

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, MJur

(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. Bonn; RA Tilo Mühl-

bauer (Dresden); RA Dr. Ralf Neu-

haus (Dortmund); RA Markus

Rübenstahl, mag. iur. (Flick Gocke

Schaumburg, Frankfurt a.M.); Prof.

Dr. Frank Saliger (Bucerius Law

School Hamburg); RA Dr. Hellen

Schilling, (Frankfurt aM); Prof. Dr.

Christoph Sowada (Univ. Rostock);

RA Klaus-Ulrich Ventzke (Ham-

burg) und Prof. Dr. Wolfgang Woh-

lers (Univ. Zürich)

Publikationen

Prof. Dr. *Gunnar Duttge*, Univ. Göttingen – **Arbeitsteiliges Zusammenwirken und Fahrlässigkeitsstrafbarkeit** (Besprechung zu BGH HRRS 2009 Nr. 91) S. 145

RA Dr. *Silke Noltensteiner*, Heidelberg – **Die Verbindung des Angenehmen mit dem Nützlichen – Ein neues Anwendungsgebiet für die Gesamtbetrachtungslehre des BGH** (Anmerkung zu BGH HRRS 2008 Nr. 896) S. 151

RA *Markus Adick*, Bonn – **Die Änderung des Krisenmerkmals der Überschuldung in § 19 Abs. 2 InsO – bedeutsam auch für „Altfälle“ im Insolvenzstrafrecht?** S. 155

Prof. Dr. *Heribert Ostendorf*, Univ. Kiel – **Der Missbrauch von Opfern zum Zwecke der Strafverschärfung** S. 158

Entscheidungen

- EGMR (Bykov vs. Russland) Verwertung rechtswidrig erlangter Beweise
- BVerfG Zulässige Abfrage von Kreditkartendaten im Ermittlungsverfahren
- BVerfG Unwirksame Beschränkung der Revision auf die Anordnung des teilweisen Vorwegvollzuges und Hinweis auf die Revisionsrücknahme
- BGHSt Einordnung einer Tat als Verbrechen bei § 30 StGB
- BGHSt Schadensbestimmung beim Betrug im Fall von Risikogeschäften
- BGHSt Herrühren von Bestechungsgeld bei der Geldwäsche
- BGHSt Verfall von Wertersatz bei Kaufgeld der Ermittlungsbehörden
- BGHSt Kein Verwertungsverbot bei Verstoß gegen die Benachrichtigungspflicht des § 168c V, I StPO hinsichtlich des Mitbeschuldigten
- BGH Verwertungsverbot bei Umgehung des Schweigerechts durch V-Leute
- BGHR Gläubigerbenachteiligung als Grenze des § 153a StPO
- BGHSt Keine Strafbarkeit nach § 95 I Nr. 7 AufenthG bei wiederholtem Verstoß gegen Auflagen gemäß § 61 I 2 AufenthG
- LG Itzehoe Vorlage zum verfassungswidrig mangelnden minder schweren Fall bei der besonders schweren Brandstiftung

Die Ausgabe umfasst 90 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

SCHRIFTLEITUNG
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); RA 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. Bonn; RA Tilo Mühlbauer (Dresden); RA Dr. Ralf Neuhaus (Dortmund); RA Markus Rübenstahl, mag. iur. (Kanzlei Flick Gocke Schaumburg, Frankfurt a.M.); Prof. Dr. Frank Saliger (Bucerius Law School Hamburg); RA Dr. Hellen Schilling (Frankfurt aM); Prof. Dr. Christoph Sowada (Univ. Rostock); RA Klaus-Ulrich Ventzke (Hamburg) und Prof. Dr. Wolfgang Wohlers (Univ. Zürich).

ISSN 1865-6277
10. Jahrgang, April 2009, Ausgabe

4

Rechtsprechung

Strafrechtliche/strafverfahrensrechtliche Entscheidungen des EGMR/BVerfG

360. EGMR Nr. 4378/02 – Urteil der Großen Kammer vom 21. Januar 2009 (Bykov v. Russland)

Recht auf ein faires Verfahren (heimliche Ermittlungsmethoden; Umgehungsverbot; Hörfälle und Täuschung; Schutz der Selbstbelastungsfreiheit; Verwertung rechtswidrig erlangter Beweismittel; Beweisverwertungsverbote; V-Mann-Einsatz; verdeckter Ermittler; Konfrontationsrecht; konkrete und wirksame Auslegung; abweichende Sondervoten); Recht auf Achtung des Privatlebens und der Wohnung (gesetzliche und gesetzeswidrige Eingriffe; Einsatz technischer Abhör- und Aufzeichnungshilfsmittel in Wohnungen bei V-Mann-Einsätzen; Recht am eigenen Wort; Vertraulichkeit); Recht auf Sicherheit und Freiheit (Entscheidung in angemessener Frist; mangelnde spezifische Begründung fortdauernder Untersuchungshaft); redaktioneller Hinweis.

Art. 6 EMRK; Art. 8 EMRK; Art. 5 Abs. 3 EMRK; Art. 2 Abs. 1, Art. 1 Abs. 1 GG; Art. 13 GG; Art. 20 Abs. 3 GG; § 136a StPO; § 110 StPO

1. Der Einsatz eines technischen Abhör- und Aufzeichnungshilfsmittels in einem privaten Umfeld (hier: der Wohnung eines Beschuldigten) durch einen V-Mann der Ermittlungsbehörden erfordert eine gesetzliche Grundlage, die spezifische und detaillierte Anforderungen an die Zulässigkeit dieser heimlichen Ermittlungsmaßnahme stellt und damit einen hinreichenden Schutz gegen Willkür bietet. Dies gilt auch dann, wenn der V-Mann das aufgezeichnete Gespräch (den Zugang zur Wohnung) mit der Zustimmung des Beschuldigten erlangt, der über die Aufzeichnung nicht informiert ist. Die Prinzipien, die nach der Rechtsprechung des EGMR insbesondere für die heimliche Telekommunikationsüberwachung gelten, gelten analog auch beim Gebrauch von technischen

Hilfsmitteln zur Aufzeichnung des vertraulich gesprochenen Wortes außerhalb der Telekommunikation.

2. Der Gebrauch eines rechtswidrig unter Verletzung anderer Menschenrechte (hier: Art. 8 EMRK) erlangten Beweismittels macht ein Verfahren nicht stets unfair (entschieden mit elf zu sechs Stimmen). Die Entscheidung, ob die Verwertung rechtswidrig erlangter Beweismittel das Recht auf ein faires Verfahren verletzt, hängt insbesondere von der Beachtung der übrigen Verteidigungsrechte, von einer Prüfung der rechtswidrigen Erlangung, von der Beweiskraft und Verlässlichkeit des Beweismittels sowie von der Natur der Verletzung eines anderweitigen Rechts der EMRK ab.

3. Die Grundsätze der Allan-Entscheidung zum Schutz der Selbstbelastungsfreiheit in funktionalen Vernehmungen sind nicht gleichermaßen anwendbar, wenn der Beschuldigte noch nicht inhaftiert ist, auf ihn nicht in Vernehmungen Druck hin zu einer Aussage ausgeübt worden ist, und er seinen Willen noch nicht geäußert hat, schweigen zu wollen. Jedenfalls dann, wenn der Beschuldigte durch die Umstände eines V-Mann-Einsatzes unter keinen Druck gerät, mit dem V-Mann zu sprechen und sich selbst zu belasten, und wenn selbstbelastende Gesprächsaufnahmen zu frei entstandenen Gesprächen nicht unvermittelt als (eine Art) Geständnis zur Urteilsgrundlage gemacht werden, liegt keine Verletzung der Selbstbelastungsfreiheit vor.

304. BVerfG 2 BvR 1372/07 (2. Kammer des Zweiten Senats) – Beschluss vom 17. Februar 2009 (LG Halle/Saale/AG Halle-Saalkreis/Staatsanwaltschaft Halle)

Abfrage von Kreditkartendaten in einem Ermittlungsverfahren wegen Kinderpornographie (Operation „Mikado“); Grundrecht auf informationelle Selbstbestimmung (Schutzbereich; Eingriff; Normenklarheit; Verhältnismäßigkeit); (keine) Anwendung der Vorschriften über die Rasterfahndung (Anwendung der Generalklausel des § 161 StPO; Grundsatz der freien Gestaltung des Ermittlungsverfahrens).

Art. 2 Abs. 1 GG; Art. 1 Abs. 1 GG; § 161 StPO; § 161a StPO; § 98a StPO; § 184b Abs. 4 StGB

1. Die Abfrage von Kreditkartendaten durch die Staatsanwaltschaft stellt – anders als bei den Betroffenen, deren Daten letztlich übermittelt worden sind – keinen Eingriff in das Recht auf informationelle Selbstbestimmung von Betroffenen dar, deren Kreditkartendaten bei den kreditkartenausgebenden Unternehmen lediglich maschinell geprüft, mangels Übereinstimmung mit den Suchkriterien aber nicht als Treffer angezeigt und der Staatsanwaltschaft daher nicht übermittelt wurden.

2. § 161 Abs. 1 StPO stellt eine verfassungsrechtlich ausreichende gesetzliche Grundlage für die Abfrage von nach bestimmten konkreten Merkmalen spezifizierte Kreditkartendaten dar.

3. Eine Rasterfahndung liegt nicht vor, wenn die Strafverfolgungsbehörde von privaten Stellen Auskünfte zu speziellen Täter-Daten erhält, also nicht die Gesamtdaten zum weiteren Abgleich mit anderen Dateien übermittelt

bekommt. Auch eine Suchabfrage in Dateien derselben Speicherstelle ist keine Rasterfahndung.

4. Eine Ermittlungsmaßnahme gestützt auf § 161 Abs. 1 StPO ist nicht allein deswegen unzulässig, weil sie heimlich erfolgt oder weil nicht allgemein zugängliche Daten unter Eingriff in das Grundrecht auf informationelle Selbstbestimmung erlangt werden.

5. § 161 Abs. 1 StPO steht unter einer strengen Begrenzung auf den Ermittlungszweck der Aufklärung von Straftaten. Auf die Ermittlung anderer Lebenssachverhalte und Verhältnisse erstreckt sich diese Eingriffsermächtigung nicht. Bei einer strafrechtlichen Ermittlung dürfen daher keine Sachverhalte und persönlichen Verhältnisse ausgeforscht werden, die für die Beurteilung der Täterschaft und für die Bemessung der Rechtsfolgen der Tat nicht von Bedeutung sind. Voraussetzung für Ermittlungsmaßnahmen nach § 161 Abs. 1 StPO sind zureichende tatsächliche Anhaltspunkte einer Straftat (§ 152 Abs. 2 StPO). Eine Aufzählung aller kriminalistischen Vorgehensweisen, die von § 161 Abs. 1 StPO erfasst werden, ist dagegen nicht möglich und für Maßnahmen, die mit weniger intensiven Grundrechtseingriffen verbunden sind, auch nicht erforderlich.

6. Die bei Ermittlungsmaßnahmen unvermeidliche Gefahr, dass ein Unschuldiger zunächst verdächtig erscheinen könnte, etwa wenn mit einer gestohlenen Kreditkarte bezahlt wurde, Buchungen falsch gespeichert wurden oder sich ein Kunde bei demselben Anbieter zu demselben Preis nur Zugang zu legalen Inhalten verschafft hat, wird demgegenüber allenfalls wenige Fälle betreffen und führt nicht dazu, dass Daten über Kreditkartenzahlungen nicht zur Grundlage staatsanwaltschaftlicher Ermittlungen gemacht werden dürften.

303. BVerfG 2 BvR 1082/08 (2. Kammer des Zweiten Senats) – Beschluss vom 6. Dezember 2008 (BGH/LG Bamberg)

(Unzulässige) Beschränkung der Revision auf die Anordnung des teilweisen Vorwegvollzugs einer Maßregel; Willkürverbot (reformatio in peius; Gleichheitsgrundsatz); Recht auf ein faires Verfahren (Eröffnung einer Rechtsmittelrücknahmemöglichkeit durch sachdienlichen Hinweis); Subsidiarität der Verfassungsbeschwerde (Erfordernis einer Anhörungsrüge).

Art. 3 Abs. 1 GG; Art. 2 Abs. 2 S. 2 GG; Art. 20 Abs. 3 GG; Art. 103 Abs. 1 GG; § 64 Abs. 1 StGB; § 349 Abs. 4 StPO; § 354 Abs. 1 StPO; § 302 StPO; § 356a StPO; § 90 Abs. 2 BVerfGG

1. Die Auffassung des Bundesgerichtshofs (BGH 1 StR 167/08 v. 15. April 2008 = HRRS 2008 Nr. 518), nach der die Beschränkung der Revision auf die Anordnung des teilweisen Vorwegvollzugs unwirksam sei, weil die Frage der Dauer des Vorwegvollzugs nicht losgelöst von der Frage der Anordnung der Maßregel beurteilt werden könne, ist verfassungsrechtlich nicht zu beanstanden.

2. Es könnte unter Fairnessgesichtspunkten geboten sein, einen Revisionsführer durch einen sachdienlichen Hinweis ausdrücklich die Möglichkeit zu eröffnen, seine Revision zurückzunehmen (§ 302 StPO), wenn deren

Aufrechterhaltung zu einem von ihm offensichtlich nicht gewollten „Erfolg“ (vorliegend Aufhebung des Maßrelegauspruchs und Wegfall der Anordnung der Unterbringung in einer Entziehungsanstalt) führen würde (im Ergebnis wegen mangelnder Anhörungsrüge offen gelassen).

301. BVerfG 2 BvR 287/09 (2. Kammer des Zweiten Senats) – Beschluss vom 19 Februar 2009 (LG Augsburg/AG Augsburg)

Anordnung molekulargenetischer Untersuchung zum Zwecke der Identitätsfeststellung in künftigen Strafverfahren (Begründungsanforderungen; wiederholte Begehung sonstiger Straftaten); einstweilige Anordnung (irreparabler Rechtsverlust durch Entnahme von DNA-Proben beim bereits längere Zeit straffrei lebenden Betroffenen).

Art. 2 Abs. 1 GG; Art. 1 Abs. 1 GG; Art. 2 Abs. 2 S. 1 GG; § 81 f, § 81 g, § 162 Abs. 1 StPO; § 32 BVerfGG

Im Fall einer Anordnung nach § 81g Abs. 1 Satz 2 StPO hat das Gericht einzelfallbezogen darzulegen, warum die wiederholte Begehung sonstiger Straftaten im Unrechtsgehalt einer Straftat von erheblicher Bedeutung gleichsteht. Ferner bedarf es einer Darlegung positiver, auf den Einzelfall bezogener Gründe, dass wegen der Art oder Ausführung der bereits abgeurteilten Straftaten, der Persönlichkeit des Verurteilten oder sonstiger Erkenntnisse Grund zu der Annahme besteht, dass gegen ihn künftig erneut Strafverfahren wegen Straftaten von erheblicher Bedeutung zu führen sind. Weiter erhöhte Begründungsanforderungen bestehen, wenn ein anderes Gericht bereits im Rahmen der Entscheidung über eine Strafaussetzung zur Bewährung eine günstige Sozialprognose getroffen hat (vgl. BVerfGE 103, 21, 35 ff.).

300. BVerfG 2 BvR 2693/07 (3. Kammer des Zweiten Senats) – Beschluss vom 25. November 2008 (AG Bochum)

Untätigkeit des Rechtspflegers (Rechtsschutzgarantie; Nichtprotokollierung von Rechtsbeschwerden); Rechtswegerschöpfung (Erinnerung als nicht von vornherein ausgeschlossener Rechtsbehelf).

Art. 19 Abs. 4 GG; § 90 Abs. 2 BVerfGG; § 11 Abs. 2 RPfG; § 118 Abs. 3 StVollzG

1. Mit der grundrechtlichen Garantie auf effektiven Rechtsschutzes (Art. 19 Abs. 4 GG) wäre es nicht vereinbar, wenn für den Fall, dass ein Handeln oder Unterlassen des zuständigen Rechtspflegers das durch § 118 Abs. 3 StVollzG eingeräumte Recht verletzt, eine Rechtsbeschwerde zur Niederschrift der Geschäftsstelle einzulegen, keinerlei gerichtlicher Rechtsschutz zur Verfügung stände.

2. Ob und unter welchen Voraussetzungen eine in den Verantwortungsbereich der Justiz fallende verzögerte Protokollierung und die damit verbundene Verweisung des Betroffenen auf den Weg des Wiedereinsetzungsantrages eine Verletzung des durch § 118 Abs. 3 StVollzG eingeräumten verfahrensrechtlichen Anspruchs des Gefangenen darstellt, mit der Folge, dass hiergegen gerichtlicher Rechtsschutz zu gewähren und demgemäß die Erinnerung gemäß § 11 Abs. 2 RPfG als statthaft anzu-

sehen wäre, haben zunächst – unter Berücksichtigung des Grundsatzes, dass eine Grundrechtsverletzung durch Verzögerungen im Justizbetrieb nicht schon durch fehlendes Verschulden der konkret befassten Justizorgane ausgeschlossen wird – die Fachgerichte zu beurteilen.

299. BVerfG 2 BvR 2341/08 (2. Kammer des Zweiten Senats) – Beschluss vom 9. Dezember 2008 (BGH/OLG Frankfurt am Main)

Ausschluss eines Pflichtverteidigers (Begünstigung; Weiterleitung von Briefen; Begründungsanforderungen); Berufsfreiheit; Recht auf ein faires Verfahren und Recht auf konkrete und wirksame Verteidigung (kein Anspruch auf Beibehaltung eines Pflichtverteidigers bei Begünstigungsverdacht).

Art. 12 Abs. 1 GG; Art. 2 Abs. 1 GG; Art. 20 Abs. 3 GG; Art. 6 Abs. 3 lit. c EMRK; § 138a Abs. 1 Nr. 3 StPO; § 257 StGB

1. § 138a Abs. 1 StPO ist als solcher verfassungsgemäß (vgl. BVerfG, Vorprüfungsausschuss, Beschluss vom 4. Juli 1975 - 2 BvR 482/75 -, NJW 1975, S. 2341).

2. Der Ausschluss als Verteidiger ist keine Strafe, sondern eine prozessuale Maßnahme, die der Gefahr vorbeugen soll, dass im Strafverfahren ein Verteidiger mitwirkt, der wegen seines Verhaltens außerstande ist, die Verteidigung so wahrzunehmen, wie es seiner Stellung als Beistand des Beschuldigten und als Organ der Rechtspflege entspricht. Der Verteidiger ist aufgrund seiner Beistandsverpflichtung gegenüber dem Beschuldigten zwar gehalten, dessen Interessen umfassend wahrzunehmen, darf sich jedoch in keinem Fall mit unerlaubten Mitteln der Wahrheitsfindung hindernd in den Weg stellen und hat die Verteidigung den Zwecken des Strafverfahrens entsprechend zu führen. Dies tut er nicht, wenn sein Verhalten den Tatbestand der strafbaren Begünstigung seines Mandanten erfüllt.

3. Die Anwendung des § 138a StPO begründet selbst dann, wenn die Vorschrift auf den Pflichtverteidiger nicht anwendbar sein sollte, keinen Grundrechtsverstoß, weil das Ausschließungsverfahren höhere Anforderungen als an die einfache Rücknahme der Bestellung zum Pflichtverteidiger statuiert.

4. Da im Rahmen der Beurteilung einer fairen Verfahrensgestaltung in einer Gesamtschau auch die Erfordernisse einer funktionstüchtigen Strafrechtspflege in den Blick zu nehmen sind (vgl. BVerfGE 47, 239, 250; 80, 367, 375), besteht für den Beschuldigten kein bindender Anspruch auf Beiordnung eines bestimmten Rechtsbeistandes (vgl. BVerfGE 9, 36, 38) und auch kein Recht, dass der Pflichtverteidiger seines Vertrauens stets im Verfahren verbleibt ohne Rücksicht auf mögliches zweckfremdes Verteidigungsverhalten (vgl. BVerfGE 39, 238, 243).

298. BVerfG 2 BvR 1032/08 (2. Kammer des Zweiten Senats) – Beschluss vom 2. März 2009 (KG Berlin)

Garantie des gesetzlichen Richters im strafprozessualen Revisionsrecht (Divergenzvorlage; Willkür); Diebstahl (gefährliches Werkzeug; Taschenmesser; Be-

wusstsein vom Vorhandensein während der Tat); allgemeines Willkürverbot.

Art. 101 Abs. 1 Satz 2 GG; Art. 3 Abs. 1 GG; § 121 Abs. 2 GVG; § 242 Abs. 1 StGB; § 244 Abs. 1 Nr. 1 a StGB; § 15 StGB

1. Es ist verfassungsrechtlich nicht zu beanstanden, wenn die Vorlagepflicht nach § 121 Abs. 2 GVG mit der Begründung verneint wird, dass Rechtsfrage nicht nur für die beabsichtigte eigene Entscheidung, sondern auch für die frühere(n) Entscheidung(e)n erheblich sein muss.

2. Das Bundesverfassungsgericht prüft nicht im Einzelnen nach, ob eine entscheidungserhebliche Divergenz vorlag; entscheidend ist vielmehr, ob der angegriffene Beschluss sich mit den als divergierend in Betracht kommenden Entscheidungen auseinandersetzt und nachvollziehbar begründet, warum mit Rücksicht auf den anderen Sachverhalt eine entscheidungserhebliche Abweichung nicht vorliegen soll (vgl. BVerfGE 101, 331, 360).

Rechtsprechung

Hervorzuhebende Entscheidungen

I. Materielles Strafrecht – Allgemeiner Teil

322. BGH 2 StR 165/08 - Urteil vom 4. Februar 2009 (LG Frankfurt am Main)

BGHSt; Verbrechensverabredung (Einordnung einer Tat als Verbrechen oder Vergehen beim Sich-Bereiterklären zur Anstiftung nach der Person des Anzustiftenden; versuchte Anstiftung; Verbrechensverabredung; ungenügende Beihilfe); gewerbs- und bandenmäßig begangener Betrug.

§ 30 Abs. 2 StGB; § 263 Abs. 5 StGB

1. Für die Einordnung der gemäß § 30 StGB beabsichtigten Tat als Verbrechen oder Vergehen kommt es auch in Fällen des Sich-Bereiterklärens zur Anstiftung gemäß § 30 Abs. 2 StGB nicht auf die Person des Anstifters, sondern auf die des Anzustiftenden an (im Anschluss an BGHSt 6, 308). (BGHSt)

2. Die Verbrechensverabredung nach § 30 Abs. 2 StGB setzt die vom ernstlichen Willen getragene Einigung mehrerer Personen voraus, an der Verwirklichung eines bestimmten Verbrechens mittäterschaftlich, also nicht nur als Gehilfen, mitzuwirken (BGH NStZ 1988, 406; 1993, 137, 138; NStZ-RR 2002, 74, 75). (Bearbeiter)

351. BGH 4 StR 488/08 - Urteil vom 12. Februar 2009 (LG Dortmund)

Abgrenzung von Mittäterschaft und Beihilfe beim Unterlassungsdelikt; Garantenstellung aus Ingerenz (Bestärkung eines anderen zur Tat).

§ 25 Abs. 2 StGB; § 27 StGB; § 13 StGB

Nach der Rechtsprechung des Bundesgerichtshofs ist für die Abgrenzung zwischen Mittäterschaft und Beihilfe durch Unterlassen zur Tat eines aktiv Handelnden die innere Haltung des Unterlassenden zur Tat bzw. dessen Tatherrschaft maßgebend. War seine aufgrund einer wertenden Betrachtung festzustellende innere Haltung – insbesondere wegen des Interesses am Taterfolg – als

Ausdruck eines sich die Tat des anderen zu eigen machenden Täterwillens aufzufassen, so liegt die Annahme von Mittäterschaft nahe. War sie dagegen davon geprägt, dass er sich dem Handelnden – etwa weil er dessen bestimmenden Einfluss unterlag – im Willen unterordnete und ließ er das Geschehen ohne innere Beteiligung und ohne Interesse am drohenden Erfolg lediglich ablaufen, spricht dies für eine bloße Beteiligung als Gehilfe (BGH NStZ 1992, 31 m.w.N.). Zum anderen kommt Mittäterschaft des Unterlassenden in Betracht, wenn dieser – neben dem aktiv Handelnden – „Herr des Geschehens“ war, er also die Tatherrschaft hatte (vgl. BGHSt 11, 268, 272; 37, 289, 293).

385. BGH 5 StR 572/08 - Urteil vom 26. Februar 2009 (LG Berlin)

Versuchter Mord; Rücktritt vom Versuch (Aufgeben der weiteren Tatausführung; Zäsur); Garantenstellung für die Abwendung des Todes (Ingerenz aufgrund früherer gemeinschaftlicher Körperverletzung); detaillierte Vorgaben des Revisionsgerichts für die neue Hauptverhandlung.

§ 211 StGB; § 13 StGB; § 22 StGB; § 23 StGB; § 24 StGB; § 223 StGB

Beteiligen sich mehrere an – ggf. nicht einmal lebensgefährlichen – Misshandlungen eines Opfers und zielen die weiteren Tathandlungen eines Tatgenossen auf die Tötung des Opfers ab, so kann ein zuvor lediglich an den Gewalttätigkeiten Beteiligter als Garant anzusehen sein, der zur Abwendung des drohenden Todeserfolges verpflichtet ist, wenn durch sein Vorverhalten die nahe Gefahr des Eintritts des tatbestandsmäßigen Erfolges besteht. Diese Gefahr kann dadurch bewirkt werden, dass der zur Tötung des Opfers bereite Tatgenosse durch die übrigen Tatbeteiligten in seinen, die Misshandlung des Opfers übersteigenden und nunmehr auf dessen Tötung gerichteten Handlungen bestärkt wird.

II. Materielles Strafrecht – Besonderer Teil

318. BGH 1 StR 731/08 - Beschluss vom 18. Februar 2009 (LG München I)

BGHSt; Schadensbestimmung bei Betrug im Fall von Risikogeschäften (Bewertung zum Zeitpunkt der Vermögensverfügung; Vorsatz; Verlustrisiko als Endschaden bzw. endgültiger Schaden; Mindestfeststellung durch Schätzung inklusive Beurteilungsspielraum: Recht auf ein faires Verfahren; Schadensumfang beim Anlagebetrug); Hinweispflicht; Geldstrafe neben Freiheitsstrafe (wirtschaftliche Verhältnisse; Erörterungsmangel).

Art. 2 Abs. 1 GG; Art. 20 Abs. 3 GG; § 263 Abs. 1 StGB; § 266 StGB; § 41 StGB; § 265 StPO

1. Beim betrügerisch veranlassten Eingehen eines Risikogeschäfts - mit einer nicht mehr vertragsimmanenten Verlustgefahr - ist zur Feststellung des Schadens auf den unmittelbar mit der Vermögensverfügung des Geschädigten eingetretenen Vermögensnachteil abzustellen. Allein hierauf muss sich das voluntative Element des Vorsatzes beim Täter beziehen. Auf die Billigung eines eventuellen Endschadens kommt es insoweit nicht an. (BGHSt)
2. Der mit der Vermögensverfügung unmittelbar eingetretene Vermögensschaden ist durch das Verlustrisiko zum Zeitpunkt der Vermögensverfügung bestimmt. Dies stellt hinsichtlich des Straftatbestands einen endgültigen Schaden dar und nicht nur eine (schadensgleiche) Vermögensgefährdung. Die Höhe des Vermögensnachteils zum Zeitpunkt der Verfügung ist nach wirtschaftlichen Maßstäben zu bewerten. Ist eine genaue Feststellung zur Schadenshöhe nicht möglich, sind hierzu Mindestfeststellungen zu treffen. Dies kann durch Schätzung geschehen. Dem Tatrichter steht dabei ein Beurteilungsspielraum zu. (BGHSt)
3. Ein Schaden i.S.v. § 263 StGB tritt ein, wenn die Vermögensverfügung (hier die vertragsgemäße Bezahlung der Anlagesumme an den Angeklagten beziehungsweise eines seiner Unternehmen) unmittelbar zu einer nicht durch Zuwachs ausgeglichenen Minderung des wirtschaftlichen Gesamtwerts des Vermögens des Verfügenden führt (Prinzip der Gesamtsaldierung, vgl. BGHSt 45, 1, 4; 51, 10, 15). (Bearbeiter)
4. Der Begriff der konkreten Vermögensgefährdung ist entbehrlich. Zwischen Schaden (Verlust) und Gefährdung (Beeinträchtigung) besteht bei wirtschaftlicher Betrachtung kein qualitativer, sondern nur ein quantitativer Unterschied. (Bearbeiter)
5. Auch die Absicht des späteren Ausgleichs der Vermögensminderung ist für die Tatbestandsverwirklichung ohne Bedeutung. (Bearbeiter)

6. Bei der Beurteilung der wirtschaftlichen Verhältnisse (§ 41 Satz 1 StGB) haben solche Vermögenswerte außer Betracht zu bleiben, die dem Verfall gemäß §§ 73, 73a StGB bzw. der Rückgewinnungshilfe nach § 111i StPO unterliegen. (Bearbeiter)

309. BGH 1 StR 4/09 - Beschluss vom 18. Februar 2009 (LG Stuttgart)

BGHSt; Geldwäsche (Vortat der Bestechung: Herrühren des Bestechungsgeldes; Vortatbeteiligung: Maßgeblichkeit des deutschen Rechts); ne bis in idem (Verbot der Doppelbestrafung).

Art. 103 Abs. 3 GG; § 261 Abs. 1 Satz 1 StGB; § 261 Abs. 9 Satz 2 StGB; § 334 Abs. 1 StGB; § 335 Abs. 2 Nr. 1 und Nr. 3 StGB; Art. 2 § 1 und § 4 IntBestG

1. Im Rahmen der Strafbarkeit des § 261 Abs. 1 Satz 1 StGB rührt bei der Bestechung nach § 334 StGB als Vortat auch das Bestechungsgeld, das der Bestechende zahlt, aus der Tat her. (BGHSt)
2. Bei der Beurteilung, ob der Täter der Geldwäsche sich zugleich wegen der Vortat strafbar i.S.d. § 261 Abs. 9 Satz 2 StGB gemacht hat, ist allein auf das deutsche Recht abzustellen. (BGHSt)
3. Das Verbot der Doppelbestrafung nach Art. 103 Abs. 3 GG ist jedoch auf die Verurteilungen durch denselben Staat beschränkt und gilt daher - soweit keine bi- oder multilateralen Übereinkommen bestehen - bei ausländischen Verurteilungen nicht. (Bearbeiter)
4. Ein Gegenstand ist dann als bemakelt i.S. der § 261 Abs. 1 StGB anzusehen, wenn er sich bei wirtschaftlicher Betrachtungsweise im Sinne eines Kausalzusammenhangs auf die Vortat zurückführen lässt. (Bearbeiter)

362. LG Itzehoe Jug 3 KLS 19/08 - Beschluss vom 12. März 2009

Vorlagebeschluss; Richtervorlage; konkrete Normenkontrolle; Schuldprinzip; schuldangemessene Strafe; besonders schwere Brandstiftung (Fehlen eines minder schweren Falles); verfassungskonforme Auslegung; abstraktes Gefährdungsdelikt; teleologische Reduktion. Art. 1 Abs. 1 GG; Art. 2 Abs. 1 GG; Art. 20 Abs. 3 GG; Art. 100 Abs. 1 GG; § 306b Abs. 2 Nr. 2 StGB; § 49 Abs. 1 StGB

1. Die vorlegende Jugendkammer ist überzeugt, dass der Tatbestand der besonders schweren Brandstiftung (§ 306b Abs. 2 Nr. 2 StGB) gegen das Gebot schuldangemessenen Strafens verstößt, das seinerseits aus der in Art. 1 Abs. 1 i.V.m. Art. 2 Abs. 1 GG verankerten Würde

und Eigenverantwortlichkeit des Menschen und dem in Art 20. Abs. 3 GG verankerten Rechtsstaatsprinzip folgt.

2. § 306b Abs. 2 Nr. 2 StGB schränkt in verfassungswidriger Weise das Recht auf persönliche Freiheit aus Art. 2 Abs. 2 Satz 2 GG ein. Tatbestand und Rechtsfolge sind insofern nicht sachgerecht aufeinander abgestimmt, als dem Richter in Ansehung der hohen Mindeststrafe und mangels herabgesetzten Strafrahmens für minder schwere Fälle kein ausreichender Spielraum verbleibt, um im Einzelfall zu einer schuldangemessenen Strafe kommen zu können. Jedenfalls in den Fällen, in denen erhebliche Milderungsgründe zusammentreffen, ist der Richter durch § 306b Abs. 2 Nr. 2 StGB gezwungen, eine Strafe zu verhängen, die im Verhältnis zur Schuld des Täters unangemessen hoch ist.

3. Die Verschärfung der Strafe gemäß § 306b Abs. 2 Nr. 2 StGB steht im Vergleich zum Grundtatbestand und den übrigen Qualifizierungen des § 306a StGB nicht mehr in einem sachgerechten Verhältnis zum Maß der vermehrten Schuld und fügt sich - jedenfalls in Ermangelung eines herabgesetzten Strafrahmens für minder schwerer Fälle - nicht in sachgerechter Weise in das Sanktionssystem des StGB ein.

357. BGH 4 StR 594/08 – Urteil vom 5. März 2009 (LG Landau)

Tätliche Beleidigung („Sprühregenfall“; spürbare körperliche Einwirkung); nachträgliche Gesamtstrafbildung (Zäsurwirkung).

§ 185 2. Alt. StGB; § 55 Abs. 1 StGB

1. Macht der Angeklagte um seine Missachtung auszuweichen mit nahezu geschlossenem Mund ein einem starken Ausatmen ähnliches Geräusch, wodurch zugleich Speichel in Form einer Art „Sprühregens“ aus etwa 20 cm Abstand im Gesicht des Opfers auftritt, erfüllt diese spürbare körperliche Einwirkung auf das Opfer den objektiven Tatbestand einer tätlichen Beleidigung.

2. Gemäß § 55 Abs. 1 StGB ist eine nachträgliche Gesamtstrafe zu bilden, wenn ein rechtskräftig Verurteilter, bevor die gegen ihn erkannte Strafe vollstreckt, verjährt oder erlassen ist, wegen einer anderen Straftat verurteilt wird, die er vor der früheren Verurteilung begangen hat. Einer Vorverurteilung kommt diesbezüglich dann keine Zäsurwirkung zu, wenn sämtliche in ihr abgeurteilten Taten schon in eine frühere Vorverurteilung einzubeziehen sind (BGH, Beschluss vom 20. September 2007 - 4 StR 431/07).

332. BGH 2 StR 516/08 - Urteil vom 14. Januar 2009 (LG Trier)

Gewerbsmäßiger Betrug (eigene Vorteile; Drittbereicherungsabsicht; Beweiswürdigung: rechtsfehlerhafte Begründung eines Freispruchs, Gesamtwürdigung der Indizien, überspannte Anforderungen an die Überzeugungsbildung, lückenhafte Würdigung).

§ 263 Abs. 3 Nr. 1, Abs. 5 StGB; § 261 StPO

Gewerbsmäßig handelt ein Angeklagter beim Betrug nur dann, wenn ihm aus den betrügerisch erlangten Geldern eigene Vorteile zufließen sollten.

312. BGH 1 StR 648/08 - Beschluss vom 17. Dezember 2008 (LG München)

Versuchte schwere räuberische Erpressung (Bereicherungsabsicht; Tatbestandsirrtum; Vorsatz bei normativen Tatbestandsmerkmalen; Feststellung der Rechtswidrigkeit der erstrebten Bereicherung).

§ 253 StGB; § 255 StGB; § 16 Abs. 1 StGB

1. Für den Tatbestand der räuberischen Erpressung kommt es in Fällen einer fremdnützigen Tatbegehung darauf an, ob der Angeklagte eine Zahlung an einen Dritten erreichen wollte, um diesen oder eine andere Person zu unrecht zu bereichern. Die Rechtswidrigkeit des erstrebten Vermögensvorteils ist ein (normatives) Tatbestandsmerkmal, das vom - zumindest bedingten - Vorsatz des Täters umfasst sein muss (BGH StV 1991, 20; Senat, Beschl. vom 9. Oktober 2008 - 1 StR 359/08).

2. Die Frage nach der Rechtmäßigkeit oder Rechtswidrigkeit einer Forderung richtet sich gemäß § 253 StGB nicht danach, ob sie unbestritten ist oder vor Gericht durchgesetzt werden muss, sondern allein nach der materiellen Rechtslage (vgl. BGH NSTZ-RR 1999, 6 f.; Senat, Beschl. vom 9. Oktober 2008 - 1 StR 359/08).

377. BGH 5 StR 73/09 - Beschluss vom 10. März 2009 (LG Berlin)

Verminderte Schuldfähigkeit (obligatorische Prüfung der Strafmilderung); Härteausgleich (fiktive Gesamtstrafe).

§ 21 StGB; § 49 StGB; § 55 StGB

1. Gelangt der Tatrichter zu dem Ergebnis, dass der Angeklagte eine Tat unter den Voraussetzungen des § 21 StGB begangen hat, so hat er sich zwingend mit der Möglichkeit einer Milderung nach § 49 Abs. 1 StGB auseinanderzusetzen.

2. Das Tatgericht kann zur Durchführung des Härteausgleichs von einer unter Einbeziehung der bereits vollstreckten Strafe gebildeten „fiktiven Gesamtstrafe“ ausgehen und diese dann um die vollstreckte Strafe mindern oder den Umstand, dass eine Gesamtstrafenbildung mit der früheren Strafe nicht mehr möglich ist, unmittelbar bei der Feststellung der neuen Strafe berücksichtigen. Erforderlich ist jedoch, dass ein angemessener Härteausgleich vorgenommen wird und dies den Urteilsgründen hinreichend deutlich zu entnehmen ist

348. BGH 4 StR 396/08 - Beschluss vom 20. Januar 2009 (LG Berlin)

Straßenverkehrsgefährdung (Begriff der Vorfahrt).

§ 315c StGB

Nach ständiger Rechtsprechung des Senats fallen unter den Begriff Vorfahrt im Sinne des § 315c Abs. 1 Nr. 2 Buchst. a StGB die Verkehrsvorgänge im öffentlichen Straßenverkehr, bei denen die Fahrlinien zweier Fahrzeuge (bei unveränderter Fahrweise) zusammentreffen oder einander gefährlich nahe kommen würden. Dazu gehören alle Fälle, in denen eine straßenverkehrsrechtliche Vorschrift einem Verkehrsteilnehmer den Fahrtvorgang einräumt (sog. erweiterter Vorfahrtbegriff; vgl. BGHSt 11, 219, 223; 13, 129, 134; jew. zu § 315 a Abs. 1 Nr. 4 StGB

a.F.; VRS 38, 100, 102: zu § 315 c Abs. 1 Nr. 2 Buchst. a StGB).

379. BGH 5 StR 86/09 - Beschluss vom 25. März 2009 (LG Neuruppin)

Körperverletzung mit Todesfolge (minder schwerer Fall; Gesamtabwägung); Unterbringung in einer Entziehungsanstalt (obligatorische Prüfung bei nahe liegenden Hang).

§ 227 StGB; § 46 StGB; § 64 StGB

Die Prüfung der Anwendung des Sonderstrafrahmens des § 227 Abs. 2 StGB (minder schwerer Fall der Körperverletzung mit Todesfolge) erfordert eine Gesamtabwägung, bei der alle relevanten Strafzumessungstatsachen heranzuziehen sind.

Rechtsprechung

III. Strafzumessungs- und Maßregelrecht

329. BGH 2 StR 504/08 - Urteil vom 4. Februar 2009 (LG Gera)

BGHSt; Verfall von Wertersatz bei Kaufgeld der Ermittlungsbehörden (mangelnde Sicherstellung; entgegenstehende Ansprüche bei eingesetztem Scheinkaufgeld; Begriff des Erlangten: etwas).

§ 73 Abs. 1 Satz 2 StGB; § 73a Satz 1 StGB

1. Von den Ermittlungsbehörden für Betäubungsmittelaufkäufe eingesetztes Kaufgeld unterliegt jedenfalls dann dem Wertersatzverfall gemäß § 73a Satz 1 StGB, wenn es nicht sichergestellt wurde. (BGHSt)

2. § 73 Abs. 1 Satz 2 StGB steht der Anordnung des Verfalls von eingesetztem Scheinkaufgeld nicht entgegen, weil der öffentlichen Hand eigenständige Ersatzansprüche, die eine Kompensation ihrer verletzten Interessen gewährleisten sollen, nicht zur Verfügung stehen. (BGHSt)

3. Beim Erlangen im Sinne von §§ 73 Abs. 1, 73a Satz 1 StGB handelt es sich um einen tatsächlichen Vorgang. Erlangt ist – unabhängig von der Wirksamkeit des zugrunde liegenden Verpflichtungs- und Verfügungsgeschäftes – schon dann „etwas“, wenn der Gegenstand in irgendeiner Phase des Tatablaufs in die Verfügungsgewalt des Täters übergegangen ist und ihm so aus der Tat unmittelbar etwas wirtschaftlich messbar zugute kommt (BGHSt 51, 65, 68; BGH, Beschluss vom 30. Mai 2008 - 2 StR 174/08). (Bearbeiter)

346. BGH 4 StR 314/07 - Beschluss vom 10. Februar 2009 (LG Bielefeld)

Nachträgliche Unterbringung in der Sicherungsverwahrung (Vereinbarkeit mit der EMRK; vorherige Erklärung der Erledigung der Unterbringung in einem psychiatrischen Krankenhaus; neue Tatsache; keine Rückverweisung in den Maßregelvollzug nach § 63 StGB; Rechtsstaatsprinzip; Freiheit der Person; Vertrauensschutzgrundsatz).

Art. 5 EMRK; Art. 2 Abs. 2 Satz 2 GG; Art. 20 Abs. 3 GG; § 66b Abs. 1, Abs. 2, Abs. 3 StGB; § 67d Abs. 6 StGB; § 63 StGB

1. Wegen der schwer wiegenden Folgen, die mit der Anordnung der nachträglichen Sicherungsverwahrung nach einer Erledigungserklärung der Unterbringung in einem psychiatrischen Krankenhaus für den Verurteilten verbunden sind, muss über das Beschlussverfahren der Strafvollstreckungskammer nach § 67d Abs. 6 StGB hinaus in der Hauptverhandlung nach § 66b StGB geprüft werden, ob die (mögliche) qualifizierte Gefährlichkeit des Verurteilten (weiterhin) auf der (dauerhaften) psychischen Störung des Verurteilten beruht, die in der Anlassverurteilung zur Unterbringung in einem psychiatrischen Krankenhaus geführt hat (vgl. hierzu BGHSt 50, 373, 385). Ist dies der Fall, so kommt – für § 66 b Abs. 1 und 2 StGB schon mangels neuer Erkenntnisse – eine Unterbringung nach § 66b StGB nicht in Betracht. Für eine etwaige „Rückverweisung“ des Verurteilten in den Maßregelvollzug nach § 63 StGB gibt es keine Rechtsgrundlage (vgl. BGH StV 2006, 413; NStZ-RR 2007, 301, 303).

2. Soweit die Revision geltend macht, § 66b StGB verstoße gegen europäisches Recht, teilt der Senat diese Auffassung nicht.

3. Es steht der Anordnung der nachträglichen Sicherungsverwahrung nach § 66b Abs. 3 StGB entgegen, wenn der Betroffene nach Erklärung der Erledigung der Unterbringung in einem psychiatrischen Krankenhaus (§ 67 d Abs. 6 StGB) noch Freiheitsstrafe zu verbüßen hat, auf die zugleich mit der Unterbringung erkannt worden ist. Für die Annahme neuer Tatsachen im Sinne des § 66b Abs. 1 Satz 1 bzw. Abs. 2 StGB genügt es allerdings, dass vor dem Hintergrund der nicht (mehr) vorhandenen Voraussetzungen der Unterbringung nach § 63 StGB die qualifizierte Gefährlichkeit des Verurteilten auf abweichender Grundlage belegt werde.

363. BGH 5 StR 21/09 - Beschluss vom 25. März 2009 (LG Frankfurt/Oder)

Nachträgliche Anordnung der Sicherungsverwahrung (positive Feststellung gegenwärtiger erheblicher Gefahr schwerster Straftaten).

§ 66b StGB

1. Die äußerst belastende Maßregel der nachträglichen Anordnung der Sicherungsverwahrung ist nur in außergewöhnlichen, seltenen Ausnahmefällen gegen verurteilte Straftäter berechtigt, bei denen aufgrund ihres bisherigen Werdegangs ein „hohes Maß an Gewissheit“ über die Gefahr besteht, dass sie besonders schwere Straftaten begehen werden.

2. Eine hohe Wahrscheinlichkeit kann nicht bereits dann angenommen werden, wenn (nur) überwiegende Umstände auf eine künftige Delinquenz des Verurteilten hindeuten. Es bedarf vielmehr unter Ausschöpfung der Prognosemöglichkeiten einer positiven Entscheidung über die Gefährlichkeit des Verurteilten.

3. Umso weniger begründet die fehlende Feststellbarkeit einer günstigen Kriminalprognose die erforderliche positive Feststellung einer vom Verurteilten ausgehenden gegenwärtigen erheblichen Gefahr schwerster Straftaten.

4. Der Tatrichter hat in den Urteilsgründen die vom Verurteilten zu erwartenden Taten hinreichend deutlich zu konkretisieren, um dem Revisionsgericht die Prüfung zu ermöglichen, ob es sich um – insoweit einzig bedeutsame – besonders schwere Straftaten handelt.

384. BGH 5 StR 555/08 - Beschluss vom 20. Februar 2009 (LG Bremen)

Unterbringung in einem psychiatrischen Krankenhaus (Querulant; Bedrohung; Verhältnismäßigkeit; Gefahrenprognose); erheblich verminderte Schuldfähigkeit; Schuldunfähigkeit.

§ 20 StGB; § 21 StGB; § 62 StGB; § 63 StGB; § 241 StGB

1. Die Bedrohung mit dem Tode kann für die Anordnung der Maßregel der Unterbringung in einem psychiatrischen Krankenhaus ausreichen, wenn der Täter dadurch eine objektiv begründete Furcht bei den mit dem Tode bedrohten Personen vor einer Realisierung seiner Drohungen hervorruft.

2. Dies setzt jedoch eine gewisse berechtigte Befürchtung voraus, dass eine Realisierung der Drohungen tatsächlich erfolgen könnte. Nicht hinreichend begründete, letztlich rein gefühlsgeleitete Furcht der Bedrohten reicht nicht aus, vielmehr bedarf es mindestens konkreter Anhaltspunkte.

376. BGH 5 StR 450/08 - Beschluss vom 26. November 2008 (LG Berlin)

Nachträgliche Bildung der Gesamtstrafe (Einbeziehung einer zum Erlass reifen, zur Bewährung ausgesetzten Freiheitsstrafe); Recht auf Verfahrensbeschleunigung (rechtsstaatswidrige Verzögerung).

Art. 6 Abs. 1 Satz 1 EMRK; Art. 20 Abs. 3 GG; § 55 StGB; § 56 StGB; § 56f StGB

1. Eine Strafaussetzung zur Bewährung steht einer Einbeziehung einer früher erkannten Freiheitsstrafe auch dann nicht entgegen, wenn die neu zu bildende Gesamtstrafe nicht mehr aussetzungsfähig ist.

2. Dies gilt grundsätzlich selbst dann, wenn die Bewährungszeit aus den früheren Strafen abgelaufen ist. Allerdings hat der Tatrichter die Härten zu berücksichtigen, die sich aus dieser Gesamtstrafsituation ergeben. Denn ohne dass ein Widerrufsgrund nach § 56f StGB gegeben wäre, wird der Angeklagte im Ergebnis nach Ablauf der Bewährungszeit so gestellt, als wäre die Strafaussetzung widerrufen worden. Außerdem hat der Tatrichter in den Blick zu nehmen, wie lange die Taten bereits zurückliegen, für die auf die Strafe erkannt wurde, die nach Einbeziehung doch noch zur Vollstreckung ansteht.

368. BGH 5 StR 8/09 - Beschluss vom 24. Februar 2009 (LG Berlin)

Strafzumessung (gravierende Unterschiede in der Schuld von Mittätern); Verabredung eines Verbrechens (vertyppter Strafmilderungsgrund).

§ 46 StGB; § 25 Abs. 2 StGB; § 30 StGB; § 49 Abs. 2 StGB

Zwar muss die Strafe für jeden Mittäter „aus der Sache“ selbst gefunden werden, auch wenn mehrere Angeklagte in einem Verfahren abgeurteilt werden. Gleichwohl sollten gegen Mittäter verhängte Strafen in einem gerechten Verhältnis zueinander stehen. Dies gilt im Grundsatz auch dann, wenn einer der Täter nach Jugendstrafrecht, der andere nach allgemeinem Strafrecht abgeurteilt wird. Unterschiede der Bestrafung müssen daher jedenfalls dann erläutert werden, wenn sie sich nicht aus der Sache selbst ergeben.

331. BGH 2 StR 509/08 - Beschluss vom 13. Februar 2009 (LG Aachen)

Anordnung der Unterbringung in einem psychiatrischen Krankenhaus (Voraussetzungen: tatsächlich fehlende Einsicht nach § 21 StGB).

§ 63 StGB; § 21 StGB

Solange die Verminderung der Einsichtsfähigkeit nicht das Fehlen der Einsicht ausgelöst und dadurch zu Straftaten geführt hat, ist auch die Sicherung der Allgemeinheit durch Unterbringung in einem psychiatrischen Krankenhaus nicht veranlasst (vgl. u. a. BGH, Beschl. vom 12. Juli 2006 - 5 StR 215/06 m.w.N.; Senatsbeschl. vom 30. Juli 2003 - 2 StR 215/03). Allein auf die Feststellung einer erheblich verminderten Einsichtsfähigkeit kann eine Unterbringung nach § 63 StGB nicht gestützt werden (vgl. u. a. Senat, Beschl. vom 17. Oktober 2007 - 2 StR 462/07 m.w.N.).

IV. Strafverfahrensrecht mit GVG

315. BGH 1 StR 691/08 - Beschluss vom 17. Februar 2009 (LG Nürnberg-Fürth)

BGHSt; kein Verwertungsverbot bei Verstoß gegen die Benachrichtigungspflicht des § 168c Abs. 5 Satz 1 i.V.m. Abs. 1 StPO hinsichtlich eines Mitbeschuldigten (Rechtskreistheorie; Gefahr einer „gespaltenen Tatsachenfeststellung“; Verwertungsverbot hinsichtlich des betroffenen Angeklagten selbst: Infragestellung); Recht auf ein faires Verfahren (Konfrontationsrecht).

Art. 6 Abs. 1, Abs. 3 EMRK; § 168c Abs. 1, Abs. 5 Satz 1 StPO

1. Der Verstoß gegen die Benachrichtigungspflicht aus § 168c Abs. 5 Satz 1 i.V.m. Abs. 1 StPO führt nicht zu einem Verwertungsverbot hinsichtlich eines Mitbeschuldigten. (BGHSt)

2. Nach der Rechtsprechung des Bundesgerichtshofs ist in den Fällen, in denen diese Benachrichtigungspflicht verletzt worden ist, zugunsten des vernommenen Beschuldigten ein Verwertungsverbot angenommen worden ist, wenn er der Verwertung seiner Vernehmung widersprochen hat (vgl. BGH NStZ 1989, 282, 283; NStZ 2003, 671). Der Senat hegt Zweifel, ob in Fällen der vorliegenden Art die unterbliebene Benachrichtigung des Verteidigers stets einen so schwer wiegenden Verfahrensverstoß darstellt, dass er die Annahme eines Beweisverwertungsverbots zur Folge haben muss. (Bearbeiter)

3. Mitbeschuldigte oder deren Verteidiger haben nach § 168c StPO kein (analoges) Anwesenheitsrecht (BGHSt 42, 391, 393). (Bearbeiter)

344. BGH 4 StR 296/08 - Beschluss vom 27. Januar 2009 (LG Dortmund)

Recht auf ein faires Verfahren (Selbstbelastungsfreiheit; Fortwirkung; Umgehung des Schweigerechts; Einsatz Verdeckter Ermittler; Verwertungsverbot bei der Ausnutzung eines Vertrauensverhältnisses in vernehmungähnlichen Befragungen; Beruhen; Verwertung späterer Aussagen in Vernehmungen: qualifizierte Belehrung und Darlegungsanforderungen an die Verfahrensrüge hinsichtlich einer rechtswidrigen Verwertung); redaktioneller Hinweis.

Art. 6 EMRK; Art. 2 Abs. 1 GG, Art. 1 Abs. 1 GG; Vor § 1 StPO; § 136a StPO; § 337 StPO; § 344 Abs. 2 Satz 2 StPO

1. Zwar sind die von einem Verdeckten Ermittler gewonnenen Erkenntnisse im Grundsatz verwertbar, wenn die Voraussetzungen für seinen Einsatz und die hierfür erforderliche richterliche Zustimmung (§§ 110 a Abs. 1 Satz 4, 110 b Abs. 2 Nr. 2 StPO) vorlagen (vgl. BGHSt 52, 11, 14 f.). Ein Verdeckter Ermittler darf aber einen Beschuldigten, der sich auf sein Schweigerecht berufen

hat, nicht unter Ausnutzung eines geschaffenen Vertrauensverhältnisses beharrlich zu einer Aussage drängen und ihm in einer vernehmungähnlichen Befragung Äußerungen zum Tatgeschehen entlocken. Eine solche Beweisgewinnung verstößt gegen den Grundsatz, dass niemand verpflichtet ist, sich selbst zu belasten, und hat regelmäßig ein Beweisverwertungsverbot zur Folge (BGHSt 52, 11 f. [L. S.], 17 ff.; vgl. EGMR StV 2003, 257, 259 [m. Anm. Gaede]).

2. Ein Verdeckter Ermittler nutzt nicht lediglich ein zwischen ihm und der Angeklagten bestehendes Vertrauensverhältnis aus, um Informationen aufzunehmen, die ihm die Angeklagte von sich aus gegeben hat, wenn er das Vertrauensverhältnis von sich aus aufbaut und er in Kombination mit weiteren, druckerhöhenden offenen Ermittlungsmaßnahmen auf die Angeklagte mit dem Ziel einwirkt, sie zu solchen Angaben zu veranlassen.

3. Das Beruhen kann aber zu verneinen sein, wenn die Angeklagte in späteren (ordnungsgemäßen) polizeilichen Vernehmungen und in einer Vernehmung durch den Haftrichter ihre Angaben wiederholt und diese der Verurteilung zugrunde liegen.

361. BGH IX ZR 17/07 - Beschluss vom 5. Juni 2008 (LG Würzburg)

BGHR; Absprachen und Verfahrenseinstellung nach § 153a StPO (Grenze der Gläubigerbenachteiligung; insolvenzrechtliche Behandlung von Geldauflagen im Ermittlungsverfahren; unentgeltliche Leistung; Inkongruenz; Vorsatzanfechtung).

§ 153a Abs. 1 Satz 2 Nr. 2, Abs. 2 Satz 2 StPO; § 129 InsO; § 134 Abs. 1 InsO; § 133 Abs. 1 InsO

1. Die Einstellung eines Strafverfahrens darf nicht von der Zahlung einer Geldauflage an die Staatskasse abhängig gemacht werden, wenn der Angeschuldigte durch die Erfüllung der Auflage seine Gläubiger benachteiligt. (BGHR)

2. Entrichtet der Angeschuldigte einen Geldbetrag an die Staatskasse, um eine Auflage zu erfüllen, von der die Einstellung eines Strafverfahrens gegen ihn abhängt, erbringt er keine unentgeltliche Leistung, wenn die erteilte Auflage in einem ausgewogenen Verhältnis zu dem Verurteilungsrisiko und dem öffentlichen Interesse an der Durchsetzung des staatlichen Strafanspruchs steht. (BGHR)

3. Die vom Schuldner an die Staatskasse geleisteten Zahlungen können vom Insolvenzverwalter zurückverlangt werden, wenn der Schuldner die hierdurch bewirkte Benachteiligung seiner Gläubiger billigend in Kauf genommen hat, um durch Erfüllung einer entsprechenden

Auflage die Einstellung eines gegen ihn laufenden Strafverfahrens zu erreichen, während die Staatsanwaltschaft wusste, dass die Zahlungsunfähigkeit des Schuldners zumindest drohte und die geleisteten Zahlungen seine Gläubiger benachteiligten. (BGHR)

4. Der Benachteiligungswille der Vorsatzanfechtung wird nicht dadurch ausgeschlossen, dass es dem Schuldner allein darauf angekommen sein mag, mit Erfüllung der Einstellungsaufgabe einer Bestrafung zu entgehen. In der eröffneten Hauptverhandlung ergibt sich für den Schuldner bei der Erfüllung einer Einstellungsaufgabe insoweit nichts anderes. Der Vorsatz zur Gläubigerbenachteiligung gemäß § 133 Abs. 1 InsO setzt auch kein unlauteres Zusammenwirken von Schuldner und Gläubiger voraus oder irgendeine Art von Treu- oder Sittenwidrigkeit. (Bearbeiter)

320. BGH (Ermittlungsrichter) ARs 1/2009 (1 BGs 29/2009) - Beschluss vom 10. März 2009 (1. Untersuchungsausschuss der 16. Wahlperiode des Deutschen Bundestages)

Rechtsbehelf gegen die Ablehnung eines Beweisantrages im 1. Untersuchungsausschuss der 16. Wahlperiode des Deutschen Bundestages (BND-Ausschuss; Journalistin; Zulässigkeit; qualifiziertes Beweisantragsrecht).

§ 17 Abs. 2, Abs. 4 PUAG; § 9 Abs. 4 Satz 1 PUAG; Art. 44 Abs. 2 GG; § 244 Abs. 3, Abs. 5 StPO

Ein qualifiziertes Antragsrecht hat lediglich die Minderheit von (mindestens) einem Viertel der Ausschussmitglieder. Nur bei deren Beweisanträgen muss die Mehrheit des Ausschusses zustimmen, sofern nicht einer der im Gesetz aufgeführten Ablehnungsgründe vorliegt. In Fällen, in denen der Beweisantrag nicht von (mindestens) einem Viertel der Ausschussmitglieder gestellt wurde, bedarf es zwar der Ablehnung durch die Mehrheit des Ausschusses, ohne dass dabei jedoch eine Bindung an die in § 17 Abs. 2 PUAG genannten Ablehnungsgründe besteht. Vielmehr darf ein solcher Antrag aus jedem (nicht willkürlichen) Grund abgelehnt werden, also beispielsweise auch wegen – aus Sicht der Ausschussmehrheit – fehlenden Aufklärungsbedürfnisses. Auch § 244 Abs. 3 bis 5 StPO findet in diesen Fällen – trotz Art. 44 Abs. 2 Satz 1 GG – keine (entsprechende) Anwendung.

383. BGH 5 StR 538/08 - Urteil vom 25. Februar 2009 (LG Görlitz)

Beweiswürdigung (Freispruch; einzige Belastungszeugin; Besonderheiten des Aussageverhaltens); Darlegung des Aussageverhaltens in den Urteilsgründe.

§ 261 StPO; § 267 StPO

Es ist nicht geboten, in den Gründen eines freisprechenden Urteils das komplette Aussageverhalten eines Belastungszeugen im Ermittlungsverfahren geschlossen darzustellen, sofern schon die vom Tatrichter dargestellten Widersprüche im Aussageverhalten den tatrichterlichen Schluss auf die nicht ausreichende Glaubhaftigkeit der Bekundungen tragen. Eine gesteigerte Darlegungspflicht kann allenfalls im umgekehrten Fall der Überführung des Angeklagten ungeachtet der Beweissituation Aussage gegen Aussage bestehen.

354. BGH 4 StR 568/08 - Beschluss vom 8. Januar 2009 (LG Dortmund)

Hinweispflicht bei Anordnung der Sicherungsverwahrung (Erfordernis eines eindeutigen Hinweises im Eröffnungsbeschluss; kein Beruhensausschluss).

§ 66 StGB; § 265 Abs. 1, Abs. 2 StPO; § 337 StPO

1. Zwar kann in der gerichtlichen Anordnung, ein Gutachten zur Frage der Schuldfähigkeit und einer eventuellen Unterbringung einzuholen, ein nach § 265 Abs. 1 und 2 StPO erforderlicher Hinweis liegen (vgl. BGH NStZ 1992, 249). Der Hinweis muss aber, wenn er seine Funktion erfüllen soll, dem Angeklagten in einer solchen Form erteilt werden, dass dieser eindeutig sehen kann, auf welche Maßregel das Gericht zu erkennen gedenkt (vgl. BGHR StPO § 265 Abs. 2 Hinweispflicht 6).

2. Diesem Erfordernis genügt eine allgemein gehaltene Aufzählung sämtlicher freiheitsentziehender Maßregeln im Eröffnungsbeschluss nicht. Die Anordnung der Unterbringung in der Sicherungsverwahrung stellt mit ihrer in das Leben eines Angeklagten tief eingreifenden Wirkung einen besonders gravierenden Eingriff dar. Deshalb dürfen an die Hinweispflicht des Gerichts in einem solchen Fall keine zu geringen Anforderungen gestellt werden (vgl. BGHR aaO; BGH NStZ-RR 2004, 297 f.).

371. BGH 5 StR 46/09 - Beschluss vom 25. Februar 2009 (LG Berlin)

Strafzumessung (Widerspruch zwischen Tenor und Urteilsgründen); eigene Entscheidung des Revisionsgerichts (Beruhen).

§ 354 StPO; § 260 StPO; § 267 StPO

Ist nicht zu erkennen, worauf ein Widerspruch zwischen Tenor und Urteilsgründen hinsichtlich der Höhe der erkannten Strafe beruht, so ist das Urteil wegen Verletzung sachlichen Rechts grundsätzlich im Strafausspruch aufzuheben. Das Revisionsgericht kann jedoch auf die niedrigere von beiden Strafen erkennen, sofern auszuschießen ist, dass das Tatgericht auf eine noch niedrigere Strafe erkannt hätte.

386. BGH 5 StR 605/08 - Beschluss vom 24. Februar 2009 (LG Bautzen)

Überzeugungsbildung (Wahrunterstellung; weitere Schlussfolgerungen); nachträgliche Bedeutungslosigkeit einer als wahr unterstellten Beweistatsache (ausdrückliche Erörterung; Hinweis vor Urteilsverkündung).

§ 244 Abs. 3 Satz 2 StPO; § 261 StPO; § 267 StPO

Die Wahrunterstellung einer Beweistatsache zwingt nicht zugleich zu einer vom Beweisantragsteller erstrebten, auf der als wahr unterstellten Beweistatsache möglicherweise aufbauenden weiteren Schlussfolgerung.

353. BGH 4 StR 542/08 - Beschluss vom 16. Dezember 2008 (LG Halle)

Adhäsionsverfahren (Verfahrensvoraussetzung eines wirksam gestellten Adhäsionsantrages; Antragsberechtigung des gesetzlichen Vertreters bei Bevollmächtigung nur durch Betreuerin).

§ 404 StPO; § 403 StPO; § 1902 BGB

1. Der Ausspruch über die Zuerkennung von Schmerzensgeld hat keinen Bestand, wenn es an einem wirksam gestellten Adhäsionsantrag fehlt. Der Adhäsionsantrag des Verletzten ist Verfahrensvoraussetzung für die Entscheidung über die Entschädigung, deren Vorliegen in jeder Lage des Verfahrens von Amts wegen zu prüfen ist (vgl. BGH StV 2008, 127).

2. Die Bestellung eines Betreuers für den sorgeberechtigten Elternteil hat keine Auswirkungen auf die elterliche Sorge und beinhaltet nicht die Vertretung des minderjährigen Kindes.

Rechtsprechung

V. Wirtschaftsstrafrecht und Nebengebiete

308. BGH 1 StR 381/08 - Beschluss vom 17. Februar 2009 (OLG Bamberg)

BGHSt; keine Strafbarkeit nach § 95 Abs. 1 Nr. 7 AufenthG bei der wiederholten Zuwiderhandlung gegen eine Auflage gemäß § 61 Abs. 1 Satz 2 AufenthG.

§ 95 Abs. 1 Nr. 7 AufenthG; § 61 Abs. 1 Satz 2 AufenthG

Eine Strafbarkeit nach § 95 Abs. 1 Nr. 7 AufenthG ist nicht gegeben, wenn einer Auflage gemäß § 61 Abs. 1 Satz 2 AufenthG, mit der eine räumliche Beschränkung behördlich angeordnet worden ist, wiederholt zuwidergehandelt wird. (BGHSt)

311. BGH 1 StR 633/08 - Beschluss vom 19. Februar 2009 (LG Regensburg)

Steuerhinterziehung (Umsatzsteuerkarussell; Scheingeschäfte: Verneinung einer innergemeinschaftlichen Lieferung bei Missbrauch, Anwendung auf einen Warenkreislauf); Vorlagepflicht nach Europarecht (CIFIT-Rechtsprechung).

§ 370 AO; Art. 234 Abs. 3 EGV; § 6a UStG; § 4 Nr. 1 lit. b UStG

1. Die Lieferung von Gegenständen an einen Abnehmer im übrigen Gemeinschaftsgebiet stellt keine steuerfreie innergemeinschaftliche Lieferung im Sinne des § 6a UStG dar, wenn der inländische Unternehmer unter Zwischenschaltung von Scheinfirmen kollusiv mit dem Abnehmer zusammenwirkt, um diesem die Hinterziehung von Steuern zu ermöglichen (Senat, Beschl. vom 20. November 2008 - 1 StR 354/08). Eine betrügerische oder missbräuchliche Berufung auf das Gemeinschaftsrecht ist nicht erlaubt. Das Gemeinschaftsrecht erlaubt nicht, dass missbräuchliche Praktiken von Wirtschaftsteilnehmern gedeckt werden. Bei denjenigen Umsätzen, die nicht im Rahmen normaler Handelsgeschäfte, sondern nur zu dem Zweck getätigt werden, missbräuchlich in den Genuss von im Gemeinschaftsrecht vorgesehenen Vorteilen zu kommen, sind diese Vorteile zu versagen (EuGH, Urt. vom 21. Februar 2006 - Rechtssache C-255/02 - Halifax, Rdn. 69).

2. Dies gilt nicht nur dann, wenn innerhalb einer Lieferkette Scheingeschäfte vorgenommen werden. Vielmehr müssen die aus dem gemeinschaftsrechtlichen Miss-

brauchsverbot folgenden Grundsätze erst recht Anwendung finden, wenn ein Warenkreislauf in Gang gesetzt wird, dessen alleiniges Ziel ist, die jeweilige Ware durch Scheingeschäfte künstlich zu verbilligen.

3. Das im Gemeinschaftsrecht verankerte grundsätzliche Verbot missbräuchlicher Praktiken führt für alle Beteiligten eines oder mehrerer Umsatzgeschäfte, die auf die Hinterziehung von Steuern gerichtet sind, zur Versagung der insoweit für die einzelnen Geschäfte grundsätzlich vorgesehenen Steuervorteile (EuGH, Urt. vom 6. Juli 2006 - Rechtssache C-439/05 - Kittel, Rdn. 56 f.). Dies gilt unabhängig davon, ob die sonstigen objektiven Tatbestandsmerkmale der jeweiligen Norm, die den Steuerpflichtigen begünstigen soll (hier: § 6a UStG), gegeben sind. Demnach ist insbesondere auch unerheblich, ob der Abnehmer die Voraussetzungen des § 6a Abs. 1 Satz 1 Nr. 2 UStG erfüllt.

324. BGH 2 StR 339/08 - Urteil vom 11. Februar 2009 (LG Frankfurt)

Konkurrenzen bei Untreue (Verhältnis zum Betrug) und Bestechlichkeit im geschäftlichen Verkehr (Tateinheit); Strafzumessung (erforderliche Prüfung des Täter-Opfer-Ausgleichs bei Teilschadensausgleich).

§ 266 StGB; § 299 Abs. 1 StGB; § 263 StGB; § 52 StGB; § 53 StGB; § 46 StGB; § 46a StGB

1. Für die Beurteilung der Konkurrenzen beim Zusammentreffen von Bestechlichkeit und Untreue kommt es darauf an, ob tatbestandsrelevante Handlungen der Bestechlichkeit und der Untreue in irgendeiner Phase der Tatausführung zumindest teilweise zusammenfallen. Derartige Überschneidungen mögen sich etwa in engem zeitlichem Zusammenhang mit der Herbeiführung des Vermögensnachteils für den Treugeber im Sinne des § 266 Abs. 1 StGB ergeben (vgl. BGHSt 47, 22, 27 f.; BGH wistra 2004, 29, 30). Jedoch können tatbestandliche Ausführungshandlungen der Untreue auch schon zu einem früheren Zeitpunkt vorgenommen worden sein, wenn der Täter bereits eine pflichtwidrige Handlung ausgeführt hat. Dabei liegt zwar dann, wenn der Täter anlässlich der Bestechungstat lediglich ankündigt, sich pflichtwidrig verhalten zu wollen, noch keine Verletzungshandlung im Sinne des § 266 Abs. 1 StGB vor. Anders ist es aber, wenn in einem solchen Gespräch

bereits Einzelheiten einer späteren Manipulation konkret vereinbart werden. Dabei sind um so geringere Anforderungen an den Inhalt eines solchen Gesprächs zu stellen, je mehr es sich um ein unter den Beteiligten eingespieltes System handelt (vgl. BGHSt 47, 22, 27 f.).

2. Die Tatbegehung in Gestalt einer solchen Unrechtsvereinbarung verbindet nur dann die späteren einzelnen Zahlungen zu einer tatbestandlichen Handlungseinheit, wenn bereits die Vereinbarung selbst den zu leistenden Vorteil genau festlegt, mag er auch später in bestimmten Teilleistungen zu erbringen sein. Hängt dagegen der versprochene Vorteil von der künftigen Entwicklung ab, was insbesondere dann der Fall ist, wenn die Vorteilsgewährung „open-end“-Charakter trägt und prozentual von Umsatzzahlen abhängt, so erfüllt die Annahme jeder einzelnen Zahlung erneut den Bestechlichkeitstatbestand (BGH BGHR StGB vor § 1 Serienstraftaten Bestechlichkeit 1 und Serienstraftaten Bestechung 1; BGHSt 47, 22, 30 m. w. Nachw.).

3. Auch ein Teilschadensausgleich von weniger als der Hälfte zur Erfüllung der Voraussetzungen des § 46a Nr. 2 StGB kann ausreichen, wenn der Geschädigte sich mit der Teilleistung zufrieden gibt und den Täter von der weitergehenden Haftung freistellt (BGH NJW 2001, 2557, 2558).

333. BGH 2 StR 528/08 - Urteil vom 11. Februar 2009 (LG Aachen)

Erörterungsmangel hinsichtlich des bandenmäßigen unerlaubten Handeltreibens mit Betäubungsmitteln (Begriff der Bande; Verfolgung eigener Interessen; genügende Gehilfentätigkeit).

§ 30 BtMG; § 263 Abs. 5 StGB

Eine Bande setzt den Zusammenschluss von mindestens drei Personen voraus, die sich - durch ausdrückliche oder stillschweigende Abrede - mit dem ernsthaften Willen verbunden haben, künftig für eine gewisse Dauer mehrere selbständige, im Einzelnen noch ungewisse Straftaten zu begehen. Ein Tätigwerden in einem „übergeordneten Bandeninteresse“ oder eine Bandenstruktur sind nicht erforderlich; der Annahme einer Bande steht auch nicht entgegen, wenn ihre Mitglieder eigene Interessen verfolgen (BGHSt 46, 321, 329 f.). Mitglied einer Bande kann auch sein, wem nach der Bandenabrede nur Aufgaben zufallen, die sich bei wertender Betrachtung als Gehilfentätigkeit darstellen (BGHSt 47, 214).

342. BGH 4 StR 19/09 - Beschluss vom 5. März 2009 (LG Essen)

Einziehung von Wertersatz und Verfall von Wertersatz bei unerlaubtem Handeltreiben mit Betäubungsmitteln (Nichtigkeit der Übereignung; Verfall von Wertersatz hinsichtlich der Erlöse).

§ 74c StGB; § 73a StGB; § 134 BGB

Gemäß § 134 BGB kann Eigentum an illegal gehandelten Betäubungsmitteln nicht erworben werden, weil nach dieser Vorschrift bei unerlaubtem Handeltreiben mit Betäubungsmitteln nicht nur die inländischen obligatorischen Verträge, sondern auch die inländischen Erfüllungsgeschäfte nichtig sind (vgl. BGHSt 33, 233; BGH NStZ-RR 2002, 118). Soweit der Angeklagte aus dem Verkauf der Betäubungsmittel Erlöse erzielt hat, kommt jedoch, weil die Anordnung des Verfalls gemäß § 73 Abs. 1 und 4 StGB nicht mehr möglich ist, die Anordnung des Verfalls des Wertersatzes gemäß § 73a StGB in Betracht (vgl. BGHSt 33, 233, 234).

Arbeitsteiliges Zusammenwirken und Fahrlässigkeitsstrafbarkeit

Besprechung von BGH, Urteil v. 13.11.2008 – 4 StR 252/08 (BGH HRRS 2009 Nr. 91)

Von Prof. Dr. Gunnar Duttge, Georg-August-Universität Göttingen

I. Zwischen schicksalhafterm „Unglück“ und (straf-)rechtlich relevantem „Unrecht“ – oder: Auf der Suche nach einem „Sündenbock“

Katastrophale Ereignisse mit tödlichen Folgen lösen nach Erwachen aus der lähmenden Starre des Unbegreiflichen unweigerlich die Suche nach hierfür Verantwortlichen aus, um so beharrlicher, je schlimmer die Folgen: Esche (ICE), Kaprun (Seilbahn), Wuppertal (Schwebebahn), Reichenhall (Hallenbad) oder erst kürzlich Köln (Stadtarchiv) sind nur besonders nachhaltig in Erinnerung bleibende Etappen in der Reihe des Schreckens; das Geschehen in Goldberg (Kreis Parchim) aus dem Sommer 2004, mit dem sich nach dem LG Schwerin auch der 4. Strafsenat des Bundesgerichtshofs zu befassen hatte, zählt ebenfalls hierzu. Es handelt vom teilweisen Einsturz eines Schulgebäudes während der gerade durchgeführten Sanierungsmaßnahmen, wodurch fünf am Bau tätige Arbeiter zu Tode kamen und fünf weitere Personen (z.T. schwer) verletzt wurden. Ursächlich für das „Unglück“ war – kaum fassbar – der Umstand, dass beim Abtragen einer tragenden Wand nicht die in der Berechnung eines beauftragten Bauplanungsbüros für die nötige Grundabsteifung im Erdgeschoß vorgesehenen 98 Stützen mit einer zulässigen Tragfähigkeit von je 20 kN sowie zur Abstützung der Decke in den zurückgebauten Abschnitten sog. Kantholzsteifen 20/20 und ein Stahlunterzug, sondern anstelle dessen für die Decke drei oder vier Drehsteifen sowie insgesamt (im Erdgeschoß) lediglich 29 Drehsteifen mit einer Tragfähigkeit von überwiegend nur 16,5 kN eingesetzt wurden. Als einer der beiden Angeklagten, der als Arbeiter tätige C, bei Vornahme des Abbruchs eines ca. 1.20 m breiten Abschnitts erste Knackgeräusche hörte, stürzte unmittelbar darauf der gesamte Mittelteil des südöstlichen Gebäudeflügels ein.

Die Absteifung geschah im Wesentlichen – freilich „unter Mithilfe des C“ – durch Arbeiter des Einzelunternehmers T, der den Zuschlag für die Bauhauptleistungen erhalten hatte und auch nach Beauftragung des Subunternehmers H (zur Bewältigung der „Betonarbeiten“ ein-

schließlich des abschnittsweisen Abbrechens der Wände), für den C wie auch der Mitangeklagte W als Niederlassungsleiter tätig war, für die Vornahme der „Stahlbauarbeiten“ (= „das Vorhalten, den Einbau und die Beseitigung von Drehsteifen für den Einbau der Stahlträger zur Abfangung der Geschossdecken“) zuständig blieb. Die Verringerung der Zahl an Stützen war dadurch veranlasst, dass der ursprünglich vorgesehene Stützenabstand von 0,15 m den Einsatz einer Wandsäge für die Betonschneidarbeiten unmöglich gemacht hätte. Auf Nachfrage des C (nach vergeblichen Kontaktversuchen des W) versprach der bereits zu einer Freiheitsstrafe vorverurteilte T die Klärung mit dem Statiker, die jedoch tatsächlich unterblieb. Die veränderten Stützabstände sind allerdings noch am Tage vor dem Einsturz in einer Besprechung mit T, welche die Abstützung der Decke zum Inhalt hatte, weder von Bauleiter G noch von Sicherheitskoordinator M beanstandet worden. Verfahrensgegenständliche Frage ist die nach einer strafrechtlichen Verantwortlichkeit von C und W wegen fahrlässiger Tötung bzw. Körperverletzung.

II. Grundlegung lebensadäquater „Sorgfaltspflichten“ und ihre Grenzen

1. Verantwortungszuschreibung in einer arbeitsteiligen Welt: Rechtsgrundsätze zur horizontalen und vertikalen Arbeitsteilung

Es ist unschwer zu erahnen, dass besondere Schwierigkeiten auftreten, wer die Komplexität des arbeitsteiligen Zusammenwirkens der konkret Beteiligten in ihren jeweiligen sozialen Rollen, mit ihren jeweils unterschiedlichen Befähigungen und den jeweils übernommenen oder zugewiesenen Aufgaben aufzuhellen und infolgedessen die jeweiligen Verantwortungsbereiche und ihre Grenzen näher zu bestimmen sucht. Leicht kann sich dabei auch auf normativer Ebene einstellen, was lebensweltlich dem arbeitsteiligen Zusammenwirken als stete Gefahr immanent ist: dass die zunehmende Spezialisierung und der mit ihr einhergehende Bedarf an Koordinierung und wechselseitiger Abstimmung in wachsendem Maße Ver-

antwortlichkeitslücken entstehen lässt und das dezentralisierte Verfolgen der Gesamtaufgabe letztlich in ein System der „organisierten Unverantwortlichkeit“ umzuschlagen droht.¹ Ein normatives Gegensteuern durch pauschale Inverantwortungnahme jedes einzelnen Beteiligten für das Gelingen des Ganzen würde jedoch den Sinn der Arbeitsteilung von Grund auf konterkarieren und unvermeidlich in eine Überforderung der Handelnden münden, die eine dennoch erfolgende Sanktionierung wegen (Mit-) Herbeiführens oder Nichtabwendens des schadenstiftenden Ereignisses nicht mehr als verdiente Strafe, sondern nur noch als schicksalhafte Fügung erfahren lässt. Die zentrale Frage der modernen arbeitsteiligen Welt geht also dahin, wie es gelingen kann, sich die Vorteile des Qualitätszuwachses durch Spezialisierung zu erhalten, ohne dass die Zuschreibung von Verantwortung für die damit verbundene erhöhte Fehlerträchtigkeit der Abläufe entweder unmöglich oder dem je Betroffenen lebensfern und damit auch aus objektiver Warte unfair wird. Denn verantwortliches Handeln setzt eine definierte, d.h. denkbare endliche Verantwortung voraus und impliziert damit zugleich ein gewisses Maß an Nichtverantwortlichkeit,² wobei die Belastbarkeit des jeweiligen Verantwortungssubjekts eine besonders wichtige Grenze der Zuschreibung markiert.³ Der Ruf nach Verantwortung beinhaltet somit stets die „Zumutung, dass verantwortliche Personen als Verantwortungsträger in der Lage sein sollen, bestimmte Probleme zu lösen, die andere nicht zu lösen vermögen“⁴. Dieses Sollen darf freilich nicht ein Ausmaß erreichen, bei dem sich die jeweilige soziale Rolle auflöst und das Eingebundensein des Einzelnen in eine komplexe Struktur von Interaktionen und spezifischen Kompetenzen letztlich in Vergessenheit gerät. Oder mit anderen Worten: Der Ausweis rechtlich relevanten Fehlverhaltens impliziert, dem aus diesem Grunde Sanktionierten aufzuzeigen, dass er innerhalb des sozialen Systems mit seinem institutionalisierten Geflecht von Interaktionen aufgrund akzeptierbarer Regeln für die Vermeidung der verfahrensgegenständlichen Schadensfolge zuständig und hierzu lebensweltlich auch in der Lage war.⁵

Das Recht, in selten harmonischem Gleichklang das Strafrecht nicht anders als das Zivilrecht, reagiert auf die mit solcher Segmentierung der Aufgabenerledigung einhergehenden Fragen mit einer Beschränkung seines Zugriffs, sofern – dies als unverzichtbare Bedingung⁶ – die sepa-

rierten Zuständigkeiten und diversen Verfahrensabläufe konkret und eindeutig (vorab) festgelegt und aufeinander abgestimmt sind, mithin also eine Organisationsstruktur geschaffen ist, auf deren reibungsloses, insbesondere gefahrungsfreies Funktionieren sich alle Beteiligten verlassen können. Den hierdurch geschaffenen Vertrauensstatbestand akzeptiert im Grundsatz auch das Recht und verzichtet damit auf die häufig kaum erfüllbare Erwartung an den Einzelnen, jenseits der eigenen Handlungssphäre auch noch das Wirken der Mitbeteiligten oder gar das Gesamtgeschehen zwecks rechtzeitiger schadensvermeidender Intervention im Blick zu behalten. So darf etwa im Straßenverkehr (bei eigenem ordnungsgemäßigem Verhalten)⁷ auf ein verkehrsgerechtes Agieren der anderen Verkehrsteilnehmer allgemein vertraut werden, d.h. muss mit unvernünftigem, gefahrerhöhendem Verhalten grundsätzlich nicht gerechnet werden, „solange nicht konkrete Anhaltspunkte für die gegenteilige Annahme vorliegen“⁸. Insbesondere der Bereich der Medizin kennt zahlreiche weitere Anwendungsfälle einer solchen Begegnung auf horizontaler Ebene der Gleichrangigkeit etwa im Verhältnis von niedergelassenem Arzt und Krankenhaus und vor allem in Gestalt des kollegialen Kooperierens von Vertretern unterschiedlicher Fachdisziplinen mit der Folge einer begrenzten Reichweite der jeweiligen Pflichtenstellung; denn es würde die Anforderungen deutlich überspannen, wollte man z.B. von einem Chirurgen als Nichtspezialisten der anästhesiologischen Behandlung verlangen, während der eigenen Aufgabenerledigung zugleich auch noch den Spezialisten ständig zu überwachen und zu kontrollieren. Vielmehr besteht der Sinn einer „horizontalen Arbeitsteilung“ doch gerade darin, „den Sachverstand verschiedener medizinischer Fachbereiche zu bündeln, was grundsätzlich einschließt, dass jeder Arzt nur diejenigen Entscheidungen im Rahmen der Gesamtbehandlung trifft, die in den eigenen Fachbereich fallen“⁹ (Prinzip der getrennten Einzelverantwortlichkeit). Anders liegt es hingegen, wenn „das besondere Risiko der Heilmaßnahme gerade

S. 843: „Vertrauen darf investiert werden in höhere Kompetenz, bewährte Kooperation und abgestimmte Organisation“.

⁷ Zur Problematik dieser Einschränkung näher Duttge, Zur Bestimmtheit des Handlungsunwerts von Fahrlässigkeitsdelikten, 2001, S. 465 ff.

⁸ Statt vieler Roxin, Strafrecht Allgemeiner Teil, Bd. I, 4. Aufl. 2006, § 24 Rn 21 ff.; Schönke/Schröder/Sternberg-Lieben, Strafrecht, 27. Aufl. 2006, § 15 Rn 149 f.; Stratenwerth/Kuhlen, Strafrecht Allgemeiner Teil, 5. Aufl. 2004, § 15 Rn 67; Systematischer Kommentar zum StGB/Hoyer, Stand: 7. Aufl./39. Lfg., Juni 2004, Anh. zu § 16 Rn 39; aus der Rspr. z.B. BGHSt 7, 118 ff.; 12, 81, 83; 14, 97, 99; OLG Stuttgart NStZ 1997, 190: „Risikobegrenzung“.

⁹ Zuletzt OLG Naumburg MedR 2005, 232 f.; zur Abgrenzung der Zuständigkeitsbereiche zwischen Anästhesist und HNO-Arzt: BGH MedR 1991, 198; zwischen Anästhesist und Urologe: BGH NJW 1984, 1400; zwischen Anästhesisten und Gynäkologen: BGH NJW 1987, 2293; zwischen Neurologie und Neurochirurgie: OLG Oldenburg MedR 1999, 36; vgl. auch Spindler, in: Bamberger/Roth (Hrsg.), Beck'scher Onlinekommentar BGB, Stand: 1.11.2008, § 823 Rn 727 ff.; Staudinger/Hager, Kommentar zum BGB, 12. Aufl. 1999, § 823 Rn I 31: „Gefahr, dass sich Ärzte gegenseitig überwachen, anstatt sich ihrer eigentlichen Aufgabe zu widmen“.

¹ Grundlegend Beck, Gegengifte. Die organisierte Unverantwortlichkeit, 1988, S. 9: „Die etablierten Regeln der Zurechnung und Verantwortung – Kausalität und Schuld – versagen. Das heißt, deren unverdrossene Anwendung ... bewirkt das Gegenteil: die Gefahren wachsen, ihre Anonymisierung wird legitimiert“.

² Spaemann, Zur Kritik der politischen Utopie. Zehn Kapitel politischer Philosophie, 1974, S. 174.

³ Siehe Birnbacher, Grenzen der Verantwortung, in: Bayertz (Hrsg.), Verantwortung – Prinzip oder Problem?, 1995, S. 143, 165.

⁴ Kaufmann, Risiko, Verantwortung und gesellschaftliche Komplexität, in: Bayertz (Fn. 3), S. 72, 91.

⁵ Weiterführend Picht, Der Begriff der Verantwortung, in: ders. (Hrsg.), Wahrheit, Vernunft, Verantwortung, 1969, S. 318, 335.

⁶ Treffend Hart, Vertrauen, Kooperation und Organisation. Probleme der Zusammenarbeit, der Übergabe und an Schnittstellen im Arzthaftungsrecht, in: Laufs-FS 2006,

aus dem Zusammenwirken zweier verschiedener Fachrichtungen und einer Unverträglichkeit der von ihnen verwendeten Methoden oder Instrumente“ resultiert; hier besteht unabhängig von evtl. getroffenen Vereinbarungen stets eine über die eigene Spezialdisziplin hinausreichende Pflicht zu gegenseitiger Information und Koordination der jeweiligen Handlungsschritte, damit auf diese Weise das insgesamt vermeidbare Risiko tatsächlich beherrscht und ausgeschlossen wird.¹⁰ Entsprechendes, d.h. im Sinne einer Begrenzung der Verantwortlichkeiten im Rahmen des jeweils übernommenen und tatsächlich ausgeübten Aufgabenfeldes, gilt auch auf dem Gebiet des Bauwesens, sofern nur diese Arbeitsbereiche der z.B. gleichrangig nebeneinander beteiligten Unternehmen „klar voneinander abgegrenzt“ sind.¹¹ Jedenfalls bei Bauvorhaben größeren Ausmaßes wird man aber wegen des gesteigerten Koordinierungsbedarfs von einer Pflicht des Bauherrn ausgehen müssen, einen Architekten oder einen Generalunternehmer mit der Wahrnehmung dieser Koordinierungsaufgabe zu betrauen.¹² Die Erfüllung dieser „Organisationspflicht“ soll bei Ineinandergreifen verschiedener Verantwortungsbereiche sicherstellen, dass nicht der eine sich auf den anderen verlässt und dadurch etwas Wesentliches übersehen wird.¹³

Im hierarchischen Verhältnis fachlicher Über- bzw. Unterordnung liegt das schadensfreie Gelingen der Aufgabe mit all` ihren Bestandteilen dagegen grundsätzlich in der Alleinverantwortung des Weisungsberechtigten (Prinzip der Allzuständigkeit). Freilich zwingt die Sinngebung einer jeden Delegation einzelner Tätigkeitsbereiche denotwendig doch dazu, ein gewisses Maß an Vertrauensdürfen auch bei solcher „vertikalen Arbeitsteilung“ anzuerkennen. Wiederum nicht zuletzt aus dem Kontext der Medizin sind dabei allerdings in dreierlei Hinsicht „Sorgfaltspflichten“ konsentiert, die bei der übergeordneten Instanz verbleiben: *Erstens* bedarf es stets vorab der sorgfältigen Prüfung, ob von dem Delegationsempfänger eine fehlerfreie Ausführung der angesonnenen Tätigkeit überhaupt erwartet werden kann (Auswahlpflicht); *zweitens*

müssen diesem – zumindest im Wege einer allgemeinen Dienstanordnung – die für die Ausführung der übertragenen Aufgabe nötigen Informationen gegeben werden (Instruktionspflicht), und *drittens* schließlich hat der Vorgeordnete die sachgemäße Ausführung durch regelmäßige stichprobenartige Kontrollen zu überprüfen (Überwachungspflicht).¹⁴ Hinzu kommt natürlich bei Einsatz mehrerer Hilfskräfte oder Auftragnehmer die Pflicht zur übergreifenden Koordination der Teilaufgaben im Sinne einer ordnungsgemäßen Erfüllung der Gesamtaufgabe (Organisationspflicht).¹⁵ Bei Beachtung dieser Grundsätze darf sodann aber, „sofern nicht besondere Umstände entgegenstehen“, der Sorgfalt, Umsicht und Gewissenhaftigkeit der Delegationsempfänger im Hinblick auf deren eigene unmittelbare Primärverantwortlichkeit vertraut werden.¹⁶ Auch hier gilt also wiederum: Sobald konkrete Anhaltspunkte für eine nicht ordnungsgemäße Erfüllung der übertragenen Teilaufgabe sichtbar werden, besteht trotz der Delegation die Pflicht zur sofortigen schadensvermeidenden Intervention. Entlastende Effekte ergeben sich jedoch auch für die untergeordnete Instanz: Diese kann nämlich grundsätzlich darauf vertrauen, dass die Anweisungen und sonstigen Informationen im Rahmen des erteilten Auftrags sach- und fachgerecht sind. Das Vertrauen darf aber auch hier kein blindes sein: Sind in der konkreten Situation deutliche Anhaltspunkte erkennbar, dass die Ausführung der übernommenen Aufgabe erhöhte Gefahren mit sich bringen wird (z.B. infolge fachlicher Unvertretbarkeit der gewählten Methode oder aufgrund des erkennbaren Fehlens der erforderlichen eigenen Qualifikation)¹⁷, so besteht die Pflicht zu gefahrvermeidendem Innehalten und zur Rückfrage (Remonstration). Für den Bereich des Bauwesens folgt daraus: Ein beauftragter Subunternehmer trägt zwar für die ordnungsgemäße Wahrnehmung der übernommenen Aufgaben auch eine eigene Verantwortung; das befreit den beauftragenden Bauunternehmer aber nicht von der ihm obliegenden Aufsichtspflicht auf der Basis

¹⁰ Vgl. BGHZ 140, 309, 314 ff. = NJW 1999, 1779, 1781; siehe weiterhin auch *Ulsenheimer*, Arztstrafrecht in der Praxis, 4. Aufl. 2008, Rn 145a; *Wagner*, in: Münchener Kommentar zum BGB, 4. Aufl. 2004, § 823 Rn 657.

¹¹ Dieses Erfordernis hat der BGH bekanntlich im Wuppertaler Schwebebahn-Fall für die dort vor Ort tätigen Arbeiter in Frage gestellt und demzufolge eine generalisierte Aufteilung der Arbeitsbereiche verlangt, vgl. BGHSt 47, 224, 231 f. – Warum jedoch nicht auch eine erst zwischen den Beteiligten konkret getroffene Aufgabenverteilung genügen kann, ist nicht einzusehen, krit. deshalb *Duttge*, NStZ 2006, 266, 269 f.; *Freund*, NStZ 2002, 424 f.; zum jeweils eigenständigen Pflichtenkreis im Verhältnis von Bauunternehmer (falsche Auswahl der Baumaterialien sowie fehlerhafte Statikberechnung) und Prüfingenieur vgl. BGH MDR 1978, 504.

¹² Vgl. *Wagner* (Fn. 10), § 823 Rn 448 m.w.N.

¹³ Treffend *Kesselring*, Verkehrssicherungspflichten am Bau, 2002, S. 69; zur ansonsten sehr begrenzten Pflichtenstellung des Bauherrn, der zwar „geistiger Urheber“ der geschaffenen Gefahrenquelle, aber kein Fachmann für die nötige Beurteilung der dadurch veranlassten Sicherungsmaßnahmen ist: *Gallas*, Die strafrechtliche Verantwortlichkeit der am Bau Beteiligten, 1963, S. 34 f.: Beauftragung eines Architekten und eines als zuverlässig geltenden Bauunternehmers.

¹⁴ Weiterführend mit Bezug zur Gesundheitsversorgung: Sachverständigenrat zur Begutachtung der Entwicklung im Gesundheitswesen. Kooperation und Verantwortung. Voraussetzungen einer zielorientierten Gesundheitsversorgung. 2007, S. 120. Online verfügbar unter: <http://www.svr-gesundheit.de/Startseite/gutacht07.htm>. Ausführlich mit weiteren Bsp. aus der Rspr.: *Ulsenheimer* (Fn. 10), Rn 167 ff.

¹⁵ Nach OLG Hamm NJW-RR 1999, 319 ist dieser freilich i.d.R. schon durch Ermöglichung von direkten Absprachen zwischen den Beteiligten Genüge getan.

¹⁶ So ausdrücklich *Laufs/Uhlenbruck*, Handbuch des Arztrechts, 3. Aufl. 2002, § 140 Rn 23.

¹⁷ Aus dem Bereich der Medizin z.B. OLG Düsseldorf NJOZ 2007, 2195 (veraltete Behandlungsmethode); OLG Hamm MedR 2006, 236 (für die Betreiberin eines Geburtshauses leicht erkennbare „Unsinnigkeit“ der ärztlichen Anordnungen); vertiefend *Franzki*, Die Zusammenarbeit von Arzt und Hebamme bei der Geburtshilfe, in: *Berg/Ulsenheimer* (Hrsg.), Patientensicherheit, Arzthaftung, Praxis- und Krankenhausorganisation, 2006, S. 125 ff.; siehe auch *Laag*, Die haftungsrechtliche Stellung der Pflege im Wundmanagement, PflegeCongress 2006 (online verfügbar unter: <http://www.johanniter.de/mmo/pub/282318-WEB.pdf>): „Bei eindeutig fehlerhaften Behandlungsmethoden wie Eis und Föhn, Olivenölläppchen, Haushaltszucker, für die es keine therapeutische Indikation gibt, bleibt nur die standhafte Weigerung der Pflegenden, die Wundversorgung zu übernehmen“.

der vorstehenden Grundsätze.¹⁸ Nimmt er also wahr oder hätte sich ihm aufgrund der Sachlage ohne weiteres aufdrängen müssen,¹⁹ dass die vom Subunternehmer ausgeführten Arbeiten gefahrerhöhende Nachlässigkeiten in sich bergen, so muss er entweder selbst oder – sollte es an der nötigen Sachkunde fehlen – durch Beauftragung eines kompetenten anderen einschreiten.²⁰ Umgekehrt bleiben beauftragte Subunternehmer wie – bei hinreichender Eigenständigkeit (also nicht im Falle ständiger Beaufsichtigung wie etwa bei Lehrlingen)²¹ – auch deren hiermit betraute Arbeitnehmer innerhalb der übernommenen Aufgabe selbst verantwortlich;²² auf besonders gefahrträchtigen Arbeitsfeldern wie etwa bei Abrissarbeiten²³ wird man darüber hinaus, insbesondere im Falle der schon für sich gefahrerhöhenden Beteiligung mehrerer Unternehmen bzw. deren Arbeiter, den berechtigten Sicherheitserwartungen des Verkehrs entsprechend²⁴ aber auch von einer Pflicht ausgehen müssen, „ganz allgemein die Augen offen zu halten und das, was der Betreffende bei der Ausführung des Baues beobachtet, zu prüfen und bei der Entdeckung irgendwelcher Mängel auch seinerseits dafür Sorge zu tragen, dass Sicherheitsvorkehrungen getroffen werden“ (sog. „sekundäre Sicherheitspflicht“)²⁵.

2. „Pflichtenstellung“ eines Subunternehmers (und seiner Bediensteten) im Lichte der höchstrichterlichen Rechtsprechung

Im vorliegenden Fall hat sich der 4. Strafsenat des BGH dem erstinstanzlich erkannten Freispruch für die Angeklagten C und W vom Vorwurf der fahrlässigen Tötung bzw. Körperverletzung zwar im Ergebnis angeschlossen; in der Begründung wird allerdings nicht schon das Bestehen einer „sekundären Sicherheitspflicht“ in Bezug auf das schadensvermeidende Abtragen der betreffenden Gebäudeteile in Abrede gestellt, sondern vielmehr angenommen, dass die beiden Beschuldigten dieser Rechtspflicht hinreichend nachgekommen seien. Zur Begrün-

dung dieser „Pflichtenstellung“ abweichend von der Rechtsauffassung des LG Schwerin rekurriert der BGH zunächst auf die allgemeine „Verkehrs(sicherungs-)pflicht“²⁶, wonach „jeder, der Gefahrenquellen schafft oder unterhält, die nach Lage der Verhältnisse erforderlichen Vorkehrungen zum Schutz anderer Personen zu treffen“ habe. Bemerkenswert findet sich dies jedoch im Anschluss und unabhängig von der Sonderproblematik des arbeitsteiligen Zusammenwirkens auf Vorkehrungen vor solchen Gefahren eingeschränkt, deren Abwehr „ein verständiger Mensch für notwendig ... hält“, bei denen sich also „vorausschauend für ein sachkundiges Urteil die nahe liegende Möglichkeit ergibt, dass Rechtsgüter anderer Personen verletzt werden“: Denn „absolute Sicherheit“ könne niemals erreicht werden, hierauf seien „auch die berechtigten Verkehrserwartungen nicht ... ausgerichtet“, so dass die Sicherheitspflicht „nicht bereits durch jede bloß theoretische Möglichkeit einer Gefährdung ausgelöst“ werde. Bei Beteiligung mehrerer Personen oder Firmen und besonders bei einer so engen Verknüpfung der Teilaufgaben wie vorliegend²⁷ seien die „Anforderungen an die im Einzelfall gebotene Sorgfaltspflicht“ aber nicht von vornherein auf die Erfüllung des vertraglich Geschuldeten beschränkt (also für die Mitarbeiter von H auf die ordnungsgemäße Erledigung der „Betonschneidarbeiten“); vielmehr habe bei Durchführung einer derart gefahrträchtigen Baumaßnahme ein jeder der „für die Gefahrenquelle Verantwortlichen im Rahmen des ihm Zumutbaren“ die Pflicht, „sich ... gegenseitig zu informieren und [untereinander] abzustimmen, um vermeidbare Risiken für Dritte auszuschalten“: Vor allem dann, wenn „erkennbar Sicherheitsmaßnahmen erforderlich sind, die vor Beginn der eigentlich gefahrträchtigen Handlung durchgeführt werden müssen“, bedarf es stets der Vergewisserung, „dass der für die notwendige Sicherung Verantwortliche seine Aufgabe erfüllt hat“; es dürfe dann also „nicht blindlings darauf vertraut [werden], dass dies auch zutrifft“.

Der hierzu infolge der ihm eingeräumten weitreichenden Eigenverantwortlichkeit beim Abbruch der tragenden Wand verpflichtete C sei diesen Anforderungen jedoch nach Ansicht des BGH zur Genüge dadurch nachgekommen, dass er den T auf die Problematik um die Statik frühzeitig hingewiesen habe. Dass er oder der diese Rückfrage veranlassende W über besondere Fachkenntnisse verfügt haben könnte, die zumindest einen von beiden möglicherweise dazu befähigt hätte, die Mangelhaftigkeit der von T vorgegebenen Abstützung zu erkennen, ist vom Tatgericht nicht festgestellt worden. Deshalb sei eine nochmalige Nachfrage, ob der Statiker die Änderungen auch tatsächlich gebilligt habe, nicht mehr Bestandteil jener „sekundären Verkehrssicherungspflicht“ gewesen, „auch wenn die Verringerung der Anzahl der Stützen gegenüber der ursprünglichen Planung erheblich war“; eine solche Annahme hätte nur dann nahegelegen, „wenn die mangelnde Eignung der angebrachten Abstützung und die dadurch bedingte besondere Gefahrenlage für die Angeklagten offensichtlich gewesen wäre“. Hiergegen spreche jedoch, dass die vorgesehene Abstützung

¹⁸ Vgl. OLG Karlsruhe NJW 1977, 1930 f.; zur fortbestehenden Verantwortlichkeit des Bauunternehmers im Verhältnis zu einem vom Bauherrn bestellten (Ober-)Bauleiter vgl. OLG Stuttgart NJW 1984, 2897, 2898.

¹⁹ Abweichend, aber wohl nur versehentlich auf die tatsächliche Wahrnehmung von Fehlern beschränkt: Leipziger Kommentar zum Strafgesetzbuch/Vogel, 12. Aufl. 2007, § 15 Rn 282.

²⁰ Vgl. auch BGHSt 19, 286, 288; OLG Hamm NJW 1969, 2211, 2212 zum Verhältnis von Bauherr und Bauunternehmer.

²¹ Näher BGH NJW 1979, 864, 865 = BauR 1979, 266; OLG Düsseldorf NJW-RR 1993, 1309, 1310.

²² Vgl. BGH NJW-RR 1995, 659 für mit Abbrucharbeiten beauftragte Arbeitnehmer; OLG Frankfurt/Main BauR 1992, 255 und OLG Koblenz NJW-RR 1998, 374, jeweils für Subunternehmer.

²³ Ausdrücklich betont bei *Kesselring* (Fn. 13), S. 78.

²⁴ Zu deren Maßgeblichkeit für Begründung und Reichweite von Verkehrssicherungspflichten siehe aus der st. Rspr. etwa BGH NJW 1990, 906, 907; 1994, 3348, 3349; näher *Spindler* (Fn. 9), § 823 Rn 234; *Staudinger/Hager* (Fn. 9), § 823 Rn E 27, jeweils m.w.N.

²⁵ *Bindhardt/Jagenburg*, Die Haftung des Architekten, 8. Aufl. 1981, § 13 Rn 13.

²⁶ Zur Terminologie vgl. *Staudinger/Hager* (Fn. 9), § 823 Rn E 11.

²⁷ Der BGH reklamiert hierfür missverständlich und unnötig den Topos der „Natur der Sache“.

der Decke in der Arbeitssitzung am Tage vor dem Unglück weder von Bauleiter G noch von Sicherheitskoordinator M beanstandet worden sei. Zudem zeige sich an dem Umstand, dass C noch am Morgen des Unfalltages den Abbruch jenes Teilstücks ankündigte und mit der Fortsetzung seiner Arbeit bis zum Anbringen des Unterzugs aus Sicherheitsgründen wartete, dass er sich seiner Verantwortung für die Sicherheit des Bauwerks bewusst gewesen sei. Hieraus zieht der BGH die Schlussfolgerung: „Unter diesen Umständen erübrigte sich für die Angeklagten W und C, bei T noch einmal ausdrücklich nachzufragen, ob statischerseits Bedenken gegen die Fortsetzung der Abbrucharbeiten bestehen“.

3. Auf dem Weg zu einem wahrhaft lebensadäquaten Fahrlässigkeitsmaßstab

Es ist außerordentlich verdienstvoll, dass der Senat auf diese Weise abweichend von manch` anderen Urteilen²⁸ und insbesondere abweichend von der noch immer vorherrschenden Lehre nach einer lebensnahen Beurteilung des Tatgeschehens trachtet und zielgerichtet danach fragt, inwieweit von den konkret-situativ Befangenen realistischerweise ein Voraussehen und Vermeiden des schadensursächlichen Kausalverlaufs erwartet werden durfte. Nicht die Suche nach „konkreten Sondernormen“²⁹ steht also zur Debatte, seien solche in die Form hoheitlicher, abstrakt-genereller Verhaltensvorschriften gegossen oder wie vorliegend gleichsam durch privatautonome Festlegung des jeweils Geschuldeten erzeugt, sondern ausgehend vom Rechtsgüterschutz und der darauf bezogenen „Vermeidspflichtverletzung“³⁰ (neminem laedere) die Frage, ob „die mangelnde Eignung der angebrachten Abstützung und die dadurch bedingte besondere Gefahrenlage für die Angeklagten *offensichtlich* gewesen“ ist. Umschrieben ist damit bekanntlich nichts anderes als das schon an anderer Stelle eingehend erläuterte „Veranlassungsmoment“³¹, das den Blick auf die lebensweltlichen Faktoren der Gefahrenkognition für die jeweils individuelle Person in der jeweilig konkreten Situation lenkt. Weil erst das Vorhandensein sog. „Warnsignale“³² dem Menschen die Möglichkeit eröffnet, die folgenreiche Differenz von theoretischem Gefahrenwis-

sen und konkret-praktischer Erkenntnis der Gefahr in der lebensweltlichen Situation zu überbrücken, wird die für die Zuschreibung als „fahrlässig“ konstitutive (individuelle) Erkennbarkeit der mit dem Täterverhalten verbundenen Gefahrenträchtigkeit durch den Nachweis hinreichend „deutlicher“ Gefährdungsindikatoren sowohl begründet als auch begrenzt; selbige muss der Täter somit entweder *erkannt* haben (bewusste Fahrlässigkeit) oder müssen ihm aufgrund seines Erfahrungswissens und seiner Befindlichkeit in der konkreten Tatsituation zweifelsfrei *erkennbar* gewesen sein (unbewusste Fahrlässigkeit). Normativ erwächst aus diesem „situativen Anspruch“ zugleich die Vermeidungsverantwortlichkeit des Vermeidemächtigen.³³

Die Kehrseite dieses Fahrlässigkeitsmaßstabs, das Vertrauendürfen auf den guten Ausgang bei Nichtvorhandensein bzw. Nichterkennbarkeit gefahrindizierender „konkreter Anhaltspunkte“, gibt als sog. „Vertrauensgrundsatz“ somit die leitende Orientierung nicht nur,³⁴ aber eben auch und insbesondere im Falle der besonderen Komplexität der Tatsituation infolge Mitbeteiligung mehrerer Personen. Hierzu bekennt sich der 4. Strafsenat letztlich unmissverständlich trotz gelegentlichen Schwankens im argumentativen Begründungsgang, wenn insbesondere nach eigentlich schon erfolgter Begrenzung der „allgemeinen Verkehrssicherungspflicht“ dennoch zur Begründung der erweiterten Pflichtenstellung auf die „Zuständigkeit“ der Firma H zur Vornahme des Abbruchs und damit zum Ergreifen der erforderlichen Vorkehrungen zur Abwehr von hieraus evtl. hervorgehenden Gefahren abgehoben wird. Die sich anschließende Hervorhebung, dass ausschlaggebend bereits die „tatsächliche Übernahme“ der Sorge um die „besondere Gefahrenquelle“ (und nicht der vertraglich vereinbarte Pflichtenkreis) sei, hätte eigentlich offenbaren müssen, dass insoweit nicht die fahrlässigkeitspezifische (individuelle) „Sorgfaltspflicht“, sondern nur das (für Begehungstäter selbstverständliche, für Unterlassungstäter hingegen erst bei Vorliegen einer „Garantenstellung“ bestehende)³⁵ generelle Gebot der Schadensvermeidung in Frage steht, dessen Missachtung allein das Erfolgs- und nicht schon das Handlungsunrecht begründet. In der konkreten Anwendung des „Vertrauensgrundsatzes“ begegnet überdies die weitere Unsicherheit des BGH, ob vorliegend eher die Grundsätze zur horizontalen oder vielmehr jene zur vertikalen Arbeitsteilung zugrunde zu legen sind. Der Senat neigt ersichtlich der ersteren Variante zu, wenn er die Gesamtaufgabe trennscharf zwischen den beiden beteiligten Firmen unterteilt („Abbruchaufgabe“ und „Sicherungsaufgabe“) und in diesem Verhältnis von der wechselseitigen Verpflichtung spricht, „sich in zumutbarer

²⁸ Zuletzt etwa im „Autoraser“-Fall: BGH HRRS 2009 Nr. 93 = NStZ 2009, 148 m. krit. Anm. Duttge, NStZ 2009 [Heft 5]: bereits die Durchführung des Rennens [§ 29 StVO], weiterhin die Einleitung und Durchführung des Überholvorgangs [§ 5 IV S. 2 StVO], zusätzlich der Fahrfehler beim Zurücklenken des Fahrzeugs bzw. bei dem anderen Fahrzeugführer der untersagte Fahrstreifenwechsel [§ 7 V StVO].

²⁹ Zu deren (bestrittenen) fahrlässigkeitsbegründenden Relevanz siehe Duttge, in: Dölling/Duttge/Rössner (Hrsg.), *Gesamtes Strafrecht. Handkommentar*, 2008, § 15 Rn 30 sowie *ausf. ders.*, *Zum Unrechtsgehalt des Fahrlässigkeitsdelikts*, in: *Comparative Law Review (jap.)* 2009 [im Erscheinen], jeweils m.w.N. (auch zur Gegenauffassung); ebenfalls eher skeptisch Freund, in: Küper-FS 2007, S. 63, 76; anders dagegen Kudlich, in: Otto-FS 2007, S. 373, 387 f.

³⁰ Otto, in: Schlüchter-GS, 2002, S. 77, 89 f.

³¹ Zuerst in: Duttge (Fn. 7).

³² Häufig jedenfalls implizit, mitunter auch explizit die Rspr., vgl. etwa BayObLG NJW 1998, 3580 (unter Verweis auf LG Passau NJW 1997, 1165) m. Bspr. Otto, JK 99, StGB § 15/6 (Horrorvideo-fall).

³³ Treffend Lampe, ZStW 118 (2006), 1, 25.

³⁴ Zu diesem Verständnis eines „erweiterten Vertrauensgrundsatzes“ näher Duttge (Fn. 7), S. 465 ff.; siehe auch *ders.*, in: Münchener Kommentar zum StGB, Bd. 1, § 15 Rn 141.

³⁵ Die in Bezug genommene Entscheidung BGHSt 47, 224, 229 behandelt dementsprechend ebenso wie die Urteilsanmerkung von Kühl (NJW 2008, 1897, 1899) ausschließlich die Frage der Garantenstellung (der mit der Beseitigung der sog. Dilatationsüberbrückungen beauftragten Arbeiter bzw. des Kfz-Werkstattleiters einer Transportspedition), nicht jedoch die fahrlässigkeitspezifische „Pflichtwidrigkeit“.

Weise gegenseitig zu informieren und abzustimmen“³⁶. In Wahrheit entbindet jedoch die Delegation von Teilaufgaben etwa durch Beauftragung eines Subunternehmers nicht von der ursprünglich gegenüber dem Bauherrn übernommenen Gesamtverantwortung, so dass nicht von einer horizontalen, sondern von einer vertikalen Arbeitsteilung auszugehen ist.³⁷ Relevanz kommt dieser Fehlklassifizierung freilich nur für die Pflichtenstellung des Delegierenden, nicht für jene des Übernehmenden zu: Denn dieser ist hier ebenso wie im Falle einer horizontalen Arbeitsteilung grundsätzlich auf den eigenen Pflichtenkreis beschränkt und kann nur bei Bestehen „triftiger Anhaltspunkte“ für den konkret schadensträchtigen Verlauf darüber hinaus in Anspruch genommen werden.³⁸

Solche hat der Senat vorliegend nicht erkennen wollen trotz des Zugeständnisses, dass „die Verringerung der Anzahl der Stützen gegenüber der ursprünglichen Planung erheblich war“. Dass die besondere Gefahrenlage gleichwohl weder für C noch für W „offensichtlich“ gewesen sei, ist deshalb eine reichlich überraschende Annahme; denn selbst einem Laien wird doch ganz selbstverständlich sein, dass die Vornahme derart umfangreicher Umbau- und Abrissarbeiten in einem derart großen Gebäudekomplex nur bei hinreichend gewährleisteteter Abstützung der Decken und Wände verantwortet werden kann, mithin die außerordentliche Gefahrenträchtigkeit des Vorhabens gerade in dieser Hinsicht größtmögliche Sorgfalt erfordert. Wie eine Reduzierung der Stützen auf ca. ein Drittel (!) der gutachterlich berechneten Zahl und die Wahl deutlich weniger belastbarer Materialien gegenüber den eigentlich vorgesehenen dann noch vertrauensbegründend bzw. nicht nachhaltig vertrauenszerstörend wirken soll, bleibt unerfindlich. Gewiss sind die Angeklagten keineswegs untätig geblieben und haben sich in zutreffender Erkenntnis der Problematik (sonst hätten sie sich dazu gar nicht veranlasst gesehen) abzusichern gesucht; nur ist auch ihnen gegenüber das Ergebnis der erbetenen Rückversicherung beim Statiker letztlich offen geblieben und damit auch die entscheidende Frage, ob trotz der evident erhöhten Gefährlichkeit dennoch auf eine sichere und unfallfreie Durchführung der Bauarbeiten vertraut werden durfte. Die Auskunft des T, die C auf seine Rückfrage hin erhalten hatte, erschöpfte sich in der bloßen Zusage, die benötigte Expertise des Statikers noch beizubringen; der spätere Hinweis des T, „dass die Hinzuziehung eines Statikers nicht erforderlich sei, da er mit den Feststellungen der Statik klarkomme“, erfolgte nicht gegenüber C oder W, sondern dem Bauleiter G und hätte mit Blick auf die ursprünglichen Festlegungen des Bauplanungsbüros und insbesondere der gegenteiligen Zusage gegenüber C eher Anlass zu Misstrauen als Grund für gerechtfertigtes Vertrauen gegeben. Infolgedessen war die Situation aus Sicht des C auch am Morgen des Unfalltages ungeklärt und gründete sich die

Annahme, es werde „schon alles gutgehen“, auf die ungesicherte Spekulation, dass T wohl nicht die Anweisung zur Vornahme der reduzierten Absicherung an seine Arbeiter erteilt hätte, ohne sich zuvor selbst hinreichend abzusichern. Die Zuschreibung eines solcherart „konkludenten“ Erklärungswertes wäre jedoch allenfalls dann geeignet gewesen, die vorhandenen Warnsignale wieder zu zerstreuen, wenn es sich bei T um den zuständigen Experten für die Beurteilung der Sache gehandelt hätte; eben dies war aber – auch für C eindeutig erkennbar – gerade nicht der Fall. Die Auskunft oder Entscheidung einer nicht fachkundigen Person kann für sich aber keinerlei vertrauensbegründende Wirkung für diejenigen entfalten, die um die Gefahrenträchtigkeit des Geschehens wissen. Der Hinweis des BGH, dass die Angeklagten nicht von einer besonderen Unzuverlässigkeit oder Risikobereitschaft des T ausgehen mussten, geht daher an der Sache vorbei. Vielmehr bestand für C spätestens am Morgen des Unfalltages unmittelbar vor Beginn der betreffenden Bauarbeiten bei Vornahme der Absicherung, an der sich selbst beteiligte, in Kenntnis der ausgebliebenen Antwort auf seine Nachfrage triftiger Anlass, nochmals rückzufragen und sich zu vergewissern, ob die von ihm selbst geäußerten Bedenken nun zuverlässig entkräftet und bei der beabsichtigten Vorgehensweise bedacht sind. Aufgrund der von den Angeklagten selbst angenommenen Gefährlichkeit kann es – entgegen der vom Senat zugrunde gelegten Auffassung – auch keine Rolle mehr spielen, dass weder C noch W „besondere Fachkenntnisse besaßen, die sie befähigt hätten, die Mangelhaftigkeit der von T vorgegebenen Abstützung zu erkennen“. Gerade dieser Umstand hätte sie dazu veranlassen müssen, auf das zuverlässige Einholen einer verbindlichen Auskunft zu dringen, ehe mit der gefährlichen Baumaßnahme begonnen wird. Dies gilt um so mehr für W, der sich (die mitgeteilten Sachverhaltsfeststellungen zugrunde gelegt) offenbar noch weniger um die Klärung der Sachlage bemüht und sich letztlich wohl darauf beschränkt hat, das Problem ungeachtet seiner vorgesetzten Stellung lediglich dem C aufzubürden. Wie das durchaus nicht gewissenlose Verhalten des C am Morgen des Unfalltages auch für ihn entlastend wirken könnte (wovon der BGH ohne jedwede Begründung ausgeht)³⁹, bleibt ebenfalls rätselhaft. Der einzige wirklich potentiell vertrauensbegründende Umstand ist jener, dass tags zuvor die beabsichtigte Abstützung nicht beanstandet worden ist; an dieser Besprechung haben jedoch die Angeklagten gar nicht teilgenommen (eine Benachrichtigung des C und/oder W über das Ergebnis dieser Besprechung ist nicht erkennbar), so dass es nicht mehr darauf ankommt, ob auf das Ausbleiben von Beanstandungen (was keineswegs bedeutungsgleich ist mit der ausdrücklichen Bestätigung des Vorgehens!) nicht durch den fachlich zuständigen Statiker, sondern durch den Bauleiter und einen „Sicherheitskoordinator“ (dessen Fachkompetenz und

³⁶ Explizit wird am Ende der Urteilsbegründung im Verhältnis der Angeklagten zum Bauunternehmer T auf die Grundsätze und Rspr. zur „horizontalen Aufteilung einzelner Verantwortungsbereiche“ verwiesen.

³⁷ Siehe zum Subunternehmerverhältnis bereits o. bei Fn. 18 ff.

³⁸ Siehe o. bei Fn. 8 ff. (horizontale Arbeitsteilung) bzw. Fn. 21 ff. (vertikale Arbeitsteilung).

³⁹ Der Senat formuliert: „Dass die Angeklagten sich vielmehr ihrer Verantwortung für die Sicherheit des Bauwerks bewusst waren, wird daran deutlich, dass der Angeklagte C noch am Morgen des Unfalltages gegenüber T den Abbruch des Teilstücks IV der Wand ankündigte und mit der Fortsetzung seiner Tätigkeit aus Sicherheitsgründen zuwartete, bis der Unterzug hinsichtlich des Teilstücks III angebracht war. Unter diesen Umständen erübrigte sich für die Angeklagten W und C...“.

Aufgabe noch näher zu ermitteln wäre) überhaupt ernsthaft vertraut werden darf.

III. Den Letzten beißen die Hunde?

Im Ergebnis erweist somit erst eine sorgfältige Analyse der situativen und kognitionspsychologischen Handlungsbedingungen aus der Perspektive der jeweils beschuldigten Person, ob die getroffene Entscheidung oder Verrichtung „verantwortungslos“ war oder den Anspruch auf verständnisvolle und sanktionslose Hinnahme angesichts der begrenzten Vermeidemacht eines jeden Menschen erheben kann. Eben hierin liegt das Anliegen einer dezidiert um Lebensnähe bemühten Fahrlässigkeitskonzeption, die sich nicht mit leerformelhaften Floskeln und rein normativen Zuschreibungen zufrieden geben will. Denn wenn die Ungewissheit der Ereignisse eine Grundtatsache unseres täglichen Lebens ist und deshalb eine zutreffende Einschätzung der jeweiligen Situation unabdingbar, um die häufig schwer überschaubaren Folgen unseres Handelns wenigstens annäherungsweise abzuschätzen,⁴⁰ dann muss auch die rechtliche Bewertung hieran anknüpfen und sich auf die jeweils begrenzten Kapazitäten zur Voraussicht möglicher Gefahren einlassen, sofern sie ihrem Selbstverständnis im Sinne einer fairen und lebensadäquaten Zuschreibung von „Verant-

⁴⁰ Dazu vertiefend *Beck*, Risikogesellschaft. Auf dem Weg in eine andere Moderne, 1986, S. 44.

wortung“ gerecht werden will. So sehr aber die Inanspruchnahme von „Vertrauen“ als Grundlage menschlichen Handelns schlechthin unentbehrlich ist, bleibt es „nicht nur im Einzelfall, sondern erst recht auf Systemebene darauf angewiesen, dass die Risikoneigung unter Kontrolle gehalten wird“: Vertrauen „reduziert soziale Komplexität dadurch, dass es vorhandene Informationen überzieht“; es bleibt daher, will es nicht „blind“ und von lebensuntauglicher Naivität sein, stets auf andere, vertrauensbegründende Strukturen und Orientierungen angewiesen.⁴¹ Solche sind zwar häufig gerade für jene gegeben, die auf unterer Handlungsebene eines hierarchischen Systems auf Weisungen hin tätig sind; insofern ist richtig, dass den Letzten regelmäßig „nicht die Hunde beißen“ (sollen). Sehr wohl können sie ihn jedoch beißen, „wenn er gar nicht an Hunde gedacht oder die Anzeichen der Verfolgung nicht bedacht oder beherzigt hat“⁴², sei es aus Gleichgültigkeit, übertriebener Risikofreude oder sorgloser Leichtfertigkeit. Wer unkontrollierte Risiken zum Schaden anderer eingeht, verdient keine Nachsicht der Rechtsgemeinschaft. Dem BGH ist daher zuzurufen, dass er bei seinem Bemühen um verständnisvolles Aufklären der realen Lebensbedingungen künftig nicht mehr auf halbem Wege stehenbleiben möge.

⁴¹ Näher *Luhmann*, Vertrauen. Ein Mechanismus der Reduktion sozialer Komplexität, 3. Aufl. 1989, S. 98 f., 105 f.

⁴² *Deutsch*, Den Letzten beißen nicht die Hunde: Die Haftung bei der arbeitsteiligen Medizin, in: Duttge (Hrsg.), Perspektiven des Medizinrechts im 21. Jahrhundert (Göttinger Schriften zum Medizinrecht, Bd. 1), 2007, S. 69, 77.

Aufsätze und Anmerkungen

Die Verbindung des Angenehmen mit dem Nützlichen – Ein neues Anwendungsgebiet für die Gesamtbetrachtungslehre des BGH

Anmerkung zu BGH 1 StR 260/08 – Urteil vom 14. Oktober 2008 (HRRS 2008 Nr. 896)

Von Rechtsanwältin Dr. Silke Noltensmeier, Heidelberg*

In seiner Entscheidung zur Strafbarkeit des ehemaligen EnBW-Chefs Prof. Dr. Claassen wegen Vorteilsgewährung beschäftigt sich der BGH – soweit ersichtlich – zum ersten Mal mit der Frage nach einer Strafbarkeit wegen Vorteilszuwendung an einen Amtsträger im Falle des so genannten Sportsponsorings und bestätigt – zumindest im Ergebnis – die erstinstanzliche Entscheidung des

* Die Verfasserin ist für die Kanzlei *KellerRechtsanwälte*, Partnerschaftsgesellschaft, tätig.

Landgerichts Karlsruhe.¹ Das Urteil dürfte Rechtsprechung und Lehre zukünftig noch eingehend beschäftigen, denn der 1. Strafsenat tätigt Ausführungen von beträchtlicher Tragweite.

Ausnahmsweise bereitet im vorliegenden Fall nicht die oftmals schwierig zu beantwortende Vorfrage der Amtsträgereigenschaft des Zuwendungsempfängers gem. § 11

¹ NStZ 2008, 407 f.

Abs. 1 Nr. 2c StGB Schwierigkeiten,² sondern vielmehr die Tatbestandsmerkmale des Vorteils und der „gelockerten“ Unrechtsvereinbarung sowie die Anforderungen an den Rechtfertigungsgrund der Genehmigung des Vorteils nach den §§ 331 Abs. 3, 333 Abs. 3 StGB.

I. Zum Vorteil

Ein Vorteil i.S.d. §§ 331 ff. StGB ist grundsätzlich jede materielle oder immaterielle Leistung, die die wirtschaftliche, rechtliche oder persönliche Lage des Amtsträgers oder eines Dritten objektiv verbessert.³ Während das Landgericht Karlsruhe eine Strafbarkeit des angeklagten Vorstandsvorsitzenden der EnBW mangels Vorteils bereits deshalb ablehnte, weil die eingeladenen Amtsträger ohnehin freien Zugang zu den Spielen gehabt hätten,⁴ bejaht der 1. Strafsenat zunächst zutreffend, dass es sich bei den Eintrittskarten, die die Repräsentanten des Landes Baden-Württemberg erhalten haben auch dann um Vorteile i.S.d. §§ 331 ff. StGB handelt, wenn die Zuwendungsempfänger auch ohne diese freien Zutritt zu den betreffenden WM-Spielen gehabt hätten. Das Landgericht Karlsruhe übersieht diesbezüglich, dass es dafür, ob ein Vorteil gewährt wird oder nicht, allein darauf ankommt, ob die Position des Zuwendungsempfängers in irgendeiner Weise verbessert wird. Der BGH stellt daher klar, dass hypothetische Erwägungen dahingehend, ob der Vorteil auch auf andere Art und Weise hätte erlangt werden können, unbeachtlich sein müssen. Entscheidend war im vorliegenden Fall, dass die betroffenen Zuwendungsempfänger zum Zeitpunkt der Vorteilsgewährung noch nicht im Besitz einer entsprechend äquivalenten Zuwendung waren, sondern eine solche hätten bekommen können, wenn sie sich darum bemüht hätten.⁵

Die grundsätzliche unentgeltliche Beschaffbarkeit eines gleichwertigen Vorteils durch den Zuwendungsempfänger auf andere Art und Weise darf bei der Bestimmung des Vorteils keine Rolle spielen.⁶ Andernfalls müsste man sich die Frage gefallen lassen, warum solche Zuwendungen überhaupt sanktioniert werden sollen, da gerade diejenigen Amtsträger, die sich in besonders einflussreichen Positionen befinden, oftmals davon ausgehen dürfen, die ihnen angebotenen Zuwendungen von unterschiedlichen Zuwendungsgebern erhalten zu können. Wegen der schwierig abzugrenzenden Frage zwischen der bloßen Verbesserung der Lage des Amtsträgers und der

unter Umständen notwendigen Wahrnehmung von Repräsentationsaufgaben ist eine einschränkende Auslegung gleichwohl geboten. Diese Restriktion ist allerdings praktikabel nur über das Tatbestandsmerkmal der Unrechtsvereinbarung vorzunehmen.

II. Die „gelockerte“ Unrechtsvereinbarung

Die „gelockerte Unrechtsvereinbarung“ der §§ 331, 333 StGB setzt nicht voraus, dass der Vorteil als Gegenleistung für eine bestimmte Diensthandlung gewährt wird, sondern es genügt vielmehr, wenn es Ziel der Vorteilszuwendung ist, allgemein auf die zukünftige Dienstaussübung des Amtsträgers Einfluss zu nehmen.⁷ Es werden daher auch grundsätzlich die Zuwendungen erfasst, die allein zur allgemeinen Klimapflege, also dem so genannten „Anfüttern“ gewährt werden.⁸ Da auf das Merkmal der Unrechtsvereinbarung nach dem Willen des Gesetzgebers aber nicht verzichtet werden sollte,⁹ steht auch fest, dass der Vorteil überhaupt für dienstliche Handlungen gewährt werden muss.¹⁰ Die Abgrenzung zwischen den tatbestandsmäßigen und den gänzlich unverdächtigen, den Schutzzweck der §§ 331 ff. StGB nicht verletzenden Vorteilszuwendungen ist - wie der BGH selbst einräumt - schwierig, so dass es einer einschränkenden Auslegung der §§ 331 ff. StGB bedarf.

1. Ausschluss der Unrechtsvereinbarung bei Vorteilen zur Dienstaussübung

Anknüpfungspunkt für eine restriktive Auslegung der §§ 331, 333 StGB könnte etwa die Abgrenzung zwischen Vorteilen *für* und *zur* Dienstaussübung sein,¹¹ wie sie zuletzt auch in Bezug auf die hier behandelte Entscheidung vorgeschlagen wurde.¹² Auch nach der Rechtsprechung des BGH entfällt die Strafbarkeit wegen Vorteilsgewährung und -annahme, wenn die Annahme des Vorteils zu den Dienstpflichten des Amtsträgers gehört.¹³ Gehört es also zu den Amtspflichten des Zuwendungsempfängers, Repräsentationsaufgaben wie hier den Besuch eines WM-Spiels wahrzunehmen, spricht dies grundsätzlich gegen das Vorliegen einer Unrechtsvereinbarung,¹⁴ da der Vorteil nicht *für*, sondern *zur* Dienstaussübung gewährt wurde.

Mit der Feststellung, dass der Repräsentant die Eintrittskarte benötigt, um seinen Dienstpflichten nachzukommen, kann die Prüfung aber noch nicht abgeschlossen

² Vgl. zur wertenden Gesamtbetrachtung zur Bestimmung der Amtsträgereigenschaft nach § 11 Abs. 1 Nr. 2c StGB Noltensmeier, Public Private Partnership und Korruption (2009), S. 77 ff.

³ BGHSt 31, 264, 279; 33, 336, 339; 35, 128, 133; Fischer, StGB, 56. Auflage (2009), § 331 Rn. 11; Sch/Sch-Heine, StGB, 27. Auflage (2006), § 331 Rn. 17 jeweils mit zahlreichen w.N.

⁴ LG Karlsruhe NStZ 2008, 407, 408.

⁵ Erst wenn der jeweilige Amtsträger bereits im Besitz einer Eintrittskarte zu einem WM-Spiel gewesen wäre, hätte man weiter prüfen müssen, ob die Karten tatsächlich gleichwertig sind. Vorliegend wäre aber auch dies zu verneinen gewesen, da es sich um Eintrittskarten verschiedener Kategorie gehandelt hat, denn die EnBW-Loge sah eine Bewirtung der Gäste vor, was in der Landesloge gerade nicht der Fall gewesen wäre.

⁶ So auch Trüg NJW 2009, 196.

⁷ Lackner/Kühl, StGB, 26. Aufl. (2007), § 331 Rn. 10a; Sch/Sch-Heine, (Fn. 3) § 331 Rn. 1b.

⁸ BGHSt 49, 275, 281; BGH, NStZ 2008, 216, 217.

⁹ BT-Drucks. 13/8079, S. 15.

¹⁰ Fischer, (Fn. 3) § 331 Rn. 23; Schlösser/Nagel wistra 2007, 211, 212; SK/StGB-Rudolphi/Stein, Stand: September 2003, § 331 Rn. 27.

¹¹ OLG Zweibrücken JR 1982, 381, 382; Fischer, (Fn. 2), § 331 Rn. 12; NK/StGB-Kuhlen, 2. Auflage 2005, § 331 Rn. 80; SK/StGB-Rudolphi/Stein, (Fn. 10) § 331 Rn. 27; Zieschang StV 2001, 290, 292.

¹² Vgl. Trüg NJW 2009, 196, 198.

¹³ So bereits im Fall „Poullain“, BGHSt 31, 264, 279.

¹⁴ Trüg NJW 2009, 196, 198.

sein. So überzeugend die Abgrenzung zwischen *für* und *zur* Dienstausbübung gewährter Vorteile zunächst anmuten mag, so wenig undifferenziert sollte sie auf Fälle wie den vorliegenden übertragen werden. Schließlich ist zu beachten, dass hier von maßgeblicher Bedeutung sein kann, von wem der Zuwendungsempfänger die Zuwendung zur Wahrnehmung seiner Pflichten erhält und ob die Art und Güte der jeweiligen Zuwendung tatsächlich erforderlich ist, um die Dienstpflicht erfüllen zu können: Im vorliegenden Fall wurden qualitativ höherwertige Eintrittskarten zur WM verschenkt, als sie die Zuwendungsempfänger ohnehin – wohl über ihre Dienstbehörde – hätten erhalten können, da in der „Landesloge“ im Gegensatz zu der „EnBW-Loge“ eben keine Bewirtung der Gäste vorgesehen war. Wird der Vorteil wie hier von einem Dritten gewährt und ist er dazu von besserer Qualität, als derjenige, den der Amtsträger ohnehin erhalten hätte, dann kann darin grundsätzlich eine Zuwendung *für* die Dienstausbübung liegen.¹⁵ Dies ist insbesondere dann wahrscheinlich, wenn eine Beziehung zwischen dem Amt und dem Zuwendungsgeber vorliegt, was den Verdacht nahe legt, dass sich der Zuwendungsgeber eben auch das Wohlwollen des Amtsträgers zu Eigen machen wollte.¹⁶ Das heißt freilich nicht, dass die gelockerte Unrechtsvereinbarung immer dann zu bejahen ist, wenn der Amtsträger den Vorteil von einem Dritten erhalten hat. Es kommt vielmehr entscheidend auf den Bezug des Dritten zu den Dienstaufgaben des Amtsträgers an.¹⁷

2. Zur Lösung des BGH

Auch der 1. Strafsenat stellt Anforderungen auf, die an die inhaltliche Verknüpfung von Vorteil und Dienstausbübung zu stellen sind, um die gelockerte Unrechtsvereinbarung bejahen zu können und zählt Indizien auf, die bei einer wertenden Gesamtschau der konkreten Umstände des Einzelfalls zu berücksichtigen sind.

Genannt werden hier beispielsweise die Stellung des Amtsträgers, die Art und Weise sowie Zahl der Vorteile, die Frage nach der Heimlichkeit des Vorgehens, aber auch die Berührungspunkte zwischen Zuwendungsgeber und Amtsträger sowie die Beziehung des Zuwendungsgebers zu den dienstlichen Aufgaben des Amtsträgers. Auch wenn der 1. Strafsenat einesteiils betont, dass diese Kriterien für die Prüfung der gelockerten Unrechtsvereinbarung von Bedeutung sein können, stellt er andernteils wiederum ausdrücklich klar, dass schlussendlich allein die Gesamtschau der Indizien des konkreten Einzelfalls maßgeblich sei.

Die Anwendung dieser Gesamtbetrachtungslehre auf die Prüfung der gelockerten Unrechtsvereinbarung besticht zunächst durch ihre flexible Handhabung. Der 1. Strafsenat gibt den Gerichten hiermit aber gleichsam einen „Freifahrtschein“ für die Entscheidung, ob eine gelockerte Unrechtsvereinbarung vorliegt oder nicht. Je

nachdem, wie diese Entscheidung ausfällt, reicht es aus, im Hinblick auf das bereits gefundene Ergebnis einige Kriterien, die für das eigene Urteil sprechen, aus dem Sachverhalt herauszuarbeiten und darzulegen, dass diese im Rahmen der Gesamtbewertung als maßgeblich angesehen wurden. Da der 1. Strafsenat nur Beispiele für Indizien aufgezählt hat, die relevant sein könnten, kann der Kriterienkatalog beliebig eingeschränkt oder erweitert werden.¹⁸ Obwohl der 1. Strafsenat das Problem erkennt und einräumt, dass seine Auslegung der Unrechtsvereinbarung kaum trennscharfe Konturen aufweise, zu Beweisschwierigkeiten führe und dem Tatrichter eine beträchtliche Entscheidungsmacht einräume, geht er dennoch diesen Weg, da diese Auslegung dem Willen des Gesetzgebers Rechnung trage, den er mit dem Korruptionsbekämpfungsgesetz 1997 zum Ausdruck gebracht habe.

Diese Auslegung kann nicht überzeugen, denn es wäre sehr wohl möglich gewesen anhand der genannten Indizien wenigstens konkretere Leitlinien aufzustellen, wann *keine* gelockerte Unrechtsvereinbarung mehr vorliegen kann. So ist schon nicht denkbar, dass überhaupt eine gelockerte Unrechtsvereinbarung bejaht werden kann, wenn zwischen Zuwendungsgeber und den Dienstaufgaben des Amtsträgers überhaupt keine Berührungspunkte feststellbar sind. In Betracht käme bei einer solch fehlenden Beziehung allenfalls noch eine „mittelbar gelockerte Unrechtsvereinbarung“. Diese könnte etwa darin liegen, dass der Zuwendungsgeber nicht mit dem vorteilnehmenden Amtsträger eine Unrechtsvereinbarung schließt, sondern hofft, dass der Zuwendungsempfänger positiven Einfluss auf einen weiteren Amtsträger nehmen könnte, dessen Dienstaufgaben wiederum Berührungspunkte zum Zuwendungsgeber aufweisen. Solche Konstruktionen führen allerdings zu einer uferlosen Ausweitung des Tatbestandes der §§ 331 ff. StGB, die auch vom Gesetzgeber nicht mehr gewollt sein konnte.¹⁹ Es wäre dem BGH also durchaus möglich gewesen, Vorgaben aufzustellen, wann eine gelockerte Unrechtsvereinbarung nicht mehr in Betracht zu ziehen ist, um dem Tatbestandsmerkmal durch eine solche Negativabgrenzung stärkere Konturen zu geben. Dass der 1. Strafsenat von dieser Möglichkeit keinen Gebrauch gemacht hat, ist bedauerlich.

¹⁸ So hat *Greeve* CCZ 2008, 117, 120, bereits im Zusammenhang mit dem erstinstanzlichen Urteil des LG Karlsruhe darauf hingewiesen, dass aufgrund der einzelfallbezogenen Betrachtungsweise der Freispruch nicht als „Entwarnung“ gewertet werden könne. An dieser Einschätzung hat sich auch nach dem Urteil des BGH nichts geändert. Vgl. auch *Zieschang* StV 2008, 253, der darauf hinweist, dass die allzu extensive Interpretation der Tatbestandsvoraussetzungen der Bestechungsdelikte dazu führen kann, dass andere Gerichte immer noch im Einklang mit der Rechtsprechung des BGH die Tatbestandsmerkmale zu weit auslegen.

¹⁹ § 331 Abs. 2 StGB macht dies ausdrücklich deutlich („dass er vorgenommen hat oder vornehmen werde“), während dieser Hinweis in Abs. 1 fehlt. *SK/StGB-Rudolphi/Stein*, (Fn. 10) § 331 Rn. 28b, weisen aber zutreffend darauf hin, dass auch nach § 331 Abs. 1 StGB der Vorteil für eigene Diensthandlungen des Zuwendungsempfängers gewährt werden müsse.

¹⁵ Vgl. *Lackner/Kühl*, (Fn. 7) § 331 Rn. 4.

¹⁶ *Trüg* NJW 2009, 196, 198; vgl. aber auch *Greeve* CCZ 2008, 117, 120.

¹⁷ Ähnlich *Schlösser/Nagel* wistra 2007, 211, 212 f., die danach fragen, ob der zu einer Veranstaltung eingeladenen Amtsträger als Entscheidungs- oder Werbeträger angesprochen wird.

3. Handlungsunfähigkeit der Rechtsprechung?

Der 1. Strafsenat stellt selbst – beinahe resigniert – fest, dass seine Auslegung von erheblichen Unschärfen geprägt ist und nimmt dies mit Hinweis auf den gesetzgeberischen Willen in Kauf. Tatsächlich ist das Korruptionsstrafrecht von erheblichen Rechtsunsicherheiten geprägt, was in erster Linie darauf zurückzuführen ist, dass der Gesetzgeber durch die extreme Ausweitung der Tatbestände mit dem Korruptionsbekämpfungsgesetz von 1997²⁰ der Rechtsprechung die Verantwortung aufgebürdet hat, die zum Teil verfassungsrechtlich problematischen Regelungen verfassungskonform anzuwenden.

Bei der Subsumtion eines Sachverhalts unter die §§ 331, 333 StGB stößt man regelmäßig auf eine Vielzahl unscharfer Prüfungspunkte, die nach der Rechtsprechung des BGH teilweise nur im Rahmen einer Gesamtschau unter Beachtung der Umstände des jeweiligen Einzelfalls beurteilt werden können. Zunächst einmal ist die wertende Gesamtbetrachtung bereits bei der Vorfrage zur Anwendung der §§ 331 ff. StGB, nämlich bei der Bestimmung der Amtsträgereigenschaft i.S.v. § 11 Abs. 1 Nr. 2c StGB, anzuwenden, bei der bis heute nicht ein konkreter Indizienkatalog festgelegt wurde, wann zumindest regelmäßig von einer „sonstigen Stelle“ ausgegangen werden kann.²¹ Anschließend stellt sich die Frage nach der Bestimmung des Vorteils und der gelockerten Unrechtsvereinbarung, bei der nach dem hier besprochenen Urteil des BGH nunmehr auch eine wertende Gesamtbetrachtung ohne feststehenden Indizienkatalog vorzunehmen ist. Hiervon wiederum zu trennen ist die ebenso schwierig zu beantwortende Frage nach der Sozialadäquanz des Vorteils, der die Unrechtsvereinbarung ausschließt.²²

All diese schwer bestimmbareren Tatbestandsfragen führen oft zu sich jahrelang hinziehenden Strafverfahren bei denen der Rechtsweg voll ausgeschöpft wird, da niemand wirklich vorhersehen kann, ob ein strafbares Verhalten im Raum steht oder nicht. Es stellt sich nun die Frage, ob die Rechtsprechung tatsächlich handlungsunfähig ist, wenn sie dem Willen des Gesetzgebers Rechnung tragen will. Zwar hat der BGH in erster Linie die Funktion, im Interesse der Einzelfallgerechtigkeit erstinstanzliche Entscheidungen zu kontrollieren.²³ Daneben ist es aber auch seine Aufgabe, konkrete Leitlinien für zukünftige

Fälle aufzustellen, da die Rechtsprechung nicht nur an das Gesetz, sondern auch an das Recht gebunden und die Rechtsprechung den Richtern anvertraut ist.²⁴

Es liegt auf der Hand, dass der Gesetzgeber im Hinblick auf den Bestimmtheitsgrundsatzes höchst bedenkliche Regelung mit dem Korruptionsbekämpfungsgesetz erlassen hat. Hält man die Regelungen aber wenigstens für auslegungsfähig und damit grundsätzlich für verfassungsmäßig,²⁵ obliegt es der Rechtsprechung eine derart bestimmte Auslegung vorzunehmen, dass diese den verfassungsrechtlichen Vorgaben entspricht.²⁶ Dem kommt der BGH nur begrenzt nach, wenn er davor zurückscheut, möglichst konkrete Leitlinien aufzustellen, sondern lediglich beispielhaft einige Indizien aufzählt, ohne diese näher zu erläutern.²⁷ Wünschenswert wäre es daher, statt der völlig offenen Gesamtbewertung, ein engmaschiges Regel-Ausnahme-Prinzip aufzustellen, das geeignet ist, für mehr Rechtssicherheit zu sorgen und für die Vorhersehbarkeit von strafrechtlich relevanten Verhaltensweisen zu sorgen.

III. Zu den Voraussetzungen an eine Genehmigung

Auch dazu, ob im vorliegenden Fall die Annahme der Vorteile genehmigt war, äußert sich der 1. Strafsenat. Ursache hierfür war ein Beschluss des Ministerrates des Landes Baden-Württemberg, in dem festgestellt wurde, dass Ehrenkarten für solche Veranstaltungen, deren Besuch zu den Repräsentationspflichten eines Regierungsmitglieds gehört, nicht als Geschenke zu bewerten seien und nicht der Genehmigungspflicht unterliegen würden. Dem 1. Strafsenat ist zuzustimmen, dass allein diesen Informationen nicht zu entnehmen ist, ob es sich bei den in dem Beschluss genannten Ehrenkarten auch um solche handelt, wie sie den Amtsträgern vorliegend durch die EnBW gewährt wurden. Zudem geht der BGH davon aus, dass denkbar sei, die Regelung vielmehr so zu verstehen, dass hierdurch nur auf die Nichtgenehmigungsbedürftigkeit bestimmter strafrechtlich unbedenklicher Vorteile

²⁴ BVerfGE 18, 224, 237 f.; 25, 28, 49; 26, 327, 337; *Kirchhof* NJW 1986, 2275.

²⁵ Das BVerfGE (E 71, 108, 115; 92, 1, 2) bejaht die Bestimmtheit, wenn das Gesetz auslegungsfähig und damit bestimmbar ist. Auch *Kudlich*, Die Unterstützung fremder Straftaten durch berufsbedingtes Verhalten, Berlin 2004, S. 257 ff. geht von einer „Verschiebung von der Bestimmtheit zur Bestimmbarkeit“ aus. In diesem Zusammenhang wird auch von der so genannten „relativen Bestimmtheit“ gesprochen, vgl. *Schmidhäuser*, GS-Martens, 1987, S. 231, 238 f.

²⁶ *Noltensmeier* (Fn. 2) S. 90 f.; ähnlich *NK/StGB-Hassemer*, (Fn. 11) § 1 Rn. 71. Auf den Streit, ob auch die Rechtsprechung Adressat des Bestimmtheitsgrundsatzes anzusehen ist oder in Fällen der unbestimmten Gesetzesauslegung vielmehr von einem Verstoß gegen das Analogieverbot auszugehen ist, kann hier nicht näher eingegangen werden. Dies ist vorliegend auch gar nicht nötig, da sich aufgrund der Zuordnung des Problems die Anforderungen an die Rechtsprechung des BGH, möglichst allgemeingültige Leitsätze aufzustellen, nichts ändert.

²⁷ Ähnlich auch *Paster* jurisPR-StrafR 1/2009, 1, 5; vgl. aber bereits zur erstinstanzlichen Entscheidung des LG Karlsruhe *Paster/Sättele* NSTZ 2008, 366 (371).

²⁰ BGBl. I, S. 2038; vgl. hierzu *Dölling* ZStW 112 (2000), 334 ff.; *Korte* NStZ 1997, 513 ff.; *SK/StGB-Rudolphi/Stein*, (Fn. 10) § 331 Rn. 3.

²¹ Vgl. zuletzt etwa BGH StV 2009, 71 mit Anm. *Zieschang*; zur Rechtsprechung des BGH zum Amtsträgerbegriff nach § 11 Abs. 1 Nr. 2c StGB auf dem Gebiet der Organisationsprivatisierung ausführlich *Noltensmeier* (Fn. 2), S. 59 ff. sowie zur Amtsträgereigenschaft von Mitarbeitern gemischt-wirtschaftlicher Unternehmen oder auch Public Private Partnership, S. 123 ff.; *dies*, StV 2006, 132 ff.

²² Allgemein zu den Problemen bei der Bestimmung sozialadäquater Zuwendungen *Dölling* FS-Otto (2007), 219 ff.; *ders.* ZStW 112 (2000), 334, 344 ff.; *Eser* FS-Roxin (2001), 199 ff.; *Noltensmeier* (Fn. 2), S. 239 ff.

²³ *Kirchhof* NJW 1986, 2275, 2277; *Pfeiffer* NJW 1999, 2617, 2621.

hingewiesen wird. Damit würde es sich statt um eine Genehmigungsregelung vielmehr um einen bloßen Hinweis darauf handeln, dass Vorteile, die der Repräsentation zu dienen bestimmt sind, als sozialadäquat angesehen werden müssen und damit zum Tatbestandsausschluss führen. Dieser Aspekt wurde hingegen vom Landgericht Karlsruhe nicht erörtert, weshalb die Feststellungen des Landgerichts nicht ausreichen, um das Vorliegen einer Genehmigung zu bestätigen. Solange dem Erlass jedenfalls zu entnehmen wäre, dass auch die Karten für die EnBW-Loge unter diese Regelung fallen sollten, ist die Frage nach der Einordnung als Genehmigung oder bloßen Hinweis auf die Sozialadäquanz der Annahme solcher Zuwendung eher rein dogmatischer Natur. Fest steht dann jedenfalls, dass die betroffenen Amtsträger zumindest darauf vertrauen durften, dass die Annahme der Karten straflos ist.

IV. Fazit

Schlussendlich ist festzuhalten, dass die hier behandelte Entscheidung des BGH Beweis dafür ist, dass die materielle Rechtslage im Hinblick auf die Amtsträgerkorruption insbesondere bei der Vorteilsannahme und Vorteilsgewährung unbefriedigend ist. Führt man sich Sinn und Zweck strafrechtlicher Vorschriften und das das Strafrecht charakterisierende ultima-ratio-Prinzip sowie den fragmentarischen Charakter des Strafrechts vor Augen, muss man sich fragen, ob wirklich alles sanktioniert werden muss, was auf den ersten Blick moralisch anstößig erscheinen könnte.

Unabhängig von der Frage, ob speziell Fälle des Sport-sponsorings strafrechtlichen Regelungen unterfallen sollten, ist die Strafbarkeit der einfachen Vorteilsgewährung und Vorteilsannahme deswegen skeptisch zu beurteilen, weil Zuwendungen strafrechtlich sanktioniert werden, obwohl eben keine konkrete Gegenleistung feststellbar ist. Grundsätzlich ist damit das unter Strafe gestellt, was im Berufsleben der täglichen Praxis entspricht - beginnend bei mehr oder weniger aufwendigen Werbegeschenken zu bestimmten Anlässen wie etwa Weihnachten bis hin zu den alltäglichen Einladungen zu Geschäftsessen oder sonstigen Zuwendungen, die bei Gelegenheit des beruflichen Kontakts gewährt werden. Solche Zuwendungen können nach geltender Rechtslage nur ausnahmsweise unter dem Gesichtspunkt der schwer bestimmbaren Sozialadäquanz als straflos angesehen werden. Auch das Motiv des Gesetzgebers, auf das sich der BGH hier ausdrücklich beruft, mit Hilfe der gelockerten Unrechtsvereinbarung Beweisschwierigkeiten entgegen zu steuern, sollte kritisch hinterfragt werden. Ist die Gegenleistung des Amtsträgers erst gar nicht nachweisbar, muss bezweifelt werden, dass in Fällen der „gelockerten“ Unrechtsvereinbarung überhaupt (schon) ein strafrechtlich relevantes Verhalten von Zuwendungsgeber und -nehmer vorliegt.

Dass der Gesetzgeber deshalb die §§ 331, 333 StGB streichen wird, mag bezweifelt werden. Umso wichtiger ist es, dass die Rechtsprechung künftig konkretere Vorgaben macht, um einer rein einzelfallabhängigen Betrachtungsweise Abhilfe zu schaffen.

Aufsätze und Anmerkungen

Die Änderung des Krisenmerkmals der Überschuldung in § 19 Abs. 2 InsO – bedeutsam auch für „Altfälle“ im Insolvenzstrafrecht?

Von Rechtsanwalt Markus Adick, Bonn *

In seinem in dieser Zeitschrift erschienenen Beitrag „Aktuelle Entwicklungen im Insolvenzstrafrecht“ hat *Wegner*¹ auf die in hohem Maße praxisrelevante Frage hingewiesen, ob § 19 Abs. 2 InsO in seiner im Jahr 2008 durch das Finanzmarktstabilisierungsgesetz (FMStG)² geänderten Fassung auch anwendbar ist, wenn die Tat

vor der Gesetzesänderung begangen, aber durch Staatsanwaltschaften und Gerichte noch nicht rechtlich aufgearbeitet wurde (Altfall).³ Der vorliegende Beitrag stimmt der Ansicht zu, dass auch Altfälle anhand der derzeit geltenden und für Beschuldigte im Vergleich zur alten Regelung mildernden Fassung von § 19 Abs. 2 InsO zu bewerten sind und zeigt eine Argumentationslinie auf, die sich an dem in § 2 Abs. 3 StGB geregelten Prinzip der Meistbegünstigung orientiert.

* Der Verfasser ist Rechtsanwalt in der Kanzlei *Flick Gocke Schaumburg* in Bonn.

¹ *Wegner* HRRS 2009, 32 ff.

² Gesetz zur Umsetzung eines Maßnahmenpakets zur Stabilisierung des Finanzmarkts v. 17.10.2008, BGBl. I, S. 1982.

³ Vgl. *Wegner* HRRS 2009, 32, 34.

I. Inhalt der Neufassung

Nach § 19 Abs. 2 InsO (a.F.) lag Überschuldung vor, wenn das Vermögen des Schuldners die bestehenden Verbindlichkeiten nicht mehr deckte. Selbst wenn die Prognose für die Fortführung des Unternehmens positiv war, konnte eine Überschuldung nicht von vornherein ausgeschlossen werden. Allerdings waren bei der Bewertung des Vermögens Fortführungswerte anzusetzen (*going concern valuation*). Durch das FMStG hat sich der rechtliche Begriff der Überschuldung geändert. Überschuldung liegt nach § 19 Abs. 2 InsO (n.F.) vor, wenn das Vermögen des Schuldners die bestehenden Verbindlichkeiten nicht mehr deckt, es sei denn die Fortführung des Unternehmens ist nach den Umständen überwiegend wahrscheinlich. Demnach kommt es für das Vorliegen der Überschuldung nicht mehr auf eine Bewertung des Schuldnervermögens an, sondern entscheidend ist, dass die Fortsetzung der Tätigkeit des Unternehmens wahrscheinlich ist.⁴ Die Neufassung von § 19 Abs. 2 InsO durch das FMStG ist kritisch diskutiert worden, nicht zuletzt im Hinblick auf ihre praktische Eignung, den Insolvenzfall zu verhindern.⁵ Das Für und Wider der Neuregelung kann hier indes nicht vertiefend dargestellt werden, so dass auf die Literatur zum Insolvenz- und Insolvenzstrafrecht verwiesen sei.⁶ Im Folgenden soll jedoch der Frage nachgegangen werden, ob der neu gefasste Überschuldungsbegriff auch für Insolvenzstrafaten beachtlich ist, die vor dem FMStG begangen wurden.

II. Das Prinzip der Meistbegünstigung

1. Tatzeit- und Meistbegünstigungsprinzip

Grundsätzlich bestimmen sich nach § 2 Abs. 1 StGB die Strafe und ihre Nebenfolgen nach dem Gesetz, das zur Zeit der Tat gilt (Tatzeitprinzip). Unter dem Gesetz der Tatzeit sind sämtliche Voraussetzungen des Ob und des Wie der Strafbarkeit zu verstehen.⁷ Soweit sich ein Verbot der Rückwirkung von (Straf-)Gesetzen nicht bereits aus Artikel 103 Abs. 2 GG ergibt, verhindert § 2 Abs. 1 StGB i.V.m. § 1 StGB demnach die rückwirkende Anwendung schärferer Gesetze.⁸ Wird allerdings das Gesetz, das bei Beendigung der Tat gilt, vor der Entscheidung geändert, so ist nach der Ausnahmeregelung des § 2 Abs. 3 StGB das mildeste Gesetz anzuwenden.⁹ Unter dem „mildesten Gesetz“ ist die für den Täter konkret günstigste Gesetzesfassung zu verstehen.¹⁰ Problematisch

kann im Einzelfall die Prüfung sein, ob eine Gesetzesänderung vorliegt. Eindeutig ist dies, wenn der Straftatbestand nachträglich aufgehoben oder jedenfalls die Strafandrohung beschränkt worden ist.¹¹ Werden hingegen lediglich die Voraussetzungen eines Tatbestands modifiziert, so dass seine Verwirklichung auch nach neuem Recht noch strafbar ist, ist zu prüfen, ob sich die Gesetzesänderung als Fortführung der ursprünglichen Strafbarkeit darstellt oder als deren ersatzlose Streichung und Einführung eines neuen Straftatbestandes.¹² Während die wohl überwiegende Ansicht die Abgrenzung nach dem Kriterium der Kontinuität des Unrechtstyps vornimmt und danach fragt, ob das Wesen des in dem früheren Gesetz beschriebenen Delikts in seinem Kern von der Gesetzesänderung unberührt geblieben ist,¹³ liegt nach anderer Ansicht eine Fortführung der ursprünglichen Strafbarkeit nur dann vor, wenn die vom Täter übertretene Norm weiter Geltung beansprucht.¹⁴ Welche der beiden vorstehend genannten Ansichten den Vorzug verdient, muss in dem hier erörterten Zusammenhang der Änderung von § 19 Abs. 2 InsO nicht entschieden werden. Der Tatbestand der Insolvenzverschleppung wurde durch einen geänderten Überschuldungsbegriff in seinem Kern verändert. Eine Gesetzesänderung ist nach den Kriterien beider Ansichten zu bejahen.

2. Anwendung auf Blankettgesetze

Für insolvenzstrafrechtliche Altfälle, für die es hinsichtlich der verletzten Strafnormen selbst nach dem Tatzeitprinzip des § 2 Abs. 1 StGB bei den als Blankettgesetzen ausgestalteten § 84 Abs. 1 Nr. 2 GmbHG (a.F.) und § 401 Abs. 1 Nr. 2 AktG (a.F.) bleibt¹⁵, ist zu beachten, dass zur Ermittlung des mildesten Gesetzes nicht nur die verletzte Strafnorm selbst, sondern die gesamte materiellrechtliche Situation zu prüfen ist. Bei Blankettgesetzen müssen nach der Rechtsprechung des BVerfG und des BGH auch die das Blankett ausfüllenden Gesetze als Elemente der gesamten Strafnorm berücksichtigt werden.¹⁶ Während das Reichsgericht noch die Ansicht vertreten hatte, dass blankettausfüllende Normen von der Anwendung milderer Gesetze im Sinne ausgenommen seien, hat der BGH diese Ansicht ausdrücklich aufgegeben und in seiner Entscheidung vom 8. Januar 1965 zur Begründung Folgendes ausgeführt: „Diese Ansicht kann nicht aufrechterhalten werden, weil sie die Fragen nach dem milderen Gesetz formal und willkürlich vom Zufall der Gesetzestechnik abhängig macht und damit notwendig zu unbilligen Ergebnissen führt. Aber auch sachlich ist es nicht gerechtfertigt, bei Auslegung des § 2 Abs. 2 StGB den Begriff des Gesetzes einzuengen. Zum „Strafgesetz“ wird die Sanktionsnorm erst durch den der Ausfüllungsnorm zu entnehmenden Tatbestand, ohne den die Blankettstrafandrohung funktionslos wäre. Mit dem Wechsel der Ausfüllungsnorm ändert sich also ein wesentli-

⁴ Vgl. im Einzelnen *Rokas* ZInsO 2009, 18 ff.; *Grube/Röhm* wistra 2009, 81, 83.

⁵ Vgl. *Rokas* ZInsO 2009, 18, 20 f.

⁶ Vgl. etwa die Literaturnachweise bei *Rokas* ZInsO 2009, 18 ff. und bei *Grube/Röhm* wistra 2009, 81.

⁷ *Schmitz* in: MünchKommStGB Bd. I, (2003), § 2 Rn. 10 und § 1 Rn. 12 ff.

⁸ *Fischer*, StGB, 56. Auflage (2009), § 2 Rn. 1; *Hassemer/Kargl* in NK-StGB, 2. Auflage (2005), § 2 Rn. 11.

⁹ Änderung einer Strafnorm ist die Aufhebung einer existierenden und die Einführung einer neuen Norm. Der Zeitpunkt der Entscheidung ist der der rechtskräftigen Aburteilung, vgl. *Schmitz* (Fn. 7), § 2 Rn. 2 m.w.N. und Rn. 20.

¹⁰ *Fischer* (Fn. 8), § 2 Rn. 4; *Schmitz* (Fn. 7), § 2 Rn. 20; BGHSt 20, 22, 25; differenzierend *Hassemer/Kargl* (Fn. 8), § 2 Rn. 24 ff.

¹¹ *Schmitz* (Fn. 7); § 2 Rn. 21.

¹² *Schmitz* (Fn. 7), § 2 Rn. 22.

¹³ *Eser* in Schönke/Schröder, StGB, 26. Auflage (2006), § 2 Rn. 24 m.w.N. zur h.M.

¹⁴ *Schmitz* (Fn. 7), § 2 Rn. 25.

¹⁵ Zu Änderungen der Insolvenzstrafatbestände durch das MoMiG vgl. *Bittmann* NStZ 2009, 113 ff.

¹⁶ BVerfG, Kammerbeschluss v. 22.08.1994 – 2 BvR 1884/93 = NJW 1995, 515f.; *Fischer* (Fn. 8), § 2 Rn. 8 m.w.N.

ches Element des Strafgesetzes selbst. Anerkanntermaßen kommt es für die Frage nach dem mildesten Gesetz auf den gesamten Rechtszustand an, von dem die Strafe abhängt. Es gibt keinen sachlichen Grund, diese Regel im Bereich der Blankettstrafgesetze nicht anzuwenden. Das ist auch die einhellige Meinung im Schrifttum.¹⁷ In diesem Punkt ist die Rechtsprechung also eindeutig.

3. Unbeachtlichkeit der Gründe für eine Gesetzesänderung

Zu fragen bleibt dann, ob eine Gesetzesänderung in jedem Fall zu berücksichtigen ist, oder ob es auf die Rechtsanschauung des Gesetzgebers ankommt. In dem hier zu erörternden Kontext der Änderung von § 19 Abs. 2 InsO durch das FMStG liegt der Einwand nicht völlig fern, die Gesetzesänderung sei ausschließlich im Hinblick auf die Finanz- und Wirtschaftskrise erfolgt und habe nicht auf einer Änderung der Rechtsanschauung des Gesetzgebers zur Strafwürdigkeit bestimmter Handlungen in der Unternehmenskrise beruht.¹⁸ Allerdings hat der BGH bereits in seiner vorstehend zitierten Entscheidung klargestellt, dass die nachträgliche Milderung eines Gesetzes stets und insbesondere ohne Rücksicht auf ihre Gründe zu berücksichtigen ist. Wörtlich führt der BGH hierzu aus: „Indem der Gesetzgeber allein bei Zeitgesetzen einer späteren Milderung die Rückwirkung versagt, ist klargestellt, dass im Übrigen eine solche stets zu berücksichtigen ist. Für eine weitere Unterscheidung zwischen einer Gesetzesänderung, die auf einer Läuterung der Rechtsanschauung beruht, und einer solchen, für die andere Gründe, wie reine Zweckmäßigkeitserwägungen, maßgebend sind, ist daher entgegen der Meinung des Bayerischen Obersten Landesgerichts (vgl. BayObLGSt 1954, 3 und 1961, 81 ff) kein Raum.“¹⁹ Die oberlandesgerichtliche Rechtsprechung ist dieser Ansicht gefolgt;²⁰ das BVerfG hat sie, soweit ersichtlich, zuletzt im Jahr 1994 bestätigt.²¹

4. Keine Rückwirkung milderer Rechts bei Zeitgesetzen

Einschränkungen ergeben sich allerdings nach herrschender Meinung aus der Regelung des § 2 Abs. 4 StGB. Die vorstehend dargestellten Grundsätze zur Berücksichtigung des mildesten Gesetzes sollen nicht anwendbar sein, wenn es sich bei dem im Tatzeitpunkt geltenden Gesetz um ein Zeitgesetz handelt.²² Nach verbreiteter, aber keineswegs unstreitiger Definition liegt ein Zeitgesetz im engeren Sinn vor, wenn sein Außerkrafttreten kalendermäßig oder durch ein bestimmtes künftiges Ereignis festgelegt ist. Als Zeitgesetz im weiteren Sinn soll ein Gesetz anzusehen sein, wenn es erkennbar nur als vorübergehende Regelung für sich

ändernde wirtschaftliche oder sonstige zeitbedingte Verhältnisse gedacht ist.²³ Während der vorstehend genannten kalendarischen Definition des Zeitgesetzes im engeren Sinn eine hinreichende Präzision zuerkannt wird, sehen manche die Definition des Zeitgesetzes im weiteren Sinn als „unglücklich“, weil „zu weitherzig und vage“ an. Beispielhaft für die Schwächen der Definition werden die besatzungsrechtlichen Devisengesetze genannt, die über Jahrzehnte galten und gleichwohl per definitionem als Zeitgesetze angesehen wurden, weil nicht abzusehen war, wann der situationsbedingte Anlass der Teilung Deutschlands beendet sein würde.²⁴ In dem hier erörterten Kontext der Milderung der Rechtslage durch die Änderung von § 19 Abs. 2 InsO bedarf dieser Punkt allerdings keiner vertiefenden Betrachtung, weil die Rückwirkung eines mildereren Gesetzes nur dann durch § 2 Abs. 4 StGB gesperrt ist, wenn und soweit es sich bei dem geänderten Gesetz um ein Zeitgesetz handelt.²⁵ Die InsO ist aber anhand der vorstehend genannten Merkmale nicht als Zeitgesetz anzusehen, weil ihr Außerkrafttreten nicht kalendermäßig festgelegt ist und sie auch nicht erkennbar eine nur vorübergehende Regelung ist. Folglich steht einer Anwendung des Prinzips der Meistbegünstigung nach § 2 Abs. 3 StGB auch die Vorschrift des § 2 Abs. 4 StGB nicht entgegen.

Eine Sperrwirkung durch § 2 Abs. 4 StGB tritt überdies auch nach dem 1.1.2011 nicht ein, wenn nach Art. 7 Abs. 2 i.V.m. Art. 6 Abs. 3 FMStG eine erneut geänderte Fassung von § 19 Abs. 2 InsO in Kraft tritt, die inhaltlich der bis zur Änderung durch das FMStG geltenden Fassung entspricht und damit den alten Rechtszustand wieder herstellt. Denn Gesetze, die einerseits bei Tatbegehung noch nicht galten und andererseits im Entscheidungszeitpunkt schon nicht mehr gelten (Zwischengesetze), sind bei Vorliegen der übrigen Voraussetzungen des § 2 Abs. 3 StGB ebenfalls zu berücksichtigen.²⁶ Demnach wird auch für Straftaten, die vor der Änderung von § 19 Abs. 2 InsO (a.F.) durch das FMStG im Jahr 2008 begangen wurden und erst nach dem 1.1.2011 abgeurteilt werden, die aktuelle Regelung von § 19 Abs. 2 InsO (n.F.) anzuwenden sein.

III. Konsequenzen für die Bewertung von Altfällen

Für Altfälle, in denen der strafrechtliche Vorwurf an das Vorliegen des Krisenmerkmals der Überschuldung anknüpft, gilt demnach, dass Staatsanwaltschaften und Gerichte neben der Bewertung des Schuldnervermögens nach Liquidationswerten gleichwertig das prognostische Element der Fortführungsprognose zu berücksichtigen haben. Insoweit verdient die Ansicht von *Wegner* auch dahingehend Zustimmung, dass es für eine Verneinung des Krisenmerkmals der Überschuldung strafrechtlich ausreichend ist, wenn die Wahrscheinlichkeit einer Fortführung des Unternehmens im Tatzeitpunkt nicht sicher

¹⁷ BGHSt 20, 177, 180.

¹⁸ Zum Zweck des Gesetzes vgl. etwa die Beiträge von *Wegner* HRRS 2009, 32 ff. und *Grube/Röhm* wistra 2009, 81.

¹⁹ BGHSt 20, 177, 182.

²⁰ OLG Düsseldorf, Beschl. v. 16.10.1990 – 5 Ss 299/90 – 118/90 I = NStZ 1991, 133.

²¹ BVerfG, Kammerbeschluss v. 22.08.1994 – 2 BvR 1884/93 = NJW 1995, 315f.

²² *Eser* (Fn. 13), § 2 Rn. 17; *Fischer* (Fn. 8), § 2 Rn. 13.

²³ *Fischer* (Fn. 8), § 2 Rn. 13 m.w.N.; kritisch *Hassemer/Kargl* (Fn. 8) § 2 Rn. 50.

²⁴ *Hassemer/Kargl* (Fn. 8) § 2 Rn. 50; kritisch auch *Schmitz* (Fn. 7), § 2 Rn. 45.

²⁵ *Eser* (Fn. 13), § 2 Rn. 2.

²⁶ *Eser* (Fn. 13), Rn. 29; *Hassemer/Kargl* (Fn. 8), Rn. 22.

auszuschließen ist.²⁷ Ob sich indes auch im Hinblick auf das Merkmal der Zahlungsunfähigkeit aus der durch das FMStG bewirkten Gesetzesänderung für den einer Insolvenzstraftat Beschuldigten nunmehr Milderungen der Rechtslage ergeben, erscheint hingegen zweifelhaft. Denn die Definition der Zahlungsunfähigkeit in § 17 InsO ist durch das FMStG nicht geändert worden, so dass Zahlungsunfähigkeit nach wie vor dann gegeben ist, wenn der Schuldner nicht in der Lage ist, seine Verbindlichkeiten im Zeitpunkt ihrer Fälligkeit zu bedienen. Insbesondere spielen prognostische Elemente für die Bestimmung der Zahlungsunfähigkeit noch immer keine Rolle. Auch wenn die Frage, mit welcher Legitimation ein

²⁷ Wegner HRRS 2009, 32, 34.

staatlicher Strafanspruch durchgesetzt werden soll, wenn der Gesetzgeber seine Rechtsanschauung geändert hat, berechtigt sein mag:²⁸ es ist nicht unwahrscheinlich, dass Staatsanwaltschaften und Gerichte auf die begrenzte inhaltliche Reichweite der Gesetzesänderung verweisen und den Standpunkt einnehmen könnten, der Gesetzgeber habe jedenfalls in Bezug auf das Merkmal der Zahlungsunfähigkeit seine Rechtsanschauung auch im Angesicht der Finanzkrise und ihrer Auswirkungen nicht geändert. Ob eine solche Ansicht in allen Punkten als konsequent oder sachgerecht anzusehen wäre, steht freilich auf einem anderen Blatt.

²⁸ So Wegner HRRS 2009, 32, 34.

Aufsätze und Anmerkungen

Der Missbrauch von Opfern zum Zwecke der Strafverschärfung*

Von Prof. Dr. Heribert Ostendorf, Forschungsstelle für Jugendstrafrecht und Kriminalprävention, Universität Kiel

I. Strafverschärfung zur Bekämpfung des Bösen

Strafverschärfung ist das z. Zt. vorherrschende Motto der Kriminalpolitik. Die Strafverschärfungsinitiativen des Bundes und der Länder sind kaum noch zu überschauen. Vieles ist Gesetz geworden. Hierbei heißen die Gesetze nicht mehr Strafrechtsänderungsgesetze oder gar Strafrechtsreformgesetze. Sie heißen Kriminalitätsbekämpfungsgesetze. Nomen est omen. Es fing an mit dem 1. Gesetz zur Bekämpfung der Wirtschaftskriminalität (1976). Mit dieser Formulierung konnten sich auch noch so genannte Fortschrittliche auf Grund der neuen kriminalpolitischen Stoßrichtung anfreunden. Auch noch mit dem Gesetz zur Bekämpfung der Umweltkriminalität (1980). Es folgte nach dem 2. Gesetz zur Bekämpfung der Wirtschaftskriminalität (1986) das Gesetz zur Bekämpfung des Terrorismus (ebenfalls 1986), das Gesetz zur Bekämpfung des illegalen Rauschgifthandels und anderer Erscheinungsformen der organisierten Kriminalität (1992), das 2. Gesetz zur Bekämpfung der Umweltkriminalität (1994), das Gesetz zur Bekämpfung der Korruption (1997), das Gesetz zur Bekämpfung von Sexualdelikten und anderen gefährlichen Straftaten (1998), das Gesetz zur Verbesserung der Bekämpfung der organisierten Kriminalität (ebenfalls 1998), das Gesetz

* Schriftliche Fassung eines Vortrags, der auf der 12. Arbeitstagung der Fachgruppe Rechtspsychologie in der Deutschen Psychologischen Gesellschaft am 20. 09. 2007 in Kiel gehalten wurde. Zuerst in etwas anderer Form veröffentlicht in *Praxis der Rechtspsychologie* 18 (1), 2008, S. 82 ff.

zur Bekämpfung gefährlicher Hunde (2001). Andere Gesetze heißen zwar weiterhin auch Änderungsgesetze oder Opfer-Schutz-Gesetze, das kriminalpolitische Ziel heißt aber zunehmend Kampf dem Verbrechen, Kampf dem Bösen. Kampf heißt schlagen, wenn nicht vernichten, ausrotten. Es wird dem Namen nach ein Feindstrafrecht konstituiert, der Kriminelle wird zum Feind der Gesellschaft erklärt.¹

Ich sage gleich am Anfang: Nach unserem Verfassungsverständnis – „Die Würde des Menschen ist unantastbar.“ (Art. 1 Abs. 1 GG) – bleibt der Straftäter weiterhin Bürger. Zur zivilisatorischen Rechtskultur gehört ein Bürgerstrafrecht. Ich war als Generalstaatsanwalt nicht Führer eines Kampfverbandes. Man mag gefährliche Hunde bekämpfen, mit gefährlichen Menschen müssen wir anders umgehen.

Mit diesen Kampfgesetzen, aber auch mit Änderungsgesetzen wurde das Strafrecht verschärft, wurden neue Tatbestände geschaffen, wurden Mindeststrafen, Höchststrafen ausgeweitet, wurden neue Strafsanktionen geschaffen wie die vorbehaltene und nachträgliche Sicherungsverwahrung. Jetzt soll die nachträgliche Sicherungsverwahrung auch für jugendliche Straftäter eingeführt werden.² Sicherungsverwahrung heißt: tendenziell lebenslänglich. Überhaupt steht insbesondere das Ju-

¹ Zu der von Jakobs angestoßenen Diskussion über ein Feindstrafrecht im Speziellen s. *Scheffler* in: *Festschrift für Schwind* (2006), S. 123 ff. m.w.N.

² Hierzu *Ostendorf/Bochmann* ZRP 2007, 146.

gendstrafrecht im Mittelpunkt dieser Strafverschärfungsdebatte. Die Höchststrafe soll von 10 Jahren Jugendstrafe auf 15 Jahre ausgeweitet werden, die Heranwachsenden, die 18- bis 21jährigen, sollen generell nach dem Erwachsenenstrafrecht bestraft werden. Ein Justizsenator, der frühere Hamburger Justizsenator Kusch, hat sogar die Ablösung des Jugendstrafrechts gefordert.³

II. Der politisch-mediale Verstärkerkreislauf

Die Politik weiß sich in Übereinstimmung mit Volkessstimme, besser formuliert mit Volkessstimmung. 87,5 % der Bundesbürger sagen, Verbrechen sollten härter bestraft werden. 80,1 % sagen, um Recht und Ordnung zu bewahren, sollte man härter gegen Außenseiter und Unruhestifter vorgehen. Die Befürworter der Todesstrafe nehmen zu, beim Sexualmord an Kindern ist die Mehrheit in der Bevölkerung für die Todesstrafe. Diese von Heitmeyer ermittelten Werte⁴ machen stutzig, weil die Angst vor Kriminalität in den letzten Jahren deutlich gesunken ist. Auch sind die Sorgen über die Kriminalitätsentwicklung seit 1997 deutlich rückläufig. Trotzdem wird nach mehr Strafe gerufen.

Kriminalitätssorgen, 1994–2004



Datenbasis: Sozio-oekonomisches Panel 1994-2004⁵

Dass diese Stimmung im Volk auch gemacht wird, von der Politik, von den Medien beeinflusst wird, dass der Ruf nach Sicherheit und Ordnung, nach mehr Strafrecht angeheizt wird, ist bekannt. Wir sprechen vom politisch-medialen Verstärkerkreislauf. Politiker sagen, wir bedienen nur die Interessen der Bürger, das ist demokratisch. Die Medien sagen, wir berichten nur über das, was passiert, und drücken nur das aus, was die Bürger wollen. Und die Bürger erwarten von den Politikern, dass sie das einhalten, was sie versprechen, nämlich mehr Sicherheit. Aber wollen nicht auch die Betroffenen, die Opfer eine härtere Bestrafung? Hilft ihnen nicht eine solche Bestrafung, das Opferleid zu verarbeiten, Unsicherheiten abzubauen? Dient nicht eine harte Bestrafung der Selbststabi-

lisierung? Es gilt zunächst zu differenzieren zwischen Eigentums- und Vermögensdelikten auf der einen Seite und personalen Schwerstdelikten auf der anderen Seite. Ein Diebstahl wird zu ca. 74 % angezeigt, weil die Betroffenen Schadenersatz haben wollen. Nur 8,4 % zeigen den Diebstahl an, weil der Täter bestraft werden soll.⁶ Bei Gewaltstraftaten dominiert der Bestrafungswunsch. Je „persönlicher“ die Tat ausfällt, umso deutlicher ist dieser Bestrafungswunsch. Will das Opfer aber auch eine hohe, eine drastische Bestrafung? Wenn Nebenkläger im Strafprozess auftreten, gehen sie nicht selten über das beantragte Strafmaß des Staatsanwalts hinaus. Es ist dies aber ein juristisch formulierter Bestrafungswunsch von Seiten des Anwalts des Opfers, der zudem seine Daseinsberechtigung nachweisen muss. Personale Opfer wollen die Bestrafung als Anerkennung ihres erlittenen Leids, als Ahndung der Tat. Diesem berechtigten Begehren dient zunächst die Verurteilung des Täters. Sie wollen weiterhin nicht noch einmal Opfer dieses Täters werden. Es soll einer Wiederholung vorgebeugt werden. Damit sind wir bei dem anerkannten Strafziel der Verhinderung weiterer Straftaten. Dies geschieht am besten durch eine Resozialisierung des Täters, ansonsten ist die Freiheitsstrafe nur eine Sicherung auf Zeit. Wenn das Opfer wüsste, dass eine lange Freiheitsstrafe eher entsozialisierende Wirkungen als resozialisierende Wirkungen fördert und damit die Rückfallgefahr vergrößert,⁷ so würde er wahrscheinlich nicht sein Heil in einer harten Bestrafung des Täters suchen. Ab wann gleitet das berechnete Opferanliegen nach Bestrafung des Täters ab in eine Rachebefriedigung, die für einen Rechts- und Kulturstaat nicht mehr akzeptabel ist? Wir wissen sehr wenig über die tatsächlichen Bestrafungsbedürfnisse von Opfern. Wie auch immer: Strafjustiz ist der Gerechtigkeit verpflichtet, die Strafe muss schuldangemessen sein. Im § 46 Abs. 2 StGB heißt es hierzu: „Bei der Bemessung wägt das Gericht die Umstände, die für und gegen den Täter sprechen, gegeneinander ab. Dabei kommen namentlich in Betracht:

- die Beweggründe und die Ziele des Täters,
- die Gesinnung, die aus der Tat spricht, und der bei der Tat aufgewendete Wille,
- das Maß der Pflichtwidrigkeit,
- die Art der Ausführung und die verschuldeten Auswirkungen der Tat,
- das Vorleben des Täters, seine persönlichen und wirtschaftlichen Verhältnisse sowie
- sein Verhalten nach der Tat, besonders sein Bemühen, den Schaden wieder gutzumachen, sowie das Bemühen des Täters, einen Ausgleich mit dem Verletzten zu erreichen.“

Mit dem Letzten werden die Opferinteressen angesprochen, die Strafbedürfnisse des Opfers werden aber nicht aufgeführt. Strafjustiz muss gegenüber besonderen Strafbedürfnissen der Opfer gleichsam einen Opferfilter einsetzen, um das gerechte Strafmaß zu finden.

⁶ Schwind, Kriminologie, 17. Aufl., § 20 Rn. 8; s. hierzu auch Walter, Jugendkriminalität, 3. Aufl., Rn. 199 ff.

⁷ Ostendorf, JGG, 7. Aufl., § 18 Rn. 10.

³ Kusch NStZ 2006, 65; dagegen Ostendorf NStZ 2006, 320.

⁴ Die Zeit vom 15. Dezember 2005.

⁵ Entnommen aus Datenreport 2006, hrsg. vom Statistischen Bundesamt, S. 535.

III. Gründe für das Begehren nach mehr Strafe

Warum denken die Deutschen so, nicht nur die Deutschen? Ähnliche Strafverschärfungstendenzen, ja noch größere Strafverschärfungstendenzen sind für die USA, für England, für Frankreich festzustellen; auch in Skandinavien, das lange als Vorreiter für kriminalpolitische Reformen galt, wird das Strafrecht verschärft. Der Vizepräsident des Bundesverfassungsgerichts Winfried Hassemer hat von der neuen Straflust der Bundesbürger gesprochen. Straflust ist alt. Die brutalen Strafen des Mittelalters, die peinliche Strafgerichtsordnung Karl V. von 1532 drücken diese Straflust aus. Öffentliche Hinrichtungen sind ein Relikt dieser Straflust. Wir wissen, dass die Gewalt auf der Straße, aber auch in abgeschotteten Räumen, in der Familie, häufig nicht zweckhaft ausgerichtet ist. Wir kennen nicht nur das gewalthafte Abzocken, den Einsatz von Gewalt zum Diebstahl als Mittel zum Zweck. Wir kennen auch Gewalt um ihrer selbst willen, es geht zunehmend um das Gewalterlebnis, es geht darum, sich selbst darzustellen, sich anderen aufzuzwingen. Da Strafe Leidzufügung ist, nach dem berühmten Wort des Kriminalreformators Franz von Liszt, einem Vetter des gleichnamigen Klaviervirtuosen und Komponisten, ist Strafrecht Rechtsgüterschutz durch Rechtsgüterverletzung, könnte auch diese Lust an der Leidzufügung das maßgebliche Motiv für die Strafverschärfungstendenzen sein. Dann würde die Verrohung der Gesellschaft sich auf staatlicher Ebene fortsetzen. Das Strafrecht sollte doch der Verrohung durch Blutrache, den Fehden, der Sippenhaft gerade entgegenwirken, Strafrecht soll Strafe domestizieren. Unterschwellige Strafgelüste sind sicherlich weiterhin vorhanden, ob sie mehr geworden sind, weiß ich nicht. Zumindest sind sie keine offiziellen Begründungen für Strafverschärfungen.

Für mich sind drei Gründe für das wachsende Begehren nach Strafe ausschlaggebend:

1. eine zunehmende Verunsicherung der Menschen führt zu einer zunehmenden Suche nach Halt, nach Orientierung. Strafrechtliche Verbote, harte Strafen erscheinen dann als Wegweiser.
2. Nach den Medien wächst uns das Verbrechen über den Kopf. Es wird eine Kriminalitätsangst verbreitet. Neben tatsächlichen Opfererlebnissen fühlen wir uns so als potentielle Opfer. Vor dem Hintergrund eines scheinbaren dramatischen Kriminalitätsanstiegs führt das medial vermittelte, hautnah erlebte fremde Opferleid zu antizipierten Opferwerdungen. Soziologen sprechen von einer gesellschaftlichen Opferfiktion.
3. Der Glaube an die Effizienz des Strafrechts ist ungeboren, vor allem an die Effizienz durch mehr Härte. Verbrecher müssen nur eingesperrt werden, möglichst für immer, die anderen müssen abgeschreckt werden.

IV. Die Gegenposition

Ich will diese Begründungen für ein härteres Strafrecht widerlegen:

1. Zur Verunsicherungsthese und zu der Orientierung durch Strafrecht

Richtig ist, dass nach sozialwissenschaftlichen Umfragen die Verunsicherung in der Gesellschaft zunimmt. Wilhelm Heitmeyer diagnostiziert eine verstörte Gesellschaft. Als Indikatoren hierfür benennt er: 29 % der Bevölkerung hatten im Jahr 2005 Angst vor Arbeitslosigkeit, 42 % haben eine negative Zukunftserwartung, 66 % sehen für sich keine politische Einflussnahme, 64 % glauben, dass alles in Unordnung geraten ist.⁸ Diese Werte haben seit 2002 deutlich zugenommen. Richtig ist auch, dass mit dem Strafrecht Rechtsgüter benannt werden, die staatlicherseits geschützt werden sollen. Mit Strafantrohungen für die Verletzung von bestimmten Rechtsgütern wird eine strafrechtliche Werteskala erstellt. Es wird damit aber nur das ethische Minimum gesichert. Moralische Werte müssen in den Familien, müssen in der Gesellschaft herausgebildet werden. Das Strafrecht ist nicht dazu da, Moral zu verbreiten. Vor allem ist Strafrecht nicht dazu da, Verarmung und soziale Verunsicherung aufzufangen. Strafrecht ist als ultima ratio für den Rechtsgüterschutz unverzichtbar, aber sozialen Verunsicherungen muss mit der Stärkung der Familien, mit gesellschaftlichen Vorbildern, mit glaubwürdiger Politik, mit sozialpolitischen Maßnahmen, mit mehr Teilnahmemöglichkeiten am demokratischen Prozess begegnet werden. Im Übrigen wäre die Verschreibung von Moral und sozialer Sicherheit durch das Strafrecht ein gesellschaftspolitisches Armutzeugnis. Strafrecht ist eine autoritäre Antwort auf Konflikte, es wird von oben entschieden. Die Konfliktlösung wird nicht konsensual entwickelt. Nur beim Deal in Wirtschaftsstrafprozessen wird ein Vergleich geschlossen.

2. Zur dramatischen Kriminalitätsentwicklung

Die Kriminalitätsraten nehmen in der Bundesrepublik nicht zu, sie nehmen seit 13 Jahren ab. Im Jahr 1993, dem ersten Jahr, in dem die Zahlen aus den neuen Bundesländern mit erfasst wurden, im Jahr 1993 hatten wir nach der Polizeilichen Kriminalstatistik eine Gesamthäufigkeitszahl von 8337, d. h. auf 100.000 Einwohner wurden im Jahr 1993 8337 Straftaten ohne Verkehrsdelikte polizeilich registriert, im Jahr 2006 waren es 7647 Straftaten, d. h. ein Minus von 8,3 %.

Auch die schwersten Verbrechen haben abgenommen. Mord und Totschlag sind weniger geworden, die Fälle von sexuellem Missbrauch von Kindern haben sich seit 1997 verringert, die Raubdelikte haben abgenommen.⁹ Nur Körperverletzungsstraftaten wurden von Seiten der Polizei mehr registriert.¹⁰ Auch die Jugendkriminalität ist entgegen einer öffentlichen Wahrnehmung nicht angestiegen. Seit 2001 ist die Polizeiliche Tatverdächtigenbelastungsziffer für – deutsche – Jugendliche, d. h. Straftaten umgerechnet auf 100.000 Jugendliche, wieder gesunken. Im Jahr 2001 wurden von 100.000 Jugendlichen

⁸ Die Zeit vom 15. Dezember 2005.

⁹ Polizeiliche Kriminalstatistik 2006, S. 129, S. 133, S. 139.

¹⁰ Polizeiliche Kriminalstatistik 2006, S. 148.

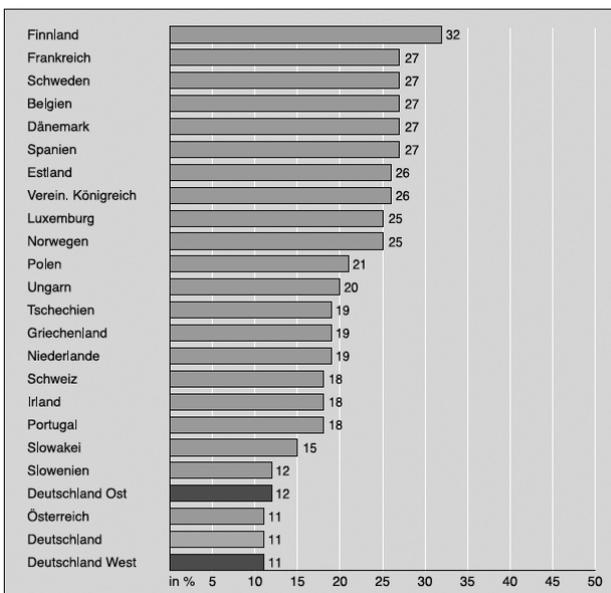
Tabelle: Die Veränderung von Bevölkerungszahl, Gesamtzahl der registrierten Straftaten und Gesamthäufigkeitszahl (Quelle: PKS)

Jahr	Bevölkerung: Einwohner am 30. Juni	Bevölkerung: Veränderung ggü. Vorjahr in %	Straftaten	Straftaten: Veränderung ggü. Vorjahr in %	Gesamthäufigkeitszahl (GHZ)	GHZ: Veränderung ggü. Vorjahr in %
1993	80 974 600		6 750 613		8337	
1994	81 338 100	0,45	6 537 748	-3,15	8038	-3,59
1995	81 538 600	0,25	6 668 717	2,00	8179	1,75
1996	81 817 500	0,34	6 647 598	-0,32	8125	-0,66
1997	82 012 200	0,24	6 586 165	-0,92	8031	-1,16
1998	82 057 400	0,06	6 456 996	-1,96	7869	-2,02
1999	82 037 000	-0,02	6 303 316	-2,40	7682	-2,37
2000	82 163 500	0,15	6 264 723	-0,60	7625	-0,75
2001	82 259 500	0,12	6 363 865	1,58	7736	1,46
2002	82 440 300	0,22	6 507 394	2,26	7893	2,03
2003	82 536 700	0,12	6 572 135	0,99	7963	0,88
2004	82 531 700	-0,01	6 633 156	0,93	8037	0,93
2005	82 501 000	-0,04	6 391 115	-3,64	7747	-3,60
2006	82 438 000	-0,08	6 304 223	-1,37	7647	-1,29

7416 Straftaten von der Polizei registriert. Im Jahr 2006 waren es 6799, d. h. 8,3 % weniger.¹¹ Schon seit 1998 geht die polizeiliche registrierte Kinderdelinquenz zurück.¹² Hierbei wissen wir auf Grund kriminologischer Untersuchungen, dass heute mehr angezeigt wird als früher, dass das Dunkelfeld der Kriminalität verkleinert wird. Im internationalen Vergleich steht die Bundesrepublik Deutschland hinsichtlich der Kriminalitätsbelastung nicht schlecht da. Bundesinnenminister behaupten, dass wir zu den sichersten Staaten auf der Welt gehören. Nach dem European Social Survey 2004/2005 sind die Deutschen zusammen mit den Österreichern am wenigsten in Europa Opfer eines Einbruchs oder eines Überfalls in den letzten 5 Jahren geworden.

Die überzogene Angst vor Kriminalität, vor einer Opferwerdung deckt sich mit einer allgemeinen Verbreitung der Opferrolle. Junge Menschen wollen kein Opfer sein. Opfer sein heißt erniedrigt sein. Das ist verpönt. „Du Opfer“ ist ein Schimpfwort. Wer Opfer wird, ist selbst schuld. Tatsächlich werden Jungen, die sich nicht wehren, häufiger verprügelt, werden häufiger Opfer. In der älteren Gesellschaft sieht dies ganz anders aus. Opfer sein ist – wie man heute sagt – sexy. In bestimmten Fernseh-Talkshows findet geradezu ein Opferexhibitionismus statt. Alle Verlierer sind Opfer. Wer durchs Examen „fliegt“, ist nicht selbst schuld, Schuld sind die Umstände, sind die Prüfer. Arbeitslosigkeit ist sicherlich ein gesellschaftlicher Missstand, ist aber jeder Arbeitslose auch Opfer? Krank sein heißt Opfer sein. Selbst der Tod, nicht nur der Tod durch ein Verbrechen, nicht der Tod im Straßenverkehr, selbst der altersbedingte Tod wird zum Vorwurf an das Schicksal. Es gibt für alles einen Schuldigen, nur wir selbst nicht. Auch die Täterrolle der Deutschen für den Zweiten Weltkrieg, für den Holocaust wird vernebelt durch die Opferrolle der Deutschen, durch die Bedingungen des Versailler Vertrages, durch das Kriegslid, durch die Bombenteppiche auf deutsche Städte, durch die spätere Vertreibung. Die Angst vor Kriminalität, vor einer Opferwerdung durch Verbrechen ist Teil einer gesellschaftlichen Opferfiktion. In diesem Zusammenhang muss die Frage aufgeworfen werden, ob wir mit dem Begriff des Opfers der Situation von Menschen, die durch eine Straftat verletzt oder geschädigt werden, gerecht werden.¹⁴ Mit einem Opfer ist an sich etwas Höheres angestrebt, sollten vormals Götter besänftigt werden. Man opfert sich für etwas, für einen anderen auf oder erleidet ein Leid im Interesse einer großen Sache – nicht selten missbraucht in Kriegszeiten. Soweit der Begriff heute ausgeweitet wird auf Straßenverkehrsunfälle, auf Unglücksopfer, bleibt das Unfassbare, das Unerklärliche. Der Verletzte, der Geschädigte einer Straftat opfert sich nicht auf, er wird unfreiwillig Opfer. Auch schlägt der Täter nicht zu, raubt nicht aus, um sein Gegenüber zu erhöhen. Er erniedrigt es vielfach, gerade das Sexualopfer. Das Verbrechen ist auch kein Unglück, dafür gibt es

Opfer eines Einbruchs oder Überfalls in den letzten 5 Jahren



Datenbasis: European Social Survey 2004/2005¹³

¹¹ Polizeiliche Kriminalstatistik, 2006, S. 99.
¹² Polizeiliche Kriminalstatistik, 2006, S. 99.
¹³ Entnommen aus Datenreport 2006, hrsg. vom Statistischen Bundesamt, S. 538.

¹⁴ S. auch Thié NK 2006, 131.

Ursachen, Erklärungen. Auch wenn sich der Begriff des Verbrechenopfers eingebürgert hat, muss man doch nüchtern feststellen, dass damit der Verletzte, der Geschädigte überhöht wird.

3. Zur Effizienz des Strafrechts

Entgegen der landläufigen Meinung führt mehr Härte im Strafrecht nicht zu mehr Effizienz im Sinne einer Rückfallvermeidung. Das Gegenteil ist nach einer groß angelegten Rückfalluntersuchung der Fall. Jehle, Heinz und Sutterer haben im Jahr 2003 die größte Rückfalluntersuchung für die Bundesrepublik Deutschland vorgelegt.¹⁵ Erfasst wurden alle Personen, die 1994 im Zentral- oder Erziehungsregister eingetragen waren. Da bei Verurteilungen zu einer unbedingten Freiheits- bzw. Jugendstrafe sowie zu einer freiheitsentziehenden Maßregel für den anschließenden Zeitraum des Vollzugs dieser Sanktion keine echte Rückfallprüfung erfolgen kann, wurden die in diesem Jahr aus dem Strafvollzug Entlassenen mit aufgenommen. Der Rückfallzeitraum betrug 4 Jahre, d. h. im Jahr 1999 wurden das Bundeszentralregister und das Erziehungsregister erneut ausgewertet. Hier einige Ergebnisse. Im Erwachsenenstrafrecht führte die Freiheitsstrafe ohne Bewährung zu einer Rückfälligkeit von 56,4 %, die Geldstrafe zu einer Rückfälligkeit von 30,2 %. Im Jugendstrafrecht betrug nach Verbüßung der Jugendstrafe ohne Bewährung die Rückfälligkeit sogar 77,8 %, nach Verhängung einer Jugendstrafe mit Bewährung 59,6 %, nach einem Arrest 70 % und nach ambulanten Sanktionen 31,7 %. Es ist offensichtlich schwieriger, mit freiheitsentziehenden Sanktionen junge Menschen wieder auf den „geraden Weg“ zu bringen. In den Anstalten passt man sich an oder wird angepasst. Wenn eine Änderung, eine positive Änderung in der Einstellung und im Verhalten erreicht wird, hält diese bei neuen Konfliktsituationen in Freiheit häufig nicht an. Erst recht ist es trügerisch, auf einen Abschreckungseffekt zu setzen. Nach mehreren empirischen Untersuchungen¹⁶ funktioniert diese Abschreckungsfunktion nicht, weil alle Täter glauben, nicht erwischt zu werden. Nur bei rational handelnden Tätern wird das Entdeckungs- und Bestrafungsrisiko mit einkalkuliert. Die meisten Straftäter operieren aber nicht so rational, handeln situations- und gefühlsbestimmt. Dies gilt gerade für junge Straftäter. Wenn Jugendgerichte den Jugendarrest zur Abschreckung verhängen, damit die Verurteilten den Freiheitsentzug kennen lernen und deshalb vor weiteren Taten abgeschreckt werden, so zeigen empirische Untersuchungen zur Wirkung des Arrestes eher das Gegenteil: Nach Befragungen verliert mit dem Erleben des Arrestes der Freiheitsentzug seinen Schrecken. Umgekehrt wird der Entsozialisierungsprozess verstärkt, weil in den Augen der Umwelt der Arrestant ein Krimineller ist, der schon „gesessen“ hat. Nun kann man gegen einen solchen Vergleich der Rückfallquoten einwenden, da werden Äpfel mit Birnen verglichen, weil diejenigen, die zu einer Jugendstrafe oder einer Freiheitsstrafe verurteilt werden, in der Regel schon vorher aufgefallen sind, d. h. schon zu diesem

Zeitpunkt Rückfalltäter waren und dementsprechend die Rückfälligkeit höher ausfallen muss, unabhängig von der dann folgenden Sanktionierung. Dieser Einwand ist berechtigt, allerdings liefern auch die so relativierten Ergebnisse einen Erkenntnisgewinn für die Sanktionierung. Wenn z. B. ein Jugendgericht den Angeklagten zu einem Jugendarrest verurteilt, muss es damit rechnen, dass dieser trotz dieser Sanktionierung zu 70 % wieder rückfällig wird. Darüber hinaus sind in Einzeluntersuchungen vergleichbare Tat- und Tätergruppen gebildet worden, um dem Einwand des unzulässigen Vergleichs zu begegnen. Diese hierauf durchgeführten Rückfalluntersuchungen haben für sozialpädagogische Sanktionen deutlich bessere Ergebnisse gebracht als für die repressiven Sanktionen. So hat eine Erfolgskontrolle vom sozialen Trainingskurs und Arrest eine signifikant geringere Rückfallquote für Teilnehmer des sozialen Trainingskurses ergeben, obwohl diese sogar höher vorbelastet waren. Im Ergebnis spricht somit alles gegen die These, dass mehr Härte im Strafrecht eine größere Effizienz bedingt. In der Kriminologie wird vielmehr umgekehrt der Schluss gezogen: im Zweifel weniger.¹⁷ Mehr Härte nützt also nicht dem Opferschutz. Der beste Opferschutz ist die Resozialisierung des Täters. Wenn Strafgesetze verschärft werden, um so nach Darstellung in der Politik den Schutz des Bürgers zu verstärken, so wird dem Bürger Sand in die Augen gestreut.

V. Zur Rolle des Opfers im Strafverfahren

Im Mittelpunkt des Strafprozesses steht der Angeklagte, sollte der Angeklagte stehen. Es geht um seine Verurteilung, um seine Bestrafung. Insofern ist das Strafverfahren täterorientiert, muss notwendigerweise täterorientiert sein. Wenn der Staat in Form der Strafjustiz dem Bürger ein Strafübel auferlegt, muss die Schuld des Täters eindeutig nachgewiesen werden. Sonst darf er kein Strafübel auferlegen. Diese Unschuldsvermutung ist ein wesentliches Element des Rechtsstaatsprinzips. Sie ist in der Europäischen Menschenrechtskonvention verbrieft. Der hieraus abgeleitete Beweisgrundsatz „Im Zweifel für den Angeklagten“ wird vielfach von Opfern sowie in der Bevölkerung nicht verstanden. Wenn Aussage gegen Aussage steht, z. B. in einem Vergewaltigungsprozess, muss im Zweifel, wenn Zweifel an der Glaubwürdigkeit der Belastungszeugin bestehen, freigesprochen werden. Im Zweifel für den Angeklagten, im Zweifel gegen das Opfer. Auch wenn ein solcher Freispruch nicht missverstanden werden darf, das Gericht würde dem Angeklagten glauben, so ist ein solcher Freispruch für die Zeugin schwer auszuhalten. Dies ist aber die bittere Konsequenz eines Strafprozesses, der Straftäter überführen muss. Falschbezeichnungen sind zwar selten, aber sie kommen vor. Es gibt eben auch falsche Opfer.

Richtig ist aber, dass das Opfer seit der Einführung des staatlichen Strafprozesses in den Hintergrund gedrängt wurde, lange vergessen wurde und erst seit den 80er Jahren des letzten Jahrhunderts wiederentdeckt wurde.

¹⁵ Jehle/Heinz/Sutterer, Legalbewährung nach strafrechtlichen Sanktionen, hrsg. vom Bundesministerium der Justiz, 2003; Zusammenfassung bei Heinz ZJJ 2004, 35, 44.

¹⁶ S. zusammenfassend Meier, Kriminologie, 3. Aufl., S. 262 ff.

¹⁷ S. Löhr in: Strafverfolgung und Strafverzicht, Festschrift zum 125jährigen Bestehen der Staatsanwaltschaft Schleswig-Holstein, hrsg. von Ostendorf, 1992, S. 579 ff. m.w.N. in Fn. 33; s. auch Heinz ZJJ 2005, 166 ff.

Mittlerweile gibt es das Opferentschädigungsgesetz vom 7. Januar 1985, es gibt das Opferschutzgesetz vom 18. Dezember 1986, es gibt das Zeugenschutzgesetz vom 30.4.1998, es gibt das Opferanspruchsgesetz, das Gesetz zur Sicherung der zivilrechtlichen Ansprüche der Opfer von Straftaten vom 8. Mai 1998, es gibt das Gewaltschutzgesetz von 2002, es gibt das Gesetz zur Harmonisierung des Schutzes gefährdeter Zeugen vom 11.12.2001 und es gibt das Opferrechtsreformgesetz von 2004. Im Verfahren tritt das Opfer entweder als Zeuge auf, wenn es denn für die Beweisführung gebraucht wird, oder als Nebenkläger. Der Gesetzgeber hat die Stellung des Opfers in den letzten Jahren verstärkt, z. B. mit dem Opferanwalt, der auch Akteneinsicht erhält. Die Nebenklage wurde ausgebaut, ist jetzt sogar im Jugendstrafprozess eingeführt worden. Dass damit auch ein Rache- und Vergeltungsstreben in den Jugendstrafprozess eingebracht wird, hat der Gesetzgeber entgegen dem Votum vieler Sachverständiger in Kauf genommen. Das Opfer soll bei schwerwiegenden Delikten sich auch im Jugendstrafprozess einbringen können, soll das erlittene Opferleid darstellen können. Dem Opfer ist auf Antrag mitzuteilen, wann der verurteilte Täter aus der Straftat entlassen oder wann erstmalig Vollzugslockerungen gewährt werden (§ 406 d Abs. 2 StPO).

Darüber hinaus hat der Gesetzgeber den Täter-Opfer-Ausgleich sowohl im Jugendstrafprozess als auch im Erwachsenenstrafprozess eingeführt. Die Wiedergutmachung des Schadens, der Ausgleich mit dem Opfer eines Verbrechens ist an sich die natürliche Reaktion. So hat diese Sanktion auch eine längere Tradition, als die heutige Praxis vermuten lässt: Im germanischen Recht hatten Täter und Sippe das Recht, die Rache abzukaufen. Der Rechtsfriede wurde durch einen so genannten Sühnevertrag zwischen den Beteiligten nach Maßgabe eines Bußkataloges wiederhergestellt. Wenn ein Urteil gefällt wurde, dann war die Sanktion nur eine Art Befriedigung des Verletzten in Form des Wehrgeldes oder einer Buße an den Geschädigten / Verletzten. Damit sollten Rache- und Blutfehden vermieden werden. Diese Form der Streitschlichtung war selbst bei schwersten Verbrechen üblich. In einigen Rechtskreisen wird dies noch heute praktiziert: in Pakistan, im islamischen Rechtskreis also wurde im Jahre 1990 ein Dekret erlassen, wonach ein Mörder begnadigt werden kann, falls die Angehörigen des Opfers ein so genanntes Blutgeld als Sühne für die Tat akzeptieren. Der Täter-Opfer-Ausgleich dient dem Opfer, dient dem Täter und dient der Justiz.

Auf der anderen Seite gilt es klarzustellen: Der Strafprozess dient nicht der therapeutischen Behandlung der Opfer, die Hauptverhandlung ist hierzu ein höchst ungeeigneter Ort. Die Anerkennung und Aufarbeitung des Opferleids in einem Prozess ist ein begleitendes Anliegen, insoweit hat das Opfer seine eigenständige Rolle, dies ist aber nicht der Primärzweck.

Allerdings werden in der Praxis die Opferrechte häufig noch nicht hinreichend beachtet. Mein Sohn wurde vor kurzem als Zeuge einer Körperverletzung zu einer Hauptverhandlung geladen. Er selbst hatte sich den Angriffen durch die beiden Angeklagten durch Flucht entziehen können. Sein Kumpel kam nach heftigen Schlägen zu Fall, konnte sich aber mit einer Bierflasche, die er

einem der Angeklagten auf den Kopf schlug, sozusagen retten. So die Anklage. Die Hauptverhandlung fand 15 Monate nach dem Geschehen statt. Allein das ist für alle Beteiligten eine Zumutung. Das Verfahren wurde nach Vernehmung der Angeklagten und längeren Erörterungen mit den beiden Verteidigern gem. § 153 a StPO nach Zahlung einer Geldbuße an eine gemeinnützige Einrichtung eingestellt. Den Zeugen, darunter auch das Opfer, wurde nur mitgeteilt, dass sie nicht mehr gebraucht würden. Auch wenn die Entscheidung des Gerichts möglicherweise gut vertretbar war, so muss die Justiz doch in diesen Fällen mehr Transparenz an den Tag legen und das Opfer mit in eine solche Entscheidung einbinden. Die Zeugen müssen in verständlicher Form über den Ausgang des Verfahrens informiert werden. Sonst wird kein Rechtsfriede hergestellt. In diesem Zusammenhang fragt sich, weshalb in der Anklageschrift Zeugen nicht nur mit Namen benannt, sondern auch die Anschrift dort aufgeführt wird.¹⁸ Nicht wenige Zeugen haben die Befürchtung, dass die Angeklagten vor oder nach der Hauptverhandlung sie dort aufsuchen werden und, was auch nicht selten angedroht wird, sie für ihre Zeugenaussage Schläge einstecken müssen. Zwar kann ein Verteidiger, der Akteneinsicht hat, und dementsprechend die Anschrift der Zeugen erfährt, seinem Mandanten diese Anschrift mitteilen. Ein verantwortungsbewusster Verteidiger wird zumindest seinen Mandanten aber ermahnen, nicht gegen Zeugen vorzugehen. Strafjustiz könnte so zumindest die Ängste von Zeugen minimieren. Auch ist das Opferentschädigungsgesetz zu restriktiv formuliert und bedarf einer gesetzlichen Änderung. Es geht also nicht darum, die Rolle des Opfers im Strafprozess neu zu definieren, schon gar nicht darum, im Interesse eines Opferschutzes das Strafrecht zu verschärfen, es geht darum, die Interessen des Opfers im Alltag des Prozesses ernst zu nehmen. Vorgehend geht es darum, mit Hilfe von kriminalpräventiven Maßnahmen Straftaten zu verhindern und damit Opferverletzungen zu verhindern. Nach Begehung einer Straftat ist die Resozialisierung des Täters der beste Opferschutz, vor einer Straftat ist die Kriminalprävention der beste Opferschutz. Zur Kriminalprävention gehört gerade auch die Aufklärung über das realistische Ausmaß der Kriminalitätsbedrohungen sowie über die Effizienz von Strafen. Es ist Aufgabe staatlicher Kriminalprävention, den Bürgern überzogene Ängste zu nehmen, Ängste sind per se ein Übel. Wer sie künstlich steigert, vermehrt Übel, vergeht sich am Bürger. Dies gilt erst recht, wenn nach künstlicher Angstvermehrung in einem Self-fulfilling-Prozess diese Ängste mit einer Verschärfung des Strafrechts bedient werden.

VI. Zur Ausgestaltung der Prävention¹⁹

Im Einzelnen lassen sich 10 Präventionsarten unterscheiden:

1. Kriminalitätsängste aufnehmen und aufarbeiten (Angstprävention)
 - Ohr für Ängste der Bürger haben

¹⁸ Insoweit anstoßgebend *Schweckendieck* ZRP 2006, 231.

¹⁹ S. *Ostendorf*, Effizienz von Kriminalprävention (2004), S. 59 ff.

- über die tatsächliche Kriminalität ursachenbezogen aufklären, insbesondere über die Kriminalität vor Ort
 - Polizeipräsenz in Angsträumen verstärken
 - Zusammenarbeit mit den Medien, insbesondere den örtlichen Zeitungen suchen
2. Kommunale Identität schaffen (Identitätsprävention)
 - Positives Image der Stadt, des Ortes, des Stadtteiles herstellen
 - Kommunikation verstärken (z.B. Straßenfeste organisieren)
 - Nachbarschaftshilfe anregen
 - „Zukunftswerkstätten“ organisieren, in denen die Interessen und Wünsche der Bürger, gerade auch der Jugend, abgefragt und diskutiert werden
 3. Aktivitätsräume für Kinder und Jugendliche eröffnen (Freizeitprävention)
 - Sportanlagen der Schulen für den Sportbetrieb nachmittags und abends öffnen
 - sozialarbeiterisch betreute Jugendtreffs einrichten bzw. aufrecht erhalten
 - Sportvereine ermuntern, sich für bislang nicht ansprechbare Jugendliche zu öffnen (Schnuppermitgliedschaften)
 - Schule und Sportvereine zu gemeinsamen Aktionen anregen („Schulen und Sportvereine - ein starkes Team“)
 4. Vernetzung von Hilfeeinrichtungen für Problemkinder und Problemjugendliche / Einrichtung einer Clearingstelle (sozialpsychologische Prävention)
 - Kinderärzte, Kindergarten, Schule, Schulpsychologischer Dienst, Familienhilfe, Jugendamt und Polizei zur Kooperation anregen
 - diese Kooperation im Rahmen einer Clearingstelle für Problemfälle organisieren
 - datenschutzrechtliche Probleme gemeinsam erörtern und lösen
 5. Aufsuchende Familienhilfe / Familienberatung (sozialintegrative Prävention)
 - das Prinzip der aufsuchenden Jugendhilfe auf die Familienhilfe übertragen
 6. Ausbildungs- und Arbeitsplätze vor Ort anbieten (sozialökonomische Prävention)
 - aktive Ausbildungs- und Arbeitspolitik in der Kommune betreiben
 - für die Schulabgänger, insbesondere Hauptschüler, die keinen Ausbildungs- bzw. Arbeitsplatz finden, ein Beschäftigungsprogramm anbieten
 7. Gewaltfreies Klima an den Schulen schaffen / Medienerziehung (Gewaltprävention)
 - Gewaltkonflikte im Zusammenhang mit der Schule von der Schule aufarbeiten („hinschauen und sich einmischen“)
 - durch Schulaktionen zum Thema Gewalt Sensibilitäten für Opfer wecken
 - Medienerziehung integrativ in den Schulunterricht aufnehmen
 8. Gelegenheitsstrukturen verändern (situative Prävention)
 - kriminologische Brennpunkte ausfindig machen und mit Polizeipräsenz / Straßensozialarbeit entschärfen
 - technische Prävention (private Alarmanlagen, automatische Lichteinschaltungen) verstärken, ohne eine öffentliche Überwachung einzuführen
 - in Selbstbedienungsgeschäften Kontrollen (elektronische Warensicherung) verstärken und hierauf entsprechend hinweisen
 9. Täter-Opfer-Ausgleich / Opferhilfe vor Ort organisieren (Opferprävention)
 - psychische und finanzielle Betreuung von Opfern (Handtaschenraub, Überfall, Wohnungseinbrüche) örtlich organisieren und anbieten
 - an den Schulen Schüler als Konfliktlotsen ausbilden
 - Angebote zur Schadenswiedergutmachung bei Sachbeschädigungen im öffentlichen Raum (Graffiti) entwickeln und der Strafjustiz als alternative Reaktion anbieten
 10. Bürgertugenden zum Thema machen (Erziehungsprävention)
 - eine Elternschulung, die über die Säuglingspflege hinaus auch Erziehung zum Gegenstand hat, anbieten
 - Schulprojekte „Elternschaft lernen“ entwickeln
 - eine öffentliche Wertediskussion initiieren und hierbei das schlechte Vorbild der Eliten, der Erwachsenen thematisieren

VII. Für ein rationales und humanes Strafrecht

Wir müssen mit Moral und Vernunft auf kriminelle Unmoral und Unvernunft reagieren. Stattdessen wird Strafrecht zunehmend zu einer archaischen Gegenwelt des Unaufgeklärten, des Wiederbelebens von Rache und Vergeltung. Gegenwelt deshalb, weil wir ansonsten stolz sind auf unsere Rationalität, auf die Überwindung rein gefühlsmäßiger, primitiver Reaktionen. Je mehr der Glaube an überirdische Instanzen und damit an eine spätere Gerechtigkeitsverwirklichung schwindet, umso mehr nimmt der Glaube, dass Böses auf Erden unbedingt gesühnt werden muss, zu. Strafe wird Religionsersatz. Der rationale und humane Umgang mit dem Verbrechen, mit dem Verbrecher wird mehr denn je zu einer Herausforderung für unsere Rechtskultur. Hierbei dürfen die berechtigten Interessen der Opfer nicht missbraucht werden!

Verfahrensdokumentation

Mit dieser Ausgabe haben wir zur **Verfahrensdokumentation „Inzestverfahren“** mit der freundlichen Genehmigung des Freiburger Max-Planck-Institutes für ausländisches und internationales Strafrecht einen **Link** auf das **rechtsvergleichende Gutachten** aufgenommen,

welches das Institut im Verfahren vor dem Bundesverfassungsgericht erstattet hat.

Vgl. http://www.mpicc.de/ww/de/pub/forschung/forschungsarbeit/gemeinsame_projekte/inzest.htm

Schrifttum

Michalke/Köberer/Pauly/Kirsch (Hrsg.), Festschrift für Rainer Hamm zum 65. Geburtstag am 24. Februar 2008, de Gruyter, Berlin 2008, 869 Seiten, Preis 198.- EUR.

I.

Rainer Hamm zählt gewiss zu den bekanntesten Anwälten der Bundesrepublik. Den meisten wird er als Verteidiger in sog. „großen Prozessen“ bekannt sein, etwa dem Holzschutzmittel- (BGHSt 41, 206) oder dem Mannesmann-Verfahren (BGHSt 50, 331), und als Mitherausgeber der NJW, wo er seit 1987 vornehmlich für die strafrechtlichen Belange der Leserschaft Sorge trägt. Hermann Weber, einer von 57 Autoren, die an der Festschrift mitgewirkt haben, widmet seinen aus der Sicht des Insiders geschriebenen Beitrag („Rainer Hamm und das Strafrecht in der NJW“; S. 815 ff.) vor allem diesem Aspekt der beruflichen Tätigkeit des Jubilars. Eine solche Innensicht bietet auch der ehemalige hessische Generalstaatsanwalt Christoph Kuhlenkampff in seinem Rückblick auf den „Frankfurter Arbeitskreis Strafrecht“ (S. 397 ff.), dem in den Jahren seiner Existenz von 1990 bis 2002 Vertreter aller mit Strafrecht, Strafprozessrecht und Kriminalpolitik befassten juristischen Berufsgruppen angehörten. Rainer Hamm war Mitbegründer dieses Zirkels, der unter Austausch und Nutzung der verschiedenen rollenspezifischen Perspektiven so wichtige Themen wie die (angebliche) Überforderung der Strafjustiz aufarbeitete und in viel beachtete Thesen münzte (FAZ vom 8. Juli 1997; StV 1997, 497 ff.). Der Jubilar war aber auch im weitesten Sinne politisch tätig: als Sachverständiger in diversen

Rechtsausschüssen und von 1996 bis 1999 als hessischer Datenschutzbeauftragter. Stefan König nimmt Letzteres zum Anlass für seinen Aufsatz (S. 325 ff.), in dem er die Frage aufwirft „Der Datenschutzbeauftragte als Hilfsbeamter der Staatsanwaltschaft?“, konkret: Muss ein Strafverteidiger dem Auskunftsverlangen des Datenschutzbeauftragten über personenbezogene Informationen nachkommen, die er zu Verteidigungszwecken über einen Zeugen gesammelt hat? König beantwortet sie zutreffend im Sinne der freien Advokatur (ebenso: AG Tiergarten StraFo 2007, 39). Und schließlich werden viele Rainer Hamm als versierten Revisionsrechtler kennen. „Die Revision in Strafsachen“, inzwischen in 6. Auflage erschienen, und „Beweisantragsrecht“, das seit 2007 in 2. Auflage vorliegt, sind zur Bewältigung dieses schwierigen Rechtsmittels so gut wie unverzichtbar.

Die Freunde, Kollegen und Wegbegleiter, die Rainer Hamm durch die hier vorzustellende Festschrift ehren, knüpfen in ihren Beiträgen alle mehr oder minder an die erwähnten Tätigkeiten des Jubilars an. Nicht alle Aufsätze können hier gewürdigt werden. Die Auswahl ist notgedrungen subjektiv und orientiert sich vornehmlich an den Schwerpunkten des wissenschaftlichen Interesses des Geehrten: am Revisions- und am Wirtschaftsstrafrecht.

II.

1.) Einem Thema aus dem Bereich der absoluten Revisionsgründe wendet sich der am 7. Februar 2009 viel zu früh verstorbene Christian Richter zu (Marginalien zum Ablehnungsrecht; S. 587 ff.). Er befasst sich mit der im

strafprozessualen Schrifttum nur selten aufgeworfenen und bislang nicht vertieften Frage, welchen Inhalt die in § 26 Abs. 3 StPO vorgesehene dienstliche Äußerung des abgelehnten Richters haben muss. *Richter* untersucht konkret, ob die im forensischen Alltag recht häufig anzutreffende Erklärung „Ich fühle mich nicht befangen“ den gesetzlichen Anforderungen entspricht. Er verneint dies zutreffend: Im Ablehnungsrecht komme es allein auf die Sicht des vernünftigen Angeklagten an, niemals darauf, ob der Richter sie teile. Was im zivilprozessualen Schrifttum mit „luzider Klarheit“ (S. 590) längst erkannt sei, nämlich die Unerheblichkeit und – mehr noch – Unzulässigkeit der Erklärung des abgelehnten Richters, er fühle sich nicht befangen, gelte uneingeschränkt auch im Strafverfahren. Wenn der abgelehnte Richter sich zu etwas äußere, was bei ihm gar nicht angefragt sei, nämlich die Einschätzung seiner eigenen Befindlichkeit, lasse er erkennen, dass diese für ihn maßgeblich sei. Man kann *Richter* nur beipflichten, wenn er dies als „grotesken Rollentausch“ (S. 592) bezeichnet und als objektiv „willkürliche Rechtsanwendung“ (S. 592) geißelt mit der Konsequenz, dass sie einen eigenständigen Ablehnungsgrund darstellt (vgl. auch *Siolek*, in: Löwe/Rosenberg [26. Aufl. 2006], § 26 Rdnr. 26; *Lemke*, in: Heidelberger Kommentar [3. Aufl. 2001], § 26 Rdnr. 16; *Wassermann*, in: Alternativkommentar [1988], § 26 Rdnr. 5).

Mit verfahrensrechtlichen Themen aus dem Bereich der relativen Revisionsgründe befassen sich zahlreiche Aufsätze: *Jürgen Taschke*, der sich bereits in einem früheren lesenswerten Aufsatz mit der wirtschaftsstrafrechtlichen Unternehmensberatung befasste (StV 2007, 495 ff.), beleuchtet in seinem Beitrag die Rolle des sog. Unternehmensanwalts unter dem spezifischen Blickwinkel des Beschlagnahmeschutzes seiner Handakten. Ein wichtiges Thema, denn die potentiellen Begehrlichkeiten liegen auf der Hand: Der das Unternehmen wirtschaftsstrafrechtlich betreuende Anwalt recherchiert, dokumentiert und bewertet eine Vielzahl von Umständen, die für die Staatsanwaltschaft von ganz erheblichem Interesse sein können. *Taschke* kommt in seiner Untersuchung „Zum Beschlagnahmenschutz der Handakten des Unternehmensanwalts“ (S. 751 ff.) zu dem überzeugenden Ergebnis, dass § 97 StPO entsprechend gilt (S. 761 f.) und es wegen des ebenfalls analog anwendbaren § 148 StPO auch nicht darauf ankommt, ob sich die Unterlagen im Gewahrsam des beratenden Anwalts oder des beratenden Unternehmens befinden (S. 762). *Bettina Sokol* („Auf der Rutschbahn in die Überwachbarkeit – Das Beispiel der Online-Durchsuchungen“; S. 719 ff.) und *Rainer Spatscheck* („Beschlagnahme von Computerdaten und E-Mails beim Berater“; S. 733 ff.) befassen sich ebenfalls mit Fragen aus dem Bereich der (grundrechtsrelevanten) Zwangsmaßnahmen.

Es dürfte keine allzu verwegene Prognose sein, dass derjenige, der sich in Zukunft vertieft mit dem Beweisanzugsrecht zu befassen hat, an dem erhellenden Beitrag von *Martin Niemöller* nicht vorbeikommen wird („Der Kontinuitätsgrundsatz – Ein unentdecktes Prinzip des Beweisanzugsrechts“; S. 537 ff.). *Niemöller* unterteilt die in § 244 Abs. 3 S. 2 StPO aufgeführten Gründe für die Ablehnung eines Beweisanzugs – abgesehen vom Grund der Prozessverschleppung – in beweismittelbezogene Ablehnungsgründe (Ungeeignetheit und Unerreichbar-

keit) und beweisthemabezogene (Offenkundigkeit, Erwiesen-Sein, Bedeutungslosigkeit und Wahrunterstellung). Diese neue Einteilung ist als solche freilich ohne rechtliche Relevanz. Sie fördert aber, wie *Niemöller* deziert darstellt, die Lösung einiger Probleme des Beweisanzugsrechts. Das erweist sich schon bei der Frage, nach welchem Zeitpunkt zu beurteilen ist, ob der jeweilige Ablehnungsgrund vorliegt. Bei den beweismittelbezogenen komme es entscheidend auf den Zeitpunkt der Beschlussfassung an (S. 539 f.). Der Beschluss werde durch spätere Veränderungen nicht rechtswidrig; der Ablehnungsgrund bleibe „stabil“. Anders verhalte es sich bei den beweisthemabezogenen Ablehnungsgründen. Hier müsse der Ablehnungsgrund über den Beschlusszeitpunkt fortbestehen. Maßgebend sei also der Zeitpunkt des tatrichterlichen Urteils (S. 541). *Niemöller* nennt dieses übergreifende Prinzip griffig „Kontinuitätsgrundsatz“ (S. 541) und überprüft es auf seine Stimmigkeit anhand der einzelnen Ablehnungsgründe. Besonders interessant sind seine Ergebnisse für die Wahrunterstellung. *Niemöller* stellt sich gegen seine früheren Richtigkollegen am Bundesgerichtshof, der mehrfach entschieden hat, dass eine Wahrunterstellung, die sich nach dem Gesetz nur auf erhebliche Tatsachen beziehen darf, schon dann zulässig sei, wenn ihre Erheblichkeit zum Zeitpunkt der Beschlussfassung (nur) nicht ausgeschlossen werden kann (Nwse. bei *Gollwitzer*, in: Löwe/Rosenberg [25. Aufl. 2001], § 244 Rdnr. 241). Abgesehen von dem dogmatischen Bedenken, dass dem Gesetz die Kategorie einer nur potentiellen Erheblichkeit fremd ist, besteht für den Antragsteller die Gefahr, dass das Gericht die behauptete Tatsache „still“ (S. 553) und damit für ihn unerkennbar von der Erheblichkeit zur Bedeutungslosigkeit absinken lässt; ob und unter welchen konkreten Voraussetzungen analog § 265 StPO eine Hinweispflicht besteht, ist bekanntlich heftig umstritten. *Niemöller* zeigt, dass die Anwendung des Kontinuitätsgrundsatzes zur angemessenen und richtigen Lösung führt (S. 553): „Durch Annahme der Bedeutungslosigkeit im Urteil negiert das Gericht die Erheblichkeit der Beweisbehauptung, dementiert damit den Ablehnungsgrund und desavouiert somit die Antragstellung ... Der Beschluss (hat) ... seine Grundlage verloren und ist mithin rechtsfehlerhaft.“

Der Beweis der die Verfahrensrüge tragenden Tatsachen ist (eine) Voraussetzung für ihren Erfolg. *Jürgen Pauly*, *Werner Leitner* und *Reinhold Schlothauer* greifen dieses Thema in unterschiedlichen Facetten auf. Die Letztgenannten nehmen die Entscheidung des dritten Strafsenats zur „bewusst wahrheitswidrigen“ Verfahrensrüge (BGHSt 51, 88 mit Anm. *Gaede* StraFo 2007, 29) und des Großen Senats zur „Rügeverkümmern“ (BGHSt 51, 298 mit Anm. *R. Hamm* NJW 2007, 3166) zum Anlass, sich mit dem Protokoll und seinen prozessualen Funktionen auseinander zu setzen. *Leitner* zeichnet in „Das Protokoll im Strafverfahren“ (S. 405 ff.) dessen wechselvolle Geschichte nach vom altgermanischen Strafverfahren bis zur letzten Änderung durch das Opferrechtsreformgesetz von 2004. Er wendet sich resümierend gegen die beiden Entscheidungen zugrunde liegende Reduzierung des Verhältnisses von Wahrheit und Form in „wahr“ oder „unwahr“ (S. 417). *Leitner* liegt damit im Ergebnis ganz auf der Linie *Schlothauers*, der sich vor allem mit dem Argument befasst, „auch die Revisionsgerichte (sei-

en) zur Wahrheit verpflichtet“; „bei der Beurteilung von Verfahrensverstößen (sei) der wahre Sachverhalt zugrunde zu legen“. *Schlothauer* legt im Einzelnen dar, dass das geltende Revisionsrecht erstens gerade nicht auf dem Grundsatz der materiellen Wahrheit fußt, sondern auf dem der formellen, und zweitens, dass die Rechtsprechung dies auch immer dann so sieht (und so sehen wird!), wenn der Beschwerdeführer den Verfahrensfehler zwar auf der Grundlage eines „wahren“ Sachverhalts vorgetragen hat, dies jedoch nicht in der nach §§ 344 Abs. 2, 345 Abs. 1 StPO gebotenen Weise geltend macht (S. 668). Ein noch so schwer wiegender und offensichtlicher Verfahrensmangel ist dann, trotz seiner tatsächlichen Existenz, nicht vorhanden. Man wird nicht ernsthaft annehmen können, dass dies in Zukunft anders sein soll. Die „Immunsierung tatrichterlicher Urteile gegen verfahrensrechtlich begründete Revisionen“, so der Titel des Aufsatzes (S. 655 ff.), durch nachträgliche Änderungen des Hauptverhandlungsprotokolls sei nach alledem verfehlt, zumal die Verantwortlichkeit für Niederschrift und Fertigstellung des Protokolls ausschließlich im Bereich der Justiz liegt (S. 662, 669). Man kann nur mit Bedauern feststellen, dass die dem Großen Senat angehörenden Richter des 4. und 5. Strafsenats, die an der bisherigen Rechtsprechung festhalten wollten (4 ARs 3/06, Beschluss vom 3. Mai 2006 und 5 ARs 13/06, Beschluss vom 9. Mai 2006), sich offenbar nicht durchsetzen konnten (natürlich können sie – eben wie andere – auch anderen Sinnes geworden sein). Auch *Jürgen Pauly* widmet sich in seinem Beitrag („Mündlichkeit der Hauptverhandlung und Revisionsrecht“; S. 557 ff.) dem Thema „Beweisbarkeit des Verfahrensverstößes“. Da das Rechtsmittel der Revision beim größten Unrecht „versagen könne“ (*Max Alsborg*, Justizirrtum und Wiederaufnahme, Berlin 1913, S. 34; ähnlich der Jubilar, in: Sarstedt/Hamm, Die Revision in Strafsachen, Berlin 1998, Rdnr. 7), macht er sich im Interesse besserer Kontrolle der tatrichterlichen Überzeugungsbildung für eine vorsichtige Zurückdrängung des Rekonstruktionsverbots stark und verdeutlicht an mehreren Beispielen, dass dem Beschwerdeführer im Rahmen von § 344 Abs. 2 S. 2 StPO im Einzelfall auch heute schon abverlangt wird, genau zum Inhalt mündlicher Äußerungen in der Hauptverhandlung vorzutragen.

Ulfrid Neumann spürt der wichtigen „Abgrenzung von Tatfrage und Rechtsfrage im strafprozessualen Revisionsrecht“ nach (S. 525 ff.). Mit sachlich-rechtlichen Problemen befassen sich *Hans Dahs* („Die Plausibilitätsrüge“; S. 41 ff.) und *Rüdiger Deckers* („Aussage gegen Aussage – Zur Entwicklung der revisionsgerichtlichen Rechtsprechung und der Aussagepsychologie“; S. 53 ff.). *Wolfgang Köberers* Untersuchung „Zur Rechtsfolgenkompetenz des Revisionsgerichts“ (S. 304 ff.) analysiert die Bedeutung der beiden Entscheidungen des Bundesverfassungsgerichts vom 14. Juni 2007 (2 BvR 1447/05 und 2 BvR 136/05 = HRRS 2007, 647) für die durch das Erste Justizmodernisierungsgesetz eingeführte Regelung des § 354 Abs. 1a StPO, die systemfremd mit der vom historischen Gesetzgeber vorgegebenen klaren Funktionstrennung zwischen Tatsachen- und Revisionsinstanz bricht und gegen die schon früh verfassungsrechtliche Bedenken geltend gemacht wurden (etwa: *Neuhaus* GA 2007, 485, 486). Wer sich aktuell mit einem Fall zu befassen hat, in dem die Regelung virulent wird, sollte unbedingt diesen vortrefflichen Aufsatz lesen.

Aber vielleicht wird dem Revisionsrecht, namentlich dem Verfahrensrecht, in Zukunft (leider) nicht mehr die Bedeutung zukommen, die es, gemessen an den zahlreichen Aufsätzen, gegenwärtig noch zu haben scheint. Drängt nicht (auch) die Verständigung im Strafprozess den regelgeleiteten und im besten Sinne zu verstehenden Konflikt zurück? Läuft die Hauptverhandlung nicht Gefahr, allzu oft zu einem Tummelplatz konfliktunfähiger wie konfliktscheuer „Harmonisten“ zu verkommen? *Winfried Hassemer* macht in seinem Beitrag „Konsens im Strafprozess“ (S. 171 ff.) klar, dass Konsens zwar ein Existenz- und Strukturprinzip unseres vergesellschafteten Lebens darstellt, und damit auch des Rechts. Doch im Strafverfahren kann die Zustimmung des Beschuldigten, wie *Hassemer* richtig schreibt, zu Verfahrensgang und Verfahrensergebnis nur Unwesentliches Recht fertigen. Denn: Wesentliches ist einer Zustimmung von Rechts wegen entzogen, weil unser geltendes (!) Strafverfahrensrecht weder die Ordnung des Verfahrens noch seine Ergebnisse in die Zustimmung von irgendwem stellt. Es ordnet sie vielmehr an und verteilt die Zuständigkeiten zu ihrer Herstellung. Soll (und kann) der Gesetzgeber das ändern, indem er die „Verständigung im Strafverfahren“, so der Titel des Aufsatzes von *Klaus Lüderssen* (S. 420 ff.), regelt? Man kann nur hoffen, dass die Verantwortlichen *Lüderssens* fein gesponnene Gedanken zu diesem schwierigen Thema, bei dem man die Argumente nicht mehr ohne Weiteres nach „pro“ und „contra“ sortieren kann, zur Kenntnis nehmen und ihre Überlegungen einbeziehen, etwa die zu den kommunikativen Voraussetzungen der Verständigung (S. 436 f.). Nach der „fast schon demütigenden Behandlung, welche die Strafrechtswissenschaft durch Nicht-Einholung wissenschaftlichen Rates inzwischen durch den Gesetzgeber erfährt“, so die deprimierende Feststellung von *Thomas Fischer* („Strafrechtswissenschaft und strafrechtliche Rechtsprechung – Fremde seltsame Welten“; S. 63 ff., 76), ist allerdings zu befürchten, dass dies traurigerweise nicht geschieht. Die Auffassung des Rezensenten ist jedenfalls die, dass Strafgerichtsbarkeit durch Gesetz und Recht entsteht, d. h. auch und vor allem aus Verfahrensrecht, nicht aber aus Handel.

2.) Der Jubilar hat einen nicht geringen Teil seines Verteidigerlebens damit verbracht, für eine restriktive Anwendung des § 266 StGB zu streiten. So kann es nicht verwundern, dass gleich mehrere Aufsätze die normativen und systemischen Widersprüche dieser Norm thematisieren. *Peter-Alexis Albrecht* („In Treue gegen die Untreue“; S. 1 ff.) stellt das Mängelprofil der Untreue-Regelung wie durch ein Brennglas dar, so scharf und klar konturiert er deren Unzulänglichkeiten; Unzulänglichkeiten, die im Justizalltag aus rechtssoziologischer Sicht in „legitimatorische Katastrophen“ führen (S. 19). *Albrecht* schildert, wie die diffuse Norm zu Dilemmata für die Gerechtigkeit, die Rechtstreue und für den Gesetzgeber führt. Er legt in diesem Zusammenhang die Korrespondenz offen, die er mit der Feuilleton-Redaktion der FAZ führte, die einem pensionierten Staatsanwalt (*Grasnick* in der Ausgabe vom 9. Januar 2006) die Gelegenheit zu stammtischähnlichen Eruptionen bot, nachdem Karlsruhe mit der sog. Mannesmann-Entscheidung „lebensklug“ ein „auffällig falsches Urteil aus Düsseldorf“ aufhob. Bei allem Respekt: Man kann über die Entscheidung des BGH im Falle Mannesmann gewiss geteilter Meinung sein. Die zahlreichen Stellungnahmen zeigen dies (kri-

tisch etwa: *Ransiek* NJW 2006, 814; *Deiters* ZIS 2006, 152, 160; befürwortend etwa *Rönnau* NStZ 2006, 218). Aber warum die Bewertung der wohl gerechtesten Form der Vergütung, nämlich die nachträglich gewährte und – wenn auch ohne Anreizwirkung für andere Führungskräfte – am Leistungsbeitrag des belohnten orientierte, als nicht pflichtwidrig „auffallend falsch“ sein soll, also in Wahrheit „evidente“ Untreue, die vorher festgelegte variable Anreizvergütung aber nicht, und zwar selbst dann nicht, wenn sie sich nachträglich als zu hoch erweist, erschließt sich nicht ohne Weiteres. Wie dem auch sei: Es ist die Ausblendung sämtlicher struktureller, d. h. gesellschaftlicher (Stichwort: weite Beurteilungs- und Ermessensspielräume im Aktienrecht) und rechtsstaatlicher Problemlagen (Stichwort: Unbestimmtheit der Norm) im *Grasnack*-Artikel, die *Albrecht* zu der Bitte veranlassten, die Redaktion möge seine Erwiderung im Sinne einer „konstruktiven Empörung“ (S. 6) veröffentlichen. Vergeblich! So ist dieser Festschriftbeitrag nicht nur außergewöhnlich spannend zu lesen. Er regt auch in besonderer Weise an zum Nachdenken über die Einflussnahme auf die öffentliche Meinungsbildung durch publizistische Selektion. *Gina Greeve* fragt: „Kann der Verstoß gegen die VOB/B eine Untreue sein?“ (S. 121 ff.); konkret: Verletzt die Nicht-Einzahlung des Sicherheitseinbehalts auf ein Sperrkonto (§ 17 Nr. 6 Abs. 1 S. 2 VOB/B) § 266 StGB? Anders als das OLG München (BauR 2007, 130) verneint sie dies, weil gravierende Unterschiede zur Regelung bei der Einzahlungsverpflichtung für Mietkautionen gem. § 555 BGB n. F. bestünden (zu Mietkautionen jüngst BGHSt 52, 182). *Alexander Ignor* und *Alexander Sättele* nehmen „Pflichtwidrigkeit und Vorsatz bei § 266 StGB am Beispiel der sog. Kredituntreue“ unter die Lupe und richten ihr gemeinsames Augenmerk insbesondere auf eine mögliche Verletzung des Bestimmtheitsgebots aus Art. 103 Abs. 2 GG (S. 211 ff.). *Sven Thomas* beleuchtet die von der herrschenden Meinung angenommene Eignung des allgemeinen Schädigungsverbotes zur Begründung einer untreuerelevanten Pflichtverletzung (vgl. nur *Lenckner/Perron*, in: Schönke/Schröder [27. Aufl. 2006], § 266 Rdnr. 36; *Fischer* [55. Aufl. 2008], § 266 Rdnr. 38). Er pointiert das Problem am Beispiel eines Fußballprofis, der als Angestellter einer aus dem Hauptverein ausgegliederten KGaA (etwa Borussia Dortmund) irregulär ein wichtiges Tor erzielt hat. Darf er die Regelwidrigkeit dem Schiedsrichter offenbaren und damit

zugleich sicher Millionenverluste produzieren, die seiner Arbeitgeberin durch die Nicht-Teilnahme an einem internationalen Wettbewerb entstehen (S. 778)? Das Rechtsgefühl will dem Sportler sogleich das faire Verhalten zubilligen. *Thomas* gibt ihm ein rechtliches Fundament, indem er auf eine der wichtigsten Arbeiten des 20. Jahrhunderts im Bereich der (politischen) Ethik zurückgreift, nämlich auf „Eine Theorie von Gerechtigkeit“ von *John Rawls* (zur Gerechtigkeit durch Verfahren ausf. jüngst *Minor Salas*, Kritik des strafprozessualen Denkens, 2004) und den darin u. a. entwickelten Gedanken der Gerechtigkeit als Fairness. *Thomas* verkennt in seinem Aufsatz („Das allg. Schädigungsverbot des § 266 Abs. 1 StGB“; S. 767 ff.) keineswegs, dass auch „Fairness“ ein wertausfüllungsbedürftiger Begriff ist. Als ein die Strafbarkeit limitierendes Prinzip bei wirtschaftlichem Handeln erscheint es ihm dennoch tauglich. *Thomas* präsentiert hier einen interessanten neuen Gedanken, der helfen könnte, Auswüchse (Stichwort: „§ 266 StGB als Allzweckwaffe der Strafverfolger“ oder „Untreue geht immer“ [*Bernsmann* GA 2007, 219, 229]) zu begegnen. Das Thema ist sicherlich eine vertiefte Untersuchung wert. *Klaus Volk* schließlich schlägt mit „Untreue und Gesellschaftsrecht – Ein Dschungelbuch“ auf (S. 803 ff.), das sich maßgeblich mit der Frage befasst, welche Auswirkungen es für die Pflichtwidrigkeit in § 266 StGB bedeutet, wenn die Eigner von Personengesellschaften, GmbH und AG (S. 811 ff.) dem in Frage stehenden Verhalten zustimmen.

III.

Angesichts der Vielzahl lesenswerter Beiträge, nicht zuletzt auch zu den Bereichen, die nicht im Mittelpunkt des wissenschaftlichen Wirkens des Jubilars stehen (etwa: *Nikolas Hamm*, „Ästhetische Bildung als Prävention – Über einen theaterpädagogischen Beitrag zur Gewaltprävention in Schulklassen“ [S. 159 ff.]; *Günter Tondorf*, Neuregelungen der Maßregeln der Unterbringung in einem psychiatrischen Krankenhaus und in einer Entziehungsanstalt in Bund und Ländern“ [S. 783 ff.]), fällt das Fazit leicht: Die Anschaffung der Festschrift lohnt unbedingt.

Dr. Ralf Neuhaus, Rechtsanwalt & Fachanwalt für Strafrecht, Dortmund, Lehrbeauftragter an der Universität Bielefeld

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.

298. BVerfG 2 BvR 1032/08 (2. Kammer des Zweiten Senats) – Beschluss vom 2. März 2009 (KG Berlin)

Garantie des gesetzlichen Richters im strafprozessualen Revisionsrecht (Divergenzvorlage; Willkür); Diebstahl (gefährliches Werkzeug; Taschenmesser; Bewusstsein vom Vorhandensein während der Tat); allgemeines Willkürverbot.

Art. 101 Abs. 1 Satz 2 GG; Art. 3 Abs. 1 GG; § 121 Abs. 2 GVG; § 242 Abs. 1 StGB; § 244 Abs. 1 Nr. 1 a StGB; § 15 StGB

299. BVerfG 2 BvR 2341/08 (2. Kammer des Zweiten Senats) – Beschluss vom 9. Dezember 2008 (BGH/OLG Frankfurt am Main)

Ausschluss eines Pflichtverteidigers (Begünstigung; Weiterleitung von Briefen; Begründungsanforderungen); Berufsfreiheit; Recht auf ein faires Verfahren und Recht auf konkrete und wirksame Verteidigung (kein Anspruch auf Beibehaltung eines Pflichtverteidigers bei Begünstigungsverdacht).

Art. 12 Abs. 1 GG; Art. 2 Abs. 1 GG; Art. 20 Abs. 3 GG; Art. 6 Abs. 3 lit. c EMRK; § 138a Abs. 1 Nr. 3 StPO; § 257 StGB

300. BVerfG 2 BvR 2693/07 (3. Kammer des Zweiten Senats) – Beschluss vom 25. November 2008 (AG Bochum)

Untätigkeit des Rechtspflegers (Rechtsschutzgarantie; Nichtprotokollierung von Rechtsbeschwerden); Rechtswegerschöpfung (Erinnerung als nicht von vornherein ausgeschlossener Rechtsbehelf).

Art. 19 Abs. 4 GG; § 90 Abs. 2 BVerfGG; § 11 Abs. 2 RPflG; § 118 Abs. 3 StVollzG

301. BVerfG 2 BvR 287/09 (2. Kammer des Zweiten Senats) – Beschluss vom 19 Februar 2009 (LG Augsburg/AG Augsburg)

Anordnung molekulargenetischer Untersuchung zum Zwecke der Identitätsfeststellung in künftigen Strafverfahren (Begründungsanforderungen; wiederholte Begehung sonstiger Straftaten); einstweilige Anordnung (irreparabler Rechtsverlust durch Entnahme von DNA-Proben beim bereits längere Zeit straffrei lebenden Betroffenen).

Art. 2 Abs. 1 GG; Art. 1 Abs. 1 GG; Art. 2 Abs. 2 S. 1 GG; § 81 f, § 81 g, § 162 Abs. 1 StPO; § 32 BVerfGG

302. BVerfG 2 BvR 287/09 (2. Kammer des Zweiten Senats) – Beschluss vom 19 Februar 2009 (LG Augsburg/AG Augsburg)

Anordnung molekulargenetischer Untersuchung zum Zwecke der Identitätsfeststellung in künftigen Strafverfahren (Begründungsanforderungen; wiederholte Begehung sonstiger Straftaten); einstweilige Anordnung (irreparabler Rechtsverlust durch Entnahme von DNA-Proben beim bereits längere Zeit straffrei lebenden Betroffenen).

Art. 2 Abs. 1 GG; Art. 1 Abs. 1 GG; Art. 2 Abs. 2 S. 1 GG; § 81 f, § 81 g, § 162 Abs. 1 StPO; § 32 BVerfGG

Im Fall einer Anordnung nach § 81g Abs. 1 Satz 2 StPO hat das Gericht einzelfallbezogen darzulegen, warum die wiederholte Begehung sonstiger Straftaten im Unrechtsgehalt einer Straftat von erheblicher Bedeutung gleichsteht. Ferner bedarf es einer Darlegung positiver, auf den Einzelfall bezogener Gründe, dass wegen der Art oder Ausführung der bereits abgeurteilten Straftaten, der Persönlichkeit des Verurteilten oder sonstiger Erkenntnisse Grund zu der Annahme besteht, dass gegen ihn künftig erneut Strafverfahren wegen Straftaten von erheblicher Bedeutung zu führen sind. Weiter erhöhte Begründungsanforderungen bestehen, wenn ein anderes Gericht bereits im Rahmen der Entscheidung über eine Strafaussetzung zur Bewährung eine günstige Sozialprognose getroffen hat (vgl. BVerfGE 103, 21, 35 ff.).

303. BVerfG 2 BvR 1082/08 (2. Kammer des Zweiten Senats) – Beschluss vom 6. Dezember 2008 (BGH/LG Bamberg)

(Unzulässige) Beschränkung der Revision auf die Anordnung des teilweisen Vorwegvollzugs einer Maßregel; Willkürverbot (reformatio in peius; Gleichheitsgrundsatz); Recht auf ein faires Verfahren (Eröffnung einer Rechtsmittelrücknahmemöglichkeit durch sachdienlichen Hinweis); Subsidiarität der Verfassungsbeschwerde (Erfordernis einer Anhörungsrüge).

Art. 3 Abs. 1 GG; Art. 2 Abs. 2 S. 2 GG; Art. 20 Abs. 3 GG; Art. 103 Abs. 1 GG; § 64 Abs. 1 StGB; § 349 Abs. 4 StPO; § 354 Abs. 1 StPO; § 302 StPO; § 356a StPO; § 90 Abs. 2 BVerfGG

304. BVerfG 2 BvR 1372/07 (2. Kammer des Zweiten Senats) – Beschluss vom 17. Februar 2009 (LG Halle/Saale/AG Halle-Saalkreis/Staatsanwaltschaft Halle)

Abfrage von Kreditkartendaten in einem Ermittlungsverfahren wegen Kinderpornographie (Operation „Mikado“); Grundrecht auf informationelle Selbstbestimmung (Schutzbereich; Eingriff; Normenklarheit; Verhältnismäßigkeit); (keine) Anwendung der Vorschriften über die Rasterfahndung (Anwendung der Generalklausel des § 161 StPO; Grundsatz der freien Gestaltung des Ermittlungsverfahrens).

Art. 2 Abs. 1 GG; Art. 1 Abs. 1 GG; § 161 StPO; § 161a StPO; § 98a StPO; § 184b Abs. 4 StGB

305. BVerfG 2 BvR 161/09 (2. Kammer des Zweiten Senats) – Beschluss vom 16. Februar 2009 (OLG Karlsruhe/LG Freiburg)

Missbrauchsgebühr (geringe Geldbuße; verfassungsrechtlich substanzlose Rügen; offensichtliche Aussichtslosigkeit der Verfassungsbeschwerde).

§ 34 Abs. 2 BVerfGG

Zur Auferlegung einer Missbrauchsgebühr wegen Erhebung einer Verfassungsbeschwerde ohne substantielle Begründung und nur geringen Nachteils (5 Euro Geldbuße).

306. BGH 1 StR 14/09 - Beschluss vom 18. Februar 2009 (LG Karlsruhe)

Verwerfung der Revision als unbegründet.

§ 349 Abs. 2 StPO

307. BGH 1 StR 37/09 - Beschluss vom 17. Februar 2009 (LG Nürnberg)

Nachholung der Einzelstrafenverhängung durch das Revisionsgericht.

§ 354 Abs. 1 StPO

308. BGH 1 StR 381/08 - Beschluss vom 17. Februar 2009 (OLG Bamberg)

BGHSt; keine Strafbarkeit nach § 95 Abs. 1 Nr. 7 AufenthG bei der wiederholten Zuwiderhandlung gegen eine Auflage gemäß § 61 Abs. 1 Satz 2 AufenthG.

§ 95 Abs. 1 Nr. 7 AufenthG; § 61 Abs. 1 Satz 2 AufenthG

309. BGH 1 StR 4/09 - Beschluss vom 18. Februar 2009 (LG Stuttgart)

BGHSt; Geldwäsche (Vortat der Bestechung: Herrühren des Bestechungsgeldes; Vortatbeteiligung: Maßgeblichkeit des deutschen Rechts); ne bis in idem (Verbot der Doppelbestrafung).

Art. 103 Abs. 3 GG; § 261 Abs. 1 Satz 1 StGB; § 261 Abs. 9 Satz 2 StGB; § 334 Abs. 1 StGB; § 335 Abs. 2 Nr. 1 und Nr. 3 StGB; Art. 2 § 1 und § 4 IntBestG

310. BGH 1 StR 53/09 - Beschluss vom 3. März 2009 (LG Bayreuth)

Verwerfung der Revision als unbegründet.

§ 349 Abs. 2 StPO

311. BGH 1 StR 633/08 - Beschluss vom 19. Februar 2009 (LG Regensburg)

Steuerhinterziehung (Umsatzsteuerkarussell; Scheingeschäfte: Verneinung einer innergemeinschaftlichen Lieferung bei Missbrauch, Anwendung auf einen Warenkreislauf); Vorlagepflicht nach Europarecht (CIFIT-Rechtsprechung).

§ 370 AO; Art. 234 Abs. 3 EGV; § 6a UStG; § 4 Nr. 1 lit. b UStG

312. BGH 1 StR 648/08 - Beschluss vom 17. Dezember 2008 (LG München)

Versuchte schwere räuberische Erpressung (Bereicherungsabsicht; Tatbestandsirrtum; Vorsatz bei normativen Tatbestandsmerkmalen; Feststellung der Rechtswidrigkeit der erstrebten Bereicherung).

§ 253 StGB; § 255 StGB; § 16 Abs. 1 StGB

313. BGH 1 StR 661/08 - Beschluss vom 21. Januar 2009 (LG München)

Verwerfung der Revision als unbegründet.

§ 349 Abs. 2 StPO

314. BGH 1 StR 680/08 - Beschluss vom 21. Januar 2009 (BGH)

Unbegründete Anhörungsrüge.

§ 356a StPO

315. BGH 1 StR 691/08 - Beschluss vom 17. Februar 2009 (LG Nürnberg-Fürth)

BGHSt; kein Verwertungsverbot bei Verstoß gegen die Benachrichtigungspflicht des § 168c Abs. 5 Satz 1 i.V.m. Abs. 1 StPO hinsichtlich eines Mitbeschuldigten (Rechtskreistheorie; Gefahr einer „gespaltenen Tatsachenfeststellung“; Verwertungsverbot hinsichtlich des betroffenen Angeklagten selbst: Infragestellung); Recht auf ein faires Verfahren (Konfrontationsrecht).

Art. 6 Abs. 1, Abs. 3 EMRK; § 168c Abs. 1, Abs. 5 Satz 1 StPO

316. BGH 1 StR 705/08 - Beschluss vom 20. Januar 2009 (LG Heilbronn)

Tatort im Inland (Zurechnung des Verhaltens von Mittätern: Vorbereitungshandlungen; Anwendbarkeit deutschen Strafrechts; Betrug).

§ 9 StGB; § 3 StGB; § 263 StGB

317. BGH 1 StR 709/08 - Beschluss vom 13. Januar 2009 (LG Ravensburg)

Qualifizierte Bemächtigungslage bei der Geiselnahme.

§ 239b Abs. 1 StGB

318. BGH 1 StR 731/08 - Beschluss vom 18. Februar 2009 (LG München I)

BGHSt; Schadensbestimmung bei Betrug im Fall von Risikogeschäften (Bewertung zum Zeitpunkt der Vermögensverfügung; Vorsatz; Verlustrisiko als Endschaden bzw. endgültiger Schaden; Mindestfeststellung durch Schätzung inklusive Beurteilungsspielraum: Recht auf ein faires Verfahren; Schadensumfang beim Anlagebetrug); Hinweispflicht; Geldstrafe neben Freiheitsstrafe (wirtschaftliche Verhältnisse; Erörterungsmangel).

Art. 2 Abs. 1 GG; Art. 20 Abs. 3 GG; § 263 Abs. 1 StGB; § 266 StGB; § 41 StGB; § 265 StPO

319. BGH 1 StR 738/08 - Beschluss vom 3. März 2009 (LG Cottbus)

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

320. BGH (Ermittlungsrichter) ARs 1/2009 (1 BGs 29/2009) - Beschluss vom 10. März 2009 (1. Untersuchungsausschuss der 16. Wahlperiode des Deutschen Bundestages)

Rechtsbehelf gegen die Ablehnung eines Beweisantrages im 1. Untersuchungsausschuss der 16. Wahlperiode des Deutschen Bundestages (BND-Ausschuss; Journalistin; Zulässigkeit; qualifiziertes Beweisantragsrecht).
§ 17 Abs. 2, Abs. 4 PUAG; § 9 Abs. 4 Satz 1 PUAG; Art. 44 Abs. 2 GG; § 244 Abs. 3, Abs. 5 StPO

321. BGH 2 StR 25/09 - Beschluss vom 4. März 2009 (LG Gießen)

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

322. BGH 2 StR 165/08 - Urteil vom 4. Februar 2009 (LG Frankfurt am Main)

BGHSt; Verbrechenverabredung (Einordnung einer Tat als Verbrechen oder Vergehen beim Sich-Bereiterklären zur Anstiftung nach der Person des Anzustiftenden; versuchte Anstiftung; Verbrechenverabredung; ungenügende Beihilfe); gewerbs- und bandenmäßig begangener Betrug.
§ 30 Abs. 2 StGB; § 263 Abs. 5 StGB

323. BGH 2 StR 338/08 - Urteil vom 10. Dezember 2008 (LG Wiesbaden)

Tateinheit zwischen Geiselnahme, Freiheitsberaubung und Vergewaltigung (Verklammerung; regelmäßig fehlende Auswirkung eines Fehlers bei der Konkurrenzbeurteilung).
§ 239 StGB; § 239b StGB; § 177 Abs. 2 StGB; § 53 StGB; § 337 StPO

324. BGH 2 StR 339/08 - Urteil vom 11. Februar 2009 (LG Frankfurt)

Konkurrenzen bei Untreue (Verhältnis zum Betrug) und Bestechlichkeit im geschäftlichen Verkehr (Tateinheit); Strafzumessung (erforderliche Prüfung des Täter-Opfer-Ausgleichs bei Teilschadensausgleich).
§ 266 StGB; § 299 Abs. 1 StGB; § 263 StGB; § 52 StGB; § 53 StGB; § 46 StGB; § 46a StGB

325. BGH 2 StR 340/08 - Beschluss vom 6. Februar 2009 (LG Gera)

Tenorierung bei gewerbsmäßiger Hehlerei und beim Diebstahl im besonders schweren Fall (Qualifikationstatbestand und Strafzumessungsregel).
§ 260 Abs. 1 Nr. 1 StGB; § 242 StGB; § 243 StGB

326. BGH 2 StR 46/09 - Beschluss vom 25. Februar 2009 (LG Frankfurt)

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

327. BGH 2 StR 478/08 - Beschluss vom 13. Februar 2009 (LG Darmstadt)

Verwerfung der Revision als unbegründet.

§ 349 Abs. 2 StPO

328. BGH 2 StR 479/08 - Beschluss vom 13. Februar 2009 (BGH)

Unbegründete Anhörungsrüge; beschränkte Begründungspflicht.
Art. 103 Abs. 1 GG; § 356a StPO

329. BGH 2 StR 504/08 - Urteil vom 4. Februar 2009 (LG Gera)

BGHSt; Verfall von Wertersatz bei Kaufgeld der Ermittlungsbehörden (mangelnde Sicherstellung; entgegenstehende Ansprüche bei eingesetztem Scheinkaufgeld; Begriff des Erlangten: etwas).
§ 73 Abs. 1 Satz 2 StGB; § 73a Satz 1 StGB

330. BGH 2 StR 504/08 - Beschluss vom 12. März 2009 (LG Gera)

Berichtigungsbeschluss (Schreibversehen).

331. BGH 2 StR 509/08 - Beschluss vom 13. Februar 2009 (LG Aachen)

Anordnung der Unterbringung in einem psychiatrischen Krankenhaus (Voraussetzungen: tatsächlich fehlende Einsicht nach § 21 StGB).
§ 63 StGB; § 21 StGB

332. BGH 2 StR 516/08 - Urteil vom 14. Januar 2009 (LG Trier)

Gewerbsmäßiger Betrug (eigene Vorteile; Drittbereicherungsabsicht; Beweiswürdigung: rechtsfehlerhafte Begründung eines Freispruchs, Gesamtwürdigung der Indizien, überspannte Anforderungen an die Überzeugungsbildung, lückenhafte Würdigung).
§ 263 Abs. 3 Nr. 1, Abs. 5 StGB; § 261 StPO

333. BGH 2 StR 528/08 - Urteil vom 11. Februar 2009 (LG Aachen)

Erörterungsmangel hinsichtlich des bandenmäßigen unerlaubten Handeltreibens mit Betäubungsmitteln (Begriff der Bande; Verfolgung eigener Interessen; genügende Gehilfentätigkeit).
§ 30 BtMG; § 263 Abs. 5 StGB

334. BGH 2 StR 529/08 - Beschluss vom 11. Februar 2009 (LG Aachen)

Geldfälschung (gewerbsmäßige; minder schwerer Fall: Mitteilung der gewählten Variante bei § 146 Abs. 3 StGB).
§ 146 Abs. 1, Abs. 2, Abs. 3 StGB; § 46 StGB

335. BGH 2 StR 548/08 - Beschluss vom 12. Dezember 2008 (LG Mühlhausen)

Strafschärfende Berücksichtigung verjährter Straftaten; redaktioneller Hinweis.
§ 46 StGB

336. BGH 2 StR 557/08 - Beschluss vom 13. Februar 2009 (LG Aachen)

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

337. BGH 2 StR 563/08 - Beschluss vom 17. Dezember 2008

Fortwirkende Bestellung eines Rechtsanwaltes als Beistand der Nebenklage.

§ 397a Abs. 1 Satz 1 StPO

338. BGH 2 StR 593/08 - Beschluss vom 18. Februar 2009 (LG Darmstadt)

Erfordernis einer eingehenden Begründung des Gesamtstrafenausspruchs bei auffälliger Entfernung der Gesamtstrafe von der Einsatzstrafe.

§ 54 StGB

339. BGH 2 StR 603/08 - Beschluss vom 18. Februar 2009 (LG Koblenz)

Erfordernis einer eingehenden Begründung des Gesamtstrafenausspruchs bei auffälliger Entfernung der Gesamtstrafe von der Einsatzstrafe.

§ 54 StGB

340. BGH 2 ARs 101/09 2 AR 67/09 - Beschluss vom 11. März 2009 (AG Leverkusen; LG Münster)

Verbindungsentscheidung nach § 4 Abs. 2 Satz 2 StPO.

§ 4 Abs. 2 Satz 2 StPO; § 2 Abs. 1 Satz 1 StPO; § 3 StPO

341. BGH 4 StR 14/09 - Beschluss vom 24. Februar 2009 (LG Kaiserslautern)

Verwerfung der Revision als unbegründet.

§ 349 Abs. 2 StPO

342. BGH 4 StR 19/09 - Beschluss vom 5. März 2009 (LG Essen)

Einziehung von Wertersatz und Verfall von Wertersatz bei unerlaubtem Handeltreiben mit Betäubungsmitteln (Nichtigkeit der Übereignung; Verfall von Wertersatz hinsichtlich der Erlöse).

§ 74c StGB; § 73a StGB; § 134 BGB

343. BGH 4 StR 26/09 - Beschluss vom 5. März 2009 (LG Stralsund)

Unzulässige Verfahrensrüge der Mitwirkung eines befangenen Richters (verspätete Ablehnungsrüge; Darlegungsanforderungen); Beweiskraft des nicht widersprüchlichen Sitzungsprotokolls.

§ 338 Nr. 3 StPO; § 344 Abs. 2 Satz 2 StPO; § 25 Abs. 1 Satz 1 StPO; § 274 StPO

344. BGH 4 StR 296/08 - Beschluss vom 27. Januar 2009 (LG Dortmund)

Recht auf ein faires Verfahren (Selbstbelastungsfreiheit; Fortwirkung; Umgehung des Schweigerechts; Einsatz Verdeckter Ermittler; Verwertungsverbot bei der Ausnutzung eines Vertrauensverhältnisses in vernehmungsförmlichen Befragungen; Beruhen; Verwertung späterer Aussagen in Vernehmungen: qualifizierte Belehrung und Darlegungsanforderungen an die Verfahrensrüge hinsichtlich einer rechtswidrigen Verwertung); redaktioneller Hinweis.

Art. 6 EMRK; Art. 2 Abs. 1 GG, Art. 1 Abs. 1 GG; Vor § 1 StPO; § 136a StPO; § 337 StPO; § 344 Abs. 2 Satz 2 StPO

345. BGH 4 StR 6/09 - Beschluss vom 19. März 2009 (LG Kaiserslautern)

Verwerfung der Revision als unbegründet.

§ 349 Abs. 2 StPO

346. BGH 4 StR 314/07 - Beschluss vom 10. Februar 2009 (LG Bielefeld)

Nachträgliche Unterbringung in der Sicherungsverwahrung (Vereinbarkeit mit der EMRK; vorherige Erklärung der Erledigung der Unterbringung in einem psychiatrischen Krankenhaus; neue Tatsache; keine Rückverweisung in den Maßregelvollzug nach § 63 StGB; Rechtsstaatsprinzip; Freiheit der Person; Vertrauensschutzgrundsatz).

Art. 5 EMRK; Art. 2 Abs. 2 Satz 2 GG; Art. 20 Abs. 3 GG; § 66b Abs. 1, Abs. 2, Abs. 3 StGB; § 67d Abs. 6 StGB; § 63 StGB

347. BGH 4 StR 391/07 - Beschluss vom 10. Februar 2009 (LG Saarbrücken)

Nachträgliche Unterbringung in der Sicherungsverwahrung (vorherige Erklärung der Erledigung der Unterbringung in einem psychiatrischen Krankenhaus; neue Tatsache; keine Rückverweisung in den Maßregelvollzug nach § 63 StGB; Rechtsstaatsprinzip; Freiheit der Person; Vertrauensschutzgrundsatz).

Art. 5 EMRK; Art. 2 Abs. 2 Satz 2 GG; Art. 20 Abs. 3 GG; § 66b Abs. 1, Abs. 2, Abs. 3 StGB; § 67d Abs. 6 StGB; § 63 StGB

1. Wegen der schwer wiegenden Folgen, die mit der Anordnung der nachträglichen Sicherungsverwahrung nach einer Erledigungserklärung der Unterbringung in einem psychiatrischen Krankenhaus für den Verurteilten verbunden sind, muss über das Beschlussverfahren der Strafvollstreckungskammer nach § 67d Abs. 6 StGB hinaus in der Hauptverhandlung nach § 66b StGB geprüft werden, ob die (mögliche) qualifizierte Gefährlichkeit des Verurteilten (weiterhin) auf der (dauerhaften) psychischen Störung des Verurteilten beruht, die in der Anlassverurteilung zur Unterbringung in einem psychiatrischen Krankenhaus geführt hat (vgl. hierzu BGHSt 50, 373, 385). Ist dies der Fall, so kommt – für § 66 b Abs. 1 und 2 StGB schon mangels neuer Erkenntnisse – eine Unterbringung nach § 66b StGB nicht in Betracht. Für eine etwaige „Rückverweisung“ des Verurteilten in den Maßregelvollzug nach § 63 StGB gibt es keine Rechtsgrundlage (vgl. BGH StV 2006, 413; NStZ-RR 2007, 301, 303).

2. Es steht der Anordnung der nachträglichen Sicherungsverwahrung nach § 66b Abs. 3 StGB entgegen, wenn der Betroffene nach Erklärung der Erledigung der Unterbringung in einem psychiatrischen Krankenhaus (§ 67 d Abs. 6 StGB) noch Freiheitsstrafe zu verbüßen hat, auf die zugleich mit der Unterbringung erkannt worden ist. Für die Annahme neuer Tatsachen im Sinne des § 66b Abs. 1 Satz 1 bzw. Abs. 2 StGB genügt es allerdings, dass vor dem Hintergrund der nicht (mehr) vorhandenen Voraussetzungen der Unterbringung nach § 63 StGB die qualifizierte Gefährlichkeit des Verurteilten auf abweichender Grundlage belegt werde.

3. Nur die Vollstreckung des Restes derjenigen Strafe, die in der jeweiligen Anlassverurteilung ausgesprochen worden war, steht der Anwendung des § 66b Abs. 3 StGB entgegen. Werden zwei Maßregelanordnungen gemäß § 67d Abs. 6 StGB für erledigt erklärt und ist nur im Hinblick auf eines der beiden Urteile noch Freiheitsstrafe

zu vollstrecken, so ist für die andere § 66b Abs. 3 StGB anwendbar (BGH - GS - Rdn. 36).

348. BGH 4 StR 396/08 - Beschluss vom 20. Januar 2009 (LG Berlin)

Straßenverkehrgefährdung (Begriff der Vorfahrt).
§ 315c StGB

349. BGH 4 StR 476/08 - Beschluss vom 24. Februar 2009 (LG Saarbrücken)

Darlegungsanforderungen an die Verfahrensrüge, mit der die unzureichende Begründung von Verlängerungsanordnungen bei der Telekommunikationsüberwachung geltend gemacht wird (Mitteilung der Anordnungen).
§ 344 Abs. 2 Satz 2 StPO; § 100a StPO; 100b StPO

350. BGH 4 StR 482/08 - Beschluss vom 24. Februar 2009 (LG Hamburg)

Falsche Verdächtigung; Verfahrensbeschränkung wegen mangelnder Feststellungen (Gefährdung des Straßenverkehrs).
§ 164 StGB; § 315c StGB

351. BGH 4 StR 488/08 - Urteil vom 12. Februar 2009 (LG Dortmund)

Abgrenzung von Mittäterschaft und Beihilfe beim Unterlassungsdelikt; Garantenstellung aus Ingerenz (Bestärkung eines anderen zur Tat).
§ 25 Abs. 2 StGB; § 27 StGB; § 13 StGB

352. BGH 4 StR 538/08 - Beschluss vom 24. Februar 2009 (LG Rostock)

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

353. BGH 4 StR 542/08 - Beschluss vom 16. Dezember 2008 (LG Halle)

Adhäsionsverfahren (Verfahrensvoraussetzung eines wirksam gestellten Adhäsionsantrages; Antragsberechtigung des gesetzlichen Vertreters bei Bevollmächtigung nur durch Betreuerin).
§ 404 StPO; § 403 StPO; § 1902 BGB

354. BGH 4 StR 568/08 - Beschluss vom 8. Januar 2009 (LG Dortmund)

Hinweispflicht bei Anordnung der Sicherungsverwahrung (Erfordernis eines eindeutigen Hinweises im Eröffnungsbeschluss; kein Beruhensausschluss).
§ 66 StGB; § 265 Abs. 1, Abs. 2 StPO; § 337 StPO

355. BGH 4 StR 573/08 - Beschluss vom 22. Januar 2009 (LG Schwerin)

Konkurrenzen (Tateinheit infolge Fortwirkung der Tat handlung; Teilidentität der Handlungen bei Raub, räuberischer Erpressung und erpresserischem Menschenraub).
§ 66 StGB; § 52 StGB; § 249 StGB; § 253 StGB; § 239a StGB

356. BGH 4 StR 583/08 - Beschluss vom 24. Februar 2009 (LG Bielefeld)

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

357. BGH 4 StR 594/08 - Urteil vom 5. März 2009 (LG Landau)

Tätliche Beleidigung („Sprühregenfall“; spürbare körperliche Einwirkung); nachträgliche Gesamtstrafbildung (Zäsurwirkung).
§ 185 2. Alt. StGB; § 55 Abs. 1 StGB

358. BGH 4 StR 609/08 - Beschluss vom 24. Februar 2009 (LG Halle)

Strafzumessung (Vorwurf einer Tat, von der der Angeklagte zurückgetreten ist: Rücktritt; angemessen Rechtsfolge).
§ 46 StGB; § 354 Abs. 1a StPO

359. BGH 4 StR 648/08 - Beschluss vom 17. März 2009 (LG Hagen)

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

360. EGMR Nr. 4378/02 - Urteil der Großen Kammer vom 21. Januar 2009 (Bykov v. Russland)

Recht auf ein faires Verfahren (heimliche Ermittlungsmethoden; Umgehungsverbot; Hörfälle und Täuschung; Schutz der Selbstbelastungsfreiheit; Verwertung rechtswidrig erlangter Beweismittel; Beweisverwertungsverbote; V-Mann-Einsatz; verdeckter Ermittler; Konfrontationsrecht; konkrete und wirksame Auslegung; abweichende Sondervoten); Recht auf Achtung des Privatlebens und der Wohnung (gesetzliche und gesetzeswidrige Eingriffe; Einsatz technischer Abhör- und Aufzeichnungshilfsmittel in Wohnungen bei V-Mann-Einsätzen; Recht am eigenen Wort; Vertraulichkeit); Recht auf Sicherheit und Freiheit (Entscheidung in angemessener Frist; mangelnde spezifische Begründung fortdauernder Untersuchungshaft); redaktioneller Hinweis.
Art. 6 EMRK; Art. 8 EMRK; Art. 5 Abs. 3 EMRK; Art. 2 Abs. 1, Art. 1 Abs. 1 GG; Art. 13 GG; Art. 20 Abs. 3 GG; § 136a StPO; § 110 StPO

361. BGH IX ZR 17/07 - Beschluss vom 5. Juni 2008 (LG Würzburg)

BGHR; Absprachen und Verfahrenseinstellung nach § 153a StPO (Grenze der Gläubigerbenachteiligung; insolvenzrechtliche Behandlung von Geldauflagen im Ermittlungsverfahren; unentgeltliche Leistung; Inkongruenz; Vorsatzanfechtung).
§ 153a Abs. 1 Satz 2 Nr. 2, Abs. 2 Satz 2 StPO; § 129 InsO; § 134 Abs. 1 InsO; § 133 Abs. 1 InsO

362. LG Itzehoe Jug 3 KLS 19/08 - Beschluss vom 12. März 2009

Vorlagebeschluss; Richtervorlage; konkrete Normenkontrolle; Schuldprinzip; schuldangemessene Strafe; besonders schwere Brandstiftung (Fehlen eines minderschweren Falles); verfassungskonforme Auslegung; abstraktes Gefährdungsdelikt; teleologische Reduktion.
Art. 1 Abs. 1 GG; Art. 2 Abs. 1 GG; Art. 20 Abs. 3 GG; Art. 100 Abs. 1 GG; § 306b Abs. 2 Nr. 2 StGB; § 49 Abs. 1 StGB

363. BGH 5 StR 21/09 - Beschluss vom 25. März 2009 (LG Frankfurt/Oder)

Nachträgliche Anordnung der Sicherungsverwahrung (positive Feststellung gegenwärtiger erheblicher Gefahr schwerster Straftaten).
§ 66b StGB

364. BGH 5 StR 22/09 - Beschluss vom 25. Februar 2009 (LG Leipzig)

Strafrahmenwahl (minder schwerer Fall; Gesamtwürdigung); nachträgliche Bildung der Gesamtstrafe; Vorwegvollzug (Anrechnung erlittener Untersuchungshaft; Anrechnung von vollstreckter Strafhaft); Unterbringung in einer Entziehungsanstalt.
§ 250 StGB; § 55 StGB; § 51 StGB; § 67 StGB; § 64 StGB

365. BGH 5 StR 25/09 - Urteil vom 25. Februar 2009 (LG Berlin)

Unbegründete Revision der Staatsanwaltschaft.
§ 353 StPO

366. BGH 5 StR 39/09 - Beschluss vom 24. Februar 2009 (LG Hamburg)

Raub (finale Beziehung zwischen Gewaltanwendung und Wegnahme; konkludente Drohung; nicht finale Gewaltanwendung; Vorsatz; subjektiver Tatbestand); Körperverletzung (Ohrfeige; Strafzumessung; Freiheitsstrafe von zwei Jahren).
§ 249 StGB; § 223 StGB; § 46 StGB

367. BGH 5 StR 40/09 - Beschluss vom 11. März 2009 (LG Bremen)

Begründung einer Aufklärungsrüge (revisionsrechtlich unzulässiger Vortrag des Inhalts einer Zeugenaussage; Rekonstruktionsverbot).
§ 344 Abs. 2 Satz 2 StPO; § 349 Abs. 2 StPO

368. BGH 5 StR 8/09 - Beschluss vom 24. Februar 2009 (LG Berlin)

Strafzumessung (gravierende Unterschiede in der Schuld von Mittätern); Verabredung eines Verbrechens (vertypeter Strafmilderungsgrund).
§ 46 StGB; § 25 Abs. 2 StGB; § 30 StGB; § 49 Abs. 2 StGB

369. BGH 5 StR 42/09 - Beschluss vom 25. Februar 2009 (LG Dresden)

Unzulässige Verfahrensrüge (unvollständiger Sachvortrag).
§ 344 Abs. 2 Satz 2 StPO

370. BGH 5 StR 43/09 - Beschluss vom 24. Februar 2009 (LG Berlin)

Vergewaltigung (Strafzumessung; besondere Bedeutung des Kindesalters des Tatopfers).
§ 177 Abs. 2 StGB; § 46 StGB; § 176 StGB

371. BGH 5 StR 46/09 - Beschluss vom 25. Februar 2009 (LG Berlin)

Strafzumessung (Widerspruch zwischen Tenor und Urteilsgründen); eigene Entscheidung des Revisionsgerichts (Beruhen).
§ 354 StPO; § 260 StPO; § 267 StPO

372. BGH 5 StR 56/09 - Beschluss vom 10. März 2009 (LG Leipzig)

Strafzumessung; Strafrahmenwahl; Betäubungsmittelabhängigkeit (rechtsfehlerhafte strafscharfende Berücksichtigung suchtbedingter Vortaten); Vorwegvollzug (Anrechnung erlittener Untersuchungshaft).
§ 46 StGB; § 250 StGB; § 51 StGB; § 67 StGB

373. BGH 5 StR 67/09 - Beschluss vom 24. März 2009 (LG Berlin)

Unterbringung in einer Entziehungsanstalt (Hang).
§ 64 StGB

374. BGH 5 StR 69/09 - Beschluss vom 24. März 2009 (LG Dresden)

Nachträgliche Bildung der Gesamtstrafe (Berücksichtigung bereits erfüllter Bewährungsaufgaben).
§ 58 Abs. 2 Satz 2 StGB; § 56f Abs. 3 StGB

375. BGH 5 StR 225/06 - Beschluss vom 24. März 2009

Gegenstandswert für die Tätigkeit des Vertreters der Verfallsbeteiligten im Revisionsverfahren (wirtschaftlichen Interesse der Verfallsbeteiligten).
§ 2 RVG; § 33 RVG

376. BGH 5 StR 450/08 - Beschluss vom 26. November 2008 (LG Berlin)

Nachträgliche Bildung der Gesamtstrafe (Einbeziehung einer zum Erlass reifen, zur Bewährung ausgesetzten Freiheitsstrafe); Recht auf Verfahrensbeschleunigung (rechtsstaatswidrige Verfahrensverzögerung).
Art. 6 Abs. 1 Satz 1 EMRK; Art. 20 Abs. 3 GG; § 55 StGB; § 56 StGB; § 56f StGB

377. BGH 5 StR 73/09 - Beschluss vom 10. März 2009 (LG Berlin)

Verminderte Schuldfähigkeit (obligatorische Prüfung der Strafmilderung); Härteausgleich (fiktive Gesamtstrafe).
§ 21 StGB; § 49 StGB; § 55 StGB

378. BGH 5 StR 80/09 - Beschluss vom 24. März 2009 (LG Berlin)

Unbegründete Revision; Tateinheit.
§ 349 Abs. 2 StPO; § 52 StGB

379. BGH 5 StR 86/09 - Beschluss vom 25. März 2009 (LG Neuruppin)

Körperverletzung mit Todesfolge (minder schwerer Fall; Gesamtabwägung); Unterbringung in einer Entziehungsanstalt (obligatorische Prüfung bei nahe liegenden Hang).
§ 227 StGB; § 46 StGB; § 64 StGB

380. BGH 5 StR 87/09 - Beschluss vom 24. März 2009 (LG Leipzig)

Urteilsformel (Anrechnung erlittener Untersuchungshaft).
§ 260 StPO; § 51 StGB

381. BGH 5 StR 465/08 - Urteil vom 28. Januar 2009 (LG Berlin)

Erörterungsmangel; Strafaussetzung zur Bewährung (einschlägige neuerliche Straffälligkeit während des laufenden Strafverfahrens); Unterbringung in einer Entzie-

hungsanstalt (Gefährlichkeit); Urteilsgründe.
 § 56 StGB; § 64 StGB; § 267 StPO

382. BGH 5 StR 532/08 - Urteil vom 26. Februar 2009 (LG Zwickau)

Aussetzung; fahrlässige Tötung; Beweiswürdigung.
 § 261 StPO; § 221 StGB; § 222 StGB

383. BGH 5 StR 538/08 - Urteil vom 25. Februar 2009 (LG Görlitz)

Beweiswürdigung (Freispruch; einzige Belastungszeugin; Besonderheiten des Aussageverhaltens); Darlegung des Aussageverhaltens in den Urteilsgründe.
 § 261 StPO; § 267 StPO

384. BGH 5 StR 555/08 - Beschluss vom 20. Februar 2009 (LG Bremen)

Unterbringung in einem psychiatrischen Krankenhaus (Querulant; Bedrohung; Verhältnismäßigkeit; Gefahrenprognose); erheblich verminderte Schuldfähigkeit; Schuldunfähigkeit.
 § 20 StGB; § 21 StGB; § 62 StGB; § 63 StGB; § 241 StGB

385. BGH 5 StR 572/08 - Urteil vom 26. Februar 2009 (LG Berlin)

Versuchter Mord; Rücktritt vom Versuch (Aufgeben der weiteren Tatausführung; Zäsur); Garantenstellung für die Abwendung des Todes (Ingerenz aufgrund früherer gemeinschaftlicher Körperverletzung); detaillierte Vorgaben des Revisionsgerichts für die neue Hauptverhandlung.
 § 211 StGB; § 13 StGB; § 22 StGB; § 23 StGB; § 24 StGB; § 223 StGB

386. BGH 5 StR 605/08 - Beschluss vom 24. Februar 2009 (LG Bautzen)

Überzeugungsbildung (Wahrunterstellung; weitere Schlussfolgerungen); nachträgliche Bedeutungslosigkeit einer als wahr unterstellten Beweistatsache (ausdrückliche Erörterung; Hinweis vor Urteilsverkündung).
 § 244 Abs. 3 Satz 2 StPO; § 261 StPO; § 267 StPO

387. BGH 5 StR 624/08 - Beschluss vom 24. Februar 2009 (LG Potsdam)

Gesamtstrafenbildung.
 § 54 StGB