 1 S. 1 StGB wird „ein Amtsträger, der während der Ausübung seines Dienstes oder in Beziehung auf seinen Dienst eine Körperverletzung begeht oder begehnt mit Freiheitsstrafe von drei Monaten bis zu fünf Jahren bestraft“. Damit droht die Vorschrift eine wesentlich schärfere Mindeststrafe an, als § 223 StGB. Bei der Körperverletzung im Amt handelt es sich folglich um einen Qualifikationstatbestand zu § 223 StGB. Die Vorschrift enthält ein sog. unechtes Amtsdelikt²³.

¹⁷ Vgl. Art. 86 Abs. 3 S. 2 BayEUG. Der ausführliche Wortlaut der Vorschrift ist dem entsprechenden Auszug aus dem Gesetzestext im Anhang zu entnehmen; zu ähnlichen Regelungen in den anderen Bundesländern vgl. die Übersicht bei *Lilie*, in: Leipziger Kommentar, StGB, 11. Aufl. (Stand: 2000), § 223 Rn. 10 Fn. 19.

¹⁸ BT-Drucks. 7/3318, S. 2. Abgesehen davon werden gegen die gewohnheitsrechtliche Züchtigungsbefugnis des Lehrers vor allem verfassungsrechtliche Bedenken geltend gemacht. Die körperliche Züchtigung durch den Lehrer greife in das Grundrecht der Schüler auf körperliche Unversehrtheit (Art. 2 Abs. 2 S. 1 GG) ein. Dieser staatliche Eingriff bedürfe gemäß Art. 2 Abs. 3 GG eines Gesetzes. Zwar gehe das BVerfG davon aus, dass auch vorkonstitutionelles Gewohnheitsrecht dem Vorbehalt des Gesetzes entspricht. Wesentliche Entscheidungen des Schulwesens habe der Gesetzgeber nach der Wesentlichkeitsgarantie jedoch selbst zu treffen – so etwa *Jeschek/Weigend*, Strafrecht AT, 5. Aufl. (1996), S. 396; *Kühl*, Strafrecht AT, 5. Aufl. (2005), § 9 Rn. 80.

¹⁹ Vgl. nur *Avenarius/Heckel*, Schulrechtskunde, 7. Aufl. (2000), S. 568; *Schönke/Schröder-Eser*, a.a.O. (Fn. 6), § 223 Rn. 24; *Fischer*, StGB, 55. Aufl. (2008), § 223 Rn. 19; *Jung*, a.a.O. (Fn. 14), S. 36 ff.; *Niehues/Rux*, Schul- und Prüfungsrecht, Band 1 Schulrecht, 4. Aufl. (2006), Rn. 379; *Wessels/Beulke*, 38. Aufl. (2008), Rn. 390a.

²⁰ BGH NStZ 1993, 592 für das Bundesland Baden-Württemberg, in dem nach § 90 Abs. 3 S. 2 SchulG Bad.-Württ. die körperliche Züchtigung von Schülern (ebenfalls) ausgeschlossen ist.

²¹ Vgl. BayObLG NJW 1979, 1372.

²² So schon BGHSt 12, 62, 65.

²³ BeckOK/StGB-Eschelbach, a.a.O. (Fn. 1), § 340 Rn. 6.

I. Körperverletzung im Zusammenhang mit der Dienstausbübung

Die Tathandlung des § 340 Abs. 1 StGB besteht darin, dass ein Amtsträger während der Ausübung seines Dienstes oder in Beziehung auf seinen Dienst eine Körperverletzung begeht oder begehen lässt. Dabei muss die Körperverletzung mit der Ausübung einer bestimmten Amtshandlung nicht bloß in einer äußeren gelegentlichen Beziehung, sondern in einem inneren Zusammenhang stehen. Demzufolge muss sie durch die Amtshandlung wirklich verursacht oder – was genügt – mindestens veranlasst sein²⁴.

Bei einer Lehrkraft an einer öffentlichen Schule wird dies angenommen, wenn er einen Schüler zu Erziehungszwecken körperlich züchtigt²⁵. Anders verhält es sich beispielsweise bei der Erteilung einer Ohrfeige an einen Kollegen während der Dienstzeit, jedoch aus privatem Grund. Dieses Verhalten erfüllt den Tatbestand des § 340 StGB von vornherein nicht.

II. Amtsträgereigenschaft

Da Täter des § 340 StGB nur ein Amtsträger sein kann, kommt diesem Begriff zur Beurteilung der Strafbarkeit maßgebliche Bedeutung zu. Den Kreis tauglicher Täter bei Amtsdelikten und solchen Straftatbeständen, bei denen sich die Amtsträgereigenschaft strafmodifizierend auswirkt, legt insbesondere § 11 Abs. 1 Nr. 2 StGB fest.

1. Rechtslage bei Lehrkräften an öffentlichen Schulen

Lehrer, die an einer öffentlichen Schule Unterricht erteilen, erfüllen regelmäßig die Amtsträgereigenschaft im strafrechtlichen Sinne. Ist der Lehrer nämlich verbeamtet, sind die Voraussetzungen des § 11 Abs. 1 Nr. 2 lit. a StGB erfüllt. Als Angestellter steht eine Lehrkraft dagegen in einem sonstigen öffentlich-rechtlichen Amtsverhältnis, was zur Annahme einer Amtsträgereigenschaft nach lit. b der Vorschrift (§ 11 Abs. 1 Nr. 2 StGB) führt.

2. Rechtslage bei Lehrkörpern an Privatschulen

Fraglich ist hingegen, ob auch Lehrer, die an einer privaten Schule unterrichten, als Amtsträger im Sinne des StGB anzusehen sind. Da Privatschullehrer weder Beamte noch in einem sonstigen öffentlich-rechtlichen Amtsverhältnis stehen, könnten sie lediglich Amtsträger aufgrund des § 11 Abs. 1 Nr. 2 lit. c StGB sein. Nach dieser Vorschrift ist Amtsträger, wer „sonst dazu bestellt ist, bei einer Behörde oder bei einer sonstigen Stelle oder in deren Auftrag Aufgaben der öffentlichen Verwaltung wahrzunehmen.“

Als sonstige Stellen i. S. des § 11 Abs. 1 Nr. 2 lit. c StGB kommen insbesondere diejenigen Einrichtungen oder Zusammenschlüsse in Betracht, die neben den Behörden, Körperschaften und Anstalten des öffentlichen Rechts zur Erledigung bestimmter öffentlicher Aufgaben berufen sind²⁶. Dabei verliert eine Aufgabe ihren öffentlichen Charakter nicht bereits dadurch, dass für ihre Erledigung eine privatrechtliche Organisationsform gewählt wird²⁷. Allein der Umstand, dass eine Schule wie die hier betroffene Freie Waldorfschule K. in privatrechtlicher Form betrieben wird, steht daher der Annahme, der Erfüllung einer Aufgabe von hoheitlicher Natur grundsätzlich nicht entgegen. Wesentliches Kriterium für die Frage, ob eine hoheitliche Aufgabe ausgeübt wird ist vielmehr das tatsächliche Nachordnungsverhältnis²⁸. Die als juristische Personen des Privatrechts organisierte Einrichtung muss dabei derart staatlicher Steuerung unterliegen, dass sie bei einer Gesamtbewertung der sie kennzeichnenden Merkmale als „verlängerter Arm“ des Staates erscheint²⁹. Fraglich ist, ob dies – so wie es die Vorinstanzen angenommen haben – bei der Freien Waldorfschule K. als Privatschule zutrifft.

a) Verfassungsrechtlich garantierte Unabhängigkeit der Privatschulen

Ausgangspunkt für die Beantwortung der soeben aufgeworfenen Frage ist Art. 7 Abs. 4 S. 1 GG. Mit dem in dieser Vorschrift gewährleisteten Grundrecht der Privatschulfreiheit ist zugleich eine Garantie der Privatschule als Institution verbunden³⁰. Demzufolge räumt das Grundgesetz nicht nur ein subjektiv öffentliches Recht auf Errichtung und Betrieb einer Privatschule ein. Es garantiert darüber hinaus der Privatschule als Institution ihren Bestand und eine ihrer Eigenart entsprechende Verwirklichung³¹. Die Schulfreiheit ist dabei nicht nur auf die Errichtung beschränkt, sondern erstreckt sich auch auf den Betrieb der Privatschule. Die Privatschule hat demzufolge das Recht, ihren inneren und äußeren Schulbetrieb nach eigenem pädagogischen, religiösen oder weltanschaulichen Leitbild frei zu gestalten. Hier von wird auch das Recht der Privatschule erfasst, ihre Schüler und Lehrer frei auszuwählen³². Demzufolge kann eine Privatschule grundsätzlich jede Person, die ihr geeignet erscheint, als Lehrer beschäftigen. Grenzen dieser Gestaltungsfreiheit werden allerdings insbesondere durch die Genehmigungsvoraussetzungen des Art. 7 Abs. 4 GG gesetzt.

Unbeschadet der das gesamte Schulwesen umfassenden Aufsicht des Staates (vgl. Art. 7 Abs. 1 GG) besteht aber

²⁴ Statt aller BeckOK/StGB-Eschelbach, a.a.O. (Fn. 1), § 340 Rn. 15.

²⁵ Vgl. BGH NStZ 1993, 591; Schönke/Schröder-Cramer/Sternberg-Lieben, a.a.O. (Fn. 6), § 340 Rn. 7a; BeckOK/StGB-Eschelbach, a.a.O. (Fn. 1), § 340 Rn. 15.1.

²⁶ Lackner/Kühl, StGB, 26. Aufl. (2007), § 11 Rn. 8; BeckOK/StGB-Trüg, a.a.O. (Fn. 1), § 11 Rn. 17 m.w.N.

²⁷ Vgl. BGHSt 50, 299; BGH NStZ 2007, 461; Lemke, in: Kindhäuser/Neumann/Paeffgen, Strafgesetzbuch, Band 1, 2. Aufl. (2005), § 11 Rn. 29.

²⁸ Haft NJW 1995, 1113, 1115; Heinrich, Der Amtsträgerbegriff im Strafrecht (2001), S. 662.

²⁹ Vgl. BeckOK/StGB-Trüg, a.a.O. (Fn. 1), § 11 Rn. 17 mit zahlreichen Nachweisen und Beispielen (Rn. 17.1).

³⁰ Avenarius/Heckel, a.a.O. (Fn. 19), S. 203.

³¹ BVerfGE 75, 40, 61 f.

³² Näher hierzu Avenarius, Einführung in das Schulrecht (2001), S. 61.

gerade kein öffentliches oder staatliches Schulmonopol. Die Schulaufsicht selbst ist zwar ohne weiteres als hoheitliche Aufgabe zu qualifizieren. Strikt davon zu trennen ist hingegen die Frage, ob darüber hinaus die Erteilung von Unterricht an einer Schule eine hoheitliche Aufgabe darstellt. Diese Frage ist aufgrund der verfassungsrechtlich garantierten Unabhängigkeit der privaten Schulen grundsätzlich zu verneinen. Es fehlt insoweit nämlich an der (sowohl funktionalen, als auch organisatorischen) Eingliederung in die öffentliche Verwaltung.

b) Unterscheidung zwischen staatlicher Genehmigung und staatlicher Anerkennung von Privatschulen

Allerdings wird angenommen, dass sog. „Beliehene“ als Amtsträger i.S. von § 11 Abs. 1 Nr. 2 lit. c StGB anzusehen sind³³. Unter Beliehenen sind Privatpersonen zu verstehen, die aufgrund eines Beleihungsakts mit der hoheitlichen Wahrnehmung bestimmter Verwaltungsaufgaben im eigenen Namen vertraut sind. Ihrem Status nach bleiben sie folglich Privatrechtssubjekte, sind aber funktionell in die Staatsverwaltung einbezogen.

Juristisch werden aber nur die sog. „anerkannten“ Privatschulen als Beliehene qualifiziert. Die staatliche Anerkennung von Privatschulen haben alle Bundesländer bis auf Nordrhein-Westfalen in ihren Schulgesetzen geregelt. Mit der Anerkennung erhält eine Ersatzschule das Recht, nach den allgemein für öffentliche Schulen geltenden Regeln Prüfungen abzuhalten und Zeugnisse zu erteilen und damit auch die öffentlich-rechtlichen Zugangsberechtigungen wie die Hochschulreife zu vermitteln³⁴. Demzufolge sind öffentlich anerkannte Privatschulen in ihren Befugnissen den öffentlichen Schulen gleichgestellt.

Im Unterschied hierzu wird in der bloßen Genehmigung einer Ersatzschule lediglich festgestellt, dass keine Bedenken gegen die Errichtung der Schule bestehen und dass der Besuch der Schule gegebenenfalls als Erfüllung der Schulpflicht gilt³⁵. Privatschulen, die staatlich genehmigt sind, sind daher nicht befugt, Berechtigungen mit öffentlich-rechtlicher Außenwirkung zu erteilen³⁶. Aus diesem Grund erhalten Schüler einer „nur“ genehmigten Ersatzschule etwa die Zugangsberechtigung zu einer fortbildenden Schule oder Hochschule erst nach einer gleichwertigen Prüfung vor einer staatlichen Prüfungskommission an einer öffentlichen Schule³⁷. Den „lediglich“ genehmigten Privatschulen wird daher nicht der Status eines Beliehenen zu Teil. Dementsprechend nehmen auch die dort unterrichtenden Lehrkräfte keine Aufgaben der öffentlichen Verwaltung wahr.

³³ Vgl. *Heinrich*, (Fn. 28), S. 385 f.

³⁴ *Robbers*, in: von Mangoldt/Klein/Stark, GG, Kommentar, Band 1, 5. Aufl. (2005), Art. 7 Rn. 202.

³⁵ *Avenarius/Heckel*, (Fn. 19), S. 216.

³⁶ *Oppermann*, in: Isensee/Kirchhof (Hrsg.), Handbuch des Staatsrechts, Band VI Freiheitsrechte (1989), S. 339.

³⁷ *Umbach*, in: Umbach/Clemens (Hrsg.), Grundgesetz, Mitarbeiterkommentar, Band I (2002), Art. 7 Rn. 191.

c) Übertragung der genannten Grundsätze auf die Freie Waldorfschule K.

Nach den tatsächlichen Feststellungen des OLG München wurde der Freien Waldorfschule K. am 15.12.1981 vom Bayerischen Staatsministerium für Unterricht und Kultus eine Genehmigung als Ersatzschule nach Art. 92 BayEUG erteilt. Dementsprechend ist sie eine private (Ersatz-) Schule mit einem eigenständigen Schulprofil auf der Grundlage der Waldorfpädagogik. Die Lehrinhalte sind nach diesen Grundsätzen, und damit grundsätzlich unabhängig von einem staatlichen Einfluss, ausgerichtet.

Eine staatliche Anerkennung als Ersatzschule, die sich in Bayern nach Art. 100 BayEUG richtet, wurde jedoch gerade nicht erteilt. Aus diesem Grund ist die Freie Waldorfschule im vorliegenden Fall nicht als Beliehene anzusehen. Infolgedessen kann sie auch nicht „als verlängerter Arm des Staates“ bezeichnet werden. Damit stellt sich die Erteilung von Unterricht an dieser Privatschule durch ihre angestellten Lehrer auch nicht als Ausübung hoheitlicher Gewalt dar. Die Erteilung der Unterrichtsgenehmigung nach Art. 94 BayEUG durch die Regierung von Schwaben wiederum betrifft lediglich die Frage, ob die einzelnen Lehrer fachlich und pädagogisch geeignet sind, überhaupt Unterricht zu erteilen. Damit soll ausschließlich verhindert werden, dass durch die Verwendung ungeeigneter Lehrkräfte das Leistungsniveau der Privatschule unter das Niveau öffentlicher Schulen sinken würde. Auf diese Weise soll die Allgemeinheit vor unzureichenden Bildungseinrichtungen geschützt werden³⁸. Durch die Erteilung einer entsprechenden Genehmigung werden aber keine hoheitlichen Befugnisse übertragen³⁹. Vor diesem Hintergrund erfüllen die Lehrkräfte an der Freien Waldorfschule K. die Voraussetzungen des § 11 Abs. 1 Nr. 2 lit. c StGB nicht. Sie sind damit weder Amtsträger im staatsrechtlichen, noch Amtsträger im strafrechtlichen Sinne. Dies wurde vom OLG München im Ergebnis zutreffend festgestellt.

d) Bestätigung des Ergebnisses

Dass dieses Ergebnis überzeugt, beweist auch ein Vergleich mit den Kirchen. Anders als die Privatschulen besitzen diese formal sogar den Status von Körperschaften des öffentlichen Rechts. Kirchen sind aufgrund der verfassungsrechtlich verankerten religiösen und konfessionellen Neutralitätspflicht des Staates diesem nicht organisatorisch eingegliedert. Da sie der staatlichen Hoheitsgewalt (ebenso wie die privaten Schulen) nicht

³⁸ Vgl. hierzu BVerfGE 27, 195, 203.

³⁹ Dementsprechend würde es eine Verkennung der erwähnten Grundsätze darstellen, wenn man in der Genehmigungserteilung eine Bestellung des einzelnen Lehrers zur Wahrnehmung hoheitlicher Aufgaben sehen würde. Im Übrigen kommt es auf einen förmlichen Bestellakt nach zutreffender und ganz herrschender Auffassung nicht an (vgl. hierzu BGH NStZ 2008, 87, 88 m.w.N.). Ein Bestellakt wird daher auch in Form eines konkludenten Handelns für möglich gehalten. Entscheidend ist ausschließlich, ob eine Person eine Aufgabe der öffentlichen Verwaltung wahrnimmt. Dies ist aus den dargelegten Gründen hier aber gerade nicht der Fall.

unterworfen sind, können die Kirchen und damit auch deren „Beamte“ nicht als Teil der staatlichen Verwaltung angesehen werden⁴⁰. Lehrer an privaten Schulen, deren Träger die Kirche ist, erfüllen demzufolge grundsätzlich ebenfalls nicht die Voraussetzungen eines Amtsträgers. Lediglich für den Fall, dass ein Geistlicher bzw. Religionsdiener als Lehrkraft an einer öffentlichen Schule in ein staatliches Beamtenverhältnis berufen wurde, wird völlig zu Recht eine Beamtenstellung im staats- und strafrechtlichen Sinne angenommen⁴¹.

D. Fazit

Als Ergebnis ist festzuhalten, dass die Amtsträgereigenschaft von Lehrern, die an einer privaten, nicht staatlich anerkannten Schule Unterricht erteilen, grundsätzlich

⁴⁰ Vgl. nur *Heinrich*, a.a.O. (Fn. 28), S. 662.

⁴¹ Hierzu *Radtke*, in: Münchener Kommentar zum Strafgesetzbuch, Band 1 (2003), § 11 Rn. 22.

verneint werden muss. Dies wird im Übrigen auch in der strafrechtlichen Literatur als so selbstverständlich angesehen, dass die Amtsträgereigenschaft von solchen Privatlehrern dort bislang nicht einmal ansatzweise diskutiert wird⁴². Während die Amtsträgereigenschaft bei Lehrern an öffentlichen Schulen ohne weiteres anzunehmen ist, erfüllen Personen, die an einer Privatschule unterrichten diese Voraussetzungen hierfür nicht. Körperverletzungen, die von Lehrkräften an privaten Schulen im unmittelbaren Zusammenhang mit ihrer Tätigkeit verübt werden, können daher nicht unter den objektiven Tatbestand des § 340 Abs. 1 StGB subsumiert werden. Die strafrechtlichen Konsequenzen beurteilen sich allein am Straftatbestand des § 223 StGB.

⁴² Stets werden in der Diskussion um den Amtsträgerbegriff ausschließlich die unterrichtenden Lehrer an öffentlichen Schulen genannt, vgl. nur *Heinrich*, (Fn. 28), S. 665; *Radtke*, (Fn. 41), § 11 Rn. 22; *Rudolphi/Stein*, in: Systematischer Kommentar zum Strafgesetzbuch, 40. Lieferung, 7. Aufl. (2005), § 11 Rn. 29a.

Aufgabenprivatisierung und Amtsträgerbegriff

Anmerkung zu BGH 5 StR 506/06, Urteil vom 18. April 2007 = HRRS 2007 Nr. 561 = NJW 2007, 2932

Von Regierungsdirektor Dr. Stefan Sinner, Berlin*

I. Einführung

Die zu besprechende Entscheidung des *Bundesgerichtshofs* fügt für den Problembereich der Aufgabenprivatisierung im Bereich der öffentlichen Verwaltung weitere Facetten in den ohnehin recht schillernden Amtsträgerbegriff (§ 11 Abs. 1 Nr. 2 lit. c StGB) ein. Diese sind genauer unter die Lupe zu nehmen. Zudem klärt das Urteil die Anforderungen an die von § 299 StGB (Bestechlichkeit und Bestechung im geschäftlichen Verkehr) vorausgesetzte Wettbewerbslage für den Fall, dass ein Täter Scheinrechnungen gegenüber einer kommunalen Wohnungsbaugesellschaft ausstellt und einreicht.

II. Zum Sachverhalt

Der Angeklagte B war seit 1996 bei der H-GmbH, einem kommunalen Wohnungsunternehmen, als technischer Bestandsbetreuer für die Unterhaltung des Wohnungsbestandes verantwortlich und hatte Renovierungs- und

Reparaturarbeiten zu vergeben. Die Stadt Hannover hielt fast 90 % der Gesellschaftsanteile an der H-GmbH, im Übrigen war die Stadtparkasse Anteilseignerin. Die Stadt Hannover stellte zwölf der 15 Aufsichtsratsmitglieder, deren Amtszeit sich gemäß der Satzung nach der Wahlperiode des Stadtrates bestimmte. Bei den ihr zugewiesenen Geschäften hatte die H-GmbH nach ihrer Satzung den „Grundsatz sozialer Verantwortung für die sozial schwachen Schichten der Bevölkerung“ zu beachten. Um den Satzungszweck – „sichere und sozial verantwortbare Wohnungsversorgung der Bevölkerung Hannovers mit dem Schwerpunkt öffentlich geförderter Wohnungsbau“ – zu erfüllen, besaß die Stadt im Tatzeitraum zwischen 1992 und 2002 ein Belegungsrecht an 10.000 Wohnungen von einem von der H-GmbH verwalteten Gesamtbestand von 14.000 Wohnungen, die mit öffentlichen Fördermitteln errichtet worden waren. Daneben hatte die Stadt Hannover Belegungsrechte bei etwa 100 anderen privaten Vermietern oder Wohnungsbaugesellschaften. Soweit die mit einem Belegungsrecht belasteten Wohnungen nicht gegen einen von der Stadtverwaltung ausgehenden Wohnberechtigungsschein vergeben wurden, verwaltete die H-GmbH den Wohnungsbestand nach erwerbswirtschaftlichen Gesichtspunkten unter Beachtung des Mietspiegels, um zur Konsolidierung des Haushalts der Stadt Hannover beizutragen.

* Der Autor ist Referent im Sekretariat des Rechtsausschusses des Deutschen Bundestages.

Der Angeklagte B war zunächst städtischer Angestellter. Nach Umstrukturierung der H-GmbH wurde er als Bezirksleiter Technik und stellvertretender Geschäftsstellenleiter des Stadtbereichs S. nach einem Haustarif bezahlt. Aus privater Geldnot vereinbarte er ab 1999 mit dem ihm bekannten Angeklagten G, einem Malermeister, Rechnungen über tatsächlich nicht erbrachte Werkleistungen bei der Kasse der H-GmbH einzureichen, um anschließend den ausgezahlten Werklohn unter sich aufzuteilen. Der Angeklagte B gab insgesamt 89 von G ausgestellte Scheinrechnungen zur Kasse, nachdem er diese abgezeichnet und die erforderliche Unterschrift eines weiteren Mitarbeiters eingeholt hatte, von dem er wusste, dass er als Vertreter des eigentlich zuständigen, aber verhinderten Kollegen die Rechnung nicht sachlich prüfen konnte. Auf die gleiche Weise erhielt der Angeklagte B von den Mitangeklagten D und W elf bzw. acht Scheinrechnungen, deren Beträge sich die Angeklagten nach Auszahlung durch die H-GmbH teilten. Insgesamt verursachte der Angeklagte B einen Schaden von 440.000 Euro zu Lasten der H-GmbH.

III. Klar: Wettbewerbslage als Voraussetzung des § 299 StGB

Der *Bundesgerichtshof* hat die landgerichtliche Verurteilung der Angeklagten wegen Bestechung im geschäftlichen Verkehr aufgehoben. Seine Ausführungen zu § 299 StGB können nur als kreuzvernünftig bezeichnet werden. Dass die Tatbestandsmerkmale „Bevorzugung“ und „Wettbewerb“ mindestens zwei Konkurrenten voraussetzen, von denen einer, nämlich der Vorteilsgeber oder ein von diesem bestimmter Dritter, nach der mit dem Bestochenen getroffenen Unrechtsvereinbarung gegenüber dem Mitbewerber besser gestellt werden soll,¹ ergibt sich schon aus dem Rechtsgut des § 299 StGB. Die Vorschrift schützt das Allgemeininteresse an einem freien und lauterem (fairen) Wettbewerb² und damit ein abstraktes, bestimmte Vorstellungen über eine funktionierende Marktwirtschaft aufnehmendes Rechtsgut. Primär schützt § 299 StGB die Chancengleichheit sowie das Vermögensinteresse der inländischen und ausländischen Mitbewerber, vor denen sich der Vorteilsgeber einen Vorsprung verschaffen möchte, sekundär auch den Geschäftsherrn vor Benachteiligung³ sowie die Allgemeinheit vor einem Preisanstieg, Erhalt schlechter Ware oder unrichtiger Beratung.⁴ Der benachteiligte Mitbewerber muss nicht der Person nach bestimmt sein, solange nur feststeht, dass es überhaupt wenigstens einen Konkurrenten gibt.⁵

¹ BGH NJW 2007, 2932 = HRRS 2007 Nr. 561.

² BGH NJW 2006, 3290, 3298; Fischer, StGB, 55. Aufl. (2008), § 299 Rn. 2; LK/Tiedemann, StGB, 11. Aufl., § 299 Rn. 5 ff. (Rn. 8); NK/Dannecker, StGB, 2. Aufl., § 299 Rn. 4; Schönke/Schröder/Heine, StGB, 27. Aufl., § 299 Rn. 2; Wolters JuS 1998, 1100, 1101.

³ BGHSt 2, 396, 402; BGH NJW 1983, 1919, 1920; RGSt 48, 291, 293 ff.; RGSt 66, 16, 17; LK/Tiedemann, a.a.O., Rn. 6; NK/Dannecker, a.a.O., Rn. 6.

⁴ BGH NJW 1968, 1572, 1574.

⁵ NJW 2004, 3129, 3133 = HRRS 2004 Nr. 800; BGH NJW 2003, 2996, 2997.

Dass eine (lautere) Wettbewerbslage, die durch die Handlungen der Angeklagten hätte gefährdet werden können, zu keiner Zeit bestand, liegt hier auf der Hand, denn es sollten gar keine Werkleistungen erbracht werden. Die „Geschäftsbeziehung“ der Angeklagten bestand allein in deren Vortäuschung durch die Ausstellung fingierter Rechnungen. Eine Wettbewerbssituation, in der der Angeklagte B die Mitangeklagten gegenüber Angeboten anderer Handwerker hätte bevorzugen können, war damit aber von vornherein ausgeschlossen.

Mit dieser Argumentation unterstreicht das Urteil zugleich, dass die Strafbarkeit aus § 299 StGB – zumindest nach gegenwärtiger Rechtslage⁶ – nicht an einen Pflichtverstoß gegenüber dem Geschäftsherrn – hier also des B gegenüber der H-GmbH – anknüpft, sondern dass es auf eine sachwidrige Beeinflussung geschäftlicher Entscheidungen im Wettbewerb durch die im Rahmen der Unrechtsbeziehung ausgetauschten Vorteile ankommt. Nur konsequent ist es deshalb, dass der *Senat* in den Fällen, in denen der Angeklagte W davon ausging, weitere tatsächlich zu erfüllende Werkaufträge nur dann zu erhalten, wenn er dem Angeklagten B das Ausstellen der Scheinrechnungen zusagte, gleichfalls keine Strafbarkeit aus § 299 StGB annimmt.⁷ Ein „Fordern“ der fingierten Rechnungen, das „Sichversprechenlassen“ durch Entgegennahme der Zusage und das „Annehmen“ bei Aufteilung des Taterlöses reichen für die Erfüllung der spezifischen Merkmale des § 299 StGB nicht aus, denn eine zustande gekommene oder zumindest erstrebte Unrechtsvereinbarung lässt sich hierin gerade nicht erkennen. Insoweit ist den Feststellungen in der Tat nur zu entnehmen, dass der Angeklagte B den Angeklagten W zum Nutznießer von Betrugs- und Untreuehandlungen machen wollte. Eine solche Motivlage – neben der Täterschaft des Angeklagten B ohne strafrechtsdogmatische Bedeutung, sondern allenfalls von Strafzumessungsrelevanz – erfüllt nicht die Voraussetzungen einer Unrechtsvereinbarung im Sinne des § 299 StGB und der §§ 331 ff. StGB.

Durch klare Begriffsbestimmungen und gründliche Auswertung des vom Landgericht festgestellten Sachverhalts gelangt der *Senat* zu einem Ergebnis, das über den entschiedenen Einzelfall hinaus zur Konturierung des § 299 StGB beiträgt.

IV. Konsequent: Betrug und Untreue als Unrechtskern

Mit der Feststellung, der Angeklagte B habe den Angeklagten W zum Nutznießer von Betrugs- und Untreuehandlungen machen wollen, benennt der *Senat* zutreffend den Unrechtskern der Handlungen. Die Täuschung des Kassenmitarbeiters und die pflichtwidrige Einreichung der von den mit dem Angeklagten B kollusiv zusammenwirkenden Mitangeklagten ausgestellten Rechnungen bilden das strafwürdige Unrecht. Gegen die Bejahung

⁶ S. hierzu jedoch § 299 StGB idF des GesE der BReg auf BT-Drucks. 16/6558 (Begründung S. 13 f.); dazu Kienle/Kappel, NJW 2007, 3530, 3534; Rönnau/Golombek ZRP 2007, 193 ff.; s. auch Bürger wistra 2003, 130, 133 f.

⁷ BGH NJW 2007, 2932, 2933 = HRRS 2007 Nr. 561.

eines Irrtums des Angestellten der H-GmbH und des Kassenmitarbeiters, die – zumindest in der Form des sachgedanklichen Mitbewusstseins – davon ausgingen, dass es sich bei den vom Angeklagten B eingereichten Rechnungen um begründete, also nicht bloß um Scheinrechnungen handelte, ist nichts zu erinnern.⁸ Auch die Annahme von Tateinheit zwischen Betrug und Untreue ist mit der Erwägung wohlbegründet, dass der Angeklagte B schon bei Vornahme der Täuschungshandlungen in einem Treueverhältnis zur H-GmbH stand und der Tat deshalb ein zusätzlicher Unrechtsgehalt zukam. Gleiches gilt für die Annahme von Tatmehrheit hinsichtlich der Einreichung von 108 Scheinrechnungen, die der Angeklagte B einzeln bei der Kasse der H-GmbH einreichte.⁹

V. Fragwürdig: Amtsträgerbegriff des § 11 Abs. 1 Nr. 2 lit. c StGB

1. Den Schwerpunkt der Entscheidungsgründe bilden die Ausführungen zu § 11 Abs. 1 Nr. 2 lit. c StGB. Die Staatsanwaltschaft hatte mit ihrer vom Generalbundesanwalt vertretenen Revision eine Verurteilung der Angeklagten wegen Bestechung bzw. Bestechlichkeit eines Amtsträgers nach §§ 332, 334 StGB erstrebt, die im Übrigen wegen des Vorrangs und der Exklusivität der Amtsdelikte auch die Anwendung des § 299 StGB ausgeschlossen hätte.¹⁰ Hierfür wäre allerdings die Bejahung der Amtsträgereigenschaft des B Voraussetzung gewesen, die wiederum maßgeblich an die Beantwortung der Frage anknüpft, ob die H-GmbH eine Aufgabe der öffentlichen Verwaltung wahrnimmt. Die Revision der Staatsanwaltschaft blieb ohne Erfolg, was der *Senat* in drei Schritten begründet:

a) Der *Senat* referiert zunächst die an die Amtsträgereigenschaft zu stellenden Anforderungen gem. § 11 Abs. 1 Nr. 2 lit. c StGB. Hiernach ist Amtsträger, wer dazu bestellt ist, bei einer Behörde oder sonstigen Stelle oder in deren Auftrag Aufgaben der öffentlichen Verwaltung wahrzunehmen, und zwar unbeschadet der zur Aufgabenerfüllung gewählten Organisationsform. Der erste Teil der Definition knüpft dabei an den „Amtsträger im strafrechtlichen Sinne“ des § 359 StGB aF an; der zweite Teil geht auf das Korruptionsbekämpfungsgesetz (Korr-BekG vom 13. August 1997¹¹) zurück und sollte der „Abwahl des Strafrechts“¹² entgegenwirken. Weil es sich bei der H-GmbH nicht um eine Behörde handelt, kommt nur die Tatbestandsvariante der „sonstigen Stelle“ in Betracht. Das sind behördenähnliche Institutionen, die zwar keine Behörden, aber rechtlich befugt sind, bei der Ausführung von Gesetzen und bei der Erfüllung öffentlicher Aufgaben mitzuwirken.¹³ Auch als juristische Perso-

nen des Privatrechts organisierte Einrichtungen und Unternehmen der öffentlichen Hand können „sonstige Stellen“ sein, allerdings nur, wenn sie derart staatlicher bzw. kommunaler Steuerung unterliegen, dass sie bei einer Gesamtbewertung der sie kennzeichnenden Merkmale als „verlängerter Arm“ des Staates erscheinen.¹⁴ Wie lang allerdings dieser verlängerte Arm des Staates ist, ist eine Wertungsfrage, deren Beantwortung zudem von außer(straf)rechtlichen Strukturentscheidungen abhängt. Das entsprechende Vorverständnis fließt – zumindest implizit – auch in die Schlüsse des *Senats* für den Fall der H-GmbH ein.

b) Der *Senat* stellt zunächst fest, die Wohnungsfürsorge sei eine öffentliche Aufgabe, deren Erfüllung einem Hoheitsträger zugewiesen sei. Diese Aufgabe nehme die Stadtverwaltung wahr, indem sie an sozial schwache Bürger Berechtigungsscheine verbe und Wohnungen mit einem Belegungsrecht belaste. In diese Verwaltungsvorgänge sei die H-GmbH aber nicht eingebunden, vielmehr stelle sie nur Teile ihres Wohnungsbestandes für den Begünstigtenkreis zur Verfügung. Daher unterscheide sich das Handeln der H-GmbH nicht von demjenigen anderer Wohnungseigentümer, deren Wohnungen mit einem entsprechenden Belegungsrecht belastet seien. Auch wenn dies bei der H-GmbH in einer besonders hohen Größenordnung geschehe, weil etwa 70% des Wohnungsbestandes unter das Belegungsrecht der Kommune fallen, ändere das doch nichts an der grundsätzlichen Austauschbarkeit der Leistungen. Dass das angegriffene Urteil keine Ausführungen dazu enthalte, ob solche Wohnungen einer besonderen kommunalen oder staatlichen Förderung unterliegen, begründe keinen zu seiner Aufhebung nötigen Mangel. Maßgeblich sei vor allem der Umstand, dass die Bereitstellung der Wohnungen durch die H-GmbH *keine der staatlichen Sphäre zugeordnete Leistung* sei.¹⁵ Sie könne durch gleichwertige Leistungen anderer Wohnungseigentümer ersetzt werden, was dem Handeln der H-GmbH den hoheitlichen Charakter nehme. Hier bestünden Belegungsrechte bei etwa 100 anderen Wohnungsinhabern. Daher handele es sich nicht um ein für die Erledigung hoheitlicher Aufgaben typisches Aufgabenfeld der Staatsverwaltung, das lediglich in privatrechtlicher Organisationsform abgewickelt werde. Weil für die Stadt Hannover ein Markt für die Wohnraumversorgung eröffnet sei, fehle der spezifisch öffentlich-rechtliche Bezug, der eine Gleichstellung mit behördlichem Handeln rechtfertige. Vielmehr verschaffe sich die Kommune in Erfüllung ihrer Sozialverpflichtung Wohnungen, wobei sie unter mehreren Wohnungsanbietern wählen könne. Auch eine Gesellschaft in alleiniger städtischer Inhaberschaft stelle letztlich nur einen weiteren Wettbewerber auf einem Markt dar, der vom Staat eröffnet worden sei und sich um die Erfüllung öffentlicher Aufgaben gebildet habe.¹⁶

⁸ BGH NJW 2007, 2932, 2933 unter Bezugnahme auf BGH NJW 2007, 782 = HRRS 2007 Nr. 1 und Fischer, a.a.O., § 263 Rn. 35.

⁹ BGH NJW 2007, 2932, 2933, unter Bezugnahme auf BGH wistra 1991, 218, 219.

¹⁰ BGH NJW 1997, 3034, 3037; BayObLG NJW 1996, 268, 270 f.; LK/Tiedemann, a.a.O., Rn. 52; a.A. NK/Dannecker, a.a.O., Rn. 90.

¹¹ BGBl. I S. 2038.

¹² So der zweite Teil des Aufsatztitels von Lenckner ZStW 106 (1994), 502 ff.

¹³ BGH NJW 2004, 3129, 3130; BGH NJW 1998, 1874, 1876.

¹⁴ Die Formulierung geht zurück auf den Gesetzentwurf der Bundesregierung auf BT-Drucks. 7/550, S. 211; zu seiner Verwendung in st. Rspr. s. etwa BGH NStZ 2007, 211 = HRRS 2006 Nr. 985; BGH NJW 2006, 925, 926 = HRRS 2006 Nr. 123; BGH NJW 2004, 3129, 3130 = HRRS 2004 Nr. 800.

¹⁵ BGH NJW 2007, 2932, 2934 (Hervorhebung vom Verf.).

¹⁶ Vgl. auch BGH NJW 2006, 925, 927; hierzu Radtke NStZ 2007, 57 ff.

c) Die in der Satzung niedergelegte soziale Zielsetzung der H-GmbH rechtfertige kein anderes Ergebnis, weil diese erwerbswirtschaftlich tätig sei und erhebliche Gewinne erziele. Diese Faktoren minderten – obwohl eine Gewinnerzielungsabsicht und tatsächlich erzielte Gewinne einer Qualifizierung als öffentliche Aufgabe nicht entgegenstünden¹⁷ – die soziale Zweckbindung. Im Rahmen der vorzunehmenden Gesamtbetrachtung komme der sozialen Zielstellung alleine deshalb keine besondere Bedeutung zu, weil die H-GmbH tatsächlich beträchtliche Gewinne erwirtschaftet habe.

d) Zudem werde die GmbH von der Bevölkerung auch nicht als verlängerter Arm des Staates wahrgenommen. Sie trete auf dem Markt werbend auf und handle wie jeder andere private Wohnungsanbieter. Schützten die Amtsdelikte das Vertrauen der Allgemeinheit in die Integrität von Trägern staatlicher Institutionen und werde das privatrechtlich strukturierte Unternehmen nicht als Teil der Staatsverwaltung angesehen, weil eine Erfüllung öffentlicher Aufgaben nicht mehr deutlich werde, so verliere sich auch im Korruptionsfall das Bedürfnis nach einer Ahndung gem. §§ 331 ff. StGB.¹⁸

2. Die Ausführungen des *Senats* sind im Folgenden methodenkritisch zu betrachten. Dabei wird sich zeigen, dass die zugrunde gelegten Kriterien zwar im konkreten Fall zu einem plausiblen Ergebnis geführt haben mögen. Es stellt sich aber die Frage, ob sie auch einen Anspruch auf Allgemeingültigkeit erheben können, wenn das gefundene Ergebnis auf Wertungen beruht, die für alle drei Begründungsbestandteile angreifbar sind.

a) Das Argument, die H-GmbH handle in Gewinnerzielungsabsicht, weil die Stadt Hannover Gewinnerwartungen in Höhe von 4 % des Eigenkapitals der Gesellschaft zum Zwecke der Haushaltssanierung in ihre Etatplanung einstelle, widerspricht der durchaus erwähnten Auffassung in Rechtsprechung und Literatur, wonach eine solche Absicht oder ein tatsächlicher Gewinn gerade nicht der Einordnung als öffentliche Aufgabe entgegenstehe.¹⁹ Der *Senat* setzt sich indes – außer dem relativierenden Hinweis, es handle sich nur um *einen* Gesichtspunkt innerhalb einer *Gesamtbetrachtung*²⁰ – nicht mit dieser Auffassung auseinander, sondern wiederholt lediglich die bereits getroffene Feststellung, die H-GmbH habe tatsächlich beträchtliche Gewinne erwirtschaftet.

b) Die Begründung, die H-GmbH werde nicht als verlängerter Arm des Staates wahrgenommen, weil der Bevölkerung eine Erfüllung öffentlicher Aufgaben nicht mehr deutlich werde, so dass sich das Bedürfnis nach einer Ahndung gem. §§ 331 ff. StGB verliere, erweist sich ebenfalls als kaum tragfähig. Wie die Bevölkerung tatsächlich über den Allgemeinheitsbezug des öffentlichen Wohnungsbaus denkt, war nicht Gegenstand empirischer

Erhebungen des *Senats*, sondern beruht auf einer Plausibilitätserwägung. Diese könnte auch der Wandlung unterliegen und das genaue Gegenteil ergeben. Die bloß vermutete Wahrnehmung einer Mehrheit in der Bevölkerung²¹ wird aber sogleich in eine rechtliche Wertung umgemünzt, wenn das Bedürfnis nach Bestrafung wegen Bestechungsdelikten angesichts des durch diese geschützten Rechtsguts entfallen soll, weil der Bezug der Tätigkeit der H-GmbH zu einer öffentlichen Aufgabe nicht mehr deutlich werde. Der *Senat* liest also aus dem ohnehin problematischen Rechtsgut der §§ 331 ff. StGB²² heraus, was im Rahmen einer Auseinandersetzung mit dem Amtsträgerbegriff erst zu begründen und dann den weiteren Ausführungen zu Grunde zu legen gewesen wäre.

c) Es verbleibt das dritte Argument, bei der H-GmbH handle es sich um einen von insgesamt über 100 Anbietern, so dass ein Bezug der Aufgabe zur staatlichen Sphäre nicht mehr zu erkennen sei. Auch hierbei handelt es sich um ein Einzelfallargument, das nur besagt, dass jedenfalls bei 100 Konkurrenten auf dem Sozialwohnungsmarkt kein Bezug zur staatlichen Sphäre mehr zu erkennen sei. Wann allerdings in diesem Zusammenhang Quantität in Qualität umschlagen könnte (zwei Konkurrenten, zehn oder 50?), so dass die Aufgabe doch der staatlichen Sphäre zuzuordnen wäre, bleibt bei dieser Argumentationsweise offen.

d) Wie stark das Ergebnis von außer(straf)rechtlichen Wertungen und Vorverständnissen abhängt, zeigt nicht zuletzt auch die Bezugnahme auf eine ältere Entscheidung, die vor der Änderung des § 11 Abs. 1 Nr. 2 lit. c StGB ergangen ist.²³ Hier hatte der *Bundesgerichtshof* die Amtsträgereigenschaft des Geschäftsführers einer landeseigenen Wohnungsbaugesellschaft zwar abgelehnt, aber zugleich ausgeführt, es könne Ausnahmefälle geben, in denen der Bürger zur Befriedigung grundlegender Lebensbedürfnisse ohne Ausweichmöglichkeiten auf die Leistungen einer von einer öffentlichrechtlichen Körperschaft in privatrechtlicher Form organisierten Einrichtung *angewiesen* sei. Das Kriterium der Angewiesenheit ist aber wiederum nur durch eine Wertung jenseits strafrechtlicher Kategorien zu bestimmen, deren Maßstäbe alles andere als klar sind und dem gesellschaftlichen und politischen Wandel unterliegen.

3. Die Entscheidungsgründe zu § 11 Abs. 1 Nr. 2 lit. c StGB verdeutlichen erneut, wie schwer es für das Strafrecht ist, außerstrafrechtliche Entwicklungen und Wertungen abzubilden, die zumindest bislang von einem Rückzug des Staates und dem Glauben an die Kräfte des Marktes gekennzeichnet waren. Was eine „öffentliche Aufgabe“ ist bzw. sein soll, bildet zum einen nicht weniger als den Gegenstand eines eigenen Rechtsgebiets, nämlich des Verwaltungsrechts mit seinen Bezügen zum

¹⁷ BGH NJW 2007, 2932, 2934 unter Bezugnahme auf BGH NJW 2004, 3129.

¹⁸ BGH NJW 2007, 2932, 2934.

¹⁹ BGH NJW 2001, 3062, 3064; BGH NJW 2004, 693 f.; BGH NJW 2004, 3129, 3131; für die Kommentarliteratur vgl. nur Schönke/Schröder/Eser, a.a.O., § 11 Rn. 22 mwN.

²⁰ BGH NJW 2001, 3062, 3064 (Hervorhebung vom Verf.), vgl. auch die Einschätzung von *Dölling* JR 2008, 171, 172 f.

²¹ S. auch die Kritik von *Dölling* JR 2008, 171, 173; zu einem ähnlichen Argumentationsmuster des OLG Düsseldorf in *StraFo* 2008, 165, 166, s. *Grube* *StraFo* 2008, 167 f.

²² *Dölling* JR 2008, 171, 173; zur Gefahr des Zirkelschlusses in der gleich gelagerten Argumentation des OLG Düsseldorf (*StraFo* 2008, 165, 166) treffend s. *Grube* *StraFo* 2008, 167; zum Rechtsgut der §§ 331 ff. s. *Kargl* *ZStW* 114 (2002), 763 ff.

²³ BGH NJW 1992, 847, 848.

Verfassungsrecht. Es ist zum anderen aber auch eine gesellschaftspolitische Entscheidung, was als *öffentliche Aufgabe*, also als Gegenstand allgemeinen Interesses angesehen wird. Strafrechtsprechung und Strafrechtswissenschaft haben zwei Möglichkeiten, mit der Verwaltungs- und Politikakzessorietät der strafrechtlichen Begriffsbildung umzugehen: Entweder vollziehen sie die andernorts getroffenen Entscheidungen unkritisch nach oder sie bemühen sich darum, faktischen Entwicklungen rechtliche Kategorien entgegenzuhalten. Diese wären daraus abzuleiten, welche Aufgaben der Staat im Allgemeininteresse zu erfüllen hat, so dass er sich ein Unterlassen dieser Verpflichtung als Rechtsverletzung zurechnen lassen muss. Handeln Personen in diesem Bereich für den Staat, so handeln sie – wenn auch die weiteren Voraussetzungen vorliegen – als Amtsträger i.S.d. § 11 Abs. 1 Nr. 2 lit. c StGB, auf den sich die Amtsdelikte im Besonderen Teil des StGB beziehen.

Das Urteil des *Bundesgerichtshofs* hat sich nicht zwischen diesen beiden Möglichkeiten entschieden, sondern eine

weitere Einzelfallentscheidung getroffen, die einen Mittelweg zwischen der Betrachtung tatsächlicher Gegebenheiten und der rechtlichen Wertung sucht. Obwohl zu erwarten ist, dass dieser Entscheidung noch viele weitere folgen werden, bleibt zu hoffen, dass eine Konkretisierung des Begriffs der öffentlichen Aufgabe im Zusammenhang mit dem Amtsträgerbegriff gelingt. Eine solche Begriffsbestimmung wird für den Bereich der Aufgabenprivatisierung wohl nur gelingen, wenn das Spezifikum öffentlich-rechtlichen Handelns herausgearbeitet wird. Dass die in diesem Bereich tätigen Personen auch im Rechtssinne sicher sein können, ob sie als Amtsträger oder Private handeln, dient nicht allein der Unterscheidung zwischen § 299 StGB und §§ 331 ff. StGB. Es ist vielmehr auch ein Gebot des Bestimmtheitsgrundsatzes (Art. 103 Abs. 2 GG, § 1 StGB), der sich über die Strafvorschriften der §§ 331 ff. StGB auch auf § 11 Abs. 1 Nr. 2 lit. c StGB und damit in den Allgemeinen Teil des StGB erstreckt.

Dokumentation

Verfahrensdokumentation

In dieser Ausgabe kein Eintrag.

Schrifttum

Schrifttum

Institut für Kriminalwissenschaften und Rechtsphilosophie Frankfurt a. M. (Hrsg.): **Jenseits des rechtsstaatlichen Strafrechts**, Peter Lang, Frankfurt am Main 2007, ISBN 978-3-631-56213-0, 683 S., 91,00 EUR.

I. „Das gesamte Strafrecht ist in weiträumiger Bewegung.“ Mit diesen Worten beginnt die neuerliche Bestandsaufnahme des Frankfurter Instituts für Kriminalwissenschaften und Rechtsphilosophie, deren Titel „Jenseits des rechtsstaatlichen Strafrechts“ zugleich den programmatischen Rahmen des Projekts bezeichnet. Ähnlich und im Anschluss an die Untersuchungen „Vom unmöglichen Zustand des Strafrechts“ und „Irrwege der Strafgesetzgebung“ (Frankfurter Kriminalwissenschaftli-

che Studien, Bd. 50, 1995 und 69, 1999) geht es auch in dem vorliegenden Band um eine kritische Analyse zu beobachtender Entwicklungen in Strafrechtswissenschaft und Praxis und damit auch um das Anliegen, akute Problemstellungen zu formulieren. Dies sei umso wichtiger, als die Frage: modernes oder klassisches Strafrecht? verschwunden sei, und diejenige nach der liberalen oder autoritären Ausrichtung überhaupt nicht mehr gestellt werde. „Man meint, mit dem Hinweis auf die Erhöhung der inneren Sicherheit durch Bekämpfung von Abweichenden und Feinden [...] jede Neujustierung von materiellen, prozessualen und gerichtsorganisatorischen Strafrechtsregeln bestätigen zu können.“ Nur handelte es sich dabei um „triviale politische Begriffe“, die nur zufällige, freilich machtvolle Regeln hervorbringen. – Die Konzeption des Bandes spiegelt das Anliegen im wesentlichen wider. So beschäftigt sich der erste von drei Teilen mit

dem „Verfall des rechtsstaatlichen Strafrechts“ (A), der zweite untersucht schließlich den „Verlust des Rechtsstaats im materiellen Strafrecht“ (B), während der dritte Teil „das Verschwinden schützender Verfahrensformen“ thematisiert (C). Formuliert werden so die Gegenläufigkeiten innerhalb bestehender Normbegründungs- und Ordnungssysteme, aber auch der damit verbundene Anspruch, nämlich dem modernen Strafrecht - entgegen der dominierenden Zeitsignatur - ein rechtsstaatliches Selbstverständnis einzuschreiben.

II. Die Verknüpfung von sinnkritischer Analyse und rekonstruktiver Argumentation, zurückgespielt auf das Verhältnis von positiver Regelung, Dogmatik und Rechtstheorie, wird bereits in der ersten Abteilung des Bandes deutlich (S. 3 - 351). Ausgehend von Struktur des Strafrechts als sinnstiftendes Orientierungsmodell werden die originären Legitimationsgrundlagen wie auch die gesellschaftlichen Erwartungspotentiale in den Blick genommen. Erfolgt das bei *Peter-Alexis Albrecht* in Form einer Tour d' Horizont durch historisch einflussreiche und aktuell kontroverse (Straf-)Begründungsstrategien, so verzweigt sich die Diskussion im Fortgang. Zu finden sind Untersuchungen zur „globalen Gesetzlichkeit“ und deren Einmünden in ein „imperiales Strafrecht“ (*Stefan Braum*), zur „naturalistischen Herausforderung des Schuldstrafrechts“ (*Klaus Günther*) sowie der Bedeutung des Großen Lauschangriffs für die moderne Strafgesetzgebung (*Christoph Krehl/Lutz Eidam*) ebenso, wie eine umfassende Auseinandersetzung mit der Folterproblematik (*Stephan Stübinger*) oder der Neuauflage des Europäischen Haftbefehlsgesetz (*Eva-Maria Unger*). Die Quintessenz der Diskussion liefert *Winfried Hassemer*. Der mit dem Titel „Sicherheit durch Strafrecht“ überschriebene Beitrag dekliniert nicht nur das Präventions- und Gefahrenabwehrparadigma des modernen Staates durch, sondern verweist auch auf die damit verbundenen Instrumentalisierungen und Entgrenzungen strafrechtlicher Konfliktlösungsformen. „Das moderne Strafrecht ist dabei, sich in ein Gefahrenabwehrrecht zu verwandeln. Seine Diskurse werden vom Interesse an der Herstellung und Bewahrung von Sicherheit beherrscht. Freiheitsrechte und strafrechtliche Traditionen schonender Eingriffe werden in Bedrohungsszenarien zerrieben.“ *Hassemer* formuliert damit einen Befund, der sich - mehr oder weniger deutlich - aus allen Referaten herauslesen lässt. Denn so unterschiedlich die Herangehensweisen und Argumentationsstrategien sind, so einig ist man sich in der Feststellung, dass die Rede vom praxisangemessenen Strafrecht Perspektiven des Rechtsstaats und der Freiheit als „in sich und in ihrer nachhaltigen Nützlichkeit begründete Grundsätze der Inklusion, Fairness und Transparenz“ (*Cornelius Prittwitz*) voraussetzt.

Genau auf dieser Matrix von positivrechtlicher Zustandsbeschreibung und reflektierter Strukturanalyse beruht auch die Konzeption der zweiten Abteilung, nun freilich mit dem Fokus auf dem materiellen Strafrecht (S. 355 - 496). Das Spektrum der Überlegungen ist vielfältig und aktualisiert Probleme der personalen Rechtsgutslehre (*Christiane Rüdiger*), der Schuld dogmatik (*Moritz von Schenk*) sowie des Strafvollzugs und der Sicherungsverwahrung (*Michaela Apel, Klaus Lüderssen*), aber auch dogmatische Einzelfragen des Betrugstatbestands (*Jochen Bung*) sowie der Geldwäsche (*Frank Saliger*). Inwiefern

gerade das materielle Strafrecht mit kaum mehr überschaubaren Begriffsunschärfen, Entgrenzungen, und, im Anschluss daran, mit diversen Opportunitätserwägungen zu kämpfen hat, zeigt - geradezu paradigmatisch - der Artikel von *Wolfgang Naucke*. An Hand der Konkurrenzlehre entwickelt *Naucke* das Spannungsfeld eines am Prinzip der Gesetzlichkeit aufgerichteten, zugleich aber einer Praxis beschleunigender De zision ausgesetzten Strafrechts. So ist „das juristische Denken in Konkurrenzen ein herausragendes Beispiel für die Arbeitsweise eines gesetzgebundenen rechtsstaatlichen Strafrechts“; schließlich ruhe die Konkurrenzlehre auf einem strengen Gesetzesbegriff und genau diesen Gesetzen sei der Jurist unterworfen. Demgegenüber stünden Strategien der modernen Gesetzgebung ebenso wie entformalisierte Verfahren der Konflikterledigung, *Naucke* verweist hier auf das Maßregelrecht, die Vorschriften der §§ 153 ff. StPO, die gegenwärtigen Absprachenregelungen und eine ausgebreitete Kriminalprävention. Mit diesen Änderungen im materiellen, prozessualen, und justizorganisatorischen Strafrecht sei nicht nur das „Eindringen von Rechtsanwendungsökonomie“ verbunden, es habe vielmehr auch und insbesondere die Zerstörung der Konkurrenzlehre und folglich des rechtsstaatlichen Strafrechts überhaupt zur Folge. „An die Stelle des Vorrangs des Gesetzes und an die Stelle des Wettbewerbs der Gesetze um Anwendung bei der Urteilsfindung [...] tritt“, so *Naucke*, „eine an das Gesetz nur noch schwach angelehnte, alternativenreiche Gesamtschau bei der strafrechtlichen Entscheidung des Einzelfalls. Und so lautet dann auch das Fazit, dass „an einer wichtigen Stelle ein hervorgehobenes Kennzeichen des rechtsstaatlichen Strafrechts [verblasst], die Herrschaft des Gesetzes anstelle der Herrschaft von Amtspersonen“. Dieser von *Naucke* diagnostizierte „strafjuristische Mentalitätswandel“, „dieser Wandel in der begrifflichen Verfassung der Strafruristen“ ist aber - so der Tenor der dritten und letzten Abteilung - nicht auf das Gebiet des materiellen Strafrechts begrenzt, sondern findet sich auch in vielen Bereichen des gegenwärtigen Prozessrechts wider.

Der Titel dieser Abteilung „Das Verschwinden schützender Verfahrensformen“ formuliert die Entwicklung in pointierter Weise. Das Tableau der dementsprechenden Fragestellungen verdeutlicht die Problematik umso mehr (S. 499 - 680). Diskutiert werden „die Deformation einer Verfahrensnorm durch politische Rücksichten“ (*Denis Basak*), der „staatliche Zugriff auf die Gene“ im Wege der „Ausweitung der DNA-Analyse für Zwecke künftiger Strafverfahren“ (*Michael Jasch*), der „Verdachtsbegriff im präventiv orientierten Strafprozess“ (*Matthias Jahn*), darüber hinaus das (verfassungswidrige) Institut der „Zwischenhaft“ (*Ulfrid Neumann*) oder der Rehabilitationsgedanke im Wiederaufnahmerecht (*Sascha Ziemann*). Welchen Wandel das Selbstverständnis der Strafruristen inzwischen vollzogen hat, zeigt schließlich *Rainer Hamm* an Hand der Entformalisierungstendenzen des Strafrechts und Strafprozessrechts. Ähnlich wie *Naucke* konstatiert *Hamm* eine neue Strategie staatlichen und gesetzgeberischen Handelns, weg von formal-rechtlichen Garantien und hin zu einem lückenlosen und zugleich informell ausgerichteten Gefahrenabwehrrecht; das aber bedeute, „dass der gegen staatliche Willkür gerichtete Zweck der Formalien sich - gleichsam um 180 Grad gedreht - in einen präventiven Zweck der Formlosigkeit

im Sinne polizeilicher Effizienz verwandelt hat“. Diese These wird – für das materielle Recht – am Beispiel der abstrakten Gefährdungsdelikte, der Umgehung des Schuldprinzips durch Umetikettierung harter Sanktionen in „Nichtstrafrecht“ und der Verweisungsketten von Blankettnormen erprobt. Für das Verfahrensrecht werden vor allem die gesetzlichen Regelung zur „Dekonzentrierung der Hauptverhandlung“ (§§ 229, 275 StPO) und die Urteilsabsprachen herangezogen. Die dabei sichtbar werdende Flexibilisierung der Strafrechtspraxis mündet für *Hamm* in erhebliche Anwendungsprobleme. Schon im materiellen Recht könne man eine erhebliche Zahl konturnotloser Deliktstypen und folglich eine zunehmende Rechtsunsicherheit beobachten; im Prozessrecht führe das nicht nur zu einer Verringerung der Verfahrenskontrolle, sondern auch zu einer fortschreitenden Verwischung der Kompetenzgrenzen zwischen Tat- und Revisionsgericht. *Hamm* versteht seine Bestandsaufnahme allerdings nicht als Verabschiedung eines prinzipiengeleiteten Strafrechts, vielmehr – und hier fasst er die Blickrichtung der meisten Beiträge zusammen – biete eine solche Analyse immer auch die Möglichkeit, bei Wissenschaft und Praxis das notwendige Interesse für aktuelle sowie drängende Problemstellungen zu wecken; und das heißt in diesem Kontext: „Wie müsste ein [...] noch rechtsstaatlich verfasstes materielles Strafrecht beschaffen sein, damit wir uns wieder einen gerechten, d.h. von Justizförmigkeit beherrschten Strafprozess leisten können?

III. Der Rezensent hat den vorliegenden Band mit Gewinn gelesen. Einmal mehr hat das Institut für Kriminalwissenschaften und Rechtsphilosophie Frankfurt a. M. auf die aktuellen Entwicklungen im deutschen und internationalen Strafrecht in gewohnter Form reagiert; und

einmal mehr ist dabei eine höchst anregende und instruktive Aufsatzsammlung entstanden. Grund hierfür ist die Tatsache, dass, obwohl es sich um eine überaus kritische Zustandsanalyse handelt, auf Polarisierungen und praxisgelöste Theoriegefechte weitgehend verzichtet wurde. Die Auseinandersetzung mit den dogmatischen und gesetzlichen Strukturen strafrechtlicher Konfliktlösung und deren theoretischer Unterfütterung orientiert sich nicht an idealisierten Erwartungshaltungen, welcher Provenienz auch immer, sondern an dem Verhältnis von sinnbezogener Prinzipienbegründung und soziopragmatischer Einordnung. Ob man insoweit *Albrechts* Ausrichtung an einem transstaatlichen Kernstrafrecht der Strafgesetzlichkeit, dem Konzept *Hassemers* von einem Sicherheitsstrafrecht oder eher *Nauckes* Überzeugung von einem rechtsstaatlichen Strafrecht zustimmen sollte, hängt entscheidend von den Kriterien ab, die man den jeweiligen Argumentationsstrategien zur Seite stellt. Und genau deshalb kommt es immer wieder darauf an, im einzelnen offenzulegen, was mit der Rede von Freiheit, Sicherheit und Gesetzlichkeit, im Hinblick auf eine sich ständig im Wandel befindlichen Gesellschaft, zur Geltung gebracht wird, und welche Bedeutung das für eine mit vielfältigen Bedürfnissen ausgestattete Rechtssubjektivität hat oder zumindest haben kann. Dass diese freiheits- und subjektphilosophische Perspektive strafrechtlichen Denkens etwas zu kurz gekommen ist, kann man als kleinen Mangel des Bandes bezeichnen; man kann darin aber auch das Potential sehen, das der gewählten Problemstellung innewohnt und zugleich hoffen, dass das Gespräch in naher Zukunft fortgesetzt wird.

Dr. **Benno Zabel**, Universität Leipzig

Rechtsprechung

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.

590. BGH 1 StR 153/08 - Beschluss vom 27. Mai 2008

Unbegründete Anhörungsrüge.
§ 356a StPO

591. BGH 1 StR 166/07 - Urteil vom 30. Mai 2008 (LG Mannheim)

BGHSt; Versendung standardisierter Gewinnmitteilungen und Geschenkversprechen im Versandhandel; strafbare Werbung (Unwahrheit; Eignung zur Irreführung;

geschäftliche Verhältnisse; Zusammenhang zwischen Werbeaussage und beworbener Ware oder Leistung; intendierter rein wirtschaftlicher Zusammenhang); (Wertersatz-)Verfall von Kaufpreiszahlungen, die aus strafbarer Werbung erlangt worden sind (Bereicherungszusammenhang bei Drittbegünstigten; entgegenstehende Schadensersatzansprüche von Kunden aus unerlaubter Handlung); Bestimmung des Erlangten (Bruttoprinzip; Differenzierung zwischen Verpflichtungsgeschäft und dinglichem Erfüllungsgeschäft; Divergenz zum 5. Straf-

senat – „Kölner Müllfall“; Wettbewerbsvorteil); Härtefallklausel (Ermessen; Verhältnis von Insolvenzverfahren und Verfall); Verbotsirrtum.

§ 263 StGB; § 16 Abs. 1 n.F. UWG; § 4 Abs. 1 a.F. UWG; § 73 Abs. 1 Satz 1, Abs. 3 StGB; § 73 Abs. 1 Satz 2 StGB; § 73a StGB; § 823 Abs. 2 BGB; § 661a BGB; § 17 StGB

592. BGH 1 StR 189/08 - Beschluss vom 29. Mai 2008 (LG Stuttgart)

Ablehnung eines Beweisantrages (Wahrunterstellung; Ungeeignetheit eines Zeugen).

§ 244 Abs. 3 Satz 2 4. Var. und 7. Var. StPO

593. BGH 1 StR 192/08 - Beschluss vom 28. Mai 2008 (LG Ravensburg)

BGHSt; Vorverurteilung im Sinne von § 66 Abs. 1 Nr. 1 StGB (nachträgliche Sicherungsverwahrung; Orientierung an der Warnfunktion des Urteils; nachträgliche Gesamtstrafenbildung).

§ 66 Abs. 1 Nr. 1 StGB; § 66b StGB

594. BGH 1 StR 196/08 - Beschluss vom 28. Mai 2008 (LG Deggendorf)

BGHR; Beihilfe zum unerlaubten Handeltreiben mit Betäubungsmitteln nach deren Sicherstellung (Divergenz der Strafsenate; straflose versuchte Beihilfe; weite Auslegung des Handeltreibens); redaktioneller Hinweis.

§ 27 StGB; § 29 Abs. 1 Nr. 1 BtMG

595. BGH 1 StR 203/08 - Beschluss vom 7. Mai 2008 (LG Nürnberg)

Wiedereinsetzung in den vorigen Stand zur weiteren Begründung der Revision (Erhebung von Verfahrensrügen; rechtliches Gehör: plötzliche Auflösung einer Sozietät als ein auf äußeren Umständen beruhendes nicht zurechenbares Hindernis; Anbringung von Verfahrensrügen); Aufklärungspflicht.

§ 44 StPO; § 244 Abs. 2 StPO

596. BGH 1 StR 228/08 - Beschluss vom 29. Mai 2008 (LG Augsburg)

Aufklärungsrüge (Reichweite der Aufklärungspflicht).

§ 244 Abs. 2 StPO

597. BGH 1 StR 241/08 - Beschluss vom 18. Juni 2008 (LG Hof)

Verwerfung der Revision als unbegründet.

§ 349 Abs. 2 StPO

598. BGH 1 StR 243/08 - Beschluss vom 28. Mai 2008 (LG München)

Verstoß gegen Weisungen während der Führungsaufsicht; Schuldunfähigkeit (mangelnde Einsichtsfähigkeit auf Grund von Demenz bei Morbus Pick; krankhafte seelische Störung); Unterbringung in einem psychiatrischen Krankenhaus (Gefährlichkeitsprognose bei Verstößen gegen Weisungen; lediglich formale Verstöße; Darlegungspflichten).

§ 145a StGB; § 20 StGB; § 63 StGB

599. BGH 4 StR 125/08 - Beschluss vom 29. April 2008 (LG Essen)

Konkurrenzen bei gewerbsmäßigem Bandenbetrug (Tatmehrheit; Tateinheit; gesonderte Prüfung für jeden Tat-

beteiligten und Zusammenfassung zum Organisationsdelikt).

§ 263 Abs. 5 StGB; § 52 StGB; § 53 StGB

600. BGH 4 StR 20/08 - Beschluss vom 6. Mai 2008 (LG Dortmund)

Schwere Brandstiftung (teilweises Zerstören durch Brandlegung bei einem Mehrfamilienhaus; Inbrandsetzen).

§ 306a Abs. 1 Nr. 1 StGB; § 64 StGB

601. BGH 4 StR 67/08 - Beschluss vom 12. Juni 2008 (LG Bochum)

Verwerfung der Revision als unbegründet.

§ 349 Abs. 2 StPO

602. BGH 4 StR 126/08 - Beschluss vom 24. April 2008 (LG Münster)

(Versuchter) Wohnungseinbruchsdiebstahl (einschränkende Auslegung des Wohnungsbegriffs und Einbruch in eine Wohnung bei Mischgebäuden; schutzzweckorientierte Auslegung; geschlossene Einheit aus Wohnung und Geschäftsraum); Gesetzlichkeitsprinzip (Wortlautgrenze).

Art. 103 Abs. 2 GG; § 244 Abs. 1 Nr. 3, Abs. 2 StGB;

§ 243 Abs. 1 Satz 2 Nr. 1 StGB; § 22 StGB

603. BGH 4 StR 131/08 - Beschluss vom 29. April 2008 (LG Halle)

Verwerfung der Revision als unbegründet.

§ 349 Abs. 2 StPO

604. BGH 4 StR 145/08 - Beschluss vom 29. Mai 2008 (LG Bielefeld)

Verwerfung der Revision als unbegründet.

§ 349 Abs. 2 StPO

605. BGH 4 StR 150/08 - Beschluss vom 27. Mai 2008 (LG Essen)

Erpresserischer Menschenraub (Absicht der Ausnutzung des Sich Bemächtigen) und versuchte räuberische Erpressung; Unterbringung in einer Entziehungsanstalt.

§ 239a StGB; § 255 StGB; § 64 StGB

606. BGH 4 StR 184/08 - Beschluss vom 29. Mai 2008 (LG Dortmund)

Verwerfung der Revision als unbegründet.

§ 349 Abs. 2 StPO

607. BGH 4 StR 189/08 - Beschluss vom 18. Juni 2008 (LG Halle)

Verwerfung der Revision als unbegründet.

§ 349 Abs. 2 StPO

608. BGH 4 StR 200/08 - Beschluss vom 27. Mai 2008 (LG Hagen)

Fehlende Anklage (fehlender Eröffnungsbeschluss; Begriff der prozessualen Tat: voneinander getrennte geschichtliche Ereignisse, die untereinander weder eine deliktsimmanente Verbindung der Handlungen noch eine Überschneidung im äußeren Ablauf der Taten aufzeigen; Verfolgungswille der Staatsanwaltschaft).

§ 199 StPO; § 264 StPO

609. BGH 4 StR 443/07 - Beschluss vom 10. April 2008 (LG Bielefeld)

Gesetzlicher Richter (Unabhängigkeit und Unparteilichkeit; Besorgnis der Befangenheit; Überdehnung des § 26a Abs. 1 Nr. 3 StPO; Verschleppungsabsicht; Willkür; absoluter Revisionsgrund); rechtliches Gehör (unzulässige Verkürzung des Verteidigungsvortrags im Ablehnungsverfahren); Vorsatz bei der Hehlerei und Gewerbsmäßigkeit; Verschlechterungsverbot; redaktioneller Hinweis.

Art. 101 Abs. 1 Satz 2 GG; Art. 103 Abs. 1 GG; Art. 6 EMRK; § 26a Abs. 1 Nr. 3 StPO; § 338 Nr. 3 StPO; § 358 Abs. 2 StPO; § 259 StGB; § 260 Abs. 1 Nr. 1 StGB; § 15 StGB; § 16 Abs. 1 Satz 1 StGB

610. BGH 4 StR 617/07 - Beschluss vom 29. April 2008 (LG Aachen)

Gefährlicher Eingriff in den Straßenverkehr (absichtlich herbeigeführte Unfälle als Hindernisbereiten und als ähnlicher, ebenso gefährlicher Eingriff; erforderliche Feststellungen für die Annahme einer konkreten Gefährdung von Leib oder Leben eines anderen Menschen oder fremder Sachen von bedeutendem Wert bei einem Aufprall von Fahrzeugen).

§ 315b StGB; § 315 Abs. 3 Nr. 1a StGB

611. BGH 5 StR 38/08 - Urteil vom 10. Juni 2008 (LG Berlin)

BGHSt; Beweisantrag (Konnexitätsanfordernis bei fortgeschrittener Beweisaufnahme; Wahrnehmungssituation des benannten Zeugen und Geeignetheit des Beweismittels; Beweisantrag „ins Blaue hinein“; Bestimmtheit der Beweisbehauptung; Beweisteilhabe und Beweiseignung); Recht auf ein faires Verfahren (Hinweispflicht zur Darlegung der Konnexität des Beweismittels bei Hilfsbeweisanträgen).

Art. 6 EMRK; § 244 Abs. 3, Abs. 6 StPO

612. BGH 5 StR 57/08 - Beschluss vom 20. Mai 2008 (LG Berlin)

Gebundene Entscheidung über die Einstellung eines Ermittlungsverfahrens; Bestechlichkeit (Dienstpflichtverletzung durch Betreibung eines Strafverfahrens trotz mangelnder Objektivität).

§ 170 Abs. 2 StPO; § 160 Abs. 2 StPO; § 332 StGB

613. BGH 5 StR 85/08 - Beschluss vom 21. Mai 2008 (LG Braunschweig)

Abgrenzung von sexueller Nötigung und Nötigung; Hinweispflicht (rechtliches Gehör; Ausschluss einer anderen Verteidigungsmöglichkeit); Tenorierung bei benannten Strafzumessungsregeln (Regelbeispielen; Vergewaltigung); sexueller Missbrauch von Schutzbefohlenen.

§ 240 StGB; § 177 Abs. 2 StGB; § 265 StPO; § 174 Abs. 2 Nr. 1 StGB a.F.

614. BGH 5 StR 124/08 - Beschluss vom 21. Mai 2008 (LG Berlin)

Konkurrenzen beim Betrug (Organisationsdelikt; eigene Tatbeiträge; Tatmehrheit; Tateinheit; Eingehungsbetrug).

§ 263 StGB; § 52 StGB; § 53 StGB

615. BGH 5 StR 149/08 - Beschluss vom 21. Mai 2008 (LG Leipzig)

Verwerfung der Revision als unbegründet.

§ 349 Abs. 2 StPO

616. BGH 5 StR 182/08 - Beschluss vom 20. Mai 2008 (LG Berlin)

Verwerfung der Revision als unbegründet.

§ 349 Abs. 2 StPO

617. BGH 5 StR 188/08 - Beschluss vom 20. Mai 2008 (LG Berlin)

Verwerfung der Revision als unbegründet.

§ 349 Abs. 2 StPO

618. BGH 5 StR 93/08 - Beschluss vom 21. Mai 2008 (LG Potsdam)

Beendigung beim Subventionsbetrug (Verjährung); rechtsstaatswidrige Verfahrensverzögerung (Kompensation und Beachtung konkreter Belastungen bei der Strafzumessung); Strafzumessung beim Subventionsbetrug.

Art. 6 EMRK; Art. 13 EMRK; § 264 StGB; § 78 StGB; § 46 StGB; § 54 StGB

619. BGH 5 StR 97/08 - Beschluss vom 21. Mai 2008 (LG Leipzig)

Rechtsfehlerhafte Anordnung der Sicherungsverwahrung (Darlegung der Vorverurteilungen; gebotene Erörterung einer milderer Anordnung der Unterbringung in einer Entziehungsanstalt; Verhältnismäßigkeit; Hang).

§ 66 Abs. 1 StGB; § 64 StGB; § 72 StGB

620. BGH 5 StR 197/08 - Beschluss vom 21. Mai 2008 (LG Görlitz)

Rechtsfehlerhafte Beweiswürdigung bei schwerem sexuellen Missbrauch von Kindern (fehlerhaft angenommene Aussagekonstanz der einzigen Belastungszeugin; sexuell erhebliche Handlung); Strafzumessung (unzulässige Moralisierung; minder schwerer Fall).

§ 176a StGB; § 184f StGB; § 261 StPO

621. BGH 5 StR 201/08 - Urteil vom 21. Mai 2008 (LG Leipzig)

Anordnung von Wertersatzverfall (Härtefallklausel: vertretbare Ermessensausübung).

§ 73b StGB; § 73c StGB

622. BGH 5 StR 212/08 (alt: 5 StR 558/05) - Beschluss vom 20. Mai 2008 (LG Berlin)

Verwerfung der Revision als unbegründet.

§ 349 Abs. 2 StPO

623. BGH 5 StR 342/04 - Beschluss vom 9. Juni 2008 (LG Augsburg)

BGHSt; ne bis in idem nach dem Schengener Abkommen (Strafklageverbrauch; Anwendung auf eine einheitliche Schmuggelfahrt; Verfahrenseinstellung; Kriterien des EuGH und Berücksichtigung des Einzelfalles; Behandlung von Jurisdiktionsgrenzen); Steuerhehlerei und Steuerhinterziehung (Zigarettschmuggel).

Art. 54 SDÜ; Art. 103 Abs. 3 GG; § 206a StPO; § 154 Abs. 2 StPO; § 370 AO; § 374 AO

624. BGH 5 StR 556/07 - Beschluss vom 8. Januar 2008 (LG Bremen)

Verwerfung der Revision als unbegründet.

§ 349 Abs. 2 StPO

625. BGH 5 StR 602/07 – Beschluss vom 10. Januar 2008 (LG Hamburg)

Verwerfung der Revision als unbegründet.

§ 349 Abs. 2 StPO

626. OLG München 4 StRR 194/07 – Beschluss vom 22. Januar 2008 (AG Kempten, LG Kempten)

Körperverletzung im Amt; mögliche Amtsträgereigenschaft von Lehrern an einer Privatschule (Waldorfschule); Züchtigungsrecht; Ablehnung eines Beweisantrages wegen Bedeutungslosigkeit.

§ 11 Abs. 1 Nr. 2 lit. c StGB; § 340 StGB; § 223 StGB; § 244 Abs. 3 StPO

627. EGMR Nr. 22978/05 – Urteil der 5. Kammer vom 30. Juni 2008 (Gäfen vs. Deutschland)

Recht auf ein faires Strafverfahren (Fortwirkung von Verstößen gegen die Selbstbelastungsfreiheit; Fernwirkung von Beweisverwertungsverböten im Einzelfall bei Verstößen gegen Art. 3 EMRK; Abwägungslösung; qualifizierte Belehrung; freie Verteidigung); Folterverbot (Androhung von Folter; unmenschliche und erniedrigende Behandlung; Folter; Opferstellung im Sinne der EMRK; ausreichende Kompensation und Subsidiaritätsprinzip; Beweislast); abweichendes Sondervotum KALAYDJIEVA; redaktioneller Hinweis.

Art. 3 EMRK; Art. 6 EMRK; Art. 34 EMRK; § 136a StPO

628. BGH 2 StR 126/08 – Beschluss vom 30. Mai 2008 (LG Frankfurt)

Aufklärungsrüge (Begründung).

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

629. BGH 2 StR 128/08 – Beschluss vom 6. Juni 2008

Unbegründete Anhörungsrüge.

§ 356a StPO

630. BGH 2 StR 13/08 – Beschluss vom 11. Juni 2008 (LG Wiesbaden)

Urteilsformel (Zuordnung von Schuldsprüchen und Gesamtstrafen).

§ 260 Abs. 4 StPO

631. BGH 2 StR 51/08 – Beschluss vom 30. April 2008 (LG Kassel)

Nachträgliche Bildung der Gesamtstrafe (Zäsurwirkung; letzte Hauptverhandlung in einer Tatsacheninstanz).

§ 55 StGB

632. BGH 2 StR 82/08 – Beschluss vom 30. April 2008 (LG Frankfurt am Main)

Aufklärungsrüge (Aufklärungspflicht; Rüge der Aktenwidrigkeit); Beweiswürdigung (Beruhen auf einem Rechtsfehler; Haupterwägung; Hilfsrerwägung).

§ 244 StPO; § 261 StPO; § 337 StPO

633. BGH 2 StR 95/08 – Urteil vom 16. April 2008 (LG Frankfurt am Main)

Tötungsvorsatz (Beweiswürdigung; Tatmotiv; lebensgefährliche Gewalthandlung); Rücktritt vom Versuch (Aufgeben; Rücktrittshorizont).

§ 212 StGB; § 261 StPO; § 24 Abs. 1 StGB

634. BGH 2 StR 132/08 – Beschluss vom 30. April 2008 (LG Kassel)

Beweisantrag (Bescheidungsspflicht); Ersetzung von Beweismitteln (gleich sichere oder bessere Erkenntnisquelle); Verlesung eines polizeilichen Protokolls (Uhrzeit der Protokollierung).

§ 244 Abs. 3, Abs. 6 StPO; § 256 Abs. 1 Ziffer 5 StPO

635. BGH 2 StR 214/08 – Beschluss vom 28. Mai 2008 (LG Koblenz)

Anrechnung in Belgien erlittener Untersuchungshaft; Urteilsformel (Mittäterschaft).

§ 51 Abs. 4 Satz 2 StGB; § 260 Abs. 4 StPO; § 25 Abs. 2 StGB

636. BGH 2 StR 228/08 – Beschluss vom 6. Juni 2008 (LG Frankfurt am Main)

Unerlaubtes Handeltreiben mit Betäubungsmitteln; Strafzumessung.

§ 29a BtMG; § 30a BtMG; § 46 StGB

637. BGH 2 StR 243/08 – Beschluss vom 11. Juni 2008 (LG Gera)

Urteilsformel (Anrechnung von Leistungen auf Bewährungsaufgaben aus einbezogenen Strafen); Härteausgleich (Nachteil).

§ 55 StGB; § 51 Abs. 2 StGB

638. BGH 2 StR 529/07 – Beschluss vom 2. April 2008 (LG Trier)

Rechtlicher Hinweis (Unterbringung in einer Entziehungsanstalt; Beruhen); Geiselnahme (wilde Fahrt im PKW; Zurückgelassenlassen in den Lebenskreis).

§ 265 StPO; § 64 StGB; 239b Abs. 1 Satz 1 StGB; § 337 StPO

639. BGH 2 ARs 74/08 / 2 AR 43/08 – Beschluss vom 16. April 2008 (AG Bremen)

BGHSt; örtliche Zuständigkeit zur Anordnung von Ermittlungsmaßnahmen wegen Ordnungswidrigkeiten nach TKG.

§ 102 StPO; § 105 StPO; § 162 Abs. 1 StPO; § 55 Abs. 1 TKG; § 127 TKG; § 129 TKG; § 149 TKG

640. BGH 3 StR 28/08 – Beschluss vom 9. April 2008 (LG Wuppertal)

Wiedereinsetzung in den vorigen Stand (weitere Begründung einer Verfahrensrüge; rechtliches Gehör); Konfrontationsrecht; Hemmung der Verjährung (Aussetzung eines Zivilprozesses).

§ 44 StPO; § 344 Abs. 2 Satz 2 StPO; Art. 6 EMRK; § 149 ZPO; § 204 BGB

641. BGH 3 StR 38/08 – Beschluss vom 27. März 2008 (LG Hannover)

Unterbringung in einer Entziehungsanstalt (Hang; Vorrang gegenüber vollstreckungsrechtlichen Maßnahmen nach BtMG; Beschaffungskriminalität).

§ 64 StGB; § 35 BtMG

642. BGH 3 StR 50/07 - Urteil vom 6. März 2008 (LG Oldenburg)

Rechtsstaatswidrige Verfahrensverzögerung (Kompensation; Vollstreckungslösung); besonders schwere Brandstiftung.

Art. 6 Abs. 1 EMRK; Art. 20 Abs. 3 GG; § 46 StGB; § 49 Abs. 1 StGB; § 306b Abs. 2 Nr. 2 StGB; § 51 Abs. 1 Satz 1 StGB

643. BGH 3 StR 54/08 - Beschluss vom 11. März 2008 (LG Wuppertal)

Rechtsstaatswidrige Verfahrensverzögerung (Kompensation; Vollstreckungslösung); Doppelverwertungsverbot.

Art. 6 Abs. 1 EMRK; Art. 20 Abs. 3 GG; § 46 StGB

644. BGH 3 StR 60/08 - Urteil vom 3. April 2008 (LG Aurich)

Unerlaubtes Handeltreiben mit Betäubungsmitteln (Konkurrenzen); Kognitionspflicht des Tatrichters.

§ 29a BtMG; § 264 StPO

645. BGH 3 StR 6/08 - Beschluss vom 27. März 2008 (LG Hildesheim)

BGHSt; Wiedereinsetzung in den vorigen Stand (aufgrund Formmangels unzulässige Verfahrensrüge); rechtliches Gehör; Verlesung einer Erklärung des Angeklagten (Beweisantrag; kein Wahlrecht auf eine schriftliche statt einer mündlichen Einlassung trotz geringerer Revisibilität); Vernehmung; Urkundsbeweis; rechtsstaatswidrige Verfahrensverzögerung (Kompensation; Vollstreckungslösung; Beschwer); Recht auf konkrete und wirksame Verteidigung.

§ 44 StPO; § 243 Abs. 4 Satz 2 StPO; § 244 Abs. 2 und 3 StPO; § 344 Abs. 2 Satz 2 StPO; Art. 103 Abs. 1 GG; § 46 StGB; Art. 6 EMRK; Art. 13 EMRK; Art. 20 Abs. 3 GG

646. BGH 3 StR 136/08 - Beschluss vom 14. Mai 2008 (LG Krefeld)

Unbegründete Revision.

§ 349 Abs. 2 StPO

647. BGH 3 StR 147/08 - Beschluss vom 27. Mai 2008 (LG Osnabrück)

Tenorkorrektur

§ 260 Abs. 4 StPO

648. BGH 3 StR 246/07 - Beschluss vom 3. Juni 2008 (OLG Celle)

BGHSt; Diebstahl mit Waffen (Taschenmesser als gefährliches Werkzeug; Messer; Beisichführen; Gebrauchsabsicht; abstrakte Gefährlichkeit); Divergenzvorlage.

§ 244 Abs. 1 Nr. 1 StGB; § 121 Abs. 2 GVG; § 177 Abs. 3 Nr. 1 StGB; § 250 Abs. 1 Nr. 1 Buchst. a StGB; § 223a StGB a.F.; § 224 StGB

649. BGH 3 StR 493/07 - Beschluss vom 1. April 2008 (LG Hildesheim)

Fall Heros; Untreue (Treubruchstatbestand; Geldbearbeitungsdienstleistungen; pflichtwidrige Unterlassung des Meldens einer Treupflichtverletzung; Treupflicht des Geschäftsführers; Treupflicht des Prokuristen; strafbe gründendes besonderes persönliches Merkmal); psychische Beihilfe.

§ 266 Abs. 1 StGB; § 246 StGB; § 14 Abs. 1 Nr. 1 StGB; § 13 StGB; § 27 StGB; § 28 Abs. 1 StGB

650. BGH 3 StR 72/08 - Beschluss vom 27. Mai 2008 (LG Oldenburg)

Beweisantrag; Beweisermittlungsantrag.

§ 244 Abs. 3 StPO

651. BGH 3 StR 84/08 - Urteil vom 12. Juni 2008 (LG Kiel)

Verminderte Schuldfähigkeit (Strafrahmenverschiebung; selbst zu verantwortende und verschuldete Trunkenheit; Alkoholabhängigkeit; schwere andere seelische Abartigkeit); Unterbringung (Sicherungsverwahrung; Entziehungsanstalt; psychiatrisches Krankenhaus; Konkurrenzen); Schweregrad einer Persönlichkeitsstörung (Gesamtschau).

§ 20 StGB; § 21 StGB; § 49 Abs. 1 StGB; § 63 StGB; § 64 StGB; § 66 StGB; § 72 StGB

652. BGH 3 StR 94/08 - Beschluss vom 24. Juni 2008

Schreibfehlerkorrektur.

§ 52 StGB; § 55 StGB

653. BVerfG 2 BvR 112/08 (1. Kammer des Zweiten Senats) – Beschluss vom 28. Januar 2008 (OLG Koblenz/LG Trier)

Pflicht zur Zeugenaussage gegen einen früheren Strafverteidiger; Zeugnisverweigerungsrecht (einfachrechtliches; verfassungsrechtliches).

Art. 3 Abs. 1 GG; Art. 2 Abs. 1 GG; Art. 1 Abs. 1 GG; § 55 StPO

654. BVerfG 2 BvR 2392/07 (1. Kammer des 2. Senats) – 7. Mai 2008 (BGH/LG Hamburg)

Gleichheitsgrundsatz (strukturell gleichheitswidrige Besteuerung); Verbot rückwirkenden Strafens (kein Vertrauen in die Verfassungswidrigkeit einer Norm); Subsidiarität der Verfassungsbeschwerde (Zulässigkeit trotz Nichtvorlage der Revisionsrechtfertigung und der Gegenerklärung des Generalbundesanwalts); Nichtannahmebeschluss (5 StR 162/07).

Art. 3 Abs. 1 GG; Art. 103 Abs. 2 GG; § 23 Abs. 1 Nr. 4 EStG; § 370 Abs. 1 Nr. 2 AO; § 23 Abs. 1 S. 2 BVerfGG; § 92 BVerfGG; § 90 Abs. 2 BVerfGG