

SCHRIFTLEITUNG

Wiss. Ass.

Dr. iur. Karsten Gaede

Bucerius Law School

Jungiusstraße 6

20355 Hamburg

karsten.gaede@strate.net

REDAKTION

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

STÄNDIGE MITARBEITER

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

Publikationen

Prof. Dr. *Gerhard Fezer*, Univ. Hamburg – **Verschärfung des Konnexitätserfordernisses** (Zugleich
Anmerkung zu BGH HRRS 2008 Nr. 611) S. 457

RA *Markus Adick*, Frankfurt am Main – **Zum Gefährdungsschaden und zum Eventualvorsatz bei
der Untreue** (Zugleich Besprechung von BGH HRRS 2008 Nr. 522) S. 460

Die Ausgabe umfasst eine Rezension.

Entscheidungen

- EGMR (*Vajnai vs. Ungarn*) Schutz kommunistischer Symbole durch Art. 10 EMRK
- BVerfG **Erfolgloser Antrag auf eine Einstweilige Anordnung bezüglich der Neuregelung der Telekommunikationsüberwachung**
- BVerfG **Schuldgrundsatz und Beurteilung des „Kannibalen von Rotenburg“**
- BVerfG **Verunglimpfung der Nationalflagge als „Schwarz-Rot-Senf“**
- BGHSt **Erforderliche Beutesicherungsabsicht bei § 250 II Nr. 1 StGB**
- BGHSt **Unrechtsvereinbarung bei der Vorteilsgewährung („Fall Claassen“)**
- BGHSt **Beginn der Frist zur Ergänzung der abgekürzten Urteilsgründe nach erfolgreicher Wiedereinsetzung in den vorigen Stand**
- BGHR **Erstattung notwendiger Auslagen des Nebenklägers im Revisionsverfahren**
- BGH **Revisibilität grober Pflichtverletzungen des Verteidigers**
- BGH **Vorsatz bei äußerst gefährlichen Gewalthandlungen und aberratio ictus**
- BGH **Werkzeug und Mittel beim schweren Raub und „Scheinwaffen“**
- BGH **Schluss auf die Gefährlichkeit des Täters auch ohne Exploration**
- BGH **Verfall von Wertersatz bei zweifelsfreier Feststellung eines mangelnden Zusammenhangs zwischen abgeurteilten Straftaten und vorhandenen Vermögenswerten**
- BGH **Rechtsfehlerhafte Überkompensation bei Verstoß gegen das Recht auf Verfahrensbeschleunigung**
- BGH **Ablehnung eines Beweisantrages wegen Prozessverschleppung**
- BGH **Einheitliche Bezahlung selbständiger Rauschgiftgeschäfte**

Die Ausgabe umfasst 175 Entscheidungen.

HRRS

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

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

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

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

Als ständige Mitarbeiter wirken mit:

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

ISSN 1865-6277
9. Jahrgang, November 2008, Ausgabe

11

Rechtsprechung

Strafrechtliche/strafverfahrensrechtliche Entscheidungen des EGMR/BVerfG

1000. EGMR Nr. 33629/06 (2. Sektion) – Urteil vom 8. Juli 2008 (Vajnai vs. Ungarn)

Verwendung des roten Sterns und Schutz der Meinungsfreiheit (Schutz und Auslegung symbolischer politischer Äußerungen; Auslegung totalitaristische und nationalsozialistische Symbole; Eingriffe durch strafrechtliche Verbote; nationaler Beurteilungsspielraum; Bestimmtheitsgebot bei Art. 10 EMRK zur Vermeidung eines Einschüchterungseffekts).

Art. 10 EMRK; Art. 17 EMRK; Art. 7 EMRK; Art. 5 GG; § 130 StGB; § 86a StGB

1. Strafrechtliche Eingriffe in die Äußerungsfreiheit (Meinungsfreiheit) des Art. 10 EMRK sind nur zulässig, wenn sie einem dringenden sozialen Bedürfnis entsprechen. Auch vor dem Hintergrund der historischen Erfahrungen Ungarns ist ein solches dringendes Bedürfnis bei der schlichten Verwendung eines kommunistischen Propagandasymbols (hier: der „rote Stern“) nicht zu begründen.

2. Die Äußerungsfreiheit des Art. 10 EMRK schützt auch Äußerungen, die beunruhigen, schockieren oder stören. Der Einschränkungsvorbehalt des Art. 10 Abs. 2 EMRK muss gerade im politischen Meinungskampf eng ausgelegt werden.

3. Beim Gebrauch mehrdeutiger Symbole, die auch für totalitäre Auffassungen stehen können, darf dem Äußernden nicht unterstellt werden, dass er das Symbol im Sinne einer Identifikation mit totalitären Auffassungen gebraucht. Es ist eine sorgfältige Prüfung der Äußerung in ihrem Kontext vorzunehmen. Eine Strafnorm, die den Gebrauch mehrdeutiger Symbole pauschal untersagt, ist deshalb zu weitgehend, zumal eine einschränkende Auslegung, die nach der jeweiligen Bedeutung des Symbols unterscheidet, nicht zufrieden stellen kann: Die Unterscheidung würde so unsicher sein, dass ein Einschüchterungseffekt („chilling effect“) und Selbstzensur nicht zu vermeiden wären.

4. Einschränkungen von Menschenrechten dürfen nicht ausschließlich auf gefühlsmäßiger Ablehnung eines Verhaltens beruhen. Die demokratische Gesellschaft muss in ihrem Urteil rational bleiben. Die Äußerungsfreiheit darf nicht wegen befürchteter Gegenreaktionen von vornherein suspendiert sein.

5. Nur bei totalitaristisch motivierter, zum Beispiel nationalsozialistischer Propaganda kann die Berufung auf die Äußerungsfreiheit des Art. 10 EMRK gemäß Art. 17 EMRK wegen Missbrauchs ausgeschlossen werden.

1008. BVerfG 2 BvR 236/08 (Zweiter Senat) – Beschluss vom 15. Oktober 2008

(Erfolgloser) Antrag auf Einstweilige Anordnung gegen Art. 1 des Gesetzes zur Neuregelung der Telekommunikationsüberwachung und anderer verdeckter Ermittlungen sowie zur Umsetzung der Richtlinie 2006/24/EG vom 21. Dezember 2007 (Verfassungsbeschwerde gegen ein Gesetz); Folgenabwägung (doppelte Negativprognose).

§ 32 BVerfGG; § 93 Abs. 3 BVerfGG; § 100a Abs. 2 StPO; § 100a Abs. 4 StPO; § 100f StPO, § 110 Abs. 3 StPO; § 160a StPO

1. Die Jahresfrist in § 93 Abs. 3 BVerfGG für eine Verfassungsbeschwerde gegen ein Gesetz beginnt nicht neu zu laufen, wenn der Gesetzgeber lediglich eine Norm neu fasst und mit der Neufassung ein neuer, den Antragsteller belastender Regelungsgehalt nicht geschaffen worden ist (vorliegend § 100f StPO).

2. Eine unmittelbar gegen ein vollziehungsbedürftiges Gesetz gerichtete Verfassungsbeschwerde ist dann ausnahmsweise zulässig, wenn nicht gewährleistet ist, dass der Beschwerdeführer mindestens nachträglich innerhalb eines absehbaren Zeitraums Kenntnis von der Maßnahme erhält und wenn er darlegt, dass er mit einiger Wahrscheinlichkeit durch die auf den angegriffenen Rechtsnormen beruhenden Maßnahmen in seinen Grundrechten berührt wird (vgl. BVerfGE 67, 157, 169 f.; 109, 279, 307 f.). Dabei ist zu berücksichtigen, ob die Maßnahme auf einen tatbestandlich eng umgrenzten Personenkreis zielt oder ob sie eine große Streubreite hat und Dritte auch zufällig erfassen kann (vgl. BVerfGE 109, 279, 308). (Vorliegend für § 110 Abs. 3 StPO verneint, für die §§ 100a Abs. 4 StPO und § 160a StPO bejaht.)

3. Kann nicht festgestellt werden, dass die Verfassungsbeschwerden von vornherein unzulässig oder offensichtlich unbegründet sind, muss also insoweit der Ausgang des Verfassungsbeschwerdeverfahrens als offen angesehen werden, sind die Folgen, die eintreten würden, wenn die einstweilige Anordnung nicht erginge, die Verfassungsbeschwerden später aber Erfolg hätten, gegen die Nachteile abzuwägen, die entstünden, wenn die begehrte einstweilige Anordnung erlassen würde, den Verfassungsbeschwerden aber der Erfolg zu versagen wäre (vgl. BVerfGE 117, 126, 135; stRspr).

4. Schafft der Gesetzgeber nachträglich zur Beschränkung von strafprozessualen Eingriffsbefugnissen Vorschriften, die den Schutz bestimmter Rechte bezwecken und existierten bisher weder Vorschriften noch eine gefestigte Rechtsprechung, die ein vergleichbares Schutzniveau

gegen die Eingriffsbefugnisse gewährleisten, so kommt auf Grundlage der Rüge eines verfassungsrechtlich ungenügenden Schutzniveaus eine einstweilige Anordnung durch das BVerfG nur in Ausnahmefällen in Betracht. (Vorliegend verneint für den Schutz des Kernbereichs privater Lebensgestaltung in § 100a Abs. 4 StPO und das Zeugnisverweigerungsrecht in § 160a Abs. 2 StPO.)

1005. BVerfG 1 BvR 256/08 (Erster Senat) – Beschluss vom 28. Oktober 2008

Wiederholung der einstweiligen Anordnung betreffend die Vorratsdatenspeicherung von Telekommunikationsdaten (Folgenabwägung); Voraussetzungen für ein Auskunftersuchen beim Telekommunikationsanbieter für Zwecke der Gefahrenabwehr, des Verfassungsschutzes, des Bundesnachrichtendienstes und des Militärischen Abschirmdienstes.

§ 32 Abs. 1 BVerfGG; § 90 BVerfGG; Art. 10 Abs. 1 GG; § 113a TKG; § 113b TKG; § 100a StPO; § 100g StPO; Art. 34b Abs. 2 und 3 BayPAG; § 34a Abs. 1 Satz 1 Nr. 3 ThürPAG; § 34a Abs. 3 ThürPAG; § 1 Abs. 1 G-10; § 3 G-10; § 4 Abs. 4 G-10.

1. Die Erneuerung eines abgelehnten Antrags i.S.d. § 32 BVerfGG ist dann zulässig, wenn sie nicht nur in dessen bloßer Wiederholung besteht, sondern auf neue Gründe gestützt ist (vgl. BVerfGE 4, 110, 113).

2. Die Übermittlung von Daten gemäß § 113b Satz 1 Nr. 1 TKG zu Zwecken der Strafverfolgung ist bis zur Entscheidung über die Verfassungsbeschwerde nach Maßgabe der Entscheidung des Senats vom 11. März 2008 weiterhin zu beschränken. An den für die Folgenabwägung maßgeblichen Gesichtspunkten hat sich in der Sache nichts geändert (vgl. BVerfG, Beschluss vom 11. März 2008 - 1 BvR 256/08, Rn. 152 bis 176).

3. Zu den einstweilen anzuwendenden Voraussetzungen für eine zulässige Datenübermittlung durch den Telekommunikationsanbieter von nach § 113a TKG gespeicherten Daten für Zwecke der Gefahrenabwehr, des Verfassungsschutzes, des Bundesnachrichtendienstes und des Militärischen Abschirmdienstes.

1007. BVerfG 2 BvR 578/07 (2. Kammer des Zweiten Senats) – Beschluss vom 7. Oktober 2008 (BGH / LG Frankfurt am Main)

Mord (Befriedigung des Geschlechtstriebes; Ermöglichung einer anderen Straftat; lebenslange Freiheitsstrafe; besonders verwerfliche Tat); Tötung auf Verlangen; Schuldprinzip; Verfassungsbeschwerde (Substantiierung; Zuordnung eines Sachverhalts zu einzelnen Grundrechten); Rechtsstaatsprinzip (Selbstbelastungsfreiheit; nemo tenetur); Störung der Totenruhe; ; „Kannibale von Rotenburg“.

Art. 1 Abs. 1 GG; Art. 20 Abs. 3 GG; Art. 2 GG; § 168 StGB; § 211 StGB; § 216 StGB; § 46 StGB; § 23 Abs. 1 Satz 2 BVerfGG; § 92 BVerfGG

1. Durch die Auslegung des § 216 StGB in der Weise, dass das Tötungsverlangen das „handlungsleitende“ Motiv des Täters gewesen sein müsse, um ihm die Privilegierung der Tötung auf Verlangen zubilligen zu können, wird der Beschuldigte nicht in verfassungswidriger Weise

gezwungen, sich selbst zu belasten, denn die Feststellung der Motivationslage des Täters ist nicht allein durch dessen geständige Einlassung möglich.

2. Die absolute Androhung einer bestimmten Strafe – wie der lebenslänglichen Freiheitsstrafe in § 211 Abs. 1 StGB – ist abstrakt betrachtet nur dann verfassungsrechtlich unbedenklich, wenn dem Richter von Gesetzes wegen die Möglichkeit offen bleibt, bei der Subsumtion konkreter Fälle unter die abstrakte Norm zu einer schuldangemessenen Strafe zu kommen. Ebenso ist die Verhängung der lebenslangen Freiheitsstrafe in konkreten Fall nur dann verhältnismäßig, wenn der zu Grunde liegenden Tat das Merkmal einer besonderen Verwerflichkeit anhaftet.

3. Die Frage, wie sichergestellt werden kann, dass eine nicht in diesem Sinne besonders verwerfliche Tat auch nicht zu einer Verurteilung zu lebenslanger Freiheitsstrafe auf der Grundlage des § 211 StGB führt, ist eine Frage der Auslegung der Strafgesetze und obliegt daher den zuständigen Strafgerichten. Das Bundesverfassungsgericht prüft allein, ob den Strafgerichten nach dem anzuwendenden Strafgesetz hierfür ein hinreichender Spielraum verbleibt, ob die Rechtsanwendung der Fachgerichte im konkreten Fall gegen das Willkürverbot verstößt und ob eine verhängte lebenslange Freiheitsstrafe von Verfassungs wegen schuldangemessen und verhältnismäßig ist.

4. Die Strafvorschrift des § 211 StGB ist als solche mit Art. 2 Abs. 2 Satz 2 GG in Verbindung mit dem Grundsatz der Verhältnismäßigkeit und dem verfassungsrechtlichen Schuldprinzip auch insofern vereinbar, als danach mit lebenslanger Freiheitsstrafe bestraft wird, wer zur Befriedigung des Geschlechtstriebes oder um eine andere Straftat zu ermöglichen einen Menschen tötet.

5. Der verfassungsrechtliche Schutz der Selbstbelastungsfreiheit darf nicht dadurch entwertet werden, dass der Beschuldigte befürchten muss, sein Schweigen werde später bei der Beweiswürdigung zu seinem Nachteil verwendet.

1014. BVerfG 2 BvR 1347/08 (2. Kammer des Zweiten Senats) – Beschluss vom 28. Juli 2008 (OLG München)

Auslieferung in die USA zum Zweck der Strafverfolgung; Willkürverbot; Diskriminierungsverbot aus Gründen der Staatsangehörigkeit; Vorlage (Gerichtshof der Europäischen Gemeinschaften; EuGH); Vorabentscheidungsverfahren; gesetzlicher Richter; ne bis in idem.

Art. 3 Abs. 1 GG; Art. 12 Abs. 1 EG; Art. 234 EG; Art. 101 Abs. 1 Satz 2 GG; Art. 54 SDÜ;

§ 3 Abs. 1 IRG; Art. 2 Abs. 1 AuslieferungsV-USA

1. Das Bundesverfassungsgericht prüft in Auslieferungsverfahren, ob die Rechtsanwendung oder das dazu eingeschlagene Verfahren unter keinem denkbaren Gesichtspunkt rechtlich vertretbar ist und sich daher der Schluss aufdrängt, dass die Entscheidung auf sachfremden und damit willkürlichen Erwägungen beruht. Hierbei macht eine fehlerhafte Auslegung eines Gesetzes für sich allein eine Gerichtsentscheidung nicht willkürlich. Willkür liegt

vielmehr erst vor, wenn eine offensichtlich einschlägige Norm nicht berücksichtigt oder der Inhalt einer Norm in krasser Weise missdeutet wird.

2. Art. 54 SDÜ ist nach dem Verständnis des EuGH auf gerichtliche oder behördliche Entscheidungen anwendbar, mit denen die Strafverfolgung in einem Mitgliedsstaat endgültig beendet wird, nicht aber für eine Entscheidung, die nicht im Strafverfahren, sondern im Auslieferungsverfahren ergeht.

3. Der EuGH ist gesetzlicher Richter im Sinne des Art. 101 Abs. 1 Satz 2 GG. Das Bundesverfassungsgericht überprüft jedoch nur, ob die Regeln zu seiner Anrufung im Wege der Vorabentscheidung gemäß § 234 EG in offensichtlich unhaltbarer Weise gehandhabt worden sind. Dies kann insbesondere dann der Fall sein, wenn zu einer entscheidungserheblichen Frage des Gemeinschaftsrechts beziehungsweise des Unionsrechts einschlägige Rechtsprechung des EuGH noch nicht vorliegt, die vorliegende Rechtsprechung die entscheidungserhebliche Frage möglicherweise noch nicht erschöpfend beantwortet hat oder eine Fortentwicklung der Rechtsprechung des EuGH nicht nur als entfernte Möglichkeit erscheint.

4. Das Diskriminierungsverbot des Art. 12 Abs. 1 EG greift nur im sachlichen Anwendungsbereich des Gemeinschaftsrechts; der Auslieferungsverkehr mit Drittstaaten ist aber keine Materie, die in dessen sachlichen Anwendungsbereich fällt.

1006. BVerfG 1 BvR 1565/05 (1. Kammer des Ersten Senats) – Beschluss vom 15. September 2008 (OLG Köln/LG Köln/AG Köln)

Meinungsfreiheit (besondere Begründungserfordernisse bei strafrechtlichen Verurteilungen wegen Meinungsäußerungen); Verunglimpfung des Staates und seiner Symbole (Bezeichnung der Fahne der Bundesrepublik Deutschland als „Schwarz-Rot-Senf“).

Art. 5 Abs. 1 GG; Art. 5 Abs. 2 GG; § 90a Abs. 1 Nr. 2 StGB

1. Die Bezeichnung der Farben der Fahne der Bundesrepublik Deutschland als „Schwarz-Rot-Senf“ fällt in den Schutzbereich der Meinungsfreiheit des Art. 5 Abs. 1 Satz 1 GG. In der Bestrafung wegen dieser Äußerung liegt ein Eingriff in dieses Grundrecht.

2. Gegen den die Meinungsfreiheit einschränkenden Straftatbestand des § 90a Abs. 1 Nr. 2 StGB bestehen keine durchgreifenden verfassungsrechtlichen Bedenken prinzipieller Art (vgl. BVerfGE 81, 278, 290, 293).

3. In öffentlichen Angelegenheiten gilt die Vermutung zugunsten der freien Rede (vgl. BVerfGE 7, 198, 208; stRspr). Die Bürger sind rechtlich nicht gehalten, die Wertsetzungen der Verfassung persönlich zu teilen. Das Grundgesetz baut zwar auf der Erwartung auf, dass die Bürger die allgemeinen Werte der Verfassung akzeptieren und verwirklichen, erzwingt die Wertloyalität aber nicht. Die Bürger sind grundsätzlich auch frei, grundlegende Wertungen der Verfassung in Frage zu stellen oder die Änderung tragender Prinzipien zu fordern. Die plurale

Demokratie des Grundgesetzes vertraut auf die Fähigkeit der Gesamtheit der Bürger, sich mit Kritik an der Verfassung auseinander zu setzen und sie dadurch abzuwehren (vgl. BVerfGK 2, 1, 5).

4. Staatliche Symbole genießen nur insoweit verfassungsrechtlichen Schutz, als sie im jeweiligen Kontext versinnbildlichen, was die Bundesrepublik Deutschland grundlegend prägt (vgl. BVerfGE 81, 278, 294). Hierbei kommt es auf die Bedeutung der Äußerung in ihrem Zusammenhang an. Dabei darf der Symbolschutz nicht zur Immunität des Staates gegen Kritik und selbst gegen Ablehnung führen (vgl. BVerfGE 81, 278, 294).

5. Bei einer Verurteilung wegen eines Äußerungsdeliktes nach § 90a Abs. 1 Nr. 2 StGB müssen sich die Gerichte damit auseinander setzen, ob die Äußerung in den Schutzbereich des Grundrechts auf Meinungsfreiheit fällt und, dass dieses Grundrecht für die Auslegung und Anwendung von § 90a Abs. 1 Nr. 2 StGB Bedeutung hat. Dazu bedarf es im Urteil Ausführungen, inwieweit es sich um eine böswillige Verächtlichmachung handelt, die über eine – Systemkritik einschließende – Polemik hinausgeht und die im konkreten Fall symbolisch in Frage stellt, was die Bundesrepublik Deutschland grundlegend prägt, als auch Erwägungen zur verfassungsrechtlich gebotenen fallbezogenen Abwägung zwischen der Schwere der Beeinträchtigung der Meinungsfreiheit durch die Verurteilung einerseits und dem Grad der Beeinträchtigung des von § 90a Abs. 1 Nr. 2 StGB geschützten Rechtsguts durch die Äußerung andererseits.

1010. BVerfG 2 BvR 335/08 (1. Kammer des Zweiten Senats) – Beschluss vom 26. August 2008 (OLG Nürnberg/LG Amberg)

Bestellung eines Pflichtverteidigers im Vollstreckungsverfahren (Kriterien für die Notwendigkeit der Bestellung).

Art. 20 Abs. 3 GG, Art. 2 Abs. 1 GG; Art. 6 Abs. 3 lit. c EMRK; § 454 Abs. 1 StPO; § 140 Abs. 2 StPO

1. Über die in § 140 Abs. 2 StPO genannten Voraussetzungen hinaus ist die Bestellung eines Verteidigers von Verfassungs wegen stets dann erforderlich, wenn seine Mitwirkung aus sonstigen Gründen rechtsstaatlich geboten ist (vgl. BVerfGE 63, 380, 391). Dies ist insbesondere dann anzunehmen, wenn die Würdigung aller Umstände das Vorliegen eines „schwerwiegenden Falles“ ergibt und der Beschuldigte die Kosten eines gewählten Verteidigers nicht aufzubringen vermag (vgl. BVerfGE 46, 202, 210 f.; 63, 380, 391). Ob es sich um einen schwerwiegenden Fall handelt, ist maßgeblich aus der Interessenlage des Beschuldigten heraus zu beurteilen, dessen Schutz das Gebot fairer Verfahrensführung und seine durch § 140 Abs. 2 StPO erfolgten Konkretisierungen vornehmlich bezwecken (vgl. BVerfGE 46, 202, 210 f.).

2. Entscheidendes Kriterium für die Notwendigkeit der Bestellung eines Verteidigers im Vollstreckungsverfahren ist die Schwierigkeit des Verfahrens. Für deren Bestimmung zu berücksichtigende Kriterien sind die bisherige Dauer freiheitsentziehender Maßnahmen (vgl. BVerfGK 6, 326, 332), die Dauer der noch ausstehenden Restfreiheitsstrafe (vgl. BVerfGE 86, 288, 338), oder dass es bei

Besonderheiten und Schwierigkeiten im Diagnose- und Prognosebereich als evident erscheint, dass sich der Verurteilte angesichts einer Erkrankung nicht selbst verteidigen kann (vgl. BVerfGE 70, 297, 323; BVerfGK 6, 326, 331). Allein der Umstand, dass der Verurteilte zusätzlich eine Alkoholtherapie anstrebt, reicht nicht aus.

1013. BVerfG 2 BvR 1198/08 (3. Kammer des Zweiten Senats) – Beschluss vom 26. August 2008 (OLG Dresden/LG Görlitz)

Effektiver Rechtsschutz (Auslegung des Rechtsschutzziels); Beschwerdeverfahren gegen Fesselungsanordnungen und Postkontrollen bei Untersuchungsgefängnissen; Begründung der Verfassungsbeschwerde (notwendiger tatsächlicher Vortrag); sachleitende Anordnung des Vorsitzenden.

Art. 19 Abs. 4 GG; Art. 2 Abs. 1, Abs. 2 Satz 2 GG; § 23 Abs. 1 Satz 2 BVerfGG; § 92 BVerfGG; § 238 StPO; § 119 Abs. 5 StPO; § 304 StPO; § 306 StPO; § 126 Abs. 2 StPO

1. Zur zulässigen Erhebung der Verfassungsbeschwerde muss der Beschwerdeführer einen Sachverhalt vortragen, der die Möglichkeit einer Grundrechtsverletzung erkennen lässt und dem Bundesverfassungsgericht eine verfassungsrechtliche Beurteilung ermöglicht. Eine nähere Auseinandersetzung mit der angegriffenen Entscheidung gehört zur notwendigen Begründung der Verfassungsbeschwerde nur insoweit, als sie erforderlich ist, um erkennbar zu machen, inwiefern der Beschwerdeführer sich in seinen Grundrechten verletzt sieht. Eine zutreffende rechtliche Einordnung des Geschehens ist dem Beschwerdeführer darüber hinaus nicht abverlangt.

2. Sehen prozessrechtliche Vorschriften ein Rechtsmittel vor, so verbietet Art. 19 Abs. 4 GG den Gerichten eine Auslegung und Anwendung dieser Rechtsnormen, die die Beschreitung des eröffneten Rechtswegs in einer unzumutbaren, aus Sachgründen nicht mehr zu rechtfertigenden Weise erschwert. Unter anderem darf einem Rechtsschutzsuchenden der Zugang zu einer gerichtlichen Sachentscheidung nicht aufgrund einer Auslegung seines Rechtsschutzgesuchs verwehrt werden, die dem erkennbar verfolgten Rechtsschutzziel zuwiderläuft.

1016. BVerfG 2 BvR 2067/07 (2. Kammer des Zweiten Senats) – Beschluss vom 26. Juni 2008 (BGH/LG Hagen)

Garantiefunktion des Strafrechts; Bestimmtheitsgrundsatz; Analogieverbot; verdeckte Gewinnausschüttung; Steuerstrafrecht; verfassungsgerichtliche Überprüfung der Beweiswürdigung (Recht auf ein faires Verfahren; bloße Vermutung); Gestaltungsmissbrauch; Sachaufklärungspflicht; gesetzlicher Richter (Ablehnung eines Befangenheitsgesuchs; Willkürfreiheit).

Art. 103 Abs. 2 GG; § 41 AO; § 42 AO; § 8 Abs. 3 Satz 2 KStG; § 244 StPO; § 101 Abs. 1 Satz 2 GG; Art. 2 Abs. 1 GG

1. Art. 103 Abs. 2 GG gewährleistet, dass eine Tat nur bestraft werden kann, wenn die Strafbarkeit gesetzlich bestimmt war, bevor die Tat begangen wurde. Dies verpflichtet den Gesetzgeber, die Voraussetzungen der Strafbarkeit so genau zu umschreiben, dass Tragweite und

Anwendungsbereich der Straftatbestände für den Normadressaten schon aus dem Gesetz selbst zu erkennen sind und sich durch Auslegung ermitteln und konkretisieren lassen. Art. 103 Abs. 2 GG sorgt zugleich dafür, dass im Bereich des Strafrechts nur der Gesetzgeber abstrakt-generell über die Strafbarkeit entscheidet.

2. Für die Rechtsprechung folgt aus dem Erfordernis gesetzlicher Bestimmtheit ein Verbot strafbegründender oder strafverschärfender Analogie. Dabei ist Analogie nicht im engeren technischen Sinne zu verstehen. Ausgeschlossen ist vielmehr jede Rechtsanwendung, die über den Inhalt einer gesetzlichen Sanktionsnorm hinausgeht. Der mögliche Wortsinn markiert die äußerste Grenze zulässiger richterlicher Interpretation.

3. Die Verwendung des Begriffs der verdeckten Gewinnausschüttung in § 8 Abs. 3 Satz 2 KStG ist auch insoweit – nämlich gemessen am Bestimmtheitsgrundsatz aus Art. 103 Abs. 2 GG – verfassungsrechtlich unbedenklich, als hieran vermittelt über § 370 AO strafrechtliche Sanktionen geknüpft sind. Denn der Gesetzgeber hat an diesem Begriff vor dem Hintergrund einer langjährigen einheitlichen Rechtsprechung zu seiner Definition festgehalten, wonach eine verdeckte Gewinnausschüttung in diesem Sinne eine Vermögensminderung ist, die durch das Gesellschaftsverhältnis veranlasst ist, sich auf die Höhe des Einkommens auswirkt und in keinem Zusammenhang mit einer offenen Ausschüttung steht.

4. Art. 101 Abs. 1 Satz 2 GG garantiert, dass der Rechtssuchende im Einzelfall vor einem Richter steht, der unabhängig und unparteilich ist und der die Gewähr für Neutralität und Distanz gegenüber den Verfahrensbeteiligten bietet. Die Entscheidung eines Gerichts, an der zuvor erfolglos abgelehnte Richter mitwirken, verletzt den Anspruch auf den gesetzlichen Richter jedoch nicht schon dann, wenn das Ablehnungsgesuch infolge fehlerhafter Anwendung einfachen Rechts zurückgewiesen worden sein sollte, sondern erst, wenn diese Zurückweisung auf willkürlichen Erwägungen beruht.

5. Von Verfassungs wegen ist es nicht zu beanstanden, wenn die Fachgerichte der Entscheidung über ein Befangenheitsgesuch den Maßstab zugrundelegen, dass die Mitwirkung an Zwischenentscheidungen wie der Verkündung und Aufrechterhaltung eines Haftbefehls grundsätzlich nicht die Ablehnung der beteiligten Richter rechtfertigt, soweit diese Entscheidungen nicht ihrerseits völlig abwegig sind oder den Anschein der Willkür erwecken.

1009. BVerfG 2 BvR 1264/08 (1. Kammer des Zweiten Senats) – Beschluss vom 26. August 2008 (OLG Nürnberg/LG Amberg)

Ablehnung wegen Besorgnis der Befangenheit (Erlöschens bei Entscheidungen außerhalb der Hauptverhandlung); Namhaftmachung der zur Mitwirkung bei der Entscheidung berufenen Gerichtspersonen (Beruhen).

Art. 101 Abs. 1 Satz 2 GG; Art. 103 Abs. 1 GG; § 24 StPO; § 25 Abs. 2 Satz 2 StPO

1. Es ist verfassungsrechtlich nicht zu beanstanden, dass das Ablehnungsrecht wegen der Besorgnis der Befangen-

heit jedenfalls mit Erlass der Entscheidung in der Hauptverhandlung nach § 25 Abs. 2 Satz 2 StPO erlischt. Für Verfahren, in denen die abschließende Entscheidung außerhalb einer Hauptverhandlung ergeht, ist eine großzügigere Handhabung, die ein Ablehnungsrecht auch nach Erlass der Entscheidung einräumt, von Verfassungs wegen nicht geboten.

2. Die Namhaftmachung der zur Mitwirkung bei der Entscheidung berufenen Gerichtspersonen nach § 24 Abs. 3 Satz 2 StPO konkretisiert den Anspruch auf rechtliches Gehör. Die Aufhebung einer Entscheidung im Verfassungsbeschwerdeverfahren wegen eines Verstoßes gegen diese Vorschrift und damit gegen Art. 103 Abs. 1 GG kommt aber nur dann in Betracht, wenn nicht ausgeschlossen werden kann, dass die vorherige Namhaftmachung im Ergebnis zu einer für den Beschwerdeführer günstigeren Entscheidung geführt hätte; nur dann beruht die Entscheidung auf dem Gehörsverstoß (vgl. BVerfGE 7, 239, 241; 13, 132, 145).

1011. BVerfG 2 BvR 610/08 (3. Kammer des Zweiten Senats) – Beschluss vom 24. Juli 2008 (OLG Celle/LG Lüneburg)

Subsidiarität der Verfassungsbeschwerde (Anhörungsrüge); Rechtsbeschwerde (Zulässigkeit bei substantiiertem Rüge der Verletzung des rechtlichen Gehörs).

Art. 103 Abs. 1 GG; § 90 Abs. 2 BVerfGG; § 116 Abs. 1 StVollzG; § 120 Abs. 1 StVollzG; § 33a StPO

1. Der Rechtsbehelf der Anhörungsrüge nach § 33a StPO, § 120 Abs. 1 StVollzG gehört zum Rechtsweg im Sinne des § 90 Abs. 2 BVerfGG. Legte der Beschwerdeführer einen solchen Rechtsbehelf nicht ein, ist seine Verfassungsbeschwerde nicht nur hinsichtlich der Rüge einer Verletzung des Rechts auf rechtliches Gehör, sondern insgesamt unzulässig.

2. Rügt ein Beschwerdeführer im Rahmen einer Rechtsbeschwerde nach § 116 Abs. 1 StVollzG substantiiert die Verletzung des rechtlichen Gehörs und wird diese Beschwerde, ohne auf die Rüge einzugehen, als unzulässig verworfen, deutet dieser Umstand darauf hin, dass das Oberlandesgericht den Vortrag des Beschwerdeführers nicht in der gebotenen Weise zur Kenntnis genommen und erwogen (vgl. BVerfGE 18, 380, 383) und dadurch seinerseits den Anspruch auf Gewährung rechtlichen Gehörs verletzt hat.

1012. BVerfG 2 BvR 939/08 (2. Kammer des Zweiten Senats) – Beschluss vom 1. September 2008 (LG München I/AG München)

Richterliche Anordnung der Entnahme und molekular-genetischen Untersuchung von Körperzellen zur Identitätsfeststellung in künftigen Strafverfahren (Begründungsanforderungen; Gefahr der wiederholten Begehung von Straftaten; frühere Strafaussetzung zur Bewährung); Recht auf informationelle Selbstbestimmung.

Art. 2 Abs. 1 GG; Art. 1 Abs. 1 GG; § 81g Abs. 1 S. 2 StPO

1. Die Feststellung, Speicherung und (künftige) Verwendung eines DNA-Identifizierungsmusters greifen in das

durch Art. 2 Abs. 1 in Verbindung mit Art. 1 Abs. 1 GG verbürgte Grundrecht auf informationelle Selbstbestimmung ein (vgl. BVerfGE 103, 21, 32 f.).

2. Die Gerichte sind bei der Auslegung und Anwendung des § 81g StPO gehalten, die Bedeutung und Tragweite des Rechts auf informationelle Selbstbestimmung angemessen zu berücksichtigen. In den Fällen des § 81g Abs. 1 Satz 2 StPO setzt eine Anordnung der Maßnahme daher voraus, dass das Gericht einzelfallbezogen und unter strenger Berücksichtigung des Verhältnismäßigkeitsgrundsatzes darlegt, warum die wiederholte Begehung sonstiger Straftaten im Unrechtsgehalt einer Straftat von erheblicher Bedeutung gleichsteht.

3. Zwar wird in den Fällen des § 81g Abs. 1 Satz 2 StPO keine erhöhte Wahrscheinlichkeit für einen Rückfall gefordert. Allein die Annahme, eine Rückfallgefahr eines vor langer Zeit verurteilten Betroffenen sei „nicht sicher auszuschließen“, kann indes einen Eingriff in das Recht auf informationelle Selbstbestimmung nicht rechtfertigen. Es bedarf vielmehr positiver, auf den Einzelfall bezogener Gründe für die Annahme der Wahrscheinlichkeit künftiger Straftaten, für die das DNA-Identifizierungsmuster einen Aufklärungsansatz durch einen (künftigen) Spurenvorgleich bieten kann. Eine bloße Wiedergabe des Gesetzeswortlauts reicht nicht aus (vgl. BVerfGE 103, 21, 35 ff.).

4. Eine rechtliche Bindung an eine von einem anderen Gericht zur Frage der Strafaussetzung zur Bewährung getroffene Sozialprognose besteht bei der Entscheidung nach § 81g Abs. 1 StPO nicht. Jedoch sind im Rahmen der Gefahrenprognose im Sinne des § 81g Abs. 1 StPO Umstände in den Abwägungsvorgang einzustellen, die gleichermaßen bei einer Sozialprognose für die Strafaussetzung zur Bewährung bestimmend sein können (Rückfallgeschwindigkeit, Zeitablauf, Verhalten in der Bewährungszeit oder Straferlass). Aufgrund des nach dem Gesetz unterschiedlichen Prognosemaßstabes kann die Annahme einer Wiederholungsgefahr im Sinne von § 81g StPO indes - im Einzelfall - auch dann gerechtfertigt sein, wenn zuvor eine Strafaussetzung zur Bewährung erfolgt war. In Fällen gegenläufiger Prognosen durch verschiedene Gerichte entsteht indes regelmäßig ein erhöhter Begründungsbedarf für die nachfolgende gerichtliche Entscheidung (vgl. BVerfGE 103, 21, 35 ff.).

1015. BVerfG 2 BvR 1661/06 (2. Kammer des Zweiten Senats) – Beschluss vom 24. Januar 2008 (OLG München/LG Augsburg)

Sicherheitsmaßnahmen im Vollzug von Arrest während der Untersuchungshaft (Prüfungsanforderungen; Suizidgefahr; Unterbringung in dauerhaft beleuchteter Haftzelle; alleinige Bekleidung mit einer Papierunterhose); Wiedereinsetzung im Verfassungsbeschwerdeverfahren (versehentlicher Versand der Beschwerdeschrift an falsche Faxnummer); Sachaufklärungspflicht; effektiver Rechtsschutz.

Art. 2 Abs. 1 GG; Art. 1 Abs. 1 GG; Art. 2 Abs. 2 S. 1 GG; Art. 19 Abs. 4 GG; § 93 Abs. 2 BVerfGG; § 119 Abs. 3 StPO

1. Der Grundsatz der Verhältnismäßigkeit, der den Voll-

zug der Untersuchungshaft in besonderem Maße beherrschen muss, gebietet bei der Auslegung und Anwendung des § 119 Abs. 3 StPO eine Abwägung aller Umstände des Einzelfalles. Beschränkungen sind danach nur zulässig, wenn sie erforderlich sind, um eine reale Gefahr für die dort genannten öffentlichen Interessen abzuwehren, und dieses Ziel nicht mit weniger eingreifenden Maßnahmen erreicht werden kann. Für eine solche Gefahr müssen konkrete Anhaltspunkte vorliegen.

2. Gestützt auf § 119 Abs. 3 StPO kommen besondere Sicherungsmaßnahmen namentlich in Betracht, wenn nach dem Verhalten des Gefangenen oder aufgrund seines seelischen Zustandes in erhöhtem Maße Fluchtgefahr, die Gefahr von Gewalttätigkeiten gegen Personen oder Sachen oder die Gefahr der Selbsttötung oder Selbstbeschädigung besteht.

3. Die fachgerichtliche Überprüfung grundrechtseingreifender Maßnahmen kann die rechtsstaatlich gebotene Beachtung des geltenden Rechts und den effektiven Schutz der berührten materiellen Rechte nur gewährleisten, wenn sie auf zureichender Aufklärung des jeweiligen Sachverhalts beruht. Das Rechtsstaatsprinzip, die materiell berührten Grundrechte und das Grundrecht aus Art. 19 Abs. 4 GG sind verletzt, wenn Maßnahmen im Haftvollzug von den Gerichten ohne zureichende Sachverhaltsaufklärung als rechtmäßig bestätigt werden.

4. Bei der prognostischen Einschätzung der Gefährdungslage gemäß § 119 Abs. 3 StPO, Nr. 62 UVollzO wird der Vollzugsbehörde ein Beurteilungsspielraum zugebilligt, in dessen Rahmen sie bei Achtung der Grundrechte des Gefangenen eine von mehreren Entscheidungen treffen kann, die gleichermaßen rechtlich vertretbar sind. Dies entbindet die Gerichte jedoch nicht von ihrer rechtsstaatlich fundierten Prüfungspflicht, die in der Untersuchungshaft besonders strikt zu beachtende Verhältnismäßigkeit der getroffenen Anordnungen beurteilen zu können.

5. Genehmigt der Richter fernmündlich eine dringende Sicherheitsmaßnahme im Untersuchungshaftvollzug, so ist diese Genehmigung unverzüglich schriftlich niederzulegen und dem Betroffenen oder dessen Bevollmächtigtem bekannt zu geben.

6. Gibt der Vortrag des Beschwerdeführers Anlass, zu prüfen, ob die Beschwerde darüber hinaus auch auf die Feststellung der Rechtswidrigkeit der verfahrensgegenständlichen Maßnahmen für die Vergangenheit zielte, so verletzt das Unterlassen einer entsprechenden Prüfung den Anspruch des Beschwerdeführer auf effektiven Rechtsschutz aus Art. 19 Abs. 4 GG.

1017. BVerfG 2 BvR 1001/08 (1. Kammer des Zweiten Senats) – Beschluss vom 1. August 2008 (OLG Brandenburg/LG Frankfurt/Oder)

Verhältnismäßigkeit der Fortdauer einer Unterbringung in einem psychiatrischen Krankenhaus (Pädophilie; Verhältnis zur Strafe; Therapieunfähigkeit).

§ 61 Nr. 1 bis 6 StGB; § 62 StGB; § 63 StGB

1. Es existiert kein verfassungsrechtlicher Grundsatz,

dass die Dauer einer Unterbringung in einem psychiatrischen Krankenhaus die Dauer einer zugleich verhängten Freiheitsstrafe nicht überschreiten dürfe.

2. Die Anordnung und Fortdauer der Unterbringung in einem psychiatrischen Krankenhaus ist auch dann zuläs-

sig, wenn sie allein oder vorrangig den Sicherungsbelangen der Allgemeinheit dient. Die hinreichend konkrete Aussicht eines wenigstens zeitweiligen Therapieerfolges ist bei der Unterbringung gemäß § 63 StGB keine verfassungsrechtlich gebotene Voraussetzung.

Rechtsprechung

Hervorzuhebende Entscheidungen des BGH

I. Materielles Strafrecht – Allgemeiner Teil

949. BGH 4 StR 369/08 – Urteil vom 16. Oktober 2008 (LG Essen)

Tötungsvorsatz (aberratio ictus; dolus eventualis: hoher Indizwert gefährlicher Gewalthandlungen); minder schwerer Fall des Totschlages (Grenzen der Revisibilität der Strafzumessung).

§ 212 StGB; § 213 StGB; § 15 StGB; § 16 Abs. 1 Satz 1 StGB; § 46 StGB

1. Wirkt sich die Tat ohne Verwechslung des Angriffsobjekts an einem anderen Menschen aus (aberratio ictus, Fehlgehen des Angriffs), kann dem Täter, soweit die Wirkung des Angriffs auf das nicht in Aussicht genommene Opfer in Frage steht, der Vorwurf der vorsätzlichen Tatbestandserfüllung nur dann gemacht werden, wenn er weiß, dass ein solcher Erfolg eintreten kann, und er diese Möglichkeit billigend in Kauf nimmt (h.M.; BGHSt 34, 53, 55).

2. Auch für das Willenselement stellt die Lebensbedrohlichkeit gefährlicher Gewalthandlungen ein gewichtiges Beweisanzeichen dar, jedoch ist angesichts der hohen Hemmschwelle gegenüber einer Tötung unter Berücksichtigung aller Umstände des Einzelfalles sorgfältig zu prüfen, ob der Täter, der sein gefährliches Handeln durchführt, obwohl er mit der Möglichkeit tödlicher Verletzungen rechnet, den Tod des Opfers billigend in Kauf nimmt (vgl. BGHR StGB § 212 Abs. 1 Vorsatz, bedingter 3, 5, 33, 35 und 38 jeweils m.w.N.). In diese Prüfung sind vor allem die konkrete Angriffsweise, die psychische Verfassung des Täters bei der Tatbegehung sowie seine Motivation mit einzubeziehen (vgl. BGHR StGB § 212 Abs. 1 Vorsatz, bedingter 39).

3. Einzelfall einer Tötung der Ehefrau durch eine äußerst gefährliche Gewalthandlung, die primär einem „Ehebrecher“ galt.

984. BGH 5 StR 377/08 - Beschluss vom 17. September 2008 (LG Neuruppin)

Bedingter Tötungsvorsatz (Beweiswürdigung); Rechtfertigung durch Notwehr (Einschränkung auf Grund vorheriger Provokation).

§ 15 StGB; § 32 StGB; § 212 StGB; § 261 StPO

1. Noch oberflächliche und geringe Schnittverletzungen am Brustbein und am linken Rippenbogen sind als Grundlage einer Schlussfolgerung auf eine Billigung tödlicher Verletzungen aus äußerst gefährlichen Gewalthandlungen offensichtlich ungeeignet.

2. Die Annahme, der Angeklagte habe einen Messerangriff auf besonders gefährdete Körperregionen gerichtet, die er problemlos habe auswählen können, darf nicht im Widerspruch zu festgestellten wesentlichen Umständen der bestehenden Kampfeslage stehen.

923. BGH 4 StR 141/08 - Beschluss vom 10. Oktober 2008 (LG Magdeburg)

Versuchte Vergewaltigung; Rücktritt (Abgrenzung unbeendeter Versuch und beendeter Versuch nach dem Rücktrittshorizont; Unmaßgeblichkeit der Erreichung außertatbestandlicher Handlungsziele); Gefährlichkeitsprognose bei der Sicherungsverwahrung (keine belastende Verwertung zulässigen Verteidigungsverhaltens).

§ 177 Abs. 1 StGB a.F.; § 24 Abs. 1 StGB; § 66 Abs. 1 Nr. 3 StGB

1. Maßgeblich für die Abgrenzung des unbeendeten vom beendeten Versuch und damit für die Voraussetzungen des strafbefreienden Rücktritts ist allein, ob der Täter nach der letzten von ihm konkret vorgenommenen Ausführungshandlung den Eintritt des tatbestandsmäßigen Erfolgs für möglich hält (sog. Rücktrittshorizont, vgl. BGHSt - GS - 39, 221, 227 f.). Ein strafbefreiender Rücktritt vom unbeendeten Versuch ist demgemäß auch in den Fällen möglich, in denen der Täter von weiteren Handlungen absieht, weil er sein außertatbestandsmäßiges Handlungsziel erreicht hat (vgl. BGHSt aaO S. 230 f.; BGHR StGB § 24 Abs. 1 Satz 1 Freiwilligkeit 24). Der freiwillige Verzicht auf eine ohne weitere Zäsur als noch möglich erkannte Tatbestandsverwirklichung reicht zum strafbefreienden Rücktritt vom unbeendeten - dann nicht etwa fehlgeschlagenen - Versuch aus (vgl. BGH NSTZ-RR 1997, 259; 2002, 168, jew. m.w.N.).

2. Ein zulässiges Verteidigungsverhalten darf bei der Prognoseentscheidung gemäß § 66 Abs. 1 Nr. 3 StGB nicht zum Nachteil des Angeklagten gewertet werden (vgl. BGH NStZ 1993, 37).

3. Die Gefährlichkeit des Täters für die Allgemeinheit im Sinne des § 66 Abs. 1 Nr. 3 StGB ist nur gegeben, wenn die bestimmte Wahrscheinlichkeit (vgl. BGHSt 25, 59, 61) besteht, dass er auch in Zukunft Straftaten begehen wird, die eine erhebliche Störung des Rechtsfriedens darstellen (vgl. BGH NStZ-RR 2006, 105).

1024. BGH 2 StR 176/08 - Beschluss vom 25. Juni 2008 (LG Kassel)

Intertemporales Strafrecht (milderes Gesetz; Anwendung als Ganzes); Menschenhandel; nachträgliche Bildung der Gesamtstrafe (Erledigung isolierter Geldstrafen aus früheren Gesamtstrafenentscheidungen).

§ 181 Abs. 1 Nr. 1 StGB a. F.; § 180b Abs. 2 Nr. 2 StGB

a. F.; § 232 StGB; § 2 Abs. 3 StGB; § 53 Abs. 2 StGB; § 55 StGB

1. Nach § 2 Abs. 3 StGB ist das mildeste Gesetz als Ganzes und nicht nur dessen milderer Strafrahmen anzuwenden.

2. Nach § 53 Abs. 2 Satz 2 StGB neben einer Freiheitsstrafe gesondert verhängte Geldstrafen aus einer früheren Verurteilung sind solange einbeziehungs-fähig, wie diese Verurteilung noch nicht insgesamt im Sinne des § 55 Abs. 1 Satz 1 StGB erledigt ist.

3. Bei Bildung einer nachträglichen Gesamtstrafe tritt eine Erledigung der einbezogenen Strafen nur ein, wenn die in der Gesamtstrafenentscheidung verhängten Strafen vollständig vollstreckt, verjährt oder erlassen sind. Mit der Rechtskraft der nachträglichen Gesamtstrafenbildung scheidet eine gesonderte Vollstreckung der einbezogenen Strafen aus.

Rechtsprechung

II. Materielles Strafrecht – Besonderer Teil

998. BGH 5 StR 445/08 - Beschluss vom 1. Oktober 2008 (LG Berlin)

BGHSt; schwerer, besonders schwerer räuberischer Diebstahl (Verwendung einer Waffe oder eines anderen gefährlichen Werkzeugs nach Vollendung einer Raubtat; Beutesicherungsabsicht; Pfefferspray); Nötigung; Raub.

§ 249 StGB; § 242 StGB; § 252 StGB; § 250 Abs. 1 Nr. 1a, Abs. 2 Nr. 1 StGB; § 240 StGB

1. Die Verwendung einer Waffe oder eines anderen gefährlichen Werkzeugs nach Vollendung einer Raubtat setzt zur Verwirklichung der Qualifikation nach § 250 Abs. 2 Nr. 1 StGB Beutesicherungsabsicht voraus. (BGHSt)

2. In den Fällen des § 250 Abs. 1 Nr. 1a StGB muss die Waffe in einem Handlungsausschnitt mitgeführt werden, der wenigstens zu einer Intensivierung der tatbestandstypischen Rechtsgutsverletzung bzw. zur Sicherung des Erlangten dient. (Bearbeiter)

947. BGH 4 StR 359/08 - Beschluss vom 30. September 2008 (LG Essen)

Schwerer Raub (Werkzeug und Mittel; Abgrenzung von der Täuschung); Diebstahl mit Waffen (Werkzeug und Mittel).

§ 250 Abs. 1 Nr. 1 Buchst. b StGB; § 244 Abs. 1 Nr. 1 Buchst. b StGB

1. Nach der Rechtsprechung des Bundesgerichtshofs sind „Werkzeug oder Mittel“ im Sinne des § 250 Abs. 1 Nr. 1 Buchst. b StGB zwar grundsätzlich alle Gegenstände, die

als Mittel zur Überwindung des Widerstands des Tatopfers mittels Gewalt oder Drohung geeignet sind. Sie müssen aber, sofern sie als Drohmittel eingesetzt werden (sollen), unter den konkreten Umständen ihrer geplanten Verwendung aus Sicht des Täters ohne Weiteres geeignet sein, bei dem Opfer den Eindruck hervorzurufen, sie können zur Gewaltanwendung verwendet werden und deshalb gefährlich sein. Dies ist indes nicht der Fall, wenn der Gegenstand schon nach seinem äußeren Erscheinungsbild offensichtlich ungefährlich und deshalb nicht geeignet ist, mit ihm auf den Körper eines anderen in erheblicher Weise einzuwirken. Dann steht die Täuschung und nicht – wie erforderlich – die Drohung im Vordergrund (BGH NStZ 2007, 332, 333).

2. Diese Begriffsbestimmung gilt auch für § 244 Abs. 1 Nr. 1 Buchst. b StGB.

945. BGH 4 StR 354/08 - Urteil vom 9. Oktober 2008 (LG Essen)

Besondere Schuldschwere im Sinne von § 57 a Abs. 1 Satz 1 Nr. 2 StGB (Einbeziehung aller abgeurteilten Taten); Mord.

§ 211 StGB; § 57 a Abs. 1 Satz 1 Nr. 2 StGB

1. Die Entscheidung der Frage, ob die besondere Schwere der Schuld zu bejahen ist, hat der Tatrichter unter Abwägung der im Einzelfall für und gegen den Angeklagten sprechenden Umstände zu treffen (vgl. BGHSt 40, 360, 370; 41, 57, 62; 42, 226, 227). Dem Revisionsgericht ist bei der Nachprüfung der tatrichterlichen Wertung eine ins Einzelne gehende Richtigkeitskontrolle versagt; insbesondere ist es gehindert, seine Wertung an die Stelle derjenigen des Tatrichters zu setzen. Es hat jedoch zu

prüfen, ob der Tatrichter alle maßgeblichen Umstände bedacht und rechtsfehlerfrei abgewogen hat (vgl. BGHSt 40, 360, 370).

2. Bei der Verhängung einer lebenslangen Freiheitsstrafe als Gesamtstrafe sind nach § 57 b StGB Anknüpfungspunkt für die Prüfung der besonderen Schuldschwere regelmäßig sämtliche der Gesamtstrafe zu Grunde liegenden Taten (vgl. BGH NStZ 1997, 277; NStZ 1998, 352 f.; BGH, Urteil vom 8. August 2001 - 3 StR 162/01). Handelt es sich bei den weiteren Straftaten aber um solche, die der leichten Kriminalität zuzurechnen wären, so sind diese regelmäßig für die Entscheidung über die besondere Schwere der Schuld ohne Bedeutung (vgl. BGH NStZ-RR 2002, 137 zu einem Verstoß gegen das Ausländergesetz).

3. Das Zusammentreffen zweier Mordmerkmale führt nicht schematisch zur Bejahung der besonderen Schuldschwere, sondern nur dann, wenn das weitere Merkmal im konkreten Fall schulderhöhende Umstände aufzeigt. Bei einem Raubmord kann die regelmäßig gleichzeitige Verwirklichung der Mordmerkmale der Habgier und des Ermöglichen einer Straftat der Tat nicht ohne weiteres ein besonders schulderhöhendes Gewicht geben (vgl. BGHR StGB § 57 a Abs. 1 Schuldschwere 16, 18).

959. BGH 5 StR 189/08 – Urteil vom 17. September 2008 (LG Chemnitz)

Mord (Heimtücke: Feststellung des Ausnutzungsbewusstseins, vorhergehende Feinseligkeiten).
§ 211 StGB

1. Heimtückisch handelt, wer in feindlicher Willensrichtung die Arg- und Wehrlosigkeit des Tatopfers bewusst zur Tötung ausnutzt. Wesentlich ist, dass der Mörder sein Opfer, das keinen Angriff erwartet, also arglos ist, in einer hilflosen Lage überrascht und dadurch daran hindert, dem Anschlag auf sein Leben zu begegnen oder ihn wenigstens zu erschweren. Maßgebend für die Beurteilung ist die Lage bei Beginn des ersten mit Tötungsvorsatz geführten Angriffs (st. Rspr., vgl. u. a. BGH NStZ 2006, 503, 504 m.w.N.). Für das bewusste Ausnutzen von Arg- und Wehrlosigkeit ist es erforderlich, dass der Täter die Arg- und Wehrlosigkeit in ihrer Bedeutung für die hilflose Lage des Angegriffenen und die Ausführung der Tat in dem Sinne erfasst, dass er sich bewusst ist, einen durch seine Arglosigkeit gegenüber einem Angriff schutzlosen Menschen zu überraschen (vgl. BGH, Urteil vom 20. Juli 2004 – 1 StR 145/04; BGH NStZ 2003, 535; BGHR StGB § 211 Abs. 2 Heimtücke 2, 9).

2. Das Ausnutzungsbewusstsein bedarf zwar in objektiv klaren Fällen bei einem psychisch normal disponierten Täter auch bei Taten aus rascher Eingebung keiner näheren Darlegung. Anders kann es jedoch gerade bei „Augenblickstaten“, insbesondere bei affektiven Durchbrüchen oder sonstigen heftigen Gemütsbewegungen sein. Dann kann je nach den Umständen eine nähere Darlegung geboten sein, warum der spontan agierende Täter trotz seiner Erregung die für die Heimtücke maßgebenden Aspekte in sein Bewusstsein aufgenommen hat (BGH NStZ-RR 2005, 264 – 266).

3. Grundsätzlich können Arg- und Wehrlosigkeit auch gegeben sein, wenn der Tat eine feindselige Auseinandersetzung vorausgeht, das Tatopfer aber gleichwohl nicht mit einem erheblichen Angriff gegen seine körperliche Unversehrtheit rechnet (vgl. BGH NStZ-RR 2004, 234, 235; BGHR StGB § 211 Abs. 2 Heimtücke 13, 21).

1049. BGH 3 StR 229/08 - Beschluss vom 8. Juli 2008 (LG Osnabrück)

Schwerer Raub (Verwenden einer ungeladenen Schusswaffe; qualifizierte Drohung zwischen Vollendung und Beendigung); sukzessive Mittäterschaft; Urteilsformel (Gemeinschaftlichkeit, Mittäterschaft).
§ 250 Abs. 2 Nr. 1 StGB; § 260 Abs. 4 StPO

1. Die Drohung mit einer ungeladenen Schusswaffe erfüllt die an das Verwenden einer Waffe im Sinne des schweren Raubes (§ 250 Abs. 2 Nr. 1 StGB) zu stellenden Voraussetzungen auch dann nicht, wenn der Täter sie in wenigen Sekunden mit zwei oder drei schnellen Handgriffen hätte laden können.

2. Wird eine geladene Waffe nach der Vollendung eines Raubs, aber noch vor dessen Beendigung zur Beutesicherung eingesetzt, so genügt dies für ein Verwenden „bei der Tat“ im Sinne des § 250 Abs. 2 Nr. 1 StGB.

3. Die Angabe mittäterschaftlicher Begehung („gemeinschaftlich“) ist bei der Fassung der Urteilsformel entbehrlich und hat aus Gründen der Übersichtlichkeit zu unterbleiben.

1041. BGH 3 StR 167/08 - Beschluss vom 8. Juli 2008 (LG Hannover)

Beweiswürdigung (selbstbelastende Einlassung eines dementen Angeklagten; widersprüchliche Einlassungen); Rücktritt vom Versuch (Fehlschlag); schwere Körperverletzung (dauernde Entstellung in erheblicher Weise); Urteilsgründe (Verweis auf Abbildungen wegen der Einzelheiten).
§ 24 Abs. 1 StGB; § 261 StPO; § 267 Abs. 1 Satz 3 StPO

Für eine schwere Körperverletzung in der Alternative der dauernden Entstellung in erheblicher Weise (§ 226 Abs. 1 Nr. 3 StGB) ist erforderlich, dass die Gesamterscheinung des Verletzten in einem Maße verunstaltet ist, dass die Beeinträchtigung in ihrem Gewicht den übrigen in § 226 StGB genannten Folgen in etwa nahe kommt.

1050. BGH 3 StR 236/08 - Urteil vom 21. August 2008 (LG Hannover)

Tötungsvorsatz (besonders gefährliche Gewalthandlung; sich aufdrängende Prüfung); Beteiligung an einer Schlägerei (Tateinheit mit Tötungs- und Körperverletzungsdelikten); Revision der Nebenklage (Prüfungsumfang; zum Anschluss berechtigende Strafvorschriften).
§ 212 StGB; § 15 StGB; § 231 StGB; § 400 StPO

1. Infolge seines speziellen Rechtsguts kann § 231 StGB (Beteiligung an einer Schlägerei) mit Tötungs- und Körperverletzungsdelikten in Tateinheit stehen.

2. Auf die Revision der Nebenklage ist das angefochtene Urteil nur auf die rechtsfehlerfreie Anwendung der zur Nebenklage berechtigenden Strafvorschriften zu prüfen, nicht dagegen darauf, ob es der Tatrichter fälschlich unterlassen hat, in den Schuldspruch ein tateinheitlich in Betracht kommendes, nicht zur Nebenklage berechtigendes Delikt aufzunehmen.

958. BGH 5 StR 180/08 – Urteil vom 10. Juni 2008 (LG Neuruppin)

Sexueller Missbrauch Schutzbefohlener (Obhutsverhältnis); Grenzen der Revisibilität der Strafzumessung; Aussetzung der Freiheitsstrafe zur Bewährung (besondere Umstände).

§ 182 Abs. 2 Nr. 1 StGB; § 174 Abs. 1 Nr. 1 und Nr. 2 StGB; § 46 StGB; § 56 Abs. 2 StGB

1. Voraussetzung für ein Obhutsverhältnis im Sinne des § 174 Abs. 1 StGB ist, dass ein Verhältnis besteht, kraft dessen einer Person das Recht und die Pflicht obliegen, die Lebensführung des Minderjährigen und damit dessen geistig-sittliche Entwicklung zu überwachen und zu leiten (vgl. BGHR StGB § 174 Abs. 1 Obhutsverhältnis 1 und 2). Ob ein solches Obhutsverhältnis, das auch bei einer Tätigkeit als Trainer bestehen kann (BGHSt 17, 191, 192/193 – Fußballtrainer; BGH NStZ 2003, 661 – Tennistrainer), vorliegt, ist nach den tatsächlichen Verhältnissen des Einzelfalls zu beurteilen (BGHSt 19, 163; 33, 340, 344; 41, 137, 139).

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

möglich noch nötig (BGH, Urteil vom 25. Mai 1994 – 3 StR 209/94).

3. Ob besondere Umstände iS des § 56 Abs. 2 StGB in der Tat und in der Täterpersönlichkeit vorliegen, ist aufgrund einer Gesamtwürdigung aller Umstände zu entscheiden. Diese Würdigung obliegt – ebenso wie die Strafzumessung – dem Tatrichter. Eine Strafaussetzung zur Bewährung kommt in Betracht, wenn sie trotz des erheblichen Unrechts- und Schuldgehalts der Tat, der sich in der Strafhöhe widerspiegelt, nicht als unangebracht erscheint und den allgemeinen vom Strafrecht geschützten Interessen nicht zuwiderläuft (vgl. BGHSt 29, 370, 371; st. Rspr., z. B. BGH, wistra 1997, 22). Die „besonderen Umstände“ müssen dabei umso gewichtiger sein, je näher die Strafe an der Zweijahresgrenze liegt (BGH wistra 1985, 147, 148). Dabei lässt sich der Begriff der „besonderen Umstände“ nicht so scharf abgrenzen, dass in allen denkbaren Fällen nur eine allein richtige Entscheidung möglich wäre. Das Revisionsgericht hat in Grenzfällen die Wertung des Tatrichters hinzunehmen.

948. BGH 4 StR 368/08 – Beschluss vom 9. September 2008 (LG Dessau-Roßlau)

Landfriedensbruch (Beteiligung als Täter oder Teilnehmer; Grenzen der psychischen Beihilfe).

§ 125 Abs. 1 Nr. 1, Nr. 2 StGB

1. Für eine Beteiligung im Sinne des § 125 Abs. 1 StGB genügt nicht, bloßer Teil der „Menschenmenge“ gewesen zu sein, aus der heraus die Gewalttätigkeiten begangen wurden. Ob sich jemand an diesen „als Täter oder Teilnehmer beteiligt“ hat und damit Täter des Landfriedensbruchs ist, bestimmt sich vielmehr nach den allgemeinen Teilnahmegrundsätzen der §§ 25 ff. StGB.

2. Das bloß inaktive Dabeisein oder Mitmarschieren stellt weder eine psychische Beihilfe noch ein bestimmte Gewalttätigkeiten auf andere Weise unterstützendes Verhalten dar (vgl. BGH NStZ 1984, 549; OLG Naumburg NJW 2001, 2034).

Rechtsprechung

III. Strafzumessungs- und Maßregelrecht

916. BGH 1 StR 449/08 – Beschluss vom 9. September 2008 (LG Deggendorf)

Verhältnis von Sicherungsverwahrung und vorbehalten Sicherungsverwahrung (Beurteilung der Gefährlichkeit bei verweigerter Exploration: Schluss aus dem Hang, neue Umstände nach der letzten Hangtat, Selbstbelastungsfreiheit); Stellung des Adhäsionsantrags vor den Schlussvorträgen (Stellungnahmemöglichkeit der Staatsanwaltschaft).

§ 66a StGB; § 66 Abs. 3 Satz 2, Abs. 2 StGB; § 404 Abs. 1 Satz 1 StPO

1. Aus dem Grundsatz der Selbstbelastungsfreiheit folgt ohne weiteres, dass ein Angeklagter nicht aktiv an der Schaffung von Grundlagen für seine Verurteilung mitwirken muss. Zur Feststellung der Gefährlichkeit eines Hangtäters bedarf es keiner Erkenntnisse, die nur mit dessen Zustimmung gewonnen werden können. Vielmehr ergibt sich die Gefährlichkeit i.S.d. § 66 Abs. 1 Nr. 3 StGB regelmäßig schon allein aus der getroffenen Feststellung eines Hangs (BGH NStZ 2007, 464; BGHSt 50, 188, 196; BGHR StGB § 66 Abs. 1 Gefährlichkeit 1, 3 jew. m.w.N.).

2. Anderes kann - von Besonderheiten hinsichtlich der drohenden Taten (vgl. BGHR StGB § 66 Abs. 1 Hang 4) abgesehen - nur dann gelten, wenn zwischen der letzten Hangtat und dem Urteilszeitpunkt neue Umstände eingetreten sind, die die Wahrscheinlichkeit künftiger Straftaten entfallen lassen. Dabei müssen die Umstände als solche feststehen (BGH NStZ 2007, 464; BGHR StGB § 66 Abs. 1 Gefährlichkeit 1). Sind nach der letzten Hangtat Umstände eingetreten, die zwar möglicherweise die künftige Gefährlichkeit in Frage stellen können, die aber noch keine eindeutige Beurteilung der Frage zulassen, ob deshalb die Gefährlichkeit entfallen ist oder nicht, so ist Raum für eine vorbehaltene Sicherungsverwahrung gemäß § 66a StGB.

3. Liegen die Voraussetzungen für eine Sicherungsverwahrung gemäß § 66 Abs. 2 und § 66 Abs. 3 Satz 2 StGB vor, hat die Strafkammer zu entscheiden, wie sie das ihr danach eingeräumte Ermessen ausübt, gegen den Angeklagten Sicherungsverwahrung anzuordnen oder nicht. Für eine Anordnung vorbehaltener Sicherungsverwahrung ist dagegen kein Raum (BGHSt 50, 188, 193).

4. Ein Adhäsionsantrag ist gemäß § 404 Abs. 1 Satz 1 StPO vor Beginn der Schlussvorträge zu stellen, weil (auch) der Staatsanwalt Gelegenheit haben muss, auch zu Schadensersatzansprüchen Stellung zu beziehen (BGHR StPO § 404 Abs. 1 Antragstellung 1). Deshalb reicht es aus, wenn in Fällen, in denen nach den Schlussausführungen die Beweisaufnahme wieder eröffnet wurde, der Antrag vor den erneuten (letzten) Schlussausführungen gestellt wird.

924. BGH 4 StR 153/08 - Urteil vom 2. Oktober 2008 (LG Münster)

Verfall von Wertersatz; Härtevorschrift (Revisibilität; Ermessen; Begriff der unbilligen Härte: vollständige Entreicherung und Unterhaltsverpflichtungen; Behandlung von Vermögen, das zweifelsfrei in keinem denkbaren Zusammenhang mit den abgeurteilten Straftaten steht).

§ 73 StGB; § 73a StGB; § 73c StGB

1. Es kommt für den Verfall von Wertersatz grundsätzlich nicht darauf an, ob das vorhandene Vermögen einen konkreten oder unmittelbaren Bezug zu den Straftaten hat; ebenso wenig hängt die Anordnung des Verfalls davon ab, ob der Angeklagte die vorhandenen Vermögenswerte unmittelbar mit Drogengeldern erworben hat oder ob er mit Drogengeldern andere Aufwendungen bestritten und erst mit den so eingesparten Mitteln das noch vorhandene Vermögen gebildet hat (st. Rspr.; vgl. BGHR StGB § 73 c Wert 2 = wistra 2000, 298). Daher scheidet eine Ermessensentscheidung nach § 73 c Abs. 1 Satz 2 1. Alt. StGB regelmäßig aus, solange und soweit der Angeklagte über Vermögen verfügt, das wertmäßig nicht hinter dem „verfallbaren“ Betrag zurückbleibt (BGH aaO).

2. Letzteres gilt indes nicht uneingeschränkt. Steht zweifelsfrei fest, dass der fragliche Vermögenswert ohne jeden denkbaren Zusammenhang mit den abgeurteilten Straftaten erworben wurde, ist eine Ermessensentscheidung nach § 73 c Abs. 1 Satz 2 1. Alt. StGB insoweit nicht

ausgeschlossen (vgl. Senat BGHSt 48, 40, 42 f.; BGH NStZ-RR 2005, 104 [3. Strafsenat]; a.A. [nicht tragend] BGHSt 51, 65, 70 Tz. 23 [1. Strafsenat]). Vorhandenes Vermögen behält aber seine Bedeutung im Rahmen der nach billigem Ermessen zu treffenden Entscheidung. Bestehen etwa Anhaltspunkte dafür, dass der Angeklagte bewusst unbemakeltes Vermögen geschont und seine Lebensführung und sonstige Ausgaben mit dem aus den Straftaten Erlangten bestritten hat, wird dies regelmäßig dazu führen, dass von der Möglichkeit des § 73 c Abs. 1 Satz 2 1. Alt. StGB kein Gebrauch zu machen ist.

3. Zwar ist die Anwendung der Härtevorschrift des § 73 c StGB in erster Linie Sache des Tatrichters. Die Gewichtung der für das Vorliegen einer unbilligen Härte maßgeblichen Umstände unterliegt daher grundsätzlich nicht der Nachprüfung durch das Revisionsgericht. Mit der Revision kann jedoch beanstandet werden, dass das Tatbestandsmerkmal der „unbilligen Härte“ rechtsfehlerhaft interpretiert worden ist (vgl. BGH wistra 2003, 424, 425).

4. Die Annahme einer „unbilligen Härte“ im Sinne des § 73 c Abs. 1 Satz 1 StGB setzt nach ständiger Rechtsprechung eine Situation voraus, nach der die Anordnung des Verfalls das Übermaßverbot verletzen würde, also schlechthin „ungerecht“ wäre (vgl. BGH NStZ 1995, 495; wistra 2003, 424, 425). Die Auswirkungen müssen im konkreten Einzelfall außer Verhältnis zu dem vom Gesetzgeber mit der Maßnahme angestrebten Zweck stehen; es müssen besondere Umstände vorliegen, auf Grund derer mit der Vollstreckung des Verfalls eine außerhalb des Verfallszwecks liegende zusätzliche Härte verbunden wäre, die dem Betroffenen auch unter Berücksichtigung des Zwecks des Verfalls nicht zugemutet werden kann.

5. Der Gesichtspunkt, dass dem Angeklagten nur ein „geringes Restvermögen“ verbleibe, stellt kein taugliches Kriterium dar. Aus § 73 c Abs. 1 Satz 2 StGB folgt, dass die - auch vollständige - Entreicherung des Täters als solche keine Härte darstellt, die (zwingend) zum Ausschluss der Verfallsanordnung nach § 73 c Abs. 1 Satz 1 StGB führt (vgl. BGH NStZ 2000, 589, 590; wistra 2003, 424, 425). Auch ein nicht weiter spezifizierter Hinweis auf Unterhaltsverpflichtungen des Angeklagten gegenüber seinen Kindern ist ungeeignet, die Annahme eines Härtefalls im Sinne des § 73 c Abs. 1 Satz 1 zu rechtfertigen.

1029. BGH 2 StR 217/08 - Beschluss vom 25. Juni 2008 (LG Frankfurt am Main)

Täter-Opfer-Ausgleich (Ausgleich mit dem Tatopfer; beschönigendes Teilgeständnis; Übernahme von Verantwortung).

§ 46a Nr. 1 StGB

1. Ein umfassendes Geständnis ist nicht ausnahmslos erforderlich, um die Anwendung des Täter-Opfer-Ausgleichs gemäß § 46a Nr. 1 StGB zu ermöglichen. Ausnahmen sind vielmehr namentlich nach gelungenem, auf einem kommunikativen Prozess beruhenden Ausgleich mit dem Tatopfer möglich. Voraussetzung bleibt aber auch in diesem Fall, dass der Täter-Opfer-Ausgleich

Zeichen der Übernahme von Verantwortung für die Tat sein muss.

2. Eine Übernahme von Verantwortung in diesem Sinne ist im Einzelfall auch dann nicht ausgeschlossen, wenn ein in der Hauptverhandlung abgelegtes Geständnis einzelne Tatumstände beschönigt. Sie fehlt aber, wenn der Täter die Tat als Notwehrhandlung gegen einen rechtswidrigen Angriff des Tatopfers hinstellt und somit schon die Opfer-Rolle des Geschädigten bestreitet.

1061. BGH 2 StR 313/08 - Beschluss vom 23. Juli 2008 (LG Frankfurt am Main)

Schuldfähigkeit; verminderte Schuldfähigkeit; Unterbringung in einem psychiatrischen Krankenhaus.
§ 20 StGB; § 21 StGB; § 63 StGB

Die Unterbringung in einem psychiatrischen Krankenhaus (§ 63 StGB) darf bei möglicher Schuldunfähigkeit zum Tatzeitpunkt nur dann angeordnet werden, wenn der Täter bei Begehung der Tat zumindest *sicher* erheblich vermindert schuldfähig (§ 21 StGB) war.

943. BGH 4 StR 316/08 - Beschluss vom 16. September 2008 (LG Halle)

Gebotener Härteausgleich bei der Strafzumessung (unzulässige Gesamtstrafenbildung aus einer Jugendstrafe und einer Freiheitsstrafe des allgemeinen Strafrechts bei getrennter Aburteilung); rechtsfehlerhaft abgelehnte Unterbringung des Angeklagten in einer Entziehungsanstalt (Auslegung des symptomatischen Zusammenhangs).
§ 54 StGB; § 64 StGB

Zwischen dem in § 64 StGB vorausgesetzten Hang zu übermäßigem Alkoholenuss und der Tat sowie der zukünftigen Gefährlichkeit muss ein symptomatischer Zusammenhang bestehen (vgl. BGHR StGB § 64 Zusammenhang, symptomatischer 1). Ein solcher Zusammenhang ist nach ständiger Rechtsprechung auch dann zu bejahen, wenn der Hang zum übermäßigen Konsum alkoholischer Getränke neben anderen Umständen mit dazu beigetragen hat, dass der Angeklagte erhebliche rechtswidrige Taten begangen hat und dies bei unverändertem Suchtverhalten auch in Zukunft zu besorgen ist. Dieser Zusammenhang kann daher grundsätzlich nicht allein deshalb verneint werden, weil außer dem Alkoholmissbrauch noch weitere Persönlichkeitsmängel eine Disposition für die Begehung von Straftaten begründen

(vgl. BGHR StGB § 64 Zusammenhang, symptomatischer 1; BGH NStZ 2004, 681).

951. BGH 4 StR 387/08 - Beschluss vom 8. Oktober 2008 (LG Arnsberg)

Strafzumessung bei der Vergewaltigung (vertypte Milderungsgründe).
§ 50 StGB; § 46 StGB; § 177 StGB

Zwar kann das Vorliegen eines vertypten Milderungsgrundes Anlass geben, trotz Vorliegens eines Regelbeispiels einen besonders schweren Fall zu verneinen (st. Rspr). Der Tatrichter muss aber bedenken, dass der nach §§ 21, 49 Abs. 1 StGB gemilderte Strafraum des § 177 Abs. 2 StGB für den Angeklagten günstiger ist als der des § 177 Abs. 1 StGB (Freiheitsstrafe von einem Jahr bis zu fünfzehn Jahren).

933. BGH 4 StR 221/08 - Beschluss vom 17. Juli 2008 (LG Saarbrücken)

Feststellung belastender Tatfolgen (Geltung des Zweifelssatzes, in dubio pro reo).
§ 46 StGB; § 261 StPO

Der Zweifelssatz gilt uneingeschränkt auch für die Strafzumessung (vgl. BGH NStZ-RR 2004, 41 m.w.N.). Eine zum Nachteil des Angeklagten auf bloße Vermutungen hinsichtlich möglicherweise auftretender Folgen der Tat gestützte Strafzumessung ist unzulässig.

934. BGH 4 StR 226/08 - Beschluss vom 8. Oktober 2008 (LG Bochum)

Minder schwerer Fall des Totschlags; Doppelverwertungsverbot beim Totschlag; eigene Strafzumessung des Revisionsgerichts (verfassungskonforme Auslegung; Aufrechterhaltung der Strafe).
§ 212 StGB; § 213 StGB; § 21 StGB; § 49 StGB; § 46 Abs. 3 StGB; § 354 Abs. 1a StPO

Eine Strafzumessungserwägung bei der Verurteilung wegen Totschlags, die der Sache nach nichts Anderes beschreibt als den zur Tatbestandsverwirklichung erforderlichen Tötungsvorsatz und die Anwendung der nach der Vorstellung der Angeklagten zur Tötung erforderlichen Gewalt, verstößt gegen das Doppelverwertungsverbot. Ebenso wie der Tötungsvorsatz als solcher darf auch die Anwendung der zur Tötung erforderlichen Gewalt grundsätzlich nicht strafscharfend gewertet werden (vgl. BGHR StGB § 46 Abs. 3 Tötungsvorsatz 2; BGH StV 1998, 657).

Rechtsprechung

IV. Strafverfahrensrecht mit GVG

1020. BGH 2 StR 134/08 - Beschluss vom 10. September 2008 (OLG Frankfurt am Main)

BGHSt; Wiedereinsetzung in den vorigen Stand gegen die Versäumung der Frist zur Einlegung der Revision;

Frist zur Ergänzung der abgekürzten Urteilsgründe (Fristbeginn; Eingang der Akten); Divergenzvorlage durch das Oberlandesgericht (Abweichung vom Bayerischen Obersten Landesgericht).

§ 267 Abs. 4 Satz 3 StPO; § 275 Abs. 1 Satz 2 StPO;
§ 121 Abs. 2 GVG

1. Nach Wiedereinsetzung in den vorigen Stand gegen die Versäumung der Frist zur Einlegung der Revision beginnt die Frist zur Ergänzung der abgekürzten Urteilsgründe mit dem Eingang der Akten bei dem für die Ergänzung zuständigen Gericht. (BGHSt)

2. Der Senat lässt offen, ob eine Divergenz zu der Rechtsmeinung des aufgelösten Bayerischen Obersten Landesgerichts die Vorlegungspflicht aus § 121 Abs. 2 GVG auch nach dessen Auflösung noch begründet. (Bearbeiter)

921. BGH 1 StR 497/08 - Beschluss vom 8. Oktober 2008 (LG Regensburg)

BGHR; Erstattung der dem zum Anschluss als Nebenkläger Berechtigten für die Heranziehung eines Verletztenbeistandes im Revisionsverfahren entstandenen notwendigen Auslagen.

§ 406g Abs. 3 Satz 1 StPO; § 472 Abs. 3 Satz 1, Abs. 1 Satz 1 StPO; § 473 Abs. 1 Satz 2 StPO

1. Zur Erstattung der dem zum Anschluss als Nebenkläger Berechtigten für die Heranziehung eines Verletztenbeistandes im Revisionsverfahren entstandenen notwendigen Auslagen. (BGHR)

2. Bestellt ein Gericht dem zum Anschluss als Nebenkläger Berechtigten einen Rechtsanwalt als Beistand gemäß § 406g Abs. 3 Satz 1 StPO i.V.m. § 397a Abs. 1 StPO, so gilt dies für das gesamte weitere Verfahren. Demnach hat der Angeklagte als Verurteilter auch die notwendigen Auslagen der zum Anschluss als Nebenkläger Berechtigten zu tragen, die für die Heranziehung des Verletztenbeistands im Revisionsverfahren entstanden sind, § 472 Abs. 3 Satz 1 StPO i.V.m. § 472 Abs. 1 Satz 1 StPO, § 473 Abs. 1 Satz 2 StPO. (Bearbeiter)

965. BGH 5 StR 251/08 - Beschluss vom 30. September 2008 (LG Berlin)

Im Einzelfall unbegründete Rüge der unzulänglichen Verteidigung der Beschuldigten (Pflichtverteidigung; Entpflichtung; Recht auf konkrete und wirksame Verteidigung; gebotene Bemühungen um Kontakt mit der Beschuldigten; Fürsorgepflicht); redaktioneller Hinweis.

Art. 6 Abs. 3 lit. c EMRK; § 143 StPO

Grobe Pflichtverletzungen des Verteidigers, namentlich die Nichteinhaltung unverzichtbarer Mindeststandards, sind der gerichtlichen Kontrolle nicht entzogen (vgl. BGHSt 39, 310, 314; BGHR StPO § 141 Bestellung 5; BGH, Urteil vom 11. Juli 1995 – 1 StR 189/95 – und Beschluss vom 5. April 2001 – 5 StR 495/00). Hierzu gehört ein Mindestmaß an Bemühungen des gerichtlich bestellten Verteidigers um Kontaktaufnahme mit dem Beschuldigten. Dies gilt namentlich bei einer Verteidigung im Sicherungsverfahren, und zwar auch bei Erkrankungen eines Beschuldigten, die den Kontakt eines bestellten Verteidigers zu ihm und den gerade in diesem Fall unbedingt notwendigen Versuch der Herstellung eines Vertrauensverhältnisses nachhaltig erschweren.

894. BGH 1 StR 238/08 - Urteil vom 9. Oktober 2008 (LG Würzburg)

Recht auf Verfahrensbeschleunigung (Voraussetzungen einer Verletzung: Feststellungen; Kompensation nur durch Vollstreckungslösung; Verhältnis zu Art. 5 Abs. 3 Satz 2 EMRK: Anspruch auf ein Urteil innerhalb angemessener Frist oder auf Entlassung).

Art. 6 Abs. 1 Satz 1 EMRK; Art. 5 Abs. 3 Satz 1 EMRK; Art. 2 Abs. 1 GG; Art. 20 Abs. 3 GG; Art. 2 Abs. 2 Satz 2 GG; § 51 Abs. 1 StGB; § 46 StGB

1. Nach den Grundsätzen der Rechtsprechung sind als Grundlage der Kompensation Art, Ausmaß und Ursachen der Verfahrensverzögerung zu ermitteln und im Urteil konkret festzustellen. Hierfür genügen die bloße Aneinanderreihung der zeitlichen Abläufe und die Wiedergabe einer wertenden Beurteilung eines anderen Gerichts in einer Entscheidung über die weitere Haftfortdauer betreffend einen früheren Mitangeklagten nicht.

2. Der Umstand, dass das Strafverfahren während eines einzelnen Verfahrensabschnitts verzögert betrieben wurde, begründet für sich allein keinen Verstoß gegen das „Rechtsstaatsgebot“ des Art. 6 Abs. 1 Satz 1 EMRK, wenn das Strafverfahren insgesamt in angemessener Zeit abgeschlossen wurde.

3. Eine Verletzung von Art. 5 Abs. 3 Satz 1 Halbsatz 2 EMRK, Art. 2 Abs. 2 Satz 2 GG ist nicht zwangsweise zugleich auch ein Verstoß gegen Art. 6 Abs. 1 Satz 1 EMRK, Art. 2 Abs. 1 i.V.m. Art. 20 Abs. 3 GG. Dies führt dazu, dass zur Darlegung einer Verletzung des Art. 6 Abs. 1 Satz 1 EMRK der Verweis regelmäßig nicht genügt, dass ein anderes Gericht eine Verletzung des Art. 5 Abs. 3 Satz 1 Halbsatz 2 EMRK, Art. 2 Abs. 2 Satz 2 GG angenommen hat.

4. Allgemeine Kriterien für die Festlegung der für erforderlich erachteten Kompensation lassen sich zwar nicht aufstellen. Entscheidend sind stets die Umstände des Einzelfalles. Jedoch ist im Auge zu behalten, dass die Verfahrensdauer als solche sowie die damit verbundenen Belastungen der Angeklagten bereits strafmildernd in die Strafzumessung eingeflossen sind. In diesem Punkt der Rechtsfolgenbestimmung geht es daher nur mehr um einen Ausgleich für die rechtsstaatswidrige Verursachung dieser Verzögerung. Dies schließt es regelmäßig aus, etwa den Anrechnungsmaßstab des § 51 Abs. 1 Satz 1 StGB heranzuziehen und das Maß der Anrechnung mit dem Umfang der Verzögerung gleichzusetzen. Vielmehr wird sich die Anrechnung häufig auf einen eher geringen Bruchteil der Strafe zu beschränken haben (BGH - GS - NJW 2008, 860, 866; BGH, Beschl. vom 6. März 2008 - 3 StR 50/07; Beschl. vom 11. März 2008 - 3 StR 54/08).

5. Einzelfall der Überschreitung des tatrichterlichen Beurteilungsspielraums bei der Kompensation einer rechtsstaatswidrigen Verfahrensverzögerung.

938. BGH 4 StR 260/08 - Beschluss vom 14. Oktober 2008 (LG Paderborn)

Verkündung eines Urteils ohne Beratung (kein Beweis über das Sitzungsprotokoll); Hinweispflicht bei Anklage einer gemeinschaftlich begangenen Körperverlet-

zung mit Todesfolge und Verurteilung wegen alleintäterschaftlichen Totschlags.

§ 25 Abs. 1, Abs. 2 StGB; § 227 StGB; § 260 Abs. 1 StPO; § 274 StPO; § 265 StPO

1. Allein deshalb, weil das Sitzungsprotokoll eine Unterbrechung der Hauptverhandlung zum Zwecke der Urteilsberatung nicht ausweist, steht ein gerügte Verfahrensverstöß der Auslassung der Beratung nicht fest. Die Beratung ist nicht Gegenstand der formellen Beweiskraft gemäß § 274 StPO. Die Beratung ist geheim und schon deshalb nicht Bestandteil der Hauptverhandlung; an ihr nimmt der Urkundsbeamte der Geschäftsstelle nicht teil (BGHSt 5, 294; BGH NStZ 1987, 472; BGH, Beschluss vom 23. November 2000 – 3 StR 428/00). Auch eine Unterbrechung der Hauptverhandlung zum Zwecke der Beratung ist keine „für die Hauptverhandlung vorgeschriebene Förmlichkeit“ i.S.d. § 274 StPO. Eine Beratung kann jederzeit vor, während und nach einer Sitzung erfolgen, ohne dass dies jeweils explizit im Protokoll zu vermerken wäre. Im Übrigen sieht § 272 Nr. 1 StPO nur vor, dass der Tag der Verhandlung ins Protokoll aufgenommen wird, nicht aber etwa die genaue Uhrzeit, die genaue Dauer oder etwaige Unterbrechungen (vgl. auch BGH VRS 32, 143).

2. Die Annahme von Alleintäterschaft anstelle von Mittäterschaft ist gemäß § 265 StPO hinweispflichtig (BGHR StPO § 265 Abs. 1 Hinweispflicht 5 und 6). Dieser Pflicht ist jedoch genügt, wenn in einem protokollierten Hinweis des Vorsitzenden in der Hauptverhandlung eine Verfolgung wegen Totschlags aufgeführt wird, ohne dass von einem gemeinschaftlich begangenen Totschlag die Rede ist. Anderes gilt nicht deshalb weil zuvor eine Anklage wegen gemeinschaftlichen Handelns erhoben wurde und sich der Hinweis ausweislich des Protokolls an alle Angeklagte richtete.

1043. BGH 3 StR 179/08 - Beschluss vom 24. Juni 2008 (LG Kleve)

Rechtsfehlerhafte Zurückweisung eines Beweisantrags (völlig ungeeignetes Beweismittel); Erschöpfung eines Beweisantrags (rechtliches Gehör).

Art. 103 Abs. 1 GG; § 244 Abs. 3 Satz 2 StPO; § 338 Nr. 8 StPO

1. Zwar kann ein Beweisbegehren, das sich auf ein völlig ungeeignetes Beweismittel stützt, nach § 244 Abs. 3 Satz 2 StPO abgelehnt werden. Dabei muss es sich aber um ein Beweismittel handeln, dessen Inanspruchnahme von vorn herein gänzlich aussichtslos wäre, so dass sich die Erhebung des Beweises in einer reinen Förmlichkeit erschöpfen müsste.

2. Ein Zeuge ist jedenfalls dann kein völlig ungeeignetes Beweismittel, wenn er zu Vorgängen aussagen soll, die sich im Innern eines anderen Menschen abgespielt haben, und er äußere Umstände bekunden kann, die einen Schluss auf die inneren Tatsachen ermöglichen.

944. BGH 4 StR 353/08 - Beschluss vom 18. September 2008 (LG Köln)

Rechtsfehlerhafte Ablehnung eines Beweisantrages wegen Prozessverschleppung (Beleg der Voraussetzungen).

§ 244 Abs. 3 Satz 2 StPO; § 246 StPO

1. Nach der Rechtsprechung des Bundesgerichtshofs hat die Ablehnung eines Beweisantrags wegen Verschleppungsabsicht nach § 244 Abs. 3 Satz 2 StPO in objektiver Hinsicht zwei Voraussetzungen: Die verlangte Beweiserhebung kann nichts Sachdienliches zu Gunsten des Antragstellers erbringen; darüber hinaus muss sie geeignet sein, den Abschluss des Verfahrens wesentlich hinauszuzögern; in subjektiver Hinsicht muss sich der Antragsteller der Nutzlosigkeit der Beweiserhebung bewusst sein und mit dem Antrag ausschließlich die Verzögerung des Verfahrensabschlusses bezwecken (vgl. BGHSt 51, 333, 336).

2. Der späte Zeitpunkt der Antragstellung ist für sich allein kein ausreichendes Anzeichen für ein Bewusstsein der Nutzlosigkeit der Beweiserhebung (BGHSt aaO). Dies gilt schon deshalb, weil der Gesetzgeber ungeachtet der grundlegenden Bedeutung des Beschleunigungsgebots die Vorschrift des § 246 Abs. 1 StPO, nach der eine Beweiserhebung nicht deshalb abgelehnt werden darf, weil das Beweismittel oder die zu beweisende Tatsache zu spät vorgebracht worden sei, nicht geändert hat.

1026. BGH 2 StR 189/08 - Beschluss vom 6. Juni 2008 (LG Frankfurt am Main)

Akkusationsprinzip; Anklagegrundsatz; prozessuale Tat; natürliche Handlungseinheit (Straftaten gegen das menschliche Leben).

§ 200 StPO; § 264 StPO; § 52 StGB; § 206a StPO

1. Die Tat als Prozessgegenstand (§ 264 StPO) ist nicht nur der in der Anklage umschriebene und dem Angeklagten dort zur Last gelegte Geschehensablauf. Vielmehr gehört zu ihr das gesamte Verhalten, soweit es mit dem durch die Anklage bezeichneten geschichtlichen Vorwissen nach der Auffassung des Lebens einen einheitlichen Vorgang bildet. Auch sachlichrechtlich selbständige Taten können prozessual eine Tat im Sinne von § 264 StPO sein.

2. Bei der Bestimmung der Reichweite einer prozessualen Tat kommt es im Einzelfall darauf an, ob die einzelnen Handlungen nicht nur äußerlich ineinander übergehen, sondern auch innerlich derart unmittelbar miteinander verknüpft sind, dass der Unrechts- und Schuldgehalt der einen Handlung nicht ohne die Umstände, die zu der anderen Handlung geführt haben, richtig gewürdigt werden kann und ihre getrennte Würdigung und Aburteilung in verschiedenen Verfahren einen einheitlichen Lebensvorgang unnatürlich aufspalten würde.

3. Jede Tötungshandlung gegenüber einem bestimmten Menschen hebt sich - soweit nicht die Voraussetzungen des § 52 StGB vorliegen - so sehr von jeder Tötungshandlung gegenüber einem anderen Menschen ab, dass ein noch so enger äußerer, zeitlicher und psychologischer Zusammenhang verschiedene Tötungshandlungen nicht zu einer Tat machen kann. Denn höchstpersönliche

Rechtsgüter verschiedener Personen sind einer additiven Betrachtungsweise, wie sie der natürlichen Handlungseinheit zugrunde liegt, nur ausnahmsweise zugänglich. Greift daher der Täter einzelne Menschen nacheinander an, um jeden von ihnen in seiner Individualität zu beeinträchtigen, so besteht sowohl bei natürlicher als auch bei rechtsethisch wertender Betrachtungsweise selbst bei einheitlichem Tatentschluss und engem räumlichen und zeitlichen Zusammenhang regelmäßig kein Anlass, diese Vorgänge rechtlich als eine Tat zusammenzufassen.

1027. BGH 2 StR 189/08 - Beschluss vom 6. Juni 2008 (LG Frankfurt am Main)

Unzulässige Revision der Nebenklage (fehlende Angabe eines zulässigen Rechtsmittelziels; Auslegung).
§ 400 Abs. 1 StPO

Nebenkläger können ein Urteil nach § 400 Abs. 1 StPO nicht mit dem Ziel anfechten, dass eine andere (oder weitere) Rechtsfolge verhängt wird. Deshalb bedarf es bei einer Revision des Nebenklägers in der Regel eines Revisionsvortrags, der deutlich macht, dass der Beschwerdeführer ein zulässiges Ziel verfolgt. Wird lediglich beantragt, das angefochtene Urteil aufzuheben, sind zur Begründung der Sachrüge Ausführungen erforderlich, die erkennen lassen, ob das Rechtsmittel eine Änderung des Schuldspruchs hinsichtlich eines Nebenklagedelikts oder nur eine Verschärfung der Rechtsfolge anstrebt.

961. BGH 5 StR 215/08 - Urteil vom 30. September 2008 (LG Görlitz)

Örtliche Zuständigkeit (Begriff des Zusammenhangs; Einwand der Unzuständigkeit; keine Zuständigkeitsbegründung durch „rügelose Einlassung“; Präklusion); Täterschaft beim Handelstreiben mit Betäubungsmitteln (Zusammenwirken von Veräußerer und Erwerber von Betäubungsmitteln).
§ 29 BtMG; § 25 StGB; § 3 StPO; § 13 StPO; § 16 Sätze 2 und 3 StPO

1. Der Begriff der Tatbeteiligung in § 3 StPO ist nicht auf die Teilnahme im Sinne des materiellen Strafrechts beschränkt; es genügt die strafbare, in dieselbe Richtung zielende Mitwirkung an einem einheitlichen geschichtlichen Vorgang (vgl. BGH NJW 1988, 150 = BGHR StPO § 3 Teilnahme 1). Maßgeblich ist damit die Tat im Sinne des § 264 Abs. 1 StPO.

2. Nach der neueren Rechtsprechung des Bundesgerichtshofs stellt sich das Zusammenwirken von Veräußerer und Erwerber von Betäubungsmitteln grundsätzlich als jeweils selbständige Täterschaft dar, weil sich beide als Geschäftspartner gegenüberstehen und gegenteilige Interessen verfolgen, so dass ihr Zusammenwirken allein durch die Art der Deliktsverwirklichung notwendig vorgegeben ist. Aus dem gleichen Grund kann in dem täterschaftlichen Handelstreiben des Verkäufers auch nicht zugleich eine Beihilfehandlung zu dem durch den Erwerb und die Weiterveräußerung der Betäubungsmittel begründeten Handelstreiben des Abnehmers gesehen werden (vgl. BGH NJW 2002, 3486, 3487).

3. Verfahrensrechtliche Tatsachen, welche dem Eröffnungsbeschluss zeitlich nachfolgen, müssen für die Beur-

teilung der örtlichen Zuständigkeit außer Ansatz bleiben.

4. Die rügelose Einlassung von vormaligen Mitangeklagten kann bereits deswegen nicht den Gerichtsstand des Zusammenhangs nach § 13 Abs. 1 StPO begründen, weil dieser Fall nicht vom Gesetzeswortlaut erfasst ist. § 13 Abs. 1 StPO kann nur einen weiteren Gerichtsstand für insbesondere von § 7 StPO, § 9 StGB nicht erfasste Fälle begründen und setzt damit also voraus, dass gegen die anderen Beteiligten ein erster Gerichtsstand nach §§ 7 bis 11 StPO gegeben ist (BGHR StPO § 13 Abs. 1 Auslandsstat 1). Die Erstreckung des § 13 Abs. 1 StPO auf den Fall der rügelosen Einlassung durch Mitangeklagte ließe sich zudem mit dem Rügerecht des Angeklagten aus § 16 Sätze 2 und 3 StPO nicht vereinbaren.

931. BGH 4 StR 210/08 - Beschluss vom 29. Juli 2008 (LG Essen)

Unklare Urteilsfeststellungen zu eingestellten und abgeurteilten Taten (Begriff der Tat im prozessualen Sinne; unklarer Einstellungsbeschluss; Sperrwirkung); Geltung des Verschlechterungsverbot und Berücksichtigung einer zwischenzeitlichen unwirksamen Einstellung im Rahmen der Strafzumessung.
Art. 6 EMRK; Art. 103 Abs. 3 GG; Art. 20 Abs. 3 GG; § 154 StPO; § 358 StPO

1. Einzelfall der Aufhebung wegen einer ungenügenden Klarstellung, welche angeklagten Taten abgeurteilt und welche eingestellt worden sind.

2. In einem solchen Fall gilt das Verschlechterungsverbot zwar nur im Hinblick auf die (abgeurteilten) Taten. Das durch die - unwirksame - teilweise Einstellung des Verfahrens möglicherweise begründete Vertrauen des Angeklagten, dass weitere angeklagte Taten nicht verfolgt werden, wird aber bei der Strafzumessung mildernd zu berücksichtigen sein (vgl. BGHSt 37, 10, 14). Falls in der neuen Hauptverhandlung - möglicherweise aus Gründen der Fairness (vgl. BGH NStZ 2001, 656, 657) - (wiederum) die teilweise Einstellung des Verfahrens in Betracht kommen sollte, müssen die eingestellten Taten eindeutig bezeichnet werden.

962. BGH 5 StR 224/08 - Urteil vom 18. September 2008 (LG Frankfurt)

Anforderungen an die Begründung eines Freispruchs und einer Verurteilung; Verdeckungsmord durch Unterlassen; sittenwidrige Einwilligung in eine Körperverletzung mit Todesfolge; fahrlässige Tötung.
§ 211 StGB; § 222 StGB; § 227 StGB; § 228 StGB; § 13 StGB; § 261 StPO

1. In Verurteilungsfällen verlangt das verfassungsrechtlich verankerte Gebot rational begründeter und tatsächengestützter Beweisführung die Einbeziehung wissenschaftlicher Erkenntnisse, insbesondere aus kriminalistischen, forensischen und aussagepsychologischen Untersuchungen gewonnener Erfahrungsregeln in die Beweiswürdigung (vgl. BVerfG - Kammer - NJW 2003, 2444, 2445; BGH NJW 2007, 384, 387, insoweit in BGHSt 51, 141 nicht abgedruckt: „unbezweifelbares Erfahrungswissen“). Dies erscheint auch geboten, weil zur Widerlegung der sich aus dem Rechtsstaatsprinzip (vgl. BVerfGE 19,

342, 347) und Art. 6 Abs. 2 MRK ergebenden Unschuldsumutung der Wert der Belastungsbeweise durch die Anwendung der jeweils vorhandenen wissenschaftlichen Erkenntnisse zu bestimmen und dadurch zu härten ist.

2. Das Revisionsgericht muss es zwar grundsätzlich hinnehmen, wenn der Tatrichter einen Angeklagten freispricht, weil er Zweifel an seiner Täterschaft nicht zu überwinden vermag. Die Beweiswürdigung ist Sache des Tatrichters; die revisionsgerichtliche Prüfung beschränkt sich darauf, ob diesem Rechtsfehler unterlaufen sind. Dies ist in sachlichrechtlicher Hinsicht der Fall, wenn die Beweiswürdigung widersprüchlich, unklar oder lückenhaft ist, gegen die Denkgesetze oder gesicherte Erfahrungssätze verstößt (BGH NJW 2006, 925, 928 m.w.N., insoweit in BGHSt 50, 299 nicht abgedruckt). Der Überprüfung unterliegt ebenfalls, ob das Landgericht überspannte Anforderungen an die für die Verurteilung erforderliche Gewissheit gestellt hat (vgl. BGH NStZ-RR 2005, 147; BGH NStZ 2004, 35, 36; BGH wistra 1999, 338, 339; jeweils m.w.N.). Ein Rechtsfehler kann auch darin liegen, dass der Tatrichter einer Einlassung kritiklos gefolgt ist (vgl. BGHSt 50, 80, 85) oder eine nach den Feststellungen nicht nahe liegende Schlussfolgerung gezogen hat, ohne konkrete Gründe anzuführen, die diese stützen können. Denn es ist weder im Hinblick auf den Zweifelssatz noch sonst geboten, zugunsten eines Angeklagten Sachverhalte zu unterstellen, für deren Vorliegen keine zureichenden Anhaltspunkte vorhanden sind (vgl. BVerfG – Kammer – Beschluss vom 8. November 2006 – 2 BvR 1378/06; BGHSt 51, 324, 325 m.w.N.; BGH wistra 2008, 22, 24).

1021. BGH 2 StR 142/08 - Beschluss vom 13. Juni 2008 (LG Marburg)

Eröffnungsbeschluss (Besetzung der Strafkammer); Ablehnung eines Beweisantrages (Wahrunterstellung, Verstoß gegen Bindungswirkung).

§ 76 GVG; § 244 StPO

1. Die Strafkammern bei den Landgerichten haben über die Eröffnung des Hauptverfahrens und die Zulassung der Anklage in der Besetzung mit drei Berufsrichtern unter Ausschluss der Schöffen zu entscheiden (§ 76 Abs. 1 Satz 2 GVG).

2. Eine Beschlussfassung über die Eröffnung des Hauptverfahrens und die Zulassung der Anklage während der Hauptverhandlung in der gemäß § 76 Abs. 2 Satz 1 GVG reduzierten Besetzung mit zwei Berufsrichtern und zwei Schöffen ist unwirksam, da die Strafkammer in dieser Besetzung nicht zur Entscheidung über die Eröffnung des Hauptverfahrens berufen. Wird allein in dieser Besetzung die Eröffnung beschlossen, so besteht ein von Amts wegen zu beachtendes Verfahrenshindernis.

978. BGH 5 StR 350/08 - Beschluss vom 20. August 2008 (LG Berlin)

Letztes Wort des Angeklagten nach Abtrennung des Verfahrens gegen einen Mitangeklagten (Ausschluss des Beruhens im besonderen Ausnahmefall).

§ 258 Abs. 2, 3 StPO; § 337 Abs. 1 StPO

Das Revisionsgericht kann ein Beruhen des Urteils auf einem Verfahrensmangel nach § 258 Abs. 2, 3 StPO nur in besonderen Ausnahmefällen ausschließen (vgl. BGHSt 21, 288, 290; 22, 278, 281; BGH StV 2000, 296). Ein solcher kann insbesondere bei einem geständigen Angeklagten vorliegen, dem das letzte Wort nicht nochmals gewährt wurde, nachdem das Verfahren gegen einen Mitangeklagten abgetrennt wurde, das die gegen den Angeklagten verhandelten Taten nicht berührte.

997. BGH 5 StR 439/08 - Beschluss vom 1. Oktober 2008 (LG Berlin)

Anforderungen an die Beweiswürdigung bei der Wiedererkennung durch den Geschädigten und den Zeugen anhand von Lichtbildern (Identifizierung; Beweiswert der Wiedererkennungsleistung; Erörterungsmängel).

§ 261 StPO

1. Das Tatgericht muss in einem verurteilenden Urteil, das sich auf eine Wiedererkennung stützt, die Umstände würdigen, die für die Beurteilung der Zuverlässigkeit des Wiedererkennens der Angeklagten durch die Zeugen bedeutsam sind (vgl. BVerfG – Kammer – NJW 2003, 2444, 2445; BGHR StPO § 261 Identifizierung 6 und 16; BGH StV 1995, 452).

2. Obwohl einem Wiedererkennen einerseits in Fällen vorangegangener Wahl- und Einzellichtbildvorlagen nur ein fragwürdiger Beweiswert zukäme (BVerfG aaO; BGH NStZ 1996, 350), kann sich die Erörterung im Urteil aufdrängen, ob die Zeugen die Angeklagten in der Hauptverhandlung wiedererkannt haben. Ein Nichtwiedererkennen in der Hauptverhandlung wäre geeignet, die Zuverlässigkeit der früheren Identifizierung in Frage zu stellen (BGH StraFo 2005, 297).

966. BGH 5 StR 276/08 - Beschluss vom 17. September 2008 (LG Braunschweig)

Beweiswürdigung beim Vorwurf der Vergewaltigung (Detailarmut der Aussage; Überzeugungsmaßstab; Darstellung von Sachverständigengutachten).

§ 177 Abs. 2 StGB; § 261 StPO

1. Sind Angaben der wesentlichen Belastungszeugen detailarm, muss das Gericht bedenken, dass dies Auswirkungen auf die Aussagekraft des Konstanzkriteriums für die Bewertung der Glaubhaftigkeit einer Aussage haben kann.

2. Einzelfall der lückenhaften Darstellung der Aussagegenese und der Stellungnahme des Sachverständigen.

950. BGH 4 StR 374/08 - Beschluss vom 30. September 2008 (LG Rostock)

Sofortige Beschwerde gegen die Kostenentscheidung; Veranlasserprinzip des Kostenrechts; Erfolg im kostenrechtlichen Sinne.

§ 465 Abs. 1 StPO; § 473 Abs. 4 StPO

1. Nach dem im Kostenrecht geltenden Veranlasserprinzip hat der Angeklagte, der in beiden Tatsacheninstanzen wegen desselben Tatvorwurfs zu nahezu derselben Frei-

heitsstrafe verurteilt worden ist, die gesamten Kosten der ersten Instanz, die kostenrechtlich als Einheit anzusehen ist, zu tragen (vgl. BGHR StPO § 465 Abs. 1 Kosten 2).

2. Hinsichtlich der Kosten des Revisionsverfahrens gilt, dass die vollständige oder teilweise Aufhebung des zunächst ergangenen Urteils und die Zurückverweisung an das Landgericht für sich noch kein Erfolg im kostenrechtlichen Sinne ist. Es kommt vielmehr darauf an, ob und inwieweit die neue Entscheidung – verglichen mit der aufgehobenen – zu Gunsten des Beschwerdeführers ausfällt. Die Tatsache, dass der Angeklagte gegen die neue Entscheidung wiederum Revision eingelegt hat, spricht dagegen, dass er die erste landgerichtliche Entscheidung hingenommen hätte, wenn sie so ausgefallen wäre, wie sie sich nach dem Ergebnis der neuen Verhandlung darstellt (vgl. BGHR StPO § 473 Abs. 4 Quotelung 6).

973. BGH 5 StR 317/08 - Beschluss vom 5. August 2008 (LG Bremen)

Rechtsfehlerhafte Besetzung (nur durch einen nachträglich berichtigenden Beschluss reduzierte Besetzung nach § 76 Abs. 2 StPO).

§ 76 Abs. 2 Satz 1 GVG; § 338 Nr. 1 StPO

1. Die Entscheidung über die Anzahl der an der Hauptverhandlung mitwirkenden Richter ist bei der Eröffnung des Hauptverfahrens zu treffen (vgl. BGHR GVG § 76 Abs. 2 Besetzungsbeschluss 1). „Bei der Eröffnung“ bedeutet zugleich mit der Eröffnungsentscheidung; eine spätere Beschlussfassung ist nicht möglich, weil mit der Eröffnung des Hauptverfahrens feststehen muss, mit wie vielen Richtern das erkennende Gericht in diesem Verfahrensabschnitt besetzt ist. Die Entscheidung kann regelmäßig auch nicht mehr geändert werden (vgl. BGH NStZ-RR 2006, 214).

2. Ist bei Eröffnung des Hauptverfahrens nicht nach § 76 Abs. 2 GVG beschlossen worden, dass die große Strafkammer in der Hauptverhandlung nur mit zwei Richtern einschließlich des Vorsitzenden und zwei Schöffen besetzt ist, so muss die Strafkammer in der Hauptverhandlung mit drei Richtern tätig werden, und zwar auch dann, wenn der Ausspruch versehentlich unterblieben ist (vgl. BGHSt 44, 361, 362; BGH NStZ-RR 2006, 214).

1031. BGH 2 StR 250/08 - Beschluss vom 16. Juli 2008 (LG Mainz)

Teilweise Aufhebung und Zurückverweisung (Umfang der Teilrechtskraft).

§ 353 Abs. 2 StPO

1. Wird ein Urteil im Strafausspruch mit den zugehörigen Feststellungen aufgehoben und die Sache in diesem Umfang an einen neuen Tatrichter zurückverwiesen, so sind alle Feststellungen aufgehoben und damit nicht mehr existent, die sich ausschließlich auf den Strafausspruch beziehen. Dazu gehört neben der Strafzumessung im engeren Sinne mit den Feststellungen zur Person auch die Bestimmung des richtigen Strafrahmens, insbesondere das Vorliegen von Strafrahmenverschiebungen etwa nach §§ 21, 49 StGB.

2. In einem solchen Falle hat der neue Tatrichter zu den persönlichen Verhältnissen und dem Werdegang des Angeklagten sowie zu den Voraussetzungen und der Anwendbarkeit des § 21 StGB ohne Bindung an das aufgehobene Urteil in prozessordnungsgemäßer Weise eigene Feststellungen zu treffen und in den Urteilsgründen mitzuteilen.

1035. BGH 2 StR 391/08 - Urteil vom 15. Oktober 2008 (LG Köln)

Unterbringung in der Sicherungsverwahrung; Hang zu erheblichen Straftaten (Beweiswürdigung; Abweichung von einem Sachverständigengutachten; eigene Sachkunde).

§ 66 StGB; § 261 StPO; § 246a StPO

1. Der Tatrichter ist nicht gehindert, von dem Gutachten eines vernommenen Sachverständigen abzuweichen, denn das Gutachten kann stets nur eine Grundlage der eigenen Überzeugungsbildung sein. Will der Tatrichter jedoch eine Frage, zu der er einen Sachverständigen gehört hat, in Widerspruch zu dessen Gutachten lösen, so muss er sich in einer Weise mit den Darlegungen des Sachverständigen auseinandersetzen, die erkennen lässt, dass er mit Recht eigene Sachkunde in Anspruch genommen hat. Dies gilt insbesondere dann, wenn der Tatrichter das Sachverständigengutachten als von zutreffenden Anknüpfungspunkten ausgehend, nachvollziehbar und überzeugend charakterisiert.

2. Das Merkmal des Hanges verlangt einen eingeschliffenen Zustand des Täters, der ihn immer wieder neue Straftaten begehen lässt. Hangtäter ist danach derjenige, der dauernd zu Straftaten entschlossen ist, oder der aufgrund einer fest eingewurzelten Neigung, deren Ursache unerheblich ist, immer wieder straffällig wird, wenn sich die Gelegenheit dazu bietet. Das Vorliegen eines solchen Hanges hat der Tatrichter unter sorgfältiger Gesamtwürdigung aller für die Beurteilung der Persönlichkeit des Täters und seiner Taten maßgebenden Umstände darzulegen.

V. Wirtschaftsstrafrecht und Nebengebiete

896. BGH 1 StR 260/08 - Urteil vom 14. Oktober 2008 (LG Karlsruhe)

BGHSt; Vorteilsgewährung (Begriff der Unrechtsvereinbarung; Zielsetzung der Einflussnahme auf die Dienstausbübung oder der Honorierung früher Dienstausbübung; Vorteil; Genehmigung; EnBW; „Fall Claassen“); Bestechung.

§ 333 Abs. 1, Abs. 3 StGB; § 331 StGB

1. Die für eine Vorteilsgewährung nach § 333 Abs. 1 StGB erforderliche (angestrebte) Unrechtsvereinbarung setzt voraus, dass der Vorteilsgeber mit dem Ziel handelt, auf die künftige Dienstausbübung des Amtsträgers Einfluss zu nehmen und/oder seine vergangene Dienstausbübung zu honorieren, wobei eine solche dienstliche Tätigkeit nach seinen Vorstellungen nicht - noch nicht einmal in groben Umrissen - konkretisiert sein muss. (BGHSt)

2. Ob in diesem Sinne eine Unrechtsvereinbarung vorliegt, ist Tatfrage und unterliegt der wertenden Beurteilung des Tatgerichts, die regelmäßig im Wege einer Gesamtschau aller in Betracht kommenden Indizien zu erfolgen hat. (BGHSt)

3. In die Würdigung fließen als mögliche Indizien neben der Plausibilität einer anderen Zielsetzung namentlich ein: die Stellung des Amtsträgers und die Beziehung des Vorteilsgebers zu dessen dienstlichen Aufgaben (dienstliche Berührungspunkte), die Vorgehensweise bei dem Angebot, dem Versprechen oder dem Gewähren von Vorteilen (Heimlichkeit oder Transparenz) sowie die Art, der Wert und die Zahl solcher Vorteile. (BGHSt)

4. Unter einem Vorteil ist jede Leistung zu verstehen, auf die der Amtsträger keinen Anspruch hat und die seine wirtschaftliche, rechtliche oder auch nur persönliche Lage objektiv verbessert (vgl. nur BGHSt 47, 295, 304; BGH NStZ 2008, 216, 217; NStZ-RR 2007, 309, 310). Besser gestellt wird der Amtsträger vor allem durch materielle Zuwendungen jeder Art. Hierzu zählen auch

Eintrittskarten für regulär entgeltpflichtige Veranstaltungen, auch wenn sie der Wahrnehmung von Repräsentationsaufgaben dienen. Wird dem Amtsträger oder Dritten ein geldwerter Vorteil angeboten, versprochen oder gewährt, so ist es von vornherein unbeachtlich, wenn der Begünstigte einen vergleichbaren Vorteil auch auf eine andere Art und Weise erlangen kann. (Bearbeiter)

5. Die Strafbestimmung der Vorteilsgewährung ist nicht schon dadurch unanwendbar, dass eine (angestrebte) Unrechtsvereinbarung in sozialadäquate Handlungen eingebunden wird. Auch in diesem Fall ist maßgeblich, wie sich das Vorgehen aufgrund der gesamten Umstände, unter denen es geschieht, darstellt. (Bearbeiter)

1044. BGH 3 StR 212/08 - Beschluss vom 27. Juni 2008 (LG Itzehoe)

Unerlaubtes Handeltreiben mit Betäubungsmitteln (Tateinheit; Zusammentreffen in einem Handlungsteil: Entrichtung des Kaufpreises).

§ 29a BtMG; § 52 StGB

Der Senat hat - wie der 4. Strafsenat (vgl. BGH NStZ 1999, 411) - Bedenken, ob der bloße einheitliche Zahlungsvorgang mehrere an sich selbständige Rauschgiftgeschäfte zu einer Tat im Rechtssinne verbinden kann, insbesondere wenn die einheitliche Bezahlung lediglich auf einer (nicht bereits bei der Bestellung des Rauschgifts in den Blick genommenen) kurzfristigen Illiquidität des Käufers beruht. Er sieht jedoch von einem Anfrageverfahren (§ 132 Abs. 3 GVG) ab.

1025. BGH 2 StR 179/08 - Beschluss vom 18. Juni 2008 (LG Gera)

Unerlaubtes Handeltreiben mit Betäubungsmitteln (Gewerbsmäßigkeit; Beihilfe).

§ 28 StGB; § 29 BtMG

Die Strafzumessungsregel des „gewerbsmäßigen“ Handeltreibens ist auf den Gehilfen nur dann anwendbar, wenn dieser selbst gewerbsmäßig gehandelt hat.

Verschärfung des Konnexitätserfordernisses

Anmerkung zu BGH 5 StR 38/08 – Urteil vom 10. Juni 2008 (BGH HRRS 2008 Nr. 611)

Prof. Dr. Gerhard Fezer, Universität Hamburg, Richter am HansOLG Hamburg a.D.

I.

Die Rechtsprechung hat das von ihr erfundene Konnexitätserfordernis bisher damit gerechtfertigt, dass die Ablehnungsgründe der völligen Ungeeignetheit und der Bedeutungslosigkeit auf diese Weise besser überprüft werden könnten¹. Diese (nicht überzeugende) Argumentation wird in der hier zu besprechenden Entscheidung nur beiläufig erwähnt. Der 5. Senat sucht offensichtlich nach einer tragfähigeren Begründung. Dies geschieht (bezogen auf den beantragten Zeugenbeweis) in drei Sätzen, die im folgenden Schritt für Schritt auf ihre Argumentationssubstanz hin analysiert werden müssen. Der erste Satz lautet: „Das Gebot einer Konkretisierung der Wahrnehmungssituation unter Einbeziehung der Ergebnisse der bisher durchgeführten einschlägigen Beweisaufnahme erschließt sich aus dem Rechtsgrund und dem Wesen des Beweisantragsrechts von selbst“. Dieser Satz hinterlässt – gelinde gesagt – eine Irritation. Von einem Strafsenat des Bundesgerichtshofs war nicht ohne weiteres die etwas blauäugige Auffassung zu erwarten, dass sich aus „Rechtsgrund“ und „Wesen“ eines Rechts etwas „von selbst“ erschließt. Was sich erschließt, hängt doch entscheidend davon ab, wie Rechtsgrund und Wesen des Beweisantragsrechts zuvor interpretiert werden. Diese Interpretation wiederum ist zwangsläufig wertungsabhängig. Um die Wertung des Senats wird es im letzten seiner Begründungssätze gehen. Zuvor aber Satz 2: „Das Recht, Beweisanträge zu stellen, ist verfassungsrechtlich etabliert und umfasst einen Anspruch auf Beweisteilhabe (BVerfG – Kammer – NJW 2001, 2245, 2246 und 2007, 204, 205)“. Diese Erkenntnis führt nun überhaupt nicht weiter. In beiden zitierten Kammerentscheidungen des BVerfG ist vom Beweisantragsrecht nicht die Rede. Der „Anspruch auf Beweisteilhabe“ bezieht sich auf den Zugang zu den Quellen der Sachverhaltsfeststellung. An diesem Maßstab wird gemessen, ob in dem einen Fall die Benutzung des „Zeugen vom Hörensagen“ und in dem anderen Fall die Verwendung einer Zeugenaussage trotz Nichtgewährung des Konfrontationsrechts verfassungsrechtlich einwandfrei ist oder nicht. Der Anspruch auf Beweisteilhabe ist in diesen Entscheidungen in keiner Weise inhaltlich so aufbereitet, dass Folgerungen zum Wesen und zu den Grenzen des Be-

weisantragsrechts gezogen werden können. Die Zitate belegen nur, dass die Entscheidungen – in einem ganz anderen Zusammenhang – die Wendung „Beweisteilhabe“ benutzen. Eine Erkenntnis zum Beweisantragsrecht ist damit nicht verbunden.

Bis hierher fehlt also jegliche Begründungssubstanz, so dass es entscheidend auf den dritten (und letzten) Satz der Begründung ankommt. Dieser beginnt mit dem Hinweis darauf, dass der Anspruch auf Teilhabe nicht grenzenlos gewährt werde. Das ist indes eine Selbstverständlichkeit, die insbesondere mit dem Beweisantragsrecht speziell immer noch nichts zu tun hat. So bleibt nur noch die zweite Satzhälfte, die ganz allgemein „auf den Zweck des Strafverfahrens zur Wahrheitserforschung“ abstellt und dabei *Herdegen* erwähnt („vgl.“). Nun hat *Herdegen* zwar auf der vom Senat zitierten Seite geschrieben, Beweisanträge hätten den von dem Aufklärungsgebot (§ 244 II StPO) vorgegebenen Zweck: „Zur Erforschung der Wahrheit“ könne und solle der Angeklagte entlastende Sachverhalte thematisieren und Beweismittel benennen, die für die Entscheidung von Bedeutung sind. Aber *Herdegen* fährt dann fort: „Das Beweisantragsrecht hat eine das Aufklärungsgebot komplettierende Funktion, die im Rahmen der Ablehnungs-Einschränkungen (das sind die Ablehnungsgründe in ihrer sachlichen Bedeutung) voll respektiert werden muss, weil das Beteiligungsinteresse zur Wahrnehmung und Thematisierung von relevanten Zusammenhängen führen kann, die das Gericht nicht erkannt hat und von sich aus nicht zum Gegenstand der Beweisaufnahme gemacht hätte und deren Thematisierung es möglicherweise widerstrebt“². Darin kommt eine entscheidende Erkenntnis zum Wesen und zur Funktion des Beweisantragsrechts zum Ausdruck, die der BGH selbst einmal in aller Kürze so formuliert hat: „... denn das Beweisantragsrecht ist gerade dazu bestimmt, das Gericht zu nötigen, über das von ihm zur Aufklärung des Sachverhalts für erforderlich Gehaltene hinauszugehen“ (BGHSt 21, 118, 124)³. Diesen Grundgedanken der Autonomie der Beweisführung, als gegenläufiges Prinzip zur Amtsaufklärungspflicht⁴, lässt der BGH – und das ist seine *Wertung* – vorliegend völlig bei-

² *Herdegen* NStZ 2000, 1, 7.

³ Ebenso BGH NStZ 1997, 504; BGHR StPO § 244 Abs. 6 Beweisantrag 8.

⁴ Vgl. vor allem *Schulz* StV 1985, 311 ff.; weitere Nachweise bei *Fezer*, BGH-FG 2000, S. 847, 876 f.

¹ Vgl. z.B. BGHSt 39, 251, 254; BGHSt 40, 3, 6; BGH NStZ 1998, 97; BGH NStZ 1999, 522; weitere Nachweise bei *Fahl*, Rechtsmissbrauch im Strafprozess (2004), S. 546 ff.

seite. Dieser Grundgedanke prägt jedoch den Rechtsgrund und das Wesen des Beweisantragsrechts so sehr, dass sich aus ihm ein „Gebot einer Konkretisierung der Wahrnehmungssituation“ gerade nicht ergeben kann. Folgerichtig lehnt Herdegen das Konnexitätserfordernis ab⁵.

Aus alledem folgt: Was sich aus dem „Wesen“ des Beweisantragsrechts angeblich „von selbst“ ergeben soll, ist in Wahrheit das Ergebnis einer völlig einseitigen Bestimmung dieses „Wesens“. Der Senat folgert daraus (mit unklarer Anknüpfung „dies“): „Dies kann nur mit geeigneten Anträgen geschehen, die eine Plausibilität für das mögliche Gelingen der Beweiserhebung darlegen“. Damit bleibt als Begründung des Konnexitätserfordernisses nur übrig: weil das Beweisantragsrecht dem Amtsaufklärungsgrundsatz verpflichtet ist, müssen Beweiseignung und Plausibilität formale Bestandteile des Beweisantrags sein.

II.

Wenn aber ein zulässiger Beweisantrag voraussetzt, dass das Gericht die Berechtigung einer Beweisaufnahme prüfen und bestätigen können muss, dann hat dies folgende Auswirkungen:

Der Beweisantrag zwingt das Gericht nicht mehr, einen Beweis zu erheben, den es von Amts wegen nicht für nötig hält. Die Beweisaufnahme aufgrund eines Antrags und die von Amts wegen gebotene Beweisaufnahme erfolgen nach demselben Maßstab⁶. Am Ende der hier zu besprechenden Entscheidung bringt dies der Senat selbst zum Ausdruck: Der unzureichende Inhalt des Beweisantrags habe verhindert, „dass sich das Landgericht in Befolgung der Aufklärungspflicht um die Aussage des Zeugen Al. hätte bemühen müssen“. Das bedeutet, dass der Antragsteller seinen Beweisantrag so intensiv begründen muss, dass das Gericht gedrängt ist, von Amts wegen den beantragten Beweis zu erheben.

Vor allem der Ablehnungsgrund „völlig ungeeignet“ wird Maßstab für die Prüfung, ob ein Beweisantrag vorliegt oder nicht. Dieses Vorverlagern der Prüfung hat zur Folge, dass nicht mehr das Gericht in einem Beschluss gemäß § 244 VI StPO dem Antragsteller die Ungeeignetheit nachweisen muss, sondern umgekehrt der Antragsteller dem Gericht die Geeignetheit. Der 5. Senat zitiert denn auch Entscheidungen des BVerfG und des BGH zum Ablehnungsgrund der völligen Ungeeignetheit, um zu belegen, dass der Antragsteller „im Hinblick“ auf diesen Ablehnungsgrund eine Darlegungsverpflichtung habe (der Hinweis auf *Niemöller StV 2003, 687, 693* wirkt hier unpassend, weil dieser gerade beklagt, dass der BGH dem Antragsteller die Darlegungslast auferlege).

Wenn wir an dieser Stelle eine *Zwischenbilanz* ziehen, so ergibt sich: Der Senat baut das Konnexitätserfordernis weiter aus. Der Antragsteller muss die „Plausibilität des Gelingens“ darlegen. Das kann über die bisherige Anforderung mitzuteilen, *warum* ein Zeuge etwas zu der zu

⁵ Herdegen NStZ 1999, 176, 180 f.

⁶ Dazu näher Fezer, Meyer-Goßner-FS, 2001, S. 629, 637 ff.

beweisenden Behauptung sagen könne, hinausgehen. Im Grunde genommen fließt die bisherige sogenannte „Vermutungsrechtsprechung“ hier mit ein⁷. Dem Senat ist es wiederum nicht gelungen, die Berechtigung einer solchen Plausibilitätsprüfung nachzuweisen.

III.

Damit ist aber die Entscheidung nicht zu Ende, sondern bietet völlig überraschend noch etwas ganz Neues: Die Anforderungen an die Darlegung der Konnexität, d.h. insbesondere der Wahrnehmungssituation des Zeugen, werden abhängig gemacht vom *Ergebnis der bisherigen Beweisaufnahme*. Was im konkreten Fall für einen Beweisantrag herkömmlicherweise ausgereicht hätte – der Zeuge Al. soll im Rahmen eines Krankenhausbesuchs Äußerungen des Tatopfers über die Täter gehört haben – ist für den Senat plötzlich (und recht unscharf formuliert) „lediglich in einem eher abstrakten Sinn ... ausreichend“. Denn im konkreten Fall sei zu berücksichtigen, dass das Ergebnis der bisherigen Beweisaufnahme auch die mögliche Wahrnehmungssituation des Zeugen zum Gegenstand hatte. Diese habe ergeben, dass die beiden vernommenen Zeugen die behaupteten Äußerungen des Tatopfers in ihrer Anwesenheit nicht bestätigt hätten (der Nebenkläger selber habe sie gänzlich in Abrede gestellt). Angesichts dessen hält der Senat die bisherige Antragsbegründung für unzureichend. Auf welche Weise der Antragsteller das bisherige Beweisergebnis in seiner Antragstellung zu berücksichtigen hat, ist in der Entscheidung jedoch äußerst unklar ausgedrückt. Dabei ist die Rede davon, dass „die Darlegung der Eignung des Begehrens einer weiteren Sachaufklärung ... auf der Grundlage des bisherigen Beweisergebnisses zu erfolgen habe und beim Zeugenbeweis die Darlegung der Wahrnehmungssituation des Zeugen auf der Grundlage des Verständnisses des Antragstellers von der erreichten Beweislage erfordern“ könne. Und es wird abschließend postuliert: Bei solcher Sachlage [gemeint ist das Ergebnis der bisherigen Zeugenvernehmungen] hat der Beweisantragsteller das bisherige Beweisergebnis in seiner Antragstellung auch hinsichtlich der Wahrnehmungssituation des Zeugen, dessen Vernehmung er begehrt, aufzunehmen“.

Heißt das, dass der Antragsteller in seinen Beweisantrag ausdrücklich dieses Ergebnis der bisherigen Beweisaufnahme und vielleicht sogar sein „Verständnis“ hierüber im Antrag offenlegen muss? Oder spielen sich diese Überlegungen nur gedanklich beim Antragsteller ab, der einer Verpflichtung, die Wahrnehmungssituation zu konkretisieren, im Bewusstsein des bisherigen Beweisergebnisses nachkommen muss? Wie dem auch sei: Die beiden Deutungen belegen einen Verstoß gegen die Grundlagen des Beweisantragsrechts: Das bisherige Beweisergebnis kann und soll zwar den Antragsteller motivieren, seinen nächsten Beweisantrag möglichst erfolgreich zu formulieren (also möglichst konkret). Aber

⁷ Zum Vergleich des Konnexitätserfordernisses mit der sog. Vermutungsrechtsprechung vgl. Tenort-Sperschneider, Zur strukturellen Korrespondenz zwischen den gesetzlichen Ablehnungsgründen nach § 244 Absatz 3 Satz 2 StPO und den Anforderungen an einen zulässigen Beweisantrag, (2004), S. 160 ff.

den Antragsteller zu *verpflichten*, das bisherige Beweisergebnis in der Antragsbegründung zu berücksichtigen – mit der Folge, dass seine Nichtbeachtung dieser Verpflichtung Nachteile für den Antragsteller bringt –, ist mit der StPO nicht vereinbar. Der Grund ist folgender: Die höheren Anforderungen an die Antragsbegründungen erschweren den Beweis des Gegenteils dessen, was die bisherige Beweisaufnahme erbracht hat. Wäre im vorliegenden Fall der Beweis Antrag für zulässig erachtet worden, wäre die Kammer nicht befugt gewesen, ihn deshalb abzulehnen, weil sie aufgrund der bisherigen Beweisaufnahme vom *Gegenteil* dessen, was bewiesen werden soll, bereits überzeugt sei. Dann aber darf im Vorfeld der gesetzlichen Ablehnungsgründe der Versuch des Antragstellers, das Gegenteil der bisherigen Beweisaufnahme zu beweisen, nicht erschwert werden. Insoweit entstünde auch ein Konflikt mit dem Beweisantizipationsverbot.

Soweit die Gründe, die *gegen* eine Pflicht sprechen, die bisherige Beweisaufnahme mit einzubeziehen. Aber wo bleibt die Begründung des Senats? Es findet sich nur der eine Satz: „Bei fortgeschrittener Beweisaufnahme kann sich der Anspruch auf weitere Beweiserhebung nur auf eine Ausweitung oder Falsifizierung, nicht aber auf eine bloße nicht weiter ergiebige Wiederholung (vgl. BGHSt 46, 73, 80 m.w.N.) des bisher erhobenen Beweisstoffs beziehen“. Dieser Satz kann – wie vor allem das beigelegte Zitat zeigt – die erforderliche Begründung beim besten Willen nicht liefern. Dass ein Beweis Antrag unzulässig ist, wenn er auf eine bloße Wiederholung einer bereits stattgefundenen Beweisaufnahme (z.B. einer abermaligen Zeugenvernehmung) abzielt, hat nichts mit der Auffassung zu tun, die bei fortgeschrittener Beweisaufnahme den Antragsteller zur Begründung verpflichtet, warum auch angesichts des bisherigen Beweisergebnisses noch zusätzlich Beweis erhoben werden muss. Diese Orientierung am bisherigen Beweisergebnis wird in der Entscheidung gerade nicht begründet. Da hilft auch das verschwommene Bild nicht weiter, der Antragsteller trete „in eine Art Dialog über die eigene Notwendigkeit der erstrebten Beweiserhebung“ ein.

Die Einbeziehung des bisherigen Beweisergebnisses gefährdet im übrigen auch die Wahrheitsfindung. Nach den Untersuchungen von Karl Peters (Fehlerquellen im Strafprozess, 2. Bd., 1974, S. 226 ff.) stellt es eine typische Gefahren- und Fehlerquelle dar, wenn die Orientierung an der bisherigen Beweisaufnahme dem Gericht die erforderliche Beweglichkeit nimmt, auf neues Vorgehen einzugehen. Diese Gefahr würde noch erhöht, wenn sich Beweis Anträge auf die bisher erreichte Beweislage beziehen müssten. Dann würde es immer schwerer werden, das Gericht von der einmal eingeschlagenen Richtung noch abzubringen.

Ein weiteres – wohl kleineres – Problem sei nur am Rande vermerkt: Die Schilderung der konkreten Wahrnehmungssituation des Zeugen im Beweis Antrag setzt nicht selten ein beträchtliches Detailwissen des Antragstellers,

also in der Regel des Verteidigers voraus. Der Verteidiger muss also vorher dem Zeugen zur Wahrnehmungssituation eine Reihe von Fragen stellen. Um welche Details es insoweit gehen kann, zeigen die hypothetischen Überlegungen, die der 5. Senat gegen Ende des Urteils (unmittelbar vor Ziff. 3) angestellt hat (nur um zu beweisen, dass der Beweis Antrag das Gericht mit detaillierteren Informationen versorgen müsse⁸). Der Verteidiger wird also zu einer Art Vernehmung des Zeugen verpflichtet, nur damit er einen zulässigen Beweis Antrag stellen kann. Wenn aber der Zeuge in der Hauptverhandlung vom Gericht zur Wahrnehmungssituation befragt wird, hat dieses die Möglichkeit, dem Zeugen die Schilderung seines Wissens im Beweis Antrag vorzuhalten oder ihn nach seinen Äußerungen dem Verteidiger gegenüber zu fragen. Die Folge kann sein, dass der Beweiswert eines solchen „vorvernommenen“ Zeugen sich verringern kann. Die Ursache liegt darin, dass das Gericht einen Teil der Zeugenvernehmung – unberechtigterweise – dem Verteidiger zugeschoben hat.

IV.

Die Entscheidung des 5. Senats zeigt leider deutliche handwerkliche Mängel: mehrere Nachweise „passen“ nicht zum Gedankengang, der dadurch auch seine Überzeugungskraft einbüßt. Vor allem kann dieses Urteil schlimme Auswirkungen haben, weil es das Beweis Antragsrecht praktisch suspendiert. Erfreulicherweise deutet sich in zwei soeben bekannt gewordenen Entscheidungen des 2. Senats und des 3. Senats an, dass diese Senate sich der vom 5. Senat angestrebten Fortentwicklung des Beweis Antragsrechts wohl nicht anschließen wollen. Der 3. Senat (3 StR 181/08, Urt. vom 14.8.2008 = BGH HRRS 2008 Nr. 848) bezeichnet das hier zu besprechende Urteil des 5. Senats als „sehr weitgehend“. Der 2. Senat (2 StR 195/08, Beschl. vom 22.8.2008 = BGH HRRS 2008 Nr. 833) schreibt zu dem von ihr zu beurteilenden Beweis Antrag wie folgt: „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 hinreichend bestimmte Beweistatsache im Sinne von § 244 Abs. 3 StPO (vgl. Niemöller StV 2003, 687, 689, 692 ff.)“. Das Landgericht hatte noch beanstandet, es mangle dem Antrag an der erforderlichen Konnexität. Das rügt der 2. Senat und spricht von einem „unzutreffenden Verständnis des Erfordernisses der Konnexität“. Ich gehe davon aus, dass diese beiden Entscheidungen im Falle des Sachverhalts des hier zu besprechenden Urteils von einem ordnungsgemäß gestellten Beweis Antrag ausgegangen wären. Es besteht also noch Hoffnung, dass sich der 5. Senat mit seinem verschärften Kurs nicht durchsetzen wird.

⁸ Richtigerweise sind diese Überlegungen Gegenstand der Zeugenvernehmung in der Hauptverhandlung.

Zum Gefährdungsschaden und zum Eventualvorsatz bei der Untreue

Zugl. Besprechung von BGH, Beschluss v. 20. März 2008 – 1 StR 488/07 = BGH HRRS 2008 Nr. 522

Von Rechtsanwalt Markus Adick, Frankfurt am Main*

In einem für die Praxis relevanten Beschluss vom 20. März 2008 befasst sich der 1. Strafsenat des BGH erneut mit der für den Straftatbestand der Untreue (§ 266 StGB) besonders bedeutsamen Fallgruppe der so genannten Risikogeschäfte, die in der jüngsten Zeit vor allem im Zusammenhang mit Untreuevorwürfen gegen Bankvorstände sowie Vorstände und Geschäftsführer von Unternehmen eine Renaissance erlebt. Nachdem der 2. Strafsenat des BGH insbesondere in seiner Entscheidung zum so genannten „CDU-Spendenskandal“ den Versuch unternommen hatte, § 266 StGB durch besondere Anforderungen an den bedingten Vorsatz restriktiver zu handhaben, stellt sich der 1. Strafsenat des BGH in seinem hier besprochenen Beschluss vom 20. März 2008 nunmehr dieser Rechtsprechung entgegen.

I. Sachverhalt und Verfahrensgang

Der Angeklagte war faktischer Geschäftsführer mehrerer geschlossener Immobilienfonds sowie Geschäftsführer einer weiteren Gesellschaft, die als Treuhänderin fungierte und die Anlegergelder entgegennahm. Als mehrere der Fondsgesellschaften in finanzielle Schwierigkeiten gerieten, veranlasste der Angeklagte entgegen der Abrede mit den Anlegern die Verwendung der überlassenen Gelder zur Begleichung der dringlichsten Verbindlichkeiten seiner gesamten Unternehmensgruppe. Das LG Mannheim hatte den Angeklagten in der Vorinstanz unter anderem wegen Untreue verurteilt. Hierbei ging die erkennende Kammer davon aus, dass der Angeklagte bedingt vorsätzlich handelte und dass lediglich ein Gefährdungsschaden gegeben war.

Demgegenüber vertrat der 1. Strafsenat des BGH in seiner Revisionsentscheidung die Auffassung, mit Entnahme der Anlagegelder sei bereits ein endgültiger Vermögensnachteil eingetreten, den der Angeklagte mit direktem Vorsatz herbeigeführt habe, als er die Anlagegelder zur zweckwidrigen Verwendung von dem Treuhandkonto abhob. Weil ein kompensationsfähiger Ersatzanspruch

gegen einen zahlungsfähigen und zahlungswilligen Schuldner zu diesem Zeitpunkt nicht existiert habe und dem Angeklagten dies bewusst gewesen sei, habe er insgesamt mit direktem Vorsatz hinsichtlich einer Untreue gehandelt.

II. Gegenstand der Besprechung

In einem obiter dictum nahm der 1. Strafsenat im Zusammenhang mit der Fallgruppe der Risikogeschäfte zu bestehenden Unklarheiten bei der Feststellung des Vermögensnachteils und den erforderlichen Elementen des bedingten Vorsatzes bei Vermögensgefährdungen Stellung und widersprach hierbei der neueren Rechtsprechung des 2. Strafsenats. Dieses für die Praxis bedeutsame obiter dictum, das insbesondere für die Vergabe von Krediten durch Banken, darüber hinaus aber für die strafrechtliche Bewertung sämtlicher Fälle des Eingehens von Vermögensrisiken im Wirtschaftsleben als möglicher Fall einer Untreue nach § 266 StGB Geltung beansprucht, soll im Folgenden näher betrachtet werden.

1. Risikogeschäfte

Als Risikogeschäft lassen sich Handlungen definieren, die unter Unsicherheit erfolgen und das erhöhte Risiko eines Verlustes schaffen.² Als Paradefall des Risikogeschäftes gilt daher die Vergabe von Krediten; ebenso trivial wie zutreffend ist aber der Befund, dass nahezu jede Entscheidung im Wirtschaftsleben ein Risikogeschäft ist, weil das Eingehen von Verlustrisiken zum Alltag wirtschaftlicher Betätigung zählt.³ Bei der Subsumtion von Risikogeschäften unter den Tatbestand von § 266 StGB stellt sich zum einen die nur selten einfach zu beantwortende Frage, unter welchen Voraussetzungen das nicht

² Hillenkamp NStZ 1981, 161, 165; vgl. auch Waßmer, Untreue bei Risikogeschäften, 1997, S. 7ff.

³ Vgl. Ransiek ZStW 2004, 634; Fischer, StGB, 55. Aufl. (2008), § 266 Rn 62; Dierlamm, in: Münchner Kommentar zum StGB, Band 4 (2006), § 266 Rn 200; Thomas, in: Volk (Hrsg.), MAH Verteidigung in Wirtschafts- und Strafsachen (2006), § 17 Rn. 83; BGH 1 StR 571/04, Urteil vom 22. November 2005 = HRRS 2006 Nr. 45.

* Der Verfasser ist Rechtsanwalt bei Clifford Chance, Partnerschaftsgesellschaft von Rechtsanwälten, Wirtschaftsprüfern, Steuerberatern und Solicitors in Frankfurt am Main.

per se verbotene Eingehen von Verlustrisiken eine Verletzung der Vermögensbetreuungspflicht des Täters darstellt.⁴ In diesem Bereich ist noch immer vieles ungeklärt, und als unstreitig kann wohl nur gelten, dass es auf eine Verletzung der im Innenverhältnisses zwischen dem Täter und dem Treugeber geltenden vermögensschützenden Vorgaben ankommt und eine Treuepflichtverletzung jedenfalls nicht allein darauf zurückgeführt werden kann, dass eine Handlung des Täters später zu einem Vermögensschaden geführt hat.⁵ Zum anderen ist zu fragen, unter welchen Voraussetzungen eine Gefährdung des Vermögens bereits einen Vermögensnachteil im Sinne von § 266 StGB begründet und welches die notwendigen Elemente des Untreuevorsatzes in Fällen der Vermögensgefährdung sind.⁶ Das in der hier besprochenen Entscheidung des 1. Strafsenats zur Bewertung stehende Tatgeschehen bot indes keinen Anlass, die Pflichtwidrigkeit des Handelns des Angeklagten näher zu untersuchen: sie folgte unmittelbar aus der Zuwiderhandlung des Angeklagten gegen eine Treuhandvereinbarung, die der Angeklagte dadurch beging, dass er Gelder von Treuhandkonten auf Konten seiner Unternehmensgruppe transferierte und letztlich ein Schneeballsystem mit diesen Geldern speiste.⁷

2. Vermögensnachteil und Eventualvorsatz

Eingehender befasst sich der 1. Strafsenat hingegen mit dem Merkmal des Vermögensnachteils und dem für § 266 StGB zumindest erforderlichen Eventualvorsatz. Die Ausführungen des 1. Strafsenats in dem vorliegenden Beschluss zeigen dabei erneut die enge Verflechtung von Elementen des objektiven und des subjektiven Tatbestandes von § 266 StGB.⁸

a) Vermögensnachteil

Der von § 266 StGB verwendete Begriff des Vermögensnachteils ist ganz überwiegend deckungsgleich mit dem des Vermögensschadens, wie ihn die Tatbestände des Betruges (§ 263 StGB) und der Erpressung (§ 253 StGB)

⁴ Vgl. Fischer, StGB, § 266 Rn. 42: "Eine Frage der Pflichtwidrigkeit, nicht erst des Vermögensnachteils durch Gefährdung ist die Beurteilung rechtsgeschäftlichen Handelns, das für den Treugeber das Risiko eines Vermögensverlustes beinhaltet".

⁵ HRRS 2006 Nr. 45; *Taschke*, in: Festschrift für Lüderssen (2002), S. 127, 128; *Krause StV* 2006, 307; differenzierend: *Schünemann*, in: Leipziger Kommentar zum StGB, Band 7, 11. Aufl. (2005), § 266 Rn. 94; *Schünemann* NStZ 2005 473, 475; *Große Vorholt*, Wirtschaftsstrafrecht, 2. Aufl. (2007), Rn. 378 m.w.N. aus der Rechtsprechung.

⁶ Nach Ansicht von *Schünemann*, Organuntreue. Das Mannesmann-Verfahren als Exempel? (2004), S. 34, liegt bei den Risikogeschäften das "Hauptproblem" beim Vermögensschaden.

⁷ BGH 1 StR 488/07 - 20. März 2008 = HRRS 2008 Nr. 522 Rn. 12; zur Untreue bei Schneeballsystemen vgl. auch BGH 3 StR 493/07 - Beschluss vom 1. April 2008 = HRRS 2008 Nr. 649.

⁸ *Saliger* ZStW 2000, 563, 569 spricht von einer möglichen "Verschleifung" der Tatbestandsmerkmale von § 266 StGB; *Ransiek* ZStW 2004, 634, 647.

verwenden.⁹ Ein Vermögensnachteil im Sinne von § 266 StGB liegt folglich vor, wenn eine saldierende Betrachtung ergibt, dass das Vermögen des Geschäftsherrn nach der Vornahme einer Handlung des Täters niedriger ist als zuvor. Nicht in die Saldierung einzustellen sind Ansprüche des Geschäftsherrn auf Schadensersatz, die gegen den Täter auf Grund seines deliktischen Handelns bestehen können.¹⁰ Wenig problematisch ist die Konstellation, in welcher der Geschäftsführer unmittelbar einen dauerhaften, endgültigen Schaden erleidet, das Vermögen mit anderen Worten sofort und dauerhaft „weg“ ist. Von dieser Konstellation geht der 1. Strafsenat in der vorliegenden Entscheidung aus und erkennt, dass die Anleger schon mit der treupflichtigen Entnahme der Gelder vom Treuhandkonto zur allgemeinen Tilgung von Schulden der Unternehmensgruppe einen endgültigen Vermögensnachteil im Sinne von § 266 StGB erlitten.¹¹

b) Eventualvorsatz

Sodann stellt der 1. Strafsenat fest, der Angeklagte habe mit direktem Vorsatz gehandelt, weil er die treuwidrige Verwendung der Anlagebeträge gekannt und gewollt habe. Folgt man dieser Einschätzung, handelt es sich also nicht um einen Fall, in dem der Nachteil für das Vermögen aus einer auf ihm ruhenden Gefährdung folgte, die erst noch in einen endgültigen Schaden umschlagen konnte, sondern in dem ein endgültiger Vermögensverlust für die Anleger unmittelbar mit der Entnahme der Anlagegelder von dem Treuhandkonto verbunden war. Offensichtlich auf Grund des Vorbringens des Angeklagten in der Revision hat der 1. Strafsenat aber sodann Anlass, sich näher mit den Ausführungen des 2. Strafsenats zu den Voraussetzungen des bedingten Vorsatzes hinsichtlich eines Gefährdungsschadens aus der Entscheidung vom 18. Oktober 2006¹² im Zusammenhang mit dem so genannten „CDU-Spendenskandal“ zu befassen. Hierbei stellt der 1. Strafsenat fest, der Annahme des 2. Strafsenats nicht folgen zu können, dass sich der Vorsatz immer auch auf die Billigung des endgültigen Vermögensnachteils erstrecken müsste. Was ist der Hintergrund dieser Feststellung?

3. Die Ansicht des 2. Strafsenats

a) Beschluss vom 18. Oktober 2006 („CDU-Parteispendenskandal“)

Der 2. Strafsenat hatte in seiner vorstehend zitierten Entscheidung im Zusammenhang mit der Untreuestrafbarkeit durch Bildung und Unterhaltung schwarzer Kassen ausgeführt, der Tatbestand des § 266 StGB sei „in Fällen der vorliegenden Art“ im subjektiven Bereich zu begrenzen.¹³ Dies bedeutet nach Ansicht des 2. Strafsenats

⁹ BGHSt 15, 342, 343 f.; Fischer, StGB, § 266 Rn 59; Lackner/Kühl, StGB, 26. Aufl. (2007), § 266 Rn 17; *Schünemann*, a.a.O. (Fn. 4), Rn 132; *Dierlamm*, a.a.O. (Fn. 2), Rn 177.

¹⁰ Fischer, StGB, § 266 Rn 73a; *Dierlamm*, a.a.O. (Fn. 2), Rn 184; *Lenckner/Perron*, in: Schönke/Schröder, StGB, 27. Aufl. (2006), § 266 Rn 42.

¹¹ HRRS 2008 Nr. 522 Rn. 13.

¹² BGHSt 51, 100 = HRRS 2007 Nr. 2.

¹³ BGH NJW 2007, 1760, 1766 = HRRS 2008 Nr. 522.

nats, dass „der bedingte Vorsatz eines Gefährdungsschadens nicht nur Kenntnis des Täters von der konkreten Möglichkeit eines Schadenseintritts und das Inkaufnehmen dieser konkreten Gefahr voraussetzt, sondern darüber hinaus eine Billigung der Realisierung dieser Gefahr, sei es auch nur in der Form, dass der Täter sich mit dem Eintritt des ihm unerwünschten Erfolgs abfindet“.¹⁴ Das Ansinnen des 2. Strafsenats bestand darin, einer Vorverlagerung der Untreuestrafbarkeit in das bei § 266 StGB straflose Stadium des Versuchs entgegenzuwirken, die aus der Möglichkeit folgt, den Tatbestand bei Eintritt einer Vermögensgefährdung und Vorliegen bedingten vorsätzlichen Handelns als erfüllt anzusehen.¹⁵ Auch die Strafrechtslehre betrachtet die früh erreichte Untreuestrafbarkeit in solchen Konstellationen bereits seit langem kritisch und befürchtet, der Tatbestand werde contra legem auf Versuchshandlungen angewendet;¹⁶ selbst der 1. Strafsenat konzidiert in seinem vorliegenden Beschluss, dass bei einer „doppelten Vorverlagerung“ der Strafbarkeit, also bei Handeln mit (erstens) nur bedingtem Vorsatz im Hinblick auf eine (zweitens) bloße Vermögensgefährdung „Bedenken“ hinsichtlich einer Überdehnung von § 266 StGB aufkommen können.¹⁷ Welche Auswirkungen die Rechtsprechung des 2. Strafsenats auf die Anwendung von § 266 StGB hätte, lässt sich an folgendem Beispiel zeigen: Der Geschäftsführer eines Unternehmens gewährt einem langjährigen Kunden des Unternehmens wiederholt längere Zahlungsfristen, nachdem der Kunde in ernsthafte Liquiditätsschwierigkeiten geraten ist. Dabei hält der Geschäftsführer es für möglich und nicht ganz fernliegend, dass der Kunde endgültig in Vermögensverfall geraten und die Forderung seines Unternehmens ausfallen könnte. Allerdings hofft er, dass letztlich alles gut geht und die Forderung doch noch beglichen wird. Unterstellt man der Einfachheit halber, dass der Geschäftsführer durch die Verlängerung der Zahlungsfrist gegen seine Vermögensbetreuungspflicht im Sinne von § 266 StGB verstieß, und dass wegen der zweifelhaften Werthaltigkeit der gegen den Kunden gerichteten Zahlungsforderung auch eine den Nachteil begründende Vermögensgefährdung vorlag, ließe sich mit der Rechtsprechung des 2. Strafsenats eine Untreuestrafbarkeit gleichwohl bestreiten, weil der Geschäftsführer die Realisierung der Gefahr des Forderungsausfalls nicht billigte und er deswegen nicht mit Vorsatz im Hinblick auf einen endgültigen Schaden handelte.

b) Beschluss vom 25. Mai 2007

Diese Rechtsprechung führte der 2. Strafsenat fort und hob in einem weiteren Beschluss vom 25. Mai 2007 unter Verweis auf seinen Beschluss vom 18. Oktober 2006 die Verurteilung eines Notars wegen § 266 StGB zum Nachteil einer Bank mit der Begründung auf, das voluntative Vorsatzelement des Angeklagten sei nicht hinreichend

belegt.¹⁸ Der Angeklagte hatte nach den Feststellungen des erkennenden LG einen von der geschädigten Bank auf sein Anderkonto überwiesenen Betrag, der zur Finanzierung des Erwerbs eines noch zu sanierenden Objekts dienen sollte, an die Verkäuferin überwiesen, obwohl ihm eine nach der Treuhandabrede erforderliche Fertigstellungsbürgschaft nicht vorlag und die Kreditforderung der Bank daher nicht hinreichend gesichert war. Die Kreditforderung der Bank wurde später zu 30 % ihres Nominalwertes verkauft. Der 2. Strafsenat bejahte zwar das kognitive Element des Untreuevorsatzes, weil dem Angeklagten auf Grund seiner langjährigen beruflichen Erfahrung das mit dem Verzicht auf die Fertigstellungsbürgschaft verbundene Risiko für die Bank bewusst gewesen sei. Allerdings halte die Feststellung des LG, der Angeklagte habe eine Vermögensgefährdung der Bank billigend in Kauf genommen, einer „sachlich-rechtlichen Prüfung unter Berücksichtigung der neueren Rechtsprechung des Senats nicht stand“,¹⁹ weil nicht feststehe, dass der Angeklagte eine Realisierung der Möglichkeit eines Schadenseintritts gebilligt habe.²⁰ Eine detaillierte Analyse des Beschlusses würde den Rahmen dieses Beitrags sprengen. Dennoch ist darauf hinzuweisen, dass seine Begründung nicht vollständig widerspruchsfrei ist und die Gefahr besteht, dass die vom 2. Strafsenat bezweckte Restriktion des Tatbestandes von § 266 StGB²¹ in der Praxis nicht ohne weiteres anerkannt wird. Denn insbesondere Staatsanwaltschaften könnten in Fällen wie dem Vorliegenden davon ausgehen, eine Kreditforderung werde bereits dadurch in ihrem Wert vermindert, dass sie nicht hinreichend besichert sei, und die Bank erleide bereits in diesem Stadium einen Vermögensnachteil im Sinne von § 266 StGB. Würden sie ferner unterstellen, dem Täter sei eine infolge der unzureichenden Sicherung bestehende Wertminderung der Kreditforderung der Bank bewusst gewesen, könnten sie sich für die Annahme vorsätzlichen Handelns auf den Standpunkt stellen, es genüge für § 266 StGB, wenn der Täter eben (nur) diese Wertminderung gebilligt hätte.

4. Die Ansicht des 1. Strafsenats

Tatsächlich stellt sich sogar der 1. Strafsenat in seinem Beschluss vom 20. März 2008 ausdrücklich dem Postulat entgegen, dass sich der bedingte Vorsatz hinsichtlich eines Gefährdungsschadens auf einen in der Zukunft liegenden endgültigen Vermögensvorteil erstrecken müsse und unterstellt, es handele sich insoweit um eine „Scheinproblematik“, die sich bei einer präzisen Begriffsverwendung weitgehend erledige. Der 1. Strafsenat verweist sodann auf die Vergabe eines ungesicherten Kredits an ein zahlungsunfähiges Unternehmen, bei der ein mit der Ausreichung der Darlehenssumme erlangter Rückzahlungsanspruch der Bank minderwertig sei und ein unmittelbar und realiter eingetretener Vermögensnachteil im Sinne des § 266 StGB aus einer Saldierung der

¹⁴ BGH NJW 2007, 1760, 1766.

¹⁵ BGH NJW 2007, 1760, 1766.

¹⁶ *Ransiek*, ZStW 2004, 634, 640; *Matt/Saliger*, Straflosigkeit der versuchten Untreue - Über die Richtigkeit dieser Entscheidung des Gesetzgebers und dogmatische Konsequenzen, in: *Irrwege der Strafgesetzgebung* (1999), S. 217, 219; *Dierlamm*, a.a.O. (Fn. 2), Rn. 186.

¹⁷ HRRS 2008 Nr. 522 Rn. 18.

¹⁸ BGH 2 StR 469/06 - 25. Mai 2007 = HRRS 2007 Nr. 663 Rn. 13.

¹⁹ HRRS 2007 Nr. 663 Rn. 9.

²⁰ HRRS 2007 Nr. 663 Rn. 13.

²¹ HRRS 2007 Nr. 663 Rn. 13.

ausbezahlten Darlehenssumme mit dem verbleibenden Wert des Rückzahlungsanspruchs folge.²²

5. Stellungnahme

a) Voraussetzungen des Gefährdungsschadens

Dieser Herleitung des Vermögensnachteils ist insoweit zuzustimmen, als eine nachteilsrelevante Vermögensminderung bereits dann vorliegen kann, wenn eine wirtschaftliche Betrachtung ergibt, dass ein auf dem Vermögen ruhendes Gefährdungspotenzial dessen Wert mindert.²³ Verlangen es etwa die Grundsätze ordnungsgemäßer Buchführung oder bankübliche Bewertungsgrundsätze, eine zweifelhafte Forderung nicht mit ihrem Nominalwert in der Bilanz zu aktivieren, sondern sie lediglich mit einem an der tatsächlichen Realisierungsaussicht verminderten Wert auszuweisen, bezeichnet diese Differenz zwischen dem Nominalwert und dem zulässigerweise anzusetzenden Wert die Höhe des bis zum Zeitpunkt des Forderungsausweises eingetretenen Vermögensnachteils im Sinne von § 266 StGB. Soweit in diesem Bereich gelegentlich Unklarheiten zu herrschen scheinen, dürfte dies an der verbreiteten, wenngleich dogmatisch nicht eben feinsinnigen Terminologie der „schadensgleichen“ Vermögensgefährdung liegen, die den Blick darauf verstellt, dass es die Gefährdung selbst ist, die den Schaden begründet und es ihrer Gleichstellung mit einem endgültigen, dauerhaften Schaden nicht bedarf.²⁴ In den Kreditvergabefällen besteht der Schaden deshalb in dem Risiko, dass der Kredit später notleidend wird,²⁵ in dem vorstehend gebildeten Beispielfall entsteht er durch die Gefahr, dass die Forderung endgültig ausfällt et cetera. So einfach dies klingt, ist jedoch darauf hinzuweisen, dass auch die Feststellung eines Gefährdungsschadens wegen der erforderlichen Bewertung von Rückzahlungsforderungen durch Sachverständigengutachten etc. ihrerseits mit erheblichen Unsicherheiten behaftet sein kann.

b) Erfordernis eines voluntativen Billigungselements?

Es ist davon auszugehen, dass Staatsanwaltschaften bei der Auslegung von § 266 StGB künftig der weiteren Linie des 1. Strafsenats zuneigen und bei der Prüfung des hinreichenden Tatverdachts den Standpunkt einnehmen werden, es sei für die bereits eingetretene Minderung des Vermögens und im Ergebnis für den objektiven Tatbestand von § 266 StGB nicht relevant, ob ein Vermögensnachteil endgültig eintritt, die vermindert ausgewiesene Forderung also tatsächlich dauerhaft uneinbringlich ist, oder ob sie wider Erwarten doch noch in voller Höhe zurückgezahlt wird.²⁶ Tatsächlich ist zuzugeben, dass es dogmatisch nicht vollständig befriedigend ist, in subjek-

tiver Hinsicht ein zusätzliches voluntatives Billigungselement hinsichtlich einer endgültigen Vermögensminderung zu verlangen, während der Vermögensnachteil in objektiver Hinsicht den Eintritt eines endgültigen Schadens gerade nicht voraussetzt. Deshalb muss zum Beispiel der Bankvorstand, der einen nicht hinreichend gesicherten Kredit ausreicht, obwohl er um die fehlende Werthaltigkeit des Rückzahlungsanspruchs sicher weiß, auch künftig mit dem Vorwurf rechnen, er habe den Gefährdungsschaden mindestens billigend in Kauf genommen und deshalb hinsichtlich der Gefährdung des Vermögens der Bank mit Vorsatz gehandelt. Und wer als Notar um die Gefährdung des Kreditanspruchs der Bank infolge mangelhafter Besicherung weiß, wird sich ebenso dem späteren Vorwurf ausgesetzt sehen, den Gefährdungsschaden der Bank gebilligt zu haben, als er den ihm zu treuen Händen übergebenen Kreditbetrag auszahlte. Selbst wenn es in all diesen Fällen dem Täter noch so unerwünscht sein mag, dass Forderungen ausfallen und fremdes Vermögen geschädigt wird, dürfte dies trotz des erkennbaren Willens der Rechtsprechung, den Tatbestand von § 266 StGB zu begrenzen, kaum dazu führen, dass Staatsanwaltschaften den Vorsatz ablehnen.

c) Die „Überdehnung“ von § 266 StGB als „Scheinproblem“?

Ungeachtet der Frage, ob man der Ansicht des 1. Strafsenats oder der Ansicht des 2. Strafsenats folgt, ist jedoch zweifelhaft, ob sich – wie der 1. Strafsenat meint – das „tatsächlich nicht gegebene Problem der Überdehnung des Untreuetatbestandes auch nicht scheinbar“²⁷ stellt. Die grundsätzliche Kritik der Lehre, dass eine Begrenzung von § 266 StGB sich dogmatisch widerspruchsfrei nicht im subjektiven Tatbestand bewirken lässt, zusätzliche Vorsatzerfordernisse deshalb in erster Linie als „Krücke der Einzelfallgerechtigkeit“²⁸ anzusehen sind und eine wirksame Begrenzung des Tatbestandes von § 266 StGB auf der Ebene des objektiven Tatbestandes ansetzen muss,²⁹ bleibt ebenso berechtigt wie die sowohl in der Rechtsprechung als auch in der Lehre erhobene Forderung nach einer Restriktion des Untreuetatbestands. Weil die vielfach als ausufernd empfundene Anwendung von § 266 StGB auf jeden Fall wirklichen oder auch nur vermeintlichen Missmanagements überdies nicht zuletzt auf einem nicht eindeutig umgrenzten Pflichtenkatalog der potenziellen Täter beruht,³⁰ scheint es ratsam, verlässliche Voraussetzungen für die Annahme einer Treuepflichtverletzung zu bestimmen und § 266 StGB bereits im objektiven Tatbestand (auch) anhand dieses Merkmals zu begrenzen. Und insoweit ist die Überdehnung des Untreuetatbestandes keineswegs ein Scheinproblem. Nur beispielhaft sei auf die formelhafte und zu Recht erheblicher Kritik ausgesetzte Wendung der Rechtsprechung verwiesen, ein Risiko werde dann unzulässigerweise

²² HRRS 2008 Nr. 522 Rn. 19; bereits zuvor BGHSt 46, 30, 47; 47, 148, 156.

²³ BGHSt 44, 376, 384; Fischer, StGB, § 266 Rn. 61 ff.; Dierlamm, a.a.O. (Fn. 2), Rn 186; Lenckner/Perron, a.a.O. (Fn. 9), Rn 45; OLG Hamm wistra 1999, 350, 353.

²⁴ Vgl. Ransiek, ZStW 2004, 634, 667, 669; ähnlich Lenckner JZ 1971, 320, 322; Waßmer, a.a.O. (Fn. 1), S. 131.

²⁵ Ransiek ZStW 2004, 634, 670.

²⁶ Vgl. Lenckner/Perron, a.a.O. (Fn. 9), Rn 45.

²⁷ HRRS 2008 Nr. 522 Rn. 18.

²⁸ Hillenkamp NStZ 1981, 161, 163.

²⁹ Hillenkamp NStZ 1981, 161, 163; Waßmer, a.a.O. (Fn. 1), S. 159.

³⁰ Zur Bedeutung der Vermögensbetreuungspflicht für die Begrenzung von § 266 StGB vgl. zuletzt BGH 3 StR 493/07, Beschluss v. 1. April 2008 = HRRS 2008 Nr. 649.

eingegangen, wenn „die Gefahr eines Verlustes wahrscheinlicher ist als die Aussicht auf Gewinn“.³¹

6. Ansatz zur Begrenzung von § 266 StGB im objektiven Tatbestand

In den vorliegend angesprochenen Fällen hätte eine Betrachtung der Pflichtverletzung nicht zu anderen Ergebnissen geführt. Grundsätzlich verspricht eine Begrenzung der Untreuestrafbarkeit über das Merkmal der Pflichtwidrigkeit jedoch schlüssigere Ergebnisse und ein höheres Maß an Rechtssicherheit, zumal anhand der Kriterien einer unterdessen in § 93 Abs. 1 Satz 2 AktG kodifizierten Business Judgment Rule³² risikobehaftete Entscheidungen auch jenseits des sachlichen Anwendungsbereiches des AktG auf Plausibilität und objektive Nachvollziehbarkeit geprüft werden können.³³ In seinen Ent-

³¹ BGH NJW 1975, 1234.

³² Zu Hintergründen und Elementen der Business Judgment Rule im US-amerikanischen Recht vgl. *Buxbaum*, The Duty of Care and the Business Judgment Rule in American Law – Recent Developments and Current Problems, in: Kreutzer (Hrsg.), Die Haftung der Leitungsorgane von Kapitalgesellschaften (1991), S. 79 ff.

³³ Nach § 93 Abs. 1 Satz 2 AktG liegt eine Pflichtverletzung nicht vor, wenn das Vorstandsmitglied bei einer unternehmerischen Entscheidung vernünftigerweise annehmen durfte, auf der Grundlage angemessener Information zum Wohle der Gesellschaft zu handeln. Dieser Grundgedanke eines Geschäftsleiterermessens gilt nach der Gesetzesbegründung des UMAG auch nicht nur für die AG, sondern gilt auch ohne positivrechtliche Regelung für alle Bereiche unternehmerischen Handelns; vgl. auch *Große Vorholt*, a.a.O. (Fn.4), Rn. 393ff.

scheidungen zur Untreue durch Kreditvergabe hat der BGH bereits erste Schritte auf einem an Plausibilitätskriterien ausgerichteten Weg unternommen und zu Recht die sorgfältige Abwägung von Chancen und Risiken in den Mittelpunkt der Bewertung gestellt.³⁴ Als inhaltlich vertretbar und damit nicht pflichtwidrig im Sinne von § 266 StGB können hiernach Entscheidungen gelten, die auf sorgfältig ermittelter Informationsgrundlage und frei von Interessenskonflikten oder sachfremden Erwägungen getroffen werden. Anhaltspunkte hierfür können sich aus dem Entscheidungsverfahren, insbesondere aus der Einhaltung von Regelungen zur Zuständigkeit der Entscheidungsträger und der Mitwirkung von Aufsichtsorganen sowie aus der Transparenz eines Entscheidungsvorgangs ergeben. Auch wenn hier noch keineswegs von gesicherten Kriterien für eine Unterscheidung zwischen straflosen und strafbaren Vermögensgefährdungen gesprochen werden kann und auch die Eignung der den Entscheidungen des BGH zur Untreue durch Kreditvergabe gewählten Kriterien nicht unumstritten ist,³⁵ deutet sich zumindest eine Möglichkeit an, die aus einer Begrenzung anhand des subjektiven Tatbestandes und einer Orientierung am Nachteilsbegriff resultierenden Verzerrungen und Unwägbarkeiten, die mit einer Anwendung von § 266 StGB insbesondere auf unternehmerisches Handeln nach wie vor verbunden sind, reduzieren zu können und den Umfang der gerichtlichen Überprüfung unternehmerischen Handelns zu begrenzen.

³⁴ BGHSt 46, 30; 47, 148.

³⁵ Vgl. etwa die weiteren Vorschläge von *Gallandi* wistra 2001, 281, 284.

Dokumentation

Verfahrensdokumentation

In dieser Ausgabe kein Eintrag. Sie bleiben eingeladen, durch die Einsendung von Dokumentationsvorschlägen

zum weiteren Ausbau der Dokumentationsrubrik beizutragen.

Schrifttum

Hauke Brettel: Tatverleugnung und Strafrestaussatzung – Ein Beitrag zur Praxis der Kriminalprognose, Duncker & Humblot, 2007, 324 Seiten, 74,- €.

I. Das Gesetz macht in §§ 57, 57a StGB die Aussetzung eines Strafrestes u. a. davon abhängig, ob sie „unter Berücksichtigung des Sicherheitsinteresses der Allgemeinheit verantwortet werden kann“. Der Aussetzungsentcheidung des Gerichts geht also eine Prognose voraus, die sich mit dem Verurteilten und seinem Verhalten auseinandersetzt; dazu zählt auch sein Umgang mit der Tat. Es ist jedoch keineswegs selten, dass der rechtskräftig Verurteilte die Tatbegehung (weiterhin) bestreitet, er also von sich behauptet, nicht (oder nicht „so“) schuldig zu sein, wie es im Urteil steht. Gerade bei Sexual- und Tötungsdelikten ist fortdauernde Tatverleugnung häufig anzutreffen (vgl. etwa Schmitt, BewHi 1996, S. 3, 10; Rehder, ZfStrVo 1999, S. 153, 154). Nach verbreiteter Ansicht im Vollzug und bei den Strafvollstreckungskammern macht dem Verurteilten solches Bestreiten eine Auseinandersetzung mit sich und der Tat unmöglich. Die Folge: Der Verurteilte gilt (weiterhin) als gefährlich – zumindest entsteht eine Art prognostisches Zugangshindernis, weil aufgrund des Bestreitens keine verlässliche Aussage über sein zukünftiges Verhalten unmöglich sei. Die Aussicht auf Lockerungen rückt dann oft in weite Ferne; und ohne vorherige Erprobung steht es auch schlecht um die Aussetzung des Strafrestes.

II. Diese Praxis überrascht auf den ersten Blick, denn das BVerfG wies bereits darauf hin, es fehle an einem gesicherten ärztlichen Erfahrungssatz, wonach aus dem Leugnen der Tat auf den Fortbestand der Gefährlichkeit geschlossen werden dürfe (NStZ 1998, S. 373, 375). Allerdings ist nicht zu übersehen, dass das Bestreiten der Tatbegehung unter den Fähnlein „defizitärer Realitáts-einschätzung“, „fehlender Schuldverarbeitung“ und „massiven Bagatellisierungs- und Verleugnungstendenzen“ von den zuständigen Kammern und Senaten gleichwohl für erheblich gehalten wird. Es ist also ein praktisch wichtiges wie theoretisch anspruchsvolles Thema, dessen sich Hauke Brettel annimmt. Mit Blick auf die §§ 57, 57a StGB charakterisierende „empirisch-normative Gemengelage“ (S. 20) teilt er seine Untersuchung in zwei große Kapitel auf: „Das Problem der Tatverleugnung in der Erfahrungswissenschaft“ und „Das Problem der Tatverleugnung im Recht“.

Im ersten Teil stellt Brettel umfassend die von den Psycho-Wissenschaften entwickelten und in der Praxis rele-

vanten Prognoseverfahren vor, was allein schon die Lektüre lohnt, und untersucht sie unter dem spezifischen Aspekt des Umgangs mit der Tatverleugnung. Die Ergebnisse sollten Vollzugspraktiker zur Kenntnis nehmen: Im von Webster, Douglas, Eaves und Hart auf der Grundlage empirischer Rückfallstudien über Sexual- und Gewalttäter entwickelten und 1997 vorgelegten HCR-20-Schema („The assessment of dangerousness and risk“; HCR stehen für Historical, Clinical und Risk), das sich auch in der Bundesrepublik großer Beliebtheit als Prognoseinstrument erfreut, ist Ableugnen keines der Einzelmerkmale (S. 37 f.). Im SVR-20-Schema (Sexual Violence Risk) heißt es: „Es gibt keinen eindeutigen empirischen Beleg dafür, dass dieser Faktor (= Tatverleugnung) zukünftige sexuelle Gewalttaten vorhersagt“ (S. 48 f.). Nach Rasch und Nedopil (S. 51 ff.) kommt dem Bestreiten des rechtskräftig Verurteilten keine verallgemeinerungsfähige Bedeutung zu; Gleiches gilt für die von Leygraf, Nowarra und Kröber entwickelten Einschätzungsverfahren (S. 55). Im von Rehder vorgelegten RRS-Testverfahren (Rückfallrisiko Sexualstraftäter) ist Tatverleugnung ebenfalls kein Kriterium des sog. Grundbogens oder des „Zusatzbogens Vergewaltiger“ (S. 62). Auch die von Göppinger entwickelte und von Bock und Maschke durch weitere Einbeziehung kriminologischer Erkenntnisse verfeinerte Methode der idealtypisch-vergleichenden Einzelfallanalyse (MIVEA) lässt für das Ableugnen der Tat prognostisch keinen Raum (S. 66 f., 71; zur Bedeutung der Kriminologie für die Verteidigung im Erkenntnisverfahren vgl. Neuhaus, in: FS Schwind, 2006, S. 535 ff., dort auch zu HCR-20 und MIVEA).

Das alles kann nicht verwundern, denn wer könnte ernsthaft der Meinung sein, es käme auf die äußere Haltung zum Tatgeschehen an? Wem die Tat nicht allzu schwer auf der Seele liegt, der mag gerade deshalb leicht gestehen und ohne Problem über seine Tat reden können! Man darf ihm deshalb aber gewiss keine bessere Prognose stellen. „Verantwortungsübernahme“ bedeutet eben nicht automatisch eine Distanzierung von der Tat. Wer hingegen unter seiner Tat leidet, der spricht bisweilen deshalb sehr ungern über die Tat und ihre schmerzlichen Details. Außerdem werden die Schilderungen des Inhaftierten in der Regel von seiner veränderten Zukunfts- und Lebensperspektive geprägt sein, für deren Bewahrung er sich beispielsweise veranlasst sehen kann, sich von der Tat ganz oder teilweise zu distanzieren. Man denke an Ableugnen, um die Gunst naher Angehöriger zu erhalten oder weil der Gefangene befürchtet, subkulturellen Übergriffen ausgesetzt zu sein. Es gibt eben ganz unterschiedliche Arten der Verarbeitung der Tat. Deshalb

ist die mangelnde Bereitschaft, über die Tat zu reden oder sie zumindest nachträglich zu gestehen, also nach Eintritt der Rechtskraft, prognostisch grundsätzlich ohne Belang.

So lautet denn auch das überzeugende Fazit *Brettels* am Ende des erfahrungswissenschaftlich ausgerichteten Teils seiner Arbeit: Tatverleugnung ist kein prognosebestimmender Faktor (S. 81). Sie kann allenfalls dann Bedeutung erlangen, wenn sie Ausdruck eines anderen prognoserelevanten Umstandes ist (S. 63), etwa einer Persönlichkeitsstörung (S. 45, 49), der Projizierung eigenen Fehlverhaltens auf andere (S. 57) oder mangelnder Fähigkeit zur Empathie (S. 78). Aber selbst dann kommt dem Ableugnen „ausnahmslos“ nur geringes prognostisches Gewicht zu und bleibt nur eines unter vielen Kriterien (S. 78). Auf der Basis dieser Erkenntnisse entwickelt *Brettel* dann Empfehlungen für den Umgang mit der Tatverleugnung (S. 121 ff. und S. 153 ff.), die vor allem die notwendigen Differenzierung von innerer und äußerer Haltung (S. 162 ff.) sowie von Können und Wollen (S. 165 ff.) anmahnen, wobei es – wie schon angesprochen – auch für den fehlenden Willen zum Geständnis nachvollziehbare, prognostisch keinesfalls nachteilige Gründe geben kann.

Im zweiten Teil seiner Untersuchung wendet sich *Brettel* den mit der Tatverleugnung verbundenen rechtlichen Fragestellungen zu (S. 192 ff.), so der Relevanz der Rechtskraft für das Leugnungsproblem: Ist der Prognostiker an die Feststellungen im Urteil gebunden oder nicht? *Brettel* stellt zunächst die in Rechtsprechung und Literatur zur Rechtskraftwirkung vertretenen Ansichten vor (S. 200 ff.) und gelangt nach sorgfältiger Analyse zu dem überzeugenden Ergebnis, dass sich dem Gesetz bei Entlassungsprognosen ein im Vergleich zur Hauptverhandlung verändertes Beurteilungsinteresse zu persönlichkeitsabhängigen Umständen entnehmen lasse (S. 215 ff.). Trotz insoweit fehlender Bindungswirkung drohe nicht die Gefahr, dass im Vollstreckungsverfahren einem Bestreiten früherer Taten stets nachgegangen werden müsse: Fehlende Bindungswirkung bedeute nämlich nicht, das man über die Feststellungen im Urteil nach Belieben hinweg gehen könne. Wolle der Sachverständige bzw. das zur Entscheidung berufene Gericht sich über Urteilsfeststellungen zu persönlichkeitsbezogenen (!) Umständen hinwegsetzen, dann sei ein Gegenvortrag erforderlich, der sich ausnahmsweise dann durchsetzen könne, wenn er entsprechende Substanz aufweise (S. 228). Jedenfalls solle der Sachverständige nicht verschweigen, wenn aus seiner Sicht im tatrichterlichen Verfahren etwas übersehen wurde (S. 229).

Im Anschluss wirft *Brettel* die Frage auf, welche Bedeutung dem Zweifelssatz und der Unschuldsvermutung für das Leugnungsproblem zukommen. Er gelangt zu dem Ergebnis, dass beide Rechtssätze auf die Prognose nicht anwendbar seien. Zwar handle es sich entgegen verbreiteter Ansicht auch insoweit um eine Tatsachenfrage (S. 247). Doch gehe es bei §§ 57, 57a StGB um den Men-

schen, wie er (wahrscheinlich) wirklich sei, nicht aber darum, wie man ihn zu einen Gunsten betrachten könne (S. 250). Bleibe also auch nach sorgfältigster (S. 132 ff.) Exploration offen, ob die Tatleugnung Ausdruck eines prognostisch relevanten Kriteriums ist oder nicht, zwingen nach *Brettel* weder Zweifelssatz noch Unschuldsvermutung zur Annahme der „harmlosen“ Variante.

Schließlich wird die Relevanz der Selbstbelastungsfreiheit für das Leugnungsproblem erörtert (S. 268 ff.): Will der nemo-tenetur-Grundsatz den Betroffenen allein davor schützen, vor rechtskräftiger Verurteilung an der eigenen „Überführung“ mitzuwirken, oder geht es auch um andere Formen der Selbstbeichtigung? Auch hier erweist sich die Darstellung und Aufarbeitung des Streitstandes als sorgfältig und überzeugend. Allerdings fehlen die Ergebnisse der im Jahre 2006 publizierten Habilitationsschrift von *Ralf Kölbl* zu Selbstbelastungsfreiheiten im materiellen Recht; man wird vermuten dürfen, dass *Brettel* sie nicht mehr berücksichtigen konnte. Der bemerkenswerten Qualität der Darstellung tut das aber keinen Abbruch. Letztlich will *Brettel* den nemo-tenetur-Grundsatz nicht gelten lassen, solange es um die rechtskräftig abgeschlossenen Sache geht (S. 291).

III. Wenn es etwas an der Arbeit *Brettels* zu bemängeln gibt, dann nur im historischen Teil: Wie konnte es eigentlich zur Gleichsetzung von Tatleugnung und Gefährlichkeit kommen? Sie findet sich, soweit ersichtlich, erstmals in der vor mehr als 50 Jahren erschienenen Monografie von *E. Frey*, *Der frühkriminelle Rückfallverbrecher* (Basel 1951). Nach und nach fand *Frey* Nachahmer, ohne dass bei ihm nachzulesen gewesen wäre, warum denn dieses Kriterium so ungeheuer wichtig sei. Ansonsten kann an nur sagen: Endlich hat sich (auch) ein juristischer Autor daran gemacht, die in der Praxis oft anzutreffende Tatverleugnung nach rechtskräftiger Verurteilung zu entmystifizieren und die in Vollstreckung und Vollzug immer wieder aufgemachte Rechnung „fehlendes Geständnis = fehlende Auseinandersetzung mit der Tat = fortbestehende Gefährlichkeit“ zu falsifizieren. Man kann nur wünschen, dass die Ergebnisse der Arbeit gerade in diesen Kreisen zur Kenntnis genommen und daraus die richtigen Konsequenzen gezogen werden. Es ist abwegig, dass das Leugnen an sich direkt zur (nächsten) Straftat führt – so wie Erwartung abwegig ist, dass jemand nur deshalb Böses nicht wieder tut, weil er es bekannt hat. Man muss akzeptieren, dass jede Zukunft im Konjunktiv steht. Intuitive oder tradierte Vorstellungen (zur Geständnisorientierung als soziales Handlungsmuster ausf. *Kölbl*, *Selbstbelastungsfreiheiten*, 2006, S. 174 ff.) dürfen sachliche Argumente nicht länger ersetzen. Nach dieser Untersuchung können sie es auch nicht mehr.

Dr. Ralf Neuhaus, Rechtsanwalt & Fachanwalt für Strafrecht, Dortmund

Vollständige Rechtsprechungsübersicht

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

892. BGH 1 StR 185/08 - Beschluss vom 18. Juni 2008 (LG Stuttgart)

Wiedereinsetzung in den vorigen Stand gegen die Versäumung der Frist des § 356a Satz 2 StPO; unbegründete Anhörrungsrüge (Kausalität; rechtliches Gehör).
§ 356a StPO; § 44 StPO; Art. 103 Abs. 1 GG

893. BGH 1 StR 204/08 - Beschluss vom 12. August 2008

Unbegründete Anhörrungsrüge.
§ 356a StPO

894. BGH 1 StR 238/08 - Urteil vom 9. Oktober 2008 (LG Würzburg)

Recht auf Verfahrensbeschleunigung (Voraussetzungen einer Verletzung: Feststellungen; Kompensation nur durch Vollstreckungslösung; Verhältnis zu Art. 5 Abs. 3 Satz 2 EMRK: Anspruch auf ein Urteil innerhalb angemessener Frist oder auf Entlassung).
Art. 6 Abs. 1 Satz 1 EMRK; Art. 5 Abs. 3 Satz 1 EMRK; Art. 2 Abs. 1 GG; Art. 20 Abs. 3 GG; Art. 2 Abs. 2 Satz 2 GG; § 51 Abs. 1 StGB; § 46 StGB

895. BGH 1 StR 25/08 - Beschluss vom 30. Juli 2008 (LG Passau)

Weiterleitung eines Antrages auf Bestellung eines Verteidigers zur Vorbereitung eines Wiederaufnahmegesuchs.
§ 364b StPO

896. BGH 1 StR 260/08 - Urteil vom 14. Oktober 2008 (LG Karlsruhe)

BGHSt; Vorteilsgewährung (Begriff der Unrechtsvereinbarung: Zielsetzung der Einflussnahme auf die Dienstausübung oder der Honorierung früher Dienstausübung; Vorteil; Genehmigung; EnBW; „Fall Claassen“); Bestechung.
§ 333 Abs. 1, Abs. 3 StGB; § 331 StGB

897. BGH 1 StR 35/08 - Beschluss vom 27. August 2008 (LG Konstanz)

Unzulässige Anhörrungsrüge.
§ 356a StPO

898. BGH 1 StR 343/08 - Beschluss vom 27. August 2008 (LG München)

Bedingter Vorsatz und bewusste Fahrlässigkeit.
§ 15 StPO

899. BGH 1 StR 347/08 - Beschluss vom 22. September 2008 (LG Hildesheim)

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

900. BGH 1 StR 352/08 - Beschluss vom 26. August 2008 (LG Mannheim)

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

901. BGH 1 StR 355/08 - Beschluss vom 23. September 2008 (LG Duisburg)

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

902. BGH 1 StR 369/08 - Beschluss vom 12. August 2008

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

903. BGH 1 StR 371/08 - Beschluss vom 26. August 2008 (LG Ellwangen)

Rechtsfehlerhafte Anwendung der neuen Regelung zum Vorwegvollzug (Halbstrafenentlassung).
§ 67 Abs. 2 Sätze 2 StGB; § 67 Abs. 5 Satz 1 StGB

904. BGH 1 StR 382/08 - Beschluss vom 13. August 2008 (LG Essen)

Entbehrliche Darlegung der Voraussetzungen für kurze Freiheitsstrafen bei „unverfrorenen Wiederholungstätern“.
§ 47 Abs. 1 StGB

905. BGH 1 StR 384/08 - Beschluss vom 27. August 2008 (LG Nürnberg-Fürth)

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

906. BGH 1 StR 388/08 - Beschluss vom 2. Oktober 2008

Verfahrenseinstellung wegen Verfahrenshindernis.
§ 206a Abs. 1 StPO

907. BGH 1 StR 390/08 - Beschluss vom 12. August 2008 (LG Deggendorf)

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

908. BGH 1 StR 414/08 - Beschluss vom 9. September 2008 (LG München)

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

909. BGH 1 StR 415/08 - Beschluss vom 17. September 2008 (LG München)

Bedrohung; strafbare Zuwiderhandlung gegen eine gerichtliche Maßnahme zum Schutz vor Gewalt und Nachstellungen; Verfahrenshindernis der Spezialität nach Art. 14 EuAIÜbk.

Art. 14 EuAIÜbk; § 4 GewaltschutzG

910. BGH 1 StR 420/08 - Urteil vom 23. September 2008 (LG Nürnberg)

Auslegung des Antrages der Staatsanwaltschaft; Beweiswürdigung (Anforderungen an die Begründung eines Freispruches).

§ 344 Abs. 1 StPO; § 261 StPO

911. BGH 1 StR 421/08 - Beschluss vom 9. Oktober 2008 (LG Stuttgart)

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

912. BGH 1 StR 423/08 - Beschluss vom 27. August 2008 (LG München)

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

913. BGH 1 StR 431/08 - Beschluss vom 27. August 2008 (LG München)

Konkrete Strafzumessung bei der dritten Stufe der Gesamtstrafenbildung (zusammenfassende zusammenfassenden Würdigung; Bezugnahme).

§ 54 Abs. 1 Satz 3 StGB; § 267 Abs. 3 Satz 1 StPO

914. BGH 1 StR 436/08 - Beschluss vom 17. September 2008 (LG Karlsruhe)

Antrag des Angeklagten auf Entscheidung des Revisionsgerichts; Zustellung des Urteils bei mehrfacher Verteidigung.

§ 346 StPO; § 145a Abs. 3 StPO

915. BGH 1 StR 441/08 - Beschluss vom 8. Oktober 2008 (LG München)

Verwertbarkeit einer Telekommunikationsüberwachung (Beurteilungsspielraum hinsichtlich der Katalogtat; erhebliche Ausführungen zur Verwertbarkeit von Beweismitteln im Urteil).

§ 100a StPO

916. BGH 1 StR 449/08 - Beschluss vom 9. September 2008 (LG Deggendorf)

Verhältnis von Sicherungsverwahrung und vorbehalter Sicherungsverwahrung (Beurteilung der Gefährlichkeit bei verweigerter Exploration: Schluss aus dem Hang, neue Umstände nach der letzten Hangtat, Selbstbelastungsfreiheit); Stellung des Adhäsionsantrags vor den

Schlussvorträgen (Stellungnahmemöglichkeit der Staatsanwaltschaft).

§ 66a StGB; § 66 Abs. 3 Satz 2, Abs. 2 StGB; § 404 Abs. 1 Satz 1 StPO

917. BGH 1 StR 452/08 - Beschluss vom 27. August 2008 (LG Konstanz)

Berücksichtigung verjährter Taten bei der Strafzumessung; redaktioneller Hinweis.

§ 46 StGB; § 78 StGB

918. BGH 1 StR 466/08 - Beschluss vom 29. September 2008 (LG München)

Unzulässige Revision.

§ 349 Abs. 1 StPO

919. BGH 1 StR 478/08 - Beschluss vom 24. September 2008 (LG Nürnberg)

Anordnung der Unterbringung in einer Entziehungsanstalt (hinreichend konkret Aussicht auf eine erfolgreiche Behandlung; widersprüchliche Begründung).

§ 64 Satz 2 StGB; § 261 StPO

920. BGH 1 StR 496/08 - Beschluss vom 17. September 2008 (LG Karlsruhe)

Keine Bestellung als Pflichtverteidiger nach Meldung als Wahlverteidiger, die zur Entpflichtung des früheren Pflichtverteidigers führt ohne weitere Entpflichtungsgründe.

§ 141 Abs. 4 StPO; § 140 StPO; § 143 StPO

921. BGH 1 StR 497/08 - Beschluss vom 8. Oktober 2008 (LG Regensburg)

BGHR; Erstattung der dem zum Anschluss als Nebenkläger Berechtigten für die Heranziehung eines Verletztenbeistandes im Revisionsverfahren entstandenen notwendigen Auslagen.

§ 406g Abs. 3 Satz 1 StPO; § 472 Abs. 3 Satz 1, Abs. 1 Satz 1 StPO; § 473 Abs. 1 Satz 2 StPO

922. BGH 4 StR 112/08 - Beschluss vom 7. August 2008 (LG Essen)

Aufrechterhaltung der Gesamtfreiheitsstrafe trotz Wegfalls von Einzelstrafen (angemessene Rechtsfolge; verfassungskonforme Auslegung).

§ 354 Abs. 1 a StPO

923. BGH 4 StR 141/08 - Beschluss vom 10. Oktober 2008 (LG Magdeburg)

Versuchte Vergewaltigung; Rücktritt (Abgrenzung unbedeuter Versuch und beendeter Versuch nach dem Rücktrittshorizont; Unmaßgeblichkeit der Erreichung außer tatbestandlicher Handlungsziele); Gefährlichkeitsprognose bei der Sicherungsverwahrung (keine belastende Verwertung zulässigen Verteidigungsverhaltens).

§ 177 Abs. 1 StGB a.F.; § 24 Abs. 1 StGB; § 66 Abs. 1 Nr. 3 StGB

924. BGH 4 StR 153/08 - Urteil vom 2. Oktober 2008 (LG Münster)

Verfall von Wertersatz; Härtevorschrift (Revisibilität; Ermessen; Begriff der unbilligen Härte: vollständige Entreichung und Unterhaltsverpflichtungen; Behandlung von Vermögen, das zweifelsfrei in keinem denkba-

ren Zusammenhang mit den abgeurteilten Straftaten steht).
§ 73 StGB; § 73a StGB; § 73c StGB

925. BGH 4 StR 153/08 - Beschluss vom 30. September 2008 (LG Münster)

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

926. BGH 4 StR 175/08 - Beschluss vom 26. August 2008 (LG Frankenthal)

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

927. BGH 4 StR 185/08 - Beschluss vom 18. September 2008 (LG Bochum)

Sexuelle Handlung (Erheblichkeitsschwelle bei Küssen); Aufrechterhaltung des Strafausspruchs nach Wegfall von Einzelstrafen (Beruhen).
§ 184f Nr. 1 StGB; § 354 Abs. 1 StPO; § 337 StPO; § 354 Abs. 1a Satz 1 StPO

928. BGH 4 StR 188/08 - Beschluss vom 7. August 2008 (LG Landau)

Aufrechterhaltung der Gesamtfreiheitsstrafe trotz Fortfalls von Einzelstrafen (Beruhen).
§ 354 Abs. 1 StPO; § 337 StPO

929. BGH 4 StR 202/08 - Beschluss vom 12. August 2008 (LG Saarbrücken)

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

930. BGH 4 StR 208/08 - Beschluss vom 19. August 2008 (LG Regensburg)

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

931. BGH 4 StR 210/08 - Beschluss vom 29. Juli 2008 (LG Essen)

Unklare Urteilsfeststellungen zu eingestellten und abgeurteilten Taten (Begriff der Tat im prozessualen Sinne; unklarer Einstellungsbeschluss; Sperrwirkung); Geltung des Verschlechterungsverbot und Berücksichtigung einer zwischenzeitlichen unwirksamen Einstellung im Rahmen der Strafzumessung.
Art. 6 EMRK; Art. 103 Abs. 3 GG; Art. 20 Abs. 3 GG; § 154 StPO; § 358 StPO

932. BGH 4 StR 214/08 - Beschluss vom 26. August 2008 (LG Halle)

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

933. BGH 4 StR 221/08 - Beschluss vom 17. Juli 2008 (LG Saarbrücken)

Feststellung belastender Tatfolgen (Geltung des Zweifelssatzes, in dubio pro reo).
§ 46 StGB; § 261 StPO

934. BGH 4 StR 226/08 - Beschluss vom 8. Oktober 2008 (LG Bochum)

Minder schwerer Fall des Totschlags; Doppelverwertungsverbot beim Totschlag; eigene Strafzumessung des

Revisionsgerichts (verfassungskonforme Auslegung; Aufrechterhaltung der Strafe).
§ 212 StGB; § 213 StGB; § 21 StGB; § 49 StGB; § 46 Abs. 3 StGB; § 354 Abs. 1a StPO

935. BGH 4 StR 237/08 - Beschluss vom 28. August 2008 (LG Saarbrücken)

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

936. BGH 4 StR 251/08 - Beschluss vom 31. Juli 2008 (LG Essen)

Strafverfolgungsvoraussetzung des wirksamen Eröffnungsbeschlusses (erforderliche gesetzmäßige Besetzung mit drei Berufsrichtern unter Ausschluss der Schöffen; Verfahrenshindernis).
§ 203 StPO; § 206a StPO

937. BGH 4 StR 257/08 - Beschluss vom 7. Oktober 2008 (LG Bielefeld)

Erörterungsmangel bezüglich der Unterbringung des Angeklagten in einer Entziehungsanstalt (Hang; konkrete Aussicht auf einen Behandlungserfolg).
§ 64 StGB

938. BGH 4 StR 260/08 - Beschluss vom 14. Oktober 2008 (LG Paderborn)

Verkündung eines Urteils ohne Beratung (kein Beweis über das Sitzungsprotokoll); Hinweispflicht bei Anklage einer gemeinschaftlich begangenen Körperverletzung mit Todesfolge und Verurteilung wegen alleintäterschaftlichen Totschlags.
§ 25 Abs. 1, Abs. 2 StGB; § 227 StGB; § 260 Abs. 1 StPO; § 274 StPO; § 265 StPO

939. BGH 4 StR 267/08 - Beschluss vom 11. September 2008 (LG Saarbrücken)

Beweiswürdigung beim Vorwurf der Vergewaltigung (Aussage gegen Aussage; Indiz der Klassifikation nach ICD-10; psychische Schädigung des vermeintlichen Opfers; Aussagegenese).
§ 261 StPO; § 177 Abs. 1, Abs. 2 StGB

In einem Fall, in dem Aussage gegen Aussage steht und die Entscheidung allein davon abhängt, welchen Angaben das Gericht folgt, müssen die Urteilsgründe erkennen lassen, dass der Tatrichter alle Umstände, die die Entscheidung beeinflussen können, erkannt und in seine Überlegungen einbezogen hat (st. Rspr., vgl. nur BGHR StPO § 261 Beweiswürdigung 14, 17, 23, 29).

940. BGH 4 StR 269/08 - Beschluss vom 22. Juli 2008 (LG Dessau)

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

941. BGH 4 StR 270/08 - Beschluss vom 28. August 2008 (LG Saarbrücken)

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

942. BGH 4 StR 297/08 - Beschluss vom 7. August 2008 (LG Münster)

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

943. BGH 4 StR 316/08 - Beschluss vom 16. September 2008 (LG Halle)

Gebotener Härteausgleich bei der Strafzumessung (unzulässige Gesamtstrafenbildung aus einer Jugendstrafe und einer Freiheitsstrafe des allgemeinen Strafrechts bei getrennter Aburteilung); rechtsfehlerhaft abgelehnte Unterbringung des Angeklagten in einer Entziehungsanstalt (Auslegung des symptomatischen Zusammenhangs).

§ 54 StGB; § 64 StGB

944. BGH 4 StR 353/08 - Beschluss vom 18. September 2008 (LG Köln)

Rechtsfehlerhafte Ablehnung eines Beweisantrages wegen Prozessverschleppung (Beleg der Voraussetzungen).

§ 244 Abs. 3 Satz 2 StPO; § 246 StPO

945. BGH 4 StR 354/08 - Urteil vom 9. Oktober 2008 (LG Essen)

Besondere Schuldschwere im Sinne von § 57 a Abs. 1 Satz 1 Nr. 2 StGB (Einbeziehung aller abgeurteilten Taten); Mord.

§ 211 StGB; § 57 a Abs. 1 Satz 1 Nr. 2 StGB

946. BGH 4 StR 354/08 - Beschluss vom 8. Oktober 2008 (LG Essen)

Verwerfung der Revision als unbegründet.

§ 349 Abs. 2 StPO

947. BGH 4 StR 359/08 - Beschluss vom 30. September 2008 (LG Essen)

Schwerer Raub (Werkzeug und Mittel; Abgrenzung von der Täuschung); Diebstahl mit Waffen (Werkzeug und Mittel).

§ 250 Abs. 1 Nr. 1 Buchst. b StGB; § 244 Abs. 1 Nr. 1 Buchst. b StGB

948. BGH 4 StR 368/08 - Beschluss vom 9. September 2008 (LG Dessau-Roßlau)

Landfriedensbruch (Beteiligung als Täter oder Teilnehmer; Grenzen der psychischen Beihilfe).

§ 125 Abs. 1 Nr. 1, Nr. 2 StGB

949. BGH 4 StR 369/08 - Urteil vom 16. Oktober 2008 (LG Essen)

Tötungsvorsatz (aberratio ictus; dolus eventualis: hoher Indizwert gefährlicher Gewalthandlungen); minder schwerer Fall des Totschlages (Grenzen der Revisibilität der Strafzumessung).

§ 212 StGB; § 213 StGB; § 15 StGB; § 16 Abs. 1 Satz 1 StGB; § 46 StGB

950. BGH 4 StR 374/08 - Beschluss vom 30. September 2008 (LG Rostock)

Sofortige Beschwerde gegen die Kostenentscheidung; Veranlasserprinzip des Kostenrechts; Erfolg im kostenrechtlichen Sinne.

§ 465 Abs. 1 StPO; § 473 Abs. 4 StPO

951. BGH 4 StR 387/08 - Beschluss vom 8. Oktober 2008 (LG Arnberg)

Strafzumessung bei der Vergewaltigung (vertypete Milderungsgründe).

§ 50 StGB; § 46 StGB; § 177 StGB

952. BGH 4 StR 443/08 - Beschluss vom 14. Oktober 2008 (LG Bochum)

Verwerfung der Revision als unbegründet.

§ 349 Abs. 2 StPO

953. BGH 4 StR 444/08 - Beschluss vom 2. Oktober 2008 (LG Detmold)

Verwerfung der Revision als unbegründet.

§ 349 Abs. 2 StPO

954. BGH 4 StR 464/08 - Beschluss vom 7. Oktober 2008 (LG Halle)

Verwerfung der Revision als unbegründet.

§ 349 Abs. 2 StPO

955. BGH 4 StR 466/08 - Beschluss vom 21. Oktober 2008 (LG Dessau-Roßlau)

Verwerfung der Revision als unbegründet.

§ 349 Abs. 2 StPO

956. BGH 5 StR 113/08 - Beschluss vom 3. September 2008 (LG Berlin)

Pflicht des Verteidigers zum Widerspruch bei (vermeintlich) falscher Auslegung eines Beweisantrages durch das Tatgericht; Kompensation rechtsstaatswidriger Verzögerung durch eine Anrechnung bei acht Monaten Verzögerung.

Art. 6 Abs. 1 Satz 1 EMRK; Art. 13 EMRK; § 244 Abs. 3, Abs. 6 StPO

957. BGH 5 StR 136/08 - Beschluss vom 5. August 2008 (LG Berlin)

Wirksame Rücknahme der Revision.

§ 302 Abs. 2 StPO

958. BGH 5 StR 180/08 - Urteil vom 10. Juni 2008 (LG Neuruppin)

Sexueller Missbrauch Schutzbefohlener (Obhutsverhältnis); Grenzen der Revisibilität der Strafzumessung; Aussetzung der Freiheitsstrafe zur Bewährung (besondere Umstände).

§ 182 Abs. 2 Nr. 1 StGB; § 174 Abs. 1 Nr. 1 und Nr. 2 StGB; § 46 StGB; § 56 Abs. 2 StGB

959. BGH 5 StR 189/08 - Urteil vom 17. September 2008 (LG Chemnitz)

Mord (Heimtücke: Feststellung des Ausnutzungsbewusstseins, vorhergehende Feinseligkeiten).

§ 211 StGB

960. BGH 5 StR 206/08 - Urteil vom 16. Oktober 2008 (LG Berlin)

Beweiswürdigung beim Freispruch vom Vorwurf der Vergewaltigung (widersprüchliche Erörterung der Verletzungsfolgen; Glaubwürdigkeit der Nebenklägerin).

§ 177 Abs. 2 StGB; § 261 StPO

961. BGH 5 StR 215/08 - Urteil vom 30. September 2008 (LG Görlitz)

Örtliche Zuständigkeit (Begriff des Zusammenhangs; Einwand der Unzuständigkeit; keine Zuständigkeitsbegründung durch „rügelose Einlassung“; Präklusion); Täterschaft beim Handeltreiben mit Betäubungsmitteln (Zusammenwirken von Veräußerer und Erwerber von

Betäubungsmitteln).

§ 29 BtMG; § 25 StGB; § 3 StPO; § 13 StPO; § 16 Sätze 2 und 3 StPO

962. BGH 5 StR 224/08 – Urteil vom 18. September 2008 (LG Frankfurt)

Anforderungen an die Begründung eines Freispruchs und einer Verurteilung; Verdeckungsmord durch Unterlassen; sittenwidrige Einwilligung in eine Körperverletzung mit Todesfolge; fahrlässige Tötung.

§ 211 StGB; § 222 StGB; § 227 StGB; § 228 StGB; § 13 StGB; § 261 StPO

963. BGH 5 StR 227/08 – Urteil vom 30. September 2008 (LG Potsdam)

Vergewaltigung unter Verwendung eines gefährlichen Werkzeuges; Beweiswürdigung (Aussage gegen Aussage).

§ 177 Abs. 2, Abs. 3 StGB; § 261 StPO

964. BGH 5 StR 244/08 – Beschluss vom 19. August 2008 (LG Berlin)

Rechtsfehlerhafte Strafzumessung (Wertungsfehler; unzulässige Vermengung von Gesichtspunkten der Strafzumessung und der Strafaussetzung zur Bewährung).

§ 46 StGB; § 56 Abs. 1, Abs. 2 StGB

965. BGH 5 StR 251/08 – Beschluss vom 30. September 2008 (LG Berlin)

Im Einzelfall unbegründete Rüge der unzulänglichen Verteidigung der Beschuldigten (Pflichtverteidigung; Entpflichtung; Recht auf konkrete und wirksame Verteidigung; gebotene Bemühungen um Kontakt mit der Beschuldigten; Fürsorgepflicht); redaktioneller Hinweis.

Art. 6 Abs. 3 lit. c EMRK; § 143 StPO

966. BGH 5 StR 276/08 – Beschluss vom 17. September 2008 (LG Braunschweig)

Beweiswürdigung beim Vorwurf der Vergewaltigung (Detailarmut der Aussage; Überzeugungsmaßstab; Darstellung von Sachverständigengutachten).

§ 177 Abs. 2 StGB; § 261 StPO

967. BGH 5 StR 284/08 – Urteil vom 17. September 2008 (LG Braunschweig)

Beweiswürdigung beim Vorwurf der Vergewaltigung (lückenhafte Darstellung; bloße Behauptung des Detailreichtums der Aussage und der Aussagekonstanz).

§ 261 StPO; § 177 Abs. 2 StGB

968. BGH 5 StR 293/08 – Beschluss vom 23. Juli 2008 (LG Neuruppin)

Härteausgleich im Wege der Vollstreckungslösung bei lebenslanger Freiheitsstrafe (Recht auf Verfahrensbeschleunigung; Beschleunigungsgebot).

§ 55 StGB; § 51 StGB; Art. 6 EMRK

969. BGH 5 StR 295/08 – Beschluss vom 23. Juli 2008 (LG Hamburg)

Versicherungsmissbrauch (keine Vortat der Hehlerei; täterschaftliches Beiseiteschaffen).

§ 265 StGB; § 260 StGB; § 259 StGB

970. BGH 5 StR 300/08 – Beschluss vom 19. August 2008 (LG Hamburg)

Rechtsfehlerhafte Anwendung der Neuregelung über den Vorwegvollzug.

§ 67 StGB

971. BGH 5 StR 305/08 (alt: 5 StR 219/07) – Beschluss vom 30. September 2008 (LG Frankfurt/Oder)

Rechtsfehlerhafte Verneinung der Schuldunfähigkeit (schwere andere seelische Abartigkeit: gebotene Bezugnahme auf die persönlichen Lebensumstände).

§ 20 StGB

972. BGH 5 StR 313/08 – Beschluss vom 20. August 2008 (LG Görlitz)

Fehlende Anklage.

§ 199 StPO; § 203 StPO

973. BGH 5 StR 317/08 – Beschluss vom 5. August 2008 (LG Bremen)

Rechtsfehlerhafte Besetzung (nur durch einen nachträglich berichtigenden Beschluss reduzierte Besetzung nach § 76 Abs. 2 StPO).

§ 76 Abs. 2 Satz 1 GVG; § 338 Nr. 1 StPO

974. BGH 5 StR 319/08 – Beschluss vom 5. August 2008 (LG Göttingen)

Rechtsfehlerhafte Beweiswürdigung bei Aussage gegen Aussage (plausible Alibibehauptung); sexueller Missbrauch eines Kindes.

§ 261 StPO; § 177 Abs. 4 Nr. 1 StGB

975. BGH 5 StR 331/08 (alt: 5 StR 253/07) – Beschluss vom 5. August 2008 (LG Neuruppin)

Verwerfung der Revision als unbegründet.

§ 349 Abs. 2 StPO

976. BGH 5 StR 332/08 – Beschluss vom 5. September 2008 (LG Berlin)

Verwerfung der Revision als unbegründet.

§ 349 Abs. 2 StPO

977. BGH 5 StR 336/08 – Beschluss vom 20. August 2008 (LG Neuruppin)

Besorgnis der Befangenheit bei Unmutsäußerungen und abwertenden Gesten des Richters (Prüfung im Revisionsverfahren; Beweis des Verfahrensfehlers).

§ 24 Abs. 2 StPO; § 338 Nr. 3 StPO

978. BGH 5 StR 350/08 – Beschluss vom 20. August 2008 (LG Berlin)

Letztes Wort des Angeklagten nach Abtrennung des Verfahrens gegen einen Mitangeklagten (Ausschluss des Beruhens im besonderen Ausnahmefall).

§ 258 Abs. 2, 3 StPO; § 337 Abs. 1 StPO

979. BGH 5 StR 357/08 – Beschluss vom 19. August 2008 (LG Berlin)

Verwerfung der Revision als unbegründet.

§ 349 Abs. 2 StPO

980. BGH 5 StR 358/08 – Beschluss vom 5. September 2008 (LG Berlin)

Verwerfung der Revision als unbegründet.

§ 349 Abs. 2 StPO

981. BGH 5 StR 362/08 - Beschluss vom 4. September 2008 (LG Berlin)

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

982. BGH 5 StR 363/08 - Beschluss vom 4. September 2008 (LG Berlin)

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

983. BGH 5 StR 375/08 - Beschluss vom 20. August 2008 (LG Braunschweig)

Wertungsfehler bei der Prüfung des minder schweren Falles des schweren sexuellen Missbrauchs von Kindern.
§ 176a Abs. 4 2. Alt. StGB; § 46 StGB

984. BGH 5 StR 377/08 - Beschluss vom 17. September 2008 (LG Neuruppin)

Bedingter Tötungsvorsatz (Beweiswürdigung); Rechtfertigung durch Notwehr (Einschränkung auf Grund vorheriger Provokation).
§ 15 StGB; § 32 StGB; § 212 StGB; § 261 StPO

985. BGH 5 StR 378/08 - Beschluss vom 16. September 2008 (LG Berlin)

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

986. BGH 5 StR 381/08 - Beschluss vom 4. September 2008 (LG Potsdam)

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

987. BGH 5 StR 397/08 - Beschluss vom 17. September 2008

Wiedereinsetzung in den vorigen Stand hinsichtlich der Versäumung der Frist zur Begründung der Revision.
§ 46 Abs. 1 StPO

988. BGH 5 StR 399/08 (alt: 5 StR 435/07) - Beschluss vom 16. September 2008 (LG Berlin)

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

989. BGH 5 StR 400/08 - Beschluss vom 2. Oktober 2008 (LG Bremen)

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

990. BGH 5 StR 404/08 - Beschluss vom 17. September 2008 (LG Hamburg)

Unstatthafte Verfahrensrügen gemäß § 338 Nr. 1 und Nr. 4 StPO nach einer Vereinbarung mit den nach dem Beschwerdevorbringen unzuständigen Richtern; Rügen wegen angeblich rechtsstaatswidriger Verzögerung des Verfahrens vor einer getroffenen Vereinbarung.
Art. 6 Abs. 1 Satz 1 EMRK; § 338 Nr. 1 und Nr. 4 StPO

991. BGH 5 StR 408/08 - Beschluss vom 16. September 2008 (LG Berlin)

Gebotener Härteausgleich bei der Gesamtstrafenbildung.
§ 55 StGB

992. BGH 5 StR 411/08 - Beschluss vom 17.**September 2008 (LG Leipzig)**

Begründung der Schuldfähigkeit bei einem 15jährigen Angeklagten (Verhängung einer Jugendstrafe); Bemessung der Jugendstrafe nach dem Erziehungsgedanken.
§ 3 JGG; § 18 JGG

993. BGH 5 StR 423/08 - Beschluss vom 17. September 2008 (LG Hamburg)

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

994. BGH 5 StR 432/08 - Beschluss vom 1. Oktober 2008 (LG Berlin)

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

995. BGH 5 StR 433/08 - Beschluss vom 1. Oktober 2008 (LG Berlin)

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

996. BGH 5 StR 435/08 (alt: 5 StR 553/07) - Beschluss vom 17. September 2008 (LG Berlin)

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

997. BGH 5 StR 439/08 - Beschluss vom 1. Oktober 2008 (LG Berlin)

Anforderungen an die Beweiswürdigung bei der Wiedererkennung durch den Geschädigten und den Zeugen anhand von Lichtbildern (Identifizierung; Beweiswert der Wiedererkennungsleistung; Erörterungsmängel).
§ 261 StPO

998. BGH 5 StR 445/08 - Beschluss vom 1. Oktober 2008 (LG Berlin)

BGHSt; schwerer, besonders schwerer räuberischer Diebstahl (Verwendung einer Waffe oder eines anderen gefährlichen Werkzeugs nach Vollendung einer Raubtat; Beutesicherungsabsicht; Pfefferspray); Nötigung; Raub.
§ 249 StGB; § 242 StGB; § 252 StGB; § 250 Abs. 1 Nr. 1a, Abs. 2 Nr. 1 StGB; § 240 StGB

999. BGH 5 StR 447/08 - Beschluss vom 14. Oktober 2008 (LG Leipzig)

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

1000. EGMR Nr. 33629/06 (2. Sektion) - Urteil vom 8. Juli 2008 (Vajnai vs. Ungarn)

Verwendung des roten Sterns und Schutz der Meinungsfreiheit (Schutz und Auslegung symbolischer politischer Äußerungen; Auslegung totalitaristische und nationalsozialistische Symbole; Eingriffe durch strafrechtliche Verbote; nationaler Beurteilungsspielraum; Bestimmtheitsgebot bei Art. 10 EMRK zur Vermeidung eines Einschüchterungseffekts).

Art. 10 EMRK; Art. 17 EMRK; Art. 7 EMRK; Art. 5 GG; § 130 StGB; § 86a StGB

1001. BGH 5 StR 449/08 - Beschluss vom 2. Oktober 2008 (LG Dresden)

Verwerfung der Revision als unbegründet.

§ 349 Abs. 2 StPO

1002. BGH 5 StR 473/08 - Beschluss vom 15. Oktober 2008 (LG Bremen)

Verwerfung der Revision als unbegründet.

§ 349 Abs. 2 StPO

1003. BGH 5 StR 487/08 - Beschluss vom 15. Oktober 2008 (LG Chemnitz)

Verwerfung der Revision als unbegründet.

§ 349 Abs. 2 StPO

1004. BGH 5 StR 487/08 - Beschluss vom 15. Oktober 2008 (LG Chemnitz)

Verwerfung der Revision als unbegründet.

§ 349 Abs. 2 StPO

1005. BVerfG 1 BvR 256/08 (Erster Senat) - Beschluss vom 28. Oktober 2008

Wiederholung der einstweiligen Anordnung betreffend die Vorratsdatenspeicherung von Telekommunikationsdaten (Folgenabwägung); Voraussetzungen für ein Auskunftersuchen beim Telekommunikationsanbieter für Zwecke der Gefahrenabwehr, des Verfassungsschutzes, des Bundesnachrichtendienstes und des Militärischen Abschirmdienstes.

§ 32 Abs. 1 BVerfGG; § 90 BVerfGG; Art. 10 Abs. 1 GG; § 113a TKG; § 113b TKG; § 100a StPO; § 100g StPO; Art. 34b Abs. 2 und 3 BayPAG; § 34a Abs. 1 Satz 1 Nr. 3 ThürPAG; § 34a Abs. 3 ThürPAG; § 1 Abs. 1 G-10; § 3 G-10; § 4 Abs. 4 G-10.

1006. BVerfG 1 BvR 1565/05 (1. Kammer des Ersten Senats) - Beschluss vom 15. September 2008 (OLG Köln/LG Köln/AG Köln)

Meinungsfreiheit (besondere Begründungserfordernisse bei strafrechtlichen Verurteilungen wegen Meinungsäußerungen); Verunglimpfung des Staates und seiner Symbole (Bezeichnung der Fahne der Bundesrepublik Deutschland als „Schwarz-Rot-Senf“).

Art. 5 Abs. 1 GG; Art. 5 Abs. 2 GG; § 90a Abs. 1 Nr. 2 StGB

1007. BVerfG 2 BvR 578/07 (2. Kammer des Zweiten Senats) - Beschluss vom 7. Oktober 2008 (BGH / LG Frankfurt am Main)

Mord (Befriedigung des Geschlechtstriebes; Ermöglichung einer anderen Straftat; lebenslange Freiheitsstrafe; besonders verwerfliche Tat); Tötung auf Verlangen; Schuldprinzip; Verfassungsbeschwerde (Substantiierung; Zuordnung eines Sachverhalts zu einzelnen Grundrechten); Rechtsstaatsprinzip (Selbstbelastungsfreiheit; nemo tenetur); Störung der Totenruhe; „Kannibale von Rotenburg“.

Art. 1 Abs. 1 GG; Art. 20 Abs. 3 GG; Art. 2 GG; § 168 StGB; § 211 StGB; § 216 StGB; § 46 StGB; § 23 Abs. 1 Satz 2 BVerfGG; § 92 BVerfGG

1008. BVerfG 2 BvR 236/08 (Zweiter Senat) - Beschluss vom 15. Oktober 2008

(Erfolgloser) Antrag auf Einstweilige Anordnung gegen Art. 1 des Gesetzes zur Neuregelung der Telekommunikationsüberwachung und anderer verdeckter Ermittlungen sowie zur Umsetzung der Richtlinie 2006/24/EG

vom 21. Dezember 2007 (Verfassungsbeschwerde gegen ein Gesetz); Folgenabwägung (doppelte Negativprognose).

§ 32 BVerfGG; § 93 Abs. 3 BVerfGG; § 100a Abs. 2 StPO; § 100a Abs. 4 StPO; § 100f StPO, § 110 Abs. 3 StPO; § 160a StPO

1009. BVerfG 2 BvR 1264/08 (1. Kammer des Zweiten Senats) - Beschluss vom 26. August 2008 (OLG Nürnberg/LG Amberg)

Ablehnung wegen Besorgnis der Befangenheit (Erlöschen bei Entscheidungen außerhalb der Hauptverhandlung); Namhaftmachung der zur Mitwirkung bei der Entscheidung berufenen Gerichtspersonen (Beruhen).

Art. 101 Abs. 1 Satz 2 GG; Art. 103 Abs. 1 GG; § 24 StPO; § 25 Abs. 2 Satz 2 StPO

1010. BVerfG 2 BvR 335/08 (1. Kammer des Zweiten Senats) - Beschluss vom 26. August 2008 (OLG Nürnberg/LG Amberg)

Bestellung eines Pflichtverteidigers im Vollstreckungsverfahren (Kriterien für die Notwendigkeit der Bestellung).

Art. 20 Abs. 3 GG; Art. 2 Abs. 1 GG; Art. 6 Abs. 3 lit. c EMRK; § 454 Abs. 1 StPO; § 140 Abs. 2 StPO

1011. BVerfG 2 BvR 610/08 (3. Kammer des Zweiten Senats) - Beschluss vom 24. Juli 2008 (OLG Celle/LG Lüneburg)

Subsidiarität der Verfassungsbeschwerde (Anhörungsrüge); Rechtsbeschwerde (Zulässigkeit bei substantiierte Rüge der Verletzung des rechtlichen Gehörs).

Art. 103 Abs. 1 GG; § 90 Abs. 2 BVerfGG; § 116 Abs. 1 StVollzG; § 120 Abs. 1 StVollzG; § 33a StPO

1012. BVerfG 2 BvR 939/08 (2. Kammer des Zweiten Senats) - Beschluss vom 1. September 2008 (LG München I/AG München)

Richterliche Anordnung der Entnahme und molekular-genetischen Untersuchung von Körperzellen zur Identitätsfeststellung in künftigen Strafverfahren (Begründungsanforderungen; Gefahr der wiederholten Begehung von Straftaten; frühere Strafaussetzung zur Bewährung); Recht auf informationelle Selbstbestimmung.

Art. 2 Abs. 1 GG; Art. 1 Abs. 1 GG; § 81g Abs. 1 S. 2 StPO

1013. BVerfG 2 BvR 1198/08 (3. Kammer des Zweiten Senats) - Beschluss vom 26. August 2008 (OLG Dresden/LG Görlitz)

Effektiver Rechtsschutz (Auslegung des Rechtsschutzziels); Beschwerdeverfahren gegen Fesselungsanordnungen und Postkontrollen bei Untersuchungsgefangenen; Begründung der Verfassungsbeschwerde (notwendiger tatsächlicher Vortrag); sachleitende Anordnung des Vorsitzenden.

Art. 19 Abs. 4 GG; Art. 2 Abs. 1, Abs. 2 Satz 2 GG; § 23 Abs. 1 Satz 2 BVerfGG; § 92 BVerfGG; § 238 StPO; § 119 Abs. 5 StPO; § 304 StPO; § 306 StPO; § 126 Abs. 2 StPO

1014. BVerfG 2 BvR 1347/08 (2. Kammer des Zweiten Senats) - Beschluss vom 28. Juli 2008 (OLG München)

Auslieferung in die USA zum Zweck der Strafverfolgung; Willkürverbot; Diskriminierungsverbot aus Gründen der

Staatsangehörigkeit; Vorlage (Gerichtshof der Europäischen Gemeinschaften; EuGH); Vorabentscheidungsverfahren; gesetzlicher Richter; ne bis in idem.

Art. 3 Abs. 1 GG; Art. 12 Abs. 1 EG; Art. 234 EG; Art. 101 Abs. 1 Satz 2 GG; Art. 54 SDÜ; § 3 Abs. 1 IRG; Art. 2 Abs. 1 AuslieferungsV-USA

1015. BVerfG 2 BvR 1661/06 (2. Kammer des Zweiten Senats) – Beschluss vom 24. Januar 2008 (OLG München/LG Augsburg)

Sicherheitsmaßnahmen im Vollzug von Arrest während der Untersuchungshaft (Prüfungsanforderungen; Suizidgefahr; Unterbringung in dauerhaft beleuchteter Haftzelle; alleinige Bekleidung mit einer Papierunterhose); Wiedereinsetzung im Verfassungsbeschwerdeverfahren (versehentlicher Versand der Beschwerdeschrift an falsche Faxnummer); Sachaufklärungspflicht; effektiver Rechtsschutz.

Art. 2 Abs. 1 GG; Art. 1 Abs. 1 GG; Art. 2 Abs. 2 S. 1 GG; Art. 19 Abs. 4 GG; § 93 Abs. 2 BVerfGG; § 119 Abs. 3 StPO

1016. BVerfG 2 BvR 2067/07 (2. Kammer des Zweiten Senats) – Beschluss vom 26. Juni 2008 (BGH/LG Hagen)

Garantiefunktion des Strafrechts; Bestimmtheitsgrundsatz; Analogieverbot; verdeckte Gewinnausschüttung; Steuerstrafrecht; verfassungsgerichtliche Überprüfung der Beweiswürdigung (Recht auf ein faires Verfahren; bloße Vermutung); Gestaltungsmissbrauch; Sachaufklärungspflicht; gesetzlicher Richter (Ablehnung eines Befangenheitsgesuchs; Willkürfreiheit).

Art. 103 Abs. 2 GG; § 41 AO; § 42 AO; § 8 Abs. 3 Satz 2 KStG; § 244 StPO; § 101 Abs. 1 Satz 2 GG; Art. 2 Abs. 1 GG

1017. BVerfG 2 BvR 1001/08 (1. Kammer des Zweiten Senats) – Beschluss vom 1. August 2008 (OLG Brandenburg/LG Frankfurt/Oder)

Verhältnismäßigkeit der Fortdauer einer Unterbringung in einem psychiatrischen Krankenhaus (Pädophilie; Verhältnis zur Strafe; Therapieunfähigkeit).

§ 61 Nr. 1 bis 6 StGB; § 62 StGB; § 63 StGB

1018. BGH 2 StR 111/08 - Beschluss vom 13. Juni 2008 (LG Trier)

Unterbringung in einer Entziehungsanstalt (Hang; symptomatische Bedeutung eines erstmaligen Sexualdelikts).

§ 64 StGB

1019. BGH 2 StR 115/08 - Urteil vom 18. Juni 2008 (LG Darmstadt)

Betrug (individuelle Prüfung von Überweisungsträgern); Computerbetrug; Wahlfeststellung.

§ 263 StGB; § 263a StGB

1020. BGH 2 StR 134/08 - Beschluss vom 10. September 2008 (OLG Frankfurt am Main)

BGHSt; Wiedereinsetzung in den vorigen Stand gegen die Versäumung der Frist zur Einlegung der Revision; Frist zur Ergänzung der abgekürzten Urteilsgründe (Fristbeginn; Eingang der Akten); Divergenzvorlage durch das Oberlandesgericht (Abweichung vom Bayerischen Obersten Landesgericht).

§ 267 Abs. 4 Satz 3 StPO; § 275 Abs. 1 Satz 2 StPO; § 121 Abs. 2 GVG

1021. BGH 2 StR 142/08 - Beschluss vom 13. Juni 2008 (LG Marburg)

Eröffnungsbeschluss (Besetzung der Strafkammer); Ablehnung eines Beweisantrages (Wahrunterstellung, Verstoß gegen Bindungswirkung).

§ 76 GVG; § 244 StPO

1022. BGH 2 StR 161/08 - Beschluss vom 16. Juli 2008 (LG Frankfurt am Main)

Unterbringung in einem psychiatrischen Krankenhaus (Gefährlichkeitsprognose; Bagatellkriminalität).

§ 63 StGB

1023. BGH 2 StR 83/08 - Beschluss vom 16. Juli 2008 (LG Darmstadt)

Gesetzlicher Richter (Einwände gegen die Schöffenwahl).

Art. 101 Abs. 1 Satz 2 GG; § 36 GVG

1024. BGH 2 StR 176/08 - Beschluss vom 25. Juni 2008 (LG Kassel)

Intertemporales Strafrecht (milderes Gesetz; Anwendung als Ganzes); Menschenhandel; nachträgliche Bildung der Gesamtstrafe (Erledigung isolierter Geldstrafen aus früheren Gesamtstrafenentscheidungen).

§ 181 Abs. 1 Nr. 1 StGB a. F.; § 180b Abs. 2 Nr. 2 StGB a. F.; § 232 StGB; § 2 Abs. 3 StGB; § 53 Abs. 2 StGB; § 55 StGB

1025. BGH 2 StR 179/08 - Beschluss vom 18. Juni 2008 (LG Gera)

Unerlaubtes Handeltreiben mit Betäubungsmitteln (Gewerbsmäßigkeit; Beihilfe).

§ 28 StGB; § 29 BtMG

1026. BGH 2 StR 189/08 - Beschluss vom 6. Juni 2008 (LG Frankfurt am Main)

Akkusationsprinzip; Anklagegrundsatz; prozessuale Tat; natürliche Handlungseinheit (Straftaten gegen das menschliche Leben).

§ 200 StPO; § 264 StPO; § 52 StGB; § 206a StPO

1027. BGH 2 StR 189/08 - Beschluss vom 6. Juni 2008 (LG Frankfurt am Main)

Unzulässige Revision der Nebenklage (fehlende Angabe eines zulässigen Rechtsmittelziels; Auslegung).

§ 400 Abs. 1 StPO

1028. BGH 2 StR 198/08 - Beschluss vom 18. Juni 2008 (LG Mühlhausen)

Teilweise Einstellung des Verfahrens; Widerstand gegen Vollstreckungsbeamte.

§ 154 StPO; § 113 StGB

1029. BGH 2 StR 217/08 - Beschluss vom 25. Juni 2008 (LG Frankfurt am Main)

Täter-Opfer-Ausgleich (Ausgleich mit dem Tatopfer; beschönigendes Teilgeständnis; Übernahme von Verantwortung).

§ 46a Nr. 1 StGB

1030. BGH 2 StR 226/08 - Beschluss vom 25.

Juni 2008 (LG Darmstadt)

Actio libera in causa (Diebstahl; Hehlerei; räuberischer Diebstahl; gezielter Heroinkonsum zum Angstabbau).
§ 20 StGB; § 21 StGB

1031. BGH 2 StR 250/08 - Beschluss vom 16. Juli 2008 (LG Mainz)

Teilweise Aufhebung und Zurückverweisung (Umfang der Teilrechtskraft).
§ 353 Abs. 2 StPO

1032. BGH 2 StR 258/08 - Beschluss vom 25. Juni 2008 (LG Bad Kreuznach)

Nachträgliche Bildung der Gesamtstrafe (genaue Bezeichnung einbezogener früherer Einzelstrafen; Widerspruch zwischen Tenor und Urteilsgründen).
§ 55 StGB; § 267 StPO

1033. BGH 2 StR 283/08 - Beschluss vom 23. Juli 2008 (LG Frankfurt am Main)

Rechtsstaatswidrige Verfahrensverzögerung (fehlerhafte Annahme); Härteausgleich.
Art. 6 Abs. 1 EMRK; Art. 20 Abs. 3 GG; § 46 StGB; § 55 StGB

1034. BGH 2 StR 331/08 - Beschluss vom 15. Oktober 2008 (LG Darmstadt)

Unbegründete Revision; Fortwirkung der Beistandsbeurteilung bis zum rechtskräftigen Abschluss des Verfahrens.
§ 397a Abs. 1 StPO; § 349 Abs. 2 StPO

1035. BGH 2 StR 391/08 - Urteil vom 15. Oktober 2008 (LG Köln)

Unterbringung in der Sicherungsverwahrung; Hang zu erheblichen Straftaten (Beweiswürdigung; Abweichung von einem Sachverständigengutachten; eigene Sachkunde).
§ 66 StGB; § 261 StPO; § 246a StPO

1036. BGH 2 StR 393/08 - Beschluss vom 17. September 2008 (LG Gera)

Sexuelle Nötigung (ungeladene Schusswaffe: Beisichführen; Verwenden); Strafausspruch (Beruhen).
§ 177 StGB; § 46 StGB; § 337 StPO

1037. BGH 2 StR 399/08 - Beschluss vom 17. September 2008 (LG Köln)

Rücknahme der Revision (zeitliche Grenzen).
§ 346 StPO; § 302 StPO

Die Rücknahme einer Revision ist bis zur rechtskräftigen Entscheidung über sie möglich. Ein Verwerfungsbeschluss nach § 346 Abs. 1 StPO steht daher einer Rücknahme solange nicht entgegen, bis dieser seinerseits Rechtskraft erlangt hat.

1038. BGH 2 StR 415/08 - Beschluss vom 22. Oktober 2008 (LG Köln)

Unbegründete Revision; Ablehnung eines Sachverständigen wegen Besorgnis der Befangenheit.
§ 349 Abs. 2 StPO; § 74 StPO

1039. BGH 2 ARs 217/08 / 2 AR 138/08 - Be-**schluss vom 2. Juli 2008**

Zuständigkeit für nachträgliche Entscheidungen über die Strafaussetzung zur Bewährung (Vollstreckungsleitung; Jugendrichter; Staatsanwaltschaft; Strafvollstreckungskammer).
§ 14 StPO; § 462a StPO; § 85 Abs. 6 JGG

1040. BGH 3 StR 152/08 - Urteil vom 26. Juni 2008 (LG Hannover)

Erhebliche Beeinträchtigung der Steuerungsfähigkeit (Beweiswürdigung; Gesamtabwägung; wesentliche Tatumstände; Täterpersönlichkeit).
§ 21 StGB; § 261 StPO

1041. BGH 3 StR 167/08 - Beschluss vom 8. Juli 2008 (LG Hannover)

Beweiswürdigung (selbstbelastende Einlassung eines dementen Angeklagten; widersprüchliche Einlassungen); Rücktritt vom Versuch (Fehlschlag); schwere Körperverletzung (dauernde Entstellung in erheblicher Weise); Urteilsgründe (Verweis auf Abbildungen wegen der Einzelheiten).
§ 24 Abs. 1 StGB; § 261 StPO; § 267 Abs. 1 Satz 3 StPO

1042. BGH 3 StR 172/08 - Beschluss vom 8. Juli 2008 (LG Verden)

Verfahrensrüge; Hauptverhandlung in Abwesenheit des Angeklagten (eigenmächtiges Ausbleiben; Beruhen).
§ 231 Abs. 2 StPO; § 338 StPO

1043. BGH 3 StR 179/08 - Beschluss vom 24. Juni 2008 (LG Kleve)

Rechtsfehlerhafte Zurückweisung eines Beweisantrags (völlig ungeeignetes Beweismittel); Erschöpfung eines Beweisantrags (rechtliches Gehör).
Art. 103 Abs. 1 GG; § 244 Abs. 3 Satz 2 StPO; § 338 Nr. 8 StPO

1044. BGH 3 StR 212/08 - Beschluss vom 27. Juni 2008 (LG Itzehoe)

Unerlaubtes Handeltreiben mit Betäubungsmitteln (Tateinheit; Zusammentreffen in einem Handlungsteil: Entrichtung des Kaufpreises).
§ 29a BtMG; § 52 StGB

1045. BGH 3 StR 217/08 - Beschluss vom 17. Juni 2008 (LG Oldenburg)

Verfolgungsverjährung (Ruhens; Eintritt vor Änderung des Verjährungsrechts).
§ 78 StGB; § 78a StGB; § 78b StGB

1046. BGH 3 StR 221/08 - Beschluss vom 17. Juni 2008 (LG Bückeburg)

Unterbringung in einer Entziehungsanstalt (notwendige Prüfung).
§ 64 StGB

1047. BGH 3 StR 97/08 - Beschluss vom 8. Juli 2008 (LG Verden)

Unzulässige Anhörungsrüge (keine Überprüfung der angegriffenen Entscheidung in der Sache).
§ 356a StPO

1048. BGH 3 StR 226/08 - Beschluss vom 24.

Juni 2008 (LG Hildesheim)

Wiedereinsetzung in den vorigen Stand (Glaubhaftmachung).

§ 44 StPO; § 45 StPO

1049. BGH 3 StR 229/08 - Beschluss vom 8. Juli 2008 (LG Osnabrück)

Schwerer Raub (Verwenden einer ungeladenen Schusswaffe; qualifizierte Drohung zwischen Vollendung und Beendigung); sukzessive Mittäterschaft; Urteilsformel (Gemeinschaftlichkeit, Mittäterschaft).

§ 250 Abs. 2 Nr. 1 StGB; § 260 Abs. 4 StPO

1050. BGH 3 StR 236/08 - Urteil vom 21. August 2008 (LG Hannover)

Tötungsvorsatz (besonders gefährliche Gewalthandlung; sich aufdrängende Prüfung); Beteiligung an einer Schlägerei (Tateinheit mit Tötungs- und Körperverletzungsdelikten); Revision der Nebenklage (Prüfungsumfang; zum Anschluss berechtigte Strafvorschriften).

§ 212 StGB; § 15 StGB; § 231 StGB; § 400 StPO

1051. BGH 3 StR 240/08 - Beschluss vom 16. September 2008

Unzulässige Anhörungsrüge (unbegründeter Verwerfungsbeschluss; Natur des Beschlussverwerfungsverfahrens).

§ 356a StPO; § 349 Abs. 2 StPO

1052. BGH 3 StR 339/08 - Beschluss vom 30. September 2008 (LG Wuppertal)

Rechtsstaatswidrige Verfahrensverzögerung (bloße Feststellung im Tenor).

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

1053. BGH 3 StR 370/08 - Beschluss vom 16. September 2008 (LG Hannover)

Unzulässige Revision der Nebenklage (fehlende Angabe eines zulässigen Rechtsmittelziels).

§ 400 StPO

1054. BGH 3 StR 415/08 - Beschluss vom 2. Oktober 2008 (LG Kleve)

Wiedereinsetzung in den vorigen Stand; Rechtzeitigkeit der Revisionseinlegung (Eingang bei dem Gericht).

§ 341 Abs. 1 StPO; § 44 StPO

1055. BGH 3 StR 502/07 - Beschluss vom 19. Juni 2008 (LG Düsseldorf)

Wiedereinsetzung in den vorigen Stand (Ergänzung von Verfahrensrügen); Zurückweisung eines Befangenhitsgesuchs (Verschleppungsabsicht).

§ 44 StPO; § 26a StPO

1056. BGH 2 StR 246/08 - Beschluss vom 8. August 2008 (LG Frankfurt am Main)

Unbegründete Revision; Tateinheit (Beschwer).

§ 349 Abs. 2 StPO; § 52 StGB; vor § 296 StPO

1057. BGH 2 StR 251/08 - Beschluss vom 22.**August 2008 (LG Aachen)**

Verlesung einer schriftlichen Erklärung eines unerreichbaren Zeugen; keine Beschwerdeentscheidung des Revisionsgerichts ohne Abhilfeentscheidung.

§ 251 StPO; § 306 StPO

1058. BGH 2 StR 263/08 - Beschluss vom 27. August 2008 (LG Koblenz)

Unbegründete Revision (Beruhen).

§ 349 Abs. 2 StPO; § 337 StPO; Art. 36 Abs. 1 lit. b Satz 3 WÜK

1059. BGH 2 StR 284/08 - Beschluss vom 30. Juli 2008 (LG Koblenz)

Einstellung des Verfahrens (Verfahrenshindernis; Tod des Angeklagten); Auslagenentscheidung (mutmaßlicher Verfahrensausgang).

§ 206a StPO; § 467 Abs. 3 Satz 2 Nr. 2 StPO

1060. BGH 2 StR 292/08 - Beschluss vom 8. August 2008 (LG Kassel)

Unbegründete Revision; Festsetzung der Tagessatzhöhe für alle Einzelstrafen.

§ 349 Abs. 2 StPO; § 40 Abs. 2 StGB

1061. BGH 2 StR 313/08 - Beschluss vom 23. Juli 2008 (LG Frankfurt am Main)

Schuldfähigkeit; verminderte Schuldfähigkeit; Unterbringung in einem psychiatrischen Krankenhaus.

§ 20 StGB; § 21 StGB; § 63 StGB

1062. BGH 2 StR 324/08 - Beschluss vom 22. August 2008 (LG Köln)

Gesamtstrafenbildung (Gesamtwürdigung; Urteilsgründe).

§ 54 StGB; § 267 Abs. 3 StPO

1063. BGH 2 StR 325/08 - Beschluss vom 22. August 2008 (LG Aachen)

Beihilfe (psychische; sukzessive; im Beendigungsstadium).

§ 27 StGB

1064. BGH 2 StR 327/08 - Beschluss vom 10. September 2008 (LG Darmstadt)

Fortwirkung der Bestellung des Nebenklägervertreters bis zum rechtskräftigen Abschluss des Verfahrens.

§ 397a StPO

1065. BGH 2 StR 328/08 - Beschluss vom 10. September 2008 (LG Darmstadt)

Unbegründete Revision; Gesamtzusammenhang der Urteilsgründe.

§ 349 Abs. 2 StPO; § 267 Abs. 3 StPO

1066. BGH 2 StR 335/08 - Beschluss vom 22. August 2008 (LG Frankfurt am Main)

Prozesskostenhilfe des Nebenklägers (Darlegung der wirtschaftlichen Verhältnisse).

§ 397a StPO; § 117 ZPO