

## 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. Dr. *Kristian Kühl*, Tübingen - **Die Übernahme von Beschützer- und Überwachungs-  
rantenstellungen** S. 359

Prof. Dr. *Otto Lagodny*, Salzburg - **Wann kommt die zweite Entscheidung des Bundesverfas-  
sungsgerichts zum Europäischen Haftbefehl?** S. 361

*Sascha Ziemann*, Frankfurt a.M. – **Der Widerruf eines durch Täuschung erschlichenen rechts-  
kräftigen Einstellungsbeschlusses** S. 364

Ass. iur. *Alexander Nguyen*, MJI, Bucerius Law School Hamburg – **Haftbefehl gegen Präsident Al  
Bashir – IstGH-Ankläger außer Kontrolle?** S. 368

Wiss. Mit. Dr. Peter Kasiske, München – **Das Taschenmesser als „anderes gefährliches  
Werkzeug“ im Sinne des § 244 Abs. 1 Nr. 1 lit. a 2. Alt. StGB** S. 378

RD *Stefan Rolletschke*, Alfter/Köln - **Kirchensteuerbetrug und Steuerhinterziehung durch Ehe-  
gatten bei Zusammenveranlagung** S. 383

Assessor Wiss. Mit. *Milan Kuhl*, M.A., Frankfurt a.M. – **Objektive Zurechnung bei eigenver-  
antwortlicher Selbstgefährdung? Überlegungen zur strafrechtlichen Verantwortlichkeit  
von Berglauf-Veranstaltern für Schäden der Wettkampfteilnehmer** S. 385

Die Ausgabe umfasst eine Rezension.

## Entscheidungen

- EGMR *Fall Kobenter ua. vs. Österreich* – Meinungsfreiheit und Urteilsschelte
- BVerfG Willkürverbot und Analogieverbot beim Kapitalanlagebetrug
- BGer Verletzung des Konfrontationsrechts bei Verweigerung einer Konfrontation  
durch den Angeklagten in der Hauptverhandlung
- BGHSt Beendigung und Verjährung bei Bestechung und Bestechlichkeit
- BGHSt Strafbarkeit des Arztes im Rahmen der Substitutionsbehandlung
- BGHR Einschränkende Auslegung der Geldwäsche
- BGHSt Amtsträgereigenschaft eines selbständigen Ingenieurs beim Um- und  
Ausbau des Streckennetzes der Bahn
- BGHSt Sicherungsverwahrung nach Auslandsverurteilung
- BGHSt Mehrere Tatbeteiligte derselben Straftat als Parteien im Sinne des § 356  
StGB

Die Ausgabe umfasst 172 Entscheidungen.

# HRRS

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

## HERAUSGEBER

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

## SCHRIFTFÜHRUNG

Wiss. Ass. Dr. iur. Karsten Gaede  
Bucerius Law School  
Jungiusstraße 6  
20355 Hamburg  
[karsten.gaede@strate.net](mailto: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, August/September 2008, Ausgabe

8/9

Rechtsprechung

## Strafrechtliche/strafverfahrensrechtliche Entscheidungen des EGMR/BVerfG/BGer

### **825. EGMR Nr. 60899/00 – Urteil vom 2. November 2006 (Kobenter und Standard Verlags GmbH v. Österreich)**

Beleidigung von Richtern durch Urteilsschelte (ein Urteil hebt sich nur „marginal von den Traditionen mittelalterlicher Hexenprozesse ab“) und Meinungsfreiheit (Äußerungsfreiheit; Pressefreiheit; Verantwortlichkeit von Journalisten; hinreichende tatsächliche Basis für Werturteile [Abgrenzung zur Schmähkritik bzw. zur destruktiven Kritik]; konstitutive Bedeutung in der Demokratie; Rechtfertigung: Schutz der unabhängigen Gerichte; Überprüfung der Deutung von Aussagen seitens nationaler Gerichte durch den EGMR).

Art. 10 EMRK; Art. 5 GG; § 185 StGB; § 186 StGB; § 187 StGB; § 193 StGB

1. Einschränkungen der Äußerungsfreiheit des Art. 10 EMRK sind im politischen Meinungsstreit und in Debatten über Fragen öffentlichen Interesses nur in geringem Maße hinzunehmen.

2. Der Presse kommt in der Demokratie eine grundlegende Bedeutung zu. Obwohl auch sie insbesondere die Rechte und die Ehre anderer sowie die daraus resultierenden Verpflichtungen respektieren muss, ist es ihre Pflicht, Informationen und Ideen zu allen Fragen des öffentlichen Interesses zu veröffentlichen. Sie muss in der Lage sein, ihre Rolle als „public watchdog“ zu erfüllen.

3. Zur Freiheit der Presse gehört auch die Kritik an Gerichtsentscheidungen. Hierbei kann es indes erforderlich sein, das Vertrauen in die Gerichtsbarkeit gegen destruktive und haltlose Angriffe zu verteidigen. Haben herabsetzende Werturteile aber eine ausreichende tatsächliche Basis (hier: kritikwürdige Passage in einer Gerichtsentscheidung), darf kein allein destruktiver Angriff angenommen werden.

4. Die Meinungsfreiheit ist für die demokratische Gesellschaft von konstitutiver Bedeutung. Sie stellt eine der grundlegenden Voraussetzungen für ihre Fortentwick-

lung und die Selbstverwirklichung des Einzelnen dar. Ihr Schutzbereich umfasst auch Meinungen, die verletzen, schockieren oder beunruhigen.

5. Die Meinungsfreiheit kann ausnahmsweise eingeschränkt werden, jedoch sind die Ausnahmen eng auszulegen und das Bedürfnis für eine Einschränkung muss überzeugend dargelegt werden. Erforderlich kann eine Einschränkung gemäß Art. 10 Abs. 2 EMRK nur sein, wenn für sie ein dringendes gesellschaftliches Bedürfnis besteht. Für dessen Feststellung ist den Vertragsstaaten ein Beurteilungsspielraum zuzugestehen, der jedoch in Fragen öffentlichen Interesses eng bemessen ist und der Überprüfung durch den EGMR auch hinsichtlich der Gesetzesanwendung durch die nationale Rechtsprechung unterliegt.

### 824. BGer 6B\_45/2008 – Urteil vom 2. Juni 2008 (OG Bern)

Konfrontationsrecht als Recht auf unmittelbare Konfrontation auch durch den Angeklagten in der Hauptverhandlung (Fragerecht; Mitwirkung des Verteidigers und des Angeklagten; Recht auf ein faires Strafverfahren; verhältnismäßige Einschränkungen); redaktioneller Hinweis.

Art. 6 Abs. 1, Abs. 3 lit. c, lit. d EMRK; Art. 103 Abs. 1 GG; Art. 32 Abs. 2 BV

1. Wird dem Angeklagten die direkte Befragung des Hauptbelastungszeugen verwehrt, bedeutet dies eine Beschränkung seines Konfrontationsrechts, die nur als verhältnismäßig qualifiziert werden kann, wenn besondere Umstände wie namentlich Gesichtspunkte des Opferschutzes oder des Schutzes anonymer oder anderweitig bedrohter Zeugen eine solche gebieten würden. Es muss auch bei einer vorherigen Befragung im Ermittlungsverfahren durch den Verteidiger nachgewiesen werden, dass eine Vernehmung in der Hauptverhandlung nicht durch eine angemessene Nachforschung ermöglicht werden konnte. Verwertet das Tatgericht bei der Verurteilung des Angeklagten die frühere Aussage des Hauptbelastungszeugen, ohne diesen Anforderungen zu genügen, verstößt es gegen Art. 6 Abs. 1, Abs. 3 lit. d EMRK.

2. Mit der Garantie von Art. 6 Abs. 3 lit. d EMRK soll ausgeschlossen werden, dass ein Strafurteil auf Aussagen von Zeugen abgestützt wird, ohne dass dem Beschuldigten wenigstens einmal angemessene und hinreichende Gelegenheit gegeben wird, das Zeugnis in Zweifel zu ziehen und Fragen an den Zeugen zu stellen. Der Beschuldigte muss namentlich in der Lage sein, die Glaubhaftigkeit einer Aussage prüfen und den Beweiswert in kontradiktorischer Weise auf die Probe und in Frage stellen zu können. Dieser Anspruch ist eine Konkretisierung des rechtlichen Gehörs. Aussagen von Zeugen und Auskunftspersonen dürfen demnach in der Regel nur nach erfolgter Konfrontation zum Nachteil eines Beschuldigten verwertet werden. Dem Anspruch, den Belastungszeugen Fragen zu stellen, kommt insofern grundsätzlich ein absoluter Charakter zu (BGE 131 I 476 E. 2.2; 129 I 151 E. 3.1).

3. Im Regelfall ist das Fragerecht dem Beschuldigten und seinem Verteidiger gemeinsam einzuräumen. Die Mit-

wirkung des Beschuldigten kann für die Beurteilung der Glaubhaftigkeit der Aussagen des Zeugen entscheidend sein, insbesondere wenn dieser über Vorgänge berichtet, an welchen beide beteiligt waren.

4. Von einer direkten Konfrontation kann ausnahmsweise abgesehen werden, wenn dies der Schutz des Opfers oder eines anonymen Zeugen erfordert, oder falls sich der Zeuge vor dem Beschuldigten fürchtet. Es ist mit anderen Worten mit Art. 6 Abs. 1 EMRK vereinbar, wenn der Beschuldigte während der Befragung des Zeugen den Saal zu verlassen hat, solange der Anwalt Fragen stellen kann. Konnte der Beschuldigte beim Zeugenverhör nicht anwesend sein, hat er das Recht, das Aussageprotokoll einzusehen und schriftlich Ergänzungsfragen zu stellen.

5. Unter besonderen Umständen kann auf eine Konfrontation des Beschuldigten mit dem Belastungszeugen oder auf die Einräumung der Gelegenheit zu ergänzender Befragung des Zeugen sogar ganz verzichtet werden (ausführlich hierzu BGE 124 I 274 E. 5b mit Hinweisen). Dies ist insbesondere der Fall, wenn der Zeuge berechtigterweise das Zeugnis verweigert, er trotz angemessener Nachforschung unauffindbar bleibt, oder wenn er verstirbt. Es ist in diesem Fall jedoch infolge Art. 6 Abs. 1, Abs. 3 lit. d EMRK erforderlich, dass der Beschuldigte dazu hinreichend Stellung nehmen kann, die Aussagen sorgfältig geprüft werden und ein Schuldspruch nicht alleine darauf abgestützt wird (BGE 131 I 476 E. 2.2 mit Hinweisen; 124 I 274 E. 5b).

### 655. BVerfG 1 BvR 371/07 (3. Kammer des Ersten Senats) – Beschluss vom 29. Februar 2008 (OLG München)

Voraussetzungen eines Kapitalanlagebetrugs (Begriff des Verschweigens nachteiliger Tatsachen; zivilrechtliche Haftung; Prospekthaftung); Willkürverbot (unvertretbare Rechtsauffassung); Analogieverbot (Wortlautgrenze); Verletzung rechtlichen Gehörs (Übergehen wesentlichen Sachenvortrages).

Art. 3 Abs. 1 GG; Art. 103 Abs. 1 GG; Art. 103 Abs. 2 GG; § 264a Abs. 1 StGB; § 823 Abs. 2 BGB

1. Ein Richterspruch genügt dann nicht mehr den sich aus dem Willkürverbot ergebenden Anforderungen, wenn er unter keinem denkbaren Aspekt rechtlich vertretbar ist und sich der Schluss aufdrängt, dass er auf sachfremden Erwägungen beruht. Dies ist anhand objektiver Kriterien festzustellen (vgl. BVerfGE 4, 1, 7; 80, 48, 51; st. Rspr.). Die fehlerhafte Auslegung eines Gesetzes allein macht eine Gerichtsentscheidung nicht willkürlich. Willkür liegt vielmehr erst vor, wenn eine offensichtlich einschlägige Norm nicht berücksichtigt oder der Inhalt einer Norm in krasser Weise missdeutet wird (BVerfGE 87, 273, 278 f.; 96, 189, 203).

2. Ein Verschweigen nachteiliger Tatsachen i.S.d. § 264a StGB erfordert ein bewusstes „Nichtsagen“ oder Verheimlichen. Dafür reicht es mit Blick auf das strafrechtliche Analogieverbot nicht, wenn die Tatsachen – seien sie auch schwer verständlich und befinden sich an versteckter Stelle – vollständig und zutreffend im Prospekt aufgeführt sind.

3. Das Gebot rechtlichen Gehörs verpflichtet ein Gericht, die Ausführungen der Prozessbeteiligten zur Kenntnis zu nehmen und in Erwägung zu ziehen. Art. 103 Abs. 1 GG ist allerdings erst verletzt, wenn sich im Einzelfall klar ergibt, dass das Gericht dieser Pflicht nicht nachgekommen ist. Erforderlich sind hiernach besondere Umstände, die verdeutlichen, dass tatsächliches Vorbringen eines Beteiligten entweder überhaupt nicht zur Kenntnis genommen oder doch bei der Entscheidung nicht erwogen worden ist (st. Rspr., z. B. BVerfGE 79, 51, 61; 96, 205, 217).

**662. BVerfG 2 BvR 866/06 (2. Kammer des Zweiten Senats) – Beschluss vom 11. April 2008 (OLG Karlsruhe/LG Karlsruhe)**

Antrag auf gerichtliche Entscheidung; Verwerfung einer Rechtsbeschwerde trotz abweichender obergerichtlicher Rechtsprechung; Recht auf effektiven Rechtsschutz (Leerlaufenlassen von Rechtsmitteln; Unvorhersehbarmachen des Zugangs zu einer Sachentscheidung; Wiederholungsgefahr; Vollzugsplanung).  
Art. 19 Abs. 4 GG; § 116 Abs. 1 StVollzG

1. Aus Art. 19 Abs. 4 GG folgt, dass die Rechtsmittelgerichte ein von der jeweiligen Rechtsordnung eröffnetes Rechtsmittel nicht durch die Art und Weise, in der sie die gesetzlichen Voraussetzungen für den Zugang zu einer Sachentscheidung auslegen und anwenden, ineffektiv machen und für den Beschwerdeführer leerlaufen lassen dürfen (vgl. BVerfGE 96, 27, 39; 117, 244, 268).

2. Es verstößt gegen Art. 19 Abs. 4 GG, eine Rechtsbeschwerde i.S.v. § 116 Abs. 1 StVollzG mit der Begründung als unzulässig zu verwerfen, eine Nachprüfung der angegriffenen Entscheidung einer Strafvollstreckungskammer zur Sicherung einer einheitlichen Rechtsprechung sei trotz Abweichens der Kammer von bestehender obergerichtlicher Rechtsprechung nicht geboten, weil zu erwarten sei, dass sich die Kammer zukünftig an die vom Oberlandesgericht im Verwerfungsbeschluss angeführten Erwägungen halten werde.

**659. BVerfG 2 BvR 384/07 (3. Kammer des Zweiten Senats) – Beschluss vom 6. Mai 2008 (LG Kassel/AG Kassel)**

Unzulässige strafprozessuale Durchsuchung einer Rechtsanwaltskanzlei; Unverletzlichkeit der Wohnung; Verhältnismäßigkeit (fehlende Erforderlichkeit; Vorlagemöglichkeit durch den Betroffenen; Angemessenheit bei Ermittlung zulasten von Berufsgeheimnisträgern; konkrete Sanktionserwartung); eigenverantwortliche richterliche Prüfung.  
Art. 13 Abs. 1 GG; Art. 13 Abs. 2 GG; Art. 12 Abs. 1 GG; § 102 StPO; § 105 StPO

1. Richtet sich eine strafrechtliche Ermittlungsmaßnahme gegen einen Berufsgeheimnisträger in der räumlichen Sphäre seiner Berufsausübung, so bringt dies darüber hinaus regelmäßig die Gefahr mit sich, dass unter dem Schutz des Art. 2 Abs. 1 in Verbindung mit Art. 1 Abs. 1 GG stehende Daten von Nichtbeschuldigten, etwa den Mandanten eines Rechtsanwalts, zur Kenntnis der Ermittlungsbehörden gelangen, die die Betroffenen in der Sphäre des Berufsgeheimnisträgers gerade sicher wahren

durften. Dadurch werden nicht nur die Grundrechte der Mandanten berührt. Der Schutz der Vertrauensbeziehung zwischen Anwalt und Mandant liegt auch im Interesse der Allgemeinheit an einer wirksamen und geordneten Rechtspflege (vgl. BVerfGE 113, 29, 46 ff.). Diese Belange verlangen eine besondere Beachtung bei der Prüfung der Angemessenheit einer strafprozessualen Zwangsmaßnahme.

2. In einem Durchsuchungsbeschluss muss zum Ausdruck kommen, dass der Ermittlungsrichter die Eingriffsvoraussetzungen für eine Durchsuchung selbständig und eigenverantwortlich geprüft hat (vgl. BVerfGE 103, 142, 151 f.). Es ist zu verlangen, dass ein dem Beschuldigten angelastetes Verhalten geschildert wird, das den Tatbestand eines Strafgesetzes erfüllt. Die wesentlichen Merkmale des gesetzlichen Tatbestandes, die die Strafbarkeit des zu subsumierenden Verhaltens kennzeichnen, müssen berücksichtigt werden. Der Beschluss muss auch erkennen lassen, dass der Richter die Verhältnismäßigkeit der Maßnahme geprüft hat.

3. Eine Durchsuchung beim Beschuldigten, die lediglich noch dazu dienen kann entlastende Umstände aufzufinden, ist zumindest dann nicht erforderlich und damit unverhältnismäßig, wenn auch andere Möglichkeiten der Beweiserlangung wie die Vorlage durch den Betroffenen bestehen.

4. Die Begründung der Verhältnismäßigkeit in einem Durchsuchungsbeschluss erfordert neben der Prüfung der Schwere des Tatverdachts auch den der Straftat. Hierzu reicht ein Hinweis auf den abstrakten Strafrahmen allein nicht aus. Vielmehr muss der Ermittlungsrichter prüfen, ob nach dem Stand der Ermittlungen auch im konkreten Falle die Verurteilung zu einer mehr als geringfügigen Sanktion in Betracht kommt.

**661. BVerfG 2 BvR 590/08 (1. Kammer des Ersten Senats) – Beschluss vom 31. März 2008 (BGH/KG Kleve)**

Keine Beschränkung der Revision auf die Dauer der Anordnung der Vorwegvollstreckung; Willkürverbot; Nichtannahmebeschluss (BGH 3 StR 516/07).  
Art. 3 Abs. 1 GG; § 344 Abs. 1 StPO; § 352 Abs. 1 StPO; § 358 Abs. 2 Satz 1 StPO; § 64 StGB; § 67 Abs. 2 Satz 3 StGB

Die Auffassung des Bundesgerichtshofs, die Beschränkung der Revision auf die Bestimmung der Dauer des Vorwegvollzugs sei unzulässig, wenn eine rechtsfehlerfreie Bestimmung der Dauer des Vorwegvollzugs im konkreten Fall neue Feststellungen zur Erfolgsaussicht der Unterbringung erfordert, ist verfassungsrechtlich nicht zu beanstanden.

**660. BVerfG 2 BvR 572/08 (3. Kammer des Zweiten Senats) – Beschluss vom 23. April 2008 (LG Augsburg/AG Aichach)**

Widerruf der Strafaussetzung wegen einer neuen Tat (glaubhaftes Geständnis; Vorbringen zur Schuldfähigkeit erst in der Berufungsverhandlung); Unschuldsvermutung; Willkürverbot (gerichtliche Begründungsanforderungen).

Art. 2 Abs. 1 GG; Art. 20 Abs. 3 GG; Art. 3 Abs. 1 GG; Art. 6 Abs. 2 EMRK; § 56f Abs. 1 S. 1 Nr. 1 StGB; § 20 StGB

1. Der Widerruf der Strafaussetzung wegen einer neuen Tat des Betroffenen ist jedenfalls auch ohne deren rechtskräftige Aburteilung zulässig und widerstreitet insoweit nicht der Unschuldsvermutung, wenn der Betroffene die neue Straftat glaubhaft gestanden hat.

2. Eine Widerrufsentscheidung in einem solchen Fall ist dann verfassungsrechtlich nicht zu beanstanden, wenn die Begründung der Entscheidung zeigt, dass sich das Gericht der Bedeutung des Schuldprinzips bewusst war, es geprüft hat, ob ernsthafte Zweifel an dem Bestand einer neuen Verurteilung bestehen, und es diese nicht offensichtlich fehlerhaft oder widersprüchlich verneint hat.

**656. BVerfG 2 BvR 224/07 (1. Kammer des Zweiten Senats) – Beschluss vom 29. März 2007 (LG Würzburg/StA Würzburg)**

Erzwingung der Zeugenpflicht ohne vorhergehende anwaltliche Beratung; keine Strafe (Ordnungsgeld) ohne Schuld.

Art. 2 Abs. 1 GG; Art. 1 Abs. 1 GG; Art. 20 Abs. 3 GG; § 55 StPO; § 70 Abs. 1 Satz 2 StPO

1. Ungeachtet seiner prozessualen Funktion als Beweismittel darf der – grundsätzlich der Aussage- und Wahrheitspflicht unterstehende – Zeuge nicht zum bloßen Objekt des Verfahrens gemacht werden und seine Persönlichkeitsrechte müssen angemessene Berücksichtigung finden. Der Anspruch des Zeugen auf Wahrnehmung ihm eingeräumter prozessualer Rechte gebietet es, ihm grundsätzlich auch das Recht zuzubilligen, einen Rechtsbeistand seines Vertrauens zu einer Vernehmung hinzuzuziehen, wenn der Zeuge das für erforderlich hält, um von seinen prozessualen Befugnissen selbstständig und seinen Interessen entsprechend sachgerecht Gebrauch zu machen. Dies gilt namentlich für den Zeugen, der sich in Erfüllung seiner allgemeinen staatsbürgerlichen Zeugenpflichten der Gefahr eigener Verfolgung aussetzt und dessen Situation daher enge Bezüge zu der des Beschuldigten aufweist (vgl. BVerfGE 38, 105, 112 ff.).

2. Aus dem Anspruch des Zeugen auf Berücksichtigung seiner schutzwürdigen Belange ergibt sich allerdings kein allgemeines Recht auf Rechtsbeistand bei der Zeugenvernehmung, soweit er nicht Opferzeuge und nebenklageberechtigter Zeuge ist (vgl. § 406 f und § 406 g StPO). Ein solches Recht besteht insbesondere dann nicht, wenn die Gefahr einer Selbstbelastung nicht ersichtlich ist und durch die Beachtung verfahrensrechtlicher Förmlichkeiten, wie die Belehrung des Zeugen, seine Interessen ausreichend gewahrt werden.

3. Aus dem Rechtsstaatsprinzip ergibt sich, dass die Verhängung einer Strafe, mit der dem Betroffenen ein Rechtsverstoß vorgehalten und zum Vorwurf gemacht

wird, die Vorwerfbarkeit des Verstoßes, also strafrechtliche Schuld voraussetzt. Dies gilt auch für die Verhängung von Ordnungsstrafen (vgl. BVerfGE 20, 323, 331).

**658. BVerfG 2 BvR 66/08 (2. Kammer des Zweiten Senats) – Beschluss vom 22. Januar 2008**

Verfassungsbeschwerde gegen ein Gesetz (Subsidiarität); Ausschluss des Empfangs von Paketen mit Nahrungs- und Genussmitteln im BayStVollzG.

§ 90 Abs. 2 BVerfGG; Art. 36 Abs. 1 Satz 3 BayStVollzG

1. Die Zulässigkeit einer unmittelbar gegen ein Gesetz gerichteten Verfassungsbeschwerde setzt voraus, dass der Beschwerdeführer durch das Gesetz unmittelbar betroffen ist. Hieran fehlt es, wenn die Einwirkung auf den eigenen Rechtskreis erst durch eine Maßnahme des Gesetzesvollzuges aktualisiert wird (vgl. BVerfGE 72, 39, 43, st. Rspr.). Ist dieses der Fall, so kann und muss der Betroffene grundsätzlich zunächst von der Möglichkeit Gebrauch machen, eine Beeinträchtigung seiner Grundrechte dadurch abzuwehren, dass er um fachgerichtlichen Rechtsschutz gegen eine ihm gegenüber ergangene Vollzugsmaßnahme nachsucht und den hierfür gegebenen Rechtsweg erschöpft (§ 90 Abs. 2 BVerfGG).

2. Dies gilt nicht nur dann, wenn das Gesetz einen Auslegungs-, Ermessens- oder Beurteilungsspielraum offen lässt, der es ermöglicht, die vom Betroffenen behauptete Grundrechtsverletzung zu vermeiden, sondern auch dann, wenn ein solcher Spielraum fehlt.

3. Zur Unzulässigkeit einer Verfassungsbeschwerde, die unmittelbar gegen Ausschluss des Empfangs von Paketen mit Nahrungs- und Genussmitteln im Strafvollzug durch Art. 36 Abs. 1 S. 3 BayStVollzG erhoben wurde.

**657. BVerfG 2 BvR 338/08 (2. Kammer des Zweiten Senats) – Beschluss vom 30. April 2008 (LG Krefeld)**

Entfallen der Annahmegründe durch Verhalten des Beschwerdeführers nach Erhebung der Verfassungsbeschwerde.

Art. 19 Abs. 4 GG; § 93a Abs. 2 lit. b BVerfGG; § 114 Abs. 2 S. 2 StVollzG

Die Annahme einer Verfassungsbeschwerde kann, obwohl die angegriffene Entscheidung verfassungsrechtliche Mängel aufweist, nicht angezeigt sein, wenn sie zur Vermeidung eines schweren Nachteils i.S.d. § 93a Abs. 2 lit. b BVerfGG nicht erforderlich ist. Ein solcher Fall liegt vor, wenn sich der Beschwerdeführer gegen eine gerichtliche Entscheidung im Verfahren des einstweiligen Rechtsschutzes (hier: Ablehnung der Anordnung einer medizinischen Behandlung im Strafvollzug) wendet, aber sein Verhalten nach Erhebung der Verfassungsbeschwerde die vormalig bestehende Dringlichkeit entfallen lässt (hier: unsubstantiierte Ablehnung einer später angebotenen Behandlungsmöglichkeit).

# Hervorzuhebende Entscheidungen des BGH

## I. Materielles Strafrecht – Allgemeiner Teil

### 710. BGH 3 StR 142/08 – Beschluss vom 8. Mai 2008 (LG Hildesheim)

Bedingter Tötungsvorsatz (Beweiswürdigung; besonders gefährliche Gewalthandlungen; objektive Gefährlichkeit; intellektuelles Element; voluntatives Element).

§ 211 StGB; § 212 StGB; § 15 StGB; § 261 StPO

1. Zwar liegt es bei äußerst gefährlichen Gewalthandlungen nahe, dass der Täter mit der Möglichkeit, das Opfer könne durch diese zu Tode kommen, rechnet und – weil er gleichwohl sein gefährliches Handeln fortsetzt – auch einen solchen Erfolg billigend in Kauf nimmt. Deshalb ist in derartigen Fällen ein Schluss von der objektiven Gefährlichkeit der Handlungen des Täters auf bedingten Tötungsvorsatz grundsätzlich möglich.

2. Angesichts der hohen Hemmschwelle gegenüber einer Tötung ist jedoch immer auch in Betracht zu ziehen, dass der Täter die Gefahr der Tötung nicht erkannt oder jedenfalls darauf vertraut haben könnte, ein solcher Erfolg werde nicht eintreten. Insbesondere bei spontanen, unüberlegten, in affektiver Erregung ausgeführten Handlungen kann aus dem Wissen um den möglichen Erfolgseintritt nicht ohne Berücksichtigung der sich aus der Tat und der Persönlichkeit des Täters ergebenden Besonderheiten geschlossen werden, dass auch das – selbständig neben dem Wissenselement stehende – voluntative Vorsatzelement gegeben ist.

### 736. BGH 1 StR 59/08 – Urteil vom 3. Juni 2008 (LG Augsburg)

Tötungsvorsatz beim Schütteln eines Kleinkindes (Beweiswürdigung; Zirkelschluss: Erörterungsmangel); Versuch (fehlgeschlagener; beendeter; Grenzen des geltenden Zweifelsgrundsatzes); Rechtsfehler bei der Strafzumessung (Beruhen).

§ 212 StGB; § 15 StGB; § 22 StGB; § 24 StGB; § 354 Abs. 1 StPO analog

1. Einzelfall der Feststellung des voluntativen Vorsatzelements beim Schütteln eines Kleinkindes.

2. Ein Versuch ist (unter anderem) dann nicht fehlgeschlagen, wenn der Täter die Tat zwar auf der Stelle kurzfristig nicht fortsetzen kann, ihm dies aber ohne nennenswerte zeitliche Zäsur möglich bleibt (BGH, Beschl. vom 27. November 2002 – 1 StR 462/02 m.w.N. = NStZ-RR 2003, 199 <LS>; BGHSt aaO m.w.N.).

3. Ob ein unbeendeter oder ein beendeter Versuch vorliegt, richtet sich nach der Vorstellung, die der Täter zu dem Zeitpunkt hat, zu dem er auf die ihm mögliche Weiterführung der Tat verzichtet („Rücktrittshorizont“; st. Rspr. seit BGHSt 33, 295 ff. unter Hinweis auf BGHSt 31, 170). Geht er davon aus, sein bisheriges Handeln reiche nicht aus, den Erfolg der Tat herbeizuführen, so läge ein unbeendeter Versuch vor. Glaubt er dagegen, sein bisheriges Verhalten werde zum Erfolg der Tat führen – oder macht er sich überhaupt keine Vorstellungen hierüber (vgl. BGHSt 40, 304, 306) – so liegt ein beendeter Versuch vor.

4. Der Zweifelsatz ist auch auf das Vorliegen von Rücktrittsvoraussetzungen anzuwenden, wenn bei einer Gesamtbeurteilung der Tatsachen keine eindeutigen Feststellungen getroffen werden können. Jedoch ist es auch in diesem Zusammenhang nicht zulässig, zu Gunsten des Angeklagten Tatvarianten zu unterstellen, für die es keinerlei konkrete Anhaltspunkte gibt (st. Rspr. vgl. d. N. oben Abs. 2 1 c; speziell zum Rücktritt vgl. BGH, Urte. vom 13. März 2008 – 4 StR 610/07). All dies führt auch bei einem schweigenden beziehungsweise pauschal bestreitenden Angeklagten nicht zu einer mit dem Schuldprinzip kollidierenden Beweislastumkehr, sondern ist notwendige Folge der Verpflichtung des Gerichts, gemäß § 261 StPO seine Überzeugung aus dem Gang der Hauptverhandlung zu schöpfen (vgl. BVerfG, Beschl. vom 8. November 2006 – 2 BvR 1378/06; BGH NJW 2007, 2274).

## II. Materielles Strafrecht – Besonderer Teil

**792. BGH 5 StR 109/07 – Urteil vom 25. Juni 2008 (LG Potsdam)**

BGHSt; mehrere Tatbeteiligte derselben Straftat als Parteien im Sinne des Parteiverrats (sukzessive Mehrfachverteidigung; pflichtwidriges Dienen; dieselbe Rechtssache; vermeidbarer Verbotsirrtum); Verletzung der Vertraulichkeit des Wortes; versuchte Nötigung (Ausübung eines Zurückbehaltungsrechts).

§ 356 StGB; § 201 StGB; § 240 StGB; § 146 StPO; § 273 BGB; § 43a Abs. 4 BRAO; § 50 Abs. 3 BRAO; § 17 StGB

1. Mehrere Tatbeteiligte derselben Straftat können Parteien im Sinne des § 356 StGB sein. (BGHSt)

2. Rechtssache kann jede rechtliche Angelegenheit sein, die zwischen mehreren Beteiligten mit jedenfalls möglicherweise entgegenstehenden rechtlichen Interessen nach Rechtsgrundsätzen behandelt und erledigt werden soll (vgl. BGHSt 5, 301, 304; 18, 192). Auch Strafsachen gehören zu den unter § 356 StGB fallenden Rechtssachen, wenn an ihnen mehrere Personen mit widerstrebenden Interessen rechtlich beteiligt sind (BGHSt 5, 284, 285; 301, 304). Diese Personen sind dann Parteien im Sinne des § 356 StGB. Ein engeres Verständnis vom Begriff der Partei verlangt Art. 103 Abs. 2 GG nicht. (Bearbeiter)

3. Dass eine Person an einem bestimmten Verlauf einer Rechtssache ein rein tatsächliches Interesse hat, macht sie nicht zur „Partei“. Soweit daraus gefolgert wurde, dass zwischen den Teilnehmern an derselben strafbaren Handlung keine vom Recht geschützten Beziehungen bestehen, die Gegenstand eines rechtlichen Verfahrens unter ihnen als „Parteien“ sein können, wird dies hiermit aufgegeben. (Bearbeiter)

4. Dieselbe Rechtssache ist nicht nur gegeben, wenn es sich um ein und dasselbe Verfahren handelt; sie liegt vielmehr auch vor, wenn in Verfahren verschiedener Art und verschiedener Zielrichtung ein und derselbe Sachverhalt maßgeblicher Verfahrensgegenstand ist (vgl. BGHSt 5, 301, 304; 18, 192). Den Vergleichsmaßstab hat das dem Rechtsanwalt unterbreitete Lebensverhältnis in seinem gesamten Tatsachen- und materiellen Rechtsgehalt zu bilden. (Bearbeiter)

5. § 43a Abs. 4 BRAO verbietet dem Rechtsanwalt auch vor dem Hintergrund des heutigen § 146 StPO die Übernahme von Mandaten mit konkreten Interessenkollisionen. (Bearbeiter)

6. Ein Rechtsanwalt dient dann pflichtwidrig, wenn er einer Partei Rat und Beistand leistet, nachdem er einer anderen Partei in derselben Sache bereits Rat und Bei-

stand geleistet hat (vgl. BGHSt 5, 284, 286; 15, 332, 334; 34, 190, 192). (Bearbeiter)

7. Für das Anvertrauen im Sinne des § 356 StGB ist es ausreichend, dass der Mandant dem Anwalt den fraglichen Sachverhalt mitteilt und damit bezweckt, dass der Rechtsanwalt seine Interessen in dieser Sache wahrnimmt (vgl. BGHSt 18, 192, 193). Eine ins Einzelne gehende Feststellung bestimmter anvertrauter Umstände erfordert das Tatbestandsmerkmal der anvertrauten Angelegenheiten nicht. (Bearbeiter)

8. Ein Verbotsirrtum im Sinne des § 17 StGB kommt nur in Betracht, wenn dem Täter die Einsicht fehlt, Unrecht zu tun. Nach ständiger Rechtsprechung des Bundesgerichtshofs braucht der Täter die Strafbarkeit seines Vorgehens nicht zu kennen; es genügt, dass er wusste oder hätte erkennen können, Unrecht zu tun (BGHSt 15, 377, 383; BGH NStZ 1996, 236, 237; wistra 1986, 218). Wird die Unrechtskenntnis durch eine weitergehende berufrechtliche Verpflichtung vermittelt, kann es Fälle geben, in denen das Bewusstsein, gegen berufliches Standesrecht zu verstoßen, einen Verbotsirrtum nicht ausschließt. (Bearbeiter)

9. Nach der Rechtsprechung besteht an Geschäftspapieren, die von einem Mandanten für die ordnungsgemäße Bearbeitung der Angelegenheiten, auf die sie sich beziehen, alsbald benötigt werden, in aller Regel kein Zurückbehaltungsrecht des Rechtsanwalts nach § 273 BGB (vgl. BGH WM 1968, 1325; NJW 1997, 2944, 2945). Die Ausübung eines vermeintlich bestehenden Zurückbehaltungsrechts kann hier die Nötigung verwirklichen. (Bearbeiter)

**738. BGH 1 StR 217/08 – Beschluss vom 19. Juni 2008 (LG Traunstein)**

Heimtückemord (Arglosigkeit und Wehrlosigkeit bei sich wandelndem Tatgeschehen und anfänglichem Körperverletzungsvorsatz); Anforderungen an die Überzeugungsbildung (Urteilsgründe; Beweiswürdigung).

§ 211 Abs. 2 StGB; § 261 StPO; § 267 StPO

1. Nach ständiger Rechtsprechung kommt es bei heimtückisch begangenen Mord hinsichtlich der Arg- und Wehrlosigkeit des Tatopfers auf den Beginn des ersten mit Tötungsvorsatz geführten Angriffs an (BGHSt 32, 382, 384; BGHR StGB § 211 Abs. 2 Heimtücke 16 jew. m.w.N.). Arglosigkeit des Tatopfers ist allerdings auch dann anzunehmen, wenn der überraschende Angriff zunächst nicht mit Tötungsvorsatz, sondern nur mit Verletzungsvorsatz geführt wird, jedoch der ursprüngliche Verletzungswille derart schnell in Tötungsvorsatz umschlägt, dass der Überraschungseffekt bis zu dem

Zeitpunkt andauert, in dem der Täter zu dem auf Tötung gerichteten Angriff übergeht, sodass die Situation völlig unverändert ist und dem Opfer keine Zeit zu irgendwie gearteten Gegenmaßnahmen bleibt. Die Tat muss vielmehr vom ersten Angriff an ihren ganz ungehemmten und nicht zu hemmenden Fortgang nehmen (BGHR StGB § 211 Abs. 2 Heimtücke 3, 16 und 27; BGH NStZ-RR 2004, 234).

2. Bei einem Tatgeschehen, bei dem sich die Situation wiederholt gewandelt hat, der Angeklagte in seinem Angriff innegehalten hat, die Geschädigte versucht hat, den Angriff verbal zu beenden und zudem eine nicht unbeträchtliche Verteidigungsmöglichkeit erlangt hat und bei dem die ersten beiden Angriffe lediglich mit Körperverletzungsvorsatz geführt wurden, kann nicht davon gesprochen werden, die Situation sei von Beginn an völlig unverändert gewesen und es sei keine Zeit zu irgendwie gearteten Gegenmaßnahmen geblieben (vgl. BGHR StGB § 211 Abs. 2 Heimtücke 16).

3. Die Wehrlosigkeit des Opfers kann selbst dann entfallen, wenn ihm die nicht von vorneherein gänzlich aussichtslose Möglichkeit bleibt, auf den Täter verbal einzuwirken, um den Angriff zu beenden. Von einer Wehrlosigkeit des Opfers im Sinne eines Ausschlusses jedes nicht gänzlich sinnlosen Versuchs, den Täter von der Tötungshandlung abzubringen, kann nur dann ausgegangen werden, wenn festgestellt ist, dass der Entschluss des Täters zur Tötung so unumstößlich war, dass jeder Versuch, ihn davon abzubringen, mit Sicherheit zum Scheitern verurteilt war (BGHR StGB § 211 Abs. 2 Heimtücke 8).

**757. BGH 4 StR 58/08 – Beschluss vom 27. Mai 2008 (LG Rostock)**

Schwere räuberische Erpressung; Betrug (Besitz als Vermögensposition; wirtschaftlicher Vermögensbegriff; Abgrenzung von Mittäterschaft und Beihilfe: untergeordnete Bedeutung); vollendete Nötigung. § 253 StGB; § 255 StGB; § 263 StGB; § 27 StGB; § 25 Abs. 2 StGB; § 240 StGB

1. Auch der durch einen Diebstahl erlangte rechtswidrige Besitz gehört zu dem von § 263 StGB geschützten Vermögen.

2. Zum Konkurrenzverhältnis von Betrug und (räuberischer) Erpressung bei einer täuschungsbedingten Erlangung eines werthaltigen Besitzes und einer anschließenden Drohung zur Bewahrung des erlangten Besitzes.

3. Zwar kann eine Erpressung auch dadurch begangen werden, dass der Täter das Tatopfer durch Drohung oder Gewalt dazu veranlasst, auf die Geltendmachung einer Forderung zu verzichten. Der von dem Tatbestand vorausgesetzte Vermögensschaden tritt in diesen Fällen aber nur ein, wenn eine Forderung besteht und auch werthaltig ist. Dies ist bei einer Forderung, die auf die Bezahlung eines gestohlenen Fahrzeuges gerichtet ist und die der Erwerber von vornherein nicht bezahlt wollte, nicht der Fall.

**695. BGH 3 StR 102/08 – Urteil vom 8. Mai 2008 (LG Oldenburg)**

Schwerer Raub (gefährliches Werkzeug; Verwenden: Drohung mit gegenwärtiger Gefahr für Leib oder Leben; Mitsichführen); Zweifelsatz (hypothetische Sachverhalte); lückenhafte Beweiswürdigung. § 250 StGB; § 261 StPO

1. Das „Verwenden“ eines gefährlichen Werkzeugs beim schweren Raub (§ 250 Abs. 2 StGB) ist immer dann zu bejahen, wenn es der Täter zur Wegnahme einer fremden beweglichen Sache gerade als Mittel entweder der Gewalt gegen eine Person oder der Drohung mit gegenwärtiger Gefahr für Leib oder Leben gebraucht. Dabei setzt vollendetes Verwenden zur Drohung voraus, dass das Opfer das Nötigungsmittel als solches erkennt und die Androhung seines Einsatzes wahr nimmt.

2. Drohung ist das Inaussichtstellen eines künftigen Übels, auf das der Drohende Einfluss hat oder zu haben vorgibt und dessen Verwirklichung er nach dem Inhalt seiner Äußerung für den Fall des Bedingungseintritts will. Die Äußerung der Drohung kann ausdrücklich oder konkludent erfolgen.

3. Kein „Verwenden“ in diesem Sinne ist das bloße Mitsichführen, und zwar grundsätzlich auch dann nicht, wenn es offen erfolgt.

4. Der Zweifelsatz gebietet es nicht, zu Gunsten des Angeklagten zum objektiven wie zum subjektiven Tatbestand einen Sachverhalt zu unterstellen, für dessen Vorliegen nach den festgestellten Umständen nichts spricht.

**772. BGH 4 StR 220/08 – Beschluss vom 10. Juli 2008 (LG München)**

Festsetzung der Strafe durch das Revisionsgericht (analoge Anwendung des § 354 Abs. 1 StPO); Körperverletzung mittels eines gefährlichen Werkzeugs. § 354 Abs. 1 StPO analog; § 224 Abs. 1 Nr. 2 StGB; § 223 StGB

Rutscht das Tatopfer von dem vom Angeklagten geführten Pkw ab und verletzt es sich durch den Sturz auf die Strafe, macht sich der Angeklagte nicht der gefährlichen Körperverletzung „mittels eines gefährlichen Werkzeugs“ schuldig.

**762. BGH 4 StR 105/08 – Urteil vom 19. Juni 2008 (LG Dessau)**

Prüfung niedriger Beweggründe und Strafzumessung bei einer „Kindstötung“ durch die Mutter (Mord; Totschlag; verminderte Schuldfähigkeit; Einbeziehung generalpräventiver Erwägungen zur Strafschärfung). § 212 StGB; § 211 Abs. 2 StGB; § 46 StGB; § 217 StGB aF; § 21 StGB

1. Bei Kindstötungen wird selbst unter den engeren Voraussetzungen des früheren § 217 StGB eine erhebliche Verminderung oder gar Aufhebung der Schuldfähigkeit kaum in Betracht kommen, wenn bei der Täterin außer der Belastung durch die Geburt keine unabhängig hier

von bestehenden rechtlich relevanten körperlichen und geistig-seelischen Beeinträchtigungen vorliegen (vgl. BGH, Urt. vom 5. Juni 2003 – 3 StR 55/03). Dies gilt erst recht, wenn die Tat – anders als im früheren § 217 StGB vorausgesetzt – nicht „in oder gleich nach der Geburt“ erfolgt.

2. Einzelfall einer unvertretbar hohen, keinen gerechten Schuldausgleich darstellenden Strafe bei einer Kindstötung, die das für vergleichbare Fälle übliche Maß erheblich überschreitet.

3. Angesichts einer sich in letzter Zeit ersichtlich häufenden Zahl einschlägiger Fälle dürfen bei der Findung des (noch) schuldangemessenen Strafmaßes von Kindstötungen auch generalpräventive Gesichtspunkte Berücksichtigung finden. Bei der Gewichtung der primär maßgeblichen Tatschuld darf aber insbesondere die häufig verzweifelte Situation der Kindesmütter nicht außer Betracht bleiben.

4. Die Beurteilung der Frage, ob Beweggründe zur Tat „niedrig“ sind und – in deutlich weiter reichendem Maße als ein Totschlag – verachtenswert erscheinen, hat aufgrund einer Gesamtwürdigung aller äußeren und inneren für die Handlungsantriebe des Täters maßgeblichen Faktoren, insbesondere der Umstände der Tat, der Lebensverhältnisse des Täters, und seiner Persönlichkeit zu erfolgen (st. Rspr.; vgl. BGHSt 47, 128, 130; BGHR StGB § 211 Abs. 2 niedrige Beweggründe 47; jew. m.w.N.).

**781. BGH 4 StR 298/08 – Beschluss vom 10. Juli 2008 (LG Essen)**

Schwerer Raub durch Beisichführen eines sonstigen Mittels zum Bruch von Widerstand (einschränkende Auslegung bei objektiv ersichtlich ungefährlichen Gegenständen und Täuschungen).

§ 249 StGB; § 250 Abs. 1 Nr. 1 lit. b StGB

Ein Gegenstand, der aus der Sicht eines objektiven Betrachters nach seinem äußeren Erscheinungsbild offensichtlich ungefährlich ist, ist kein taugliches Werkzeug oder Mittel im Sinne des § 250 Abs. 1 Nr. 1 Buchst. b StGB, denn bei Verwendung eines objektiv ersichtlich ungefährlichen Gegenstandes, den das Opfer nicht oder nur unzureichend sinnlich wahrnehmen kann (und soll), wird die Zwangswirkung beim Opfer zwar mittels dieses Gegenstandes, maßgeblich jedoch durch Täuschung hervorgerufen.

**805. BGH 5 StR 193/08 – Beschluss vom 11. Juni 2008 (LG Berlin)**

Sexuelle Nötigung unter Ausnutzen einer schutzlosen Lage; Nötigung (konkludente Drohung mit Zwang zur Prostitution).

§ 177 Abs. 1 Nr. 3 StGB; § 240 StGB

1. Voraussetzung für die Annahme einer schutzlosen Lage im Sinne des § 177 Abs. 1 Nr. 3 StGB ist, dass das Opfer die Tat aus Angst vor Gefahren für Leib oder Leben über sich ergehen lässt, weil es sich in einer hilflosen Lage befindet und ihm Widerstand gegen den überlegenen Täter aussichtslos erscheint (BGHSt 51, 280, 284; BGHSt 50, 359, 365). Dabei reicht es aus, wenn die

Schutz- und Verteidigungsmöglichkeiten des Opfers in einem solchen Maße verringert sind, dass es dem ungemehrten Einfluss des Täters preisgegeben ist (BGHR StGB § 177 Abs. 1 Schutzlose Lage 5, 7, 8). Die Annahme eines solchen schutzlosen Ausgeliefertseins erfordert Feststellungen zu den äußeren Umständen des Tatgeschehens, etwa zum Tatort, zu den Fluchtmöglichkeiten oder zur Anwesenheit Dritter ebenso wie solche zur Aussicht auf Erfolg körperlichen Widerstands (vgl. BGHSt 50, 359, 362).

2. Darüber hinaus ist darzulegen, dass sich das Opfer aus Angst vor körperlicher Beeinträchtigung nicht gegen den Täter zur Wehr gesetzt hat. Das Tatbestandsmerkmal des Ausnutzens einer schutzlosen Lage erfasst nur solche Fälle, in denen ein möglicher Widerstand aus Angst vor körperlichen Gewalthandlungen unterbleibt. Es genügt hingegen nicht, dass das Opfer dies aus Angst vor der Zufügung anderer Übel unterlässt (BGHSt 51, 280, 284; vgl. auch BGH NStZ 2003, 533, 534).

**789. BGH 5 StR 46/08 – Urteil vom 23. Juli 2008 (LG Hamburg)**

Schwerer Raub (Absicht rechtswidriger Zueignung; Tatbestandsirrtum bezüglich bestehender Zahlungsansprüche); Nötigung; Selbsthilfe.

§ 249 StGB; § 250 StGB; § 240 StGB; § 16 Abs. 1 Satz 1 StGB; § 229 BGB

1. Wie bei der Prüfung, ob ein Zahlungsanspruch aus einem Drogenverkauf der Annahme der Absicht einer unrechtmäßigen Bereicherung im Sinne des § 253 Abs. 1 StGB beim nötigen Einfordern dieses Anspruchs entgegensteht (vgl. BGHSt 48, 322, 328 f.), kommt es auch bei der Prüfung, ob ein Angeklagter zur Verwirklichung eines solchen Zahlungsanspruchs zu Selbsthilfeszwecken in Erfüllung eines vorgestellten Übereignungsanspruchs gehandelt hat darauf an, ob der Angeklagte nach laienhafter Bewertung der Umstände einen Anspruch auf die erstrebte Leistung sich nicht zumisst oder für zweifelhaft hält (vgl. BGHSt aaO S. 329).

2. Ein Irrtum über das Bestehen eines solchen Anspruchs liegt nicht vor, wenn sich der Nötigende lediglich nach den Anschauungen der einschlägig kriminellen Kreise als berechtigter Inhaber eines Zahlungsanspruchs gegen das Opfer fühlt. Entscheidend ist, ob er sich vorstellt, dass dieser Anspruch auch von der Rechtsordnung anerkannt wird und er seine Forderung demgemäß mit gerichtlicher Hilfe in einem Zivilprozess durchsetzen könnte (vgl. BGHSt aaO).

**810. BGH 5 StR 219/08 – Beschluss vom 25. Juni 2008 (LG Hamburg)**

Mittäterschaft und Beihilfe bei gewerbsmäßiger Bandenhehlerei (Beleg der Verabredung; Gehilfen als Bandenmitglieder; minder schwerer Fall); gewerbsmäßige Hehlerei (Absetzen: Absatzerfolg und Eignung der Handlung; untergeordnete Tätigkeiten).

§ 259 StGB; § 260a StGB; § 260 StGB; § 27 StGB

1. Der 5. Strafsenat hält an der gefestigten, indes vehement angegriffene Rechtsprechung des Bundesgerichts-

hofs, nach der ein Absetzen keinen Absatzerfolg voraussetzt, fest.

2. Es gibt keinen Erfahrungssatz, dass derjenige, der gestohlene, zur Verschiffung nach Übersee vorgesehene Fahrzeuge zum Speditionsgelände bringt, Mitglied der die Verschiffung ausführenden Hehlerbande ist (vgl. auch BGH wistra 2002, 57). Es muss bewiesen werden, dass zwischen mindestens drei Personen die gebotene deliktische Vereinbarung zustande gekommen ist (vgl. BGHSt 50, 160, 164).

3. Eine Bande liegt auch vor, falls sich ein Haupttäter und zwei Gehilfen bei ersichtlicher Organisationsgefahr zusammengeschlossen haben (vgl. BGHR StGB § 244

Abs. 1 Nr. 2 Bande 7).

**730. BGH 1 StR 126/08 – Beschluss vom 5. Juni 2008 (LG Mannheim)**

Gewerbsmäßiges Handeln beim Betrug.  
§ 263 Abs. 3 Satz 2 Nr. 1 StGB

Für Gewerbsmäßigkeit reicht es aus, wenn der Täter sich mittelbare Vorteile aus den Tathandlungen verspricht, insbesondere wenn die Vermögensvorteile an eine von ihm beherrschte Gesellschaft fließen (vgl. BGH NStZ 1998, 622). Insoweit ist erforderlich, dass der Täter ohne weiteres auf diese Vorteile zugreifen kann (vgl. BGH, Beschl. vom 16. April 2008 – 5 StR 615/07), was bei einem faktischer Geschäftsführer der Fall ist.

Rechtsprechung

III. Strafzumessungs- und Maßregelrecht

**763. BGH 4 StR 114/08 – Urteil vom 19. Juni 2008 (LG Landau)**

BGHSt; formelle Voraussetzungen der Sicherungsverwahrung bei einheitlicher Strafe in ausländischen Urteilen (Freiheitsstrafe von mindestens einem Jahr; Warnfunktion eines Strafurteils; Ermessen des Tatrichters).

§ 66 Abs. 1, 2, 4 Satz 5 StGB

Werden Taten im Ausland abgeurteilt und sieht das maßgebliche ausländische Recht bei Tatmehrheit nicht die Bildung einer Gesamtstrafe, sondern die Verhängung einer einheitlichen Strafe ohne Festsetzung von Einzelstrafen vor, so ist – wie in den Fällen der Verurteilung zu einer einheitlichen Jugendstrafe – bei der Beurteilung der formellen Voraussetzungen des § 66 Abs. 1 und 2 StGB darauf abzustellen, ob das ausländische Urteil erkennen lässt, dass der Täter bei einer oder mehreren der abgeurteilten Taten eine Freiheitsstrafe von mindestens einem Jahr verwirkt hätte. (BGHSt)

**783. BGH 4 StR 314/07 / 4 StR 391/07 – Beschluss vom 19. Juni 2008**

Vorlage an den Großen Senat für Strafsachen; Anordnung der nachträglichen Sicherungsverwahrung trotz zu verbüßender Freiheitsstrafe nach Erledigung der Unterbringung in einem psychiatrischen Krankenhaus.  
§ 132 Abs. 2 und 4 GVG; § 67 d Abs. 6 StGB; § 66b Abs. 3 StGB

1. Dem Großen Senat für Strafsachen wird gemäß § 132 Abs. 2 und 4 GVG folgende Rechtsfrage zur Entscheidung vorgelegt: Steht es der Anordnung der nachträglichen Sicherungsverwahrung nach § 66 b Abs. 3 StGB entgegen, dass der Betroffene nach Erklärung der Erledigung der Unterbringung in einem psychiatrischen Krankenhaus (§ 67 d Abs. 6 StGB) noch Freiheitsstrafe zu

verbüßen hat, auf die zugleich mit der Unterbringung erkannt worden ist?

2. Der 4. Strafsenat hält die Anwendung des § 66b Abs. 3 StGB in diesen Fällen für zulässig.

**817. BGH 5 StR 274/08 (alt: 5 StR 376/07) – Urteil vom 22. Juli 2008 (LG Dresden)**

BGHR; Grenzen der nachträglichen Anordnung der Unterbringung in der Sicherungsverwahrung wegen mangelnder Therapiebereitschaft (neue Tatsache; Erforderlichkeit eines Hanges); Führungsaufsicht; Entschädigung bei einstweiliger Unterbringung (Strafverfolgungsmaßnahme).

§ 66b StGB; § 66f StGB; § 2 Abs. 2 Nr. 1 StrEG; § 8 StrEG

1. Grenzen der nachträglichen Anordnung der Unterbringung in der Sicherungsverwahrung wegen mangelnder Therapiebereitschaft. (BGH)

2. Zwar kann in der Verweigerung oder dem Abbruch einer Therapie eine neue Tatsache im Sinne des § 66b StGB liegen (vgl. BVerfG – Kammer – NJW 2006, 3483, 3485; BGHSt 50, 121, 126; 275, 280 f.; BGH NStZ 2005, 561, 562). Dies setzt aber voraus, dass das für die Aburteilung der Anlasstaten zuständige Gericht zum Zeitpunkt seiner Entscheidung begründet annehmen konnte, der Verurteilte werde sich zur Verringerung der von ihm ausgehenden Gefahr einer erfolversprechenden Therapie unterziehen (vgl. BGH NStZ-RR 2006, 302; BGH, Urteil vom 23. März 2006 – 1 StR 476/05 Rdn. 22). (Bearbeiter)

3. Auch wenn ein Verurteilter zum Zeitpunkt der Anlassverurteilung ernstlich therapiewillig gewesen ist, liegt in dem Misslingen der Therapiebemühungen keine neue

Tatsache im Sinne des § 66b Abs. 1 Satz 1 StGB, wenn die voraussichtliche Erfolglosigkeit schon dem Ausgangsgericht hätte bekannt werden können (vgl. BVerfG – Kammer – aaO S. 3484, 3485; BGHSt 50, 121, 126 f.; 373, 379 m.w.N.). (Bearbeiter)

**675. BGH 2 StR 200/08 – Beschluss vom 13. Juni 2008 (LG Köln)**

Rechtsstaatswidrige Verfahrensverzögerung (Kompensation nur durch Feststellung der Verzögerung durch das Revisionsgericht; Vollstreckungslösung; keine besondere Belastung; Haftverschonung).

Art. 6 Abs. 1 EMRK; Art. 13 EMRK; Art. 20 Abs. 3 GG; § 46 StGB

Einzelfall des Ausschlusses einer Rechtsfolgenkompensation trotz rechtsstaatswidriger Verfahrensverzögerung.

**663. BGH 2 StR 140/08 – Urteil vom 28. Mai 2008 (LG Koblenz)**

Strafaussetzung und Maßregelaussetzung zur Bewährung (Beurteilungsspielraum des Tatrichters; besondere Umstände; positive Prognose).

§ 56 StGB; § 67b StGB

1. Dem Tatrichter steht bei den Entscheidungen über die Aussetzung von Freiheitsstrafen (nach § 56 StGB) und Maßregeln (nach § 67b StGB) zur Bewährung ein weiter Beurteilungsspielraum zu.

2. Als „besonderer Umstand“ im Sinne des § 56 Abs. 2 StGB kommt auch in Betracht, dass sich die maßgeblichen Lebensverhältnisse, aus denen heraus der Angeklagte die Taten beging, grundlegend geändert haben.

**764. BGH 4 StR 140/08 – Urteil vom 12. Juni 2008 (LG Essen)**

Unterbringung in einem psychiatrischen Krankenhaus (lückenhafte Gesamtwürdigung zur Gefährlichkeit; Bedrohung und Beleidigung); selbständiges Einziehungsverfahren und Sicherungsverfahren.

§ 63 StGB; § 74 StGB; § 52 Abs. 2 Nr. 8 WaffG; § 185 StGB; § 241 StGB; § 22 a Abs. 1 Nr. 6 a KWKG; § 11 Abs. 1 Nr. 8 StGB; § 440 StPO

1. Nur schwere Störungen des Rechtsfriedens, die zumindest in den Bereich der mittleren Kriminalität hineinreichen, rechtfertigen eine Unterbringung in einem psychiatrischen Krankenhaus (vgl. BGHSt 27, 246, 248; BGH NStZ 2008, 210, 212 m.w.N.). Die Anlasstat muss aber selbst grundsätzlich nicht erheblich im Sinne des § 63 StGB sein muss.

2. Ergibt sich die Erheblichkeit drohender Taten nicht aus dem Delikt selbst, wie etwa bei Verbrechen, kommt es auf die zu befürchtende konkrete Ausgestaltung der Taten an, da das Gesetz keine Beschränkung auf bestimmte Tatbestände vorgenommen hat (vgl. BGH NStZ 1995, 228; BGH, Beschluss vom 3. April 2008 – 1 StR 153/08 – Rdn. 14). Das bedeutet, dass auch Bedrohungen im Sinne des § 241 StGB nicht von vornherein als unerheblich im Sinne des § 63 StGB angesehen werden können. Todesdrohungen, die geeignet sind, den Bedrohten nachhaltig und massiv in seinem elementaren Si-

cherheitsempfinden zu beeinträchtigen, stellen eine schwerwiegende Störung des Rechtsfriedens dar und sind nicht bloße Belästigungen. Schon im Hinblick auf das Gewicht eines Eingriffs gemäß § 63 StGB ist jedoch erforderlich, dass die Bedrohung in ihrer konkreten Ausgestaltung aus der Sicht des Betroffenen die nahe liegende Gefahr ihrer Verwirklichung in sich trägt (vgl. BGH, Beschluss vom 3. April 2008 – 1 StR 153/08 – Rdn. 11).

3. Im Sicherungsverfahren dürfen nur Maßregeln der Besserung und Sicherung angeordnet werden. Einziehungsentscheidungen als sonstige Maßnahmen im Sinne des § 11 Abs. 1 Nr. 8 StGB kommen bei schuldunfähigen Tätern allein im selbständigen Einziehungsverfahren in Betracht (§ 440 StPO).

**739. BGH 1 StR 227/08 – Urteil vom 17. Juni 2008 (LG Karlsruhe)**

Grenzen der nachträglichen Sicherungsverwahrung (neue Tatsache bei Altfällen nach § 66b Abs. 2 StGB; Besitz von gewalt- und kinderpornographischen Schriften, Bildträgern, Filmen und Computerdatei im Vollzug; Äußerungen des Verurteilten zu seinem sexuellen Sadismus im Vollzug; Hang).

§ 66b Abs. 2 StGB; Art. 2 Abs. 2 Satz 2 GG

1. Der durch das am 18. April 2007 in Kraft getretene Gesetz zur Reform zur Führungsaufsicht und zur Änderung der Vorschriften über die nachträgliche Sicherungsverwahrung vom 13. April 2007 (BGBl I 513) eingefügte § 66b Abs. 1 Satz 2 StGB ist auf den einschlägigen § 66b Abs. 2 StGB nicht anwendbar ist, so dass weiterhin für die nachträgliche Sicherungsverwahrung eine neue Tatsache im Sinne des § 66b Abs. 2 StGB erforderlich ist.

2. Auch § 66b Abs. 2 StGB setzt voraus, dass nach der Anlassverurteilung, jedoch vor Vollzugsende der deswegen verhängten Freiheitsstrafe „neue Tatsachen“ erkennbar sein müssen, die auf eine erhebliche Gefährlichkeit des Betroffenen für die Allgemeinheit hinweisen (vgl. BGH NJW 2006, 531). „Neue Tatsachen“ liegen dann nicht vor, wenn sie dem früheren Tatrichter bekannt waren – wie etwa die kriminelle Entwicklung des Betroffenen (vgl. OLG Frankfurt StV 2005, 142) – oder wenn sie ein sorgfältiger Tatrichter hätte aufklären und erkennen müssen. Durch die Anordnung der nachträglichen Sicherungsverwahrung dürfen Versäumnisse der Strafverfolgungsbehörden im Ausgangsverfahren zu Lasten des Betroffenen im Nachhinein nicht korrigiert werden (vgl. BGHSt 50, 121; BGH NJW 2006, 531).

3. Voraussetzung für die Einordnung der Anknüpfungstatsachen als „neue Tatsachen“ im Sinne des § 66b StGB ist jedoch, dass sie die Gefährlichkeit des Betroffenen höher (vgl. BVerfG NJW 2006, 3483) oder in einem grundsätzlich anderen Licht erscheinen lassen (vgl. BGH, Beschl. vom 12. September 2007 – 1 StR 391/07).

4. Das verbotene Einbringen pornographischer Materials in den offenen Vollzug ist vor dem Hintergrund einer bereits früher bekannten sexuellen Devianz keine relevante Anknüpfungstatsache (vgl. auch BGH NJW 2006, 531). Gleiches gilt für die Äußerung des Betroffenen in

der Vollzugsplankonferenz, er erkenne die Gefahr bei sich und habe keine Mechanismen zur Kontrolle sowie die nachfolgenden Angaben gegenüber der Anstaltspsychologin, er habe diese Phantasien, welche mit Gewalt assoziiert seien.

**671. BGH 2 StR 174/08 – Beschluss vom 30. Mai 2008 (LG Bonn)**

Unerlaubtes Handeltreiben mit Betäubungsmitteln; Verfall von Wertersatz (Geld; Erlangen).

§ 73 Abs. 1 StGB; § 73a Satz 1 StGB; § 30 BtMG

1. „Erlangt“ im Sinne des § 73 Abs. 1 StGB ist schon dann „etwas“, wenn dem Täter aus der Tat in irgendeiner Phase des Tatablaufs auf irgendeine Weise unmittelbar etwas wirtschaftlich messbar zugute kommt, unabhängig davon, ob das zu Grunde liegende Grund- und Verfügungsgeschäft rechtlich wirksam ist.

2. Der Erhalt von Geld, d.h. dessen Besitzerlangung, stellt jedenfalls dann einen dem jeweiligen Geldbetrag entsprechenden Wert dar, wenn der Täter zugleich die tatsächliche Möglichkeit erlangt, darüber zu verfügen.

**701. BGH 3 StR 94/08 – Urteil vom 29. Mai 2008 (LG Kleve)**

Verfall von Wertersatz; nachträgliche Bildung der Gesamtstrafe (einheitliche Verfallsentscheidung).

§ 73a StGB; § 55 StGB

1. Liegen die Voraussetzungen für die nachträgliche Bildung einer Gesamtstrafe vor, so ist gemäß § 55 Abs. 2 StGB der Verfall durch das spätere Urteil einheitlich anzuordnen. Das Gericht, das die Gesamtstrafe zu bilden hat, muss daher grundsätzlich auch über den in dem einzubeziehenden Urteil angeordneten Verfall neu entscheiden.

2. Dabei hat sich das Gericht auf den Standpunkt des früheren Tatgerichts zu stellen, weil der Angeklagte durch die Entscheidung nach § 55 StGB so gestellt werden soll, als wenn über alle einzubeziehenden Straftaten gleichzeitig befunden worden wäre; er soll durch die Aburteilung in getrennten Verfahren weder benachteiligt noch bevorzugt werden. Dies wird regelmäßig dazu führen, dass der aufgrund einheitlicher Anordnung im neuen Urteil festzusetzende Verfallsbetrag nicht niedriger ausfallen wird als in der früheren Entscheidung.

**688. BGH 3 StR 48/08 – Urteil vom 3. April 2008 (LG Aurich)**

Doppelverwertungsverbot (sexuelle Nötigung).

§ 46 Abs. 3 StGB; § 177 StGB

Bei der Strafzumessung wegen sexueller Nötigung verstößt die Erwägung, der Angeklagte habe gehandelt, „nur damit er sein sexuelles Verlangen in die Tat umsetzen konnte“ und er habe seine Opfer „letztlich nur zu einem Sexualobjekt degradiert“, gegen das Doppelverwertungsverbot des § 46 Abs. 3 StGB, denn sie deckt sich mit den Überlegungen, die den Gesetzgeber veranlasst haben, solche Taten überhaupt unter Strafandrohung zu stellen.

**735. BGH 1 StR 183/08 – Urteil vom 1. Juli 2008 (LG Aschaffenburg)**

Ausreichende Erörterung einer möglichen Sicherungsverwahrung; Beschränkung des Rechtsmittels (Trennbarkeit bei Sicherungsverwahrung).

§ 66 StGB; Vor § 296 StPO

1. Auch soweit die Entscheidung über die Anordnung der Unterbringung in der Sicherungsverwahrung im tatrichterlichen Ermessen liegt, dessen Ausübung der Kontrolle durch das Revisionsgericht entzogen ist, müssen die Urteilsgründe erkennen lassen, dass und weswegen von der eingeräumten Entscheidungsbefugnis in einer bestimmten Weise Gebrauch gemacht worden ist (vgl. BGHR StGB § 66 Abs. 2 Ermessensentscheidung 2 und 4).

2. Zwischen der Strafe und einer nicht angeordneten Maßregel nach § 66 StGB besteht von Ausnahmefällen (vgl. BGH NStZ 1994, 280, 281; NJW 1997, 875) abgesehen grundsätzlich keine der Rechtsmittelbeschränkung entgegenstehende Wechselwirkung (vgl. BGH NStZ 2007, 212, 213).

**674. BGH 2 StR 190/08 – Beschluss vom 14. Mai 2008 (LG Köln)**

Adhäsionsverfahren; Verzugszinsen.

§ 286 Abs. 2 Nr. 4 BGB; § 288 Abs. 1 BGB; § 406 Abs. 1 StPO

Der Täter kommt mit dem Anspruch auf Rückzahlung eines durch eine eigene Straftat erlangten Geldbetrages vom Tag nach der Tat an in Verzug, ohne dass es einer Mahnung bedürfte (§ 286 Abs. 2 Nr. 4 BGB); folglich schuldet er von diesem Zeitpunkt an Verzugszinsen gemäß § 288 Abs. 1 BGB.

**814. BGH 5 StR 253/08 – Beschluss vom 10. Juli 2008 (LG Frankfurt)**

Vergewaltigung (Beleg der Nötigung; Vorsatz); schwerer sexueller Missbrauch eines Kindes; rechtsfehlerhafte Prüfung der Schuldfähigkeit (Widersprüchlichkeit; Vermengung mit dem Vorsatz); Anordnung der Sicherungsverwahrung (Hang; Ermessensentscheidung; Subsidiarität gegenüber der Unterbringung in einem psychiatrischen Krankenhaus).

§ 177 Abs. 2 StGB; § 176a StGB; § 20 StGB; § 21 StGB; § 66 StGB; § 63 StGB

Ordnet das Tatgericht die Unterbringung nach § 66 Abs. 3 StGB an, so müssen die Urteilsgründe nicht nur erkennen lassen, dass es sich seiner Entscheidungsbefugnis bewusst war, sie müssen auch darlegen, aus welchen Gründen es von ihr in einer bestimmten Weise Gebrauch gemacht hat (BGHR StGB § 66 Abs. 2 Ermessensentscheidung 4 und 5; BGH NStZ-RR 2004, 12). Nur so ist dem Revisionsgericht die – eingeschränkte (vgl. BGH NStZ 1999, 473) – Nachprüfung der tatrichterlichen Ermessensentscheidung möglich.

**742. BGH 1 StR 233/08 – Beschluss vom 20. Mai 2008 (LG München)**

Rechtsfehlerhafter Ausspruch über die Dauer des Vorwegvollzugs (zwingende Orientierung an der Halbstrafenentlassung).

§ 67 Abs. 2 StGB; § 354 Abs. 1 StPO analog

1. Stehen bei einer Strafe von mehr als drei Jahren nicht Gründe des Einzelfalls dem Vorwegvollzug eines Teils der Strafe überhaupt entgegen, so ist gemäß § 67 Abs. 2 Sätze 2 und 3 StGB in Verbindung mit § 67 Abs. 5 Satz 1 StGB der vorweg zu vollziehende Teil der Strafe so zu bemessen, dass nach seiner Vollstreckung und einer anschließenden Unterbringung eine Halbstrafenentlassung möglich ist. Ein Beurteilungsspielraum steht dem Tatrichter insoweit nicht zu (vgl. BGH NStZ-RR 2008, 142; 182 jew. m.w.N. auch aus den Gesetzesmaterialien).

2. Es genügt nicht, dass der Tatrichter hinsichtlich der voraussichtlich notwendigen Dauer des Maßregelvollzugs nur eine Mindestdauer und eine Höchstdauer – also einen Zeitraum – prognostiziert. Erforderlich ist vielmehr eine präzise Prognose darüber, wie lange genau die Unterbringung voraussichtlich erforderlich sein wird. Nur auf der Grundlage einer solchen Prognose kann – letztlich ohne weitere Abwägung, sondern mittels eines Rechenvorgangs (vgl. BGH NStZ 2008, 213) – bestimmt werden, wie viel Strafe (einschließlich der anzurechnenden Untersuchungshaft, vgl. BGH NStZ-RR aaO 182 m.w.N.) vorab zu vollziehen ist, bis exakt der Zeitpunkt erreicht sein wird, zu dem eine Halbstrafenentlassung möglich sein wird.

3. Eine Bestimmung der Dauer des Vorwegvollzugs durch das Revisionsgericht entsprechend § 354 StPO (vgl. BGH NStZ 2008, 213) ist nur möglich, wenn die Strafzumessung rechtsfehlerfrei ist und die zur Therapie (voraussichtlich) erforderliche Dauer der Unterbringung rechtsfehlerfrei festgestellt ist (BGH aaO).

### 713. BGH 3 StR 154/08 – Urteil vom 12. Juni 2008 (LG Osnabrück)

Sexuelle Nötigung (Strafrahmenwahl; Qualifikation; Regelbeispiel; minder schwerer Fall; Gesamtbetrachtung).

§ 177 StGB; § 46 StGB; § 20 StGB; § 21 StGB

1. Die Strafrahmenuntergrenze des Regelbeispiels des § 177 Abs. 2 Satz 2 Nr. 1 StGB von zwei Jahren ist auch dann zu beachten, wenn der Täter daneben zwar den Qualifikationstatbestand des § 177 Abs. 4 verwirklicht hat, zugleich aber in Bezug auf die Qualifikation ein minder schwerer Fall nach § 177 Abs. 5 Halbsatz 2 StGB vorliegt, es sei denn, dass auch die Regelwirkung des § 177 Abs. 2 Satz 1 StGB ausnahmsweise aufgrund ganz außergewöhnlich mildernder Umstände entfällt. Andernfalls entsteht ein Wertungswiderspruch, weil derjenige Täter, der neben einem Regelbeispiel einen Qualifikationstatbestand erfüllt, günstiger gestellt wäre als derjenige, der kein Qualifikationsmerkmal verwirklicht.

2. Zwar ist ein minder schwerer Fall nach § 177 Abs. 5 StGB auch dann nicht ausgeschlossen, wenn der Täter den Qualifikationstatbestand des § 177 Abs. 4 StGB und ein Regelbeispiel nach § 177 Abs. 2 Satz 2 StGB verwirklicht. Jedoch ist eine Gesamtbetrachtung erforderlich, ob

das gesamte Tatbild vom Durchschnitt der gewöhnlich vorhandenen Fälle so sehr abweicht, dass die Anwendung des milderen Ausnahmestrahmens geboten erscheint. Dabei ist ggf. auch zu würdigen, falls der Täter neben der sexuellen Nötigung einen weiteren Straftatbestand verwirklicht hat.

3. Die richterliche Entscheidung, ob die Fähigkeit des Angeklagten, das Unrecht der Tat einzusehen oder nach dieser Einsicht zu handeln, aus einem der in § 20 StGB bezeichneten Gründe bei Begehung der Tat erheblich vermindert ist, erfordert zunächst die Feststellung, dass bei dem Angeklagten eine psychische Störung vorliegt, die unter eines der Eingangsmerkmale des § 20 StGB zu subsumieren ist. Sodann sind der Ausprägungsgrad der Störung, deren Einfluss auf die soziale Anpassungsfähigkeit sowie die Frage zu untersuchen, ob, wie und in welchem Umfang sie sich auf das Tatverhalten ausgewirkt hat. Hierzu wird der Richter häufig auf die Hilfe eines Sachverständigen angewiesen sein.

4. Gleichwohl handelt es sich bei der Bejahung eines der Eingangsmerkmale des § 20 StGB und bei der Annahme eingeschränkter Schuldfähigkeit – insbesondere der auch normativ geprägten Beurteilung der Erheblichkeit der Einschränkung von Einsichts- oder Steuerungsfähigkeit – um Rechtsfragen. Der Tatrichter hat die Darlegungen des Sachverständigen daher zu überprüfen und rechtlich zu bewerten. Außerdem ist er verpflichtet, seine Entscheidung in einer für das Revisionsgericht nachprüfaren Weise zu begründen.

### 667. BGH 2 StR 162/08 – Beschluss vom 21. Mai 2008 (LG Marburg)

Urteilsformel (sexuelle Nötigung; Vergewaltigung; angewendete Vorschriften); Einbeziehung einer auf Freiheitsstrafe lautenden jugendgerichtlichen Vorverurteilung in eine Einheitsjugendstrafe; Strafzumessung (Doppelbestrafungsverbot; zulässiges Vereidungsverhalten; Zeitpunkt eines Geständnisses).

§ 31 JGG; § 105 Abs. 2 JGG; § 260 StPO; Art. 103 Abs. 3 GG

1. Die Einbeziehung einer Freiheitsstrafe aus einer jugendgerichtlichen Vorverurteilung in eine Einheitsjugendstrafe setzt voraus, dass sich die Sachverhaltsdarstellung auf das einbezogene Urteil erstreckt, da nur so die Sanktionsbegründung nachvollziehbar ist. Daher sind die in einem früheren Urteil festgestellten Taten zumindest kurz darzustellen und die Strafzumessungserwägungen kurz mitzuteilen.

2. Die Verhängung einer Einheitsjugendstrafe unter Einbeziehung eines auf Freiheitsstrafe lautenden Urteils erfordert eine Neuurteilung der früheren Taten, ob aufgrund neuer Erkenntnisse für sie Jugendstrafe anwendbar ist. Diese Neuurteilung muss aufgrund einer Gesamtbewertung der bereits abgeurteilten und der neuen Taten erfolgen.

3. Der Begriff der Vergewaltigung ist in § 177 Abs. 2 Satz 2 Nr. 1 StGB legaldefiniert und umfasst nur die dort genannten eigenen sexuellen Handlungen des Täters. Der Schuldspruch bei dem Regelbeispiel nach § 177 Abs. 2

Satz 2 Nr. 2 StGB erfolgt hingegen allein „wegen sexueller Nötigung“.

4. Das Unterlassen einer Schadenswiedergutmachung kann zwar grundsätzlich im Rahmen der Strafzumessung zu Lasten eines geständigen Täters berücksichtigt werden. Das setzt jedoch voraus, dass der Täter durch eine

Wiedergutmachung seine Verteidigungsposition nicht in Frage stellt; insbesondere darf ihm zulässiges Verteidigungsverhalten nicht angelastet werden.

5. Ebenso wenig wie das Fehlen eines Geständnisses überhaupt darf strafscharfend gewertet werden, dass der Angeklagte die Tat nicht schon früher gestanden hat.

## Rechtsprechung

### IV. Strafverfahrensrecht mit GVG

#### **726. BGH StB 11/08 – Beschluss vom 7. August 2008 (Ermittlungsrichter des BGH)**

Selbstbelastungsfreiheit; Auskunftsverweigerungsrecht; Ordnungsgeld; Ordnungshaft; Erzwingungshaft; RAF; Offensive 77.

Art. 6 EMRK; Art. 1 Abs. 1 GG; Art. 2 Abs. 1 GG; Art. 20 Abs. 3 GG; § 55 StPO; § 161a StPO; § 70 StPO; § 96 StPO

1. Ein Zeuge kann die Beantwortung an ihn gerichteter Fragen verweigern (§ 55 StPO), wenn konkrete Anhaltspunkte dafür vorliegen, dass zwischen den Taten, zu denen er befragt werden soll und deretwegen ihm aufgrund Aburteilung oder Einstellung keine Verfolgung (mehr) droht, und anderen Straftaten, deretwegen er noch verfolgt werden könnte, ein so enger Zusammenhang besteht, dass die Beantwortung von Fragen zu den abgeurteilten bzw. eingestellten Taten die Gefahr der Verfolgung wegen dieser anderen Taten mit sich bringen kann.

2. Der Senat lässt offen, ob Fälle denkbar sind, in denen es der Anordnung von Beugehaft unter dem Aspekt widersprüchlichen staatlichen Verhaltens nach Verhältnismäßigkeitsgrundsätzen entgegenstehen kann, dass auf der einen Seite eine Zeugenaussage nach § 70 Abs. 2 StPO erzwungen werden soll, während auf der anderen Seite durch Sperrerklärung nach § 96 StPO der ermittelnden Staatsanwaltschaft tatrelevante Erkenntnisse des Verfassungsschutzes oder anderer Behörden vorenthalten werden.

#### **737. BGH 1 StR 204/08 – Beschluss vom 18. Juni 2008 (LG München)**

Keine Verletzung des fairen Verfahrens durch das Inaussichtstellen einer rechtswidrigen Verfahrensabsprache (Verzicht auf die Sicherungsverwahrung gegen verfahrensfremde Aufklärungshilfe; Hinweispflicht; Besorgnis der Befangenheit; Vertrauensschutz und Recht auf konkrete und wirksame Verteidigung; Feststellung von Vertrauenstatbeständen).

Art. 2 Abs. 1 GG; Art. 20 Abs. 3 GG; Vor § 1 StPO; Art. 6 EMRK; § 266 StGB; § 24 Abs. 2 StPO

1. Schafft das Tatgericht einen festgestellten Vertrauensstatbestand, auf Grund dessen der Angeklagte ein zur Verurteilung führendes Geständnis abgibt und den der Tatrichter sodann unter Verwertung des Geständnisses enttäuscht, liegt hierin ein revisibler Verstoß gegen das Recht auf ein faires Strafverfahren vor. Zu den Anforderungen an die Feststellung eines solchen Vertrauensstatbestandes durch eine angekündigte Höchststrafe in Verbindung mit der Nichtanordnung der Sicherungsverwahrung.

2. Die Frage der Anordnung der Sicherungsverwahrung ist einer Verständigung im Strafverfahren nicht zugänglich (vgl. BGH NStZ-RR 2005, 39; NStZ 2005, 526). Es ist insbesondere sachfremd, die Nichtanordnung gegen eine Aufklärungshilfe für andere Straftaten zu versprechen. Dies gilt auch dann, wenn die Anordnung der Maßregel nur nach § 66 Abs. 2 StGB in Betracht kommt. Ein nach einem gerichtlichen Höchststrafangebot abgegebenes Geständnis ist – gleichgültig, zu welchem Zeitpunkt es abgegeben wird – grundsätzlich nicht geeignet, die Ermessensausübung entscheidend zu beeinflussen (vgl. BGH NStZ 2005, 526).

3. Eine dies missachtende Verfahrensweise der Beteiligten vermag – für sich allein – eine Verletzung des Rechts auf ein faires Verfahren nicht zu begründen. Ein Rechtsnachteil hätte dem Angeklagten hieraus nur erwachsen können, wenn die Strafkammer auf Grund des früheren Angebots einer Nichtanordnung in ihrer Entscheidung über die Anordnung der Sicherungsverwahrung nicht mehr unbefangen gewesen wäre. Das Vorgehen hat auch nicht wegen seiner Rechtswidrigkeit zur Konsequenz, dass das Urteil aufgehoben werden müsste.

4. Die tatsächliche Richtigkeit des Revisionsvortrags, aus dem sich ein verfahrensrechtlicher Verstoß ergeben soll, muss erwiesen sein und kann nicht lediglich nach dem Grundsatz „im Zweifel für den Angeklagten“ unterstellt werden (vgl. BGHSt 16, 164, 167; BGH NStZ 2008, 353).

#### **760. BGH 4 StR 84/08 – Beschluss vom 24. Juli 2008 (LG Bielefeld)**

Unterbliebene Ladung des Verteidigers (Verzicht; Verwirkung; Revisibilität; Heilung; Recht auf konkrete und wirksame Verteidigung).

§ 218 Satz 1 StPO; Art. 6 Abs. 3 lit. c EMRK

1. Nach § 218 Satz 1 StPO ist der gewählte Verteidiger zur Hauptverhandlung zu laden, wenn die Wahl dem Gericht angezeigt worden ist. Hat der Angeklagte mehrere Verteidiger, muss – sofern es sich nicht um mehrere Anwälte einer Sozietät handelt – jeder von ihnen geladen werden (BGHSt 36, 259, 260).

2. Das Fehlen einer förmlichen Ladung kann unschädlich sein, wenn der Verteidiger auf andere Weise rechtzeitig vom Termin zuverlässig Kenntnis erlangt hätte (BGH aaO S. 261 m.w.N.) oder der Angeklagte auf die Verteidigung durch nicht geladenen Verteidiger in der Hauptverhandlung verzichtet.

3. Weder in der rügelosen Einlassung noch im Unterlassen eines Aussetzungsantrags (vgl. §§ 218 Satz 2, 217 Abs. 2 StPO) kann ohne weiteres ein wirksamer Verzicht des Angeklagten gesehen werden. Ein solcher Verzicht setzt die Kenntnis des Angeklagten voraus, dass sein Verteidiger nicht geladen wurde und dass er deshalb die Aussetzung beantragen kann (BGH aaO). Allein aus dem Umstand, dass in der Ladung des Angeklagten nur die Ladung des bestellten Verteidigers vermerkt war, kann nicht bereits geschlossen werden, dass ihm positiv bekannt war, sein gewählter Verteidiger sei weder zu dem Termin geladen noch auf andere Weise über dessen Stattfinden informiert worden.

**722. BGH 3 StR 266/08 – Beschluss vom 22. Juli 2008 (LG Wuppertal)**

Unbegründete Revision; rechtsstaatswidriger Einsatz eines verdeckten Ermittlers (Vollstreckungslösung; Kompensation); redaktioneller Hinweis.

Art. 6 EMRK; Art. 8 EMRK; Art. 2 Abs. 1, Art. 1 Abs. 1 GG; Art. 20 Abs. 3 GG

Anwendung der Vollstreckungslösung auf einen rechtswidrigen Einsatz eines Verdeckten Ermittlers.

**687. BGH 2 ARs 452/07 / 2 AR 250/07 – Beschluss vom 15. Mai 2008 (OLG München)**

Eilkompetenz zur Anordnung einer Wohnraumdurchsuchung im Disziplinarverfahren (Gefahr im Verzug; Verwertungsverbot); Ausschluss des Verteidigers (Verdacht der Beteiligung an der Tat).

§ 98 Abs. 1 StPO; § 105 StPO; Art. 52 Satz 2 BayDO a.F.; § 138a Abs. 1 Nr. 1 StPO

Zur Anordnung einer Wohnungsdurchsuchung durch den Untersuchungsführer im förmlichen Disziplinarverfahren bei Annahme von Gefahr im Verzug. (BGH)

**822. BGH 5 StR 285/08 – Beschluss vom 23. Juli 2008 (LG Hamburg)**

Nichteinhaltung einer zugesagten Wahrunterstellung und geforderte Hinweispflicht bei eingetretener Bedeutungslosigkeit der als wahr unterstellten Tatsache (Verbot der Überraschungsentscheidung).

Art. 6 EMRK; Art. 103 Abs. 1 GG; § 244 Abs. 3 Satz 2, Abs. 6 StPO

Wirkt sich eine als wahr unterstellte Tatsache im Urteil nicht mehr günstig für den Angeklagten auf die Schuld- oder Straffrage aus, ist sie mithin tatsächlich bedeutungslos, nötigt dies das Tatgericht nicht zu einem Hinweis vor Urteilsverkündung.

**791. BGH 5 StR 74/08 – Urteil vom 11. Juli 2008 (LG Bremen)**

Konzentrationsmaxime und Recht auf Verfahrensbeschleunigung (Schiebeterminine; Zweck des § 229 StPO; Sachverhandlung bei unbewusst wiederholter Verlesung einer für die Rechtsfolgenbestimmung maßgeblichen Vorentscheidung und bei Verlesung eines zu wichtigen Verfahrensrechtsfragen vertiefenden Beschlusses; keine Verschärfung der Anforderungen mit Blick auf verlängerte Unterbrechungsfristen; Anforderungen an die Darstellung der Verfahrensrüge); Konfrontationsrecht (besonders vorsichtige Beweiswürdigung; Fragerecht; Zeugnisverweigerung).

§ 229 Abs. 4 Satz 1 StPO; Art. 6 Abs. 1 Satz 1, Abs. 3 lit. c und d EMRK; § 344 Abs. 2 Satz 2 StPO; § 252 StPO

1. Eine Sachverhandlung liegt stets vor, wenn die Verhandlung den Fortgang der zur Urteilsfindung führenden Sachverhaltsaufklärung betrifft (vgl. BGHR StPO § 229 Abs. 1 Sachverhandlung 5), das Verfahren mithin inhaltlich auf den abschließenden Urteilspruch hin gefördert wird (BGHR StPO § 229 Abs. 1 Sachverhandlung 7 und 8). Die Verlesung eines Beschlusses muss den bereits eingeführten Beweisstoff nicht notwendig erweitern. Es kann genügen, dass er vertiefende Ausführungen zu einer wesentlichen, wenn nicht gar prozessentscheidenden Verfahrensfrage enthält (vgl. BGHR aaO Sachverhandlung 7), auch wenn sie lediglich die bestehende Rechtsansicht des Tatgerichts bestätigen.

2. Der Senat schließt sich den vom 3. Strafsenat nach Änderung der Unterbrechungsfristen durch das 1. JuMoG in BGHR StPO § 229 Abs. 1 Sachverhandlung 7 dargelegten, gegen eine Verschärfung der Anforderungen an die Annahme einer fristwahrenden Verhandlung zur Sache sprechenden Erwägungen an. Auch die Kammerrechtssprechung des Bundesverfassungsgerichts nötigt zu keiner anderen Bewertung, weil vorliegend das Landgericht auch zur Wahrung des Rechts der Angeklagten auf Wahrnehmung der Verteidigung durch Rechtsanwälte ihrer Wahl bei der Dauer des Hauptverhandlungstermins den zeitlichen Verfügbarkeiten dieser Verteidiger Rechnung tragen durfte, ohne hierdurch das Verfahren erheblich zu verzögern.

3. Der Senat neigt der Auffassung zu, dass es nach den vom Gesetzgeber beschlossenen Fristverlängerungen von drei Tagen über zehn Tage auf jetzt geltende drei Wochen schwerlich in erster Linie Zweck der Vorschrift sein kann, die Erhaltung der Erinnerung an den Prozessstoff zu garantieren (vgl. BGHSt 33, 217, 218; vgl. aber auch BGHR StPO § 268 Abs. 3 Verkündung 3; dagegen Verkündung 4 und 5). Ob hieraus zu schließen wäre, dass

ein revisibler Verstoß gegen § 229 Abs. 1 StPO überhaupt nur noch bei einer insgesamt im Blick auf Art. 6 Abs. 1 MRK nachhaltigen Vernachlässigung der Konzentrationsmaxime angenommen werden sollte, bedarf hier keiner Entscheidung.

**758. BGH 4 StR 77/08 – Beschluss vom 17. Juni 2008 (LG Saarbrücken)**

Anordnung der Sicherungsverwahrung und tragfähiger Ausschluss einer Rückfallverjährung; Bindungswirkung tatrichterlicher Feststellungen.  
§ 66 Abs. 1, Abs. 4 Satz 3 StGB; § 249 Abs. 1 StPO; § 353 StPO

Feststellungen rechtskräftiger Urteile zu früheren Tatgeschehen einschließlich der Beweistatsachen, die in einem späteren Verfahren von Bedeutung sein können, binden den neu entscheidenden Tatrichter nicht (BGHSt 43, 106, 107). Solche Feststellungen können zwar im Wege des Urkundenbeweises gemäß § 249 Abs. 1 StPO in die neue Hauptverhandlung eingeführt und verwertet werden; der neue Tatrichter darf sie jedoch nicht ungeprüft übernehmen (BGH aaO).

**804. BGH 5 StR 192/08 – Beschluss vom 11. Juni 2008 (LG Chemnitz)**

Unbegründeter Antrag auf Wiedereinsetzung zur Anbringung von Verfahrensrügen (Frist; Anspruch auf Nachbesserung wegen Pflichtverletzung des Rechtspflegers).  
Art. 6 EMRK; Art. 19 Abs. 4 GG; § 44 StPO; § 45 Abs. 1 Satz 1 StPO

Der Umstand, dass bei der Formulierung einiger – letztlich als unzulässig bewerteter – Verfahrensrügen zur Unterstützung des Angeklagten sachkundiges Justizpersonal mitgewirkt hat, verleiht dem Angeklagten keinen Anspruch auf Fehlerfreiheit von dessen Dienstleistung.

**668. BGH 2 StR 164/08 – Beschluss vom 28. Mai 2008 (LG Erfurt)**

Letztes Wort des Erziehungsberechtigten; Beruhen.  
§ 67 Abs. 1 JGG; § 258 StPO; § 337 StPO

1. Einem in der Hauptverhandlung anwesenden Erziehungsberechtigten des Angeklagten ist gemäß § 67 Abs. 1 JGG, § 258 Abs. 2 und Abs. 3 StPO das letzte Wort nicht nur auf Verlangen, sondern von Amts wegen zu erteilen.

2. Daraus, dass der Erziehungsberechtigte eine Zeugenaussage unter Berufung auf sein Zeugnisverweigerungsrecht abgelehnt hat, lässt sich nicht schließen, dass er ebenso wenig von der Möglichkeit des letzten Wortes Gebrauch gemacht hätte, denn Zeugnisverweigerungsrecht des Angehörigen und letztes Wort der Erziehungsberechtigten sind von ihrer rechtlichen Funktion und Bedeutung her nicht vergleichbar.

**788. BGH 5 StR 24/08 – Beschluss vom 10. Juni 2008 (LG Berlin)**

Verwerfung eines Ablehnungsgesuchs als unzulässig (unverzügliche Anbringung; gesetzlicher Richter).

Art. 101 Abs. 1 Satz 2 GG; § 26a StPO ; § 25 Abs. 2 Satz 1 Nr. 2 StPO

1. Wird ein Ablehnungsgesuch bei einem überschaubaren Sachverhalt auf eine Abtrennungsanordnung gestützt, kann es erforderlich sein, dass Gesuch am Vormittag des Folgetages anzubringen, auch wenn die Fortsetzung des Verfahrens erst binnen einer Woche terminiert ist.

2. An die Auslegung des Begriffs „unverzüglich“ im Sinne des § 25 Abs. 2 Satz 1 Nr. 2 StPO ist im Interesse einer zügigen Durchführung des Verfahrens ein strenger Maßstab anzulegen. Die Ablehnung muss zwar nicht „sofort“, aber „ohne schuldhaftes Verzögern“, das heißt ohne unnötige, nicht durch die Sachlage begründete Verzögerung geltend gemacht werden.

3. Durch die Sachlage begründet ist lediglich die Verzögerung, die dadurch entsteht, dass der Antragsteller, nachdem er Kenntnis vom Ablehnungsgrund erlangt hat, eine gewisse Zeit zum Überlegen und Abfassen des Gesuchs benötigt. Welche Zeitspanne dafür einzuräumen ist, ist eine Frage der jeweiligen Umstände des Einzelfalls (st. Rspr.; BGHR StPO § 25 Abs. 2 Unverzüglich 5 m.w.N.). Nach diesen Maßstäben muss der Angeklagte nicht zwingend vor Unterbrechung der Hauptverhandlung nach Kenntnis des Ablehnungsgrundes das Ablehnungsgesuch anbringen. Es ist ihm gegebenenfalls eine gewisse Zeit zur Überlegung und Absprache mit dem Verteidiger einzuräumen. Erforderlichenfalls hat er jedoch das Ablehnungsgesuch außerhalb der Hauptverhandlung anzubringen, insbesondere dann, wenn mehrere Werktage zwischen den Hauptverhandlungsterminen liegen (st. Rspr.; BVerfG NStZ-RR 2006, 379, 380; BGH NStZ 1996, 47, 48; 1993, 141; 1982, 291).

**794. BGH 5 StR 114/08 – Beschluss vom 12. Juni 2008 (LG Hamburg)**

Unwirksame Revisionsrücknahme durch den ehemaligen Pflichtverteidiger (wirksame Ermächtigung; mangelnde Hinzuziehung eines Dolmetschers); Ergänzung der abgekürzten Urteilsgründe analog § 267 Abs. 4 Satz 3 StPO.  
§ 302 Abs. 2 StPO; § 267 Abs. 4 Abs. 3 StPO

Erweist sich eine Revisionsrücknahme durch den früheren Pflichtverteidiger im nachhinein als mangels einer Ermächtigung unwirksam, kann das Tatgericht die abgekürzten Urteilsgründe in entsprechender Anwendung des § 267 Abs. 4 Satz 3 StPO ergänzen (BGH NStZ-RR 2002, 261).

**812. BGH 5 StR 243/08 – Beschluss vom 10. Juli 2008 (LG Berlin)**

Beweiswürdigung beim Totschlag (Alternativtäterabschluss; Aussagewert psychisch Kranker); Unterbringung in einem psychiatrischen Krankenhaus (postpsychotische Persönlichkeitsveränderungen; Schizophrenie).  
§ 212 StGB; § 261 StPO; § 63 StGB; Art. 6 Abs. 1, Abs. 2 EMRK

Kommt ein Alternativtäter in Frage, müssen sich die

Urteilsgründe mit vorhandenen Beweisanzeichen für die Täterschaft des Alternativtäters hinreichend auseinandersetzen und in einer Gesamtschau würdigen.

**692. BGH 3 StR 53/08 – Urteil vom 8. Mai 2008 (LG Hildesheim)**

Beweiswürdigung (Prüfungsmaßstab des Revisionsgerichts; Zweifelssatz); Wahlfeststellung (rechtsethische und psychologische Gleichwertigkeit; Wohnungseinbruchsdiebstahl und Hehlerei).  
 § 244 Abs. 1 Nr. 3 StGB; § 259 StGB; § 242 StGB; § 261 StPO; § 337 StPO

1. Wahlfeststellung kommt nur zwischen dem – im Wohnungseinbruchsdiebstahl enthaltenen – einfachen Diebstahl gemäß § 242 Abs. 1 StGB und Hehlerei in Betracht, nicht aber zwischen Wohnungseinbruchsdiebstahl und Hehlerei, denn eine Wahlfeststellung setzt voraus, dass die mehreren möglichen, einander ausschließenden Verhaltensweisen rechtsethisch und psychologisch gleichartig bzw. gleichwertig sind.
2. Es obliegt allein dem Tatrichter, sich auf der Grundlage der vorhandenen Beweismittel eine Überzeugung vom tatsächlichen Geschehen zu verschaffen. Seine Beweiswürdigung hat das Revisionsgericht regelmäßig hinzunehmen. Es ist ihm verwehrt, sie durch eine eigene zu ersetzen oder sie etwa nur deshalb zu beanstanden, weil aus seiner Sicht eine andere Bewertung der Beweise näher gelegen hätte.
3. Vermag der Tatrichter vorhandene, wenn auch nur geringe Zweifel an der Täterschaft des Angeklagten nicht zu überwinden, so kann das Revisionsgericht dies nur auf Rechtsfehler überprüfen, insbesondere darauf, ob die Beweiswürdigung in sich widersprüchlich, unklar oder lückenhaft ist, die Beweismittel nicht ausschöpft, Verstöße gegen Denkgesetze oder Erfahrungssätze aufweist oder ob der Tatrichter überspannte Anforderungen an die für eine Verurteilung erforderliche Gewissheit gestellt hat.
4. Aus den Urteilsgründen muss sich auch ergeben, dass die einzelnen Beweisergebnisse nicht nur isoliert gewertet, sondern in eine umfassende Gesamtwürdigung eingestellt wurden.
5. Der Zweifelssatz gebietet nicht, dem Urteil Behauptungen des Angeklagten zu Grunde zu legen, die zwar nicht durch gegenläufige Beweise zu widerlegen sind, für deren Richtigkeit sich aber andererseits keinerlei Anhaltspunkte im festgestellten Sachverhalt ergeben.

**796. BGH 5 StR 143/08 – Beschluss vom 10. Juni 2008 (LG Zwickau)**

Sexueller Missbrauch von Kindern; Vergewaltigung; Beweiswürdigung (Glaubhaftigkeitsbeurteilung; Erörterungsmangel bei Stützung des Tatvorwurfs auf eine wesentliche Belastungszeugin und Einstellung wegen einiger Tatvorwürfe der Zeugin; Hinzuziehung eines aussagepsychologischen Sachverständigen); Verfahrensrüge zur Darlegung eines Erörterungsmangels jenseits des unmittelbaren Urteilsgegenstandes.

§ 176 StGB; § 177 Abs. 2 StGB; § 261 StPO; § 344 Abs. 2 Satz 2 StPO; § 72 StPO; § 244 Abs. 2 StPO

1. In einem Fall, in dem der Anklagevorwurf allein auf der Aussage einer Belastungszeugin aufbaut, das Verfahren aber wegen einiger der angeklagten Taten nach § 154 Abs. 2 StPO eingestellt wird, kann den Gründen für die Einstellung Beweisbedeutung für die allein entscheidende Frage der Glaubwürdigkeit der einzigen Belastungszeugin zukommen; wird der Grund nicht mitgeteilt, liegt hierin ein Erörterungsmangel (BGHSt 44, 153, 160; BGHR StPO § 154 Abs. 2 Teileinstellung 1; BGH NSTZ 2003, 164).

2. Eine mögliche, auch aktuell beibehaltene Falschbelastung lässt den Schluss, die Hauptbelastungszeugin (Nebenklägerin) weise keine Belastungstendenz auf, fragwürdig erscheinen. In solchen Fällen, in denen „Aussage gegen Aussage“ steht und sich die Unwahrheit eines Teils der Aussage des Belastungszeugen herausstellt, sind außerhalb der Zeugenaussage liegende Gründe von Gewicht erforderlich, die es dem Tatrichter ermöglichen, dem Zeugen im Übrigen dennoch zu glauben. Diese gewichtigen Gründe sind im Urteil darzulegen (vgl. BGHSt 44, 153, 158 f.; BGH NSTZ 2000, 496).

**741. BGH 1 StR 231/08 – Urteil vom 15. Juli 2008 (LG München)**

Rechtsfehlerhafte Beweiswürdigung beim Freispruch vom Vorwurf der Vergewaltigung (Verkennung von in dubio pro reo).  
 § 177 Abs. 2 StGB; § 261 StPO

1. Ist die Beweislage beim Vorwurf der Vergewaltigung schwierig und hängt die Entscheidung im Wesentlichen davon ab, ob das Gericht den Angaben des potentiellen Opfers einer Vergewaltigung oder dem Angeklagten folgt, müssen die Urteilsgründe erkennen lassen, dass der Tatrichter alle Umstände, die die Entscheidung beeinflussen können, erkannt und in seine Gesamtwürdigung einbezogen hat.

2. Spricht das Gericht einen Angeklagten frei, weil es Zweifel an seiner Täterschaft nicht zu überwinden vermag, so ist dies durch das Revisionsgericht in der Regel hinzunehmen. Es kommt nicht darauf an, ob das Revisionsgericht angefallene Erkenntnisse anders gewürdigt oder Zweifel überwunden hätte. Daran ändert sich nicht einmal dann etwas, wenn eine vom Tatrichter getroffene Feststellung „lebensfremd“ erscheinen mag. Es gibt im Strafprozess keinen Beweis des ersten Anscheins, der nicht auf der Gewissheit des Richters, sondern auf der Wahrscheinlichkeit eines Geschehensablaufs beruht.

3. Demgegenüber ist eine Beweiswürdigung etwa dann rechtsfehlerhaft, wenn sie schon von einem rechtlich unzutreffenden Ansatz ausgeht, z.B. hinsichtlich des Umfangs und der Bedeutung des Zweifelssatzes, wenn sie lückenhaft ist, namentlich wesentliche Feststellungen nicht erörtert, wenn sie widersprüchlich oder unklar ist, gegen Gesetze der Logik oder gesicherte Erfahrungssätze verstößt oder wenn an die zur Verurteilung erforderliche Gewissheit überspannte Anforderungen gestellt sind (st. Rspr., vgl. etwa BGH, Urt. vom 22. Mai 2007 – 1 StR

582/06 –; BGH NJW 2005, 1727; BGH NStZ-RR 2003, 371; BGHR StPO § 261 Überzeugungsbildung 33, jew. m.w.N.). Aus den Urteilsgründen muss sich zudem ergeben, dass die einzelnen Beweisergebnisse nicht nur isoliert gewertet, sondern in eine umfassende Gesamtwürdigung eingestellt wurden (vgl. BGH NStZ-RR 2003, 206; BGHR StPO § 261 Beweiswürdigung 2, 11, 16, 24, Überzeugungsbildung 30; BGH NStZ 2000, 48).

4. Eine „Gesamtschau“ ist dann keine lückenlose Gesamtwürdigung der Indizien, wenn das Tatgericht bereits vorher wichtige objektive Beweisanzeichen ohne umfassende Auseinandersetzung mit den Aussagen der Nebenklägerin und des Angeklagten isoliert bewertet und im Ergebnis dem Indiz dann – der Sache nach – maßgeblichen Beweiswert aberkennt.

5. In dubio pro reo ist keine Beweis-, sondern eine Entscheidungsregel, die das Gericht erst dann zu befolgen hat, wenn es nach abgeschlossener Beweiswürdigung nicht die volle Überzeugung vom Vorliegen einer für den Schuld- und Rechtsfolgenausspruch unmittelbar entscheidungserheblichen Tatsache zu gewinnen vermag, und nicht auf jedes Indiz für sich anzuwenden ist.

**801. BGH 5 StR 169/08 – Beschluss vom 9. Juni 2008 (LG Braunschweig)**

Sexueller Missbrauch von Kindern (Anforderungen an die Individualisierung und die Überzeugungsbildung bei gleichförmigen Tatserien); Beweiswürdigung bei Aussage gegen Aussage.  
§ 174 StGB; § 261 StPO

1. Um eine bestimmte Anzahl von Straftaten einer in allem gleichförmig verlaufenden Serie sexueller Missbrauchshandlungen an Kindern festzustellen, bedarf es zwar nicht stets einer Konkretisierung nach genauer Tatzeit und exaktem Geschehensverlauf. Der Richter muss aber darlegen, aus welchen Gründen er die Überzeugung gerade von dieser Mindestzahl von Straftaten gewonnen hat (vgl. BGHSt 42, 107, 109 f.; Senat, Beschluss vom 5. März 2008 – 5 StR 611/07 –).

2. Steht Aussage gegen Aussage und hängt die Entscheidung allein davon ab, welchen Angaben das Gericht folgt, müssen die Urteilsgründe erkennen lassen, dass der Tatrichter alle Umstände, die die Entscheidung beeinflussen können, erkannt und in seine Überlegungen einbezogen hat (st. Rspr., vgl. BGHR StPO § 261 Beweiswürdigung 1, 14; § 267 Abs. 1 Satz 1 Beweisergebnis 8; BGH, Beschluss vom 16. Februar 2000 – 3 StR 28/00 –). Zudem ist in besonderem Maße eine ‚Gesamtwürdigung‘ aller Indizien geboten (vgl. BGHR StPO § 261 Indizien 2, Beweiswürdigung 14; BGH, Beschluss vom 16. Februar 2000 – 3 StR 28/00 –).

**776. BGH 4 StR 245/08 – Beschluss vom 22. Juli 2008 (LG Bielefeld)**

Darstellungsanforderungen bei der Rüge der Abwesenheit des Angeklagten in der Hauptverhandlung (Zulässigkeit der Verfahrensrüge; wesentlicher Teil der Hauptverhandlung; Ausschluss des Beruhens); rechtliches Gehör; Recht auf konkrete und wirksame Verteidigung.

Art. 6 EMRK; § 231 Abs. 2 StPO; § 338 Nr. 5 StPO; § 337 StPO; § 344 Abs. 2 Satz 2 StPO

Wird gerügt, der Angeklagte sei zu Unrecht bei der Aussage einer Zeugin nicht anwesend gewesen, muss mitgeteilt werden, was die Zeugin während der Abwesenheit des Angeklagten ausgesagt hat, um dem Revisionsgericht die Prüfung zu ermöglichen, ob es sich bei dem beanstandeten Verfahrensvorgang um einen wesentlichen Teil der Hauptverhandlung gehandelt hat (vgl. BVerfG StraFo 2005, 512 f.; BGH StraFo 2005, 120 f.).

**724. BGH 3 StR 515/07 – Beschluss vom 24. Juni 2008 (LG Wuppertal)**

Unzulässige Verfahrensrüge (Revisionsbegründung; Zuordnung von Tatsachen und Rügen).  
§ 344 Abs. 2 Satz 2 StPO

Die zum Belege von „den Fehler enthaltenden Tatsachen“ im Sinne des § 344 Abs. 2 Satz 2 StPO vorgelegten Beweismittel – regelmäßig also Ablichtungen aus den Akten – sind dem gerügten Verfahrensfehler in der Revisionsbegründungsschrift jeweils inhaltlich zuzuordnen. Denn es ist nicht Aufgabe des Revisionsgerichts, eine umfangreiche Blattsammlung daraufhin zu überprüfen, ob die zum Beleg der tatsächlichen Grundlagen der Rügen erforderlichen Unterlagen in einem ungeordneten Aktenkonvolut enthalten sind.

**777. BGH 4 StR 246/08 – Beschluss vom 25. Juni 2008 (LG Bochum)**

Unzulässige Revisionseinlegung trotz mangelnder qualifizierter Belehrung nach rechtswidriger Verfahrensabsprache (Druckausübung durch Verteidiger; dienstliche Stellungnahmen; Glaubhaftmachung).  
Vor § 1 StPO; § 302 Abs. 1 StPO; § 341 Abs. 1 StPO; Art. 6 EMRK; § 44 StPO

1. Der im Anschluss an die Urteilsverkündung durch den Angeklagten erklärte Rechtsmittelverzicht ist unwirksam, wenn dem Urteil eine Urteilsabsprache zu Grunde liegt und ausweislich des Sitzungsprotokolls keine qualifizierte Rechtsmittelbelehrung erfolgt ist (BGHSt – GS – 50, 40 f.).

2. Auch in diesem Fall ist die Revision jedoch unzulässig, wenn sie nach Ablauf der Wochenfrist des § 341 Abs. 1 StPO eingelegt wurde. Einer unbefristeten Möglichkeit, Rechtsmittel einzulegen, steht entgegen, dass die Frage der Rechtskraft durch eine klare Fristenregelung eindeutig geklärt sein muss und durch die Rechtsmitteleinlegungsfrist geklärt ist. Der Rechtsmittelberechtigte, der einen Rechtsmittelverzicht erklärt, nachdem ihm die Rechtsmittelbelehrung ohne qualifizierte Belehrung erteilt wurde, darf nicht besser stehen, als derjenige, der keinen Rechtsmittelverzicht erklärt hat (BGHSt 50, 40, 62).

**665. BGH 2 StR 147/08 – Beschluss vom 14. Mai 2008 (LG Gera)**

Beweiswürdigung (Betäubungsmittelstraftaten; Aufklärungshilfe).  
§ 29 BtMG; § 31 BtMG; § 261 StPO

1. Wenn ein Angeklagter überwiegend durch die Angaben selbst tatbeteiligter Zeugen überführt werden soll, müssen die Urteilsgründe erkennen lassen, dass der Tatrichter alle Umstände, die die Entscheidung zu beeinflussen geeignet sind, erkannt und in seine Überlegungen einbezogen hat.

2. Jedenfalls zur Würdigung der widersprüchlichen Aussagen mehrerer in ein kriminelles Geflecht verwickelter Auskunftspersonen, deren Motivation möglicherweise auf eigene Vorteile oder auf die Abwehr weiterer Beschuldigungen ausgerichtet ist, ist es erforderlich, die Umstände der Entstehung, die Entwicklung und den näheren Inhalt der die Angeklagten belastenden Aussagen darzustellen und zu bewerten.

3. Für die Glaubhaftigkeitsbeurteilung bei Aussagen im Bereich des Betäubungsmittelstrafrechts ist regelmäßig wichtig, ob sich der Zeuge durch seine Aussage in dem gegen ihn selbst gerichteten Verfahren durch Leisten von Aufklärungshilfe (§ 31 BtMG) Vorteile verschaffen wollte, denn für diesen Fall besteht die Gefahr, dass er den Nichtgeständigen zu Unrecht belastet. Ist ein tatbeteilig-

ter Zeuge, auf dessen belastende Aussage die Überführung des Angeklagten entscheidend gestützt wird, bereits wegen seiner Beteiligung an derselben Betäubungsmittelstraftat verurteilt worden, muss die Beweiswürdigung deshalb erkennen lassen, ob sich der Betreffende eine Strafmilderung als Aufklärungshilfe verdient hat oder nicht.

**684. BGH 2 ARs 168/08 / 2 AR 99/08 – Beschluss vom 14. Mai 2008**

Zuständigkeitsbestimmung (Kompetenzkonflikt); Auswahlmessen der Staatsanwaltschaft bei Anklageerhebung (mehrere zuständige Gerichte).

§ 12 StPO; § 14 StPO; § 42 Abs. 2 JGG

1. Die Vorschrift des § 42 Abs. 2 JGG enthält lediglich eine Richtlinie für das Auswahlmessen der Staatsanwaltschaft, begründet aber keinen Zuständigkeitsvorrang eines bestimmten Gerichtes.

2. Die Entscheidung der Staatsanwaltschaft, vor welchem von mehreren zuständigen Gerichten sie Anklage erheben will, ist grundsätzlich nicht nachprüfbar.

Rechtsprechung

V. Wirtschaftsstrafrecht und Nebengebiete

**723. BGH 3 StR 490/07 – Urteil vom 19. Juni 2008 (LG Hildesheim)**

Bestechung; Bestechlichkeit; Amtsträger („sonstige Stelle“); Bestechlichkeit im geschäftlichen Verkehr; DB Netz AG; Ausbau von Schienenwegen.

§ 11 Abs. 1 Nr. 2 lit. c StGB; § 332 StGB; § 299 StGB; § 334 StGB; Art. 87e Abs. 4 GG

1. Zur Amtsträgereigenschaft eines selbständigen Ingenieurs, der aufgrund eines Dienstvertrages langfristig bei einer 100-prozentigen Tochter der Deutsche Bahn AG im Konzernbereich Fahrweg (jetzt: DB Netz AG) beim Um- oder Ausbau des Streckennetzes tätig ist (Fortführung von BGHSt 49, 214). (BGHSt)

2. Trotz der teilweisen Privatisierung der deutschen Eisenbahnen stellt das Eisenbahnwesen eine öffentliche Aufgabe dar. Dies gilt insbesondere für die Planung, Bauvorbereitung, Baudurchführung und Bauüberwachung von Schienenverkehrsprojekten. (Bearbeiter)

3. „Sonstige Stelle“ im Sinne von § 11 Abs. 1 Nr. 2 Buchst. c StGB ist eine behördenähnliche Institution, die unabhängig von ihrer Organisationsform befugt ist, bei der Ausführung von Gesetzen mitzuwirken, ohne dabei eine Behörde im verwaltungsrechtlichen Sinne zu sein. Ist eine Einrichtung der Öffentlichen Hand in der Form einer juristischen Person des Privatrechts organisiert, müssen bei ihr Merkmale vorliegen, die eine Gleichstellung mit einer Behörde rechtfertigen; sie muss bei einer

Gesamtbetrachtung „als verlängerter Arm des Staates erscheinen“. (Bearbeiter)

4. Der Senat hat – nicht tragend – Bedenken, das Kriterium eines weitergehenden, insbesondere gesellschaftsrechtlich verankerten Einflusses der Öffentlichen Hand auf die laufenden Geschäfte und Einzelentscheidungen als stets für die Gleichstellung einer privatrechtlich organisierten Gesellschaft mit einer Behörde maßgeblich anzusehen. (Bearbeiter)

**700. BGH 3 StR 90/08 – Urteil vom 19. Juni 2008 (LG Düsseldorf)**

Bestechung; Bestechlichkeit; Verjährungsbeginn (materieller Beendigungsbegriff; materieller Unrechtskern); Unrechtsvereinbarung.

§ 78a StGB; § 332 StGB; § 334 StGB

1. Werden Bestechung und Bestechlichkeit in der Form begangen, dass der Bestechende zunächst den Vorteil gewährt und der Amtsträger sodann die pflichtwidrige Diensthandlung vornimmt, so beginnt die Verjährung beider Straftaten erst mit der Vornahme der Diensthandlung. (BGHSt)

2. Eine Tat ist erst dann beendet, wenn der Täter sein rechtsverneinendes Tun insgesamt abschließt, das Tatunrecht also tatsächlich in vollem Umfang verwirklicht ist. Die Beendigung der Tat knüpft daher nicht allein an die weitere Verwirklichung tatbestandlich umschriebener

Merkmale der Straftat nach deren Vollendung. Vielmehr zählen zur Tatbeendigung auch solche Umstände, die zwar nicht mehr von der objektiven Tatbestandsbeschreibung erfasst werden, aber dennoch das materielle Unrecht der Tat vertiefen, weil sie den Angriff auf das geschützte Rechtsgut perpetuieren oder gar intensivieren (materieller Beendigungsbegriff). (Bearbeiter)

3. Zwar ist die Vornahme der pflichtwidrigen Diensthandlung nicht objektives tatbestandliches Element des § 332 Abs. 1 Satz 1 StGB. Die Bestechlichkeit ist vielmehr bereits dann vollendet, wenn der Amtsträger für eine ausgeübte oder künftige pflichtwidrige Diensthandlung einen Vorteil fordert, sich versprechen lässt oder annimmt. Die pflichtwidrige Diensthandlung ist aber dennoch zentraler Bezugspunkt all dieser Tatbestandsvarianten, denn sie umschreibt den materiellen Unrechtskern, der den Tatbestand der Bestechlichkeit von dem der Vorteilsannahme abhebt und die erhöhte Strafandrohung im Vergleich zu § 331 Abs. 1 StGB rechtfertigt. Dies gilt selbst im Falle einer für sich fehlerfreien Ermessensentscheidung, deren Pflichtwidrigkeit allein dadurch begründet wird, dass der Amtsträger sich bei der Entscheidung durch den Vorteil beeinflussen lässt oder sich wenigstens beeinflussen zeigt (§ 332 Abs. 3 Nr. 2 StGB). (Bearbeiter)

4. Wird die pflichtwidrige Diensthandlung tatsächlich vorgenommen, so findet der Angriff auf das Schutzgut des § 331 StGB erst darin seinen Abschluss. Denn die Lauterkeit der Amtsausübung sowie das öffentliche Vertrauen in diese werden am nachhaltigsten dadurch beeinträchtigt, dass der durch die Bestechung befangene Amtsträger den „Staatswillen“ tatsächlich verfälscht, indem er die erkaufte pflichtwidrige Diensthandlung ausübt. (Bearbeiter)

5. In den Fällen, in denen es nicht zu einer Unrechtsvereinbarung tritt die Beendigung mit der Ablehnung durch den Amtsträger ein. Erfüllt der Amtsträger die Unrechtsvereinbarung nicht, so ist die Bestechung wie die Bestechlichkeit jedenfalls in dem Zeitpunkt beendet, in dem sich die Vereinbarung endgültig als „fehlgeschlagen“ erweist (so BGH NStZ 2004, 41, 42). Es könnte demgegenüber auch erwogen werden, die jeweilige Tat in einer Betrachtung ex post dann als mit der Unrechtsvereinbarung beendet anzusehen, wenn innerhalb des der gesetzlichen Verjährungsfrist entsprechenden Zeitraums von fünf Jahren keine Bemühungen zu deren Erfüllung mehr entfaltet werden. (Bearbeiter)

### **683. BGH 2 StR 577/07 – Urteil vom 4. Juni 2008 (LG Hanau)**

BGHSt; unerlaubte Abgabe von Betäubungsmitteln durch einen in der Substitutionsbehandlung tätigen Arzt (Polamidon); Berufsverbot (Untersagung der beruflichen Tätigkeit als Substitutionsarzt).  
§ 3 BtMG; § 13 Abs. 1 BtMG; § 29 Abs. 1 Nr. 1 BtMG; § 5 BtMVV; § 70 StGB

Ein in der Substitutionsbehandlung von Drogenabhängigen tätiger Arzt ist von einer Erlaubnispflicht gemäß § 3 BtMG nicht befreit und daher wegen unerlaubter Abgabe von Betäubungsmitteln gemäß § 29 Abs. 1 Nr. 1 BtMG

strafbar, wenn und soweit er Betäubungsmittel außerhalb des Anwendungsbereichs von § 13 Abs. 1 BtMG, § 5 BtMVV an drogenabhängige Patienten zur freien Verfügung abgibt. (BGHSt)

### **798. BGH 5 StR 89/08 – Urteil vom 24. Juni 2008 (LG Berlin)**

BGHR; Vortaten der Geldwäsche (gewerbsmäßige Untreue des Täters; unzureichende Beihilfe; gebotene restriktive Auslegung der Geldwäsche insgesamt; Bestimmtheitsgrundsatz); Leichtfertigkeit bei der Geldwäsche (enge Auslegung); Konkurrenzen zwischen Geldwäsche und Bestechlichkeit; Beweiswürdigung beim Vorsatz.

Art. 103 Abs. 2 GG; § 261 Abs. 1 Satz 2 Nr. 4 lit. a, Abs. 5 StGB; § 332 StGB; § 261 StPO; § 15 StGB

1. Die Untreue kann nur dann taugliche Vortat für die Geldwäsche sein, wenn der (Haupt-)Täter gewerbsmäßig gehandelt hat. (BGHR)

2. Eine Beihilfe kann nicht selbst eine Katalogtat sein. (Bearbeiter)

3. Durch die Kombination von einerseits Katalogtaten (mit teilweise zusätzlichen Erfordernissen) mit einer Vielfalt von Tathandlungen, die nahezu jedweden Umgang mit dem deliktsbehafteten Gegenstand unter Strafe stellen, bewegt sich die Geldwäsche an der Grenze der Verständlichkeit. Um eine noch ausreichende Bestimmtheit und Übersichtlichkeit dieser Strafvorschrift sicherzustellen, ist eine restriktive Auslegung der Tatbestandsmerkmale geboten. Dies bedeutet, dass nur solche Handlungen als tatbestandsmäßig angesehen werden können, die sich ohne weiteres und sicher dem Wortlaut der Bestimmung unterordnen lassen. (Bearbeiter)

4. Die Strafbarkeit der Geldwäsche ist nach den Vorstellungen des Gesetzgebers nur für schwerwiegende Vortaten angeordnet. Eine Ausdehnung auf sämtliche rechtswidrige Taten ist zu vermeiden. (Bearbeiter)

5. Zwar stehen die Bestechlichkeit gemäß § 332 StGB und die Untreue gemäß § 266 StGB häufig wegen ihrer unterschiedlichen Schutzzwecke im Verhältnis der Tatmehrheit zueinander (vgl. BGHSt 47, 22, 25; jeweils m.w.N.). Für den Tatbestand der Geldwäsche ist diese konkurrenzrechtliche Folge jedoch unerheblich. Der Bezug zu der vorgelagerten Tat wird vielmehr durch das Tatbestandsmerkmal des „aus der Vortat herrührenden Gegenstandes“ autonom bestimmt. (Bearbeiter)

6. Nach der Rechtsprechung des Bundesgerichtshofs sind im Blick auf das Bestimmtheitsgebot strenge Anforderungen an die Auslegung des Merkmals der Leichtfertigkeit im Sinne des § 261 Abs. 5 StGB zu stellen (BGHSt 43, 158, 167; 50, 347, 350 ff.). Nur durch eine Auslegung des Begriffs der Leichtfertigkeit als vorsatznaher Schuldform und durch eine Anknüpfung an die bestehende Rechtsprechung zu diesem Begriff kann vermieden werden, dass die Strafvorschrift der Geldwäsche ihre verfassungsmäßig durch Art. 103 Abs. 2 GG gebotenen Konturen verliert. Deshalb liegt eine Leichtfertigkeit im Sinne des § 261 Abs. 5 StGB nur vor, wenn sich die Herkunft

des Gegenstands aus einer Katalogtat nach der Sachlage geradezu aufdrängt und der Täter gleichwohl handelt, weil er dies aus besonderer Gleichgültigkeit oder großer Unachtsamkeit außer Acht lässt (BGHSt 43, 158, 168; vgl. auch BGHSt 33, 66, 67 zu § 30 Abs. 1 Nr. 3 BtMG). Dabei entspricht das Merkmal der Leichtfertigkeit in objektiver Hinsicht der groben Fahrlässigkeit im Zivilrecht. Von dieser unterscheidet sich die strafrechtliche Leichtfertigkeit jedoch insoweit, als – wie generell beim strafrechtlichen Fahrlässigkeitsvorwurf – die individuellen Kenntnisse und Fähigkeiten des Täters zu berücksichtigen sind (vgl. BGHSt 50, 347, 352). (Bearbeiter)

7. Das Merkmal der Leichtfertigkeit bezieht sich nur auf die Herkunft der deliktisch verstrickten Gegenstände; hinsichtlich der übrigen Tatbestandsmerkmale ist auch im Rahmen der leichtfertigen Geldwäsche Vorsatz erforderlich. Es ist eine Gesamtabwägung durchzuführen, ob der Angeklagte leichtfertig gehandelt hat. Dabei ist allerdings für die Annahme der Leichtfertigkeit nicht erforderlich, dass der Angeklagte eine gegebene Möglichkeit versäumt hat, sich Gewissheit über die Herkunft des Geldes zu verschaffen (vgl. BGHSt 43, 157, 169). Umgekehrt schließt es die Leichtfertigkeit aber auch nicht aus, dass er eine solche Erkundigungsmöglichkeit gerade nicht hatte. Maßgeblich ist vielmehr, ob sich ihm aufgrund der Umstände die Herkunft des Gegenstandes aus einer Straftat im Sinne des § 261 Abs. 1 Satz 2 StGB aufdrängen musste. Für die Annahme der Katalogtat ist aber die Feststellung konkreter Umstände erforderlich, aus denen der Angeklagte die Vortat nach § 261 Abs. 1 Satz 2 StGB hätte entnehmen müssen (vgl. BGHR StGB § 261 Vortat 1). (Bearbeiter)

### 800. BGH 5 StR 156/08 – Urteil vom 11. Juli 2008 (LG Berlin)

Grunderwerbsteuerhinterziehung (Pflichtwidrigkeit; Anzeigepflicht: Änderungen des Gesellschafterbestandes einer Personengesellschaft; Freistellung von der Grunderwerbsteuer; Kognitionspflicht: Teilnahme an der Steuerhinterziehung, Beihilfe, Anstiftung); Missbrauch von Gestaltungsmöglichkeiten (Steuerumgehung und Gesetzlichkeitsprinzip); Scheingeschäft.

§ 370 AO; § 153 AO; § 27 StGB; § 26 StGB; § 6 Abs. 3 GrEStG; § 19 Abs. 1 Satz 1 Nr. 3a GrEStG; § 1 Abs. 2a GrEStG; § 39 Abs. 2 Nr. 1 Satz 1 AO; § 42 AO; § 41 AO

1. Zur Kognitionspflicht des Tatgerichts hinsichtlich einer Teilnahmestrafbarkeit wegen Steuerhinterziehung bei Verneinung einer eigenständigen Pflicht zur Anzeige steuererheblicher Tatsachen.

2. Die Rechtsfolge eines Missbrauchs von Gestaltungsmöglichkeiten im Sinne des § 42 Abs. 1 Satz 2 AO ist allein, dass der Steueranspruch so entsteht, wie er bei einer den wirtschaftlichen Vorgängen angemessenen rechtlichen Gestaltung entsteht. Demgegenüber bestehen steuerrechtliche Erklärungs- und Anzeigepflichten auch in den Fällen eines Missbrauchs von Gestaltungsmöglichkeiten nur dann, wenn sich solche unmittelbar aus den Steuergesetzen ergeben. Einer über den Wortlaut des Gesetzes hinausgehenden Auslegung des § 19 Abs. 1 Satz 1 Nr. 3a GrEStG (1997) unter dem Blickwinkel des § 42

AO steht das strafrechtliche Analogieverbot (Art. 103 Abs. 2 GG) entgegen.

3. Für den Steuerpflichtigen abgegeben im Sinne von § 153 Abs. 1 Satz 1 Nr. 1 AO sind auch die Angaben über den Steuerpflichtigen betreffende steuerlich erhebliche Tatsachen im Rahmen der Anzeige eines Notars, die der Notar aufgrund ihm selbst treffender gesetzlicher Pflichten, z. B. aus § 18 GrEStG, dem Finanzamt mitteilt (vgl. auch BGH wistra 2008, 22, 25 sowie BFH/NV 2002, 917, 918). Der Notar erfüllt dadurch nicht nur eigene Verpflichtungen, sondern wirkt zugleich bei der Ermittlung des für die Steuerfestsetzung gegenüber dem Steuerpflichtigen maßgeblichen Sachverhalts mit.

4. Ein Scheingeschäft im Sinne von § 41 Abs. 2 Satz 1 AO liegt vor, wenn beide Parteien sich einig sind, dass die mit den Willenserklärungen an sich verbundenen Rechtsfolgen tatsächlich nicht eintreten sollen und damit das Erklärte in Wirklichkeit nicht gewollt ist. Entscheidend ist dabei, ob die Beteiligten zur Erreichung des erstrebten Erfolges ein Scheingeschäft für genügend oder ein ernst gemeintes Rechtsgeschäft für erforderlich erachtet haben. Die Beurteilung, ob ein Geschäft nur zum Schein abgeschlossen wurde, obliegt dabei grundsätzlich dem Tatrichter. Lässt das Urteil erkennen, dass der Tatrichter die wesentlichen für und gegen ein Scheingeschäft sprechenden Umstände im Rahmen der Beweiswürdigung berücksichtigt und in eine Gesamtwürdigung einbezogen hat, so dass die vom Gericht gezogene Schlussfolgerung nicht nur eine Annahme oder bloße Vermutung ist, hat das Revisionsgericht dies hinzunehmen (BGH wistra 2007, 112, 114; 2002, 221, 223).

5. § 19 Abs. 1 Satz 1 Nr. 3a GrEStG a.F. bezieht sich allein auf die von § 1 Abs. 2a GrEStG erfassten Fälle. Für das Entstehen der Grunderwerbsteuer kommt es allein auf die formale Betrachtung des § 1 Abs. 2a Satz 3 GrEStG a.F. an, die mangels eines hinreichend bestimmten Abgrenzungsmaßstabes nicht durch eine weitergehende wirtschaftliche Betrachtung im Sinne des § 1 Abs. 2a Sätze 1 und 2 GrEStG a.F. ergänzt werden kann (vgl. BFH, Urteil vom 30. April 2003 – Abs. 2 R 79/00, BFHE 202, 387).

### 806. BGH 5 StR 194/08 (alt: 5 StR 87/07) – Beschluss vom 11. Juni 2008 (LG Potsdam)

Steuerhehlerei (Wertungsfehler bei der Strafzumessung nach Aufhebung einer Entscheidung wegen mangelhafter Berechnungsdarstellung; Verhängung einer gleich hohen Gesamtfreiheitsstrafe trotz gesunkener Hinterziehungsbeträge).

§ 374 AO; § 46 StGB

Legt ein Tatgericht gegenüber seiner – wegen einer mangelhaften Berechnungsdarstellung aufgehobenen – Vorentscheidung deutlich geringere Hinterziehungsbeträge der Strafzumessung zugrunde, und kommt es dennoch zu der Verhängung gleich hoher Gesamtfreiheitsstrafen, muss dies ausreichend begründet werden. Zwar sind die ursprüngliche Bewertung der Tat und die Strafzumessung in der aufgehobenen Entscheidung kein Maßstab für die neue Strafzumessung. Gleichwohl muss die Strafzumessung im Rahmen der Gesamtstrafenbildung erken-

nen lassen, mit welcher Begründung das Tatgericht aus überwiegend verringerten Einzelfreiheitsstrafen (einschließlich jeweils der Einsatzstrafen) und deutlich reduzierter hinterzogener Einfuhrabgaben Gesamtfreiheitsstrafen von fünf Jahren und sechs Monaten an sich für angemessen hält (vgl. BGH NSTz 1982, 507).

**797. BGH 5 StR 145/08 – Beschluss vom 11. Juni 2008 (LG Wuppertal)**

Steuerhehlerei (Absatzhilfe; Beihilfe); versagte Aussetzung einer Freiheitsstrafe zur Bewährung (Darlegung der Voraussetzungen für das Revisionsgericht).  
§ 374 Abs. 1 AO; § 27 StGB; § 56 StGB

1. Das Merkmal der Absatzhilfe erfasst nur solche Handlungen, mit denen sich der Hehler an den Absatzbemühungen des Vortäters oder eines Zwischenhehlers in dessen Interesse und auf dessen Weisung unselbständig beteiligt (BGH wistra 2008, 105 m.w.N.). Der Sache nach ist die Absatzhilfe eine Beihilfe, die wegen der Straflosigkeit der Absatztat des Vortäters zur selbständigen Tat aufgewertet ist (BGHSt 26, 358, 362). Der Helfer muss dabei „im Lager“ des Vortäters oder des Zwischenhehlers stehen und diesen unmittelbar beim Absetzen der Sache unterstützen.

2. Sowohl die Würdigung der Prognosegesichtspunkte im Sinne des § 56 Abs. 1 StGB als auch die nach § 56 Abs. 2 StGB erforderliche Gesamtwürdigung von Tat und Persönlichkeit des Täters sind für das Revisionsgericht nachvollziehbar darzustellen (vgl. dazu BGHR StGB § 56 Abs. 2 Gesamtwürdigung 1; Gesamtwürdigung, unzureichende 4). Der bloße Hinweis auf den „Eindruck“ des Tatgerichts lässt eine revisionsgerichtliche Nachprüfung nicht zu.

**767. BGH 4 StR 178/08 – Beschluss vom 27. Mai 2008 (LG Schwerin)**

Erörterungsmangel hinsichtlich der Tatbegehung als Heranwachsender; keine gleichzeitige Verurteilung zu Jugendstrafe und zu Erwachsenenstrafe bei einer Tat.  
§ 1 JGG; § 105 JGG; § 32 JGG

1. Es ist nicht statthaft, bei gleichzeitiger Aburteilung von Taten, auf die teils Jugendstrafrecht, teils allgemei-

nes Strafrecht anzuwenden wäre, sowohl auf Jugendstrafe als auch auf Erwachsenenstrafe zu erkennen (vgl. BGHSt 29, 67 m.w.N.), vielmehr ist entsprechend dem Schwergewicht der Taten entweder nur nach Jugendstrafrecht oder nach Erwachsenenstrafrecht zu verurteilen.

2. Welches Recht einheitlich auf mehrere in verschiedenen Alterstufen begangene Taten anzuwenden ist, richtet sich danach, wo deren Schwergewicht liegt. Dies hat der Tatrichter nach seinem pflichtgemäßen Ermessen zu entscheiden. Lässt sich nicht eindeutig erkennen, dass das Schwergewicht bei den vom Angeklagten als Heranwachsenden begangenen und nach Jugendstrafrecht zu beurteilenden Straftaten liegt, so ist für alle Taten allgemeines Strafrecht anzuwenden (vgl. BGHR JGG § 32 Schwergewicht 4 m.w.N.; BGH, Beschluss vom 7. Dezember 1999 – 1 StR 570/99).

**815. BGH 5 StR 265/08 – Beschluss vom 10. Juli 2008 (LG Potsdam)**

Revisibilität der Strafzumessung (Verneinung minder schwerer Fälle des unerlaubten Handelns mit Betäubungsmitteln in nicht geringer Menge: Gesamtwürdigung; ungewöhnlich geringer Gewinn beim Betäubungsmittelhandel).  
§ 29a Abs. 2 BtMG; § 30a Abs. 3 BtMG; § 46 StGB

1. Für das Vorliegen eines minder schweren Falls ist entscheidend, ob das gesamte Tatbild einschließlich aller subjektiven Momente und der Täterpersönlichkeit vom Durchschnitt der erfahrungsgemäß vorkommenden Fälle in einem Maße abweicht, dass die Anwendung des Ausnahmestrafrahmens geboten erscheint (BGHSt 26, 97, 99; BGHR StGB § 250 Abs. 2 Gesamtbetrachtung 5). In der hierzu gebotenen Gesamtwürdigung (vgl. BGHR StGB § 250 Abs. 2 Wertungsfehler 1 und 3) dürfen wesentliche Strafzumessungsfaktoren nicht unbeachtet bleiben.

2. Für die Tat des bewaffneten unerlaubten Handelns mit Betäubungsmitteln in nicht geringer Menge ist ein ungewöhnlich geringer Gewinn ein wesentlicher Strafzumessungsfaktor, der auch bei Anerkennung eines minder schweren Falles bei der konkreten Strafzumessung nicht unerwähnt bleiben darf.

# Die Übernahme von Beschützer- und Überwachungs- garantenstellungen

Zugleich Anmerkung zu BGH HRRS 2008 Nr. 123 und BGH HRRS 2008 Nr. 429

Von Prof. Dr. Dr. Kristian Kühl, Univ. Tübingen

Eine „kombinierte“ Besprechung zweier BGH-Entscheidungen bietet sich an, wenn diese ein gemeinsames Thema behandeln. Sie wird aber erst dann interessant, wenn die Entscheidungen verschiedene Aspekte des gemeinsamen Themas aufzeigen. Beides ist bei den zeitlich nur vier Monate auseinander liegenden Entscheidungen des 5. Strafsenats – 5 StR 324/07 vom 4.12.2007 (BGH HRRS 2008 Nr. 123, abgedruckt auch in: NStZ 2008, 276) – und des 4. Strafsenats – 4 StR 669/07 vom 6.3.2008 (BGH HRRS 2008 Nr. 429, abgedruckt auch in: NJW 2008, 1897) – gegeben. Das Gemeinsame ist die Garantienstellung kraft Übernahme, die verschiedenen Aspekte betreffen die unterschiedlichen Funktionen dieser Garantienstellung. Während es beim Urteil des 5. Strafsenats um die mögliche „Übernahme einer Schutzfunktion gegenüber einem Hilfsbedürftigen“ ging, hatte es der Beschluss des 4. Strafsenats mit einer „arbeitsvertraglichen Übernahme“ einer Wartungspflicht und einer daraus folgenden „Schutzfunktion gegenüber allen Verkehrsteilnehmern, die in den durch unzureichende Wartung begründeten Gefahrenbereich der seiner Aufsicht unterliegenden Firmenfahrzeuge geraten würden“, zu tun.

Im ersteren Fall fehlte es nach Ansicht des 5. Strafsenats an einer Garantienstellung des Gehilfen zur illegalen Einreise hinsichtlich einer ihm von moldavischen Schleusern gegen seinen Willen aufgedrängten Person, die er in einer abgekühlten Nacht auf offenem Gelände zurückließ; diese hilfsbedürftige Person verstarb an Unterkühlung. Im letzteren Fall bestand nach Ansicht des 4. Strafsenats eine Garantienstellung des Werkstattleiters eines Speditionsunternehmens hinsichtlich der Verkehrssicherheit der von ihm zu prüfenden Lastkraftwagen; er wurde deshalb wegen fahrlässiger Tötung von Besuchern eines Supermarktes, in den ein Lastkraftwagen infolge defekter Bremsen gerast war, verurteilt. Die näheren Einzelheiten der Sachverhalte interessieren hier ebenso wenig wie weitere strafrechtliche Fragen, die sie aufwerfen. Im ersteren Fall wären etwa weitere Garantienstellungen des ein Gruppenmitglied erfrieren Lassenden zu diskutieren, so etwa die aus Gesetz (§ 95 Abs. 1 Nr. 3 AufenthG i.V.m. § 27 Abs. 1 StGB), die aus der Zugehörigkeit zu einer Gruppe illegal Einreisender und die aus

dem illegalen gefahrbringenden Vorverhalten (auch sog. Ingerenz). All dies hat der 4. Strafsenat angesprochen und verworfen. Obwohl das eine Garantienstellung ablehnende Ergebnis auf den ersten Blick überzeugend erscheint, wird es voraussichtlich Diskussionen in Anmerkungen und Besprechungen auslösen. In der hier vorgelegten „kombinierten“ Besprechung soll diese Diskussion des Urteils aber unterbleiben. Im letzteren Fall wäre etwa die Abgrenzung von Tun und Unterlassen sowie die sog. „Quasikalität“ des Unterlassens des Werkstattleiters hinsichtlich des Todes der Unfallopfer zu diskutieren; dies hat der Verf. dieser „kombinierten“ Besprechung bereits in einer Kurz-Anmerkung getan: NJW 2008, 1899.

Hier interessieren allein die eingangs angesprochene Gemeinsamkeit beider Entscheidungen und deren verschiedene Aspekte. Die dafür entscheidenden Begriffe finden sich in beiden Entscheidungen und lauten: „Übernahme“ und „Schutzfunktion“. Mit dem Begriff „Übernahme“ wird ein Entstehungsgrund einer Garantienstellung benannt. Mit dem Begriff „Schutzfunktion“ wird die heute weit verbreitete, aber nicht unbestrittene (vgl. nur die Neukommentierung des § 13 StGB in der 12. Auflage des Leipziger Kommentars durch Weigend, 2007, § 13 Rn. 22) sog. Funktionenlehre angesprochen. Die eine Gruppe umfasst alle Beschützergaranten mit Obhutspflichten für ein bestimmtes hilfsbedürftiges Rechtsgut, das vor Angriffen aus allen Richtungen zu schützen ist; unbestrittenes Beispiel ist die Mutter, die für Leib und Leben ihres Kleinkindes Beschützergarantin ist. Die andere Gruppe umfasst alle Überwachungsgaranten mit Sicherungspflichten hinsichtlich einer Gefahrenquelle zugunsten aller möglichen, von dieser Gefahrenquelle Betroffenen; unbestrittenes Beispiel ist die Verkehrssicherungspflicht des Hauseigentümers hinsichtlich seines Daches zugunsten aller Passanten, die in den „Einzugsbereich“ herabfallender Ziegel geraten. Auf unsere Fälle bezogen kommt für den „Schleusergehilfen“ nur eine Beschützergarantenstellung mit Obhutspflichten hinsichtlich Leib und Leben von Personen aus der Gruppe der illegal Einreisenden in Betracht. Für den Werkstattleiter des Speditionsunternehmens hingegen kommt nur eine Überwachungsgarantenstellung mit Sicherungspflichten hin-

sichtlich der „Bremsfähigkeit“ der von ihm untersuchten Lastkraftwagen zugunsten aller in den „Einzugsbereich“ der Gefahrenquelle LKW kommenden Personen.

Diese sog. Funktionenlehre hat zunächst den Vorteil, dass sie anschaulich unterschiedliche Funktionen umschreibt, die Garanten zur Vermeidung der Strafbarkeit aus einem unechten Unterlassungsdelikt zu erfüllen haben. Darüber hinaus ermöglicht sie eine Differenzierung hinsichtlich anerkannter Garantstellungen. Schlagendes Beispiel für eine solche Differenzierung ist die – weitgehend (vgl. aber *Gallas*, Studien zum Unterlassungsdelikt, 1989, S. 92. f., der auf § 323 c StGB verweist) – anerkannte Garantstellung von Ehegatten. Ehegatten schulden sich zwar gegenseitigen Beistand in der Gefahr für wichtige Rechtsgüter wie Leib und Leben des Partners; d.h. sie sind Beschützergaranten. Sie sind aber keine Überwachungsgaranten hinsichtlich des Diebesabsichten verfolgenden Ehegatten zugunsten aller möglichen in den „Einzugsbereich“ dieses „diebischen“ Partner gelangenden Eigentümer; eine solche Beaufsichtigungspflicht würde auf eine Bevormundung des Ehegatten hinauslaufen, die mit dem partnerschaftlichen Eheverständnis des Familienrechts des BGB nicht zu vereinbaren wäre. Es gibt allerdings auch Garantstellungen, die sowohl eine Beschützergarantenstellung als auch eine Überwachungsgarantenstellung enthalten. Ein Beispiel ist die Garantstellung der Eltern gegenüber ihren (minderjährigen) Kindern. Die Eltern haben nicht nur Leib und Leben ihrer Kinder gegenüber Angriffen von dritter Seite zu schützen – insoweit sind sie Beschützergaranten –, sondern auch ihre Kinder von geplanten „Diebeszügen“ in Kaufhäusern abzuhalten – insoweit sind sie Überwachungsgaranten.

Diesem letzten Beispiel entspricht die vorliegende Konstellation. In beiden Fällen geht es um die – auch weitgehend – anerkannte Garantstellung kraft Übernahme. Das ist die eingangs betonte „Gemeinsamkeit“ beider Entscheidungen. Die – ebenfalls eingangs hervorgehobenen – „verschiedenen Aspekte“ verdanken sich den unterschiedlichen Funktionen, die die „Übernehmenden“ zu erfüllen haben. Wie bereits kurz angesprochen: der „Schleusergehilfe“ hat allenfalls für den Schutz von Leib und Leben der Mitglieder einer illegal einreisenden Gruppe zu sorgen; der Werkstattleiter hingegen hat die ihm zur Untersuchung überlassenen Lastkraftwagen (= Gefahrenquelle) auf ihre Verkehrssicherheit hin zu untersuchen, damit nicht Dritte von unsicheren Lastkraftwagen verletzt oder getötet werden.

Sowohl die „Gemeinsamkeit“ als auch die „verschiedenen Aspekte“ erfreuen natürlich besonders einen Lehrbuchautor, der sich vor allem um die Systematisierung des anfallenden Rechtsstoffes bemühen sollte. Die Besonderheit des „Rechtsstoffes“ bei den Garantstellungen ist durch gesetzgeberische „Kargheit“ geprägt. In der Strafrechtswissenschaft gibt es immer noch Stimmen, welche die Regelung des § 13 Abs. 1 StGB wegen fehlender gesetzlicher Bestimmtheit für verfassungswidrig halten (Verstoß gegen Art. 103 Abs. 2 GG). Für die Praxis ist diese Auffassung allerdings vernachlässigbar, seit das Bundesverfassungsgericht (abgedruckt in: NJW 2003, 1030 mit krit. Bespr. *Seebode*, JZ 2004, 305 ff.; vgl. auch *Kühl*, Herzberg-FS, 2008, S. 177, 189 f.) die hinreichende

Bestimmtheit der Norm – § 13 Abs. 1 StGB – angenommen hat. Daran wird man hinsichtlich der Bestimmtheit durch das Gesetz weiterhin zweifeln können. Genauer betrachtet setzt das Bundesverfassungsgericht auf die Bestimmbarkeit des § 13 Abs. 1 StGB durch die Rechtsprechung der Strafgerichte.

Angesichts der besonderen Bedeutung der Rechtsprechung für die Entwicklung und Begründung von Garantstellungen ist man für jede nachvollziehbare Konkretisierung dankbar. Hinsichtlich der Konkretisierung der Garantstellung kraft Übernahme „bringen“ allerdings beide Entscheidungen „nicht viel“. Immerhin wiederholt der 5. Strafsenat die bisherige Rechtsprechung, nach der die „Zugehörigkeit zu einer Gemeinschaft ... noch keine gegenseitigen Hilfspflichten“ begründet, für eine neue Gemeinschaft – eine Gruppe illegal Einreisender. In solchen Gruppen können Beschützergarantenstellungen erst durch „Übernahme“ entstehen (auch hier folgt der 5. Strafsenat der bisherigen Rechtsprechung; vgl. *Kühl*, Strafrecht AT, 6. Auflage 2008, § 18 Rn. 65). Hervorzuheben ist außerdem der Gesichtspunkt der Freiwilligkeit der Übernahme: sie darf niemandem „gegen seinen Willen ... aufgedrängt“ werden. Etwas missverständlich ist es hingegen, wenn der 4. Strafsenat von einer „arbeitsvertraglichen Übernahme“ durch den Werkstattleiter des Speditionunternehmens spricht. Damit soll wohl nur darauf hingewiesen werden, dass eine Übernahme von Verkehrssicherungspflichten auch durch Vertrag erfolgen kann, nicht aber bestritten werden, dass es entscheidend auf die tatsächliche Übernahme ankommt; das lässt sich daraus schließen, dass der 4. Strafsenat auf BGHSt 47, 224, 229 (= „Wuppertaler Schwebebahn“) verweist, wo gerade die tatsächliche Übernahme betont wird.

Wichtiger aber als die Ausführungen zur „Übernahme“, die immerhin zeigen, dass es neben einer Funktionsbestimmung der Garantstellungen auch der Benennung eines Entstehungsgrundes bedarf, ist der Beitrag beider Entscheidungen zur Systematisierung des Rechtsstoffes der Garantstellung. Beide Entscheidungen bestätigen die in der Strafrechtswissenschaft bereits vollzogene Systematisierung der „Übernahme“. Eine „tatsächliche, freiwillige Übernahme“ schafft nicht nur Beschützergarantenstellungen (*Kühl*, a.a.O., § 18 Rn. 68 ff.), sondern auch Überwachungsgarantenstellungen (*Kühl*, a.a.O., § 18 Rn. 119 ff.). Das freut – wie gesagt – den Lehrbuchautor, der „sein System“ bzw. das System, für das er sich entschieden hat, von der Rechtsprechung bestätigt sieht. Hinzukommt die Freude darüber, dass er zur Veranschaulichung des Systems nicht mehr allein auf die bekannten Schulfälle oder gar die „Lehrbuchkriminalität“ angewiesen ist, sondern auf „echte Fälle aus dem wirklichen Leben“ zurückgreifen kann.

Wo soviel Freude aufkommt, darf das „Wasser“ nicht fehlen, das in den „Wein“ gegossen wird. Dieses „Wasser“ sind die offen gebliebenen Probleme im Bereich der Garantstellungen. Obwohl sich solche Probleme in den hier besprochenen Fällen und Entscheidungen nicht stellten, sollen sie hier – aus Anlass der Fälle und Entscheidungen – doch wenigstens kurz angesprochen werden. Hinsichtlich der „Übernahme“ wäre zu fragen, ob ihre Voraussetzungen dieselben sind, egal ob sie zu einer Beschützer- oder einer Überwachungsgarantenstellung

führt. Des Weiteren wäre zu fragen, ob bei der „Übernahme“ auch immer ein Übergebender oder Übertragender benannt werden muss. Bekannt und in der Rechtsprechung gesichert ist nur der Umstand, dass der Übergebende bzw. der Übertragende seine Garantienstellung zumindest dann nicht los wird, wenn der Übernehmende ersichtlich seiner übernommenen Garantienstellung nicht gerecht wird. So hat jüngst das OLG Stuttgart zu Recht das Fortbestehen der Verkehrssicherungspflicht des Bauherrn angenommen, wenn der beauftragte Bauunternehmer ersichtlich nachlässig arbeitet (OLG Stuttgart NStZ 2006, 450, im Anschluss an BGHSt 19, 286 und 47, 224; zu dieser Rechtsprechung vgl. *Kühl*, a.a.O., § 19 Rn. 6 und *LK-Weigend*, § 13 Rn. 60).

Noch weiter über die hier besprochenen Fälle und Entscheidungen hinausgehend wäre hinsichtlich der sog.

Funktionenlehre zu fragen, wie sie mit den Entstehungsgründen von Garantienstellungen zusammenpasst. Klar ist nur, dass die Beschreibung der Funktion nicht die Benennung eines sachlichen Grundes ersetzt. Dass die Suche nach einem oder gar dem sachlichen Grund aller Garantienstellungen bisher nicht zur Zufriedenheit aller geführt hat, steht der entsprechenden weiteren Suche zwar nicht entgegen, dämpft aber die Erwartungen. Mehrere Fragen stellen sich bei der Garantienstellung der Ingerenz. Diese beginnen mit ihrer grundsätzlichen Infragestellung, sie setzen sich fort bei ihrer Einordnung in die Beschützer- oder Überwachungsgarantenstellungen und enden bei ihren Voraussetzungen wie z.B. der Pflichtwidrigkeit des Vorverhaltens oder der Schaffung einer nahen Gefahr. – Ein „weites Feld“, das hier nicht mehr „bestellt“ werden kann.

Aufsätze und Anmerkungen

## Wann kommt die zweite Entscheidung des Bundesverfassungsgerichts zum Europäischen Haftbefehl?

Anmerkungen zu BGH, Beschluss v. 15. Juni 2008 – 4 ARs 22/07 (Verjährungserheblichkeit bei der Auslieferung nach Polen) = HRRS 2008 Nr. 536

Von Univ. Prof. Dr. Otto Lagodny, Salzburg

### I. Ausgangspunkt

Dem Beschluss ist in Ergebnis und Begründung völlig uneingeschränkt zuzustimmen. Der Gesetzgeber kann für den Moment erleichtert sein, dass der BGH nicht eine Vorlage nach Art. 100 Abs. 1 GG machen musste, sondern noch einen überzeugenden Weg gefunden hat, um die Auslieferung für unzulässig zu erklären. Der Fall zeigt nämlich, dass der Gesetzgeber des Zweiten Haftbefehlsgesetzes von 2006 (EuHbG 2006) seine Hausaufgaben aus der BVerfGE-Entscheidung aus 2005 nicht gemacht hat. Man darf gespannt sein, wann sich der nächste Mangel zeigen wird.

Es ist nicht die Aufgabe der Rechtsprechung (unten III), Mängel des Gesetzgebers zu beseitigen, wenn dieser den qualifizierten Gesetzesvorbehalt von Art. 16 Abs. 2 S. 2 GG inhaltlich unzureichend bestimmt hat, weil er wiederum den Gestaltungsspielraum nicht genutzt hat, den der Rahmenbeschluss zum Europäischen Haftbefehl (EuHbRb) ihm lässt (unten Abs. 2).

### II. Der Gestaltungsspielraum von Art. 4 Ziffer 4 des EuHbRb

Das Sachproblem im vorliegenden Fall bestand in folgender Ausgangsfrage: Darf man einen deutschen Staatsangehörigen aus Deutschland nach Polen ausliefern, wenn für die zugrunde liegende Tat auch die deutsche Strafgewalt besteht, aber Verfolgungsverjährung zwar in der Bundesrepublik Deutschland, nicht jedoch in Polen eingetreten ist?

Nach Art. 10 EuAIÜbk war die eindeutige Antwort: nein. Vor dem Rahmenbeschluss zum Europäischen Haftbefehl war das ein Regelfall der Nichtbewilligung und zwar gerade bei ausländischen Verfolgten. Über bilaterale Ergänzungsverträge – wie den hier in Frage stehenden deutsch-polnischen – wurde diese Regel für ausländische Verfolgte umgedreht: Entscheidend ist allein die Verjährung im *ersuchenden* Staat (hier: Polen). An diese neue Regel knüpft der EuHbRb an, gestattet aber die Rück-

kehr zur alten Regel. Die Antwort des Rahmenbeschlusses lautet nämlich nach dessen Art. 4 Abs. 4: In einem solchen Fall „kann“ Deutschland die Auslieferung verweigern.

Ob das der Fall ist, hängt vom deutschen parlamentarischen Umsetzungsgesetz ab, weil sich das „kann“ an den nationalen Gesetzgeber richtet. Dieser muss aber den qualifizierten Gesetzesvorbehalt nach Art. 16 Abs. 2 S. 2 GG beachten und umsetzen. Das Bundesverfassungsgericht hat dem Gesetzgeber im Jahr 2005 zudem ausdrücklich die „Gesamtfrage“ auf den Tisch gelegt: Unter welchen Voraussetzungen sollen deutsche Staatsangehörige ausgeliefert werden? Das Gericht hat sich nicht auf einzelne Mängel in dieser Frage beschränkt. Es hat klar gefordert: „Der Gesetzgeber war jedenfalls verpflichtet, die Umsetzungsspielräume, die der Rahmenbeschluss den Mitgliedstaaten belässt, in einer grundrechtsschonenden Weise auszufüllen.“<sup>1</sup> Dem ist er im Gesetz von 2006 jedenfalls nicht erschöpfend nachgekommen, obwohl z. B. Art. 4 Ziffer 4 EuHbRb dem nationalen Gesetzgeber einen wesentlichen Umsetzungsspielraum überlässt.

Diese Norm gilt für Verfolgte jeder Nationalität, also nicht nur für eigene Staatsangehörige. Deshalb war der deutsche Gesetzgeber nach der Nichtigerklärung des EuHBG 2004 vor folgende Fragen gestellt:

- Für welche Fälle und im Verhältnis zu welchen Staaten soll die („neue“) Regel von Ziffer 4 des Art. 4 EuHbRb gelten: „Für die Verjährung ist allein das Recht des *ersuchenden* Staates maßgeblich“ und für welche Fälle soll die „alte“ Regel des Art. 10 EuAlÜbk gelten („für die Verjährung gilt allein das Rechts des *ersuchten* Staates“)?
- Soll sie
  - für Staatsangehörige,
  - für Inländer,
  - für alle gelten?
- Soll sie nur für Taten mit Inlandsbezug oder auch für Taten mit Auslandsbezug gelten?
- Wie sieht es gegebenenfalls mit „Mischfällen“ aus?
- Wie soll das Gesamtverhältnis all dieser Varianten zueinander aussehen?

Ob diese Fragen im Gesetzgebungsverfahren überhaupt erörtert worden sind, lässt sich jedenfalls nicht anhand der Materialien klären; diese enthalten zu Art. 4 Ziffer 4 EuHbRb nichts.<sup>2</sup> Wenn die Frage aber nicht erörtert worden ist, dann liegt ein grober Mangel vor.

Man mag an dieser Stelle einwenden: „Aber jedes Detail kann der Gesetzgeber doch nicht regeln!“ Dann lautet aber die Gegenfrage: Ist Verjährungserheblichkeit ein bloßes Detail oder etwas Wichtiges? Letzterenfalls hätte sie der Gesetzgeber selbst regeln müssen und sie nicht der Entscheidung durch die Rechtsprechung überlassen

dürfen. Aus meiner Sicht handelt es sich schon deshalb um eine wichtige Frage, weil Art. 4 Ziff. 4 EuHbRb nicht zwischen Staatsangehörigen des ersuchten Staates und Nicht-Staatsangehörigen dieses Staates unterscheidet. Der Gesetzgeber hatte also unter anderem die oben angesprochenen Fragen zu entscheiden. Auch der qualifizierte Gesetzesvorbehalt nach Art. 16 Abs. 2 S. 2 GG unterstreicht dies.

Dieser Frage konnte sich der Gesetzgeber jedenfalls nicht dadurch entledigen, dass er auf die Begründung des für nichtig erklärten Gesetzes verwies, weil sich das neue Gesetz vom nichtigen nur dadurch abheben soll, „als das Urteil des Bundesverfassungsgerichts vom 18. Juli 2005 Änderungen gebietet“<sup>3</sup>. Der vorliegende Fall zeigt, dass der Gesetzgeber insoweit den Regelungsbedarf schlicht unzutreffend eingeschätzt hat. Dann kann er natürlich auch seinen Spielraum nicht erkennen.

Wenn er aber eine wesentliche Frage nicht geregelt hat, dann hat der deutsche Gesetzgeber den Vorgaben des Bundesverfassungsgerichts nicht hinreichend genügt. Mit anderen Worten: spätestens nach dem Urteil von 2005 hätte der Gesetzgeber eine ausdrückliche Regelung zu allen Fragen der Auslieferung deutscher Staatsangehöriger treffen müssen. Solche Lücken wie hier hätte er nicht lassen dürfen.

### III. Staats- oder individualbezogenes Meistbegünstigungsprinzip?

Der Gesetzgeber durfte die Frage, ob und inwieweit der Ergänzungsvertrag ergänzend herangezogen werden kann, auch nicht über allgemeine Grundsätze der Auslegung lösen lassen (lex posterior/specialis; Verweisungstechnik des Gesetzgebers, etc) und die Verantwortung auf die Rechtsprechung abwälzen. Sachgrund dafür ist, dass das hierfür in den vom Senat referierten Argumentationen<sup>4</sup> bemühte „Meistbegünstigungsprinzip“ von einer Meistbegünstigung nur der Staaten, nicht aber der Individuen ausgeht<sup>5</sup>. Gemeint ist nämlich, dass diejenigen nach Art. 31 EuHbRb außer Kraft getretenen Konventionen und Normen herangezogen werden sollen, die für die Auslieferung am günstigsten sind.<sup>6</sup> Aus der Sicht eines Individuums ist unter „Meistbegünstigung“ jedoch etwas völlig anderes zu verstehen: Dem Einzelnen darf kein Nachteil daraus entstehen, dass eine Strafverfolgung grenzüberschreitend erfolgt; insbesondere dürfen seine

<sup>3</sup> BT-Drs. 16/544, S. 7.

<sup>4</sup> Rn. 18.

<sup>5</sup> Dass die Meistbegünstigung in diesem Sinne auch zu absurden Ergebnissen führt, weil sie die Regelungen des Europäischen Haftbefehls aushebelt, haben *Böhm/Rosenthal* zutreffend hervorgehoben (in: Ahlbrecht/Böhm/Esser/Hugger/ Kirsch/Rosenthal, Internationales Strafrecht in der Praxis, 2008 [nachfolgend: A/B/E/H/K/R-Bearbeiter], Rn. 769).

<sup>6</sup> Vgl. dazu neben den Nachweisen in der hier zu besprechenden Entscheidung (Rn. 18) die Nachweise bei A/B/E/H/K/R-Böhm/Rosenthal, Rn. 769.

<sup>1</sup> BVerfG, Urteil vom 18. Juli 2005 – 2 BvR 2236/04 = HRRS 2005 Nr. 550, Rn. 80.

<sup>2</sup> BT-Drs. 16/544 bzw. 16/2015.

Grundrechte nicht mehr an der Grenze angehalten werden<sup>7</sup>.

Im Grunde kehrt hier also die mit der *Soering*-Entscheidung des EuGMR<sup>8</sup> überkommen geglaubte Dichotomie wieder: Statt die Rechtsbeziehungen dreidimensional zu denken, also im Dreieck

<ersuchender Staat>                      <ersuchter Staat>  
<Individuum> ,

werden subkutan und sehr versteckt wieder zweidimensionale Denkweisen sichtbar: Staatliche Interessen stehen im Vordergrund und nur insoweit spricht man von Meistbegünstigung: entweder der eine oder der andere Staat. Das Individuum verschwindet wieder aus dem Gefüge der Rechtsbeziehungen.

Entscheidend ist bei Art. 16 Abs. 2 S. 2 GG jedoch der grundrechtliche Zusammenhang: Mit einem solchen *staatsbezogenen* Meistbegünstigungsprinzip kann man gerade nicht eine Frage lösen, die den *individualrechtlichen* Belangen des Art. 16 Abs. 2 GG gerecht werden soll. Das ist nicht möglich. Im Lichte der BVerfG-Entscheidung muss das schon der Gesetzgeber selbst entscheiden. Hätte der BGH sich jedoch im vorliegenden Fall für die Lösung über ein staatsbezogenes Meistbegünstigungsprinzip entschieden, dann hätte dies im Klartext bedeutet: Eine Lücke des Gesetzgebers bei der Wahrnehmung eines qualifizierten Gesetzesvorbehalts wird von der Rechtsprechung durch Gesichtspunkte geschlossen, die überhaupt nicht an Grundrechten orientiert sind, sondern ausschließlich an Aspekten des – um die Sprache der Grundrechtsdogmatik aufzugreifen – „öffentlichen Interesses“ oder des „Gemeinwohls“. Das kann verfassungsrechtlich keinerlei Sinn machen.

Es sei deshalb hier ebenfalls dahingestellt, ob man das Ergebnis auch über das geradezu verwirrende Zusammenspiel folgender drei IRG Vorschriften begründen kann:

<sup>7</sup> Vgl. Schomburg/Lagodny/Gleiß/Hackner, Internationale Rechtshilfe in Strafsachen, 4. Aufl. (2006), Einleitung Rn. 105-106.

<sup>8</sup> EGMR v. 7. Juli 1989 – 1/1989/161/217 = NJW 1990, 2183 m. Anm. Lagodny.

- § 1 Abs. 4 S. 3 IRG: „Die in Absatz 3 genannten völkerrechtlichen Vereinbarungen und die Regelungen über die vertragslose Rechtshilfe dieses Gesetzes bleiben hilfsweise anwendbar, soweit nicht der Achte Teil abschließende Regelungen enthält.“
- § 78 IRG: „Soweit dieser Teil keine besonderen Regelungen enthält, finden die übrigen Bestimmungen dieses Gesetzes auf die im Zweiten, Dritten und Fünften Teil geregelten Ersuchen eines Mitgliedstaates Anwendung.“
- § 82 IRG: „Die §§ 5, 6 Abs. 1, § 7 und, soweit ein Europäischer Haftbefehl vorliegt, § 11 finden keine Anwendung.“ (also ist § 9 IRG anwendbar)

Die zum Verständnis erforderliche juristische Akrobatik kann jedenfalls für die *hier* anstehenden Fragen der Verjährungsrelevanz kaum eine mehr als zufällige Antwort geben.

#### IV. Schlußbemerkungen

Die Entscheidung zeigt darüber hinaus einmal mehr den ambivalenten Umgang mit der Auslieferung von Staatsangehörigen: Der Rahmenbeschluss sagt: die Verjährung soll nicht maßgeblich sein für die Auslieferung, es sei denn der ersuchte Staat habe Strafgewalt hinsichtlich der Tat. Die Strafgewalt der Bundesrepublik Deutschland besteht hier nach § 7 Abs. 2 Nr. 1 StGB. Diese Norm ist eine Ausprägung des aktiven Personalitätsprinzips, weil die Bundesrepublik zu Zeiten der Schaffung des § 7 StGB eigene Staatsangehörige ausnahmslos nicht auslieferte. Genau diese Norm soll jetzt die Grundlage dafür bieten, dass man einen deutschen Staatsangehörigen nicht ausliefert? Das ist zirkulär: aus dem Ersatz für die Nichtauslieferung wird die Grundlage der Nichtauslieferung.

Wie dem auch sei: Der Gesetzgeber sollte diesen Fall zum Anlass nehmen, das EuHbG 2006 nochmals auf den Prüfstand zu heben. Es wurde sehr schnell – und wie dieser Fall zeigt: viel zu schnell gestrickt. Jedenfalls wäre es ausgesprochen peinlich, gäbe es nochmals einen solchen Fall wie den vorliegenden.

# Der Widerruf eines durch Täuschung erschlichenen rechtskräftigen Einstellungsbeschlusses

Zugleich Besprechung zu BGHSt 52, 119 = HRRS 2008 Nr. 166

Von Rechtsreferendar Sascha Ziemann, Frankfurt a. M.

Der 2. Senat des Bundesgerichtshofes<sup>1</sup> hatte sich jüngst mit einem Fall manipulativen Prozessverhaltens zu befassen. Dem Beschluss lag folgender (vereinfachter) Sachverhalt zugrunde:

## I. Die Entscheidung BGHSt 52, 119

Mit Urteil vom 17.07.2006 verurteilte das Landgericht Aachen den Beschuldigten wegen Urkundenfälschung in Tateinheit mit Betrug unter Einbeziehung zweier Vorverurteilungen zu einer Gesamtfreiheitsstrafe von drei Jahren. Hiergegen legte die Verteidigerin des Beschuldigten Revision ein. Während des Revisionsverfahrens wurde dem Senat durch einen Dritten mitgeteilt, möglicherweise durch den Vater des Beschuldigten, dass dieser verstorben sei. Zum Beweis übersandte der Dritte eine Sterbeurkunde des Standesamts Aachen, die auch einer Überprüfung durch die StA Aachen standhielt. Daraufhin stellte der Senat durch Beschluss vom 12.01.2007 das Verfahren wegen Eintritts eines Verfahrenshindernisses gemäß § 206a Abs. 1 StPO auf Kosten der Staatskasse ein. Spätere Ermittlungen der StA Aachen haben ergeben, dass die Sterbeurkunde mit Hilfe einer gefälschten Todesbescheinigung erlangt wurde und dass der Beschuldigte in Wirklichkeit nicht verstorben, sondern auf der Flucht ist. Der Senat hob hieraufhin den Einstellungsbeschluss durch Beschluss vom 21.12.2007 auf. Das Revisionsverfahren wurde fortgesetzt und die Revision durch Beschluss als unbegründet verworfen.

Der Senat begründete seine Entscheidung wie folgt: Grundsätzlich seien Einstellungsbeschlüsse gemäß § 206a StPO „formeller und materieller Rechtskraft fähig“ und hätten „grundsätzlich dieselben Rechtswirkungen wie ein verfahrenseinstellendes Urteil gemäß § 260 Abs. 3 StPO“<sup>2</sup>. Dies gelte jedoch dann nicht, wenn – wie im vorliegenden Fall – die irrtümliche Einstellungsentscheidung aufgrund eines Verfahrenshindernisses „durch ein täuschendes Verhalten des Beschuldigten selbst oder durch ein diesem zuzurechnendes Täuschungsverhalten

eines Dritten verursacht worden ist“<sup>3</sup>. In einen solchen Fall sei eine Rechtskraftdurchbrechung „nach dem Rechtsgedanken des § 362 StPO zulässig und geboten“<sup>4</sup>. Nach Ansicht des Senats brauche es dabei zur Fortsetzung des (Revisions-)Verfahrens weder einer neuen Anklage noch eines erneuten Eröffnungsbeschlusses.<sup>5</sup> Der irrtümlich ergangene Einstellungsbeschluss sei vielmehr „durch Beschluss des einstellenden Gerichts“<sup>6</sup> „entsprechend § 206a StPO [...] aufzuheben“ und „das Verfahren in dem Stand fortzusetzen, in welchem es sich vor der irrtümlichen Einstellung befand (Fortführung von BGHSt 45, 108)“<sup>7</sup>.

## II. Die Analyse der Entscheidung BGHSt 52, 119

Man kann sich gut vorstellen, wie es den Richtern des 2. Senats des BGH ergangen sein muss, als sie erfahren haben, dass der Angeklagte sie im Rechtsmittelverfahren mit seinem vorgetäuschten Tod zu einer Verfahrenseinstellung gemäß § 206a Abs. 1 StPO manipuliert hat. Dass eine solche offensichtlich fehlerhafte und noch dazu durch Täuschung hervorgerufene Entscheidung keinen Bestand haben durfte, war klar und ist wohl auch im Ergebnis sachgerecht. Genauerer Klärung bedarf allerdings die Frage, ob der vom Senat eingeschlagene Weg – Aufhebungsbeschluss entsprechend § 206a Abs. 1 StPO und Fortsetzung des Verfahrens – der dogmatisch richtige Weg ist. Erste Stimmen in der Literatur haben die Entscheidung jedenfalls begrüßt<sup>8</sup> und sogar – wie etwa Rieß – als einen „gelungenen Akt richterlicher Rechtsfortbildung“ gewürdigt.<sup>9</sup> Dieser Bewertung ist jedoch

<sup>3</sup> BGH HRRS 2008 Nr. 166, Abs.-Nr. 8 und Leits. = BGHSt 52, 119, 121 u. Leits.

<sup>4</sup> BGH HRRS 2008 Nr. 166, Abs.-Nr. 8 = BGHSt 52, 119, 121.

<sup>5</sup> BGH HRRS 2008 Nr. 166, Abs.-Nr. 10 = BGHSt 52, 119, 123.

<sup>6</sup> BGH HRRS 2008 Nr. 166, Leits. = BGHSt 52, 119, Leits.

<sup>7</sup> BGH HRRS 2008 Nr. 166, Abs.-Nr. 10 / Leits. = BGHSt 52, 119, 123 / Leits.

<sup>8</sup> Zust. Rieß NStZ 2008, 297; Kühl NJW 2008, 1009; Meyer-Göfner, StPO, 51. Aufl. (2008), § 206a Rn. 11; Abl. LR-Stuckenberg, StPO, 26. Aufl. (2008), Bd. 3, § 206a Rn. 110; Jahn JuS 2008, 459.

<sup>9</sup> Rieß NStZ 2008, 297 r.Sp.

<sup>1</sup> Beschl. vom 21.12.2007, BGHSt 52, 119 = HRRS 2008 Nr. 166 = NJW 2008, 1008 mit Anm. Kühl.

<sup>2</sup> BGH HRRS 2008 Nr. 166, Abs.-Nr. 7 = BGHSt 52, 119, 120 f.

nicht zuzustimmen. Die Entscheidung des Senats erscheint in mehrfacher Sicht bedenklich.

1. Zunächst zu einer unglücklichen Formulierung im Leitsatz. Der Leitsatz bezeichnet die vorliegende Entscheidung als eine „Fortführung von BGHSt 45, 108“. Diese Auffassung ist zwar einerseits richtig, da die vorliegende Entscheidung die höchstrichterliche Rechtspraxis fortführt, wonach Verfahren beim Tod des Beschuldigten notwendigerweise förmlich durch Beschluss einzustellen sind.<sup>10</sup> Sie geht aber andererseits am eigentlichen Problem des Falls vorbei<sup>11</sup> und täuscht, beabsichtigt oder nicht, eine gefestigte höchstrichterliche Rechtsprechung vor, obwohl eigentlich dogmatisches Neuland betreten wird.

2. Das eigentliche Problem von BGHSt 52, 119 liegt nämlich in der Rechtskraft von Einstellungsbeschlüssen nach § 206a StPO und der Kompetenz des einstellenden Gerichts, hier des Bundesgerichtshofes, einen durch Täuschung erschlichenen Einstellungsbeschluss unter Durchbrechung seiner Rechtskraft wieder rückgängig zu machen und das Verfahren fortzusetzen.

Im Ausgangspunkt geht der Senat zunächst zutreffend davon aus, dass Einstellungsbeschlüsse nach § 206a Abs. 1 StPO „formeller und materieller Rechtskraft fähig“ sind.<sup>12</sup> Die formelle Rechtskraft des Einstellungsbeschlusses folgt dabei im vorliegenden Fall nicht aus dem Ablauf der sofortigen Beschwerdefrist, sondern aus der insoweit vorgehenden grundsätzlichen Unanfechtbarkeit von Entscheidungen des BGH.<sup>13</sup>

### a) Rechtfertigungen

Der Senat gründet seine Aufhebungsentscheidung im Wesentlichen auf zwei Argumente, die jeweils eine Antwort auf das „Ob“ und „Wie“ einer Rechtskraftdurchbrechung (zur Rückgängigmachung des fehlerhaften Einstellungsbeschlusses) geben.

Für das „Ob“ der Rechtskraftdurchbrechung bezieht sich der Senat im Wesentlichen auf den Rechtsgedanken des § 362 StPO. Dieser erlaube die Wiederaufnahme eines rechtskräftig abgeschlossenen Verfahrens zu Ungunsten des Angeklagten auch in den Fällen, in denen das rechtskräftige Urteil auf „Grundlage von Beweisergebnissen erfolgte, deren auf Täuschung beruhende Unrichtigkeit zu Gunsten des Angeklagten sich nachträglich erweist“ (§ 362 Nr. 1, 2 StPO)<sup>14</sup>. Da nun ein Beschluss keine „weiter reichende Rechtskraftwirkung“ haben könne „als ein freisprechendes oder verfahrenseinstellendes Urteil“<sup>15</sup>, seien – so der Senat – die Fälle einer manipulierten begünstigenden Sachentscheidung den Fällen gleichzustel-

len, in den der „Beschuldigte selbst oder in seinem Auftrag ein Dritter durch Täuschung oder Drohung“ eine „begünstigende formelle Verfahrensbeendigung“<sup>16</sup> herbeiführt.

Für das „Wie“ der Rechtskraftdurchbrechung beruft sich der Senat dagegen auf § 206a Abs. 1 StPO, also genau auf die Norm, die er auch für die Einstellung verwendet hatte. Nach Ansicht des Senats erfolge die Rückgängigmachung eines fehlerhaften rechtskräftigen Einstellungsbeschlusses über die entsprechende Anwendung des § 206a Abs. 1 StPO.<sup>17</sup>

### b) Kritik

Gegen dieses Vorgehen sind einige Einwände zu erheben.

Beim Rückgriff auf den Rechtsgedanken des § 362 StPO stellt sich zunächst die Frage, ob die Wiederaufnahmenvorschriften überhaupt analogiefähig sind. Dass es sich *in casu* um einen Analogieschluss handelt, erscheint m.E. nicht zweifelhaft<sup>18</sup>, da der Senat im Verlauf seiner Ausführungen auf Literatur „zur analogen Anwendung von § 362 StPO“ verweist<sup>19</sup>. Die methodische Trennung von „Analogie“ und „richterlicher Rechtsfortbildung“ durch Rieß<sup>20</sup> ist wenig überzeugend, da auch der Analogieschluss der Rechtsfortbildung dient.<sup>21</sup> Aussagekräftiger wäre allenfalls die Trennung zwischen der Rechtsfortbildung *praeter legem* und *contra legem*.

An der Analogiefähigkeit des § 362 StPO kann man nun zweifeln, da die im Gesetz vorgesehenen Rechtskraftdurchbrechungen des Wiederaufnahmerechts nach ständiger höchstrichterlicher Rechtsprechung abschließend geregelt sind und einer richterrechtlichen Erweiterung im Grundsatz nicht zugänglich sind.<sup>22</sup> Der Grund hierfür liegt in der Bedeutung der Rechtskraft für das Strafverfahren. Nach ständiger Rechtsprechung des BGH und des Bundesverfassungsgerichts ist das Verhältnis von Rechtskraft und Wiederaufnahme ein Regel-Ausnahme-Verhältnis: die Rechtskraft und damit die Beständigkeit der Entscheidung ist die Regel, die Durchbrechung der Rechtskraft im Wege der Wiederaufnahme die Ausnahme. Die Beständigkeit einer rechtskräftigen Entscheidung ist dabei eine Forderung der Rechtssicherheit, die ihrerseits ein wesentlicher Bestandteil des Rechtsstaatsprinzips ist.<sup>23</sup> Nach Auffassung des Bundesverfassungsgerichts ist „Rechtssicherheit“ sogar „von so zentraler Bedeutung für die Rechtsstaatlichkeit, daß um ihretwillen die Möglichkeit einer im Einzelfall vielleicht unrichti-

<sup>10</sup> BGHSt 45, 108 = NJW 1999, 3644.

<sup>11</sup> Ebenso *Kühl* NJW 2008, 1009 („führt ... in die Irre“).

<sup>12</sup> BGH HRRS 2008 Nr. 166, Abs.-Nr. 7 = BGHSt 52, 119, 120.

<sup>13</sup> § 304 Abs. 4 S. 1 StPO; zur materiellen Rechtskraft und dem damit verbundenen Strafklageverbrauch s. *unten III*.

<sup>14</sup> BGH HRRS 2008 Nr. 166, Abs.-Nr. 8 = BGHSt 52, 119, 122.

<sup>15</sup> BGH HRRS 2008 Nr. 166, Abs.-Nr. 9 = BGHSt 52, 119, 122 f.

<sup>16</sup> BGH HRRS 2008 Nr. 166, Abs.-Nr. 9 = BGHSt 52, 119, 122.

<sup>17</sup> BGH HRRS 2008 Nr. 166, Abs.-Nr. 10 = BGHSt 52, 119, 123.

<sup>18</sup> Wie hier *Jahn* JuS 2008, 460.

<sup>19</sup> BGH HRRS 2008 Nr. 166, Abs.-Nr. 8 = BGHSt 52, 119, 121.

<sup>20</sup> *Rieß* NStZ 2008, 298 I.Sp.

<sup>21</sup> Dass der Literaturhinweis den Autor selbst betraf, ermöglicht zumindest eine Erklärung für diesen Methodeneinwand.

<sup>22</sup> Z.B. BGH NJW 1999, 2290; ebenso LR-*Gössel*, StPO, 25. Aufl. (1997), Vor § 359 Rn. 146.

<sup>23</sup> BVerfG NJW 1953, 1137.

gen Entscheidung in Kauf genommen werden muß.“<sup>24</sup> Die Wiederaufnahmeforschriften stellen nach allgemeiner Meinung eine solche begründete Ausnahme vom Grundsatz der Rechtssicherheit dar.<sup>25</sup> Sie bilden dabei aber zugleich die Grenzen für Rechtskraftdurchbrechungen. Dies gilt im besonderen Maße für die Wiederaufnahme zu Ungunsten nach § 362 StPO, die durch den Gesetzgeber nur in engen Grenzen für zulässig gehalten wird.<sup>26</sup>

Grundsätzliche Bedenken ergeben sich auch daraus, dass der Rückgriff auf den „Rechtsgedanken des § 362 StPO“, also die Analogie, zu Lasten des Betroffenen erfolgte.<sup>27</sup> Zwar kennt das Strafprozessrecht kein allgemeines Analogieverbot zu Lasten des Betroffenen, wie dies etwa das materielle Strafrecht vorsieht (Art. 103 Abs. 2 GG, § 1 StGB). Die Grundrechtsbezogenheit strafprozessualer Maßnahmen legt es aber nahe, auch prozessuale Maßnahmen erhöhten Begründungsanforderungen zu unterwerfen.<sup>28</sup> Als sichere Grundlage hierfür wird man den allgemeinen Grundsatz des Vorbehalts des Gesetzes heranziehen können, der für Maßnahmen mit Grundrechtsbezug eine gesetzliche Ermächtigungsgrundlage verlangt.<sup>29</sup> Es bedarf, mit den Worten des Bundesverfassungsgerichts, „von Verfassungs wegen einer Begründung, die ihre Rechtfertigung unzweideutig, verlässlich und sicher in dem erklärten, objektivierten Willen des Gesetzgebers findet“<sup>30</sup>. Die Suche nach einer solchen Ermächtigungsgrundlage gestaltete sich im vorliegenden Fall schwierig und verlief letzten Endes erfolglos, da die Anwendung des Einstellungsbeschlusses gemäß § 206a Abs. 1 StPO zwei prozessuale Besonderheiten zeigte. Zum einen erging der Beschluss im Revisionsverfahren, was zur Folge hatte, dass der im Zwischenverfahren geregelte § 206a Abs. 1 StPO analog angewandt werden musste.<sup>31</sup> Zum anderen wurde der Beschluss durch den BGH erlassen, was zur Folge hatte, dass der eigentlich mit sofortiger Beschwerde anfechtbare Beschluss gemäß § 304 Abs. 4 S. 1 StPO grundsätzlich unanfechtbar war.

Über diese grundsätzlichen Bedenken hinaus fehlt es aber auch am Vorliegen einer *vergleichbaren Interessenlage*. Hier sind es vor allem zwei Gesichtspunkte, die einen Analogieschluss auch in der Sache unangemessen erscheinen lassen. Zum einen die in Rechtsprechung und Literatur entwickelten Grundsätze zur Widerruflichkeit

von Beschlüssen.<sup>32</sup> Diese haben folgenden Inhalt: Frei widerruflich sind zunächst Beschlüsse, die mit einfacher Beschwerde anfechtbar sind, da diese laufende Entscheidungen sind und daher keine Bindungswirkung für das erlassende Gericht entfalten. Bei Beschlüssen, die mit der sofortigen Beschwerde anfechtbar sind, gelten strengere Maßstäbe, da diese eine den Urteilen gleichkommende Selbstbindung entfalten.<sup>33</sup> Sie sind, wie das Gesetz in § 311 Abs. 3 S. 1 StPO ausdrücklich normiert, für das erlassende Gericht im Grundsatz nicht von Amts wegen widerruflich.<sup>34</sup> Ausnahmen sieht dieses gesetzliche Verbot dabei nur zu Gunsten des Betroffenen, bei Verletzungen des rechtlichen Gehörs, vor (§ 311 Abs. 3 S. 2 StPO).

Die in der Rechtsprechung entwickelte Ansicht, den Widerruf eines fehlerhaften Beschlusses dann ausnahmsweise zuzulassen, wenn dieser „erforderlich ist, um ein anders nicht zu beseitigendes, grobes prozessuales Unrecht zu verhindern“<sup>35</sup>, ändert nichts an dieser Bewertung. Nicht nur, dass diese Ausnahme für Fälle zu Gunsten des Betroffenen entwickelt worden ist; das Bestehen einer „offensichtlich unrechtmäßige(n) materielle(n) Grundlage“<sup>36</sup> führt im vorliegenden Fall nicht zu einem groben prozessualen Unrecht. Das Strafverfolgungsinteresse der Staatsanwaltschaft wird nicht erheblich beeinträchtigt, da es dieser unbenommen bleibt, eine neue Anklage zu erheben.<sup>37</sup> Der Betroffene demgegenüber muss erhebliche Einbußen in seinem Recht auf rechtliches Gehör (Art. 103 Abs. 1 GG) hinnehmen.<sup>38</sup> Zwar ist dem Senat zuzustimmen, dass das Verbot des § 311 Abs. 3 S. 1 StPO wegen der Unanfechtbarkeit von BGH-Entscheidungen keine unmittelbare Anwendung (in Abweichung von § 206a Abs. 2 StPO) auf den vorliegenden Fall findet. Der Gesetzeszweck des Verbots, der strukturelle Gleichlauf von Einstellungsurteil und Einstellungsbeschluss, hätte dem Senat jedoch die Rückgängigmachung des fehlerhaften Einstellungsbeschlusses verwehren müssen.<sup>39</sup> Diese Auffassung findet auch Bestätigung in der Rechtsprechung. So etwa in dem vom OLG Köln entschiedenen Fall eines erschlienenen unanfechtbaren Wiederaufnahmebeschlusses nach § 371 Abs. 2 StPO.<sup>40</sup> In diesem Fall hatte das Landgericht seine die Wiederaufnahme des Verfahrens anordnende Beschlussentscheidung durch Beschluss zurückgenommen, nachdem bekannt geworden war, dass der Verurteilte sich die

<sup>24</sup> BVerfG NJW 1953, 1137, 1138.

<sup>25</sup> S. nur LR-Gössel a.a.O. (Fn. 22), Vor § 359 Rn. 14 f.

<sup>26</sup> Zur generellen Fragwürdigkeit der Wiederaufnahme zu Ungunsten mit Blick auf Art. 103 Abs. 3 GG siehe jüngst U. Neumann, in: Festschrift für Heike Jung (2007), S. 655 ff.

<sup>27</sup> Ebenso Jahn JuS 2008, 460.

<sup>28</sup> Im Grundsatz ebenso LR-Lüderssen/Jahn, StPO, 26. Aufl. (2006), Bd. 1, Einl. Abschn. M., Rn. 47; LR-Matt, StPO, 25. Aufl. (2003), Vor § 304 Rn. 59.

<sup>29</sup> S. z.B. das BVerfG NJW 2000, 2660, 2661; weit. Nachw. bei LR-Lüderssen/Jahn, StPO, 26. Aufl. (2006), Bd. 1, Einl. Abschn. M., Rn. 47. Zur Bedeutung des Gesetzesvorbehalts für eine rechtsstaatliche Strafrechtspflege s. Dallmeyer, Beweisführung im Strengbeweisverfahren, 2. Aufl. (2008), insb. S. 32 ff. (dargestellt am Beispiel des Beweisrechts).

<sup>30</sup> BVerfG NJW 2000, 2660, 2661, entschieden anhand der Ausschließung eines Rechtsanwalts als Zeugenbeistand.

<sup>31</sup> Dies soll nach h.M. jedenfalls dann möglich sein, wenn das Verfahrenshindernis erst in diesem Stadium eintritt (s. Meyer-Goßner a.a.O. [Fn. 8], § 206a Rn. 6).

<sup>32</sup> Z.B. Meyer-Goßner a.a.O. (Fn. 8), Einl. Rn. 112 ff.

<sup>33</sup> Dies ist das historische Motiv des in § 311 Abs. 3 S. 1 StPO normierte Abänderungs- und Abhilfeverbot für das Erstgericht. S. hierzu Löwe/Hellweg, StPO, 12. Aufl. (1907), § 353 StPO (a.F.) Rn. 8 mit Hinw. auf die Motive.

<sup>34</sup> Beginnend mit ihrer Bekanntmachung (§ 35 StPO). S. die Hinw. bei SK-StPO-Frisch, Vor § 304 Rn. 25, Stand: 16. Lfg., Mai 1997.

<sup>35</sup> BayObLG JR 1970, 391; s. auch OLG Köln NJW 1981, 2208; BVerfG NJW 1983, 1900; weit. Nachw. bei LR-Gollwitzer, StPO, 24. Aufl. (1988), Vor § 304 Rn. 39; SK-StPO-Frisch, a.a.O. (Fn. 34), Vor § 304 Rn. 26.

<sup>36</sup> BGH HRRS 2008 Nr. 166, Abs.-Nr. 8 = BGHSt 52, 119, 122.

<sup>37</sup> S. unten III.

<sup>38</sup> So im Grundsatz auch Rieß, der es allerdings offen lässt, ob dem Betroffenen in casu rechtliches Gehör gewährt werden musste (Rieß NSTZ 2008, 298 r.Sp.).

<sup>39</sup> Wie hier LR-Stuckenberg, a.a.O. (Fn. 8), § 206a Rn. 110.

<sup>40</sup> OLG Köln NJW 1955, 314.

Wiederaufnahmeentscheidung durch Anstiftung eines Zeugen zur Falschaussage erschlichen hatte. Das OLG Köln widersprach diesem Vorgehen und versagte dem Rücknahmebeschluss „jede rechtliche Wirkung“<sup>41</sup>. Diese Grundsätze wurden in Entscheidungen des OLG Köln<sup>42</sup> und des Bayerischen Obersten Landesgerichts<sup>43</sup> bestätigt, wenngleich diesen Entscheidungen keine manipulative Einwirkung zu Gunsten des Betroffenen zugrunde lag, sondern Einstellungsentscheidungen, die zu Lasten des Betroffenen ergingen (Abhandenkommen eines Eröffnungsbeschlusses bzw. einer verjährungsunterbrechenden Verfügung aus der Akte).

Eine *vergleichbare Interessenlage* scheidet aber auch an den unterschiedlichen prozeduralen Rahmenbedingungen. Der Senat lässt einen wichtigen Unterschied in den prozeduralen Rahmenbedingungen der rechtskraftdurchbrechenden Entscheidung außer Acht. Im Rahmen der Wiederaufnahme zu Ungunsten entscheidet das Gericht nur auf Antrag der Staatsanwaltschaft oder des Privatklägers<sup>44</sup>; eine Entscheidung von Amts wegen, wie sie der Senat bei seinem Aufhebungsbeschluss getroffen hat, wäre dagegen nicht zulässig gewesen. Die Missachtung dieses Unterschieds wäre ein Verstoß gegen die justizorganisatorische Aufgabenverteilung zwischen Staatsanwaltschaft und Gericht.<sup>45</sup>

Mit dem Rückgriff auf § 206a Abs. 1 StPO eröffnet der Senat eine zweite Argumentationslinie. Die analoge Anwendung des § 206a StPO betrifft dabei allein die Frage des „Wie“ der Rechtskraftdurchbrechung, da der Rückgriff auf § 206a StPO an der Stelle der Argumentation einsetzt, an der es um die verfahrensrechtliche Durchführung der auf den Rechtsgedanken des § 362 StPO gestützten Rechtskraftdurchbrechung geht. Der Senat führt aus: „Zur „Verfahrensfortsetzung bedarf es [...] weder einer neuen Anklage noch eines erneuten Eröffnungsbeschlusses; vielmehr ist durch Beschluss entsprechend § 206a StPO der Einstellungsbeschluss aufzuheben und das Verfahren in dem Stand fortzusetzen, in welchem es sich vor der irrtümlichen Einstellung befand.“<sup>46</sup>

Diese Vorgehensweise erscheint jedoch aus folgenden Erwägungen zweifelhaft. Es wird nicht ersichtlich, inwiefern sich aus der Einstellungsmöglichkeit nach § 206a Abs. 1 StPO im Wege der Analogie zugleich eine Widerrufsmöglichkeit herleiten lässt.<sup>47</sup> Hiergegen spricht zum einen das Fehlen einer gesetzlich normierten Widerrufskompetenz, zum anderen der in Rechtsprechung und Literatur entwickelte und in § 311 Abs. 3 S. 1 StPO für die sofortige Beschwerde ausformulierte Grundsatz der Unwiderprüflichkeit rechtskräftiger Beschlus-

entscheidungen. Dass der Strafprozessordnung im Übrigen formell-gesetzliche Widerrufskompetenzen für Beschlüsse durchaus nicht fremd sind, zeigen die Regelungen §§ 33a, 311a StPO, 311 Abs. 3 S. 2 und 356a StPO, die das Gericht bei Verletzungen des rechtlichen Gehörs zur Prüfung und ggf. Abänderung bzw. Abhilfe des erlassenen Beschlusses berechtigen und verpflichten.<sup>48</sup> Alle diese gesetzlichen Widerrufskompetenzen haben allerdings gemeinsam, dass sie ausdrücklich nur zu Gunsten des Betroffenen bei Verletzungen des durch Art. 103 Abs. 1 GG grundgesetzlich geschützten rechtlichen Gehörs anwendbar sind.

### III. Lösungsvorschlag

Dass es dem Senat nach der hier vertretenen Auffassung schon im Grundsatz verwehrt war, eigene rechtskräftige Beschlussscheidungen zu Lasten des Beschuldigten von Amts wegen zu widerrufen, bedeutet nicht die Unabänderlichkeit offensichtlich unrichtiger rechtskräftige Beschlüsse. Für die Korrektur einer auf irrtümlicher Grundlage ergangenen rechtskräftigen Einstellungsentscheidung besteht die Möglichkeit, eine neue Anklage zu erheben und einen neuen Eröffnungsbeschluss zu erwirken. Ob und inwieweit dies erfolgversprechend ist, ist eine Frage der materiellen Rechtskraft und damit der Sperrwirkung eines Einstellungsbeschlusses nach § 206a StPO.<sup>49</sup>

Über diese Frage herrscht bislang Uneinigkeit<sup>50</sup>. Für den vorliegenden Fall mögen folgende Erwägungen entscheidungsleitend sein: Im Ausgangspunkt ist zunächst festzustellen, dass das Gesetz über die Reichweite der materiellen Rechtskraft eines Einstellungsbeschlusses gemäß § 206a Abs. 1 StPO keine Aussage macht. Eine beschränkte Rechtskraft, wie es das Gesetz für den Verwerfungsbeschluss nach § 174 Abs. 2 StPO und den Nichteröffnungsbeschluss nach § 211 StPO vorsieht, gibt es insoweit nicht<sup>51</sup>. Hält man an der prozessualen Gleichwertigkeit einer Einstellung durch Beschluss gemäß § 206a Abs. 1 StPO und durch Urteil nach § 260 Abs. 3 StPO fest<sup>52</sup>, wie es im Übrigen auch der Senat im Grundsatz vertritt<sup>53</sup>, käme auch Einstellungsentscheidungen nach § 206a Abs. 1 StPO materielle Rechtskraft zu. Jedenfalls im Grundsatz, da an dieser Stelle auch die Wertentscheidungen des Wiederaufnahmerechts zu berücksichtigen wären, die zumindest für den Fall einer manipulativen Einwirkung auf das Verfahren die Durchbrechung der Rechtskraft ermöglichen (§ 362 Nr. 1, 2 StPO).<sup>54</sup>

<sup>41</sup> OLG Köln NJW 1955, 314, Leitsatz u. 315.

<sup>42</sup> OLG Köln NJW 1981, 2208.

<sup>43</sup> BayObLG JR 1970, 391.

<sup>44</sup> Vgl. § 365 i.V.m. § 296 Abs. 1 StPO (StA) und § 390 Abs. 1 S. 2 StPO (Privatkläger); näher *Marxen/Tiemann*, Die Wiederaufnahme in Strafsachen, 2. Aufl. (2006), Einl. Rn. 6.

<sup>45</sup> Zur verfahrensgestaltenden Bedeutung des Antragserfordernisses für das Wiederaufnahmeverfahren s. *Marxen/Tiemann*, a.a.O. (Fn. 44), Einl. Rn. 8 ff.

<sup>46</sup> BGH HRRS 2008 Nr. 166, Abs.-Nr. 10 = BGHSt 52, 119, 123.

<sup>47</sup> So auch *Jahn* JuS 2008, 460 (gewagte Argumentation „deus ex machina“).

<sup>48</sup> § 311a StPO für das (sofortige) Beschwerdeverfahren (bzgl. des Beschwerdegerichts; für das erlassende Gericht gibt es eine Abhilfebefugnis nach § 311 Abs. 3 S. 2 StPO); § 356 für das Revisionsverfahren § 356a StPO und – subsidiär für alle anderen Verfahren – § 33a StPO.

<sup>49</sup> Hierzu *LR-Stuckenberg* a.a.O. (Fn. 8), § 206a Rn. 112 f.

<sup>50</sup> S. nur *LR-Stuckenberg* a.a.O. (Fn. 8), § 206a Rn. 112 f.

<sup>51</sup> In beiden Fällen gestattet das Gesetz ein neues Verfahren, wenn neue Tatsachen und Beweismittel vorliegen.

<sup>52</sup> So auch *LR-Stuckenberg* a.a.O. (Fn. 8), § 206a Rn. 113.

<sup>53</sup> BGH HRRS 2008 Nr. 166, Abs.-Nr. 7 = BGHSt 52, 119, 120 f. Der Senat zieht hieraus aber keine Folgerungen für eine Durchbrechung der Rechtskraft.

<sup>54</sup> Es kann an dieser Stellen offen bleiben, ob bei der Bestimmung der materiellen Rechtskraft nur die Wertentscheidungen

Dass die Durchführung eines neuen Verfahrens Zeit und Geld kostet, ist Ausdruck der Justizförmigkeit des Prozessrechts und insbesondere bei Entscheidungen zu Lasten des Beschuldigten rechtsstaatlich geboten und hinzunehmen. Es ist an dieser Stelle von vornherein allen Bestrebungen entgegenzutreten, die eigenen Entscheidungskompetenzen ohne jede gesetzliche Grundlage zu erweitern.<sup>55</sup> Dies gilt auch und gerade für letztinstanzliche Entscheidungen des BGH, da diese Leitcharakter für die Untergerichte haben.

dungen der Wiederaufnahme zu Ungunsten des Betroffenen herangezogen werden können, da sich die Wiederaufnahmeregelungen zu Gunsten und zu Ungunsten in dem hier zur Rede stehenden Fall decken (§§ 359, 362 Nr. 1, 2 StPO). Für die alleinige Heranziehung der Wiederaufnahmeregelungen zu Ungunsten votiert jedenfalls Rieß, der in der Überwindung der Sperrwirkung stets eine Entscheidung zu Lasten des Betroffenen sieht (LR-Rieß, StPO, 25. Aufl. [2001], § 206a Rn. 78; ebenso jetzt Stuckenberg in der Neubearbeitung, LR-Stuckenberg a.a.O. [Fn. 8], § 206a Rn. 113).

<sup>55</sup> Zu ähnlichen Tendenzen bei den Revisionsgerichten (zu Lasten der Tatgerichte) s. z.B. die jüngst durch das BVerfG geäußerte Kritik an den erweiterten Möglichkeiten einer eigenen Sachentscheidung des Revisionsgerichts nach § 354 Abs. 1a S. 1 StPO (BVerfG NSTZ 2007, 598; dazu jetzt Gaele GA 2008, 394).

## IV. Ergebnisse der Untersuchung

Die Ergebnisse der Untersuchung lassen sich in vier Leitsätzen zusammenfassen:

1) Es ist einem Gericht grundsätzlich verwehrt, eigene rechtskräftige Beschlusssentcheidungen zu Lasten des Beschuldigten von Amts wegen zu widerrufen und das Verfahren fortzusetzen. Dies gilt auch für durch Täuschung erschlichene rechtskräftige Beschlüsse.

2) Eine Ausnahme von diesen Grundsätzen ergibt sich weder aus einer entsprechenden Anwendung des § 362 StPO noch des § 206a Abs. 1 StPO.

3) Offensichtlich unrichtige rechtskräftige Beschlüsse sind allerdings nicht zwingend unabänderlich. Einstellungsbeschlüsse nach § 206a Abs. 1 StPO haben keinen Strafklageverbrauch zur Folge und stehen daher der Erhebung einer neuen Anklage nicht entgegen.

4) Dass ein solches Vorgehen Zeit und Geld kostet, ist Ausdruck der Justizförmigkeit des Strafprozessrechts und insbesondere bei Entscheidungen zu Lasten des Beschuldigten rechtsstaatlich geboten und hinzunehmen.

### Aufsätze und Anmerkungen

## Haftbefehl gegen Präsident Al Bashir – IStGH-Ankläger außer Kontrolle?

### Die Befugnisse des Anklägers nach der Überweisung eines Verfahrens an den Internationalen Strafgerichtshof

Von Ass. iur. Alexander Nguyen, MJI\*, Bucerius Law School Hamburg

## I. Einleitung

Im Gegensatz zur der international gefeierten Überstellung von Radovan Karadzic an das Jugoslawientribunal hat der Ankläger des Internationalen Strafgerichtshofs (IStGH) durch seine spektakuläre Entscheidung, Haftbefehl gegen den nicht minder schwerer Verbrechen<sup>1</sup> be-

schuldigten Omar Al Bashir zu beantragen, zwar viel Beachtung aber ein geteiltes Echo erfahren. Während vor allem Menschenrechtsorganisationen die Beantragung des Haftbefehls gegen den amtierenden Staats- und Regierungschef des Sudans begrüßten,<sup>2</sup> sind in politischen und diplomatischen Kreisen Bedenken gegen diese Entscheidung geäußert worden, da befürchtet wird, der Erlass eines Haftbefehls könne die ohnehin schon katast-

\* Der Verfasser ist wissenschaftlicher Mitarbeiter am Lehrstuhl für Öffentliches Recht, Allgemeine Staatslehre, Völker- und Europarecht an der Bucerius Law School Hamburg.

<sup>1</sup> Der Haftbefehl wurde wegen Völkermord, Verbrechen gegen die Menschlichkeit und Kriegsverbrechen beantragt. Eine Zusammenfassung der Begründung ist abrufbar unter <http://www.icc-cpi.int/library/organs/otp/ICC-OTP-ST20080714-ENG.pdf> (zuletzt abgerufen am 23.07.2008).

<sup>2</sup> Z. B. Amnesty International, Pressemitteilung vom 14. Juli 2008, <http://www.amnesty.org/en/for-media/press-releases/sudan-international-criminal-court-important-step-20080714> (zuletzt abgerufen am 21.07.2008); Lotte Leicht (EU-Direktorin Human Rights Watch) im Interview in der Zeit-online, <http://www.zeit.de/online/2008/29/al-baschir-sudan-interview> (Erscheinungsdatum: 15.07.08/ zuletzt abgerufen am 24.07.2008).

rophale Lage im Sudan verschlimmern und Friedensverhandlungen behindern.<sup>3</sup> So wurde das Vorgehen des Anklägers als „herannahendes Desaster“ bezeichnet.<sup>4</sup> Tatsächlich hat die gemeinsame Friedenstruppe der Afrikanischen Union und der Vereinten Nationen (UNAMID) in Reaktion auf die Beantragung des Haftbefehls bereits 200 zivile Mitarbeiter aus Sicherheitsgründen in das benachbarte Ausland verlegt.<sup>5</sup> Andere Stimmen halten das Vorgehen des Anklägers gerade nach den bereits erlassenen Haftbefehlen gegen den sudanesischen Staatsminister für humanitäre Angelegenheiten *Ahmad Harun* und den Milizenchef *Ali Kushayb* für konsequent.<sup>6</sup>

Unabhängig von der politischen Frage, ob eine strafrechtliche Verfolgung der Hauptverantwortlichen für schwerste Völkerrechtsverbrechen tatsächlich einen Friedensprozess behindern kann oder ob eine strafrechtliche Verfolgung vielmehr Voraussetzung für einen nachhaltigen Frieden ist, ergeben sich in diesem Zusammenhang mehrere rechtliche Fragestellungen: Hat der Ankläger nach dem Gründungsstatut des IStGH (Römisches Statut – RS) so weitreichende Kompetenzen und Befugnisse, dass er ein friedenspolitisches Desaster verursachen kann, oder bestehen nach dem Römisches Statut ausreichende Kontrollmechanismen, um dies zu verhindern? Inwieweit ist der Ankläger nach dem Legalitätsprinzip sogar verpflichtet, bei hinreichenden Verdachtsmomenten Ermittlungen gegen einen Beschuldigten einzuleiten? Oder muss bzw. kann er auf die Einleitung der Strafverfolgung selbst bei schwersten Völkerrechtsverbrechen aus friedenspolitischen Gründen verzichten? Dieser Beitrag soll die rechtlichen Befugnisse des Anklägers bei der Verfahrenseinleitung untersuchen und prüfen, inwieweit die derzeit geäußerten Befürchtungen berechtigt sind.

Die Ausgestaltung der Befugnisse des Anklägers im Einzelnen war bereits in den Verhandlungen um das Römische Statut höchst umstritten.<sup>7</sup> Eine Gruppe von Staaten favorisierte einen unabhängigen Ankläger nach dem Vorbild des Anklägers der Tribunale für Ruanda und das ehemalige Jugoslawien.<sup>8</sup> Diese Gerichtshöfe wurden abschließend für einzelne Nachkonfliktsituationen geschaffen. Für die jeweilige Anklagebehörde bedeutet dies, dass ihr im Prozessrecht der *ad hoc* – Gerichtshöfe relativ weite Kompetenzen und Befugnisse eingeräumt wurden.

Immerhin waren bei der Schaffung dieser Gerichte die potentiellen Täter als Machthaber in der Regel bereits abgesetzt worden, so dass die Staaten, die im Sicherheitsrat die jeweiligen Gerichte errichteten, nicht befürchten mussten, selbst in das Visier der Ankläger zu geraten. Auf Grund seiner zeitlich und regional unbeschränkten Zuständigkeit ist dies beim IStGH anders. Die Anklagebehörde kann auch gegen Staatsangehörige von Staaten ermitteln, die zur Errichtung des IStGHs beigetragen haben. Seine Gerichtsbarkeit hängt vielmehr davon ab, ob die Voraussetzungen des Art. 13 RS (sog. *trigger mechanisms*) erfüllt sind. Daher wünschten sich andere Staaten eine stärkere politische Kontrolle des Anklägers etwa durch den Sicherheitsrat der Vereinten Nationen. Insbesondere Staaten wie die USA, die sich weltweit militärisch engagieren, befürchteten, ein unabhängiger Ankläger an einem Gericht, dessen Zuständigkeit weder zeitlich noch örtlich begrenzt ist, werde für sie unkontrollierbar.<sup>9</sup> Die Mehrheit der Staaten bevorzugte jedoch einen unabhängigen Ankläger, der mit ausreichend weiten Befugnissen ausgestattet sein sollte, um weltweit begangene Völkerrechtsverbrechen verfolgen zu können. Nur so könne der Gerichtshof dem Ziel, ein wirksames Mittel zur Eindämmung von schwersten Verbrechen darzustellen, gerecht werden.<sup>10</sup> Bei den Vertragsverhandlungen um das Römische Statut konnte zwischen beiden Positionen folgender Kompromiss erzielt werden.

## II. Die trigger mechanisms

Damit der IStGH seine Gerichtsbarkeit ausüben kann, sieht das Römische Statut drei Möglichkeiten vor, die zu einer Einleitung eines Ermittlungsverfahrens des Anklägers führen können (sog. *trigger mechanisms*).<sup>11</sup> Diese sind die Überweisung einer Situation durch einen Vertragsstaat (Art. 13 lit. a RS), die Überweisung einer Situation durch den Sicherheitsrat der Vereinten Nationen (Art. 13 lit. b RS) und schließlich die Einleitung eines Verfahrens durch den Ankläger von Amts wegen (Art. 13 lit. c RS). Bei allen drei Varianten werden nicht einzelne Fälle an den IStGH überwiesen, sondern politische Gesamtsituationen.<sup>12</sup> Damit soll der Gefahr des politischen Miss-

<sup>3</sup> So äußerten sich nach einem Bericht der Frankfurter Rundschau Bundeskanzlerin *Angela Merkel* und VN-Generalsekretär *Ban Ki Moon* skeptisch über das Vorgehen des Anklägers, [http://www.fronline.de/in\\_und\\_ausland/politik/aktuell/?em\\_cnt=1368184](http://www.fronline.de/in_und_ausland/politik/aktuell/?em_cnt=1368184) (Erscheinungsdatum: 15.07.08/ zuletzt abgerufen: 17.07.08).

<sup>4</sup> So der ehemalige amerikanische Sonderbeauftragte für Darfur, *Andrew Natsios*, zitiert in der ZEIT Nr. 30 vom 17. Juli 2008, S. 5.

<sup>5</sup> FAZ Nr. 164 vom 16.07.08, S. 5.

<sup>6</sup> *Richter*, Süddeutsche Zeitung vom 14.07.08, <http://www.sueddeutsche.de/ausland/meinung/404/185818/> (zuletzt abgerufen: 17.07.08); *Böhm*, Die Zeit Nr. 30 vom 17.07.2008, S. 5.

<sup>7</sup> *Ambos*, Internationales Strafrecht: Strafanwendungsrecht, Völkerstrafrecht, Europäisches Strafrecht (2006), S. 262, § 8, Rdn. 21; *Kaul* Vereinte Nationen 4/1998, 125, 129; *Werle*, Völkerstrafrecht, 2. Aufl. (2007), Rdn. 62.

<sup>8</sup> *Kaul*, Vereinte Nationen 4/1998, S. 125, 129.

<sup>9</sup> *Bolton*, 14.11.2002, <http://www.state.gov/t/us/rm/15158.htm>; *Coats*, Frankfurter Rundschau vom 04.09.2002, S. 2; dazu: *Meißner*, The International Criminal Court Controversy – An analysis of of the United States’ major objections against the Rome Statute (2005), S. 15; *Ambos*, Internationales Strafrecht (Fn. 7), S. 112, § 6, Rdn. 55.

<sup>10</sup> *Fernández de Gurmendi*, in: Lee, The International Criminal Court – Elements of Crimes and Rules of Procedure and Evidence (2001), 175, 176.

<sup>11</sup> *Ambos*, Internationales Strafrecht (Fn. 7), S. 262, § 8, Rdn. 10; *Cárdenas*, Die Zulässigkeitsprüfung vor dem Internationalen Strafgerichtshof – Zur Auslegung des Art. 17 IStGH-Statut unter besonderer Berücksichtigung von Amnestien und Wahrheitskommissionen (2005) S. 28; *Wilmschurst*, in: Lee, The International Criminal Court (Fn. 10), 127; *Schabas*, Introduction to the International Criminal Court, 2. Aufl. (2004), S. 196.

<sup>12</sup> *Ambos*, Internationales Strafrecht (Fn. 7), § 8, Rdn. 10; *Kreß*, in: Grützner/Pötz, Internationaler Rechtshilfeverkehr in Strafsachen: Die für die Rechtsbeziehungen der Bundesrepublik Deutschland mit dem Ausland in Strafsachen maßgeblichen Bestimmungen, 2. Aufl., 60. Nachlieferung

brauchs begegnet werden, indem so verhindert wird, dass lediglich einzelne Verfahren gegen politische Gegner an den IStGH überwiesen werden.<sup>13</sup> Ob der IStGH durch die *trigger mechanisms* tatsächlich ein wirkungsvolles Instrument zur Eindämmung weltweit begangener Völkerrechtsverbrechen ist oder ob er wie die bisherigen *ad hoc* – Gerichtshöfe lediglich dann effektiv tätig werden kann, wenn dies politisch erwünscht ist, wird im Wesentlichen von den Fällen abhängen, die bei ihm anhängig gemacht werden. Deshalb sind die Verfahrenseinleitung und insbesondere die Rolle des Anklägers in diesem Zusammenhang für den Erfolg des IStGHs von entscheidender Bedeutung. Denn der Ankläger ist neben der Vorverfahrenskammer des Gerichts der einzige an der Verfahrenseinleitung beteiligte Akteur, der unabhängig und frei von politischen Interessen handeln muss (Art. 42 Abs. 1 S. 1 RS). Bei der Verfahrenseinleitung spielt er deshalb eine wichtige Rolle, da er Ermittlungen wegen Völkerrechtsverbrechen sowohl auf eigene Initiative einleiten kann, als auch bei den sonstigen Möglichkeiten der Verfahrenseinleitung mitwirkt.

Im Fall des Nichtvertragsstaats Sudan ist zunächst festzustellen, dass die Ermittlungen nicht etwa auf Grund einer eigenen Initiative des Anklägers eingeleitet wurden, sondern dass der Ankläger auf Grund der Überweisung der Situation durch den Sicherheitsrat der Vereinten Nationen tätig geworden ist. Die Verfahrenseinleitung bestimmt sich also nach Art. 13 lit. b RS, der einen Beschluss des Sicherheitsrats nach Kapitel VII SVN<sup>14</sup> voraussetzt. Im Gegensatz zu den anderen beiden *trigger mechanisms* kann der Sicherheitsrat auch Situationen an den IStGH verweisen, die einen Nichtvertragsstaat betreffen.<sup>15</sup> Dies ergibt sich bereits aus einem Umkehrschluss aus Art. 12 Abs. 2 RS, der bei einer Überweisung durch den Sicherheitsrat nach Art. 13 lit. b RS auf das Kriterium der Mitgliedschaft des betroffenen Staates verzichtet. Dieser Aspekt stellt jedoch keine vollständige Innovation im Völkerstrafrecht dar, da der Sicherheitsrat schon nach Art. 41 SVN befugt ist, sogar neue internationale Strafgerichte ohne Zustimmung des betroffenen Staates zu schaffen.<sup>16</sup> Der Einwand der sudanesischen Regierung, der IStGH habe keine Gerichtsbarkeit, da der Sudan kein Vertragsstaat sei,<sup>17</sup> ist somit unbegründet.

### III. Die Sicherheitsratsresolution 1593/2005

Die Überweisung an den IStGH ist im Sicherheitsrat am 31. März 2005 mit elf Stimmen bei vier Enthaltungen durch die Resolution 1593 beschlossen worden.<sup>18</sup> Die Resolution enthält neben der Überweisung an den IStGH im Wesentlichen Regelungen über die Zusammenarbeit zwischen IStGH, der sudanesischen Regierung, IStGH-Vertragsstaaten und Nichtvertragsstaaten, der Afrikanischen Union sowie den Vereinten Nationen, wobei auch Bezug auf ergänzende Mechanismen wie Wahrheits- und Versöhnungskommissionen und die nationale Strafverfolgung genommen wird. Zudem wurden Staatsangehörige von Nichtvertragsstaaten, die an Einsätzen der Vereinten Nationen und der Afrikanischen Union im Sudan beteiligt sind oder waren, von der Strafverfolgung durch den IStGH ausgenommen. Sie unterliegen ausschließlich der Gerichtsbarkeit ihres Heimatstaates. Letztere Regelung ist vor allem auf Initiative der USA entstanden,<sup>19</sup> da der IStGH durch die Überweisung erstmals rechtlich in die Lage versetzt wurde, Ermittlungen in einem Nichtvertragsstaat gegen Angehörige eines anderen Nichtvertragsstaates zu führen. Die USA befürchteten, dass sonst auch US-Bürger von Ermittlungen betroffen sein könnten.

Für den IStGH bedeutet die Überweisung zwar internationale Anerkennung als geeignetes Instrument zur Strafverfolgung und Konfliktaufarbeitung, allerdings erweisen sich die Ermittlungen in einem Nichtvertragsstaat wie dem Sudan als schwierig, da der Ankläger stark von der Kooperation der Behörden vor Ort abhängig ist. Die mangelnde Zusammenarbeit mit den sudanesischen Behörden ist darauf zurückzuführen, dass im vorliegenden Fall mit *Al Bashir* und *Harun* auch zwei amtierende Mitglieder der sudanesischen Regierung verdächtigt werden, für Völkerrechtsverbrechen verantwortlich zu sein. Die sudanesische Regierung war im Jahr 2003 gegen Rebellen einer schwarzafrikanischen Minderheit aus der Region Darfur vorgegangen, indem sie u. a. Teile der arabischen Stämme bewaffnete (sog. *Janjaweed*-Milizen). Vor allem diesen wird vorgeworfen, mit Duldung und Unterstützung der sudanesischen Regierung Völkerrechtsverbrechen gegen die schwarzafrikanische Zivilbevölkerung in Darfur begangen zu haben. Insbesondere ist in einem Bericht der Untersuchungskommission der Vereinten Nationen vom 25. Januar 2005 von Massenerschießungen und Massenvergewaltigungen die Rede.<sup>20</sup> Danach sind 180.000 Menschen an den Folgen des Konflikts ums Leben gekommen. Seit diesem Bericht ist nach UN-Angaben die Zahl der Todesopfer auf 300.000 angestiegen, mehr als zwei Millionen Menschen flüchteten oder wurden vertrieben.<sup>21</sup>

(2003), Vor III 26, Rdn. 18; *Fernández de Gurmendi*, in: Lee, *The International Criminal Court* (Fn. 10), 175, 180.

<sup>13</sup> *Ambos*, *Internationales Strafrecht* (Fn. 7), § 8, Rdn. 10; *Kreß*, in: *Grützner/Pötz*, *Internationaler Rechtshilfeverkehr in Strafsachen* (Fn. 12), Vor III 26, Rdn. 18.

<sup>14</sup> Satzung der Vereinten Nationen.

<sup>15</sup> *Ambos* NJW 1998, 3743, 3744; *Hecker*, *Europäisches Strafrecht*, 2. Aufl. (2007), § 2, Rn. 88.

<sup>16</sup> ICTY Appeals Chamber, *Tadić*, Urt. vom 02.10.1995, para. 28 ff., <http://www.un.org/icty/tadic/appeal/decision-e/51002.htm>; *Satzger*, *Internationales und Europäisches Strafrecht: Strafanwendungsrecht, europäisches Straf- und Strafverfahrensrecht, Völkerstrafrecht*, 2. Aufl. (2008), § 12, Rdn. 27f.

<sup>17</sup> *Präsident Al Bashir* zitiert in der FAZ Nr. 164 vom 16.07.08, S. 5.

<sup>18</sup> S/RES/1593 (2005), <http://www.un.org/Docs/sc/unscreolutions05.htm> (zuletzt abgerufen am 21.07.2008).

<sup>19</sup> *Ambos*, *Internationales Strafrecht* (Fn. 7), § 6, Rdn. 57.

<sup>20</sup> Report of the International Commission of Inquiry on Darfur to the United Nations Secretary-General, [http://www.un.org/News/dh/sudan/com\\_inq\\_darfur.pdf](http://www.un.org/News/dh/sudan/com_inq_darfur.pdf) (zuletzt abgerufen am: 21.07.2008).

<sup>21</sup> Zitiert nach SZ, <http://www.sueddeutsche.de/ausland/artikel/298/185712>

## IV. Einstellungsmöglichkeiten des Anklägers

Eine Überweisung des Sicherheitsrats führt jedoch nicht automatisch zur Einleitung von Ermittlungen. Wie auch bei einer Überweisung durch einen Mitgliedstaat kann der Ankläger unter bestimmten Voraussetzungen ein Tätigwerden ablehnen. Diese Voraussetzungen sind im Wesentlichen in Art. 53 Abs. 1 RS geregelt. Bei seiner Entscheidung ein Verfahren einzustellen stehen dem Ankläger gemäß Art. 53 Abs. 1 lit. a bis c RS drei Ablehnungsgründe zur Verfügung: Fehlende Gerichtsbarkeit (Art. 53 Abs. 1 lit. a RS), Unzulässigkeit (Art. 53 Abs. 1 lit. b RS) sowie Opportunitätsgründe (Art. 53 Abs. 1 lit. c RS).

### 1. Fehlende Gerichtsbarkeit

Nach Art. 53 Abs. 1 lit. a RS kann der Ankläger die Aufnahme eines Ermittlungsverfahrens ablehnen, wenn die ihm vorgelegten Informationen keine hinreichenden Verdachtsgründe bieten, dass ein Verbrechen, welches der Gerichtsbarkeit des IStGHs unterliegt, begangen wurde. Die Gerichtsbarkeit im Sinne des Statuts umfasst neben der Gerichtsbarkeit im eigentlichen Sinne auch die Zuständigkeit.<sup>22</sup> Die für die Auslegung nach Art. 128 RS unter anderem maßgebliche englische Version spricht nämlich von „jurisdiction“. Darunter werden die im deutschen Prozessrecht zu trennenden Begriffe der Gerichtsbarkeit und der Zuständigkeit verstanden.<sup>23</sup> Der Ankläger hat also bei seiner Entscheidung nach Art. 53 Abs. 1 lit. a RS beides vollumfänglich zu prüfen. Art. 11 RS regelt die Gerichtsbarkeit in zeitlicher Hinsicht. Die meisten Konfliktsituationen, in denen der Ankläger ermittelt, dauern schon etliche Jahre an. Der Ankläger darf jedoch nach Art. 11 RS nur wegen solcher Verbrechen ermitteln, die nach Inkrafttreten des Römischen Statuts am 1. Juli 2002 begangen worden sind.

Art. 12 Abs. 1 RS bestimmt die Zuständigkeit des IStGHs für die in Art. 5 RS aufgeführten Verbrechen, die ihm von den Vertragsstaaten durch ihren Beitritt unmittelbar übertragen wurde.<sup>24</sup> Grundsätzlich wird die Gerichtsbarkeit des IStGH durch das Territorialitätsprinzip und das aktive Personalitätsprinzip beschränkt (Art. 12 Abs. 2 RS). Nach dem Territorialitätsprinzip wird die Gerichtsbarkeit des IStGHs regelmäßig nur dann begründet, wenn der Tatortstaat Vertragspartei ist (Art. 12 Abs. 2 lit. a RS). Das aktive Personalitätsprinzip nach Art. 12 Abs. 2 lit. b RS begründet die Zuständigkeit des IStGHs auch dann, wenn der Beschuldigte die Staatsangehörigkeit eines Mitgliedsstaats hat. Da bei der Entscheidung des Anklägers, Ermittlungen durchzuführen, meist noch

kein konkreter Beschuldigter feststeht, wird sich seine Entscheidung regelmäßig auf Art. 12 Abs. 2 lit. a RS stützen. Art. 12 Abs. 2 RS gilt jedoch nicht, wenn wie im Fall Sudans der Sicherheitsrat eine Situation an den IStGH verweist, da Art. 12 Abs. 2 RS nur auf Art. 13 lit. a und c RS verweist. Auch kann ein Nichtvertragsstaat, für den die Voraussetzungen nach Art. 12 Abs. 2 RS vorliegen, die Gerichtsbarkeit des IStGHs durch eine *ad hoc* – Erklärung nach Art. 12 Abs. 3 RS auslösen. Weitere Beschränkungen der Gerichtsbarkeit sind in Art. 20 RS (*ne bis in idem*)<sup>25</sup> und in Art. 26 RS (Altersbeschränkung) aufgeführt.

### 2. Unzulässigkeit

Nach Art. 53 Abs. 1 lit. b RS kann der Ankläger eine Ermittlung ablehnen, wenn die Sache nach Art. 17 RS nicht zulässig ist oder wäre. Art. 17 RS enthält das Komplementaritätsprinzip. Dieses stellt einen entscheidenden Unterschied zu den *ad hoc* – Tribunalen dar und betrifft die Frage, ob ein Verfahren deshalb nicht zulässig ist, weil ein Staat bereits vorrangig tätig geworden ist.<sup>26</sup> Der IStGH wird im Gegensatz zu den *ad hoc* – Tribunalen nämlich nur subsidiär tätig.<sup>27</sup> Primär sollen die Staaten die in Art. 5 RS normierten Verbrechen eigenständig verfolgen. Ein Verfahren vor dem IStGH ist nämlich nur dann zulässig, wenn der Staat, in dessen Gerichtsbarkeit das Völkerrechtsverbrechen fällt, nicht willens oder in der Lage ist, das jeweilige Verbrechen selbst zu verfolgen (Art. 17 RS). Deshalb wurde zum Beispiel in Deutschland das Völkerstrafgesetzbuch erlassen, welches am 20. Juni 2002 in Kraft getreten ist.<sup>28</sup> Dazu besteht zwar nach dem Statut keine Verpflichtung, allerdings gab es in Deutschland bis dahin fast<sup>29</sup> keine Normierung spezieller völkerstrafrechtlicher Tatbestände.<sup>30</sup> Das Römische Statut selbst hat als völkerrechtlicher Vertrag keine unmittelbare innerstaatliche Wirkung (Art. 59 Abs. 2 GG). Einige Völkerrechtsverbrechen iSd Statuts hätten also auf Grund des Bestimmtheitsgebots des Art. 103 Abs. 2 GG nicht verfolgt werden können, was nach dem Komplementaritätsprinzip die Zulässigkeit von Verfahren vor dem IStGH begründet hätte.<sup>31</sup>

<sup>25</sup> Schomburg/Nemitz, in: Schomburg/Lagodny/Gleiß/Hackner, Internationale Rechtshilfe in Strafsachen – International Cooperation in Criminal Matters, Kommentar zum Gesetz über die internationale Rechtshilfe in Strafsachen, 4. Aufl. (2006), S. 1728, VI, Rdn. 18ff.

<sup>26</sup> Ambos, Internationales Strafrecht (Fn. 7), § 8, Rdn. 15; Delmas-Marty, JICJ 2006, S. 2 (4); Hoffmeister/Knoke ZaöRV 1999, 785, 797; Schabas, Introduction to the International Criminal Court (Fn. 11), S. 85.

<sup>27</sup> Ambos NJW 1998, 3743, 3744.

<sup>28</sup> BGBl. I 2002, 2254.

<sup>29</sup> Ausnahme: § 220a StGB a. F. (Völkermord).

<sup>30</sup> Hecker, Europäisches Strafrecht (Fn. 15), § 2 Rdn. 92; Satzger, Internationales und Europäisches Strafrecht (Fn. 16), § 16 Rdn. 7ff.

<sup>31</sup> Hecker, Europäisches Strafrecht (Fn. 15), § 2 Rdn. 92; Engelhart JURA 2004, 734, 742; Blanke/Molitor, Archiv des Völkerrechts 2001, 143, 165; Satzger, Internationales und Europäisches Strafrecht (Fn. 16), § 16, Rdn. 12.

/ (Erscheinungsdatum: 14.07.08/ zuletzt abgerufen am: 17.07.08).

<sup>22</sup> Bruer-Schäfer, Der Internationale Strafgerichtshof – Die Internationale Strafgerichtsbarkeit im Spannungsfeld von Recht und Politik (2001), S. 241.

<sup>23</sup> Bruer-Schäfer, Der Internationale Strafgerichtshof (Fn. 22), S. 241.

<sup>24</sup> Bruer-Schäfer, Der Internationale Strafgerichtshof (Fn. 22), S. 241.

Der IStGH hat also anders als die *ad hoc* – Tribunale keine vorrangige Zuständigkeit.<sup>32</sup> Vielmehr hängt es von der Effizienz und der Effektivität der nationalen Strafverfolgung ab, ob der IStGH einen Fall an sich ziehen kann.<sup>33</sup> Ein Mangel an Effizienz bzw. Effektivität liegt nicht nur dann vor, wenn auf nationaler Ebene keine völkerstrafrechtlichen Normen existieren, sondern auch dann, wenn Scheinprozesse geführt werden, die mit deutlich unangemessen niedrigen Strafen enden oder wenn der Staat keine Strafverfolgung durchführen kann, weil etwa das Justizsystem völlig zusammengebrochen ist.<sup>34</sup> Daneben enthält Art. 17 RS als Zulässigkeitsvoraussetzungen die Schwere der Sache (Art. 17 Abs. 1 lit. d RS) und das Verbot der Doppelbestrafung (Art. 17 Abs. 1 lit. c RS).

Ob diese Kriterien erfüllt sind, entscheidet der IStGH, er hat also selbst die Prüfungskompetenz über seine Zuständigkeit.<sup>35</sup> In der Praxis werden Zulässigkeitsfragen in der Regel dann eine Rolle spielen, wenn der Ankläger auf Grund eines Verweises des Sicherheitsrats oder von Amts wegen tätig geworden ist, da ein verweisender Tatortstaat im Regelfall die Zulässigkeit nicht bestreiten wird. Allerdings sind auch dann Konstellationen denkbar, in denen ein Beschuldigter gegen die Zulässigkeit vorgehen will, was nach Art. 19 Abs. 2 lit. a RS möglich ist. Auch kann ein Ermittlungsverfahren, welches auf Grund einer Überweisung durch einen Mitgliedstaat angestrengt wurde, Auswirkungen auf andere Staaten haben. Diese können dann Einwände gegen die Zulässigkeit vorbringen, wenn ihnen nach dem aktiven Personalitäts- oder Territorialitätsprinzip die Gerichtsbarkeit zusteht, soweit sie Vertragsstaaten sind oder nach Art. 12 Abs. 3 RS die Gerichtsbarkeit des IStGHs anerkannt haben (Art. 19 Abs. 2 lit. b, c RS).

Bisher hat lediglich der Sudan Einwände gegen die Zulässigkeit des vom Sicherheitsrat initiierten Ermittlungsverfahrens vorgebracht, jedoch von seinem Anfechtungsrecht nach Art. 19 RS nicht Gebrauch gemacht. Dabei hat sich die sudanesishe Regierung auf das Komplementaritätsprinzip berufen. Der Sudan hat nämlich drei Spezialgerichte und ein Berufungsgericht eingerichtet, die Straftaten des Konflikts verfolgen sollen.<sup>36</sup> Nach Angaben der Sonderberichterstatterin der Vereinten Nationen über die Menschenrechtssituation im Sudan *Simar Samar* ist die Strafverfolgung jedoch lückenhaft.<sup>37</sup> Bislang soll es ledig-

lich in kleineren, unbedeutenden Fällen zu Verurteilungen gekommen sein.<sup>38</sup>

### 3. Opportunitätsgründe

Nach Art. 53 Abs. 1 lit. c RS leitet der Ankläger kein Ermittlungsverfahren ein, wenn die Durchführung von Ermittlungen nicht im „Interesse der Gerechtigkeit“ liegt. Diese Vorschrift überrascht zunächst, da auf Grund der Schwere der nach dem Römischen Statut strafbaren Verbrechen grundsätzlich wie im deutschen Strafprozessrecht das Legalitätsprinzip gilt. Dieses wird jedoch auch im Verfahren vor dem IStGH durch das Opportunitätsprinzip eingeschränkt.<sup>39</sup> Diese Einschränkung erklärt sich schon allein daraus, dass auf Grund der weiten Zuständigkeit des Gerichts eine reine Anwendung des Legalitätsprinzips schon aus Kapazitätsgründen nicht realisiert werden kann.<sup>40</sup> Bei der Entscheidung nach Art. 53 Abs. 1 lit. c RS sind die Schwere des Verbrechens sowie die Interessen der Opfer zu berücksichtigen. Insbesondere das Kriterium der Schwere des Verbrechens verwundert, da nach dem Römischen Statut ohnehin nur schwerste Völkerrechtsverbrechen strafbar sind. Da der Ankläger in diesem Verfahrensstadium noch in Situationen und nicht gegen einzelne Beschuldigte ermittelt, kann jedoch nicht, wie etwa im deutschen Strafprozessrecht im Rahmen von Einstellungen von Verfahren (§ 153 Abs. 1 StPO) die geringe Schuld des Beschuldigten Kriterium für eine Nichtverfolgung sein. In diesem Verfahrensstadium steht in der Regel noch kein potentieller Täter fest, so dass nur die Schwere des Verbrechens beurteilt werden kann und deshalb das einzige mögliche tatbezogene Kriterium darstellt. Weiteres Kriterium für eine Opportunitätsentscheidung sind die Interessen der Opfer. Es ist möglich, dass die Sicherheit von Opfern, die möglicherweise als Zeugen aussagen könnten, auf Grund der unsicheren Lage in einem Tatortstaat nicht gewährleistet werden kann. In der Krisenregion Darfur finden z. B. keine Ermittlungen vor Ort statt, da trotz bestehender Zeugenschutzprogramme die Gefahr besteht, dass Zeugen oder ihre Angehörige ermordet werden, wenn sie bei den Ermittlern aussagen.<sup>41</sup> In diesem Fall wird zwar versucht, etwa durch Vernehmung von Flüchtlingen, außerhalb Darfurs Beweise zu sammeln, allerdings kann eine solche Gefährdungslage auch dazu führen, dass nach Art. 53 Abs. 1 lit. c RS überhaupt keine Ermittlungen aufgenommen werden.

Eine Einstellung aus friedenspolitischen Gründen befindet sich nicht unter den Einstellungsmöglichkeiten. Fraglich ist deshalb, ob dem Ankläger bei der Entscheidung, ein Ermittlungsverfahren zu eröffnen, über die Opportu-

<sup>32</sup> Hecker, Europäisches Strafrecht (Fn. 15), § 2 Rdn. 89; Engelhart, JURA 2004, 734, 742; Blanke/Molitor Archiv des Völkerrechts 2001, 143, 165; Satzger, Internationales und Europäisches Strafrecht (Fn. 16), § 16, Rdn. 12.

<sup>33</sup> Kaul ZIS 2007, 494; Ambos NJW 1998, 3743, 3744.

<sup>34</sup> Hecker, Europäisches Strafrecht (Fn. 15), § 2 Rdn. 89; Satzger, Internationales und Europäisches Strafrecht (Fn. 16), § 13 Rdn. 17f.

<sup>35</sup> Hecker, Europäisches Strafrecht (Fn. 15), § 2 Rdn. 89; teilweise wird dabei auch von Kompetenz-Kompetenz gesprochen, da der IStGH insoweit die Kompetenz hat, über seine eigene Kompetenz zu entscheiden, z. B. Satzger, Internationales und Europäisches Strafrecht (Fn. 16), § 13 Rdn. 21.

<sup>36</sup> Rubin, New York Times Magazin vom 2. April 2006, <http://www.nytimes.com/2006/04/02/magazine/02darfur.html?ex=1144641600&en=58> (zuletzt abgerufen am: 21.07.2008).

<sup>37</sup> UN Special Rapporteur on the Situation of Human Rights in Sudan *Simar Samar*, Pressekonferenz am 10. März 2008,

<http://www.unmis.org/english/2008Docs/PR05.pdf> (zuletzt abgerufen am 21.07.2008.)

<sup>38</sup> Rubin, New York Times Magazin vom 2. April 2006 (Fn. 36).

<sup>39</sup> Dahm/Delbrück/Wolfrum, Völkerrecht – Bd. I/3, Die Formen des völkerrechtlichen Handelns. Die inhaltliche Ordnung der internationalen Gemeinschaft, 2. Aufl. 2002, S. 1147.

<sup>40</sup> Kreß, in: Grütznert/Pötz, Internationaler Rechtshilfeverkehr in Strafsachen (Fn. 12), Vor III 26, Rdn. 100; Röben Max Planck UNYB 2003, 513, 524.

<sup>41</sup> *Moreno Ocampo* in der Berliner Zeitung vom 01.06.06.

nitätsentscheidung hinaus ein Ermessensspielraum eingeräumt wird. Im deutschen Strafprozessrecht wird ein solches Ermessen auf Grund des Legalitätsprinzips verneint.<sup>42</sup> Dieser Ansatz kann nicht ohne Weiteres auf das Römische Statut übertragen werden, da dieses als internationales Strafverfahrensrecht eine Mischung aus inquisitorischen und kontradiktorischen Elementen beinhaltet.<sup>43</sup> Im Gegensatz zum deutschen Strafprozessrecht hat der Ankläger in kontradiktorischen Rechtssystemen ein weites Ermessen, welche Straftaten er verfolgt.<sup>44</sup> Ein Ermessensspielraum ist allerdings nicht ausdrücklich normiert. Die in Art. 53 Abs. 1 lit. a – c RS erfolgte Katalogisierung der Einstellungsgründe lässt vielmehr darauf schließen, dass diese abschließend zu verstehen sind, und der Ankläger hinsichtlich der Einstellung von Verfahren kein weiteres Ermessen hat. Dafür spricht auch der Zweck des Statuts,<sup>45</sup> schwerste Völkerrechtsverbrechen nicht unverfolgt zu lassen; nur in den engen Ausnahmefällen des Art. 53 RS soll eine Einstellung möglich sein. Dies lässt den Schluss zu, dass der Ankläger das Ermittlungsverfahren einleiten muss, wenn keine Einstellungsgründe vorliegen.<sup>46</sup> Gegen eine Einstellung insbesondere aus friedenspolitischen Gründen spricht auch, dass der Ankläger unabhängig und nur dem Statut unterworfen sein und gerade keine politischen Entscheidungen treffen sollte. Ansonsten bestünde tatsächlich die Gefahr, dass der Ankläger und der IStGH seine Neutralität und damit seine Glaubwürdigkeit verlören und zum politischen Akteur werden würden. Es kann also festgestellt werden, dass der Ankläger nach einer Überweisung des Sicherheitsrats (wie im Fall Sudan) oder eines Vertragsstaates tatsächlich zur Aufnahme von Ermittlungen verpflichtet ist, soweit hinreichende Verdachtsmomente dafür vorliegen, dass der IStGH die Gerichtsbarkeit über die Sache hat und diese nicht unzulässig ist. Eine Einstellung ist ansonsten nur aus den abschließend geregelten Opportunitätsgründen möglich. Der Ankläger war also im Fall Sudan dazu verpflichtet, ein Ermittlungsverfahren einzuleiten.

## V. Gerichtliche Überprüfbarkeit der Einstellung

Bei Ablehnung der Eröffnung des Ermittlungsverfahrens durch den Ankläger nach Art. 53 Abs. 1 RS kann der verweisende Sicherheitsrat wie auch der verweisende Vertragsstaat gemäß Art. 53 Abs. 3 lit. a RS einen Antrag auf Überprüfung der ablehnenden Entscheidung bei der Vorverfahrenskammer stellen.<sup>47</sup> Kommt die Vorverfahrenskammer zu dem Schluss, die Entscheidung des Anklägers sei rechtswidrig, kann sie den Ankläger ersuchen,

<sup>42</sup> Schoreit, in: Pfeiffer, *Karlsruher Kommentar zur Strafprozessordnung und das Gerichtsverfassungsgesetz*, 5. Aufl. (2004), § 152 StPO, Rdn. 13; Beulke, in: Löwe-Rosenberg, *Die Strafprozessordnung und das Gerichtsverfassungsgesetz*, Band 5, 26. Aufl. (2008), § 152 StPO, Rdn. 10, 28, 33.

<sup>43</sup> Schröder, in: Vitzthum, *Völkerrecht*, 4. Aufl. (2007), S. 563, 7. Abschnitt, Rdn. 54.

<sup>44</sup> *Wilhelmi* IRP Nr. 24 (2004), 7, 17.

<sup>45</sup> Vgl. etwa Erwägungsgrund 5 der Präambel des RS.

<sup>46</sup> *Wilhelmi* IRP Nr. 24 (2004), 7, 48.

<sup>47</sup> Kreß, in: Grützner/Pötzt, *Internationaler Rechtshilfeverkehr in Strafsachen* (Fn. 12), Vor III 26, Rdn. 101; Röben *Max Planck UNYB* 7 (2003), 513, 541.

seine Entscheidung zu überprüfen. Bezüglich der Rechtsfolgen der Entscheidung der Vorverfahrenskammer ist zu differenzieren, aus welchem Grund der Ankläger die Einleitungen von Ermittlungen abgelehnt hat.

## 1. Einstellung wegen fehlender Gerichtsbarkeit oder Unzulässigkeit

Lehnt der Ankläger nach Überprüfung seiner Entscheidung weiterhin ab, ein Ermittlungsverfahren zu eröffnen, weil keine hinreichenden Verdachtsgründe bestehen, dass eines der Gerichtsbarkeit des IStGHs unterliegendes Verbrechen begangen wurde (Art. 53 Abs. 1 lit. a RS) oder weil die Sache unzulässig ist oder wäre (Art. 53 Abs. 1 lit. b iVm. Art. 17 RS), so kann seine Entscheidung nicht gerichtlich ersetzt werden.<sup>48</sup> Dafür spricht eine Auslegung unter Heranziehung von Rule 108 Nr. 3 der Verfahrensordnung des IStGH, die von „final decision“ des Anklägers spricht. Teilweise wird zwar vertreten, dass die Vorverfahrenskammer den Ankläger zu weiteren Ermittlungen verpflichten könne,<sup>49</sup> allerdings spricht der systematische Vergleich mit Art. 54 Abs. 3 lit. b RS, der ausdrücklich eine solche Befugnis für den Ablehnungsgrund aus Art. 53 Abs. 1 lit. c RS normiert, gegen eine solche Verpflichtungsbefugnis.<sup>50</sup> Es gibt also im Römischen Statut auch für die Mitgliedstaaten und den Sicherheitsrat grundsätzlich kein Klageerzwingungsverfahren wie etwa im deutschen Strafprozessrecht nach den §§ 172 ff. StPO. Diese starke Stellung des Anklägers bei der Entscheidung, ein Verfahren einzustellen, überrascht zunächst. Allerdings ist dies Ausdruck der Unabhängigkeit der Anklagebehörde nach Art. 42 Abs. 1 S. 1 RS,<sup>51</sup> wie sie vor allem in kontradiktorisch gestalteten Strafverfahrensrechtsordnungen üblich ist, in denen kaum Rechtsmittel gegen die Entscheidungen der Anklagebehörde möglich sind.<sup>52</sup> Der Ankläger kann jedoch seine Entscheidung auf eigene Initiative hin jederzeit überprüfen, wenn sich neue Informationen ergeben (Art. 53 Abs. 4 RS).

## 2. Einstellung aus Opportunitätsgründen

Die Eröffnung des Ermittlungsverfahrens kann nur dann durch einen Antrag bei der Vorverfahrenskammer erzwungen werden, wenn der Ankläger kein Ermittlungsverfahren eröffnet hat, weil nach seiner Ansicht die Durchführung von Ermittlungen nicht im Interesse der

<sup>48</sup> Kreß, in: Grützner/Pötzt, *Internationaler Rechtshilfeverkehr in Strafsachen* (Fn. 12), Vor III 26, Rdn. 101; *Friman*, in: Lee, *The International Criminal Court* (Fn. 10), S. 500; *Bergsmo/Kruger*, in: Triffterer, *Commentary on the Rome Statute of the International Criminal Court – Observers' Notes, Article by Article*, 2. Aufl. (2008), Art. 53 RS, Rdn. 35; *Turone*, in: Cassese/Gaeta/Jones, *The Rome Statute of the International Criminal Court: A Commentary*, Vol. II (2002), 1137, 1157.

<sup>49</sup> *Fourmy*, in: Cassese/Gaeta/Jones, *The Rome Statute of the International Criminal Court* (Fn. 48), 1207, 1217.

<sup>50</sup> Kreß, in: Grützner/Pötzt, *Internationaler Rechtshilfeverkehr in Strafsachen* (Fn. 12), Vor III 26, Rdn. 101.

<sup>51</sup> *Bergsmo/Kruger*, in: Triffterer, *Commentary on the Rome Statute of the International Criminal Court* (Fn. 49), Art. 53 RS, Rdn. 35.

<sup>52</sup> *Wilhelmi* IRP Nr. 24 (2004), 7, 17.

Gerechtigkeit liegt (Art. 53 Abs. 1 lit. c RS). In diesem Fall kann die Vorverfahrenskammer auch ohne Antrag des verweisenden Staats bzw. des Sicherheitsrats die Entscheidung der Anklagebehörde aufheben und diese so zur Aufnahme von Ermittlungen verpflichten.<sup>53</sup> Dieser Eingriff in die Unabhängigkeit der Anklagebehörde nach Art. 42 Abs. 1 S. 1 RS ist letztlich wiederum Ausdruck des Legalitätsprinzips. Letzteres ist nicht nur dem Einfluss der Vertragsstaaten mit inquisitorischen Strafverfahrensrechtsordnungen geschuldet, sondern auch eine Folge der schweren und im öffentlichen Interesse liegenden Delikte, die vor dem IStGH verfolgt werden.<sup>54</sup> Würde der Ankläger im Fall Sudan dem öffentlichen Druck nachgeben und die Ermittlungen aus friedenspolitischen Erwägungen einstellen, dann könnte ihn die Vorverfahrenskammer zur Weiterführung der Ermittlungen verpflichten.

## VI. Übergang in das Ermittlungsverfahren

Kommt der Ankläger zu dem Schluss, dass keiner der Einstellungsgründe nach Art. 53 Abs. 1 lit. a bis c RS vorliegt, leitet er bei hinreichenden Verdachtsmomenten das Ermittlungsverfahren ein. Der Übergang ins Ermittlungsverfahren erfolgt durch Beschluss. Dies geht zwar nicht ausdrücklich aus Art. 53 Abs. 1 RS hervor, allerdings setzt Art. 18 Abs. 1 RS, wonach der Ankläger „feststellt“, dass ein Ermittlungsverfahren eingeleitet wird, einen Beschluss voraus.<sup>55</sup> Ein solcher Beschluss hat zum einen die Folge, dass der Ankläger von seinen Befugnissen nach Art. 54 RS Gebrauch machen kann. Er kann zum Beispiel Ermittlungen auf dem Territorium des Tatortstaates durchführen oder auch Haftbefehle gegen einzelne Beschuldigte beantragen (Art. 58 RS). Zum anderen hat der Ermittlungsbeschluss zur Folge, dass der Ankläger an die in Art. 54 RS statuierten Pflichten gebunden ist und die Rechte von Personen gemäß Art. 55 RS im Ermittlungsverfahren beachten muss. Zudem hat der Ankläger im Falle der Unterbreitung durch einen Vertragsstaat eine Informationspflicht gegenüber denjenigen Staaten, die im Regelfall die Gerichtsbarkeit über die betreffenden Verbrechen ausüben würden. Außerdem kann der Sicherheitsrat nach dem Übergang in das Ermittlungsverfahren von seiner Befugnis nach Art. 16 RS Gebrauch machen, eine Ermittlung bzw. eine Strafverfolgung zu suspendieren.<sup>56</sup>

### 1. Gerichtliche Überprüfbarkeit des Ermittlungsbeschlusses

Problematisch ist, ob dieser Beschluss einer gerichtlichen Kontrolle unterliegt. Klarheit herrscht insoweit, als der Ankläger im Gegensatz zu einer Verfahrenseinleitung

von Amts wegen keiner Genehmigung der Vorverfahrenskammer bedarf (vgl. Art. 15 Abs. 3 – 5). Grundsätzlich kann nach Art. 19 RS die Zulässigkeit und die Gerichtsbarkeit jedoch angefochten werden. Anfechtungsbefugt sind nach Art. 19 Abs. 2 RS der Angeklagte und Personen, gegen die Haftbefehle oder Ladungen ergangen sind, sowie Staaten, die die Gerichtsbarkeit nach dem aktiven Personalitäts- oder Territorialitätsprinzip über eine Sache besitzen.<sup>57</sup> Ebenso kann der Gerichtshof gemäß Art. 19 Abs. 1 S. 2 RS aus eigener Initiative über die Zulässigkeit einer Sache nach Art. 17 RS entscheiden.

Umstritten ist in diesem Zusammenhang, ob schon der Ermittlungsbeschluss Gegenstand einer Anfechtung nach Art. 19 RS sein kann. Dem Wortlaut des Art. 19 Abs. 1 S. 1 RS zufolge kann eine Anfechtung erfolgen, sobald die Sache „anhängig“ ist. Fraglich ist also, ob die Sache durch den Ermittlungsbeschluss des Anklägers anhängig wird, so dass die Gerichtsbarkeit und die Zulässigkeit angefochten werden können. Im deutschen Strafprozessrecht wird die Sache erst dann anhängig, wenn die Staatsanwaltschaft Anklage erhebt, so dass das Gericht mit der Sache befasst wird.<sup>58</sup> Überträgt man diese Rechtslage auf das Römische Statut, würde dies bedeuten, dass zu diesem Zeitpunkt über den Ermittlungsbeschluss keine gerichtliche Kontrolle stattfände. Allerdings findet eine solche Auffassung keine Stütze in der für die Auslegung nach Art. 128 RS u. a. maßgeblichen englischen Fassung des Statuts, in der in Art. 19 Abs. 1 RS der Passus über die Anhängigkeit fehlt. Auch Art. 19 Abs. 4 RS gibt keinen Aufschluss. Darin wird lediglich festgestellt, dass die Anfechtung auch vor dem Hauptverfahren erfolgen kann. Die frühe systematische Verortung der Vorschrift im Teil „Allgemeine Grundsätze des Strafrechts“ spricht vielmehr für eine allgemeine Anwendbarkeit des Art. 19 RS auf alle Verfahrensschritte, also auch auf den Ermittlungsbeschluss. Diese Ansicht wird von Art. 19 Abs. 5 RS gestützt, der vorschreibt, dass eine Anfechtung zum frühestmöglichen Zeitpunkt erfolgen soll. Darüber, wann dieser Zeitpunkt beginnt, sagt die Vorschrift jedoch nichts aus.

Gegen eine Anwendbarkeit des Art. 19 RS auf den Ermittlungsbeschluss spricht, dass ein ausdrückliches Genehmigungserfordernis wie bei der Verfahrenseinleitung von Amts wegen fehlt (vgl. Art. 15 RS). Insbesondere weil das Gericht auch auf eigene Initiative nach Art. 19 Abs. 1 S. 2 RS die Zulässigkeit überprüfen kann, würde dies einem Genehmigungserfordernis nahe kommen. Außerdem setzen Art. 19 VII und IX RS voraus, dass bereits Ermittlungen aufgenommen wurden.<sup>59</sup> Deshalb muss Art. 19 RS in einem Stadium zwischen Ermittlungsbeschluss und Anklageerhebung zur Anwendung kommen. In diesem Zusammenhang wird vorgeschlagen, dass eine Anfechtung erst dann erfolgen könne, wenn sich die Ermittlungen auf einen bestimmten Beschuldigten

<sup>53</sup> Cárdenas, Die Zulässigkeitsprüfung vor dem Internationalen Strafgerichtshof (Fn. 11), S. 30; Turone, in: Cassese/Gaeta/Jones, The Rome Statute of the International Criminal Court (Fn. 48), 1137, 1157; Fourmy, in: Cassese/Gaeta/Jones, The Rome Statute of the International Criminal Court (Fn. 48), 1207, 1217; Friman, in: Lee, The International Criminal Court (Fn. 10), S. 500.

<sup>54</sup> Wilhelmi IRP Nr. 24 (2004), 7, 49.

<sup>55</sup> Hoffmeister/Knoke ZaöRV 1999, 785, 803.

<sup>56</sup> Siehe unten VI 2.

<sup>57</sup> Der Sicherheitsrat ist nicht anfechtungsberechtigt, da ihm das wesentlich wirkungsvollere Instrumentarium des Art. 16 RS zur Verfügung steht.

<sup>58</sup> Schoreit, in: Pfeiffer, Karlsruher Kommentar zur Strafprozessordnung und das Gerichtsverfassungsgesetz (Fn. 42), § 151 StPO, Rdn. 6; Beulke, in: Löwe-Rosenberg, Die Strafprozessordnung und das Gerichtsverfassungsgesetz (Fn. 42), § 151 StPO, Rdn. 12.

<sup>59</sup> Hoffmeister/Knoke ZaöRV 1999, 785, 800.

ten konkretisiert haben. Dafür wird angeführt, dass Art. 19 RS von „Sache“ (*case*) und nicht von „Situation“ spricht, was voraussetze, dass sich die Ermittlungen auf einen Beschuldigten konkretisiert haben müssen.<sup>60</sup> Zudem sei eine Verpflichtung zur Überprüfung seiner Zuständigkeit und Gerichtsbarkeit zu diesem Verfahrensstadium der Effektivität des Gerichts abträglich.<sup>61</sup> Ebenfalls spricht für diese Auffassung, dass zumindest Art. 19 Abs. 2 lit. a RS von einer solchen Konkretisierung ausgeht. Im Fall Sudan wären daher sowohl der sudanesishe Staat nach Art. 19 Abs. 2 lit. b RS als auch die Beschuldigten *Ali Kushayb* und *Ahmad Harun* gemäß Art. 19 Abs. 2 lit. a RS anfechtungsbefugt. *Al Bashir* selbst wäre zwar nicht nach Art. 19 Abs. 2 lit. a RS anfechtungsbefugt, da das Gericht den beantragten Haftbefehl (noch) nicht erlassen hat. Allerdings könnte er die Unzulässigkeit als Staatsoberhaupt des Sudans nach Art. 19 Abs. 2 lit. b RS geltend machen, da sich durch die Beantragung des Haftbefehls die Ermittlungen bereits auf ihn als Beschuldigten konkretisiert haben. Eine offizielle Anfechtung ist trotz entsprechender Ankündigungen noch nicht erfolgt.<sup>62</sup>

## 2. Das Suspendierungsrecht des Sicherheitsrats der Vereinten Nationen

Viele Stimmen aus diplomatischen Kreisen befürchten, dass der Vorstoß des Anklägers, Haftbefehl gegen Präsident *Al Bashir* zu beantragen, die Bemühungen um Frieden in der Region unterlaufen könnte. In einem solchen Fall steht nach Art. 16 RS dem Sicherheitsrat die Möglichkeit offen, ohne Einschaltung der Vorverfahrenskammer gegen einen Ermittlungsbeschluss vorzugehen. Er kann gemäß Art. 16 RS mit einer Kapitel VII-Resolution, die nach Art. 39 SVN eine Bedrohung oder einen Bruch des Friedens voraussetzt, eine Einleitung von Ermittlungen für die Dauer von zwölf Monaten suspendieren.

Art. 16 RS ist auf den ersten Blick eine sehr ungewöhnliche Vorschrift, da sie einem politischen Gremium Einfluss auf ein gerichtliches Verfahren gewährt. Die Bestimmung legitimiert sich jedoch dadurch, dass dem Sicherheitsrat nach Art. 24 SVN die Hauptverantwortung für die Wahrung des Weltfriedens und der internationalen Sicherheit zukommt.<sup>63</sup> Zweck der Regelung ist es nämlich, ein Verfahren aus politischen Gründen aussetzen zu können, wenn etwa eine strafrechtliche Aufarbeitung eines Konfliktes einem Friedens- und Aussöhnungsprozess zuwiderläuft.<sup>64</sup> Die Regelung des Art. 16 RS war notwendig, da Sicherheitsratsresolutionen grundsätzlich nur für die Mitgliedstaaten der Vereinten Nationen bindend sind und nicht für andere internationale

Organisationen wie den IStGH.<sup>65</sup> Die genannte Bestimmung vermittelt somit die Bindungswirkung von Sicherheitsratsresolutionen, soweit die entsprechenden Voraussetzungen vorliegen.<sup>66</sup>

Art. 16 RS enthält neben einer Resolution des Sicherheitsrats nach Kapitel VII der Charta der Vereinten Nationen keine besonderen Voraussetzungen. Trotzdem hat es bei der Auslegung des Tatbestands schon heftige Kontroversen gegeben.<sup>67</sup> Anlass war die Sicherheitsratsresolution 1422/2002, in der der Sicherheitsrat auf Initiative der USA alle Amtsträger und Bediensteten eines Nichtvertragsstaats pauschal von jeder Strafverfolgung ausnahm, die an Operationen der Vereinten Nationen teilnahmen. Am 12. Juni 2003 wurde diese Resolution durch die Resolution 1487/2003 um weitere zwölf Monate verlängert. Im Juni 2004 gab es im Sicherheitsrat wieder Bestrebungen, die Resolution um weitere zwölf Monate zu verlängern. Ein entsprechender Antrag der USA wurde jedoch am 23. Juni 2004 zurückgezogen, um eine eventuelle Abstimmungsniederlage zu verhindern, da es sich abzeichnete, dass die anderen Sicherheitsratsmitglieder einer Verlängerung nicht zustimmen würden.<sup>68</sup>

Dabei existieren zwei Streitfragen, die sich teilweise überschneiden. Zum einen ist umstritten, ob für die Erfüllung der tatbestandlichen Voraussetzungen des Art. 16 RS ein bloßer Hinweis auf Kapitel VII SVN genügt oder ob der Sicherheitsrat zumindest eine Bedrohung des Friedens nach Art. 39 SVN feststellen muss, um eine Art. 16 RS-Resolution zu verabschieden. Zum anderen bestehen Kontroversen darüber, ob Art. 16 RS den Sicherheitsrat zu einer generellen Suspendierung der Strafverfolgung wie in Resolution 1422/2002 ermächtigt oder ob er über eine Suspendierung nur in Ansehung eines konkreten Konfliktes entscheiden kann.

### a) Erfordernis einer Bedrohung des Friedens nach Art. 39 SVN

Der Sicherheitsrat selbst scheint auf dem Standpunkt zu stehen, zumindest einer ausdrücklichen Feststellung einer Bedrohung des Friedens nach Art. 39 SVN bedürfe es nicht. In der Resolution 1422/2002 finden sich keine Erörterungen zum Vorliegen einer Bedrohung des Friedens durch die Ermittlungen des Anklägers. Es entspricht zwar der sonstigen Praxis des Sicherheitsrats bei Resolutionen nach Kapitel VII SVN, Art. 39 SVN nicht explizit zu erwähnen.<sup>69</sup> Allerdings sprechen der Sinn und Zweck des Art. 16 RS (keine Behinderung von Friedensbemühungen durch eine Ermittlung) dafür, dass eine

<sup>60</sup> *Hall*, in: Triffterer, Commentary on the Rome Statute of the International Criminal Court (Fn. 48), Art. 19 RS, Rdn. 3.

<sup>61</sup> *Hall*, in: Triffterer, Commentary on the Rome Statute of the International Criminal Court (Fn. 48), Art. 19 RS, Rdn. 3.

<sup>62</sup> FAZ Nr. 164 vom 16.07.2008, S. 5.

<sup>63</sup> *Kreß*, in: Grütznert/Pötz, Internationaler Rechtshilfeverkehr in Strafsachen (Fn. 12), Vor III 26, Rdn. 21.

<sup>64</sup> *Fixson*, in: Kirsch, Internationale Strafgerichtshöfe (2005), 207, 218.

<sup>65</sup> *Heselhaus ZaöRV* 2002, 907, 910; *Herbst EuGRZ* 2002, 581, 585; *Fixson*, in: Kirsch, Internationale Strafgerichtshöfe (Fn. 64), 207, 220.

<sup>66</sup> *Heselhaus ZaöRV* 2002, S. 907, 910; *Fixson*, in: Kirsch, Internationale Strafgerichtshöfe (Fn. 64), 207, 220.

<sup>67</sup> Dazu: *Fritsche*, in: Frowein/Scharioth/Winkelmann, Festschrift für Tono Eitel – Verhandeln für den Frieden: Liber Amicorum Tono Eitel – Negotiating for peace (2003), 107; *Heselhaus ZaöRV* 2003, 907-940; *Deen-Racsmany NILR* 2002, 353.

<sup>68</sup> *Theissen Blätter für deutsche und internationale Politik* 8/2004, 915.

<sup>69</sup> *Deen-Racsmany NILR* 2002, 353, 377.

Suspendierung eines Verfahrens nur dann möglich ist, wenn auch eine Bedrohung des Friedens vorliegt. Somit kann die Bezugnahme auf Kapitel VII SVN in Art. 16 RS nur als Verweis auf die Voraussetzungen des Art. 39 SVN verstanden werden. Folglich muss der Sicherheitsrat eine Bedrohung des Friedens feststellen.<sup>70</sup> Sonst ginge die Reichweite des Art. 16 RS über seinen Zweck hinaus, so dass die Gefahr des politischen Missbrauchs bestünde. Schon deshalb ist an der Vereinbarkeit von Resolution 1422/2002 mit Art. 16 RS zu zweifeln. Dagegen könnte man zwar einwenden, dass die Feststellung einer Bedrohung des Friedens auch noch nachgeholt werden kann, wenn sich ein solcher Fall ergibt, allerdings würde dann bei der Art. 16 RS-Resolution eine Abwägungsentscheidung ohne Kenntnis aller relevanten Gründe getroffen werden.<sup>71</sup> Im Ergebnis ist somit davon auszugehen, dass der Sicherheitsrat zumindest eine Bedrohung des Friedens iSd. Art. 39 SVN feststellen muss.<sup>72</sup>

### b) Konkrete oder abstrakte Regelung

Umstritten ist zudem, ob Art. 16 RS den Sicherheitsrat auch dazu ermächtigt, ohne Bezugnahme auf eine konkrete Situation Ermittlungen generell zu suspendieren. Der Wortlaut des Art. 16 RS schließt zunächst eine solche Resolution nicht aus, allerdings wurde bei den Vertragsverhandlungen um das Römische Statut davon ausgegangen, dass der Sicherheitsrat nur dann Ermittlungen in einer konkreten Situation unterbinden kann, wenn durch diese Friedensbemühungen gefährdet werden.<sup>73</sup> Geht man zudem davon aus, dass eine Bedrohung des Friedens Voraussetzung für einen Art. 16 RS-Beschluss ist, spricht dies gleichzeitig für eine Beschränkung der Suspendierungsbefugnis auf konkrete Fälle, da Ermittlungen des IStGHs generell keine Bedrohung des Friedens darstellen, sondern vielmehr zur Befriedung eines Konflikts beitragen sollen.<sup>74</sup> Dagegen wird eingewandt, dass die Ermittlungen des IStGHs gleichwohl generell friedensbedrohend sein könnten. Die USA hatten nämlich zeitweise angedroht, sich nicht mehr an Friedenseinsätzen der Vereinten Nationen zu beteiligen, solange ihre Staatsangehörigen nicht vor Ermittlungen des Anklägers geschützt werden.<sup>75</sup> Da die USA als einzig verbliebene Supermacht für Friedensmissionen fast unverzichtbar geworden sind, könnte ihre fehlende Beteiligung zu einer Bedrohung des Friedens führen.<sup>76</sup> Es ist allerdings ungeachtet der immer weitergehenden völker-

rechtlichen Interpretation des Begriffs der „Bedrohung des Friedens“<sup>77</sup> zweifelhaft, ob solche mittelbaren Auswirkungen schon eine tatsächliche Bedrohung des Friedens darstellen können. Zudem besteht die Gefahr, dass durch eine generelle Ausnahme Angehöriger von Missionen der Vereinten Nationen eine völkerstrafrechtliche Zweiklassengesellschaft geschaffen wird.<sup>78</sup> Mithin kann festgehalten werden, dass der Sicherheitsrat nur in Ansehung einer konkreten Situation einen Art. 16 RS-Beschluss fassen kann, wenn in dieser Situation das Verfahren vor dem IStGH eine Bedrohung des Friedens iSd. Art. 39 SVN darstellt.

Im Fall Darfur könnten diese Voraussetzungen gegeben sein, so dass ein Sicherheitsratsbeschluss rechtlich möglich wäre. Damit hat der Sicherheitsrat auch die Chance, den Druck auf die sudanesishe Regierung zu erhöhen, zumal diese bereits erwägt, bei China und Russland um eine Suspendierung durch den Sicherheitsrat zu werben.<sup>79</sup> Falls die Regierung in Karthum die Zusammenarbeit mit der UNAMID-Mission verbessert und sich kompromissbereiter in Friedensgesprächen zeigt, könnten die Ermittlungen im Gegenzug suspendiert werden.<sup>80</sup> Dazu ist jedoch zumindest eine geschlossene Vorgehensweise der ständigen Mitglieder des Sicherheitsrats nötig, was auf Grund der unterschiedlichen Interessenlagen nicht zu erwarten ist.

## VII. Schlussbetrachtung

Bei der Verfahrenseinleitung infolge einer Überweisung ist bei der Bewertung der Befugnisse des Anklägers zwischen einem Ermittlungsbeschluss und der Entscheidung, kein Ermittlungsverfahren zu eröffnen, zu unterscheiden:

Eine Einstellung ist nur auf Grund der im Statut abschließend normierten Einstellungsgründe möglich. Insbesondere eine Einstellung aus friedenspolitischen Erwägungen ist nicht rechtmäßig. Bei Vorliegen entsprechender Verdachtsmomente ist der Ankläger nach dem Legalitätsprinzip zumindest bei einer Überweisung durch einen Vertragsstaat oder den Sicherheitsrat grundsätzlich verpflichtet, das Ermittlungsverfahren zu eröffnen. Bei einer Einstellung aus Opportunitätsgründen sind nur die Schwere des Verbrechens und die Interessen der Opfer zulässige Beurteilungskriterien. Die Entscheidung, aus Opportunitätsgründen kein Ermittlungsverfahren einzuleiten, kann im Gegensatz zur Einstellung auf Grund fehlender Gerichtsbarkeit oder Unzulässigkeit durch das Gericht ersetzt werden. Dies ist aber beispielsweise im

<sup>70</sup> *Kreß* Blätter für deutsche und internationale Politik 9/2002, 1087, 1095.

<sup>71</sup> *Heselhaus* ZaöRV 2003, 907, 923.

<sup>72</sup> *Schabas*, Introduction to the International Criminal Court (Fn. 11), S. 84; *Wagner* Max Planck UNYB 7 (2003), 409, 498.

<sup>73</sup> *Fritsche*, in: Frowein/Scharioth/Winkelmann, Festschrift für Tono Eitel (Fn. 67), 107, 115; *Heselhaus* ZaöRV 2003, 907 921f.; *Fixson*, in: Kirsch, Internationale Strafgerichtshöfe (Fn. 64), 207, 218; *Kreß*, in: Grützner/Pötz, Internationaler Rechtshilfeverkehr in Strafsachen (Fn. 12), Vor III 26, Rdn. 21; *Deen-Racsmany* NILR 2002, 353, 363f.

<sup>74</sup> *Fixson*, in: Kirsch, Internationale Strafgerichtshöfe (Fn. 64), 207, 219; *Zimmermann/Scheel* Vereinte Nationen 4/2002, 137, 142.

<sup>75</sup> *Kreß*, in: Grützner/Pötz, Internationaler Rechtshilfeverkehr in Strafsachen (Fn. 12), Vor III 26, Rdn. 21.

<sup>76</sup> *Heselhaus* ZaöRV 2003, 907, 923.

<sup>77</sup> *Hobe/Kimminich*, Einführung in das Völkerrecht, 8. Aufl. (2004), S. 325, 8. Abschnitt, Rdn. 44; *Ipsen*, Völkerrecht, 5. Aufl. (2004), S. 1113, § 60, Rdn. 14; *Stein/v. Buttlar*, Völkerrecht, 11. Aufl. (2005), Rdn. 857ff.

<sup>78</sup> *Ambos*, Süddeutsche Zeitung vom 16.07.2002, S. 13; *Kreß/Wannek*, in: Kirsch, Internationale Strafgerichtshöfe (Fn. 64), 231, 239.

<sup>79</sup> Washington Post vom 15.07.2008, <http://www.washingtonpost.com/wp-dyn/content/article/2008/07/14/AR2008071400112.html> (zuletzt abgerufen am 17.07.2008).

<sup>80</sup> *Weber/Tull* SWP-Aktuell 65 (7/2008), 1, 3; *Böhm*, Die Zeit Nr. 30 vom 17. Juli 2008, S. 5.

Vergleich zur deutschen Staatsanwaltschaft keine besondere Einschränkung. Im deutschen Strafprozessrecht ist zu diesem Zeitpunkt noch keine Einstellung aus Opportunitätsgründen vorgesehen, da insoweit das Legalitätsprinzip überwiegt. Nach den Ermittlungen kann zwar auch die deutsche Staatsanwaltschaft ein Verfahren einstellen, allerdings bei schwereren Delikten auch nur mit Zustimmung des Gerichts (im Regelfall des § 153 Abs. 1 StPO). Insoweit spiegeln beide Regelungen den Gedanken wider, dass Opportunitätsentscheidungen gerichtlich überprüfbar bleiben müssen, da sie besonders anfällig für Willkür und Missbrauch sind. Was die Einstellung betrifft, stehen die Befugnisse des Anklägers nach dem Römischen Statut nicht maßgeblich hinter denen der deutschen Staatsanwaltschaft zurück, sondern gehen teilweise sogar noch darüber hinaus, da es dem Römischen Statut an einem Klageerzwingungsverfahren fehlt.

Der Ermittlungsbeschluss selbst kann ebenfalls nicht gerichtlich angefochten werden. Erst wenn sich – wie im Fall Sudan – die Ermittlungen auf bestimmte Beschuldigte konkretisieren, kann eine Anfechtung durch die jeweiligen Beschuldigten oder durch den betroffenen Staat erfolgen. Eine wichtige Besonderheit statuiert Art. 16 RS, der dem Sicherheitsrat ein umfassendes Suspendierungsrecht gewährt. Einem politischen Gremium ein solches Recht zu gewähren, wäre im deutschen Strafverfahren auf Grund des Prinzips der Gewaltenteilung verfassungswidrig. Auf internationaler Ebene spiegelt das Suspendierungsrecht jedoch die besondere Stellung des Sicherheitsrats wider, der nach der Satzung der Vereinten Nationen für die Wahrung des Friedens zuständig ist (Art. 24 Abs. 1 SVN). Deshalb kann die Anklagebehörde bei der Verfahrenseinleitung infolge einer Überweisung nicht etwa wie im deutschen Prozessrecht als Herrin des Ermittlungsverfahrens bezeichnet werden. Vielmehr kann der Ankläger jederzeit aus friedenspolitischen Gründen vom Sicherheitsrat gebremst werden. Bei einer

Entscheidung, kein Ermittlungsverfahren aufzunehmen, ist er dagegen unabhängig und nur an das Statut gebunden.

Im Ergebnis kann also nicht davon gesprochen werden, dass der Ankläger unkontrollierbar und damit zu einer Gefährdung für Friedensverhandlungen geworden ist. Zwar ist er nach dem Statut unabhängig von friedenspolitischen Erwägungen verpflichtet, schwersten Völkerrechtsverbrechen nachzugehen, allerdings besteht jederzeit eine Suspendierungsmöglichkeit durch den Sicherheitsrat. Falls die Beantragung des Haftbefehls gegen *Al Bashir* tatsächlich zu einer ernstzunehmenden Bedrohung der Friedensbemühungen führen sollte, könnte also der Sicherheitsrat die Ermittlungen jederzeit suspendieren. Zudem ist daran zu erinnern, dass dieses Ergebnis nur für den Fall einer Überweisung durch den Sicherheitsrat oder den betroffenen Vertragsstaat festgestellt wird, also in Fällen, in denen der Sicherheitsrat bereits über die friedenspolitische Unbedenklichkeit bzw. Förderlichkeit einer strafrechtlichen Verfolgung entschieden hat oder der betroffene Staat mit dem Verfahren einverstanden ist. Bei einer hier nicht näher untersuchten Verfahrenseinleitung von Amts wegen (die bisher auch in der Praxis noch nicht stattgefunden hat) unterliegt der Ankläger einer früheren und umfassenden gerichtlichen Kontrolle (vgl. Art. 15 RS). Ebenfalls muss betont werden, dass der IStGH nur für die Hauptverantwortlichen für schwerste Völkerrechtsverbrechen materiell zuständig ist. Die strafrechtliche Verfolgung dieser Schwerverbrecher muss einen Friedensprozess nicht unbedingt negativ beeinflussen.<sup>81</sup> Vielmehr kann auch die strafrechtliche Verfolgung der Hauptverantwortlichen als Voraussetzung für einen nachhaltigen Frieden und eine Aussöhnung der Konfliktparteien angesehen werden.

<sup>81</sup> Vgl. *Weber/Tull SWP-Aktuell* 65 (7/2008), 1, 4.

# Das Taschenmesser als „anderes gefährliches Werkzeug“ im Sinne des § 244 Abs. 1 Nr. 1 lit. a 2. Alt. StGB

Besprechung von BGH, Beschluss vom 3.6.2008 – 3 StR 246/07 = HRRS 2008 Nr. 648

Wissenschaftlicher Mitarbeiter Dr. Peter Kasiske, München

## I. Problemaufriss

Seit seiner Einführung durch das 6. StrRG im Jahr 1998 ist die Auslegung des § 244 Abs. 1 Nr. 1 lit. a StGB heftig umstritten. Die Norm sieht eine empfindliche Strafschärfung vor, wenn der Täter bei einem Diebstahl ein „anderes gefährliches Werkzeug“ bei sich führt. Die Bedeutung dieses Streits beschränkt sich dabei nicht auf den qualifizierten Diebstahl, sondern ist auch für andere Tatbestände von Bedeutung, die eine wortlautgleiche Formulierung verwenden, wie die §§ 250 Abs. 1 Nr. 1 lit. a und 177 Abs. 3 Nr. 1 StGB. Der Gesetzgeber war sich der Auslegungsprobleme, die er mit der Neufassung des § 244 schaffen würde, offenbar nicht bewusst. Denn in den Gesetzgebungsmaterialien zum 6. StrRG vertrat er die Auffassung, für die Auslegung des Begriffs des gefährlichen Werkzeugs im neuen § 244 Abs. 1 Nr. 1 lit. a könne auf die Kriterien zurückgegriffen werden, die für den Tatbestand der gefährlichen Körperverletzung nach 223 a Abs. 1 StGB a.F. bzw. § 224 Abs. 1 Nr. 2 StGB n.F. von Lehre und Rechtsprechung entwickelt worden waren.<sup>1</sup> Danach liegt ein gefährliches Werkzeug dann vor, wenn es aufgrund seiner objektiven Beschaffenheit und nach Art seiner Verwendung im konkreten Einzelfall geeignet ist, erhebliche Verletzungen hervorzurufen.<sup>2</sup> In den Fällen des § 224 Abs. 1 Nr. 2 StGB ergibt sich die Gefährlichkeit des Werkzeugs somit vor allem aus der Art und Weise, wie es im konkreten Falle zum Einsatz gebracht wird. Daher können auch Gegenstände, denen im Alltag normalerweise keine besondere Gefährlichkeit anhaftet, wie etwa Bleistifte oder Damenstrümpfe, gefährliche Werkzeuge im Sinne des § 224 Abs. 1 Nr. 2 darstellen, wenn sie in einer entsprechend riskanten Weise gegen das Opfer zum Einsatz gebracht werden. Beispielsweise dadurch, dass mit dem Bleistift ins Auge gestochen oder der Damenstrumpf zum Würgen verwendet wird. § 244 Abs. 1 Nr. 1 lit. 1 setzt nun aber gerade keine konkrete Verwendung, sondern lediglich ein Beisichführen voraus. Der Rückschluss von der konkreten

Verwendung auf die Gefährlichkeit ist folglich ausgeschlossen. Entgegen der Annahme des Gesetzgebers sind daher die im Rahmen der gefährlichen Körperverletzung entwickelten Auslegungskriterien auf § 244 Abs. 1 Nr. 1 lit. a nicht ohne weiteres übertragbar.<sup>3</sup> Sie liefern nur insoweit einen Anhaltspunkt, als die in Betracht kommenden Gegenstände jedenfalls nach ihrer objektiven Beschaffenheit zur Herbeiführung erheblicher Verletzungen geeignet sein müssen. Dies kann bei entsprechend kreativem Einsatz gegen einen Menschen aber bei fast jedem Gegenstand der Fall sein. Daher droht die Gefahr, dass sich der Anwendungsbereich des § 244 Abs. 1 Nr. 1 lit. a ins Uferlose ausweitet, wenn jeder Dieb, der zufällig einen Bleistift oder einen Damenstrumpf bei sich hat, nach diesem Qualifikationstatbestand bestraft wird, der immerhin eine mögliche Höchststrafe von 10 Jahren Freiheitsentzug vorsieht. Seit der Neuformulierung der Vorschrift haben Rechtsprechung und Literatur daher zahlreiche Anläufe unternommen, ihren Tatbestand näher zu konkretisieren.

## II. Der Meinungsstand in Literatur und Rechtsprechung

Diese Bemühungen lassen sich dabei grob in zwei Gruppen einteilen:

Da sind zum einen die Ansätze, die in den Tatbestand ein zusätzliches *subjektives* Element hineinlesen wollen. Dieses subjektive Element soll darin bestehen, dass der fragliche Gegenstand vom Täter zur Verwendung gegen Menschen bestimmt wurde. Teilweise wird dabei auf eine konkrete Verwendungsabsicht, vergleichbar der in § 244

<sup>1</sup> BT-Drs. 13/9064, S. 18.

<sup>2</sup> BGHSt 3, 109; 14, 152, 154; BGH NStZ 2007, 95.

<sup>3</sup> BGH NStZ 1999, 301, 302; BGH NJW 2002, 2889, 2890; *Laufhütte* in Leipziger Kommentar zum StGB, 11. Auflage, Nachtrag zu § 250 Rn. 6; *Schmitz*, in Münchner Kommentar zum StGB (2003), § 244 Rn. 11; *Eser* in *Schönke/Schröder*, StGB, 27. Auflage 2006, § 244 Rn. 5; *Küper* JZ 1999, 187, 189; *Mitsch* ZStW 111 (1999), 65, 79.

Abs. 1 Nr. 1 lit. b, abgestellt<sup>4</sup>, andere verlangen lediglich eine generelle, vom konkreten Lebenssachverhalt losgelöste Bestimmung des Werkzeugs zur Verwendung gegen Menschen, die noch nicht den Grad einer konkreten Verwendungsabsicht erreichen soll.<sup>5</sup>

Die zweite Gruppe will die Konkretisierung des Tatbestandes dagegen ausschließlich anhand *objektiver* Kriterien vornehmen. Welche dies genau sein sollen, wird dabei allerdings uneinheitlich beantwortet. Zum Teil wird der Begriff des gefährlichen Werkzeugs sehr restriktiv auf solche Gegenstände beschränkt, deren Beisichführen wegen ihrer Gefährlichkeit erlaubnispflichtig ist.<sup>6</sup> Andere bevorzugen eine abstrakt-objektive Sichtweise, bei der es auf den Charakter des mitgeführten Werkzeugs als waffenähnlich ankommen soll, d.h. das Werkzeug muss in seiner spezifischen Gefährlichkeit einer Waffe gleichstehen.<sup>7</sup> Schließlich stellt eine verbreitete Ansicht auf die Umstände der konkreten Tat ab und verlangt, dass aus Sicht eines objektiven Beobachters der mitgeführte Gegenstand nach dem situativen Kontext der Tat sinnvollerweise nur als Waffenersatz dienen kann.<sup>8</sup>

Die Vielzahl der vertretenen Theorien spiegelt sich auch in der Rechtsprechung wider. Der 3. Strafsenat des BGH hatte zunächst ein Abstellen auf eine generelle Bestimmung des Werkzeugs zur gefährlichen Verwendung durch den Täter nahe gelegt, das aber hinter einer konkreten Verwendungsabsicht zurückbleiben sollte.<sup>9</sup> Auch der 5. Senat schlug eine subjektivierende Auslegung vor, allerdings dergestalt, dass das Merkmal des „Beisichführens“ subjektiv voraussetzen sollte, dass der Täter den Gegenstand bewusst gebrauchsbereit bei sich führt.<sup>10</sup> Demgegenüber vertrat der 2. Senat in einem Vorlagebeschluss an den Großen Senat für Strafsachen die Auffassung, die Auslegung habe ausschließlich anhand objekti-

ver Kriterien zu erfolgen.<sup>11</sup> Die Entscheidung des Großen Strafsenates brachte indes keine Klarheit, weil darin die vom Täter benutzte Schreckschusspistole nicht als anderes gefährliches Werkzeug sondern als Waffe qualifiziert wurde.<sup>12</sup> Insgesamt war der BGH aber zumeist bemüht, die Frage nach Möglichkeit offen zu lassen und in Anlehnung an § 224 Abs. 1 Nr. 2 möglichst auf die konkrete Verwendung des Gegenstands im Einzelfall abzustellen, soweit eine solche gegeben war.<sup>13</sup> Besonders häufig beschäftigte die Gerichte die Frage, ob auch ein mitgeführtes Taschenmesser als gefährliches Werkzeug zu qualifizieren ist, wobei die Rechtsprechung hierbei zu unterschiedlichen Ergebnissen kam.<sup>14</sup> Um ein Taschenmesser ging es auch in dem hier zu besprechenden Beschluss des 3. Strafsenats vom 3. Juni 2008.

### III. Die Entscheidung 3 StR 246/07 vom 3.6.2008

In dem der Entscheidung zugrundeliegenden Sachverhalt hatte der Täter in einem Lebensmittelmarkt mehrere Flaschen Whiskey gestohlen. Dabei hatte er ein klappbares Taschenmesser mit einer längeren Klinge bei sich geführt, das er dazu benutzt hatte, die Sicherheitsetiketten an den Whiskeyflaschen zu entfernen. Die Einlassung des Angeklagten, er habe keineswegs beabsichtigt, das Messer auch gegen Menschen einzusetzen, war vom AG als glaubwürdig befunden worden. Gleichwohl hat es den Täter nach § 244 Abs. 1 Nr. 1 lit. a verurteilt. Das mit der Revision befasste OLG Celle wollte auf der Grundlage einer subjektivierenden Auslegung von § 244 Abs. 1 Nr. 1 lit. a dessen Anwendbarkeit verneinen und legte gemäß § 121 Abs. 2 GVG den Fall dem BGH vor. Die daraufhin ergangene Entscheidung des 3. Strafsenats zeichnet sich zunächst dadurch aus, dass sie ersichtlich darum bemüht ist, ihre Reichweite möglichst einzugrenzen. So weist der Senat nicht nur ausdrücklich darauf hin, dass er nicht beabsichtigt, den Begriff des anderen gefährlichen Werkzeugs für alle denkbaren Tatmittel allgemein zu definieren. Nicht einmal das Beisichführen von Messern soll abschließend geklärt werden, sondern die Entscheidung beansprucht nur Verbindlichkeit für solche Fälle, in denen der Täter ein Taschenmesser mit „einer relativ langen Klinge“ verwendet. Auch die Frage, ob ein anderes gefährliches Werkzeug dann in Betracht kommen kann, wenn der betreffende Gegenstand in sozialadäquater Form mitgeführt wird, wird bewusst offen gelassen.<sup>15</sup> Der amtliche Leitsatz der Entscheidung, wonach ein Taschenmesser grundsätzlich ein gefährliches Werkzeug sein soll, ist demnach mit Vorsicht zu genießen, suggeriert er doch, dass alle Arten von Taschenmessern dem

<sup>4</sup> SK-Günther, § 250 Rn. 11; Geppert Jura 1999, 602; Küper JZ 1999, 187, 192 ff.; Graul, Jura 2000, 205 f.; Zopfs, Jura 2007, 518 ff.; Wessels/Hillenkamp Strafrecht BT/2, 30. Auflage (2008), Rn. 262 b ff.; Rengier, Strafrecht BT/I, 10. Auflage (2008), § 4 Rn. 32 ff.

<sup>5</sup> Hilgendorf, ZStW 112 (2000), 832; Maatsch GA 2001, 76, 82 f.

<sup>6</sup> So Lesch, JA 1999, 30, 36; ders. GA 1999, 365, 376 f. Kritisch hierzu MK-Schmitz (Fn. 3), § 244 Rn. 12; Kindhäuser, in Nomos-Kommentar StGB, 2. Auflage (2005), § 244 Rn. 12. Etwas weiter geht die Begriffsbestimmung bei MK-Sander (Fn. 3), § 250 Rn. 28 ff., der nur solche Gegenstände einschließen will, vor deren Benutzung generell gewarnt oder bei deren Benutzung üblicherweise auf besondere Vorsicht hingewirkt wird. Auch dies dürfte indes zu eng gefasst sein, da beispielsweise ein beim Einbruch offensichtlich zu Verletzungszwecken mitgeführter Baseballschläger kaum erfasst würde; ähnlich BGHSt 43, 266, 269.

<sup>7</sup> Schroth NJW 1998, 2864;

<sup>8</sup> Sch/Sch-Eser (Fn. 3), § 244 Rn. 5; Fischer, StGB, 55. Aufl. (2007), § 244 Rn. 9 b ff.; MK-Schmitz (Fn. 3), § 244 Rn. 14 ff.;

<sup>9</sup> BGH NStZ 1999, 301, 302.

<sup>10</sup> BGH NStZ-RR 2003, 12, 13; ebenso OLG Schleswig NStZ 2004, 212, 214; KG StraFo 2008, 361. Diese Auffassung scheidet lediglich diejenigen Fälle aus dem Anwendungsbe-  
reich von § 244 Abs. 1 Nr. 1 lit. a aus, bei denen dem Täter nicht aktuell bewusst war, dass er den Gegenstand überhaupt bei sich hatte. Demgegenüber bleiben etwa zu Einbruchszwecken benutzte Schraubenzieher oder Stemmeisen von der Vorschrift erfasst.

<sup>11</sup> BGH NJW 2002, 2889, 2890; zustimmend der 1. Senat in BGH NStZ-RR 2002, 265.

<sup>12</sup> BGHSt 48, 197; dazu Fischer NStZ 2003, 569.

<sup>13</sup> BGH NJW 1998, 3130; 2003, 76; BGH NStZ-RR 1999, 102; BGH NStZ-RR 05, 340 mit Anm. Kudlich JA 2006, 249.

<sup>14</sup> Dafür: BayObLG JR 2001, 205; OLG München NStZ-RR 2006, 342. Dagegen auf der Grundlage einer an BGH NStZ 1999, 301 angelehnten subjektivierenden Auslegung OLG Braunschweig NJW 2002, 1735; OLG Frankfurt StV 2002, 145; StraFo 2006, 467. Offen gelassen wird die Frage von BGH StV 2002, 191; NStZ-RR 2003, 12; NStZ-RR 2005, 340.

<sup>15</sup> BGH 3 StR 246/07 Nr. 11 der Entscheidungsgründe.

§ 244 Abs. 1 Nr. 1 lit. a unterfallen sollen, was laut den Entscheidungsgründen aber gerade noch nicht abschließend geklärt ist.

In einer Hinsicht ist der Beschluss jedoch eindeutig: Der 3. Senat stellt sich unmissverständlich auf den Standpunkt, dass die Bestimmung des anderen gefährlichen Werkzeugs ausschließlich anhand objektiver Maßstäbe vorgenommen werden darf. Der Rückgriff auf subjektive Kriterien, also insbesondere einen konkreten oder auch nur abstrakten Verwendungsvorbehalt des Täters soll demnach ausgeschlossen sein.<sup>16</sup> Diese deutliche Absage ist insoweit erstaunlich, als der 3. Senat selbst es war, der in einer Entscheidung aus dem Jahr 1999 nahe legte, auf einen solchen Verwendungsvorbehalt abzustellen.<sup>17</sup> Von dieser Entscheidung distanziert sich der 3. Senat nunmehr ausdrücklich und schwenkt stattdessen auf die Linie des 2. Strafsenats ein, der in seinem Vorlagebeschluss an den Großen Senat ebenfalls die Möglichkeit einer subjektivierenden Auslegung verworfen hatte.<sup>18</sup> Zur Begründung beruft sich der 3. Senat dabei zum einen auf den Wortlaut des § 244 Abs. 1 Nr. 1 lit. a, in dem von einer subjektiven Verwendungsabsicht im Gegensatz zu § 244 Abs. 1 Nr. 1 lit. b nicht die Rede sei.<sup>19</sup> Dies wertet der BGH als Indiz für den Willen des Gesetzgebers, dass die Auslegung des Tatbestandes von Nr. 1 lit. a ausschließlich anhand objektiver Kriterien erfolgen solle. Der Gesetzgeber habe über § 244 Abs. 1 Nr. 1 lit. a solche Fälle erfassen wollen, bei denen der Täter Werkzeuge bei sich führt, die im Falle des Einsatzes gegen Personen aufgrund ihrer Beschaffenheit objektiv die Eignung besitzen, schwere Verletzungen herbeizuführen. Schon die latente Gefahr des Gebrauchs dieser Werkzeuge sei daher Grund der Strafschärfung.<sup>20</sup>

Eine derartige latente Gefahr sieht der 3. Strafsenat bei einem Taschenmesser mit längerer Klinge, wie es im vorliegenden Fall mitgeführt wurde, evident gegeben. Allein der Umstand, dass die Klinge bei einem solchen Messer zunächst ausgeklappt werden muss, nehme ihm nicht seine objektive Gefährlichkeit. Messer mit vergleichbarer Klinglänge seien aber (soweit sie nicht ohnehin schon zu den Waffen im technischen Sinn gehörten) in ständiger Rechtsprechung einhellig als andere gefährliche Werkzeuge qualifiziert worden. Von dieser Rechtsprechung abzuweichen bestehe hier kein Anlass.<sup>21</sup>

#### IV. Entscheidungskritik

Die Entscheidung trägt leider wenig dazu bei, die Probleme bei der Auslegung des § 244 Abs. 1 Nr. 1 lit. a 2. Alt. zu lösen. Der BGH verwirft zwar mit einer wenig überzeugenden Argumentation alle Ansätze in Bausch und Bogen, den Tatbestand anhand subjektiver Merkmale einzuschränken, doch vermag er es nicht, eine brauchbare Alternative hierzu aufzuzeigen.

<sup>16</sup> BGH 3 StR 246/07 Nr. 26 ff. der Entscheidungsgründe.

<sup>17</sup> BGH NStZ 1999, 301, 302.

<sup>18</sup> BGH NJW 2002, 2889, 2890.

<sup>19</sup> BGH 3 StR 246/07 Nr. 29 der Entscheidungsgründe.

<sup>20</sup> BGH 3 StR 246/07 Nr. 30 der Entscheidungsgründe.

<sup>21</sup> BGH 3 StR 246/07 Nr. 34 f. der Entscheidungsgründe.

### 1. Unzulässigkeit des Abstellens auf einen subjektiven Verwendungsvorbehalt?

Um seine Ablehnung einer subjektivierenden Interpretation von § 244 Abs. 1 Nr. 1 lit. a zu begründen, fährt der BGH fast den gesamten Kanon der klassischen Auslegungsmethoden auf: Er bemüht sowohl die grammatische als auch die systematische und schließlich auch die historische Auslegung der Vorschrift. Überzeugen kann indes keiner dieser Ansätze.

a) Zunächst stützt sich der 3. Strafsenat auf den Wortlaut der Vorschrift. Soweit er in diesem Zusammenhang feststellt, eine Gebrauchsabsicht oder ein subjektiver Verwendungsvorbehalt lasse sich nicht in die Tathandlung des „Beisichführens“ bei § 244 Abs. 1 Nr. 1 lit. a hineininterpretieren<sup>22</sup>, wird man dem wohl zustimmen können. Der Begriff des Beisichführens impliziert, dass der Täter den Gegenstand in einer Weise mit sich führt, dass er sich seiner jederzeit bedienen kann.<sup>23</sup> Auf der subjektiven Seite ist lediglich erforderlich, dass sich der Täter dieser Zugriffsmöglichkeit bewusst ist. Darauf, wie er den Gegenstand verwenden will, kommt es hingegen in diesem Zusammenhang nicht an. Allerdings braucht das Erfordernis eines generellen oder konkreten Verwendungsvorbehalts nicht notwendig an das Beisichführen anzuknüpfen. Wesentlich naheliegender ist es stattdessen, das Merkmal der „Gefährlichkeit“ des Werkzeugs in einem subjektivierenden Sinn zu interpretieren. Der subjektive Verwendungsvorbehalt des Täters führt nämlich nicht dazu, dass dieser den Gegenstand bei sich führt, sondern er bewirkt, dass ein an sich harmloser Gegenstand erst zu einem gefährlichen Werkzeug werden kann. Hierauf wird sogleich noch näher einzugehen sein.

b) Auch das gesetzsystematische Argument, dass § 244 Abs. 1 nur in der Nr. 1 lit. b ausdrücklich eine bestimmte subjektive Verwendungsabsicht beim Täter voraussetzt, hat nicht zwingend zu bedeuten, dass eine solche bei Nr. 1 lit. a außer Betracht bleiben muss.<sup>24</sup> In § 244 Abs. 1 Nr. 1 lit. b ist die ausdrückliche Erwähnung des subjektiven Elements nämlich zwingend erforderlich, um bloße Scheinwaffen und andere Gegenstände, von denen objektiv keine Gefahr ausgeht, erfassen zu können. Insoweit verbleibt für lit. b auch durchaus noch ein eigener Anwendungsbereich gegenüber dem freilich weit häufiger einschlägigeren lit. a.<sup>25</sup> Bei § 244 Abs. 1 Nr. 1 lit. a ist eine solche ausdrückliche Erwähnung aber entbehrlich, da bereits im Begriff der „Gefährlichkeit“ eine subjektive Zweckbestimmung durch den Täter notwendig enthalten ist, die zudem auch einen anderen Inhalt (nämlich Ver-

<sup>22</sup> So aber der 5. Strafsenat in BGH NStZ-RR 2003, 12 (=StV 2003, 26), der im "Beisichführen" eine einschränkende subjektive Komponente enthalten sieht, wonach der Täter das Werkzeug bewusst gebrauchsbereit bei sich führen muss. Ebenso der 4. Strafsenat in BGH NStZ-RR 2005, 340; OLG Schleswig NStZ 2004, 212, 214.

<sup>23</sup> RGSt 68, 238, 239 f.; BGHSt 13, 259, 260; 42, 368.

<sup>24</sup> Diesen Umkehrschluss zieht aber BGH 3 StR 246/07 Nr. 27 der Entscheidungsgründe; ebenso NK-Kindhäuser (Fn. 6), § 244 Rn. 10; MK-Sander (Fn. 3), § 250 Rn. 20.

<sup>25</sup> Dies übersieht Sch/Sch-Eser (Fn. 3), § 244 Rn. 5.

letzung des Opfers und nicht lediglich Nötigung) hat wie die in lit. b.<sup>26</sup>

c) Zwar mag man den Wortlaut auch dahingehend verstehen, dass der Gesetzgeber der Auffassung war, ein subjektives Tatbestandselement sei bei Nr. 1 lit. a im Gegensatz zu Nr. 1 lit. b eben nicht maßgeblich.<sup>27</sup> Allerdings war der Gesetzgeber auch der Auffassung, das Merkmal des gefährlichen Werkzeugs könne bei § 244 ebenso klar bestimmt werden wie bei der gefährlichen Körperverletzung. Dass er mit dieser Annahme aber falsch lag, bestreitet auch der BGH nicht. Es ist daher evident, dass es sich bei § 244 Abs. 1 Nr. 1 lit. a um eine Norm handelt, deren Tatbestand vom Gesetzgeber versehentlich nicht ausreichend präzise gefasst wurde. Der Wille des Gesetzgebers taugt daher hier auch nur eingeschränkt als Auslegungskriterium.

## 2. Teleologische Auslegung von § 244 Abs. 1 Nr. 1 lit. a

Angesichts der verunglückten Formulierung des § 244 durch das 6. StrRG führt somit eine am Wortlaut, an der Systematik oder am Willen des Gesetzgebers orientierte Auslegung nicht weiter. Was bleibt, ist die Möglichkeit, den Tatbestand im Wege einer teleologischen Auslegung einzuschränken. Weshalb bei einer solchen Auslegung der Norm nach teleologischen Kriterien subjektive Maßstäbe von vornherein außen vor bleiben sollten, ist nicht ersichtlich, zumal in einer Entscheidung zu § 30a Abs. 2 Nr. 2 BtMG der BGH selbst eine subjektivierende Auslegung im Hinblick auf das Merkmal der Bestimmung von Gegenständen zu Verletzungszwecken für notwendig erachtet hat.<sup>28</sup> Ausgangspunkt jeder teleologischen Reduktion des Tatbestands von § 244 Abs. 1 Nr. 1 a) muss der Sinn und Zweck dieser Vorschrift sein. Dieser besteht nach dem Willen des Gesetzgebers darin, diejenigen Fälle des Diebstahls schärfer zu bestrafen, bei denen durch das Mitführen eines gefährlichen Werkzeugs eine erhöhte abstrakte Gefahr besteht, dass dieser Gegenstand zu Verletzungszwecken gegen Menschen zum Einsatz gebracht wird.<sup>29</sup>

a) Stellt man dabei lediglich auf die objektive Eignung des Gegenstandes ab, bei entsprechender Verwendung Menschen erheblich verletzen zu können<sup>30</sup>, so ergibt sich das Problem, dass fast jeder Gegenstand potentiell als ein gefährliches Werkzeug eingesetzt werden kann, wenn der Täter es als solches verwenden will. Die Verletzungseig-

nung mag zwar bei einigen Gegenständen, etwa Messern, objektiv höher sein als bei anderen, doch selbst eine Krawatte kann als potentiell tödliches Werkzeug dienen, wenn sie zum Würgen des Opfers eingesetzt wird. Eine trennscharfe Grenzziehung, ab welchem Grad die Verletzungseignung zu einer objektiven Gefährlichkeit i.S.v. § 244 führt, erscheint unmöglich. Überdies würde so auch das Mitführen typischen Einbruchswerkzeugs, etwa schwerer Stemmeisen oder spitzer Schraubenzieher unter § 244 Abs. 1 Nr. 1 lit. a 2. Alt. fallen, auch wenn diese Gegenstände vom Täter in der konkreten Tatsituation gar nicht für den Einsatz gegen Personen vorgesehen waren. Ob ein mitgeführter Schraubenzieher oder ein sonstiger Gegenstand die Gefahr für das Opfer objektiv tatsächlich erhöht und damit eine Strafschärfung nach § 244 Abs. 1 rechtfertigt, hängt somit vor allem auch von den subjektiven Absichten des Täters ab. Erst die Absicht des Täters, einen Schraubenzieher oder einen anderen Gegenstand zu Verletzungszwecken gegen einen Menschen einzusetzen, macht aus diesem Gegenstand ein gefährliches Werkzeug. In diesem Sinne ist eine ausschließlich an objektiven Kriterien orientierte Bestimmung des Begriffs des gefährlichen Werkzeuges also gar nicht möglich und ein Abstellen auf den subjektiven Verwendungsvorbehalt des Täters unverzichtbar.<sup>31</sup> In einem solchen Vorgehen liegt auch keine unzulässige Rechtsfortbildung contra legem<sup>32</sup>, da der Wortlaut von § 244 Abs. 1 Nr. 1 lit. a 2. Alt. eine subjektivierende Auslegung nicht ausdrücklich ausschließt.

b) In der Praxis wird die Feststellung eines subjektiven Verwendungsvorbehalts freilich oftmals schwierig sein. Das ist jedoch kein Grund, nicht auf dieses Merkmal abzustellen.<sup>33</sup> Denn Beweisschwierigkeiten werfen fast alle subjektiven Tatbestandsmerkmale auf. Die Praxis behilft sich hier regelmäßig damit, dass von bestimmten äußeren Umständen auf die inneren Tatsachen geschlossen wird.<sup>34</sup> Der Vorsatz und andere subjektive Merkmale werden damit im Ergebnis nicht positiv festgestellt, sondern sie werden dem Täter anhand äußerer Indizien zugeschrieben.<sup>35</sup> Eine solche Zuschreibung nehmen auch diejenigen Ansichten vor, die das Merkmal des anderen gefährlichen Werkzeugs anhand der Umstände der konkreten Tatsituation und/oder der kriminalistischen Erfahrung bestimmen wollen. Wenn etwa solche Gegenstände als gefährlich qualifiziert werden, zu denen erfahrungsgemäß Täter greifen, wenn sie in Bedrängnis geraten<sup>36</sup> oder darauf abgestellt wird, dass der mitgeführte Gegenstand aus Sicht eines objektiven Beobachters in der konkreten Tatsituation keinem anderen Zweck als der Verletzung von Personen dienen kann<sup>37</sup>, so wird die Gefährlichkeit ebenfalls letztlich mit einer subjektiven

<sup>26</sup> Ebenso Küper, GS-Schlüchter, 2002, S. 343 ff.

<sup>27</sup> BGH 3 StR 246/07 Nr. 29 f. der Entscheidungsgründe.

<sup>28</sup> BGHSt 43, 266, 268 f. unter Bezugnahme auch auf § 27 Abs. 1 S. 1 VersammlG, wo ebenfalls einhellig auf die subjektive Zweckbestimmung durch den Täter abgestellt wird. Auch in der kürzlich ergangenen „Kanther“-Entscheidung hat der BGH ein Merkmal des objektiven Tatbestandes subjektiv eingeschränkt, als er den Vermögensschaden bei § 266 StGB einschränkend dahingehend interpretierte, dass zwar grundsätzlich auch eine Vermögensgefährdung ausreichend sein könne, dies dann aber subjektiv einen Vorsatz des Täters im Hinblick auf den Eintritt des Vermögensschadens erfordere, BGHSt 51, 100, 120 ff.

<sup>29</sup> Vgl. BT-Drucks. IV/650; MK-Schmitz (Fn. 3), § 244 Rn. 3.

<sup>30</sup> So wohl Hörnle Jura 1998, 169, 172.

<sup>31</sup> So bereits Frank, StGB, 18. Aufl. (1931), § 223 a Bem. II 1; ebenso Arzt, BGH-FS IV (2000), S. 771; Wessels/Hillenkamp, BT/2 Rn. 262 c; Rengier, BT/I § 4 Rn. 32; Küper, Hanack-FS (1999), S. 586 ff.; ders. JZ 1999, 187, 192.

<sup>32</sup> So aber Krey/Hellmann, Strafrecht BT 2, 14. Auflage (2005), Rn. 134.

<sup>33</sup> In diesem Sinne aber NK-Kindhäuser (Fn. 6), § 244 Rn. 10.

<sup>34</sup> Vgl. dazu etwa Roxin, Strafrecht AT/I, 4. Aufl. (2006), § 12 Rn. 32 ff.; Hassemer, Kaufmann-GS (1989), 303 ff.

<sup>35</sup> Hruschka, Kleinknecht-FS (1985), S. 201.

<sup>36</sup> Schroth NJW 1998, 2861, 2864.

<sup>37</sup> Schlothauer/Sättle StV 1998, 505, 507 f.; Joecks, Studienkommentar StGB, 7. Aufl. (2007), § 244 Rn. 13.

Verwendungsabsicht des Täters begründet. Ebenso zielt das Kriterium der „Waffenersatzfunktion“<sup>38</sup> im Ergebnis darauf ab, dem Täter eine Verwendungsabsicht anhand äußerer Merkmale des Werkzeuges zuzuschreiben. Wenn eine solche Zuschreibung aber ausschließlich anhand eines der genannten Kriterien erfolgt, so läuft dies auf eine unwiderlegbare Gefährlichkeitsvermutung<sup>39</sup> zuungunsten des Täters hinaus, die nicht durch andere Momente entkräftet werden kann, die womöglich gegen eine Verwendungsabsicht sprechen. Eine solche Vorgehensweise führt aber dazu, § 244 Abs. 1 Nr. 1 lit. a in einen Verdachtstatbestand umzudeuten.<sup>40</sup>

Stattdessen sollte zwischen dem Begriff des „anderen gefährlichen Werkzeuges“ auf der einen Seite, und den Indizien, mit denen im Prozess der Beweis der Gefährlichkeit eines Werkzeuges geführt werden kann, streng unterschieden werden.<sup>41</sup> Seinem *Begriff* nach ist ein anderes gefährliches Werkzeug nach der hier vertretenen Auffassung ein Gegenstand, der nach seiner objektiven Beschaffenheit zur Zufügung erheblicher Verletzungen geeignet ist, und der vom Täter zum Einsatz gegen Personen bestimmt worden ist. Den für § 244 Abs. 1 Nr. 1 lit. a vorausgesetzten Gefährlichkeitsgrad erreicht dabei schon ein genereller, von der konkreten Tat losgelöster Verwendungsvorbehalt<sup>42</sup>, und zwar auch dann, wenn der Täter lediglich einen Einsatz zur Drohung mit einem verletzenden Einsatz vorbehält, denn aus einer Drohung wird schnell ernst, auch wenn der Täter dies ursprünglich gar nicht beabsichtigt haben mag, so dass die Gefahr für das Opfer auch in diesem Fall in qualifiziertem Maß erhöht ist.<sup>43</sup> Als *Indizmomente*, die auf einen entsprechenden Verwendungsvorbehalt des Täters hinweisen, kommen nun neben der objektiven Eignung des Gegenstands (ein mitgeführtes Fleischermesser deutet eher auf einen beabsichtigten gefährlichen Einsatz hin als eine Stricknadel), vor allem auch die Umstände der konkreten Tatsituation in Betracht, die darauf hindeuten müssen, dass der mitgeführte Gegenstand zu Verletzungszwecken Verwendung finden sollte.

### 3. Problematik des „sozialadäquaten“ Beisichführens

Im Rahmen dieser konkreten Tatsituation kann dann insbesondere auch dem Umstand Bedeutung zukommen, ob der Täter den Gegenstand in einer sozialadäquaten Weise mit sich geführt hat. Hatte etwa der Täter bei seinem Diebstahl einen Baseballschläger dabei, so kann es für die Frage, ob es sich dabei um ein gefährliches Werkzeug handelt, einen Unterschied machen, wenn der Täter gerade auf dem Heimweg von seinem Baseballtraining war. Dann nämlich wäre das Mitführen eines Schlä-

gers den Umständen nach sozialadäquat und die Annahme, der Täter habe ihn zu Verletzungszwecken bei sich gehabt, eher fernliegend.

Der BGH will in der aktuellen Entscheidung zwar die Frage offen lassen, ob ein sozialadäquates Beisichführen die Annahme eines gefährlichen Werkzeuges ausschließt. Jedoch lassen seine Ausführungen erkennen, dass er die Bedeutung dieses Kriteriums verkennt. Er hält die Frage nämlich deshalb für im konkreten Fall unerheblich, weil der Täter hier das mitgeführte Messer zum Entfernen von Sicherungsetiketten verwendet und folglich gerade nicht in sozialadäquater Weise bei sich geführt habe.<sup>44</sup> Entscheidend ist aber nicht, dass der Täter den Gegenstand in einer nichtdeliktischen, sozial üblichen Weise, mit sich führt, sondern dass die Umstände des Beisichführens darauf hindeuten, dass der Täter nicht die Absicht hat, ihn zu Verletzungszwecken gegen Personen einzusetzen. Dies kann grundsätzlich aber auch bei einer deliktischen Verwendungsweise der Fall sein. Wenn der Täter hier also das Messer zwar zur Erleichterung der Wegnahme, aber nicht gegen Personen einsetzt, so spricht dies eher dagegen, ihm einen Verwendungsvorbehalt zu Verletzungszwecken zu unterstellen.<sup>45</sup> Daher war die Frage des „sozialadäquaten“ im Sinne eines nicht auf eine Verwendungsabsicht gegen Personen hindeutenden Beisichführens entgegen der Auffassung des BGH hier durchaus entscheidungsrelevant.

### 4. Das Kriterium der „latenten Gefährlichkeit“

So eindeutig der BGH jegliche subjektivierende Einschränkung des § 244 verwirft, so unklar bleibt, welche objektiven Kriterien hierfür herangezogen werden sollen. Entscheidend scheint für den BGH dabei die „latente Gefahr“ zu sein, die von dem mitgeführten Gegenstand ausgeht, ohne dass dabei deutlich würde, anhand welcher Kriterien diese latente Gefahr bestimmt wird. Was Taschenmesser „mit längerer Klinge“ angeht, so liegt laut 3. Strafsenat eine solche latente Gefahr vor. Dabei stützt sich der Senat auf eine ständige Rechtsprechung, die regelmäßig auch solche Messer, die keine Waffen im technischen Sinne darstellen, wie etwa Fleischer- oder Klappmesser als gefährliche Werkzeuge qualifizierte.<sup>46</sup>

Für den 3. Senat steht jedenfalls ein Taschenmesser mit längerer Klinge derartigen Messern im Hinblick auf die von ihnen ausgehende „abstrakte Gefahr“ gleich.<sup>47</sup> Problematisch ist dabei, dass in den als Beleg angeführten Entscheidungen das Messer aber jeweils auch – mindestens zu Drohzwecken – eingesetzt worden war. In diesen Fällen erfolgte die Qualifizierung als gefährliches Werkzeug somit eben nicht allein aufgrund einer latenten abstrakten Gefährlichkeit, sondern die Verwendungsabsicht des Täters und damit die konkrete Gefährlichkeit lag klar auf der Hand. Die Frage, ob auch ein mitgeführtes Taschenmesser, das weder zu Verletzungs- noch zu

<sup>38</sup> Streng, GA 2001, 359, 365 ff.

<sup>39</sup> So interpretiert etwa Arzt, BGH-FS IV (2000), S. 772 ff. den Tatbestand des § 244 Abs. 1 Nr. 1 a; ähnlich auch NK-Kindhäuser (Fn. 6), § 250 Rn. 2.

<sup>40</sup> Ebenso Wessels/Hillenkamp BT/2 Rn. 262a.

<sup>41</sup> Vgl. zur Unterscheidung dieser Ebenen im Hinblick auf den Vorsatz Volk, BGH-FS IV (2000), 739 ff.

<sup>42</sup> Im Ergebnis deckt sich dies mit der vom 3. Strafsenat in BGH NStZ 1999, 301, 302 vertretenen Auffassung.

<sup>43</sup> Ebenso Küper JZ 1999, 187, 192; Wessels/Hillenkamp BT/2 Rn. 262 b; anders hingegen Rengier BT/I § 4 Rn. 34.

<sup>44</sup> BGH 3 StR 246/07 Nr. 11 der Entscheidungsgründe.

<sup>45</sup> Anders Hardtung StV 2004, 401; ähnlich wie hier jedoch NK-Kindhäuser (Fn. 6), § 244 Rn. 16.

<sup>46</sup> BGH NStZ-RR 1999, 102; NStZ-RR 2001, 41; NStZ-RR 2006, 12.

<sup>47</sup> BGH 3 StR 246/07 Nr. 35 der Entscheidungsgründe.

Drohwecken eingesetzt wird, den für § 244 erforderlichen Gefährlichkeitsgrad erreicht, wird durch diese Entscheidungen folglich nicht zwingend präjudiziert. Die Begründung des BGH steht insgesamt somit auf schwachen Beinen. Dass das mitgeführte Messer objektiv zum Schneiden und Stechen bestimmt und nach seiner Beschaffenheit hierfür geeignet ist, ist ein Pleonasmus und gibt als Begründung ebenso wenig her wie die banale Feststellung, dass es für die Gefährlichkeit des mitgeführten Messers unbeachtlich sei, dass seine Klinge erst von Hand ausgeklappt werden muss.<sup>48</sup> Die vom BGH geforderte abstrakte Gefährlichkeit lässt sich mit solchen Ausführungen schwerlich belegen.

## V. Fazit

Die Frage nach der Definition des „anderen gefährlichen Werkzeugs“ i.S.v. § 244 Abs. 1 Nr. 1 lit. a 2. Alt. (und ebenso § 250 Abs. 1 Nr. 1 lit. a 2. Alt. und § 177 Abs. 3 Nr. 1 2. Alt.) bleibt auch nach der hier besprochenen Entscheidung weiterhin offen. Die in ihr zum Ausdruck kommende rigorose Ablehnung jeglicher subjektiver Einschränkungskriterien erweist sich jedenfalls als vorei-

<sup>48</sup> BGH 3 StR 246/07 Nr. 35 der Entscheidungsgründe.

lig. Überzeugende Kriterien für eine objektive Auslegung vermag der 3. Senat nicht zu benennen. Er zieht sich stattdessen auf die Position zurück, es sei in erster Linie Sache des Gesetzgebers, dem § 244 einen eindeutigen und präzisen Wortlaut zu geben, der eine widerspruchsfreie Auslegung ermöglicht.<sup>49</sup> Dass eine Neufassung des verunglückten Tatbestandes wünschenswert wäre, ist sicher richtig. In absehbarer Zeit dürfte damit aber kaum zu rechnen sein. Die durch die Rechtsprechung bis dahin vorzunehmende Präzisionsarbeit am Tatbestand darf jedoch nicht im Wege einer Einzelfalljudikatur erfolgen, die sich ihre Entscheidungsmaßstäbe je nach den Bedürfnissen des zu entscheidenden Sachverhalts ad hoc zusammenklaut. Der dringend einer restriktiven Konkretisierung bedürftige Begriff des „anderen gefährlichen Werkzeugs“ bei § 244 ist ein Musterbeispiel für die Notwendigkeit richterlicher Rechtsfortbildung. Es besteht daher kein Anlass, sich hinter einer angeblich unüberwindbaren Wortlautgrenze zu verschanzen. Der Rechtssicherheit ist mehr gedient, wenn sich der BGH endlich ein Herz fasst und sich zu klaren Leitlinien für die Auslegung dieses Tatbestandsmerkmals bekennt. Die dogmatische Vorarbeit hierfür ist längst geleistet und findet sich in der Literatur zu Genüge.

<sup>49</sup> BGH 3 StR 246/07 Nr. 32 der Entscheidungsgründe.

# Kirchensteuerbetrug und Steuerhinterziehung durch Ehegatten bei Zusammenveranlagung

## Anmerkung zu BGH HRRS 2008 Nr. 572

Regierungsdirektor Stefan Rolletschke, Alfter/Köln

Der BGH hat einmal mehr die Gelegenheit genutzt, „anlässlich“ eines konkreten Streitfalls (5 StR 547/07 = BGH HRRS 2008 Nr. 572) in Theorie und/oder Praxis umstrittene Rechtsfragen zu erörtern.

## I. Kirchensteuerhinterziehung / Kirchensteuerbetrug

Die Landeskirchensteuergesetze verweisen in Bezug auf das anzuwendende Verfahrensrecht auf die Abgabenordnung. Regelmäßig wird in dieser Verweisung aber ausdrücklich die Anwendbarkeit des dortigen Achten Teils (Straf- und Bußgeldvorschriften, Straf- und Bußgeldverfahren) ausgenommen (vgl. z.B. § 8 Abs. 2 KiStG NRW). Eine Ausnahme hierzu bildet das Land Niedersachsen, das in § 6 Abs. 1 KiStRG Nds. lediglich die Anwendbarkeit der verfahrensrechtlichen Vorschriften (§§ 385 bis

412 AO) ausschließt. Die Hinterziehung von Kirchensteuer ist dort also als „Kirchensteuerhinterziehung“ (§ 370 AO) strafbar. Aus dem in den übrigen Bundesländern erfolgten Ausschluss der Strafbarkeit der „Kirchensteuerhinterziehung“ folgert ein Großteil der Literatur<sup>1</sup> auch die Straflosigkeit des „Kirchensteuerbetrugs“ (§ 263 StGB).

Der 5. Senat konnte diese Frage im Streitfall zwar dahin stehen lassen, da der Vorwurf der Kirchensteuerhinterziehung (das LG hatte im Land NRW wegen Kirchensteuerhinterziehung verurteilt!) mit Zustimmung des Generalbundesanwalts von der Strafverfolgung ausgenommen worden war (§ 154a Abs. 2 StPO). Gleichwohl wies der Senat darauf hin, dass neben dem Wortlaut des

<sup>1</sup> Vgl. statt aller Kohlmann, Steuerstrafrecht, Loseblattsammlung, § 386 Rn. 16; Rolletschke/Kemper, Steuerverfehlungen, Loseblattsammlung, § 386 Rn. 19.

§ 386 Abs. 2 Nr. 2 AO die Gesetzesmaterialien<sup>2</sup> für die Anwendbarkeit des Betrugstatbestandes sprächen. Da ein Ausschluss der Anwendbarkeit des Betrugstatbestandes durch den Landesgesetzgeber<sup>3</sup> grundsätzlich nicht mit Art. 74 Abs. 1 Nr. 1, Art. 72 Abs. 1 GG vereinbar sei, lasse sich eine „dogmatisch saubere“ Lösung nur über die Annahme einer strafrechtlichen Gesetzgebungskompetenz der Länder gewissermaßen als Annex zu ihrer Gesetzgebungskompetenz auf dem Gebiet der Kirchensteuer finden. Dies lasse sich mit einer vom Wortlaut abweichenden modifizierenden Auslegung des Art. 4 Abs. 3 EGStGB (als Ausnahme von der verfassungsrechtlich vorgegebenen Kompetenzabgrenzung) begründen.<sup>4</sup>

## II. Körperschaftsteuerhinterziehung / Gewerbsteuerhinterziehung

Die Ausführungen des 5. Senats zur Berechnung der Körperschaftsteuerverkürzung sowie der Gewerbesteuerverkürzung wegen verschwiegener verdeckter Gewinnausschüttung werfen einmal mehr ein Schlaglicht auf gelegentlich anzutreffende Strafurteile. Bei der sich nach altem Recht (Anrechnungsverfahren) zu beurteilenden Körperschaftsteuerhinterziehung wäre – neben dem Betriebsabgabenabzug der zusätzlich geschuldeten Gewerbesteuer – die Herstellung der 30 %-igen Ausschüttungsbelastung zu berücksichtigen gewesen. Ebenso wäre bei der Berechnung der Gewerbesteuerverkürzung zu beachten gewesen, dass die zusätzlich anfallende Gewerbesteuerschuld als weitere Betriebsausgabe ihre eigene Bemessungsgrundlage mindert.<sup>5</sup>

## III. Einkommensteuerhinterziehung

Ob eine kleine „Randbemerkung“ des 5. Senats die ihr zukommende Beachtung finden wird, bleibt freilich abzuwarten. In Bezug auf die mittäterschaftliche Verurteilung der Ehegattin führt der Senat aus, die bloße Mitunterzeichnung der Steuererklärung bei gemeinsamer Veranlagung (§ 26b EStG) durch den Ehegatten führe nicht bereits für sich genommen zu dessen Strafbarkeit (vgl. BFHE 198, 66). Vielmehr seien die allgemeinen Regeln über die mittäter- oder gehilfenschaftliche Beteiligung anzuwenden. Eine Zurechnung an die Angeklagte hätte die Feststellung erfordert, dass das Verschweigen dieses Betrages dem gemeinsamen Tatplan entsprach.

Mit diesen Ausführungen verwirft der 5. Senat zunächst die Überlegungen, der eine Steuererklärung mitunterzeichnende Ehegatte begehe auch dann eine eigenhändige Steuerverhinderung i.S.d. § 370 Abs. 1 Nr. 1 AO, wenn die den anderen Ehegatten betreffenden Angaben unzutreffend sind, weil sich seine Erklärungspflicht auch

auf die Besteuerungsgrundlagen des anderen Ehegatten erstrecke.<sup>6</sup>

Umgekehrt betont der Senat jedoch die Anwendbarkeit der allgemein-strafrechtlichen Grundsätze zu Täterschaft und Teilnahme.<sup>7</sup> Dies hatte seinerzeit zwar auch der BFH, dessen Urteil vom 16.4.2002<sup>8</sup> der 5. Senat in Bezug nimmt. Die Frage, ob das bloße Mitunterzeichnen geeignete Beteiligungshandlung ist, umschiffte der BFH dort jedoch durch Bezugnahme auf ein im Original weder argumentativ unterlegtes noch anderweitig untermauertes Postulat aus *Klein*, AO, 7. Aufl. 2000, § 370 Rn. 121: „Gehen die Beiträge über das Mitunterzeichnenden der gemeinsamen Steuererklärung hinaus, unterstützt er z.B. den anderen Ehegatten aktiv bei seiner Tat, falsche Angaben zu machen, so nimmt er an dem Delikt teil.“ Bei der Beantwortung dieser Frage ist indes zu berücksichtigen, dass an eine geeignete Beihilfehandlung i.S.d. § 27 StGB bzw. an eine mittäterschaftsbegründende Tatherrschaft i.S.d. § 25 Abs. 2 StGB keine allzu hohen Anforderungen gestellt werden. Die Unterschriftsleistung ist äquivalent kausal für den konkreten Taterfolg i.S. einer geeigneten Beihilfehandlung. Selbst wenn man für die Wahl der Zusammenveranlagung die Unterschriften beider Ehegatten für entbehrlich halten sollte,<sup>9</sup> ist jede der beiden Unterschriften jedenfalls alternativ kausal. Sie können zwar alternativ, nicht aber kumulativ hinweg gedacht werden, ohne dass der konkrete Erfolg (sprich die Steuerfestsetzung unter Zugrundelegung des Ehegatten-Splitting-Tarifs) entfällt. Die Mitunterzeichnung ist auch tatherrschaftsbegründend, da die mit den Unterschriften beider Ehegatten versehene Steuererklärung jedenfalls insoweit ohne Beanstandungen im Finanzamt durchläuft. Würde die Steuererklärung nur die Unterschrift eines Ehegatten tragen, würde zumindest ein Restrisiko finanzbehördlicher Nachforschungen oder Nachfragen bestehen (vgl. § 26 Abs. 2 Satz 2 EStG: eine Zusammenveranlagung setzt die Wahl der Veranlagungsform durch beide Ehegatten voraus).<sup>10 11</sup> Erforderlich bleibt freilich – worauf der Senat ausdrücklich hinweist – die Feststellung der jeweiligen subjektiven Tatseite.<sup>12</sup>

Der in der Literatur erhobene Einwand, man bringe den Ehegatten bei einer Strafbewehrung der bloßen Mitun-

<sup>2</sup> Vgl. BT-Drucks. IV/2476 S. 18; BT-Drucks. V/1812 S. 29.

<sup>3</sup> Wie etwa von *Kohlmann*, *Steuerstrafrecht*, Loseblattsammlung, § 386 Rn. 16, angenommen.

<sup>4</sup> So bereits *Randt* in *Franzen/Gast/Joecks*, *Steuerstrafrecht*, 6. Aufl., § 386 Rn. 21a.

<sup>5</sup> Vgl. *Muhler*, *wistra* 2001, 89.

<sup>6</sup> So BFH, Urt. v. 24.07.1997 – I R 62/95, BStBl. II 1997, 155, sowie unter Bezugnahme auf diese Entscheidung *Reichle*, *wistra* 1998, 61, und *Rolletschke*, *DStZ* 1999, 216.

<sup>7</sup> In diesem Sinne auch BFH, Urt. v. 16.04.2002 – IX R 40/00, BFHE 198, 66 = *wistra* 2002, 353; LG Lübeck, Urt. v. 02.03.2004 – 6 KLS (5104) 720 Js 57331/03, n.v.

<sup>8</sup> IX 40/00, BFHE 198, 66 = *wistra* 2002, 353.

<sup>9</sup> Vgl. BFH, Urt. v. 26.03.1985 – VIII 225/83, BStBl. II 1985, 603.

<sup>10</sup> Vgl. dazu im Einzelnen *von der Aa*, *Die steuerstrafrechtliche Behandlung des einkommenslosen Ehegatten bei der Zusammenveranlagung*, Diss. Münster (2001), S. 79 ff, 88 f.

<sup>11</sup> Vgl. *Rolletschke/Kemper*, *Steuerverfehlungen*, Loseblattsammlung, § 370 Rn. 35.

<sup>12</sup> Vgl. *Rolletschke/Kemper*, *Steuerverfehlungen*, Loseblattsammlung, § 370 Rn. 37, 39.

terzeichnung in große Konfliktslagen,<sup>13</sup> ist zwar vorder-

<sup>13</sup> So etwa Franzen/Gast/Joeks, *Steuerstrafrecht*, 6. Aufl. (2005), § 370 Rn. 249a; Burkhard, *PStR* 1998, 120, *DStZ* 1998, 829, *StB* 2001, 47, *StraFo* 2002, 345; *Tormöhlen*, *wistra* 2000, 406; Müller, *AO-StB* 2005, 14.

gründig nachvollziehbar. Er lässt sich jedoch nicht unter die gängigen Rechtfertigungsgründe (Nottand, Pflichten-kollision) oder Entschuldigungsgründe (Unzumutbarkeit normgemäßen Verhaltens, Notstand) fassen.<sup>14</sup>

<sup>14</sup> Vgl. dazu im Einzelnen *Rolletschke*, *DStZ* 1999, 216.

## Aufsätze und Anmerkungen

# Objektive Zurechnung bei eigenverantwortlicher Selbstgefährdung?

## Überlegungen zur strafrechtlichen Verantwortlichkeit von Berglauf-Veranstaltern für Schäden der Wettkampfteilnehmer

Von Milan Kuhli, M.A., Assessor, Wissenschaftlicher Mitarbeiter an der Johann Wolfgang Goethe-Universität Frankfurt am Main\*

### I. Problemaufriss

Ein Ereignis aus jüngster Zeit scheint die Problematik der objektiven Zurechnung bei eigenverantwortlicher Selbstgefährdung erneut zu aktualisieren: Am 13. Juli 2008 sterben beim „8. Internationalen Zugspitz Extremberglauf“ zwei der Teilnehmer nach einem Wetterumschwung unterhalb des Gipfels der Zugspitze. Der Obduktionsbericht ergab, dass zumindest bei einem der beiden Läufer eine Unterkühlung die Todesursache war. Der alljährliche Wettkampf, an dem in diesem Jahr rund 600 Läufer teilnahmen, führte über eine Distanz von 16,1 km und einen Höhenunterschied von 2100 Meter auf den Gipfel der Zugspitze. Bereits beim Start hatte starker Regen eingesetzt, der mit zunehmender Höhe allmählich in Schnee überging. Hatte die Temperatur am Start noch rund 13 Grad Celsius betragen, so sank sie bis zum Gipfel auf den Gefrierpunkt. Die meisten der Teilnehmer waren nur mit kurzen Hosen und T-Shirts bekleidet, die seit dem Start aufgrund des Regens völlig durchnässt waren. Der Schnee, die Kälte und noch dazu ein allmählich einsetzender eisiger Wind führten bei vielen Sportlern im Verlauf des Rennens zu starken Unterkühlungen. Wenige hundert Höhenmeter unterhalb des Gipfels brachen mehrere Läufer zusammen und mussten teilweise von Helfern reanimiert werden. Bei zwei von ihnen kam jede Hilfe zu spät.<sup>1</sup>

\* Der Verfasser ist Wissenschaftlicher Mitarbeiter von Prof. Dr. Klaus Günther (Lehrstuhl für Rechtstheorie, Strafrecht und Strafprozessrecht) in dessen Funktion als Sprecher des Exzellenzclusters „Die Herausbildung normativer Ordnungen“.

Jenseits dieser Fakten sind viele Sachverhaltsfragen zum jetzigen Zeitpunkt noch nicht geklärt, wie zum Beispiel die Frage, ob und inwieweit die extremen Wetterbedingungen für den Veranstalter und die Teilnehmer vorhersehbar waren. Eine abschließende strafrechtliche Beurteilung verbietet sich daher an dieser Stelle. Jedoch ist der vorliegende Fall ein anschauliches Beispiel für die Besonderheiten von Wettkampfsituationen, was dazu Anlass gibt, diese aus strafrechtlicher Perspektive näher zu beleuchten. Konkret geht es dabei um die Frage, ob ein Wettkampfanstalter in vergleichbaren Situationen unter bestimmten Umständen für Schäden strafrechtlich zur Verantwortung gezogen werden kann, welche die Teilnehmer während des Wettkampfes erleiden. Regelmäßig werden insoweit nur Fahrlässigkeitsdelikte in Betracht kommen, so zum Beispiel – je nach Fallgestaltung – die Tatbestände der fahrlässigen Tötung gemäß § 222 StGB oder der fahrlässigen Körperverletzung nach § 229 StGB.

Der Unrechtstatbestand eines jeden fahrlässigen Erfolgsdelikts bildet sich aus den Bestandteilen der Kausalität zwischen Handlung und Erfolg, der objektiven Zurech-

<sup>1</sup> Zum Sachverhalt vgl.: *Frankfurter Allgemeine Zeitung* vom 16. Juli 2008, S. 11 (Artikel: Im Körperkern fehlte des Blut. Warum zwei Sportler beim Lauf auf die Zugspitze starben); <http://www.stern.de/politik/panorama/:Extrem-Berglauf-Todesdrama-Zugspitze/626990.html> [16. Juli 2008]; [http://www.nzz.ch/nachrichten/panorama/ermittlungen\\_wegen\\_todesfaellen\\_an\\_der\\_zugspitze\\_1.783614.html](http://www.nzz.ch/nachrichten/panorama/ermittlungen_wegen_todesfaellen_an_der_zugspitze_1.783614.html) [17. Juli 2008]; <http://www.br-online.de/aktuell/zugspitze-extremberglauf-unglueck-ID1216014876233.xml> [17. Juli 2008].

nung sowie der objektiven Sorgfaltspflichtverletzung.<sup>2</sup> Während in Fällen der vorliegenden Art von den genannten drei Fahrlässigkeitsmerkmalen die Ursächlichkeit zwischen der Veranstaltung des Wettkampfes und dem Schadenseintritt regelmäßig zu bejahen sein wird und die objektive Sorgfaltspflichtverletzung eine Frage des Einzelfalls ist, wirft das Merkmal der objektiven Zurechnung Probleme grundsätzlicher Art auf. Es stellt sich hier die Frage, ob nicht ein Fall der eigenverantwortlichen Selbstgefährdung der Sportler vorliegt, durch den die objektive Zurechnung grundsätzlich auszuschließen wäre.

## II. Grundsätzliches zur objektiven Zurechnung bei eigenverantwortlicher Selbstgefährdung

Objektive Zurechnung ist ein Wertungskriterium, mit dem Verantwortungsbereiche abgegrenzt werden. Im Sinne einer Grundformel ist ein tatbestandlicher Erfolg dem Täter dann objektiv zurechenbar, wenn dieser eine Gefahr qualifizierter Art geschaffen oder erhöht hat, die sich im Erfolg realisiert.<sup>3</sup> Andere Stimmen verlangen der Sache nach gleichbedeutend die Erfolgsverwirklichung eines vom Täter geschaffenen unerlaubten Risikos.<sup>4</sup>

Zu Recht soll eine objektive Zurechnung im Bereich der Körperverletzungs- und Tötungsdelikte grundsätzlich dann ausgeschlossen sein, wenn der Täter lediglich eine eigenverantwortliche Selbstgefährdung veranlasst, ermöglicht oder fördert, die sich im Verletzungserfolg realisiert.<sup>5</sup> In dem sogenannten Heroinspritzenfall aus dem Jahre 1984 stellte der Bundesgerichtshof hierzu fest: „Eigenverantwortlich gewollte und verwirklichte Selbstgefährdungen unterfallen nicht dem Tatbestand eines Körperverletzungs- oder Tötungsdelikts, wenn das mit der Gefährdung bewusst eingegangene Risiko sich realisiert. Wer lediglich eine solche Selbstgefährdung veranlasst, ermöglicht oder fördert, macht sich nicht wegen eines Körperverletzungs- oder Tötungsdelikts strafbar“<sup>6</sup> – ein Grundsatz, der in der Folgezeit in einer Vielzahl gerichtlicher Entscheidungen bestätigt wurde und mittlerweile als gefestigte Rechtsprechung bezeichnet werden darf.<sup>7</sup>

Der Bundesgerichtshof begründete dabei sein Ergebnis mit einem zweifachen Erst-Recht-Schluss aus den Wertungen der Körperverletzungs- und Tötungsdelikte des StGB. Ausgangspunkt der Überlegungen ist die Tatsache, dass taugliches Tatobjekt dieser Bestimmungen nur eine vom Täter verschiedene Person sein kann. Wenn demnach der Suizid und die Selbstverletzung prinzipiell straflos sind, kann es wegen des Grundsatzes der Akzessorie-

tät mangels vorsätzlicher und rechtswidriger Haupttat auch keine strafbare Teilnahme an einer Selbsttötung oder -verletzung geben. Wenn dies aber so ist, müsse dies erst recht – so die erste Schlussfolgerung des Bundesgerichtshofs – für die fahrlässige Verursachung einer Selbsttötung oder Selbstverletzung gelten; ein anderes Ergebnis verstieße gegen das in § 15 und § 18 StGB zum Ausdruck kommende Stufenverhältnis zwischen den Schuldformen des Vorsatzes und der Fahrlässigkeit. Und wenn schließlich die fahrlässige Unterstützung einer Selbsttötung oder Selbstverletzung straffrei sein soll, so habe dies erst recht – zweite Schlussfolgerung – für die fahrlässige Unterstützung einer freiverantwortlichen Selbstgefährdung zu gelten, die sich letztlich im Verletzungserfolg verwirklicht.<sup>8</sup>

Diese von der Systematik der Körperverletzungs- und Tötungsdelikte ausgehende Argumentation, die an eine Kritik *Schünemanns*<sup>9</sup> gegen die ältere entgegenstehende Rechtsprechung anknüpfte, wird heute von der Literatur teilweise befürwortet<sup>10</sup>, zum Teil jedoch auch als verfehlt betrachtet<sup>11</sup>. *Renzikowski* wendet zum Beispiel ein, diese Argumentation kollidiere mit der traditionellen Auffassung, welche in der Fahrlässigkeit kein *minus*, sondern ein *aliud* zum Vorsatz sieht.<sup>12</sup> Er leitet die grundsätzliche Straflosigkeit der Förderung eigenverantwortlicher Selbstgefährdungen aus einem Prinzip der Eigenverantwortlichkeit ab, welches seiner Meinung nach der „maßgebliche[...] Gesichtspunkt [ist], aus dem heraus die anderen Begründungen gehalten werden können.“<sup>13</sup> Dieses Prinzip geht von der These aus, dass jeder grundsätzlich nur für sein eigenes Verhalten verantwortlich ist, womit eine Abgrenzung verschiedener Risikosphären erreicht wird.<sup>14</sup> Zum Teil gibt es im Schrifttum auch Überschneidungen in der Begründung. So leitet *Roxin*, der den doppelten Erst-Recht-Schluss des Bundesgerichtshofs teilt, die Straflosigkeit letztlich aus dem Schutzzweck der Norm ab.<sup>15</sup> In ähnlicher Weise vertritt *Beulke* die Auffassung, dass der Schutzbereich einer Norm, die den Rechtsgutsinhaber vor Eingriffen Dritter bewahren soll, dort ende, wo der eigene Verantwortungsbereich des Betroffenen beginne.<sup>16</sup> Im Rahmen der oben genannten Grundformel der objektiven Zurechnung wird überwiegend das Vorliegen einer rechtlich relevanten Gefahr verneint.<sup>17</sup>

<sup>8</sup> BGHSt 32, 262, 263ff.

<sup>9</sup> *Schünemann* NStZ 1982, 60, 62; vgl. BGHSt 32, 262, 264.

<sup>10</sup> So z.B. *Kühl*, Strafrecht AT, 5. Aufl. (2005), § 4 Rn. 87.

<sup>11</sup> So z.B. *Renzikowski* JR 2001, 248ff.

<sup>12</sup> *Renzikowski* JR 2001, 248.

<sup>13</sup> *Renzikowski* JR 2001, 248, 249. Auch andere Autoren beziehen sich in ihrer Argumentation – teils zusätzlich – auf ein solches Prinzip, so z.B. *Kühl*, Strafrecht AT, 5. Aufl. (2005), § 4 Rn. 72: „Der Ausschluss der objektiven Zurechnung des Erfolges lässt sich zwar auch hier mit der fehlenden Gefahrrealisierung der Veranlasserhandlung umschreiben, doch wird der entscheidende Gesichtspunkt erst mit dem [...] Prinzip der Eigenverantwortlichkeit angesprochen“.

<sup>14</sup> Vgl. *Kühl*, Strafrecht AT, 5. Aufl. (2005), § 4 Rn. 84.

<sup>15</sup> *Roxin*, Zum Schutzzweck der Norm bei fahrlässigen Delikten, in: Lackner / u.a., Festschrift Gallas (1973), S. 241, S. 245; *Roxin*, Strafrecht AT 1, 4. Aufl. (2006), § 11 Rn. 107.

<sup>16</sup> *Wessels/Beulke*, Strafrecht AT, 37. Aufl. (2007), Rn. 186.

<sup>17</sup> So z.B. *SchSch-Lenkner/Eisele*, StGB, 27. Aufl. (2006), Vorbem §§ 13ff. Rn. 101b; *Wessels/Beulke*, Strafrecht AT, 37. Aufl. (2007), Rn. 186.

<sup>2</sup> *Wessels/Beulke*, Strafrecht AT, 37. Aufl. (2007), Rn. 664.

<sup>3</sup> *Kühl*, Strafrecht AT, 5. Aufl. (2005), § 4 Rn. 43.

<sup>4</sup> So z.B. *Roxin*, Strafrecht AT 1, 4. Aufl. (2006), § 11 Rn. 69.

<sup>5</sup> Vgl. BGHSt 32, 262ff.; BGH NStZ 1985, 25 (Leitsatz); PzOLG Zweibrücken NStZ 1995, 89, 90; *Wessels/Beulke*, Strafrecht AT, 37. Aufl. (2007), Rn. 186; *Kühl*, Strafrecht AT, 5. Aufl. (2005), § 4 Rn. 86.

<sup>6</sup> BGHSt 32, 262 (Leitsatz).

<sup>7</sup> Vgl. BGH NStZ 1984, 452; BGH NStZ 1985, 25, 26; BGH NStZ 1986, 266, 267; BGH NStZ 2001, 205; BGHSt 46, 279, 288; PzOLG Zweibrücken NStZ 1995, 89, 90.

Mögen die Begründungen demnach im Einzelnen divergieren, lässt sich jedoch zugleich festhalten, dass hinsichtlich des Ergebnisses – der Annahme, dass im Bereich der Körperverletzungs- und Tötungsdelikte<sup>18</sup> die Unterstützung einer eigenverantwortlichen Selbstgefährdung grundsätzlich nicht objektiv zurechenbar ist – nahezu Einigkeit herrscht. Unter Zugrundelegung dieses Ergebnisses ist im Folgenden daher zu fragen, ob die Teilnahme an wettkampfmäßig organisierten Bergläufen der vorliegenden Art eine die objektive Zurechnung abschließende eigenverantwortliche Selbstgefährdung darstellen kann.

### III. Die Teilnahme an Berglauf-Wettkämpfen als Fall der eigenverantwortlichen Selbstgefährdung?

Man muss sich vergegenwärtigen, dass Bergläufe der genannten Art eine extreme körperliche Herausforderung darstellen und aus diesem Grunde selbst im Amateurbereich regelmäßig nur von solchen Sportlern absolviert werden können, die über intensive Trainingsvorbereitungen verfügen – auch die beiden Todesopfer waren sehr trainierte Athleten. So gesehen kann man davon ausgehen, dass sich ein Sportler der physischen und psychischen Herausforderung bewusst ist, der er sich im Wettkampf zu stellen hat. Da jedenfalls Amateursportler außer ihrem persönlichen Ehrgeiz keinerlei sonstige Anreize für die Teilnahme an Wettkämpfen haben, kann unterstellt werden, dass ein jeder Teilnehmer eines solchen Berglaufs sich dem Grunde nach freiverantwortlich für die Teilnahme entschieden hat. Doch ehe dies abschließend beurteilt werden kann, bedarf der Begriff der *Freiverantwortlichkeit* – oder auch *Eigenverantwortlichkeit* – zunächst einer näheren Erläuterung.

Die insoweit umstrittene Frage, ob hinsichtlich des Maßstabs für das Vorliegen von Eigenverantwortlichkeit die für eine Fremdschädigung geltenden Exkulpationsregeln (§§ 20, 35 StGB, § 3 JGG) oder die strengeren Kriterien der Einwilligungsfähigkeit des Selbstschädigers anzuwenden sind<sup>19</sup>, dürfte hier jedoch von sekundärer Bedeutung sein. Es ist davon auszugehen, dass ein typischer Berglauf-Sportler gemessen an beiden Maßstäben eigenverantwortlich handelt. Relevanter dürfte vielmehr sein, ob der Läufer die Tragweite der Gefahren, die seine Teilnahme mit sich bringt, in ausreichendem Maße überblickt. Der Bundesgerichtshof urteilt in ständiger Rechtsprechung, dass objektive Zurechnung dann zu bejahen ist, wenn derjenige, der die Selbstgefährdung eines anderen unterstützt, erkennt, dass das Opfer die Tragweite seines Entschlusses zur Selbstgefährdung nicht überblickt.<sup>20</sup> Die Bejahung der objektiven Zurechnung lässt sich in diesen Konstellationen damit begründen, dass der Täter hier ein Risiko schafft, welches vom Willen des Opfers nicht mehr gedeckt ist.<sup>21</sup> Das Hervorrufen eines solchen unerlaubten Risikos ist jedenfalls immer dann gegeben, wenn der Täter kraft überlegenen Sachwissens die Gefahr des sich selbst gefährdenden Opfers besser erfasst als dieses.<sup>22</sup> Gemessen an diesem Maßstab wäre eine objektive Zurechnung hier in jedem Fall dann zu bejahen, wenn der Wettkampfveranstalter zu Beginn des Berglaufs einen Wissensvorsprung hinsichtlich der Wetterlage hatte. Dies ist jedoch eine Frage der Sachverhaltsermittlung und deshalb hier nicht näher zu beleuchten.

Zu untersuchen sind an dieser Stelle vielmehr die strafrechtlichen Konsequenzen für den Fall, dass der Veranstalter seine Kenntnisse von der konkreten Wetterlage an die Sportler weitergegeben hat – demnach also keinen Wissensvorsprung hatte –, und diese sich gleichwohl für die Teilnahme an dem Berglauf entschieden. Insoweit gilt es, die spezifische Situation eines Berglauf-Wettkampfes näher zu beleuchten, die sich von einem nicht unter Wettkampfbedingungen vorgenommenen Berglauf in zweierlei Weise unterscheidet. Zum einen birgt der Lauf unter Wettkampfbedingungen regelmäßig eine gewisse Gruppendynamik in sich. Der Wettkampf steigert den Ehrgeiz des Läufers, die sportliche Herausforderung bis zum Ende durchzustehen. So wurde im vorliegenden Fall in der Presse berichtet, viele der unterkühlten Läufer hätten von sich aus keine Hilfe bei den Streckenposten gesucht. Teilweise hätten diese die erschöpften Sportler ansprechen und zum Abbruch des Wettkampfes überreden müssen.<sup>23</sup> Zum zweiten ist die vorliegende Konstellation durch die Besonderheit gekennzeichnet, dass die Teilnahme an einem organisierten Berglauf den Läufern regelmäßig ein erhöhtes Maß an Sicherheit suggeriert. In der Tat mag ein Bergläufer, der alleine seinem Hobby nachgeht, bei aufziehendem Unwetter eher zur Umkehr bereit sein, als der Teilnehmer eines organisierten Laufs, an welchem 600 andere Sportler sowie unzählige Helfer

<sup>18</sup> Anerkannt ist, dass die im Bereich der Körperverletzungs- und Tötungsdelikte entwickelten Grundsätze der bewussten Selbstgefährdung im Bereich des Betäubungsmittelgesetzes eine Einschränkung erfahren können. Dies gilt z.B. für diejenigen Straftatbestände des BtMG, bei denen der Tod eines Menschen oder die Gefahr von Gesundheitsbeschädigungen infolge des Genusses von Betäubungsmitteln einen Strafschärfungsgrund darstellen, wie z.B. bei § 29 Abs. 3 Nr. 2 BtMG oder § 30 Abs. 1 Nr. 3 BtMG (BGHSt 37, 179, 181f.; vgl. BGH NStZ 2001, 205). In einem Beschluss vom 25. September 1990 führt der Bundesgerichtshof hierzu aus: „Schutzgut der betäubungsmittelrechtlichen Strafnormen sind nicht allein und nicht in erster Linie das Leben und die Gesundheit des einzelnen wie bei den §§ 211f., 222, 223ff. StGB. Vielmehr soll Schäden vorgebeugt werden, die sich für die Allgemeinheit aus dem verbreiteten Konsum vor allem harter Drogen und den daraus herrührenden Gesundheitsbeeinträchtigungen der einzelnen ergeben (Schutzgut ‚Volksgesundheit‘ [...]). Wegen ihrer abstrakten Gefährlichkeit für dieses komplexe und universelle, nicht der Verfügung des einzelnen unterliegende Rechtsgut sind die mannigfachen Formen des unerlaubten Umgangs mit Betäubungsmitteln unter Strafe gestellt. Bei der Beurteilung der Tathandlungen als gefährlich ist aber der Aspekt der Selbstgefährdung denknotwendig eingeschlossen“ (BGHSt 37, 179, 182).

<sup>19</sup> Vgl. zu diesem Streit: *Kühl*, Strafrecht AT, 5. Aufl. (2005), § 4 Rn. 88.

<sup>20</sup> Vgl. BGH NStZ 1986, 266 (Leitsatz).

<sup>21</sup> *Roxin*, Strafrecht AT 1, 4. Aufl. (2006), § 11 Rn. 113.

<sup>22</sup> BGHSt 32, 262, 265; BGH NStZ 1985, 25 (Leitsatz).

<sup>23</sup> [http://www.nzz.ch/nachrichten/panorama/ermittlungen\\_wegen\\_todesfaellen\\_an\\_der\\_zugspitze\\_1.783614.html](http://www.nzz.ch/nachrichten/panorama/ermittlungen_wegen_todesfaellen_an_der_zugspitze_1.783614.html) [17. Juli 2008].

(wie zum Beispiel Streckenposten) zugegen sind. In der Tat mag somit die konkrete Möglichkeit bestehen, dass die besondere Wettkampfsituation die Bereitschaft des einzelnen Läufers zum Abbruch bei Gefahr senkt.

Die Frage ist jedoch, ob eine solche Eigendynamik damit auch zur Konsequenz hat, dass dem Veranstalter des Wettkampfes Schäden, die aus dieser Eigendynamik resultieren, objektiv zuzurechnen sind. Mit anderen Worten: Führt die besondere Wettkampfdynamik dazu, ein eigenverantwortliches Handeln der Läufer *von vornherein* auszuschließen? Die Antwort hierauf ergibt sich aus dem für die Beurteilung des Vorliegens von Eigenverantwortlichkeit maßgebenden Zeitpunkt, was durch folgendes Beispiel verdeutlicht werden soll: Wenn T den O zu einem riskanten Fallschirmsprung überredet, bei dem dieser umkommt, würde man die Annahme einer eigenverantwortlichen Selbstgefährdung auch nicht von vornherein mit dem Argument ausschließen, O habe ab dem Zeitpunkt des Absprungs nur noch sehr eingeschränkte Handlungsalternativen besessen. Entscheidend muss also sein, ob O *im Zeitpunkt der Entscheidung zum Absprung* freiverantwortlich agierte und das Risiko des Sprungs in vollem Umfang überblickte. In gleicher Weise gestaltet sich die Situation auch im vorliegenden Fall: Relevant sind nicht die eventuell vorhandenen psychischen Hemmnisse während des Berglaufs, sondern die diesbezügliche Kenntnis im Zeitpunkt der Entscheidung zur

Wettkampfteilnahme. Die Tatsache, dass ein Berglauf, der wettkampfmäßig ausgetragen wird, aufgrund der Gruppendynamik und einer hohen subjektiven Sicherheitsempfindung der Teilnehmer zu einer vergleichsweise niedrigen Abbruchbereitschaft der Sportler und damit zu einem geänderten Risikokalkül führt, schließt somit nicht *per se* das Vorliegen einer eigenverantwortlichen Selbstgefährdung aus. Strafrechtlich relevante Auswirkungen kommen diesen Wettkampfbesonderheiten nur insoweit zu, als sich hieraus erhöhte Sorgfaltsanforderungen für den Veranstalter ergeben, deren Nichtbeachtung eine objektive Sorgfaltspflichtverletzung begründet.

### IV. Schlussbetrachtung

Es hat sich gezeigt, dass die Veranstaltung eines Berglaufs hinsichtlich der Frage einer eigenverantwortlichen Selbstgefährdung nach den üblichen Kriterien behandelt werden kann. Die Besonderheiten der Wettkampfsituation rechtfertigen insoweit keine Ausnahme. Im Falle der Schädigung von Wettkampfteilnehmern wird sich hinsichtlich des Veranstalters die Frage der objektiven Zurechnung im Wesentlichen danach entscheiden, inwieweit er die Teilnehmer über ihm bekannte Risiken aufgeklärt hat. Tut er dies in ausreichendem Maße, so ist für das Strafrecht regelmäßig kein Raum.

Dokumentation

## Verfahrensdokumentation

In dieser Ausgabe kein Eintrag.

Schrifttum

## Schrifttum

**Dieter Dölling/ Gunnar Duttge/ Dieter Rössner (Hrsg.): Gesamtes Strafrecht – Handkommentar. StGB; StPO; Nebengesetze, 1. Aufl., Nomos, Baden-Baden 2008, ISBN 978-3-832-92340-2, 3290 S., 118,00 EUR.**

**I.** Vorliegend anzuzeigen ist der dritte Kommentar aus dem Hause Nomos, der sich (in diesem Fall muss man

ergänzen: zumindest zum überwiegenden Teil) dem StGB widmet: Neben dem (mittlerweile in gebundener Form vorliegenden, vgl. dazu die Besprechung bei *Kudlich* HRRS 2006, 74 ff.) klassischen „Nomos-Kommentar“ und dem LPK von Kindhäuser ist nunmehr auch der Kommentar zum „Gesamten Strafrecht“ erschienen, in welchem unter der Herausgeberschaft von *Dölling, Duttge* und *Rössner* insgesamt 47 Autoren (sowie zusätzlich eine Reihe weiterer Mitautoren, die in der offiziellen Liste nicht genannt sind, aber als Co-Bearbeiter aufgeführt

werden) das StGB, die StPO, das GVG sowie eine Reihe von Nebengesetzen in einem Band kommentieren.

Die große Autorenzahl ist – das ist wenig überraschend, soll aber auch nicht verhehlt werden – mit Blick auf die Einheitlichkeit der Kommentierung (und zwar weniger hinsichtlich der inhaltlichen Abstimmung als vielmehr mit Blick auf Kommentierungsstil und -niveau) nicht unproblematisch, aber in gewissen Grenzen unvermeidbar. Anders als historisch gewachsene Werke, die bereits einen von einer Person nur im Ausnahmefall zu erbringenden zeitlichen Einsatz allein für die Aktualisierung benötigen, ist ein neues Verfassen eines solchen Kommentars ab einem bestimmten Umfang für einen oder zwei Autoren praktisch wohl überhaupt nicht mehr vorstellbar. Dies gilt erst recht, wenn so heterogene Materialien behandelt werden wie im vorliegenden Kommentar zum „Gesamten Strafrecht“. Im vorliegenden Band freilich ist die Zahl der Bearbeiter gemessen an Umfang bzw. Ausführlichkeit der Kommentierung dann vielleicht doch bemerkenswert groß geraten, was zu einer gewissen Zersplitterung sowie dazu geführt hat, dass einzelne Autoren nur extrem kleine Pakete bearbeiten. Der Bearbeiterstab erstreckt sich hier von profilierten Hochschullehrern bis zu Praktikern oder wissenschaftlichen Mitarbeitern, die bislang wissenschaftlich jedenfalls noch wenig in Erscheinung getreten sind. Auch das Niveau der Kommentierung ist heterogen (womit freilich nicht gesagt sein soll, dass die „bislang weniger bekannten“ Kommentatoren ihre Teile stets weniger gut bearbeitet hätten!). Menge und Auswahl der Verfasser legen damit den Verdacht zumindest nahe, dass es während der Konzeption bzw. Entstehungsphase des Kommentars zum einen oder anderen „Ausfall“ gekommen ist, der aus dem vorhandenen Stab nicht ohne weiteres kompensiert werden konnte, so dass der Bearbeiterkreis teilweise etwas unorganisch ausgedehnt werden musste.

**Abs. 2.** Dezidiert nicht in den Mittelpunkt dieser Besprechung gestellt werden sollte eigentlich die Frage, „wozu?“ es noch einen zusätzlichen Strafrechtskommentar denn „geben müsse“. Ob für ein neues Werk – egal ob Lehrbuch oder Kommentar – ein Bedarf besteht bzw. dieser bestehende Bedürfnisse besser erfüllen kann, wird der Markt in der Zukunft zeigen. Gleichwohl: Üblicherweise wird ein so umfangreiches Projekt angegangen, weil man besondere Ansprüche an sich selbst stellt und meint, die traditionelle Informationsverarbeitung besser bewerkstelligen zu können als die bisher erschienenen Konkurrenzwerke, oder aber man hat ein gänzlich neues Konzept vor Augen. Den ersten Fall tatsächlich prognostizieren zu können ist schwierig (und ihn gegebenenfalls auch zu nennen, wäre sehr mutig); nicht zufällig steht beim vorliegenden Projekt daher der zweite Grund im Mittelpunkt: Die neue Konzeption eines Kommentars zum „Gesamten Strafrecht“, wie sie auch im Vorwort von Herausgebern und Verlag maßgeblich betont wird.

Die gemeinsame Bearbeitung der beiden zentralen Gesetze (sowie noch einiger weiterer nebenstrafrechtlicher Auszüge) ist gewiss eine Neuerung, und der Nomos Verlag kann sich insoweit bereits auf das gelungene Pilotwerk eines gemeinsamen Kommentars zur VwVfG und VwGO stützen. Ungeachtet der Tatsache, dass es selbstverständlich zwischen materiellem und prozessua-

lem Recht auch im Strafrecht diverse Verknüpfungen und damit in den Kommentierungen erforderliche Querverweise gibt, ist jedoch der Nutzen einer gemeinsamen Kommentierung nicht so offensichtlich wie im Verwaltungsrecht, in dem zentrale Begrifflichkeiten ja nicht zuletzt mit Blick auf den gerichtlichen Rechtsschutz definiert werden. Vergleicht man ferner den vorliegenden Kommentar mit den in der Praxis verbreiteten „Referenzwerken“ aus dem Beck Verlag (*Fischer* und *Meyer-Goßner*), so wird deutlich, dass beide zusammen (bei einer einmal geschätzten ungefähr gleichen Textmenge pro Seite) doch deutlich umfangreicher sind (insgesamt ca. 4614 S. (ohne Anhänge) gegenüber ca. 3175 S. reiner Text, d.h. im Einzelnen ca. 2545 S. Text gegenüber 1750 S. für das StGB und 1764 S. gegenüber ca. 1420 S. für StPO und GVG). Bei diesem Unterschied wird man auch gemessen am reinen Umfang den insgesamt höheren Preis für beide Kommentare zusammen (146,00 EUR) gegenüber den 118,00 EUR für den *Dölling/Duttge/Rössner* gut rechtfertigen können. Vergleicht man den Kommentar dagegen mit einer „Kombination“ aus *Lackner/Kühl* und *Pfeiffer* (was von der Seitenzahl her stimmig ist, allerdings dürften hier die Beck Kommentare weniger Text auf den einzelnen Seiten haben), ist das neue Gesamtwerk mit 118,00 EUR gegenüber 109,00 EUR sogar etwas teurer. Auch eine größere Homogenität der Darstellung, wie sie zumindest mittelbar im Vorwort angedeutet wird („Kommentierung des materiellen Strafrechts und des Prozessrechts aus einer Hand“) kann bei den o.g. 47 Autoren kaum angenommen werden.

**III.** Als echte Neuerung und zusätzliches Plus könnte dementsprechend nur noch die Einbeziehung nebenstrafrechtlicher Vorschriften ins Gewicht fallen. Indes fällt auch hier die Bilanz unterschiedlich aus. Teilweise bringt die „Kommentierung“ der Vorschriften über ihre bloße Nennung hinaus nicht wesentlich mehr als in den Vergleichswerken an der entsprechenden Stelle und in diesem Kontext ohnehin auch geschrieben wird: So ist das Züchtigungsrecht mit seinen durch die mehrfache Neufassung des § 1631 BGB verbundenen Problemen in der „Kommentierung zu § 1631 BGB“ durch *Duttge* (Vor §§ 32 – 35 Rn. 23 und 24) keinesfalls ausführlicher behandelt als bei *Fischer* (dort § 223 Rn. 16 – 19). Das soll erst einmal keine Bewertung der Qualität oder Sinnhaftigkeit sein – möglicherweise sind für den Rechtsanwender für den ersten Zugriff die Ausführungen *Duttges* ganz hinreichend; es wird nur deutlich, dass das bloße Ausflaggen als „eigenständige Kommentierung in der Kommentierung“ nicht notwendig zu einer Vertiefung führen muss.

Auch die Auswahl der Vorschriften wirkt mitunter etwas willkürlich: So ist die doch nur für wenige Nutzer relevante Vorschrift der Depotunterschlagung (§ 34 DepotG) – wengleich knapp – mitkommentiert, nicht jedoch die extrem praxisrelevante Vorschrift des § 370 AO. Diese etwas willkürlichen Auswahlvorgänge lassen sich auch nicht generell (wie im soeben genannten Beispiel) durch das Vorliegen oder Fehlen von „Sachzusammenhängen“ begründen; gemessen daran, hätten im Zusammenhang mit den §§ 283 ff. StGB gewiss auch die Insolvenzverfahrenverschleppungsdelikte (und sei es auch nur exemplarisch an der besonders wichtigen Vorschrift des § 84 Abs.

1 Nr. 2 [i.V.m. § 64 Abs. 1] GmbHG) erörtert werden können. Auch hier gilt wieder: Man darf diese Kritik nicht überbewerten, da die Willkür bei der Auswahl wohl zum Teil unvermeidbar ist; es wird aber deutlich, dass kaum eine repräsentative Auswahl des mitbehandelten Nebenstrafrechts gefunden werden konnte.

Freilich soll hier auch nicht mit Positivbeispielen gegeizt werden: Für den Strafverteidiger in der praktischen Anwendung ist es sicher hilfreich, wenn *Quarch* in seiner Kommentierung zu § 315c auch die Vorschrift des § 21 StVG (Fahren ohne Fahrerlaubnis) einschließlich der Problematik der Fahrerlaubnis aus einem anderen EU-Mitgliedsstaat („Führerscheintourismus“) behandelt (wobei freilich die Entscheidung des EuGH vom 26.06.2008 nicht mehr berücksichtigt werden konnte). Auch die Behandlung des § 105 JGG durch *Verrel* im Rahmen des § 19 StGB bringt unter Berücksichtigung der gebotenen Kürze viel und für den Rechtsanwender einen instruktiven ersten Zugriff. Grenzen der Sinnhaftigkeit einer solchen „internen Kommentierungstechnik“ zeigt dagegen die Behandlung des § 109 JGG, der an drei unterschiedlichen Stellen „kommentiert“ wird.

**IV.** Im Übrigen, d.h. hinsichtlich einer Bewertung der einzelnen Kommentierungen, ist es durchaus schwer, ja wahrscheinlich sogar unmöglich, allen Bearbeitern angesichts ihrer Heterogenität und der Vielzahl der von ihnen behandelten Themen gerecht zu werden. Greift man einmal willkürlich drei zentrale Bereiche aus dem Straf- und Strafprozessrecht heraus, so sind die akribischen, mit dem von ihm gewohnten Fleiß in den Nachweisen verfassten Kommentierungen von *Duttge* in diversen zentralen Bereichen des StGB (so bei Vorsatz und Fahrlässigkeit, bei den Notrechten, im gesamten Bereich von Diebstahl, Raub und Erpressung sowie im Betrug u.a.) nicht nur eine zuverlässige Quelle des Meinungsstandes, sondern zeigen in der Fülle von Kommentierungen zu Kernbereichen des Strafgesetzbuches auch die breite Ausrichtung des Verfassers. Die Systematisierung des Rechts der Beweisverwertungsverbote, welche *Jäger* im Rahmen der Kommentierung der §§ 133 ff. StPO (vielfach im Anschluss an seine Habilitationsschrift) unternimmt, bietet ebenfalls nicht nur einen soliden Überblick, sondern auch ein beachtliches Maß an wissenschaftlicher Systematisierung (welche es als etwas schade erscheinen lässt, dass dieser Autor nicht noch mehr Vorschriften, gerade auch in seiner Paradedisziplin, dem materiellen Strafrecht, übernommen hat).

Dagegen sind z.B. diverse Kommentierungen des Versuchs doch relativ apodiktisch geraten, so wenn etwa in § 22 Rn. 12 am Ende nur pauschal darauf hingewiesen wird, dass im Rahmen des Tatenschlusses beim Versuch hinsichtlich der Irrtümer die gleichen Grundsätze gelten würden wie beim vollendeten Delikt (was in dieser Form nicht einmal ganz zutreffend ist, da es für den Tatenschluss z.B. keine Rolle spielt, ob bei einem *error in persona vel objecto* tatbestandliche Gleichwertigkeit zwischen dem vorgestellten und dem anvisierten Objekt vorliegt); auch die Ausführungen zum abergläubischen Versuch (§ 23 Rn. 9) oder aber zur Abgrenzung zwischen untauglichem Versuch und Wahndelikt (§ 23 Rn. 10) bleiben doch mehr oder weniger deutlich hinter dem zurück, was etwa *Fischer* (dort § 23 Rn. 9 bzw. § 22 Rn. 51 – 54) zu

diesem Thema liefert; dies mag man für den eher seltenen Fall des abergläubischen Versuches ohne weiteres hinnehmen – die Abgrenzung zwischen strafbaren Versuchen und straflosen Wahndelikten spielt dagegen eine durchaus große Rolle, und gerade wenn ein Kommentar sich zum Ziel setzt, auch das Nebenstrafrecht mit einzu beziehen, hätte auf diese dort besonders wichtige Materie näher eingegangen werden können.

Auch im Übrigen ist die Kommentierung – naturgemäß – nicht vor „Geburtsfehlern“ gefeit: So nennt etwa *Jäger* in seiner (im Übrigen empfehlenswerten, vgl. oben) Kommentierung der Beweisverwertungsverbote (Vor §§ 133 ff. Rn. 6) als Beispiele für gesetzlich explizit angeordnete Beweisverwertungsverbote die §§ 100b Abs. 5, 6 und 98b Abs. 3 S. 3 StPO, welche in der seit 01.01.2008 geltenden Fassung der StPO in dieser Form gerade nicht mehr gelten (und nunmehr im Wesentlichen im § 477 Abs. 2 StPO aufgegangen sind).

Das gerade in der jüngeren Vergangenheit kontrovers diskutierte Problem der Rügeverkümmern nach Protokollberichtigung scheint vollständig zu fehlen, jedenfalls findet sich kein Nachweis dazu unter Stichworten wie „Rügeverkümmern“, „Berichtigung“, „Protokollberichtigung“ (wo nur auf § 168a StPO verwiesen wird) oder „Beweiskraft“. Auch in der nur eine (!) Randnummer zählenden Kommentierung zu § 274 StPO und in derjenigen zu § 271 StPO ist das Problem nicht erwähnt. Sollte es gleichwohl irgendwo im Kommentar stehen und vom Rezensenten nur – was er bedauern würde – übersehen worden sein, würde das an der Kritik nicht viel ändern – denn wo, außer an den genannten Stellen bzw. unter den erwähnten Stichworten sollte man als Benutzer des Kommentars danach suchen?

**V.** Die vorhergehenden Ausführungen machen deutlich, dass das Fazit zum neuen Kommentar zum „Gesamten Strafrecht“ gemischt ausfällt: Die inhaltlich von ihm ausgehenden neuen Impulse halten sich doch in Grenzen und das Konzept einer „integrierten Kommentierung“ erscheint bisherigen Kommentaren nur bedingt überlegen. Andererseits sollte man auch nicht ungerecht sein: Vieles von dem, was hier bemängelt wurde, sind schlicht „Geburtsfehler“, die bei einem neuen Werk immer auftreten können und die in Folgeauflagen ohne weiteres behebbar sind. Dass sich die Literaturobduwertung vielfach auf einzelne Entscheidungen sowie auf Konkurrenzwerke beschränkt, mag dem Umfang und den Interessen des raschen Nutzers geschuldet sein. Und eine gewisse Praktikabilität einer Zusammenfassung diverser Materien in einem einzigen Band wird man insbesondere für denjenigen Benutzer, der wenig Spezialliteratur zur Verfügung hat, kaum leugnen können. Möglicherweise entwickelt sich der Kommentar daher irgendwann zu einem Geheimitipp für solche Juristen, die nur ab und zu und nebenbei mit dem Strafrecht zu tun haben oder aber auch für Studenten. Gerade mit Blick auf die damit angesprochene universitäre Ausbildung muss man Verlag und Herausgebern bescheinigen, dass ein guter Zeitpunkt für die Markteinführung eines neuen Kommentars gewählt worden ist, quellen doch an vielen Hochschulen, an denen Studienbeiträge eingeführt worden sind, die für Literaturmitteln zur Verfügung stehenden Konten mittlerweile über, so dass mit einer raschen Anschaffung

einer stattlichen Zahl von Kommentaren jedenfalls an diesen Institutionen zu rechnen ist. Möglicherweise kann dieser Startvorteil genutzt werden, um zu einer mehr oder weniger beachtlichen neuen Adresse auf dem umkämpften Markt der (straf-)prozessrechtlichen Literatur zu werden. Für einen „echten Angriff“ auf die arrivierten

Konkurrenzwerke muss jedoch m.E. mehr geboten werden.

**Prof. Dr. Hans Kudlich**, Universität Erlangen/Nürnberg

\*\*\*

### 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.

**655. BVerfG 1 BvR 371/07 (3. Kammer des Ersten Senats) – Beschluss vom 29. Februar 2008 (OLG München)**

Voraussetzungen eines Kapitalanlagebetrugs (Begriff des Verschweigens nachteiliger Tatsachen; zivilrechtliche Haftung; Prospekthaftung); Willkürverbot (unvertretbare Rechtsauffassung); Analogieverbot (Wortlautgrenze); Verletzung rechtlichen Gehörs (Übergehen wesentlichen Tatsachenvortrages).

Art. 3 Abs. 1 GG; Art. 103 Abs. 1 GG; Art. 103 Abs. 2 GG; § 264a Abs. 1 StGB; § 823 Abs. 2 BGB

**656. BVerfG 2 BvR 224/07 (1. Kammer des Zweiten Senats) – Beschluss vom 29. März 2007 (LG Würzburg/StA Würzburg)**

Erzwingung der Zeugenpflicht ohne vorhergehende anwaltliche Beratung; keine Strafe (Ordnungsgeld) ohne Schuld.

Art. 2 Abs. 1 GG; Art. 1 Abs. 1 GG; Art. 20 Abs. 3 GG; § 55 StPO; § 70 Abs. 1 Satz 2 StPO

**657. BVerfG 2 BvR 338/08 (2. Kammer des Zweiten Senats) – Beschluss vom 30. April 2008 (LG Krefeld)**

Entfallen der Annahmegründe durch Verhalten des Beschwerdeführers nach Erhebung der Verfassungsbeschwerde.

Art. 19 Abs. 4 GG; § 93a Abs. 2 lit. b BVerfGG; § 114 Abs. 2 S. 2 StVollzG

**658. BVerfG 2 BvR 66/08 (2. Kammer des Zweiten Senats) – Beschluss vom 22. Januar 2008**

Verfassungsbeschwerde gegen ein Gesetz (Subsidiarität); Ausschluss des Empfangs von Paketen mit Nahrungs- und Genussmitteln im BayStVollzG.

§ 90 Abs. 2 BVerfGG; Art. 36 Abs. 1 Satz 3 BayStVollzG

**659. BVerfG 2 BvR 384/07 (3. Kammer des Zweiten Senats) – Beschluss vom 6. Mai 2008 (LG Kassel/AG Kassel)**

Unzulässige strafprozessuale Durchsuchung einer Rechtsanwaltskanzlei; Unverletzlichkeit der Wohnung; Verhältnismäßigkeit (fehlende Erforderlichkeit; Vorlagemöglichkeit durch den Betroffenen; Angemessenheit bei Ermittlung zulasten von Berufsheimnisträgern; konkrete Sanktionserwartung); eigenverantwortliche richterliche Prüfung.

Art. 13 Abs. 1 GG; Art. 13 Abs. 2 GG; Art. 12 Abs. 1 GG; § 102 StPO; § 105 StPO

**660. BVerfG 2 BvR 572/08 (3. Kammer des Zweiten Senats) – Beschluss vom 23. April 2008 (LG Augsburg/AG Aichach)**

Widerruf der Strafaussetzung wegen einer neuen Tat (glaubhaftes Geständnis; Vorbringen zur Schuldfähigkeit erst in der Berufungsverhandlung); Unschuldsvermutung; Willkürverbot (gerichtliche Begründungsanforderungen).

Art. 2 Abs. 1 GG; Art. 20 Abs. 3 GG; Art. 3 Abs. 1 GG; Art. 6 Abs. 2 EMRK; § 56f Abs. 1 S. 1 Nr. 1 StGB; § 20 StGB

**661. BVerfG 2 BvR 590/08 (1. Kammer des Ersten Senats) – Beschluss vom 31. März 2008 (BGH/KG Kleve)**

Keine Beschränkung der Revision auf die Dauer der Anordnung der Vorwegvollstreckung; Willkürverbot; Nichtannahmebeschluss (BGH 3 StR 516/07).

Art. 3 Abs. 1 GG; § 344 Abs. 1 StPO; § 352 Abs. 1 StPO; § 358 Abs. 2 Satz 1 StPO; § 64 StGB; § 67 Abs. 2 Satz 3 StGB

**662. BVerfG 2 BvR 866/06 (2. Kammer des Zweiten Senats) – Beschluss vom 11. April 2008 (OLG Karlsruhe/LG Karlsruhe)**

Antrag auf gerichtliche Entscheidung; Verwerfung einer Rechtsbeschwerde trotz abweichender obergerichtlicher Rechtsprechung; Recht auf effektiven Rechtsschutz (Leerlaufenlassen von Rechtsmitteln; Unvorhersehbar machen des Zugangs zu einer Sachentscheidung; Wiederholungsgefahr; Vollzugsplanung).

Art. 19 Abs. 4 GG; § 116 Abs. 1 StVollzG

**663. BGH 2 StR 140/08 – Urteil vom 28. Mai 2008 (LG Koblenz)**

Strafaussetzung und MaßregelAussetzung zur Bewährung (Beurteilungsspielraum des Tatrichters; besondere Umstände; positive Prognose).

§ 56 StGB; § 67b StGB

**664. BGH 2 StR 144/08 – Beschluss vom 18. Juni 2008**

Berichtigungsbeschluss.

§ 267 StPO

**665. BGH 2 StR 147/08 – Beschluss vom 14. Mai 2008 (LG Gera)**

Beweiswürdigung (Betäubungsmittelstraftaten; Aufklärungshilfe).

§ 29 BtMG; § 31 BtMG; § 261 StPO

**666. BGH 2 StR 161/08 – Beschluss vom 16. Juli 2008 (LG Frankfurt am Main)**

Unterbringung in einem psychiatrischen Krankenhaus; Unterbringungsbefehl.

§ 63 StGB; § 120 StPO; § 126 StPO; § 126a StPO

**667. BGH 2 StR 162/08 – Beschluss vom 21. Mai 2008 (LG Marburg)**

Urteilsformel (sexuelle Nötigung; Vergewaltigung; angewendete Vorschriften); Einbeziehung einer auf Freiheitsstrafe lautenden jugendgerichtlichen Vorverurteilung in eine Einheitsjugendstrafe; Strafzumessung (Doppelbestrafungsverbot; zulässiges Vereidigungsverhalten; Zeitpunkt eines Geständnisses).

§ 31 JGG; § 105 Abs. 2 JGG; § 260 StPO; Art. 103 Abs. 3 GG

**668. BGH 2 StR 164/08 – Beschluss vom 28. Mai 2008 (LG Erfurt)**

Letztes Wort des Erziehungsberechtigten; Beruhen.

§ 67 Abs. 1 JGG; § 258 StPO; § 337 StPO

**669. BGH 2 StR 166/08 – Beschluss vom 25. Juni 2008 (LG Frankfurt am Main)**

Wegfall einer tateinheitlichen Verurteilung (Verjährung); Strafzumessung (Beruhen).

§ 260 StPO; § 78 StGB; § 46 StGB; § 337 StPO

**670. BGH 2 StR 96/08 – Beschluss vom 28. Mai 2008 (LG Koblenz)**

Urteilsgründe (Widerspruchsfreiheit; tragende Feststellungen); Hehlerei (Beteiligung an der Vortat).

§ 267 Abs. 1 StPO; § 259 StGB

**671. BGH 2 StR 174/08 – Beschluss vom 30. Mai 2008 (LG Bonn)**

Unerlaubtes Handeltreiben mit Betäubungsmitteln; Verfall von Wertersatz (Geld; Erlangen).

§ 73 Abs. 1 StGB; § 73a Satz 1 StGB; § 30 BtMG

**672. BGH 2 StR 174/08 – Beschluss vom 30. Mai 2008 (LG Bonn)**

Teilweiser Freispruch (Erschöpfung der Anklage); Verfall (Erlangen; faktische Verfügungsgewalt).

§ 260 StPO; § 264 Abs. 1 StPO; § 73 StGB; § 73a StGB

**673. BGH 2 StR 175/08 – Beschluss vom 7. Mai 2008 (LG Koblenz)**

Erhebliche Verminderung der Steuerfähigkeit (Beweiswürdigung).

§ 21 StGB; § 261 StPO

**674. BGH 2 StR 190/08 – Beschluss vom 14. Mai 2008 (LG Köln)**

Adhäsionsverfahren; Verzugszinsen.

§ 286 Abs. 2 Nr. 4 BGB; § 288 Abs. 1 BGB; § 406 Abs. 1 StPO

**675. BGH 2 StR 200/08 – Beschluss vom 13. Juni 2008 (LG Köln)**

Rechtsstaatswidrige Verfahrensverzögerung (Kompensation nur durch Feststellung der Verzögerung durch das Revisionsgericht; Vollstreckungslösung; keine besondere Belastung; Haftverschonung).

Art. 6 Abs. 1 EMRK; Art. 13 EMRK; Art. 20 Abs. 3 GG; § 46 StGB

**676. BGH 2 StR 211/08 – Beschluss vom 11. Juni 2008**

Unzulässige Revision (fehlende Anträge; fehlende Begründung); Antrag auf Entscheidung des Revisionsgerichts.

§ 344 StPO; § 346 StPO

**677. BGH 2 StR 213/08 – Beschluss vom 13. Juni 2008 (LG Gießen)**

Tenorkorrektur.

§ 260 Abs. 4 StPO

**678. BGH 2 StR 223/08 – Beschluss vom 11. Juni 2008 (LG Köln)**

Wiedereinsetzung in den vorigen Stand; im Ausland erlittene Untersuchungshaft (Anrechnungsmaßstab; Frankreich); Ausschluss des Angeklagten von einer Zeugenvernehmung.

§ 44 StPO; § 51 Abs. 4 Satz 2 StGB; § 45 Abs. 2 Satz 2 StPO; § 344 Abs. 2 Satz 2 StPO; § 247 StPO

**679. BGH 2 StR 264/08 – Beschluss vom 2. Juli 2008 (LG Köln)**

Unzulässige Revision der Nebenklage (fehlende Darlegung eines zulässigen Rechtsmittelziels).

§ 400 StGB

**680. BGH 2 StR 266/08 – Beschluss vom 18. Juli 2008 (LG Mühlhausen)**

Gesamtstrafenbildung.

§ 54 StGB

**681. BGH 2 StR 296/08 – Beschluss vom 18. Juli 2008 (LG Frankfurt am Main)**

Unbegründete Revision.  
§ 349 Abs. 2 StPO

**682. BGH 2 StR 485/07 – Beschluss vom 18. Juni 2008 (LG Aachen)**

Wiedereinsetzung in den vorigen Stand (technisches Versagen eines Empfangsgeräts); Verfahrensrüge (Erörterungsmangel; Begründung); Beweiswürdigung (Aussage gegen Aussage; Indiz); Anhörungsrüge.  
§ 261 StPO; § 44 StPO; § 356a StPO; § 344 Abs. 2 Satz 2 StPO

Auch bei im Übrigen form- und fristgerecht begründeter Revision ist ausnahmsweise Wiedereinsetzung in den vorigen Stand zu gewähren, wenn der Beschwerdeführer unverschuldet durch äußere Umstände oder unvorhersehbare Zufälle daran gehindert war, eine Verfahrensrüge rechtzeitig formgerecht zu begründen. Ein solcher Fall liegt auch bei Ausfall oder Empfangsfehlern des die Revisionsbegründung empfangenden Faxgeräts des Gerichts vor.

**683. BGH 2 StR 577/07 – Urteil vom 4. Juni 2008 (LG Hanau)**

BGHSt; unerlaubte Abgabe von Betäubungsmitteln durch einen in der Substitutionsbehandlung tätigen Arzt (Polamidon); Berufsverbot (Untersagung der beruflichen Tätigkeit als Substitutionsarzt).  
§ 3 BtMG; § 13 Abs. 1 BtMG; § 29 Abs. 1 Nr. 1 BtMG; § 5 BtMVV; § 70 StGB

**684. BGH 2 ARs 168/08 / 2 AR 99/08 – Beschluss vom 14. Mai 2008**

Zuständigkeitsbestimmung (Kompetenzkonflikt); Auswahlmessen der Staatsanwaltschaft bei Anklageerhebung (mehrere zuständige Gerichte).  
§ 12 StPO; § 14 StPO; § 42 Abs. 2 JGG

**685. BGH 2 ARs 214/08 / 2 AR 108/08 – Beschluss vom 28. Mai 2008**

Verfahrensverbindung (prozessökonomische Gründe; Aussetzung einer Hauptverhandlung).  
§ 103 JGG; § 2 StGB; § 3 StGB; § 42 JGG

**686. BGH 2 ARs 246/08 / 2 AR 134/08 – Beschluss vom 18. Juni 2008**

Zuständigkeitsbestimmung; Verlegung des Wohnorts nach Anklageerhebung.  
§ 42 JGG

**687. BGH 2 ARs 452/07 / 2 AR 250/07 – Beschluss vom 15. Mai 2008 (OLG München)**

Eilkompetenz zur Anordnung einer Wohnraumdurchsuchung im Disziplinarverfahren (Gefahr im Verzug; Verwertungsverbot); Ausschluss des Verteidigers (Verdacht der Beteiligung an der Tat).  
§ 98 Abs. 1 StPO; § 105 StPO; Art. 52 Satz 2 BayDO a.F.; § 138a Abs. 1 Nr. 1 StPO

**688. BGH 3 StR 48/08 – Urteil vom 3. April 2008 (LG Aurich)**

Doppelverwertungsverbot (sexuelle Nötigung).

§ 46 Abs. 3 StGB; § 177 StGB

**689. BGH 3 StR 48/08 – Beschluss vom 8. Mai 2008**

Nebenklage (Anschlussklärung; Beiordnung eines Rechtsanwalts).  
§ 396 StPO; § 397a StPO

1. Nach rechtskräftigem Abschluss eines Strafverfahrens ist ein Anschluss als Nebenkläger nicht mehr möglich.

2. Die Bestellung eines Beistandes für den Nebenkläger setzt voraus, dass zum Zeitpunkt der Bescheidung des Antrags eine wirksame Anschlussklärung vorliegt. Eine rückwirkende Beistandsbestellung ist nicht zulässig.

3. Die bis zum rechtskräftigen Verfahrensabschluss reichende Zeitspanne, innerhalb derer der Anschluss als Nebenkläger zulässig ist, stellt keine Frist im Sinne des § 44 StPO dar. Gegen die „Säumnis“ dieses Zeitraums ist daher weder auf Antrag noch von Amts wegen Wiedereinsetzung in den vorigen Stand zu gewähren.

**690. BGH 3 StR 50/08 – Beschluss vom 27. Mai 2008 (LG Hannover)**

Unerlaubtes Handeltreiben mit Betäubungsmitteln; Verfall (Feststellungen; unbillige Härte; Urteilsgründe).  
§ 30 BtMG; § 73 StGB; § 73a StGB; § 73c StGB; § 267 Abs. 3 StPO

**691. BGH 3 StR 52/08 – Beschluss vom 22. April 2008 (LG Hildesheim)**

Rechtsfolgenentscheidung (tatsächliche Grundlage; aufgehobene Feststellungen eines früheren Tatrichters; Aufhebung „im gesamten Strafausspruch mit den zugehörigen Feststellungen“).  
§ 267 Abs. 3 StPO; § 353 Abs. 2 StPO

**692. BGH 3 StR 53/08 – Urteil vom 8. Mai 2008 (LG Hildesheim)**

Beweiswürdigung (Prüfungsmaßstab des Revisionsgerichts; Zweifelssatz); Wahlfeststellung (rechtsethische und psychologische Gleichwertigkeit; Wohnungseinbruchsdiebstahl und Hehlerei).  
§ 244 Abs. 1 Nr. 3 StGB; § 259 StGB; § 242 StGB; § 261 StPO; § 337 StPO

**693. BGH 3 StR 53/08 – Beschluss vom 8. Mai 2008 (LG Hildesheim)**

Ablehnung eines Beweisantrages (Bedeutungslosigkeit der Beweistatsache; antizipierende Beweiswürdigung; Beruhen); Gesamtstrafenbildung (starke Erhöhung der Einsatzstrafe; fehlerhafte Orientierung an der Summe der Einzelstrafen).  
§ 244 Abs. 3 StPO; § 54 StGB; § 337 StPO

**694. BGH 4 StR 108/08 – Beschluss vom 8. Juli 2008 (LG Stralsund)**

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

**695. BGH 3 StR 102/08 – Urteil vom 8. Mai 2008 (LG Oldenburg)**

Schwerer Raub (gefährliches Werkzeug; Verwenden: Drohung mit gegenwärtiger Gefahr für Leib oder Leben; Mitsichführen); Zweifelssatz (hypothetische Sachverhalte); lückenhafte Beweiswürdigung.  
§ 250 StGB; § 261 StPO

**696. BGH 3 StR 105/08 – Urteil vom 29. Mai 2008 (Auswärtige Große Strafkammer des LG Kleve in Moers)**

Aufklärungshilfe (Strafrahmenwahl; Milderung des Mindestmaßes der Strafe).  
§ 31 BtMG; § 49 StGB

**697. BGH 3 StR 66/08 – Beschluss vom 10. Juni 2008 (LG Düsseldorf)**

Teilweise Einstellung des Verfahrens; Beschränkung der Verfolgung.  
§ 154 StPO; § 154a StPO

**698. BGH 3 StR 71/08 – Beschluss vom 9. April 2008 (LG Düsseldorf)**

Rechtsstaatswidrige Verfahrensverzögerung (Kompensation; Vollstreckungslösung).  
Art. 6 Abs. 1 EMRK; Art. 20 Abs. 3 GG; § 46 StGB

**699. BGH 3 StR 75/08 – Beschluss vom 14. Mai 2008 (LG Lübeck)**

Rechtsstaatswidrige Verfahrensverzögerung (Kompensation; Vollstreckungslösung).  
Art. 6 Abs. 1 EMRK; Art. 20 Abs. 3 GG; § 46 StGB

**700. BGH 3 StR 90/08 – Urteil vom 19. Juni 2008 (LG Düsseldorf)**

Bestechung; Bestechlichkeit; Verjährungsbeginn (materieller Beendigungsbegriff; materieller Unrechtskern); Unrechtsvereinbarung.  
§ 78a StGB; § 332 StGB; § 334 StGB

**701. BGH 3 StR 94/08 – Urteil vom 29. Mai 2008 (LG Kleve)**

Verfall von Wertersatz; nachträgliche Bildung der Gesamtstrafe (einheitliche Verfallsentscheidung).  
§ 73a StGB; § 55 StGB

**702. BGH 3 StR 97/08 – Beschluss vom 29. Mai 2008 (LG Verden)**

Beschränkung der Strafverfolgung; Strafzumessung (Beruhen).  
§ 154a StPO; § 46 StGB; § 337 StPO

**703. BGH 3 StR 122/08 – Beschluss vom 8. Mai 2008 (LG Duisburg)**

Berufsverbot (Verhältnismäßigkeit; Konkretisierung).  
Art. 20 Abs. 3 GG; § 70 StGB

**704. BGH 3 StR 123/08 – Beschluss vom 8. Mai 2008 (LG Lübeck)**

Rechtsstaatswidrige Verfahrensverzögerung (Kompensation; Vollstreckungslösung).  
Art. 6 Abs. 1 EMRK; Art. 20 Abs. 3 GG; § 46 StGB

**705. BGH 3 StR 131/08 – Beschluss vom 27. Mai 2008 (LG Mönchengladbach)**

Jugendstrafe (Absehen von der Verhängung; Unterbringung des Angeklagten in einem psychiatrischen Krankenhaus).  
§ 5 Abs. 3 JGG; § 105 Abs. 1 JGG

**706. BGH 3 StR 132/08 – Beschluss vom 3. Juni 2008 (LG Düsseldorf)**

Strafausspruch (Beruhen; tateinheitlich begangene Tat; Qualifikation: gefährliche Körperverletzung).  
§ 46 StGB; § 337 StPO; § 223 StGB; § 224 StGB

**707. BGH 3 StR 136/08 – Beschluss vom 14. Mai 2008 (LG Krefeld)**

Absehen von der Verfallsanordnung (obligatorische Ermessensausübung).  
§ 73c Abs. 1 Satz 2 StGB

**708. BGH 3 StR 137/08 – Beschluss vom 27. Mai 2008 (LG Hannover)**

Verfall des Wertersatzes (Feststellungen; Urteilsgründe).  
§ 73a StGB; § 267 Abs. 3 StPO

**709. BGH 3 StR 140/08 – Beschluss vom 14. Mai 2008 (LG Hannover)**

Unterbringung in einer Entziehungsanstalt (obligatorische Prüfung bei Sich-Aufdrängen).  
§ 64 StGB

**710. BGH 3 StR 142/08 – Beschluss vom 8. Mai 2008 (LG Hildesheim)**

Bedingter Tötungsvorsatz (Beweiswürdigung; besonders gefährliche Gewalthandlungen; objektive Gefährlichkeit; intellektuelles Element; voluntatives Element).  
§ 211 StGB; § 212 StGB; § 15 StGB; § 261 StPO

**711. BGH 3 StR 148/08 – Beschluss vom 8. Mai 2008 (LG Aurich)**

Unterbringung in einer Entziehungsanstalt (Gefahrenprognose).  
§ 64 StGB

**712. BGH 3 StR 150/08 – Beschluss vom 8. Mai 2008 (LG Oldenburg)**

Strafrahmenwahl; konkrete Strafzumessung (Generalprävention).  
§ 46 StGB

Die Berücksichtigung generalpräventiver Erwägungen bei der konkreten Strafzumessung ist zwar grundsätzlich möglich, setzt jedoch die tatsächliche Notwendigkeit allgemeiner Abschreckung für den Gemeinschaftsschutz voraus. Hierzu sind hinreichend konkrete Feststellungen zu einer gemeinschaftsgefährlichen Zunahme von Straftaten der zu verhindernden Art erforderlich.

**713. BGH 3 StR 154/08 – Urteil vom 12. Juni 2008 (LG Osnabrück)**

Sexuelle Nötigung (Strafrahmenwahl; Qualifikation; Regelbeispiel; minder schwerer Fall; Gesamtbetrachtung).  
§ 177 StGB; § 46 StGB; § 20 StGB; § 21 StGB

**714. BGH 3 StR 157/08 – Beschluss vom 27. Mai 2008 (LG Wuppertal)**

Rechtsstaatswidrige Verfahrensverzögerung (Kompensation; Vollstreckungslösung).  
Art. 6 Abs. 1 EMRK; Art. 20 Abs. 3 GG; § 46 StGB

**715. BGH 3 StR 163/08 – Beschluss vom 3. Juni 2008 (LG Düsseldorf)**

Unterbringung in einer Entziehungsanstalt (obligatorische Erörterung bei Naheliegen); Teilfreispruch (Tateinheit); Geldstrafe (Festsetzung der Tagessatzhöhe bei Einbeziehung in Gesamtfreiheitsstrafe).  
§ 64 StGB; § 260 StPO; § 40 Abs. 2 Satz 1 StGB

**716. BGH 3 StR 165/08 – Beschluss vom 8. Juli 2008 (LG Verden)**

Unbegründete Revision (unzulässige Verfahrensrügen).  
§ 349 Abs. 2 StPO

**717. BGH 3 StR 173/08 – Beschluss vom 27. Mai 2008 (LG Oldenburg)**

Wiedereinsetzung in den vorigen Stand zur Nachholung einer Verfahrensrüge (besondere Verfahrenslage; unvollständige Akteneinsicht; Nachholung der versäumten Handlung).  
§ 44 StPO; § 45 StPO; § 344 Abs. 2 Satz 2 StPO

**718. BGH 3 StR 204/08 – Beschluss vom 8. Juli 2008 (LG Duisburg)**

Rechtsstaatswidrige Verfahrensverzögerung (Kompensation; Beschwer durch Strafabschlaglösung).  
Art. 6 Abs. 1 EMRK; Art. 20 Abs. 3 GG; § 46 StGB

**719. BGH 3 StR 213/08 – Beschluss vom 8. Juli 2008 (LG Itzehoe)**

Nachträgliche Bildung der Gesamtstrafe (fehlerhafte Einbeziehung; Beschwer).  
§ 55 StGB

**720. BGH 3 StR 218/08 – Beschluss vom 24. Juni 2008 (LG Düsseldorf)**

Nachträgliche Bildung einer Einheitsjugendstrafe.  
§ 31 JGG

**721. BGH 3 StR 222/08 – Beschluss vom 24. Juni 2008 (LG Mönchengladbach)**

Schuldunfähigkeit; natürlicher Tatvorsatz.  
§ 15 StGB; § 20 StGB

**722. BGH 3 StR 266/08 – Beschluss vom 22. Juli 2008 (LG Wuppertal)**

Unbegründete Revision; rechtsstaatswidriger Einsatz eines verdeckten Ermittlers (Vollstreckungslösung; Kompensation); redaktioneller Hinweis.  
Art. 6 EMRK; Art. 8 EMRK; Art. 2 Abs. 1, Art. 1 Abs. 1 GG; Art. 20 Abs. 3 GG

**723. BGH 3 StR 490/07 – Urteil vom 19. Juni 2008 (LG Hildesheim)**

Bestechung; Bestechlichkeit; Amtsträger („sonstige Stelle“); Bestechlichkeit im geschäftlichen Verkehr; DB Netz AG; Ausbau von Schienenwegen.  
§ 11 Abs. 1 Nr. 2 lit. c StGB; § 332 StGB; § 299 StGB; § 334 StGB; Art. 87e Abs. 4 GG

**724. BGH 3 StR 515/07 – Beschluss vom 24. Juni 2008 (LG Wuppertal)**

Unzulässige Verfahrensrüge (Revisionsbegründung; Zuordnung von Tatsachen und Rügen).  
§ 344 Abs. 2 Satz 2 StPO

**725. BGH 3 StR 527/07 – Beschluss vom 3. Juni 2008 (LG Krefeld)**

Teilweise Einstellung des Verfahrens; nachträgliche Protokollberichtigung; Rügeverkümmern.  
§ 154 StPO; § 274 StPO

**726. BGH StB 11/08 – Beschluss vom 7. August 2008 (Ermittlungsrichter des BGH)**

Selbstbelastungsfreiheit; Auskunftsverweigerungsrecht; Ordnungsgeld; Ordnungshaft; Erzwingungshaft; RAF; Offensive 77.  
Art. 6 EMRK; Art. 1 Abs. 1 GG; Art. 2 Abs. 1 GG; Art. 20 Abs. 3 GG; § 55 StPO; § 161a StPO; § 70 StPO; § 96 StPO

**727. BGH StB 9/08 – Beschluss vom 7. August 2008 (Ermittlungsrichter des BGH)**

Selbstbelastungsfreiheit; Auskunftsverweigerungsrecht; Ordnungsgeld; Ordnungshaft; Erzwingungshaft; RAF; Offensive 77.  
Art. 20 Abs. 3 GG; § 55 StPO; § 161a StPO; § 70 StPO; § 96 StPO

1. Ein Zeuge kann die Beantwortung an ihn gerichteter Fragen verweigern (§ 55 StPO), wenn konkrete Anhaltspunkte dafür vorliegen, dass zwischen den Taten, zu denen er befragt werden soll und deretwegen ihm aufgrund Aburteilung oder Einstellung keine Verfolgung (mehr) droht, und anderen Straftaten, deretwegen er noch verfolgt werden könnte, ein so enger Zusammenhang besteht, dass die Beantwortung von Fragen zu den abgeurteilten bzw. eingestellten Taten die Gefahr der Verfolgung wegen dieser anderen Taten mit sich bringen kann.

2. Der Senat lässt offen, ob Fälle denkbar sind, in denen es der Anordnung von Beugehaft unter dem Aspekt widersprüchlichen staatlichen Verhaltens nach Verhältnismäßigkeitsgrundsätzen entgegenstehen kann, dass auf der einen Seite eine Zeugenaussage nach § 70 Abs. 2 StPO erzwungen werden soll, während auf der anderen Seite durch Sperrerklärung nach § 96 StPO der ermittelnden Staatsanwaltschaft tatrelevante Erkenntnisse des Verfassungsschutzes oder anderer Behörden vorenthalten werden.

**728. BGH StB 10/08 – Beschluss vom 7. August 2008 (Ermittlungsrichter des BGH)**

Selbstbelastungsfreiheit; Auskunftsverweigerungsrecht; Ordnungsgeld; Ordnungshaft; Erzwingungshaft; RAF; Offensive 77.  
Art. 20 Abs. 3 GG; § 55 StPO; § 161a StPO; § 70 StPO; § 96 StPO

1. Ein Zeuge kann die Beantwortung an ihn gerichteter Fragen verweigern (§ 55 StPO), wenn konkrete Anhaltspunkte dafür vorliegen, dass zwischen den Taten, zu denen er befragt werden soll und deretwegen ihm auf-

grund Aburteilung oder Einstellung keine Verfolgung (mehr) droht, und anderen Straftaten, deretwegen er noch verfolgt werden könnte, ein so enger Zusammenhang besteht, dass die Beantwortung von Fragen zu den abgeurteilten bzw. eingestellten Taten die Gefahr der Verfolgung wegen dieser anderen Taten mit sich bringen kann.

2. Der Senat lässt offen, ob Fälle denkbar sind, in denen es der Anordnung von Beugehaft unter dem Aspekt widersprüchlichen staatlichen Verhaltens nach Verhältnismäßigkeitsgrundsätzen entgegenstehen kann, dass auf der einen Seite eine Zeugenaussage nach § 70 Abs. 2 StPO erzwungen werden soll, während auf der anderen Seite durch Sperrerklärung nach § 96 StPO der ermittelnden Staatsanwaltschaft tatrelevante Erkenntnisse des Verfassungsschutzes oder anderer Behörden vorenthalten werden.

**729. BGH 1 StR 120/08 – Beschluss vom 18. Juni 2008**

Unbegründete Anhörungsrüge (unterbliebene Kenntnissnahme eines Schriftsatzes).  
§ 356a StPO

**730. BGH 1 StR 126/08 – Beschluss vom 5. Juni 2008 (LG Mannheim)**

Gewerbsmäßiges Handeln beim Betrug.  
§ 263 Abs. 3 Satz 2 Nr. 1 StGB

**731. BGH 1 StR 144/08 – Urteil vom 15. Juli 2008 (LG Stuttgart)**

Tenorierung der Dauer des Vorwegvollzugs von Freiheitsstrafe vor der Unterbringung in einer Entziehungsanstalt.  
§ 267 StPO

**732. BGH 4 StR 299/08 – Beschluss vom 26. August 2008 (LG Zweibrücken)**

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

**733. BGH 1 StR 160/08 – Urteil vom 17. Juni 2008 (LG Würzburg)**

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

**734. BGH 1 StR 16/08 – Beschluss vom 4. März 2008 (LG Amberg)**

Unbegründete Anhörungsrüge; rechtliches Gehör (Begründungspflicht bei letztinstanzlichen Entscheidungen).  
§ 356a StPO

**735. BGH 1 StR 183/08 – Urteil vom 1. Juli 2008 (LG Aschaffenburg)**

Ausreichende Erörterung einer möglichen Sicherungsverwahrung; Beschränkung des Rechtsmittels (Trennbarkeit bei Sicherungsverwahrung).  
§ 66 StGB; Vor § 296 StPO

**736. BGH 1 StR 59/08 – Urteil vom 3. Juni 2008 (LG Augsburg)**

Tötungsvorsatz beim Schütteln eines Kleinkindes (Beweiswürdigung; Zirkelschluss: Erörterungsmangel);

Versuch (fehlgeschlagener; beendeter; Grenzen des geltenden Zweifelsgrundsatzes); Rechtsfehler bei der Strafzumessung (Beruhen).

§ 212 StGB; § 15 StGB; § 22 StGB; § 24 StGB; § 354 Abs. 1 StPO analog

**737. BGH 1 StR 204/08 – Beschluss vom 18. Juni 2008 (LG München)**

Keine Verletzung des fairen Verfahrens durch das Inausichtstellen einer rechtswidrigen Verfahrensabsprache (Verzicht auf die Sicherungsverwahrung gegen verfahrensfremde Aufklärungshilfe; Hinweispflicht; Besorgnis der Befangenheit; Vertrauensschutz und Recht auf konkrete und wirksame Verteidigung; Feststellung von Vertrauenstatbeständen).

Art. 2 Abs. 1 GG; Art. 20 Abs. 3 GG; Vor § 1 StPO; Art. 6 EMRK; § 266 StGB; § 24 Abs. 2 StPO

**738. BGH 1 StR 217/08 – Beschluss vom 19. Juni 2008 (LG Traunstein)**

Heimtückemord (Arglosigkeit und Wehrlosigkeit bei sich wandelndem Tatgeschehen und anfänglichem Körperverletzungsvorsatz); Anforderungen an die Überzeugungsbildung (Urteilsgründe; Beweiswürdigung).

§ 211 Abs. 2 StGB; § 261 StPO; § 267 StPO

**739. BGH 1 StR 227/08 – Urteil vom 17. Juni 2008 (LG Karlsruhe)**

Grenzen der nachträglichen Sicherungsverwahrung (neue Tatsache bei Altfällen nach § 66b Abs. 2 StGB; Besitz von gewalt- und kinderpornographischen Schriften, Bildträgern, Filmen und Computerdatei im Vollzug; Äußerungen des Verurteilten zu seinem sexuellen Sadismus im Vollzug; Hang).

§ 66b Abs. 2 StGB; Art. 2 Abs. 2 Satz 2 GG

**740. BGH 1 StR 229/08 – Beschluss vom 17. Juni 2008**

Anhörungsrüge.  
§ 356a StPO

**741. BGH 1 StR 231/08 – Urteil vom 15. Juli 2008 (LG München)**

Rechtsfehlerhafte Beweiswürdigung beim Freispruch vom Vorwurf der Vergewaltigung (Verkennung von in dubio pro reo).

§ 177 Abs. 2 StGB; § 261 StPO

**742. BGH 1 StR 233/08 – Beschluss vom 20. Mai 2008 (LG München)**

Rechtsfehlerhafter Ausspruch über die Dauer des Vorwegvollzugs (zwingende Orientierung an der Halbstrafenentlassung).

§ 67 Abs. 2 StGB; § 354 Abs. 1 StPO analog

**743. BGH 1 StR 263/08 – Beschluss vom 18. Juni 2008 (LG Nürnberg)**

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

**744. BGH 1 StR 270/08 – Beschluss vom 17. Juni 2008 (LG Nürnberg)**

Vorwegvollzug der Freiheitsstrafe (Bemessung nach der Halbstrafe).

§ 67 Abs. 2 StGB

**745. BGH 1 StR 278/08 – Beschluss vom 19. Juni 2008 (LG Mosbach)**

Verwerfung der Revision als unbegründet.

§ 349 Abs. 2 StPO

**746. BGH 1 StR 280/08 – Beschluss vom 9. Juli 2008 (LG Landshut)**

Hinweispflicht bei Anordnung der Unterbringung in einem psychiatrischen Krankenhaus (Ausschluss des Beruhens durch Ausführungen des Verteidigers im Schlussplädoyer).

§ 265 StPO; § 63 StGB

**747. BGH 1 StR 289/08 – Beschluss vom 16. Juli 2008 (LG Hof)**

Verwerfung der Revision als unbegründet.

§ 349 Abs. 2 StPO

**748. BGH 1 StR 290/08 – Beschluss vom 3. Juli 2008 (LG Traunstein)**

Wirksamer Rechtsmittelverzicht (Schock bei der Urteilsverkündung).

§ 302 Abs. 1 StPO

**749. BGH 1 StR 300/08 – Beschluss vom 2. Juli 2008 (LG Bayreuth)**

Verwerfung der Revision als unbegründet.

§ 349 Abs. 2 StPO

**750. BGH 1 StR 336/08 – Beschluss vom 9. Juli 2008 (LG Stuttgart)**

Rechtsfehlerhafte nachträgliche Gesamtstrafenbildung (konkrete Bezeichnung einzelner Taten und der jeweils verhängten Einzelstrafen).

§ 54 StGB; § 55 StGB; § 354 Abs. 1b StPO

**751. BGH 1 StR 348/08 – Beschluss vom 16. Juli 2008 (LG Baden)**

Verwerfung der Revision als unbegründet.

§ 349 Abs. 2 StPO

**752. BGH 1 StR 353/08 – Beschluss vom 17. Juli 2008 (LG Coburg)**

Verwerfung der Revision als unbegründet.

§ 349 Abs. 2 StPO

**753. BGH 1 StR 582/06 – Beschluss vom 1. Juli 2008**

Bewilligung einer Pauschvergütung für Verteidigung in der Revision.

§ 51 RVG

**754. BGH 1 StR 654/07 – Urteil vom 1. Juli 2008 (LG Memmingen)**

Rechtsfehlerhafte Beweiswürdigung beim Freispruch vom Vorwurf des Totschlags (Verkennung von in dubio pro reo; Umgang mit Einlassungen des Angeklagten; lückenhafte Beweiswürdigung; erschöpfende Gesamtwürdigung bei erheblichen Belastungsindizien).

§ 212 StGB; § 261 StPO

1. Spricht das Gericht einen Angeklagten frei, weil es Zweifel an seiner Täterschaft nicht zu überwinden vermag, so ist dies durch das Revisionsgericht in der Regel hinzunehmen. Es kommt nicht darauf an, ob das Revisionsgericht angefallene Erkenntnisse anders gewürdigt oder Zweifel überwunden hätte. Daran ändert sich nicht einmal dann etwas, wenn eine vom Tatrichter getroffene Feststellung „lebensfremd“ erscheinen mag. Es gibt im Strafprozess keinen Beweis des ersten Anscheins, der nicht auf der Gewissheit des Richters, sondern auf der Wahrscheinlichkeit eines Geschehensablaufs beruht.

2. Demgegenüber ist eine Beweiswürdigung etwa dann rechtsfehlerhaft, wenn sie schon von einem rechtlich unzutreffenden Ansatz ausgeht, z.B. hinsichtlich des Umfangs und der Bedeutung des Zweifelsatzes, wenn sie lückenhaft ist, namentlich wesentliche Feststellungen nicht erörtert, wenn sie widersprüchlich oder unklar ist, gegen Gesetze der Logik oder gesicherte Erfahrungssätze verstößt oder wenn an die zur Verurteilung erforderliche Gewissheit überspannte Anforderungen gestellt sind (st. Rspr., vgl. etwa BGH, Urt. vom 22. Mai 2007 – 1 StR 582/06 –; BGH NJW 2005, 1727; BGH NStZ-RR 2003, 371; BGHR StPO § 261 Überzeugungsbildung 33, jew. m.w.N.). Aus den Urteilsgründen muss sich zudem ergeben, dass die einzelnen Beweisergebnisse nicht nur isoliert gewertet, sondern in eine umfassende Gesamtwürdigung eingestellt wurden (vgl. BGH NStZ-RR 2003, 206; BGHR StPO § 261 Beweiswürdigung 2, 11, 16, 24, Überzeugungsbildung 30; BGH NStZ 2000, 48).

3. Zwar können und müssen die Gründe auch eines freisprechenden Urteils nicht jeden irgendwie beweis erheblichen Umstand ausdrücklich würdigen. Das Maß der gebotenen Darlegung hängt vielmehr von der jeweiligen Beweislage und insoweit von den Umständen des Einzelfalles ab. Dieser kann so beschaffen sein, dass sich die Erörterung bestimmter einzelner Beweisumstände erübrigt. Will das Tatgericht auf Freispruch erkennen, obwohl erhebliche Belastungsindizien vorliegen, muss es in seine Beweiswürdigung und deren Darlegung alle wesentlichen für und gegen den Angeklagten sprechenden Umstände und Erwägungen einbeziehen und in einer Gesamtwürdigung betrachten (vgl. Senat, Urt. vom 22. Mai 2007 – 1 StR 582/06; BGH NStZ-RR 2002, 338 m.w.N.).

4. Das Tatgericht ist nicht gehalten, auch entlastende Einlassungen des Angeklagten, für deren Richtigkeit oder Unrichtigkeit es keine Beweise gibt, den Urteilsfeststellungen ohne weiteres als unwiderlegbar zugrunde zu legen. Der Tatrichter hat nach ständiger Rechtsprechung vielmehr auf der Grundlage des gesamten Beweisergebnisses zu entscheiden, ob derartige Angaben geeignet sind, seine Überzeugungsbildung zu beeinflussen (vgl. BGHSt 34, 29, 34; BGH NStZ 2002, 48; NJW 2007, 2274).

5. In dubio pro reo ist keine Beweis-, sondern eine Entscheidungsregel, die das Gericht erst dann zu befolgen hat, wenn es nach abgeschlossener Beweiswürdigung nicht die volle Überzeugung vom Vorliegen einer für den Schuld- und Rechtsfolgenausspruch unmittelbar entscheidungserheblichen Tatsache zu gewinnen vermag, und nicht auf jedes Indiz für sich anzuwenden ist.

**755. BGH 4 StR 29/08 – Beschluss vom 3. Juli 2008 (LG Münster)**

Unzulässige und unbegründete Anhörungsrüge.  
§ 356a StPO

**756. BGH 4 StR 46/08 – Beschluss vom 29. Mai 2008 (LG Bielefeld)**

Rüge der Verletzung der Öffentlichkeit des Verfahrens (notwendiger Zwischenrechtsbehelf bei sitzungspolizeilicher Entfernung von Zuhörern aus dem Gerichtssaal durch das Gericht).  
§ 169 VVG; § 238 Abs. 2 StPO; § 338 Nr. 6 StPO

**757. BGH 4 StR 58/08 – Beschluss vom 27. Mai 2008 (LG Rostock)**

Schwere räuberische Erpressung; Betrug (Besitz als Vermögensposition; wirtschaftlicher Vermögensbegriff; Abgrenzung von Mittäterschaft und Beihilfe: untergeordnete Bedeutung); vollendete Nötigung.  
§ 253 StGB; § 255 StGB; § 263 StGB; § 27 StGB; § 25 Abs. 2 StGB; § 240 StGB

**758. BGH 4 StR 77/08 – Beschluss vom 17. Juni 2008 (LG Saarbrücken)**

Anordnung der Sicherungsverwahrung und tragfähiger Ausschluss einer Rückfallverjährung; Bindungswirkung tatrichterlicher Feststellungen.  
§ 66 Abs. 1, Abs. 4 Satz 3 StGB; § 249 Abs. 1 StPO; § 353 StPO

**759. BGH 4 StR 78/08 – Urteil vom 12. Juni 2008 (LG Halle)**

Versuchte besonders schwere Brandstiftung (Abgrenzung von Gefährdungsvorsatz und Tötungsvorsatz; Hemmschwelle; umfassende Prüfung; Möglichkeit anderer Würdigung); schwere Brandstiftung.  
§ 212 StGB; § 15 StGB; § 306 b Abs. 2 Nr. 1 StGB; § 22 StGB; § 306 a Abs. 1 Nr. 1 StGB

**760. BGH 4 StR 84/08 – Beschluss vom 24. Juli 2008 (LG Bielefeld)**

Unterbliebene Ladung des Verteidigers (Verzicht; Verwirkung; Revisibilität; Heilung; Recht auf konkrete und wirksame Verteidigung).  
§ 218 Satz 1 StPO; Art. 6 Abs. 3 lit. c EMRK

**761. BGH 4 StR 104/08 – Beschluss vom 25. Juni 2008 (LG Paderborn)**

Unterlassen der Insolvenzanmeldung (Zahlungsunfähigkeit).  
§ 401 Abs. 2 AktG

**762. BGH 4 StR 105/08 – Urteil vom 19. Juni 2008 (LG Dessau)**

Prüfung niedriger Beweggründe und Strafzumessung bei einer „Kindstötung“ durch die Mutter (Mord; Totschlag; verminderte Schuldfähigkeit; Einbeziehung generalpräventiver Erwägungen zur Strafschärfung).  
§ 212 StGB; § 211 Abs. 2 StGB; § 46 StGB; § 217 StGB aF; § 21 StGB

**763. BGH 4 StR 114/08 – Urteil vom 19. Juni 2008 (LG Landau)**

BGHSt; formelle Voraussetzungen der Sicherungsverwahrung bei einheitlicher Strafe in ausländischen Urteilen (Freiheitsstrafe von mindestens einem Jahr; Warnfunktion eines Strafurteils; Ermessen des Tatrichters).  
§ 66 Abs. 1, 2, 4 Satz 5 StGB

**764. BGH 4 StR 140/08 – Urteil vom 12. Juni 2008 (LG Essen)**

Unterbringung in einem psychiatrischen Krankenhaus (lückenhafte Gesamtwürdigung zur Gefährlichkeit; Bedrohung und Beleidigung); selbständiges Einziehungsverfahren und Sicherungsverfahren.  
§ 63 StGB; § 74 StGB; § 52 Abs. 2 Nr. 8 WaffG; § 185 StGB; § 241 StGB; § 22 a Abs. 1 Nr. 6 a KWKG; § 11 Abs. 1 Nr. 8 StGB; § 440 StPO

**765. BGH 4 StR 151/08 – Beschluss vom 24. Juni 2008 (LG Essen)**

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

**766. BGH 4 StR 151/08 – Beschluss vom 24. Juni 2008 (LG Essen)**

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

**767. BGH 4 StR 178/08 – Beschluss vom 27. Mai 2008 (LG Schwerin)**

Erörterungsmangel hinsichtlich der Tatbegehung als Heranwachsender; keine gleichzeitige Verurteilung zu Jugendstrafe und zu Erwachsenenstrafe bei einer Tat.  
§ 1 JGG; § 105 JGG; § 32 JGG

**768. BGH 4 StR 91/08 – Beschluss vom 1. Juli 2008 (LG Essen)**

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

**769. BGH 4 StR 204/08 – Beschluss vom 24. Juni 2008 (LG Essen)**

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

**770. BGH 4 StR 205/08 – Beschluss vom 17. Juli 2008 (LG Stuttgart)**

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

**771. BGH 4 StR 207/08 – Beschluss vom 5. Juni 2008 (LG Hagen)**

Revisionseinlegung nach qualifizierter Belehrung (Unzulässigkeit; Verfristung).  
§ 302 Abs. 1 StPO; § 341 Abs. 1 StPO

**772. BGH 4 StR 220/08 – Beschluss vom 10. Juli 2008 (LG München)**

Festsetzung der Strafe durch das Revisionsgericht (analoge Anwendung des § 354 Abs. 1 StPO); Körperverletzung mittels eines gefährlichen Werkzeugs.  
§ 354 Abs. 1 StPO analog; § 224 Abs. 1 Nr. 2 StGB; § 223 StGB

**773. BGH 4 StR 229/08 – Beschluss vom 8. Juli 2008 (LG Magdeburg)**

Niedrige Beweggründe bei der Tötung der Lebenspartnerin bei der weiteren Inanspruchnahme von Annehmlichkeiten seitens der Eltern der Getöteten.  
§ 211 Abs. 2 StGB; § 212 StGB

**774. BGH 4 StR 230/08 – Beschluss vom 25. Juni 2008 (LG Münster)**

Abgrenzung von Täterschaft und Teilnahme bei unerlaubtem Handelreiben mit Betäubungsmitteln bei Kurieren.  
§ 29 BtMG; § 30 BtMG; § 30a BtMG; § 25 Abs. 2 StGB; § 27 StGB

1. Nach neuerer Rechtsprechung (vgl. BGHSt 51, 219f.) ist für eine zutreffende Einordnung der Beteiligung des Kuriers der jeweils konkrete Tatbeitrag für das Umsatzgeschäft insgesamt und nicht allein für den Teilbereich des Transports zu bewerten. Für die Annahme täterschaftlicher Verwirklichung des Tatbestandes kommt es jedenfalls nicht allein oder entscheidend darauf an, welches Maß an Selbstständigkeit und Tatherrschaft der Beteiligte hinsichtlich eines isolierten Teilaktes des Umsatzgeschäftes inne hatte. Abzustellen ist vielmehr darauf, welche Bedeutung der konkreten Beteiligungshandlung im Rahmen des Gesamtgeschäfts zukommt.

2. Eine Gehilfenstellung ist insbesondere dann anzunehmen, wenn die Tathandlung sich auf den (Teil-)Transport von Rauschgift zwischen selbstständig handelnden Lieferanten und Abnehmern oder innerhalb der Sphäre von Lieferanten oder Abnehmer-Organisationen beschränkt und der Beteiligte nicht in der Lage ist, das Geschäft insgesamt maßgeblich mitzugestalten.

**775. BGH 4 StR 244/08 – Beschluss vom 3. Juli 2008 (LG Frankenthal)**

Einziehung (ausreichende Feststellungen; erlaubnisfreier Besitz von Schreckschusswaffen und Reizstoffwaffen); Wertersatzverfall (Feststellungen).  
§ 33 Abs. 2 BtMG; § 54 Abs. 1 WaffG; § 150 Abs. 2 StGB; § 74 Abs. 1 StGB; § 73a StGB

**776. BGH 4 StR 245/08 – Beschluss vom 22. Juli 2008 (LG Bielefeld)**

Darstellungsanforderungen bei der Rüge der Abwesenheit des Angeklagten in der Hauptverhandlung (Zulässigkeit der Verfahrensrüge; wesentlicher Teil der Hauptverhandlung; Ausschluss des Beruhens); rechtliches Gehör; Recht auf konkrete und wirksame Verteidigung.  
Art. 6 EMRK; § 231 Abs. 2 StPO; § 338 Nr. 5 StPO; § 337 StPO; § 344 Abs. 2 Satz 2 StPO

**777. BGH 4 StR 246/08 – Beschluss vom 25. Juni 2008 (LG Bochum)**

Unzulässige Revisionseinlegung trotz mangelnder qualifizierter Belehrung nach rechtswidriger Verfahrensabsprache (Druckausübung durch Verteidiger; dienstliche Stellungnahmen; Glaubhaftmachung).  
Vor § 1 StPO; § 302 Abs. 1 StPO; § 341 Abs. 1 StPO; Art. 6 EMRK; § 44 StPO

**778. BGH 4 StR 250/08 – Beschluss vom 8. Juli 2008 (LG Saarbrücken)**

Ausschluss des Beruhens bei Fehlern bei der Strafzumessung.  
§ 354 Abs. 1 StPO analog; § 337 StPO

**779. BGH 4 StR 290/08 – Beschluss vom 5. August 2008 (LG Bielefeld)**

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

**780. BGH 4 StR 292/08 – Beschluss vom 8. Juli 2008 (LG Schwerin)**

Einbeziehung einer übersehenen Einzelstrafe in die Gesamtfreiheitsstrafe durch das Revisionsgericht.  
§ 55 StGB; § 53 Abs. 2 Satz 2 StGB; § 354 Abs. 1 StPO

**781. BGH 4 StR 298/08 – Beschluss vom 10. Juli 2008 (LG Essen)**

Schwerer Raub durch Beisichführen eines sonstigen Mittels zum Bruch von Widerstand (einschränkende Auslegung bei objektiv ersichtlich ungefährlichen Gegenständen und Täuschungen).  
§ 249 StGB; § 250 Abs. 1 Nr. 1 lit. b StGB

**782. BGH 4 StR 305/08 – Beschluss vom 5. August 2008 (LG Stralsund)**

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

**783. BGH 4 StR 314/07 / 4 StR 391/07 – Beschluss vom 19. Juni 2008**

Vorlage an den Großen Senat für Strafsachen; Anordnung der nachträglichen Sicherungsverwahrung trotz zu verbüßender Freiheitsstrafe nach Erledigung der Unterbringung in einem psychiatrischen Krankenhaus.  
§ 132 Abs. 2 und 4 GVG; § 67 d Abs. 6 StGB; § 66b Abs. 3 StGB

**784. BGH 4 StR 391/07 / 4 StR 314/07 – Beschluss vom 19. Juni 2008**

Vorlage an den Großen Senat für Strafsachen; Anordnung der nachträglichen Sicherungsverwahrung trotz zu verbüßender Freiheitsstrafe nach Erledigung der Unterbringung in einem psychiatrischen Krankenhaus.  
§ 132 Abs. 2 und 4 GVG; § 67 d Abs. 6 StGB; § 66b Abs. 3 StGB

1. Dem Großen Senat für Strafsachen wird gemäß § 132 Abs. 2 und 4 GVG folgende Rechtsfrage zur Entscheidung vorgelegt: Steht es der Anordnung der nachträglichen Sicherungsverwahrung nach § 66 b Abs. 3 StGB entgegen, dass der Betroffene nach Erklärung der Erledigung der Unterbringung in einem psychiatrischen Krankenhaus (§ 67 d Abs. 6 StGB) noch Freiheitsstrafe zu verbüßen hat, auf die zugleich mit der Unterbringung erkannt worden ist?

2. Der 4. Strafsenat hält die Anwendung des § 66b Abs. 3 StGB in diesen Fällen für zulässig.

**785. BGH 4 StR 612/07 – Beschluss vom 24. Juni 2008 (LG Bielefeld)**

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

**786. BGH 4 StR 657/07 – Beschluss vom 1. Juli 2008 (LG Zwickau)**

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

**787. BGH 5 StR 14/08 – Beschluss vom 23. Juni 2008 (LG Mannheim)**

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

**788. BGH 5 StR 24/08 – Beschluss vom 10. Juni 2008 (LG Berlin)**

Verwerfung eines Ablehnungsgesuchs als unzulässig (unverzügliche Anbringung; gesetzlicher Richter).  
Art. 101 Abs. 1 Satz 2 GG; § 26a StPO; § 25 Abs. 2 Satz 1 Nr. 2 StPO

**789. BGH 5 StR 46/08 – Urteil vom 23. Juli 2008 (LG Hamburg)**

Schwerer Raub (Absicht rechtswidriger Zueignung; Tatbestandsirrtum bezüglich bestehender Zahlungsansprüche); Nötigung; Selbsthilfe.  
§ 249 StGB; § 250 StGB; § 240 StGB; § 16 Abs. 1 Satz 1 StGB; § 229 BGB

**790. BGH 5 StR 61/08 – Urteil vom 22. Juli 2008 (LG Görlitz)**

Beweiswürdigung beim Freispruch (Lückenhaftigkeit; Würdigung der Aussage des Hauptbelastungszeugen; Spielraum des Tatrichters).  
§ 261 StPO

**791. BGH 5 StR 74/08 – Urteil vom 11. Juli 2008 (LG Bremen)**

Konzentrationsmaxime und Recht auf Verfahrensbeschleunigung (Schiebetermine; Zweck des § 229 StPO; Sachverhandlung bei unbewusst wiederholter Verlesung einer für die Rechtsfolgenbestimmung maßgeblichen Vorentscheidung und bei Verlesung eines zu wichtigen Verfahrensrechtsfragen vertiefenden Beschlusses; keine Verschärfung der Anforderungen mit Blick auf verlängerte Unterbrechungsfristen; Anforderungen an die Darstellung der Verfahrensrüge); Konfrontationsrecht (besonders vorsichtige Beweiswürdigung; Fragerecht; Zeugnisverweigerung).  
§ 229 Abs. 4 Satz 1 StPO; Art. 6 Abs. 1 Satz 1, Abs. 3 lit. c und d EMRK; § 344 Abs. 2 Satz 2 StPO; § 252 StPO

**792. BGH 5 StR 109/07 – Urteil vom 25. Juni 2008 (LG Potsdam)**

BGHSt; mehrere Tatbeteiligte derselben Straftat als Parteien im Sinne des Parteiverrats (sukzessive Mehrfachverteidigung; pflichtwidriges Dienen; dieselbe Rechtssache; vermeidbarer Verbotsirrtum); Verletzung der Vertraulichkeit des Wortes; versuchte Nötigung (Ausübung eines Zurückbehaltungsrechts).  
§ 356 StGB; § 201 StGB; § 240 StGB; § 146 StPO; § 273 BGB; § 43a Abs. 4 BRAO; § 50 Abs. 3 BRAO; § 17 StGB

**793. BGH 5 StR 109/08 – Beschluss vom 10. Juni 2008 (LG Braunschweig)**

Schwerer sexueller Missbrauch von Kindern; Beweiswürdigung bei möglicher Alternativtäterschaft und möglichen Körperverletzungen ohne sexuellen Hintergrund.

§ 176a StGB; § 223 StGB; § 261 StPO

**794. BGH 5 StR 114/08 – Beschluss vom 12. Juni 2008 (LG Hamburg)**

Unwirksame Revisionsrücknahme durch den ehemaligen Pflichtverteidiger (wirksame Ermächtigung; mangelnde Hinzuziehung eines Dolmetschers); Ergänzung der abgekürzten Urteilsgründe analog § 267 Abs. 4 Satz 3 StPO.  
§ 302 Abs. 2 StPO; § 267 Abs. 4 Abs. 3 StPO

**795. BGH 5 StR 132/08 – Beschluss vom 10. Juni 2008 (LG Dresden)**

Verfolgungsverjährung bei tateinheitlich begangener Körperverletzung (gesonderte Prüfung für jede einzelne Gesetzesverletzung).  
§ 223 Abs. 1 StGB; § 78 Abs. 3 Nr. 4 StGB

**796. BGH 5 StR 143/08 – Beschluss vom 10. Juni 2008 (LG Zwickau)**

Sexueller Missbrauch von Kindern; Vergewaltigung; Beweiswürdigung (Glaubhaftigkeitsbeurteilung; Erörterungsmangel bei Stützung des Tatvorwurfs auf eine wesentliche Belastungszeugin und Einstellung wegen einiger Tatvorwürfe der Zeugin; Hinzuziehung eines aussagepsychologischen Sachverständigen); Verfahrensrüge zur Darlegung eines Erörterungsmangels jenseits des unmittelbaren Urteilsgegenstandes.  
§ 176 StGB; § 177 Abs. 2 StGB; § 261 StPO; § 344 Abs. 2 Satz 2 StPO; § 72 StPO; § 244 Abs. 2 StPO

**797. BGH 5 StR 145/08 – Beschluss vom 11. Juni 2008 (LG Wuppertal)**

Steuerhelferei (Absatzhilfe; Beihilfe); versagte Aussetzung einer Freiheitsstrafe zur Bewährung (Darlegung der Voraussetzungen für das Revisionsgericht).  
§ 374 Abs. 1 AO; § 27 StGB; § 56 StGB

**798. BGH 5 StR 89/08 – Urteil vom 24. Juni 2008 (LG Berlin)**

BGHR; Vortaten der Geldwäsche (gewerbsmäßige Untreue des Täters; unzureichende Beihilfe; gebotene restriktive Auslegung der Geldwäsche insgesamt; Bestimmtheitsgrundsatz); Leichtfertigkeit bei der Geldwäsche (enge Auslegung); Konkurrenzen zwischen Geldwäsche und Bestechlichkeit; Beweiswürdigung beim Vorsatz.  
Art. 103 Abs. 2 GG; § 261 Abs. 1 Satz 2 Nr. 4 lit. a, Abs. 5 StGB; § 332 StGB; § 261 StPO; § 15 StGB

**799. BGH 5 StR 98/08 – Beschluss vom 9. Juni 2008 (LG Koblenz)**

Bankrott (Feststellung der Überschuldung, der Zahlungsunfähigkeit oder der drohenden Zahlungsunfähigkeit); Vorenthaltung von Arbeitsentgelt (vorrätige liquide Mittel; omissio libera in causa); Konkurrenzen bei der Steuerhinterziehung.  
§ 283 StGB; § 266a StGB; § 370 AO; § 52 StGB; § 53 StGB

Zwar ist die Abgabe jeder einzelnen unrichtigen oder unvollständigen Steuererklärung grundsätzlich als selbstständige Tat im Sinne von § 53 StGB zu werten. Fällt aber die Abgabe mehrerer Steuerklärungen im äußeren Vorgang zusammen, kann ausnahmsweise dann Tatein-

heit vorliegen, wenn in den Erklärungen übereinstimmende unrichtige oder unvollständige Angaben über die Besteuerungsgrundlagen enthalten sind (st. Rspr.; BGH wistra 2005, 56 f.; 30, 31 m.w.N.; BGH, Beschluss vom 2. April 2008 – 5 StR 62/08).

**800. BGH 5 StR 156/08 – Urteil vom 11. Juli 2008 (LG Berlin)**

Grunderwerbsteuerhinterziehung (Pflichtwidrigkeit; Anzeigepflicht: Änderungen des Gesellschafterbestandes einer Personengesellschaft; Freistellung von der Grunderwerbsteuer; Kognitionspflicht: Teilnahme an der Steuerhinterziehung, Beihilfe, Anstiftung); Missbrauch von Gestaltungsmöglichkeiten (Steuerumgehung und Gesetzlichkeitsprinzip); Scheingeschäft.

§ 370 AO; § 153 AO; § 27 StGB; § 26 StGB; § 6 Abs. 3 GrEStG; § 19 Abs. 1 Satz 1 Nr. 3a GrEStG; § 1 Abs. 2a GrEStG; § 39 Abs. 2 Nr. 1 Satz 1 AO; § 42 AO; § 41 AO

**801. BGH 5 StR 169/08 – Beschluss vom 9. Juni 2008 (LG Braunschweig)**

Sexueller Missbrauch von Kindern (Anforderungen an die Individualisierung und die Überzeugungsbildung bei gleichförmigen Tatserien); Beweiswürdigung bei Aussage gegen Aussage.

§ 174 StGB; § 261 StPO

**802. BGH 5 StR 185/08 – Beschluss vom 12. Juni 2008 (LG Braunschweig)**

Darlegungsanforderungen bei der Verfahrensrüge (Beweiswürdigung; Erörterungsmangel hinsichtlich nach § 154 Abs. 2 StPO eingestellter Taten: Mitteilung des Einstellungsbeschlusses).

§ 154 Abs. 2 StPO; § 261 StPO; § 344 Abs. 2 Satz 2 StPO

**803. BGH 5 StR 191/08 – Beschluss vom 10. Juni 2008 (LG Potsdam)**

Abgrenzung von Mittäterschaft und Beihilfe beim unerlaubten Handeltreiben mit Betäubungsmitteln und Anforderungen an die Beihilfefeststellung bei Eigenverbrauch; unerlaubter Besitz von Betäubungsmitteln.

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

**804. BGH 5 StR 192/08 – Beschluss vom 11. Juni 2008 (LG Chemnitz)**

Unbegründeter Antrag auf Wiedereinsetzung zur Anbringung von Verfahrensrügen (Frist; Anspruch auf Nachbesserung wegen Pflichtverletzung des Rechtspflegers).

Art. 6 EMRK; Art. 19 Abs. 4 GG; § 44 StPO; § 45 Abs. 1 Satz 1 StPO

**805. BGH 5 StR 193/08 – Beschluss vom 11. Juni 2008 (LG Berlin)**

Sexuelle Nötigung unter Ausnutzen einer schutzlosen Lage; Nötigung (konkludente Drohung mit Zwang zur Prostitution).

§ 177 Abs. 1 Nr. 3 StGB; § 240 StGB

**806. BGH 5 StR 194/08 (alt: 5 StR 87/07) – Beschluss vom 11. Juni 2008 (LG Potsdam)**

Steuerhehlerei (Wertungsfehler bei der Strafzumessung nach Aufhebung einer Entscheidung wegen mangelhafter Berechnungsdarstellung; Verhängung einer gleich hohen

Gesamtfreiheitsstrafe trotz gesunkener Hinterziehungsbeträge).

§ 374 AO; § 46 StGB

**807. BGH 5 StR 202/08 – Beschluss vom 11. Juli 2008 (LG Dresden)**

Verwerfung der Revision als unbegründet.

§ 349 Abs. 2 StPO

**808. BGH 5 StR 209/08 – Beschluss vom 10. Juli 2008 (LG Berlin)**

Gewerbsmäßige Hehlerei (ausreichende Darlegung der Bereicherungsabsicht, der Tathandlungen und der Gewerbsmäßigkeit).

§ 259 StGB; § 260 StGB

**809. BGH 5 StR 217/08 – Beschluss vom 25. Juni 2008 (LG Berlin)**

Feststellungen bei der sexuellen Nötigung (Vergewaltigung).

§ 177 Abs. 1, Abs. 2 StGB

**810. BGH 5 StR 219/08 – Beschluss vom 25. Juni 2008 (LG Hamburg)**

Mittäterschaft und Beihilfe bei gewerbsmäßiger Bandenhehlerei (Beleg der Verabredung; Gehilfen als Bandenmitglieder; minder schwerer Fall); gewerbsmäßige Hehlerei (Absetzen: Absatzerfolg und Eignung der Handlung; untergeordnete Tätigkeiten).

§ 259 StGB; § 260a StGB; § 260 StGB; § 27 StGB

**811. BGH 5 StR 238/08 – Beschluss vom 24. Juni 2008 (LG Braunschweig)**

Begriff des Beweisantrages (bestimmte Beweisbehauptung; Konnexität; wiederholte Vernehmung; Ausschluss des Beruhens).

§ 244 Abs. 3 StPO; § 337 StPO

**812. BGH 5 StR 243/08 – Beschluss vom 10. Juli 2008 (LG Berlin)**

Beweiswürdigung beim Totschlag (Alternativtäterausschluss; Aussagewert psychisch Kranker); Unterbringung in einem psychiatrischen Krankenhaus (postpsychotische Persönlichkeitsveränderungen; Schizophrenie).

§ 212 StGB; § 261 StPO; § 63 StGB; Art. 6 Abs. 1, Abs. 2 EMRK

**813. BGH 5 StR 247/08 (alt: 5 StR 77/06) – Beschluss vom 24. Juni 2008 (LG Wuppertal)**

Verwerfung der Revision als unbegründet.

§ 349 Abs. 2 StPO

**814. BGH 5 StR 253/08 – Beschluss vom 10. Juli 2008 (LG Frankfurt)**

Vergewaltigung (Beleg der Nötigung; Vorsatz); schwerer sexueller Missbrauch eines Kindes; rechtsfehlerhafte Prüfung der Schuldfähigkeit (Widersprüchlichkeit; Vermengung mit dem Vorsatz); Anordnung der Sicherungsverwahrung (Hang; Ermessensentscheidung; Subsidiarität gegenüber der Unterbringung in einem psychiatrischen Krankenhaus).

§ 177 Abs. 2 StGB; § 176a StGB; § 20 StGB; § 21 StGB; § 66 StGB; § 63 StGB

**815. BGH 5 StR 265/08 – Beschluss vom 10. Juli 2008 (LG Potsdam)**

Revisibilität der Strafzumessung (Verneinung milderer Fälle des unerlaubten Handeltreibens mit Betäubungsmitteln in nicht geringer Menge: Gesamtwürdigung; ungewöhnlich geringer Gewinn beim Betäubungsmittelhandel).

§ 29a Abs. 2 BtMG; § 30a Abs. 3 BtMG; § 46 StGB

**816. BGH 5 StR 273/08 – Beschluss vom 25. Juni 2008 (LG Dresden)**

Rechtsfehlerhafte Gesamtstrafenbildung (Zäsur).  
§ 55 StGB

**817. BGH 5 StR 274/08 (alt: 5 StR 376/07) – Urteil vom 22. Juli 2008 (LG Dresden)**

BGHR; Grenzen der nachträglichen Anordnung der Unterbringung in der Sicherungsverwahrung wegen mangelnder Therapiebereitschaft (neue Tatsache; Erforderlichkeit eines Hanges); Führungsaufsicht; Entschädigung bei einstweiliger Unterbringung (Strafverfolgungsmaßnahme).

§ 66b StGB; § 66f StGB; § 2 Abs. 2 Nr. 1 StrEG; § 8 StrEG

**818. BGH 5 StR 274/08 (alt: 5 StR 376/07) – Beschluss vom 22. Juli 2008 (LG Dresden)**

Aufhebung eines Unterbringungsbefehls durch den BGH (nachträgliche Unterbringung in der Sicherungsverwahrung).

§ 275a Abs. 5 StPO; § 126a Abs. 3 StPO; § 126 Abs. 3 StPO

**819. BGH 5 StR 280/08 – Beschluss vom 25. Juni 2008 (LG Berlin)**

Revisibilität der Strafzumessung (Wertungswiderspruch zur Argumentation bei der Prüfung der Anordnung der Unterbringung in einer Entziehungsanstalt).

§ 46 StGB; § 64 StGB

**820. BGH 5 StR 282/08 – Beschluss vom 23. Juni 2008 (LG Berlin)**

Verwerfung der Revision als unbegründet.

§ 349 Abs. 2 StPO

**821. BGH 5 StR 283/08 – Beschluss vom 23. Juli 2008 (LG Berlin)**

Kompensation einer fünfmonatigen Verfahrenslücke nach Revisionsbegründung (Verstoß gegen das Recht auf

Verfahrensbeschleunigung) durch das Revisionsgericht.

Art. 6 Abs. 1 Satz 1 EMRK; Art. 13 EMRK; § 46 StGB; § 354 Abs. 1a Satz 2 StPO

**822. BGH 5 StR 285/08 – Beschluss vom 23. Juli 2008 (LG Hamburg)**

Nichteinhaltung einer zugesagten Wahrunterstellung und geforderte Hinweispflicht bei eingetretener Bedeutungslosigkeit der als wahr unterstellten Tatsache (Verbot der Überraschungsentscheidung).

Art. 6 EMRK; Art. 103 Abs. 1 GG; § 244 Abs. 3 Satz 2, Abs. 6 StPO

**823. BGH 5 StR 287/08 – Beschluss vom 10. Juli 2008 (LG Hamburg)**

Verwerfung der Revision als unbegründet.

§ 349 Abs. 2 StPO

**824. BGer 6B\_45/2008 – Urteil vom 2. Juni 2008 (OG Bern)**

Konfrontationsrecht als Recht auf unmittelbare Konfrontation auch durch den Angeklagten in der Hauptverhandlung (Fragerecht; Mitwirkung des Verteidigers und des Angeklagten; Recht auf ein faires Strafverfahren; verhältnismäßige Einschränkungen); redaktioneller Hinweis.

Art. 6 Abs. 1, Abs. 3 lit. c, lit. d EMRK; Art. 103 Abs. 1 GG; Art. 32 Abs. 2 BV

**825. EGMR Nr. 60899/00 – Urteil vom 2. November 2008 (Kobenter und Standard Verlags GmbH v. Österreich)**

Beleidigung von Richtern durch Urteilsschelte (ein Urteil hebe sich nur „marginal von den Traditionen mittelalterlicher Hexenprozesse ab“) und Meinungsfreiheit (Äußerungsfreiheit; Pressefreiheit; Verantwortlichkeit von Journalisten; hinreichende tatsächliche Basis für Werturteile [Abgrenzung zur Schmähkritik bzw. zur destruktiven Kritik]; konstitutive Bedeutung in der Demokratie; Rechtfertigung; Schutz der unabhängigen Gerichte; Überprüfung der Deutung von Aussagen seitens nationaler Gerichte durch den EGMR).

Art. 10 EMRK; Art. 5 GG; § 185 StGB; § 186 StGB; § 187 StGB; § 193 StGB

**826. BGH 5 StR 288/08 – Beschluss vom 10. Juli 2008 (LG Berlin)**

Verwerfung der Revision als unbegründet.

§ 349 Abs. 2 StPO