

SCHRIFTFLEITUNG

Wiss. Ass.

Dr. iur. Karsten Gaede

Bucerius Law School

Jungiusstraße 6

20355 Hamburg

karsten.gaede@strate.net

REDAKTION

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

STÄNDIGE MITARBEITER

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

Publikationen

RA *Markus Rübenstahl*, RA Dr. *Hellen Schilling*, Frankfurt a.M. – **Doppelter Verfall? Zur Frage mehrfacher Vermögensabschöpfung bei Straftaten mit Auslandsbezug** S. 492

Abg. Richter, Wiss. Mit. Dr. *Jörg Zithen*, Univ. Frankfurt a.M. – **Bewährung trotz Vollver-
büßung in Untersuchungshaft?** (Zugleich Anmerkung zu BGH HRRS 2008 Nr. 847) S. 502

Die Ausgabe umfasst drei Rezensionen.

Entscheidungen

EGMR (GC) (*Salduz vs. Türkei*) **Verteidigerbeistand bei der ersten polizeilichen Ver-
nehmung**

EuGH (*Frank Weber vs. Deutschland*) **Eingeschränkte Gültigkeit eines während
der Dauer des Fahrverbots in einem anderen Mitgliedstaat erwor-
benen zweiten Führerscheins**

BVerfG **Beschränkung der Bildberichterstattung im „Holzklotzverfahren“**

BVerfG **Gleichbehandlung der Geschlechter im Strafvollzug**

BVerfG **Verfassungsmäßigkeit der Erweiterung der nachträglichen Siche-
rungsverwahrung nach § 66b Abs. 1 Satz 2 StGB**

BGHSt **Strafbarkeit des Gebrauchs stilisierter Keltenkreuze**

BGHSt GS **Nachträgliche Sicherungsverwahrung nach Erklärung der Erledigung
der Unterbringung in einem psychiatrischen Krankenhaus**

BGHSt **Ablehnung der Strafmilderung wegen verschuldeten Affekts in Fäl-
len lebenslanger Freiheitsstrafe**

BGHSt **Indizielle Präklusion bei der Stellung von Beweisanträgen und Pro-
zessverschleppungsabsicht**

BGHSt **Nachträglicher Rechtsschutz gemäß § 101 Abs. 7 StPO**

BGHSt **Strafbarkeit schwarzer Kassen in der Privatwirtschaft („Fall Sie-
mens“)**

BGHSt **Insolvenzverschleppung trotz Insolvenzantrag eines Gläubigers**

BFH **Mitteilungspflichten der Finanzbehörden zur Korruptionsverfolgung**

Die Ausgabe umfasst 84 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); RA 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); RA Dr. Hellen Schilling (Frankfurt a.M.); Prof. Dr. Christoph Sowada (Univ. Rostock); RA Klaus-Ulrich Ventzke (Hamburg) und Prof. Dr. Wolfgang Wohlers (Univ. Zürich).

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

12

Rechtsprechung

Strafrechtliche/strafverfahrensrechtliche Entscheidungen des EGMR/BVerfG

1145. EGMR Nr. 36391/02 (Große Kammer) – Urteil vom 27. November 2008 (Salduz vs. Türkei)

Wirksamkeitsverpflichtete Konventionsauslegung; Recht auf konkreten und wirksamen Verteidigerbeistand bei der ersten Vernehmung im Ermittlungsverfahren (Untersuchungshaft; Konsultationsrecht; Anwesenheitsrecht; „Terrorismusbekämpfung“: PKK; Jugendstrafverfahren; Selbstbelastungsfreiheit; prinzipielles Verwertungsverbot für selbstbelastende Aussagen ohne Verteidigerbeistand); Recht auf ein faires Strafverfahren (Gesamtbetrachtung; Anwendung im Ermittlungsverfahren; Verzicht auf Konventionsrechte; rechtliches Gehör: Information über Verfahrensbeiträge anderer Verfahrensbeteiligter); redaktioneller Hinweis.

Art. 6 Abs. 1 S. 1 EMRK; Art. 6 Abs. 3 lit. c EMRK

1. Art. 6 EMRK erfordert prinzipiell schon für die erste (polizeiliche) Befragung des Beschuldigten im Ermittlungsverfahren den Beistand eines Verteidigers. Das Recht auf Verteidigerbeistand darf insoweit nur eingeschränkt werden, wenn für den Einzelfall zwingende Gründe vorliegen, die eine solche Einschränkung rechtfertigen. Nur klar bestimmte und zeitlich beschränkte Einschränkungen sind hinzunehmen, was in besonderem Maß für schwere Tatvorwürfe gilt (hier: Terrorismus).

2. Auch wenn die Einschränkung des Verteidigerbeistands im Ermittlungsverfahren als solche gerechtfertigt ist, darf sie die Wahrnehmung der Verteidigungsrechte im weiteren Verfahren nicht unverhältnismäßig beeinträchtigen. Prinzipiell werden die Verteidigungsrechte unwiederbringlich beeinträchtigt, wenn belastende Aus-

sagen für eine Verurteilung verwertet werden, die durch eine polizeiliche Vernehmung ohne einen eröffneten Verteidigerbeistand gewonnen worden sind.

3. Das Recht eines jeden Angeklagten, sich von einem Verteidiger effektiv verteidigen zu lassen, ist eines der fundamentalsten Teilrechte des Rechts auf ein faires Verfahren. Wenn den Vertragsstaaten der EMRK auch ein Ermessen zuzugestehen ist, wie sie dieses Recht umsetzen, so muss doch die Umsetzung stets im Einzelfall konkret und wirksam erfolgen.

4. Der Beschuldigte befindet sich im Stadium des Ermittlungsverfahrens, das für die Hauptverhandlung sehr bedeutsam ist, oftmals in einer besonders verletzligen Situation. Diese Situation kann in den meisten Fällen nur angemessen durch den frühen Beistand eines Verteidigers kompensiert werden.

5. Art. 6 EMRK – insbesondere die sich aus Art. 6 Abs. 3 EMRK ergebenden Rechte – können auch auf das Ermittlungsverfahren anwendbar sein, wenn und soweit die Fairness des Strafverfahrens anderenfalls wahrscheinlich durch ein anfängliches Versäumnis ernsthaft beeinträchtigt werden wird.

6. Ein Verzicht im Sinne des Art. 6 EMRK ist auch hinsichtlich des Schweigerechts im Ermittlungsverfahren nur wirksam, wenn er eindeutig erklärt wurde und von einem Mindestmaß an prozessualen Schutzinstrumenten begleitet wurde, die seiner Bedeutung entsprechen. Eine unterschriebene Erklärung aus der ersten polizeilichen Beschuldigtenvernehmung, nach welcher der Beschuldigte nach einer Belehrung über sein Schweigerecht auf dieses verzichte, genügt dem nicht ohne weiteres, wenn dem Beschuldigten zugleich kein Verteidigerbeistand eröffnet war.

1071. EuGH C-1/07 (Dritte Kammer) – Urteil vom 20. November 2008 (Frank Weber/Deutschland)

Richtlinie 91/439/EWG; gegenseitige Anerkennung der Führerscheine; Fahrverbot; Entzug der Fahrerlaubnis; Gültigkeit eines während der Dauer des Fahrverbots in einem anderen Mitgliedstaat erworbenen zweiten Führerscheins.

Art. 1 Abs. 2 91/439/EWG; Art. 8 Abs. 2 und 4 91/439/EWG; § 3 Abs. 1 StVG; § 3 Abs. 2 StVG; § 21 Abs. 1 StVG; § 28 Abs. 1 FeV; § 28 Abs. 4 FeV; § 28 Abs. 5 FeV; § 46 Abs. 1 FeV; § 46 Abs. 5 FeV

Art. 1 Abs. 2 in Verbindung mit Art. 8 Abs. 2 und 4 der Richtlinie 91/439/EWG des Rates vom 29. Juli 1991 über den Führerschein in der durch die Verordnung (EG) Nr. 1882/2003 des Europäischen Parlaments und des Rates vom 29. September 2003 geänderten Fassung ist dahin auszulegen, dass er es einem Mitgliedstaat nicht wehrt, in seinem Hoheitsgebiet die Anerkennung einer Fahrberechtigung abzulehnen, die sich aus einem in einem anderen Mitgliedstaat ausgestellten Führerschein ergibt, auf dessen Inhaber im erstgenannten Mitgliedstaat eine Maßnahme des Entzugs der Fahrerlaubnis, wenn auch erst nach der Erteilung des fraglichen Führerscheins, angewendet wurde, sofern dieser Führerschein

während der Dauer der Gültigkeit einer Maßnahme der Aussetzung der im erstgenannten Mitgliedstaat erteilten Fahrerlaubnis ausgestellt wurde und sowohl diese Maßnahme als auch der Entzug aus zum Zeitpunkt der Ausstellung des zweiten Führerscheins bereits vorliegenden Gründen gerechtfertigt sind.

1067. BVerfG 1 BvQ 46/08 (1. Kammer des Ersten Senats) – Beschluss vom 27. November 2008 (LG Oldenburg)

Rundfunkfreiheit (Bildberichterstattung über ein Strafverfahren; „Prangerwirkung“ im „Holzklotz“-Verfahren); allgemeines Persönlichkeitsrecht des Angeklagten; sitzungspolizeiliche Anordnung (Untersagung der nicht anonymisierten Bildberichterstattung; „Verpixelung“ des Gesichts); Einstweilige Anordnung im Verfassungsbeschwerdeverfahren (Abwägung).

Art. 5 Abs. 1 S. 2 GG; Art. 2 Abs. 1 GG; Art. 1 Abs. 1 GG; § 176 GVG; § 32 BVerfGG

1. Zwar ist die mündliche Verhandlung selbst nach § 169 Satz 2 GVG in verfassungsmäßiger Weise den Ton- und Bildaufnahmen verschlossen (vgl. BVerfGE 103, 44, 66 ff.). Vor dem Beginn und nach Schluss der Hauptverhandlung und in Verhandlungspausen ist die Erstellung von Bild- und Tonaufnahmen unter Verwendung der hierzu erforderlichen technischen Mittel im Gerichtssaal jedoch vom Schutzbereich der Rundfunkfreiheit i.S.d. Art. 5 Abs. 1 Satz 2 GG umfasst (vgl. BVerfGE 91, 125, 134 f.; 119, 309, 320 f.).

2. Auch in der Anordnung einer Anonymisierung kann eine gewichtige Beschränkung von Informationsmöglichkeiten der Öffentlichkeit liegen (vgl. BVerfGE 119, 309, 326).

3. Straftaten gehören zum Zeitgeschehen, deren Vermittlung Aufgabe der Medien ist. Die Beeinträchtigung von Rechtsgütern der von der Tat Betroffenen und die Verletzung der Rechtsordnung, die Sympathie mit Opfern und ihren Angehörigen, die Furcht vor Wiederholungen und das Bestreben, dem vorzubeugen, begründen ein anzuerkennendes Interesse an näherer Information über Tat und Täter. Dieses wird umso stärker sein, je mehr sich die Straftat durch ihre besondere Begehungsweise oder die Schwere ihrer Folgen von der gewöhnlichen Kriminalität abhebt (vgl. BVerfGE 35, 202, 230 f.; 119, 309, 321 f.).

4. Die Einschränkung der Bildberichterstattung über Gerichtsverfahren dessen Gegenstand ein besonders schwerer Tatvorwurf mit einer als besonders verwerflich empfundene Begehungsweise ist, kann im Einzelfall dann gerechtfertigt sein, wenn durch die Bildberichterstattung der Angeklagte eine Stigmatisierung erfährt, die ein Freispruch möglicherweise nicht mehr zu beseitigen vermag.

5. Es bleibt offen, ob sich der Angeklagte gegenüber einer identifizierenden Bildberichterstattung von der Strafverhandlung möglicherweise dann nicht mehr mit Gewicht auf sein allgemeines Persönlichkeitsrecht berufen kann, wenn er zuvor als Beschuldigter (Angeklagter) in den Medien im Rahmen bebildeter Berichterstattung zu den Vorwürfen der Anklageschrift oder auch nur zu eventuellen Vorwürfen der Staatsanwaltschaft Stellung bezogen

und hiermit zum Ausdruck gebracht hat, sich den erhobenen Vorwürfen in der Öffentlichkeit stellen zu wollen.

1070. BVerfG 2 BvR 1870/07 (3. Kammer des Zweiten Senats) – Beschluss vom 7. November 2008 (OLG Hamm/LG Bielefeld/JVA B.)

Gleichbehandlungsgebot der Geschlechter (Unzulässigkeit des Abstellens auf Geschlechterstereotype und Rollenerwartungen; geschlechtsdifferenzierende Ausstattung von Hafthäusern mit Telefonen; Kosmetikeinkauf durch männliche Häftlinge).

Art. 3 Abs. 3 S. 1 Alt. 1 GG; § 32 StVollzG; § 52 StVollzG; § 22 StVollzG

1. Das Geschlecht ist nach Art. 3 Abs. 3 GG grundsätzlich kein zulässiger rechtlicher Anknüpfungspunkt für rechtlich unterschiedliche Behandlung. An das Geschlecht anknüpfende differenzierende Regelungen sind mit Art. 3 Abs. 3 Satz 1 GG nur vereinbar, soweit sie zur Lösung von Problemen, die ihrer Natur nach nur entweder bei Männern oder bei Frauen auftreten können, zwingend erforderlich sind, oder eine Abwägung mit kollidierendem Verfassungsrecht sie ausnahmsweise legitimiert (vgl. BVerfGE 85, 191, 207 ff.; 92, 91, 109; 114, 357, 364). Geschlechtsbezogene Zuschreibungen, die allenfalls als statistische eine Berechtigung haben mögen (Geschlechterstereotype), und tradierte Rollenerwartungen können danach zur Rechtfertigung von Ungleichbehandlungen nicht dienen (vgl. BVerfGE 85, 191, 208 ff.).

2. Das aus Art. 3 Abs. 3 Satz 1 GG folgende Differenzierungsverbot gilt auch dann, wenn eine Regelung nicht auf eine nach Art. 3 Abs. 3 GG verbotene Ungleichbehandlung angelegt ist, sondern in erster Linie andere Ziele verfolgt (vgl. BVerfGE 114, 357, 364, m.w.N., stRspr). Eine - mittelbare - Benachteiligung wegen des Geschlechts kann auch vorliegen, wenn eine geschlechtsneutral formulierte Regelung im Ergebnis überwiegend Angehörige eines Geschlechts betrifft und dies auf natürliche oder gesellschaftliche Unterschiede zwischen den Geschlechtern zurückzuführen ist (vgl. BVerfGE 104, 373, 393, stRspr).

3. Zwar kann für das Ausmaß der Einschränkungen, die ein Gefangener hinnehmen muss, die räumliche und sonstige Ausstattung einer Justizvollzugsanstalt von Bedeutung sein. Andererseits bestehen Grundrechte nicht nur nach Maßgabe dessen, was an Verwaltungseinrichtungen faktisch vorhanden ist. Angesichts des grundrechtlichen Verbots der Benachteiligung aufgrund des Geschlechts kann es nicht im freien Belieben der Justizvollzugsvollzugsanstalten oder ihrer Träger stehen, eine spezifische faktische Benachteiligung von Frauen oder Männern im Haftvollzug dadurch herbeizuführen, dass deren Unterbringungseinrichtungen unterschiedlich ausgestattet (vorliegend Telefone) und an diesen Unterschied der Ausstattung sodann Unterschiede der sonstigen Behandlung geknüpft werden.

4. Zwar stellt § 32 Abs. 1 StVollzG die Erteilung einer Telefonerlaubnis in das Ermessen der Anstalt und diese ist nicht grundsätzlich gehindert, bei ihrer Entscheidung Gesichtspunkte des personellen Aufwandes für die Ge-

währleistung der notwendigen Sicherheit zu berücksichtigen. Das Gericht hat jedoch im Verfahren nach § 109 StVollzG hinsichtlich des Grundrechts aus Art. 3 Abs. 3 S. 1 zu überprüfen, ob die gegebene Begründung auch und gerade im Hinblick auf praktizierte Unterschiede in der Behandlung der männlichen Gefangenen und der weiblichen Gefangenen tragfähig ist.

5. Die unterschiedliche Behandlung von Männern und Frauen derart, dass nur Frauen gestattet wird, Kosmetika über das in § 22 Abs. 1 und Abs. 3 StVollzG Vorgesehene hinaus vom Eigengeld zu kaufen ist mit Art. 3 Abs. 3 Satz 1 GG nicht vereinbar.

1148. BVerfG 2 BvR 749/08 (2. Kammer des Zweiten Senats) – Beschluss vom 22. Oktober 2008 (OLG Dresden/LG Leipzig)

Freiheit der Person (Unterbringungsbefehl; nachträgliche Sicherungsverwahrung bei nachträglicher Rechtsänderung; Altfälle; Aufhebung im Einzelfall); Rechtsstaatsprinzip (Vertrauensschutzgebot: tatbestandliche Rückanknüpfung, unechte Rückwirkung; Rückwirkungsverbot; ne bis in idem; Verhältnismäßigkeitsgrundsatz); Rechtskraftdurchbrechung (Prozessgegenstand).

Art. 2 Abs. 2 Satz 2 GG; Art. 20 Abs. 3 GG; Art. 103 Abs. 2, Abs. 3 GG; § 66b Abs. 1 Satz 2 StGB; § 275a StPO

1. Die mit § 66b Abs. 1 Satz 2 StGB einhergehende Erweiterung der Möglichkeiten zur nachträglichen Anordnung der Unterbringung in der Sicherungsverwahrung verstößt nicht gegen Verfassungsrecht. Ein Verstoß gegen das verfassungsrechtliche Rückwirkungsverbot gemäß Art. 103 Abs. 2 GG oder das Doppelbestrafungsverbot des Art. 103 Abs. 3 GG liegt nicht vor. Auch das allgemeine Vertrauensschutzgebot ist nicht verletzt.

2. Der Anwendungsbereich von Art. 103 Abs. 2 GG ist auf staatliche Maßnahmen beschränkt, die eine missbilligende hoheitliche Reaktion auf ein rechtswidriges, schuldhaftes Verhalten darstellen und wegen dieses Verhaltens ein Übel verhängen, das dem Schuldausgleich dient. Die Sicherungsverwahrung stellt demgegenüber eine präventive Maßnahme dar, deren Zweck es nicht ist, begangenes Unrecht zu sühnen, sondern die Allgemeinheit vor dem Täter zu schützen (vgl. BVerfGE 109, 133, 167 ff.; 190, 219).

3. Die Neuregelung des § 66b Abs. 1 Satz StGB führt nicht zur Durchbrechung der Rechtskraft von Strafurteilen und stellt lediglich eine prinzipiell hinzunehmende tatbestandliche Rückanknüpfung dar, wenn ihre Anwendung auf besondere Ausnahmefälle beschränkt bleibt.

1146. BVerfG 2 BvR 1044/08 (1. Kammer des Zweiten Senats) – Beschluss vom 9. August 2008 (OLG Nürnberg)

Freiheit der Person (Auswirkung auf die erforderliche Sachaufklärung bei der Entscheidung über die Aussetzung des Vollzugs der Sicherungsverwahrung; Grundrechtsschutz durch Verfahren; Fortdauer des Maßregelvollzuges nach zehn Jahren).

Art. 2 Abs. 2 Satz 2 GG; Art. 104 Abs. 1 GG; § 66 StGB; § 67d StGB

1. Das Spannungsverhältnis zwischen dem Freiheitsanspruch des betroffenen Einzelnen und dem Sicherheitsbedürfnis der Allgemeinheit vor zu erwartenden erheblichen Rechtsgutverletzungen verlangt nach gerechtem und vertretbarem Ausgleich. Je länger die Unterbringung in der Sicherungsverwahrung andauert, umso strenger sind die Voraussetzungen für die Verhältnismäßigkeit des Freiheitsentzugs. Die Grenzen der Zumutbarkeit müssen gewahrt bleiben. Dabei gilt es, das Freiheitsgrundrecht der Betroffenen sowohl materiell als auch auf der Ebene des Verfahrensrechts abzusichern (vgl. BVerfGE 109, 133, 159; 70, 297, 310).

2. Die Bedeutung der Freiheitsgarantie gebietet es, bei der Sachaufklärung und Handhabung der richterlichen Aufklärungspflicht stets das Gewicht des Freiheitsanspruchs des Untergebrachten im Auge zu behalten. Dieser wirkt in die Ausübung des pflichtgemäßen Ermessens bei der Bestimmung des Aufklärungs- und Prüfungsumfanges hinein, um sicherzustellen, dass der Richter seine Entscheidung auf einer der Sachbedeutung entsprechenden Tatsachengrundlage aufbaut (vgl. BVerfGE 70, 297, 310). Je länger die Unterbringung dauert, desto strengere Anforderungen sind aufgrund der Wirkkraft des Freiheitsgrundrechts des Untergebrachten an die Sachverhaltsaufklärung zu stellen, um der Gefahr von Routineurteilen möglichst vorzubeugen (vgl. BVerfGE 70, 297, 311). Es ist unverzichtbare Voraussetzung rechtsstaatlichen Verfahrens, dass Entscheidungen, die den Entzug der persönlichen Freiheit betreffen, auf zureichender richterlicher Sachaufklärung beruhen und eine in tatsächlicher Hinsicht genügende Grundlage haben, die der Bedeutung der Freiheitsgarantie entspricht (vgl. BVerfGE 70, 297, 308).

3. Materiell fordert das Übermaßverbot, die Sicherungsbelange und den Freiheitsanspruch des Untergebrachten im Einzelfall abzuwägen (vgl. BVerfGE 70, 297, 311). Der Richter hat im Rahmen der erforderlichen Gesamtwürdigung die von dem Täter ausgehenden Gefahren zur Schwere des mit der Maßregel verbundenen Eingriffs ins Verhältnis zu setzen. Dabei kommt es insbesondere darauf an, ob und welche Art rechtswidriger Taten von dem Untergebrachten drohen, wie ausgeprägt das Maß der Gefährdung ist und welches Gewicht den bedrohten Rechtsgütern zukommt. Je länger die Unterbringung andauert, umso strenger sind die Anforderungen an die Verhältnismäßigkeit des Freiheitsentzugs.

4. Der Einfluss des gewichtiger werdenden Freiheitsanspruchs stößt dort an Grenzen, wo es nach Art und Maß der von dem Untergebrachten drohenden Gefahren vor dem staatlichen Schutzauftrag für die Rechtsgüter des Einzelnen und der Allgemeinheit unvertretbar erscheint, den Untergebrachten in Freiheit zu entlassen (vgl. BVerfGE 109, 133, 159 f.; 70, 297, 315).

5. Die Entscheidung über die Fortdauer der Sicherungsverwahrung hat sich auf ein Sachverständigengutachten zu stützen, das der besonderen Tragweite und dem Ausnahmecharakter dieser Entscheidung gerecht wird; dabei

ist darauf Bedacht zu nehmen, dass das ärztliche Gutachten hinreichend substantiiert ist (vgl. BVerfGE 109, 133, 164). Es gilt sicherzustellen, dass der Gutachter ausreichend Zeit und Gelegenheit erhält, den Untergebrachten zu untersuchen und das Tatsachenmaterial aufzubereiten, auf dessen Grundlage die Prognose erstellt wird (vgl. BVerfGE 109, 133, 164).

1149. BVerfG 2 BvR 806/08 (2. Kammer des Zweiten Senats) - Beschluss vom 11. Juni 2008 (OLG Bamberg/LG Würzburg/AG Würzburg)

Freiheit der Person und Untersuchungshaft bei Vorliegen einer noch nicht rechtskräftigen Verurteilung (Resozialisierungszweck; Strafrestauesetzung zur Bewährung).

Art. 2 Abs. 2 Satz 2, Satz 3 GG; Art. 104 GG; § 57 StGB; § 120 StPO

1. Der Verhältnismäßigkeitsgrundsatz ist nicht nur für die Anordnung, sondern auch für die Dauer der Untersuchungshaft von Bedeutung. Er verlangt, dass die Dauer der Untersuchungshaft nicht außer Verhältnis zur erwarteten Strafe steht und setzt ihr auch unabhängig von der Straferwartung Grenzen (BVerfGE 20, 45, 49 f.). Außerdem vergrößert sich regelmäßig das Gewicht des Freiheitsanspruchs gegenüber dem Interesse an einer wirksamen Strafverfolgung mit zunehmender Dauer der Untersuchungshaft (vgl. BVerfGE 36, 264, 270; 53, 152, 158 f.).

2. Zur Durchführung eines geordneten Strafverfahrens und einer Sicherstellung der späteren Strafvollstreckung kann die Untersuchungshaft deshalb nicht mehr als notwendig anerkannt werden, wenn ihre Fortdauer durch vermeidbare Verfahrensverzögerungen verursacht ist (BVerfGE 20, 45, 50; 53, 152, 61 f.). Von dem Beschuldigten nicht zu vertretende, sachlich nicht gerechtfertigte und vermeidbare erhebliche Verfahrensverzögerungen stehen regelmäßig einer weiteren Aufrechterhaltung der Untersuchungshaft entgegen.

3. Die mit Haftsachen betrauten Gerichte haben sich bei der zu treffenden Entscheidung über die Fortdauer der Untersuchungshaft mit deren Voraussetzungen eingehend auseinanderzusetzen und diese entsprechend zu begründen. Zu berücksichtigen sind auch die voraussichtliche Gesamtdauer des Verfahrens, die für den Fall einer Verurteilung konkret im Raum stehenden Straferwartung und – unter Berücksichtigung einer etwaigen Aussetzung des Strafrestes zur Bewährung gemäß § 57 StGB – das hypothetische Ende einer möglicherweise zu verhängenden Freiheitsstrafe sowie Verzögerungen des Verfahrens. Die zugehörigen Ausführungen müssen in Inhalt und Umfang eine Überprüfung des Abwägungsergebnisses am Grundsatz der Verhältnismäßigkeit nicht nur für den Betroffenen selbst, sondern auch für das die Anordnung treffende Fachgericht im Rahmen einer Eigenkontrolle gewährleisten und in sich schlüssig und nachvollziehbar sein (BVerfGK 7, 421, 429 f.; 8, 1, 5).

4. Selbst bei Vorliegen einer noch nicht rechtskräftigen Verurteilung ist es grundsätzlich nicht gerechtfertigt,

einen Verurteilten bis zum Zeitpunkt der Vollverbüßung der ausgesprochenen Strafe in Untersuchungshaft zu halten. Dem steht schon der Resozialisierungszweck der Strafhaft entgegen. Dieser Rechtsgedanke erfordert es auch, dass bei der Ermittlung der Dauer der zu erwartenden Strafhaft eine Aussetzung des Strafrestes zur Bewährung gemäß § 57 StGB jedenfalls dann berücksichtigt werden muss, wenn sie im konkreten Fall zu erwarten ist (vgl. BVerfGK 7, 140, 162).

1147. BVerfG 2 BvR 671/08 (2. Kammer des Zweiten Senats) – Beschluss vom 30. August 2008 (OLG Köln/LG Aachen)

Freiheit der Person und Beschleunigungsgebot bei Überhaft (Anordnung und Aufrechterhaltung von Untersuchungshaft bei einem Strafgefangenen; siebenjährige Verfahrensverzögerung; Berücksichtigung der wertsetzenden Bedeutung des Freiheitsanspruches bei der Abwägung).

Art. 2 Abs. 2 Satz 2 und Satz 3 GG; Art. 104 GG; § 120 StPO; § 112 StPO

1. Die Entziehung der persönlichen Freiheit kann demjenigen, der noch nicht wegen einer mit Strafe bedrohten Handlung rechtskräftig zu einer Freiheitsstrafe verurteilt wurde, nur in begrenzten Ausnahmefällen zugemutet werden. Das Bundesverfassungsgericht betont in ständiger Rechtsprechung, dass zur Auflösung dieses Spannungsfeldes der Freiheitsanspruch des noch nicht verurteilten Beschuldigten der vom Standpunkt der Strafverfolgung aus erforderlichen und zweckmäßigen Freiheitsentziehung als Korrektiv ständig entgegenzuhalten ist (BVerfGE 19, 342, 347; 20, 45, 49; 53, 152, 158 f.). Das bedeutet, dass der Eingriff in die Freiheit nur verhältnismäßig und damit hinzunehmen ist, wenn und soweit der legitime Anspruch der staatlichen Gemeinschaft auf vollständige Aufklärung der Tat und rasche Bestrafung des Täters nicht anders gesichert werden kann als durch vorläufige Inhaftierung eines Verdächtigen.

2. Darüber hinaus setzt das verfassungsrechtliche Erfordernis der Verhältnismäßigkeit des Grundrechtseingriffs der Dauer der Untersuchungshaft unabhängig von der Straferwartung in dem zu sichernden Verfahren eine weitere Grenze, die mit dem verfassungsrechtlich in Art. 2 Abs. 2 Satz 2 GG verankerten Beschleunigungsgrundsatz in Zusammenhang steht (vgl. BVerfGE 20, 45, 49 f.; 53, 152, 158 f.; BVerfGK 7, 421, 427). Kommt es zu von dem Beschuldigten nicht zu vertretenden, sachlich nicht zu rechtfertigenden und vermeidbaren Verzögerungen, weil die Strafverfolgungsbehörden und Gerichte nicht alle möglichen und zumutbaren Maßnahmen getroffen haben, um das Strafverfahren mit der gebotenen Schnelligkeit abzuschließen, steht dies der Aufrechterhaltung der Untersuchungshaft regelmäßig entgegen. Diese kann nicht mehr als notwendig zur Durchführung eines Strafverfahrens und zur späteren Strafvollstreckung angesehen werden, wenn ihre Fortdauer durch vermeidbare Verfahrensverzögerungen verursacht wurde (vgl. grundlegend BVerfGE 20, 45, 50, sowie BVerfGE 20, 144, 148 f.; 36, 264, 273; BVerfGK 7, 421, 428).

3. Das Beschleunigungsgebot findet grundsätzlich ungeachtet der geringeren Eingriffswirkung auch dann An-

wendung, wenn der Vollzug eines Haftbefehls nach § 116 StPO ausgesetzt wurde (vgl. BVerfGE 53, 152, 162; BVerfGK 6, 384, 391) oder wenn ein Haftbefehl wegen Strafhaft in anderer Sache nicht vollzogen wird und lediglich Überhaft vermerkt ist. Auch die Überhaft ist auf das sachlich vertretbare Mindestmaß zu beschränken; sie stellt einen Grundrechtseingriff für den Betroffenen dar, weil sich für diesen aus Gründen des Haftrechts Einschränkungen ergeben, wenn neben Strafhaft Untersuchungshaft angeordnet wird (vgl. OLG Düsseldorf, Beschluss vom 3. Mai 1991 - 2 Ws 191/91 -, NJW 1991, S. 2302).

4. Aufgrund der wertsetzenden Bedeutung des Grundrechts der Freiheit der Person muss das Verfahren der Haftprüfung und Haftbeschwerde so ausgestaltet sein, dass nicht die Gefahr einer Entwertung der materiellen Grundrechtsposition besteht (vgl. hierzu BVerfGE 53, 30, 65; 63, 131, 143). Die mit Haftsachen betrauten Gerichte haben sich deshalb bei der Entscheidung über die Fortdauer der Untersuchungshaft mit den einzelnen Voraussetzungen eingehend auseinanderzusetzen und diese auf hinreichend gesicherter Tatsachenbasis zu begründen. In der Regel sind in jeder Entscheidung über die Fortdauer der Untersuchungshaft aktuelle Ausführungen zu dem weiteren Vorliegen ihrer Voraussetzungen, zur Abwägung zwischen dem Freiheitsgrundrecht des Beschuldigten und dem Strafverfolgungsinteresse der Allgemeinheit sowie zur Frage der Verhältnismäßigkeit geboten (vgl. BVerfG, Beschlüsse der 3. Kammer des Zweiten Senats vom 7. August 1998 - 2 BvR 962/98 -, StV 1999, S. 40 und vom 10. Dezember 1998 - 2 BvR 1998/98 -, StV 1999, S. 162; Beschluss der 1. Kammer des Zweiten Senats vom 13. September 2001 - 2 BvR 1316/01 -, NJW 2002, S. 207 f.). Diese Ausführungen müssen in Inhalt und Umfang eine Überprüfung des Abwägungsergebnisses am Grundsatz der Verhältnismäßigkeit nicht nur für den Betroffenen selbst, sondern auch für das die Anordnung treffende Fachgericht im Rahmen einer Eigenkontrolle gewährleisten und in sich schlüssig und nachvollziehbar sein. Unterbleibt eine entsprechende Abwägung, so hat dies regelmäßig eine Verletzung des Grundrechts der persönlichen Freiheit zur Folge. Gleiches gilt, wenn die Abwägung erkennbar unvollständig ist oder einzelne Belange fehlgewichtet werden.

1068. BVerfG 1 BvQ 47/08 (1. Kammer des Ersten Senats) – Beschluss vom 3. Dezember 2008 (LG Oldenburg)

Keine Einstweilige Anordnung gegen das Benutzungsverbot eines Laptops im Gerichtssaal im „Holzklotz“-Fall (fehlender erheblicher Nachteil; Pressefreiheit).

Art. 5 Abs. 1 GG; § 169 Satz 2 GVG; § 32 BVerfGG

Die Anordnung eines Gerichtsvorsitzenden, Journalisten die Benutzung von Laptops im Gerichtssaal nicht zu erlauben, begründet keinen erheblichen Nachteil i.S.d. § 32 BVerfGG, weil zum einen moderne Laptops teils über Kameras und Mikrofone verfügen, deren – § 169 Satz 2 GVG zuwider laufende – Verwendung während der mündlichen Verhandlung sich kaum kontrollieren ließe und zum anderen der Ausschluss von Laptops die Richterstattung auch nicht so nachhaltig erschwert, dass

eine erhebliche Beeinträchtigung der Pressefreiheit zu befürchten wäre.

1069. BVerfG 2 BvR 1203/07 (3. Kammer des Zweiten Senats) – Beschluss vom 29. Oktober 2008 (OLG Celle/LG Lüneburg)

Subsidiarität der Verfassungsbeschwerde (Unzulässigkeit der Verfassungsbeschwerde gegen eine Kostenentscheidung mangels Rechtswegerschöpfung; Erledigung; Unterlassen eines Fortsetzungsfeststellungsantrages).

§ 90 Abs. 2 Satz 1 BVerfGG; § 121 Abs. 2 Satz 2 StVollzG; § 115 Abs. 3 StVollzG

Zwar kann eine Kostenentscheidung selbständiger Gegenstand einer Verfassungsbeschwerde sein (vgl. BVerfGE 74, 78, 90). Dies gilt aber nicht, soweit damit in kostenrechtlicher Einkleidung mittelbar Sachfragen zur verfassungsrechtlichen Prüfung gestellt werden, die nicht mehr in zulässiger Weise unmittelbar zum Gegenstand der Verfassungsbeschwerde gemacht werden können.

Rechtsprechung

Hervorzuhebende Entscheidungen des BGH

I. Materielles Strafrecht – Allgemeiner Teil

1120. BGH 5 StR 312/08 – Urteil vom 28. Oktober 2008 (LG Berlin)

Revisibilität der Strafzumessung (Strafrahmenmilderung wegen verminderter Schuldfähigkeit bei Alkoholkonsum: Indizwert der BAK und erforderliche ergänzende tragfähige Anhaltspunkte; Warnfunktion einer nicht rechtskräftigen Verurteilung: Vorleben).

§ 46 StGB; § 21 StGB; § 49 Abs. 2 StGB

1. Stellt das Tatgericht eine Blutalkoholkonzentration von 1,9 Promille fest und legen die Urteilsgründe keine weiteren tragfähiger Anhaltspunkte dar, ist eine erhebliche Verminderung der Schuldfähigkeit des Angeklagten nicht belegt.

2. Auch von nicht rechtskräftigen Verurteilungen kann eine Warnfunktion ausgehen, so dass diese bei der Strafzumessung gegebenenfalls strafschärfend berücksichtigt werden können (vgl. BGHR StGB § 46 Abs. 2 Vorleben 2; BGH, Urteil vom 27. Juli 1994 – 3 StR 149/94). Dies gilt insbesondere für die Frage einer Strafaussetzung zur Bewährung.

1126. BGH 5 StR 384/08 – Urteil vom 13. November 2008 (LG Berlin)

Rechtfertigung durch Notwehr (Erforderlichkeit; gebotene Darlegung bei einem Freispruch); Notwehrexzess (Gegenwärtigkeit); Nötigung (Verwerflichkeit).

§ 32 StGB; § 240 Abs. 2 StGB; § 267 Abs. 5 Satz 1 StPO

1. Das Tatgericht ist gemäß § 267 Abs. 5 Satz 1 StPO aus sachlich-rechtlichen Gründen verpflichtet, all das festzustellen und darzulegen, was für die Beurteilung des Tatvorwurfs relevant und zur Überprüfung des Freispruchs durch das Revisionsgericht auf Rechtsfehler notwendig ist (vgl. BGH NJW 2008, 2792, 2793 m.w.N., zur Aufnahme in BGHSt bestimmt). Bei einer in Frage stehenden Prüfung einer Rechtfertigung durch Notwehr ist es

geboten, Art und Umfang der vom Angegriffenen ausgeführten Verteidigungshandlungen festzustellen und darzulegen. Nur so kann bewertet werden, ob noch eine erforderliche Verteidigung im Sinne des § 32 Abs. 2 StGB gegeben oder diese bereits überschritten ist (vgl. BGHSt 42, 97, 100).

2. Die Anwendung des § 33 StGB setzt voraus, dass während der Vornahme aller Verteidigungshandlungen, die unter § 33 StGB fallen sollen, eine Notwehrlage, mithin ein gegenwärtiger Angriff vorliegt (vgl. BGH NSTz 1987, 20; 2002, 141, 142). Solches wird auch angenommen, wenn bei den das erforderliche Maß überschreitenden Notwehrhandlungen die Intensität des Angriffs bereits nachgelassen hat oder die unmittelbare Wiederholung des Angriffs zu befürchten ist (BGH NSTz 1987, 20).

1129. BGH 5 StR 443/08 - Beschluss vom 29. Oktober 2008 (LG Berlin)

Beweiswürdigung zur uneingeschränkten Schuldfähigkeit des Angeklagten (unzureichende Darstellung des Sachverständigengutachtens; krankhafte seelische Störung: paranoid-halluzinatorische Psychose; belastende Berücksichtigung von Verteidigungsverhalten).

§ 21 StGB; § 20 StGB; § 261 StPO

Im Fall der Diagnose einer krankhaften seelischen Störung und eines von Größenideen geprägten, sich hinsichtlich der Demütigungen steigernden, teils außergewöhnlichen, von Sadismus geprägten Tatbildes bedarf es einer eingehenden Prüfung und Erörterung der Voraussetzungen der §§ 20, 21 StGB. So wären zunächst Darlegungen dazu erforderlich gewesen, auf Grund welcher Kriterien eine Beeinträchtigung des Angeklagten bei den Taten durch die krankhafte seelische Störung anzunehmen oder zu verneinen ist. Die Darstellung der Stellungnahme des Sachverständigen ist nachvollziehbar zu gestalten.

II. Materielles Strafrecht – Besonderer Teil

1084. BGH 3 StR 164/08 - Beschluss vom 1. Oktober 2008 (OLG Nürnberg)

BGHSt; Vorlegungssache; Divergenzvorlage; Verwenden von Kennzeichen verfassungswidriger Organisationen (zum Verwechseln ähnlich; Stilisierung; Hinweis auf die verbotene Organisation; verfassungskonforme Auslegung); Meinungsfreiheit; Keltenkreuz; Volkssozialistische Bewegung Deutschlands; Partei der Arbeit.

§ 86a Abs. 1 Nr. 1 StGB; § 86a Abs. 2 Satz 2 StGB; § 86 Abs. 1 Nr. 2 StGB; Art. 5 Abs. 1 GG; Art. 10 EMRK; § 121 Abs. 2 GVG

1. Der objektive Tatbestand des § 86a Abs. 1 Nr. 1 i. V. m. § 86 Abs. 1 Nr. 2 StGB ist grundsätzlich erfüllt, wenn das von der verbotenen Volkssozialistischen Bewegung Deutschlands/Partei der Arbeit (VSBd/PdA) als Symbol benutzte stilisierte Keltenkreuz oder diesem zum Verwechseln ähnliche Kennzeichen (§ 86a Abs. 2 Satz 2 StGB) öffentlich verwendet werden. Eines zusätzlichen Hinweises auf die Organisation bedarf es nicht. Ein tatbestandliches Handeln scheidet aber dann aus, wenn sich aus den Gesamtumständen der Verwendung des Kennzeichens eindeutig ergibt, dass diese dem Schutzzweck des § 86a Abs. 1 Nr. 1 StGB nicht zuwider läuft. (BGHSt)

2. Kennzeichen, wie sie beispielhaft in § 86a Abs. 2 StGB aufgezählt sind, sind sicht- oder hörbare Symbole, deren sich die in § 86 Abs. 1 Nr. 1, 2 und 4 StGB aufgeführten Organisationen bedienen oder bedient haben, um propagandistisch auf ihre politischen Ziele und die Zusammengehörigkeit ihrer Anhängerschaft hinzuweisen. Zur Begründung der Kennzeicheneigenschaft ist deshalb nur erforderlich, dass sich die Vereinigung ein bestimmtes Symbol durch einen Autorisierungsakt - sei es durch formale Widmung, sei es durch schlichte Übung - zu eigen gemacht hat, so dass dieses Symbol zumindest auch als Zeichen der verbotenen Organisation erscheint. (Bearbeiter)

3. Ob ausnahmsweise etwas anderes gilt, wenn sich die verbotene Vereinigung ein rein staatliches Hoheitssymbol oder ein Symbol einer Weltreligion in unveränderter Form als Kennzeichen zu Eigen macht, braucht der Senat nicht zu entscheiden. (Bearbeiter)

4. Für die Beantwortung der Frage, ob die konkrete Kennzeichenverwendung dem Schutzzweck des § 86a StGB erkennbar nicht zuwiderläuft, sind die gesamten Umstände der Tat zu berücksichtigen sind (vgl. BGHSt 25, 30, 34: „Hitler-Gruß“ als Kritik an Schlagstockeinsatz durch Polizeibeamte). Den Anforderungen, die die Grundrechte der Meinungs- und Bekenntnisfreiheit, aber auch der allgemeinen Handlungsfreiheit an eine verfassungskonforme Auslegung des Tatbestands stellen, ist dadurch Rechnung zu tragen, dass der mit dem Gebrauch

des Kennzeichens verbundene Aussagegehalt anhand aller maßgeblichen Umstände des Falles ermittelt wird. Ergibt dies, dass der Schutzzweck der Norm eindeutig nicht berührt wird, so fehlt es an einem tatbestandlichen Verwenden des Kennzeichens. (Bearbeiter)

5. Sind die äußeren Umstände der Verwendung eines Kennzeichens im Sinne des § 86a StGB dagegen nicht eindeutig, so ist der objektive Tatbestand der Norm erfüllt. Es bedarf dann aber besonders sorgfältiger Prüfung, ob sich der Täter bewusst war, das Kennzeichen einer verbotenen Organisation zu verwenden, und daher auch die subjektive Tatseite gegeben ist. (Bearbeiter)

6. Eine Divergenzvorlage gemäß § 121 Abs. 2 GVG hat auch dann zu erfolgen, wenn ein Oberlandesgericht von einer nach dem 1. April 1950 ergangenen Entscheidung eines aufgelösten, gleich geordneten Gerichts abweichen will. Der der Norm zugrunde liegende Gedanke, voneinander abweichende höchstrichterliche Rechtsprechung zu vermeiden, um die Rechtsanwendung voraussehbar zu machen und damit Rechtssicherheit und Rechtseinheitlichkeit zu gewährleisten, gilt in diesen Fällen gleichermaßen. Denn durch die Auflösung eines Oberlandesgerichts verlieren dessen Entscheidungen weder ihre Geltung noch ihre Bedeutung für die Rechtsanwendung, so dass sich ohne Divergenzvorlage möglicherweise einander widersprechende höchstrichterliche Entscheidungen gegenüberstünden. (Bearbeiter)

1108. BGH 4 StR 352/08 – Urteil vom 30. Oktober 2008 (LG Magdeburg)

Niedrige Beweggründe bei einer „Kindstötung“ (Mord; Feststellungen zur subjektiven Seite; Abschaffung der Privilegierung der Kindstötung).

§ 212 StGB; § 211 Abs. 2 StGB; § 217 StGB aF; § 46 StGB

1. Auch nach Aufhebung des § 217 StGB aF durch das 6. StrRG wird in den Fällen der Kindstötung die Annahme von Mord nur ausnahmsweise in Betracht kommen. Anders verhält es sich jedoch, wenn die Tat von besonders krasser Selbstsucht geprägt ist.

2. Einzelfall einer unbeanstandeten Annahme niedriger Beweggründe bei einer Kindstötung durch die Mutter, die begangen wurde, um keine Verantwortung übernehmen zu müssen und noch etwas erleben zu können.

3. Die Beurteilung der Frage, ob Beweggründe zur Tat „niedrig“ sind und - in deutlich weiterreichendem Maße als ein Totschlag - verachtenswert erscheinen, hat auf Grund einer Gesamtwürdigung aller äußeren und inneren für die Handlungsantriebe des Täters maßgeblichen Faktoren, insbesondere der Umstände der Tat, der Le-

bensverhältnisse des Täters und seiner Persönlichkeit zu erfolgen (st. Rspr.; vgl. BGHSt 47, 128, 130 m.w.N.). Bei den insoweit zutreffenden Wertungen steht dem Tatrichter ein Beurteilungsspielraum zu, den das Revisionsgericht nicht durch eigene Erwägungen ausfüllen kann (vgl. BGHR StGB § 211 Abs. 2 niedrige Beweggründe 47; Senatsurteil vom 19. Juni 2008 - 4 StR 105/08).

1112. BGH 4 StR 411/08 - Beschluss vom 4. November 2008 (LG Halle)

Kein vorsätzlicher gefährlicher Eingriff in den Straßenverkehr bei Schüssen im Straßenverkehr (konkrete Gefahr für die Sicherheit des Straßenverkehrs: spezifischer Zusammenhang; Beinahe-Unfall; Grenzen des zeitlichen Zusammenfallens von Eingriff und konkreter Gefährdung; Versuch).

§ 315b Abs. 1 Nr. 3, Abs. 2 StGB

1. Allein die Beschädigung eines Kraftfahrzeuges durch einschlagenden Projektile rechtfertigt nicht die Annahme einer vollendeten Tat nach § 315b Abs. 1 Nr. 3 StGB, wenn dieser Sachschaden – wie in der Regel der Fall – in keinem relevanten Zusammenhang mit der Eigendynamik der Fahrzeuge zum Tatzeitpunkt steht, sondern ausschließlich auf die durch die Pistolenschüsse freigesetzte Dynamik der auftreffenden Projektile zurückzuführen ist.

2. Der Tatbestand des § 315b StGB ist dreistufig aufgebaut: Durch eine der in Abs. 1 bezeichneten Tathandlungen muss die Sicherheit des Straßenverkehrs beeinträchtigt und hierdurch eine konkrete Gefahr für eines der genannten Individualrechtsgüter begründet worden sein. Erforderlich ist danach, dass die Tathandlung eine abstrakte Gefahr für die Sicherheit des Straßenverkehrs bewirkt, die sich zu einer konkreten Gefahr für eines der genannten Schutzobjekte verdichtet (BGHSt 48, 119, 122; BGH NSTZ 2007, 34, 35).

3. Regelmäßig werden hierbei der Eingriff und die Begründung der abstrakten Gefahr zeitlich dem Eintritt der konkreten Gefahr vorausgehen, etwa, wenn der Eingriff zu einer kritischen Verkehrssituation führt, durch die sodann eines der Schutzgüter konkret gefährdet wird (sog. „Beinahe-Unfall“). Nach der Senatsrechtsprechung ist dies jedoch nicht zwingend (grundlegend BGHSt 48, 119, 122 ff.). Danach kann der Tatbestand des § 315b Abs. 1 StGB in sämtlichen Handlungsalternativen auch dann erfüllt sein, wenn die Tathandlung (Abgabe des Schusses) unmittelbar zu einer konkreten Gefahr oder Schädigung (Beschädigung des Kraftfahrzeuges) führt.

4. Dies gilt indes nicht uneingeschränkt. Nicht jede Sachbeschädigung (oder auch Körperverletzung) im Straßenverkehr ist tatbestandsmäßig im Sinne des § 315b StGB. Vielmehr gebietet der Schutzzweck des § 315b StGB insoweit eine restriktive Auslegung der Norm, als unter einer konkreten Gefahr für Leib oder Leben eines anderen Menschen oder für fremde Sachen von bedeutendem Wert nur verkehrsspezifische Gefahren verstanden werden dürfen (BGHSt 48, 119, 124). Dies ist der Fall, wenn die konkrete Gefahr – jedenfalls auch – auf die Wirkungsweise der für Verkehrsvorgänge typischen Fortbewe-

gungskräfte (Dynamik des Straßenverkehrs) zurückzuführen ist.

1106. BGH 4 StR 120/08 - Beschluss vom 28. Oktober 2008 (LG Münster)

Hehlerei (Perpetuierungstheorie; Absatzhilfe; bloße Rückgewinnungshilfe); Rechtsfehlerhaft abgelehnter Beweisantrag (Widerspruch).

§ 259 StGB; § 244 Abs. 3 StPO

1. Für eine strafbare Absatzhilfe i.S.d. § 259 Abs. 1 StGB genügt zur Vollendung der Hehlerei grundsätzlich jede vom Absatzwillen getragene vorbereitende, ausführende oder helfende Tätigkeit, die geeignet ist, den Vortäter bei seinem Bemühen um die wirtschaftliche Verwertung der bemakelten Sache zu unterstützen (BGH NSTZ 2008, 152). Dabei kommt es auch nicht darauf an, ob es zum Absatz des Hehlgutes gekommen ist (BGHSt 26, 358; NJW 1990, 2897 f; NSTZ 1994, 395 f.). Strafgrund der Hehlerei ist es aber, ein Weiterschieben der durch die Vortat erlangten Sache zu verhindern (BGHSt 26, 358, 360, 363). Deshalb muss die Tätigkeit des Helfers im konkreten Fall geeignet sein, die rechtswidrige Vermögenssituation aufrechtzuerhalten oder zu vertiefen (BGHSt 43, 110, 111; NSTZ-RR 2000, 266).

2. Nach der Rechtsprechung des BGH ist nicht jede dem Vortäter geleistete Unterstützung im Vorfeld von Absatzbemühungen strafbar. Im Einzelfall kann es sich um straflose Hilfe bei der Vorbereitung künftigen Absatzes handeln. Für die Abgrenzung kommt es darauf an, ob die Hilfeleistung im Vorfeld eines im Einzelnen noch nicht absehbaren und auch noch nicht konkret geplanten Absatzes erfolgt oder ob sie sich in einen bereits festgelegten Absatzplan fördernd einfügt und aus der Sicht des Vortäters den Beginn des Absatzvorganges darstellt (BGH NSTZ 2008, 152, 153).

1101. BGH 1 StR 536/08 - Beschluss vom 21. Oktober 2008 (LG Traunstein)

Verfahrensrüge auf Grund von wahrheitswidrigen Behauptungen; Verletzung von Privatgeheimnissen (Widerruf eines Einverständnisses).

§ 203 StGB; § 53 Abs. 1 Nr. 3 StPO; § 344 Abs. 2 Satz 2 StPO

Unabhängig davon, ob ein erklärtes Einverständnis mit der Verwertung von Angaben des Angeklagten sowie von Erkenntnissen aus Krankenakten vor oder während der Erstattung eines Sachverständigengutachtens überhaupt noch wirksam widerrufen werden kann, wird jedenfalls für das im Auftrag eines Gerichts oder der Ermittlungsbehörden erstattete Gutachten die sonst erforderliche Zustimmung zur Preisgabe von Geheimnissen durch die damit einhergehende gesetzliche Duldungspflicht ersetzt, weil hier das staatliche Interesse an der Aufklärung des Sachverhalts vorgeht (BGH NSTZ 2002, 214, 215).

1110. BGH 4 StR 375/08 - Urteil vom 6. November 2008 (LG Dessau-Roßlau)

Strafbefreiender Rücktritt vom Tötungsversuch (unbeendeter Versuch); schwere Körperverletzung (wichtiges Glied: Taubheit zweier Finger).

§ 212 StGB; § 24 StGB; § 226 Abs. 1 Nr. 2 StGB

1. Für die Beurteilung, ob ein wichtiges Glied im Sinne des § 226 Abs. 1 Nr. 2 StGB nicht mehr gebraucht werden kann, ist im Wege einer wertenden Gesamtbetrachtung zu ermitteln, ob als Folge der vorsätzlichen Körperverletzung so viele Funktionen ausgefallen sind, dass das Körperteil weitgehend unbrauchbar geworden ist und von daher die wesentlichen faktischen Wirkungen denjenigen eines physischen Verlustes entsprechen (BGHSt 51, 252, 257 m.w.N.).

2. Dass Daumen und Zeigefinger des Opfers „wie eingeschlafen“ gefühlt werden und es diese Finger nur noch eingeschränkt benutzen kann, belegt nicht deren weitgehende Unbrauchbarkeit (vgl. zur „Taubheit zweier Finger“ auch BGH, Beschluss vom 8. Juli 2008 – 3 StR 167/08).

1117. BGH 4 StR 465/08 - Beschluss vom 16. Oktober 2008 (LG Landau)

Vergewaltigung (Beisichführen eines gefährlichen Werkzeuges oder Mittels: Erfordernis eines beweglichen Gegenstandes).

§ 177 Abs. 2, Abs. 3 Nr. 2 StGB

„Bei sich führen“ kann der Täter als Werkzeug oder Mittel im Sinne des § 177 Abs. 3 Nr. 2 StGB wie beim Tatbestandsmerkmal „mit sich führen“ in § 30 a Abs. 2 Nr. 2 BtMG nur bewegliche Tatmittel (vgl. BGHSt 52, 89). Um einen solchen – ergreifbaren – Gegenstand handelt es sich beim verschlossenen oder zugeführten Deckel einer (Ganzkörper-)Sonnenbank jedoch nicht.

Rechtsprechung

III. Strafzumessungs- und Maßregelrecht

1144. BGH GSSt 1/08 - Beschluss vom 7. Oktober 2008 (LG Bielefeld, LG Saarbrücken)

BGHSt; zu verbüßende Freiheitsstrafe nach Erklärung der Erledigung der Unterbringung in einem psychiatrischen Krankenhaus und nachträgliche Anordnung der Unterbringung in der Sicherungsverwahrung (bereichsspezifische Auslegung der neuen Tatsache; abweichende Grundlage der qualifizierten Gefährlichkeit des ehemals Unterbrachten).

Art. 2 Abs. 1 GG; Art. 2 Abs. 2 Satz 2 GG; Art. 20 Abs. 3 GG; Art. 5 EMRK; § 66b StGB; § 67d Abs. 6 StGB

1. Hat der Betroffene nach Erklärung der Erledigung der Unterbringung in einem psychiatrischen Krankenhaus (§ 67d Abs. 6 StGB) noch Freiheitsstrafe zu verbüßen, auf die zugleich mit der Unterbringung erkannt worden ist, so steht dies der nachträglichen Anordnung der Unterbringung in der Sicherungsverwahrung nach § 66b Abs. 3 StGB entgegen (Bestätigung von BGHSt 52, 31). (BGHSt)

2. In diesen Fällen kommt indes die nachträgliche Anordnung der Unterbringung in der Sicherungsverwahrung gemäß § 66b Abs. 1 Satz 1 oder Abs. 2 StGB in Betracht. Insoweit genügt für die Annahme neuer Tatsachen, dass vor dem Hintergrund der nicht (mehr) vorhandenen Voraussetzungen der Unterbringung nach § 63 StGB die qualifizierte Gefährlichkeit des Verurteilten auf abweichender Grundlage belegt wird. (BGHSt)

3. Nur die Vollstreckung des Restes derjenigen Strafe, die in der Anlassurteilung ausgesprochen worden war, steht der Anwendung des § 66b Abs. 3 StGB entgegen. (BGHSt)

1077. BGH 2 StR 349/08 - Urteil vom 29. Oktober 2008 (LG Bonn)

BGHSt; Mord (niedrige Beweggründe); verminderte Schuldfähigkeit (eingeschränkte Steuerungsfähigkeit; tiefgreifende Bewusstseinsstörung; Affektdurchbruch); Strafraumenverschiebung (lebenslange Freiheitsstrafe; Versagung; verschuldeter Affekt; Schuldprinzip); Schuldunfähigkeit (Versagung; Darlegung; Urteilsgründe).

Art. 1 Abs. 1 GG; Art. 2 Abs. 1 GG; § 211 StGB; § 49 Abs. 1 StGB; § 20 StGB; § 21 StGB

1. Zur Ablehnung der Strafmilderung nach §§ 21, 49 Abs. 1 StGB wegen verschuldeten Affekts in Fällen lebenslanger Freiheitsstrafe. (BGHSt)

2. Beweggründe sind im Sinne von § 211 Abs. 2 StGB niedrig, wenn sie nach allgemeiner sittlicher Wertung auf tiefster Stufe stehen und deshalb besonders verachtenswert sind. Die Beurteilung der Frage, ob Beweggründe zur Tat „niedrig“ sind und - in deutlich weiterreichendem Maße als bei einem Totschlag - als verachtenswert erscheinen, hat auf Grund einer Gesamtwürdigung aller äußeren und inneren für die Handlungsantriebe des Täters maßgeblichen Faktoren zu erfolgen (st. Rspr.) (Bearbeiter)

3. Nicht jede Tötung, die geschieht, weil sich der (frühere) Partner vom Täter abwenden will oder abgewandt hat, beruht zwangsläufig auf niedrigen Beweggründen. Vielmehr können in einem solchen Fall auch Gefühle der Verzweiflung und inneren Ausweglosigkeit tatalösend und tatbestimmend sein. Diese können eine Bewertung als „niedrig“ namentlich dann als fraglich erscheinen lassen, wenn die Trennung von dem Tatopfer ausgeht und sich daher der Angeklagte durch die Tat gerade dessen selbst beraubt, was er eigentlich nicht verlieren will. (Bearbeiter)

4. Spielen bei einer Tat gefühlsmäßige oder triebhafte Regungen eine Rolle, so muss sich der Tatrichter in aller Regel damit auseinandersetzen, ob der Angeklagte in der Lage war, sie gedanklich zu beherrschen und willensmäßig zu steuern. Ausdrücklicher Prüfung bedarf diese Frage insbesondere bei Taten, die sich spontan aus der Situation heraus entwickelt haben. (Bearbeiter)

5. Zwar ist Schuldunfähigkeit (§ 20 StGB) wegen eines hochgradigen Affekts nur in Ausnahmefällen anzunehmen. Geht der Tatrichter jedoch von einem solchen Affekt aus, ohne ihm schuldausschließende Wirkung zuzumessen, so bedarf dies jedenfalls der kurzen Darlegung in den Urteilsgründen, etwa indem die Ausführungen des psychiatrischen Sachverständigen insoweit wiedergegeben werden oder die Anwendbarkeit des § 20 StGB zumindest ausdrücklich verneint wird. (Bearbeiter)

6. Zwar kann der Tatrichter dem Angeklagten die Strafmilderung gemäß §§ 21, 49 Abs. 1 StGB grundsätzlich auch dann versagen, wenn die Wahl zwischen lebenslanger und zeitiger Freiheitsstrafe besteht. Der Senat lässt offen, ob die an dieser Rechtsprechung geübte und im Wesentlichen mit dem Hinweis auf das Schuldprinzip begründete Kritik berechtigt ist. Voraussetzung ist in diesem Fall aber das Vorliegen besonders erschwerender Gründe, welche die mit § 21 StGB verbundene Schuld-minderung auszugleichen vermögen. (Bearbeiter)

7. Die Strafmilderung gemäß §§ 21, 49 Abs. 1 StGB kann nur dann mit der Begründung versagt werden, der die Steuerungsfähigkeit erheblich mindernde Affekt sei verschuldet gewesen, wenn der Täter unter den konkreten Umständen den Affektaufbau verhindern konnte und die Folgen des Affektdurchbruchs für ihn vorhersehbar waren. Hierfür genügt nicht jedes vorwerfbare frühere Fehlverhalten des Täters aus, das in irgendeiner Weise zu der Tat beigetragen hat. Der Schuldvorwurf muss vielmehr dahin gehen, dass der Täter den Affekt während der Entstehung durch ihm mögliche Vorkehrungen nicht vermieden hat, wobei sich die Verschuldensprüfung auf die Entstehung des Affekts beschränkt, der zur Tat geführt hat. (Bearbeiter)

1131. BGH 5 StR 472/08 - Beschluss vom 28. Oktober 2008 (LG Hamburg)

Absehen von der Unterbringung des Angeklagten in einer Entziehungsanstalt bei ausreisepflichtigen Ausländern (Symptomzusammenhang; Betäubungsmittelkriminalität).

§ 64 StGB

1. Die gesetzliche Neuregelung des § 64 StGB räumt dem Tatrichter die Möglichkeit ein, von einer Unterbringung nach § 64 StGB in Ausnahmefällen abzusehen. Gerade bei ausreisepflichtigen Ausländern soll die Möglichkeit eröffnet werden, von einer Unterbringung nach § 64 StGB Abstand zu nehmen. Dies gilt insbesondere dann, wenn noch erhebliche sprachliche Verständigungsprobleme hinzukommen und auch eine Erfolg versprechende Therapie schon aufgrund der unzulänglichen Kommunikationsgrundlage mit den Therapeuten kaum vorstellbar wäre.

2. Ein im Sinne des § 64 StGB erforderlicher symptomatischer Zusammenhang zwischen Betäubungsmittelabhängigkeit und Tat kann nämlich auch bei Betäubungsmittelstraftaten fehlen, wenn sie allein der Finanzierung des allgemeinen Lebensbedarfs (und damit mittelbar auch des Betäubungsmittelkonsums) dienen (vgl. BGHR StGB § 64 Hang 2, Zusammenhang symptomatischer 2).

1142. BGH 5 StR 612/07 - Urteil vom 11. Juni 2008 (LG Cottbus)

Rechtsfehlerhafte Strafraumenverschiebung bei Tatbegehung im Zustand verminderter Schuldfähigkeit auf Grund von Alkoholkonsum (Fahrlässigkeitsvorwurf; Vorhersehbarkeit; Alkoholabhängigkeit; Selbstjustiz an einem vermeintlichen „Kinderschänder“).

§ 212 Abs. 1 StGB; § 49 Abs. 1 StGB; § 21 StGB

1. Beruht die erhebliche Verminderung der Schuldfähigkeit auf zu verantwortender Trunkenheit, spricht dies in der Regel gegen eine Strafraumenverschiebung, wenn sich aufgrund der persönlichen Verhältnisse des Täters (etwa Neigung zu Aggressionen oder Gewalttätigkeiten unter Alkoholeinfluss) oder der Tatsituation (etwa Trinken in gewaltbereiten Gruppen oder gewaltgeneigten Situationen) das Risiko der Begehung von Straftaten vorhersehbar signifikant infolge der Alkoholisierung erhöht hat. Ob dies der Fall ist, hat der Tatrichter in wertender Betrachtung zu bestimmen (BGHSt 49, 239, 245 f.; BGHR StGB § 212 Abs. 1 Vorsatz, bedingter 59).

2. Das Wissen des Täters um seine Gefährlichkeit hängt nicht von der Warnfunktion einer früheren Verurteilung ab (BGHSt 49, 239, 243). Auch demjenigen, der weitgehend durch Alkohol beherrscht wird, kann vorgeworfen werden, dass er sich trotz Vorhersehbarkeit – zumal weiterer – alkoholischer Enthemmung bewusst in eine gewaltträchtige Situation begeben hat (BGHSt 49, 239, 254).

3. Eine Ausnahme von der unter diesen Umständen in Erwägung zu ziehenden Ablehnung einer Strafraumenverschiebung nach §§ 21, 49 Abs. 1 StGB käme nur bei einer hier nicht gegebenen absoluten Androhung lebenslanger Freiheitsstrafe in Betracht (BGHR StGB § 212 Abs. 1 Vorsatz, bedingter 59; BGHR StGB § 21 Strafraumenverschiebung 40).

1130. BGH 5 StR 456/08 - Urteil vom 29. Oktober 2008 (LG Berlin)

Schwere Körperverletzung (minder schwerer Fall); Strafzumessung (Strafschärfung bei Fahrlässigkeit an der Grenze zum Vorsatz; Strafraumenmilderung wegen nicht ausschließbarer verminderter Schuldfähigkeit; Strafmilderung wegen besonders belastender Untersuchungshaft: erste Hafterfahrung und späte Inhaftierung).

§ 227 StGB; § 212 StGB; § 15 StGB; § 46 StGB; § 49 Abs. 1 StGB; § 21 StGB; § 112 StPO

1. Ob in Fällen, in denen der Angeklagte in Folge seiner Alkoholisierung möglicherweise vermindert schuldfähig gewesen ist, eine Strafraumenverschiebung vorgenommen wird, hat der Tatrichter in wertender Betrachtung der Gesamtumstände zu beurteilen. Dabei unterliegt die

pflichtgemäße Einschätzung des Tatrichters nur eingeschränkt revisionsgerichtlicher Überprüfung (BGHSt 49, 239, 242 ff.). Zwar spricht eine erhebliche Verminderung der Schuldfähigkeit auf Grund zu verantwortender Trunkenheit in der Regel gegen eine Strafraumenverschiebung. Allerdings muss sich das Risiko der Begehung von Straftaten für den Täter aufgrund der persönlichen und situativen Verhältnisse des Einzelfalles vorhersehbar signifikant infolge der Alkoholisierung erhöht haben (BGH aaO).

2. Nicht der Vollzug der Untersuchungshaft an sich, sondern nur den Angeklagten zusätzlich besonders erschwerende Umstände der Untersuchungshaft dürfen zugunsten des Angeklagten bei der Strafzumessung berücksichtigt werden (vgl. BGHR StGB § 46 Abs. 2 Lebensumstände 21).

Rechtsprechung

IV. Strafverfahrensrecht mit GVG

1150. BGH 1 StR 484/08 - Beschluss vom 23. September 2008 (LG Münster)

BGHSt; indizielle Präklusion bei Beweisanträgen durch Fristsetzung zur Stellung von Beweisanträgen im Rahmen der Sachleitungsbefugnis (Prozessverschleppungsabsicht; angemessene Frist; Protokollierungspflicht und Hinweispflicht; Ablehnung von Hilfsbeweisen im Urteil; Beschleunigungsgrundsatz; Recht auf Verfahrensbeschleunigung; Aufklärungspflicht; richterliche Rechtsfortbildung; Bindung an Recht und Gesetz); Recht auf ein faires Strafverfahren (freie Verteidigung; Waffengleichheit); rechtliches Gehör; Darlegungsanforderungen an die Verfahrensrüge (Negativtatsachen).

Art. 6 EMRK; Art. 2 Abs. 1 GG; Art. 20 Abs. 3 GG; Art. 97 GG; § 244 Abs. 2, Abs. 3, Abs. 6 StPO; § 246 StPO; § 273 Abs. 3 Satz 1 StPO; § 344 Abs. 2 Satz 2 StPO; § 213 StPO; § 238 Abs. 1 StPO

1. Aus dem Recht und der Pflicht des Vorsitzenden zur Sachleitung des Verfahrens folgt die Befugnis, den Verfahrensbeteiligten eine Frist zur Stellung von Beweisanträgen zu setzen. § 246 Abs. 1 StPO steht dem nicht entgegen. (BGHSt)

2. Wird nach der gesetzten Frist ein Beweisantrag gestellt, kann dies ein Indiz für die innere Tatsache der Verschleppungsabsicht darstellen, wenn der Antragsteller die Gründe für die verspätete Antragstellung nicht nachvollziehbar und substantiiert darlegen kann und auch die Aufklärungspflicht nach § 244 Abs. 2 StPO nicht zur Beweiserhebung drängt. (BGHSt)

3. Macht der Vorsitzende von der Möglichkeit der Fristsetzung Gebrauch, ist die Anordnung nach § 273 Abs. 3 Satz 1 StPO zu protokollieren. Die Verfahrensbeteiligten sind darauf hinzuweisen, dass eine Ablehnung der Be-

1140. BGH 5 StR 507/08 - Beschluss vom 13. November 2008 (LG Dresden)

Erörterungsmangel hinsichtlich der Anordnung einer Unterbringung des Angeklagten in der Entziehungsanstalt (Hang und Alkoholabhängigkeit).

§ 64 StGB

Für die Annahme eines Hangs im Sinne des § 64 StGB ist die Feststellung einer Alkoholabhängigkeit nicht Voraussetzung; vielmehr genügt eine eingewurzelte, auf Grund psychischer Disposition bestehende oder durch Übung erworbene intensive Neigung, immer wieder Rauschmittel im Übermaß zu sich zu nehmen (BGH NSTZ-RR 2004, 39, 40; BGHR StGB § 64 Abs. 1 Hang 4, 5).

weisanträge, die nach Fristablauf gestellt wurden, wegen Verschleppungsabsicht bei Vorliegen der weiteren Voraussetzungen möglich ist. (BGHSt)

4. Wurde der Hinweispflicht entsprochen, können Hilfsbeweisanträge auch erst im Urteil wegen Verschleppungsabsicht abgelehnt werden. (BGHSt)

5. Wird geltend gemacht, dass das Tatgericht Hilfsbeweisanträge im Urteil wegen Verschleppungsabsicht abgewiesen habe, ohne zuvor darauf hingewiesen zu haben, dass Beweisanträge, die nach Ablauf einer gesetzten Frist gestellt werden, auch wegen Verschleppungsabsicht abgelehnt werden können, so ist eine Verfahrensrüge nach § 344 Abs. 2 Satz 2 StPO unzulässig, wenn sie nicht mitteilt, dass die Bedeutung der Fristsetzung mit den Verfahrensbeteiligten erörtert wurde. Wird die Rüge von einem neuen Verteidiger ausgeführt, trifft diesen in solchen Fällen eine Erkundigungspflicht (vgl. BGH NSTZ 2005, 283, 284). (Bearbeiter)

6. Die „verspätete Antragstellung als solche“ führt nach wie vor nicht zur Zurückweisung eines Beweisantrages wegen Prozessverschleppungsabsicht. (Bearbeiter)

7. Im Hinblick auf den Beschleunigungsgrundsatz sind, je länger ein Strafverfahren andauert, die Anforderungen an die Wesentlichkeit der Verfahrensverzögerung zur Begründung der Verschleppungsabsicht geringer. In solchen Fällen kann auch eine relativ geringfügige zeitliche Verzögerung wesentlich sein. Ob an der bisherigen Rechtsprechung weiter festzuhalten ist, wonach der Ablehnungsgrund der Verschleppungsabsicht nur Anwendung finden kann, wenn die Erhebung des beantragten Beweises das Verfahren wesentlich verzögern würde, braucht daher vorliegend - wenngleich gute Gründe für die Aufgabe der diesbezüglichen Rechtsprechung sprechen (vgl.

BGHSt 51, 333, 342 Rdn. 32 ff., BGH StV 2008, 9, 10) - nicht entschieden zu werden. (Bearbeiter)

1090. BGH StB 12/08 - Beschluss vom 8. Oktober 2008 (Ermittlungsrichter des BGH)

BGHSt; Postbeschlagnahme; nachträglicher Rechtsschutz; heimliche Ermittlungsmaßnahmen (Anordnung; Art und Weise des Vollzugs); militante Gruppe; Zuständigkeitskonzentration beim erkennenden Gericht.

§ 101 Abs. 7 StPO; § 99 StPO; § 100 Abs. 1 und Abs. 3 Satz 2 StPO; § 304 Abs. 5 StPO; § 162 StPO

1. Zum Verfahren auf Gewährung von nachträglichem Rechtsschutz gemäß § 101 Abs. 7 StPO gegen die Anordnung heimlicher Ermittlungsmaßnahmen und die Art und Weise ihres Vollzugs. (BGHSt)

2. § 101 Abs. 7 StPO beinhaltet eine spezielle Regelung für alle dort benannten heimlichen Ermittlungsmaßnahmen, die die allgemeinen Rechtsbehelfe – namentlich die Beschwerde sowie den von der Rechtsprechung entwickelten Rechtsschutz entsprechend § 98 Abs. 2 StPO – verdrängt. Auch das Verfahren zur Gewährung von nachträglichem Rechtsschutz gegen eine Postbeschlagnahme richtet sich daher allein nach § 101 Abs. 7 StPO. (Bearbeiter)

1109. BGH 4 StR 364/08 - Beschluss vom 21. Oktober 2008 (LG Saarbrücken)

BGHR; keine Erstreckung des Erfolgs der Revision auf die Kompensation rechtsstaatswidriger Verfahrensverzögerungen nach dem sog. Vollstreckungsmodell (Begriff der Gesetzesverletzung; enge Auslegung der Revisionserstreckung; Staatshaftung).

Art. 6 Abs. 1 Satz 1 EMRK; Art. 13 EMRK; § 357 StPO

1. § 357 StPO findet im Zusammenhang mit der Kompensation rechtsstaatswidriger Verfahrensverzögerungen nach dem sog. Vollstreckungsmodell keine Anwendung. (BGHR)

2. Die Grundlage der Kompensation einer rechtsstaatswidrigen Verfahrensverzögerung ist ein Verstoß gegen Art. 6 Abs. 1 Satz 1 MRK bzw. gegen das auch verfassungsrechtliche Gebot der Gewährung eines fairen Verfahrens (Art. 2 Abs. 1 i. V. m. Art. 20 Abs. 3 GG), mithin die Verletzung einer Rechtsnorm über das Verfahren im Sinne des § 344 Abs. 2 StPO. Die Verletzung solcher Normen ist aber keine Gesetzesverletzung im Sinne des § 357 StPO (vgl. Wohlers in SK-StPO § 357 Rdn. 22 m.N.). (Bearbeiter)

3. Erfolgt die Aufhebung in solchen Fällen auf die Sachrüge, führt dies nicht zur (analogen) Anwendung der nach allgemeiner Meinung als Ausnahmevorschrift eng auszulegenden Vorschrift des § 357 StPO. (Bearbeiter)

4. Die Kompensation nach dem so genannten Vollstreckungsmodell dient allein der Wiedergutmachung des durch die Verletzung des Art. 6 Abs. 1 Satz 1 MRK entstandenen objektiven Verfahrensunrechts, auf die der Betroffene gemäß Art. 13 MRK Anspruch hat. Hiermit wird vielmehr eine Art Staatshaftungsanspruch erfüllt,

wie er in gleicher Weise einer Partei eines Zivilprozesses oder einem an einem Verwaltungsrechtsstreit beteiligten Bürger erwachsen kann (vgl. BGHSt 52, 124, 137 f.). (Bearbeiter)

5. Eine analoge Anwendung des § 357 StPO kommt im Übrigen schon deshalb nicht in Betracht, weil die Frage, ob eine rechtsstaatswidrige Verfahrensverzögerung vorliegt, nach den individuellen Umständen des Einzelfalles für jeden Angeklagten eigenständig zu beurteilen ist (vgl. dazu BGH, Urteil vom 9. Oktober 2008 – 1 StR 238/08 Rdn. 14). (Bearbeiter)

1094. BGH StB 25/08 - Beschluss vom 12. November 2008 (Ermittlungsrichter des Bundesgerichtshofs)

Haftbefehl (dringender Tatverdacht); Unterbrechung der Verjährung (Aufrechterhaltung des Haftbefehls).

§ 112 StPO; § 120 Abs. 1 StPO; § 78c StGB

Wegen § 120 Abs. 1 StPO wird bei jeder Entscheidung über die Haftverhältnisse und die Haftverschonungsaufgaben inzident zugleich über den Bestand des Haftbefehls entschieden. Derartige Beschlüsse enthalten daher auch ohne ausdrücklichen Ausspruch die Entscheidung, dass die Voraussetzungen des Haftbefehls weiterhin vorliegen, und bewirken damit zugleich die Unterbrechung der Verjährung gemäß § 78c Abs. 1 Nr. 5 StGB.

1095. BGH 1 StR 292/08 - Urteil vom 21. Oktober 2008 (LG Stuttgart)

Rechtsfehlerhafte Beweiswürdigung beim Freispruch (falsche Anwendung des Zweifelsgrundsatzes; Indizwirkung des fehlenden und des nicht aufgeklärten Tatmotives).

§ 261 StPO

1. Es ist weder im Hinblick auf den Zweifelssatz noch sonst geboten, zu Gunsten des Angeklagten Tatvarianten zu unterstellen, für deren Vorliegen keine zureichende Anhaltspunkte erbracht sind (vgl. nur BVerfG, Beschl. vom 8. November 2006 - 2 BvR 1378/06; BGH NStZ-RR 2003, 371; NStZ 2004, 35, 36; NJW 2007, 2274). Der Grundsatz „in dubio pro reo“ ist keine Beweis-, sondern eine Entscheidungsregel, die das Gericht erst dann zu befolgen hat, wenn es nach abgeschlossener Beweiswürdigung nicht die volle Überzeugung von der Täterschaft des Angeklagten zu gewinnen vermag. Auf einzelne Elemente der Beweiswürdigung ist er grundsätzlich nicht anzuwenden (Senat, Urt. vom 22. Mai 2007 - 1 StR 582/06). Keinesfalls gilt er für entlastende Indiztatsachen (st. Rspr.; vgl. nur BGHR StPO § 261 Beweiswürdigung 24 m.w.N.).

2. Ein bloß unaufklärbares Motiv ist nicht gleichbedeutend mit einem tatsächlich fehlenden Tatmotiv, welches in der Tat ein nicht unerhebliches Entlastungsindiz ist.

1072. BGH 2 StR 225/08 - Beschluss vom 18. Juni 2008 (LG Gera)

Beihilfe zum Mord; Beweiswürdigung (zweifelhafter Erfahrungssatz; Zirkelschluss; bloße Vermutung).

§ 211 StGB; § 27 StGB; § 261 StPO

1. Im Rahmen der Beweiswürdigung sind bloße Vermutungen des Tatrichters rechtsfehlerhaft, die spekulativen Charakter haben oder sich auf zumindest zweifelhafte oder unklare Erfahrungssätze stützen. In diesem Sinne sind etwa die Erwägungen rechtlich nicht tragfähig, die Alibi-Einlassung eines Unschuldigen werde stets alsbald nach Inhaftierung abgegeben oder im Falle von Kapitalverbrechen lüge nur derjenige, der als Täter oder Gehilfe entweder etwas zu verbergen oder als Unbeteiligter ein plausibles Motiv habe, den eigentlichen Täter zu decken.

2. Die bloße nachdrückliche Betonung der tatrichterlichen Überzeugung vermag eine hinreichende Tatsachengrundlage ebenso wenig zu ersetzen wie die – unzutreffende – Bezeichnung eines Schlusses als „zwingend“ oder „einzig denkbar“.

1088. BGH 3 StR 431/08 - Beschluss vom 28. Oktober 2008 (LG Lüneburg)

Recht auf ein faires Verfahren (Gesamtbetrachtung; Deal; Absprache; unzulässiger Druck); strafprozessuale Geltendmachung unzulässiger Beeinflussung (Besorgnis der Befangenheit; Unverwertbarkeit des Geständnisses).

Art. 6 EMRK; Art. 20 Abs. 3 GG; § 24 StPO; § 136a StPO; § 337 StPO; § 338 Nr. 3 StPO

Geht es dem Angeklagten der Sache nach um die Rüge eines Verstoßes gegen den Grundsatz des fairen Verfahrens im Rahmen einer verfahrensbeendenden Absprache, weil der Richter bei den Gesprächen über die einvernehmliche Verfahrensbeendigung unzulässigen Druck ausgeübt habe, so kann er nach deutschem Strafprozessrecht entweder den Richter bereits in der Tatsacheninstanz wegen Besorgnis der Befangenheit (§ 24 Abs. 2 StPO) ablehnen und nach Zurückweisung des Ablehnungsantrags den absoluten Revisionsgrund nach § 338 Nr. 3 StPO geltend machen oder gegebenenfalls die Unverwertbarkeit seines unter Druck zustande gekommenen Geständnisses rügen (§§ 136a, 337 StPO). Daneben kommt eine allgemein auf die Verletzung des fairen Verfahrens gestützte Rüge nicht in Betracht.

1097. BGH 1 StR 489/08 - Beschluss vom 4. November 2008 (LG Hof)

Verfahrensabsprachen (Anzweiflung eines durch den Verteidiger selbst verlesenen Geständnisses in der Revision; Überprüfung des Wahrheitsgehalts eines absprachebedingten Geständnisses); Recht auf effektive Verteidigung durch einen Verteidiger (Missbrauchsverbot).

Vor § 1 StPO; Art. 6 Abs. 3 lit. d EMRK

1. Wird das Geständnis eines Angeklagten durch die geständige Einlassung eines Mitangeklagten hinsichtlich eines Teils der verurteilten Taten bestätigt wurde, braucht sich das Tatgericht in der Regel auch nach den Maßstäben, die der Große Senat für Strafsachen (BGHSt 50, 40, 49) für die Prüfung eines auf Grund einer Urteilsabsprache abgelegten Geständnisses aufgestellt hat, nicht zu einer weiteren Sachaufklärung gedrängt sehen.

2. Zweifelt der Verteidiger das von ihm selbst in der Hauptverhandlung verlesene Geständnis eines Angeklagten dahingehend an, es sei zu Lasten des Angeklagten unzutreffend, befremdet dieses Rügeverhalten.

1082. BGH 2 StR 467/08 - Beschluss vom 29. Oktober 2008 (LG Frankfurt am Main)

Rechtsstaatswidrige Verfahrensverzögerung (Maß der Kompensation; Auswirkung der Verzögerung auf den Angeklagten).

Art. 6 Abs. 1 EMRK; Art. 13 EMRK; Art. 2 Abs. 1 GG; Art. 20 Abs. 3 GG; § 46 StGB

Entscheidend für das Maß der Kompensation für eine konventionswidrige Verfahrensverzögerung ist nicht ausschließlich der Umfang einer eingetretenen Verfahrensverzögerung. Maßgeblich ist nämlich, wie sich die eingetretene Verzögerung konkret auf den jeweiligen Angeklagten ausgewirkt hat, wobei die Belastung durch ein schwebendes Verfahren auch abhängig ist sowohl von der persönlichen Situation eines Angeklagten als auch von der Höhe der zu erwartenden Strafe und deren mögliche Auswirkungen.

Rechtsprechung

V. Wirtschaftsstrafrecht und Nebengebiete

1100. BGH 2 StR 587/07 - Urteil vom 29. August 2008 (LG Darmstadt)

BGHSt; Fall Siemens; Untreue (endgültiger Vermögensnachteil: Einschränkung der Dispositionsmöglichkeit des Vermögensinhabers, schwarze Kasse, verdeckte Kasse, Schattenkasse, Schadenswiedergutmachung; schadensgleiche Vermögensgefährdung; subjektiver Tatbestand, Billigung des endgültigen Vermögensverlusts); Bestechung im geschäftlichen Verkehr; Amtsträger eines ausländischen Staates; Verfall (Handeln für einen anderen); Vermögensbetreuungspflicht (Offen-

barung unbekannter Vermögenswerte des Treuegebers; Buchführungspflichten; Compliance-Vorschriften); Abgrenzung von Tun und Unterlassen bei der Untreue; besonders schwerer Fall der Untreue (Herbeiführung eines Vermögensverlusts großen Ausmaßes durch Fortführung einer schwarzen Kasse).

§ 266 StGB; § 299 a.F. StGB; Art. 2 § 1 Nr. 2 IntBestG; § 73 StGB; § 73a StGB; § 13 StGB

1. Schon das Entziehen und Vorenthalten erheblicher Vermögenswerte unter Einrichtung von verdeckten Kas-

sen durch leitende Angestellte eines Wirtschaftsunternehmens führt zu einem endgültigen Nachteil im Sinne von § 266 Abs. 1 StGB; auf die Absicht, das Geld im wirtschaftlichen Interesse des Treugebers zu verwenden, kommt es nicht an (Weiterführung von BGHSt 51, 100). (BGHSt)

2. § 299 Abs. 2 StGB in der bis zum 29. August 2002 geltenden Fassung erfasste nur solche Handlungen im ausländischen Wettbewerb, die sich auch gegen deutsche Mitbewerber richteten. (BGHSt)

3. Der Amtsträgerbegriff nach Art. 2 § 1 Nr. 2 IntBestG ist nicht im Sinne der jeweiligen nationalen Rechtsordnung, sondern autonom auf der Grundlage des OECD-Übereinkommens über die Bekämpfung der Bestechung ausländischer Amtsträger im internationalen Geschäftsverkehr vom 17. Dezember 1997 auszulegen. (BGHSt)

4. Soweit der Senat im Urteil vom 18. Oktober 2006 – 2 StR 499/06 – (BGHSt 51, 100, 113 f.) das „bloße“ Führen einer verdeckten Kasse nur als schadensgleiche Vermögensgefährdung angesehen hat, hält er hieran nicht fest. (Bearbeiter)

5. Bereits die dauerhafte Einschränkung der Dispositionsmöglichkeit des Treugebers über Vermögensteile mittels Verbergens durch den Treunehmer kann als Nachteil im Sinne des Untreuetatbestands angesehen werden, denn die Möglichkeit zur Disposition über das eigene Vermögen gehört zum Kern der von § 266 StGB geschützten Rechtsposition. (Bearbeiter)

6. Bei der Schadensfeststellung sind auch normative Erwägungen zu berücksichtigen. Bei pflichtwidriger Wegnahme, Entziehung, Vorenthaltung oder Verheimlichung von Vermögensteilen durch einen Arbeitnehmer kann der Eintritt eines Vermögensschadens nicht dadurch ausgeschlossen sein, dass der Täter beabsichtigt (oder dies behauptet), die Mittel gegen die ausdrückliche Weisung des Treugebers so zu verwenden, dass diesem hierdurch „letztlich“ ein Vermögensvorteil entstehen könnte. Das gilt namentlich dann, wenn dieser Vorteil nur durch einen seinerseits gesetz- oder sittenwidrigen und ggf. strafbaren Einsatz der Mittel erzielt werden könnte. (Bearbeiter)

7. Die Verwendung von dem Treugeber entzogenen und auf verdeckten Konten geführten Geldmitteln nach Gutdünken des Treunehmers stellt lediglich eine Schadensvertiefung dar; das Erlangen von Vermögensvorteilen durch spätere Geschäfte und eine etwaige Rückführung der entzogenen Mittel sind allenfalls als Schadenswiedergutmachung anzusehen. (Bearbeiter)

8. Eine dem Treugeber zugute kommende Gegenleistung oder ein durch die pflichtwidrige Handlung anderweitig unmittelbar herbeigeführter ausgleichender Vermögensvorteil liegt im Fall des verdeckten Führens einer Schmiergeldkasse nicht vor. Weder die vage Chance, auf Grund des Mitteleinsatzes zu Bestechungszwecken später einmal einen möglicherweise im Ergebnis wirtschaftlich vorteilhaften Vertrag abzuschließen, noch gar die bloße Absicht des Täters, die entzogenen Mittel für solche Zwecke zu verwenden, stellen einen zur Kompensation

geeigneten gegenwärtigen Vermögensvorteil dar. (Bearbeiter)

9. Der Senat lässt dahin stehen, ob und in welchem Umfang etwa eine auf § 76 Abs. 1 AktG gestützte Befugnis des Zentralvorstands der Siemens AG zu einer Einwilligung in die Führung verdeckter Kassen durch § 93 AktG auf Grund normativer Bindungen ausgeschlossen gewesen wäre (vgl. auch BGHSt 34, 379, 384 f.; 35, 333, 337; 49, 147, 158). (Bearbeiter)

1119. BGH 5 StR 166/08 – Beschluss vom 28. Oktober 2008 (LG Görlitz)

BGHSt; Insolvenzsverschleppung (kein Entfallen der Insolvenzantragspflicht des Schuldners bei Insolvenzantrag eines Gläubigers; Strafbarkeit des Liquidators nach Ablehnung der Eröffnung des Insolvenzverfahrens mangels Masse; Zahlungsunfähigkeit: Beleg durch wirtschaftskriminalistische Beweisanzeichen); Betrug (konkludente Täuschung; Vermögensschaden: Unterscheidung der Zusage der Begleichung von Geldforderungen und der Zusage zur vertragsgerechten Verwendung von im Voraus gezahltem Werklohn); Vorenthaltung von Arbeitsentgelt (Berechnungsdarstellung hinsichtlich der Höhe der nicht abgeführten Arbeitnehmeranteile); Schuldprinzip und ne bis in idem; Beendigung beim Bankrott.

Art. 103 Abs. 2, Abs. 3 GG; § 84 Abs. 1 Nr. 2 GmbHG; § 64 Abs. 1 GmbHG; § 263 StGB; § 266a Abs. 1, Abs. 5 Satz 2 StGB; § 17 Abs. 2 InsO; § 283 StGB

Die Insolvenzantragspflicht des Schuldners entfällt nicht schon, wenn ein Gläubiger Insolvenzantrag gestellt hat, sondern erst mit der Entscheidung des Insolvenzgerichts über die Eröffnung des Insolvenzverfahrens. Ein Liquidator ist nicht nach § 84 Abs. 1 Nr. 2 GmbHG strafbar, wenn er nach Ablehnung der Eröffnung des Insolvenzverfahrens mangels Masse die Stellung eines Insolvenzantrags unterlässt, obwohl der in Liquidation befindlichen Gesellschaft mittlerweile neue Vermögenswerte zugefallen sind, die allerdings nicht ausreichen, die Insolvenzlage zu beseitigen. (BGHSt)

1143. BFH VII B 92/08 – Beschluss vom 14. Juli 2008

Korruption und Steuerrecht (Weiterleitung von erlangten Erkenntnissen zu möglichen Korruptionsfällen durch die Finanzbehörde an die Strafverfolgungsbehörde ohne eigene strafrechtliche Prüfung; rechtswidrige Zuwendung von Vorteilen; Tatverdacht i.S. des § 4 Abs. 5 Nr. 10 Satz 3 EStG; Betriebsprüfung); Recht auf informationelle Selbstbestimmung und Grundsatz der Verhältnismäßigkeit; nemo tenetur-Grundsatz (Selbstbelastungsfreiheit); Strafverfolgungsverjährung; Bestechung; Bestechung im geschäftlichen Verkehr (Angestelltenbestechung).

§ 4 Abs. 5 Nr. 10 Satz 3 EStG; § 30 Abs. 4 Nr. 2, Abs. 2 AO; § 299 Abs. 2 StGB; § 331 StGB; § 334 StGB; Art. 8 EMRK; Art. 6 EMRK; Art. 2 Abs. 1 GG; Art. 1 Abs. 2 GG; § 78 Abs. 3 Nr. 4 StGB

1. Begründen Tatsachen den Verdacht einer Tat, die den Straftatbestand einer rechtswidrigen Zuwendung von Vorteilen i.S. des § 299 Abs. 2 StGB erfüllt, so ist die

Finanzbehörde ohne eigene Prüfung, ob eine strafrechtliche Verurteilung in Betracht kommt, verpflichtet, die erlangten Erkenntnisse an die Strafverfolgungsbehörden weiterzuleiten. Das Recht auf „informationelle Selbstbestimmung“ und der Grundsatz der Verhältnismäßigkeit gebieten es nicht, dass das Finanzamt vor der Übermittlung der den Tatverdacht begründenden Tatsachen prüft, ob hinsichtlich der festgestellten Zuwendungen Strafverfolgungsverjährung eingetreten ist oder Verwertungsverbote bzw. Verwendungsverbote vorliegen.

2. Ein Verdacht i.S. des § 4 Abs. 5 Nr. 10 Satz 3 EStG, der die Information der Strafverfolgungsbehörden gebietet, besteht, wenn ein Anfangsverdacht im Sinne des Strafrechts gegeben ist. Es müssen also zureichende tatsächliche Anhaltspunkte für eine Tat nach § 4 Abs. 5 Nr. 10 Satz 1 EStG vorliegen.

1121. BGH 5 StR 345/08 - Beschluss vom 30. Oktober 2008 (LG Hamburg)

Unerlaubtes Handeltreiben mit Betäubungsmitteln (Bewertung von Kuriertätigkeiten; Abgrenzung von Beihilfe und Täterschaft; Vereinbarkeit mit europäischem Recht; gemeinschaftsrechtskonforme Auslegung); Anstiftung zur Beihilfe.

§ 29 BtMG; § 26 StGB; § 27 StGB; § 25 Abs. 2 StGB

1. Nach der neueren Rechtsprechung des Bundesgerichtshofs zum Handeltreiben mit Betäubungsmitteln muss für eine zutreffende Einordnung des Tatbeitrags eines Kuriers auf das Umsatzgeschäft insgesamt abgestellt werden. Maßgeblich ist für die Abgrenzung zwischen Täterschaft und Beihilfe dabei, welche Bedeutung der konkreten Beteiligungshandlung im Rahmen des Gesamtgeschäfts zukommt (BGHSt 51, 219; BGH NJW 2008, 1460 jeweils m.w.N.).

2. Diese Rechtsprechung steht nicht im Widerspruch zum Rahmenbeschluss des Rats der Europäischen Union vom 25. Oktober 2004 (ABl. L 335/8 vom 11. November 2004). Die dort verlangte Strafbarkeit des Beförderns von Betäubungsmitteln wird bereits dadurch gewährleistet (vgl. auch BGHSt [GS] 50, 252, 256), dass die Beförderung regelmäßig mit dem Besitz an den Betäubungsmitteln verbunden ist und der Besitz von Betäubungsmitteln eine eigenständige Strafbarkeit auslöst (§ 29 Abs. 1 Nr. 3; § 29a Abs. 1 Nr. 2 BtMG).

3. Die von der Rechtsprechung vertretene weite Auslegung des Begriffs des Handeltreibens mit Betäubungsmitteln lässt sich nicht ohne weiteres auch auf die Anforderungen an eine Strafbarkeit wegen Beihilfe übertragen, weil diese an eigenständige Voraussetzungen anknüpft (BGH NJW 2008, 1460, 1462). Auch beim Handeltreiben ist nur eine vollendete Beihilfehandlung strafbar (BGH NJW 2008, 1460, 1462).

4. Die Anstiftung zur Beihilfe ist nur Beihilfe zur Haupttat.

1114. BGH 4 StR 437/08 - Beschluss vom 21. Oktober 2008 (LG Arnsberg)

Minder schwerer Fall des bewaffneten und bandenmäßigen Handeltreibens mit Betäubungsmitteln (Erörterungsmängeln hinsichtlich möglicher Aufklärungshilfe); Verfall; Wertersatzverfall (Schätzung).

§ 31 BtMG; § 30a Abs. 3 BtMG; § 30a Abs. 1 BtMG; § 49 Abs. 2 StGB; § 73 StGB; § 73a StGB

1. Der Verfall nach § 73 Abs. 1 Satz 1 StGB erfordert, dass Bargeld, das der Täter für die Tat oder aus ihr erlangt hat, noch als solches bei dem Täter vorhanden ist (vgl. BGH NStZ 2003, 198, 199).

2. Zwar unterliegen Erlöse aus Betäubungsmittelgeschäften dem Verfall, weil sie der Täter unmittelbar aus der Verwirklichung des Tatbestandes selbst und damit aus der Tat im Sinne des § 73 Abs. 1 Satz 1 StGB (vgl. BGHSt 50, 299, 309; BGHR StGB § 73 Erlangtes 4) erlangt hat. Für verfallen erklärt werden kann aber nur ein durch die Straftat tatsächlich erlangter Vermögenszuwachs (vgl. BGH NStZ-RR 2001, 82). Dies setzt voraus, dass der Angeklagte selbst faktische Verfügungsgewalt an den jeweiligen Verkaufserlösen erlangt hat (vgl. dazu BGH NStZ-RR 2007, 121; BGH, Beschluss vom 6. Februar 2008 - 5 StR 442/07).

3. Soweit andere Mitglieder einer Bande die Verfügungsgewalt über die Erlöse aus der Veräußerung des Marihuanas erlangt haben, kommt eine Zurechnung nach den Grundsätzen der Mittäterschaft gemäß § 25 Abs. 2 StGB mit der Folge einer gesamtschuldnerischen Haftung des Angeklagten nur dann in Betracht, wenn er sich mit den anderen Bandenmitgliedern darüber einig gewesen wäre, dass er zumindest Mitverfügungsgewalt über die jeweiligen Erlöse erlangen sollte (vgl. BGH NStZ-RR 2007, 121 m.N.).

Doppelter Verfall? – Zur Frage mehrfacher Vermögensabschöpfung bei Straftaten mit Auslandsbezug

Von Rechtsanwalt Markus Rübenstahl Mag. iur., Frankfurt am Main und Rechtsanwältin Dr. Hellen Schilling, Frankfurt am Main

I. Einführung

1. „Doppelter Verfall?“ – Problemstellung

Unter der – jüngst noch einmal vom Gesetzgeber betonten – Prämisse „Verbrechen darf sich nicht lohnen“¹ sollen dem Täter im Wege des Verfalls bzw. der Einziehung gemäß §§ 73 ff. StGB die „Früchte seiner Tat“ möglichst vollständig entzogen werden.² Die so genannte Vermögensabschöpfung ist in erster Linie auf den Ausgleich unrechtmäßiger Vermögensverschiebungen gerichtet.³ Zugleich soll, darin liegt der generalpräventive Gehalt der Vorschriften, dem Täter profitorientierter Straftaten und etwaigen „Tatgeneigten“ der Tatanreiz genommen werden.⁴ Ein Strafcharakter des Verfalls wird von der Rechtsprechung auch – und: selbst – unter der Geltung des Bruttoprinzips konsequent abgelehnt.⁵

Dass die Bestimmung der Rechtsnatur des Verfalls keineswegs nur von akademischem Interesse ist, zeigt insbesondere die Frage, ob in Sachverhalten mit Auslandsbezug eine Verfallsanordnung durch ein deutsches Gericht in Betracht kommt, wenn wegen derselben Tat durch Anordnung entsprechender Maßnahmen bereits im Ausland ein Zugriff auf Vermögenswerte des Täters⁶ erfolgt ist oder ob der Betroffene etwa durch das Prinzip *ne bis in idem* vor einem „doppelten Verfall“ geschützt ist.

¹ Gesetzentwurf der Bundesregierung zum „Gesetz zur Stärkung der Rückgewinnungshilfe und der Vermögensabschöpfung bei Straftaten“ vom 21.2.2006, BT-Drucks 16/700, 8.

² Vgl. Rönau, in: MAH Wirtschafts- und Steuerstrafsachen (2006), § 12, Rn. 2 m.w.N.

³ Schmidt, in: LK, StGB, 12. Aufl. (2008), § 73, Rn. 7.

⁴ Vgl. nur Schmidt, Gewinnabschöpfung im Straf- und Bußgeldverfahren (2006), Rn. 30 m.w.N.

⁵ Exemplarisch BGH, Urt. v. 21.8.2002, 1 StR 115/02, BGHSt 47, 369, 369; BVerfG, Beschl. v. 14.1.2004, 2 BvR 564/95, NJW 2004, 2073, 2073 = HRRS 2004 Nr. 460; Einzelheiten hier nachfolgend unter III.3.a).

⁶ Der Beitrag konzentriert sich auf die Frage der (endgültigen) Verfallsanordnung nach Feststellung einer vorsätzlich-rechtswidrigen Tat; die Möglichkeiten eines vorläufigen Zugriffs zur Sicherung einer solchen Rechtsfolge bleiben dabei außer Betracht.

Beispielhafte Konstellationen sind der grenzüberschreitende Handel mit Betäubungsmitteln oder die Zahlung von „Schmiergeld“ zur Erlangung eines Auftrags durch den Angestellten eines deutschen an den Angestellten eines ausländischen Unternehmens.

Der vorliegende Beitrag geht der Frage der Rechtmäßigkeit einer mehrfachen Verfallsanordnung nach, wobei danach zu differenzieren ist, ob es sich bei dem ausländischen Staat um einen Mitgliedstaat der Europäischen Union bzw. einen Staat im „Schengen-Raum“ (nachfolgend II.) oder um einen sonstigen ausländischen Staat (III.) handelt. Denn danach richtet sich nicht nur die mögliche Rechtsgrundlage, die vor einer weiteren Inanspruchnahme des Betroffenen schützt, sondern auch der Maßstab für die Bestimmung der Rechtsnatur des Verfalls.

In beiden Konstellationen unerheblich ist indes – schon wegen der zahlreichen ausländischen Rechtsordnungen unbekanntener Unterscheidung zwischen Verfall und Einziehung – die terminologische Bezeichnung der Rechtsfolge. Für die hier vorzunehmenden Untersuchung maßgeblich ist allein, dass in einem ausländischen Staat bereits ein staatlicher Zugriff auf illegal erlangte Vermögenswerte stattgefunden hat, welcher der Sache nach einer Verfallsanordnung nach §§ 73 ff. StGB mit den Wirkungen von § 73e Abs. 1 StGB – Eigentumsübergang auf den Staat; Verlust jedweder Zugriffsmöglichkeit für den Täter – gleichzusetzen ist. Als Arbeitsbegriff wird hierfür nachfolgend einheitlich die Bezeichnung „Verfallsanordnung“ verwendet.

2. Position der Rechtsprechung

Die Rechtsprechung hat sich – soweit ersichtlich – bislang erst zweimal entscheidungstragend mit der Frage des „doppelten Verfalls“ befasst, wobei die vorangegangene Verfallsanordnung in einem Fall innerhalb und im anderen Fall außerhalb des „Schengen-Raumes“ (Schweiz) erfolgt ist:

In einem Urteil des Bundesgerichtshofs vom 19.1.2005 heißt es in Bezug auf bereits in der Schweiz „eingezogene“ Vermögenswerte (lediglich):

„Eine betragsmäßige Anrechnung der nach den tatrichterlichen Feststellungen in der Schweiz endgültig eingezogenen Vermögenswerte des Angekl. auf den Verfallbetrag war nicht veranlasst. Eine solche Anrechnung sieht das deutsche Strafrecht nicht vor. Sie lässt sich auch nicht mit einer entsprechenden Anwendung des § 51 III StGB begründen. Nach einer vom Senat beim Bundesministerium der Justiz eingeholten Auskunft bestehen weder völkerrechtliche Verträge mit der Schweiz noch sonstige allgemeine Grundsätze des Völkerrechts, die eine solche Anrechnung gebieten. Die Vermögensseinbuße, die der Angekl. durch die Maßnahmen der Schweizer Behörden erlitten hat, war deshalb allein im Rahmen der Entscheidung nach § 73c StGB zu berücksichtigen.“⁷

In einem vom Landgericht Darmstadt zu entscheidenden Fall wegen (u.a.) des Vorwurfs der Bestechung war gegen das Unternehmen, für das die beiden Angeklagten tätig waren, bereits in Italien eine „Gewinnabschöpfung“ angeordnet (und vollstreckt) worden. Zu der Frage, ob Art. 54 SDÜ einer entsprechenden Maßnahme im deutschen Strafverfahren entgegen stehe, hat das Landgericht sich auf die Feststellung beschränkt:

„Der Anordnung des Verfalls steht das Doppelbestrafungsverbot des § 54 SDÜ nicht entgegen. Zwar hat das Landgericht Mailand in seinem Urteil vom 25.6.2006 gegen die S AG eine Gewinnabschöpfung in Höhe von € 6.121.000 angeordnet. Hierbei handelte es sich nach italienischem Recht nicht um eine strafähnliche Maßnahme, sondern – wie im deutschen Recht – einen kondiktionsartigen Ausgleich. Die Vornahme eines solchen Ausgleichs führte auch nach italienischem Recht nicht zu einer Wechselwirkung mit der Strafhöhe. Es handelte sich bei der italienischen Anordnung des Verfalls damit nicht um Strafe. Der Verfall hat nicht einmal einen Bezug zum Strafmaß, so dass auch kein Doppelbestrafungsverbot gemäß Art. 54 SDÜ gilt. Von einer Vorlage dieser Frage an den Europäischen Gerichtshof gemäß § 1 Abs. 1 EuGH-Gesetz hat die Kammer abgesehen.“⁸

Der Bundesgerichtshof hatte im Revisionsverfahren letztlich weder über die Frage zu entscheiden, ob das Landgericht Art. 54 SDÜ zutreffend ausgelegt hat noch über eine Vorlage an den EuGH, da die Verurteilung wegen des Bestechungsdelikts, das Anknüpfungspunkt für den

⁷ BGH, Urt. v. 19.1.2005, 4 StR 343/04, NStZ 2005, 455, 456 = HRRS 2005 Nr. 178.

⁸ LG Darmstadt, Urt. v. 14.5.2008, 712 Js 5213/04 - 9 Kls, BeckRS 2007, 16611 (auszugsweise veröffentlicht in CCZ 2008, 37 f.)

Verfall gewesen war, vom 2. Strafsenat aufgehoben wurde.⁹

Die praktische Relevanz der hier interessierenden Frage dürfte jedoch weitaus höher sein als die Anzahl der bisher ergangenen (veröffentlichten) Entscheidungen. Dafür sprechen nicht nur die zunehmende Bedeutung der Vermögensabschöpfung einerseits und des internationalen Strafrechts, oder auch: der grenzüberschreitenden Kriminalität, andererseits. Vielmehr ist naheliegend, dass Staaten an einer Verfallsanordnung im eigenen Land – mit der Folge des Eigentumsübergangs auf den Staat, § 73c StGB – durchaus ein gewisses Interesse haben.

Besonders deutlich wird dies, wenn die Frage des „doppelten Verfalls“ in Absprachen zur Verfahrensbeendigung einbezogen und damit gleichsam zur „Verhandlungsmasse“ wird. In diesen – praktisch nicht seltenen – Konstellationen kommt es regelmäßig gerade nicht zu entsprechend begründeten gerichtlichen Entscheidungen.

II. Vorangegangene Verfallsanordnung in einem EU-Mitgliedstaat bzw. „Schengen-Staat“

Innerhalb der Europäischen Union bzw. im Geltungsbereich des so genannten Schengener Durchführungsübereinkommens (SDÜ)¹⁰ könnte einer – weiteren – Verfallsanordnung in Deutschland das „Verbot der Doppelbestrafung“ gemäß Art. 54 SDÜ entgegen stehen.

1. Überblick: Das „Doppelbestrafungsverbot“ gemäß Art. 54 SDÜ

Das aus Art. 103 Abs. 3 GG (und zahlreichen völkerrechtlichen Verträgen) bekannte Verbot der doppelten Strafverfolgung – dessen unmittelbare Geltung nur für die Strafverfolgung durch *deutsche* Staatsgewalt unstrittig ist¹¹ – hat 1990 mit dem SDÜ auch auf europäischer Ebene eine selbstständige Rechtsgrundlage erhalten. Ursprünglich diente das SDÜ der Umsetzung der bereits im Schengener Abkommen vom 14.6.1985¹² beschlossenen Abschaffung der Personenkontrollen an den Grenzen; es sieht Ausgleichsmaßnahmen für hierdurch befürchtete Sicherheitsverluste vor, insbesondere über die Kontrollen an den Außengrenzen, polizeiliche grenzüber-

⁹ BGH, Urt. v. 29.8.2008, 2 StR 587/07, HRRS 2008 Nr. 1100, Rn. 74.

¹⁰ Übereinkommen vom 19.6.1990 zur Durchführung des Übereinkommens von Schengen vom 14.6.1985 betreffend den schrittweisen Abbau der Kontrollen an den gemeinsamen Grenzen (BGBl II, 1993, 1010 ff.). Eine entsprechende Vorschrift enthält das in Deutschland erst später in Kraft getretene so genannte „ne bis in idem“-Übereinkommen vom 25.5.1987 (Übereinkommen zwischen den Mitgliedstaaten der Europäischen Gemeinschaften über das Verbot der doppelten Strafverfolgung, BGBl II, 1998, 2246 ff.

¹¹ Einzelheiten nachfolgend unter III.1.

¹² Übereinkommen zwischen den Regierungen der Staaten der Benelux-Wirtschaftsunion, der Bundesrepublik Deutschland und der französischen Republik betreffend den schrittweisen Abbau der Kontrollen an den gemeinsamen Grenzen, GMBl. 1986, S. 79 ff.

schreitende Kooperation, die Einrichtung des Schengener Informationssystems und die Erleichterung der Rechts-
hilfe in Strafsachen.¹³

Art. 54 SDÜ bestimmt, dass

„wer durch eine Vertragspartei rechtskräftig abgeurteilt worden ist,... durch eine andere Vertragspartei wegen derselben Tat nicht verfolgt werden [darf], vorausgesetzt, dass im Fall einer Verurteilung die Sanktion bereits vollstreckt worden ist, gerade vollstreckt wird, oder nach dem Recht des Urteilsstaats nicht mehr vollstreckt werden kann“.

Obwohl der Anwendungsbereich der Vorschrift im Einzelnen unklar und umstritten ist, gewährleistet die Vorschrift demnach zumindest, dass rechtskräftige gerichtliche Verurteilungen und Freisprüche innerhalb des gesamten Schengener Rechtsraums¹⁴ ein Verfahrenshindernis für weitere Verfahren wegen derselben Straftat – gerade in einem anderen Schengen-Staat – begründen.¹⁵ Die bisherige Rechtsprechung zeigt, dass dabei insbesondere folgende Punkte auslegungsbedürftig sind bzw. waren: Erstens die Frage, was als „rechtskräftig abgeurteilt“ zu verstehen ist und ob darunter z.B. auch Entscheidungen fallen, die nicht als Urteil sondern als Einstellungsentscheidung nach deutschem Recht zu qualifizieren sind, zweitens, was mit „dieselbe Tat“ gemeint ist, drittens die Frage der „Sanktion“ und, viertens, ob nur strafrechtliche Aburteilungen gemeint sind.

Hier ist zu untersuchen, ob auch eine Verfallsentscheidung eines anderen Staates des Schengenraums unter das Verbot des „ne bis in idem“ des Art. 54 SDÜ fällt, mit der Folge, dass gegen den Täter kein neues Verfahren eingeleitet werden kann bzw. eine erneute Verfallsanordnung unzulässig ist. Auch insofern wird es entscheidend auf die Auslegung der Merkmale der rechtskräftigen Aburteilung und der Sanktion ankommen.

¹³ Vgl. Hecker StV 2001, 306, 307.

¹⁴ Art. 54 Schengener Durchführungsübereinkommen gilt in allen Mitgliedstaaten der EU mit Ausnahme der Republik Irland, die jedoch jederzeit beitreten kann. Daneben gilt die Vorschrift auch für die assoziierten Staaten Island und Norwegen, vgl. Art. 6 des Protokolls zu Einbeziehung des Schengen-Besitzstands in den Rahmen der EU sowie das Übereinkommen zwischen dem Rat der EU sowie der Republik Island und dem Königreich Norwegen über die Assoziierung der beiden letztgenannten Staaten bei der Umsetzung, Anwendung und Entwicklung des Schengen-Besitzstands, ABIEU 1999 L 176/36 ff.

¹⁵ BGH, Beschl. v. 13.05.1997, 5 StR 596/96, NStZ 1998, 149, 152; BGH, Urt. v. 10.06.1999, 4 StR 87/98, BGHSt 45, 123, 127; Schomburg, in: Schomburg/Lagodny/Gleß/Hackner, Internationale Rechtshilfe in Strafsachen, 4. Aufl. (2006), SDÜ Art. 54 Rn. 4; Hecker StV 2001, 306, 307; Plöckinger/Leidenmühler wistra 2003, 81.

2. Die Auslegung von Art. 54 in der Rechtsprechung des EuGH

a) Zuständigkeit des EuGH für die Auslegung des SDÜ

Mit Inkrafttreten des Amsterdamer Vertrages am 1.5.1999 erfolgte durch das zweite Protokoll die Einbeziehung des Schengen-Besitzstandes in den Rahmen der EU.¹⁶ Insbesondere haben die Einbeziehung des Schengener Abkommens, des SDÜ, der späteren Beitrittsprotokolle und -übereinkommen weiterer Mitgliedstaaten sowie der Rechtsakte zur Durchführung des Übereinkommens in den rechtlichen und institutionellen Rahmen der Europäischen Union zur Folge, dass der EuGH nunmehr für die Auslegung der Vorschrift des Art. 54 SDÜ zuständig ist (vgl. Art. 35 Abs. 1 EUV)¹⁷. Europarechtliche Rechtsgrundlage des Doppelbestrafungsverbotes sind nach der Inkorporation durch den Ratsbeschluss 1999/436/EG die Art. 31 und 34 EUV.¹⁸

b) Wesentliche Eckpunkte der Auslegung durch den EuGH

Zwischenzeitlich hat der EuGH den Schutzzweck des Art. 54 SDÜ vor dem Hintergrund der Vorschriften des EGV und EUV dahingehend bestimmt, dass die Vorschrift dem Ziel diene, zu verhindern, dass eine Person, die von ihrem Recht auf Freizügigkeit (Art. 39 EGV) Gebrauch macht, wegen derselben Tat – verstanden als Komplex unlösbar miteinander verbundener Tatsachen – in mehreren Mitgliedstaaten verfolgt wird.¹⁹

Art. 54 SDÜ soll den dynamischen Prozess der europäischen Integration durch die Schaffung eines gemeinsamen Raumes der Freiheit und der Gerechtigkeit fördern.²⁰ Die im SDÜ vorgesehene Abschaffung der Personenkontrollen an den gemeinsamen Grenzen diene der Vollendung des europäischen Binnenmarktes. Dabei

¹⁶ Plöckinger/Leidenmühler wistra 2003, 81, 82. Der Rat der EU hat durch den Beschluss 1999/436/EG vom 20.5.1999 zur Festlegung der Rechtsgrundlagen für die einzelnen Bestimmungen und Beschlüsse, die den Schengen-Besitzstand bilden, nach Maßgabe der einschlägigen Bestimmungen des Vertrags zur Gründung der Europäischen Gemeinschaft und des Vertrags über die Europäische Union (ABl. EU 1999 L 176, 17 ff.) die entsprechenden Festlegungen getroffen.

¹⁷ BGH, Beschl. v. 6. Juni 2002, 4 ARs 3/02, 11, NStZ 2002, 661 m. w. N.; Plöckinger/Leidenmühler wistra 2003, 81, 82.

¹⁸ Ausf. u. krit. Plöckinger/Leidenmühler wistra 2003, 81, 83.

¹⁹ EuGH, Urt. v. 11.2.2003, Rs. C-187/01, C-385/01, „Gözütök“ und „Brügge“, NJW 2003, 1173 ff., Rn. 35, 38; EuGH, Urt. v. 9.3.2006, Rs. C-436/04, „Van Esbroeck“, NStZ 2006, 689, 690 f., Rn. 29 ff. = HRRS 2006 Nr. 300; EuGH, Urt. v. 28.9.2006, Rs. C-467/04, „Gasparini“, NStZ 2007, 408, 409, Rn. 27 = HRRS 2007 Nr. 462. Instruktiv zu den Auswirkungen des europäischen Doppelbestrafungsverbots auf die deutsche Strafrechtsprechung: Heger HRRS 2008, 413.

²⁰ Schlussanträge des Generalanwalts Damaso Ruiz-Jarabo Colomer vom 19.9.2001 in den Rechtssachen C-187/01 („Gözütök“) und C-385/01 („Brügge“), NJW 2003, 1173 ff., Rn. 44.

steht das Binnenmarktziel in einer Wechselwirkung mit der Idee eines gemeinsamen Rechtsraums, in dem unterschiedliche nationale Rechtsordnungen keine Störung des freien Verkehrs von Personen, Gütern und Kapital mehr darstellen dürfen.²¹ Realisiert werden kann dieses Ziel angesichts der divergierenden nationalen Strafrechtssysteme realistisch nur auf der Basis der Anwendung des Prinzips der gegenseitigen Akzeptanz und Anerkennung der Strafrechtsordnungen,²² das in Art. 54 SDÜ zum Ausdruck kommt.²³

Daraus ist – mit dem EuGH und dem Generalanwalt – die Schlussfolgerung zu ziehen, dass für den Anwendungsbereich des Art. 54 SDÜ jede Auslegung zu vermeiden ist, die auf die nationalen Rechtsordnungen abstellt. Die Prüfung muss vielmehr innerhalb des Gemeinschaftsrechts auf der gemeinsamen Grundlage der mit dem Schengen-Besitzstand verfolgten, oben genannten Ziele erfolgen. Art. 54 SDÜ ist demnach europarechtsautonom auszulegen.²⁴

c) Insbesondere: Auslegung der Merkmale „Rechtskräftige Aburteilung“ und „Sanktion“ i.S.v. Art. 54 SDÜ

Für die Frage, ob unanfechtbare Erkenntnisse von Gerichten oder sonstigen Behörden der Strafjustiz zu Fragen des (Dritt-)Verfalls (§ 73 Abs. 1, 3 StGB) und von Geldbußen juristischer Person (§ 30 OWiG) dem Anwendungsbereich des Art. 54 SDÜ unterfallen, ist insbesondere maßgeblich, wie das Tatbestandsmerkmal der rechtskräftigen Aburteilung zu verstehen ist und wann eine bereits vollstreckte „Sanktion“ i.S.v. Art. 54 SDÜ vorliegt.

Der EuGH hat dazu ausgeführt, dass ein Betroffener hinsichtlich der ihm vorgeworfenen Tat als „rechtskräftig abgeurteilt“ i.S.v. Art. 54 SDÜ anzusehen ist, sofern das Strafverfahren durch eine Entscheidung endgültig beendet wird, auch wenn diese ohne Mitwirkung eines Gerichts und nicht in Form eines Urteils ergeht, insbesondere etwa bei Einstellung des Strafverfahrens gegen eine Geldbuße durch eine Staatsanwaltschaft.²⁵ Insbesondere die Auslegung dieses Merkmals muss laut EuGH unter vorrangiger Berücksichtigung von Ziel und Zweck des Art. 54 SDÜ und unter Vernachlässigung von rein verfahrensrechtlichen oder formalen Aspekten erfolgen, die in den betroffenen beiden Mitgliedstaaten vielfach unterschiedlich geregelt sind, um eine wirksame Anwendung des Doppelbestrafungsverbots zu gewährleisten.²⁶

Ergänzend lässt sich dem Wortlaut der Vorschrift des Art. 54 SDÜ – nach der deutschen Fassung – entnehmen, dass es bei den rechtskräftig abgeurteilten Sachverhalten um solche gehen muss, für die grundsätzlich eine nicht näher bezeichnete „Sanktion“ verhängt werden kann, die im Falle der Verurteilung grundsätzlich vollstreckbar ist.

Fraglich ist, ob es sich insofern um eine „Kriminalstrafe“ im Sinne der §§ 38 ff. StGB handeln muss. Vom Wortlaut her ist eine Sanktion (v. franz. sanction; aus lat. sanctio, „Heilung“, „Billigung“, „Strafandrohung“; zu sancire, „heiligen“, „unverbrüchlich festsetzen“, „bei Strafe androhen“) zu verstehen als eine im Rahmen sozialer Interaktionen die einem Akteur auferlegte Maßnahme, die sich auf eine Aktivität des Systems oder Teilsystems bezieht, welche sie so (indirekt) hindern soll.²⁷ In der allgemeinen Rechtslehre werden die mit einer rechtlichen Regelung verbundenen Rechtsfolgen als Sanktion bezeichnet, die jener zur effektiven Geltung verhelfen sollen, etwa durch Erlass eines Gesetzesbefehls als Bestätigung eines Rechtssatzes mit Zwangs- oder Strafandrohung zu seiner Durchsetzung.²⁸

Schon nach dem Wortlaut und der allgemeinen juristischen Begriffsverwendung handelt es sich bei dem Ausdruck „Sanktion“ also nicht um ein Synonym für die Kriminalstrafe im Sinne der §§ 38 ff. StGB, was im Übrigen schon vor dem Hintergrund der europaweiten Anwendbarkeit der Vorschrift ausgeschlossen erscheinen muss.

Auch im EU- und Gemeinschaftsrecht und in der Diktion des EuGH wird der Begriff der Sanktion umfassend – zivil- und strafrechtlich – verstanden und keineswegs auf Kriminalstrafen beschränkt.²⁹ Insbesondere impliziert der Begriff der Sanktion europarechtlich nicht zwingend ein Verschulden im Sinne der persönlichen Vorwerfbarkeit; vielmehr sind auch „verschuldensunabhängige Sanktionen“ denkbar.³⁰ Angesichts des Sprachgebrauchs des EuGH muss man davon ausgehen, dass dem deutschen Begriff der „Kriminalstrafe“ i.S.d. §§ 38 ff. StGB europarechtlich nicht der der Sanktion, sondern vielmehr der der „Strafe“, der „Strafsanktion“ bzw. der „strafrechtlichen Sanktionen“ entspricht.³¹ Nahe liegend erscheint,

²¹ Vgl. Hecker StV 2001, 306, 309.

²² EuGH, Urt. v. 11.02.2003, Rs C-187/01, C-385/01, C-187/01, C-385/01, NJW 2003, 1173 ff., Rn. 33.

²³ Sieber ZStW 103 (1991), 957, 963; Hecker StV 2001, 306, 309.

²⁴ Schlussanträge des Generalanwalts *Damaso Ruiz-Jarabo Colomer* vom 19.9.2001, in den Rechtssachen C-187/01 („Göztötök“) und C-385/01 („Brügge“), NJW 2003, 1173 ff., Rn. 33 ff., 42 ff.

²⁵ EuGH, Urt. v. 11.02.2003, Rs C-187/01, C-385/01, C-187/01, C-385/01, NJW 2003, 1173 ff., Rn. 38.

²⁶ EuGH, Urt. v. 11.02.2003, Rs C-187/01, C-385/01, C-187/01, C-385/01, NJW 2003, 1173 ff., Rn. 35.

²⁷ Vgl. den Eintrag unter [www.http://de.wikipedia.org/wiki/Sanktion](http://de.wikipedia.org/wiki/Sanktion).

²⁸ Creifelds, Rechtswörterbuch, 16. Aufl. (2000), Stichwort: „Sanktion“.

²⁹ Vgl. etwa EuGH, Urt. v. 14.12.2006, Rs. C-316/05, GRUR 2007, 230; EuGH, Urt. v. 8.9.2005, Rs. C-40/04, NJW 2006, 204, 207 (zivilrechtl. Maßnahmen); EuGH, Urt. v. 30.4.1998, Rs C-24/97 C-24/97, NVwZ 1998, 1284 ff. (Bußgelder bei OWi); EuGH, Urt. v. 8. 3. 2007, C-45/06, NJW 2007, 2032 = BeckRS 2007, 70169 (Strafzahlungen bei verspäteter Meldung von Milchquoten).

³⁰ Vgl. EuGH, Urt. v. 11.07.2002, Rs C-210/00, Slg. I 2002, 6453 = DVBl 2002, 1344 = BFH/NV Beil. 1, 25 zu Art. 11 I Unterabs. 1 lit. a, Unterabs. 3, 1. Gedankenstrich der VO (EWG) Nr. 3665/87 der Kommission vom 27.11.1987 über gemeinsame Durchführungsvorschriften für Ausfuhrerstattungen bei landwirtschaftlichen Erzeugnissen i.d.F. der VO (EG) Nr. 2945/94 der Kommission vom 2.12.1994.

³¹ Vgl. wörtlich EuGH, Urt. v. 8.9.2005, Rs. C-40/04, NJW 2006, 204 (LS Nr. 3) und 207; EuGH, Urt. v. 13.9.2005, Rs. C-176/03, EuZW 2005, 632 (LS) und 634 = HRRS 2005 Nr. 712.

dass im Hinblick auf die unterschiedliche Gestaltung der europäischen Rechtsordnungen für das nur zwischenstaatlich relevante Doppelbestrafungsverbot des Art. 54 SDÜ mit „Sanktion“ gerade ein verhältnismäßig offener und umfassender Begriff gewählt wurde, der grundsätzlich eine Vielzahl zivil-, verwaltungs- und strafrechtlicher Reaktionsmöglichkeiten auf „Taten“ i. S. d. Art. 54 SDÜ erfasst.

Da nach deutschem Recht auch bei Ordnungswidrigkeiten der Verfall angeordnet werden kann, ist in diesem Zusammenhang auch zu klären, inwieweit dem Begriff der Tat nach Art. 54 SDÜ zwingend strafrechtlicher Charakter innewohnen muss. Grundsätzlich wird man davon ausgehen müssen, dass der Anwendungsbereich von Art. 54 SDÜ nicht unbegrenzt auf alle zivilrechtlichen und verwaltungsrechtlichen Sachverhalte ausgedehnt werden kann.

Zwar ist diese Abgrenzungsfrage vom EuGH bisher nicht geklärt. Die Rechtsprechung zu Art. 54 SDÜ beruht aber immer auf eindeutig strafrechtlichen Sachverhalten.³² Zudem bestimmt Art. 57 (1) SDÜ:

„Ist eine Person im Hoheitsgebiet einer Vertragspartei wegen einer Straftat angeschuldigt und haben die zuständigen Behörden dieser Vertragspartei Grund zu der Annahme, dass die Anschuldigung dieselbe Tat betrifft, deretwegen der Betreffende im Hoheitsgebiet einer anderen Vertragspartei bereits rechtskräftig abgeurteilt wurde, so ersuchen sie, sofern sie es für erforderlich halten, die zuständigen Behörden der Vertragspartei, in deren Hoheitsgebiet die Entscheidung ergangen ist, um sachdienliche Auskünfte.“

Die Überschrift für Kapitel 3 des SDÜ lautet in der deutschen Fassung „Verbot der Doppelbestrafung“. Daraus könnte entnommen werden, dass die Sanktion Strafcharakter haben muss.

Fraglich ist indes, ob man daraus schließen kann, dass ausschließlich strafrechtliche Taten in Frage kommen, zumal im Bereich der Ordnungswidrigkeiten die Grenze zwischen Verwaltungsrecht und Strafrecht in den Mitgliedsstaaten nicht einheitlich sein wird. Im Fall *van Esbroeck* heißt es:

„Der (...) Grundsatz „ne bis in idem“ verlangt zwangsläufig, dass ein gegenseitiges Vertrauen der Vertragsstaaten in ihre jeweilige Strafjustizsysteme besteht und dass jeder von ihnen die Anwendung des in den anderen Vertragsstaaten geltenden Strafrechts akzeptiert (...).“³³

³² Gözütök/Brügge (Drogenhandel/Körperverletzung), Gasparini (Schmuggel), van Esbroeck (Drogenhandel), Kraaijenbrink (Drogenhandel, Hehlerei, Geldwäsche), Kretzinger (Schmuggel, Steuerhinterziehung).

³³ EuGH, Urt. v. 9.3.2006, Rs. C-436/04, „Van Esbroeck“, NStZ 2006, 689, 690 f., Rn. 29 ff. = HRRS 2006 Nr. 300; auch zitiert von EuGH, Urt. v. 28.9.2006, Rs. C-467/04, NJW 2006, 3404 = HRRS 2007 Nr. 462 (Gasparini).

Auch insofern wird also ausdrücklich nur auf das Strafrecht abgestellt.

Das SDÜ ist Teil der polizeilichen und justiziellen Zusammenarbeit in Strafsachen.³⁴ Auch daraus kann entnommen werden, dass es sich um straf- oder polizeirechtliche Entscheidungen handeln muss. Art. 103 Abs. 3 GG spricht demgegenüber deutlich einschränkend und bestimmter von dem Bestrafen nach den allgemeinen Strafgesetzen. Bereits dies spricht dafür, dass europarechtlich anders als nach deutschem Verfassungsrecht auch das Ordnungswidrigkeitenrecht³⁵ oder Maßnahmen³⁶ in den Anwendungsbereich des Doppelbestrafungsverbots gehören. Der Begriff der (Kriminal-) Strafe ist im Gesetzestext nicht enthalten.

Der EuGH beschäftigte sich im Fall „Gözütök“ nicht explizit mit der Frage, ob der staatsanwaltschaftlichen Verfahrenseinstellung gegen Geldauflage (§ 153a StPO) die im Ausgangsverfahren zu Grunde lag, die Natur einer Kriminalstrafe zuzuschreiben ist. Der Generalanwalt – dessen Ausführungen der Entscheidung des EuGH ersichtlich zu Grunde liegen – widmet dieser Frage indes breiten Raum. Für eine Strafe im Sinne des Art. 54 SDÜ sieht er zunächst als charakteristisch an, dass damit sowohl der Zweck der Vergeltung als auch der Abschreckung verfolgt werde; die Strafe solle ein Verhalten des Täters sowie etwaige andere Täter von der Durchführung dieses Verhaltens abschrecken. Um diese Aufgabe zu erfüllen, müsse die Strafe in einem angemessenen Verhältnis zu dem Verhalten stehen, der Grundsatz der Gerechtigkeit, dessen Verwirklichung des Verhältnismäßigkeitsprinzips liege, verbiete daher generell eine (unverhältnismäßige) Kumulation von Strafen.³⁷ Der Generalanwalt hält ausdrücklich fest, dass eine Auflage etwa im Sinne des § 153a StPO eine Strafe im Sinne des Art. 54 SDÜ sei; es handle sich um eine gemilderte, anerkannte Verurteilung, die nach wie vor Strafe sei und die Aufgaben jeder Bestrafung erfülle, eine Alternativsanktion zur Ahndung des verwerflichen Verhaltens und zur Abhaltung von zukünftigen Verstößen.³⁸ Im Rahmen des staatsanwaltschaftlichen Vergleichs werde der Sache nach über die dem Beschuldigten zur Last gelegten Taten und die Schuldfrage entschieden.³⁹

Zu berücksichtigen ist auch, dass der EuGH deutlich gemacht hat, dass es für Art. 54 SDÜ nicht auf den Inhalt

³⁴ EuGH, Urt. v. 28.9.2006, Rs. C-467/04, NJW 2006, 3404 = HRRS 2007 Nr. 462 (Gasparini).

³⁵ Vergleiche BVerfG, Beschl. v. 2.5.1967, 2 BvR 263/66, 2 BvR 391/64, BVerfGE, 21, 391, 401; BVerfG, Beschl. v. 9.11.1976, 2 BvL 1/76, BVerfGE 43, 101, 105.

³⁶ Vgl. BVerfGE, Beschl. v. 18.11.1966, 1 BvR 173/63, BVerfGE 20, 365, 372.

³⁷ Schlussanträge des Generalanwalts *Damaso Ruiz-Jarabo Colomer* vom 19.9.2001, in den Rechtssachen C-187/01 („Gözütök“) und C-385/01 („Brügge“), NJW 2003, 1173 ff., Rn. 50

³⁸ Schlussanträge des Generalanwalts *Damaso Ruiz-Jarabo Colomer* vom 19.9.2001, in den Rechtssachen C-187/01 („Gözütök“) und C-385/01 („Brügge“), NJW 2003, 1173 ff., Rn. 83, 87

³⁹ Schlussanträge des Generalanwalts *Damaso Ruiz-Jarabo Colomer* vom 19.9.2001, in den Rechtssachen C-187/01 („Gözütök“) und C-385/01 („Brügge“), NJW 2003, 1173 ff., Rn. 97.

des rechtskräftigen Urteils ankommt, insbesondere, dass der Rechtsgrundsatz nicht nur auf solche Urteile anwendbar sei, die eine Verurteilung aussprechen.⁴⁰ Hieraus kann man die Schlussfolgerung ziehen, dass der Begriff der Sanktion aus Sicht des EuGH dem der rechtskräftigen Aburteilung nachrangig ist, was im Hinblick darauf überzeugt, dass nach der Struktur des Art. 54 SDÜ nicht die Sanktion, sondern die rechtskräftige Aburteilung Tatbestandsvoraussetzung ist.

d) Zwischenergebnis

Als Zwischenergebnis kann festgehalten werden, dass unter Berücksichtigung der bisherigen Rechtsprechung des EuGH nicht angenommen werden kann, dass eine Sanktion punitiven Charakter im Sinne des deutschen Rechts haben muss. Dies ist auch aus der zwanglosen Berücksichtigung einer Zahlungsaufgabe gem. § 153a StPO abzuleiten. Notwendig und hinreichend für die Sperrwirkung des Art. 54 SDÜ dürfte aus Sicht des EuGH die Belastung des Betroffenen mit einem vollstreckbaren pekuniären Nachteil sein, die nach der nationalen Rechtsordnung eine zumindest relative Rechtskraftwirkung hervorbringt.

3. Konsequenzen der EuGH-Rechtsprechung für die Anordnung von Verfall

Gerade im Hinblick auf die – stets gerichtliche und rechtskraftfähige – doppelte Verfallsanordnung insbesondere zu Lasten Dritter, die nicht natürliche Personen, sondern Personen- oder Kapitalgesellschaften sind, ergibt sich auch aus grundsätzlichen Erwägungen des EuGH zum Schutzzweck, der letztlich in der Garantie der Grundfreiheiten zu sehen ist, dass das Doppelbestrafungsverbot des Art. 54 SDÜ eingreifen muss:

Wegen der fehlenden Harmonisierung der nationalen Strafvorschriften und der daraus folgenden Notwendigkeit einer europarechtsautonomen – mithin einer von den nationalen Rechtsordnungen losgelösten – Auslegung der Vorschrift des Art. 54 SDÜ kann es für die Bestimmung der Rechtsnatur des Verfalls ebenfalls nicht auf ein spezifisch deutsches Begriffsverständnis ankommen. Maßgeblich ist vielmehr eine dynamische, am Schutzzweck der Norm orientierte Auslegung. Die einschlägigen EuGH-Entscheidungen zeigen, dass es unabhängig von der Art der gerichtlichen Entscheidung darauf ankommt, Personen, die nach Strafverfolgung rechtskräftig abgeurteilt worden sind, ihren Bürgerfrieden zu gewährleisten.⁴¹ Es soll verhindert werden, dass eine Person auf Grund der Tatsache, dass sie von ihrem Recht auf Freizügigkeit Gebrauch macht, wegen derselben Tat in mehreren Vertragsstaaten verfolgt wird. Anderenfalls wäre die Freizügigkeit, die Art. 54 SDÜ gerade erleichtern und garantieren soll⁴², beeinträchtigt.

Welche Rechtsfolgen durch Art. 54 SDÜ erfasst werden, ist demnach unter Berücksichtigung der Auswirkungen zu bestimmen, die eine mehrfache Anordnung der Rechtsfolge auf die wirksame Gewährleistung der durch das Europarecht garantierten Freizügigkeit haben würden. Unter Freizügigkeit sind all jene Rechte und Freiheiten zusammengefasst, die es EU-Staatsangehörigen – ob als Bürger, als Arbeitnehmer oder als Dienstleister – ermöglichen, im Binnenmarkt dort, wo sie wollen, zu wohnen, zu arbeiten, zu studieren, niederzulassen sich politisch zu beteiligen oder Dienstleistungen anzubieten.⁴³

Neben einer Beeinträchtigung der Freizügigkeit als allgemeines Bürgerrecht nach Art. 18 Absatz 1 EG-Vertrag (also der Freiheit für Personen, sich im Schengen-Gebiet zu bewegen⁴⁴) kommt eine Beeinträchtigung der Arbeitnehmerfreizügigkeit gemäß Art. 39 EG (verstanden als das Recht, in jedem Land der EU eine Beschäftigung auszuüben und sich zu diesem Zweck in dem jeweiligen Staat aufzuhalten), in Betracht. Da die einzelnen Grundfreiheiten speziellere Verhaltensformen erfassen als Art. 18 EG, sind sie als die speziellere Regelung anzusehen.⁴⁵

Eine Verfallsanordnung fügt dem Betroffenen einen – mitunter erheblichen – wirtschaftlichen Nachteil zu.⁴⁶ Muss eine (natürliche oder juristische) Person, bei der durch Anordnung entsprechender Maßnahmen bereits in einem Mitgliedstaat ein Zugriff auf Vermögenswerte stattgefunden hat, damit rechnen, dass in einem anderen Staat nochmals ein Verfall droht, ist davon auszugehen, dass die Person davon abgehalten wird, von ihrem Recht auf freie Wahl des Wohn- beziehungsweise Aufenthaltsortes Gebrauch zu machen, da eine mittel- oder längerfristige Änderung des Standorts kaum ohne Mitführung von Vermögenswerten möglich ist. Mithin wäre durch einen „doppelten Verfall“ das Bürgerrecht der Freizügigkeit beeinträchtigt.

Da bei einer Verfallsanordnung Vermögensvorteile abgeschöpft werden, können aber auch faktische Auswirkungen auf ein Tätigwerden als Arbeitnehmer aus einer „weiteren Verfallsanordnung“ in einem anderen EU-Staat resultieren. Schließlich ist die Mitnahme von Vermögensgegenständen oder der Erwerb von Grundeigentum als Aufbau einer Existenz und zur Eingliederung auf geraume Zeit in den anderen Staat Voraussetzung für die Aufnahme einer Erwerbstätigkeit. Es wäre daher de facto auch das den EU-Bürgern zustehende Recht betroffen, sich um tatsächlich angebotene Stellen zu bewerben und sich zu diesem Zweck im Hoheitsgebiet der Mitgliedstaaten frei zu bewegen (Art. 39 III a), b) EG).

⁴⁰ EuGH, Urt. v. 28.9.2006, Rs. C-467/04, „Gasparini“, NStZ 2007, 408, 409, Rn. 24 = HRRS 2007 Nr. 462.

⁴¹ EuGH, Urt. v. 28.9.2006, Rs. C-467/04, „Gasparini“, NStZ 2007, 408, 409 Rn. 27 = HRRS 2007 Nr. 462.

⁴² EuGH, Urt. v. 11.2.2003, Rs. C-187/01, C-385/01, „Gözütök“ und „Brügge“, NJW 2003, 1173 ff., Rn. 40.

⁴³ Mickel/Bergmann, Handlexikon der Europäischen Union, 3. Aufl. (2005), Stichwort: „Freizügigkeit in der EU“.

⁴⁴ Vgl. EuGH, Urt. v. 28.9.2006, Rs. C-150/05, „van Straaten“, BeckRS 2006 70756, Rn. 46

⁴⁵ So auch Magiera, in: Streinz, EUV/EGV (2003), Art. 18 Rn. 7.

⁴⁶ Dies hat sogar – ohne dass es für die hier maßgebliche europarechtliche Auslegung darauf ankäme – der Bundesgerichtshof anerkannt, vgl. BGH, Urt. v. 21.8.2002, 1 StR 115/02, BGHSt 47, 369, 373 ff..

Ferner erscheint eine doppelte Verfallsanordnung im Hinblick auf die europarechtlich gewährleistete Niederlassungsfreiheit (Art. 43 EG) als das Freizügigkeitsrecht für Selbständige⁴⁷ bedenklich. Von der Niederlassungsfreiheit erfasst werden „alle Maßnahmen, die den Zugang zu einem anderen Mitgliedstaat als dem Sitzmitgliedstaat und die Ausübung einer wirtschaftlichen Tätigkeit in jenem Staat dadurch ermöglichen oder auch nur erleichtern, dass sie die tatsächliche Teilnahme der betroffenen Wirtschaftsbeteiligten am Wirtschaftsleben des letztgenannten Mitgliedstaats unter denselben Bedingungen gestatten, die für die inländischen Wirtschaftsbeteiligten gelten.“⁴⁸

So dürfte in den Fällen, in denen der Täter für einen anderen gehandelt und dadurch dieser etwas erlangt hat – also in den typischen Fällen von Wirtschafts- und Verbandskriminalität, in denen auf Grund von Auftrags- und Vertretungsverhältnissen der rechtswidrig erlangte Gewinn einer anderen (meist juristischen) Person zufließt als dem Täter selbst, – die drohende erneute Gewinnerschöpfung das begünstigten Unternehmen von einer (dauerhaften und stabilen) Eingliederung in die Volkswirtschaft des jeweiligen Staates abhalten.

Entsprechendes gilt ergänzend für die Warenverkehrsfreiheit (Art. 23 ff., 28 ff. EG). Diese garantiert den ungehinderten Handel mit Waren zwischen den Mitgliedstaaten zur Verwirklichung des Binnenmarktes.⁴⁹ Droht dem handelstreibenden EU-Bürger oder Unternehmen, für das der Tatbeteiligte gehandelt hat, ein nochmaliger (Wertsatz-)Verfall in einem anderen Mitgliedstaat, so ist damit zu rechnen, dass der grenzüberschreitende Handel beeinträchtigt oder sogar von vornherein unterlassen wird. Damit läge in Gestalt der zweiten Verfallsentscheidung eine europarechtlich unzulässige Maßnahme gleicher Wirkung wie eine mengenmäßige Einfuhrbeschränkung i.S.d. Art. 28 EG vor, die potentiell geeignet ist, den innergemeinschaftlichen Handel zu beeinträchtigen.

Abschließend bestehen Bedenken im Hinblick auf die Kapitalverkehrsfreiheit gemäß Art. 56 EG. Unter Kapitalverkehr ist jede über die Grenzen eines Mitgliedstaates der Gemeinschaft hinweg stattfindende Übertragung von Geld- oder Sachkapital zu verstehen, die primär zu Anlagezwecken erfolgt.⁵⁰ Wem ein nochmaliger Verfall – sei es auch im Hinblick auf Surrogate – in einem anderen EU-Mitgliedsland droht, der dürfte mittelbar daran gehindert sein, in diesem etwaige Investitionen zu tätigen, sowie Grundstücke oder Beteiligungen an Gesellschaften zu erwerben; dies gilt umso mehr für die regelmäßig durch das Handeln ihrer Vertreter begünstigten und damit von der Verfallsanordnung unmittelbar betroffenen Unternehmen.

⁴⁷ Vgl. Bröhmer, in: Callies/Ruffert, EUV/EGV, 3. Aufl. (2007), Art. 43 Rdnr. 1.

⁴⁸ EuGH, Urteil vom 13.12.2005, Rs. C-411/03, „Sevic Systems AG“, DNotZ 2006, S. 210ff., Rn. 18.

⁴⁹ Schroeder, in: Streinz, EUV/EGV, a.a.O., Art. 28 Rn. 1.

⁵⁰ vgl. Bleckmann, Europarecht (1997), Rn. 1181 f.

4. Zwischenergebnis zu Erstanordnungen im Anwendungsbereich von Art. 54 SDÜ

Im Geltungsbereich des Schengener Durchführungsübereinkommens steht einer doppelten Verfallsanordnung mithin nach hier vertretener Auffassung das „Verbot der Doppelbestrafung“ gemäß Art. 54 SDÜ unter dem Blickwinkel der Freizügigkeit und weiterer Grundfreiheiten entgegen.

III. „Erstanordnung“ außerhalb des Anwendungsbereichs von Art. 54 SDÜ

Problematischer ist die Situation, wenn die erste Verfallsanordnung in einem Staat außerhalb des Anwendungsbereichs von Art. 54 SDÜ erfolgt ist.

1. Ausschluss einer „doppelten Verfallsanordnung“ durch Art. 103 Abs. 3 GG?

Zunächst liegt nahe, dass einer weiteren Verfallsanordnung in Deutschland das in Art. 103 Abs. 3 GG verfasungsrechtlich abgesicherte grundrechtsgleiche Recht des *ne bis in idem* entgegen stehen könnte – vorausgesetzt, dass sich eine Verfallsanordnung unter die dort genannte Voraussetzung „mehrmals bestraft“ subsumieren lässt.

Auf die Qualifikation einer Verfallsanordnung als Bestrafung in diesem Sinn kommt es jedoch nicht an. Denn nach jüngst bestätigter Rechtsprechung des Bundesverfassungsgerichts ist bereits der Anwendungsbereich von Art. 103 Abs. 3 GG im transnationalen Bereich nicht eröffnet. In einem (Kammer-)Beschluss vom 4.12.2007 heißt es insoweit kategorisch:

„Der Bedeutungsgehalt des Art. 103 Abs. 3 GG reicht lediglich soweit, wie der Grundsatz des Verbots der Doppelbestrafung zum Zeitpunkt des Inkrafttretens des Grundgesetzes im geltenden Prozessrecht anerkannt war. Bei Inkrafttreten des Grundgesetzes war eine umfassende zwischenstaatliche Geltung des Grundsatzes ‚ne bis in idem‘ nicht anerkannt.“⁵¹

Damit hat das Bundesverfassungsgericht seine Spruchpraxis bestätigt, wonach der in Art. 103 Abs. 3 GG verankerte Grundsatz nur bei einer Erstverurteilung/Erstverfolgung⁵² durch deutsche Gerichte gilt.⁵³

⁵¹ BVerfG, Beschl. v. 4.12.2007, 2 BvR 38/06 (1. Kammer des 2. Senats), HRRS 2008 Nr. 378.

⁵² Anerkannt ist, dass Art. 103 Abs. 3 GG nicht nur vor mehrmaliger Bestrafung wegen derselben Tat, sondern auch vor jeder weiteren Strafverfolgung nach einer sachlichen Aburteilung schützt, vgl. nur Nolte, in: Starck, Kommentar zum Grundgesetz, 5. Aufl. (2005), Art. 103, Rn. 173 m. zahlr. Nachw.

⁵³ Vgl. nur BVerfG, Urt. v. 18.12.1953, 1 BvR 230/51, BVerfGE 3, 248, 252; BVerfG, Beschl. v. 17.1.1961, 2 BvL 17/60, BVerfGE 12, 62, 66; BVerfG, Beschl. v. 8.1.1981, 2 BvR 873/80, BVerfGE 56, 22, 27f.; BVerfG, Beschl. v. 31.3.1987, 2 BvM 2/86, BVerfGE 75, 1, 15 ff.; i.d.S. auch Kammerbe-

Zur Begründung hat die 1. Kammer des 2. Senats sich (ausschließlich) auf die Entstehungsgeschichte der Vorschrift berufen und ausgeführt, dass der Grundsatz *ne bis in idem* vor Aufnahme in das Grundgesetz im einfachen Recht und in seiner Auslegung durch die Rechtsprechung stets nur innerstaatliche Geltung gehabt habe und mit seiner verfassungsrechtlichen Absicherung keine inhaltliche Änderung verbunden war.⁵⁴

2. Schutz vor doppelter Verfallsanordnung durch allgemeine völkerrechtliche Grundsätze?

Obwohl sich die Gegenstimmen insbesondere mit Verweis auf zunehmende internationale Verflechtungsprozesse und die das Verfassungsgebot der Völkerrechtsfreundlichkeit mehrten⁵⁵, hat das Bundesverfassungsgericht in dem Beschluss vom 4.12.2007 auch daran festgehalten, dass „gegenwärtig keine allgemeine Regel des Völkerrechts im Sinne des Art. 25 S. 1 GG feststellbar“ sei, „nach der niemand wegen desselben Sachverhalts, dessentwegen er bereits rechtskräftig verurteilt oder freigesprochen worden ist, von einem anderen Staat, dessen Strafgewalt ebenfalls gegeben ist, erneut verfolgt oder bestraft werden darf“⁵⁶. Zur Begründung wird im Wesentlichen auf einen (Normenkontroll-)Beschluss des Bundesverfassungsgerichts vom 31.3.1987 verwiesen⁵⁷, an dessen Ergebnis und Argumentation das Gericht „auch unter Berücksichtigung der zwischenzeitlich eingetretenen Entwicklungen“ festhält.

Die Begründung des Bundesgerichtshofs, wonach eine Anrechnung von in der Schweiz eingezogenen Vermögenswerte (auch) nicht durch allgemeine Grundsätze des Völkerrechts geboten sei⁵⁸, findet damit Bestätigung. Danach kann auch insoweit offen bleiben, ob eine Verfallsanordnung im Ausland inhaltlich von einem allgemeinen völkerrechtlichen „*ne bis in idem*“ erfasst wäre. Im Einzelfall wird zu überprüfen sein (und der Bundesgerichtshof hat dies im Fall der „Erstanordnung“ in der Schweiz mittels einer beim Bundesministerium der Justiz eingeholten Auskunft überprüft⁵⁹), ob und inwieweit völkerrechtliche Verträge zwischen dem „erstanordnen-

schlüsse vom 9.7.1997, 2 BvR 3028/95 und vom 21.1.2001, 2 BvR 1973/00.

⁵⁴ BVerfG, Beschl. v. 4.12.2007, 2 BvR 38/06, HRRS 2008 Nr. 378, Rn. 17.

⁵⁵ Vgl. nur *Specht*, Die zwischenstaatliche Geltung des Grundsatzes „*ne bis in idem*“ (1999), 182ff.; *Mayer*, *Ne-bis-in-idem*-Wirkungen europäischer Strafentscheidungen (1992), 109ff.; *Jung*, Zur „Internationalisierung“ des Grundsatzes „*ne bis in idem*“, in: FS Schüler-Springorum (1993), 493, 495f.; *Endreß/Kinzig* StV 1997, 665, 667; *Schomburg* NJW 2000, 1833, 1840; *Radtke/Busch* EuGRZ 2000, 421, 426;

⁵⁶ BVerfG, Beschl. v. 4.12.2007, 2 BvR 38/06, HRRS 2008 Nr. 378, Rn. 21.

⁵⁷ BVerfG, Beschl. v. 31.3.1987, 2 BvM 2/86, BVerfGE 75, 1, 15 ff.

⁵⁸ BGH, Beschl. v. 19.1.2005, 4 StR 343/04, NStZ 2005, 455, 456 = HRRS 2005 Nr. 178.

⁵⁹ BGH, Beschl. v. 19.1.2005, 4 StR 343/04, NStZ 2005, 455, 456 = HRRS 2005 Nr. 178.

den“ Staat und der Bundesrepublik einer weiteren Verfallsanordnung entgegen stehen.

3. Ausschluss aufgrund strafrechtlicher-/strafprozessualer Vorschriften?

Zuverlässiger Schutz vor einer doppelten Verfallsanordnung ergibt sich auch weder aus dem Strafgesetzbuch noch aus der Strafprozessordnung.

a) Charakter des Verfalls nach deutschem Rechtsverständnis

Für die Frage, ob und inwieweit strafrechtliche/strafprozessuale Vorschriften oder Grundsätze Schutz vor einer mehrfachen Verfallsanordnung bieten, wird es (auch) auf die Qualifikation der Rechtsnatur des Verfalls nach deutschem Rechtsverständnis und insbesondere darauf ankommen, ob der Verfall Strafcharakter hat.

Die Position der Rechtsprechung ist insofern eindeutig. Sie ergibt sich in aller Deutlichkeit aus dem Leitsatz einer Entscheidung des Bundesgerichtshofs vom 21.8.2002:

„Der Verfall ist, auch bei Anwendung des Bruttoprinzips keine Strafe, sondern eine Maßnahme eigener Art.“⁶⁰

Das Bundesverfassungsgericht hat diese Auffassung im Ergebnis bestätigt und gegen den Strafcharakter insbesondere die gesetzgeberische Intention angeführt: Danach sollte die Abschöpfung deliktisch erlangter Vermögensvorteile als gesonderte Rechtsfolge neben die Strafe treten; ihr komme allenfalls „strafergänzende Funktion“ zu.⁶¹ Ausweislich der Gesetzesmaterialien habe der Gesetzgeber die Gewinnabschöpfung nicht aus die Zufügung eines Übels verstanden, sondern als „Beseitigung eines Vorteils“, es handele sich daher nicht um eine pönale Rechtsfolge, sondern um eine „Maßnahme eigener Art mit kondiktionsähnlichem Charakter“⁶².

Die – nach Einführung des Bruttoprinzips mit neuer Vehemenz vertretene – Kritik, der Verfall sei „nur noch der Form nach eine Maßnahme, dem Inhalt nach dagegen eine tatvergeltende Zufügung eines Übels, weil das Gesetz dem deliktisch bereicherten Täter über die bloße Kondiktion hinaus eine wirtschaftliche Einbuße zumute“⁶³, hält das Bundesverfassungsgericht für unbegründet und hat in diesem Zusammenhang ausgeführt:

⁶⁰ BGH, Urt. 21.8.2002, 1 StR 115/02, BGHSt 47, 369, 369; ständige Rechtsprechung.

⁶¹ BVerfG, Beschl. v. 14.1.2004, 2 BvR 564/95, NJW 2004, 2073, 2074 = HRRS 2004 Nr. 460.

⁶² BVerfG, Beschl. v. 14.1.2004, 2 BvR 564/95, NJW 2004, 2073, 2074 = HRRS 2004 Nr. 460.

⁶³ Vgl. Nachweise bei BVerfG, Beschl. v. 14.1.2004, 2 BvR 564/95, NJW 2004, 2073, 2075/6 = HRRS 2004 Nr. 460; ausführlich *Kempf/Schilling*, Vermögensabschöpfung (2007), Rn. 82 ff., m. zahlr. Nachw.

„Der Gesetzgeber hat dem Rechtsinstitut des Verfalls durch die Einführung des Bruttoprinzips den kondiktionsähnlichen Charakter nicht genommen. Vielmehr hat er sich eine an Wortlaut und Gesetzssystematik der §§ 812 ff. BGB orientierte Sichtweise des zivilrechtlichen Bereicherungsrechts zu Eigen gemacht. Danach beschränkt sich die Funktion der §§ 812 ff. BGB nicht auf die Abschöpfung noch vorhandener Vermögenswerte; vielmehr ist die Kondition ein eigenständiges Instrument zur Korrektur irregulärer Vermögenszuordnungen, das allein den gutgläubigen Bereicherungsschuldner vor Vermögenseinbußen schützt (§ 818 Abs. 3 BGB), während es dem Bösgläubigen wirtschaftliche Verlustrisiken zuweist (§ 818 Abs. 4; § 819 BGB).“⁶⁴

Der Bundesgerichtshof hat diese Position jüngst noch einmal bestätigt und betont, der Gesetzgeber habe sich bei Umstellung auf das Bruttoprinzip von dem Rechtsgedanken des § 817 S. 2 BGB leiten lassen.⁶⁵ Auf dieser Grundlage lässt sich – unabhängig davon, wie berechtigt die gegen die Ablehnung des Strafcharakters vorgebrachten Einwände sein mögen – zunächst feststellen, dass sich die Rechtsprechung unter diesen Prämissen jedenfalls an der Qualifikation als „kondiktionsähnliche Maßnahme“ festhalten lassen muss – möglicherweise auch mit entscheidenden Folgen für die Frage des „doppelten Verfalls“.

b) Schutz vor doppelter Verfallsanordnung durch § 51 Abs. 3, 4 StGB?

Da Art. 103 Abs. 3 GG nach einer bereits erfolgten Verurteilung im Ausland nicht vor erneuter Bestrafung in Deutschland schützt, sieht § 51 Abs. 3 StGB – anderenfalls wäre die Vorschrift entbehrlich – eine zwingende Anrechnung von im Ausland bereits vollstreckten Strafen auf die nunmehr in Deutschland festzusetzende Strafe vor.

Angesichts der von der Rechtsprechung vertretenen Position zur Rechtsnatur des Verfalls ist es konsequent, eine Anrechnung nicht *unmittelbar* aus § 51 Abs. 3, 4 StGB herzuleiten. Dass indes auch eine *entsprechende* Anwendung der Vorschrift nicht in Betracht kommen soll, hat der Bundesgerichtshof in der Entscheidung vom 19.1.2005 ohne jede Begründung apodiktisch festgestellt,⁶⁶ obwohl der Grund hierfür keineswegs auf der Hand liegt. Dass eine Anrechnung ausschließlich bei Strafen, hingegen nicht bei den Nebenfolgen des § 45 StGB, den Maßnahmen nach §§ 61 ff. StGB sowie bei Verfall und Einziehung nach §§ 73 ff. StGB, erfolgt, wird überhaupt nur im *Leipziger Kommentar* erwähnt. Zur Begründung heißt es in aller Kürze mit Verweis auf eine Entscheidung des Bundesgerichtshofs vom 25.4.1957, der Systematik des § 51 StGB liege „ersichtlich der Ge-

danke zugrunde, dass anrechenbar nur Nachteile sein sollen, welche mit der Rechtsfolge, auf die angerechnet wird, in gewisser Hinsicht vergleichbar und mit deren Zweck auch vereinbar sind“⁶⁷. Warum der Verfall, selbst wenn man eine pönale Funktion verneint, nicht jedenfalls „in gewisser Hinsicht“ mit einer (Geld-)Strafe vergleichbar sein soll, bleibt auch hier offen.

c) Berücksichtigung im Rahmen der Strafzumessung gemäß § 46 Abs. 3 StGB?

Im Zusammenhang mit der Ablehnung eines transnationalen *ne bis in idem* hat das Bundesverfassungsgericht auch darauf verwiesen, dass dem Verhältnismäßigkeitsgrundsatz durch die Berücksichtigung der ausländischen Verurteilung im Rahmen der Strafzumessung nach § 46 Abs. 3 StGB, „ausreichend Genüge getan“ werden könne. Der Betroffene einer im Ausland erfolgten Verfallsanordnung wird sich – jedenfalls auf Grundlage der Position der Rechtsprechung – hierauf nicht berufen können. Denn danach ist mit der Verfallsanordnung ein Schuldvorwurf nicht verbunden; das Schuldprinzip – als Grundlage von Strafzumessung nach §§ 46 ff. StGB – soll gerade nicht gelten.⁶⁸

d) Schutz vor „doppeltem Verfall“ durch § 73c StGB?

Nach dem Beschluss des Bundesgerichtshofs vom 19.1.2005 zum „Erstverfall in der Schweiz“ war „die Vermögenseinbuße, die der Angekl. durch die Maßnahmen der Schweizer Behörden erlitten hat, (...) allein im Rahmen der Entscheidung nach § 73c StGB zu berücksichtigen.“⁶⁹

Man mag meinen: immerhin. Doch zuverlässiger Schutz vor einer doppelten Verfallsanordnung ist damit nicht gewährleistet: Die so genannte Härtevorschrift enthält für den Fall, dass der Wert des Erlangten zur Zeit der Anordnung in dem Vermögen des Betroffenen nicht mehr vorhanden ist (§ 73c Abs. 1 S. 2 StGB), lediglich eine Ermessensregelung, wonach die Anordnung vollständig oder teilweise unterbleiben *kann*. Zwingend ist der Verfall hingegen gemäß § 73 Abs. 1 S. 1 StGB nur ausgeschlossen, wenn seine Anordnung eine unbillige Härte wäre. Jedoch ist – sofern der Anwendungsbereich von § 73c Abs. 1 S. 2 StGB eröffnet ist – ein Rückgriff auf S. 1 ausgeschlossen, da nach der Systematik davon auszugehen ist, dass S. 2 insoweit spezieller ist und in den dort genannten Fällen der Entreicherung und der Geringwertigkeit gerade keine „unbillige Härte“ i.S.v. § 73 Abs. 1 S. 1 StGB vorliegt.⁷⁰

Mit der Unsicherheit, die jede Ermessensentscheidung für den Betroffenen bedeutet, wird die Erstanordnung im

⁶⁴ BVerfG, Beschl. v. 14.1.2004 – 2 BvR 564/95 – NJW 2004, 2073, 2076 = HRRS 2004 Nr. 460.

⁶⁵ Vgl. BGH, Urt. v. 30.5.2008, 1 StR 166/07, HRRS 2008 Nr. 591, Rn. 121.

⁶⁶ BGH, Beschl. v. 19.1.2005, 4 StR 343/04, NStZ 2005, 455, 456 = HRRS 2005 Nr. 178.

⁶⁷ Vgl. Theune, in: LK, StGB, 12. Aufl., 2006, § 51, Rn. 29, mit Verweis auf BGH, Urt. v. 25.4.1957, 2 St E 6/57, BGHSt 10, 235, 236.

⁶⁸ Vgl. nur BGH, Urt. v. 21.8.2002, 1 StR 115/02, BGHSt 47, 369, 373; BVerfG, Beschl. v. 14.1.2004, 2 BvR 564/95, NJW 2004, 2073, 2073/4 = HRRS 2004 Nr. 460.

⁶⁹ BGH, Beschl. v. 19.1.2005, 4 StR 343/04, NStZ 2005, 455, 456 = HRRS 2005 Nr. 178.

⁷⁰ Explizit BGH, Urt. v. 12.7.2000, 2 StR 43/00, NStZ 2000, 589, 590.

Ausland folglich im Rahmen von § 73c StGB zu berücksichtigen sein. Wenngleich der Wegfall der Bereicherung „bei Vorliegen konkreter Anhaltspunkte“ von Amts wegen zu prüfen ist, wird engagiertes Verteidigerhandeln erforderlich sein, um darzulegen, dass, unter welchen Umständen und bezogen auf welche konkrete Tat die Erstanordnung im Ausland erfolgt ist und dass ein Fall von § 73c StGB vorliegt.

4. Ausschluss aufgrund bereicherungsrechtlicher Grundsätze?

Ein weiteres (Verteidigungs-)Argument ergibt sich aus folgender Überlegung:

Nach der Rechtsprechung ist der Verfall – wie dargestellt – eine „kondiktionsähnliche Maßnahme“, auf die bereicherungsrechtliche Grundsätze, §§ 812 ff. BGB, Anwendung finden sollen. Danach aber ist eine mehrfache Kondiktion ein und desselben „Erlangten“ ausgeschlossen. Das Bereicherungsrecht dient der Rückabwicklung rechtsgrundloser Vermögensverschiebungen. Die Vorschriften der §§ 812 ff. BGB bieten eine am unrechtmäßigen „Haben“ anknüpfende, besondere, korrigierende Ausgleichsordnung, bei der Gegenstände oder Werte (d.i. das Erlangte bzw. dessen Surrogate), die sich zu Unrecht im Vermögen des Bereicherungsschuldners befinden, abgeschöpft werden, indem der Bereicherungsgläubiger einen entsprechenden Herausgabe- bzw. Wertersatzanspruch geltend machen kann.⁷¹ Sanktionscharakter hat das Bereicherungsrecht nicht; die §§ 812 ff. BGB regeln nicht Entreicherungsrecht.⁷² Dies wird auch nicht etwa durch die Vorschriften zur Haftungsverschärfung, §§ 818 S. 4, 819 BGB, in Frage gestellt. Denn danach entfallen zwar bestimmte Vergünstigungen, auf die sich nur der Gutgläubige berufen kann, wie insbesondere die Möglichkeit, bereicherungsmindernde Aufwendungen geltend zu machen.⁷³ Eine Änderung des bereicherungsrechtlichen Grundgedankens – dem *Ausgleich* einer nicht gerechtfertigten Vermögensbewegung⁷⁴ – ist damit indes

⁷¹ Vgl. *Lieb*, in: MüKo-BGB (2004), § 812, Rn. 1 m.w.N.

⁷² Vgl. *Lieb*, in: MüKo-BGB, a.a.O., § 812, Rn. 345 m.w.N.

⁷³ Einzelheiten etwa bei *Lieb*, in: MüKo-BGB, a.a.O., § 818, Rn. 148 ff.

⁷⁴ Vgl. nur *Heimann-Trosien*, in: BGB-RGRK, 12. Aufl., 1989, Vor § 812, Rn. 3 m.w.N.

nicht verbunden. Ist der Ausgleich erfolgt, indem die sich zu Unrecht im Vermögen des Bereicherungsschuldners befindlichen Gegenstände oder Werte abgeschöpft sind, kommt ein weiterer „Ausgleich“ schon begriffslogisch nicht in Betracht.

5. Zwischenergebnis zu „Erstanordnungen“ außerhalb des Anwendungsbereichs von Art. 54 SDÜ

Außerhalb des „Schengen-Raumes“ ist der Schutz gegen mehrfache Verfallsanordnung mit einem (noch) höheren Begründungsaufwand verbunden. Berücksichtigung findet die Erstanordnung unter Berücksichtigung der von der Rechtsprechung vertretenen Position zur Rechtsnatur des Verfalls lediglich im Rahmen der Ermessensvorschrift des § 73c StGB. Darüber hinaus lassen sich bereicherungsrechtliche Grundsätze gegen eine doppelte „Kondiktion“ des Erlangten anführen.

IV. Ergebnis und Resümee

Wer sich in entsprechenden Konstellationen mit Auslandsbezug vor einer mehrfachen Verfallsanordnung schützen will, muss argumentieren. Ob insoweit Art. 54 SDÜ Anwendung findet und Schutz bietet, ist nicht höchststrichterlich entschieden, lässt sich jedoch unter Berücksichtigung der vom EuGH in diesem Zusammenhang aufgestellten Grundsätze mit u.E. beachtlichen Argumenten vertreten. Außerhalb des „Schengen-Raumes“ ist der Betroffene nach bisheriger Rechtsprechung darauf angewiesen, dass die Erstanordnung im Rahmen der Ermessensentscheidung des Gerichts nach § 73c StGB angemessen berücksichtigt wird.

Die in beiden Konstellationen bestehenden Unsicherheiten könnten durch eine § 51 Abs. 3 StGB entsprechende Anrechnungsvorschrift ausgeräumt werden. Soll der Verfall nicht den Strafcharakter haben, den die Rechtsprechung ihm abspricht, ist eine solche Regelung dringend geboten.

Bewährung trotz Vollverbüßung in Untersuchungshaft?

Zugleich Anm. zu BGH 3 StR 159/08, Urteil v. 26. Juni 2008 = HRRS 2008 Nr. 847

Von Dr. Jörg Ziethen, Frankfurt am Main*

I. Überblick

Der Vollzug von Untersuchungshaft kann dazu führen, dass der dortige Freiheitsentzug die im Urteil auszusprechende Strafe erreicht oder gar übersteigt. Eine solche „vorzeitige Vollverbüßung“ bereitet ein besonderes Problem, wenn die auszusprechende Strafe an sich zur Bewährung ausgesetzt werden könnte. Der BGH vertritt in zuletzt beiläufig bestätigter Rechtsprechung den Standpunkt, dass bei vorzeitiger Vollverbüßung eine Bewährungsstrafe nicht in Betracht komme; vielmehr müsse – und zwar zu Gunsten des Angeklagten – eine Verurteilung zu einer unbedingten Freiheitsstrafe erfolgen. Der nachfolgende Beitrag setzt sich mit dieser Rspr. kritisch auseinander und plädiert für eine alternative Problemlösung, welche auch in Fällen der vorzeitigen Vollverbüßung dem Verurteilten den Rechtsvorteil der Bewährungsstrafe erhält.

II. Verhältnis von Bewährungs- und unbedingter Freiheitsstrafe

Das Institut der Bewährungsstrafe hat im Jahre 1953 Einzug in das StGB (dort § 23)¹ gehalten und wurde im

* Abg. Richter und wiss. Mitarbeiter am Institut für Kriminalwissenschaften und Rechtsphilosophie der Johann Wolfgang Goethe-Universität zu Frankfurt am Main.

- ¹ Die maßgebliche Vorschrift des § 23 StGB-1953 lautete:
- „(1) Das Gericht kann die Vollstreckung einer Gefängnis- oder Einschließungsstrafe von nicht mehr als neun Monaten oder einer Haftstrafe aussetzen, damit der Verurteilte durch gute Führung während einer Bewährungszeit Straferlaß erlangen kann (Strafaussetzung zur Bewährung).
- (2) Strafaussetzung zur Bewährung wird nur angeordnet, wenn die Persönlichkeit des Verurteilten und sein Vorleben in Verbindung mit seinem Verhalten nach der Tat oder einer günstigen Veränderung seiner Lebensumstände erwarten lassen, daß er unter Einwirkung der Aussetzung in Zukunft ein gesetzmäßiges und geordnetes Leben führen wird.
- (3) Strafaussetzung zur Bewährung darf nicht angeordnet werden, wenn
1. das öffentliche Interesse die Vollstreckung der Strafe erfordert, oder

Zuge der Großen Strafrechtsrechtsreform von 1969 (nunmehr §§ 56 ff.) ausgebaut.² Nach heute gängiger Interpretation dient es dazu, auf Grundlage des rechtsstaatlichen Übermaßverbots die repressive Reaktion auf das Maß des Erforderlichen zu begrenzen.³ Bestimmt wird dieses Maß durch die Abwägung zwischen dem spezialpräventiven Strafzweck effektiver Resozialisierung, das durch einen kurzzeitigen Strafvollzug regelmäßig Schaden leidet, und dem Gebot schuldangemessener Bestrafung zum Zwecke des Schuldausgleichs und ggf. der generalpräventiven Einwirkung auf die Allgemeinheit, welches eine Sanktion erfordern kann, die über eine bloße Geldstrafe hinausgeht. Im vorgenannten Sinne siedelt die Bewährungsstrafe als Zwischenglied der Sanktionskette zwischen Geld- und Freiheitsstrafe und ist gegenüber der letztgenannten als die mildere Sanktion zu verstehen.⁴ Begründen lässt sich dieses Stufenverhältnis grundsätzlich auf zweierlei Weise.

Bei einer prinzipienorientierten Betrachtung folgt das vorgenannte Stufenverhältnis einer durchgängigen Strukturentscheidung der gesamten Sanktions- und Sanktionsfolgenordnung. Die Strafaussetzung zur Bewährung kommt für einen gemessen am allgemeinen Strafrahmen (§ 38 StGB) schmalen Bereich am unteren Rand des Spektrums in Betracht. Die Bewährungsstrafe setzt demnach – retrospektiv – ein Mindermaß von Unrecht und

2. während der letzten fünf Jahre vor Begehung der Straftat die Vollstreckung einer gegen den Verurteilten im Inland erkannten Freiheitsstrafe zur Bewährung oder im Gnadenwege ausgesetzt oder
3. der Verurteilte innerhalb dieses Zeitraums im Inland zu Freiheitsstrafen von insgesamt mehr als sechs Monaten erurteilt worden ist.
 - (4) In den Fällen des Absatzes 3 Nummern 2 und 3 wird in die Frist die Zeit nicht eingerechnet, in der der Täter eine Freiheitsstrafe verbüßt oder auf behördliche Anordnung in einer Anstalt verwahrt wird.“
- ² Zur Entstehungsgeschichte vgl. MK-Groß, 1. Aufl. (2005), Vor §§ 56 ff. Rn. 6; LK-Hubrach, 12. Aufl. (2008), Vor § 56 Rn. 1 ff.
- ³ MK-Groß, § 56 Rn. 3; S/S-Stree, 27. Aufl. (2006), § 56 Rn. 3.
- ⁴ Einh. M. Vgl. etwa. MK-Groß, § 56 Rn. 64.

Schuld voraus; kehrseitig ist das Mindermaß von Unrecht und Schuld ein Umstand, welcher die Strafaussetzung zur Bewährung begründet (§ 56 Abs. 2 StGB). Zugleich bringt die Rechtsordnung durch die Bewährung – prospektiv – zum Ausdruck, dass sie dem Verurteilten vertraut und ihm darin vertraut, sich ohne stationäre Einwirkung zu bessern und zukünftig ein geordnetes und rechtstreuendes Leben zu führen. Insoweit liegt in der Strafaussetzung ein den persönlichen Strafmakel minderndes Zuerkenntnis einer günstigen Kriminalprognose. Hinzu tritt schließlich, dass der zur Bewährungsstrafe Verurteilte im Erfolgsfalle den Strafmakel früher verliert und sich daher schneller als unbestraft bezeichnen darf (§§ 34, 46, 53 BZRG).

Zur gleichen Bewertung gelangt man grundsätzlich auch bei einer folgenorientierten Betrachtung: Zwar bringt die Bewährungszeit eine Reihe von Beeinträchtigungen, welche für die Freiheitssphäre des Betroffenen nachteilig sind, mit sich, insbesondere durch die gerichtliche Überwachung seiner Lebensführung (§ 453b StPO), die Möglichkeit von Weisungen (§ 56c StGB) oder die Unterstellung unter einen Bewährungshelfer (§ 56d StGB).⁵ Indessen ist die Rechtsguteinbuße im Falle des unbedingten Freiheitsentzugs zweifellos größer. Durch die Inhaftierung erleidet der Betroffene eine massive Verkürzung seiner Freiheitsrechte; der Entzug der persönlichen Freiheit schränkt den Gebrauch nahezu sämtlicher anderer Grundrechte tatsächlich wie rechtlich ein. Die Bewährungsstrafe führt demgegenüber zu einer nur partiellen Verkürzung der Handlungsfreiheit. Der Betroffene verbleibt – insbesondere im Hinblick auf soziale Kernbereiche wie Familie, Beruf und Kommunikation – im Genuss einer Position, wie sie auch dem Unbestraften zuteil wird.

Tritt man an das Problem der Vorverbüßung infolge von Untersuchungshaft im Lichte der vorgenannten Begründungen heran, so ergibt sich bei prinzipienorientierter Betrachtung keine entscheidungserhebliche Änderung im Stufenverhältnis von Bewährungs- und unbedingter Freiheitsstrafe. Die Untersuchungshaft dient von Rechts wegen ausschließlich dem staatlichen Interesse an der Absicherung des Strafverfahrens (§§ 112, 230 StPO) bzw. der Kriminalprävention (§ 112a StPO). Sie begründet daher für den „unschuldig“ Verfolgten ein Sonderopfer im haftungsrechtlichen Sinne⁶ und löst kehrseitig die staatliche Verpflichtung zur Entschädigung aus, welche das Gesetz nach § 2 StrEG vollzieht. Aber auch für den „schuldig“ Verfolgten begründet die Untersuchungshaft eine Einbuße an Freiheitsrecht, die eine aufopferungsgleiche Lage⁷ begründen kann. Jedenfalls ist sie ein staatlich veranlasster Nachteil, den das Gesetz zugunsten des Betroffenen anerkennt. Handelt es sich demnach bei der Anrechnung von Untersuchungshaft um eine abwä-

gungserhebliche Maßnahme zugunsten des Verurteilten, so kann diese aus Gründen der Wertungseinheit das zugunsten des Verurteilten bestehende Stufenverhältnis zwischen Bewährungs- und unbedingter Freiheitsstrafe nicht aufheben.

Bei folgenorientierter Betrachtung formuliert die Vorverbüßung hingegen für die Bestimmung des Stufenverhältnisses von Bewährungsstrafe und unbedingter Freiheitsstrafe ein Problem: Auf der einen Seite droht dem Verurteilten durch den Fortfall der Vollstreckungsmöglichkeit kein weiterer Freiheitsverlust; wird infolge der Anrechnung von Untersuchungshaft eine verhängte Strafe vollständig abgegolten, so verlässt der Betroffene den Gerichtssaal als „freier Mensch“. Demgegenüber würde sich der Betroffene durch den Status der Bewährung und die damit grundsätzlich verbundenen staatlichen Eingriffs- und Überwachungsbefugnisse schlechter stellen. Auf der anderen Seite verbleibt es dabei, dass die Bewährungsstrafe den Betroffenen infolge der verkürzten Aufnahme- und Tilgungsfristen (vgl. §§ 34, 46 BZRG) jedenfalls registerrechtlich besser stellt. Ob dies bei Gesamtbeurteilung dazu führt, dass sich die Relation von unbedingter Freiheits- und Bewährungsstrafe umkehrt, hängt von einer Abwägung beider Faktoren ab, für die ein allgemein verbindlicher Maßstab allerdings kaum ersichtlich ist. So mag es für den einen Verurteilten erstrebenswerter sein, sich zeitnäher vom Strafmakel zu befreien, während für den anderen die registerrechtlichen Nachteile unerheblich bleiben, so dass er durch die unbedingte Freiheitsstrafe weniger belastet wird. Auf Grundlage der folgenorientierten Betrachtung kommt es somit letztlich auf eine den Einzelfall betrachtende materielle Abwägung an.

III. Grundsatzentscheidungen des BGH

Der BGH hat sich mit dem hiesigen Problem der Anrechnung vollverbüßter Untersuchungshaft sowohl für den älteren Rechtszustand des § 23 StGB-1953⁸ als auch für den reformierten Rechtszustand auseinander gesetzt. Die zum älteren Rechtszustand ergangene Grundsatzentscheidung⁹ betraf die Revision eines wegen Beihilfe zu einem Sexualdelikt zu einer sechsmonatigen Bewährungsstrafe Verurteilten, der sich bereits siebeneinhalb Monate in Untersuchungshaft befunden hatte und bewährungsunwillig war. Der BGH verhalf der Revision zum Erfolg. Zwar sei das Interesse eines Verurteilten, „lieber seine Strafe alsbald zu verbüßen als sich den gesetzmäßigen, zumutbaren Gesetzesauflagen zu fügen“, nicht im Sinne einer Beschwer schutzwürdig. Wohl aber bringe der Ausspruch über die Bewährung den Verurteilten in die Lage „beweisen zu müssen“, imstande zu sein, ein gesetzmäßiges und geordnetes Leben zu führen. Wer hingegen seine Strafe voll verbüßt habe, brauche dies nicht. Er unterliege der schlichten gegen jedermann gerichteten Erwartung, sich (zukünftig) straffrei zu führen. Zu Unrecht meine daher das Tatgericht, dass die Bewährung als Hilfestellung zur Erreichung des Ziels zukünftiger Straffreiheit eine Vergünstigung sei, die dem Verur-

⁵ Vgl. hierzu MK-Groß, § 56a Rn. 2.

⁶ Hierzu grundlegend BGHZ 60, 302.

⁷ Auf Grundlage der vorgenannten (Fn. 6) Entscheidung kommt für den „schuldigen“ Untersuchungshäftling eine aufopferungsgleiche Lage in Betracht, wenn seine Inhaftierung Sonderopfer im staatshaftungsrechtlichen Sinne ist. Ein solches Sonderopfer liegt jedenfalls dann nahe, wenn die Untersuchungshaft unverhältnismäßig lange andauert hat. Letzteres dürfte bei vorzeitiger Vollverbüßung regelmäßig anzunehmen sein.

⁸ Zum Wortlaut der Norm vgl. o. Fn. 1.

⁹ BGH NJW 1961, 1220. Die nachfolgenden wörtlichen Zitate a.a.O.

teilen nicht vorenthalten werden dürfe. Vielmehr bringe der Ausspruch über die Strafaussetzung zur Bewährung den Vorverbüßer in eine „schlechtere Lage“.

Dieser Linie ist der BGH auch für den Rechtszustand nach 1969 gefolgt – wenn auch mit anderer Zielrichtung. In seiner jüngeren Grundsatzentscheidung¹⁰ wandte sich der BGH gegen die Revision des Angeklagten, der nach Anklage wegen Totschlags lediglich aufgrund eines Körperverletzungsdelikts verurteilt worden war. In seiner die Revision verwerfenden Entscheidung stellte der BGH zunächst die Übertragbarkeit des zu § 23 StGB-1953¹¹ entwickelten Gedankens auf die reformierte Rechtslage fest. Sodann anerkannte der BGH zwar die Erheblichkeit der zwischenzeitlich eingetretenen registerrechtlichen Bedeutung der Strafaussetzung, setzte ihr aber eine funktionale Betrachtung entgegen. Bewährung und Verlust der Vollstreckbarkeit infolge der Anrechnung seien miteinander unverträglich. Der Verurteilte solle durch die bei Bewährungsversagen drohende Strafvollstreckung und durch den bei Bewährungserfolg zu erwartenden Straferlass zu einem Leben ohne Straftat angehalten werden. Diese motivierende Wirkung falle durch die Anrechnung weg. Mit Blick auf die Abwägung der Belastungswirkung der Bewährungsaufgaben einerseits und der registerrechtlichen Vorteile der Bewährung andererseits verwies der BGH schließlich auf die Möglichkeit, eine vorzeitige Tilgungsanordnung durch den Generalbundesanwalt (§§ 37, 47 BZRG a.F.; jetzt §§ 39, 49 BZRG) herbeizuführen. Im Ergebnis stellte der BGH daher ein Überwiegen der bewährungsrechtlichen „Nachteile“ fest.

Die hiesige Entscheidung¹² setzt diese Rechtsprechung fort und vertieft sie. Der Sache lag erneut die Konstellation einer Anklage wegen eines Tötungsdelikts zugrunde, die lediglich zu einer Verurteilung wegen Körperverletzung geführt hat. Auf die von der Staatsanwaltschaft zu Ungunsten des Angeklagten eingelegte Revision hat der BGH das Urteil aufgehoben und die Sache zurückverwiesen. Während sich der BGH in vergleichbarer Prozesslage zuletzt¹³ nur zu einem Hinweis veranlasst gesehen und dem Instanzgericht die ständige Rechtsprechung zur Unvereinbarkeit von Vorverbüßung und Bewährung als bloße „Segelanleitung“ mit auf den Weg gegeben hatte, hat sich das Gericht nunmehr gewillt gezeigt, den Grundsatz zum Anlass einer Urteilkorrektur nach § 301 StPO zu nehmen.

IV. Kritik der Rechtsprechung

Die vorgenannte prozessuale Effektivierung verdeutlicht, dass die Rspr. an der Richtigkeit und Überzeugungskraft des vermeintlichen Rechtsvorteils unbedingter Freiheitsstrafe keine erkennbaren Zweifel hat. Dies mag darauf beruhen, dass die Literatur – im Gegensatz zu älteren

Kommentarlage¹⁴ – zwischenzeitlich keinen nennenswerten Gegenentwurf vorhält.¹⁵

In der Sache neigt der BGH einer folgenorientierten Betrachtung der Problemstellung zu. Beide Entscheidungen werden von der Frage regiert, ob eine Bewährung ohne die Aussicht auf das drohende Strafübel funktionieren kann. Der BGH verneint die Frage, weil er die Bewährung im Ursprung als Verdienstleistung versteht. Der Verurteilte erhalte die Chance, die Verbüßung der zuerkannten Haftstrafe aufgrund einer tadellosen Lebensführung abzuwenden. Historisch ist dieser Gedanke verständlich, weil für den deutschen Rechtskreis das Institut der Bewährung aus dem Gnadenrecht hervorgegangen ist.¹⁶ Entsprechend ist für den Rechtszustand vor 1969 die Rechtsnatur der Bewährung umstritten geblieben.¹⁷ Das Gesetz selbst hatte eine normativ-kausale Beziehung zwischen Wohlverhalten und Straferlass vorgezeichnet und gemäß § 23 Abs. 1 StGB-1953¹⁸ die Aussetzung ermöglicht, „damit der Verurteilte durch gute Führung während einer Bewährungszeit Straferlaß erlangen kann“. Innerhalb dieses Konzepts der Bewährungsstrafe wirkt sich die Beseitigung der Vollstreckungsmöglichkeit durch Anrechnung der Untersuchungshaft zweifellos sinnentleerend aus, weil die Bewährung nichts mehr bewirken kann: Die einmal durch Anrechnung abgewandte Strafvollstreckung kann nicht ein zweites Mal durch Erlass beseitigt werden. Der BGH vermochte daher bei seiner früheren Entscheidung die Anrechnung vollverbüßender Untersuchungshaft bereits „begrifflich“ für ausgeschlossen halten.¹⁹ Die Hinwendung zur Begriffsebene ist zugleich ein argumentativer Wendepunkt. Der BGH begibt sich nämlich nicht auf die – in der Logik einer folgenorientierten Problemlösung an sich gebotene – Ebene der Einzelfallabwägung, sondern gelangt über die Begriffsebene zu einer abstrahierenden Betrachtung, in deren Folge er die grundsätzliche Benachteiligung des Betroffenen durch die Strafaussetzung zur Bewährung feststellt. Dem ist der BGH auch für den reformierten Rechtszustand gefolgt. Zugleich hat er den normativ geprägten Verdienstgedanken durch ein empirisch orientiertes Steuerungsmodell verstärkt: Der Betroffene solle während der Bewährungszeit zu einem straffreien Leben drohend motiviert und der erfolgreich Bewährte mit dem endgültigen Fortfall der Strafvollstreckung belohnt werden²⁰. Nach diesem Verständnis besteht zwischen Straferlass und Bewährung eine doppelte Beziehung, nämlich eine normativ-kausale (Straferlass, weil Wohlverhalten) und eine spiegelbildliche faktisch-finale (Wohlverhalten, damit Straferlass). Für das zentrale Argument der funktionalen Unverträglichkeit von Anrechnung und Bewährung wirkt diese Modellierung affirmativ, weil mit der Droh- und Belohnungswirkung der Strafvollstreckung

¹⁰ BGHSt 31, 25 = NJW 1982, 1768 mit abl. Anm. Stree, NSTz 1982, 326.

¹¹ Zum Wortlaut der Norm vgl. o. Fn. 1.

¹² BGH 3 StR 159/08, Urteil v. 26. Juni 2008 = HRRS 2008 Nr. 847.

¹³ BGH 1 StR 278/05, Urteil v. 21. Februar 2006 = HRRS 2006 Nr. 312.

¹⁴ Vgl. etwa S/S-Schröder, 12. Aufl. (1965), § 23 Rn. 16; ferner Stree o. Fn. 10.

¹⁵ Unkritisch etwa SK-Horn, 8. Aufl. (2001), § 56 Rn. 8a; LK-Hubrich, § 56 Rn. 7.

¹⁶ LK-Hubrich, Vor § 56 Rn. 2.

¹⁷ Vgl. Schwarz/Dreher, 29. Aufl. (1969), § 23 sub 1. Die Diskussion nannte „Gnade“, „Maßregel“, „kriminalpolitisches Reaktionsmittel eigener Art“.

¹⁸ Zum Wortlaut der Norm vgl. o. Fn. 1.

¹⁹ BGH (o. Fn. 9) a.a.O.

²⁰ BGH (o. Fn. 10) a.a.O.

das Instrumentarium positiver wie negativer Einwirkung auf den Verurteilten entfällt.

Diese argumentative Hinwendung zu einer faktischen Betrachtung geht allerdings mit einer bemerkenswerten Distanzierung zur gesetzgeberischen Modellierung des Bewährungsgedankens einher. So mochte das Gesetz in seiner früheren Fassung zwar nahe gelegt haben, den Straferlass als Honorierung von Wohlverhalten zu verstehen (vgl. auch § 25 Abs. 1 StGB-1953²¹). Nach neuerer Gesetzeslage ist der Straferlass jedoch schlichte Folge des ausbleibenden Widerrufs (§ 56g Abs. 1 StGB). Versteht man diese Modifikation nicht als bloße rhetorische Kosmetik, so greift sie die von der Rspr. zugrunde gelegte Verknüpfung von Straferlass und Bewährung in der Grundlegung an. Dies beruht zum einen auf der normativen Relativierung des Erlassgrundes: An die Stelle eines selbst werthaltigen Positivmerkmals (Bewährung) ist ein Negativmerkmal ohne normativen Eigenwert (Nicht-Widerruf) getreten. Zum anderen bewirkt die Substitution eines Positivmerkmals durch ein Negativmerkmal eine tatsächliche Aufweitung des Tatbestands (wie dies im materiellen Recht etwa auch im Verhältnis von Tun und Unterlassen bekannt ist). Für die hier maßgebliche Frage der Erledigung einer Bewährungsstrafe durch die Anrechnung von Untersuchungshaft verdeutlicht sich das Vorgenannte wie folgt: Zwar wird man die Verbüßung von Untersuchungshaft nicht als Akt erfolgreicher Bewährung oder gar als Verdienstleistung verstehen können; wohl aber die Anrechnung von Untersuchungshaft als (dauerhaften) Grund für den Nicht-Widerruf.

Hinzu tritt, dass das Gesetz die von der Rspr. zugrunde gelegte faktisch-finale Beziehung von Straferlass und Wohlverhalten nicht widerspiegelt. Insbesondere redet das Gesetz nicht der Konditionierung des Verurteilten durch Bedrohung und Belohnung das Wort, sondern spricht in § 56 StGB davon, dass der Verurteilte sich „die Verurteilung zur Warnung dienen lassen und zukünftig auch ohne die Einwirkung des Strafvollzugs keine Straftaten mehr begehen wird“. Es ist also nicht die zu erwartende Strafe, welche von Gesetzes wegen auf den Betroffenen einwirken soll, sondern die Verurteilung als solche. Das Gesetz fordert fernerhin nicht, dass sich der Verurteilte unter dem Eindruck der drohenden Strafe zukünftig straffrei führt, sondern nur, dass es in seiner Person der Einwirkung des Strafvollzugs nicht bedarf. Beides ist für die hier erhebliche Vorstellung einer Synthese von Anrechnung und Bewährungsstrafe von Bedeutung: Im normativen wie tatsächlichen Sinne kann auf den Straftäter auch eine Verurteilung ohne die Bedrohung mit Strafvollzug einwirken, und für eine günstige Kriminalprognose ist das Ausloben einer Belohnung nicht unerlässlich. Die – im Übrigen wenig feinsinnige – Psychologisierung des Bewährungsgedankens wird man daher als Missgriff zurückzuweisen haben. Überzeugender Weise entscheidet sich der Streit über die Behandlung des vorliegenden Problems auf der Normebene.

In deren Zentrum steht die für die Rechtsauffassung des BGH grundlegende Hypothese der funktionalen Inkomp-

patibilität von Bewährung und Vollarrechnung. Der BGH stützt sich auf die Erwägung, dass die Bewährung nach den §§ 56 ff. StGB eine „Modifikation“ der Strafvollstreckung darstelle, welche jedoch dann nicht mehr möglich sei, wenn „die Vollstreckung infolge der (...) Anrechnung der Untersuchungshaft bereits erledigt ist“²². Diesem Argument ist zuzugestehen, dass die Abänderung – zumal die Pflichten begründende Abänderung – einer nicht mehr zur Umsetzung gelangenden Sanktion paradox erscheint. Allerdings ist die zur Paradoxie führende Überlegung unzulässig verkürzt. Das Gesetz spricht nämlich nicht von einer Erledigung *der Vollstreckung*, sondern von der Erledigung *der Strafe* infolge der Anrechnung von Untersuchungshaft (vgl. § 51 Abs. 4 StGB). Es wird also durch die Anrechnung kein bloßes Vollstreckungshindernis begründet. Die Anrechnung berührt den Strafanspruch selbst – indem sie ihn „erledigt“. Was damit der Sache nach gemeint ist, verdeutlicht die folgende Überlegung.

V. Gegenkonzept der „Erledigung durch Anrechnung“

Generell meint „Erledigung“ die Überholung der bestehenden Rechtslage durch ein Ereignis, welches die Rechtslage materiell verändert. So liegt der Fall auch bei der Vorverbüßung durch Untersuchungshaft. An sich folgt die Strafvollstreckung sachsystematisch auf das Urteil, und zwar nicht nur zeitlich, sondern normativ-kausal; die Strafe ist zu vollstrecken, *weil* das Urteil sie anordnet. Die Vorverbüßung der Strafe durch Untersuchungshaft stellt diese kausale Beziehung auf den Kopf. Der hierdurch drohenden normativen Unordnung wirkt das Institut der Anrechnung entgegen, indem es die kausale Wirkung fingiert: Das vor dem Urteilsspruch Erlittene *gilt als* aufgrund des Urteils erlitten. Die Untersuchungshaft erhält so die rechtliche Wirkung von Strafhafte.²³ Diese Verschiebung des tatsächlich Vergangenen in das rechtlich Zukünftige bewirkt eine „Überholung“ der Rechtslage im eingangs genannten Sinne. Dogmatisch lässt sich diese Überholung wie folgt nachzeichnen: Das die Strafe aussprechende Urteil bringt in der logischen Sekunde des Urteilsspruchs infolge der Anrechnung der Untersuchungshaft eine Rechtstatsache hervor, welche sich der Strafe materiell entgegenstellt; in klassischer Diktion: Der Strafanspruch ist im Moment seiner Entstehung erfüllt – und die Strafe daher „erledigt“. Technisch kann dies durch eine entsprechende Tenorierung zum Ausdruck gebracht werden, etwa in der Form: „Der Angeklagte wird wegen (...) zu einer Freiheitsstrafe von (...) auf Bewährung verurteilt; die Strafe ist infolge der Anrechnung von Untersuchungshaft erledigt.“

Im Lichte der streitregierenden Positionen weist das hier vorgeschlagene Erledigungsmodell den Weg zu einer synthetischen Lösung der eingangs genannten Problemstellung. Bei prinzipienorientierter Betrachtung ist das Erledigungsmodell vorzugswürdig, weil es das normative Stufenverhältnis von Bewährungs- und unbedingter Freiheitsstrafe auch im Falle der Vorverbüßung erhält. Die

²¹ § 25 Abs. 1 StGB-1953 lautete: „Hat der Verurteilte sich bewährt, so wird die Strafe nach Ablauf der Bewährungszeit erlassen.“

²² BGH (o. Fn. 10) a.a.O.

²³ In diesem Sinne bereits Frank, RStGB, 18. Aufl. 1931, § 60 sub I.

wertungsmäßige Konsistenz ist allerdings auch bei folgenreicherer Betrachtung durchaus geboten. Dies verdeutlicht die folgende Überlegung: Würde die zuzuerkennende Strafe die Zeit der Untersuchungshaft überschreiten, läge also lediglich ein Fall einer vorzeitigen Teilverbüßung vor, bestünde an der Möglichkeit – und revisionsrichterlich voll überprüfbarer Pflicht – zur Strafaussetzung auf Bewährung angesichts der klaren Regelung in § 56 Abs. 4 S. 2 StGB kein Zweifel. Dies bedeutet, dass der zeitliche Ablauf von Untersuchungshaft, Hauptverhandlung und Urteil im Grenzfall (bei den hier maßgeblichen geringen Strafen: durch Differenz von einer Woche, vgl. § 39 StGB) über Wohl und Wehe der Bewährung entscheidet. Auf Grundlage der bestehenden Rspr. wird der eine Bewährungsstrafe anstrebende Angeklagte daher darauf bedacht sein müssen, im Wettlauf von Verfahrensdauer und Straferwartung den „rettenden Vorsprung“ der Straferwartung zu erhalten. Es kann aber nicht sein, dass der Angeklagte seine Rechte innerhalb eines Verfahrens wahren muss, bei welchem die Zeit gegen ihn arbeitet. Das Strafrecht verneint nicht nur verfahrensrechtlich eine Pflicht des Angeklagten, seine eigene Verurteilung zu beschleunigen. Ihm ist auch eine hierauf bezogene materiellrechtliche „Obliegenheit“ fremd. Das Erledigungsmodell führt dem entsprechend zu einer Entkoppelung von Verfahrensverlauf und Strafzumessungsfrage. Der Angeklagte kann seine Verfahrensrechte wahren, ohne befürchten zu müssen, durch schlichten Zeitablauf vor Tatsachen gestellt zu werden, die sich bei der Strafzumessung zu seinem Nachteil auswirken.

In der Sache bewirkt die Erledigung die Beseitigung des Strafübels. Sie steht jeder weiteren nachteiligen Einwirkung auf den Verurteilten (Belegung mit Strafe im materiellen Sinn) entgegen. Weisungen, Auflagen oder die Bestellung eines Bewährungshelfers verbieten sich daher im Falle der Anrechnung der Vorverbüßung. Das Gesetz sieht diese Maßnahmen auch nur fakultativ vor, so dass sie ohne Weiteres unterbleiben können. Infolge der Anrechnung verlässt der Angeklagte daher den Gerichtssaal als „freier Mensch“ und erlangt den Status eines erfolgreich Bewährten. Die hierin liegende Begünstigung des Verurteilten, der sich tatsächlich nicht mehr zu bewähren braucht, ist bei wertender Betrachtung Kehrseite seiner Überbeanspruchung durch die Untersuchungshaft. Bei letztgenannter handelt es sich nämlich um den in Relati-

on zur Straftat schwerer wiegenden Rechtsguteingriff, weil die Untersuchungshaft sämtliche Nachteile des kurzzeitigen Freiheitsentzugs in sich birgt, ohne eine resozialisierende Wirkung für den Betroffenen zu entfalten²⁴. Diese Läsionswirkung der Untersuchungshaft begründet im Falle der Vollverbüßung das *ex post* zutage tretende Missverhältnis von Zweck und Mittel; die durch sie hervorgerufene Rechtsguteinbuße übersteigt das materiell Gebotene. Hinzu tritt, dass der Grund für die übermäßige Beanspruchung überwiegend in der Sphäre der Strafverfolgungsbehörden gelegen hat (widrigenfalls hätte die Anrechnung der Untersuchungshaft unterbleiben können, vgl. § 51 Abs. 1 S. 2 StGB). Besonders deutlich ist dies in den für die hiesige Problemkonstellation durchaus kennzeichnenden Fällen eines zu hoch gegriffenen Anklagevorwurfs, der die Anordnung der Untersuchungshaft tatsächlich und – gerade beim Vorwurf der Tötung – auch rechtlich erleichtert haben kann (vgl. § 112 Abs. 3 StPO). Insoweit fordert das schlichte Gebot der Gerechtigkeit Gehör, dass ein Missgriff der Strafverfolgungsbehörden den Angeklagten nicht schlechter zu stellen hat. Das hier vorgeschlagene Festhalten an der Möglichkeit der Bewährungsstrafe erscheint von daher nicht nur materiell geboten, sondern auch verfahrensrechtlich.

VI. Zusammenfassung

Die von der Rspr. praktizierte Versagung der Bewährung für vorzeitige Vollverbüßung in Untersuchungshaft ist gesetzlich nicht geboten. Sie ist zudem wertungsmäßig widersprüchlich und führt zu einer Mehrbelastung des Verurteilten auf allen Gebieten (prozess-, materiell- und registerrechtlich). Die Alternative liegt im hier vorgeschlagenen Erledigungsmodell, nach welchem die Anrechnung von Untersuchungshaft zur Erledigung der Strafe führt. Die Erledigung ist im Tenor der Entscheidung zum Ausdruck zu bringen. Vorgeschlagen wird die Form: „Der Angeklagte wird wegen (...) zu einer Freiheitsstrafe von (...) auf Bewährung verurteilt; die Strafe ist infolge der Anrechnung von Untersuchungshaft erledigt.“

²⁴ Vgl. zuletzt BVerfG 2 BvR 806/08, Kammerbeschluss v. 11.06.2008 m.w.N. aus der Rspr. d. BVerfG.

Dokumentation

Verfahrensdokumentation

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

zum weiteren Ausbau der Dokumentationsrubrik beizutragen.

Schrifttum

Detlef Burhoff (Hrsg.): Handbuch für das straßenverkehrsrechtliche OWi-Verfahren, ZAP Verlag, 2. Auflage, 98,- EUR, Münster 2008

Nicht weniger als 53 Millionen Menschen haben in Deutschland einen Führerschein. 50 Millionen Kraftfahrzeuge sind zugelassen. 2,3 Millionen Verkehrsunfälle jährlich werden polizeilich erfasst. Alleine in Berlin werden jedes Jahr 3,2 Millionen Bußgeldbescheide erlassen bzw. Verwarnungsgelder verhängt. Dabei betreffen von den bei Amtsgerichten anhängigen Bußgeldverfahren rund 90% straßenverkehrsrechtliche Ordnungswidrigkeiten.

Schon angesichts dieser Zahlen nimmt es nicht Wunder, dass dem Ordnungswidrigkeitenrecht in der anwaltlichen und gerichtlichen Praxis ein hoher Stellenwert zukommt. Dass das von Burhoff herausgegebene Handbuch für das straßenverkehrsrechtliche OWi-Verfahren bereits recht kurz nach der Erstveröffentlichung in zweiter Auflage erscheint, ist gewiss nicht nur der Bedeutung des abgehandelten Themas geschuldet. Die Nachfrage nährt sich vor allem aus der unbedingten Praxistauglichkeit dieses Werks, das mit rund 1.500 Seiten gegenüber der Erstauflage nochmals um die Hälfte zugelegt hat. Mag es den Begriff des Handbuchs auch auf eine harte Probe stellen, so bürgt doch bereits das Autorenteam für unbedingte Praxishöhe. Es besteht neben dem nicht zuletzt wegen seiner Handbücher bekannten Burhoff, Richter am OLG Hamm a.D., aus vier Rechtsanwälten und zwei weiteren Richtern. Alle sind ausgewiesene Kenner der von ihnen bearbeiteten Teilgebiete.

Die bewährte Struktur der Erstauflage wurde beibehalten. Das gilt für die in anderen Burhoff-Handbüchern erprobte lexikalische Darstellung ebenso wie für die zahlreichen Praxishinweise, die Arbeits- und Formulierungshilfen und die Checklisten. Ein mit wenigen, knappen Sätzen gefülltes Fenster („Das Wichtigste in Kürze“) ist jedem abgehandelten Stichwort vorangestellt. Auf diese Weise erlangt der mit der Materie noch nicht vertraute Leser einen ersten, groben Überblick. Es folgen – wiederum zu jedem Stichwort – Literaturhinweise. Neben dem Icon eines erhobenen Zeigefingers folgen – anders als man bei einer Abhandlung zum Fehlverhalten im Straßenverkehr meinen könnte – weder wachtmeisterliche Schelte noch schulmeisterliche Belehrungen. Vielmehr enthält der folgende Fließtext in grau unterlegtem Feld wertvolle Tipps für den Verteidiger. Zentrale Themen werden häufig als Aufzählung dargestellt; so werden in übersichtlicher und einprägsamer Weise inhaltliche Strukturen herausgearbeitet und im wahrsten Sinne des

Wortes veranschaulicht. Überhaupt: Insgesamt erinnert die Darstellung in ihrer konsequenten Orientierung am Bedarf des Lesers etwas an die Skripte juristischer Repetitorien. Dazu tragen auch die vielen Fallbeispiele bei. Die Darstellung der wichtigen Themen in ABC-Form wird flankiert von einem umfangreichen Stichwortregister, das ausschließlich auf Randnummern verweist und zwei weiteren Inhaltsverzeichnissen. Das eine, herkömmliche Verzeichnis enthält die nunmehr insgesamt 230 Themenstichwörter, das andere umfasst Hinweise auf Antragsmuster, Übersichten und Checklisten. Ein Gesetzesregister enthält allerdings auch die Neuauflage nicht. Hingegen enthält auch die zweite Auflage eine CD-ROM, auf der sich die im Buch genannten Muster als Word-Dateien sowie weitere Arbeitshilfen, zum Beispiel der Bußgeldkatalog, befinden. Gerade in kleineren Rechtsanwaltskanzleien wird dieses Hilfsmittel besondere Anerkennung finden. Alle diese *Werkzeuge* machen ebenso wie die unpräzise und schnörkellose Sprache deutlich, dass es den Autoren des Werks nicht vorrangig um die Teilnahme am wissenschaftlichen Diskurs geht, sondern darum, dem Praktiker schnell und präzise zu helfen.

Was nutzten diese Werkzeuge, würden sie nicht begleitet von einem überzeugenden Inhalt? Es ist das Verdienst von Herausgeber und Autoren, alle relevanten Themen des Verfahrensrechts und die zentralen Bereiche des materiellen Rechts abzuhandeln. Entsprechend der anwaltlichen Praxis bildet das Verfahrensrecht den Schwerpunkt des Handbuchs. Folgerichtig befasst sich das Buch auf mehr als 30 Seiten mit dem *Bußgeldbescheid*, wiederum alphabetisch gegliedert nach *Allgemeines, Berichtigung, Erlass, Inhalt, Mängel* (sehr wichtig!), *Rücknahme* und *Zustellung*. Die zahlenmäßig gar nicht so relevante, dafür umso schwierigere *Rechtsbeschwerde* erhält gar 90 Seiten. Es ist nur konsequent, dass die Autoren im Bereich des sachlichen Rechts Schwerpunkte setzen. Burhoff bekennt sich dazu, die Darstellung auf die Themenbereiche *Geschwindigkeitsüberschreitung, Rotlichtverstoß, Abstandsüberschreitung* und *Verstöße nach § 24a StVG* beschränkt zu haben. Das ist zwar nicht ganz richtig. Denn unter einen werden diese Themen nahezu ausschließlich unter verfahrensrechtlichen Gesichtspunkten, nämlich der Zuverlässigkeit der Beweisverfahren, erörtert. Zum anderen werden auch die dem materiellen Recht zuzuordnenden Rechtsfolgen ausführlich behandelt, namentlich das Fahrverbot (130 Seiten). Tatsächlich enthält das Werk aber keine Ausführungen zu den schon als Unfallursachen *statistisch* überaus relevanten Verstößen nach §§ 8 (Vorfahrt), 9 Abs. 3 StVO (Abbiegen) sowie § 9 Abs. 5 StVO (Wenden, Rückwärtsfahren). Aber all das ist unter dem Gesichtspunkt der Praxisrelevanz folgerichtig. Denn Geschwindigkeitsüberschreitungen – sie schlagen nun-

mehr mit 200 Seiten zu Buche, die klarer und übersichtlicher kaum sein könnten – sind forensisch ausschließlich unter dem Aspekt der Nachweisbarkeit von Interesse. Das Gleiche gilt für die anderen Themenkomplexe. Und die tatsächlich außen vor bleibenden §§ 8, 9 Abs. 3 und Abs. 5 StVO erfordern vergleichsweise wenig anwaltliches (Vor-)Wissen. Neu aufgenommen wurden mehrere Stichwörter, u. a. „Ladungssicherung“, „LKW-Maut“ und – angesichts der nicht enden wollenden Rechtsprechungsveröffentlichungen unvermeidlich: „Mobil- oder Autotelefon“.

Zusammenfassend ist festzustellen, dass die Neuauflage des Handbuchs für das straßenverkehrsrechtliche OWi-Verfahren inhaltlich und „handwerklich“ überzeugt. Es bietet dem Praktiker, was er braucht: Schnell zugängliche und kompakt, aber verständlich aufbereitete Informationen zu allen forensisch relevanten Themen. Den in diesem Bereich tätigen Rechtspraktikern – Anwälten und Richtern gleichermaßen – sei es empfohlen.

RiKG **Urban Sandherr**, Berlin

Markus Löffelmann. Die normativen Grenzen der Wahrheitserforschung im Strafverfahren, 373 Seiten, Verlag De Gruyter Recht, 98,- EUR, Berlin 2008

Es ist ein Klassiker unter den strafprozessualen Streitfragen – und, etwa vor dem Hintergrund der zunehmenden Internationalisierung des Rechts und der Herausforderungen durch den internationalen Terrorismus, von ungebrochener Aktualität: Welche Folgen haben Rechtsverstöße bei der Erlangung von Beweismitteln? Zuletzt stand die Thematik im Mittelpunkt des 67. Deutschen Juristentages in Erfurt. Gerade rechtzeitig zu diesem Ereignis erschien mit dem Band „Die normativen Grenzen der Wahrheitserforschung im Strafverfahren“ von dem Staatsanwalt *Dr. Markus Löffelmann* ein Werk, welches nicht nur den bisherigen Verlauf der Diskussion in Rechtsprechung und Schrifttum zusammenfasst, sondern auch der sich zuletzt vielfach in bewährten Argumentationsmustern erschöpfenden Debatte neue Impulse verleihen könnte. Und das, obwohl – oder gerade weil – der Autor von vornherein darauf verzichtet, eine detaillierte und umfassende Gesamtlösung gleichsam wie das Kaninchen aus dem Hut ziehen oder eine geschlossene neue „Theorie“ begründen zu wollen. Vielmehr geht es ihm erkennbar darum, aus einer Rückbesinnung auf erkenntnistheoretische Grundlagen Schwachpunkte bisher veriteter Beweisverbotslehren zu kennzeichnen, Hergebrachtes zu hinterfragen und neue Sichtweisen zu eröffnen, um so weitere Überlegungen anzustoßen – ein Anliegen, das es zweifellos rechtfertigt, der Fülle der Publikationen zu diesem Thema eine weitere hinzuzufügen.

Die (ohne die umfangreichen Anhänge) knapp 300 Seiten starke, gut lesbare Monographie gliedert sich in fünf Abschnitte, die wiederum in zweifacher Weise aufeinander bezogen sind: Einmal durch den Gegensatz von Problemanalyse in den ersten drei und Lösungsansätzen in den folgenden Teilen, zum anderen durch die Einrah-

mung der praxisbezogenen Ausführungen durch rechtsphilosophische und wissenschaftstheoretische Betrachtungen im ersten und letzten Abschnitt. Auch wenn dem abschließenden Ausgreifen auf wissenschaftstheoretische Aspekte im unmittelbaren Anschluss an die Erörterung sehr praktischer Fragen auf den ersten Blick etwas Abruptes anhaftet, erweist sich diese Konzeption vor dem Hintergrund der Intention, gerade die erkenntnistheoretischen Grundlagen fruchtbar zu machen, insgesamt als stimmig.

Der gewählte Ansatz bedingt zunächst einige Begriffsklärungen, die Aufdeckung von „Vor“-Urteilen, um den weiteren Gang der Betrachtung nachvollziehbar zu machen. Da ist zunächst der Topos „Grenzen“, unter dem der Autor in Anlehnung an den kritischen Rationalismus und die moderne Hermeneutik die Bedeutung der Sprache für die Definition und Beschreibung von Sachverhalten betont (Begriffe sind Grenzen); zugleich hebt er die notwendige Einwirkung subjektiver Einschätzungen und Vorprägungen des Beurteilenden (also des Richters) hervor. Als zweites behandelt *Löffelmann* den Terminus der „Normativität“, wobei er Parallelen zwischen dem Erkennen normativer und empirischer Sachverhalte zieht. Der dritte Begriff – zentral für die weitere Untersuchung – ist „Wahrheit“, vom Autor als „geurteilte Wahrscheinlichkeit des Wahrseins eines Urteils“ definiert, ehe „Verfahren“ diesen Teil beschließt.

Hiervon ausgehend analysiert der Autor sodann die einfachgesetzlich, richterrechtlich, verfassungsrechtlich und menschenrechtlich in Praxis und Lehre entwickelten Begrenzungen der Wahrheitserforschung im Strafverfahren. In diesem – weitgehend deskriptiven – Teil fasst er die wesentlichen Problemstellungen und die wichtigsten Lösungsvorschläge, wenn auch zwangsläufig etwas kursorisch, zusammen. Dabei kann er auf eine reichhaltige, in zahlreichen Fußnoten und Anlagen niedergelegte Sammlung von Judikaten und Publikationen zurückgreifen. Sein Ergebnis, letztlich könne keine der in Praxis oder Schrifttum vertretenen Lösungsversuche befriedigen, vermag nicht wirklich zu überraschen, zumal es dieses Buches wohl sonst auch nicht bedurft hätte.

Im Rahmen der darauf aufbauenden „Fundamentalanalyse“ gelingt es dem Autor, seine vor allem auf Beweisverbotslehren bezogene Kritik an einigen besonders augenfälligen Unstimmigkeiten festzumachen. Dabei überzeugt, dass er die Erforschung der Wahrheit – verstanden als Versuch der Ergründung des Geschehens, wie es sich tatsächlich zugetragen hat – nicht nur zum Ausgangspunkt seiner weiteren Überlegungen macht, sondern auch deren überragende Bedeutung herausstellt, weil ohne sie die wesentlichen Zwecke des Strafverfahrens nicht erreicht werden können. Dies begründet er auch mit den legitimen Interessen der Opfer von Straftaten an einer möglichst exakten Feststellung der Tat, so dass Einschränkungen der Wahrheitserforschung auch unter diesem Aspekt der Rechtfertigung bedürfen. In der Folge setzt *Löffelmann* Beweisverbotslehren und damit auch der von der Rechtsprechung praktizierten Abwägungslösung zwei wesentliche methodische Einwände entgegen: Zum einen sei die Abschichtung erlaubten von verbotenen Wissens im Laufe eines Verfahrens – auch für einen Richter – nicht möglich; zum anderen leide die Abwägungslö-

sung an einem Legitimationsdefizit und beruhe letztlich auf einer Fiktion, weil öffentliche und private Interessen hier untrennbar ineinander verwoben seien. Beide Kritikpunkte sind schwerlich von der Hand zu weisen. So wie das „Ausblenden“ verbotenen Wissens eine Fiktion darstellt, so begünstigt das Abwägungsmodell wenig vorhersehbare und von Grundeinstellungen des Richters beeinflusste Ergebnisse, auch wenn dieser Effekt etwa durch die Herausbildung von Fallgruppen gemildert werden kann. Als weiteren Schwachpunkt benennt der Autor die kaum lösbare Problematik bemakelter Beweismittel mit (teilweise) entlastender Wirkung, wobei er auch das Spannungsverhältnis zwischen Dispositionsbefugnis einerseits und gesetzlich vorgesehenen Lösungsverpflichtungen andererseits herausarbeitet. Ferner kritisiert er die generelle Unschärfe der gemeinhin verwendeten Terminologie, wie etwa bei der Verwischung von Datenerhebung und Datenverwendung oder der mangelnden Unterscheidung zwischen Fernwirkung und der Nutzung als Spurenansatz.

Nun bleibt *Löffelmann* dankenswerterweise aber nicht bei diesem Befund stehen, sondern setzt den benannten Schwächen der Beweisverbotslehre eigene Lösungsansätze entgegen. Seinem eigenen Anspruch folgend widmet er sich zunächst der Präzisierung von Begrifflichkeiten, aus denen er Konsequenzen abzuleiten sucht. Dabei geht es ihm vor allem um die Entkoppelung des „Automatismus“, wonach als Folge eines Verstoßes bei der Beweiserhebung auch ein Beweisverbot in Betracht zu ziehen ist. Die Erhebung eines Beweismittels und dessen anschließende Verwertung seien getrennt voneinander zu beurteilende Eingriffe von unterschiedlicher Schwere und Qualität. Ein Verwertungsverbot sei daher nicht von vornherein besser zu legitimieren als andere denkbare Sanktionen. Leider verzichtet der Autor dann allerdings auf eine nähere Erörterung der naheliegenden Frage, ob denkbare Alternativen – von (relativen) Verfahrenshindernissen über eine Übertragung der sog. Vollstreckungslösung oder Entschädigungen in Geld bis hin zur bloßen Feststellung der Rechtswidrigkeit und disziplinarrechtlichen Maßnahmen – den dargestellten erkenntnistheoretischen Maßstäben und den Erfordernissen der Praxis besser entsprächen oder ob das Abwägungsmodell als vergleichsweise „kleineres Übel“ letztlich nicht doch den Vorzug verdiente. Dabei hätte auch die Einbeziehung rechtsvergleichender Aspekte lohnenswert sein können.

Stattdessen wendet sich der Verfasser wieder der gegenwärtigen Praxis zu und schlägt zur Lösung des Problems der Nutzung „verbotenen Wissens“ eine strikte funktionelle Trennung der Zuständigkeit vor, um die notwendige hermeneutische Geschlossenheit des Systems sicherzustellen. Danach darf das erkennende Gericht erst dann Kenntnis von dem Beweismittel erhalten, wenn der Ermittlungsrichter dessen Verwertbarkeit festgestellt hat. Als Folge gesteht er dem – ggf. mit einem Pflichtverteidiger zu versehenen – Beschuldigten das Recht zu, seinerseits die Zulassung von Beweismitteln mit potentiell (auch) entlastendem Charakter zu erwirken. Dabei unterliegen die Chancen auf die umfassende Umsetzung eines solchen Verfahrens und dessen Praktikabilität jedoch einer gewissen Skepsis. Auf der Basis einer klaren begrifflichen und dogmatischen Trennung zwischen „Beweiserhebung“, „Beweisverwertung“ und „Beweisver-

wendung“ skizziert *Löffelmann* schließlich weitere Ideen, wie auf der Ebene der Gesetzgebung unter Rückgriff auf anerkannte Rechtsprinzipien, vor allem der Unverletzlichkeit der Menschenwürde, Grundlinien einer normativen Begrenzung der Wahrheitserforschung aussehen könnten.

Auch wenn man diesen Lösungsansätzen nicht an allen Stellen vorbehaltlos folgen muss, ist es das bleibende Verdienst des Werks, nicht nur den Blick für bestehende methodische Defizite der gängigen Modelle geschärft, sondern auch über eine konsequente Anknüpfung an Grundlagen des Rechts und eine präzise Begrifflichkeit neue Perspektiven erschlossen zu haben. Dem Praktiker bietet das Buch sowohl eine gehaltvolle Analyse (einschließlich einer ergiebigen Sammlung und Einordnung von Leitentscheidungen im Anhang) als auch wertvolle Anstöße, einmal über die Standardargumente hinauszudenken. Es erweist sich damit als Bereicherung sowohl für diejenigen, die sich erstmals vertieft mit der Thematik befassen (müssen), als auch für jene, die von ihr eigentlich nichts mehr hören können.

Oberstaatsanwalt beim Bundesgerichtshof **Kai Lohse**, Karlsruhe

Hoyer/H. Müller/Pawlik/Wolter (Hrsg.), Festschrift für Friedrich-Christian Schroeder zum 70. Geburtstag, C. F. Müller Verlag, 922 Seiten, 258,- EUR, Heidelberg 2006

I. Im Vorwort versprechen die Herausgeber dem Jubilar einen „bunten wissenschaftlichen Blumenstrauß“ von Beiträgen. Sehr ungewöhnlich scheint das nicht, trifft es doch auf einige Festschriften zu, die zu Ehren verdienter Hochschullehrer von Freunden, Mitarbeitern und Kollegen aus Anlass runder Geburtstage aufgelegt werden; und dennoch besteht hier eine bemerkenswerte Besonderheit. *Friedrich-Christian Schroeder* forderte nämlich vor beinahe 20 Jahren eine gewisse Selbstbeschränkung mitwirkender Autoren: „Bei Festschriften sollte die spezielle Ausrichtung auf den Jubilar den Vorrang vor dem Umfang haben“ (*Schroeder*, in: FS Tröndle [1989], S. 77 ff.). Das wissenschaftliche Wirken des Jubilars war und ist indessen so weit gestreut, dass ein „bunter Blumenstrauß“ wissenschaftlicher Themen und gezielte Ausrichtung auf den Geehrten keinen Widerspruch bilden. So schrieben denn 59 Autoren mit, die auf beinahe 1000 Seiten ganz überwiegend Hochwertiges zu Papier brachten. In sechs Kapiteln finden sich Beiträge zur „Kriminalpolitik“ (S. 3 ff.), zu den „Grundlagen des Strafrechts“ (S. 11 ff.), zum Allgemeinen und Besonderen Teil des StGB (S. 147 ff. und S. 449 ff.), zum „Strafprozessrecht“ (S. 663 ff.) sowie zum „Europäischen und Internationalen Straf- und Strafprozessrecht“ (S. 751 ff.). Es ist hier nicht möglich, alle Beiträge zu besprechen. Die daher notwendige Auswahl ist notgedrungen subjektiv und sicher vom Interesse der Rezensenten mitbestimmt. Daneben sind Themenbereiche herausgegriffen worden, die aktuell von besonderem Interesse sind, was sich daran zeigt, dass sie von mehreren Autoren beleuchtet wurden.

II. 1. Im ersten, „Kriminalpolitik“ genannten Abschnitt, spricht sich *Stoiber – Schroeders* erster Doktorand in Regensburg und zu dem Zeitpunkt, als er seinen Beitrag schrieb, noch amtierender bayrischer Ministerpräsident – für eine „Renaissance der Sicherungsverwahrung“ aus, denn es sei Pflicht des Gesetzgebers, auf Besorgnis erregende Entwicklungen zu reagieren. Abstrakt betrachtet ist das sicher richtig. Im Konkreten fehlt dem Beitrag aber leider jede Auseinandersetzung mit kritischen Stimmen, wie sie in jüngster Zeit von Fachleuten vermehrt erhoben wurden (etwa: *Laubenthal ZStW* 116 [2004], 703, 708; *Mushoff FoR* 2003, 131 ff.; *Waterkamp StV* 2004, 267 ff.; *Amelung/Funcke-Auffermann StraFo* 2004, 114, 121; *Hörnle StV* 2006, 188, 190; *Albrecht*, in: *FS Schwind*, 2006, S. 191 ff.; *Streng StV* 2006, 92, 98). Wissenschaftliche Reflektion, auf die auch Kriminalpolitik weder verzichten kann noch darf, muss man dem Beitrag *Stoibers* leider absprechen; er gipfelt in dem Bekenntnis „generell nach dem Motto „in dubio pro libertate“ zu verfahren (sei) wenig überzeugend“ (S. 8).

2. Das zweite Kapitel ist den „Grundlagen des Strafrechts“ gewidmet. Mehrere Beiträge befassen sich mit dem Phänomen des sog. Feindstrafrechts. Diese rechtstheoretische Ansatz will denjenigen „weit im Vorfeld abfangen und ihn wegen seiner Gefährlichkeit bekämpfen“ (so *Jakobs HRRS* 2004, 88, 92), der sich vermutlich „dauerhaft und entschieden vom Recht abgewandt hat, insoweit die kognitive Mindestsicherheit personellen Verhaltens nicht garantiert und dieses Defizit durch sein Verhalten demonstriert“ (*Jakobs*, a.a.O.). *Kindhäuser* kommt in seinem Beitrag „Schuld und Strafe“ (S. 81 ff.) zu dem überzeugenden Ergebnis, dass dieses „zur Herstellung erträglicher Umweltbedingungen“ entwickelte Modell, welches den Täter nicht als Bürger, sondern als Unperson behandelt, mit Blick auf das geltende materielle wie formelle Strafrecht „jeder Berechtigung entbehre“ (S. 97) und vor allem mit dem Schuldprinzip kollidiere: Das Subjekt der Zurechnung sei nämlich, wie *Kindhäuser* erklärt, nach der Theorie vom Feindstrafrecht inhaltlich nicht festgelegt (S. 88). *Gössel* macht in seiner „Widerrede zum Feindstrafrecht“ (S. 33 ff.) klar, dass die Position, wer sich dauernd „wie der Satan“ aufführe, den könne man nur noch als Feind betrachten, nicht aber als Rechtsperson, unvereinbar ist mit dem Menschenbild des Grundgesetzes (S. 43). *Hassemer* untersucht die Bedeutung von Vergeltung und Prävention im heutigen Strafrecht (S. 51 ff.). Während Strafe, verstanden und gehandhabt als Antwort und Vergeltung ihr Maß in sich trage (S. 55), bestehe das zentrale Problem des Präventionsparadigmas in seiner Maßlosigkeit (S. 59). Vor allem habe es keinen Sensor für unverfügbare, abwägungsfeste Positionen wie etwa den Schutz der Menschenwürde oder das Verbot zu foltern (S. 60). Das Präventionsparadigma taue daher, wie *Hassemer* richtig darlegt, als strafrechtliche Zielbestimmung nur dann, wenn es nicht unmittelbar, sondern vermittelt über strafrechtliche Vergeltung angesteuert werde: Prävention sei als Rechtfertigung strafrechtlicher Eingriffe der Aufgabe des Strafrechts, Straftaten angemessen zu beantworten, temporal und normativ nachgeschaltet (S. 63). Sein Fazit: „Rechtstreue, das ist unsere Hoffnung, stellt sich her im Rücken gerechter, gleichmäßiger und stetiger Strafrechtspflege“ (S. 65). Weitere Beiträge, wie der von *Frisch* („Gewissens-taten und Strafrecht“; S. 11 ff.) oder *T. Walter* („Hirnfor-

schung und Schuldbegriff – Rückschau und Zwischenbilanz“; S. 131 ff.) reflektieren ebenfalls grundlegende Fragestellungen des Strafrechts.

3. Das dritte Kapitel beleuchtet diverse Probleme aus dem Allgemeinen Teil des StGB. *Otto* (S. 339 ff.), *Roxin* (S. 387 ff.), *Schünemann* (S. 401 ff.) und *Gerhard Wolf* (S. 415 ff.) greifen das Thema des „Täters hinter dem Täter“ auf und erweisen so dem Umstand Referenz, dass die 1963 erschienene Dissertation des Jubilars diesen heute beinahe sprichwörtlichen Titel trug. *Schroeder* erkannte darin die Möglichkeit an, dass für die von einem volldehntlich handelnden Vorsatztäter begangenen Straftaten auch dessen kausal wirkende Hintermänner täterschaftlich haften, nämlich als mittelbare Täter. Indem der Bundesgerichtshof die Mitglieder des Nationalen Verteidigungsrates der DDR als mittelbare Täter hinter den „Mauerschützen“ statt nur als deren Anstifter einstufte, ist dem „Täter hinter dem Täter“ der Sprung aus der Theorie in die Praxis gelungen. *Duttge* (S. 179 ff.) und *Gropp* (S. 197 ff.) spüren der Frage nach, ob die hypothetische Einwilligung als Strafausschlussgrund eine wegweisende Innovation oder einen Irrweg darstellt: Fragen, die im Zusammenhang mit der Sterbehilfe von überragender Bedeutung sind, zumal das „Sterbehilferecht“ in Deutschland lediglich als Querschnittsmaterie existiert, deren fragmentarische Orientierungslinien sich aus straf-, zivil-, arzt- und verfassungsrechtlichen Regelungen ergeben, wobei das „Zusammenspiel“ der einschlägigen Vorschriften mit Ausnahme der Vorrangigkeit des Grundgesetzes unsicher ist (vgl. *Höfling/Schäfer*, *Leben und Sterben in Richterhand?*, 2006 [Rez. *Neuhaus HRRS* 2008, 98]). „Aktive Sterbehilfe“ nennt *Reinhard Merkel* seinen Aufsatz (S. 297 ff.). Er untersucht darin die Frage, ob die Tötung auf Verlangen im Falle direkter Sterbehilfe gerechtfertigt sein kann. Er bejaht dies am Ende seiner ausführlichen, keinen unbequemen Fragen ausweichenden Analyse. Vor allem erteilt er der ganz herrschenden Lehre insoweit eine Absage, als sie verlangt und betont, für die Zulässigkeit der (indirekten) Sterbehilfe dürfe der handelnde Arzt die von ihm vorausgesehene Nebenfolge „Tod“ keinesfalls „beabsichtigen“ (vgl. etwa Münchener Kommentar [2003] - *Schneider*, vor § 211 ff., Rdnr. 95; BGHSt 42, 301, 305; a. A.: *Herzberg NJW* 1986, 1640; *NJW* 1996, 3049). *Merkels* überzeugende Begründung: Was in Situationen extremer Not eines Sterbenden das für den Arzt Erlaubte vom Verbotenen trenne, seien niemals die Absichten des Arztes; es sei allein das zur Abhilfe gegen unerträgliches Leid objektiv Erforderliche. In der Regel gehöre die Vornahme einer Handlung, die äußerlich nur noch als Tötungs-, nicht aber mehr als Leidminderungshandlung gedeutet werden könne, nicht dazu. Dann sei und bleibe sie rechtswidrig und strafbar. Denn sie tangiere die soziale Geltung des Tötungsverbotens in einem deutlich höheren Grad, als eine Handlung, die objektiv und eindeutig vorrangig den Typus einer medizinischen Maßnahme zur Schmerzlinde- rung zuzuordnen sei. Doch gebe es seltene Extremfälle, in denen das ausweglose Leiden eines Sterbenden für die palliativen Möglichkeiten der Medizin so unerreichbar wird wie im berühmten Beispiel des verbrennenden Autofahrers. Dann ende nämlich die Rechtfertigung einer Strafdrohung, die allein noch dem Schutz der Normgeltung für die Gesellschaft, nicht aber mehr dem gequälten Leben des Sterbenden dienen könne. Dort beginne er-

neut die Möglichkeit einer Rechtfertigung der Tat, die nun auch eine gezielte aktive Tötung sein dürfe.

Die weiteren Beiträge in diesem Kapitel erörtern die Anstiftung als korrumpierende Aufforderung zu strafbedrohtem Handeln (*Amelung*, S. 147 ff.), Handlungsentchluss und –beginn als Grenzkriterium tatbestandsmäßigen Verhaltens beim fahrlässigen Erfolgsdelikt (*Hettinger*, S. 209 ff.), Fragen des Erlaubnistatbestandsirrtums, den *Hirsch* in seinem Aufsatz (S. 223 ff.) wissenschaftlich neutraler „Erlaubnissachverhaltsirrtum“ nennt, die objektive Zurechnung der Gefahr als Voraussetzung der Eingriffsbefugnis im Defensivnotstand (*Köhler*, S. 257 ff.) und etwa das Problem der Notwehr gegen Drohungen (*H. E. Müller*, S. 323 ff.).

4. Auch bei den im vierten Kapitel versammelten Beiträgen sticht die Aktualität der behandelten Fragen ins Auge: *Kühne* geht in seinen „Bemerkungen zu Fragen des Glücksspiels bei Sportwetten“ (S. 545 ff.) vor allem der Frage nach, ob Sportwetten unter den Begriff des Glücksspiels fallen. Er tritt der verbreiteten Ansicht, dass dies so sei, überzeugend entgegen. Er arbeitet nämlich treffend heraus, dass von Glücksspiel nur dann die Rede sein darf, wenn der Erfolg allein vom Zufall abhängt, nicht aber auch dann, wenn er – wie es die h. M. annimmt – „wesentlich“ vom Zufall bestimmt sei. Denn der Mindestanteil der Beeinflussbarkeit eines Ergebnisses sei unbestimmbar (S. 551 f.), und damit führe der Ansatz, Glücksspiel von (teil)kontrollierten Entscheidungen, also vom Geschicklichkeitsspiel, durch quantitative Ansätze abzugrenzen, zu keinem Ergebnis. Bestenfalls seien Anmutungen von Evidenz möglich. Diese aber würden dem Bestimmtheitsanspruch des Strafrechts nicht genügen. Alldem kann man nur uneingeschränkt beipflichten.

Jakobs und *Kühl* wenden sich in ihren Aufsätzen der lange Zeit praktisch eher unwichtigen Vorschrift des § 228 StGB zu, nachdem sie innerhalb weniger Monate durch die Entscheidungen BGHSt 49, 34 (3. Senat) und BGHSt 49, 166 (2. Senat) in den Fokus des Interesses rückte. Im Vordergrund beider Beiträge stellt der in § 228 StGB geforderte „Verstoß gegen die guten Sitten“. Während der 2. Senat den Begriff der „guten Sitten“ auf seinen „rechtlichen Kern“ zu reduzieren versucht (BGHSt 49, 166, 169), was *Kühl* für einen unzulässigen Eingriff in die Entscheidung des Gesetzgebers (S. 530) mit zudem unsinnigen Folgen (S. 531) hält, knüpft der 3. Senat an „außerrechtliche, ethisch-moralische Kategorien“ an (BGHSt 49, 34, 40). Unabhängig von den mit dieser Betrachtungsweise verbundenen Problemen, etwa: „Wie lässt sich das Anstaltsgefühl der billig und gerecht Denkenden willkürfrei und sozialwissenschaftlich solide feststellen?“, kommen beide Entscheidungen zu dem Ergebnis, dass bestimmte Verhaltensweisen wie sado-masochistische Sexualpraktiken und gemeinsamer Heroinkonsum jedenfalls dann sittenwidrig sein sollen, wenn sie das Opfer in konkrete Lebensgefahr bringen. Da der Zusammenhang von Sittenwidrigkeit und Verursachung einer konkreten Lebensgefahr jedoch nicht eindeutig ist, schlägt *Kühl* vor, die Vorschrift des § 228 StGB zu reformieren. Er meint, die Klausel über die guten Sitten solle gestrichen und vielmehr gleich auf die (fahrlässige) Verursachung einer konkreten Todesgefahr abgestellt werden (S. 534). Diese Lösung ist allerdings auch kein

Allheilmittel, denn die Aussage, in ein lebensgefährliches Verhalten könne nicht wirksam eingewilligt werden, kann in dieser Absolutheit nicht richtig sein. Denn etwa bei medizinischen Maßnahmen zur Rettung vor dem ansonsten sicheren Tod ist es geradezu trivial, dass auch in ein solches Verhalten eingewilligt werden kann. Deshalb muss die Größe der Gefahr zur Bedeutung des Anlasses, aus dem sie eingegangen wird, stets in Beziehung gesetzt werden. An der Festsetzung, was der Anlass wert ist, gibt es daher, wie *Jakobs* richtig erkennt (S. 515) kein Vorbeikommen (S. 515). Er favorisiert daher eine Strafzumessungslösung, weil eine Einwilligung in eine – traditionell verstanden – sittenwidrige Tat eine Körperverletzung als Delikt gegen eine konkrete Person ausschließt: Es sei nicht möglich, sie gegen ihren verantwortlich gebildeten Willen zu vergewaltigen. Deshalb führe die Einwilligung zu einer Reduktion der Unrechtsqualität (S. 520).

Das Kapitel enthält zudem eine Vielzahl von Aufsätzen zu wirtschaftsstrafrechtlichen Themen. *Kuhlen* macht sich in seinem Aufsatz für eine Restriktion der §§ 331 I, 333 I StGB stark, um etwa der strafrechtlichen Problematik der Einwerbung von Drittmitteln für Forschung und Lehre besser gerecht werden zu können (S. 542). Sein Vorschlag: Die Annahme bzw. Gewährung von Zuwendungen, die für rechtlich erwünschte Zwecke an Dritte erfolgt, nur dann als Vorteilsannahme bzw. –gewährung zu betrachten, wenn die Zuwendung die Gegenleistung für eine bestimmte *Diensthandlung* bilden, nicht dagegen, wenn sie lediglich für eine nicht näher konkretisierte *Dienstausübung* gewährt werden (S. 541). *Vormbaum* setzt sich mit Problemen der Korruption im geschäftlichen Verkehr (§ 299 StGB) auseinander (S. 649 ff.), *Tiedemann* erläutert die Gesetzgebungstechnik im Wirtschaftsstrafrecht (S. 641 ff.). *Lüderssen* befasst sich mit der Konkretisierung der Vermögensbetreuungspflicht in § 266 StGB durch § 87 Abs. 1 S. 1 AktG, ein Thema, das nicht zuletzt durch den sog. Mannesmann-Prozess (BGHSt 50, 331) virulent wurde. *Lüderssen* untersucht das Problem akzessorischer Bindung strafrechtlicher Normen an kontrovers interpretierte Normen anderer Rechtsgebiete. Ausgehend von der Überlegung, dass es bei einer so elementaren Frage wie der nach der Bestimmtheit eines Straftatbestandes nicht auf den technischen Standort der Normen ankommen dürfe (S. 569), gelte der Bestimmtheitsgrundsatz auch bei einer „Normspaltung“, also der Konstellation, dass durch strafrechtliche Bestimmungen außerstrafrechtliche Normen in Bezug genommen werden (S. 574). Deshalb müsse z. B. die Vorschrift des § 87 I AktG in strafrechtlichem Zusammenhang eng ausgelegt werden. Dies könne dazu führen, dass die nur auf aktienrechtliche Folgen bezogene Auslegung zwar zu einem Verstoß gelange, gleichwohl aber eine Verletzung der Vermögensbetreuungspflicht im Sinne von § 266 StGB nicht anzunehmen sei (S. 577).

5. Im strafprozessualen Kapitel der Festschrift werden behandelt: Der Umfang der Beweiskraft rechtskräftiger Strafurteile im Zivilverfahren (*Beulke*, S. 663 ff.), die Einschränkung des allgemeinen Persönlichkeitsrechts im Strafverfahren bei Personen der Zeitgeschichte (*Rolinski*, S. 719 ff.); *Wohlers* kritisiert die Konzeption einer weisungsunabhängigen Staatsanwaltschaft (S. 735 ff.) und *Rogall* stellt die „endlose Geschichte“ der DNA-Analyse

im Strafverfahren dar (S. 691 ff.). In Bezug auf das nunmehr geltende Recht spart er nicht mit (freilich: konstruktiver) Kritik. Die Regelung in § 81f I S. 2 StPO, wonach der in die molekulargenetische Untersuchung Einwilligende darüber zu belehren ist, für welchen Zweck die zu erhebenden Daten verwendet werden, hält Rogall für völlig übertrieben, stehe die Regelung doch in Widerspruch zur Rechtslage bei der Entnahme der Körperzellen. Außerdem sei die Belehrung ohnehin sinnlos, weil der Betroffene nicht im Zweifel darüber sein könne, welcher Zweck sich mit der Feststellung des DNA-Identifizierungsmusters verbindet. § 81h StPO verdiene sich das Prädikat der Absurdität schon dadurch, dass er die Zulässigkeit der Maßnahme von der doppelten, in sich widersprüchlichen Voraussetzung einer Einwilligung des Betroffenen und einer richterlichen Anordnung abhängig macht (S. 711). Bemerkenswert ist, dass Rogall den Begriff der „Zeugnisverweigerung“ in § 81c III S. 1 StPO auch im Sinne eines Auskunftsverweigerungsrechts nach § 55 versteht (S. 715). Dem ist beizupflichten, wie *Beatrix Suffa* in ihrer im Jahr 2003 erschienenen Dissertation zum Untersuchungsverweigerungsrecht des § 81c III StPO als Beweiserhebungsverbot herausgearbeitet hat (S. 101 f.; in diesem Sinne auch OLG Braunschweig NJW 1954, 1052, 1053; *Neuhaus*, in: *Dölling/Duttge/Rössner* [Hrsg.], *Nomos-Kommentar zum Gesamten Strafrecht* [2008], § 81c Rdnr. 12 m. w. Nws.). Rogall schließt seine Betrachtung mit Vorschlägen an den Gesetzgeber (S. 716 f.). Es bleibt zu hoffen, dass er sie zur Kenntnis nimmt.

6. „Europäisches und Internationales Strafrecht und Strafprozessrecht“ lautet die Überschrift des sechsten Kapitels. Der Bogen der hier behandelten Themen ist

ebenfalls weit gespannt. Zum Beispiel befasst sich *Böse* mit der Europäisierung der Strafvorschriften gegen Kinderpornographie (S. 751 ff.), während *von Heintschel-Heinegg* Ideen zur gemeinschaftsrechtskonformen Auslegung des Vereinigungsbegriffs in den §§ 129 ff. StGB entwickelt (S. 799 ff.). *Lilie* spürt in seinem Aufsatz der im Zusammenhang mit der sog. Gewinnabschöpfung akut gewordenen Frage nach, ob und ggf. inwieweit Beweiserleichterungen für den Staat (bis hin zur Beweislastumkehr zum Nachteil des Beschuldigten) mit der Unschuldsumutung kollidieren (S. 829 ff.). Bei seinem Blick über den nationalen Horizont stellt er die Regelungen in der Schweiz, in Österreich, den USA, Großbritannien und Frankreich dar. Letztlich schließt er sich der Rechtsprechung des Bundesverfassungsgerichts an und bejaht die Verfassungsmäßigkeit des § 73d StGB (S. 840). *Vogel* wendet sich dem Thema des Strafklageverbrauchs durch ausländische Entscheidungen zu (S. 877 ff.); ein Beitrag, der sich hervorragend als Kompendium für die zurzeit geltende Rechtslage eignet.

III. Die Festschrift für *Friedrich-Christian Schroeder* bietet, wie die vorstehenden Ausführungen beispielhaft belegen mögen, hochaktuelle und spannende Lektüre. In der Bibliothek des Wissenschaftlers darf sie nicht fehlen, in der Bibliothek des Praktikers sollte sie es nicht.

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

Rechtsprechung

Vollständige Rechtsprechungsübersicht

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

1067. BVerfG 1 BvQ 46/08 (1. Kammer des Ersten Senats) – Beschluss vom 27. November 2008 (LG Oldenburg)

Rundfunkfreiheit (Bildberichterstattung über ein Strafverfahren; „Prangerwirkung“ im „Holzklotz“-Verfahren); allgemeines Persönlichkeitsrecht des Angeklagten; sitzungspolizeiliche Anordnung (Untersagung der nicht anonymisierten Bildberichterstattung; „Verpixelung“ des Gesichts); Einstweilige Anordnung im Verfassungsbeschwerdeverfahren (Abwägung).

Art. 5 Abs. 1 S. 2 GG; Art. 2 Abs. 1 GG; Art. 1 Abs. 1 GG; § 176 GVG; § 32 BVerfGG

1068. BVerfG 1 BvQ 47/08 (1. Kammer des Ersten Senats) – Beschluss vom 3. Dezember 2008 (LG Oldenburg)

Keine Einstweilige Anordnung gegen das Benutzungsverbot eines Laptops im Gerichtssaal im „Holzklotz“-Fall (fehlender erheblicher Nachteil; Pressefreiheit).

Art. 5 Abs. 1 GG; § 169 Satz 2 GVG; § 32 BVerfGG

1069. BVerfG 2 BvR 1203/07 (3. Kammer des Zweiten Senats) – Beschluss vom 29. Oktober 2008 (OLG Celle/LG Lüneburg)

Subsidiarität der Verfassungsbeschwerde (Unzulässigkeit

der Verfassungsbeschwerde gegen eine Kostenentscheidung mangels Rechtswegerschöpfung; Erledigung; Unterlassen eines Fortsetzungsfeststellungsantrages).

§ 90 Abs. 2 Satz 1 BVerfGG; § 121 Abs. 2 Satz 2 StVollzG; § 115 Abs. 3 StVollzG

1070. BVerfG 2 BvR 1870/07 (3. Kammer des Zweiten Senats) – Beschluss vom 7. November 2008 (OLG Hamm/LG Bielefeld/JVA B.)

Gleichbehandlungsgebot der Geschlechter (Unzulässigkeit des Abstellens auf Geschlechterstereotype und Rollenerwartungen; geschlechtsdifferenzierende Ausstattung von Hafthäusern mit Telefonen; Kosmetikeinkauf durch männliche Häftlinge).

Art. 3 Abs. 3 S. 1 Alt. 1 GG; § 32 StVollzG; § 52 StVollzG; § 22 StVollzG

1071. EuGH C-1/07 (Dritte Kammer) – Urteil vom 20. November 2008 (Frank Weber/Deutschland)

Richtlinie 91/439/EWG; gegenseitige Anerkennung der Führerscheine; Fahrverbot; Entzug der Fahrerlaubnis; Gültigkeit eines während der Dauer des Fahrverbots in einem anderen Mitgliedstaat erworbenen zweiten Führerscheins.

Art. 1 Abs. 2 91/439/EWG; Art. 8 Abs. 2 und 4 91/439/EWG; § 3 Abs. 1 StVG; § 3 Abs. 2 StVG; § 21 Abs. 1 StVG; § 28 Abs. 1 FeV; § 28 Abs. 4 FeV; § 28 Abs. 5 FeV; § 46 Abs. 1 FeV; § 46 Abs. 5 FeV

1072. BGH 2 StR 225/08 - Beschluss vom 18. Juni 2008 (LG Gera)

Beihilfe zum Mord; Beweiswürdigung (zweifelhafter Erfahrungssatz; Zirkelschluss; bloße Vermutung).

§ 211 StGB; § 27 StGB; § 261 StPO

1073. BGH 2 StR 265/08 - Beschluss vom 22. Oktober 2008 (LG Gera)

Jedenfalls unbegründete Anhörungsrüge; Gegenvorstellung.

§ 356a StPO

1074. BGH 2 StR 307/08 - Beschluss vom 4. November 2008 (LG Köln)

Urteilsgründe (Gewerbsmäßigkeit).

§ 267 Abs. 3 StPO

1075. BGH 2 StR 316/08 - Beschluss vom 30. Juli 2008 (LG Darmstadt)

Strafzumessung (strafschärfende Berücksichtigung einer laufenden Bewährungszeit); Beruhen.

§ 46 StGB; § 56 StGB; § 337 StPO

1076. BGH 2 StR 344/08 - Beschluss vom 1. Oktober 2008 (LG Köln)

Totschlag (minder schwerer Fall); verminderte Schuldfähigkeit; Strafmilderung; Beruhen.

§ 212 StGB; § 213 StGB; § 21 StGB; § 49 Abs. 1 StGB; § 337 StPO

1077. BGH 2 StR 349/08 - Urteil vom 29. Oktober 2008 (LG Bonn)

BGHSt; Mord (niedrige Beweggründe); verminderte Schuldfähigkeit (eingeschränkte Steuerungsfähigkeit;

tiefgreifende Bewusstseinsstörung; Affektdurchbruch); Strafrahmenschiebung (lebenslange Freiheitsstrafe; Versagung; verschuldeter Affekt; Schuldprinzip); Schuldunfähigkeit (Versagung; Darlegung; Urteilsgründe).

Art. 1 Abs. 1 GG; Art. 2 Abs. 1 GG; § 211 StGB; § 49 Abs. 1 StGB; § 20 StGB; § 21 StGB

1078. BGH 2 StR 358/08 - Beschluss vom 31. Oktober 2008 (LG Koblenz)

Doppelverwertungsverbot; Beruhen.

§ 46 Abs. 3 StGB; § 337 StPO

1079. BGH 2 StR 370/08 - Beschluss vom 29. Oktober 2008 (LG Bonn)

Zuständigkeit für die Entscheidung über einen Beiordnungsantrag (Revisionsgericht, Tatrichter).

§ 141 StPO; § 350 StPO

1080. BGH 2 StR 428/08 - Beschluss vom 19. November 2008 (LG Trier)

Anrechnung in Belgien erlittener Freiheitsentziehung im Verhältnis 1:1.

§ 51 Abs. 4 Satz 2 StGB

1081. BGH 2 StR 447/08 - Beschluss vom 4. November 2008 (LG Limburg)

Unbegründete Revision.

§ 349 Abs. 2 StPO

1082. BGH 2 StR 467/08 - Beschluss vom 29. Oktober 2008 (LG Frankfurt am Main)

Rechtsstaatswidrige Verfahrensverzögerung (Maß der Kompensation; Auswirkung der Verzögerung auf den Angeklagten).

Art. 6 Abs. 1 EMRK; Art. 13 EMRK; Art. 2 Abs. 1 GG; Art. 20 Abs. 3 GG; § 46 StGB

1083. BGH 2 StR 587/07 - Beschluss vom 24. Oktober 2008

Berichtigungsbeschluss; Fall Siemens.

§ 260 Abs. 4 StPO

1084. BGH 3 StR 164/08 - Beschluss vom 1. Oktober 2008 (OLG Nürnberg)

BGHSt; Vorlegungssache; Divergenzvorlage; Verwenden von Kennzeichen verfassungswidriger Organisationen (zum Verwechseln ähnlich; Stilisierung; Hinweis auf die verbotene Organisation; verfassungskonforme Auslegung); Meinungsfreiheit; Keltenkreuz; Volkssozialistische Bewegung Deutschlands; Partei der Arbeit.

§ 86a Abs. 1 Nr. 1 StGB; § 86a Abs. 2 Satz 2 StGB; § 86 Abs. 1 Nr. 2 StGB; Art. 5 Abs. 1 GG; Art. 10 EMRK; § 121 Abs. 2 GVG

1085. BGH 3 StR 275/08 - Beschluss vom 21. Oktober 2008 (LG Hannover)

Begründung der Verfahrensrüge (Ablehnung eines Beweisantrags; Besetzungsrüge; Sitzungsniederschrift; Schöffenauswahl: Vortrag der Willkür).

§ 344 Abs. 2 Satz 2 StPO; § 244 Abs. 3 StPO

1086. BGH 3 StR 304/08 - Beschluss vom 5. August 2008 (LG Lübeck)

Unerlaubter Besitz von Betäubungsmitteln in nicht ge-

ringer Menge; unerlaubte Einfuhr von Betäubungsmittel in nicht geringer Menge; Konkurrenzen.

§ 29 BtMG; § 29a BtMG; § 52 StGB; § 53 StGB

1087. BGH 3 StR 358/08 - Beschluss vom 11. September 2008 (LG Oldenburg)

Rechtsstaatswidrige Verfahrensverzögerung (Aufhebung nach Revision des Angeklagten).

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

1088. BGH 3 StR 431/08 - Beschluss vom 28. Oktober 2008 (LG Lüneburg)

Recht auf ein faires Verfahren (Gesamtbetrachtung; Deal; Absprache; unzulässiger Druck); strafprozessuale Geltendmachung unzulässiger Beeinflussung (Besorgnis der Befangenheit; Unverwertbarkeit des Geständnisses).

Art. 6 EMRK; Art. 20 Abs. 3 GG; § 24 StPO; § 136a StPO; § 337 StPO; § 338 Nr. 3 StPO

1089. BGH 3 StR 459/08 - Beschluss vom 21. Oktober 2008 (LG Verden)

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

§ 400 Abs. 1 StPO

1090. BGH StB 12/08 - Beschluss vom 8. Oktober 2008 (Ermittlungsrichter des BGH)

BGHSt; Postbeschlagnahme; nachträglicher Rechtsschutz; heimliche Ermittlungsmaßnahmen (Anordnung; Art und Weise des Vollzugs); militante gruppe; Zuständigkeitskonzentration beim erkennenden Gericht.

§ 101 Abs. 7 StPO; § 99 StPO; § 100 Abs. 1 und Abs. 3 Satz 2 StPO; § 304 Abs. 5 StPO; § 162 StPO

1091. BGH StB 13/08 - Beschluss vom 8. Oktober 2008 (Ermittlungsrichter des Bundesgerichtshofs)

BGHSt; Postbeschlagnahme; nachträglicher Rechtsschutz; heimliche Ermittlungsmaßnahmen (Anordnung; Art und Weise des Vollzugs); militante gruppe; Zuständigkeitskonzentration beim erkennenden Gericht.

§ 101 Abs. 7 StPO; § 99 StPO; § 100 Abs. 1 und Abs. 3 Satz 2 StPO; § 304 Abs. 5 StPO

1. Zum Verfahren auf Gewährung von nachträglichem Rechtsschutz gemäß § 101 Abs. 7 StPO gegen die Anordnung heimlicher Ermittlungsmaßnahmen und die Art und Weise ihres Vollzugs. (BGHSt)

2. § 101 Abs. 7 StPO beinhaltet eine spezielle Regelung für alle dort benannten heimlichen Ermittlungsmaßnahmen, die die allgemeinen Rechtsbehelfe – namentlich die Beschwerde sowie den von der Rechtsprechung entwickelten Rechtsschutz entsprechend § 98 Abs. 2 StPO – verdrängt. Auch das Verfahren zur Gewährung von nachträglichem Rechtsschutz gegen eine Postbeschlagnahme richtet sich daher allein nach § 101 Abs. 7 StPO. (Bearbeiter)

1092. BGH StB 14/08 - Beschluss vom 8. Oktober 2008 (Ermittlungsrichter des BGH)

BGHSt; Postbeschlagnahme; nachträglicher Rechtsschutz; heimliche Ermittlungsmaßnahmen (Anordnung;

Art und Weise des Vollzugs); militante gruppe; Zuständigkeitskonzentration beim erkennenden Gericht.

§ 101 Abs. 7 StPO; § 99 StPO; § 100 Abs. 1 und Abs. 3 Satz 2 StPO; § 304 Abs. 5 StPO

1. Zum Verfahren auf Gewährung von nachträglichem Rechtsschutz gemäß § 101 Abs. 7 StPO gegen die Anordnung heimlicher Ermittlungsmaßnahmen und die Art und Weise ihres Vollzugs. (BGHSt)

2. § 101 Abs. 7 StPO beinhaltet eine spezielle Regelung für alle dort benannten heimlichen Ermittlungsmaßnahmen, die die allgemeinen Rechtsbehelfe – namentlich die Beschwerde sowie den von der Rechtsprechung entwickelten Rechtsschutz entsprechend § 98 Abs. 2 StPO – verdrängt. Auch das Verfahren zur Gewährung von nachträglichem Rechtsschutz gegen eine Postbeschlagnahme richtet sich daher allein nach § 101 Abs. 7 StPO. (Bearbeiter)

1093. BGH StB 15/08 - Beschluss vom 8. Oktober 2008 (Ermittlungsrichter des BGH)

BGHSt; Postbeschlagnahme; nachträglicher Rechtsschutz; heimliche Ermittlungsmaßnahmen (Anordnung; Art und Weise des Vollzugs); militante gruppe; Zuständigkeitskonzentration beim erkennenden Gericht.

§ 101 Abs. 7 StPO; § 99 StPO; § 100 Abs. 1 und Abs. 3 Satz 2 StPO; § 304 Abs. 5 StPO

1. Zum Verfahren auf Gewährung von nachträglichem Rechtsschutz gemäß § 101 Abs. 7 StPO gegen die Anordnung heimlicher Ermittlungsmaßnahmen und die Art und Weise ihres Vollzugs. (BGHSt)

2. § 101 Abs. 7 StPO beinhaltet eine spezielle Regelung für alle dort benannten heimlichen Ermittlungsmaßnahmen, die die allgemeinen Rechtsbehelfe – namentlich die Beschwerde sowie den von der Rechtsprechung entwickelten Rechtsschutz entsprechend § 98 Abs. 2 StPO – verdrängt. Auch das Verfahren zur Gewährung von nachträglichem Rechtsschutz gegen eine Postbeschlagnahme richtet sich daher allein nach § 101 Abs. 7 StPO. (Bearbeiter)

1094. BGH StB 25/08 - Beschluss vom 12. November 2008 (Ermittlungsrichter des BGH)

Haftbefehl (dringender Tatverdacht); Unterbrechung der Verjährung (Aufrechterhaltung des Haftbefehls).

§ 112 StPO; § 120 Abs. 1 StPO; § 78c StGB

1095. BGH 1 StR 292/08 - Urteil vom 21. Oktober 2008 (LG Stuttgart)

Rechtsfehlerhafte Beweiswürdigung beim Freispruch (falsche Anwendung des Zweifelsgrundsatzes; Indizwirkung des fehlenden und des nicht aufgeklärten Tatmotives).

§ 261 StPO

1096. BGH 1 StR 392/08 - Beschluss vom 23. Oktober 2008 (LG Karlsruhe)

Verwertungsverbot wegen des Einsatzes eines Verdeckten Ermittlers (Anforderungen an die Verfahrensrüge, mit der ein mangelnder Tatverdacht behauptet wird).

§ 110b Abs. 1, Abs. 2 StPO; § 344 Abs. 2 Satz 2 StPO

1097. BGH 1 StR 489/08 - Beschluss vom 4. November 2008 (LG Hof)

Verfahrensabsprachen (Anzweiflung eines durch den Verteidiger selbst verlesenen Geständnisses in der Revision; Überprüfung des Wahrheitsgehalts eines absprachebedingten Geständnisses); Recht auf effektive Verteidigung durch einen Verteidiger (Missbrauchsverbot).

Vor § 1 StPO; Art. 6 Abs. 3 lit. d EMRK

1098. BGH 1 StR 503/08 - Beschluss vom 22. Oktober 2008 (LG Stuttgart)

Rechtsfehlerhaft übersehene (absolute) Strafverfolgungsverjährung (Auswirkung auf den Gesamtstrafenauspruch; Ausschluss des Beruhens).

§ 78 StGB; § 55 StGB; § 337 StPO

1099. BGH 1 StR 535/08 - Beschluss vom 23. Oktober 2008 (LG München)

Keine Rückwirkung des Auffangrechtserwerbs neuer Form (materiell-rechtlicher Charakter; Ansprüche des Verletzten; Verfall).

§ 111i Abs. 2 StPO; § 73 Abs. 1 Satz 2 StGB; § 73a StGB; § 2 Abs. 5 i.V.m. Abs. 3 StGB

1100. BGH 2 StR 587/07 - Urteil vom 29. August 2008 (LG Darmstadt)

BGHSt; Fall Siemens; Untreue (endgültiger Vermögensnachteil: Einschränkung der Dispositionsmöglichkeit des Vermögensinhabers, schwarze Kasse, verdeckte Kasse, Schattenkasse, Schadenswiedergutmachung; schadensgleiche Vermögensgefährdung; subjektiver Tatbestand, Billigung des endgültigen Vermögensverlusts); Bestechung im geschäftlichen Verkehr; Amtsträger eines ausländischen Staates; Verfall (Handeln für einen anderen); Vermögensbetreuungspflicht (Offenbarung unbekannter Vermögenswerte des Treugebers; Buchführungspflichten; Compliance-Vorschriften); Abgrenzung von Tun und Unterlassen bei der Untreue; besonders schwerer Fall der Untreue (Herbeiführung eines Vermögensverlusts großen Ausmaßes durch Fortführung einer schwarzen Kasse).

§ 266 StGB; § 299 a.F. StGB; Art. 2 § 1 Nr. 2 IntBestG; § 73 StGB; § 73a StGB; § 13 StGB

1101. BGH 1 StR 536/08 - Beschluss vom 21. Oktober 2008 (LG Traunstein)

Verfahrensrüge auf Grund von wahrheitswidrigen Behauptungen; Verletzung von Privatgeheimnissen (Widerurf eines Einverständnisses).

§ 203 StGB; § 53 Abs. 1 Nr. 3 StPO; § 344 Abs. 2 Satz 2 StPO

1102. BGH 1 StR 581/08 - Beschluss vom 7. November 2008 (LG Augsburg)

Verwerfung der Revision als unbegründet.

§ 349 Abs. 2 StPO

1103. BGH 1 StR 605/08 - Beschluss vom 5. November 2008 (LG München)

Verwerfung der Revision als unbegründet.

§ 349 Abs. 2 StPO

1104. BGH 1 StR 607/08 - Beschluss vom 5. November 2008 (LG Augsburg)

Verwerfung der Revision als unbegründet.

§ 349 Abs. 2 StPO

1105. BGH 1 StR 611/08 - Beschluss vom 6. November 2008 (LG Stuttgart)

Verwerfung der Revision als unbegründet.

§ 349 Abs. 2 StPO

1106. BGH 4 StR 120/08 - Beschluss vom 28. Oktober 2008 (LG Münster)

Hehlerei (Perpetuierungstheorie; Absatzhilfe; bloße Rückgewinnungshilfe); Rechtsfehlerhaft abgelehnter Beweisantrag (Widerspruch).

§ 259 StGB; § 244 Abs. 3 StPO

1107. BGH 4 StR 317/08 - Beschluss vom 23. Oktober 2008 (LG Bielefeld)

Verkannte Strafverfolgungsverjährung beim Vorwurf des sexuellen Missbrauchs von Schutzbefohlenen (Aufhebung des Strafausspruchs).

§ 78 StGB

1108. BGH 4 StR 352/08 - Urteil vom 30. Oktober 2008 (LG Magdeburg)

Niedrige Beweggründe bei einer „Kindstötung“ (Mord; Feststellungen zur subjektiven Seite; Abschaffung der Privilegierung der Kindstötung).

§ 212 StGB; § 211 Abs. 2 StGB; § 217 StGB aF; § 46 StGB

1109. BGH 4 StR 364/08 - Beschluss vom 21. Oktober 2008 (LG Saarbrücken)

BGHR; keine Erstreckung des Erfolgs der Revision auf die Kompensation rechtsstaatswidriger Verfahrensverzögerungen nach dem sog. Vollstreckungsmodell (Begriff der Gesetzesverletzung; enge Auslegung der Revisionserstreckung; Staatshaftung).

Art. 6 Abs. 1 Satz 1 EMRK; Art. 13 EMRK; § 357 StPO

1110. BGH 4 StR 375/08 - Urteil vom 6. November 2008 (LG Dessau-Roßlau)

Strafbefreiender Rücktritt vom Tötungsversuch (unbeendeter Versuch); schwere Körperverletzung (wichtiges Glied: Taubheit zweier Finger).

§ 212 StGB; § 24 StGB; § 226 Abs. 1 Nr. 2 StGB

1111. BGH 4 StR 384/08 - Beschluss vom 14. Oktober 2008 (LG Dortmund)

Beweiswürdigung (Anforderungen in der Situation Aussage gegen Aussage: geschlossene Darstellung der Angaben des einzigen Belastungszeugen, lückenhafte Aussageanalyse).

§ 261 StPO

1112. BGH 4 StR 411/08 - Beschluss vom 4. November 2008 (LG Halle)

Kein vorsätzlicher gefährlicher Eingriff in den Straßenverkehr bei Schüssen im Straßenverkehr (konkrete Gefahr für die Sicherheit des Straßenverkehrs: spezifischer Zusammenhang; Beinahe-Unfall; Grenzen des zeitlichen Zusammenfallens von Eingriff und konkreter Gefährdung; Versuch).

§ 315b Abs. 1 Nr. 3, Abs. 2 StGB

1113. BGH 4 StR 416/08 - Beschluss vom 23. Oktober 2008 (LG Zweibrücken)

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

1114. BGH 4 StR 437/08 - Beschluss vom 21. Oktober 2008 (LG Arnsberg)

Minder schwerer Fall des bewaffneten und bandenmäßigen Handeltreibens mit Betäubungsmitteln (Erörterungsmangeln hinsichtlich möglicher Aufklärungshilfe); Verfall; Wertersatzverfall (Schätzung).
§ 31 BtMG; § 30a Abs. 3 BtMG; § 30a Abs. 1 BtMG; § 49 Abs. 2 StGB; § 73 StGB; § 73a StGB

1115. BGH 4 StR 447/08 - Beschluss vom 28. Oktober 2008 (LG Frankenthal)

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

1116. BGH 4 StR 460/08 - Beschluss vom 21. Oktober 2008 (LG Bochum)

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

1117. BGH 4 StR 465/08 - Beschluss vom 16. Oktober 2008 (LG Landau)

Vergewaltigung (Beisichführen eines gefährlichen Werkzeuges oder Mittels: Erfordernis eines beweglichen Gegenstandes).
§ 177 Abs. 2, Abs. 3 Nr. 2 StGB

1118. BGH 4 StR 512/08 - Beschluss vom 11. November 2008 (LG Bielefeld)

Verfahrenseinstellung gemäß § 206a StPO.
§ 206a StPO

1119. BGH 5 StR 166/08 - Beschluss vom 28. Oktober 2008 (LG Görlitz)

BGHSt; Insolvenzverschleppung (kein Entfallen der Insolvenzantragspflicht des Schuldners bei Insolvenzantrag eines Gläubigers; Strafbarkeit des Liquidators nach Ablehnung der Eröffnung des Insolvenzverfahrens mangels Masse; Zahlungsunfähigkeit: Beleg durch wirtschaftskriminalistische Beweiszeichen); Betrug (konkludente Täuschung; Vermögensschaden: Unterscheidung der Zusage der Begleichung von Geldforderungen und der Zusage zur vertragsgerechten Verwendung von im Voraus gezahltem Werklohn); Vorenthaltung von Arbeitsentgelt (Berechnungsdarstellung hinsichtlich der Höhe der nicht abgeführten Arbeitnehmeranteile); Schuldprinzip und ne bis in idem; Beendigung beim Bankrott.
Art. 103 Abs. 2, Abs. 3 GG; § 84 Abs. 1 Nr. 2 GmbHG; § 64 Abs. 1 GmbHG; § 263 StGB; § 266a Abs. 1, Abs. 5 Satz 2 StGB; § 17 Abs. 2 InsO; § 283 StGB

1120. BGH 5 StR 312/08 - Urteil vom 28. Oktober 2008 (LG Berlin)

Revisibilität der Strafzumessung (Strafrahmenmilderung wegen verminderter Schuldfähigkeit bei Alkoholkonsum: Indizwert der BAK und erforderliche ergänzende tragfähige Anhaltspunkte; Warnfunktion einer nicht rechtskräftigen Verurteilung; Vorleben).
§ 46 StGB; § 21 StGB; § 49 Abs. 2 StGB

1121. BGH 5 StR 345/08 - Beschluss vom 30. Oktober 2008 (LG Hamburg)

Unerlaubtes Handeltreiben mit Betäubungsmitteln (Bewertung von Kuriertätigkeiten; Abgrenzung von Beihilfe und Täterschaft; Vereinbarkeit mit europäischem Recht; gemeinschaftsrechtskonforme Auslegung); Anstiftung zur Beihilfe.
§ 29 BtMG; § 26 StGB; § 27 StGB; § 25 Abs. 2 StGB

1122. BGH 5 StR 348/08 - Urteil vom 16. Oktober 2008 (LG Leipzig)

Kein Tötungsvorsatz auch bei gefährlicher Gewalthandlung (Gesamtwürdigung; Revisibilität); Totschlag durch Unterlassen.
§ 15 StGB; § 212 StGB; § 13 Abs. 1 StGB

1123. BGH 5 StR 382/08 - Urteil vom 29. Oktober 2008 (LG Chemnitz)

Minder schwerer Fall des Totschlages.
§ 213 StGB

1124. BGH 5 StR 383/08 - Beschluss vom 15. Oktober 2008 (LG Berlin)

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

1125. BGH 5 StR 383/08 - Beschluss vom 13. November 2008 (LG Berlin)

Unbegründete Anhörungsrüge.
§ 356a StPO

1126. BGH 5 StR 384/08 - Urteil vom 13. November 2008 (LG Berlin)

Rechtfertigung durch Notwehr (Erforderlichkeit; gebotene Darlegung bei einem Freispruch); Notwehrexzess (Gegenwärtigkeit); Nötigung (Verwerflichkeit).
§ 32 StGB; § 240 Abs. 2 StGB; § 267 Abs. 5 Satz 1 StPO

1127. BGH 5 StR 397/08 - Beschluss vom 28. Oktober 2008 (LG Berlin)

Rechtsfehlerhafte Anordnung der Unterbringung des Angeklagten in einem psychiatrischen Krankenhaus (Gefährlichkeitsprognose; positive Feststellung eines länger andauernden Zustands erheblich verminderter Schuldfähigkeit: Anforderungen an die Begründung durch Bezugnahme auf ein Sachverständigengutachten).
§ 63 StGB; § 21 StGB

Wenn sich der Tatrichter darauf beschränkt, sich der Beurteilung eines Sachverständigen zur Frage der Schuldfähigkeit anzuschließen, muss er dessen wesentliche Anknüpfungs- und Befundtatsachen im Urteil so wiedergeben, wie dies zum Verständnis des Gutachtens und zur Beurteilung seiner Schlüssigkeit erforderlich ist (vgl. Senat, Urteil vom 19. Februar 2008 - 5 StR 599/07 -; BGH NStZ 2003, 307 f.; NStZ-RR 2003, 232 jeweils m.w.N.).

1128. BGH 5 StR 426/08 - Beschluss vom 30. Oktober 2008 (LG Göttingen)

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

1129. BGH 5 StR 443/08 - Beschluss vom 29. Oktober 2008 (LG Berlin)

Beweiswürdigung zur uneingeschränkten Schuldfähigkeit des Angeklagten (unzureichende Darstellung des Sachverständigengutachtens; krankhafte seelische Störung; paranoid-halluzinatorische Psychose; belastende Berücksichtigung von Verteidigungsverhalten).
§ 21 StGB; § 20 StGB; § 261 StPO

1130. BGH 5 StR 456/08 – Urteil vom 29. Oktober 2008 (LG Berlin)

Schwere Körperverletzung (minder schwerer Fall); Strafzumessung (Strafschärfung bei Fahrlässigkeit an der Grenze zum Vorsatz; Strafrahmenermilderung wegen nicht ausschließbarer verminderter Schuldfähigkeit; Strafmilderung wegen besonders belastender Untersuchungshaft: erste Hafterfahrung und späte Inhaftierung).
§ 227 StGB; § 212 StGB; § 15 StGB; § 46 StGB; § 49 Abs. 1 StGB; § 21 StGB; § 112 StPO

1131. BGH 5 StR 472/08 - Beschluss vom 28. Oktober 2008 (LG Hamburg)

Absehen von der Unterbringung des Angeklagten in einer Entziehungsanstalt bei ausreisepflichtigen Ausländern (Symptomzusammenhang; Betäubungsmittelkriminalität).
§ 64 StGB

1132. BGH 5 StR 479/08 - Beschluss vom 28. Oktober 2008

Unbegründete Anhörungsrüge.
§ 356a StPO

1133. BGH 5 StR 482/08 - Beschluss vom 16. Oktober 2008 (LG Görlitz)

Wertungsfehler bei der Strafzumessung wegen Diebstahls (unbefugte Ingebrauchnahme von Kraftfahrzeugen; Berücksichtigung der tatsächlichen Rückgabe des Fahrzeugs).
§ 46 StGB; § 242 StGB; § 248b StGB

1134. BGH 5 StR 486/08 - Beschluss vom 11. November 2008 (LG Berlin)

Rechtsfehlerhafte Bildung einer Gesamtfreiheitsstrafe (Einbeziehung nach Erlass eines Strafbefehls).
§ 55 StGB

1135. BGH 5 StR 488/08 - Beschluss vom 28. Oktober 2008 (LG Berlin)

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

1136. BGH 5 StR 489/08 – Urteil vom 11. November 2008 (LG Dresden)

Beweiswürdigung (Tötungsvorsatz).
§ 261 StPO; § 15 StGB; § 16 Abs. 1 Satz 1 StGB

1137. BGH 5 StR 493/08 (alt: 5 StR 621/07) - Beschluss vom 28. Oktober 2008 (LG Berlin)

Rechtsfehlerhaft unterbliebene Gesamtstrafenbildung (Erledigung; Genehmigung der Unterbrechung der Untersuchungshaft zum Zwecke der Strafvollstreckung; Ersatzfreiheitsstrafe).
§ 55 StGB; § 122 Abs. 1 Satz 2 StVollzG; § 126 StPO

1138. BGH 5 StR 498/08 - Beschluss vom 28. Oktober 2008 (LG Berlin)

Rechtsfehlerhafte Strafzumessung (Härteausgleich bei unmöglicher Gesamtstrafenbildung).
§ 55 StGB; § 46 StGB

1139. BGH 5 StR 502/08 - Beschluss vom 29. Oktober 2008 (LG Berlin)

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

1140. BGH 5 StR 507/08 - Beschluss vom 13. November 2008 (LG Dresden)

Erörterungsmangel hinsichtlich der Anordnung einer Unterbringung des Angeklagten in der Entziehungsanstalt (Hang und Alkoholabhängigkeit).
§ 64 StGB

1141. BGH 5 StR 509/08 (alt: 5 StR 5/08) - Beschluss vom 13. November 2008 (LG Berlin)

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

1142. BGH 5 StR 612/07 – Urteil vom 11. Juni 2008 (LG Cottbus)

Rechtsfehlerhafte Strafrahmerverschiebung bei Tatbegehung im Zustand verminderter Schuldfähigkeit auf Grund von Alkoholkonsum (Fahrlässigkeitsvorwurf; Vorhersehbarkeit; Alkoholabhängigkeit; Selbstjustiz an einem vermeintlichen „Kinderschänder“).
§ 212 Abs. 1 StGB; § 49 Abs. 1 StGB; § 21 StGB

1143. BFH VII B 92/08 – Beschluss vom 14. Juli 2008

Korruption und Steuerrecht (Weiterleitung von erlangten Erkenntnissen zu möglichen Korruptionsfällen durch die Finanzbehörde an die Strafverfolgungsbehörde ohne eigene strafrechtliche Prüfung; rechtswidrige Zuwendung von Vorteilen; Tatverdacht i.S. des § 4 Abs. 5 Nr. 10 Satz 3 EStG; Betriebsprüfung); Recht auf informationelle Selbstbestimmung und Grundsatz der Verhältnismäßigkeit; nemo tenetur-Grundsatz (Selbstbelastungsfreiheit); Strafverfolgungsverjährung; Bestechung; Bestechung im geschäftlichen Verkehr (Angestelltenbestechung).
§ 4 Abs. 5 Nr. 10 Satz 3 EStG; § 30 Abs. 4 Nr. 2, Abs. 2 AO; § 299 Abs. 2 StGB; § 331 StGB; § 334 StGB; Art. 8 EMRK; Art. 6 EMRK; Art. 2 Abs. 1 GG; Art. 1 Abs. 2 GG; § 78 Abs. 3 Nr. 4 StGB

1144. BGH GSSt 1/08 - Beschluss vom 7. Oktober 2008 (LG Bielefeld, LG Saarbrücken)

BGHSt; zu verbüßende Freiheitsstrafe nach Erklärung der Erledigung der Unterbringung in einem psychiatrischen Krankenhaus und nachträgliche Anordnung der Unterbringung in der Sicherungsverwahrung (bereichsspezifische Auslegung der neuen Tatsache; abweichende Grundlage der qualifizierten Gefährlichkeit des ehemals Unterbrachten).
Art. 2 Abs. 1 GG; Art. 2 Abs. 2 Satz 2 GG; Art. 20 Abs. 3 GG; Art. 5 EMRK; § 66b StGB; § 67d Abs. 6 StGB

1145. EGMR Nr. 36391/02 (Große Kammer) – Urteil vom 27. November 2008 (Salduz vs. Türkei)

Wirksamkeitsverpflichtete Konventionsauslegung; Recht auf konkreten und wirksamen Verteidigerbeistand bei der ersten Vernehmung im Ermittlungsverfahren (Untersuchungshaft; Konsultationsrecht; Anwesenheitsrecht; „Terrorismusbekämpfung“: PKK; Jugendstrafverfahren; Selbstbelastungsfreiheit; prinzipielles Verwertungsverbot für selbstbelastende Aussagen ohne Verteidigerbeistand); Recht auf ein faires Strafverfahren (Gesamtbetrachtung; Anwendung im Ermittlungsverfahren; Verzicht auf Konventionsrechte; rechtliches Gehör: Information über Verfahrensbeiträge anderer Verfahrensbeteiligter); redaktioneller Hinweis.

Art. 6 Abs. 1 S. 1 EMRK; Art. 6 Abs. 3 lit. c EMRK

1146. BVerfG 2 BvR 1044/08 (1. Kammer des Zweiten Senats) – Beschluss vom 9. August 2008 (OLG Nürnberg)

Freiheit der Person (Auswirkung auf die erforderliche Sachaufklärung bei der Entscheidung über die Aussetzung des Vollzugs der Sicherungsverwahrung; Grundrechtsschutz durch Verfahren; Fortdauer des Maßregelvollzuges nach zehn Jahren).

Art. 2 Abs. 2 Satz 2 GG; Art. 104 Abs. 1 GG; § 66 StGB; § 67d StGB

1147. BVerfG 2 BvR 671/08 (2. Kammer des Zweiten Senats) – Beschluss vom 30. August 2008 (OLG Köln/LG Aachen)

Freiheit der Person und Beschleunigungsgebot bei Überhaft (Anordnung und Aufrechterhaltung von Untersuchungshaft bei einem Strafgefangenen; siebenjährige Verfahrensverzögerung; Berücksichtigung der wertsetzenden Bedeutung des Freiheitsanspruches bei der Abwägung).

Art. 2 Abs. 2 Satz 2 und Satz 3 GG; Art. 104 GG; § 120 StPO; § 112 StPO

1148. BVerfG 2 BvR 749/08 (2. Kammer des

Zweiten Senats) – Beschluss vom 22. Oktober 2008 (OLG Dresden/LG Leipzig)

Freiheit der Person (Unterbringungsbeehl; nachträgliche Sicherungsverwahrung bei nachträglicher Rechtsänderung: Altfälle; Aufhebung im Einzelfall); Rechtsstaatsprinzip (Vertrauensschutzgebot: tatbestandliche Rückknüpfung, unechte Rückwirkung; Rückwirkungsverbot; ne bis in idem; Verhältnismäßigkeitsgrundsatz); Rechtskraftdurchbrechung (Prozessgegenstand).

Art. 2 Abs. 2 Satz 2 GG; Art. 20 Abs. 3 GG; Art. 103 Abs. 2, Abs. 3 GG; § 66b Abs. 1 Satz 2 StGB; § 275a StPO

1149. BVerfG 2 BvR 806/08 (2. Kammer des Zweiten Senats) – Beschluss vom 11. Juni 2008 (OLG Bamberg/LG Würzburg/AG Würzburg)

Freiheit der Person und Untersuchungshaft bei Vorliegen einer noch nicht rechtskräftigen Verurteilung (Resozialisierungszweck; Strafrestauesetzung zur Bewährung).

Art. 2 Abs. 2 Satz 2, Satz 3 GG; Art. 104 GG; § 57 StGB; § 120 StPO

1150. BGH 1 StR 484/08 - Beschluss vom 23. September 2008 (LG Münster)

BGHSt; indizielle Präklusion bei Beweisanträgen durch Fristsetzung zur Stellung von Beweisanträgen im Rahmen der Sachleitungsbefugnis (Prozessverschleppungsabsicht; angemessene Frist; Protokollierungspflicht und Hinweispflicht; Ablehnung von Hilfsbeweisen im Urteil; Beschleunigungsgrundsatz; Recht auf Verfahrensbeschleunigung; Aufklärungspflicht; richterliche Rechtsfortbildung; Bindung an Recht und Gesetz); Recht auf ein faires Strafverfahren (freie Verteidigung; Waffengleichheit); rechtliches Gehör; Darlegungsanforderungen an die Verfahrensrüge (Negativtatsachen).

Art. 6 EMRK; Art. 2 Abs. 1 GG; Art. 20 Abs. 3 GG; Art. 97 GG; § 244 Abs. 2, Abs. 3, Abs. 6 StPO; § 246 StPO; § 273 Abs. 3 Satz 1 StPO; § 344 Abs. 2 Satz 2 StPO; § 213 StPO; § 238 Abs. 1 StPO