

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

HERAUSGEBER

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

## SCHRIFTFLEITUNG

Wiss. Ass.  
Dr. iur. Karsten Gaede  
Bucerius Law School  
Jungiusstraße 6  
20355 Hamburg  
[karsten.gaede@strate.net](mailto:karsten.gaede@strate.net)

## REDAKTION

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

## STÄNDIGE MITARBEITER

Ass.-Prof. Dr. Daniela Demko, LL.M.,  
(Univ. Luzern); 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. *Martin Heger*, HU Berlin – **Die Auswirkungen des europäischen Doppelbestrafungsverbots auf die deutsche Strafrechtsprechung** S. 413

Dr. *Till Soyka*, LL.M. (Harvard), Hamburg – **Zur strafbaren Werbung (§ 16 Abs. 1 UWG) in Fällen der Zusendung von Gewinnmitteilungen** S. 418

Die Ausgabe umfasst eine Rezension.

Beachten Sie bitte auch die sechs Publikationen der **HRRS-Festgabe für Gerhard Fezer zum 70. Geburtstag**, die ab sofort unter [www.hrr-strafrecht.de/hrr/archiv/](http://www.hrr-strafrecht.de/hrr/archiv/) verfügbar ist.

## Entscheidungen

- EGMR (Elezi vs. Deutschland) Unparteilichkeit von Schöffen trotz Aktenkenntnis
- BVerfG Personenkraftwagen keine Waffe iSd § 113 Abs. 2 Satz 2 Nr. 1 StGB
- BVerfG Unterbrechung der Stromzufuhr in der Untersuchungshaft
- BGHst Voraussetzungen des Vorbehalts der Sicherungsverwahrung nach § 106 Abs. 3 Satz 2 JGG
- BGHst Nach § 256 Abs. 1 Nr. 2 StPO verlesenes ärztliches Attest über eine Körperverletzung als früheres Gutachten iSd § 244 Abs. 4 Satz 2 StPO
- BGHst Notwendige Feststellungen zur Persönlichkeit und zum Werdegang des Angeklagten bei freisprechendem Urteil
- BGH Nicht geringe Menge bei Metamphetamin (Anfragebeschluss des 3. Strafsenats)
- BGH Keine Mittäterschaft bei Ausnutzung von Vorbereitungshandlungen eines Mitangeklagten zu einer anderen Tat
- BGH Konnexität des Beweisantrags und Klarstellungspflicht des Verteidigers
- BGH Vermögensbetreuungspflicht des Notars
- BGH Voraussetzungen der Anhörungsrüge und Zurechnung von Verteidigerverschulden
- BGH Voraussetzung des Absehens von der Sicherungsverwahrung im Hinblick auf die Unterbringung in einer Entziehungsanstalt
- BGH Gewahrsamsbegriff beim Diebstahl

Die Ausgabe umfasst 65 Entscheidungen.

# HRRS

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

## HERAUSGEBER

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

## SCHRIFTFLEITUNG

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, Oktober 2008, Ausgabe

# 10

Rechtsprechung

## Strafrechtliche/strafverfahrensrechtliche Entscheidungen des EGMR/BVerfG

### **830. BVerfG 2 BvR 2238/07 (2. Kammer des Zweiten Senats) – Beschluss vom 1. September 2008 (OLG Dresden/LG Dresden/AG Dresden)**

Personenkraftwagen als „Waffe“ (Beisichführen; Widerstand gegen Vollstreckungsbeamte); strafrechtliches Analogieverbot (Auslegung; Wortlautgrenze; Geltung für Strafschärfungsgründe, besonders schwere Fälle und Qualifikationen).

Art. 103 Abs. 2 GG; § 113 Abs. 2 Satz 2 Nr. 1 StGB

1. Es verstößt gegen das strafrechtliche Analogieverbot i.S.d. Art. 103 Abs. 2 GG, den Begriff der Waffe in § 113 Abs. 2 Satz 2 Nr. 1 StGB in einem „nichttechnischen“ Sinne zu verstehen und auch gefährliche Werkzeuge, insbesondere bei entsprechender Verwendung, auch Kraftfahrzeuge darunter zu fassen. Der allgemeine

Sprachgebrauch bezeichnet als Waffen nur solche Gegenstände, deren primäre Zweckbestimmung darin liegt, im Wege des Angriffs oder der Verteidigung zur Bekämpfung anderer eingesetzt zu werden. Dass der Gesetzgeber dem Begriff der Waffe in § 113 Abs. 2 Satz 2 Nr. 1 StGB ein anderes Verständnis zugrunde gelegt hat, ist nicht ersichtlich.

2. Art. 103 Abs. 2 GG enthält nicht nur ein Rückwirkungsverbot für Strafvorschriften. Die Vorschrift verpflichtet den Gesetzgeber vielmehr auch, die Voraussetzungen der Strafbarkeit so konkret zu umschreiben, dass Anwendungsbereich und Tragweite der Straftatbestände sich aus dem Wortlaut ergeben oder jedenfalls durch Auslegung ermitteln lassen. Dabei markiert der mögliche Wortsinn des Gesetzes die äußerste Grenze zulässiger richterlicher Interpretation. Da Art. 103 Abs. 2 GG die

Vorhersehbarkeit der Strafandrohung für den Normadressaten garantieren will, ist die Grenze aus dessen Sicht zu bestimmen.

3. Es ist gerade der Sinn des Analogieverbots, über die Verfassungsgrundsätze der Demokratie, der Gewaltenteilung und der richterlichen Gesetzesbindung hinaus einer teleologischen Argumentation zur Füllung empfundener Strafbarkeitslücken entgegenzuwirken.

4. Diese Ausführungen gelten sinngemäß für die Auslegung von Vorschriften, die nicht die Strafbarkeit eines Verhaltens an sich regeln, sondern unter bestimmten Voraussetzungen zu einer Verschärfung der Strafdrohung gegenüber dem Grundtatbestand führen. Art. 103 Abs. 2 GG umfasst nicht nur den Straftatbestand an sich, sondern auch die Strafandrohung (vgl. BVerfGE 45, 363, 371; 86, 288, 311) und somit auch strafscharfende Vorschriften. Strafzumessungsregeln, die einen erhöhten Strafraum - beispielsweise - an das Vorliegen eines „besonders schweren Falles“ knüpfen, sind daher am Bestimmtheitsgebot des Art. 103 Abs. 2 GG zu messen.

5. Die Anknüpfung an den „besonders schweren Fall“ als solche begegnet keinen grundsätzlichen Bedenken. Was unter einem „besonders schweren Fall“ zu verstehen ist, lässt sich anhand der von der Rechtsprechung hierzu entwickelten Kriterien und der Bestimmung des § 46 StGB, die bei der Ausfüllung dieses Begriffes herangezogen werden kann, unschwer ermitteln.

### **828. BVerfG 2 BvR 1229/07 (2. Kammer des Zweiten Senats) – Beschluss vom 10. Januar 2008 (OLG Stuttgart)**

Tägliche Unterbrechung der Elektrizitätsversorgung im Haftraum eines Untersuchungsgefangenen in der Nachtzeit (gerichtliche Prüfungs- und Begründungsanforderungen); Beschränkungen in der Untersuchungshaft (strikte Ausrichtung auf die Abwehr von Gefahren für die Haftzwecke oder die Ordnung der Anstalt; staatliche Ausstattungspflichten); Informationsfreiheit. Art. 5 Abs. 1 GG; Art. 2 Abs. 1 GG; § 119 Abs. 3 StPO

1. Der Ausschluss des nächtlichen Rundfunkempfangs durch die Unterbrechung der Stromzufuhr berührt den Schutzbereich der Informationsfreiheit (Art. 5 Abs. 1 Satz 1 GG), deren Beschränkung auch Untersuchungsgefangene nur nach Maßgabe der Schrankenregelung des Art. 5 Abs. 2 GG hinzunehmen haben (vgl. BVerfGE 15, 288, 293 ff.; 35, 307, 309).

2. Für Einschränkungen grundrechtlicher Freiheiten des Untersuchungsgefangenen bildet zwar nach ständiger Rechtsprechung des Bundesverfassungsgerichts § 119 Abs. 3 StPO eine verfassungsrechtlich zureichende gesetzliche Grundlage (vgl. BVerfGE 34, 369, 379; 57, 170, 177). Dies gilt jedoch nur im Hinblick darauf, dass es sich um eine strikt auf die Abwehr von Gefahren für die Haftzwecke oder die Ordnung der Anstalt beschränkte Ermächtigung handelt, deren Anwendung in besonderem Maße dem Grundsatz der Verhältnismäßigkeit verpflichtet ist. Für darüber hinausgehende Eingriffe nach Maßgabe vollzugspolitischer Zweckmäßigkeiten und nicht ge-

fahrenabwehrrechtlich begründeter Abwägungen bietet § 119 Abs. 3 StPO keine ausreichende Grundlage.

3. Schwierigkeiten bei der Überwachung der Gefangenen sind Lästigkeiten, die grundsätzlich hingenommen werden müssen; denn Grundrechte bestehen nicht nur nach Maßgabe dessen, was an Verwaltungseinrichtungen üblicherweise vorhanden oder an Verwaltungsbrauch „vorgegeben“ ist (vgl. BVerfGE 15, 288, 296; 35, 307, 310). Es ist Sache des Staates, im Rahmen des Zumutbaren alle Maßnahmen zu treffen, die geeignet und nötig sind, um Verkürzungen der Rechte von Untersuchungsgefangenen zu vermeiden; die dafür erforderlichen sächlichen und personellen Mittel hat er aufzubringen, bereitzustellen und einzusetzen (vgl. BVerfGE 36, 264, 275; 42, 95, 101 f.).

4. Zu den Prüfungs- und Begründungsanforderungen an das Beschwerdegericht, bezüglich der Rechtfertigung einer nächtliche Stromsperre gegenüber einem Untersuchungsgefangenen.

5. Ebenso wenig wie eine Gefahr für die Ordnung in der Anstalt ohne konkrete Anhaltspunkte einfach unterstellt werden darf (vgl. BVerfGE 35, 5, 10; 57, 170, 177), kann es zulässig sein, naheliegende schonendere Mittel der Gefahrenabwehr ohne konkrete Anhaltspunkte für ihre Untauglichkeit zugunsten schärferer Instrumente zu verwerfen.

### **829. BVerfG 2 BvR 2111/06 (2. Kammer des Zweiten Senats) – Beschluss vom 5. Mai 2008 (OLG Jena/LG Meiningen)**

Ermöglichung einer Besuchsüberstellung in eine Justizvollzugsanstalt mit „angespannter“ Belegungssituation (einzige familiäre Bezugsperson); Schutz der Familie; Resozialisierungsgebot; Pflicht des Staates zur ausreichenden Ausstattung der Justizvollzugsanstalten; gerichtliche Aufklärungspflichten und Begründungspflichten.

Art. 6 GG; Art. 19 Abs. 4 GG; § 8 StVollzG; § 24 StVollzG

1. Der Schutz des Art. 6 Abs. 1 GG gilt auch für den Haftvollzug (vgl. BVerfGE 42, 95, 101; 89, 315, 322) und erstreckt sich auch auf das Verhältnis zwischen Eltern und ihren volljährigen Kindern (vgl. BVerfGE 57, 170, 178). Der Anspruch Gefangener darauf, dass Kontakt zu ihren Angehörigen in angemessenem Umfang ermöglicht wird, findet eine weitere Grundlage in der Verpflichtung des Staates auf einen am Ziel der sozialen Integration orientierten Strafvollzug (vgl. BVerfGE 116, 69, 85 - stRspr) und gilt hier auch unabhängig davon, ob sie zu dessen Resozialisierung beitragen können (vgl. BVerfGE 89, 315, 322).

2. Der Staat kann grundrechtliche und einfachgesetzlich begründete Ansprüche Gefangener nicht nach Belieben dadurch verkürzen, dass er die Vollzugsanstalten nicht so ausstattet, wie es zur Wahrung ihrer Rechte erforderlich wäre. Vielmehr setzen die Grundrechte auch Maßstäbe für die notwendige Beschaffenheit staatlicher Einrichtungen. Der Staat ist verpflichtet, Vollzugsanstalten in der

zur Wahrung der Grundrechte erforderlichen Weise auszustatten (vgl. BVerfGE 40, 276, 284; 45, 187, 240).

3. Sind vorhandene Vollzugseinrichtungen und deren Ausstattung so beschaffen, dass Rechte der Gefangenen nicht gewahrt werden können, ohne dass dadurch Rechte anderer Gefangener oder sonstige Belange von vergleichbarem Gewicht beeinträchtigt werden, so folgt auch hieraus nicht, dass die insoweit auf der einen oder anderen Seite unvermeidlichen Beeinträchtigungen ohne weiteres und unabhängig von laufenden Bemühungen um kurzfristige Abhilfe als rechtmäßig hinzunehmen wären.

4. Das Interesse eines Gefangenen an der Pflege von Besuchskontakten mit seinen Angehörigen ist von Art. 6 Abs. 1 GG auch dann geschützt, wenn solche Kontakte nur durch Besuchsüberstellungen oder Verlegung ermöglicht werden können. Dieses grundrechtlich geschützte Interesse ist dann in außerordentlich schwerwiegender Weise beeinträchtigt, wenn monatelang, und zudem noch ohne irgendeine konkrete Änderungsperspektive, jede Begegnung mit der wichtigsten, im vorliegenden Fall sogar der einzigen, familiären Bezugsperson versagt bleibt.

5. Es obliegt den Gerichten aufzuklären, ob die von der Justizvollzugsanstalt im Einzelfall aus Art. 6 Abs. 1 GG zu fordernden Anstrengungen erbracht wurden, den grundrechtlichen Belangen des Gefangenen gerecht zu werden. Allein der Verweis auf bestimmte „Soll“- und „Ist“-Belegungszahlen genügt insoweit nicht.

### **827. BVerfG 2 BvR 1146/08 (2. Kammer des Zweiten Senats) – Beschluss vom 24. Juli 2008 (OLG Jena)**

Entpflichtung eines Pflichtverteidigers (Terminschwierigkeiten; Beschleunigung des Verfahrens; Interessen von Mitangeklagten; Anspruch auf ein faires Verfahren; Berücksichtigung der Wünsche des Betroffenen).

Art. 2 Abs. 1 GG; Art. 20 Abs. 3 GG; Art. 6 Abs. 3 lit. c, Abs. 1 EMRK; § 141 StPO

1. Der Widerruf der Pflichtverteidigerbestellung aus wichtigem Grund ist dann verfassungsrechtlich nicht zu beanstanden, wenn Umstände vorliegen, die den Zweck der Pflichtverteidigung, dem Beschuldigten einen geeigneten Beistand zu sichern und einen ordnungsgemäßen Verfahrensablauf zu gewährleisten, ernsthaft gefährden.

2. Bei der Prüfung, ob ein wichtiger, den Widerruf rechtfertigender Grund vorliegt, ist namentlich der Grundsatz des fairen Verfahrens zu berücksichtigen. Dieser fordert, die Wünsche eines Angeklagten auf Beiordnung eines bestimmten Verteidigers – soweit wie möglich – zu berücksichtigen.

3. Bei der Abwägungsentscheidung über den Widerruf ist neben den Interessen des betroffenen Angeklagten, auch das verfassungsrechtliche Beschleunigungsgebot insbesondere auch im Hinblick auf vorhandene Mitangeklagte zu berücksichtigen

### **888. EGMR Nr. 26771/03 – Urteil vom 12. Juni 2008 (Elezi vs. Deutschland)**

Recht auf ein faires Verfahren (Unabhängigkeit und Unparteilichkeit von Laienrichtern: Besorgnis der Befangenheit bei Aktenkenntnis von Schöffen, Mitteilung des wesentlichen Ergebnisses der Ermittlungen; Selbstleseverfahren).

Art. 6 Abs. 1 Satz 1 EMRK; § 249 Abs. 2 StPO; § 24 Abs. 2 StPO; § 200 Abs. 2 StPO; Nr. 126 Abs. 3 RiStBV

1. Individuelle Zweifel an der Unparteilichkeit eines (Laien-)Richters im Sinne des Art. 6 Abs. 1 Satz 1 EMRK sind nur begründet, wenn sie objektiv berechtigt sind. Allerdings ist der Standpunkt desjenigen gebührend zu berücksichtigen, der die Unparteilichkeit bezweifelt. Für die Berechtigung der Zweifel ist insbesondere entscheidend, ob ein gerühtes Verhalten zum Nachteil des Angeklagten rechtswidrig war oder eine grundlegende Abkehr von der ständigen Praxis im nationalen Strafverfahren zulasten des Angeklagten darstellt.

2. Nicht jeder Verstoß gegen Nr. 126 Abs. 3 RiStBV begründet berechtigte Zweifel im Sinne des Art. 6 Abs. 1 Satz 1 EMRK. Dies gilt jedenfalls dann, wenn den Laienrichtern die Kenntnis des wesentlichen Ergebnisses der Ermittlungen in einem Verfahren gegen einen anderen Angeklagten eingeräumt worden ist, um ein Geständnis dieses Angeklagten zu erläutern.

3. Der Umstand, dass ein Richter den Inhalt der Verfahrensakten im Einzelnen kennt, begründet allein noch nicht die Annahme, er sei bei der Entscheidung über das Verfahren voreingenommen.

### **832. BVerfG 2 BvR 1989/07 – Beschluss vom 13. Februar 2008 (LG Bonn)**

Anordnung der Unterbringung in der Sicherungsverwahrung bei Verurteilung eines Nicht-Vorbestraften wegen Betrugs (Gefährlichkeitsprognose: Abweichung vom Sachverständigengutachten); Freiheit der Person; Zulässigkeit der Verfassungsbeschwerde (Möglichkeit einer Grundrechtsverletzung).

Art. 2 Abs. 2 Satz 2 GG; § 66 StGB

1. Im Rahmen der Prüfung eines Hanges i.S.d. § 66 Abs. 1 Nr. 3 StGB kann auch eine begangene Spontantat Aussagekraft besitzen, obwohl die übrigen begangenen Taten vom Beschuldigten von langer Hand geplant worden sind.

2. Es ist verfassungsrechtlich nicht zu beanstanden, dass die Gefährlichkeitsprognose des Fachgerichts von der des Sachverständigen abweicht. Die abweichende Beurteilung ist Ergebnis einer eigenständigen Prognoseentscheidung, bei der das Gericht dem Gutachten seine richterliche Kontrolle entgegengesetzt hat. Zu einer solchen eigenständigen und selbst verantworteten Würdigung des Sachverständigengutachtens ist das Fachgericht von Verfassungs wegen verpflichtet (vgl. BVerfGE 109, 133, 164).

### **831. BVerfG 2 BvR 573/08 (1. Kammer des Zweiten Senats) – Beschluss vom 25. Juli 2008 (KG/LG Berlin)**

Unterbringung in einer Entziehungsanstalt (Erledigterklärung; fehlende Erfolgsaussicht; Prognoseentscheidung; zureichende Sachverhaltsfeststellung).

Art. 2 Abs. 1 GG; Art. 2 Abs. 2 Satz 2 GG; § 64 StGB; § 67d Abs. 5 Satz 1 StGB

1. Die Anordnung der Unterbringung in einer Entziehungsanstalt und ebenso ihr Vollzug sind von Verfassungen wegen an die Voraussetzung geknüpft, dass eine hinreichend konkrete Aussicht besteht, den Süchtigen zu heilen oder doch über eine gewisse Zeitspanne vor dem Rückfall in die akute Sucht zu bewahren. Die Unterbringung in einer Entziehungsanstalt darf nicht weiter vollzogen werden, wenn entgegen einer anfänglichen positi-

ven Prognose keine hinreichend konkrete Aussicht mehr auf einen solchen Behandlungserfolg besteht (BVerfGE 91, 1, 30 f.).

2. Die Entscheidung über die Erledigterklärung einer Unterbringung muss auf zureichender richterlicher Sachaufklärung beruhen, die der Bedeutung der Freiheitsgarantie entspricht. Dazu ist aber auch von Verfassungen wegen nicht notwendigerweise die Einholung eines Sachverständigengutachtens geboten.

Rechtsprechung

## Hervorzuhebende Entscheidungen des BGH

### I. Materielles Strafrecht – Allgemeiner Teil

**864. BGH 1 StR 174/08 – Beschluss vom 2. Juli 2008 (LG Tübingen)**

Schwere räuberische Erpressung (Anstiftung, Beihilfe und Mittäterschaft bei Mitwirkungen an der Vorbereitung und Planung einer anders durchgeführten Tat; Exzess; Verbrechensverabredung).

§ 250 StGB; § 253 StGB; § 255 StGB; § 25 Abs. 2 StGB; § 27 StGB; § 26 StGB; § 30 Abs. 2 StGB; § 15 StGB

1. Entwickeln Angeklagte gemeinsam einen Tatentschluss, liegt darin keine Anstiftung der jeweils anderen Angeklagten. Dies gilt auch für einen Angeklagten, der im Vorbereitungsstadium die höchste Planungskompetenz aufweist.

2. Mittäterschaft liegt nicht vor, wenn Mitangeklagte Vorbereitungshandlungen eines Mitwirkenden für eine Tat ausnutzen, die nach den Vorstellungen des Mitwirkenden und nach dem vereinbarten Tatplan als andere Tat zu bewerten ist. Auch Beihilfe scheidet dann aus. Anders liegt es in Fällen, in denen ein „Hintermann“ die Planung einer Tat (mit-)beherrscht, diese aber anschließend aus den Händen gibt und dabei das genaue Vorgehen bei der Tatausführung und den hierfür geeigneten Zeitpunkt dem Ermessen seines Mittäters überlässt (vgl. BGH NStZ 2003, 253, 254; NStZ-RR 2004, 40, 41). Ebenfalls sind Fälle anders zu behandeln, in denen ein Mittäter im Vorbereitungsstadium von der Tatausführung Abstand nimmt, er allerdings - etwa wegen fehlgeschlagener Umstimmungsversuche - weiß oder zumindest damit rechnet, dass andere Mittäter (gegebenenfalls) seinen Tatbeitrag ersetzen und die Tat gleichwohl ohne ihn ausführen (vgl. BGHSt 28, 346; BGH NStZ 1994, 29; 1999, 449).

**861. BGH 3 StR 545/07 - Beschluss vom 19. Juni 2008 (LG Duisburg)**

Verfolgungsverjährung; Unterbrechung (Reichweite; Akteneinsicht; Erhebung einer unwirksamen Anklage); Analogieverbot.

§ 78 StGB; § 78a StGB; § 78c StGB; Art. 103 Abs. 2 GG

1. Sind mehrere selbständige Straftaten im Sinne des § 264 Abs. 1 StPO Gegenstand eines Ermittlungsverfahrens, so erstreckt sich die verjährungsunterbrechende Wirkung von Untersuchungshandlungen grundsätzlich auf alle diese Taten, sofern nicht der Verfolgungswille des tätig werdenden Strafverfolgungsorgans erkennbar auf eine oder mehrere der Taten beschränkt ist.

2. Für die Bestimmung des Umfangs des Verfolgungswillens ist maßgeblich, was nach dem Wortlaut der Maßnahme, nach dem sonstigen Akteninhalt sowie dem Sach- und Verfahrenszusammenhang mit der jeweiligen Untersuchungshandlung bezweckt wird. Dabei genügt es, wenn die vom Verfolgungswillen erkennbar erfassten Taten derart individualisiert sind, dass sie von denkbaren ähnlichen oder gleichartigen Vorkommnissen unterscheidbar sind.

3. Verbleiben Zweifel, ob eine Tat von einer Unterbrechung umfasst ist, so ist zu Gunsten des Angeklagten zu entscheiden.

4. Sämtliche die Verjährung unterbrechenden Maßnahmen des § 78c Abs. 1 Nr. 1 StGB – neben den dort ausdrücklich genannten Maßnahmen etwa auch die Gewährung einer Akteneinsicht oder die Mitteilung des Eingangs weiterer Strafanzeigen – bilden eine Einheit. Sie sind lediglich zu einer einmaligen Unterbrechung der

Verjährung geeignet und stehen hierfür nur alternativ zur Verfügung. Sobald eine der dort genannten Unterbrechungshandlungen durchgeführt worden ist, kann die Verjährung daher durch eine andere der in Nr. 1 aufgezählten Maßnahmen nicht erneut unterbrochen werden.

5. Durch die Erhebung einer Anklage, die den Voraussetzungen des § 200 StPO nicht entspricht und deshalb unwirksam ist, kann die Verjährung nicht gemäß § 78c Abs. 1 Nr. 6 StGB unterbrochen werden.

6. Die Vorschriften über die Unterbrechung der Verjährung sind als materiellrechtliche Ausnahmeregelungen einer Analogie nicht zugänglich.

#### **874. BGH 4 StR 284/08 – Urteil vom 11. September 2008 (LG Bayreuth)**

Versuchte sexuelle Nötigung (sexuelle Handlung; Rücktritt vom unbeendeten Versuch: fehlgeschlagener Versuch, Erörterungsmangel); rechtsfehlerhaft unterbliebene Anordnung der Unterbringung in einer Entziehungsanstalt (lückenhafte Würdigung und mangelhafte Gesamtwürdigung).

§ 177 Abs. 1, Abs. 2 StGB; § 184 f Nr. 1 StGB; § 22 StGB; § 24 Abs. 1 Satz 1 StGB; § 64 StGB

Der Rücktritt vom unbeendeten Versuch gemäß § 24

Abs. 1 Satz 1 StGB durch freiwilliges Aufgeben der weiteren Ausführung der Tat ist ausgeschlossen, wenn der Versuch fehlgeschlagen ist (vgl. BGHSt 39, 221, 228 m. w. N.). Ein fehlgeschlagener Versuch liegt jedoch dann nicht vor, wenn der Täter die Tat, wie er weiß, mit den bereits eingesetzten oder den zur Hand liegenden einsatzbereiten Mitteln ohne zeitliche Zäsur noch vollenden kann (st. Rspr.; BGHSt 34, 53, 56; 35, 90, 94; 39, 221, 228).

#### **887. BGH 5 StR 334/08 – Beschluss vom 20. August 2008 (LG Neuruppin)**

Nicht hinreichend erörterte Möglichkeit der Schuldunfähigkeit bei Brandstiftung („Pyromanie“; gebotene Gesamtwürdigung).

§ 20 StGB; § 21 StGB; § 63 StGB; § 306 StGB

Eine Prüfung der Schuldunfähigkeit darf sich nicht nur auf eine mögliche Eingangsvariante des § 20 StGB wie zum Beispiel den Schwachsinn beziehen, sondern muss in einer Gesamtwürdigung auch Anhaltspunkte für eine schwere andere seelischen Abartigkeit in Form einer gravierenden Persönlichkeitsstörung einbeziehen. Hierbei ist auch eine besondere Affinität des Angeklagten zu Brandstiftungen zu berücksichtigen, selbst wenn es „Pyromanie als eigenständige Persönlichkeitsstörung“ nicht geben sollte.

## Rechtsprechung

## II. Materielles Strafrecht – Besonderer Teil

#### **866. BGH 1 StR 383/08 – Urteil vom 4. September 2008 (LG Stuttgart)**

Beweiswürdigung (fehlerhafte Anwendung des Zweifelsgrundsatzes); Gewahrsamsbruch beim Diebstahl (übergeordneter Mitgewahrsam des Bandenchefs).

§ 242 StGB; § 261 StPO

1. Für die Frage, wer den Gewahrsam an einer Sache innehat, kommt es nach ständiger Rechtsprechung entscheidend auf die Anschauungen des täglichen Lebens an. Der Gewahrsamsbegriff wird wesentlich durch die Verkehrsauffassung bestimmt. Deshalb hängt das Bestehen tatsächlicher Sachherrschaft nicht in erster Linie, jedenfalls nicht allein von der körperlichen Nähe zur Sache und nicht von der physischen Kraft ab, mit der die Beziehung zur Sache aufrechterhalten wird oder aufrechterhalten werden kann (vgl. BGHSt 16, 271, 273). Gewahrsam kann auch in Form des übergeordneten Mitgewahrsams eines „Bandenkopfes“ vorliegen.

2. Die Anwendung des Zweifelssatzes setzt eine vorherige umfassende Würdigung der relevanten Indizien voraus (vgl. BGH NStZ 2001, 609; BGH, Urt. vom 22. Mai 2007 - 1 StR 582/06). Eine solche Gesamtbetrachtung muss sich den schriftlichen Urteilsgründen entnehmen lassen.

#### **869. BGH 4 StR 144/08 – Urteil vom 31. Juli 2008 (LG Saarbrücken)**

Anwendung des schweren Bandendiebstahls auf örtlich begrenzt agierende Jugendbanden im Umfeld von Schulen (organisierte Kriminalität); keine zwingende Rechtsfolgenkompensation bei geringen Verzögerungen (Recht auf Verfahrensbeschleunigung; Recht auf Beschwerde).

§ 244 Abs. 1 Nr. 2 StGB; § 244a StGB; Art. 6 EMRK; Art. 13 EMRK

Weder die Entstehungsgeschichte des § 244a StGB noch sein Normzweck lassen eine Intention des Gesetzgebers erkennen, nicht dem Bereich der organisierten Kriminalität zuzurechnende Banden aus dem Anwendungsbereich des § 244a StGB herauszunehmen. § 244a StGB findet auf alle Diebesbanden Anwendung (vgl. zur Jugendbande auch BGH, Urteil vom 22. März 2006 - 5 StR 38/06 = NStZ 2006, 574). Es kommt mithin nicht darauf an, ob es sich um eine Jugendbande, eine im örtlich begrenzten Bereich tätige oder auf bestimmte Objekte spezialisierte Bande handelt.

#### **875. BGH 4 StR 327/08 – Beschluss vom 28. August 2008 (LG Dortmund)**

Schwerer Menschenhandel zum Zweck der sexuellen Ausbeutung (Gewerbsmäßigkeit).  
§ 232 Abs. 3 Nr. 3 StGB

Gewerbsmäßigkeit liegt nur dann vor, wenn der Täter in der Absicht handelt, sich durch wiederholte Tatbegehung eine fortlaufende Einnahmequelle von einiger Dauer und einigem Umfang zu verschaffen (vgl. BGHSt 1, 383; BGH NStZ 1998, 305, 306; 2000, 657, 660). Liegt ein solches Gewinnstreben vor, ist zwar schon die erste der ins Auge gefassten Tathandlungen als gewerbsmäßig zu werten (vgl. BGH NStZ 1998, 305, 306 m.N.). Hierfür genügt es bei § 232 Abs. 3 Nr. 3 StGB nicht, wenn der Angeklagte das zur Tatzeit noch nicht 21 Jahre alte Opfer zur Fortsetzung der Prostitution bringt „weil er sich aus den Prostitutionseinkünften der Nebenklägerin eine dauerhafte Einnahmequelle von einigem Umfang erschließen wollte“.

### 834. BGH 2 StR 141/08 - Urteil vom 18. Juni 2008 (LG Gießen)

Besonders schwere Brandstiftung (Absicht der Ermöglichung eines Versicherungsbetruges; Begünstigung der Begehung der weiteren Tat durch die spezifischen Auswirkungen der Brandlegung); Revisionserstreckung auf Mitangeklagte (individuelle Beurteilung im Hinblick auf den Mitangeklagten; fehlerhafte Rechtsansicht).

§ 306b Abs. 2 Nr. 2 StGB; § 263 StGB; § 357 StPO

1. Der Senat hält daran fest, dass die Voraussetzungen der besonders schweren Brandstiftung nach § 306b Abs. 2 Nr. 2 StGB auch dann gegeben sind, wenn die Brandlegung zum Zwecke eines Betrugs zum Nachteil der Versicherung begangen wird; die Begehung der weiteren Tat muss nicht durch die spezifischen Auswirkungen der Brandlegung begünstigt werden.

2. Eine Erstreckung der Revision auf Mitangeklagte gemäß § 357 StPO ist nicht veranlasst, wenn der Rechtsfeh-

ler des Tatrichters eine rechtliche Beurteilung betrifft, die für jeden Angeklagten individuell vorzunehmen ist und der Entscheidung keine fehlerhafte Rechtsansicht als solche zugrunde liegt.

### 878. BGH 4 StR 373/08 - Beschluss vom 26. August 2008 (LG Essen)

Begriff der sexuellen Handlung (Bewusstsein des Täters); Nötigung.

§ 177 Abs. 1 StGB; § 184f Nr. 1 StGB; § 15 StGB; § 240 StGB

Eine sexuelle Handlung im Sinne des § 177 Abs. 1 i.V.m. § 184 f Nr. 1 StGB liegt immer dann vor, wenn die Handlung objektiv, also nach ihrem äußeren Erscheinungsbild, einen eindeutigen Sexualbezug aufweist; ist das der Fall, kommt es auf die Motivation des Täters nicht an, auch eine sexuelle Absicht muss nicht vorliegen (BGH, Urteil vom 20. Dezember 2007 – 4 StR 459/07 m.w.N.). Jedoch ist auf der subjektiven Seite erforderlich, dass der Täter sich jedenfalls des sexuellen Charakters seines Tuns bewusst ist.

### 835. BGH 2 StR 143/08 - Urteil vom 11. Juni 2008 (LG Erfurt)

Geiselnahme (Zeitpunkt der Erreichung des Nötigungsziels); Überzeugungsbildung (Überspannung der Anforderungen).

§ 239b StGB; § 261 StPO

Bei der Geiselnahme muss zwischen der Entführung oder dem Sich-Bemächtigen einerseits und der beabsichtigten Nötigung andererseits ein funktionaler Zusammenhang derart bestehen, dass der Täter dem Opfer noch während der Dauer der Entführung oder Bemächtigung eine Handlung, Duldung oder Unterlassung abpressen will. Die Einschüchterung des Tatopfers verbunden mit dem Verlangen, in Zukunft nach Beendigung der Einschüchterung bestimmte Handlungen zu unterlassen, erfüllt den Tatbestand daher nicht.

## Rechtsprechung

## III. Strafzumessungs- und Maßregelrecht

### 837. BGH 2 StR 240/08 - Urteil vom 13. August 2008 (LG Bonn)

Vorbehalt der Sicherungsverwahrung (Anlasstaten; frühere Taten; Erörterungspflicht); „Siegburger Gefängnismord“; Milderung der Rechtsfolgen des allgemeinen Strafrechts bei Heranwachsenden (lebenslange Freiheitsstrafe; zeitige Freiheitsstrafe; Sühnegedanke).  
§ 106 JGG; § 66 StGB; § 211 StGB

1. Zu den Voraussetzungen des Vorbehalts der Sicherungsverwahrung nach § 106 Abs. 3 Satz 2 JGG. (BGHSt)

2. Dem Tatrichter steht bei der Abwägung, ob bei einem unter Anwendung des allgemeinen Strafrechts zu verurteilenden Heranwachsenden statt auf lebenslange Freiheitsstrafe auf eine Freiheitsstrafe von zehn bis zu fünfzehn Jahren zu erkennen ist (§ 106 Abs. 1 JGG), ein weiter Ermessensspielraum zu. Dabei darf der Sühnezweck nicht überbewertet werden; vielmehr steht im Vordergrund, ob eine spätere Wiedereingliederung des Täters erwartet werden kann. Gleichwohl darf der Sühnegedanke jedenfalls dann auch nicht völlig außer Betracht bleiben, wenn die Feststellungen - etwa bei einem

außergewöhnlich brutalen, menschenverachtenden Tatbild - entsprechende Erwägungen nahe legen. (Bearbeiter)

**870. BGH 4 StR 152/08 - Urteil vom 31. Juli 2008 (LG Bochum)**

Rechtsfehlerhaftes Absehen von der Anordnung der Sicherungsverwahrung zugunsten einer Unterbringung in einer Entziehungsanstalt.

§ 66 StGB; § 64 StGB

Das Absehen von der Anordnung der Sicherungsverwahrung setzt im Hinblick auf die Unterbringung in einer Entziehungsanstalt ein hohes Maß an prognostischer Sicherheit voraus, dass mit der Unterbringung die vom Angeklagten ausgehende Gefahr beseitigt werden kann (vgl. BGH NStZ 2007, 328). Im Grundsatz führen Unsicherheiten über den Erfolg allein der milderer Maßregel zur kumulativen Anordnung der Maßregeln (vgl. BGH NStZ 2000, 587, 589; StV 2007, 633, 634).

**872. BGH 4 StR 223/08 - Urteil vom 14. August 2008 (LG Essen)**

Minder schwerer Fall des Totschlages (affektive Aufladung; hirnorganische Erkrankung; Misshandlung; schwere Beleidigung: Reizung ohne eigene Schuld zum Zorn; Beweismäßigkeit); Doppelverwertungsverbot (keine Strafschärfung wegen Handelns mit direktem Vorsatz beim Totschlag; Regeltatbild; Strafzumessung); eigene Rechtsfolgenentscheidung des Revisionsgerichts; gerichtlicher Hinweis.

§ 212 StGB; § 213 StGB; § 46 Abs. 3 StGB; § 354 Abs. 1a StPO

1. Der Tatbestand des Totschlages setzt vorsätzliche Tatbegehung voraus, deren Regelfall die Tötung mit direktem Vorsatz ist. Daher verstößt es gegen das Doppelverwertungsverbot des § 46 Abs. 3 StGB, wenn der Umstand, dass der Angeklagte mit direktem Tötungsvorsatz gehandelt hat, als solcher strafschärfend verwertet wird (vgl. BGHR StGB § 46 Abs. 3 Tötungsvorsatz 1, 3, 4; Senatsbeschluss vom 30. Juli 1998 - 4 StR 346/98).

2. Fall einer verfassungskonformen Anwendung des § 354 Abs. 1a StPO.

**886. BGH 5 StR 315/08 - Beschluss vom 4. September 2008 (LG Bremen)**

Erforderliche Gesamtwürdigung bei der Prüfung eines minder schweren Falles des Totschlages nach § 213 StGB (verminderte Schuldfähigkeit).

§ 213 StGB; § 46 StGB; § 21 StGB

1. Auch bei einem „verheerenden Tatbild“ ist eine umfassenden Gesamtwürdigung aller für und gegen den Angeklagten sprechenden Umstände mit Blick auf einen möglichen minder schweren Fall nach § 213 geboten (BGHR StGB vor § 1/minder schwerer Fall Gesamtwürdigung 8 und Prüfungspflicht 1).

2. Bei der Bewertung der Handlungsintensität darf nicht unerörtert bleiben, ob und in welchem Maße das brutale Vorgehen gerade durch die verminderte Schuldfähigkeit

beeinflusst war. Denn in dem Umfang, in dem das „verheerende Tatbild“ und die massive Vorgehensweise auf die erheblich verminderte Schuldfähigkeit zurückgehen, dürfen sie ihm nicht uneingeschränkt zum Vorwurf gemacht und straferschwerend angelastet werden (vgl. BGHR StGB § 21 Strafzumessung 1 bis 5).

**881. BGH 5 StR 101/08 - Urteil vom 4. September 2008 (LG Hamburg)**

Rechtsfehlerhaft unterbliebene Anordnung der Sicherungsverwahrung (Wertungsfehler beim Hang; kein zeitlicher Mindestabstand unter den Anlasstaten; Ermessensausübung und folgender Strafvollzug).

§ 66 Abs. 1 Nr. 3 StGB

1. Es stellt einen Wertungsfehler dar, wenn das Tatgericht trotz festgestellter zahlreicher Risikofaktoren für die Begehung weiterer erheblicher Sexualdelikte einen fest eingeschliffenen inneren Zustand des Angeklagten, der ihn immer wieder neue Straftaten begehen lässt (vgl. BGH NStZ 2005, 265), verneint. Zahlreiche Risikofaktoren darf das Tatgericht nicht schon deswegen als entkräftet ansehen, weil es zu den Anlasstaten nach seiner Wertung nur durch die vom Angeklagten als unbefriedigend empfundene Lebenssituation gekommen ist. Überdauernde innere Eigenschaften des Straftäters, welche die Disposition begründen, Straftaten zu begehen, können zur Feststellung eines Hangs ausreichen; das Hinzutreten aktuell tatauflösender Situationen steht dem nicht entgegen. Die Anwendung des § 66 StGB ist lediglich dann ausgeschlossen, wenn eine äußere Tatsituation oder Augenblickserregung die Tat maßgeblich allein verursacht hat (vgl. BGH MDR 1980, 326, 327 m.w.N.; BGH NStZ 2007, 114).

2. Die Feststellung eines Hangs gemäß § 66 Abs. 1 Nr. 3 StGB verlangt keinen bestimmten zeitlichen Mindestabstand zwischen den Anlasstaten. Vielmehr können gerade auch relativ zeitnah aufeinanderfolgende Taten in ihrer Häufung Ausdruck eines eingeschliffenen inneren Zustands des Täters sein, der ihn immer wieder neue Straftaten begehen lässt (BGH NStZ 2008, 27).

**885. BGH 5 StR 281/08 - Beschluss vom 3. September 2008 (LG Leipzig)**

Nachträgliche Anordnung der Sicherungsverwahrung (Vorliegen der übrigen Voraussetzungen des § 66 StGB: ausreichende Feststellungen zu Anlasstaten, Einheitsfreiheitsstrafen nach DDR-Recht, hypothetische Einzelfreiheitsstrafe; Rückfallverjährung – Nichtverwertbarkeit ausgeurteilter Taten als Symptomtaten; hinreichende Begründung der Gefährlichkeitsprognose; Ermessen des Tatrichters und Ersetzen der Anordnungsgrundlage; Beziehung der Verfahrensakten).

§ 66b Abs. 1, Abs. 3 StGB; § 66 Abs. 1 StGB

1. Das Gewicht des Eingriffs der nachträglichen Anordnung der Sicherungsverwahrung setzt eine besonders sorgfältige Prüfung und Darlegung der Anordnungsvoraussetzungen voraus. Ohne Beziehung der den Vorurteilungen zuzuordnenden Strafakten – etwa allein auf der Grundlage des Registerauszuges des Verurteilten – kann dem nicht genügt werden.

2. Die außerordentlich belastende Maßregel der nachträglichen Anordnung der Sicherungsverwahrung ist nur in außergewöhnlichen seltenen Ausnahmefällen gegen verurteilte Straftäter berechtigt, bei denen aufgrund ihres bisherigen Werdegangs ein „hohes Maß an Gewissheit“ über die Gefahr besteht, dass sie besonders schwere Straftaten begehen werden (vgl. BVerfGE 109, 190, 236; BVerfG – Kammer – NJW 2006, 3483, 3484; BGHSt 50, 121, 125; 50, 373, 378). Die Vorschrift des § 66b StGB verlangt eine konkrete, auf den Einzelfall bezogene hohe Wahrscheinlichkeit. Hinzukommen muss, dass die von dem Betroffenen ausgehende erhebliche Gefahr gegenwärtig sein muss (BVerfGE 109, 190, 242). Durch den Aspekt ihrer Gegenwärtigkeit hebt sich die zu prognostizierende Gefährlichkeit von einer allgemeinen Rückfallwahrscheinlichkeit ab (BVerfG – Kammer – NJW 2006, 3483, 3485; vgl. auch BGH NStZ-RR 2008, 40, 41).

#### **865. BGH 1 StR 248/08 - Urteil vom 29. Juli 2008 (LG Ellwangen)**

Rechtsfehlerhaft begründetes Absehen von der Anordnung der Sicherungsverwahrung (Begriff des Hanges bei sexuellem Missbrauch von Kindern).

§ 66 Abs. 1 Nr. 3, Abs. 2, Abs. 3 Satz 2 StGB

1. Ob ein Hang zur Begehung erheblicher Straftaten anzunehmen ist, beurteilt sich bei § 66 Abs. 3 Satz 2 StGB wie auch im Fall des § 66 Abs. 2 StGB danach, ob die Vorverurteilung und/oder die abzuurteilenden Anlasstaten symptomatisch für die verbrecherische Neigung des Täters und die von ihm ausgehende Gefährlichkeit sind, das heißt, die Anlasstaten sind daraufhin zu würdi-

gen, ob aus ihnen bereits auf einen Hang zur Begehung „erheblicher Straftaten“, namentlich solcher, die unter den Katalog des § 66 Abs. 3 Satz 1 StGB fallen, geschlossen werden kann, ob sich also bereits in ihnen ein solcher Hang hinreichend deutlich manifestiert hat (vgl. BGHR StGB § 66 Abs. 3 Katalogtat 1; BGH, Urt. vom 23. August 2000 - 3 StR 307/00).

2. „Hangtäter“ ist auch schon derjenige, der aufgrund einer fest eingewurzelten Neigung, deren Ursache unerheblich ist, immer wieder straffällig wird, wenn sich Gelegenheit bietet (BGHR StGB § 66 Abs. 1 Hang 1 und Hang 3). Auch positive charakterliche Eigenschaften des Angeklagten und sein Bedauern der weder von Gemütsarmut noch Gefühlskälte geprägten Taten schließen einen Hang zur Begehung erheblicher Straftaten nicht aus. Gerade wenn eine offenbar nicht zu kontrollierende Willensschwäche vorliegt, welcher der Angeklagte nicht begegnen kann und demgemäß jegliche Gelegenheit zu sexuellen Misshandlungen an Kindern ausnutzt, deutet dies auf das Vorliegen eines Hanges im Sinne von § 66 Abs. 1 Nr. 3 StGB hin.

3. Als „Hangtäter“ kommt auch in Betracht, wer willensschwach ist, aus innerer Haltlosigkeit Tatanreizen nicht genügend widerstehen kann und so jeder neuen Versuchung zum Opfer fällt. Mit diesem Aspekt hätte sich die Strafkammer auch unter Berücksichtigung der hohen Rückfallgeschwindigkeit, die bei dem Angeklagten zuletzt aufgetreten ist, näher befassen müssen (BGH MDR 1994, 761, 762; zu dem bedenklichen Kriterium des mittleren Rückfallrisikos vgl. BGH NStZ 2007, 464, 465).

## Rechtsprechung

### IV. Strafverfahrensrecht mit GVG

#### **833. BGH 2 StR 195/08 - Beschluss vom 22. August 2008 (LG Frankfurt am Main)**

BGHSt; Sachverständigenbeweis (verlesenes Attest; früheres Gutachten); begründete Verfahrensrüge (Ablehnung eines Beweisantrages; aufs Geratewohl / ins Blaue hinein gestellter Beweisantrag; Konnexität; negativ formulierte Beweistatsache).

§ 244 Abs. 3, Abs. 4 Satz 2 StPO; § 256 Abs. 1 Nr. 2 StPO

1. Früheres Gutachten im Sinne von § 244 Abs. 4 Satz 2 StPO kann auch ein gemäß § 256 Abs. 1 Nr. 2 StPO verlesenes ärztliches Attest über eine Körperverletzung sein. (BGHSt)

2. Die Behauptung, eine Person habe ein in ihrer Anwesenheit angeblich geschehenes Ereignis nicht wahrgenommen, und das Ereignis habe daher nicht stattgefunden, da die Person es nach den konkreten Umständen hätte bemerken müssen, ist eine hinreichend bestimmte

Beweistatsache im Sinne von § 244 Abs. 3 StPO. (Bearbeiter)

#### **836. BGH 2 StR 150/08 - Urteil vom 23. Juli 2008 (LG Koblenz)**

Mord; Beweiswürdigung (umfassende Gesamtwürdigung aller Beweisergebnisse im Zusammenhang); Überzeugungsbildung (Summe mehrerer Indiztatsachen); Urteilsgründe (Feststellungen zur Persönlichkeit und zum Werdegang des Angeklagten).

§ 211 StGB; § 261 StPO; § 267 Abs. 3 StPO

1. Feststellungen zur Persönlichkeit und zum Werdegang des Angeklagten sind auch bei einem freisprechenden Urteil erforderlich, wenn sie für die Beurteilung des Tatvorwurfs von Bedeutung sein können. (BGHSt)

2. Der Tatrichter ist gehalten, sich mit den von ihm festgestellten Tatsachen unter allen für die Entscheidung wesentlichen Gesichtspunkten auseinander zu setzen,

wenn sie geeignet sind, das Beweisergebnis zu beeinflussen. Eine Beweismittelwürdigung, die über schwer wiegende Verdachtsmomente hinweggeht, ist rechtsfehlerhaft. Aus den Urteilsgründen muss sich auch ergeben, dass die einzelnen Beweisergebnisse nicht nur isoliert gewertet, sondern in eine umfassende Gesamtwürdigung eingestellt wurden. (Bearbeiter)

3. Auch wenn keine der vom Tatrichter festgestellten Indiztatsachen für sich alleine zum Nachweis der Täterschaft eines Angeklagten ausreichen würde, besteht gleichwohl die Möglichkeit, dass sie in ihrer Gesamtheit dem Tatrichter die entsprechende Überzeugung vermitteln können. (Bearbeiter)

**848. BGH 3 StR 181/08 - Urteil vom 14. August 2008 (LG Osnabrück)**

Beweisantrag (Konnexität); Beweisermittlungsantrag; Zeugenbeweis (Beweisziel; wahrgenommene Tatsachen); Auslegung eines Beweisantrags (unverständliche Auslegung; Rügeobliegenheit des Antragstellers; Präklusion); Betrug (Gewerbsmäßigkeit; Ermessensausübung); Strafaussetzung zur Bewährung (besondere Umstände).

§ 244 Abs. 3 StPO; § 263 StGB; § 56 StGB

1. Jedenfalls dann, wenn die unzutreffende Auslegung eines Beweisantrags auch auf dessen missverständlicher Formulierung durch den Antragsteller beruht, ist dieser gehalten, das Missverständnis des Gerichts noch in der Hauptverhandlung auszuräumen. Unterlässt er dies, so ist es ihm verwehrt, die unzutreffende Auslegung des Beweisantrags und dessen darauf beruhende rechtsfehlerhafte Ablehnung mit der Revision zu beanstanden.

2. Der Senat lässt es offen, ob mit dem Begriff der „Konnexität“ ein eigenständiges konstitutives Element eines Beweisantrags benannt oder lediglich die notwendige Konkretisierung der Beweistatsache umschrieben wird. Das Verständnis der Konnexität, wie es der 5. Strafsenat zugrunde legt, erscheint dem Senat als sehr weitgehend.

**863. BGH 1 StR 162/08 - Beschluss vom 13. August 2008 (LG München)**

Fristgemäße Einlegung der Anhöhrungsrüge und Zurechnung von Verteidigerverschulden (Wochenfrist; verfehlte zwischenzeitliche Einlegung einer Verfassungsbeschwerde); Antrag auf Wiedereinsetzung in den vorigen Stand gegen die Versäumung der Frist des § 356a Satz 2 StPO (Verschulden des Verteidigers bei ausdrücklicher Zusicherung des Nichtwissens hinsichtlich der Erforderlichkeit eines nötigen Rechtsbehelfs).

Art. 6 EMRK; § 90 Abs. 2 Satz 1 BVerfGG; § 93 Abs. 2 Satz 6 BVerfGG; § 356a Satz 2 StPO; § 44 StPO

1. Der Antrag auf Zurückversetzung des Verfahrens in die Lage vor der Senatsentscheidung gemäß § 356a Satz 1 StPO ist binnen einer Woche nach Kenntniserlangung von der Verletzung des rechtlichen Gehörs zu stellen. Dabei geht es nur um die Kenntnis der tatsächlichen Umstände, aus denen sich der Verstoß ergibt. Auf das Wissen um die Bedeutung der Einlegung der Gehörsrüge gemäß § 356a StPO als Zulässigkeitsvoraussetzung für eine Verfassungsbeschwerde im Hinblick auf das Erfor-

dernis der Erschöpfung des Rechtswegs (§ 90 Abs. 2 Satz 1 BVerfGG) kommt es nicht an.

2. Bei der Anhöhrungsrüge handelt es sich um einen außerordentlichen Rechtsbehelf nach rechtskräftigem Abschluss des Strafverfahrens. Im Interesse der Rechtssicherheit muss eine die Rechtskraft durchbrechende Entscheidung gemäß § 356a Satz 1 StPO möglichst bald erfolgen. Die Wiedereinsetzung in den vorigen Stand gegen die Versäumung der Antragsfrist des § 356a Satz 2 StPO ist zwar im Grundsatz nicht ausgeschlossen. An die Voraussetzungen fehlenden Verschuldens (§ 44 Satz 1 StPO) an der verspäteten Einlegung des Rechtsbehelfs sind aber hohe Anforderungen zu stellen.

3. Verzichten der Verurteilte und seine Verteidiger bewusst auf die rechtzeitige Einlegung der Anhöhrungsrüge, stellt dies auch dann keine Verhinderung im Sinne des § 44 Satz 1 StPO dar, wenn dies in Unkenntnis der Rechtsprechung des Bundesverfassungsgerichts zu den Zulässigkeitsvoraussetzungen (Erschöpfung des Rechtswegs) für eine auf die Verletzung von Art. 103 Abs. 1 GG gestützte Verfassungsbeschwerde geschah.

4. Zwar sind im Strafverfahren schwerwiegende Verteidigerfehler, wie etwa die Unkenntnis von der Möglichkeit der Einlegung eines Rechtsmittels, die zur Fristversäumung führen, dem Beschuldigten in aller Regel nicht zuzurechnen, denn er ist meist nicht in der Lage, die Rechtskenntnisse des Verteidigers einzuschätzen. Dies gilt jedoch nach Auffassung des Senats bei der Frage, ob die Versäumung der Wochenfrist des § 356a Satz 2 StPO unverschuldet war, entsprechend § 93 Abs. 2 Satz 6 BVerfGG nicht.

**852. BGH 3 StR 276/08 - Beschluss vom 12. August 2008 (LG Koblenz)**

Rechtsstaatswidrige Verfahrensverzögerung (Fertigung des Revisionsübersendungsberichts; Fortfall der Rechtsfolgenkompensation); redaktioneller Hinweis.

Art. 6 Abs. 1 EMRK; Art. 13 EMRK; Art. 20 Abs. 3 GG

Einzelfall des Fortfalls einer Rechtsfolgenkompensation bei einer rechtsstaatswidrigen Verfahrensverzögerung von acht Monaten.

**839. BGH 2 StR 252/08 - Beschluss vom 23. Juli 2008 (LG Frankfurt am Main)**

Rechtsstaatswidrige Verfahrensverzögerung (Fristbeginn).

Art. 6 Abs. 1 Satz 1 EMRK; Art. 20 Abs. 3 GG

Die für Art. 6 Abs. 1 EMRK maßgebende Frist für die Beurteilung eines etwaigen rechtsstaatswidrigen Verfahrensverzögerung beginnt regelmäßig erst mit dem Zeitpunkt, an dem der Beschuldigte entsprechend Art. 6 Abs. 3 Buchstabe a EMRK offiziell Kenntnis davon erhält, dass wegen einer Straftat gegen ihn ermittelt wird.

**840. BGH 2 StR 261/08 - Beschluss vom 27. August 2008 (LG Koblenz)**

Strafklageverbrauch (Zusammentreffen in einem Handlungsteil; unerlaubtes Handeltreiben mit Betäubungsmitteln); gesetzlicher Richter (fehlerhafte Ab-

lehnung eines Ablehnungsgesuchs; Willkür; grundsätzliche Verkenning der Verfassungsgarantie); unverzügliche Anbringung eines Befangenheitsgesuchs.

Art. 101 Abs. 2 Satz 2 GG; Art. 103 Abs. 3 GG; § 264 StPO; § 52 StGB; § 53 StGB; § 29a BtMG; § 338 Nr. 3 StPO; § 25 Abs. 2 StPO; § 26a StPO

1. In Fällen, in denen das Gericht über ein Ablehnungsgesuch in falscher Besetzung entschieden hat und dadurch das Recht auf den gesetzlichen Richter nach Art. 101 Abs. 1 Satz 2 GG verletzt worden ist, liegt der absolute Revisionsgrund des § 338 Nr. 3 StPO vor. Ein Verstoß gegen die Zuständigkeitsregelungen der §§ 26a, 27 StPO führt jedoch nur dann zu einer Verletzung von Art. 101 Abs. 1 Satz 2 GG, wenn die Vorschriften willkürlich angewendet werden oder die richterliche Entscheidung die Bedeutung und Tragweite der Verfassungsgarantie verkennt, nicht hingegen bei einer „nur“ schlicht fehlerhaften Anwendung der Zuständigkeitsvorschriften.

2. Wird eine Ablehnung wegen Besorgnis der Befangenheit allein aus formalen Erwägungen zurückgewiesen, wurden die Ablehnungsgründe aber nicht inhaltlich geprüft, so ist danach zu differenzieren, ob Auslegung und Handhabung der Verwerfungsgründe nach § 26a Abs. 1 StPO offensichtlich unhaltbar oder aber lediglich schlicht fehlerhaft sind. In letzterem Fall entscheidet das Revisionsgericht nach Beschwerdegrundsätzen sachlich über die Besorgnis der Befangenheit.

#### **879. BGH 5 StR 15/08 - Beschluss vom 20. Mai 2008**

Feststellung des wirksamen Anschlusses als Nebenklägerin (Berechtigung); Beistandsbestellung.  
§ 397a Abs. 1 StPO; § 395 Abs. 2 Nr. 1 StPO

Die Nebenklagebefugnis besteht schon dann, wenn nach der Sachlage die Verurteilung des Angeklagten wegen einer Nebenklagestraftat rechtlich möglich erscheint. In den Fällen des § 395 Abs. 2 Nr. 1 StPO genügt es des-

halb, wenn nach dem von der Anklage umfassten Sachverhalt (§ 264 StPO) die Verurteilung wegen eines Delikts in diesem Sinne materiell-rechtlich in Betracht kommt (OLG Düsseldorf NStZ 1997, 204, 205 m.w.N.).

#### **847. BGH 3 StR 159/08 - Urteil vom 26. Juni 2008 (LG Osnabrück)**

Überzeugungsbildung (Zweifelssatz; in dubio pro reo); Totschlag; Körperverletzung mit Todesfolge; Strafaussetzung zur Bewährung (Vollverbüßung durch Anrechnung von Untersuchungshaft).

§ 261 StPO; § 212 StGB; § 227 StGB; § 56 StGB

1. Der Zweifelssatz ist eine Entscheidungsregel, die das Tatgericht erst dann anzuwenden hat, wenn es nach abgeschlossener Beweiswürdigung nicht die volle Überzeugung vom Vorliegen einer für den Schuld- oder Rechtsfolgenausspruch unmittelbar entscheidungserheblichen Tatsache zu gewinnen vermag.

2. Eine mathematische, jede Möglichkeit eines abweichenden Geschehensablaufs ausschließende, von niemandem mehr anzweifelbare Gewissheit ist zur Überzeugung von einer dem Angeklagten nachteiligen Tatsache nicht erforderlich. Die bloße gedankliche, abstrakt theoretische Möglichkeit, dass der Tathergang auch anders gewesen sein könnte, darf vielmehr die Verurteilung nicht hindern.

3. Die Vorhersehbarkeit des Eintritts des Todeserfolgs muss sich im Rahmen des § 227 StGB nicht auf die einzelnen physischen Vorgänge erstrecken muss, die als Folge der Körperverletzung im konkreten Fall den Tod herbeiführen.

4. Eine bereits vollständig verbüßte Strafe kann nicht mehr zur Bewährung ausgesetzt werden. Mit dem Wegfall der Strafaussetzung zur Bewährung sind etwaige Bewährungsaufgaben gegenstandslos.

## Rechtsprechung

## V. Wirtschaftsstrafrecht und Nebengebiete

#### **838. BGH 2 StR 86/08 - Beschluss vom 6. August 2008**

Metamphetamin (nicht geringe Menge); Anfrageabschluss.

§ 132 GVG; § 29a BtMG

Der Senat beabsichtigt zu entscheiden, dass bei Metamphetamin die nicht geringe Menge bei fünf Gramm Metamphetamin-Base beginnt.

#### **873. BGH 4 StR 232/08 - Beschluss vom 29. Juli 2008 (LG Schwerin)**

Beihilfe zur Untreue (mangelnder Beleg der für den Vorsatz erforderlichen Kenntnisse des Gehilfen; bedingter Vorsatz; fortbestehende Vermögensbetreuungspflicht des Notars auch neben einem weiteren Treuhänder; Täterschaft des Notars).

§ 266 StGB; § 27 StGB; § 15 StGB; § 16 Abs. 1 Satz 1 StGB; § 261 StPO

Ein Notar nimmt im Rahmen seiner Treuhändertätigkeit als objektiver Sachwalter der Beteiligten fremde Vermögensinteressen kraft eigener Rechtsmacht wahr. Daran änderte auch die Einschaltung eines weiteren Treuhänders nichts, nach dessen Weisungen die Auskehrung des

Hinterlegungsbetrages erfolgen sollte. Dadurch wurde der Angeklagte von seiner gesetzlichen Verpflichtung und damit von seiner Vermögensbetreuungspflicht im Sinne des § 266 StGB nicht befreit. Ein Notar, der Gelder zur treuhänderischen Verwahrung angenommen hat, muss – trotz des Vorliegens der formalen Voraussetzun-

gen für die Abwicklung des Treuhandverhältnisses – von der Auszahlung absehen, wenn hinreichende Anhaltspunkte dafür vorliegen, dass er bei Befolgung der unwiderruflichen Weisung an der Erreichung unerlaubter oder unredlicher Zwecke mitwirken würde (§ 54 d Nr. 1 BeurkG).

#### Aufsätze und Anmerkungen

## Die Auswirkungen des europäischen Doppelbestrafungsverbots auf die deutsche Strafrechtsprechung

Anmerkungen zum Beschluss des BGH vom 9. Juni 2008 – 5 StR 342/04 = BGH HRRS 2008 Nr. 623

Von Prof. Dr. Martin Heger, HU Berlin

### I. Das Steuerstrafrecht als Motor einer Europäisierung des deutschen Strafrechts

Der vorliegend zu besprechende Beschluss des BGH bezieht sich vordergründig auf eine Revision gegen eine erstinstanzliche Verurteilung wegen gewerbsmäßiger Steuerhhelei u. a., doch macht schon der Vermerk für das Register in der amtlichen Sammlung deutlich, dass nicht so sehr das materielle Steuerstrafrecht im Mittelpunkt dieser Entscheidung stehen wird, heißt es doch dort nur „SDÜ Art. 54 - Strafklageverbrauch nach Art. 54 SDÜ bei einheitlicher „Schmuggelfahrt“ durch mehrere EU-Mitgliedstaaten“.

Das Steuerstrafrecht ist in Deutschland – obwohl oder vielleicht auch weil es innerhalb des Strafrechts und auch bei der Strafverfolgung durch die Finanzbehörden eine Sonderstellung einnimmt – immer wieder Motor der – ansonsten eher stockenden – Europäisierung des deutschen Strafrechts gewesen. So äußerte sich etwa der 3. Strafsenat des BGH anlässlich des Vorwurfs einer Steuerhinterziehung und mit Blick auf nicht ordnungsgemäß in das deutsche Strafrecht umgesetzte EG-Umsatzsteuerrichtlinien grundlegend zum Verhältnis von nationalem zu EG-Recht.<sup>1</sup> Der hier geäußerte Grundsatz wurde ein halbes Jahr später vom 5. Strafsenat auf das Verhältnis von EG-Recht und deutschem Kernstrafrecht übertragen (zum Abfallbegriff des § 326 Abs. 1 StGB).<sup>2</sup> In beiden Urteilen sah der BGH allerdings noch

davon ab, wegen denkbarer Zweifel über die Auslegung des EG-Rechts gemäß Art. 177 EWGV a. F. (= Art. 234 EG) den EuGH anzurufen. Auch das erste Vorlageverfahren des BGH zum EuGH zehn Jahre später betraf das Steuerstrafrecht.<sup>3</sup>

Auch in dem im vorliegenden Beschluss mündenden Steuerstrafverfahren hatte der 5. Strafsenat – diesmal aufgrund von Art. 35 EU<sup>4</sup> – drei Auslegungsfragen in Bezug auf Art. 54 SDÜ dem EuGH vorgelegt,<sup>5</sup> über die dieser am 18.7.2007 entschieden hat.<sup>6</sup>

### II. Ein europäisches ne bis in idem

Bekanntlich erweitert Art. 54 SDÜ<sup>7</sup> das innerstaatlich als allgemeine Regel des Völkerrechts allgemein akzeptierte und in Deutschland in Art. 103 Abs. 3 GG verfassungsrechtlich abgesicherte Doppelbestrafungs- bzw. Doppelverfolgungsverbot<sup>8</sup> (ne bis in idem) auf den EU-Rechtsraum. Wer in einem EU-Staat wegen einer Tat bereits freigesprochen oder verurteilt wurde und die

<sup>3</sup> Vgl. Dannecker, in: Roxin/Widmaier (Hrsg.), FG-BGH IV (2000), S. 339, 341.

<sup>4</sup> Dazu Hecker, Europäisches Strafrecht, 2. Aufl. (2007), § 13 Rn. 21 ff.

<sup>5</sup> BGH wistra 2005, 461.

<sup>6</sup> ABL.EU 2007, Nr. C 235/4.

<sup>7</sup> Art. 54 SDÜ lautet: „Wer durch eine Vertragspartei rechtskräftig abgeurteilt worden ist, darf durch eine andere Vertragspartei wegen derselben Tat nicht verfolgt werden, vorausgesetzt, dass im Fall einer Verurteilung die Sanktion bereits vollstreckt worden ist, gerade vollstreckt wird oder nach dem Recht des Urteilsstaat nicht mehr vollstreckt werden kann“.

<sup>8</sup> BVerfGE 75, 1, 18 ff.

<sup>1</sup> BGHSt 37, 168, 175.

<sup>2</sup> BGHSt 37, 333, 336 f.

Strafe bereits verbüßt hat, soll in keinem anderen der 27 EU-Staaten wegen derselben Tat noch einmal vor ein Strafgericht gestellt werden können. Dem nationalen *ne bis in idem* ist damit ein europäisches *ne bis in idem* zur Seite gestellt worden.<sup>9</sup> Dessen Voraussetzungen scheinen allerdings derzeit noch enger als die nach deutschem Strafverfahrensrecht, denn Art. 103 Abs. 3 GG lässt genügen, dass jemand wegen einer Tat im prozessualen Sinne, für die bereits ein rechtskräftiges Strafurteil ergangen ist, nicht noch einmal einem Strafverfahren unterworfen werden kann. Demgegenüber statuiert Art. 54 SDÜ eine weitere Voraussetzung: Zur rechtskräftigen Aburteilung wegen derselben Tat („idem“) muss – wenn eine Strafe verhängt wurde – ein Vollstreckungselement hinzutreten; die verhängte Sanktion muss bereits vollstreckt worden sein, gerade vollstreckt werden oder nach dem Recht des Urteilsstaats nicht mehr vollstreckt werden können.

## 1. Grundlagen der „Großzügigkeit“ des EuGH

Alle drei Voraussetzungen eines europäischen *ne bis in idem* – dieselbe Tat, rechtskräftige Aburteilung und ein Vollstreckungselement – waren in den vergangenen fünf Jahren wiederholt Gegenstand von Entscheidungen des EuGH. Allgemein gelten alle diese Entscheidungen als „großzügig“, weil die jeweils in Rede stehenden Voraussetzungen des Art. 54 SDÜ vom EuGH stets weit verstanden worden sind. Der EuGH hat diese Großzügigkeit<sup>10</sup> vor allem mit dem engen Bezug des Doppelbestrafungsverbots zur Ausübung der Grundfreiheiten des EG-Vertrags (Art. 28 ff. EG) begründet.<sup>11</sup> Und das ist auch überzeugend, denn jedenfalls wenn jemand – wie nach einer Einstellung gem. § 153a StPO – wegen des gleichen Tatvorwurfs innerstaatlich nicht noch einmal verfolgt werden dürfte, würde – ließe man in allen anderen EU-Staaten deswegen eine Verfolgung noch zu – der Beschuldigte wohl faktisch daran gehindert, den Erstverfolgungsstaat zu verlassen, müsste er doch nach seiner Ausreise in jeden anderen EU-Staat entweder mit dortiger Strafverfolgung oder mit Auslieferung an den Zweitverfolgungsstaat<sup>12</sup> rechnen.<sup>13</sup> Dies könnte er nur vermeiden, indem er auf die Ausübung seiner Grundfreiheiten aus dem EG-Vertrag verzichtet, die mit einem persönlichen Grenzübertritt verbunden sind.

Neben dem engen Bezug zu den EG-Grundfreiheiten kann man die extensive Interpretation aller Voraussetzungen von Art. 54 SDÜ durch den EuGH aber auch damit begründen, dass die Europäische Union seit Schengen und Maastricht nicht nur einen Binnenmarkt, sondern in dessen Grenzen auch einen Raum der Frei-

heit, der Sicherheit und des Rechts<sup>14</sup> bildet. Der bereits etablierte Binnenmarkt soll zugleich ein Binnenrechtsraum sein. Und ein Binnenstrafrechtsraum zeichnet sich dadurch aus, dass eine darin begangene Straftat eine strafverfahrensrechtliche Antwort findet.<sup>15</sup>

Natürlich wird – aus deutscher Sicht schon im Lichte des Maastricht-Urteils des BVerfG<sup>16</sup> – die Europäische Union nicht zu einem föderalen Bundesstaat, doch können in den unionsweit harmonisierten Bereichen die zugrunde liegenden Rechtsinstrumente letztlich ähnlich weitgehend wie innerhalb eines „echten“ (Bundes-)Staates eingesetzt werden. Würde sich aber etwa in der Bundesrepublik Deutschland eine Straftat über das Territorium zweier Bundesländer erstrecken und zunächst in einem von beiden abgeurteilt werden, so tritt aus deutscher Sicht natürlich aufgrund des bundesweit wirkenden *ne bis in idem* (Art. 103 Abs. 3 GG) auch für die Justiz des anderen betroffenen Bundeslandes Strafklageverbrauch ein.

Der Umstand, dass die Europäische Union kein einheitliches Staatsgebiet hat, sondern der Geltungsbereich des Gemeinschafts- und Unionsrechts sich eben wie ein Puzzle aus den europäischen Hoheitsgebieten ihrer Mitgliedstaaten zusammensetzt,<sup>17</sup> sollte daher bei der Interpretation des Art. 54 SDÜ grundsätzlich außer Betracht bleiben, solange sich nicht aus der jeweils anzuwendenden europarechtlichen Ermächtigungsgrundlage etwas anderes ergibt. Daher hat der EuGH im Kretzinger-Urteil anerkannt, dass eine isolierte Betrachtung der Ausfuhr und Einfuhr von Schmuggelware, die denklösig an zwei nacheinander liegende Handlungen anknüpfen muss, im Rahmen von Art. 54 SDÜ grundsätzlich nicht vorgenommen werden darf. Vielmehr ist die Schmuggelfahrt als solche von ihrem Beginn in irgendeinem EU-Staat bis zu ihrem Ende in einem anderen EU-Staat unabhängig von der Zahl der zwischenzeitlichen Grenzübertritte und ihrer räumlichen wie zeitlichen Erstreckung – wenn sie nicht zwischenzeitlich unterbrochen wird – eine Tat i. S. eines Komplexes unlösbar miteinander verbundener Tatsachen.

Letzteres gilt etwa in Bezug auf das in Art. 54 SDÜ geforderte Vollstreckungselement. Innerdeutsch steht das Doppelbestrafungsverbot bereits dann einem neuen Strafverfahren entgegen, wenn der Beschuldigte wegen einer Tat rechtskräftig verurteilt worden ist; eine noch nicht vollstreckte Strafe eröffnet dann nicht den Weg zu einem neuen Verfahren, sondern berechtigt nur zur Durchsetzung der Strafvollstreckung. Dies soll in Zukunft – wenn der Vertrag von Lissabon doch noch von allen EU-Mitgliedstaaten ratifiziert wird – auch innerhalb der Europäischen Union gelten. Art. 6 Abs. 1 EUV in der Fassung des Vertrags von Lissabon sieht nämlich – wie schon zuvor der gescheiterte Verfassungsvertrag in seinem zweiten Teil – vor, dass die Grundrechte-Charta

<sup>9</sup> Vgl. dazu nur *Mansdörfer*, Das Prinzip des *ne bis in idem* im europäischen Strafrecht (2004), S. 142 ff.

<sup>10</sup> So etwa auch in EuGH, Slg. 2006, I-2333 (= JZ 2006, 1018 m. Anm. Kühne) und I-9327 (= JZ 2007, 245 m. Anm. Kühne).

<sup>11</sup> *EuGH*, Slg. 2003, I-1345; Slg. 2005, I-2009; Slg. 2006, I-9327. – Zu den Begründungsansätzen für ein Doppelbestrafungsverbot *Mansdörfer*, Das Prinzip des *ne bis in idem* im europäischen Strafrecht, 2004, S. 32 ff.; *Asp/von Hirsch/Frände* ZIS 2006, 512, 513.

<sup>12</sup> Vgl. nur die Konstellation bei *BGHSt* 45, 123.

<sup>13</sup> Vgl. nur *Heger* ZIS 2007, 547, 551.

<sup>14</sup> Vgl. dazu nur *Kraus-Vonjohr*, Der Aufbau eines Raums der Freiheit, der Sicherheit und des Rechts in Europa (2002).

<sup>15</sup> Vgl. *Heger* ZIS 2007, 547, 551.

<sup>16</sup> *BVerfGE* 89, 155.

<sup>17</sup> Vgl. nur *Oppermann*, Europarecht, 3. Aufl. (2005), § 4. Rn. 35 f.

rechtsverbindlich werden soll. Und Art. 50 GRCh<sup>18</sup> verzichtet – wie Art. 103 Abs. 3 GG – auf das Erfordernis eines Vollstreckungselements, so dass in Zukunft auch innerhalb der EU jede rechtskräftige Aburteilung in einem Mitgliedstaat einer Verurteilung in jedem anderen Mitgliedstaat entgegenstehen soll.

### 2. Zur „rechtskräftigen Aburteilung“ in Art. 54 SDÜ

Deshalb hat der EuGH nicht nur – was schon sprachlich nahe liegt – auch einen rechtskräftigen Freispruch in einem EU-Staat – auch wegen nur dort eingetretener Verfolgungsverjährung – als rechtskräftige Aburteilung i. S. von Art. 54 SDÜ angesehen,<sup>19</sup> sondern bekanntlich bereits in einer nach innerstaatlichem Recht nur partiell rechtskraftfähigen Entscheidung von Gericht oder Staatsanwaltschaft, das Verfahren nach Erfüllung von Auflagen einzustellen (wie z. B. gem. § 153a StPO), eine „rechtskräftige Aburteilung“ des Beschuldigten erblickt.<sup>20</sup> Maßgeblich für die Frage der Rechtskraft der Aburteilung i. S. von Art. 54 SDÜ ist damit nicht ein Totalverbot, im Erstverfolgerstaat erneut dieselbe Tat zum Gegenstand eines Strafverfahrens zu machen; es genügt vielmehr für ein europäisches *ne bis in idem* bereits, dass – wie nach § 153a Abs. 1 Satz 5 StPO – dieselbe Tat dort nicht mehr unter demselben rechtlichen Gesichtspunkt (demselben Straftatbestand, mithin einem Vergehen und keinem Verbrechen) verfolgt werden dürfte. Dadurch wird vermieden, dass nicht EU-weit harmonisierte Spezialregelungen des materiellen Strafrechts (hier die technische Abgrenzung von Vergehen und Verbrechen in § 12 Abs. 1 StGB) oder des Strafverfahrensrechts von anderen Staaten auf ihre Regelungen übertragen werden müssen.

Dass damit das europäische über das innerstaatliche Doppelbestrafungsverbot hinausgehen kann, ist einerseits sicherlich nicht der praktische Normalfall (selten wird sich eine als Vergehen gem. § 153a StPO eingestellte Tat später als Verbrechen erweisen), andererseits aber auch kein wirkliches Rechtsproblem, denn wenn sich später doch erweisen sollte, dass der Erstverfolgerstaat innerstaatlich nicht an seine rechtskräftige Aburteilung gebunden ist, kann in diesem Staat nach dessen Strafrechtsordnung auch ein neues Strafverfahren eingeleitet werden. Mit der ersten rechtskräftigen Aburteilung i. S. von Art. 54 SDÜ ist damit nicht gesagt, dass es innerhalb der EU nicht doch noch einmal zu einem Strafverfahren wegen derselben Tat kommen kann; es steht nur fest, dass ab diesem Zeitpunkt in keinem anderen als dem Erstverfolgerstaat diese Tat noch strafrechtlich sanktioniert werden darf. Dieses Ergebnis ist auch nur konsequent, stellt es doch sicher, dass der Grenzüberschritt nicht zu einer im Erstverfolgerstaat nicht mehr möglichen

Strafverfolgung führt und stellt damit kein faktisches Hindernis für eine Inanspruchnahme der Grundfreiheiten in anderen EU-Staaten dar, ohne aber innerstaatlich den Betroffenen gegenüber anderen im gleichen Staat in gleicher Weise Abgeurteilten unterschiedlich zu behandeln.

### 3. Zu „derselben Tat“ in Art. 54 SDÜ

Weit ist auch der Begriff derselben Tat in der inzwischen ständigen Rspr. des EuGH als „das Vorhandensein eines Komplexes unlösbar miteinander verbundener Tatsachen, unabhängig von der rechtlichen Qualifizierung dieser Tatsachen oder von dem geschützten rechtlichen Interesse“. Damit hat der EuGH einen eigenständigen europarechtlichen Tat-Begriff geprägt, der insbesondere nicht von der (straf)rechtlichen Bewertung in den beteiligten EU-Staaten abhängt; dadurch gilt für alle Strafsachen mit mehr als einer gerichtlichen Zuständigkeit innerhalb der Europäischen Union ein im Grundsatz identischer Tat-Begriff, der vor allem auf das äußere Geschehen und ergänzend auf die Zielrichtung des Täters abstellt. Letztere ist zwar nicht irrelevant, schon weil erst die innere Willensrichtung letztlich etwa das Vorliegen einer einheitlichen Schmuggelfahrt begründet; fährt der Täter ziellos mit der Schmuggelware von Land zu Land und landet schließlich am anderen Ende der EU, ist diese Reihung von Zufällen wohl kein Komplex unlösbar verbundener Tatsachen. Umgekehrt hat der EuGH im Fall „Kraaijenbrink“ aber auch betont, dass allein der einheitliche Vorsatz, bestimmte Straftaten zu begehen und die Gewinne danach „reinzuwaschen“, nicht genügt, um zwischen Betäubungsmittelstraftaten und Geldwäsche Tatidentität i. S. von Art. 54 SDÜ anzunehmen.<sup>21</sup> Als Komplex i. S. der EuGH-Rechtsprechung könnte man in diesem Falle – soweit von einem einheitlichen Willen getragen – An- und Verkauf, Besitz sowie Ein- und Ausfuhr der Betäubungsmittel ansehen, aber eben weder den vorgelagerten Erwerb des für den Ankauf der BtM erforderlichen Geldes noch die dem Verkauf der BtM nachfolgende Geldwäsche.

### 4. Zum Vollstreckungselement in Art. 54 SDÜ

Das derzeit noch EU-weit geforderte Vollstreckungselement ist letztlich ein Relikt einer noch nicht so weit entwickelten Union; bereits heute könnte mittels eines Europäischen Haftbefehls ein in einem anderen EU-Staat rechtskräftig Verurteilter dorthin zur Vollstreckung überstellt werden. Noch aber ist das Vollstreckungselement Teil des europäischen *ne bis in idem*, so dass bei dessen Nichtvorhandensein die Frage eines Strafklageverbrauchs aufgrund eines ausländischen Strafurteils in derselben Sache sich allein nach dem nationalen Strafverfahrensrecht des Zweitverfolgerstaates richtet. Von den drei in Art. 54 SDÜ alternativ genannten Vollstreckungselementen wirft wohl das mittlere – die Strafe wird gerade vollstreckt – die meisten Zweifelsfragen auf; unbestreitbar ist dieses Vollstreckungselement gegeben, wenn der Täter sich gerade im Strafvollzug befindet,<sup>22</sup> doch ist ein derart enges Verständnis vom Wortlaut des Art. 54 SDÜ jeden-

<sup>18</sup> Art. 50 GRCh lautet: „Niemand darf wegen einer Straftat, derentwegen er bereits in der Union nach dem gesetzlich rechtskräftig verurteilt oder freigesprochen worden ist, in einem Strafverfahren erneut verfolgt oder bestraft werden.“ Dazu vgl. *Alber*, in: Tettinger/Stern (Hrsg.), Europäische Grundrechte-Charta (2006), Art. 50 Rn. 1 ff.

<sup>19</sup> *EuGH*, Slg. 2006, I-9199 „Gasparini“.

<sup>20</sup> *EuGH*, Slg. 2003, I-1345. – Vgl. dazu nur *Vogel/Norouzi* JuS 2003, 1059; *Kühne* JZ 2003, 305; *Hecker* (o. Fn. 4), § 13 Rn. 26 ff.

<sup>21</sup> *EuGH*, Slg. 2007, I-6619.

<sup>22</sup> So *OLG Saarbrücken*, StV 1997, 359, 360.

falls nicht geboten, weshalb auch eine laufende Bewährungsfrist genügen kann.<sup>23</sup>

### III. Zur Anwendung von Art. 54 SDÜ in concreto

Die bereits in den Entscheidungen vor „Kretzinger“ angeklungene Großzügigkeit des EuGH beim Umgang mit Art. 54 SDÜ setzte sich – wenig verwunderlich – in der vom BGH angeregten Vorabentscheidung fort. Der BGH hatte letztlich zwei Voraussetzungen des Art. 54 SDÜ im Blick, wenn er einerseits den Umfang derselben Tat bei einer Schmuggelfahrt durch die halbe EU und andererseits die Einschlägigkeit eines Vollstreckungselements für eine im EU-Ausland verhängte Bewährungsstrafe sowie für eine dort vollzogene kurzfristige Polizeihaft hinterfragte.

#### 1. Zum Tat-Begriff

In beiden zu entscheidenden Sachverhalten ging es jeweils um eine „Schmuggelfahrt“ mit unversteuerten und verzollten Zigaretten aus Drittländern von Griechenland über Italien, Österreich und Deutschland nach Großbritannien, die aber jeweils in Italien ihr vorzeitiges Ende finden sollten. Die von italienischen Strafgerichten jeweils in Abwesenheit des Angeklagten rechtskräftig abgeurteilten Taten müssten mit den in Deutschland angeklagten Taten identisch gewesen sein. Vorliegend wurde von der deutschen Strafjustiz bereits die Übernahme der Zigaretten in Griechenland als gewerbsmäßige Steuerhhelei angeklagt (§§ 374 Abs. 2, 370 Abs. 6 S. 1, Abs. 7 AO), von den italienischen Strafgerichten dagegen jeweils erst die Einfuhr und der Besitz ausländischen Tabaks bei der Weiterfahrt nach Italien abgeurteilt. Es stellt sich mithin die Frage, ob die Übernahme von Zigaretten in Griechenland und deren nachfolgende Einfuhr in Italien dieselbe Tat darstellen. Aus deutscher Sicht liegt ein Straflageverbrauch nur vor, wenn es sich um eine Tat im prozessualen Sinne (§ 264 StPO), mithin um einen einheitlichen Lebenssachverhalt handelt. Dabei sind als maßgebliche Kriterien zu berücksichtigen: Tatort, Tatzeit, Tatobjekt und Angriffsrichtung.<sup>24</sup> Bei dieser Schmuggelfahrt durch verschiedene Länder, die notwendig einen nicht unerheblichen Zeitraum erfassen wird (schon der Transfer von Griechenland nach Italien dauert seine Zeit) bestünden wohl Zweifel, ob es sich dabei noch um einen einheitlichen Lebenssachverhalt handelt, jedenfalls in Bezug auf die maßgeblichen Tatorte (irgendwo in Griechenland bzw. ab der italienischen Grenze) und Tatzeit. Allerdings verliert der BGH dazu mit Recht kein Wort, denn selbst bei Tatidentität i. S. von § 264 StPO folgt allein aus dem deutschen Strafverfahrensrecht kein Straflageverbrauch, weil ja aus Sicht des deutschen Verfassungs- und Strafverfahrensrechts auch eine Aburteilung derselben Tat im Ausland im Inland kein Prozesshindernis darstellt. Maßgeblich hierfür ist allein Art. 54 SDÜ und mithin der von dieser Norm

<sup>23</sup> Hecker (o. Fn. 4), § 13 Rn. 47.

<sup>24</sup> Vgl. nur Beulke, Strafprozessrecht, 10. Aufl. (2008), Rn. 513 m. w. N.

zugrunde gelegte Begriff derselben Tat – das europarechtliche „idem“.

Und in Bezug auf Tatort und Tatzeit hatte sich der EuGH bereits in früheren Entscheidungen großzügig gezeigt. So hat er in der Entscheidung „Van Straaten“ bereits den Transport von Heroin durch Italien und die Niederlande als einheitliche Tat i. S. v. Art. 54 SDÜ bewertet<sup>25</sup> und damit zu erkennen gegeben, dass es weder auf einen einheitlichen Tatort noch auf ungefähr den gleichen Tatzeitpunkt ankommen soll. Vielmehr prägte er hier erstmals die im Kretzinger-Urteil wiederholte Definition des Tat-Begriffs in Art. 54 SDÜ als „Vorhandensein eines Komplexes unlösbar miteinander verbundener Tatsachen, unabhängig von der rechtlichen Qualifizierung der Tatsachen oder von dem geschützten rechtlichen Interesse“. Im Kretzinger-Urteil hatte der EuGH diesen Tatbegriff konkretisiert und die in der Vorlagefrage des BGH angeführte Schmuggelfahrten durch mehrere EU-Staaten angesichts des von Anfang an auf eine solche Fahrt gerichteten Tatvorsatzes als Vorgänge angesehen, „die unter den Begriff „dieselbe Tat“ im Sinne dieses Art. 54 SDÜ fallen können“, wenngleich insoweit das letzte Wort bei den nationalen Strafgerichten liege. Theoretisch hatte der BGH damit zwar weiterhin freie Hand, auch eine Identität der Taten zu verneinen, doch war dieser Weg durch die Andeutungen des EuGH wohl nicht wirklich offen. Der BGH erkennt dies auch ganz richtig, wenn er annimmt, die Verneinung der Tatidentität i. S. v. Art. 54 SDÜ bei einer einheitlich geplanten und durchgeführten Schmuggelfahrt erfordere „besondere Umstände des Einzelfalls“, die vorliegend nicht gegeben sind.

Solche Umstände lassen sich – das hatte der EuGH ja auch deutlich gesagt – nicht aus einer möglicherweise unterschiedlichen rechtlichen Ausgestaltung der nationalen Straf- und Steuerrechtsnormen ableiten. Der BGH will dabei explizit offen lassen, ob ein europäisches ne bis in idem auch dann gelten soll, wenn im Erstverurteilungsstaat aufgrund von dessen begrenzter Jurisdiktionsgewalt nicht alle Aspekte des Tat-Komplexes – wie ihn der EuGH ja für Art. 54 SDÜ als maßgeblich erachtet – abgeurteilt werden können; angesichts dessen, dass wirtschaftlich gesehen der durch die Schmuggelfahrt entstandene Gesamtschaden in Italien jedenfalls bei der dortigen Strafzumessung Berücksichtigung hätte finden können und – was der BGH mit Blick auf das Loyalitätsgebot aus Art. 10 EG betont – auch hätte finden müssen.

Aber selbst wenn gravierende nationale Rechtsunterschiede entweder auf dem Gebiet des Strafrechts oder aber auf dem des zugrunde liegenden Steuerrechts vorliegen, wird man im Lichte der Rspr. des EuGH kaum anders entscheiden können; die Grundfreiheiten des Angeklagten streiten stets dafür, dass er nach Vollstreckung der ersten Strafe die innereuropäischen Grenzen ohne Furcht vor neuer Strafverfolgung passieren kann und die Idee eines einheitlichen Rechtsraumes zur Durchsetzung von Freiheit und Sicherheit – frei nach Art. 29 Abs. 1 EU – fordert letztlich auf eine Straftat im Binnenraum der EU jedenfalls nicht mehr als eine Antwort. Nun kann es zwar sein, dass die Steuersätze in den einzelnen EU-Staaten erheblich divergieren, so dass der bei

<sup>25</sup> EuGH, Slg. 2006, I-9327.

der Strafzumessung wegen Steuerhinterziehung o. ä. zu berücksichtigende Schaden für den Fiskus ein anderer ist, wenn es um die Betrachtung der Einfuhr ins Inland oder in ein anderes EU-Land geht.

Allerdings erscheint mir dieser Umstand – der immerhin beim BGH anklingt – letztlich nicht maßgeblich, denn ebenso gut könnte bei gleicher straf- und steuerrechtlicher Bewertung die nationale Strafzumessung divergieren. Dass aber vielleicht in den Niederlanden ein grenzüberschreitender Drogendeal eine viel niedrigere Strafe „verdient“ als in Deutschland, kann nicht die Wirkung des Art. 54 SDÜ aushebeln, denn dieser stellt nur darauf ab, dass eine Tat bereits bestraft worden ist, nicht aber welche Strafe dafür verhängt wurde. Daher kommt es wohl weder darauf an, wie hoch der strafrechtlich relevante Schaden – der bei unterschiedlichen nationalen Steuerarten und -sätzen divergiert – oder die typischerweise dafür verhängte Strafe ist, noch an welchen Versteuerungstatbestand konkret angeknüpft wird (Erwerb, Einfuhr, Ausfuhr, Besitz etc.).

## 2. Zum Vollstreckungselement

Die beiden der Vorlagefrage zugrunde liegenden Sachverhalte unterschieden sich nur in Hinsicht auf die Reaktionen der italienischen Polizei- und Justizorgane, welche die Schmuggelfahrten jeweils beendeten. Im ersten Fall kam es zu einer Verurteilung zu einer Freiheitsstrafe unter Strafaussetzung zur Bewährung; im zweiten Fall erfolgte eine noch nicht verbüßte Freiheitsstrafe ohne Bewährung, doch befand sich hier der Angeklagte während des Ermittlungsverfahrens kurzfristig in Polizei- bzw. Untersuchungshaft, die auf die zu verbüßende Freiheitsstrafe angerechnet werden könnte. Während der EuGH während des Laufs der Bewährungsfrist eine „Gerade-Vollstreckung“ bejaht, verneint er das Vorliegen eines Vollstreckungselements mit Blick auf die Polizei- und/oder Untersuchungshaft, weil diese eher präventiven und nicht repressiven Zwecken dient.<sup>26</sup> Diese Verneinung eines Vollstreckungselements unterstreicht er noch sprachlich dadurch, dass nach dem Wortlaut von Art. 54 SDÜ vor jedem Vollstreckungselement zeitlich die rechtskräftige Verurteilung liegen muss, was bei Freiheitsentziehungen im Ermittlungsverfahren notwendig ausscheidet; allerdings erscheint mir dieses Argument nicht so zwingend, denn wenn – wie wohl in der Rechtspraxis nicht selten – die schließlich verhängte Freiheitsstrafe die bereits erlittene Untersuchungshaft allenfalls marginal übersteigt („U-Haft schafft Rechtskraft“), dann erfolgt zwar die Anrechnung auf die verhängte Strafe erst im dem in Rechtskraft erwachsenden Urteil, doch wurde diese Strafe faktisch bereits zuvor „vollstreckt“. Dem Ergebnis des EuGH ist aber vorliegend schon deswegen beizupflichten, weil hier gar nicht erkennbar ist, welches der drei Vollstreckungselemente des Art. 54 SDÜ überhaupt einschlägig sein soll: Weder ist die Freiheitsstrafe bereits vollständig – auch bei Anrechnung der Polizei- bzw. Untersuchungshaft – verbüßt, noch könnte sie in Italien nicht mehr vollstreckt werden; und dass derzeit die in Italien verhängte unbedingte

<sup>26</sup> EuGH, Slg. 2007, I-6441.

Freiheitsstrafe – schon mangels Inhaftierung hierzu – nicht „gerade vollstreckt“ wird, versteht sich von selbst.

## IV. Zur Entscheidung des BGH

Dass der BGH angesichts der wenig überraschenden Entscheidung des EuGH im Vorabentscheidungsverfahren den bereits in Venedig mit einer Bewährungsstrafe rechtskräftig abgeurteilten Tatkomplex gem. § 206a StPO einstellt, kann nicht verwundern; es ist nur die logische Konsequenz aus der bereits seit fünf Jahren sich entwickelnden Rechtsprechung des EuGH, die einen grenzüberschreitend weiten Tat-Begriff mit einer relativ großzügigen Handhabung der gerade andauernden Vollstreckung kombiniert.

Von Interesse erscheint demgegenüber die Einstellung wegen des zweiten noch verhandelten Komplexes. Nachdem der EuGH deutlich gemacht hat, dass der Vollzug kurzfristiger Polizei- oder Untersuchungshaft keine Vollstreckung eines Strafurteils darstellt, ist insoweit Art. 54 SDÜ nicht einschlägig, womit daraus innerstaatlich auch kein Prozesshindernis erwachsen kann, stellt der BGH das Verfahren hierfür gem. § 154 Abs. 2 StPO ein, weil neben der verhängten Gesamtstrafe von viereinhalb Jahren die für diesen Fall verhängte Einzelfreiheitsstrafe von einem Jahr nicht beträchtlich ins Gewicht falle (§ 154 Abs. 1 Nr. 1 StPO). Das mag sein; bemerkenswerter ist aber noch die weitere Erwägung, dass bei der im Falle einer Einbeziehung dieser Einzelfreiheitsstrafe die Länge des Verfahrens und dabei gerade auch die über vierjährige Dauer des Revisionsverfahrens („insbesondere wegen des beim EuGH durchgeführten Vorabentscheidungsverfahrens“) berücksichtigt werden müsste. Damit legt der BGH den Finger auf eine Wunde, denn so begrüßenswert es ist, dass Fragen des Europarechts – und damit auch zum Anwendungsbereich des Art. 54 SDÜ – EU-weit soweit irgend möglich<sup>27</sup> einheitlich beantwortet werden, so problematisch ist es andererseits, wenn aufgrund dieses (Um-)Weges über Luxemburg ein ohnehin schon zähes Verfahren in Deutschland noch weiter in die Länge gezogen wird. Während der Klärung europarechtlicher Vorfragen schwebt bildlich gesprochen das Damoklesschwert einer gegen Art. 6 Abs. 1 EMRK verstoßenden Überlänge des laufenden Verfahrens, das – schlägt es auf dieses hernieder – zugleich auch dem Vorabentscheidungsverfahren den Boden entzieht. Diese Gefahr hätte in dem Maße zugenommen, in dem auch in Strafverfahren europarechtliche Vorfragen vorab in Luxemburg einer Klärung hätten zugeführt werden müssen.

Der EuGH hat dieses Dilemma vor allem im Strafprozess, in dem – anders als in Zivil- und Verwaltungsgerichtsverfahren – kein einstweiliger Rechtsschutz zur Abmilderung der zeitlichen Nachteile einer verzögerten Beendigung zur Verfügung steht, erkannt<sup>28</sup> und deswegen eine

<sup>27</sup> Allerdings sieht Art. 35 II EU nur die Möglichkeit eines „opt-in“ vor, vom der nicht alle EU-Staaten Gebrauch gemacht haben, so dass ein Vorabentscheidungsverfahren zum EuGH innerhalb der dritten Säule nicht in allen EU-Staaten vorgesehen ist (vgl. Hecker, Europäisches Strafrecht, § 13 Rn. 23).

<sup>28</sup> Vgl. Dok 11759/07 vom 11.7.2007 und Dok 11824/07 vom 13.7.2007. – Vgl. bereits Schomburg NJW 2000, 1833, 1839.

Änderung der Verfahrensordnung angeregt, die inzwischen in Kraft getreten ist und in Zukunft dazu führen soll, dass Vorabentscheidungsverfahren innerhalb der dritten Säule beschleunigt betrieben werden können, so dass der Gang nach Luxemburg nur noch in geringerem

Maße zu einer Verlängerung eines Strafverfahrens beitragen kann.<sup>29</sup>

<sup>29</sup> ABl. 2008 Nr. L 24, S. 39; dazu *Gardette* EuZW 2008, 98 f.

### Aufsätze und Anmerkungen

## Zur strafbaren Werbung (§ 16 Abs. 1 UWG) in Fällen der Zusendung von Gewinnmitteilungen\*

Zugleich Besprechung von BGH, Urteil vom 30. Mai 2008 – 1 StR 166/07 = BGH HRRS 2008 Nr. 591

Rechtsreferendar Dr. Till Soyka, LL.M. (Harvard), Hamburg

### I. Einleitung

Im Versandhandel lassen sich Millionen verdienen. Dabei lebt der Erfolg eines Unternehmens im hart umkämpften Markt oft davon, dass die beworbenen Waren in einem besonders günstigen Licht dargestellt oder dem potentiellen Käufer besonders attraktive Konditionen geboten werden. Dem Wettbewerbs(straf-)recht kommt dabei die Aufgabe zu, erlaubte Geschäftstätigkeit von unerlaubter Übervorteilung abzugrenzen. Wie eine Entscheidung des BGH aus jüngster Zeit zeigt,<sup>1</sup> ist die Grenzziehung bei der Anwendung des geltenden Rechts, ebenso wie die überzeugende Begründung einer Strafbarkeit, oft nicht einfach und hängt in erheblichem Maße davon ab, welchen Stellenwert man der Schutzfunktion des Staates für Verbraucher und Wettbewerb einerseits und der oft beschworenen Eigenverantwortlichkeit der Konsumenten andererseits beimisst. Während sich der BGH im angesprochenen Urteil durchweg für eine Gesetzesanwendung entschieden, die dem Verbraucherschutz besonders Rechnung trägt, sollen im Folgenden auch die Grenzen dessen aufgezeigt werden, nicht zuletzt aufgrund europäischer Vorgaben, die die Mündigkeit der Verbraucher besonders betonen und von deutschen Straferichten oftmals immer noch stiefmütterlich behandelt werden<sup>2</sup>. Im Ergebnis wird die rechtliche Konstruktion des BGH abgelehnt. Gleichzeitig lässt sich jedoch diskutieren, ob nicht ein anderer, mehr auf den Wettbewerbsschutz fokussierter Ansatz geeignet ist, um den diskutierten

Verhaltensweisen dennoch auch strafrechtlich beizukommen.

### II. Sachverhalt

Die Angeklagten betrieben einen Versandhandel. Nach eigener Einschätzung der Angeklagten ließen sich die in einem Zeitraum von nur zwei Jahren erwirtschafteten 177 Millionen Euro Umsatz nur dadurch erzielen, dass den Kunden bei Zusendung der Versandkataloge systematisch unzutreffende Geschenk- und Gewinnversprechen gemacht wurden. Das Gericht befasste sich konkret mit zwei Praktiken: Einem Teil der Adressaten wurde ein klassisches Koppelungsgeschäfts vorgeschlagen. Dabei wird ein versprochener Vorteil von der Bestellung einer bestimmten Ware oder dem Erreichen eines Mindestbestellwertes abhängig gemacht. Die zugesagten „Geschenke“ entsprachen jedoch keinesfalls der in der Werbung zugesagten Qualität, sondern stellten sich als „wertloser Plunder“ dar. Die zweite Methode zum Kundenfang ist demgegenüber subtiler und wirft die interessanteren rechtlichen Fragen auf: In personalisierten Anschreiben wurde den Empfängern mitgeteilt, dass sie einen Preis gewonnen hätten. Gleichzeitig wurde darum gebeten, dass die Kunden das Versandhaus „in diesem Zusammenhang auch wieder einmal mit einer kleinen Bestellung beauftragen.“ Der Gewinn wurde demnach, anders als bei den Koppelungsgeschäften, unabhängig von einer Bestellung in Aussicht gestellt. Aus den „Vergabebedingungen“ auf der Rückseite des Schreibens ergab sich nun jedoch, dass der Adressat doch noch nicht gewonnen hat, sondern lediglich an einer (tatsächlich ebenfalls nicht stattfindenden) Verlosung teilnehmen werde. Um den Effekt dieser komplizierten optischen Gestaltung weiter zu erhöhen, wurden die Schreiben bevorzugt an ältere Personen mit geringem Bildungsniveau ver-

\* Aufsatz ist Frau Dr. Henriette Norda, LL.M. (Chicago) gewidmet.

<sup>1</sup> BGH, Urteil vom 30.05.2008, 1 StR 166/07 = HRRS 2008 Nr. 591 = WRP 2008, 1071.

<sup>2</sup> Für einen Überblick zu den Auswirkungen des Gemeinschaftsrechts auf das deutsche Strafrecht siehe etwa *Soyka wistra* 2007, 127 f. m.w.N.

schickt. Der BGH hatte nun zu entscheiden, ob diese beiden Verhaltensweisen den Tatbestand der strafbaren Werbung erfüllen.

### III. Rechtliche Würdigung

§ 16 Abs. 1 UWG stellt es unter Strafe, wenn jemand in der Absicht, den Anschein eines besonders günstigen Angebots hervorzurufen, in öffentlichen Bekanntmachungen oder in Mitteilungen, die für einen größeren Kreis von Personen bestimmt sind, durch unwahre Angaben irreführend wirbt. Die Vorschrift bezweckt neben dem Schutz der Verbraucher vor einem schädigenden oder zweckverfehlten Vermögenseinsatz auch den der Mitbewerber und des Wettbewerbs allgemein (sog. Schutzzwecktrias).<sup>3</sup> Die Norm ist als abstraktes Gefährdungsdelikt konzipiert.<sup>4</sup> Es wird zudem oft betont, dass sie im Vorfeld der Betrugsstrafbarkeit angesiedelt ist, nur sei der Eintritt eines Schadens bei einem konkreten Adressaten nicht erforderlich.<sup>5</sup> Letzteres ist zwar richtig, zugleich aber auch irrelevant, da der Schutz der Verbraucher ohnehin nur eines von drei Rechtsgütern ist und § 16 Abs. 1 UWG daher über den Schutz vor Vermögensgefährdungen hinausgeht.<sup>6</sup> Der Vergleich zum Betrug kann daher allein bezüglich der Verbraucherschutzkomponente Geltung beanspruchen.

Im Folgenden werden zwei Problemkreise diskutiert, bezüglich derer die Entscheidung besondere Beachtung verdient. Dabei handelt es sich zum einen um die Frage, nach welchem Maßstab die Unwahrheit einer Erklärung zu bestimmen ist, wenn der objektive Erklärungsinhalt vom Verständnishorizont eines Durchschnittsempfängers abweicht (1.). Zum anderen geht es darum, in welchem Zusammenhang die unwahre Aussage zu dem beabsichtigten Anschein der Günstigkeit des Angebots stehen muss (2.).

#### 1. Unwahre Angaben

Zunächst erfordert § 16 Abs. 1 UWG, dass der Täter sich unwahr und irreführender Angaben bedient. Unwahr sind grundsätzlich Angaben, die mit der Wirklichkeit nicht übereinstimmen.<sup>7</sup> In der Literatur ist es umstritten und in der Rechtsprechung bislang ungeklärt, ob die

Bestimmung der Abweichung zwischen Inhalt der Aussage und Wirklichkeit rein objektiv erfolgt (so die herrschende Auffassung) oder ob Grundlage dieser Feststellung die Auslegung der Erklärung anhand des angesprochenen Verkehrskreises ist, also eine gewisse Subjektivierung bei der Auslegung vorzunehmen ist.<sup>8</sup> Dabei ist jedoch zu beachten, dass auch der objektive Ansatz bei inhaltlich auslegungsbedürftigen Erklärungen auf einen Empfängerhorizont zurückgreifen muss.<sup>9</sup> Zumindest in diesen Fällen reduzieren sich die Unterschiede dann darauf, ob eine objektive, also vom angesprochenen Verkehrskreis unabhängige Auslegungsperspektive gelten soll oder ob die Besonderheiten des Adressatenkreises berücksichtigt werden können. Solange keine spezielle Zielgruppe ausgewählt wurde, sind beide Maßstäbe demnach identisch: Es ist nach der Verkehrsauffassung ausulegen. Zu Abweichungen kommt es hingegen dann, wenn entweder die Erklärung objektiv eindeutig ist, dennoch aber zu Missverständnissen führen kann (zum Beispiel aufgrund geschickter optischen Gestaltung) oder aber wenn bei Auslegungsbedürftigkeit eine den Horizont beeinflussende Vorauswahl getroffen wurde.

#### a. Anwendung des subjektiven Ansatzes durch den BGH

Das kann am vorliegenden Fall verdeutlicht werden. Bezüglich der Gewinnmitteilungen ergibt sich nämlich eindeutig aus dem Kleingedruckten, dass kein Gewinn, sondern nur eine Gewinnchance versprochen wurde. Nach der objektiven Betrachtung bedarf es daher mangels auslegungsbedürftiger Begriffe keiner Auslegung: Versprochen wurde bloß die Teilnahme an der Verlosung. Die durch Auslegung zu ermittelnde (subjektive) Lesart weicht jedoch hiervon ab, falls das Schreiben derart gestaltet war, dass ein Durchschnittsadressat den Widerspruch im Kleingedruckten nicht wahrgenommen hätte und damit von einem bereits gewonnenen Geschenk ausgehen durfte. Dabei ist außerdem zu berücksichtigen, dass die Angeklagten ihr Geschäft auch noch gezielt auf ältere Personen mit geringem Bildungsniveau konzentrierten, so dass der Empfängerhorizont entsprechend zugunsten der Opfer zu modifizieren ist. Auf Basis des subjektiven Ansatzes resultiert die Unwahrheit der Gewinnmitteilungen also schon daraus, dass tatsächlich gar nichts gewonnen wurde. Aber auch auf Grundlage der abweichenden (objektiven) Meinung ergibt sich vorliegend kein anderes Ergebnis. Denn selbst bei Einbeziehung des Kleingedruckten ist das Inaussichtstellen einer Gewinnchance unwahr, da die Verlosung nie durchgeführt wurde.<sup>10</sup> Der Streit kann im Ergebnis also eigentlich offen bleiben.

<sup>3</sup> BGHSt 27, 293 (294); *Bornkamm*, in: *Hefermehl/Köhler/Bornkamm*, UWG, 28. Auflage, § 16 Rn. 2; *Piper*, in: *Piper/Ohly*, UWG, 4. Auflage 2006, § 16 Rn. 3; *Brammsen*, in: *MüKo UWG*, 1. Auflage 2006, § 16 Rn. 9; *Rengier*, in: *Fezer*, UWG, 1. Auflage 2005, § 16 Rn. 9; *Otto*, in: *Großkommentar*, 1. Auflage 2006, § 4 a.F. Rn. 3 ff. Zu heute kaum mehr vertretenen abweichenden Konzeptionen siehe etwa *Hellmann/Beckemper*, *Wirtschaftsstrafrecht*, 2. Auflage 2008, Rn. 445.

<sup>4</sup> *Rengier* (Fn. 3), § 16 Rn. 32; *Otto* (Fn. 3), § 4 a.F. Rn. 14.

<sup>5</sup> *Bornkamm* (Fn. 3), § 16 Rn. 2; *Brammsen* (Fn. 3), § 16 Rn. 10 f.

<sup>6</sup> So die treffende Analyse bei *Rengier* (Fn. 3), § 16 Rn. 29 ff.; siehe auch *Alexander* WRP 2004, 407, 410 f., der ebenfalls hervorhebt, dass der (abstrakte) Vermögensschutz sich nur auf den Verbraucherspekt bezieht. Siehe auch noch unten III, 1, c.

<sup>7</sup> *Brammsen* (Fn. 3), § 16 Rn. 32; *Rengier* (Fn. 3), § 16 Rn. 63, 64.

<sup>8</sup> *Rengier*, (Fn.3), § 16 Rn. 62 ff.; *Bornkamm* (Fn. 3), § 16 Rn. 10 f; *Piper* (Fn. 3), § 16 Rn. 9; *Otto* GS Meurer, 263, 269 f.

<sup>9</sup> *Rengier* (Fn.3), § 16 Rn. 65 mit dem Hinweis auf Begriffe wie „kurze Entfernung“, „schöne Aussicht“ oder „Mittagessen“. Siehe auch *Hellmann/Beckemper* (Fn. 3), Rn. 449.

<sup>10</sup> Zum Schwur wäre es dann gekommen, wenn eine Ziehung tatsächlich vorgenommen worden wäre. Dann wäre die Aussage nämlich einerseits objektiv wahr (die Versprochene Ziehung erfolgte) und andererseits bei Auslegung nach dem Empfängerhorizont gleichzeitig unwahr (die Ausle-

Umso bemerkenswerter ist es, dass sich der BGH in seiner Entscheidung veranlasst sieht, die Vorinstanz zu korrigieren und damit in diesem Meinungsstreit zumindest implizit Stellung zu beziehen. Das Landgericht hatte die Unwahrheit nämlich noch mit dem Fehlen der Gewinnchance und damit dem Erklärungsinhalt auf Basis einer objektiven Betrachtung begründet. Der BGH berief sich zwar ebenfalls auf einen „objektiven Maßstab“, stellte aber gleichzeitig klar, dass der objektiv mitgeteilte Inhalt nicht gilt, wenn trotz des ausdrücklichen Vorbehalts der Text nur so verstanden werden könne, dass das Geschenk bereits gewonnen wurde.<sup>11</sup> Eine Auslegung soll also dazu führen, dass trotz Erklärung der Wahrheit die Aussage unwahr sein kann, wenn der Adressatenkreis sie aufgrund der optischen Gestaltung anders verstehen durfte.<sup>12</sup> Für maßgeblich gehalten wird also das durch Auslegung zu ermittelnde Verständnis des Adressatenkreises und damit ein subjektiver Ansatz.<sup>13</sup>

## b. Abweichende und in der Literatur herrschende Meinung

Diese Abweichung wird hier deshalb besonders betont, weil Vertreter der (herrschenden) objektiven Ansicht dies anders sehen und eine „Irreführung mit der Wahrheit“ gerade nicht als von § 16 Abs. 1 UWG erfasst ansehen.<sup>14</sup> Freilich hatten diese Autoren wohl eher Fälle vor Augen, in denen sich der Strafbarkeitsvorwurf daraus ergäbe, dass eine richtige Angabe vollständig zur Kenntnis genommen und vom Verkehr dennoch missverstanden wird, nicht aber solche wie den vorliegenden, bei denen Teile der Information durch ihre Gestaltung un-

gung ergibt, dass mehr als nur die Ziehung, nämlich schon der Gewinn, versprochen wurde).

<sup>11</sup> BGH WRP 2008, 1071, 1075 Rz. 46. Der Verweis auf die bekannten Kaffeefahrtenentscheidung (BGH NJW 2002, 3415) ist jedoch wenig aussagekräftig. Die Relevanz der richtig stellenden Einschränkung des Gewinnversprechens scheiterte darin nämlich schon daran, dass sie erst nachträglich zugesandt wurde. Auf die Frage, ob die objektiv erklärte Wahrheit oder die äußere Erscheinung maßgeblich sein soll, kam es daher gar nicht mehr an.

<sup>12</sup> So auch das ebenfalls in Bezug genommene Urteil OLG Celle NStZ-RR 2005, 25. Ebenso, mit besonders ausführlicher Begründung, OLG Hamm WRP 1963, 176.

<sup>13</sup> Aufgrund der auch von der objektiven Ansicht vorgenommenen Auslegung bei mehrdeutigen Begriffen (siehe oben III, 1) ist freilich nicht ganz klar, wo genau die Grenze der auch von diesen Vertretern vorgenommenen Subjektivierung gezogen wird und ob auch bei missverständlicher Gestaltung eine Auslegung zulässig ist. Bejaht man dies, wäre freilich die objektive derart umfänglich der subjektiven Ansicht angenähert, dass kaum Unterschiede verblieben, so etwa die Handhabung bei *Hellmann/Beckemper* (Fn. 3), Rn. 449. Wenn der BGH sich also auf den objektiven Maßstab beruft, gleichzeitig aber die Bedeutung nach dem Empfängerhorizont heranzieht, ist dies eine Vorgehensweise, die man aus Sicht der Vertreter einer strikt objektiven Ansicht nur als subjektiv bezeichnen kann.

<sup>14</sup> *Bornkamm* (Fn. 3), § 16 Rn. 11; *Többers* WRP 2005, 552, 553 Fn. 11; *Otto* GS Meurer, 263, 269. Anders *Hellmann/Beckemper* (Fn. 3), Rn. 449, die sich zwar ebenfalls auf eine objektive Betrachtung berufen, gleichwohl aber eine wörtliche Bedeutung ablehnen und auf den Empfängerhorizont abstellen, siehe dazu schon Fn. 13.

terdrückt und damit die Wahrheit bewusst verschleiert wird. Straffrei (aber ggf. nach §§ 3, 5 UWG verboten) wäre es also zum Beispiel, wenn „ein Essen“ als Draufgabe angeboten wird, dies aber entgegen den Erwartungen des Durchschnittsadressaten nur aus einer Dose Suppe besteht. Denn es handelt sich immerhin um ein Essen im Wortsinn.<sup>15</sup> Die Frage wäre dann, ob gleiches gelten soll, wenn das Essen in Großbuchstaben angekündigt wird und dann in einer kleinen Fußnote steht, dass es doch nichts gibt. Blickt man allein auf den objektiven Erklärungsinhalt und erteilt damit – wie es die objektive Betrachtung offenbar tut – einer vom eindeutigen (aber verschleierte) Wortlaut abweichenden Auslegung eine generelle Absage, müssten an sich beide Fälle als wahre Erklärungen behandelt werden, die nach § 16 Abs. 1 UWG nicht verfolgbar wären.<sup>16</sup>

Der BGH legt nun jedenfalls für die Fälle der unterdrückten Information den § 16 Abs. 1 UWG weit und verbraucherfreundlich aus und nimmt eine Unwahrheit an, wenn die Richtigstellung schwer zugänglich ist und somit ein unrichtiger Gesamteindruck erzeugt wird. Die in der Literatur verbreitete Kritik an einem solchen Abweichen vom objektiven Inhalt stützt sich vor allem darauf, dass der Verweis auf die recht unbestimmte und vielleicht nur ex post durch demoskopische Gutachten zu ermittelnde Verkehrsauffassung mit dem Bestimmtheitsgebot des Art. 103 Abs. 2 GG in Konflikt gerate.<sup>17</sup> Zudem wird ins Feld geführt, dass § 16 Abs. 1 UWG seinem Wortlaut nach – gerade anders als die §§ 3, 5 UWG – neben der Irreführung zusätzlich die Unwahrheit der Angaben verlange und diesem Merkmal keine eigenständige Funktion zukomme, wenn bei ersterem schon die Verkehrsauffassung als Maßstab herangezogen würde.<sup>18</sup>

## c. Kritik und Stellungnahme

Es ist jedoch in der Tat schwer einzusehen, warum besonders geschickte und offenkundig auf Übervorteilung angelegte Werbeaussagen aus dem Bereich der strafbaren Werbung ausscheiden sollen. Es handelt sich bei der Frage widersprüchlicher Erklärungen nämlich keineswegs um ein spezifisches und isoliertes Problem des Wettbewerbsstrafrechts. Vielmehr ist es ein stets wiederkehrender Komplex, der sich wie ein roter Faden durch verschiedene Ebenen des strafrechtlichen Täuschungsschutzes zieht. Beim Betrug ist zum Beispiel ebenfalls allgemein anerkannt, dass dessen Natur als Kommunikationsdelikt entsprechend das Gesamtverhalten nach den Umständen und der Verkehrsauffassung

<sup>15</sup> Vgl. *Otto* GS Meurer, 263, 269. Anders wäre der Fall dann, wenn ein „leckerer reichhaltiges Mittagmenü“ oder ein besonders „leckerer schmackhaftes Mittagessen“ wie in BGH NJW 2002, 3415 angeboten würde, da sich hierunter die Dose Suppe wohl nicht mehr fassen lässt.

<sup>16</sup> Anders wäre es wiederum dann, wenn man auch als Vertreter der objektiven Ansicht eine diesbezügliche Subjektivierung zulässt. Damit wäre die objektive Betrachtung aber weitgehend aufgegeben, siehe Fn. 13.

<sup>17</sup> *Rengier* (Fn. 3), § 16 Rn. 64, 36 ff.; *Bornkamm* (Fn. 3), § 16 Rn. 11; *Piper* (Fn. 3), § 16 Rn. 9; *Lehmler*, UWG, 1. Auflage 2007, § 16 Rn. 11.

<sup>18</sup> *Bornkamm* (Fn. 3), § 16 Rn. 11; *Otto* GS Meurer 263, 269 f.

(Empfängerhorizont) auszulegen ist.<sup>19</sup> Dementsprechend wird beim Parallelproblem der „Täuschung trotz Erklärung der Wahrheit“ im Rahmen des § 263 StGB in Rechtsprechung und Literatur ebenfalls die Möglichkeit einer Täuschung angenommen.<sup>20</sup> Der BGH hat die Anforderungen an eine Strafbarkeit dahingehend präzisiert, dass sich eine inhaltlich richtige Erklärung aufgrund ihrer Aufmachung eignen muss einen Irrtum hervorzurufen und vom Täter planmäßig eingesetzt wird, um unter dem Anschein äußerlich verkehrsgerechten Verhaltens gezielt die Schädigung des Adressaten zu verfolgen, wenn also die Irrtumserregung nicht die bloße Folge, sondern der Zweck der Handlung ist.<sup>21</sup> Dabei überzeugt es freilich nicht, dass die Rechtsprechung schon zur Bestimmung der Täuschung neben der richtigerweise vorgenommenen Auslegung der Erklärung („Eignung einen Irrtum hervorzurufen“) eine besondere Missbrauchsabsicht („Irrtumserregung als Zweck der Handlung“) fordert<sup>22</sup> und damit systemwidrig objektive und subjektive Elemente vermischt. Die befürchtete Unsicherheit bei der Interpretation der Erklärung zur Abgrenzung von Verantwortungssphären soll offenbar durch erhöhte Anforderungen im subjektiven Bereich korrigiert werden.<sup>23</sup> Das ist jedoch unnötig, da das Strafrecht ohnehin bereits ganz ähnliche Mechanismen kennt, um der speziellen Problematik solcher normativer Merkmale Rechnung zu tragen. Zwar reicht zur Bejahung des Vorsatzes grundsätzlich die Kenntnis der Tatumstände (§ 16 StGB), hier also der Gestaltung der Werbung. Ist aber ein Tatbestandsmerkmal normativ aufgeladen, also nicht tatsächlich beschreibender, sondern rechtlich-wertender Art, ist über die Tatsachenkenntnis hinaus eine so genannte Parallelwertung in der Laiensphäre notwendig.<sup>24</sup> Das bedeutet für die nach der Verkehrsauffassung zu bestimmende „Unwahrheit“, dass der Täter auch erkannt haben muss, dass die von ihm gewählte Aufmachung im Verkehr missver-

standen werden kann. Diese in der allgemeinen Strafrechtsdogmatik fußende zusätzliche Anforderung im Bereich des Subjektiven reicht, um den befürchteten Unsicherheiten durch eine Anknüpfung an die normative Verkehrsauffassung Herr zu werden. Auch im Rahmen des § 16 Abs. 1 UWG kann so verhindert werden, dass allein die Gefahr von Missverständnissen strafbegründend wirkt. Denn hatte der Werbende nicht ohnehin Fehlvorstellungen der Empfänger zumindest für möglich gehalten, fehlt ihm der Vorsatz bezüglich der Unwahrheit seiner Angaben. Der BGH sollte sich also besser im objektiven Tatbestand an den allgemeinen Auslegungsgrundsätzen zur Feststellung des Erklärungsinhalts orientieren und wie sonst auch im subjektiven Tatbestand die Fälle ausscheiden, in denen der Werbende mit einem Missverständnis nicht gerechnet und insofern keinen Vorsatz in Bezug auf die Unwahrheit hatte.

Die Praxis beim Betrug zeigt jedenfalls, dass die Ermittlung des Erklärungsinhalts anhand von Auslegungskriterien durchaus handhabbar ist und keinesfalls zu unerträglichen Problemen mit der Bestimmtheit führt. Das wird auch schon daran deutlich, dass selbst die Vertreter dieses Arguments zwar einerseits meinen, dass sich der Verweis auf die Verkehrsauffassung aufgrund von Art. 103 Abs. 2 GG generell verbietet, andererseits aber nicht zögen, denselben Maßstab dann doch im Rahmen der Irreführung anzulegen.<sup>25</sup>

Unter systematischen Gesichtspunkten wäre es zudem wenig einleuchtend, wenn objektiv eindeutige aber missverständliche Anpreisung zwar eine Betrugsstrafbarkeit auslösen könnten<sup>26</sup>, dieselbe Aussage aber zugleich dem Vorfelddelikt der strafbaren Werbung entzogen sein soll. Freilich sollte die Bezeichnung als „Vorfelddelikt“ nicht dahingehend missverstanden werden, dass § 16 Abs. 1 UWG alle um tatsächliche Irrtumserregung und Schädigung gekürzten Betrugsfälle erfasst. Die Norm weist vielmehr auch Merkmale auf, die eindeutig einschränkende Charakter haben (Eignung zur Irreführung<sup>27</sup>, Erfordernis der Publikumswerbung).<sup>28</sup> Es gibt also durchaus Fälle, in denen § 263 StGB, nicht aber § 16 UWG einschlägig ist. Aber gerade bezüglich der Interpretation der Werbeaussage macht es wenig Sinn, wenn der Inhalt einer Erklärung im Rahmen des § 263 StGB als

<sup>19</sup> Siehe insbesondere *Tiedemann*, in: LK StGB, 11. Auflage 2005, § 263 Rn. 25, 28 ff. m.w.N. zu den einzelnen Facetten dieser Ansicht, die aber im Kern alle die Auslegung anhand des Empfängerhorizonts anerkennen; siehe weiterhin BGH NJW 1995, 539 (Bestimmung des Erklärungswerts anhand der Perspektive eines „objektiven Dritten[s] in der Lage des Erklärungsempfängers“); NStZ-RR 2004, 110 = HRRS 2004 Nr. 167; *Fischer*, StGB, 55. Auflage 2008, § 263 Rn. 11; *Arzt/Weber*, Strafrecht BT, 1. Auflage 2000, § 20 Rn. 38; zur Übertragung dessen auch auf § 16 UWG zumindest für auslegungsbedürftige Begriffe schon *Rengier* (Fn.3), § 16 Rn. 65.

<sup>20</sup> BGH NJW 2001, 2187; NStZ-RR 2004, 110; *Fischer* (Fn. 19), § 263 Rn. 16; *Lackner/Kühl*, StGB, 26. Auflage 2006, § 263 Rn. 9.

<sup>21</sup> BGH NStZ-RR 2004, 110 (111); NJW 2001, 2187 (2189).

<sup>22</sup> Zu weit und soweit ersichtlich auch sonst von keinem vertreten ist daher die Interpretation von *Rose wistra* 2002, 370, 372. Dieser versteht den BGH so, dass auch aus einer vom Verkehr korrekt verstandenen Aussage allein aufgrund der bösen Absicht des Erklärenden eine Täuschung werden kann. Das hat der BGH so jedoch nie gesagt. Stets waren Fälle betroffen, in denen der wahre Inhalt der Erklärung derart verschleiert wurde, dass der Rechtsverkehr von einer abweichenden Bedeutung ausgehen musste. Das beschreibt der BGH recht unmissverständlich als „Eignung zur Irrtumserregung“, die ausdrücklich neben der Täuschungsabsicht erwähnt wird.

<sup>23</sup> Siehe die entsprechende Erwägung bei BGH NJW 2001, 2187, 2189.

<sup>24</sup> BGHSt 3, 348; *Fischer* (Fn. 19), § 16 Rn. 11a.

<sup>25</sup> Siehe etwa einerseits die Ablehnung bei *Bornkamm* (Fn. 3), § 16 Rn. 11 oder *Piper* (Fn. 3), § 16 Rn. 9 und andererseits die Bezugnahme auf § 5 UWG und dessen Maßstab der Irreführungseignung bei *Bornkamm* (Fn. 3), § 16 Rn. 9; *Piper* (Fn. 3), § 16 Rn. 8.

<sup>26</sup> Dabei ist selbstverständlich darauf zu achten, wie genau die Konstellation aussieht und ob die sonstigen Voraussetzungen des Betrugs erfüllt sind. Strafbar wäre gem. § 263 StGB etwa der Fall, in dem ein Angebot gemacht wird, das an anderer, schwer zugänglicher Stelle wieder relativiert wird. Auf Basis einer Auslegung könnte gemäß § 16 UWG und § 263 StGB (die sonstigen Merkmale, insb. den Schaden, vorausgesetzt) bestraft werden, laut herrschender Literaturansicht zur objektiven Bestimmung der Unwahrheit aber nur wegen Betrugs, da sich ja objektiv die Wahrheit aus dem Schreiben ergibt.

<sup>27</sup> Speziell zum Unterschied Irreführung / Irreführungseignung siehe *Soyka wistra* 2007, 127, 129.

<sup>28</sup> Eine gelungene Darstellung des Verhältnisses beider Tatbestände zueinander findet sich bei *Rengier* (Fn. 3), § 16 Rn. 29 ff.

strafbar angesehen würde, bei dem speziell auf die Beurteilung der strafrechtlichen Zulässigkeit von Werbung zugeschnittenen (milderen) Delikt die Grenze der Strafwürdigkeit aber nicht überschreiten soll.

Freilich könnte eine solche Ungereimtheit als gesetzgeberischer Fehltritt zu akzeptieren sein, wenn sich der Unterschied in der Handhabung zwingend aus Wortlaut und Geschichte beider Normen ergibt: Zum einen erwähnt § 263 StGB auch die Unterdrückung und Entstellung *wahrer* Tatsachen, während § 16 Abs. 1 UWG nur *unwahre* Angaben als Tatmittel kennt. Zum anderen deutet das Nebeneinander von „unwahr“ und „irreführend“ in § 16 Abs. 1 UWG in der Tat darauf hin, dass der Unwahrheit ein anderer Gehalt als der bereits zur Inkorporierung der Verkehrsauffassung führenden Irreführung zukommen muss.

Bezüglich des Wortlautarguments „wahr / unwahr“ muss jedoch zunächst festgestellt werden, dass die Beurteilung einer Aussage als wahr oder unwahr maßgeblich davon anhängt, wie man dies definiert, insbesondere ob man bereit ist, die Bestimmung auf Basis einer Auslegung vorzunehmen. Es ist also durchaus nicht fern liegend von einer unwahren Angabe auch dann zu sprechen, wenn eine Interpretation ergibt, dass eine inhaltlich zutreffende Aussage aufgrund ihrer Aufmachung einen hiervon abweichenden Bedeutungsgehalt vermittelt. Wird hingegen behauptet, dass eine Auslegung deshalb nicht gangbar sei, weil dann aus einer wahren eine unwahre Aussage gemacht würde, liegt darin ein Zirkel, der auf der eigenen Prämisse basiert – der Ablehnung der Auslegung und der objektiven Definition der Begriffe wahr und unwahr.

Historisch gesehen ist die von der Literatur betonte Unterscheidung zwischen „irreführenden Angaben“ des § 5 UWG und den darüber hinaus in § 16 Abs. 1 UWG geforderten „unwahren Angaben“ ebenfalls uneindeutig. In der ursprünglichen Fassung des § 5 UWG wurde im Laufe der Zeit nämlich mal der eine, mal der andere Begriff verwandt, ohne dass darin ein sachlicher Unterschied gesehen wurde. Beide Formulierungen wurden identisch im Sinne des Erfordernisses einer Unrichtigkeit aus Sicht des Empfängerkreises, also nicht rein objektiv, verwandt.<sup>29</sup>

Allerdings ergibt sich aus der Gesetzesbegründung, dass der Gesetzgeber in der Tat einen Unterschied in den Täuschungsmitteln der §§ 16 und 5 UWG gewollt hat: § 16 Abs. 1 UWG sei insofern enger als § 5 UWG, als ersterer nur diejenigen Fälle irreführender Werbung erfasse, die gerade durch *unwahre* Tatsachen vermittelt würden.<sup>30</sup> Der Rückgriff auf historische Synonyme (irreführend / unwahr) bei der Formulierung des § 16 Abs. 1 UWG ist zwar höchst ungeschickt und lässt die konkrete Anwendung im Dunklen. Will man den gesetzgeberischen Willen aber nicht ignorieren, bleibt wohl nicht viel anderes übrig, als eine objektive Interpretation der Norm vorzunehmen. Denn ließe man eine Auslegung der Erklärung zu, wäre diese Vorschrift bezüglich der tauglichen Täuschungsmittel nicht wie gewollt enger, sondern vielmehr

mit § 5 UWG identisch.<sup>31</sup> Der Preis des Gehorsams sind freilich die soeben dargestellten Ungereimtheiten im Vergleich zum Maßstab des kernstrafrechtlichen Täuschungsschutzes (§ 263 StGB).<sup>32</sup>

Der BGH hat im besprochenen Urteil im Gegensatz dazu nun jedenfalls nicht den objektiven Inhalt der Erklärung (bloße Gewinnchance), sondern das aufgrund der Aufmachung davon abweichende Verständnis des Rechtsverkehrs (Auslegung als Gewinn) zugrunde gelegt und lässt somit die §§ 16 und 5 UWG bezüglich der Täuschungsmodalitäten gleich laufen. Es bleibt abzuwarten, ob dieser Weg bewusst eingeschlagen wurde. Angesichts der Tatsache, dass wie dargelegt an sich keine derartige Stellungnahme notwendig gewesen wäre, spricht einiges dafür.

#### d. Grenzen des möglichen Verbraucherschutzes aufgrund europäischer Vorgaben zur Bestimmung der Verkehrsauffassung

Abschließend ist noch darauf hinzuweisen, dass die Auslegung der Erklärung zur Ermittlung der Unwahrheit und / oder Irreführung<sup>33</sup> jedenfalls in erheblichem Maße durch europäische Vorgaben geprägt ist: Das deutsche Recht hat sich aufgrund einer Vielzahl von Regelwerken am europäischen Verbraucherleitbild zu orientieren und damit den Verständnishorizont eines verständigen, informierten und aufmerksamen Durchschnittsverbrauchers als Maßstab zugrunde zu legen.<sup>34</sup> Das bedeutet, dass dem strafrechtlichen Schutz der Verbraucher, sei es durch § 16 UWG oder § 263 StGB, grundsätzlich enge Grenzen gesetzt und mögliche Fehlvorstellungen von unterdurchschnittlich verständigen und aufmerksamen Verbrauchern unbeachtlich sind.<sup>35</sup> Qualitativ bedeutet dies, dass die Annahme, Kunden würden Werbeaussagen nur flüchtig und oberflächlich wahrnehmen,<sup>36</sup> so nicht

<sup>31</sup> Zur Irreführung mit objektiv zutreffenden Angaben im Rahmen des § 5 UWG siehe nur *Peifer* (Fn. 6), § 5 Rn. 218; *Bornkamm* (Fn. 3), § 5 Rn. 2.71.

<sup>32</sup> Wenn die Begründung zur UWG-Novelle nun wiederum die besondere Nähe zum Schutz nach § 263 StGB betont (BT-Drucksache 15/1487, S. 26), ist dies aufgrund der dort gängigen Praxis einer Auslegung nach dem Empfängerhorizont umso verwirrender. Weitere Kritik zu diesem Verweis bei *Rengier* (Fn. 3), § 16 Rn. 33.

<sup>33</sup> Wenn man wie der BGH die Erklärung auslegt, wird diese schon im Rahmen der Bestimmung der Unwahrheit relevant. Wählt man eine objektive Betrachtung, kommt der Filterfunktion der Verkehrsauffassung erst im Rahmen der Irreführung Bedeutung zu.

<sup>34</sup> Ausführlich zum Ganzen, insbesondere der Reichweite europäischer Vorgaben *Soyka wistra* 2007, 127 ff.; siehe auch *Rengier* (Fn. 3), § 16 Rn. 77. Im Rahmend der UWG Reform hat der Gesetzgeber ausdrücklich auf dieses Verbraucherleitbild hingewiesen, BT-Drucksache 15/1487, S. 19.

<sup>35</sup> Speziell zum strafrechtlichen Täuschungsschutz *Soyka wistra* 2007, 127, 129. Allgemein zur Unbeachtlichkeit von unterdurchschnittlich aufmerksamen Verbrauchern zur Bestimmung der Verkehrsauffassung *Reese*, in: *MüKo UWG*, 1. Auflage 2006, § 5 Rn. 169, 174; *Bornkamm* (Fn. 3), § 5 Rn. 2.79.

<sup>36</sup> So insbesondere die ältere Rechtsprechung, siehe z.B. BGH GRUR 1982, 564 (566); weitere Nachweise bei *Reese* (Fn. 35), § 5 Rn. 154. Speziell zu der hier interessierenden

<sup>29</sup> *Bornkamm* (Fn. 3), § 5 Rn. 2.64.

<sup>30</sup> Siehe BT-Drucksache 15/1487, S. 26.

mehr gelten kann, sondern ein höheres Maß an Eigenverantwortlichkeit zu fordern ist.<sup>37</sup> Dementsprechend reicht es unter quantitativen Gesichtspunkten auch nicht mehr, wenn „ein nicht ganz unerheblicher Teil des angesprochenen Verkehrskreises“<sup>38</sup> die Aussage missverstehen kann. Denn dabei wird es sich im Zweifel um den unterdurchschnittlichen Teil der Verbraucherpopulation handeln, der beim Blick auf einen verständigen, aufmerksamen und informierten Durchschnittsverbraucher aber irrelevant ist.<sup>39</sup> Anders kann es freilich dann sein, wenn bestimmte besonders unaufmerksame Zielgruppen (Alte, Jugendliche, Personen mit niedrigem Bildungsniveau) gezielt ausgewählt werden, so dass der Auslegungshorizont entsprechend zu modifizieren ist.<sup>40</sup> Im Grundsatz geht diese Gruppe aber in der Gesamtpopulation auf und wird damit vor Irrtümern, denen nicht auch der verständige Adressat erlegen wäre, nicht geschützt.<sup>41</sup> Das Europarecht mutet dem Verbraucher also ein beträchtliches Maß an Eigenverantwortung zu. Das mag man als sozialpolitisch verfehlt betrachten, ändert aber nichts an der bestehenden Rechtslage.<sup>42</sup> Insofern ist auch nach der besprochenen Entscheidung des BGH und der Einbeziehung wahrer aber missverständlicher Aussagen in den Schutzbereich des § 16 Abs. 1 UWG die Werbeaussage stets besonders kritisch darauf zu prüfen, ob sie auch diesen hohen Anforderungen gerecht wird, das heißt hinreichend geschickt gestaltet und formuliert ist, um auch aufmerksame und informierte Adressaten zu täuschen.<sup>43</sup> Durch die so dargestellte Anhebung der Anforderungen an eine Fehlvorstellung der Adressaten wird die subjektive der objektiven Ansicht zur Bestimmung der Unwahrheit einer Aussage angenährt, da vom Verbraucher eher erwartet werden kann, den tatsächlichen (objektiven) Inhalt zu erkennen.

Konstellation unrichtiger Ankündigungen von Verlosungen mit Korrektur im Kleingedruckten mit maßgeblichen Bezug auf die nur flüchtige Wahrnehmung der Richtigestellung OLG Hamm WRP 1963, 176.

<sup>37</sup> Siehe Reese (Fn. 35), § 5 Rn. 154 ff. mit Übersicht zur sich wandelnden Rechtsprechung und Kritik an der nicht hinreichenden Berücksichtigung europarechtlicher Vorgaben in Rn. 169 f.

<sup>38</sup> So noch der BGH in seiner Kaffeefahrtenentscheidung, BGH NJW 2002, 3415, 3416. Umfangreich zu dieser alten, vom heute so nicht mehr gangbaren Minderheitenschutz geprägten Rechtsprechung, die bereits eine Irreführung von 10-15 % der Gesamtpopulation ausreichen ließ, Reese (Fn. 35), § 5 Rn. 154 ff.

<sup>39</sup> Reese (Fn. 35) § 5 Rn. 174 weist darauf hin, dass dieses Vorgehen nicht bedeutet, dass es dann gar keinen Minderheitenschutz mehr geben kann. Allerdings verschiebt sich der Maßstab, dass allein derjenige Teil der Gesamtpopulation einbezogen wird, der dem Durchschnittsverbraucher nach europäischen Vorbild gerecht wird. Innerhalb des so definierten Ausschnitts ist dann ein Minderheitenschutz denkbar.

<sup>40</sup> Bornkamm (Fn. 3), § 5 Rn. 2.79; Soyka wistra 2007, 127, 132.

<sup>41</sup> Reese (Fn. 35), § 5 Rn. 169, 174; Bornkamm (Fn. 3), § 5 Rn. 2.79.

<sup>42</sup> Siehe dazu die ausführliche Diskussion bei Soyka wistra 2007, 127, 130 ff.

<sup>43</sup> Zur möglichen Handhabung in der Praxis, insb. der Bedeutung demoskopischer Untersuchungen siehe Reese (Fn. 35), § 5 Rn. 171 ff.

## 2. Zusammenhang zwischen Werbeaussage und Angebot

§ 16 Abs. 1 UWG fordert seinem Wortlaut nach zudem eine speziell qualifizierte Täuschung: Es reichen nicht jegliche unwahren, irreführenden Angaben, sondern der Täter muss beabsichtigen, dass diese gerade die Darstellung des Warenangebots als besonders günstig zum Gegenstand haben. Das hat zweierlei Einschränkungen zur Folge: Erstens muss die Aussage das Produkt als besonders günstig erscheinen lassen, es also in irgendeiner Weise als außergewöhnlich erwerbenswert hervorheben. Im Gegensatz dazu reicht es nicht, wenn derwerbende ein Angebot zu normalen Konditionen bietet und die Unwahrheit nur darin liegt, dass er in Wahrheit nicht oder nur mangelhaft leisten will; denn dann lockt er nicht Kunden mit der besonderen Attraktivität, sondern täuscht allein über seine Vertragstreue.<sup>44</sup> Der Begriff der Günstigkeit wird jedoch weit ausgelegt. Es ist insbesondere nicht allein der Anschein eines im Vergleich zur versprochenen Leistung niedrigen Preises gemeint („günstig“ im Sinne von „billig“), sondern auch der Bezug zu sonstigen, das Produkt in besonders gutem Licht darstellenden Angaben ist ausreichend, wie etwa der Tradition des anbietenden Unternehmens, einer besonderen Herkunft des Produkts oder der Leistungsfähigkeit des Anpreisenden.<sup>45</sup> Zweitens bedarf es eines spezifischen Zusammenhangs zwischen den unzutreffenden Aussagen und dem angebotenen Produkt.<sup>46</sup> Umgekehrt sind sonstige unwahre Erklärungen unzureichend, die sich nicht auf die Ware selbst beziehen, wie etwa Angaben über persönliche Umstände des Verkäufers oder ein anderes Produkt. Gerade bezüglich dieser Verknüpfung betritt der BGH in der besprochenen Entscheidung Neuland und weitet die Strafbarkeit beträchtlich aus.

### a. Die drei möglichen Fallgestaltungen

Um schrittweise die problematischen von den weniger problematischen Konstellationen abzuschichten, lassen sich grundsätzlich drei Konstellationen unterscheiden.

Fall 1: Produkt X wird unter unzutreffenden Angaben angeboten. „Kaufen Sie Waschautomat X statt für 9.999,99 Euro (Preisempfehlung des Herstellers) für 399,99 Euro!“

Fall 2: Produkt X wird für den Fall als Geschenk angeboten, dass Produkt Y bestellt wird. In Wahrheit wird Y auch bei Bestellung nicht oder nur mangelhaft geliefert. „Wenn Sie den Waschautomaten X kaufen, bekommen sie die wertvolle Damenuhr Modell Y für 0 Euro dazu!“

Fall 3: Produkt X wird als Geschenk angeboten. Unabhängig davon wird um den Kauf des Produktes Y gebeten.

<sup>44</sup> Grundlegend BGHSt 27, 293. In der Literatur ist diese Entscheidung ganz überwiegend auf Zustimmung gestossen, siehe etwa Rengier (Fn. 3) § 16 Rn. 102; Bornkamm (Fn. 3) § 16 Rn. 18.

<sup>45</sup> Bornkamm (Fn. 3), § 16 Rn. 17; Brammsen (Fn. 3), § 16 Rn. 43.

<sup>46</sup> BGH WRP 2008, 1071, 1075 Rz. 50 f.; NJW 2002, 2315 (2316); Rengier, (Fn. 3), § 16 Rn. 98; Bornkamm (Fn. 3), § 16 Rn. 17.

ten. Erneut wird Y nicht oder nur mangelhaft geliefert. „Sie haben die wertvolle Damenuhr Modell Y gewonnen (0 Euro Zuzahlung)! Anbei übersenden wir Ihnen außerdem unseren Katalog für den Waschautomaten X zur Ansicht.“

Eindeutig gegeben ist der notwendige Zusammenhang zwischen den unwahren Angaben und dem Angebot in Fall 1. Denn Bezugspunkt der Unwahrheit und der Günstigkeit (das Abweichen des Verkaufspreises der Waschmaschine vom sonst angeblickt viel höheren empfohlenen Preis) ist dasselbe Produkt.

Begründungsbedürftiger ist bereits der zweite Fall. Das Problem ergibt sich hier daraus, dass auf den ersten Blick zunächst einmal nicht ein, sondern zwei Angebote im Raum stehen: Ein Angebot ist gerichtet auf einen entgeltlichen Austausch von Waren (im Beispiel der Waschautomat). Diesbezüglich ist aber nichts Unwahres erklärt worden. Das andere Angebot beinhaltet hingegen unrichtige Angaben, ist aber nicht zu bezahlen, sondern als Geschenk ausgestaltet. Zu beachten ist allerdings, dass beide Angebote durch den Kaufzwang derart miteinander verknüpft sind, dass sie ein Gesamtpaket bilden (sog. „Koppelungsangebot“).

Die dritte Konstellation weicht davon nun in der Weise ab, dass kein derartiger rechtlicher Zusammenhang besteht, sondern einfach ein Geschenk versprochen wird, verbunden mit der Bitte, sich ein davon verschiedenes Warenangebot anzusehen und den Kauf zu erwägen. Es handelt sich hier also tatsächlich um zwei im Rechtssinne isolierte Angebote. Die unwahren Angaben betreffen allein das Geschenk. Bezüglich des entgeltlichen Erwerbsgeschäfts hat hingegen alles seine Richtigkeit.

Im Folgenden wird zunächst die Rechtsprechung zu den Konstellationen zwei und drei erörtert (b.) und anschließend ein abweichender Ansatz vorgestellt (c.).

## b. Die Rechtsprechung zum Vorliegen des spezifischen Zusammenhangs

Der BGH hat für alle eben dargestellten Gestaltungen den notwendigen Zusammenhang zwischen Unwahrheit und Warenangebot für gegeben erachtet. Bevor auf die Begründung dessen näher eingegangen wird, ist zunächst darauf hinzuweisen, dass grundsätzlich zwei Wege zur Annahme einer Strafbarkeit denkbar sind: Erstens kann allein auf das Schenkungsangebot geblickt und diskutiert werden, ob § 16 Abs. 1 UWG auch unwahre Angaben unter Strafe stellt, wenn diese in der Absicht gemacht werden, die Annahme einer Schenkung als besonders günstig darzustellen. Dem Wortlaut der Norm lässt sich das Erfordernis einer Entgeltlichkeit der angepriesenen Leistung nämlich zunächst einmal nicht entnehmen, so dass das Versprechen des Geschenks unter Rückgriff auf unzutreffende Anpreisungen für sich genommen schon tauglicher Anknüpfungspunkt für den Strafbareitsvorwurf sein könnte. Auf die Verknüpfung mit dem zweiten Angebot käme es dann gar nicht mehr an. Dieser Ansatz wird jedoch weder in der Literatur noch in der Rechtsprechung erörtert. Zumeist wird ohne Begründung allein der zweite denkbare Weg diskutiert: das Vorliegen eines hinreichenden Zusammenhangs zwischen der un-

wahren Aussage und dem *entgeltlichen* Erwerbsgeschäft, also ein angebotsübergreifender Ansatz.<sup>47</sup> Das mag daran liegen, dass unausgesprochen die Nichteinhaltung des Schenkungsversprechens als bloße Täuschung über die Vertragstreue gesehen wird, die entsprechend der oben zitierten Rechtsprechung für § 16 Abs. 1 UWG nicht ausreicht, da sie allein keine Günstigkeit verheißt.<sup>48</sup> Jedoch übersieht eine solche Auffassung, dass nicht nur die Leistung in Aussicht gestellt, sondern diese zugleich auch noch als kostenlos und damit preislich besonders günstig beworben wird. Der BGH hat in seiner Leitentscheidung ausdrücklich nur solche Angebote von § 16 Abs. 1 UWG ausgenommen, die keine außergewöhnlichen Konditionen anpreisen und deshalb Kunden nicht mit besonderer Günstigkeit anlocken.<sup>49</sup> Umgekehrt sind daher solche Angaben ausreichend, die eine besondere Attraktivität verheißen, auch wenn die Erfüllung nie beabsichtigt ist.<sup>50</sup> So liegt es hier: Das Versprechen eines später nicht erfüllten Geschenks enthält neben der (allein nicht ausreichenden) unwahren Aussage über die Vertragstreue zugleich das Inaussichtstellen einer besonders attraktiven weil kostenlosen Leistung. Würde in den obigen Beispielfällen zwei und drei die Luxusuhr für 5 Euro angepriesen, wäre die die besondere Günstigkeit ausmachende Diskrepanz zwischen dem Preis und der versprochenen „wertvollen“ Leistung eindeutig. Nichts anderes gilt, wenn der Preis sogar nur 0 Euro beträgt. Es wäre also durchaus zunächst diskussionsbedürftig, warum nicht schon allein die schwindelhafte Anpreisung von Geschenken für eine Strafbarkeit nach § 16 Abs. 1 UWG ausreichen soll. Da hierauf jedoch niemand eingeht, wird in Rechtsprechung und Literatur sogleich die eigentlich nachgelagerte Frage behandelt, ob die Unwahrheit bezüglich des einen Produkts auf das Angebot bezüglich des anderen Produkts ausstrahlt.

## aa. Koppelungsgeschäfte

Bezüglich der Koppelungsgeschäfte (oben Fall 2) hat der BGH in seiner Kaffeefahrtenentscheidung zutreffend erkannt, dass die rechtliche Verknüpfung beider Angebote dazu führt, dass der Adressat der Werbung die Güns-

<sup>47</sup> Siehe BGH WRP 2008, 1071, 1075 f. Rz. 51 ff.; NJW 2002, 3415 (3416); OLG Hamm WRP 1963, 176, 177; OLG Köln MDR 1963, 1028; Rengier (Fn. 3), § 16 Rn. 98; Otto GS Meurer, 263 (270 f.).

<sup>48</sup> So zumindest *Brammsen* (Fn. 3), § 16 Rn. 43, der offenbar Fälle der fehlenden Leistungsbereitschaft und der Gratisbeilagen gleich behandeln will und in einem Atemzug abhandelt. Dabei werden jedoch zwei Fragen vermischt: In ersteren Konstellationen geht es dem BGH darum, ob in Abgrenzung zu einem normalen Angebot ein besonders günstiges Angebot vorliegt. In letzteren geht es hingegen um das Vorliegen des Bezugs zwischen der zuvor festgestellten Günstigkeit der Angaben und der Ware. Dementsprechend differenzieren die von *Brammsen* zitierten Autoren (anders als er offenbar meint) auch zutreffend zwischen den beiden Fragestellungen, siehe etwa Rengier (Fn. 3), § 16 Rn. 96 f. (zur Günstigkeit) und Rn. 98 ff. (zum notwendigen Zusammenhang).

<sup>49</sup> BGHSt 27, 293, 294 f.

<sup>50</sup> In Abwandlung von BGHSt 27, 293 wäre es daher zum Beispiel strafbar, wenn der Täter mit dem besonders günstigen Preis seines Adressverzeichnisses wirbt, um die per Vorkasse zu bezahlenden Honorare einzustreichen und tatsächlich nie zu erfüllen.

tigkeit des Gesamtpakets bewertet und die unzutreffenden Aussagen über eines der Produkte das gesamte Paket als besonders günstig erscheinen lässt.<sup>51</sup> Dementsprechend hat auch der erste Strafsenat im besprochenen Urteil die Fälle als weitgehend unproblematisch abgegrenzt, in denen ein Kaufzwang zur Erlangung des Geschenks bestand.<sup>52</sup>

### bb. Unabhängigkeit von Geschenkversprechen und Erwerbsgeschäft

Fehlt jedoch dieser rechtliche Zusammenhang, wird die Begründung aufwendiger. In Fall 3 lässt sich schwerlich sagen, dass der Preis für die Waschmaschine deshalb günstiger wirkt, weil zuvor bereits ein Geschenk zugesagt wurde. Denn aufgrund der völligen Unabhängigkeit der zwei Angebote ist eine Gesamtbewertung nicht gerechtfertigt. Der Kunde kann unbeeinflusst von dem unzutreffend beschriebenen Geschenk beurteilen, ob ihm die zweite Ware das geforderte Geld wert ist oder er lieber nur das Geschenk möchte, da der Abschluss des Kaufvertrages ja nicht notwendig ist.

Hatten dementsprechend Untergerichte eine Straffreiheit derartiger Verhaltensweisen attestiert,<sup>53</sup> ließ der dritte Strafsenat die Frage in der Kaffeefahrtenentscheidung zunächst noch offen. Nun entschied der erste Senat, dass auch hierbei der Anschein eines besonders günstigen Angebots beabsichtigt sei. Zur Begründung verwies der BGH auf einen hinreichenden „wirtschaftlichen Zusammenhang“. Was genau damit gemeint ist, bleibt jedoch diffus, da der erkennende Senat zwei Erläuterungen bietet: Zum einen argumentiert er, der Unternehmer setze die Anpreisung der weiteren Vorteile (der Geschenke) als Werbemaßnahme zur Förderung seines Absatzes ein, aus deren Erlös wiederum die Kosten der Werbung finanziert werden.<sup>54</sup> Wenn das mit „wirtschaftlicher Zusammenhang“ gemeint ist, handelt es sich um ein schwaches Argument. Denn wie außer über den Absatz soll sich eine Werbung sonst finanzieren?

Gleichzeitig wird aber auch davon gesprochen, dass es zur Bejahung einer Strafbarkeit darauf ankomme, dass „im Sinne eines wirtschaftlichen Zusammenhangs (...) die Entscheidung des Adressaten für das Erwerbsgeschäft unter wirtschaftlichen Gesichtspunkten von dem angepriesenen geldwerten Vorteil beeinflusst wird.“<sup>55</sup> Es komme allein darauf an, dass der angepriesene geltwerte

Vorteil mit der Ware als einheitliches Angebot zu qualifizieren ist, was dann der Fall sei, wenn die Empfänger nach dem Gesamteindruck der Werbesendung das Geschenk und das Angebot zusammen sehen und insgesamt von einem günstigen Angebot ausgehen.<sup>56</sup> Dem Wortlaut nach sei gerade kein auf die zu erwerbende Ware bezogener Vorteil nötig, sondern jeder (vermeintliche) Vorteil reiche, der das Angebot in einem besonders günstigen Licht erscheinen lasse.<sup>57</sup> „Wirtschaftlich“ ist danach also im Sinne einer faktischen Verknüpfung der Angebote aufgrund der vom BGH behaupteten entsprechenden Verbraucherwahrnehmung zu verstehen.

War vor der Entscheidung erforderlich, dass mit unwahren Angaben geworben wurde, die sich auf Eigenschaften gerade des beworbenen Produkts beziehen („spezifischer Zusammenhang zwischen unwahren Angaben und Ware“), soll es nunmehr also reichen, wenn die unwahren Angaben bezüglich der Eigenschaften irgendeines Produktes gemacht werden, wenn dies in der Vorstellung der Verbraucher auch das andere als günstig erscheinen lässt. Man kann insofern von einer Günstigkeit sprechen, die nur mittelbar, das heißt über die Unwahrheit in Bezug auf ein anderes Produkt vermittelt wird. Das bedeutet freilich nicht, dass dann gar keine strikt auf die Eigenschaften eines Produktes bezogene Unwahrheit mehr vorliegen müsste, aus der sich die besondere Attraktivität des Angebots ergibt. Das Erfordernis der Unwahrheit gilt jedoch nur für das erste Produkt. Die daraus resultierende Günstigkeit wird dann im Wege der „Gesamtbetrachtung“ auf das zweite, dem eine derartige Beziehung an sich fehlt, ausgedehnt. Man braucht also Ware X (hier die „wertvolle Damenuhr“) und diesbezügliche unwahre Angaben über Eigenschaften, die die Günstigkeit begründen (der niedrige Preis von 0 Euro). Wenn dann Ware Y (hier die Waschmaschine) ohne solche Angaben angeboten wird, strahlt die Günstigkeit, die bezüglich des Produkts X vermittelt wird auch auf diese zweite Ware aus, wenn die vom BGH hierfür aufgestellten Voraussetzungen erfüllt sind: Die Adressaten müssen erstens die Angebote „nach dem Gesamteindruck der Werbesendung zusammen sehen“ und zweitens das Gesamtangebot als „insgesamt besonders günstig“ wahrnehmen.

Bei der Anwendung dieser Kriterien wird deutlich, was diese leisten sollen und können. Im vorliegenden Fall wurde das „Zusammensehen nach dem Gesamteindruck“ damit begründet, dass das Geschenkversprechen und die weitere Werbung zusammen verschickt wurden. Offenbar geht es hier nur um einen zeitlich-räumlichen Zusammenhang, der solche Fälle ausscheiden soll, in dem das versprochene Geschenk nicht mehr auf die Vorstellung des Verbrauchers „nachwirkt“ und ihn so beeinflusst. Anderenfalls würde die Geschäftsbeziehung zwischen Verkäufer und potentielltem Kunden durch eine einzige unwahre Aussage für Jahre „infiziert“ und der Werbende würde sich mit jeder späteren Zustellung von nicht zu beanstandender und völlig korrekter Werbung erneut strafbar machen. Laut BGH macht er sich nun allein mit dem ersten unbedenklichen Angebot strafbar, da dieses durch den zeitlich-räumlichen Bezug zum tatsächlich täuschenden Angebot kriminalisiert wird.

<sup>51</sup> BGH NJW 2002, 3415, 3416. Die Literatur ist dem ganz überwiegend gefolgt, siehe etwa Rengier (Fn. 3), § 16 Rn. 99; Brammsen (Fn. 3), § 16 Rn. 44.

<sup>52</sup> BGH WRP 2008, 1071, 1076 Rz. 55.

<sup>53</sup> OLG Hamm WRP 1963, 176 (177); OLG Köln MDR 1963, 1028; zustimmend Otto (Fn. 3), § 4 a.F. Rn. 99; Rengier (Fn. 3), § 16 Rn. 98. Freilich wurden dabei wiederum nicht die unwahren Angaben bezüglich des Geschenkversprechens thematisiert, die trotz Verneinung eines Bezugs zur zweiten, entgeltlichen Leistung ein denkbarer Ansatzpunkt für eine Strafbarkeit wäre, siehe dazu unten III, 2, c, bb.

<sup>54</sup> BGH WRP 2008, 1071, 1075 Rz. 51 unter Rückgriff auf die Kaffeefahrtenentscheidung, in der auch schon einen wirtschaftlicher Zusammenhang erwogen wurde, aufgrund des Vorliegens des rechtlichen Zusammenhangs (d.h. der Kopplung) dann aber offen bleiben konnte.

<sup>55</sup> BGH WRP 2008, 1071, 1076 Rz. 53.

<sup>56</sup> BGH WRP 2008, 1071, 1075 f. Rz. 52, 53, 56.

<sup>57</sup> BGH WRP 2008, 1071, 1075 Rz. 52.

Dem darüber hinaus erforderlichen „Erscheinen des Gesamtangebots als besonders günstig“ kommt daneben keine weitere Filterfunktion zu. Das Gericht bejaht diesen Zusammenhang nämlich bereits deshalb, weil aufgrund des ersten günstigen Angebots (des Geschenks) „für die Empfänger der Eindruck entstehen sollte, schon begünstigt worden zu sein“ und „vor diesem Hintergrund auch die [zweite] Ware günstiger [erschien], weil der Kunde für sein Geld vermeintlich mehr erhielt als nur diese.“<sup>58</sup> Das Gesamtangebot ist aufgrund des zuvor festgestellten Zusammensehens danach also immer schon dann günstig, wenn nur das erste Angebot günstig erscheint. Das ist freilich stets der Fall, da es ja ohnehin Voraussetzung der strafbaren Werbung ist, dass der Anschein der Günstigkeit bezüglich der ersten Ware vorliegt. Anderenfalls kommt § 16 Abs. 1 UWG von vornherein nicht in Betracht.

Zusammenfassend ist laut BGH also auch beim Fehlen eines rechtlichen Zusammenhangs eine Strafbarkeit immer dann möglich, wenn das unwahr beworbene Geschenk und die für sich genommen nicht zu beanstandende zweite Offerte zeitlich und räumlich zusammenfallen. In solchen Fällen geht der Senat davon aus, dass die Verbraucher sich privilegiert fühlen und von der Kundenfreundlichkeit und Großzügigkeit des (vermeintlichen) Schenkers so beeindruckt sind, dass ihre Urteilsfähigkeit in Bezug auf den folgenden Kaufentschluss beeinträchtigt ist.<sup>59</sup> Das macht erneut den nur mittelbaren Einfluss der eigentlichen Täuschung auf die Kaufentscheidung deutlich. Dies sei laut BGH jedoch im Interesse des von § 16 UWG primär verfolgten Schutzes der Verbraucher vor zweckverfehltem und vermögensschädigenden Mitteleinsatz nötig, da gerade beim Werben mit bewusst undurchsichtig gehaltenen Paketen aus Waren und tatsächlich nicht vorhandenen Vorteilen die Gefahr für die Dispositionsfreiheit besonders hoch sei.<sup>60</sup>

### c. Kritik und eigenes Konzept

Zunächst ist darzulegen, warum die Rechtsprechung des BGH zum wirtschaftlichen Zusammenhang nicht überzeugt (aa.). Im Anschluss wird diskutiert, ob sich dennoch eine Strafbarkeit auf Basis allein des Geschenkversprechens begründen lässt (bb.).

#### aa. Ablehnung des „wirtschaftlichen Zusammenhangs“

Die Handhabung von Koppelungsgeschäften kann zunächst überzeugen. § 16 Abs. 1 UWG schützt Verbraucher und Mitbewerber davor, dass Konsumententscheidungen auf Basis einer unzutreffenden Tatsachengrundlage getroffen werden. Es wird also die Dispositionsfreiheit vor der Angriffsmodalität „werben mit unwahren Angaben“ geschützt.<sup>61</sup> Bezieht sich die Anpreisung auf Leistungspakete, beeinflusst jede unzutreffende Aussage bezüglich eines Bestandteils unmittelbar die Bewertung des Gesamtpakets. Streng genommen wird damit also gar nicht die Verschiedenheit zweier Angebote überbrückt,

sondern lediglich festgestellt, dass es sich in Wahrheit um ein einheitliches Angebot mit verschiedenen Leistungselementen handelt. Wird über ein Element einer solchen Tatsacheinheit getäuscht, führt dies zu einer Verzerrung der gesamten Informationsgrundlage für die Kaufentscheidung.

Anders liegt es nun bezüglich der Rechtsprechung zum wirtschaftlichen Zusammenhang. Es soll zunächst gar nicht geleugnet werden, dass es Verbraucher gibt, die sich durch Geschenkversprechen zum anschließenden Kauf von davon verschiedenen Waren motivieren lassen.<sup>62</sup> Aus zwei Gründen ist das in Rede stehende Verhalten aber dennoch nicht als von § 16 Abs. 1 UWG erfasst anzusehen.

Erstens ist schon zu bestreiten, dass die Modalitäten des Bestellangebots als besonders günstig erscheinen. Für den Adressaten gibt es keinen Grund, sich nicht über sein Geschenk zu freuen und das nachfolgend unterbreitete, zutreffend beschriebene Angebot separat und kritisch zu beurteilen. Durch den vermeintlich bereits eingetretenen Zuwachs an Geld wird ein Angebot jedenfalls nicht attraktiver. Vielmehr sieht die Offerte für den „Gewinner“ aus wie jede andere am Markt auch. Wenn der BGH meint, dass sich Verbraucher aufgrund des zuvor versprochenen Gewinns das zweite Angebot schön rechnen und nicht in der Lage seien, noch rational über die korrekt dargelegten Modalitäten des zweiten Angebots zu befinden, bleibt das erheblich hinter dem Maß an Urteilsfähigkeit zurück, das von einem verständigen, informierten und aufmerksamen Durchschnittsverbraucher erwartet werden kann.<sup>63</sup> Das versucht der BGH offenbar dadurch zu kaschieren, dass er vom Schutz vor „bewusst undurchsichtig gehaltenen Paketen aus Waren und tatsächlich nicht vorhandenen Vorteilen“ spricht. Eine solche Situation stand aber bezüglich des Kaufangebots nie im Raum. Dem exemplarisch abgedruckten Anschreiben lässt sich im Gegenteil entnehmen, dass die Unabhängigkeit von Bestellung und vermeintlichem Vorteil kaum deutlicher zu formulieren war.<sup>64</sup> Selbst wenn gezielt unterdurchschnittlich aufmerksame Verbraucher angesprochen wurden, muss man von ihnen erwarten können, dass sie einen expliziten und unmissverständlichen Hinweis auf ihre freie Entscheidung begreifen. Wäre das Angebot hingegen wirklich derart undurchsichtig gewesen, dass es sich als „Paket aus Waren und Vorteilen“ darstellt, läge bereits die Situation eines Koppelungsgeschäfts vor und die hier diskutierte Problematik würde sich gar nicht stellen.

Aber auch darüber hinaus überdehnt der BGH den Tatbestand, indem er § 16 Abs. 1 UWG auf Fälle anwendet,

<sup>62</sup> In der Tat lässt sich dem Urteil entnehmen, dass ihr Versandgeschäft nach eigener Einschätzung der Täter ohne die Geschenkversprechen „nicht läuft“, BGH WRP 2008, 1071, 1073/1075 Rz. 20, 56.

<sup>63</sup> Siehe zum maßgeblichen Verbraucherleitbild oben III, 1, d.

<sup>64</sup> Im Anschluss an die Gewinnzusage stand in dem Schreiben folgendes: „[Wir] würden uns übrigens freuen, wenn Sie uns in diesem Zusammenhang auch wieder einmal mit einer kleinen Bestellung beauftragen würden. (...) Ich möchte Sie wirklich zu nichts überreden, aber wenn Sie sich ohnehin etwas aus unserem aktuellen Angebot aussuchen möchten, könnte ich Ihre Sendung gleich mit anderen Lieferungen rausschicken.“

<sup>58</sup> BGH WRP 2008, 1071, 1075 Rz. 56.

<sup>59</sup> BGH WRP 2008, 1071, 1075 Rz. 56.

<sup>60</sup> BGH WRP 2008, 1071, 1075 Rz. 52.

<sup>61</sup> Rengier (Fn. 3), § 16 Rn. 30 f.

in denen der unmittelbare Angriff auf die Dispositionsfreiheit der Verbraucher nicht durch unwahre Angaben, sondern allein durch Emotionen erfolgt. Wenn sich ein Kunde veranlasst sieht, sich gerade die Offerte des Unternehmens, das den Gewinn versprochen hat, schön zu rechnen, dann kann der Grund dafür nur in einem Gefühl der Sympathie und Dankbarkeit liegen. Gleiches gilt für den vom BGH angeführten Eindruck der Privilegierung, Großzügigkeit und Kundenfreundlichkeit. Das Erzeugen von Emotionen ist aber keine durch § 16 Abs. 1 UWG verbotene Angriffsmodalität, auch wenn sich darin mittelbar unwahre Behauptungen des zuvor getätigten Geschenkversprechens widerspiegeln. Ließe man derartige Motivationen ausreichen, würden die Verbraucher nicht mehr vor einem Konsum auf unzutreffender Tatsachengrundlage geschützt, sondern vielmehr auch vor emotionalen Entscheidungen auf Basis einer zutreffenden Tatsachengrundlage. Da § 16 Abs. 1 UWG den Schutz der Dispositionsfreiheit vor Angriffen durch unwahren Tatsachen, nicht aber vor freien aber naiven Entscheidungen auf zutreffender Tatsachenbasis bezweckt, ist das korrekte und nicht besonders günstig erscheinende Kaufangebot nicht tauglicher Gegenstand eines Strafbarkeitsvorwurfs. Das ändert sich auch nicht dadurch, dass sich der Versender vorher die Sympathie der Empfänger erschlichen und sie durch das Gewinnversprechen in Hochstimmung versetzt hat.

### bb. Direkte Anknüpfung an das Geschenkversprechen

Damit bleibt abschließend die bereits oben angesprochene und bislang nicht diskutierte Frage zu erörtern, ob sich eine Strafbarkeit aus der Anknüpfung an das unter unwahren Angaben angepriesene Geschenk ergeben kann. In der Tat sind diesbezüglich zunächst alle Tatbestandsvoraussetzungen des § 16 Abs. 1 UWG erfüllt: Stellt der Täter zum Beispiel einen Luxusgegenstand oder Geldgewinn in Aussicht, bedient er sich dabei eindeutig unwahrer Aussagen. Im Rahmen dessen schadet es nicht, dass die Unwahrheit darin liegt, dass er das Geschenk nie leisten will.<sup>65</sup> Der beabsichtigte Anschein der besonderen Günstigkeit ergibt sich schließlich daraus, dass der Wert der versprochene Ware erheblich über dem geforderten Preis (0 Euro) liegen soll.

Zu klären verbleibt jedoch noch, ob es unter Schutzzweckerwägungen Sinn macht, derartige Verhaltensweisen für sich gesehen zu bestrafen. Das kann aus zwei Gründen zweifelhaft sein.

#### (1) Fehlen der Gefahr eines finanziellen Nachteils

Erstens besteht bei einem Geschenk niemals die Gefahr eines finanziellen Nachteils für die Verbraucher. Da sie keine Gegenleistung erbringen, bekommen sie nämlich im schlimmsten Fall nichts und stehen damit nicht schlechter als vorher. Bei einer Schlechtleistung stehen sie sogar insgesamt besser als ohne das Geschenk, zum Beispiel falls statt der versprochenen Rolex Uhr immer-

hin noch ein einige Euro wertiges Imitat geliefert wird. Das Angebot ist dann aufgrund des Geschenkcharakters stets als vorteilhaft und damit tatsächlich als günstig zu bewerten.<sup>66</sup>

Eine solche Erkenntnis weckt Zweifel an der Schutzbedürftigkeit der Verbraucher. Insofern überrascht es nicht, wenn mit genau diesem Argument teilweise eine Strafbarkeit dann abgelehnt wird, wenn ein Versprechen nicht zur Vermögensschädigung geeignet ist.<sup>67</sup> Überwiegend wird dies jedoch mit Blick auf die anderen von § 16 Abs. 1 UWG verfolgten Schutzzwecke anders beurteilt, so dass der Tatbestand auch Fälle erfassen soll, in denen der Verbraucher vom Angebot tatsächlich profitiert.<sup>68</sup> Neben den Konsumenten sollen nämlich auch Mitbewerber geschützt werden und zwar davor, dass potentielle Kunden mit falschen Versprechungen anderswo hingelockt werden.<sup>69</sup> Und diese Gefahr besteht bei den in Rede stehenden Konstellationen durchaus. Denn dadurch, dass die Verbraucher das Geschenk in Aussicht gestellt bekommen, werden sie auf das Angebot des Versprechenden besonders aufmerksam. Jedenfalls ein Angriff auf die Wettbewerber und damit auch auf den freien Wettbewerb insgesamt lässt sich also bejahen.

Aber auch hinsichtlich der Konsumenten steht man nicht völlig mit leeren Händen da: Die herrschende Ansicht hat nämlich offenbar Fälle vor Augen, bei denen die Kunden noch eine Gegenleistung erbringen, so dass hinsichtlich des Verbraucherschutzelements zwar keine Schädigungsgefahr, zumindest aber ein Angriff auf deren Dispositionsfreiheit zu bejahen ist. Wird etwa ein Rolex Imitat mit einem tatsächlichen Wert von 50 Euro als Original verkauft, gleichzeitig jedoch nur der Marktwert von 50 Euro dafür gefordert, liegt aufgrund der Vermittlung einer unzutreffenden Entscheidungsgrundlage eine Beeinträchtigung der Dispositionsfreiheit der Käufer im Umgang mit ihren 50 Euro vor. Folglich wird die Wettbewerbs- und Mitbewerberschutzkomponente durchaus noch von einem – freilich schwächer ausgeprägten – Verbraucherschutzelement flankiert. Die herrschende Ansicht hält dieses Zusammenspiel zu Recht für ausreichend und versteht somit den konsumentenbezogenen Teil der Schutzzwecktrias weniger als vermögens-, denn als dispositionsbezogen.<sup>70</sup>

<sup>66</sup> Freilich bleibt das Ausmaß der Günstigkeit hinter der in Aussicht gestellten zurück (darin liegt ja gerade die Unwahrheit). Das ändert aber nichts am immer noch vorteilhaften Charakter der Schenkung.

<sup>67</sup> *Brammsen* (Fn. 3), § 16 Rn. 42; *Otto* (Fn. 3), § 4 a.F. Rn. 96.

<sup>68</sup> RGSt 47, 280 281; BGH wistra 1987, 221; *Rengier* (Fn.3), § 16 Rn. 95; siehe ferner die Nachweise bei *Otto* (Fn. 3), § 4 a.F. Rn. 95. Das Wort „Anschein“ in § 16 UWG wird also nicht im Sinne eines unzutreffenden Eindrucks, sondern als „in Erscheinung treten lassen“ interpretiert.

<sup>69</sup> RGSt 47, 280, 281; BGH wistra 1987, 221; *Rengier* (Fn.3), § 16 Rn. 95.

<sup>70</sup> Siehe dazu schon oben die Definition der Schutzzwecktrias (III und Fn. 3), bei der der Schutz der Dispositionsfreiheit zumeist ausdrücklich neben dem Vermögensschutz genannt wird.

<sup>65</sup> Siehe dazu oben III, 2, b mit dem Beispiel in Fn. 50. Diese Frage wird erst im Rahmen der Günstigkeit relevant, vgl. BGHSt 27, 293, 294 f.

## (2) Fehlen einer Gegenleistung

Das führt direkt zum zweiten denkbaren Einwand gegen eine Strafbarkeit. Bei dem hier in Rede stehenden Geschenk soll nämlich gerade keine Gegenleistung erbracht werden. Während bei der eben beschriebenen Situation entgeltlicher Geschäfte die Verbraucherschutzkomponente unter Rückgriff auf den Zweckverfehlungsgedanken immerhin noch in schwacher Form vorhanden war, bleibt sie hier völlig aus, da mit dem Leistungsaustausch auch der Anknüpfungspunkt für das Dispositionsschutzargument wegfällt.

Freilich wird der Wettbewerbschutz immerhin noch über die Beeinflussung und Anlockung der Verbraucher vermittelt. Deren Entscheidungsprozess wird durch die Erregung besonderer Aufmerksamkeit verzerrt und die darauf aufbauende „Marktfunktion“ der Verbraucher, das heißt deren konsumbedingter Einfluss auf Erfolg oder Misserfolg eines Unternehmens im Wettbewerb gestört.<sup>71</sup> Aber auch diesbezüglich bedient sich der Werbende der Adressaten nur als Medium zur Erlangung von Wettbewerbsvorteilen, greift aufgrund der mangelnden Entgeltlichkeit des Geschäfts deren Dispositionsfreiheit aber nicht unmittelbar an. Wenn von der Marktfunktion der Konsumenten die Rede ist, handelt es sich dabei also zumindest in den in Rede stehenden Konstellationen ebenfalls um einen Aspekt des Wettbewerbs- und nicht des unmittelbaren Individualschutzes.

Das wirft die Frage auf, ob eine Strafbarkeit auch zum Zweck eines isolierten Wettbewerbs- und Mitbewerberschutzes in Betracht kommt.<sup>72</sup> In der Literatur finden sich dazu soweit ersichtlich keine Stellungnahmen. Teilweise wird zwar explizit erwähnt, dass sich nicht strafbar macht, wer Kunden mit Gratisbeigaben lockt.<sup>73</sup> Der Grund dafür soll aber wiederum im Fehlen des erforderlichen Zusammenhangs zwischen unwahrer Angabe und angebotener Ware liegen. Diese Argumentation beruht jedoch auf zweierlei nicht überzeugenden, teilweise überholten Erwägungen und geht am Kern der soeben aufgezeigten (Schutzzweck-)Problematik vorbei. Erstens wird nämlich wieder die Möglichkeit einer Anknüpfung direkt ans Geschenkversprechen übersehen. Als Konsequenz wird abermals auf das Erwerbsgeschäft geblickt und (insofern zutreffend) die jetzige Auffassung des BGH wegen des Fehlens eines diesbezüglichen Anscheins der Günstigkeit abgelehnt.<sup>74</sup> Hinsichtlich des Geschenks kann im Gegensatz dazu die Günstigkeit aber wie dargelegt nicht zweifelhaft sein. Zudem beruft sich die in diesem Zusammenhang zitierte ablehnende Rechtsprechung ausdrücklich darauf, dass die Strafvorschriften des UWG nicht den Schutz der Mitbewerber, sondern unmittelbar

allein den der Verbraucher bezwecken.<sup>75</sup> Eine solche, allein auf den Verbraucherschutz fokussierte Ansicht ist jedoch zweifelsohne überholt.<sup>76</sup> Zumindest mit dieser Begründung kann eine Strafbarkeit von schwindelhaften Geschenkversprechen also nicht abgelehnt werden.

Damit bleibt jedoch nach wie vor offen, ob andersherum allein der Wettbewerbs- und Mitbewerberschutz eine Strafbarkeit rechtfertigen kann. Konkret geht es darum festzustellen, welcher Rang dem Verbraucherschutz innerhalb der Schutzzwecktrias zukommt und welche Auswirkungen sein völliges Fehlen hat. Dabei ist zunächst festzustellen, dass die genaue Gewichtung der verschiedenen von § 16 Abs. 1 UWG geschützten Rechtsgüter in allen Details umstritten ist.<sup>77</sup> Dabei hat sich – vor allem auch im Rahmen einer Umorientierung des Lauterkeitsrechts insgesamt – jedoch die Erkenntnis durchgesetzt, dass der Verbraucherschutz zumindest ein zentraler Aspekt der Norm ist (daher die Rede von der „Trias“).<sup>78</sup> Auffassungen, welche den Konsumentenschutzzweck ganz in Abrede stellen, gibt es im Grunde nicht mehr. Dementsprechend ist die Beeinträchtigung von Belangen der Verbraucher ein zentrales Element zur Rechtfertigung staatlicher Eingriffe allgemein und erst recht strafbewehrter Verbote. Über die auf das gesamte Wettbewerbsrecht bezogene Diskussion hinaus sprechen aber noch weitere Argumente für die Notwendigkeit einer (abstrakten) Individualschutzkomponente des § 16 Abs. 1 UWG. Es fällt zunächst auf, dass die Vorschrift im Gegensatz zum generellen Verbot des § 3 UWG mit der Umschreibung einer speziellen, auf die Täuschung der Werbeadressaten angelegten Tathandlung einen konkreten Verbraucherbezug enthält, der es nahe legt, dass auch deren Schutz nötig sein muss, um einen Wettbewerbsverstoß derart zu qualifizieren, dass er zu strafwürdigem Unrecht wird. Eine solche Auslegung wird zudem durch die gängige, auch vom Gesetzgeber ausdrücklich aufgegriffene Charakterisierung des § 16 Abs. 1 UWG als Vorfelddelikt zu § 263 StGB gestützt.<sup>79</sup> Es wurde zwar darauf hingewiesen, dass diese Formulierung aufgrund bestimmter Strukturunterschiede zwischen den Delikten nicht im Sinne einer echten Vorverlagerung betrugsrelevanter Fälle zu verstehen ist.<sup>80</sup> Das gilt vor allem auch für die Unterscheidung zwischen Vermögensschutz (bei § 263 StGB) und bloßem Dispositionsschutz (bei § 16 UWG).<sup>81</sup> Der Hinweis zeigt aber deutlich, dass das herkömmliche Verständnis der Norm – auch durch den Gesetzgeber – von einer Einbeziehung der (abstrahierten) Individualschutzkomponente geprägt ist, die wie dargelegt hier gerade fehlt. Dementsprechend ist es

<sup>71</sup> Zu dieser Facette des Schutzzwecks (auch „Schiedsrichterfunktion“ der Konsumenten genannt) siehe insbesondere *Alexander* WRP 2004, 407, 411.

<sup>72</sup> Die Umgehung dieser Problematik mag das Motiv dafür sein, dass der BGH in seiner Entscheidung versucht, eine Brücke zum entgeltlichen Geschäft zu schlagen, um so eine Beschränkung der Dispositionsfreiheit hinsichtlich der (an sich gerade vom Geschenk unabhängigen) Gegenleistung begründen zu können.

<sup>73</sup> OLG Köln MDR 1964, 1028; *Rengier* (Fn. 3), § 16 Rn. 98.

<sup>74</sup> OLG Köln MDR 1964, 1028; *Rengier* (Fn. 3), § 16 Rn. 98.

<sup>75</sup> OLG Köln MDR 1964, 1028.

<sup>76</sup> Zur heute herrschenden Schutzzwecktrias, die zweifelsohne auch diesen Aspekt umfasst, siehe oben III und die sogleich folgende Diskussion. Aber auch schon früher stand der Mitbewerberschutz im Zentrum des § 4 UWG von 1896, siehe nur *Brammsen* (Fn. 3), § 16 Rn. 9 m.w.N.

<sup>77</sup> *Brammsen* (Fn. 3), § 16 Rn. 9 ff.; *Rengier* (Fn. 3), § 16 Rn. 9 ff.

<sup>78</sup> So schon zu § 4 UWG a.F. BGHSt 27, 293, 294; zur aktuellen Entwicklung *Brammsen* (Fn. 3), § 16 Rn. 9; *Rengier* (Fn. 3), § 16 Rn. 9 f.

<sup>79</sup> Siehe die Nachweise unter II und BT-Drucksache 15/1487, S. 26.

<sup>80</sup> Siehe oben III, 1, c.

<sup>81</sup> Dazu soeben III, 2, c, bb, 1 und oben III.

überzeugender, nur solche Anpreisungen als hinreichend qualifizierte und damit strafbare Wettbewerbsverstöße zu ahnden, die mindestens die Dispositionsfreiheit der Verbraucher angreifen. Hinsichtlich unzutreffender Angaben beim Werben für unentgeltliche Leistungen (Geschenke) ist das aber nicht der Fall, so dass auch deren isolierte Betrachtung nicht zur Begründung eines Strafbarkeitsvorwurfs taugt.

#### IV. Ergebnis

Im Ergebnis sollten die vom BGH untersuchten Werbemethoden nach gegenwärtiger Rechtslage straffrei bleiben. Es soll damit freilich nicht geleugnet werden, dass die in Rede stehenden Lockmittel wettbewerbswidrig sind und die Zusendung von unzutreffenden Versprechen unanständig ist, besonders wenn gezielt in ihrer Urteilskraft eingeschränkte Personenkreise angesprochen werden. Anders als der BGH meint, ist eine zu befürchtende Übervorteilung der Verbraucher jedoch nicht gegeben. Denn bezüglich der Schenkung haben sie nichts zu verlieren und hinsichtlich der folgenden entgeltlichen Bestellung wurden sie nicht mit unwahren und eine

Günstigkeit verheißenden Angaben konfrontiert. Das mag anders zu beurteilen sein, wenn die Trennung der Angebote aufgrund ihrer Aufmachung und der Auswahl bestimmter Adressatenkreise – auch unter Berücksichtigung der strengen europäischen Vorgaben – nicht ohne weiteres ersichtlich ist, so dass sich der Charakter eines Koppelungsgeschäfts ergibt. Der Fall lag hier aufgrund des ausdrücklichen, unmissverständlichen und übersichtlich platzierten Hinweises auf die Bestellfreiheit jedoch anders. Durch die vom BGH dennoch vorgenommene Verschmelzung der verschiedenen Angebote mittels des „wirtschaftlichen Zusammenhangs“ wird § 16 Abs. 1 UWG in nicht überzeugender Weise überdehnt, sowohl hinsichtlich der an sich nicht erfassten Angriffsmodalität als auch bezüglich der richtigerweise fehlenden Schutzwürdigkeit der sich eigenverantwortlich zum Kauf entscheidenden Konsumenten. Schließlich konnte auch die alternative Anknüpfung an das angepriesene Geschenk nicht überzeugen. Wollte man eine diesbezügliche Strafbarkeit bejahen, ginge der Individualschutzaspekt des § 16 UWG verloren und die Vorschrift würde zu einem reinen Wettbewerbs- und Mitbewerberschutzdelikt umfunktioniert.

#### Dokumentation

## Verfahrensdokumentation

Im Rahmen unserer Verfahrensdokumentation zum „Leipziger Inzestverfahren“ publizieren wir mit dieser

Ausgabe die **Individualbeschwerde**, die in diesem Verfahren mittlerweile vor dem EGMR erhoben wurde.

#### Schrifttum

## Schrifttum

**Arndt Sinn. Straffreistellung aufgrund von Drittverhalten. Zurechnung und Freistellung durch Macht, 1. Aufl., Mohr Siebeck, Tübingen 2007, ISBN 978-3-161-49206-8, XIX, 400 S., 84,00 EUR.**

**I.** Unter den wissenschaftlichen Monographien gibt es (u.a. und mit Überschneidungen im Detail) zwei Arten von Werken: Die einen behandeln ein an sich altbekann-

tes Problem auf der Grundlage des bisherigen Meinungsstandes, der ausführlich zusammengefasst und mit mehr oder weniger großen Modifikationen fortgeschrieben wird, wobei es dann häufig nur um abweichende Lösungen für sehr spezielle Einzelfälle oder aber um tragfähigere Begründungen für allgemein konsenterte Ergebnisse geht. Die zweite Gruppe zeichnet sich dadurch aus, dass neue Systementwürfe gewagt werden, die gerade noch nicht für alle Einzelfälle ausgearbeitet und ausdifferen-

ziert sind, aber den Blick auf eine neue Perspektive lenken, aus der die interessierenden Sachprobleme betrachtet werden könnten.

Beide Arten von Werken stehen mitunter in Gefahr einer ungerechtfertigt kritischen Bewertung: Die erste, weil der flüchtige Leser möglicherweise die Fortschritte in den Details und die überlegene Überzeugungskraft der neuen Begründungen nicht wirklich würdigen kann, wenn sich in den Ergebnissen wenig ändert; die zweite, weil auch der Strafrechtler nur ein Jurist und als solcher zunächst einmal konservativ ist und geänderten Begrifflichkeiten und Betrachtungsweisen skeptisch gegenübersteht.

In diesem Sinn ist die im Jahre 2007 erschienene Habilitationsschrift von *Arndt Sinn* gleich in doppelter Weise gefährdet: Fälle eines „freistellenden Drittverhaltens“ sind – wenngleich nicht immer in dieser (gleichwohl intuitiv einleuchtenden) Terminologie – schon seit langem Gegenstand der Diskussion, und es gibt für die verschiedenartigsten Verzweigungen Lösungsvorschläge und Begründungsansätze. Das von *Sinn* herangezogene Kriterium der Freistellung durch „Macht“, das von ihm auch zu einem vollständigen Zurechnungs- und sogar Verbrechenssystem ausgebaut werden soll, ist demgegenüber neu und könnte rasch zu der skeptischen Frage führen, wozu denn auf einmal eine Anlehnung an einen neuen Begriff erfolgen soll, der zwar auch bisher der Strafrechtsdogmatik nicht generell fremd war (vgl. nur die Diskussion um „organisatorische Machtapparate“ bei der mittelbaren Täterschaft), aber doch kaum den Fixstern der Dogmatik darstellte, um den sich alle Zurechnungsfragen planetengleich drehen.

Die Sorge, keine unberechtigte Kritik üben zu wollen, darf aber andererseits auch nicht davor zurückschrecken lassen, *Sinns* Gedanken kritisch zu prüfen und zu hinterfragen. Denn soweit seine Arbeit Elemente der oben erstgenannten Gruppe von Werken enthält, ist zumindest zu fragen, inwieweit der bisherige Diskussionsstand aufgenommen und eingeordnet wird; soweit es Elemente der zweitgenannten Gruppe enthält, muss nach dem neuen Ertrag gefragt werden.

**II.** *Sinns* Untersuchung ist in fünf große Teile (und darunter in insgesamt 14 Kapitel bzw. 37 Paragraphen) gegliedert. Der erste Teil dient dabei einer Grundlegung mit der Bestandsaufnahme und Phänomenologie der bekannten Fälle der Freistellung kraft Drittverhaltens; der zweite Teil enthält eine kurze Darstellung bisher diskutierter Prinzipien; der dritte und umfangreichste Teil befasst sich mit den Grundlagen der Macht als zurechnungs- und freistellungsbegründende Größe, wobei auch außerjuristische Machttheorien und -modelle diskutiert werden. Der vierte Teil enthält Grundlagen zu einem machtbasierenden Verbrechensbegriff, der schließlich im fünften Teil auf die Fälle freistellenden Drittverhaltens übertragen wird. Strafrechtlich am interessantesten – dies zeigt schon diese kurze Zusammenfassung – sind die insgesamt rund 150 Seiten starken Teile vier und fünf, die in durchaus teilweise etwas mäandernd und sich wiederholender Gedankenführung beim Verbrechen als Zurechnungsproblem ansetzen, dieses mit dem Machtbegriff zusammenführen und darauf aufbauend

einen Entwurf eines allgemeinen Verbrechensbegriffs sowie der Lösung des Ausgangsproblems entfalten.

**1.** Nach einer kurzen Einleitung, in welcher *Sinn* bereits (freilich noch ohne nähere Begründung) die zentrale Bedeutung der „die menschliche Handlung (...) konstituierende (n) Machtgrundlagen“ betont (S. 1 f.), liefert der Verfasser zunächst (S. 5 ff.) eine Bestandsaufnahme der in der Literatur diskutierten Fälle freistellenden Drittverhaltens, wobei er den Einfluss dieses Drittverhaltens auf den verschiedenen Stufen der tradierten Tatbestandsprüfung (Handeln im strafrechtlichen Sinn? Tatbestandsmäßigkeit? Rechtswidrigkeit? Schuld? Bedeutung für die Strafzumessung?) referiert. Dieser knappe Überblick ist nicht nur instruktiv, sondern macht auch ohne weiteres deutlich, welche Fälle der Verfasser im Folgenden vor Augen hat. Unter der (m.E. auf den ersten Blick missverständlichen, da sie besser zu der Bestandsaufnahme gepasst hätte) Überschrift „Phänomenologie freistellenden Drittverhaltens“ (S. 25 ff.) nimmt *Sinn* dann bereits eine erste Einordnung nach der Typik des jeweiligen Geschehens vor, wobei er die Freistellungsfälle als Über- und Unterordnungskonstellationen beschreibt und sie nach dem Verhältnis der Beteiligten zueinander in „interindividuelle“ und „transindividuelle Beziehungen“ unterscheidet.

**2.** Im knappen zweiten Teil (S. 31-42) referiert *Sinn* knapp bisherige Begründungsansätze für die Straffreistellung infolge Drittverhaltens. Dabei beschäftigt er sich insbesondere mit dem maßgeblich bei *Hassemer* entfalteten Autonomieprinzip, lehnt dies jedoch aufgrund dessen „fehlender Basisfähigkeit und Universalisierbarkeit“ (S. 42) ab, da die Autonomieverteilung „die Folge von bestimmten Machtverhältnissen, nicht deren Ursprung“ sei.

**3.** Der bei weitem umfangreichste Teil der Untersuchung (S. 45-224) ist dann der Beschreibung von Macht als „zurechnungs- und freistellungsbegründender Größe“ gewidmet. Nach einer knappen Darlegung, in welchen Kontexten „Macht“ bzw. der Machtbegriff im Strafrecht an verschiedenen Stellen Verwendung findet (S. 47 ff.), widmet sich *Sinn* ausführlichst externen Machttheorien und -modellen, beginnend bei einer Begriffsbeschreibung und den verschiedenen Dimensionen des Machtbegriffs über die Behandlung des Machtbegriffs in verschiedenen Nachbarwissenschaften und ausgewählte philosophische Machtdiskussionen. All dies hier im Detail nachzuzeichnen, würde nicht nur den Rahmen sprengen, sondern erscheint auch gar nicht erforderlich, da das daraus abgeleitete Zwischenergebnis, es könne aufgrund der Feststellung „dass Macht ein Grundprinzip der Verhaltenssteuerung ist, (...) möglich sein, auch das Strafrecht mit diesem Begriff in Verbindung zu bringen“ auch den doch überschaubaren Ertrag dieser Begriffsgeschichte illustriert.

Die zweite Hälfte des dritten Teils führt dann wieder mehr zum Strafrecht, indem zunächst (S. 134 ff.) einzelne „Machtquellen“ dargestellt werden. Dabei verbergen sich freilich hinter manchen der zahlreichen „Machtgliederungspunkte“ vergleichsweise banale strafrechtsdogmatische Institute bzw. Phänomene, wie hinter der

„Macht der Materie“ (S. 134 f.) schlicht die Strafbarkeit der Ausübung körperlichen Zwanges, hinter der „Macht der Gefühle“ (S. 138) die Berücksichtigung emotionaler Verhältnisse für die Begründung einer mittelbaren Täterschaft usw. Im Anschluss werden „Spuren der Macht in der Täterschaftsdogmatik“ (S. 143 ff.) nachgezeichnet, die *Sinn* sowohl in der Tatherrschaftslehre als auch – durchaus nahe liegend – in der *Bottke*'schen Figur der Gestaltungsherrschaft ausmachen zu können glaubt.

Über die „Eckpunkte eines strafrechtlichen Machtverständnisses“ (S. 170 ff.), die etwa im Verhältnis von Macht und Gewalt oder Macht und Kausalität bestehen, führt die Untersuchung dann zu einer „Grundlegung zu einem strafrechtlichen Machtbegriff“ (S. 190 ff.). Dabei stellt *Sinn* die „Macht“ in diverse Kontexte (Macht als Kommunikationsmittel, Macht als Konflikt- und Konsensbegriff, Macht in personeller Relation, handlungstheoretischer Bezugsrahmen, Macht als Konflikt- und Konsensbegriff u.a.), um die verschiedenen für die strafrechtliche Diskussion potentiell fruchtbaren Fassetten herauszustellen. Ziel ist dabei ein strafrechtlicher Machtbegriff, der „1. das wirkliche Beziehungsgeflecht mehrerer Personen aufzunehmen vermag, – also wirklichkeitsnah ist, 2. den strafrechtlichen Zurechnungsanforderungen genügt, – also leistungsfähig ist, 3. konkrete Schlussfolgerung für die Freistellung in Drittbeteiligungsfällen liefert, – also funktionsfähig ist“ (S. 194).

4. Auf der Grundlage dieser Vorüberlegungen ist *Sinn* dann im vierten Teil (S. 227 ff.) darum bemüht, einen eigenen, gleichsam „machtbasierten“ Verbrechensbegriff zu entwickeln. Dabei geht er davon aus, dass die Feststellung des Verbrechens letztlich ein Zurechnungsproblem ist (S. 227 ff.), was als solches keine spektakuläre Erkenntnis ist, von *Sinn* jedoch gleichwohl mit beachtlichem dogmengeschichtlichen Aufwand (S. 229 ff.) dargelegt wird. Der Ertrag dieser Dogmengeschichte wird freilich auch von *Sinn* selbst als überschaubar eingeschätzt, betont er doch, dass „viele Gemeinsamkeiten (sc.: mit den historischen Zurechnungsmodellen, insbesondere bei *Hegel*) mit der heutigen Zurechnungslehre (nicht) zu erkennen“ sind (S. 243). Der zweite Schritt einer Vorarbeit zu einem eigenen machtbasierten Verbrechensbegriff befasst sich dann mit der Trennung von Unrecht und Schuld (S. 244 ff.), welche *Sinn* nicht durch die Zurechnungslehren zwingend vorgegeben sieht, sondern in der er eher eine Konsequenz der traditionellen Unterscheidung zwischen objektivem und subjektivem Unrecht sieht, welche er dogmengeschichtlich von *Merkel* über von *v. Jhering*, *Binding*, *Hälschner*, *Beling* und *Welzel* nachvollzieht.

Aus der gegenwärtigen Strafrechtstheorie (S. 264 ff.) werden die Ansätze von *Roxin* (dem *Sinn* vorwirft, durch sein Modell einer gemeinsamen Prüfungsstufe der Schuld und der Verantwortlichkeit im Sinn einer generalpräventiven Bestrafungsnotwendigkeit die eigentlichen Elemente der Schuld zu nivellieren und den Begriff der Schuld letztlich mit der Schuldfähigkeit gleichzusetzen) sowie die strafrechtsfunktionale Konzeption *Jakobs*' dargestellt, welcher *Sinn* zugesteht, es handle sich um die „theoretisch idealistische Beschreibung einer (...) kommunikativen Gesellschaft“, die jedoch „in weiten Teilen theore-

tisch bleiben“ müsse, da die praktisch gelebte Gesellschaft nicht einbezogen werde (S. 270).

Um sich nun in Abgrenzung von der bisherigen Diskussion dem eigenen machttheoretisch basierten Verbrechensbegriff anzunähern, entwickelt *Sinn* noch einmal einige eigene Grundlegungen zum Verbrechensbegriff (S. 271 ff.), welche sich nur in der Bezeichnung der Überschriften auf den oberen Ebenen mit den vorhergehenden Abschnitten teilweise zu überschneiden scheinen, inhaltlich jedoch durchaus neue und eigene Aspekte behandeln. Aufbauend auf der Dogmengeschichte wird dabei zunächst festgestellt (S. 271 ff.), dass eine Trennung zwischen Unrecht und Schuld nicht erforderlich sei, sondern vielmehr das Verbrechen mit einem Strafrechtsunrecht eigener Art hinreichend beschrieben werden könnte. Als weitere methodischen Ausgangspunkt wählt *Sinn* sodann (S. 274 ff.) ein von ihm auf *Dahm* und *Schaffstein* zurückgeführtes „Ganzheitsdenken“, das sich gegen eine zu kleinteilige Begriffsbildung und Zergliederung des Verbrechens wendet und dieses als soziales Phänomen in seiner Ganzheit erfassen will (ein Bezug nebenbei – und ohne *Sinn* dafür einen Vorwurf zu machen! – im Vergleich zu dem anderen Autoren schon für weniger enge Anknüpfungen politische Sensibilität abgesprochen wurde). Danach (S. 277 ff.) erfolgt ein nochmaliger Rekurs auf *Hegels* Verbrechensbegriff und dessen Aufnahme in Gestalt des Gedankens eines Strafrechts als Mittel zur Bestätigung der Geltung des Rechts etwa durch *Jakobs* und seinen Schüler *Lesch*. Dies führt *Sinn* letztlich dazu (S. 287 ff.), dass – wie früher bereits herausgearbeitet – eine Unterscheidung von Unrecht und Schuld im Strafrecht nicht übernommen werden müsse bzw. nicht einmal übernommen werden könne, da Unrecht im strafrechtlichen Sinne „stets mit dem Handlungssubjekt verbunden“ sei und „erst dies (...) die Rechtsfolge Strafe“ rechtfertigen könne (S. 287). Etwas unvermittelt schließt *Sinn* daraus die Möglichkeit einer Integration des Machtbegriffs in den Unrechtsbegriff, indem er das strafrechtliche Delikt als „Machtmissbrauch“ definiert, in welchem sich „die Macht einer Person (verwirklicht), das Recht in Frage zu stellen“. (S. 287) Als Zwischenergebnisse führt dies *Sinn* letztlich zu der Erkenntnis: „Das machtmissbräuchliche Verhalten einer Person ist Kommunikation der Person über die Nichtgeltung der Norm. Der Bewertung eines Verhaltens einer Person als ‚Machtmissbrauch‘ geht die Feststellung von Handlungsmacht und Normverletzungsmacht voraus.“ (S. 293)

Auf dieser Grundlage soll nun (S. 295 ff.) das Verbrechen mittels des Machtbegriffs beschrieben werden. Dabei stellt *Sinn* jeweils die Machtverwirklichung innerhalb verschiedener Verbrechensformen dar, was sich etwa für den Grundfall des vorsätzlichen vollendeten Begehungsdeliktes wie folgt liest: „Vergegenwärtigt man sich die Begehung einer Straftat, so wird diese durch bestimmte Mittel – und sei es auch nur die physische Möglichkeit – begangen. Das sind Machtmittel. Die Verfügbarkeit der Machtmittel resultiert aus der Machtbasis/Machtquelle. Die Straftat wird durch eine Handlung vollzogen (Machthandlung) und hat im mglw. beim Opfer eine bestimmte Machtwirkung. Die Straftat kann daher wie folgt skizziert werden:

Machtbasis/Machtmittel → Machthandlungen mit bestimmten Machtmitteln → Machtwirkung“.

Während der Täter beim Vorsatzdelikt seine „Handlungsmacht zur Normverletzung wissentlich“ gebraucht (S. 299), ist der Fahrlässigkeitstäter dann dadurch gekennzeichnet, dass er in seinen „Vermeidemöglichkeiten kraft Wissen-Könnens“ über „Normverletzungsmacht“ verfügt. Auch das Wissen als wichtige Machtquelle („Wissen ist Macht“) nicht zuletzt für das Vorsatzdelikt, aber auch für den Versuch wird herausgestellt (S. 301 f., 305); auch beim Unterlassungsdelikt wird die Macht in Gestalt des Prüfungspunktes der physisch-realen Handlungsmöglichkeit dargelegt (S. 304, wobei auffällig ist, dass die eigentlich für das Unterlassungsdelikt typischere Strafbarkeitsvoraussetzung der Garantenstellung in diesem Modell nicht thematisiert wird).

*Sinn* selbst schätzt – m.E. durchaus zweifelhaft – seine Erkenntnisse und Darlegungen dahingehend ein, dass die „machttheoretische Auseinandersetzung (...) gezeigt“ habe, „dass es sich bei der ‚Macht‘ um ein Grundphänomen der Einflussnahme auf Personen in der Gesellschaft handelt. Es liegt also nahe, Macht als Grundbegriff strafrechtlicher Zurechnung und Freistellung anzuerkennen. (...) Die Bezeichnung des Verbrechens als Machtmissbrauch hat sich als besonders plastisch und wirklichkeitsnah erwiesen.“ (S. 306 f.) Derart optimistisch fährt *Sinn* dann (S. 307 ff.) auch damit fort, die einzelnen Stufen des Verbrechensaufbaus „machttheoretisch“ zu beschreiben, indem zunächst die Tatbestandsmerkmale der einzelnen Vorschriften als (missbrauchbare) Machtmittel beschrieben werden (S. 310 f.), das Tatwissen als machtbegründend verstanden wird (S. 311 ff.), im Fall der Rechtfertigungsgründe ein Machtmissbrauch abgelehnt wird (S. 313 f.) und die Schuld (die ja nicht neben oder außerhalb des Tatunrechts stehen, sondern die gesamte Straftat kennzeichnen soll, vgl. o.) machttheoretisch als Aussage gedeutet wird, „dass der Täter seine individuelle Macht missbraucht und deshalb das Recht gebrochen – also unrecht gehandelt hat“ (S. 314). Ebenfalls als machtrelevantes Wissen wird schließlich die Unrechtskenntnis beschrieben, wobei die Einordnung in die gleiche Kategorie „Wissen als Machtquelle“ die nach *Sinn* obsoletere Trennung zwischen Rechtswidrigkeit und Schuld in gewisser Weise widerspiegelt (S. 316 f.).

**5.** Im fünften Teil (S. 321 ff.) soll dann der machttheoretische Verbrechensbegriff auf die Fälle freistellenden Drittverhaltens übertragen werden. Dazu müssen die verschiedenen Freistellungsverhältnisse als Machtverhältnisse definiert bzw. beschrieben werden. *Sinn* differenziert hier zwischen interindividuellen (S. 323 ff.) und transindividuellen (S. 337 ff.) Machtverhältnissen. Bei den ersten werden etwa *vis absoluta* (S. 324 als geradezu Prototyp des Machteinsatzes), die fehlende Tatbestandsverwirklichung sowie diverse Fälle diskutiert, die in der tradierten Dogmatik als defizitbegründend im Sinn der mittelbaren Täterschaft verstanden werden. Der Verbotsirrtum – und zwar sowohl der vermeidbare wie auch der unvermeidbare – wird ebenfalls in diese Kategorie mit einbezogen, da nach Ansicht von *Sinn* ja gerade die Berücksichtigung des Wissens in unterschiedlichen Systemebenen nicht haltbar sei (kein Unterschied zwischen Unrecht und Schuld, vgl. oben). Gleichwohl solle „die

Unterscheidung zwischen Tatbestandsirrtum und Verbotsirrtum“ nicht aufgegeben werden, denn zwischen beiden gäbe es durchaus Unterschiede. (Dass dann bei einer Aufrechterhaltung der Trennung zwischen Tatbestands- und Verbotsirrtum der Rekurs auf den Katzenkönig-Fall als Beispiel für den letztgenannten – obwohl tatsächlich üblicherweise unter diesem Stichwort diskutiert – streng genommen verkehrt ist, sei nur am Rande erwähnt: Denn selbstverständlich begründet der Katzenkönig-Fall keinen klassischen Verbotsirrtum, sondern würde eher einen Fall des Tatsachenirrtums über das Vorliegen der Voraussetzungen eines übergesetzlichen entschuldigenden Notstandes darstellen [wenn man nicht metaphysische Vorstellungen wie den Glauben an den Katzenkönig im Strafrecht für generell unbeachtlich erklären möchte], da im Fall einer *tatsächlichen* Bedrohung von Millionen von Menschen durch den Katzenkönig niemand bezweifeln würde, dass demjenigen, der den Dämon durch ein einziges Menschenopfer besänftigen kann, sich zumindest auf einen übergesetzlichen Notstand berufen könnte.)

Daneben erkennt *Sinn* im Bereich der interindividuellen Machtverhältnisse aber auch Konstellationen an, bei denen eine Grenzziehung „nicht mit einer Theorie der Macht [...], sondern normativ“ (S. 334) zu bewerkstelligen ist. Als einen solchen Fall kennzeichnet er den Nötigungsnotstand, bei dem letztlich nicht die Machtverhältnisse, sondern die Berücksichtigung der Opferinteressen mit ausschlaggebend sein müssen. Was *Sinn* zu diesen Interessen (und zu der aus seiner Sicht daraus folgenden Berücksichtigung ernsthafter Schuldebene) ausführt, ist durchaus überzeugend; dass jedoch seine Lösung gerade über das „Machtvolumen der Akteure“ zu begründen sein soll und dass darin „die wesentliche Errungenschaft einer machtfundierten Zurechnungs- und Freistellungsdogmatik“ liegen soll, ist einigermassen überraschend.

Ein zweiter großer Abschnitt im fünften Teil ist dann den transindividuellen Machtverhältnissen gewidmet, welche im Unterschied zu den interindividuellen nicht dynamisch, situationsunabhängig und instabil, sondern auf eine gewisse Weise dauerhaft und fest strukturiert sein sollen (S. 337 ff.). *Sinn* geht hier den „historischen Spuren des Verhältnisses von Macht und Recht“ bis zurück in die Antike und von dort über die Bibelübersetzung, *Machiavelli*, *Hobbes* und *Spinoza* bis hin zu modernen staats- und diskurstheoretischen Denkern nach. Konkrete Beispiele folgen erst in Gestalt der Verwaltungsakzessorität, der Genehmigung bei der Vorteilsnahme (§ 331 III StGB), des verbindlichen Befehls, des Schwangerschaftsabbruch nach Beratung und der Tatprovokationsfälle auf S. 361 ff.

Zwei Passagen, die aus diesen Teilen exemplarisch herausgegriffen seien, machen deutlich, mit welchen Schwierigkeiten *Sinns* Analyse häufig zu kämpfen hat: So heißt es zu § 331 III StGB etwa (S. 366): „Der Amtsträger hat keine Gestaltungsmöglichkeiten des Machtverhältnisses, da die Norm des § 331 StGB ihn grundsätzlich zum Unterlassen der tatbestandlich geschilderten Verhaltensweisen verpflichtet. Sein an sich sozialmöglicher Handlungsspielraum wird normativ eingeschränkt. Trotzdem wird er in den Fällen, in denen er sich den Vorteil nicht versprechen lässt, durch die zuständige Behörde aufgrund § 331 III StGB freigestellt. Das bedeu-

tet wiederum eine Erweiterung seiner normativen begrenzten sozialen Handlungsmöglichkeiten kraft administrativer Entscheidung.“ – All dies erscheint sachlich richtig und nachvollziehbar; allein, ein großer Erkenntniswert scheint damit nicht verbunden zu sein, zumal auch die Beschreibung aus der Perspektive einer „machtorientierten Dogmatik“ keine überzeugendere Lösung von Grenzfällen ermöglicht.

Im Zusammenhang mit der Lockspitzelproblematik bei der Tatprovokation nicht tatgeneigter Personen führt *Sinn* (nicht ganz unbezeichnenderweise, ohne die Entscheidung BGHSt 45, 321 mit ihren zahlreichen Anmerkungen [etwa *Roxin*, JZ 2000, 369 ff.; *Endriß/Kinzig*, NStZ 2000, 271 ff.; *Sinner/Kreuzer*, StV 2000, 114 ff. – alle auch nicht im Literaturverzeichnis enthalten] auch nur zu erwähnen) u.a. aus, dass aufgrund eines (freilich bei einer bloß verbalen Tatprovokation auch nicht so ohne weiteres nachvollziehbaren) Machtgefälles zwischen den Provokateuren und dem späteren Täter zwar eine Freistellung des Täters erforderlich sei, diese jedoch evidenterweise „nur auf Strafzumessungsebene gewährt werden“ könne, da „trotz der Initiierung des Verhaltens des T(äters) sein Verhalten „nicht den Charakter des Normbruchs und damit des Machtmissbrauchs“ (hier im Sinne der eigenen Handlungsmacht des Täters) verliere. „Auch darf dieses Verhalten nicht zum Vorbild für andere werden, weshalb es mit einem Schuldspruch negiert werden muss. Da aber der Machtmissbrauch des T(äters) durch ein dem Staat zurechnendes Verhalten des P (d.h. hier: des Provokateurs, H.K.) missbraucht wurde, fungiert das Machtprinzip hier als eine den Strafausspruch auf Null aufzählendes und damit machtbindendes Prinzip.“ Einen über den herkömmlichen Begründungsansätzen überlegener Zugriff auf die Thematik vermag ich hierin nicht zu erkennen, und die teilweise Annäherung an die Lösung des BGH, die Lockspitzeleinsatz nur auf der Strafzumessungsebene zu berücksichtigen und dabei den Rechtsfolgenausspruch zu minimieren (wobei die von *Sinn* angesprochene Reduzierung des „Strafausspruchs auf Null“ wohl nur weitergehen dürfte als die vom BGH vorgeschlagene Begrenzung auf die Mindeststrafe) wird kaum wirklich entwickelt, so dass der Eindruck entsteht, durch die Verwendung der „Machtmetapher“ wird nur das Ergebnis umschrieben, das *Sinn* ohnehin für richtig hält bzw. das jedenfalls in ähnlicher Weise auch andernorts vertreten wird.

**III.** Ein Fazit zu geben fällt nicht ganz leicht: In einer kulinarischen Metapher müsste man *Sinns* Werk einerseits als Genuss, andererseits als nicht ganz leicht verdaulich bezeichnen: Denn das Werk befindet sich sprachlich durchgehend auf hohem Niveau und zeigt großen

Fleiß des Verfassers bei seiner Bearbeitung dogmengeschichtlicher und auch außerstrafrechtlicher Grundlegungen (wenngleich eine gewisse Nonchalance – andere würden vielleicht sagen: „großzügige Souveränität“ – im Umgang mit dem Nachweis des strafrechtlichen Meinungsstandes zu den von ihm angerissenen Problemfeldern). Fast jeder einzelne kleine Abschnitt des Buches überzeugt jedenfalls dahingehend, dass die Gedanken nachvollziehbar geordnet und der Einsatz der Machtmetapher zur Beschreibung der Zusammenhänge verständlich sind. Andererseits erscheint mir – wie oben mehrfach ausschnittsweise gezeigt – der Problemlösungsertrag der Metapher doch beschränkt, und die Orientierung am Machtbegriff von den Grundlegungen eines eigenen Verbrechensbegriffs bis zur konkreten Lösung sehr spezieller Einzelfälle (vgl. oben nochmals die Lockspitzelproblematik) wirkt nicht selten konstruiert. Auch die Gedankenführung auf der großen, über die genannten kleinen Abschnitte hinausgehenden Linie verläuft mitunter etwas sprunghaft (was schon in der Gliederung deutlich wird, die sich doch vielfach stärker parataktisch als syntaktisch darstellt). Einen echten Gewinn an Erklärungswert kann ich weder für die Grundlegungen des Verbrechensbegriffs noch für die Lösung der Freistellungsfälle aufgrund von Drittverhalten sehen (was nicht zuletzt für den zweit genannten Bereich besonders schade ist, da der Titel der Arbeit jedenfalls den Rezensenten mehr versprochen hat, als tatsächlich eingehalten wurde – und dies ist umso bedauerlicher, als *Sinn* an vielen Stellen seiner Arbeit zeigt, dass er ein sehr gründlicher und scharfsinniger Denker ist, der konkrete Konfliktfälle ohne weiteres überzeugend in den Griff bekommt).

All das ändert freilich nichts daran, dass es sich um eine lehrreiche und anregende Lektüre handelt, und wer stärker an der Entwicklung neuer, begrifflich vielleicht weniger unvollkommener bzw. in sich selbst widersprüchlicher allgemeiner Konzepte und dafür weniger an konkreten Problemlösungen interessiert ist als der Rezensent, mag das Buch mit noch mehr Vergnügen lesen, wenngleich ich mich des Eindrucks nicht verwehren kann, dass die vermeintlich klarere und in sich widerspruchsfreiere Struktur des *Sinn*'schen machtbasierten Verbrechensbegriffs und seiner machtbasierten Zurechnungsdogmatik durch eine größere Unschärfe des die gesamte Konzeption beherrschenden Machtbegriffs erkauft ist.

**Prof. Dr. Hans Kudlich**, Universität Erlangen/Nürnberg

\*\*\*

# 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.

## **827. BVerfG 2 BvR 1146/08 (2. Kammer des Zweiten Senats) – Beschluss vom 24. Juli 2008 (OLG Jena)**

Entpflichtung eines Pflichtverteidigers (Terminschwierigkeiten; Beschleunigung des Verfahrens; Interessen von Mitangeklagten; Anspruch auf ein faires Verfahren; Berücksichtigung der Wünsche des Betroffenen).  
Art. 2 Abs. 1 GG; Art. 20 Abs. 3 GG; Art. 6 Abs. 3 lit. c, Abs. 1 EMRK; § 141 StPO

## **828. BVerfG 2 BvR 1229/07 (2. Kammer des Zweiten Senats) – Beschluss vom 10. Januar 2008 (OLG Stuttgart)**

Tägliche Unterbrechung der Elektrizitätsversorgung im Haftraum eines Untersuchungsgefangenen in der Nachtzeit (gerichtliche Prüfungs- und Begründungsanforderungen); Beschränkungen in der Untersuchungshaft (strikte Ausrichtung auf die Abwehr von Gefahren für die Haftzwecke oder die Ordnung der Anstalt; staatliche Ausstattungspflichten); Informationsfreiheit.  
Art. 5 Abs. 1 GG; Art. 2 Abs. 1 GG; § 119 Abs. 3 StPO

## **829. BVerfG 2 BvR 2111/06 (2. Kammer des Zweiten Senats) – Beschluss vom 5. Mai 2008 (OLG Jena/LG Meiningen)**

Ermöglichung einer Besuchsüberstellung in eine Justizvollzugsanstalt mit „angespannter“ Belegungssituation (einzige familiäre Bezugsperson); Schutz der Familie; Resozialisierungsgebot; Pflicht des Staates zur ausreichenden Ausstattung der Justizvollzugsanstalten; gerichtliche Aufklärungspflichten und Begründungspflichten.  
Art. 6 GG; Art. 19 Abs. 4 GG; § 8 StVollzG; § 24 StVollzG

## **830. BVerfG 2 BvR 2238/07 (2. Kammer des Zweiten Senats) – Beschluss vom 1. September 2008 (OLG Dresden/LG Dresden/AG Dresden)**

Personenkraftwagen als „Waffe“ (Beisichführen; Widerstand gegen Vollstreckungsbeamte); strafrechtliches Analogieverbot (Auslegung; Wortlautgrenze; Geltung für Strafschärfungsgründe, besonders schwere Fälle und Qualifikationen).  
Art. 103 Abs. 2 GG; § 113 Abs. 2 Satz 2 Nr. 1 StGB

## **831. BVerfG 2 BvR 573/08 (1. Kammer des Zweiten Senats) – Beschluss vom 25. Juli 2008 (KG/LG Berlin)**

Unterbringung in einer Entziehungsanstalt (Erledigterklärung; fehlende Erfolgsaussicht; Prognoseentscheidung; zureichende Sachverhaltsfeststellung).  
Art. 2 Abs. 1 GG; Art. 2 Abs. 2 Satz 2 GG; § 64 StGB; § 67d Abs. 5 Satz 1 StGB

## **832. BVerfG 2 BvR 1989/07 – Beschluss vom 13. Februar 2008 (LG Bonn)**

Anordnung der Unterbringung in der Sicherungsverwahrung bei Verurteilung eines Nicht-Vorbestraften wegen Betrugs (Gefährlichkeitsprognose: Abweichung vom Sachverständigengutachten); Freiheit der Person; Zulässigkeit der Verfassungsbeschwerde (Möglichkeit einer Grundrechtsverletzung).  
Art. 2 Abs. 2 Satz 2 GG; § 66 StGB

## **833. BGH 2 StR 195/08 – Beschluss vom 22. August 2008 (LG Frankfurt am Main)**

BGHSt; Sachverständigenbeweis (verlesenes Attest; früheres Gutachten); begründete Verfahrensrüge (Ablehnung eines Beweisantrages; aufs Geratewohl / ins Blaue hinein gestellter Beweisantrag; Konnexität; negativ formulierte Beweistatsache).  
§ 244 Abs. 3, Abs. 4 Satz 2 StPO; § 256 Abs. 1 Nr. 2 StPO

## **834. BGH 2 StR 141/08 – Urteil vom 18. Juni 2008 (LG Gießen)**

Besonders schwere Brandstiftung (Absicht der Ermöglichung eines Versicherungsbetruges; Begünstigung der Begehung der weiteren Tat durch die spezifischen Auswirkungen der Brandlegung); Revisionserstreckung auf Mitangeklagte (individuelle Beurteilung im Hinblick auf den Mitangeklagten; fehlerhafte Rechtsansicht).  
§ 306b Abs. 2 Nr. 2 StGB; § 263 StGB; § 357 StPO

## **835. BGH 2 StR 143/08 – Urteil vom 11. Juni 2008 (LG Erfurt)**

Geiselnahme (Zeitpunkt der Erreichung des Nötigungsziels); Überzeugungsbildung (Überspannung der Anforderungen).  
§ 239b StGB; § 261 StPO

## **836. BGH 2 StR 150/08 – Urteil vom 23. Juli 2008 (LG Koblenz)**

Mord; Beweiswürdigung (umfassende Gesamtwürdigung aller Beweisergebnisse im Zusammenhang); Überzeu-

gungsbildung (Summe mehrerer Indiztatsachen); Urteilsgründe (Feststellungen zur Persönlichkeit und zum Werdegang des Angeklagten).  
§ 211 StGB; § 261 StPO; § 267 Abs. 3 StPO

**837. BGH 2 StR 240/08 - Urteil vom 13. August 2008 (LG Bonn)**

Vorbehalt der Sicherungsverwahrung (Anlasstaten; frühere Taten; Erörterungspflicht); „Siegburger Gefängnis-mord“; Milderung der Rechtsfolgen des allgemeinen Strafrechts bei Heranwachsenden (lebenslange Freiheitsstrafe; zeitige Freiheitsstrafe; Sühnegedanke).  
§ 106 JGG; § 66 StGB; § 211 StGB

**838. BGH 2 StR 86/08 - Beschluss vom 6. August 2008**

Metamphetamin (nicht geringe Menge); Anfragebe-schluss.  
§ 132 GVG; § 29a BtMG

**839. BGH 2 StR 252/08 - Beschluss vom 23. Juli 2008 (LG Frankfurt am Main)**

Rechtsstaatswidrige Verfahrensverzögerung (Fristbe-ginn).  
Art. 6 Abs. 1 Satz 1 EMRK; Art. 20 Abs. 3 GG

**840. BGH 2 StR 261/08 - Beschluss vom 27. August 2008 (LG Koblenz)**

Strafklageverbrauch (Zusammentreffen in einem Hand-lungsteil; unerlaubtes Handeltreiben mit Betäubungsmi-teln); gesetzlicher Richter (fehlerhafte Ablehnung eines Ablehnungsgesuchs; Willkür; grundsätzliche Verken-nung der Verfassungsgarantie); unverzügliche Anbrin-gung eines Befangenheitsgesuchs.  
Art. 101 Abs. 2 Satz 2 GG; Art. 103 Abs. 3 GG; § 264 StPO; § 52 StGB; § 53 StGB; § 29a BtMG; § 338 Nr. 3 StPO; § 25 Abs. 2 StPO; § 26a StPO

**841. BGH 2 StR 305/08 - Urteil vom 3. Sep-tember 2008 (LG Marburg)**

Mord (Grausamkeit; Verdeckung einer Straftat; niedrige Beweggründe; Motivbündel); Totschlag; Körperverlet-zung mit Todesfolge; Aussetzung; Beweiswürdigung (Widerspruchsfreiheit); Misshandlung Schutzbefohlener.  
§ 211 StGB; § 212 StGB; § 221 StGB; § 227 StGB; § 261 StPO; § 225 StGB

**842. BGH 2 ARs 245/08 / 2 AR 151/08 - Be-schluss vom 5. September 2008**

Abgabe der Sache (Aufenthaltswechsel; Zweckmäßi-gkeit).  
§ 42 Abs. 3 Satz 1 JGG

**843. BGH 2 ARs 267/08 / 2 AR 185/08 - Be-schluss vom 27. August 2008**

Zuständigkeitsübertragung (rechtliche oder tatsächliche Verhinderung).  
15 StPO

**844. BGH 2 ARs 325/08 / 2 AR 202/08 - Be-schluss vom 22. August 2008**

Zuständigkeitsbestimmung (Wechsel des Aufenthalts nach Anklageerhebung).  
§ 42 Abs. 3 JGG

**845. BGH 2 ARs 330/08 / 2 AR 204/08 - Be-schluss vom 3. September 2008**

Zuständigkeitsbestimmung (Verlegung des Aufenthalts).  
§ 42 Abs. 3 JGG

**846. BGH 2 ARs 361/08 / 2 AR 210/08 - Be-schluss vom 22. August 2008**

Abgabe an das Gericht des Aufenthalts (Zweckmäßi-gkeit).  
§ 42 Abs. 3 JGG

**847. BGH 3 StR 159/08 - Urteil vom 26. Juni 2008 (LG Osnabrück)**

Überzeugungsbildung (Zweifelssatz; in dubio pro reo); Totschlag; Körperverletzung mit Todesfolge; Strafausset-zung zur Bewährung (Vollverbüßung durch Anrechnung von Untersuchungshaft).  
§ 261 StPO; § 212 StGB; § 227 StGB; § 56 StGB

**848. BGH 3 StR 181/08 - Urteil vom 14. August 2008 (LG Osnabrück)**

Beweisantrag (Konnexität); Beweisermittlungsantrag; Zeugenbeweis (Beweisziel; wahrgenommene Tatsachen); Auslegung eines Beweisantrags (unverständliche Ausle-gung; Rügeobliegenheit des Antragstellers; Präklusion); Betrug (Gewerbsmäßigkeit; Ermessensausübung); Straf-aussetzung zur Bewährung (besondere Umstände).  
§ 244 Abs. 3 StPO; § 263 StGB; § 56 StGB

**849. BGH 3 StR 249/08 - Beschluss vom 19. August 2008 (LG Hildesheim)**

Unbegründete Revision (Beruhen).  
§ 337 StPO

**850. BGH 3 StR 252/08 - Beschluss vom 19. August 2008 (LG Düsseldorf)**

Gefährliche Körperverletzung (das Leben gefährdende Behandlung); Strafzumessung (Verwirklichung mehrerer Alternativen einer Qualifikation); Beruhen.  
§ 224 StGB; § 46 StGB; § 337 StPO

**851. BGH 3 StR 272/08 - Beschluss vom 14. August 2008 (LG Wuppertal)**

Unbegründete Revision; Beweiskraft des Hauptverhand-lungsprotokolls.  
§ 349 Abs. 2 StPO; § 273 StPO

**852. BGH 3 StR 276/08 - Beschluss vom 12. August 2008 (LG Koblenz)**

Rechtsstaatswidrige Verfahrensverzögerung (Fertigung des Revisionsübersendungsberichts; Fortfall der Rechts-folgenkompensation); redaktioneller Hinweis.  
Art. 6 Abs. 1 EMRK; Art. 13 EMRK; Art. 20 Abs. 3 GG

**853. BGH 3 StR 290/08 - Beschluss vom 21. August 2008 (LG Kleve)**

Anordnung des Verfalls (Verfall des Wertersatzes; An-rechnung; Angabe des Werts der für verfallen erklärten Gegenstände); Vollstreckbarkeit; Beschränkung der Ver-folgung auf andere Rechtsfolgen.  
§ 73 StGB; § 73a StGB; § 430 StPO; § 442 StPO

**854. BGH 3 StR 292/08 - Beschluss vom 12. August 2008 (LG Verden)**

Unbegründete Revision; Tenorkorrektur.  
§ 349 Abs. 2 StPO; § 260 Abs. 4 StPO

**855. BGH 3 StR 294/08 - Beschluss vom 12. August 2008 (LG Osnabrück)**

Tenorkorrektur.  
§ 260 Abs. 4 StPO

**856. BGH 3 StR 294/08 - Beschluss vom 12. August 2008 (LG Osnabrück)**

Unbegründete Revision; Tenorkorrektur.  
§ 349 Abs. 2 StPO; § 260 Abs. 4 StPO

**857. BGH 3 StR 345/08 - Beschluss vom 9. September 2008 (LG Osnabrück)**

Aufklärungsrüge (zu ermittelnde Tatsache; hypothetisches Ergebnis der vermissten Aufklärung; konkrete Bezeichnung).  
§ 244 Abs. 2 StPO; § 344 Abs. 2 Satz 2 StPO

**858. BGH 3 StR 346/08 - Beschluss vom 9. September 2008 (LG Verden)**

Unbegründete Revision.  
§ 349 Abs. 2 StPO

**859. BGH 3 StR 356/08 - Beschluss vom 9. September 2008 (LG Dessau-Roßlau)**

Unbegründete Revision.  
§ 349 Abs. 2 StPO

**860. BGH 3 StR 515/07 - Beschluss vom 24. Juli 2008**

Unzulässige Anhörungsrüge.  
§ 356a StPO

**861. BGH 3 StR 545/07 - Beschluss vom 19. Juni 2008 (LG Duisburg)**

Verfolgungsverjährung; Unterbrechung (Reichweite; Akteneinsicht; Erhebung einer unwirksamen Anklage); Analogieverbot.  
§ 78 StGB; § 78a StGB; § 78c StGB; Art. 103 Abs. 2 GG

**862. BGH NotSt (Brfg) 2/08 - Beschluss vom 28. Juli 2008 (OLG Frankfurt am Main)**

Notar; Disziplinarmaßnahme nach strafrechtliche Verurteilung.  
§ 14 Abs. 3 BNotO; § 95 BNotO; § 97 BNotO; § 96 Satz 1 BNotO; § 105 BNotO; § 11a HDO

**863. BGH 1 StR 162/08 - Beschluss vom 13. August 2008 (LG München)**

Fristgemäße Einlegung der Anhörungsrüge und Zurechnung von Verteidigerverschulden (Wochenfrist; verfehlte zwischenzeitliche Einlegung einer Verfassungsbeschwerde); Antrag auf Wiedereinsetzung in den vorigen Stand gegen die Versäumung der Frist des § 356a Satz 2 StPO (Verschulden des Verteidigers bei ausdrücklicher Zusage des Nichtwissens hinsichtlich der Erforderlichkeit eines nötigen Rechtsbehelfs).  
Art. 6 EMRK; § 90 Abs. 2 Satz 1 BVerfGG; § 93 Abs. 2 Satz 6 BVerfGG; § 356a Satz 2 StPO; § 44 StPO

**864. BGH 1 StR 174/08 - Beschluss vom 2. Juli 2008 (LG Tübingen)**

Schwere räuberische Erpressung (Anstiftung, Beihilfe und Mittäterschaft bei Mitwirkungen an der Vorbereitung und Planung einer anders durchgeführten Tat; Exzess; Verabredung).

§ 250 StGB; § 253 StGB; § 255 StGB; § 25 Abs. 2 StGB; § 27 StGB; § 26 StGB; § 30 Abs. 2 StGB; § 15 StGB

**865. BGH 1 StR 248/08 - Urteil vom 29. Juli 2008 (LG Ellwangen)**

Rechtsfehlerhaft begründetes Absehen von der Anordnung der Sicherungsverwahrung (Begriff des Hanges bei sexuellem Missbrauch von Kindern).

§ 66 Abs. 1 Nr. 3, Abs. 2, Abs. 3 Satz 2 StGB

**866. BGH 1 StR 383/08 - Urteil vom 4. September 2008 (LG Stuttgart)**

Beweiswürdigung (fehlerhafte Anwendung des Zweifelsgrundsatzes); Gewahrsamsbruch beim Diebstahl (übergeordneter Mitgewahrsam des Bandenchefs).

§ 242 StGB; § 261 StPO

**867. BGH 4 StR 108/08 - Beschluss vom 8. Juli 2008 (LG Stralsund)**

Verwerfung der Revision als unbegründet.

§ 349 Abs. 2 StPO

**868. BGH 4 StR 108/08 - Beschluss vom 8. Juli 2008 (LG Stralsund)**

Verwerfung der Revision als unbegründet.

§ 349 Abs. 2 StPO

**869. BGH 4 StR 144/08 - Urteil vom 31. Juli 2008 (LG Saarbrücken)**

Anwendung des schweren Bandendiebstahls auf örtlich begrenzt agierende Jugendbanden im Umfeld von Schulen (organisierte Kriminalität); keine zwingende Rechtsfolgenkompensation bei geringen Verfahrensverzögerungen (Recht auf Verfahrensbeschleunigung; Recht auf Beschwerde).

§ 244 Abs. 1 Nr. 2 StGB; § 244a StGB; Art. 6 EMRK; Art. 13 EMRK

**870. BGH 4 StR 152/08 - Urteil vom 31. Juli 2008 (LG Bochum)**

Rechtsfehlerhaftes Absehen von der Anordnung der Sicherungsverwahrung zugunsten einer Unterbringung in einer Entziehungsanstalt.

§ 66 StGB; § 64 StGB

**871. BGH 4 StR 157/08 - Beschluss vom 10. Juli 2008 (LG Saarbrücken)**

Vorsatz beim sexuellen Missbrauch von Kindern (bedingter Vorsatz; Tenorierung beim besonders schweren Fall).

§ 176 StGB; § 176 Abs. 3 StGB a.F.: § 15 StGB

**872. BGH 4 StR 223/08 - Urteil vom 14. August 2008 (LG Essen)**

Minder schwerer Fall des Totschlages (affektive Aufladung; hirnorganische Erkrankung; Misshandlung; schwere Beleidigung; Reizung ohne eigene Schuld zum Zorn; Beweiswürdigung); Doppelverwertungsverbot (keine Strafschärfung wegen Handelns mit direktem Vorsatz beim Totschlag; Regeltatbild; Strafzumessung); eigene

Rechtsfolgenentscheidung des Revisionsgerichts; gerichtlicher Hinweis.

§ 212 StGB; § 213 StGB; § 46 Abs. 3 StGB; § 354 Abs. 1a StPO

**873. BGH 4 StR 232/08 - Beschluss vom 29. Juli 2008 (LG Schwerin)**

Beihilfe zur Untreue (mangelnder Beleg der für den Vorsatz erforderlichen Kenntnisse des Gehilfen; bedingter Vorsatz; fortbestehende Vermögensbetreuungspflicht des Notars auch neben einem weiteren Treuhänder; Täterschaft des Notars).

§ 266 StGB; § 27 StGB; § 15 StGB; § 16 Abs. 1 Satz 1 StGB; § 261 StPO

**874. BGH 4 StR 284/08 - Urteil vom 11. September 2008 (LG Bayreuth)**

Versuchte sexuelle Nötigung (sexuelle Handlung; Rücktritt vom unbeeendeten Versuch: fehlgeschlagener Versuch, Erörterungsmangel); rechtsfehlerhaft unterbliebene Anordnung der Unterbringung in einer Entziehungsanstalt (lückenhafte Würdigung und mangelhafte Gesamtwürdigung).

§ 177 Abs. 1, Abs. 2 StGB; § 184 f Nr. 1 StGB; § 22 StGB; § 24 Abs. 1 Satz 1 StGB; § 64 StGB

**875. BGH 4 StR 327/08 - Beschluss vom 28. August 2008 (LG Dortmund)**

Schwerer Menschenhandel zum Zweck der sexuellen Ausbeutung (Gewerbsmäßigkeit).

§ 232 Abs. 3 Nr. 3 StGB

**876. BGH 4 StR 340/08 - Beschluss vom 12. August 2008 in dem Sicherungsverfahren (LG Köln)**

Rechtsfehlerhafte Anordnung der Unterbringung des Beschuldigten in einem psychiatrischen Krankenhaus (hinreichende Gefährlichkeitsprognose).

§ 63 StGB

**877. BGH 4 StR 350/08 - Beschluss vom 21. August 2008 (LG Dortmund)**

Rechtsfehlerhafte Verfallanordnungen (Verfall von Wertersatz: mangelnde Feststellungen).

§ 73 StGB; § 73a StGB

**878. BGH 4 StR 373/08 - Beschluss vom 26. August 2008 (LG Essen)**

Begriff der sexuellen Handlung (Bewusstsein des Täters); Nötigung.

§ 177 Abs. 1 StGB; § 184f Nr. 1 StGB; § 15 StGB; § 240 StGB

**879. BGH 5 StR 15/08 - Beschluss vom 20. Mai 2008**

Feststellung des wirksamen Anschlusses als Nebenklägerin (Berechtigung); Beistandsbestellung.

§ 397a Abs. 1 StPO; § 395 Abs. 2 Nr. 1 StPO

**880. BGH 5 StR 15/08 - Urteil vom 20. August 2008 (LG Leipzig)**

Unzureichend begründeter Freispruch (Erörterungsmangel; Gesamtwürdigung).

§ 261 StPO

**881. BGH 5 StR 101/08 - Urteil vom 4. September 2008 (LG Hamburg)**

Rechtsfehlerhaft unterbliebene Anordnung der Sicherungsverwahrung (Wertungsfehler beim Hang; kein zeitlicher Mindestabstand unter den Anlasstaten; Ermessensausübung und folgender Strafvollzug).

§ 66 Abs. 1 Nr. 3 StGB

**882. BGH 5 StR 109/07 - Beschluss vom 31. Juli 2008 (LG Potsdam)**

Berichtigungsbeschluss (Parteierrat).

§ 356 StGB

**883. BGH 5 StR 257/08 - Beschluss vom 23. Juli 2008 (LG Berlin)**

Beweiswürdigung beim Tötungsvorsatz (Widersprüche; überschätze Indizien; bloße Vermutung des Tötungsvorsatzes; Körperverletzung mit Todesfolge; bedingter Vorsatz).

§ 212 StGB; § 227 StGB; § 15 StGB; § 261 StPO

**884. BGH 5 StR 259/08 - Beschluss vom 19. August 2008 (LG Braunschweig)**

Sexueller Missbrauch von Kindern und Vergewaltigung (mangelnde Individualisierung bei Serienstraftaten); Anforderungen an die Beweiswürdigung bei Aussage gegen Aussage (Gebot weiterer Aufklärungen).

§ 174 StGB; § 261 StPO; § 267 StPO

**885. BGH 5 StR 281/08 - Beschluss vom 3. September 2008 (LG Leipzig)**

Nachträgliche Anordnung der Sicherungsverwahrung (Vorliegen der übrigen Voraussetzungen des § 66 StGB: ausreichende Feststellungen zu Anlasstaten, Einheitsfreiheitsstrafen nach DDR-Recht, hypothetische Einzelfreiheitsstrafe; Rückfallverjährung – Nichtverwertbarkeit ausgeurteilter Taten als Symptomtaten; hinreichende Begründung der Gefährlichkeitsprognose; Ermessen des Tatrichters und Ersetzen der Anordnungsgrundlage; Beiziehung der Verfahrensakten).

§ 66b Abs. 1, Abs. 3 StGB; § 66 Abs. 1 StGB

**886. BGH 5 StR 315/08 - Beschluss vom 4. September 2008 (LG Bremen)**

Erforderliche Gesamtwürdigung bei der Prüfung eines minder schweren Falles des Totschlages nach § 213 StGB (verminderte Schuldfähigkeit).

§ 213 StGB; § 46 StGB; § 21 StGB

**887. BGH 5 StR 334/08 - Beschluss vom 20. August 2008 (LG Neuruppin)**

Nicht hinreichend erörterte Möglichkeit der Schuldunfähigkeit bei Brandstiftung („Pyromanie“; gebotene Gesamtwürdigung).

§ 20 StGB; § 21 StGB; § 63 StGB; § 306 StGB

**888. EGMR Nr. 26771/03 - Urteil vom 12. Juni 2008 (Elezi vs. Deutschland)**

Recht auf ein faires Verfahren (Unabhängigkeit und Unparteilichkeit von Laienrichtern; Besorgnis der Befangenheit bei Aktenkenntnis von Schöffen, Mitteilung des wesentlichen Ergebnisses der Ermittlungen; Selbstleseverfahren).

Art. 6 Abs. 1 Satz 1 EMRK; § 249 Abs. 2 StPO; § 24 Abs. 2 StPO; § 200 Abs. 2 StPO; Nr. 126 Abs. 3 RiStBV

**889. BGH 1 StR 417/08 - Beschluss vom 26. August 2008 (LG Baden)**

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

**890. BGH 4 StR 110/08 - Beschluss vom 11. September 2008**

Unzulässige und unbegründete Anhörrungsrüge.  
§ 356a StPO

**891. BGH 4 StR 249/08 - Beschluss vom 2. September 2008 (LG Essen)**

Hinweispflicht bei Verwertung eingestellter Taten (Ausschluss des Beruhens).  
Art. 6 EMRK; § 154 Abs. 2 StPO; § 337 StPO