

## SCHRIFTFLEITUNG

Wiss. Ass.

Dr. iur. Karsten Gaede

Bucerius Law School

Jungiusstraße 6

20355 Hamburg

[karsten.gaede@strate.net](mailto:karsten.gaede@strate.net)

## REDAKTION

Ulf Buermeyer, Dr. iur. Karsten

Gaede, Stephan Schlegel (Web-

master)

## STÄNDIGE MITARBEITER

Ass.-Prof. Dr. Daniela Demko, LL.M.,

(Univ. Luzern); Wiss. Ass. Dr. Lutz

Eidam, LL.M. (Bucerius Law School);

Dr. Antje du Bois-Pedain, 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 a.M.); Prof. Dr.

Christoph Sowada (Univ. Rostock);

RA Klaus-Ulrich Ventzke (Ham-

burg) und Prof. Dr. Wolfgang Woh-

lers (Univ. Zürich)

## Publikationen

Wiss. Mit. Dr. *Christian Becker*, Bucerius Law School, Hamburg – **Herrschaft durch Nichtstun? Zur Beteiligung durch Unterlassen** (zugl. Anmerkung zu HRRS 2009 Nr. 351) S. 242

Prof. Dr. *Diethelm Kleszczewski*, Univ. Leipzig – **Binnenmarktförderung durch Speicherpflichten?** (Anmerkung zu EuGH HRRS 2009 Nr. 297) S. 250

Wiss. Ass. Dr. *Marco Mansdörfer*, Freiburg i.Brsg. – **Der internationalrechtliche Geltungsbereich des Geldwäschetatbestandes** (zugl. Anmerkung zu BGH HRRS 2009 Nr. 309) S. 252

Die Ausgabe umfasst eine Rezension zu einer strafrechtlichen Publikation.

## Entscheidungen

- EGMR *(Borovsky vs. Slowakei)* Verletzung der Unschuldsvermutung durch vor-schnelle Schuldbehauptung staatlicher Amtsträger
- BVerfG **Schutz der Bildberichterstattung über Strafverfahren gemäß Art. 5 GG**
- BVerfG **Geschäftsverteilungsplanänderung und anhängige Verfahren**
- BGHSt **Sexueller Missbrauch von Kindern durch Vornahme von sexuellen Handlungen in einer Internet-Live-Übertragung**
- BGHSt **Prozessual verwertbare und wegen Beleidigung strafbare Äußerungen des Verteidigers im Mandatsverhältnis**
- BGHSt **Zusammenwirken von Finanzbehörden und Staatsanwaltschaften im steuerstrafrechtlichen Ermittlungsverfahren**
- BGHSt **Gesetzlicher Richter und Errichtung einer Hilfsstrafkammer**
- BGHSt **Regelungsgehalt des § 10 StPO („Piratenbeschluss des BGH“)**
- BGHSt **Erfolgsunrecht bei der „Umsatzsteuerhinterziehung auf Zeit“**
- BGHSt **Strafbare Anzeige- und Berichtigungspflicht nach § 153 I 1 Nr. 1 AO auch nach vorsätzlicher Abgabe einer unrichtigen Steuererklärung**
- BGHSt **Gefährdung der auswärtigen Beziehungen der BRD durch eine Aus-landstat nach dem KWKG**

Die Ausgabe umfasst 86 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

**SCHRIFTFLEITUNG**  
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, Juni 2009, Ausgabe

6

Rechtsprechung

## Strafrechtliche/strafverfahrensrechtliche Entscheidungen des EGMR/BVerfG

### **516. EGMR Nr. 24528/02 – Urteil der 4. Kammer des EGMR vom 2. Juni 2009 (Borovsky v. Slowakei)**

Verletzung der Unschuldsvermutung durch (materielle) Feststellungen einer Schuld vor Ablauf eines rechtsstaatlichen Verfahrens im Ermittlungsverfahren durch Gerichte und Amtsträger.

Art. 6 Abs. 1, Abs. 2 EMRK

1. Art. 6 Abs. 2 EMRK verbietet es, ein faires Strafverfahren durch präjudizierende vorherige Stellungnahmen zu unterminieren, die in einer engen Verbindung mit diesem Verfahren gemacht werden. Er untersagt zum einen, dass das Gericht selbst voreilig ausdrückt, der Angeklagte sei schuldig, bevor ihm dies gesetzmäßig nachgewiesen ist. Zum anderen untersagt Art. 6 Abs. 2 EMRK auch Stel-

lungnahmen, die von anderen Amtsträgern des Staates über laufende Strafverfahren gemacht werden, welche die Öffentlichkeit dazu animieren zu glauben, dass der Beschuldigte schuldig sei, und damit die Tatsachenwürdigung des zuständigen Gerichts vorwegnehmen.

2. Die Unschuldsvermutung wird verletzt, wenn eine gerichtliche Entscheidung oder die Stellungnahme eines Amtsträgers über den Angeklagten die Einschätzung äußert, dass er schuldig ist, noch bevor ihm dies in einem gesetzlichen Verfahren bewiesen worden ist. Eine Verletzung ist nicht nur bei einem ausdrücklichen Schuldvorwurf anzunehmen. Es genügen auch Ausführungen, die darauf schließen lassen, dass das Gericht oder der Amtsträger den Angeklagten als schuldig ansieht. Dabei ist zwischen Äußerungen zu unterscheiden, die nur einen

Verdacht der Tatbegehung durch den Angeklagten ausdrücken, und deutlichen Äußerungen, der Angeklagte habe die Tat begangen.

3. Zur Anwendung auf den haltlosen Vorwurf des Betruges.

### **551. BVerfG 1 BvR 654/09 (1. Kammer des Ersten Senats) – Beschluss vom 3. April 2009 (LG Berlin)**

Rundfunkfreiheit (Bildberichterstattung über Strafgerichtsverfahren; sitzungsleitende Anordnungen; Kumulation von Maßnahmen als unzulässige Beschränkung); Unschuldsvermutung und Recht auf ein faires Verfahren; Allgemeines Persönlichkeitsrecht (Anonymisierung des Angeklagten; Schutz sonstiger Verfahrensbeteiligter); einstweilige Anordnung (Verfassungsbeschwerde; Beginn der Beschwerdefrist; Folgenabwägung).

Art. 5 Abs. 1 GG; Art. 2 Abs. 1 GG, Art. 1 Abs. 1 GG; Art. 20 Abs. 3 GG; Art. 6 EMRK; § 172 GVG; § 32 BVerfGG; § 93 Abs. 1 BVerfGG

1. Anordnungen des Vorsitzenden nach § 176 GVG, mit denen die Anfertigung von Bild- und Fernsehaufnahmen vom Geschehen im Sitzungssaal am Rande der Hauptverhandlung Beschränkungen unterworfen wird, stellen Eingriffe in den Schutzbereich der Rundfunkfreiheit aus Art. 5 Abs. 1 Satz 2 GG dar (vgl. BVerfGE 91, 125, 134 f.; 119, 309, 320 f.). Bei deren Erlass ist der Rundfunkfreiheit Rechnung zu tragen und der Grundsatz der Verhältnismäßigkeit zu beachten (vgl. BVerfGE 91, 125, 138 f.; 119, 309, 321).

2. Von dem durch Art. 5 Abs. 1 Satz 2 GG geschützten Berichterstattungsinteresse ist die bildliche Dokumentation des Erscheinens und der Anwesenheit der Verfahrensbeteiligten im Sitzungssaal umfasst. Nicht nur die Untersagung der Bildberichterstattung am Rande der Hauptverhandlung, sondern auch die Ermöglichung des Zugangs des Angeklagten und seines Verteidigers durch einen besonderen Zugang nach Eröffnung der Hauptverhandlung kann das Bildberichterstattungsinteresse berühren. Auch in der Anordnung einer Anonymisierung gefertigter Fernsehbilder vom Angeklagten kann eine gewichtige Beschränkung von Informationsmöglichkeiten der Öffentlichkeit liegen (vgl. BVerfGE 119, 309, 326).

3. Bei der Gewichtung der Nachteile ist in Bezug auf die Pressefreiheit nicht nur die Schwere der Tat, sondern auch die öffentliche Aufmerksamkeit zu berücksichtigen, die das Strafverfahren etwa aufgrund besonderer Umstände und Rahmenbedingungen gewonnen hat. Die öffentliche Aufmerksamkeit wird umso stärker sein, je mehr sich die Straftat durch ihre besondere Begehungsweise oder die Schwere ihrer Folgen von der gewöhnlichen Kriminalität abhebt (vgl. BVerfGE 35, 202, 230 f.; 119, 309, 321 f.).

4. Einem Informationsinteresse der Öffentlichkeit an der Person des Täters, welches sich auf die Schwere der Tat und die Verwerflichkeit deren besonderer Umstände stützt, kann entgegenstehen, dass der Angeklagte, für den die aus dem Rechtsstaatsprinzip (Art. 20 Abs. 3 GG)

abgeleitete Unschuldsvermutung streitet, im Falle einer Fernsehberichterstattung, die sein nicht anonymisiertes Bildnis zeigt, Gefahr läuft, eine erhebliche Beeinträchtigung seines Persönlichkeitsrechts zu erleiden, die im Einzelfall trotz späteren Freispruches schwerwiegende und nachhaltige Folgen haben kann. Bis zu einem erstinstanzlichen Schuldspruch wird insoweit oftmals das Gewicht des Persönlichkeitsrechts gegenüber der Freiheit der Berichterstattung überwiegen. Ausnahmen können dort bestehen, wo sich der Angeklagte in eigenverantwortlicher Weise den ihm gegenüber erhobenen Vorwürfen in der medialen Öffentlichkeit auch im Wege der Bildberichterstattung gestellt hat, aber auch dann, wenn der betreffende Verfahrensbeteiligte kraft seines Amtes oder wegen seiner gesellschaftlich hervorgehobenen Verantwortung beziehungsweise Prominenz auch sonst in besonderer Weise im Blickfeld der Öffentlichkeit steht und die Medienöffentlichkeit mit Rücksicht hierauf hinzunehmen hat.

5. Personen, die im Gerichtsverfahren infolge ihres öffentlichen Amtes oder wie der Verteidiger als Organ der Rechtspflege im Blickpunkt der Öffentlichkeit stehen, haben nicht in gleichem Maße einen Anspruch auf Schutz ihrer Persönlichkeitsrechte wie eine von dem Verfahren betroffene Privatperson (vgl. BVerfGE 103, 44, 69; 119, 309, 323 f.).

6. Der Ausstrahlungswirkung der Rundfunkfreiheit aus Art. 5 Abs. 1 Satz 2 GG ist Genüge getan, wenn der Vorsitzende Gelegenheit zur Anfertigung von Lichtbild- und Fernsehaufnahmen schafft; dagegen kann aus Art. 5 Abs. 1 Satz 2 GG nicht eine Pflicht des Gerichts abgeleitet werden, Zwangsmaßnahmen, deren Anordnung die Strafprozessordnung gegenüber dem Angeklagten erlaubt, allein zu dem Zweck anzuordnen, der Presse diejenigen Personen, über die sie zu berichten wünscht, zur Ablichtung vorzuführen.

7. Sitzungspolizeilichen Maßnahmen stellen Entscheidungen im Sinne des § 93 Abs. 1 Satz 1 BVerfGG dar, so dass die Monatsfrist des § 93 Abs. 1 BVerfGG von dem Zeitpunkt an läuft, in welchem der Beschwerdeführer von der in vollständiger Form abgefassten Entscheidung – sei es durch Akteneinsicht, sei es in sonstiger Form – in zuverlässiger Weise Kenntnis nehmen konnte.

### **552. BVerfG 2 BvR 229/09 (2. Kammer des Zweiten Senats) – Beschluss vom 18. März 2009 (BGH/LG Münster)**

Garantie des gesetzlichen Richters (Zulässigkeit einer Änderung eines gerichtlichen Geschäftsverteilungsplans, die ausschließlich bereits anhängige Verfahren betrifft; Dokumentationspflichten; Beschleunigungsgebot; Recht auf Verfahrensbeschleunigung); BGH 4 StR 331/08.

Art. 101 Abs. 1 S. 2 GG; Art. 6 EMRK

1. Mit der Garantie des gesetzlichen Richters will Art. 101 Abs. 1 Satz 2 GG der Gefahr vorbeugen, dass die Justiz durch eine Manipulation der rechtsprechenden Organe sachfremden Einflüssen ausgesetzt wird. Es soll vermieden werden, dass durch eine auf den Einzelfall bezogene Auswahl der zur Entscheidung berufenen Rich-

ter das Ergebnis der Entscheidung - gleichgültig von welcher Seite - beeinflusst werden kann (vgl. BVerfGE 17, 294, 299; 95, 322, 327). Damit sollen die Unabhängigkeit der Rechtsprechung gewahrt und das Vertrauen der Rechtsuchenden und der Öffentlichkeit in die Unparteilichkeit und Sachlichkeit der Gerichte gesichert werden (vgl. BVerfGE 4, 412, 416, 418; 95, 322, 327).

2. Das aus Art. 101 Abs. 1 Satz 2 GG folgende Gebot, die zur Entscheidung berufenen Richter so eindeutig und genau wie möglich durch eine generell-abstrakte Regelung für ein Geschäftsjahr im Voraus zu bestimmen, schließt Neuregelungen nicht aus, die die so beschlossene Neuordnung während des laufenden Geschäftsjahres ändern. Diese Neuregelungen müssen aber zum einen der Schriftform genügen und zum anderen im Voraus generell-abstrakt die Zuständigkeit der Spruchkörper und die Zuweisung der einzelnen Richter regeln, damit die einzelne Sache „blindlings“ aufgrund allgemeiner, vorab festgelegter Merkmale an den berufenen Richter gelangt und so der Verdacht einer Manipulation der rechtsprechenden Gewalt von vornherein ausgeschlossen wird (vgl. BVerfGE 4, 412, 416; 82, 286, 298; 95, 322, 329).

3. In Ausnahmefällen kann auch eine Änderung des Geschäftsverteilungsplans verfassungsrechtlich zulässig sein, die ausschließlich bereits anhängige Verfahren betrifft, wenn nur so dem verfassungsrechtlichen Beschleunigungsgebot insbesondere in Haftsachen angemessen Rechnung getragen werden kann. Allerdings bedarf es in solchen Fällen - mit Rücksicht auf die Garantie des gesetzlichen Richters aus Art. 101 Abs. 1 Satz 2 GG - einer umfassenden Dokumentation und Darlegung der Gründe, die eine derartige Umverteilung erfordern und rechtfertigen, um den Anschein einer willkürlichen Zuständigkeitsverschiebung auszuschließen.

**553. BVerfG 2 BvR 49/09 (2. Kammer des Zweiten Senats) – Beschluss vom 10. März 2009 (BGH/LG Mannheim)**

Subsidiarität der Verfassungsbeschwerde (formale Anforderungen an die Erhebung einer Verfahrensrüge in der Revision); Art und Weise der Kompensation von Verfahrensverzögerungen bei der Strafzumessung; Recht auf den gesetzlichen Richter (zulässiges Unterlassen einer Vorlage an den Großen Senat des BGH); BGH 1 StR 568/08.

Art. 2 Abs. 1 GG; Art. 20 Abs. 3 GG; Art. 101 Abs. 1 Satz 2 GG; Art. 6 EMRK; § 90 Abs. 2 BVerfGG; § 344 Abs. 2 Satz 2 StPO; § 358 Abs. 2 StPO

1. Die Rechtsschutzgarantie verbietet den Gerichten, bei Auslegung und Anwendung verfahrensrechtlicher Vorschriften den Zugang zu den in den Verfahrensordnungen eingeräumten Instanzen von Voraussetzungen abhängig zu machen, die unerfüllbar oder unzumutbar sind oder den Zugang in einer Weise erschweren, die aus Sachgründen nicht zu rechtfertigen ist (vgl. BVerfGE 112, 185, 208 m.w.N.).

2. Im Rahmen der Erhebung einer Verfahrensrüge bei einer überlangen Verfahrensdauer sind an Umfang und Genauigkeit der Ausführungen hohe Anforderungen zu stellen, da dem Revisionsgericht ein detailliertes und wirklichkeitsgetreues Bild des Verfahrensablaufs zu bieten ist. Die als Voraussetzung einer solchen Gesamtwürdigung zu stellenden Anforderungen an die Darlegung im Rahmen der Verfahrensrüge dürfen hiernach zwar nicht überspannt werden, so dass es insbesondere bei einem jahrelang währenden Verfahren nicht erforderlich ist, jeden Ermittlungsschritt anzuführen. Jedoch muss ein realistischer Überblick gewährt werden.

3. Die Entscheidung des Großen Senats (BGH, Beschluss vom 17. Januar 2008 - GSSt 1/07 -, NJW 2008, S. 860), nach der rechtsstaatswidrige Verfahrensverzögerungen zukünftig dadurch zu kompensieren sind, indem ein Teil der Strafe im Urteil für bereits vollstreckt erklärt wird, ändert nichts an Bewertung der bisherigen Strafzumessungslösung als verfassungsgemäße Form der Kompensation.

## Hervorzuhebende Entscheidungen des BGH

### I. Materielles Strafrecht – Allgemeiner Teil

**482. BGH 1 StR 518/08 - Urteil vom 29. April 2009 (LG Ellwangen)**

Fahrlässige Tötung in Tateinheit mit vorsätzlichem Überlassen von Betäubungsmitteln zum unmittelbaren Verbrauch (eigenverantwortliche Selbstgefährdung und irrtümliche Selbstgefährdung; irrtümliches Überlassen von Heroin statt Kokain); privilegierende Spezialität. § 222 StGB; § 29 Abs. 1 Nr. 6 b 2. Alt. BtMG; § 25 StGB; § 26 StGB; § 27 StGB; § 30 Abs. 1 Nr. 3 BtMG

1. Eigenverantwortlich gewollte, mithin zumindest in Kauf genommene Selbsttötungen, -verletzungen und -gefährdungen unterfallen nicht dem Tatbestand eines Tötungs- oder Körperverletzungsdelikts. Wer sich daran beteiligt, nimmt an einem Vorgang teil, der – soweit es um die Strafbarkeit wegen eines solchen Delikts geht – keine Tat im Sinne der §§ 25, 26, 27 Abs. 1 StGB darstellt. Der sich vorsätzlich Beteiligende kann nach ständiger Rechtsprechung des Bundesgerichtshofs infolge-

dessen nicht als Anstifter oder Gehilfe bestraft werden. Wer das zumindest selbst gefährdende, eigenverantwortliche Verhalten eines anderen fahrlässig veranlasst, ermöglicht oder fördert, kann zur Vermeidung eines Wertungswiderspruchs nicht strafbar sein, wenn er sich im Falle vorsätzlichen Handelns nicht strafbar machen würde (grundlegend BGHSt 32, 262, 263 ff.; s. auch BGH NStZ 2001, 205).

2. Die Strafflosigkeit eines Beteiligten infolge dieser Grundsätze setzt aber voraus, dass der andere sich „frei und eigenverantwortlich gewollt“ selbst gefährdet (vgl. BGH NStZ 1985, 25, 26; NStZ 1985, 319). Die Freiverantwortlichkeit des Selbstgefährdungsentschlusses begrenzt die Strafbarkeit. An dieser fehlt es aber nicht nur, wenn ein autonomes Handeln beispielsweise infolge einer Intoxikationspsychose ausgeschlossen ist (BGH NStZ 1983, 72), sondern auch bei einem die Selbstverantwortlichkeit betreffenden Irrtum (vgl. BGH NStZ 1986, 266, 267).

3. Ein solcher Irrtum liegt auch dann vor, wenn der Angeklagte einem Drogenkonsumenten auf Grund eines eigenen Irrtums eine andere als die gewünschte Droge überlässt, an der das sich selbst schädigende Opfer verstirbt. Dass den sich am illegalen Umgang mit Betäubungsmitteln beteiligenden Personen die Wirkstoffkonzentration und der Gehalt eventuell beigemengter Stoffe regelmäßig nicht bekannt sind und Konsumenten daher riskieren, nicht nur eine zu hohe Dosierung des von ihnen gewünschten Rauschgifts, sondern zusätzlich unbekanntes, möglicherweise ebenfalls gesundheitsgefährdende Stoffe zu sich zu nehmen, hindert die Annahme eines strafbarkeitsbegründenden Irrtums nicht.

4. Heroin ist generell gefährlicher als Kokain, besonders wenn es „rein“ ist.

5. Privilegierende Spezialität als besondere Form der Gesetzeskonkurrenz liegt vor, wenn ein Strafgesetz alle Merkmale einer anderen Strafvorschrift aufweist und sich nur dadurch von dieser unterscheidet, dass es wenigstens noch ein weiteres Merkmal enthält, das den in Frage kommenden Sachverhalt unter einem genaueren (spezielleren) Gesichtspunkt erfasst, und der Täter durch die Spezialvorschrift privilegiert werden soll. In diesem Fall ist ein Rückgriff auf das allgemeinere Delikt ausgeschlossen, da hierdurch die Privilegierung beseitigt würde. Ob die speziellere Vorschrift den Täter begünstigen soll, ist anhand des Zwecks dieser Vorschrift, des inneren Zusammenhangs der miteinander konkurrierenden Bestimmungen und des Willens des Gesetzgebers zu prüfen (BGHSt 49, 34, 37).

**499. BGH 2 StR 571/08 - Urteil vom 1. April 2009 (LG Hanau)**

Rücktritt vom unbeendeten Tötungsversuch (vorübergehendes Innehalten); Mord (Heimtücke: Maßgeblichkeit der Arglosigkeit in der konkreten Tatsituation, latente Angst); Konkurrenzen bei den Tötungsdelikten (Tateinheit bei Taten gegen mehrere Personen).

§ 211 Abs. 2 StGB; § 212 StGB; § 24 StGB; § 52 StGB

1. Ein strafbefreiender Rücktritt vom unbeendeten Versuch liegt vor, wenn der Täter freiwillig die weitere Ausführung der Tat aufgibt (§ 24 Abs. 1 S. 1 Alt. 1 StGB). Das Aufgeben der Tat setzt den Entschluss voraus, auf deren Durchführung im Ganzen und endgültig zu verzichten (BGHSt 7, 296, 297; 35, 184, 187). Nicht aufgegeben ist die Tat dagegen, so lange der Täter mit dem Versuch ihrer Begehung lediglich vorübergehend innehält.

2. Heimtückisch handelt, wer in feindseliger Willensrichtung die Arg- und Wehrlosigkeit des Opfers bewusst zur Tötung ausnutzt. Wesentlich ist, dass der Mörder sein Opfer, das keinen Angriff erwartet, also arglos ist, in einer hilflosen Lage überrascht und dadurch hindert, dem Anschlag auf sein Leben zu begegnen oder ihn wenigstens zu erschweren (BGHSt 32, 382, 383 ff.; 39, 353, 368; BGHR StGB § 211 Abs. 2 Heimtücke 2; NStZ-RR 2005, 309). Maßgebend für die Beurteilung ist grundsätzlich der Beginn des ersten mit Tötungsvorsatz 11 geführten Angriffs (BGHSt 32, 382, 384; BGHR StGB § 211 Abs. 2 Heimtücke 13; NStZ-RR 2001, 14). Zwar kann die Arglosigkeit beseitigt sein, wenn der Tat eine offene Auseinandersetzung mit von vorneherein feindseligem Verhalten des Täters vorausgeht, das Opfer also akuten Anlass hat, mit einem tätlichen Angriff zu rechnen. Eine auf längere Zeit zurückliegenden Aggressionen und einer feindseligen Atmosphäre beruhende latente Angst des Opfers vermag dessen Arglosigkeit dagegen nicht zu beseitigen (BGHR StGB § 211 Abs. 2 Heimtücke 21; BGH NStZ-RR 2001, 14; 2004, 14, 15 f.). Es kommt vielmehr allein darauf an, ob das Opfer im Tatzeitpunkt mit Feindseligkeiten des Täters rechnet (BGHSt 39, 353, 368; NStZ-RR 2004, 14, 15 f.).

3. Für das bewusste Ausnutzen der Arg- und Wehrlosigkeit des Opfers genügt es, wenn der Täter die Arg- und Wehrlosigkeit in ihrer Bedeutung für die hilflose Lage des Angegriffenen und die Ausführung der Tat in dem Sinne erfasst, dass er sich bewusst ist, einen durch seine Ahnungslosigkeit gegenüber einem Angriff schutzlosen Menschen zu überraschen (BGH BGHR StGB § 211 Abs. 2 Heimtücke 25, 26; NStZ 2005, 688, 689).

4. Zwar besteht grundsätzlich kein Anlass, in Fällen, in denen der Täter einzelne Menschen *nacheinander* angreift, um sie zu verletzen, diese Vorgänge zu einer Tat zusammenzufassen (vgl. BGHSt 2, 246, 247; 16, 397; BGHR StGB vor § 1/natürliche Handlungseinheit Entschluss, einheitlicher 9, 10; NStZ 2006, 284, 285 f.). Von diesem Grundsatz sind aber Ausnahmen in Fällen enger tatsächlicher Verflechtung der nacheinander vorgenommenen Angriffe auf verschiedene Geschädigte anerkannt (vgl. etwa BGH, Beschl. vom 13. Oktober 2004 – 3 StR 371/04). Überschneiden sich die tatbestandlichen Ausführungshandlungen der Tat ist in jedem Falle Tateinheit gegeben.

**508. BGH 4 StR 95/09 - Beschluss vom 28. April 2009 (LG Dortmund)**

Anwendung des Zweifelsgrundsatzes auf die Verfolgungsverjährung; rechtsfehlerhafte Verneinung einer erheblich verminderten Steuerungs-fähigkeit bei Alko-

Alkoholkonsum ohne ausreichende aussagekräftige psychodiagnostische Beweisanzeichen bei Vergewaltigung.  
 § 21 StGB; § 177 Abs. 2 StGB; § 78a StGB; § 78 StGB;  
 § 261 StPO

Wenn von einem erheblichen Alkoholkonsum des Angeklagten auszugehen ist, bedarf der Ausschluss einer erheblichen Verminderung der Steuerungsfähigkeit aussagekräftiger psychodiagnostischer Beweisanzeichen. Als solche sind nur Umstände in Betracht zu ziehen, die Hinweise darauf geben können, dass das Steuerungsvermögen des Täters trotz der erheblichen Alkoholisierung nicht in erheblichem Maße beeinträchtigt gewesen ist (vgl. BGHR StGB § 21 Blutalkoholkonzentration 35). Die Erzwingung von Geschlechtsverkehr als solche zählt nicht zu derartigen Umständen.

**543. BGH 5 StR 132/09 - Beschluss vom 5. Mai 2009 (LG Göttingen)**

Rücktritt vom unbeendeten Versuch (fehlgeschlagener

Versuch; weitere Handlungsmöglichkeiten außerhalb des ursprünglichen Tatplans); sexueller Missbrauch von Kindern.

§ 24 Abs. 1 StGB; § 176 Abs. 1 StGB

1. Der freiwillige Verzicht auf eine ohne weitere Zäsur als noch möglich erkannte Tatbestandsverwirklichung genügt zum strafbefreienden Rücktritt vom unbeendeten - dann nicht etwa fehlgeschlagenen - Versuch selbst dann, wenn die nicht umgesetzte weitere Handlungsmöglichkeit über den ursprünglichen Tatplan hinausgeht.

2. Für den Versuch des sexuellen Missbrauchs von Kindern (§ 176 Abs. 1 StGB) gilt insoweit nichts anderes. Auch hier ist ein strafbefreiender Rücktritt möglich, wenn der Täter seine Aufforderung zur Vornahme sexueller Handlungen unter Ausnutzung seiner vom Tatopfer anerkannten Autorität mit größerem Nachdruck hätte wiederholen können.

Rechtsprechung

II. Materielles Strafrecht – Besonderer Teil

**469. BGH 1 StR 105/09 - Beschluss vom 21. April 2009 (LG München I)**

BGHSt; sexueller Missbrauch von Kindern (Vornahme sexueller Handlungen vor einem Kind: Live-Übertragung im Internet; exhibitionistische Handlungen); Verbreitung pornographischer Darbietungen durch Teledienste.

§ 176 Abs. 4 Nr. 1 StGB; § 184f StGB a.F.; § 184g Nr. 1 StGB)

Der Tatbestand des § 176 Abs. 4 Nr. 1 StGB ist auch dann erfüllt, wenn das Opfer die über das Internet übermittelten sexuellen Handlungen des Täters zeitgleich am Bildschirm mitverfolgt. (BGHSt)

**491. BGH 2 StR 59/09 - Urteil vom 29. April 2009 (LG Gera)**

Begriff der Vergewaltigung (Indizwirkung des Regelbeispiels bei Analverkehr und Oralverkehr; Entkräftigung; Vergewaltigung von Prostituierten); redaktioneller Hinweis.

§ 177 Abs. 2 Satz 2 Nr. 1 StGB; § 46 StGB

1. Dem das Regelbeispiel des § 177 Abs. 2 Satz 2 Nr. 1 StGB einschränkenden Merkmal der „besonderen Erniedrigung“ kommt in Fällen des Oral- und Analverkehrs regelmäßig keine eigenständige Bedeutung zu, weil sich hierbei der erniedrigende Charakter der sexuellen Handlung im Regelfall von selbst versteht; der Gesetzgeber wollte neben dem Beischlaf als Regelbild besonders schwerere Fälle die orale und anale Penetration erfassen (BGH NJW 2000, 672, 673). Jedenfalls in den Fällen des

Anal- und Oralverkehrs ist eine ausdrückliche Erörterung der besonders erniedrigenden Wirkung im tatrichterlichen Urteil entbehrlich (vgl. BGH NStZ 2000, 254, 255).

2. Die geringe Tiefe des Eindringens, dessen kurze Dauer sowie das Ausbleiben eines Samenergusses sind allein nicht geeignet, dem Tatgeschehen die erniedrigende Wirkung für das Tatopfer gemäß § 177 Abs. 2 Satz 2 Nr. 1 StGB zu nehmen.

3. Die der Entscheidung BGH NStZ 2001, 369 zugrunde liegende Rechtsauffassung des 4. Strafsenats teilt der 2. Senat weiterhin nicht.

**474. BGH 1 StR 73/09 - Beschluss vom 21. April 2009 (LG Hechingen)**

Verdeckungsmord durch Unterlassen; beendeter Versuch und Rücktritt.

§ 211 Abs. 2 StGB; § 13 StGB; § 24 StGB

An einer für das Mordmerkmal der Verdeckungsabsicht erforderlichen „anderen“ Straftat fehlt es, wenn der Täter das Tatopfer zunächst mit (bedingtem) Tötungsvorsatz misshandelt und es anschließend unterlässt, zur Verdeckung dieses Geschehens Maßnahmen zur Rettung des überlebenden Opfers einzuleiten, selbst wenn zwischen dem Handlungs- und Unterlassensteil eine zeitliche Zäsur liegt (BGHR StGB § 211 Abs. 2 Verdeckung 15; BGH StraFo 2007, 123, 124). Der 1. Strafsenat sieht keine durchgreifenden Gründe, um von dieser Rechtsprechung abzuweichen.

**515. BGH 4 StR 663/08 - Beschluss vom 7. April 2009 (LG Halle)**

Entkräftung der Indizwirkung eines Regelbeispiels bei gewerbsmäßig begangenen Betrug (Erörterungsmangel).

§ 263 Abs. 3 StGB

Die Indizwirkung eines Regelbeispiels wie etwa der Gewerbsmäßigkeit des begangenen Betruges kann durch besondere strafmildernde Umstände entkräftet werden, die für sich allein oder in ihrer Gesamtheit so schwer wiegen, dass die Anwendung des Strafrahmens für besonders schwere Fälle unangemessen erscheint (BGH wistra 2008, 474, 476 m.w.N.). Zur Erörterung besteht beim Betrug jedenfalls dann Anlass, wenn die vom Angeklagten erstrebte Bereicherung und der Schaden in einer Reihe von Fällen unter 100 €, teilweise sogar unter 50 € liegen und eine Vielzahl weiterer, auch gewichtiger Strafmilderungsgründe aufzuführen sind.

**498. BGH 2 StR 554/08 - Urteil vom 25. Februar 2009 (LG Koblenz)**

Rechtsfehlerhafte Annahme der Entkräftung des Regelbeispiels der Vergewaltigung und der gemeinschaftlichen Begehung (Strafzumessung; Revisibilität; Erörterungsmangel; spätes Geständnis; Tatbegehung durch drei Angeklagte).

§ 177 Abs. 2 Satz 2 Nr. 1, Nr. 2 StGB; § 46 StGB

1. Die Nichtanwendung des Regelstrafrahmens des § 177 Abs. 2 Satz 1 StGB begegnet nur dann keinen rechtlichen Bedenken, wenn gewichtige Milderungsgründe vorliegen.

2. Bei sexuellen Nötigung ist es strafscharfend zu berücksichtigen, wenn sich drei Täter am Opfer vergangen haben, während das Regelbeispiel in § 177 Abs. 2 Satz 2 Nr. 2 StGB schon beim Zusammenwirken zweier Beteiligten verwirklicht ist. Gleiches gilt für die lange Dauer der Ausführung der das Opfer schwer belastenden Tat sowie die dementsprechenden nachhaltigen Tatfolgen.

3. Es ist Sache des Tatrichters, auf der Grundlage des umfassenden Eindrucks, den er in der Hauptverhandlung von Tat und Täter gewonnen hat, die wesentlichen entlastenden und belastenden Umstände festzustellen, sie zu bewerten und gegeneinander abzuwägen. Ein Eingriff des Revisionsgerichts ist nur möglich, wenn die Strafzumessungserwägungen in sich fehlerhaft sind, wenn das Tatgericht bestimmte Strafzumessungsfaktoren oder rechtlich anerkannte Strafzwecke außer Betracht lässt oder wenn sich die Strafe nach oben oder unten von ihrer Bestimmung löst, gerechter Schuldausgleich zu sein (BGHSt 29, 319, 320). All dies gilt namentlich auch für die Strafrahmenvahl.

4. Die Entscheidung über die Annahme eines minder schweren Falles und - entsprechend - über das Absehen von der Regelwirkung des § 177 Abs. 2 StGB ist auf Grund einer Gesamtbetrachtung zu treffen, die alle Umstände einzubeziehen hat, die für die Wertung der Tat und des Täters bedeutsam sind, gleichgültig, ob sie der Tat selbst innewohnen, sie begleiten, ihr vorausgehen oder nachfolgen (BGH, Urt. vom 30. Oktober 2008 - 3

StR 275/08; BGHR StGB vor § 1/minder schwerer Fall, Gesamtwürdigung 8). Hierbei ist eine Bewertung nur des engeren Tatgeschehens unzulässig (BGH, BGHR StGB vor § 1/minder schwerer Fall, Gesamtwürdigung 5; Gesamtwürdigung, unvollständige 10). Einen durchgreifenden Rechtsfehler stellt es dar, wenn der Tatrichter bei der Strafrahmenvahl einen bestimmenden Strafzumessungsgesichtspunkt (vgl. § 267 Abs. 3 Satz 1 StPO) erkennbar außer Betracht lässt.

**517. BGH 3 StR 3/09 - Beschluss vom 10. Februar 2009 (LG Oldenburg)**

Diebstahl (tatbestandliche Handlungseinheit bei der Wegnahme von Sachen mehrerer Eigentümer); Diebstahl in einem besonders schweren Fall (unbenannter besonders schwerer Fall; Tenor); Beihilfe.

§ 52 StGB; § 242 StGB; § 243 StGB; 27 StGB

Nehmen Diebe bei der Tatausführung mehrere Sachen eines oder verschiedener Eigentümer weg, liegt regelmäßig nur ein Diebstahl vor (vgl. BGHSt 22, 350, 351). Dasselbe gilt, wenn sie nur eine Sache wegnehmen und die Wegnahme weiterer Sachen versuchen.

**507. BGH 4 StR 88/09 - Beschluss vom 9. April 2009 (LG Halle)**

Gewalt im Sinne der sexuellen Nötigung (Vergewaltigung).

§ 177 Abs. 1 Nr. 1 StGB

Eine Nötigung mit Gewalt im Sinne des § 177 Abs. 1 Nr. 1 StGB erfordert regelmäßig, dass der Täter durch eigene Kraftentfaltung das Opfer einem körperlich wirksamen Zwang aussetzt, um damit geleisteten oder erwarteten Widerstand zu überwinden.

**525. BGH 3 StR 100/09 - Urteil vom 23. April 2009 (LG Wuppertal)**

**Erheblich verminderte Schuldfähigkeit (fehlende Feststellung eines Eingangsmerkmals); Kindstötung; Totschlag (minder schwerer Fall).**

§ 20 StGB; § 21 StGB; § 212 StGB; § 213 StGB; § 217 StGB a.F.

1. Zwar kann im Einzelfall offen bleiben, welchem der sich teilweise überschneidenden Eingangsvoraussetzungen des § 20 StGB ein die Schuldfähigkeit beeinträchtigender psychischer Zustand zuzurechnen ist. Dann muss jedoch zumindest feststehen, dass der Zustand einem der Merkmale unterfällt und dass deswegen die Schuldfähigkeit aufgehoben oder erheblich vermindert ist.

2. Bei Kindstötungen im Sinne des § 217 StGB a.F. kommt eine erhebliche Verminderung der Schuldfähigkeit kaum in Betracht, wenn bei der Täterin außer der Belastung durch die Geburt keine schon unabhängig hiervon bestehenden geistig-seelischen Beeinträchtigungen festzustellen sind.

**477. BGH 1 StR 163/09 - Beschluss vom 21. April 2009 (LG Passau)**

Erpresserischer Menschenraub (Bemächtigungslage); sexuelle Nötigung (Vergewaltigung; sexualbezogene

Handlung; kein Rücktritt bei Annahme einer erfolgreichen Penetration.  
 § 239a StGB; § 177 Abs. 2 StGB; § 184g StGB; § 24 StGB

Dass die nach ihrem äußeren Erscheinungsbild eindeutig sexualbezogene Handlung vorrangig dazu dient, das Opfer zu verletzen, steht der Annahme einer sexuellen Handlung nicht entgegen.

**505. BGH 4 StR 531/08 - Beschluss vom 21. April 2009 (LG Saarbrücken)**

Gefährliche Körperverletzung und besonders schwerer Fall der sexuellen Nötigung durch den Einsatz sogenannter „K.O-Tropfen“ (Tenorierung).  
 § 224 StGB; § 177 Abs. 2 Nr. 2 StGB

Der für die Tenorierung maßgebliche Begriff der Vergewaltigung umfasst nur die in § 177 Abs. 2 Satz 2 Nr. 1 StGB genannten eigenen sexuellen Handlungen (vgl. BGHR StGB § 177 Abs. 2 Satz 2 Nr. 2 Mittäter 1; BGH, Beschluss vom 21. Mai 2008 2 - 2 StR 162/08; vgl. auch Fischer StGB 56. Aufl. § 177 Rdn. 75 m.w.N.).

## Rechtsprechung

## III. Strafzumessungs- und Maßregelrecht

**493. BGH 2 StR 112/09 - Beschluss vom 30. April 2009 (LG Gera)**

Aussetzung der Freiheitsstrafe zur Bewährung (besondere Umstände: überspannte Anforderungen; Berücksichtigung einer rechtsstaatswidrigen Verfahrensverzögerung).  
 § 56 Abs. 2 StGB

1. Es ist bereits im Ansatz rechtsfehlerhaft, besondere Umstände im Sinne des § 56 Abs. 2 StGB zu verneinen, ohne sich mit der Frage zu befassen, ob dem Angeklagten eine günstige Sozialprognose nach § 56 Abs. 1 StGB zu stellen ist. Dies gilt schon deshalb, weil zu den nach Absatz 2 zu berücksichtigenden Faktoren auch solche gehören, die schon für die Prognose nach Absatz 1 relevant sind (vgl. BGH NStZ-RR 2006, 375 f.; StV 2003, 670), wie auch umgekehrt besondere Umstände im Sinne des Absatz 2 für die Prognose nach Absatz 1 von Belang sein können (vgl. BGHR StGB § 56 Abs. 1 Sozialprognose 31).

2. Für die Annahme besonderer Umstände nach § 56 Abs. 2 StGB genügt es, wenn Milderungsgründe von besonderem Gewicht vorliegen, die eine Strafaussetzung trotz des erheblichen Unrechtsgehalts, der sich in der Strafhöhe widerspiegelt, als nicht unangebracht und als den vom Strafrecht geschützten Interessen zuwiderlaufend erscheinen lassen (vgl. BGHSt 29, 370, 371; BGH NStZ 1986, 27 m.w.N.). Dass diese Milderungsgründe der Tat Ausnahmecharakter verleihen, verlangt § 56 Abs. 2 StGB nicht (vgl. BGHR StGB § 56 Abs. 2 Umstände, besondere 1).

3. Bei der Prüfung der besonderen Umstände im Sinne des § 56 Abs. 2 StGB ist es zu berücksichtigen, wenn die anlassgebenden Taten vergleichsweise lange zurückliegen und das Strafverfahren nicht mit der gebotenen Beschleunigung betrieben worden sind.

**489. BGH 2 StR 43/09 - Urteil vom 22. April 2009 (LG Darmstadt)**

Rechtsfehlerhafte Nichtanordnung der Unterbringung in der Sicherungsverwahrung bei Vermögensstraftaten (Vorverbüßung; Ermessen und Revisibilität; Umkehrwille; prognostizierbare Wirkungen des Strafvollzuges).  
 § 66 Abs. 2 StGB

1. Die Sicherungsverwahrung nach § 66 Abs. 2 StGB setzt keine Vorverurteilung und mithin auch keine Vorverbüßung (längerer) Freiheitsstrafe voraus. Dass der Angeklagte bisher zu keinen längeren Strafen als zwei Jahre Freiheitsstrafe oder zwei Jahren zwei Monaten Jugendstrafe verurteilt worden ist, von denen er nicht mehr als jeweils mehrere Monate in Folge verbüßt hat, ist als solches ebenso wenig ein gegen die Anordnung der Sicherungsverwahrung sprechender Umstand wie die Tatsache, dass es dem Angeklagten in der Vergangenheit in einer Vielzahl von Fällen gelungen ist, von ihm begangene Straftaten einer anderen Person „in die Schuhe zu schieben“.

2. Eine frühere Unbestraftheit oder nur geringfügige Vorstrafen können aber darauf hinweisen, dass es sich bei den jetzt abzuurteilenden Taten um ein Augenblicksversagen gehandelt hat und der Angeklagte in der Lage ist, seinen Hang zu kriminellen Taten zu beherrschen.

3. Die Erwartung, dass ein langjähriger Freiheitsentzug und das Fortschreiten des Lebensalters des Angeklagten bei diesem eine weitere Handlungsänderung bewirken werde, ist zwar bei der Ermessensausübung zu berücksichtigen (std. Rspr., vgl. BGH NStZ 1985, 261; 2004, 438; 2007, 401; StV 2008, 139, 140 Rdn. 8). Dies gilt jedoch nur dann, wenn sich aus den Feststellungen Anhaltspunkte dafür ergeben, dass eine Handlungsänderung



beim Angeklagten bereits eingetreten ist oder erfahrungsgemäß eintreten wird.

**486. BGH 2 StR 21/09 - Urteil vom 22. April 2009 (LG Hanau)**

Nachträgliche Sicherungsverwahrung (neue Tatsache; Anwendung auf Vollzugsverhalten).  
§ 66b Abs. 2, Abs. 1 StGB

1. Zutreffend ist die Strafkammer davon ausgegangen, dass als „neu“ im Sinne des § 66b Abs. 2, Abs. 1 StGB nur solche Tatsachen gelten können, die dem im Ausgangsverfahren zuständigen früheren Tatrichter auch bei Wahrnehmung seiner Aufklärungspflicht nicht hätten bekannt werden können. Umstände, die für den ersten Tatrichter hingegen erkennbar waren, die er aber nicht erkannt hat, scheiden demgegenüber als neue Tatsachen in diesem Sinne aus (BGHSt 50, 180, 187; 50, 284, 296; 51, 185, 187; 52, 31, 33; BGH NJW 2006, 3154, 3155; StV 2008, 636, 637).

2. Auch psychiatrische Befundtatsachen können im Einzelfall „neue“ Tatsachen im Sinne des § 66 b StGB darstellen. Dies setzt allerdings voraus, dass die zugrunde liegenden Anknüpfungstatsachen für den früheren Tatrichter nicht erkennbar waren und damit als „neu“ im Sinne des § 66 b StGB zu bewerten sind (BGH NStZ-RR 2006, 302). Eine bloße Um- bzw. Neubewertung bereits im Ausgangsverfahren erkannter und gewürdigter Tatsachen und eine hierauf gestützte bloße Änderung der psychiatrischen Bewertung genügen hingegen nicht (BGHSt 50, 275, 278). Ebenso wenig können Tatsachen, die zwar nach der Anlassverurteilung auftreten, durch die sich ein im Ausgangsverfahren bekannter bzw. erkennbarer Zustand aber lediglich bestätigt, als „neu“ gelten (BGH StV 2007, 29, 30).

3. Vielmehr ist Voraussetzung für die Einordnung der Anknüpfungstatsachen als „neue“ Tatsachen im Sinne des § 66b Abs. 1 StGB, dass sie die Gefährlichkeit des Betroffenen höher bzw. in einem grundsätzlich anderen Licht erscheinen lassen (BGH StV 2008, 636, 638), etwa wenn sie belegen, dass sich eine bekannte Störung des Verurteilten in nicht vorhersehbarer Weise vertieft oder verändert hat (BGH StV 2007, 29, 30).

4. Soweit nach der zu § 66b Abs. 3 StGB ergangenen Entscheidung des Großen Senats für Strafsachen vom 7. Oktober 2008 (NStZ 2009, 141) die nachträgliche Verhängung von Sicherungsverwahrung nicht davon abhängt, ob die Tatsachen, welche die Gefährlichkeit des Verurteilten ausmachen, zum Zeitpunkt der Anlassverurteilung erkennbar gewesen waren, ist dies auf Fälle des § 66b Abs. 1 und 2 StGB nicht übertragbar.

**523. BGH 3 StR 96/09 - Beschluss vom 5. Mai 2009 (LG Düsseldorf)**

Unterbringung in einer Entziehungsanstalt; Anordnung der Sicherungsverwahrung; Wiedergabe von Vorverurteilungen in den Urteilsgründen.  
§ 64 StGB; § 66 StGB; § 72 StGB; § 267 Abs. 3 StPO

1. Zum Beleg der formellen Voraussetzungen der Sicherungsverwahrung und des Hangs im Sinne von § 66 Abs. 1 Nr. 3 StGB empfiehlt es sich, die entscheidenden Vortaten und Vorstrafen in gestraffter und auf das Wesentliche konzentrierter Form darzustellen. Die wörtliche Wiedergabe der Feststellungen aus den Vorverurteilungen verursacht hingegen unnötige Schreiarbeit und beeinträchtigt die Verständlichkeit des Urteils.

2. Auch die vollständige Wiedergabe aller Eintragungen im Bundeszentralregister ist verzichtbar. Sofern es für die Darstellung der Persönlichkeitsentwicklung des Angeklagten von Belang ist, wann dieser erstmals strafrechtlich in Erscheinung getreten ist, so genügt auch eine zusammenfassende Schilderung.

**506. BGH 4 StR 591/08 - Beschluss vom 28. April 2009 (LG Siegen)**

Anwendung und Voraussetzungen des Täter-Opfer-Ausgleichs nach § 46a StGB bei Vermögensdelikten (kommunikativer Prozess).  
§ 46a Nr. 2 StGB; § 49 Abs. 1 StGB; § 46 StGB

Zwar ist die Anwendung des § 46a Nr. 2 StGB bei Vermögensdelikten nicht schon von vorneherein ausgeschlossen (BGHR StGB § 46a Nr. 1 Ausgleich 1). Sie setzt jedoch einen kommunikativen Prozess zwischen Täter und Opfer voraus, der auf einen umfassenden, friedensstiftenden Ausgleich der durch die Straftat verursachten Folgen gerichtet sein muss (BGH wistra 2002, 21; BGH NStZ 2006, 275, 276 m.w.N.) und in dessen Verlauf der Angeklagte die Übernahme der Verantwortung für seine Taten zum Ausdruck bringt (BGHSt 48, 134, 141).

**510. BGH 4 StR 601/08 - Beschluss vom 7. April 2009 (LG Magdeburg)**

Rechtsfehlerhafte Versagung eines minder schweren Falles der Geiselnahme (Verzweiflungstat und Provokation durch das Tatopfer; Strafzumessung).  
§ 239b Abs. 2 StGB; § 239a Abs. 2 StGB; § 46 StGB

Ob Umstände, wie das Nichtvorliegen einer „Verzweiflungstat“ und das Fehlen einer Provokation durch das Tatopfer strafscharfend gewertet werden dürfen, kann nur nach Lage des Einzelfalles beurteilt werden (vgl. BGHSt 34, 345). Demgemäß bedarf die strafscharfende Wertung solcher Umstände einer besonderen Begründung, um dem Revisionsgericht die rechtliche Nachprüfung zum Beispiel bei der Prüfung zu ermöglichen, ob ein minder schwerer Fall zu Recht abgelehnt worden ist.

**485. BGH 2 StR 102/09 - Beschluss vom 22. April 2009 (LG Aachen)**

Unterbringung des Angeklagten in einer Entziehungsanstalt (Erfordernis einer Symptomtat: symptomatischer Zusammenhang zwischen den Straftaten und dem Hang).  
§ 64 StGB

Hat der vorhandene Hang jedenfalls neben anderen Umständen zur Begehung der Anlasstaten beigetragen, kann

dies für die Annahme einer Symptomtat im Sinne von § 64 StGB ausreichen (vgl. BGH NStZ-RR 2004, 78).

**548. BGH 5 StR 64/09 - Urteil vom 7. Mai 2009 (LG Berlin)**

Erheblich verminderte Schuldfähigkeit (Versagung der Strafmilderung); Strafzumessung (Berücksichtigung generalpräventiver Erwägungen; „Sicherheit des öffentlichen Nahverkehrs“).

§ 21 StGB; § 46 StGB

1. Ob das Tatgericht eine Strafraumverschiebung gemäß § 21 StGB bei Vorliegen der tatbestandlichen Voraussetzungen vornimmt oder nicht, hat es nach seinem pflichtgemäßen Ermessen aufgrund einer Gesamtabwägung aller schuldrelevanten Umstände zu entscheiden.

2. Dabei kommt es insbesondere darauf an, ob sich aufgrund der persönlichen und situativen Verhältnisse des Einzelfalls das Risiko der Begehung von Straftaten für den Angeklagten vorhersehbar signifikant erhöht hatte.

**544. BGH 5 StR 138/09 - Beschluss vom 22. April 2009 (LG Neuruppin)**

Unterbringung in einem psychiatrischen Krankenhaus; Vorwegvollzug eines Teils der Freiheitsstrafe (Begründung; Steigerung der Therapiebereitschaft; Vermeidung der Gefährdung eines Therapieerfolges).

§ 63 StGB; § 67 Abs. 1 StGB

1. Im Falle des Nebeneinanders von Freiheitsstrafe und Unterbringung in einem psychiatrischen Krankenhaus ist gemäß § 67 Abs. 1 StGB die Maßregel regelmäßig vor der Strafe zu vollziehen, weil dies am ehesten einen dauerhaften Erfolg verspricht.

2. Der Tatrichter kann von diesem Grundsatz abweichen (§ 67 Abs. 2 StGB), sofern durch die Änderung der Vollstreckungsreihenfolge der Zweck der Maßregel leichter zu erreichen ist. In besonderen Fällen gilt dies auch bei einer Unterbringung in einem psychiatrischen Krankenhaus (§ 63 StGB), wenn der Maßregel eine schwere andere seelische Abartigkeit zugrunde liegt.

3. Will der Tatrichter jedoch von der regelmäßigen Vollstreckungsreihenfolge abweichen, so muss er diese Entscheidung mit auf den Einzelfall abgestellten, nachprüfbaren Erwägungen begründen.

4. Zur Begründung eines Vorwegvollzugs können etwa die Erwägungen herangezogen werden, dadurch solle eine nachhaltige Therapiebereitschaft hervorgerufen oder ein eventueller Therapieerfolg durch nachfolgende Strafvollstreckung nicht gefährdet werden.

Rechtsprechung

IV. Strafverfahrensrecht mit GVG

**496. BGH 2 StR 302/08 - Urteil vom 27. März 2009 (LG Trier)**

BGHSt; Recht auf Verteidigerbeistand (Konsultationsrecht; freier Verkehr mit dem Beschuldigten; Beschlagnahme in Hafträumen und Beschlagnahmefreiheit; Recht auf Ehre; Verwertung von Verteidigerpost gegen den Verteidiger; qualifizierter Beteiligungsverdacht; Zufallsfunde); Beleidigung eines Richters (keine Strafbefreiung für den Verteidigung durch das bestehende Mandatsverhältnis bei Äußerungen gegenüber dem Beschuldigten; Sachlichkeitsgebot; gesicherte Vertraulichkeit); Beihilfe zur uneidlichen Falschaussage (psychische Beihilfe; Erörterungsmangel bei Freispruch); versuchte Strafvereitelung (Beurteilung von Verteidigerverhalten).

Art. 6 EMRK; Art. 10 EMRK; Art. 5 GG; § 97 Abs. 1 Nr. 1 StPO; § 148 Abs. 1 StPO; § 185 StGB; § 193 StGB; § 153 StGB; § 27 StGB; § 258 StGB; § 261 StPO

1. In einem Strafverfahren gegen einen Strafverteidiger stehen weder § 97 Abs. 1 Nr. 1 StPO noch § 148 Abs. 1 StPO der Beschlagnahme und Verwertung von Schreiben

des beschuldigten Verteidigers an seinen Mandanten entgegen. (BGHSt)

2. Ein Mandatsverhältnis begründet keine Straffreiheit für persönliche Schmähungen Dritter, die ein Strafverteidiger gegenüber seinem Mandanten äußert. (BGHSt)

3. Zwar normiert § 148 Abs. 1 StPO den Grundsatz des ungehinderten schriftlichen und mündlichen Verkehrs zwischen Verteidiger und Beschuldigtem als unabdingbare Voraussetzung einer freien Verteidigung (vgl. BGHSt 27, 260, 262). Die Verteidigung soll damit grundsätzlich von jeder Behinderung oder Erschwerung freigestellt sein. Das bedeutet aber nicht, dass § 148 StPO einen generellen Vorrang vor der Vorschrift des § 97 StPO genießt und deren Anwendungsvoraussetzungen überflüssig macht. (Bearbeiter)

4. Mangels Anwendbarkeit des § 97 Abs. 1 StPO kommt es auch auf die zum Ausschluss der Beschlagnahmefreiheit (§ 97 Abs. 2 Satz 3 StPO) entwickelten Grundsätze, insbesondere das Vorliegen eines gravierenden Verstri-

ckungsverdacht gegen den Verteidiger (BGH NJW 1973, 2035; NStZ 2001, 604, 606; Beschluss vom 22. November 2000 - 1 StR 375/00) nicht an. (Bearbeiter)

5. Die Bezeichnung eines Vorsitzenden Richters am Landgericht in einem Brief an den Mandanten als „unfähiger und fauler Richter“, „an dessen Verstand man mit Fug und Recht zweifeln muss“ ist eine Formalbeleidigung, die nicht nach § 193 StGB zur Ausführung und Verteidigung von Rechten gemacht wird. (Bearbeiter)

6. Bei der Beurteilung der Frage, ob eine Äußerung des Rechtsanwaltes gegenüber seinem Mandanten als Beleidigung zu qualifizieren ist, ist ein Maßstab anzulegen, der den Besonderheiten des Mandatsverhältnisses Rechnung trägt. Insoweit ist beiderseits ein schutzwürdiges Interesse an einer freien und auch in der Wortwahl deutlichen Aussprache anzuerkennen. Auch für den Rechtsanwalt muss gegenüber dem Mandanten ein „offenes Wort“ möglich sein. Wie § 43a Abs. 3 Satz 2 BRAO deutlich macht, kann dies herabsetzende Äußerungen einschließen, wenn andere Prozessbeteiligte oder der Verfahrensverlauf hierzu Anlass gegeben haben. Persönliche Schmähungen und diffamierende Äußerungen sowie Formalbeleidigungen überschreiten aber in jedem Falle die Grenze des Zulässigen. (Bearbeiter)

7. Das Mandatsverhältnis zwischen Strafverteidiger und Beschuldigtem begründet nicht generell einen „beleidigungsfreien Raum“. Der Senat braucht nicht zu entscheiden, ob ein solcher beleidigungsfreier Bereich anzuerkennen ist, soweit ehrenrührige Äußerungen des Mandanten über Dritte gegenüber seinem Anwalt betroffen sind. Jedenfalls besteht kein schutzwürdiges Interesse in einem Mandatsverhältnis beleidigende Äußerungen des Rechtsanwaltes stets straffrei zu stellen. Die zum Verhältnis innerhalb enger bzw. engster Familien- und Vertrauensbeziehungen entwickelten Grundsätze (vgl. BVerfGE 90, 255, 261; BVerfG NJW 2007, 1194, 1195; 1995, 1477) sind auf die Beziehung zwischen Verteidiger und Beschuldigtem nicht übertragbar. (Bearbeiter)

8. Bei der Anwendung des § 258 StGB auf Strafverteidigerhandeln ist die Prozessstellung als Strafverteidiger zu berücksichtigen. Diese ist von einem Spannungsverhältnis als unabhängiges, der Wahrheit und Gerechtigkeit verpflichtetes Organ der Rechtspflege und seiner Beistandsfunktion und Treuepflicht gegenüber dem Beschuldigten gekennzeichnet. Ein Strafverteidiger ist verpflichtet, seinen Mandanten im Rahmen der Gesetze bestmöglich zu verteidigen (vgl. BGHSt 38, 345, 350). Er ist nicht verpflichtet, an der Verwirklichung des staatlichen Strafanspruchs mitzuwirken. Er hat nicht für die Richtigkeit von Zeugenaussagen einzustehen und ist insbesondere nicht verpflichtet, eine Falschaussage zu verhindern (BGHSt 4, 327; 46, 53, 60 f.).

9. Die Grenze zulässigen Verteidigungshandelns ist überschritten, wenn der Verteidiger den Sachverhalt aktiv verdunkelt oder verzerrt, insbesondere wenn er Beweisquellen verfälscht (vgl. BGHSt 38, 345, 350 f.; 46, 53, 61). Bei von ihm sicher als unwahr erkannten (vgl. dagegen bei lediglich erheblichen Zweifeln an der Richtigkeit oder Zuverlässigkeit der Aussage BGHSt 46, 53, 61) Zeugenaussagen ist eine aktive Verdunkelung anzuneh-

men, wenn der Verteidiger Einfluss auf das Zustandekommen der Aussage genommen hat (vgl. BGHSt 4, 327; BGHSt 46, 53, 61). Dies kann etwa der Fall sein, wenn er den Zeugen zu einer Falschaussage veranlasst (vgl. BGH NStZ 1983, 503), wenn er ihn in seinem Entschluss bestärkt (BGHSt 29, 99, 107; BGH JR 1984, 299; RGSt 70, 390 ff.), wenn er einen zur Falschaussage entschlossenen Zeugen als Beweismittel benennt (BGH JR 1984, 299) oder wenn er den Inhalt der Falschaussage mit ihm abstimmt. (Bearbeiter)

10. Eine psychische Beihilfe zu einer Falschaussage durch einen Verteidiger kann auch darin liegen, dass er dem Zeugen gegenüber erklärt, er halte die angekündigte, den Mandanten entlastende Aussage für „passend“ (erwünscht). Dies gilt auch dann, wenn die Falschheit der Aussage zwischen dem Zeugen und dem Verteidiger nicht ausgesprochen wird, der Verteidiger aber davon ausgeht, dass der Zeuge P durch die Zustimmung zur Aussage an sich darin bestärkt wird, eine Falschaussage zu leisten. Es genügt, wenn dem zur Falschaussage entschlossenen Zeugen durch die Reaktion des Angeklagten der subjektive Eindruck zustimmender Bestärkung vermittelt worden ist (vgl. BGH NStZ 1995, 490; OLG Düsseldorf NStZ-RR 2005, 336). (Bearbeiter)

**475. BGH 1 StR 90/09 - Beschluss vom 30. April 2009 (LG Saarbrücken)**

BGHSt; Zusammenwirken von Finanzbehörden und Staatsanwaltschaften im steuerstrafrechtlichen Ermittlungsverfahren (Evokationsrecht); Recht auf Verfahrensbeschleunigung (rechtsstaatswidrige Verfahrensverzögerung; strafrechtliche Folgen bei vorwerfbarer Verfahrensverzögerung).

Art. 6 Abs. 1 Satz 1 EMRK; § 386 Abs. 4 AO; § 258a StGB

1. Zum Zusammenwirken von Finanzbehörden und Staatsanwaltschaften im steuerstrafrechtlichen Ermittlungsverfahren. Zu strafrechtlichen Folgen bei vorwerfbarer Verfahrensverzögerung. (BGHSt)

2. Die Übernahme durch die Staatsanwaltschaft kann wegen der Bedeutung einer auch kleineren Sache – wegen einer besonderen öffentlichen Aufmerksamkeit etwa – im Raum stehen, jedenfalls dann, wenn Zweifel bestehen oder während des Gangs der Ermittlungen entstehen, ob die Sache zur Erledigung im Strafbefehlsverfahren geeignet ist, insbesondere wenn – oder sobald – wegen der Größenordnung oder der Bedeutung des Falls eine Anklage beim Landgericht zu erwarten ist. Die frühzeitige Einbeziehung der Staatsanwaltschaft ist gerade auch dann angezeigt, wenn sich die Beweislage zu Beginn als schwierig darstellt. (Bearbeiter)

3. Weder aus § 386 Abs. 1 Satz 1, Abs. 2, § 399 Abs. 1 AO noch aus § 400 AO ist zu schließen, dass die Finanzbehörde in allen Fällen die Sache bis zur Anklagereife (bzw. Einstellungsreife) ohne Beteiligung der Staatsanwaltschaft selbständig ausermitteln hätten. (Bearbeiter)

**530. BGH 3 StR 376/08 - Urteil vom 9. April 2009 (LG Hannover)**

BGHSt; Besetzungsrüge; Einrichtung einer Hilfsstrafkammer (Zuweisung von Geschäften nach dem Abstraktionsprinzip; keine Zuweisung bestimmter einzelner Sachen); gesetzlicher Richter; Eingriff in die funktionelle Zuständigkeit für bereits anhängige Sachen (ultima ratio; Begründungspflicht; Dokumentationspflicht; Rechtmäßigkeitskontrolle; keine bloße Willkürkontrolle); Verfahrensrüge (Rügepräklusion; Darstellungsanforderungen: Vortrag der den Mangel enthaltenden Tatsachen).

§ 338 Nr. 1 StPO; § 21e Abs. 3 GVG; Art. 101 Abs. 1 Satz 2 GG; § 222b StPO; § 344 Abs. 2 Satz 2 StPO

1. Der Präsidiumsbeschluss über die Errichtung einer Hilfsstrafkammer und die Übertragung (auch) bereits anderweitig anhängiger Sachen an diese (§ 21 e Abs. 3 GVG) ist zu begründen. (BGHSt)
2. Mängel dieser Begründung können spätestens bis zur Entscheidung der Hilfsstrafkammer über einen in der Hauptverhandlung erhobenen Besetzungseinwand (§ 222 b StPO) behoben werden. (BGHSt)
3. Überlastung eines Spruchkörpers (§ 21e Abs. 3 GVG) liegt vor, wenn über einen längeren Zeitraum ein erheblicher Überhang der Eingänge über die Erledigungen zu verzeichnen ist, sodass mit einer Bearbeitung der Sachen innerhalb eines angemessenen Zeitraumes nicht zu rechnen ist und sich die Überlastung daher als so erheblich darstellt, dass der Ausgleich nicht bis zum Ende des Geschäftsjahres zurückgestellt werden kann. (Bearbeiter)
4. Eine Hilfsstrafkammer – ein im Gesetz nicht erwähnter Spruchkörper – darf bei vorübergehender Überlastung eines ständigen Spruchkörpers für begrenzte Zeit errichtet werden. Sie gehört nicht zu den „institutionellen“ Kammern des Landgerichts und vertritt die ordentliche Strafammer in solchen Geschäften, die diese infolge anderweitiger Inanspruchnahme nicht selbst erledigen kann. (Bearbeiter)
5. Die Regelung der mit der Errichtung einer Hilfsstrafkammer verbundenen Übertragung von Aufgaben der ordentlichen Strafammer hat denselben Grundsätzen zu folgen wie sonstige Änderungen im Sinne von § 21e Abs. 3 GVG. Insbesondere ist das Abstraktionsprinzip zu beachten. Danach muss auch eine Änderung des Geschäftsverteilungsplans die Aufgaben nach allgemeinen, sachlich-objektiven Merkmalen übertragen. Eine spezielle Zuweisung bestimmter einzelner Verfahren ist unzulässig. (Bearbeiter)
6. Die grundrechtsgleiche Gewährleistung des gesetzlichen Richters (Art. 101 Abs. 1 Satz 2 GG) steht einer Änderung der funktionellen Zuständigkeit (auch) für bereits anhängige Verfahren jedenfalls dann nicht entgegen, wenn die Neuregelung generell gilt, also etwa außer mehreren anhängigen Verfahren auch eine unbestimmte Vielzahl künftiger, gleichartiger Fälle erfasst, und auch nicht aus sachwidrigen Gründen geschieht. (Bearbeiter)
7. Lediglich in Ausnahmefällen kann auch eine Änderung der Geschäftsverteilung zulässig sein, die einer Hilfsstrafammer ausschließlich bereits anhängige Verfahren

überträgt. Dies kommt jedoch nur dann in Betracht, wenn allein auf diese Weise dem verfassungs- und konventionsrechtlichen Beschleunigungsgebot angemessen Rechnung getragen werden kann. Jede Umverteilung während des laufenden Geschäftsjahres, die bereits anhängige Verfahren erfasst, muss geeignet sein, die Effizienz des Geschäftsablaufs zu erhalten oder wiederherzustellen, denn Änderungen der Geschäftsverteilung, die diesen Anforderungen nicht genügen, sind nicht im Sinne des § 21e Abs. 3 Satz 1 GVG nötig und können vor Art. 101 Abs. 1 Satz 2 GG keinen Bestand haben. (Bearbeiter)

8. Die Dokumentation der Änderungs- und Umverteilungsgründe muss grundsätzlich schon zum Zeitpunkt der Präsidiumsentscheidung vorliegen, denn sie dient der notwendigen Unterrichtung der Präsidiumsmitglieder über die Gründe für die geplante Änderung des Geschäftsverteilungsplans und stellt sicher, dass die Entscheidung des Präsidiums auf dem aktuellen Stand der Belastungssituation und der übrigen bedeutsamen Umstände beruht. (Bearbeiter)

9. Jedenfalls muss die Dokumentation aber spätestens in dem Zeitpunkt vorhanden sein, in dem in einer der in die Zuständigkeit der Hilfsstrafkammer fallenden Sachen über einen Besetzungseinwand nach § 222b Abs. 2 StPO sachlich zu entscheiden ist. (Bearbeiter)

10. Mangelt es an einer zureichenden Dokumentation der für die Änderung des Geschäftsverteilungsplans maßgeblichen Gründe, so ist der Beschwerdeführer weder bei Erhebung der Besetzungsrüge (vgl. § 222b Abs. 1 Satz 2 StPO) noch im Revisionsrechtszug (vgl. § 344 Abs. 2 Satz 2 StPO) gehalten, seinerseits die Tatsachen vorzutragen, die die Hilfsstrafkammer benötigt (hätte), um die Rechtmäßigkeit der Zuständigkeitsverteilung und damit ihre eigene Zuständigkeit sowie die Berechtigung des Besetzungseinwands inhaltlich prüfen zu können. (Bearbeiter)

11. Aus dem Sinn und Zweck der Rügepräklusion nach §§ 222b Abs. 1 und 338 Nr. 1 StPO folgt, dass jedenfalls dann, wenn jede Dokumentation der Gründe für die Errichtung einer Hilfsstrafkammer und die Übertragung bereits anderweit anhängiger Verfahren in deren Zuständigkeit unterblieben ist, ein Nachschieben von Gründen nach der Entscheidung über den Besetzungseinwand unbeachtlich ist. Es kann insbesondere einer mit der Revision erhobenen Besetzungsrüge nicht mehr den Boden entziehen kann; vielmehr greift diese ohne weiteres durch. (Bearbeiter)

#### **501. BGH 2 ARs 180/09 (2 AR 108/09) – Beschluss vom 7. April 2009 (LG Kiel)**

BGHSt; Zuständigkeitsentscheidung durch den BGH (Flaggengrundsatz und Geltung der StPO auf Schiffen deutscher Flagge; Piratenbeschluss).

§ 10 StPO; § 13a StPO

1. Zum Regelungsgehalt des § 10 StPO. (BGHSt)
2. Der Flaggenstaat übt zwar auch die Strafgewalt über die auf dem Schiff begangenen Straftaten aus, unabhän-

gig davon, wo es sich zum Tatzeitpunkt befindet und welche Staatsangehörigkeit die Täter haben. Dies bedeutet jedoch nicht, dass Straftaten auf einem unter deutscher Flagge fahrenden Schiff innerhalb des Geltungsbereichs der Strafprozessordnung begangen worden sind. (Bearbeiter)

3. Der Geltungsbereich der Strafprozessordnung im Sinne des § 10 Abs. 1 StPO entspricht dem Hoheitsbereich der Bundesrepublik Deutschland: Er umfasst an Land das Gebiet innerhalb der Bundesgrenzen, an der deutschen Küste die Eigengewässer und das Küstenmeer sowie allgemein den über den vorgenannten Bereichen liegenden Luftraum. Jenseits dieser Gebiete beginnt der von § 10 StPO erfasste Bereich. (Bearbeiter)

4. Gemäß § 13a StPO bestimmt der Bundesgerichtshof das zuständige Gericht nur dann, wenn es im Geltungsbereich dieses Bundesgesetzes an einem zuständigen Gericht fehlt oder dieses nicht ermittelt ist. Auf diese Frage hat sich die Prüfung durch den Senat im Verfahren nach § 13a StPO zu beschränken (BGHSt 18, 19, 20). (Bearbeiter)

5. Die Zulässigkeit der Bestimmung eines zuständigen Gerichts nach § 13a StPO ist allerdings nicht davon abhängig, ob ein in den §§ 7 ff. StPO vorgesehener Gerichtsstand ermittelt werden kann; maßgebend ist vielmehr, dass ein solcher nicht ermittelt ist (BGHSt 10, 255). Dies ist der Fall, wenn sich keine Anhaltspunkte für einen der in §§ 7 ff. StPO begründeten Gerichtsstände ergeben und ein solcher nicht ohne nähere Erhebungen feststellbar ist (BGHSt 10, 255, 257; BGH BGHR StPO § 13a Anwendungsbereich 4). (Bearbeiter)

**531. BGH 3 StR 429/08 - Beschluss vom 11. Dezember 2008 (LG Berlin)**

Entscheidung über die Vereidigung eines Zeugen (Revisibilität); Beruhen; Rügepräklusion (Anordnung des Vorsitzenden; Entscheidung des Gerichts).

§ 59 StPO; § 60 StPO; § 337 StPO; § 238 StPO

1. Die Neufassung des § 59 StPO eröffnet dem Tatrichter für diese Entscheidung einen Beurteilungsspielraum („wegen der ausschlaggebenden Bedeutung der Aussage oder zur Herbeiführung einer wahren Aussage“) kombiniert mit einer Ermessensbefugnis („nach seinem Ermessen für notwendig hält“). Wie in sonstigen Fällen kann auch hier mit der Revision geltend gemacht werden, der Tatrichter habe den ihm zustehenden Beurteilungsspielraum überschritten oder sein Ermessen rechtsfehlerhaft ausgeübt.

2. Der Senat ist – nicht tragend – der Auffassung, dass jedenfalls in Fällen, in denen ein Zeuge nicht vereidigt wurde und erst aus den Urteilsgründen zutage tritt, dass nach der Beurteilung des Gerichts die tatbestandlichen Voraussetzungen des § 59 Abs. 1 Satz 1 StPO für die Vereidigung des Zeugen vorlagen, die Zulässigkeit der Revisionsrüge schwerlich davon abhängig gemacht werden kann, dass in der Hauptverhandlung gegen die Anordnung des Vorsitzenden zur Nichtvereidigung – vorsorglich - auf Entscheidung des Gerichts angetragen wurde.

**519. BGH 3 StR 57/09 - Beschluss vom 5. Mai 2009 (LG Hildesheim)**

Alternative Aufklärungs- und Erörterungsrüge (Zulässigkeit; Sonderfall der offenkundigen Aktenwidrigkeit der Urteilsgründe).

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

Der Senat lässt ausdrücklich offen, ob eine Verfahrensrüge - jedenfalls in Ausnahmefällen, in denen der Akteninhalt ohne weiteres die Unrichtigkeit der Urteilsfeststellungen beweist - alternativ darauf gestützt werden kann, entweder habe das Tatgericht einen Widerspruch zwischen dem Inhalt des Urteils und demjenigen der Akten unter Verletzung seiner Aufklärungspflicht nicht in die Hauptverhandlung eingeführt, oder es habe unterlassen, ihn in den Urteilsgründen zu erörtern.

**527. BGH 3 StR 122/09 - Urteil vom 7. Mai 2009 (LG Krefeld)**

Wirksame Beschränkung der Revision auf den Strafausspruch (Strafausspruch; Maßregelanordnung); schwerer Raub (minder schwerer Fall; rechtsfehlerhafte Strafraumenwahl; eindeutiges Überwiegen strafschärfender Umstände).

§ 344 StPO; § 250 StGB; § 46 StGB; § 66 StGB

1. Widersprechen sich Revisionsantrag und Inhalt der Revisionsbegründung, so ist das Angriffsziel des Rechtsmittels durch Auslegung zu ermitteln, wobei maßgeblich auf die Revisionsbegründung abzustellen ist.

2. Die Beschränkung der Revision der Staatsanwaltschaft auf den Strafausspruch unter Ausnahme der Nichtanordnung einer Maßregel der Anordnung der Sicherungsverwahrung vom Rechtsmittelangriff ist wirksam, wenn eine Wechselwirkung zwischen Strafe und unterbliebener Maßregelanordnung auszuschließen ist.

**533. BGH 5 StR 48/09 - Urteil vom 22. April 2009 (LG Hamburg)**

Freispruch; Überzeugungsbildung; Beweiswürdigung; Telefonüberwachung (stark auslegungsbedürftiger, lückenhafter Inhalt eines überwachten Gesprächs); Postpendenzfeststellung.

§ 1 StGB; § 261 StPO; § 100a StPO

1. Spricht das Tatgericht einen Angeklagten frei, weil es Zweifel an seiner Täterschaft nicht zu überwinden vermag, so ist das durch das Revisionsgericht grundsätzlich hinzunehmen, da die Beweiswürdigung Sache des Tatgerichts ist. Der Beurteilung durch das Revisionsgericht unterliegt nur, ob dem Tatgericht Rechtsfehler unterlaufen sind. Das ist dann der Fall, wenn die Beweiswürdigung widersprüchlich, unklar oder lückenhaft ist, wenn sie gegen Denkgesetze oder gesicherte Erfahrungssätze verstößt oder das Gericht überspannte Anforderungen an die zur Verurteilung erforderliche Überzeugungsbildung gestellt hat.

2. Aus revisionsgerichtlicher Sicht ist es hinzunehmen, wenn das Tatgericht alleine auf der Grundlage eines einzigen überwachten Telefongesprächs mit stark auslegungsbedürftigem, teilweise nicht nachvollziehbarem und an manchen Stellen lückenhaftem Inhalt keine für

eine Verurteilung hinreichende Überzeugung von der angeklagten Tat gewinnen kann.

**535. BGH 3 StR 566/08 - Beschluss vom 5. März 2009 (LG Kiel)**

Einstellung des Verfahrens (Strafklageverbrauch); Doppelbestrafungsverbot; ne bis in idem; Tateinheit; Tatmehrheit; Tat im prozessualen Sinne; unerlaubter Besitz von Betäubungsmitteln; Trunkenheit im Verkehr.

§ 260 Abs. 3 StPO; Art. 103 Abs. 3 GG; § 52 StGB; § 53 StGB; § 264 StPO; § 316 StGB; § 29a BtMG

1. Der Begriff der Tat i. S. d. verfassungsrechtlichen Doppelbestrafungsverbots (Art. 103 Abs. 3 GG) richtet sich nach der verfahrensrechtlichen Bestimmung des § 264 StPO und ist somit als der geschichtliche sowie damit zeitlich und sachverhaltlich begrenzte Vorgang zu verstehen, auf welchen Anklage und Eröffnungsbeschluss hinweisen und innerhalb dessen der Angeklagte als Täter oder Teilnehmer einen Straftatbestand verwirklicht haben soll.

2. Der materiell-rechtliche und der prozessuale Tatbegriff stehen indes nicht völlig beziehungslos nebeneinander. Vielmehr stellt ein durch den Rechtsbegriff der Tateinheit zusammengefasster Sachverhalt in der Regel auch verfahrensrechtlich eine einheitliche prozessuale Tat dar. Umgekehrt bilden mehrere im Sinne von § 53 StGB sachlich-rechtlich selbstständige Handlungen grundsätzlich nur dann eine einheitliche prozessuale Tat, wenn die einzelnen Handlungen nicht nur äußerlich ineinander überge-

hen, sondern wegen der ihnen zu Grunde liegenden Vorkommnisse unter Berücksichtigung ihrer strafrechtlichen Bedeutung auch innerlich derart miteinander verknüpft sind, dass der Unrechts- und Schuldgehalt der einen Handlung nicht ohne die Umstände, die zu der anderen Handlung geführt haben, richtig gewürdigt werden kann und ihre getrennte Würdigung und Aburteilung als unnatürliche Aufspaltung eines einheitlichen Lebensvorgangs empfunden würde.

3. Danach stehen Trunkenheit im Verkehr (§ 316 StGB) und ein gleichzeitig verwirklichter unerlaubter Besitz von Betäubungsmitteln zumindest im Verhältnis prozessualer Tatidentität im Sinne des § 264 Abs. 1 StPO, wenn die Fahrt gerade dem Transport der Drogen dient, also etwa den Zweck verfolgt, sie an einen sicheren Ort zu bringen. Anders kann es hingegen liegen, wenn das Mitsichführen der Betäubungsmittel in keinem inneren Beziehungs- bzw. Bedingungs-zusammenhang mit dem Fahrvorgang steht.

**536. BGH 3 StR 568/08 - Beschluss vom 12. März 2009 (LG Wuppertal)**

Unterlassene Entscheidung über die Vereidigung eines Zeugen (Revisibilität; Beruhen).

§ 59 StPO; § 337 StPO

Der vom Generalbundesanwalt vertretenen Auffassung, die Nichtvereidigung eines Zeugen sei grundsätzlich nicht revisibel, vermag der Senat – nicht tragend – nicht zu folgen.

Rechtsprechung

V. Wirtschaftsstrafrecht und Nebengebiete

**483. BGH 1 StR 627/08 - Urteil vom 17. März 2009 (LG Nürnberg-Fürth)**

BGHSt; Hinterziehungsumfang bei der Umsatzsteuer (Steuerhinterziehung „auf Zeit“; unrichtige Umsatzsteuervoranmeldung; Hinterziehungszinsen; Erfolgsunrecht und Handlungsunrecht); Strafzumessung bei Tatserien im Fall der Umsatzsteuerhinterziehung (kurze Freiheitsstrafe statt Geldstrafe); auf den Strafausspruch und auf die Wahl der Straftat beschränkte Revision (untrennbarer Zusammenhang); rechtsfehlerhafte Annahme einer erheblichen Verminderung der Schuldfähigkeit.

§ 370 Abs. 1 und 4 AO; § 18 UStG; § 46 StGB; § 47 StGB; § 21 StGB; § 344 StPO

1. Bei der Hinterziehung von Umsatzsteuern bemisst sich der Umfang der verkürzten Steuern oder erlangten Steuervorteile auch dann nach deren Nominalbetrag, wenn die Tathandlung in der pflichtwidrigen Nichtabgabe oder der Abgabe einer unrichtigen Umsatzsteuervoranmeldung im Sinne von § 18 Abs. 1 UStG liegt. Der Um-

stand, dass in solchen Fällen im Hinblick auf die Verpflichtung zur Abgabe einer Umsatzsteuerjahreserklärung (§ 18 Abs. 3 UStG) zunächst nur eine Steuerhinterziehung „auf Zeit“ gegeben ist, führt nicht dazu, dass der tatbestandsmäßige Erfolg lediglich in der Höhe der Hinterziehungszinsen zu erblicken wäre. (BGHSt)

2. Zur Strafzumessung bei Tatserien. (BGHSt)

3. Scheitert die vom Täter zunächst beabsichtigte Schadenswiedergutmachung daran, dass es ihm nach einer wahrheitsgemäßen Umsatzsteuerjahreserklärung aus finanziellen Gründen nicht mehr möglich ist, den Unterschiedsbetrag im Sinne von § 18 Abs. 4 Satz 1 UStG nachzuentrichten, kommt es ebenfalls zu einer dauerhaften Verkürzung der Steuer. Im Rahmen der Strafzumessung kann dem Täter dann zwar zugute gehalten werden, dass er bei der Tatbegehung eine spätere Schadenswiedergutmachung vorhatte. Waren allerdings bereits bestehende finanzielle Schwierigkeiten Motiv für die Abgabe falscher Umsatzsteuervoranmeldungen, relativiert dies

die strafmildernde Bedeutung der Wiedergutmachungsabsicht. Die „Absicht“ der Wiedergutmachung erweist sich dann als bloße - oft sogar unrealistische - „Hoffnung“. (Bearbeiter)

4. Nach der Rechtsprechung des Bundesgerichtshofs, an der der Senat festhält, stehen Steuerhinterziehungen wegen der Verletzung der Pflicht zur rechtzeitigen Abgabe wahrheitsgemäßer Umsatzsteuervoranmeldungen und solche, bezogen auf die Pflicht zur rechtzeitigen Einreichung einer zutreffenden Umsatzsteuerjahreserklärung, auch dann im Verhältnis der Tatmehrheit zueinander, wenn sie dasselbe Kalenderjahr betreffen (vgl. BGHSt 38, 165, 171; BGH wistra 2005, 66; 2005, 145, 146; 2005, 228, 229). Aufgrund der steuerrechtlichen Selbstständigkeit beider Besteuerungsverfahren kommt einer falschen Umsatzsteuerjahreserklärung im Verhältnis zu vorangegangenen unzutreffenden monatlichen Umsatzsteuervoranmeldungen in demselben Kalenderjahr in steuerrechtlicher Hinsicht ein selbständiger Unrechtsgehalt zu. (Bearbeiter)

5. Die Steuerhinterziehung aufgrund der Verletzung der Pflicht zur (rechtzeitigen) Abgabe einer wahrheitsgemäßen Umsatzsteuerjahreserklärung ist keine mitbestrafte Nachtat, wenn der Täter bereits wegen Verletzung seiner Pflicht zur (rechtzeitigen) Abgabe zutreffender Umsatzsteuervoranmeldungen strafbar ist (vgl. BGHSt 38, 165, 171; BGH NStZ 1996, 136, 137). Dies gilt selbst dann, wenn die unrichtigen Angaben in der Umsatzsteuerjahreserklärung und vorangegangenen Umsatzsteuervoranmeldungen inhaltlich übereinstimmen. (Bearbeiter)

6. Dem Umstand, dass die umsatzsteuerlichen Pflichten zur Abgabe für das jeweilige Kalenderjahr eng verzahnt sind und im Ergebnis der Durchsetzung desselben Steueranspruchs dienen, ist bei gleichzeitiger Aburteilung bei der Gesamtstrafbildung Rechnung zu tragen (BGH wistra 2005, 145, 147). Im Hinblick auf die Teilidentität im Unrechtsgehalt zwischen unrichtigen Umsatzsteuervoranmeldungen und der dasselbe Jahr betreffenden Jahreserklärung wird aber das Tatgericht im Regelfall in Verfahren dieser Art gemäß § 154a Abs. 2 StPO die Verfolgung entweder auf die falsche Umsatzsteuerjahreserklärung oder die unrichtigen Umsatzsteuervoranmeldungen beschränken können (vgl. BGHSt 49, 359, 365). (Bearbeiter)

7. Die Steuerhinterziehung ist zwar Erfolgsdelikt, jedoch nicht notwendig Verletzungsdelikt (vgl. Senat wistra 2009, 114, 117). Die im Festsetzungsverfahren begangene Steuerhinterziehung ist vielmehr konkretes Gefährdungsdelikt, wobei die geschuldete Steuer bereits dann verkürzt ist, wenn die Steuer nicht rechtzeitig festgesetzt wird. (Bearbeiter)

8. In Fällen sachlich und zeitlich ineinander verschränkter Vermögensdelikte, von denen die gewichtigeren die Verhängung von Einzelfreiheitsstrafen von sechs Monaten und mehr gebieten, liegt die Verhängung kurzfristiger Freiheitsstrafen nach § 47 StGB in den Einzelfällen mit geringeren Schäden nahe. Auch bei der Zumessung der Einzelstrafen muss die Gesamtserie und der dadurch verursachte Gesamtschaden in den Blick genommen werden (BGH NStZ 2001, 311; NStZ 2004, 554). Dies

gilt auch bei Steuerstraftaten (vgl. BGH HFR 1995, 227). (Bearbeiter)

9. Eine Verminderung der Steuerfähigkeit gemäß § 21 StGB kommt nur in Betracht, wenn die Schuldfähigkeit „bei Begehung der Tat erheblich vermindert“ war. Maßgeblicher Zeitpunkt ist dabei derjenige der Tathandlung im Sinne von § 8 Satz 1 StGB. Werden innerhalb eines längeren Zeitraums mehrere Taten begangen, ist deshalb die Prüfung nicht generell, sondern in Bezug auf jede einzelne Tat vorzunehmen (vgl. BGH NStZ 2004, 437, 438; NStZ-RR 2007, 105, 106). (Bearbeiter)

#### **480. BGH 1 StR 479/08 – Beschluss vom 17. März 2009 (LG Nürnberg-Fürth)**

BGHSt; Umsatzsteuerhinterziehung (steuerrechtliche Anzeige- und Berichtigungspflicht nach § 153 Abs. 1 Satz 1 Nr. 1 AO auch nach vorsätzlicher Abgabe einer unrichtigen Steuererklärung; nemo-tenetur-Grundsatz; Selbstbelastungsfreiheit; Suspendierung der Erklärungs- und Berichtigungspflicht; Konkurrenzen).

Art. 6 EMRK; Art. 1 GG; Art. 2 Abs. 1 GG; § 153 Abs. 1 AO; § 370 Abs. 1 Nr. 2 AO; § 153 AO; § 371 AO; § 27b UStG

1. Eine steuerrechtliche Anzeige- und Berichtigungspflicht nach § 153 Abs. 1 Satz 1 Nr. 1 AO besteht auch dann, wenn der Steuerpflichtige die Unrichtigkeit seiner Angaben bei Abgabe der Steuererklärung nicht gekannt, aber billigend in Kauf genommen hat und er später zu der sicheren Erkenntnis gelangt ist, dass die Angaben unrichtig sind. (BGHSt)

2. Die sich aus § 153 AO ergebende steuerrechtliche Pflicht zur Berichtigung von mit bedingtem Hinterziehungsvorsatz abgegebenen Erklärungen wird strafrechtlich erst mit der Bekanntgabe der Einleitung eines Steuerstrafverfahrens suspendiert, das die unrichtigen Angaben erfasst (im Anschluss an BGHSt 47, 8, 14). (BGHSt)

3. Ist eine wirksame Selbstanzeige lediglich deshalb nicht möglich, weil der Steuerpflichtige nicht in der Lage ist, die hinterzogenen Steuern innerhalb einer angemessenen Frist nachzuentrichten (§ 371 Abs. 3 AO; vgl. dazu BVerfG wistra 1988, 302), kommt eine derartige Suspendierung der Strafbewehrung der steuerlichen Berichtigungspflicht jedenfalls dann nicht in Betracht, wenn der Steuerpflichtige bei pflichtgemäßer und rechtzeitiger Erfüllung seiner steuerlichen Pflichten zur Zahlung noch in der Lage gewesen wäre. (Bearbeiter)

4. Hat der Steuerpflichtige bewusst unrichtige Voranmeldungen abgegeben, besteht bereits keine steuerrechtliche Anzeige- und Berichtigungspflicht gemäß § 153 AO. Denn dann kennt er deren Unrichtigkeit von Anfang an. Ein nachträgliches Erkennen ist in solchen Fällen begrifflich ausgeschlossen. Freilich ist dann hinsichtlich der abgegebenen Steuererklärungen regelmäßig eine mit direktem Vorsatz durch aktives Tun begangene Steuerhinterziehung gemäß § 370 Abs. 1 Nr. 1 AO gegeben, sofern nicht der unwahrscheinliche Fall vorliegt, dass der Steuerpflichtige davon ausgegangen ist, seine falschen Angaben würden nicht zu einer Steuerverkürzung führen. (Bearbeiter)

5. Ob - anders als im Verhältnis von unrichtiger Umsatzsteuervoranmeldung und nicht abgegebener Umsatzsteuerjahreserklärung - die der Steuerhinterziehung durch aktives Tun nachfolgende Unterlassungstat eines Verstoßes gegen § 153 AO als mitbestrafte Nachtat zurücktritt oder - etwa wegen des in einem direkten Hinterziehungsvorsatz zum Ausdruck kommenden höheren Schuldgehalts - als eigenständige Tat im materiellen Sinn zur vorangegangenen Steuerhinterziehung in Tatmehrheit steht, braucht der Senat hier nicht zu entscheiden. (Bearbeiter)

**550. BGH StB 20/08 - Beschluss vom 26. März 2009 (OLG Frankfurt am Main)**

BGHSt; Verstoß gegen das Außenwirtschaftsgesetz; Behördenzeugnis; Behördengutachten; sofortige Beschwerde gegen Nichteröffnungsbeschluss eines Oberlandesgerichts (Prüfungsmaßstab des Bundesgerichtshofs); Entwickeln von Kriegswaffen; erhebliche Gefährdung der auswärtigen Beziehungen der Bundesrepublik Deutschland; Prinzip der territorialen Souveränität; völkerrechtliches Interventionsverbot; Bestimmtheitsgrundsatz im Strafrecht.

§ 34 AWG; § 69o AWW; § 70a AWW; § 19 KWKG; Art. 1 Buchst. f Iranembargo-VO; § 120 Abs. 2 Nr. 4 GVG; Art. 103 Abs. 2 GG

1. Hat der Bundesgerichtshof über die sofortige Beschwerde des Generalbundesanwalts gegen einen die Eröffnung des Hauptverfahrens ablehnenden Beschluss des erstinstanzlich zuständigen Senats eines Oberlandesgerichts zu entscheiden, so hat er das Bestehen eines hinreichenden Tatverdachts in vollem Umfang eigenständig zu prüfen (Aufgabe von BGHSt 35, 39). (BGHSt)

2. Zu den Voraussetzungen, unter denen eine Straftat nach § 19 Abs. 1 KWKG die auswärtigen Beziehungen der Bundesrepublik Deutschland im Sinne des § 19 Abs. 2 Nr. 2 Buchst. c KWKG erheblich gefährdet. (BGHSt)

3. Es verstößt nicht gegen Art. 25 GG, dass § 35 AWG den Geltungsbereich materiellen deutschen Strafrechts auf Taten erstreckt, die von deutschen Staatsbürgern im Ausland begangen werden. (BGHSt)

4. Ein zur Eröffnung des Hauptverfahrens hinreichender Tatverdacht (§ 203 StPO) ist zu bejahen, wenn bei vorläufiger Tatbewertung auf Grundlage des Ermittlungsergebnisses die Verurteilung in einer Hauptverhandlung mit vollgültigen Beweismitteln wahrscheinlich ist. (Bearbeiter)

5. Unter den Begriff des „Entwickelns“ von Atomwaffen im Sinne des § 19 Abs. 1 Nr. 1 KWKG fallen sämtliche Maßnahmen zur Schaffung der technologischen Voraussetzungen für eine eigene atomare Kampfstoffproduktion einschließlich der Planung und Errichtung von Produktionsanlagen. (Bearbeiter)

6. Bei den Behördenzeugnissen des Bundesnachrichtendienstes handelt es sich nur um sekundäre Beweismittel, welche die unmittelbaren Quellen der dort wiedergegebenen Erkenntnisse und Bewertungen nicht oder nicht

vollständig offen legen. Daher bedürfen sie einer vorsichtigen Beweiswürdigung unter Heranziehung der weiteren zur Verfügung stehenden Erkenntnismöglichkeiten. (Bearbeiter)

7. § 19 Abs. 2 Nr. 2 Buchst. c KWKG setzt voraus, dass durch die Handlung des Täters die auswärtigen Beziehungen der Bundesrepublik Deutschland erheblich gefährdet werden und ist als konkretes Gefährdungsdelikt ausgestaltet. Daher genügt eine lediglich potentielle Rechtsgutsgefährdung nicht. Notwendig ist vielmehr, dass für das betroffene Schutzgut eine konkret riskante Situation entsteht, bei der das Umschlagen in eine Verletzung unmittelbar bevorsteht und deren Ausbleiben nur vom Zufall abhängt. Es muss daher anhand konkreter tatsächlicher Umstände festzustellen sein, dass die Bundesrepublik Deutschland durch die Tat in eine Lage gebracht werden kann, die es ihr unmöglich macht oder ernsthaft erschwert, ihre Interessen an gedeihlichen Beziehungen zu anderen Staaten zu wahren. Dies ist beispielsweise der Fall, wenn aufgrund der Tat Akte starker diplomatischer Missbilligung, eine feindselige Kampagne der führenden Medien eines wichtigen Landes der Völkergemeinschaft oder eine Verurteilung der Bundesrepublik Deutschland in inter- bzw. supranationalen Gremien nahe liegend zu erwarten sind. Demgegenüber reicht nicht jede mögliche negative Reaktion eines fremden Staates, wie z. B. eine bloße Demarche, für sich allein bereits aus. (Bearbeiter)

**529. BGH 3 StR 372/08 - Beschluss vom 10. Februar 2009 (LG Oldenburg)**

BGHR; Bankrott (Ankündigung der beabsichtigten Aufgabe der Interessentheorie); Schuldner-eigenschaft (Tätigwerden im Geschäftskreis des Vertretenen); Untreue (tatbestandsausschließendes Einverständnis bei der GmbH).

§ 283 StGB; § 14 StGB; § 266 StGB

1. Der Senat neigt dazu, von der bisherigen Rechtsprechung des Bundesgerichtshofs zur Strafbarkeit eines Vertreters wegen Bankrotts abzuweichen und die Abgrenzung zwischen den Insolvenzdelikten der §§ 283 ff. StGB und insbesondere der Untreue nach § 266 StGB, aber auch den Eigentumsdelikten gemäß §§ 242, 246 StGB nicht mehr nach der Interessenformel vorzunehmen.

2. Es erscheint dem Senat – nicht tragend – vorzugswürdig, für die Zurechnung der Schuldner-eigenschaft im Sinne der §§ 283 ff. StGB maßgeblich daran anzuknüpfen, ob der Vertreter im Sinne des § 14 StGB im Geschäftskreis des Vertretenen tätig geworden ist.

3. Nach – nicht tragender – Auffassung des Senats werde ein Handeln im Geschäftskreis des Vertretenen bei rechtsgeschäftlichem Handeln zu bejahen sein, wenn der Vertreter entweder im Namen des Vertretenen aufträte oder letzteren wegen der bestehenden Vertretungsmacht jedenfalls im Außenverhältnis die Rechtswirkungen des Geschäfts unmittelbar träfen. Gleiches werde gelten, wenn sich der Vertretene zur Erfüllung seiner strafbewehrten Pflichten (vgl. § 283 Abs. 1 Nr. 5-7 StGB) eines Vertreters bediene. Bei faktischem Handeln müsse die



Zustimmung des Vertretenen – unabhängig von der Rechtsform, in der dieser agiere – ebenfalls dazu führen, dass der Vertreter in seinem Auftrag handele und ihm die Schuldnerstellung zugerechnet werde.

4. Das Einverständnis des Geschäftsherrn schließt regelmäßig den Tatbestand der Untreue aus. Das gilt grundsätzlich auch für vermögensnachteilige Dispositionen des Geschäftsführers einer Kapitalgesellschaft, wenn sie im Einverständnis der Gesellschafter getroffen werden. Ein Einverständnis der Gesellschafter ist allerdings unwirksam und die Vermögensverfügung des Geschäftsführers deshalb missbräuchlich, wenn unter Verstoß gegen Gesellschaftsrecht die wirtschaftliche Existenz der Gesellschaft gefährdet wird, etwa durch Beeinträchtigung des Stammkapitals entgegen § 30 GmbHG, durch Herbeiführung oder Vertiefung einer Überschuldung oder durch Gefährdung der Liquidität (BGHSt 35, 333; 49, 147, 158; BGH wistra 2003, 457, 460; 2006, 265).

#### **481. BGH 1 StR 479/08 - Urteil vom 17. März 2009 (LG Nürnberg-Fürth)**

Rechtsfehlerhafter Freispruch vom Vorwurf der Umsatzsteuerhinterziehung (Erörterungsmängel und Darstellungsversäumnisse); Strafzumessung bei der Steuerhinterziehung im Fall der Zahlungsunfähigkeit (Deliktscharakter; Erfolgsdelikt; Verletzungsdelikt; Abgrenzung von einfach fahrlässigem und leichtfertigen Handeln); Aufhebung weiterer Strafaussprüche wegen der Aufhebung eines Einzelstrafauspruchs.

§ 370 AO; § 378 AO; § 261 StPO; § 353 StPO

1. Die Steuerhinterziehung ist zwar Erfolgsdelikt, jedoch nicht notwendig Verletzungsdelikt. Wie die Vorschrift des § 370 Abs. 4 Satz 1 AO zeigt, ist der Tatbestand des § 370 Abs. 1 AO bereits erfüllt, wenn die gesetzlich geschuldete Steuer nicht, nicht in voller Höhe oder nicht rechtzeitig festgesetzt wird. Für eine Steuerverkürzung genügt deshalb eine konkrete Gefährdung des Steueranspruchs. Die Erfüllung der Steuerschuld ist demgegenüber erst Gegenstand des dem Festsetzungsverfahrens nachgelagerten Erhebungs- und Vollstreckungsverfahrens (vgl. §§ 218 ff., 249 ff. AO).

2. Vor diesem Hintergrund kann dem Umstand, dass das Steueraufkommen mangels ausreichender finanzieller Mittel zur Abführung der geschuldeten Steuern auch bei ordnungsgemäßer Erfüllung der steuerlichen Erklärungspflichten des Angeklagten geschädigt worden wäre, für die Bestimmung des Schuldgehalts der Tat kein erhebliches Gewicht im Sinne eines bestimmenden Strafzumessungsumstandes (§ 267 Abs. 3 Satz 1 StPO) zukommen. Dies gilt im besonderen Maße, wenn es sich bei den hinterzogenen Steuern um solche handelt, die der Steuerschuldner wie bei der Umsatzsteuer wie ein Treuhänder für den Fiskus verwaltet. Demgegenüber hat es erhebliche strafmildernde Bedeutung, wenn die Verkürzung von Steuern beim Fiskus nicht zu einem dauer-

haften Steuerausfall geführt hat, weil etwa der Täter die geschuldeten Steuern nachgezahlt hat.

3. Bei Tatmehrheit kann nach der ständigen Rechtsprechung des Bundesgerichtshofs die Aufhebung eines Einzelstrafauspruchs zur Aufhebung weiterer Strafaussprüche führen, wenn nicht auszuschließen ist, dass diese durch den Rechtsfehler im Ergebnis beeinflusst sind. Dies kann insbesondere dann zu bejahen sein, wenn die Taten in einem engen inneren Zusammenhang stehen (BGH NStZ 2001, 323, 324; NStZ-RR 2007, 195, 196 m.w.N.). Nichts anderes gilt im Falle der Aufhebung eines Teilfreispruchs, wenn insoweit aufgrund einer neuen Hauptverhandlung eine Verurteilung noch in Betracht kommt und eine solche Verurteilung die Strafzumessung bei den übrigen Taten beeinflussen kann.

#### **484. BGH 1 StR 737/08 - Beschluss vom 5. Mai 2009 (LG Dortmund)**

Steuerhelierei (Absetzen; Absatzhilfe; kein Absatzerfolg; Beendigung); Tateinheitlicher Besitz von Schusswaffen und Munition; unerlaubtes Überlassen einer Waffe an eine Vertrauensperson der Polizei.

§ 373 AO; § 52 WaffG; § 52 Abs. 3 Nr. 7 WaffG

1. Der Umstand, dass dieser Absatz aufgrund des Einschreitens der Strafverfolgungsbehörden nicht gelungen ist, steht der Vollendung der Absatzhilfe bei der Steuerhelierei nicht entgegen. Denn die Tatvarianten des Absetzens und der Absatzhilfe setzen einen Absatzerfolg nicht voraus (BGH NJW 2007, 1294, 1297 m.w.N.). Ausreichend ist, dass ein nach den Gesamtumständen hinreichend konkretisierter Absatz unterstützt wurde.

2. Das gleichzeitige unerlaubte Ausüben der tatsächlichen Gewalt über mehrere Waffen oder Waffenteile bzw. Munition, auch wenn sie nicht unter dieselbe Strafbestimmung fallen, gilt als nur ein Verstoß gegen das Wafferecht (st. Rspr., vgl. BGHR WaffG § 52 Konkurrenzen 1; BGH NStZ-RR 2003, 124 f.; BGHR WaffG § 52a Abs. 1 Konkurrenzen 1 m.w.N.; BGH, Beschl. vom 13. Januar 2009 - 3 StR 543/08 jew. m.w.N.). Der Senat sieht keine Veranlassung, diese Rechtsprechung in Frage zu stellen, wenn die Waffen gemeinsam an einem Ort aufbewahrt werden.

3. Das durch § 52 Abs. 3 Nr. 7 WaffG geschützte Rechtsgut ist darin zu erblicken, dass im Interesse der öffentlichen Sicherheit und Ordnung (vgl. § 1 Abs. 1 WaffG) Waffen nicht an unberechtigte Personen überlassen werden sollen. Dieses Rechtsgut ist bei einer Übergabe an eine Vertrauensperson der Polizei nicht beeinträchtigt. Vielmehr soll das Scheingeschäft gerade verhindern, dass Waffen unter Missachtung der waffenrechtlichen Vorschriften in Umlauf kommen bzw. bleiben. Insoweit ist die Sach- und Interessenlage mit der vergleichbar, die bei der Lieferung eines Hehlers an eine Vertrauensperson gegeben ist (vgl. BGH NStZ-RR 2000, 266).

# Herrschaft durch Nichtstun? Zur Beteiligung durch Unterlassen

Zugleich Anmerkung zum BGH Urt. v. 12.02.2009 – 4 StR 488/08 (HRRS 2009 Nr. 351)

Von Dr. Christian Becker, Wissenschaftlicher Mitarbeiter a.d. Bucerius Law School, Hamburg

## I. Einleitung

Seit der Einführung des § 13 StGB durch das 2. StRG ist unzweifelhaft klar, dass die Deliktstatbestände des besonderen Teils nicht nur durch aktives Tun, sondern auch durch Unterlassen begehrbar sind.<sup>1</sup> Nicht geklärt sind damit jedoch eine Reihe von Problemen, die ihren Ursprung in der unterschiedlichen ontologischen Struktur von Tun und Unterlassen haben sowie in der Tatsache, dass die Regelungen des StGB und zahlreiche strafrechtliche Grundbegriffe – vor allem im Allgemeinen Teil – sprachlich und zum Teil auch sachlich ausschließlich auf die Begehungsdelikte<sup>2</sup> abzielen.<sup>3</sup> Als Beispiele seien an dieser Stelle genannt die „Kausalität“ des Unterlassens<sup>4</sup>, die Problematik bei der Bestimmung des Versuchbeginns<sup>5</sup> und schließlich die hier behandelte Frage der Beteiligung des Garanten an fremden Vorsatztaten. Bevor das zuletzt genannte Problem im Rahmen dieses Beitrags aufgearbeitet wird, sind der Sachverhalt und die entscheidenden rechtlichen Erwägungen der BGH-Entscheidung kurz darzustellen, die den Anlass für die Untersuchung gegeben hat.

## II. Sachverhalt und rechtliche Würdigung

Der Sachverhalt der hier behandelten Entscheidung – soweit er aus den getroffenen Feststellungen ersichtlich ist – weckt Erinnerungen an die als „Foltermord von Siegburg“ bekannt gewordene Tat, die seit kurzem, nach

der Aufhebung des erstinstanzlichen Urteils<sup>6</sup> durch den BGH<sup>7</sup>, vor dem LG Bonn neu verhandelt wird. Freilich kam das Opfer im vorliegenden Fall nicht zu Tode; es wurde aber von dem Angeklagten und einem weiteren Mithäftling „in einer ‚Atmosphäre der Gewalt‘ gequält und gedemütigt“. Der Mithäftling wurde von dem Angeklagten und dem gesondert verfolgten weiteren Beteiligten u.a. gezwungen, „etwa 20 Purzelbäume“ zu schlagen, eine große Menge einer Heringszubereitung, „obwohl er diese ‚zutiefst verabscheute““, bis zum Erbrechen zu sich zu nehmen, und er wurde auch sexuell genötigt. Soweit zur vom Gericht festgestellten „Atmosphäre der Gewalt“.<sup>8</sup>

Bezüglich des aktuell entschiedenen Sachverhalts wurde der Angeklagte vom Landgericht freigesprochen. Dabei wurde am Mithäftling eine „simulierte Erhängung“ vorgenommen und er wurde mit einer Plastiktüte auf dem Kopf an einen Stuhl gefesselt, bis er kurz vor dem Erstickten war. Die Vorinstanz hatte entschieden, dass der Angeklagte an diesen Misshandlungen nicht aktiv beteiligt gewesen sei, da sie ausschließlich von dem gesondert verfolgten Zellengenossen ausgeführt wurden. Eine Garantspflicht lehnte das Gericht ab, so dass es keinen Anlass hatte, mögliche Fragen einer Beteiligung durch Unterlassen zu erörtern.

Dem ist der 4. Strafsenat nun entgegengetreten. Den Angeklagten hätte eine Garantpflicht aus Ingerenz getroffen, denn er habe seinem aktiv handelnden Zellengenossen durch die vorangegangenen vielfältigen Misshandlungen des Mithäftlings „zu verstehen gegeben, dass dieser [Anm. d. Verf.: der aktiv handelnde Täter] sich bei weiteren Demütigungen und Misshandlungen vergleichbarer Art keine Hemmungen aufzuerlegen brauche, und die Gefahr weiterer Straftaten – zumal angesichts der Zellsituation – für das Opfer deutlich erhöht“. Vor diesem Hintergrund habe das LG lediglich im Ergebnis rechtsfehlerfrei entschieden, dass der Angeklagte nicht *Mittäter* der begangenen Nötigungen war. Unter Rückgriff

<sup>1</sup> Zur verfassungsrechtlichen Problematik vor der Existenz der gesetzlichen Regelung etwa *Herzberg*, Die Unterlassung im Strafrecht und das Garantenprinzip (1972), S. 251 ff.; vgl. ferner die Nachweise zur geschichtlichen Entwicklung bei *Weigend*, in: LK-StGB, 12. A. (2006), § 13 m. Fn. 2.

<sup>2</sup> Im Folgenden wird das Begriffspaar *Begehungsdelikt/Unterlassungsdelikt* verwendet, wenngleich das StGB selbst in der amtlichen Überschrift zu § 13 StGB von der „Begehung durch Unterlassen“ spricht.

<sup>3</sup> So auch *Roxin*, AT Bd. II (2003), § 31 Rn. 1.

<sup>4</sup> Vgl. dazu *Lackner/Kühl*, StGB, 26. A. (2007), Vor § 13 Rn. 12 m.w.N.

<sup>5</sup> Nachweise zur Diskussion etwa bei *Fischer*, StGB, 56. A. (2009), § 22 Rn. 31 ff.

<sup>6</sup> LG Bonn Urt. v. 07.10.2007 – 8 Kls 16/07.

<sup>7</sup> Vgl. BGHSt 52, 316 ff. = NStZ 2008, 696 ff. = HRRS 2007 Nr. 1013; vgl. zum Ganzen *Neubacher* NStZ 2008, 361 ff.

<sup>8</sup> Die einzelnen Taten wurden gesondert abgeurteilt.

auf die vom BGH in ständiger Rechtsprechung vertretene Abgrenzung von Täterschaft und Teilnahme beim unechten Unterlassungsdelikt – eine Kombination aus subjektiver Theorie und Tatherrschaftslehre –, hielt es der 4. Strafsenat im entschiedenen Fall für naheliegend, lediglich eine (Unterlassungs-)Beteiligung als Gehilfe anzunehmen. Der Angeklagte sei nur „Randfigur“ des Nötigungsgeschehens gewesen. Demgegenüber habe der aktiv handelnde Zelleninsasse „die Tatbestandsverwirklichung in Händen“ gehalten und das Geschehen gesteuert, wenngleich der Angeklagte die weitere Tatbegehung „ohne weiteres beenden“ habe können.<sup>9</sup> „Zudem“ hätte das Landgericht „ein besonderes Tatinteresse oder einen Täterwillen beim Angeklagten nicht festgestellt“.

Wie gleich zu zeigen sein wird, können die Erwägungen des BGH zur Beteiligungsdogmatik bei den unechten Unterlassungsdelikten nicht überzeugen.

### III. Kritische Würdigung und eigene Stellungnahme

Im Zentrum dieses Beitrags steht die Frage, welche Kriterien für die Abgrenzung von Täterschaft und Teilnahme beim unechten Unterlassungsdelikt maßgeblich sind. Zunächst allerdings sind einige Anmerkungen zu der vom 4. Strafsenat bejahten Garantenpflicht aus Ingerenz erforderlich (1.), da deren Annahme nicht unproblematisch ist. Sodann wird unter Berücksichtigung der hier ergangenen Entscheidung bzw. der bisherigen Rechtsprechung und unter Auswertung der im Schrifttum vertretenen Auffassungen ein eigener Ansatz zur Beteiligungsproblematik entwickelt (2.), sofern dies im Rahmen eines kurzen Beitrags möglich ist.

#### 1. Zur Garantenpflicht aus Ingerenz bei sog. „Weiterungstaten“

Der BGH hat es in der vorliegenden Entscheidung offenbar nicht für nötig befunden, die Garantenpflicht des Angeklagten ausführlicher zu begründen. Zwar wird mit dem „vorangegangenen Tun (Ingerenz)“ der einzig mögliche Anknüpfungspunkt benannt.<sup>10</sup> Jedoch berührt die hier entschiedene Sachverhaltskonstellation die – vom 4. Strafsenat ignorierte – sehr problematische und bislang kaum geklärte Frage, ob bzw. inwieweit durch gefährliches Vorverhalten eine Pflicht zur Verhinderung freiverantwortlicher Vorsatztaten Dritter (sog. „Weiterungstaten“) begründet werden kann.<sup>11</sup> Das Schweigen des Gerichts zu diesem Problemkreis befremdet umso mehr, als sich in der maßgeblichen Passage der Entscheidungsgründe eine Formulierung findet, die im Wortlaut

mit den Ausführungen des 3. Strafsenats aus einer der bislang wenigen einschlägigen Entscheidungen nahezu übereinstimmt. Dort heißt es, der Angeklagte habe durch sein Vorverhalten dem späteren Begehungstäter gegenüber „zu verstehen gegeben“, dass dieser sich bei weiteren Misshandlungen „keine Hemmungen aufzuerlegen brauche“.<sup>12</sup> Hier hätte sich dem BGH die Möglichkeit geboten, in einem bislang wenig geklärten Feld zur Fortentwicklung der Dogmatik beizutragen.<sup>13</sup>

Da der vorliegende Beitrag primär auf die Erörterung der Beteiligungsproblematik abzielt, kann das Problem der Ingerenzgarantenpflichten zur Verhinderung freiverantwortlicher Vorsatztaten Dritter hier nicht erschöpfend behandelt werden, zumal dabei verschiedene Probleme der Zurechnungs-, Beteiligungs- und Unterlassungsdogmatik miteinander verknüpft sind. Von daher nur einige knappe Bemerkungen: Ob und inwieweit die (fahrlässige) Förderung fremder Vorsatztaten unter Zurechnungsgesichtspunkten eine täterschaftliche Verantwortung des Förderers für die Tat des freiverantwortlich handelnden Dritten begründen kann, ist seit jeher umstritten.<sup>14</sup> In welchem Umfang die insoweit maßgeblichen – im Einzelnen ohnehin in der Diskussion stehenden – Kriterien bei Garanten modifiziert werden müssen, ist bislang ebenfalls nicht abschließend geklärt.<sup>15</sup>

Es stellen sich bei der Annahme von Garantenpflichten der vorliegenden Art nicht zuletzt schwierige Fragen nach dem Verhältnis von Begehungs- und Unterlassungsbeteiligung. Insbesondere ergeben sich Abgrenzungsprobleme zur psychischen Beihilfe durch aktives Tun. Denn hätte der Angeklagte bei seinem Vorverhalten Vorsatz bzgl. der anschließenden Misshandlungen durch den anderen Beteiligten gehabt, so würde man ihn prinzipiell ohne weiteres wegen aktiver Beteiligung<sup>16</sup> an den entsprechenden Taten bestrafen können. Freilich fällt der Nachweis einer psychischen Beihilfe oft schwer.<sup>17</sup> Wenn nun aber entsprechende Verhaltensweisen über den Umweg einer Garantenstellung als Beteiligung durch Unterlassen bestraft werden, womöglich sogar gerade deshalb, um die benannten Nachweisprobleme zu umgehen, so ist dem mit Vorsicht zu begegnen.<sup>18</sup> In diesem Zusammenhang ist beachtenswert, dass der 4. Strafsenat in der vorliegenden Entscheidung von einer „psychischen Beihilfe (durch Unterlassen)“ spricht. Eine solche würde streng genommen voraussetzen, dass der Angeklagte den

<sup>9</sup> Im ersten Fall des „simulierten Erhängens“ war dies den Feststellungen zufolge auch geschehen, kurz bevor das Opfer ernsthaft in Todesgefahr geriet.

<sup>10</sup> Grundsätzlich krit. gegenüber Garantenpflichten aus Ingerenz allerdings etwa Seebode, in: FS f. Spendel (1992), S. 317, 342 ff.

<sup>11</sup> Vgl. dazu BGH JR 1993, 159 m. Anm. Neumann = BGH StV 1992, 415 m. Anm. Seelmann; Jakobs, in: BGH-Festgabe Bd. IV (2000), S. 29, 44 ff.; ferner Köhl, AT, 6. A. (2008), § 18 Rn. 104 m.w.N.

<sup>12</sup> Vgl. die identische Formulierung in BGH JR 1993, 159, 160 I. Absatz.

<sup>13</sup> Nach Jakobs (a.a.O. [Fn. 11], S. 44) fehlt es bislang sowohl in der Rechtsprechung als auch im Schrifttum an einem überzeugenden Lösungsansatz.

<sup>14</sup> Auf die mit dem Schlagwort „Regressverbot“ zusammenhängende Diskussion sei hier lediglich verwiesen, vgl. dazu statt Vieler Roxin, in: FS f. Tröndle (1989), S. 177 ff.

<sup>15</sup> S. dazu Roxin, a.a.O. (Fn. 14), S. 198 ff.; Neumann JR 1993, 159, 161 f.; ferner Rudolphi, SK-StGB, 7., teilw. 8. A., 116. Lieferung (2008), Vor § 1 Rn. 72 a.E.; krit. zu solchen Garantenpflichten auch Otto, Grundkurs AT, 7. A. (2004), § 9 Rn. 75 ff.

<sup>16</sup> Und zwar eben wegen psychischer Beihilfe durch Bestärkung des Tatentschlusses, sofern dieser nicht erst durch das Vorverhalten hervorgerufen wird, so dass eine Anstiftung in Betracht käme.

<sup>17</sup> Fischer, a.a.O. (Fn. 5), § 27 Rn. 11 ff. m.w.N.

<sup>18</sup> Mit Recht krit. daher Neumann JR 1993, 159, 162.

aktiv handelnden Täter *durch sein Unterlassen* in dessen Tatentschluss weiter bestärkt hätte. Es wäre also ein gerade hinsichtlich der Bestärkung des Tatentschlusses „quasi-kausales“ Unterlassen notwendig, d.h. bei Hinzudenken der gebotenen Handlung hätte die bestärkende Wirkung entfallen müssen.<sup>19</sup> Ist aber schon die bestärkende Wirkung an sich kaum nachweisbar, so gilt dies für ihre hypothetische Beseitigung erst recht.

Das Gericht meint hier scheinbar auch nicht diese *echte* psychische Beihilfe durch Unterlassen, also die Nichtvornahme einer Handlung, die eine Bestärkung des Täters beseitigt hätte. Eine psychische Beeinflussung liegt vielmehr allein in dem aktiven Vorverhalten des Angeklagten, durch das dieser dazu beigetragen hat, eine „Atmosphäre der Gewalt“ zu schaffen. Die mögliche Unterlassungsbeteiligung knüpft dann aber nicht daran an, dass diese „Atmosphäre der Gewalt“ nicht wieder beseitigt wurde, sondern schlicht daran, dass die „aus dieser Atmosphäre heraus“ verwirklichten Delikte nicht verhindert wurden. Dies mag man als Täterschaft oder Teilnahme durch Unterlassen auffassen. „Psychische Beihilfe (durch Unterlassen)“, wie der Senat meint, ist es aber nicht, wie die vorstehenden Überlegungen gezeigt haben. Bei näherer Betrachtung wird hier ein allgemeines Problem der Garantenpflichten aus Ingerenz sichtbar, nämlich die Frage nach dem Verhältnis der aktiven Beteiligung durch eben dasjenige Vorverhalten, das anschließend zur Begründung der Garantenpflicht herangezogen wird, und der „anschließenden“ Unterlassungsstrafbarkeit.<sup>20</sup> Diese Frage berührt jedoch nicht das Kernthema des vorliegenden Beitrags, weshalb sie an dieser Stelle nicht weiter vertieft behandelt werden kann.

Kehren wir also zum zentralen Aspekt dieses Beitrags zurück, der Beteiligungsproblematik. Unterstellt man die Annahme einer Garantenpflicht als richtig<sup>21</sup>, so ist fraglich, ob der Angeklagte wegen Täterschaft oder wegen Beihilfe zu bestrafen gewesen wäre. Auch und gerade in diesem Zusammenhang überzeugen die Erwägungen des

<sup>19</sup> Zu denken wäre etwa daran, dass der Angeklagte dem Mithäftling (aktiv) zu verstehen gibt, weitere Misshandlungen nicht mehr zu unterstützen.

<sup>20</sup> Dabei geht es in der Sache darum, inwieweit ein Unterlassen, das auf eine aktive Beteiligungshandlung folgt, selbständiger Anknüpfungspunkt von strafrechtlicher Verantwortung sein kann bzw. als unselbständiger Teil des vorhergehenden aktiven Verstoßes aufgefasst werden muss. Das Problem wird bisher meist dann diskutiert, wenn bereits beim Vorverhalten Vorsatz bzgl. des späteren Erfolges vorliegt, dazu ausführlich *Stein* JR 1999, 265 ff.; *zsf. Walter* NSTZ 2005, 240, 241 f. m.w.N. Wie *Neumann* (JR 1993, 159, 161 f.) jedoch mit Recht anmerkt, stellt sich das Problem auch bzw. womöglich sogar erst Recht bei unvorsätzlichem Vorverhalten. Denn wenn dieses „eigentlich“ lediglich eine fahrlässige – in unserem Fall bei der Nötigung dann sogar straflose – aktive Beteiligung ist, dann muss mit großer Vorsicht geprüft werden, ob ein „anschließendes“ Unterlassen mehr ist als der bloß unselbständige „Fortgang“ dieses Vorverhaltens.

<sup>21</sup> Ausgeschlossen ist dieses Ergebnis trotz der dargestellten dogmatischen Unwägbarkeiten sicher nicht, was vor allem daran liegt, dass die Hilflosigkeit des Zellengenossen durch die Unmöglichkeit des Entkommens dramatisch gesteigert wurde. Ob diese Erwägungen letztlich die Begründung einer Garantenpflicht tragen, sei hier dahingestellt.

4. Strafsenats nicht, und dies weder im Ergebnis noch in der Begründung.

## 2. Die Beteiligung des Garanten an fremden Vorsatztaten

Dass die Frage der Beteiligung eines Garanten an der Vorsatztat eines Dritten gegenüber der allgemeinen Beteiligungsdogmatik regelmäßig eine besondere Erörterung erfährt, liegt an dem bereits erwähnten Umstand, dass die für das Begehungsdelikt entwickelten Grundsätze auf die unechten Unterlassungsdelikte kaum zu übertragen sind. Vor diesem Hintergrund hat sich ein durchaus facettenreiches Meinungsbild entwickelt.<sup>22</sup>

### a) Beteiligung durch Unterlassen in der Rechtsprechung

Die hier vorliegende Entscheidung liegt auf der bisherigen Linie der BGH-Rechtsprechung, die zwischen subjektiver Theorie und Tatherrschaftslehre „schwankt“.<sup>23</sup> Anders als der Großteil der im Folgenden näher behandelten Auffassungen im Schrifttum, grenzt der BGH Täterschaft und Teilnahme demnach zumindest prinzipiell bei Begehen und Unterlassen einheitlich ab.<sup>24</sup> Doch selbst wenn man ein Streben nach Einheitlichkeit bei den Abgrenzungskriterien grundsätzlich für aner kennenswert hielte – wobei sich mindestens ebenso gut sagen ließe, die grundlegende Andersartigkeit von Tun und Unterlassen stehe einer solchen „Gleichschaltung“ gerade entgegen –, so hätte es damit schon sein Bewenden mit möglichen Vorzügen dieser Auffassung.<sup>25</sup>

Kritikwürdig ist zunächst, dass die beiden in der Sache doch recht unterschiedlichen Kriterien teils alternativ, teils kumulativ angewendet werden, ohne dass dabei in irgendeiner Weise klar würde, in welchem Verhältnis sie zueinander stehen. Dies gelangt in der vorliegenden Entscheidung recht pointiert zum Ausdruck, wenn es zunächst heißt, „für die Abgrenzung zwischen Mittäterschaft und Beihilfe durch Unterlassen zur Tat eines aktiv Handelnden“ sei „die innere Haltung des Unterlassenden zur Tat bzw. dessen Tatherrschaft maßgebend“.

<sup>22</sup> Der Streitstand ist eines der von *Hillenkamp* aufbereiteten „32 Probleme“ des Allgemeinen Teils, s. *ders.*, 32 Probleme aus dem Strafrecht Allgemeiner Teil, 12. A. (2006), 20. Problem, S. 121 ff. mit umfangreichen Nachweisen. Monographisch ist das Problem von *Schwab*, Täterschaft und Teilnahme bei Unterlassungen (1996) und *Sering*, Beihilfe durch Unterlassen (2000) behandelt worden.

<sup>23</sup> So *Roxin*, AT II, § 31 n. 126 m.w.N. zur Rechtsprechungsauffassung in den Rn. 127 ff.

<sup>24</sup> Bekanntlich hat der BGH die ehemals rein subjektive Theorie mittlerweile zu Gunsten einer sog. „normativen Kombinationstheorie“ (*Roxin*) aufgegeben, wonach der nach wie vor maßgebliche Täterwille insbesondere anhand des eigenen Tatinteresses, dem Umfang der Tatbeteiligung, der objektiven Tatherrschaft sowie dem Willen zu selbiger zu ermitteln ist. Aktuelle Nachweise bei *Fischer*, StGB, § 25 Rn. 12. Vgl. zum nach wie vor subjektiven Kern dieses Ansatzes *Becker*, Das gemeinschaftliche Begehen und die sogenannte additive Mittäterschaft (2009), S. 27 ff.

<sup>25</sup> Grds. dem BGH zustimmend aber *Sering*, a.a.O. (Fn. 22), S. 84 ff.

Das (abgekürzte) Wort „beziehungsweise“ soll offenbar ausreichen, um das Verhältnis der unterschiedlichen Abgrenzungskriterien zueinander zu kennzeichnen. Später, nach nur wenig konkretisierenden Ausführungen zum Inhalt des Merkmals „innere Haltung“, heißt es dann noch: „Zum anderen kommt Mittäterschaft des Unterlassenden in Betracht, wenn dieser – neben dem aktiv Handelnden – ‚Herr des Geschehens‘ war, er also die Tatherrschaft hatte“. Diese Formulierung scheint zum Ausdruck zu bringen, dass der Richter zwischen den Kriterien „innere Haltung“ und „Tatherrschaft“ frei wählen kann, ohne dass hierbei in irgendeiner Form verbindliche Vorgaben zu berücksichtigen wären. Dass dies in einem rechtsstaatlichen Strafrecht bei einem u.U. strafbarkeitsbegründenden, jedenfalls strafscharfenden Merkmal nur schwer hinzunehmen ist, bedarf keiner gesonderten Erwähnung. Der im Schrifttum erhobene Vorwurf der „Beliebigkeit“<sup>26</sup> ist nicht von der Hand zu weisen.

Darüber hinaus sind aber die beiden von der Rechtsprechung verwendeten Kriterien an sich bereits fragwürdig. Die Einwände gegen die subjektive Teilnahmelehre in ihren verschiedenen Gestalten sind – im Kontext des Begehungsdelikts – vielfach vorgetragen worden, worauf hier verwiesen sei.<sup>27</sup> Wenngleich man geneigt sein könnte, eine Abgrenzung nach der inneren Willensrichtung des Handelnden im Unterlassungsbereich deshalb für geeignet zu halten, weil dort das äußere Verhalten eine Unterscheidung nicht ermöglicht<sup>28</sup>, bleiben die prinzipiellen Bedenken bestehen. Dass die „innere Haltung“ des Täters tatrichterlich kaum fassbar ist, hat auch den BGH dazu bewogen, für ihre Feststellung beim aktiven Tun objektive Kriterien zu fordern, aus deren Vorliegen sich auf die innere Willensrichtung schließen lässt. Da solche äußeren Faktoren beim Unterlassen notwendig gerade nicht vorhanden sind, ist die richterliche Entscheidung nahezu unüberprüfbar.<sup>29</sup> Im Übrigen löst der alleinige Rückgriff auf subjektive Kriterien die täterschaftliche Strafbarkeit von den gesetzlichen Straf tatbeständen, die im Geltungsbereich des Art. 103 Abs. 2 GG allein für ihre Begründung maßgeblich sein können.<sup>30</sup>

Doch auch gegen die Anwendung des Tatherrschaftskriteriums bestehen durchgreifende Bedenken. Die – unbeschadet einer Reihe umstrittener Einzelprobleme – weite Verbreitung in der Literatur<sup>31</sup> und die stetig wachsende

Akzeptanz in der Rechtsprechung können nicht darüber hinwegtäuschen, dass die normativen Grundlagen der Tatherrschaftslehre auch im Bereich der Begehungsdelikte nicht unangreifbar sind.<sup>32</sup> Im Ergebnis erweist sich der Tatherrschaftsbegriff, der von *Roxin*, seinem eindringlichsten und bedeutendsten Verfechter, als „offener Begriff“ charakterisiert wurde<sup>33</sup>, als wenig konturiert und einer hinreichend in den gesetzlichen Tatbeständen verankerten objektiven Grundlage entbehrend.<sup>34</sup> Nicht umsonst wurde aus beruflichem Munde geäußert, die Verbreitung des Tatherrschaftsgedankens in der höchstrichterlichen Rechtsprechung hänge nicht zuletzt damit zusammen, dass dieser im Einzelfall ein bedeutendes Maß an argumentativer Flexibilität ermögliche.<sup>35</sup> Der dahinterstehende Gedanke der größtmöglichen Einzelfallgerechtigkeit – jenseits der mangelnden Bestimmtheit dieses Begriffs an sich – ist jedoch kein selbständiges Kriterium bei der Norminterpretation.<sup>36</sup> Dass das Streben nach argumentativer Flexibilität im Einzelfall sich notwendig zu Lasten einer vorhersehbaren Rechtsanwendung auswirken muss, bedarf ohnehin keiner besonderen Erwähnung.

Aber selbst wenn man mit der nach wie vor ganz herrschenden Auffassung im Schrifttum, an der Tatherrschaft als entscheidendem Täterschaftskriterium für die Begehungsdelikte festhält, so bleibt sie doch für die unechten Unterlassungsdelikte untauglich. Zur Verdeutlichung lohnt ein Blick auf eine weitere Passage des Urteils, in der der 4. Strafsenat erläutert, weshalb der Angeklagte nicht als Unterlassungstäter anzusehen sei. Es heißt dort: „Maßgeblich gesteuert wurde das Nötigungsgeschehen indes [...] von [...], der die Tatbestandsverwirklichung in Händen hielt, während der Angeklagte diese bis zu seinem Eingreifen lediglich ablaufen ließ.“. Wann aber „tut“ jemand, der durch Unterlassen an der Tat eines Dritten beteiligt ist, jemals etwas anderes, als die Tatbestandsverwirklichung „ablaufen [zu] lassen“, also, obwohl sich diese ereignet, untätig zu bleiben? Wer sonst sollte die Delikttausführung „in den Händen halten“, wenn nicht derjenige, der sie „eigenhändig“ vornimmt, also der Begehungstäter? Die zur Ausfüllung des Tatherrschaftskriteriums herkömmlicher Weise verwendeten Begrifflichkeiten sind – unabhängig von ihrer generell eingeschränkten Subsumtionsfähigkeit – in sprachlicher und sachlicher Hinsicht eindeutig auf den Begehungstäter zugeschnitten. Wenn ein Gewalttäter auf einen Minderjährigen einschlägt, während dessen Vater tatenlos zusieht, dann bedarf es eines erheblichen Maßes an sprachlicher Akrobatik, den untätigen Vater als „Zentralgestalt

<sup>26</sup> *Roxin*, AT II, § 31 Rn. 132.

<sup>27</sup> S. dazu statt vieler *Schünemann*, in LK-StGB, 12. A. (2006), § 25 Rn. 32 ff.

<sup>28</sup> Ein subjektiver Ansatz findet sich etwa bei *Seelmann*, StV 1992, 415, 416.

<sup>29</sup> *Roxin*, AT II, § 31 Rn. 139; *Schwab*, a.a.O. (Fn. 22), S. 84 f.; dass die animus- Formel, wie *Schwab*, a.a.O., S. 86 meint, von der Rechtsprechung „dazu benutzt wird, im Einzelfall wertend zu (in aller Regel) zutreffenden Ergebnissen zu kommen“, mag stimmen, ist aber kaum geeignet, die Theorie dogmatisch zu stützen. Denn wenn dem Bürger lediglich die Hoffnung bzw. das Vertrauen in eine „gerechte“ Einzelfallentscheidung bleibt, ist es mit der rechtsstaatlich gebotenen Vorhersehbarkeit und Überprüfbarkeit gerichtlicher Entscheidungen nicht weit her.

<sup>30</sup> S. dazu *Rudolphi*, in: FS f. Bockelmann (1979), S. 369 ff.; *Becker*, a.a.O. (Fn. 24), S. 141 f. und unten unter c).

<sup>31</sup> Vgl. die ausführliche Zusammenstellung der Nachweise bei *Schünemann*, in: LK-StGB, § 25 Rn. 11.

<sup>32</sup> In jüngster Zeit Kritik u.a. bei *Haas*, Die Theorie der Tatherrschaft und ihre Grundlagen (2008), S. 9 ff.; ders., ZStW 119 (2007). 519 ff.; *Lampe*, ZStW 119 (2007), 471 ff.; *Schlehofer*, in: FS f. Herzberg (2008), S. 355, 360; *Becker*, a.a.O. (Fn. 24), S. 127 ff.

<sup>33</sup> Dazu *Becker*, a.a.O., (Fn. 24), S. 50 m.w.N.

<sup>34</sup> Oder, um an eine besonders zugespitzte Formulierung von *Freund* (AT, 2. A. [2009], § 10 Rn. 47) anzuknüpfen, als „Zauberhut, aus dem praktisch jedes beliebige Ergebnis herausgeholt werden kann“. Eingehend zum Ganzen *Becker*, a.a.O. (Fn. 24), S. 127 ff.

<sup>35</sup> *Fischer*, in: FS f. Hamm (2008), S. 63, 78.

<sup>36</sup> *Larenz / Canaris*, Methodenlehre der Rechtswissenschaft, 3. A. (1995), S. 168 ff.

des tatbestandsmäßigen Geschehens<sup>37</sup> zu bezeichnen.<sup>38</sup> Dass der präsumtive Unterlassungstäter in das deliktische Handlungsgeschehen eingreifen *könnte*, dieses also stoppen könnte, ist ohnehin Voraussetzung jeder strafrechtlich relevanten Unterlassung (Handlungsmöglichkeit) und daher als Abgrenzungskriterium ungeeignet.

Da sich mithin die in der Rechtsprechung gebräuchlichen Beteiligungsmerkmale als unzureichend erwiesen haben, stellt sich die Frage, ob abweichende Konstruktionen im Schrifttum hier überzeugender sind.

## b) Die unterschiedlichen Auffassungen im Schrifttum

Untersucht man die in der Literatur zum Problem der Beteiligung durch Unterlassen vertretenen Auffassungen, so können diese in solche unterteilt werden, die eine Unterscheidung von Täterschaft und Teilnahme beim unechten Unterlassen im Einklang mit der Rechtsprechung für möglich halten, und solche, die dies nicht tun.

Einige Autoren innerhalb der erstgenannten Gruppe halten die Tatherrschaft prinzipiell für geeignet, die Unterscheidung zu ermöglichen, sprechen modifizierend aber häufig von „potentieller Tatherrschaft“.<sup>39</sup> Es soll hiernach vor allem darauf ankommen, wie leicht bzw. wie schwer es dem Unterlassenden möglich gewesen wäre, die Herrschaft über das Geschehen an sich zu reißen, mithin die Tatausführung durch den Begehungstäter zu stoppen. Eine ebenfalls prominent vertretene Ansicht unterscheidet die Beteiligungsformen im Wesentlichen nach der Art der Garantenstellung. Der Beschützergarant, der zur Abwehr sämtlicher Gefahren von dem ihm anvertrauten Rechtsgut verpflichtet ist, soll bei Unterlassen einer möglichen Erfolgsabwendung Täter sein. Der Überwachergarant, der alle von einer Gefahrenquelle ausgehenden Schädigungen zu verhindern hat, soll dagegen nur als Gehilfe strafbar sein können.<sup>40</sup> Die Vertreter

<sup>37</sup> Vgl. zur insoweit teilweise uneinheitlichen Terminologie Becker, (a.a.O. Fn. 24), S. 128 f.

<sup>38</sup> Dies gilt auch für den „Kunstgriff“, den Garanten als „Zentralgestalt“ des Unterlassungstatbestandes zu bezeichnen. Denn beim Unterlassen fehlt es überhaupt an einem „Geschehen“, dort „geschieht“ bei ontologischer Betrachtung eben nichts. Dass der Garant durch seine Untätigkeit aus normativen Gründen dennoch Täter eines Strafstatbestandes sein kann, steht dem nicht entgegen. Es führt aber nicht dazu, dass es so etwas wie ein „Unterlassungsgeschehen“ gäbe, dessen Zentralgestalt der Garant sein könnte. Zentralgestalt eines Geschehens, dass begrifflich sinnvoll nur als Handlungsgeschehen gemeint sein kann, muss ein aktiv Handelnder sein. Alles andere ist begriffstheoretisch zwar konstruierbar, mit dem alltagsprachlichen Verständnis der Begriffe aber kaum zu vereinbaren. Eine Notwendigkeit für solche begrifflichen Verrenkungen besteht nicht, da – wie noch zu zeigen ist – ausreichende Kriterien vorhanden sind, um eine sachgerechte Differenzierung der Beteiligungsformen beim unechten Unterlassen zu ermöglichen.

<sup>39</sup> So etwa explizit Weigend, in: LK-StGB, § 13 Rn. 94. m.w.N.; ähnlich Joecks, in: MK-StGB, Bd. 1 (2003), § 25 Rn. 236.

<sup>40</sup> Eser/Cramer/Heine, in: Schönke/Schröder, StGB, 27. A. (2006), Vorbem. §§ 25 ff. Rn. 101 ff.; Herzberg, a.a.O. (Fn. 1), S. 259 ff.; ähnlich auch noch Schönemann, Grund und Grenzen der unechten Unterlassungsdelikte (1971),

dieser Ansicht stützen sich im Wesentlichen darauf, dass zwischen den hiernach zu unterscheidenden Erfolgsabwendungspflichten ein qualitativer Unterschied bestünde, der die unterschiedliche Behandlung rechtfertige. Schließlich wird noch, mit z.T. freilich deutlich differierenden Begründungen, danach unterschieden, ob der aktiv handelnde Beteiligte freiverantwortlich handelt oder diesbezüglich eingeschränkt ist.<sup>41</sup>

Unter denjenigen Autoren, die eine Unterscheidung der Beteiligungsformen beim unechten Unterlassungsdelikt ablehnen, wird allem Anschein nach diejenige Position stärker vertreten, die den Garanten stets als Täter begreift und dabei vor allem darauf abstellt, dass die auf das Begehungsdelikt zugeschnittene Unterscheidung der Beteiligungsformen beim unechten Unterlassen keine Entsprechung fände.<sup>42</sup> Beihilfe durch Unterlassen sei nur dort denkbar, wo der aktiv Handelnde ein eigenhändiges Delikt verwirklicht oder beim Garanten ein subjektives Tatbestandsmerkmal fehlt. Die entgegengesetzte Auffassung nimmt an, der Unterlassende sei im Verhältnis zum aktiven Beteiligten immer eine bloße Randfigur, weshalb er stets zwingend als Gehilfe einzuordnen sei.<sup>43</sup>

Im Folgenden wird unter Würdigung des skizzierten Meinungsstandes ein teilweise eigenständiger Ansatz entwickelt. Dieser ruht dogmatisch überwiegend auf dem Fundament der Pflichtdeliktstheorie, weist jedoch eine sachliche, in den Ergebnissen bedeutsame Abweichung auf.

## c) Eigener Ansatz: Unterlassungstäterschaft als „tatbestandsunmittelbare Unterlassung“

Eine Lösung der unterlassungsspezifischen Beteiligungsproblematik muss zweierlei Anforderungen erfüllen. Sie muss zum einen der besonderen Struktur des unechten Unterlassungsdelikts gerecht werden und darf sich zum anderen nicht zu übergeordneten Prinzipien der straf-

S. 377 f.; differenzierend ders., in: LK-StGB, § 25 Rn. 211 („in der Regel“).

<sup>41</sup> So in den Ergebnissen wohl nahestehend *Bottko*, in: FS f. Rudolphi (2004), S. 15, 35 ff., der sein Ergebnis unter dezidiert Kritik der Tätertheorie vor allem auf § 25 StGB stützt, wonach bei Mitwirkung eines aktiv Handelnden Dritten der Garant nur dann Täter sein soll, wenn die Voraussetzungen des § 25 Abs. 1 Var. 2 StGB vorliegen; Hoffmann-Holland, ZStW 118 (2006), 620, 630 ff., der allerdings zusätzlich – insoweit dem zuvor dargestellten Ansatz nahestehend – noch zwischen „situationsbezogenen“ und „situationsunabhängigen“ Pflichten unterscheidet und bei letzteren immer Täterschaft annehmen will.

<sup>42</sup> Häufig sog. *Täter- oder Pflichtdeliktstheorie*, so insbesondere Roxin, AT II, § 31 Rn. 140 ff.; ebenso Rudolphi, in: SK-StGB, Vor § 13 Rn. 37; Wohlers, in: NK-StGB, Bd. 1, 2. A. (2005), § 13 Rn. 26, - jew. m.w.N.; im Ergebnis ebenso (Einheitstäterschaft beim Unterlassungsdelikt) Armin Kaufmann, Die Dogmatik der unechten Unterlassungsdelikte (1959), S. 291 ff.; Grünwald, GA 1958, 110, 111 ff.

<sup>43</sup> So etwa Gallas, JZ 1952, 372; Ranft, ZStW 94 (1982), 815, 830 ff.; Kühl, AT, § 20 Rn. 230; einschränkend Schwab, a.a.O. (Fn. 22), S. 221 f., der die Abgrenzung anhand des § 13 StGB vornehmen will und so zu dem Ergebnis kommt, dass „in der Regel“ Beihilfe vorliegen soll, in Ausnahmefällen jedoch auch Täterschaft in Betracht käme.

rechtlichen Beteiligungslehre in Widerspruch setzen, soweit diese auf das Unterlassen übertragbar sind. Ein erster und naheliegender Ansatz bei der Analyse ist der Blick auf die gesetzlichen Beteiligungsregeln. Selbst wenn diese primär auf das Begehungsdelikt abzielen, ist nicht ausgeschlossen, dass die darin enthaltenen Vorgaben auch für die Beteiligung durch Unterlassen fruchtbar gemacht werden können.

Gemäß § 25 StGB setzt Täterschaft beim Begehungsdelikt voraus, dass ein Beteiligter durch sein aktives Verhalten dasjenige Geschehen verwirklicht, das in einem Tatbestand des besonderen Teils umschrieben ist (die „Begehung der Tat“).<sup>44</sup> Kurz, aber präzise formuliert: Täterschaft ist Tatbestandsverwirklichung.<sup>45</sup> Der täterschaftsbegründende Bezug zum tatbestandsmäßigen Geschehen wird also durch das Verhalten des Täters hergestellt. Wenn A seinen Feind B erschießt, dann ist er Täter eines Tötungsdelikts, weil sein aktives Verhalten unter die Begriffe der §§ 211, 212 StGB subsumiert werden kann.<sup>46</sup> So weit, so naheliegend. Beim unechten Unterlassungsdelikt verhält es sich nun aber grundlegend anders. Das tatbestandsmäßige Geschehen bzw. der tatbestandsmäßige Erfolg wird unabhängig vom Zutun des Garanten verwirklicht. Selbst dann, wenn man den Begriff *Verhalten* als Oberbegriff von *Tun* und *Unterlassen* anerkennt<sup>47</sup>, ist es doch nicht bzw. jedenfalls nicht allein das „Verhalten“ des Garanten (sein Untätigbleiben), durch das seine Verantwortlichkeit für den tatbestandsmäßigen Erfolg bzw. das tatbestandsmäßige Geschehen begründet wird. Vielmehr muss die normative (Garanten-) Pflicht zu dessen Ver-

hinderung als notwendiges Moment hinzukommen. Diese beim Unterlassen täterschaftsbegründenden Merkmale sind aber im Gegensatz zum aktiven Tun prinzipiell weder geeignet, eine Differenzierung zwischen verschiedenen Täterschaftsformen i.S.v. § 25 StGB, noch eine solche zwischen unterschiedlichen Beteiligungsformen zu ermöglichen. Sie lassen schlicht und ergreifend keine Abstufungen bzw. Unterscheidungen zu. Entweder trifft den Beteiligten eine Pflicht zur Erfolgsabwendung, oder dies ist nicht der Fall. Entweder unterlässt der Garant die ihm mögliche Rettungshandlung, oder er nimmt diese vor. Für graduelle Differenzierungen ist hier kein Spielraum. Darin liegt der grundsätzlich<sup>48</sup> richtige Ansatz der Pflichtdeliktslehre.

Auch die oft vorgeschlagene kategorische Differenzierung zwischen „Naturkausalität“ und freiverantwortlichem Verhalten Dritter überzeugt in dieser Allgemeinheit nicht. Zum einen vermischen sich beide Elemente häufig, zum anderen, und dieser Einwand wiegt schwerer, spielt die Art des erfolgskausalen Geschehens für die Verantwortung des Garanten so lange keine Rolle, wie es ihm möglich bleibt, dieses zu verhindern. Dies ergibt sich daraus, dass eben die Garantenpflicht und das Unterlassen der möglichen Rettungshandlung die allein normativ maßgeblichen Kriterien sind, die zu strafrechtlicher Verantwortung führen. Diese Verantwortung wird nicht dadurch „überlagert“, dass der Erfolg durch einen frei verantwortlich handelnden Dritten vorsätzlich verursacht wird. § 25 Abs. 1 2. Var. StGB kann dagegen nicht ins Feld geführt werden.<sup>49</sup> Die Täterschaftsformen des § 25 StGB zielen auf unterschiedliche Phänotypen äußeren Verhaltens bei der Tatbestandsverwirklichung ab.<sup>50</sup> Sie finden beim strafbaren Unterlassen mit seinem soeben dargestellten normativen Fundament und seiner Seinsstruktur keine Entsprechung.

Die ausschließliche Maßgeblichkeit von Erfolgsabwendungspflicht und unterlassener Rettungshandlung für die strafrechtliche Verantwortlichkeit des Garanten steht auch der Auffassung entgegen, die in den hier untersuchten Fällen stets eine Gehilfenstrafbarkeit annimmt. Soweit diese Auffassung damit begründet wird, der Garant sei bloß „Randfigur“ des Geschehens, kann dies nicht überzeugen. Denn die Funktion bzw. Rolle eines Unterlassenden innerhalb irgendeines *Geschehens* ist schlicht ungeeignet, bei der Begründung seiner strafrechtlichen Verantwortlichkeit eine Rolle zu spielen.<sup>51</sup> Diese Verantwortlichkeit folgt ja gerade daraus, dass der Garant in ein Geschehen nicht eingreift, sich also – wenn man so wollte – auf die Rolle als „Randfigur“ beschränkt. Die Begriffe „Zentralgestalt“ bzw. „Randfigur“ bezogen auf ein Handlungsgeschehen sind eben schlicht ungeeignet, die Unter-

<sup>44</sup> Eingehende Auslegung des § 25 StGB bei Becker, a.a.O. (Fn. 24), S. 117 ff., dort auch zur Unterscheidung zwischen *Begehung der Tat*, als zentralem Kriterium täterschaftlichen Handelns, und *Begehung der Straftat*, womit die strafbare Verwirklichung eines gesetzlichen Tatbestand unter Vorliegen sämtlicher weiterer Strafbarkeitsvoraussetzungen gemeint ist.

<sup>45</sup> Vgl. Roxin, AT II, § 31 Rn. 140.

<sup>46</sup> Handelte er darüber hinaus vorsätzlich, rechtswidrig und schuldhaft, so hat er die „Straftat“ i.S.v. § 25 StGB begangen und ist als Täter strafbar, vgl. oben (Fn. 44). Anhand des äußeren Verhaltens erfolgt auch die Differenzierung zwischen den unterschiedlichen Täterschaftsformen, so wenn A den B nicht erschießt, sondern den geisteskranken G dazu veranlasst, ihn (B) zu erschlagen (mittelbare Täterschaft). Die unterschiedlichen Täterschaftsformen folgen dem jeweiligen Verhalten des Täters. Gleiches gilt für die Unterscheidung von Täterschaft und Teilnahme. Wenn A den C auffordert, B zu töten bzw. dem bereits dazu entschlossenen C die Mordwaffe verschafft, dann liegt aufgrund dieses Verhaltens nicht Täterschaft, sondern Anstiftung bzw. Beihilfe vor. Aktives Tun bietet also hinreichende Differenzierungsmöglichkeiten zur Abgrenzung der Beteiligungsformen.

<sup>47</sup> Unterlassen und Tun sind aus ontologischer Perspektive kategorial unterschiedlich. Zu Recht weist Armin Kaufmann (a.a.O. [Fn. 42], S. 81 ff.) darauf hin, dass die Zusammenfassung unter einen Oberbegriff solche Unterschiede nicht nivellieren kann. Dennoch ist eine Gleichsetzung in bestimmten normativen Zusammenhängen gerechtfertigt, vgl. Roxin, AT II, § 31 Rn. 2 f., dort auch krit. zum Kaufmannschen „Umkehrprinzip“, vgl. dazu schon Schünemann, a.a.O. (Fn. 40), S. 375 f. Zuttr. zum Ganzen Weigend, in: LK-StGB, § 13 Rn. 2 f., der darauf hinweist, dass normative und ontologische Betrachtungsweisen in unterschiedlichen Argumentationszusammenhängen eine jeweils eigene Berechtigung haben.

<sup>48</sup> Im Folgenden wird noch zu zeigen sein, dass aufgrund einer übergeordneten Erwägung ausnahmsweise trotz Vorliegen der genannten Voraussetzungen keine Täterschaft angenommen werden kann, und zwar, wenn das Unterlassen sich im Vorfeld der eigentlichen Tatbestandsverwirklichung abspielt.

<sup>49</sup> A.A. mit dezidiertem Begründung aber Bottke, a.a.O. (Fn. 41), S. 35 ff.

<sup>50</sup> Vgl. dazu Becker, a.a.O. (Fn. 24), S. 115 f. und oben Fn. 46.

<sup>51</sup> Vgl. dazu bereits oben Fn. 38.

lassungsbeteiligung adäquat zu erfassen.<sup>52</sup> Ebenso wenig ergibt sich eine generelle Vergleichbarkeit zwischen Unterlassungsbeteiligung und Begehungsbeihilfe aus der vermeintlich in beiden Fällen ähnlichen Abhängigkeit vom Vorsatz des Haupttäters.<sup>53</sup> Denn gäbe es eine solche Abhängigkeit, so könnte der Garant ohnehin nicht strafbar sein. Er muss vielmehr gerade die Möglichkeit haben, unabhängig vom Willen und Wirken des Haupttäters den Erfolgseintritt zu verhindern. Schließlich geriete ein solcher Ansatz in Schwierigkeiten, wenn es zu begründen gilt, warum der Garant in Fällen von „Naturkausalität“, in denen es ja an einer teilnahmefähigen Tat per se fehlt, als Täter zu bestrafen sein soll. Denn da Handlungsmöglichkeit und Erfolgsabwendungspflicht als maßgebliche Kriterien eine Differenzierung prinzipiell nicht zulassen, dürfte in diesen Fällen eigentlich nichts anderes gelten, als bei der Einbeziehung eines vorsätzlich handelnden Dritten in das erfolgskausale Geschehen.

Ferner muss nach dem Vorstehenden aber auch ein Ansatz zurückgewiesen werden, der die Beteiligungsformen anhand der Art der Garantstellung abgrenzt. Dagegen spricht nicht nur, dass die Unterscheidung oft schwer vorzunehmen ist und sie zudem im Gesetz keine Stütze findet.<sup>54</sup> Entscheidend ist vielmehr, dass eine Differenzierung nach der Art der Garantspflicht deshalb nicht überzeugen kann, weil es alleine darauf ankommt, ob ein Beteiligter „rechtlich dafür einzustehen hat“, dass ein tatbestandsmäßiger Erfolg nicht eintritt, nicht *warum*. Besteht eine solche Pflicht, ist der Garant verantwortlich, wenn er eine mögliche Rettungshandlung unterlässt, andernfalls nicht. Eine Differenzierung nach Pflichten, die eine stärkere bzw. schwächere Verantwortung begründen, ist nicht möglich.

Damit scheint die Basis für eine Tätertheorie geschaffen zu sein. Doch muss das gefundene Ergebnis noch dahingehend überprüft werden, ob ihm allgemeine Grundsätze der Beteiligungslehre entgegenstehen, die trotz der prinzipiellen Andersartigkeit von Tun und Unterlassen berücksichtigt werden müssen. Dabei fällt der Blick auf den Grundsatz der Tatbestandsbezogenheit täterschaftlicher Strafbarkeit, dessen Prämisse von *Rudolphi* besonders prägnant wie folgt formuliert wurde: „Ausgangspunkt und Grundlage einer jeden Täterlehre haben die gesetzlichen Straftatbestände, d.h. die in ihnen enthaltenen Beschreibungen des strafbaren Verhaltens zu bilden.“<sup>55</sup> Dieser Grundsatz ist von Verfassungsrang. Sein Fundament ist die „*nullum crimen, nulla poena sine lege*“ Garantie des Art. 103 Abs. 2 GG, die gewährleistet, dass bei der Ausübung von Strafgewalt – wegen der außergewöhnlich hohen Eingriffsintensität – besondere rechtsstaatliche Garantien zugunsten des Bürgers greifen.<sup>56</sup>

<sup>52</sup> Diese mangelnde Eignung gilt im Übrigen auch, wenn gleich nicht im selben Ausmaß, für die Begehungsdelikte, was hier nicht vertieft werden muß.

<sup>53</sup> So aber dezidiert *Ranft* a.a.O. (Fn. 43), S. 830 ff.

<sup>54</sup> Eingehende Kritik bei *Schwab*, a.a.O. (Fn. 22), S. 106 ff.

<sup>55</sup> A.a.O. (Fn. 30), S. 369.

<sup>56</sup> Hinsichtlich der ratio des Art. 103 Abs. 2 GG besteht im Einzelnen durchaus Streit. In unterschiedlichen Variationen werden das Rechtsstatsprinzip, das Demokratieprinzip, der Gewaltenteilungsgrundsatz, die Menschenwürde, das Schuldprinzip sowie generalpräventive Erwägungen genannt. Nachweise zum Ganzen bei *Dannecker*, in: LK-StGB,

Eine Ausprägung dieses elementaren Grundprinzips eines rechtsstaatlichen Strafrechts besteht eben darin, dass die Strafbarkeit eines Verhaltens in einem parlamentarischen Gesetz bestimmt sein muss („*nullum crimen sine lege scripta*“).<sup>57</sup> Mithin ist es allein dem Gesetzgeber durch die Abfassung der Straftatbestände vorbehalten, die Grenzen des strafbaren Verhaltens zu bestimmen. Dieser streng zu beachtende Vorbehalt des Strafgesetzes<sup>58</sup> gewährleistet also, dass die Strafbarkeit von bestimmten Verhaltensweisen nur durch den Gesetzgeber als demokratisch legitimiertem Vertreter des Volkes festgelegt werden kann.<sup>59</sup>

Dieser Grundsatz muss angesichts seiner exponierten Bedeutung, soweit möglich, auch bei den Unterlassungsdelikten gelten, er muss *funktionell übertragen* werden.<sup>60</sup> Dies hat zur Folge, dass der Garant, um Täter eines durch das aktive Tun eines Dritten verwirklichten Straftatbestandes zu sein, *im unmittelbaren Angesicht der Tatbestandsverwirklichung* untätig bleiben muss (tatbestandsunmittelbares Unterlassen). Dagegen reicht ein Unterlassen im Vorfeld der Tatbestandsverwirklichung (Bsp.: Der Waffeninhaber unterlässt es, einen Dritten an der Mitnahme der Waffe aus seinem Haus zu hindern, woraufhin dieser mit der Waffe einige Stunden später ein Tötungsdelikt begeht)<sup>61</sup> nicht aus, selbst wenn der Garant dabei Vorsatz hinsichtlich der späteren Deliktsverwirklichung durch den Dritten aufweist. Würde man dies als Täterschaft bestrafen, so entspräche das beim Begehungsdelikt Fällen, in denen bei Gehilfenhandlungen im Vorfeld wegen des bloßen Haupttatvorsatzes Täterschaft angenommen würde. Dies liefe hinsichtlich der täterschaftlichen Bestrafung auf ein reines Gesinnungsstrafrecht hinaus. Der notwendige objektive Bezug zum gesetzlichen Tatbestand kann daher nur dadurch hergestellt werden, dass der Garant eine ihm mögliche Rettungshandlung zu einem Zeitpunkt unterlassen muss, in dem der aktiv handelnde Täter bereits die Schwelle zum Versuch überschritten hat.<sup>62</sup> Nur in diesem Fall, in dem der Garant in der Situation der unmittelbar bevorstehenden Tatbestandsverwirklichung durch den Vorsatz Täter nicht handelt, ist eine Strafbarkeit wegen täterschaftlicher Begehung dieses Tatbestandes durch Unterlassen mit Art. 103 Abs. 2 GG in Einklang zu bringen. Liegt das Unterlassen dagegen, wie im oben angeführten Beispiel des Waffeninhabers, in einem Stadium, in dem sich die Vorsatztat des Dritten noch in der Phase der Vorberei-

12. A. (2006), § 1 Rn. 51; eingehend *Tiedemann*, Tatbestandsfunktionen im Nebenstrafrecht (1969), S. 169 ff.

<sup>57</sup> Vgl. *Schulze-Fielitz*, in: Dreier (Hrsg.), GG, 2. A. (2008), Art. 103 II Rn. 28 m.w.N. aus der Rspr. des BVerfG.

<sup>58</sup> Vgl. nur BVerfGE 92, 1, 12.

<sup>59</sup> Statt vieler BVerfGE 105, 135, 153.

<sup>60</sup> Eine unmittelbare bzw. direkte Anwendung scheidet freilich aus, denn das in den gesetzlichen Straftatbeständen umschriebene Verhalten ist ja gerade – zumindest jenseits der echten Unterlassungsdelikte – stets aktives Tun.

<sup>61</sup> Zu einem parallel gelagerten Beispiel vgl. *Jakobs*, AT, 2. A. (1991), 29/101.

<sup>62</sup> Diese Grenze gilt auch dort, wo der Versuch für den Begehungsstäter nicht strafbar ist.



tung befindet, kommt lediglich Beihilfe durch Unterlassen in Betracht.<sup>63</sup>

Auf diese Weise wird dem Gebot des Art. 103 Abs. 2 GG auch beim Unterlassen Rechnung getragen, soweit dies angesichts der Seinsstruktur des Unterlassens möglich ist. Dabei spielt neben der formellen Komponente, der rechtsstaatlich zwingend gebotenen Beschränkung der Täterschaft auf das tatbestandlich umschriebene Verhalten, auch ein materieller Aspekt eine Rolle. Denn im Hinblick auf den Unrechtsgehalt ist die hier als Beihilfe behandelte „Vorfelddunterlassung“ durchaus mit typischen Beihilfehandlungen im Begehungsbereich vergleichbar. Paradigmatisch ist hier wieder das bereits bemühte Beispiel desjenigen, der dem Täter die Mordwaffe verschafft bzw. als Garant deren Benutzung durch den Täter nicht verhindert. Hier ist eine Gleichbehandlung auch unter dem Gesichtspunkt vergleichbarer Unrechtsgehalte geboten. So wird eben nicht nur der verfassungsrechtlich vorgegebene Grundsatz der Tatbestandsbezogenheit funktionell auf die Unterlassungsdelikte übertragen. Dies geschieht vielmehr auch hinsichtlich der Unterscheidung von Täterschaft und Beihilfe bzw. der darin zum Ausdruck kommenden Abstufung des jeweils verwirklichten Unrechts (Vgl. § 27 Abs. 2 StGB). Denn auch wenn die Unterscheidung zwischen verschiedenen Täterschaftsformen i.S.d. § 25 StGB oder die Unterscheidung zwischen „Begehen der Tat“ und „Hilfeleisten“ angesichts des ontologischen Wesens der Unterlassung nicht möglich ist, so kann man doch eine normative Unterscheidung nach dem Unrechtsgehalt vornehmen, die das funktionelle Äquivalent der in den §§ 25, 27 StGB zum Ausdruck kommenden Abstufung ist. Obwohl also das strafrechtliche Unterlassen an sich wegen seiner Seinsstruktur wie gezeigt wurde einer Differenzierung prinzipiell nicht zugänglich ist, ist eine solche aus übergeordneten normativen Erwägungen doch sinnvoll und richtig. Dieses ständige „Austarieren“ von ontologischen und normativen Aspekten beim Unterlassen bleibt die große Herausforderung, die der Gesetzgeber Wissenschaft und

Rechtsprechung überlassen hat, nachdem er zwar die grundsätzliche Strafbarkeit des Unterlassens zu Recht anerkannt, den ausschließlichen Zuschnitt des gesamten StGB auf Begehungsdelikte aber unberührt gelassen hat.

In dem Fall, den der 4. Strafsenat hier zu entscheiden hatte, blieb der Täter den Feststellungen zufolge „im Angesicht der Delikttausführung“ untätig, so dass bei Annahme einer Garantenstellung von Täterschaft auszugehen gewesen wäre.

## IV. Fazit

Die hier besprochene Entscheidung trägt leider nicht dazu bei, die bei der Abgrenzung von Täterschaft und Teilnahme durch Unterlassen „schwankende“ Rechtsprechung „auf Kurs zu bringen“. Sie ist vielmehr exemplarisch dafür, dass die beiden herangezogenen Kriterien zueinander in keinem erkennbaren systematischen Verhältnis stehen, was letztlich eine vorhersehbare Rechtsanwendung unmöglich macht. Zudem hat der BGH die Garantenpflicht zumindest vorschnell und ohne ausreichende Begründung bejaht. Hier wären nähere dogmatische Ausführungen zu der bislang ungeklärten Frage der Ingerenzpflichten zur Vermeidung fremder Vorsatztaten, die in diesem, auf die Beteiligungsdogmatik konzentrierten Beitrag nur gestreift wurde, wünschenswert gewesen.

Ferner hat die weitere Untersuchung gezeigt, dass die vom BGH verwendeten Abgrenzungskriterien – Tatherrschaft und innere Willensrichtung – auch für sich genommen nicht überzeugen. Richtigerweise ist die Nichthinderung fremder Vorsatztaten durch einen Garant immer dann Unterlassungstäterschaft, wenn es sich um eine *tatbestandsunmittelbare Unterlassung* handelt, der Garant also zu einem Zeitpunkt eine ihm mögliche Rettungshandlung unterlässt, in dem der aktiv Handelnde bereits die Schwelle zum Versuch überschritten hat. Diesem Ansatz mag es an „argumentativer Flexibilität“ fehlen. Man mag ihm auch entgegenhalten, dass die Abgrenzung von Vorbereitung und Versuch ohnehin umstritten genug und daher wenig geeignet sei, auch noch in der Unterlassungs- bzw. Beteiligungsdogmatik eine Rolle zu spielen. Demgegenüber steht der entscheidende Vorzug der – für die in ihrer Seinsstruktur eigentümlichen Unterlassungsdelikte wohl größtmöglichen – Tatbestandsbezogenheit. Dadurch wird die täterschaftliche Strafbarkeit auch beim unechten Unterlassungsdelikt an das Kriterium gekoppelt, das aus verfassungsrechtlicher Perspektive dafür vorgesehen ist.

<sup>63</sup> Ähnlich *Schünemann*, in: LK-StGB, § 25 Rn. 211. Soweit dort behauptet wird, dass bei Obhutsgaranten „in der Regel“ eine Unterlassung im Ausführungsstadium vorliegt, während der Überwachergarant „häufig“ im Vorbereitungsstadium eine Rolle spielen soll, mag dies als eine Art „Faustformel“ zutreffen. Es spielt jedoch dogmatisch – offenbar auch bei *Schünemann* – keine Rolle, zumal derselbe Autor auch prompt ein Gegenbeispiel präsentiert. Man kann diese Ausführungen daher womöglich als Reminiszenz an die ursprünglich von *Schünemann* bevorzugte Auffassung deuten, die er in der Sache aber aufgegeben hat.

# Binnenmarktförderung durch Speicherpflichten?

## Anmerkung zu EuGH, Az. C-301/06 = HRRS 2009 Nr. 297 (Vorratsdatenspeicherung)

Von Prof. Dr. Diethelm Kleszczewski, Universität Leipzig

Mit dem hier zu besprechenden Urteil des EuGH geht die Auseinandersetzung um die Vorratsdatenspeicherung in eine neue Runde. Nicht nur die Gegner der Vorratsdatenspeicherung haben eine Niederlage erlitten. Zudem hat das Prinzip der begrenzten Einzelermächtigung (Art. 249 Abs. 1 EGV, Art. 5 EUV) Schaden genommen.

Das Urteil des EuGH ist auf eine Nichtigkeitsklage der Republik Irland ergangen, welche auf den Kassationsgrund der Unzuständigkeit eingeschränkt war. Dementsprechend hatte der EuGH die streitgegenständliche Richtlinie 2006/64 EG nur auf ihre formelle Rechtmäßigkeit hin zu überprüfen. Zwar sind im Verfahren auch Bedenken gegenüber der Vereinbarkeit der Richtlinie mit Art. 8 EMRK geäußert worden.<sup>1</sup> Diese Bedenken bestehen meines Erachtens auch zu Recht.<sup>2</sup> Doch hatte sich der EuGH mit diesen Fragen nicht zu befassen. Meine Anmerkung beschränkt sich daher ebenfalls auf die kompetenzrechtlichen Fragen.

Gegenstand des Verfahrens war die Richtlinie 2006/64 EG (I.). Der EuGH geht davon aus, dass Art. 95 EGV zu Recht als Rechtsgrundlage gewählt wurde (II.). An dieser Würdigung sieht er sich auch nicht gehindert durch sein eigenes Urteil über die Nichtigkeit des Beschlusses des Rates über den Abschluss eines Übereinkommens der EG mit den USA über die Verarbeitung von Fluggastdaten<sup>3</sup> (III.). Beide Argumentationslinien überzeugen nicht.

### I.

Die Richtlinie 2006/64 EG bezweckt ausweislich ihres Art. 1 Abs. 1, die Vorschriften der Mitgliedsstaaten zur Verpflichtung von Diensteanbietern zur Vorratsdatenspeicherung zu harmonisieren, um sicherzustellen, dass

diese Daten zur Verfolgung von schweren Straftaten zur Verfügung stehen. Die Vorgaben gehen dahin, Maßnahmen zu treffen, damit die Diensteanbieter Verkehrs- und Standortdaten für mindestens sechs Monate auf Vorrat speichern, Art. 1 Abs. 2, Art. 3 Abs. 1, Art. 6. Dabei stellt es Art. 12 Abs. 1 den Mitgliedsstaaten frei, längere Speicherungsfristen oder auch die Speicherung anderer Datenarten vorzusehen. In Art. 5 Abs. 1 findet sich ein Katalog der vorzuhaltenden Daten, zu denen vor allem die Rufnummer oder Benutzerkennung der beteiligten Anschlüsse, Name und Anschrift der beteiligten Nutzer, Datum, Uhrzeit von Anfang und Ende des Kommunikationsvorgangs, den in Anspruch genommenen Dienst, bei mobilen Anschlüssen auch die Geräte- und Kartennummer sowie die Standortkennung zählen. Diese Daten sind freilich nur insofern zu speichern, soweit sie anfallen, wenn die betreffenden Kommunikationsdienste bereitgestellt werden, Art. 3 Abs. 1.

### II.

Der EuGH sieht Art. 95 EGV als einschlägige Rechtsgrundlage für diese Richtlinie an. Dabei geht er im Ansatz richtig davon aus, dass sich die Wahl der Rechtsgrundlage auf objektive, gerichtlich nachprüfbare Umstände gründen muss und dabei insbesondere Ziel und Inhalts in den Blick zu nehmen ist.<sup>4</sup> Darüber hinaus führt er auch zutreffend die Kriterien an, denen ein nach Art. 95 Abs. 1 EGV erlassener Rechtsakt zu genügen hat. Danach darf eine Binnenmarktrechtsangleichung nur dann durchgeführt werden, wenn Unterschiede in den nationalen Regelungen sich unmittelbar auf das Funktionieren des Binnenmarktes auswirken, indem sie geeignet sind, die Grundfreiheiten zu beeinträchtigen oder den Wettbewerb zu verzerren.<sup>5</sup>

<sup>1</sup> EuGH C-301/06, Irland gegen EP/Rat der EU, Rn. 34 = HRRS 2009 Nr. 297; m. Anm. v. W. Frenz DVBl. 2009, 354; Th. Petri EuZW 2009, 214.

<sup>2</sup> D. Kleszczewski, in: Festschrift für Gerhard Fezer hrsg. v. E. Weßlau u. W. Wohlers, 2008, S. 19, 24 f.

<sup>3</sup> EuGH C 317/04 u. C-318/04, EP gegen Rat der EU, Slg. 2006, I S. 4721 = NJW 2006, 2029 (Fluggastdatenübermittlung) m. Anm. v. I. Geis, E. Geis MMR 2006, 530, P. Szczekalla DVBl 2006, 896; m. Bespr. v. A. Jour-Schröder EuZW 2006, 550; S. Simitis NJW 2006, 2011; U. Ehrliche, Th. Becker, D. Walzel RDV 2006, 149.

<sup>4</sup> EuGH C-301/06, Irland gegen EP/Rat der EU, Rn. 60 Rn. 34 = HRRS 2009 Nr. 297; zuvor schon: EuGH C-440/05, EG Kommission gegen Rat der EU, Slg. 2007, I S. 9097, Rn. 91 = HRRS 2008 Nr. 262 (Rahmenbeschluss zur Bekämpfung der Umweltverschmutzung durch Schiffe), m. Anm. v. J. Eisele JZ 2008, 251; I. E. Fromm ZIS 2008, 168.

<sup>5</sup> EuGH C-380/03, Deutschland gegen EP/Rat der EU, Slg. 2006 I S. 11573 (Tabakwerbung II.), m. Anm. v. J. F. Lindner BayVBl 2007, 304; T. Stein EuZW 2007, 54; Ch. Maierhöfer JZ 2007, 463.

1. Diese Situation sieht der EuGH als gegeben an. Er kann dabei überzeugend auf die teilweise tief greifenden Unterschiede der nationalen Regelungen verweisen, welche die Kommission im Hinblick auf die Arten der zu speichernden Daten und namentlich auf die Länge der Speicherfristen anführt.<sup>6</sup> Diese Divergenzen sind durchaus geeignet, den Wettbewerb zwischen Diensteanbietern verschiedener Mitgliedsländern zu verzerren. Das Vorhalten und Betreiben von Verkehrsdatenbanken belastet die betroffenen Anlagenbetreiber in erheblichem Ausmaß. Die Vorratsdatenspeicherung führt zu einem Mehraufwand in mehrstelliger Millionenhöhe.<sup>7</sup> Dementsprechend stellt es einen spürbaren Wettbewerbsnachteil dar, wenn der eine Diensteanbieter in dem einen Mitgliedsland (z. B. Niederlande) Daten nur drei Monate auf Vorrat speichern muss, ein anderer in einem anderen Land (z. B. in Irland) dagegen bis zur vier Jahre.<sup>8</sup>

2. Für die Wahl von Art. 95 EGV als Rechtsgrundlage reicht jedoch ein solcher Bedarf zur Rechtsangleichung allein nicht aus. Nach dieser Vorschrift dürfen nur Rechtsakte erlassen werden, die nach Inhalt und Ziel gerade auf Verbesserung des Binnenmarktes gerichtet sind.<sup>9</sup> Nicht von Art. 95 EGV gedeckt sind insbesondere Maßnahmen, die einen negativen Binnenmarkteffekt haben, indem sie (wie z. B. ein Tabakverbot) bestimmte Wirtschaftstätigkeit unterbinden oder behindern.<sup>10</sup> So liegt der Fall aber hier. Die Richtlinie dient ja nicht dazu, die unterschiedlichen nationalen Regelungen zur Vorratsdatenspeicherung, die zu einer Wettbewerbsverzerrung führen, abzuschaffen. Stattdessen führt sie dazu, den Wettbewerbsnachteil, der in einer Pflicht zur Vorratsdatenspeicherung besteht, europaweit zu generalisieren. Das lässt sich nicht auf Art. 95 EGV stützen.

3. Darüber hinaus ist zu bezweifeln, ob die Richtlinie wirklich geeignet ist, die festgestellten Wettbewerbsverzerrungen zu beseitigen. Diese sieht die Kommission vornehmlich darin, dass die Speicherfristen schwanken zwischen drei Monaten und vier Jahren.<sup>11</sup> Warum die Erhöhung der Mindestspeicherfrist gerade mal um drei Monate die Wettbewerbsverzerrungen signifikant soll mildern können, ist nicht plausibel, wenn ein mehrjährige Speicherdauer weiterhin in einzelnen Mitgliedsländern vorgeschrieben bleibt.

4. Nimmt man all' dies zusammen, dann stellt es die Dinge auf den Kopf, den Zweck der Richtlinie 2006/64 EG primär in der Binnenmarktharmonisierung zu erblicken. Zwar trifft es zu, dass die Richtlinie den Mitgliedsstaaten allein Vorgaben macht, die Diensteanbieter zu einer bestimmten Art und Dauer der Vorratsdatenspeicherung zu verpflichten. Für sich genommen führt die Vorratsdatenspeicherung, so gesehen, nicht zu einer Strafverfolgung durch Behörden. Doch ist es schlicht unredlich zu behaupten, die Vorratsdatenspeicherung der Diensteanbieter sei eine Tätigkeit, die unabhängig von dem Zugang und der Verwendung dieser Daten durch Strafverfolgungsbehörden betrachtet werden könne. Dem widerspricht nicht nur die weitergehende Zielsetzung der Richtlinie, welche die Vorratsdatenspeicherung gerade zum Zwecke der Verfolgung schwerer Straftaten eingeführt wissen will, Art. 1 Abs. 1. Dem widerspricht auch und gerade der Umstand, dass nach rechtsstaatlichen Grundsätzen, die alle Mitgliedsstaaten als bindend anerkennen (Art. 6 Abs. 1 EUV), Privatpersonen keine Verpflichtungen unabhängig davon auferlegt werden dürfen, dass sie ein legitimes öffentliches Interesse verfolgen. Die Verpflichtung der Diensteanbieter zu einer Vorratsdatenspeicherung setzt daher voraus, dass diese in verfassungsrechtlich zulässiger Weise zur Verwirklichung legitimer hoheitlicher Zwecke genutzt wird. Sie präsupponiert daher namentlich deren Verwendung zum Zwecke der Strafverfolgung o. ä. Sie lässt sich daher nicht ohne diesen Zweckbezug auferlegen. Folglich ist ihre Zulässigkeit bedingt dadurch, dass Strafverfolgungsbehörden von Rechts wegen Zugang zu diesen Daten haben und diese auf verarbeiten dürfen, um ihre Aufgaben zu erfüllen. Kurz: die Verpflichtung der Diensteanbieter zu einer Vorratsdatenspeicherung im Wege der europaweiten Rechtsangleichung setzt eine Harmonisierung durch eine Maßnahme polizeilicher und justizieller Zusammenarbeit in der „dritten Säule“ (Art. 29 ff. EUV) voraus, wie sie ja zuvor vergeblich versucht worden ist.<sup>12</sup>

### III.

Der EuGH sieht sich auch nicht durch sein Urteil zum Beschluss über das Abkommen mit den USA zur Übermittlung von Fluggastdaten an der hier zu besprechenden Entscheidung gehindert. In diesem Abkommen erhält eine Behörde in den USA zunächst den Zugriff auf alle Daten, welche die Fluggesellschaften in Europa über ihre Fluggäste erheben und speichern, bis ein System gefunden ist, dass die Fluggesellschaften der Behörde die entsprechenden Daten übermittelt. Zusätzlich werden die Fluggesellschaften verpflichtet, die von ihnen erhobenen Fluggastdaten in einer seitens der US-amerikanischen Behörde festgelegten Weise zu verarbeiten. Der EuGH hat hierzu festgestellt, dass es sich bei der Übermittlung der Daten um eine Datenverarbeitung handelt, die dem Schutz der öffentlichen Sicherheit und der Strafverfolgung dient. Dementsprechend hat er die auf Art. 95 EGV gestützte Angemessenheitserklärung für nichtig erklärt.

<sup>6</sup> EuGH C-301/06 Irland gegen EP/Rat der EU, Rn. 50 Rn. 34 = HRRS 2009 Nr. 297; insofern zust. *W. Frenz* DVBl. 2009, 374.

<sup>7</sup> *Kluszczewski*, aaO. (Fn. 2), S. 30 f.

<sup>8</sup> Vgl. EuGH C-301/06 Irland gegen EP/Rat der EU, Rn. 50 Rn. 34 = HRRS 2009 Nr. 297.

<sup>9</sup> EuGH, C-376/98, Deutschland gegen EP/Rat der EU, Slg. 2000, I S. 8419 = NJW 2000, 3701 (Tabakwerbung I); m. Anm. v. *V. Götz* JZ 2001, 34; *K. Zapka* DÖD 2001, 110; *B. Wägenbaur* EuZW 2000, 701; m. Bespr. v. *Ch. Callies* *Jura* 2001, 311; *R. Streinz* *JuS* 2001, 288; vgl. w. *W. Kahl*, in: *Ch. Callies/M. Ruffert* (Hrsg.), *EUV/EGV*, Art. 95 Rn. 17; *Th. Oppermann*, *Europarecht*, 3. Aufl. (2005), § 18 Rn. 17.

<sup>10</sup> EuGH, C-376/98, Deutschland gegen EP und Rat der EU, Slg. 2000, I S. 8419 = NJW 2000, 3701 (Tabakwerbung I); zust. *W. Kahl*, in: aaO. (Fn. 8), Art. 95 Rn. 18; *D. Classen*, in: *Th. Oppermann/D. Classen/M. Nettessheim*, *Europarecht*, 4. Aufl. (2009), § 33 Rn. 10.

<sup>11</sup> Vgl. EuGH C-301/06 Irland gegen EP/Rat der EU, Rn. 50 Rn. 34 = HRRS 2009 Nr. 297.

<sup>12</sup> *Kluszczewski*, aaO. (Fn. 2), S. 21; auf diese Vorgeschichte weist zutreffend hin: *Th. Petri* *EuZW* 2009, 214.

Diese Erwägungen will der EuGH nun nicht auf seine Würdigung der Richtlinie zur Vorratsdatenspeicherung übertragen. Während es bei dem oben genannten Abkommen um eine Übermittlung von personenbezogenen Daten innerhalb eines von staatlichen Stellen geschaffenen Rahmens zum Schutze der öffentlichen Sicherheit handle, befasse sich die Richtlinie ausschließlich mit Tätigkeiten der Diensteanbieter. Diese Unterscheidung leuchtet nicht ein.<sup>13</sup> Zwar wurde das Abkommen zwischen hoheitlichen Stellen geschlossen. Doch die Verpflichtungen, um die es in ihm vor allen Dingen geht, bestehen in einer Indienstnahme privater Fluggesellschaften. Diese sollen nach Vorgaben der US-amerikanischen Behörde Daten in bestimmter Weise verarbeiten, zum Zugriff bereitstellen und, nachdem die technischen Voraussetzungen geschaffen sind, selbständig übermitteln. Genauso liegt es hier: Mit der Richtlinie 2006/64 EG sollen Diensteanbieter zu einer bestimmten Speicherung von Daten ihrer Kunden auf Vorrat ver-

pflichtet werden, um vor allem die Strafverfolgung zu ermöglichen. Dass die Richtlinie selbst keine Verpflichtungen zur Regelung hoheitlichen Handelns auf diesem Gebiet enthält, ist irrelevant, weil – wie gezeigt – diese Tätigkeit vorausgesetzt werden muss, damit eine Vorratsdatenspeicherung überhaupt rechtsstaatlich zulässig privaten Diensteanbietern vorgeschrieben werden kann.

#### IV.

Mit seiner Entscheidung sprengt der EuGH also die Ketten, welche Art. 95 EGV der Rechtsangleichung setzt. Es ist eine bittere Ironie der Geschichte, dass er dieses Urteil an einem Tag verkündete, an dem das BVerfG über die Verfassungsbeschwerde gegen den Lissabon-Vertrag verhandelte. Die Verfassungsbeschwerde gegen die Umsetzung der Vorratsdatenspeicherungsrichtlinie bietet dem BVerfG nun die Gelegenheit, diesen Kompetenzmaßnahmen entgegen zu treten.

<sup>13</sup> Genauso *Th. Petri* EuZW 2009, 214, 215.

Aufsätze und Anmerkungen

## Der internationalstrafrechtliche Geltungsbereich des Geldwäschetatbestandes

Zugleich eine Anmerkung zu BGH 1 StR 4/09 vom 18. Februar 2009 (BGH HRRS 2009 Nr. 309)

Von Dr. Marco Mansdörfer\*, Freiburg i. Brsg

### I. Die besondere kriminalpolitische Legitimation der Geldwäsche und ihre daraus resultierende Problematik

Im Kampf gegen die Organisierte Kriminalität verfolgt der deutsche Gesetzgeber in seltener Eintracht mit der übrigen Staatengemeinschaft das Ziel, die Organisierte Kriminalität zu isolieren und das von ihr auf kriminelle Weise gewonnene Vermögen praktisch verkehrsunfähig zu machen.<sup>1</sup> Wenn es tatsächlich gelingen sollte, das aus

den Straftaten resultierende Vermögen zu isolieren, würde dieses Vermögen praktisch wertlos. Dem organisierten Verbrechen wären damit wesentliche Triebfedern seines Handelns genommen und die notwendigen Mühen zur Sicherung der Vorteile aus der Tat würden wesentlich erhöht.<sup>2</sup>

Der Tatbestand der Geldwäsche ahndet die unter Strafe gestellten Handlungen daher in erster Linie nicht deshalb, weil diesen Handlungen an sich ein spezifischer Unwert anhaftet, sondern weil die dahinter liegenden

\* Wissenschaftlicher Assistent am Institut für Strafrecht und Strafprozessrecht der Albert-Ludwigs-Universität Freiburg (Abt. I, Prof. Dr. Wolfgang Frisch).

<sup>1</sup> Vgl. zu den Motiven des nationalen Gesetzgebers beim Erlass des Geldwäschetatbestands im Rahmen des Gesetzes zur Bekämpfung des illegalen Rauschgifthandels und anderer Formen der Organisierten Kriminalität (OrgKG vom 15. Juli 1992) BT-Drs. 12/989 S. 27, ähnlich die Begründung des Entwurfs des Gesetzes zur Verbesserung der Bekämpfung

der Organisierten Kriminalität (vom 1.10.1997 BT-Drs. 13/8651); zur internationalen Kooperation im Kampf gegen die Geldwäsche *Fischer*, StGB-Kommentar, 56. Aufl. (2009), § 261 Rn. 1c, 4 ff.

<sup>2</sup> In diesem Sinn auch die Begründung zum Entwurf eines 2. Gesetzes zur Bekämpfung des illegalen Rauschgifthandels und anderer Erscheinungsformen der organisierten Kriminalität (2. OrgKG) BT.-Drs. 12/6784.

kriminellen Strukturen getroffen werden sollen.<sup>3</sup> In – zumindest gefühlter<sup>4</sup> – Ermangelung wirksamer Mittel gegen die Krankheit „OK“ selbst werden so zumindest Symptome behandelt. Die bloße Behandlung von Symptomen ist zweifelsohne suboptimal. Das eigentliche Übel wird damit kaum beseitigt, sondern allenfalls in seinen negativen Auswirkungen gelindert. Um wenigstens dieses Ziel zu erreichen, wird § 261 StGB nun schon seit fast zwei Jahrzehnten von Rechtsprechung und Gesetzgebung immer weiter ausgedehnt.<sup>5</sup> Inzwischen hat sich die Geldwäsche so zu einem „Breitbandantibiotikum im Kampf gegen die Organisierte Kriminalität“ entwickelt.

## II. Der potentiell weite internationalstrafrechtliche Geltungsanspruch des Geldwäschetatbestandes

Die grundsätzliche Weite des Geldwäschetatbestandes lässt sich nicht nur an dem Vortatenkatalog des § 261 Abs. 1 S. 2 StGB ablesen. Auch der internationalstrafrechtliche Geltungsanspruch der Geldwäsche geht erheblich über den der anderen Delikte des 21. Abschnitts des Strafgesetzbuches hinaus.

So haben bereits verschiedene Anknüpfungstaten des Geldwäschetatbestandes ihrerseits einen erweiterten internationalstrafrechtlichen Geltungsbereich. Konkret sind diese etwa die Bestechung gem. § 334 StGB i. V. m. Art. 2 § 1 und § 4 IntBestG, der Schmuggel gem. § 373 AO, die Abgabenhinterziehung gem. § 12 Abs. 1 des Gesetzes zur Durchführung der gemeinsamen Marktorganisation und der Direktzahlungen, das Ein- und Durchschleusen von Ausländern gem. § 96 Aufenthaltsgesetz (AufenthG) mit dem gem. § 96 Abs. 4 AufenthG erweiterten Anwendungsbereich sowie die Anknüpfung an Straftaten von Mitgliedern einer kriminellen oder terroristischen Vereinigung über die in § 261 Abs. 1 S. 2 Nr. 5 StGB aufgezählten Katalogtaten.

Zusätzlich erstreckt § 261 Abs. 8 StGB die Geldwäsche generell auf das Waschen von Geld oder anderen Gegenständen, die aus einer im Ausland begangenen Anknüpfungstat im Sinne von § 261 Abs. 1 StGB herrühren, wenn die Tat auch am Tatort mit Strafe bedroht ist.<sup>6</sup> Damit ist nicht nur das Waschen der direkten Erlöse dieser Gewinne aus ausländischen Straftaten gemeint; der Begriff „Herrühren“ dehnt den Tatbestand über die direkten Gewinne aus einer Straftat auf die bei einer

<sup>3</sup> Näher dazu *Findeisen* wistra 1997, 121, 121 ff.

<sup>4</sup> Die Hilflosigkeit gegenüber dem Phänomen „Organisierte Kriminalität“ erscheint freilich oft auch dadurch besonders groß, dass der Begriff einzelne Erscheinungsformen nur sehr abstrakt erfasst. Beispielfhaft zu konkreten Möglichkeiten etwa zur Bekämpfung des organisierten Zigaretten- und Schmuggels in Großbritannien *Wagner*, in: FS f. Kohlmann, Köln (2003), S. 335, 348 f.

<sup>5</sup> Zur Gesetzgebungsgeschichte vgl. nur *Fischer* (Fn. 1), § 261 Rn. 1 ff. Letzter Akt der Erweiterung des Geldwäschetatbestands durch den Gesetzgeber ist das Geldwäschebekämpfungsergänzungsgesetz vom 13. August 2008 (BGBl. I 1690).

<sup>6</sup> Dazu nur *Stree*, in: Schönke-Schröder, StGB, 27. Aufl., München (2006), § 261 Rn. 6.

wirtschaftlichen Betrachtung aus den einzelnen Waschvorgängen resultierenden Ersatzgegenstände im Einflussbereich des Vortäters aus.<sup>7</sup>

Der potentielle internationalstrafrechtliche Geltungsanspruch des Geldwäschetatbestands führt die deutsche Strafrechtspflege bei konsequenter Beachtung des Legalitätsprinzips damit an die Grenzen ihrer tatsächlichen Möglichkeiten. Der darin ausformulierte Arbeitsauftrag beinhaltet angesichts der internationalen Verflechtungen der Tatbeteiligten zunächst einen immensen Ermittlungsaufwand. Da sich die deutsche Strafgewalt erheblich mit der ausländischen Strafgewalt überschneidet, wäre außerdem ein großer Koordinierungsaufwand mit den ausländischen Strafverfolgungsbehörden absehbar. Kurz: Die Mühen und Kosten der Rechtsdurchsetzung wären enorm.

## III. Leitlinien zur Einschränkung des internationalstrafrechtlichen Geltungsanspruchs

1. Soll der Tatbestand der Geldwäsche in der Praxis auf ein vernünftiges Maß zurückgeführt werden und die rechtspraktische Durchsetzung des internationalstrafrechtlichen Geltungsanspruchs im Interesse der Rechtssicherheit einheitlich sein, sind Leitlinien notwendig, die den weit angelegten internationalstrafrechtlichen Geltungsanspruch durch eine restriktive Tatbestandsinterpretation sinnvoll einschränken.<sup>8</sup>

Die Ausübung der hoheitlichen Strafgewalt setzt grundsätzlich voraus, dass das verbotene Verhalten in irgendeiner Weise die Ordnungsaufgabe des betreffenden Staates berührt.<sup>9</sup> Dieser Grundsatz ergibt sich national aus der Verfassung<sup>10</sup> und zwischenstaatlich aus gesicherten völkerrechtlichen Standards.<sup>11</sup> Die Geldwäsche sollte daher nach den allgemeinen Grundsätzen des internationalen Strafrechts primär auf solche Verhaltensweisen konzentriert werden, die einen besonderen *legitimierenden Inlandsbezug im Einzelfall* aufweisen.<sup>12</sup> Anhaltspunkte dafür, wann ein solcher Inlandsbezug vorliegt, können den

<sup>7</sup> BT-Drs. 507/92 S. 27 f.; *Otto* Jura 1993, 329, 330 f.; OLG Karlsruhe NJW 2005, 767, 769.

<sup>8</sup> Der internationalstrafrechtliche Anwendungsbereich einer Norm ist vorrangig im Wege der Tatbestandsinterpretation und erst nachrangig im Wege der Auslegung der §§ 3 ff. StGB zu ermitteln, vgl. BGHSt 22, 282, 284 f.

<sup>9</sup> Die Rechtsprechung betont insoweit gerade auch die Aufgabe des Strafrechts, als innerstaatliches Ordnungsrecht zu wirken, so z. B. BGHSt 21, 277, 280; 22, 282, 285.

<sup>10</sup> *Werle/Jeßberger*, Leipziger Kommentar zum StGB, 12. Aufl., Berlin, 2007, vor § 3 Rn. 19.

<sup>11</sup> Zur völkerrechtlichen Rechtslage stellvertretend *Jeschek/Weigend*, Strafrecht AT, § 18 II; *Frister*, Strafrecht AT, 3. Aufl., München (2008), S. 56.

<sup>12</sup> Zu diesem in der Rechtsprechung des Bundesgerichtshofs ebenfalls aufgestellten Kriterium BGHSt 45, 64, 68 f. = HRRS-Datenbank Rn. 10; NStZ 1999, 236; 1994, 232; StV 1999, 240; dazu kritisch *Eser*, in: Festgabe 50 Jahre Bundesgerichtshof, München (2000), S. 3, 26 ff.: „von vielen Zufälligkeiten abhängige Notbremse“, der in der Sache aber ebenfalls für eine a priori restriktiver gefasste nationale Strafgewalt votiert.

allgemeinen Prinzipien des internationalen Strafrechts entnommen werden. Maßgebliche Bedeutung kommt deshalb dem Umstand zu, ob die Geldwäsche auf deutschem Hoheitsgebiet erfolgt (Territorialitätsprinzip), ob der Täter oder die Opfer einen hinreichenden Bezug zum Inland aufweisen (aktives und passives Personalitätsprinzip) oder ob sich die Bundesrepublik völkerrechtlich zur Übernahme einer stellvertretenden Strafrechtspflege verpflichtet hat (Prinzip der stellvertretenden Strafrechtspflege).

Konkret mangelt es zum Beispiel an einem hinreichenden Inlandsbezug, wenn ein seit langem im Ausland lebender Deutscher im Ausland Geldwäschehandlungen vornimmt und das kriminell erlangte Vermögen ausschließlich in den ausländischen Wirtschaftskreislauf einführt. Ebenso kann ein hinreichender Bezug zur innerstaatlichen Ordnungsaufgabe fehlen, wenn ein ausländischer Bürger Gelder aus einer Auslandstat nur kurzfristig über in Deutschland geführte Bankkonten leitet. Zwar besteht mit der Kontoführung im Inland ein nationaler Bezug, angesichts der enormen Geldströme, die täglich im internationalen Finanztransfersgeschäft über deutsche Konten abgewickelt werden, ginge es indessen ersichtlich zu weit, alle diese Finanzströme einer ernst gemeinten, strafrechtlichen Kontrolle über § 261 StGB unterziehen zu wollen. Augenscheinlich wird dies, wenn man sich die Folgen einer gegenteiligen Auffassung klar macht: Würde eine solche Kontrolle tatsächlich durchgeführt, käme dies faktisch einer Aufgabe des Finanzplatzes Deutschland im Rahmen des internationalen Finanzgeschäfts gleich.<sup>13</sup> Damit wäre dann aber international selbst vor dem Hintergrund einer gut gemeinten stellvertretenden Strafrechtspflege nichts gewonnen.

2. Eine wesentliche Einschränkung des internationalen Geltungsanspruchs der Geldwäsche ist auch in § 261 Abs. 9 S. 2 StGB angelegt. Danach wird „nicht bestraft, wer wegen Beteiligung an der Vortat strafbar ist“. Als Konkurrenzregel kann diese Vorschrift im Rahmen des internationalen Strafrechts dahin verstanden werden, dass die deutsche Strafgewalt nicht eingreifen soll, wenn wegen der Vortat vorrangig eine andere, ausländische Strafgewalt zuständig ist und der dortigen Strafverfolgung keine unüberwindbaren Hindernisse entgegen stehen.

a. Nach der jüngsten Entscheidung des Bundesgerichtshofs soll für die Beurteilung der Vortatstrafbarkeit dagegen allein auf das nationale Recht abzustellen sein.<sup>14</sup> § 261 Abs. 9 Satz 2 StGB diene der Vermeidung von Doppelbestrafungen in Fällen, in denen der Vortäter

<sup>13</sup> Ähnlich führt auch Fischer (Fn. 1), § 261 Rn. 4b a. E. und 4d den Spagat vor Augen, der bei der praktischen Umsetzung des kriminalpolitischen Konzepts des § 261 StGB zu vollziehen ist: „Verkehrsunfähigkeit‘ von kriminell kontaminiertem Vermögen müsste entweder zum Ende der Kriminalität oder zur Abschaffung des Geldes führen. (...) In der Praxis der Strafverfolgung wird das Konzept kaum umgesetzt.“

<sup>14</sup> BGH vom 18. 02. 2009 Az. 1 StR 4/09 2. LS = HRRS 2009 Nr. 309 dazu die Bspr. von Rettenmaier NJW 2009, 1619 mit bes. Kritik der extensiven Interpretation der Merkmale des „Herrührens“ in § 261 Abs. 1 StGB bzw. der restriktiven Auslegung der Konkurrenzregel des § 261 Abs. 9 S. 2 StGB.

zugleich Geldwäschehandlungen vornehme.<sup>15</sup> Das Verbot der Doppelbestrafung beschränke sich gem. Art. 103 Abs. 3 GG jedoch auf mehrfache Verurteilungen des Täters im nationalen Recht und würde daher – soweit keine bi- oder multilateralen Übereinkommen bestünden – bei ausländischen Verurteilungen nicht gelten.<sup>16</sup> In der Sache behält sich die Rechtsprechung somit die Strafbarkeit einer an sich nicht von der deutschen Strafgewalt erfassten Auslandstat als nationale Geldwäsche vor.

Die restriktive Auslegung der Konkurrenzregelung ist freilich weitaus problematischer, als es die formale Argumentation der Rechtsprechung vermuten lässt. Art. 103 Abs. 3 GG enthält zwar in der Tat ein auf das nationale Recht beschränktes Verbot mehrfacher Strafverfolgung.<sup>17</sup> Es ist jedoch in sich widersprüchlich, aus dem rein nationalen Prinzip des *ne bis in idem* Gründe für eine restriktive Auslegung der Konkurrenzregel des § 261 Abs. 9 S. 2 StGB ableiten zu wollen. Die Rechtsprechung zieht Art. 103 Abs. 3 GG nämlich heran, um Aussagen zum internationalen Strafrecht zu gewinnen, die diese Norm gerade nicht trifft. Auf den Punkt gebracht: Der Rückgriff auf Art. 103 Abs. 3 GG ist an dieser Stelle schlicht verfehlt. Die Rechtsprechung hätte gleichfalls – nicht minder falsch – auf den Rechtsgedanken von § 51 Abs. 3 StGB zurückgreifen und zu einem gegenteiligen Ergebnis gelangen können.

b. Die eigentliche Sachfrage, ob der Tatbestand der Geldwäsche in Fällen transnationaler Kriminalität vom deutschen Gesetzgeber auch gegenüber Beteiligten an einer nur nach ausländischem Recht strafbaren Vortat angewendet werden soll, ist also weiterhin offen. Da diese Frage nicht speziell geregelt ist, müssen insoweit die allgemeinen Grundsätze des internationalen Strafrechts herangezogen werden. Dabei finden sich hinreichende Anhaltspunkte und Vergleichsfälle, die durchaus für eine extensive Interpretation des Geltungsbereichs der Geldwäsche im Sinne der jüngsten Rechtsprechung streiten.<sup>18</sup>

Das stärkste Argument für eine extensive Anwendung des Geldwäschetatbestands folgt aus den Normen zum internationalen Strafrecht selbst. § 9 Abs. 2 S. 1 StGB begrenzt den Tatort nicht nur auf den Ort, an dem der Täter gehandelt hat, sondern dehnt diesen auf den Ort aus, an dem der Teilnehmer gehandelt hat oder im Falle eines Unterlassens hätte handeln müssen. In Verbindung mit dem in § 3 normierten Territorialitätsprinzip wird das deutsche Strafrecht damit nach seinem generellen Selbstverständnis ohne Rücksicht auf die Strafbarkeit der Haupttat am Tatort auf die inländische Beihilfe ausgedehnt. Versteht man die Geldwäsche als Beihilfe zumindest in Form der *auxilia post delictum* könnte § 9 Abs. 2 S. 1 i. V. m. 3 StGB als internationalstrafrechtliche Spezialregelung zu § 261 Abs. 9 S. 2 StGB verstanden wer-

<sup>15</sup> BGH vom 18.02.2009 Az. 1 StR 4/09 Rn. 8 = HRRS 2009 Nr. 309 Rn. 8.

<sup>16</sup> BGH vom 18.02.2009 Az. 1 StR 4/09 Rn. 8 = HRRS 2009 Nr. 309 Rn. 8.

<sup>17</sup> So auch Mansdörfer, Das Prinzip des *ne bis in idem* im europäischen Strafrecht, Berlin (2004), S. 58 f.

<sup>18</sup> Für einen Überblick der Rechtsprechung des Bundesgerichtshofs zum Internationalen Strafrecht Eser, a.a.O. (Fn. 12), S. 3 ff.

den. In diese Richtung könnten auch andere Entscheidungen des Bundesgerichtshofs gedeutet werden.<sup>19</sup>

c. Trotz dieser beachtlichen materiellen Gründe vermag die damit verbundene *generelle* Ausdehnung der deutschen Strafgewalt in der Sache nicht zu überzeugen.

§ 9 Abs. 2 S. 2 StGB gebietet nicht, die Haupttat und die daran anknüpfende Teilnehmehandlung so zu bewerten, als seien sie zu Lasten inländischer Rechtsgüter begangen worden.<sup>20</sup> Dies gilt erst recht, wenn ausländische Interessen nur im Falle einer inlandsähnlichen Selbstdefinition des Tatortstaats betroffen wären.<sup>21</sup> Das einschränkende *Erfordernis eines legitimierenden Inlandbezugs im Einzelfall* bleibt daher auch und erst Recht in den Fällen des § 9 Abs. 2 StGB von Bedeutung. Entscheidend bleibt somit, ob die Ordnungsfunktion des deutschen Staates eine strafrechtliche Verfolgung der Geldwäsche erfordert, wenn die Vortat als Auslandstat nicht der deutschen Strafgewalt unterliegt und ob sich eine deutsche Strafgewalt in diesen Fällen mit den Vorgaben des Völkerrechts vereinbaren lässt.

Dazu müssen mehrere Fallgruppen unterschieden werden:

aa. Besteht mit dem ausländischen Staat ein Abkommen, das ein Verbot der mehrfachen Strafverfolgung – etwa entsprechend der Regelung von Art. 54 SDÜ – enthält, würde eine Verurteilung des Geldwäschetäters nach § 261 StGB aufgrund des hier geltenden Tatbegriffs zu einer umfassenden Sperrwirkung der Strafgewalt des ausländischen Staates führen.<sup>22</sup> Beispielhaft könnte der in Deutschland wegen Geldwäsche verurteilte Zigaretenschmuggler vom Tatortstaat nicht mehr verfolgt werden, wenn die Geldwäsche und der Schmuggel als ein zusammengehöriges und in einem einheitlichen Sinnzusammenhang stehendes Verhalten verstanden werden könnten. Die Ausübung der deutschen Strafgewalt würde in diesem Fall faktisch zu einer Strafverhinderungsgewalt in Bezug auf die ausländische Sanktionierung des eigentlich strafwürdigen Verhaltens.

bb. Fehlt ein derartiges Übereinkommen mit dem ausländischen Staat, stehen einer Verurteilung des Täters wegen einer nach deutschem Strafrecht strafbaren Geldwäsche zunächst keine Hindernisse entgegen. Die Verurteilung nach deutschem Recht kann dann nur zu einem Verbrauch der Strafklage des anderen Staates führen, soweit der andere Staat dies – wie zum Beispiel die Niederlande<sup>23</sup> – in seinem nationalen Recht für sich anordnet.

Eine Kollision mit Prinzipien des Völkerrechts ist hier also nicht zu befürchten; das allein ist indessen noch keine positive Begründung für eine nationale Strafkompentenz. Es ist daher notwendig, die Ausübung der Strafgewalt zusätzlich positiv mit der nationalen Ordnungsaufgabe zu legitimieren. Inwieweit dies gelingt, hängt wesentlich vom Rechtsgut der Geldwäsche ab. Worin dieses Rechtsgut liegt, wurde von der Rechtsprechung bislang offen gelassen, sodass hier verschiedene Interpretationsmöglichkeiten zu überprüfen sind.<sup>24</sup>

Versteht man die Geldwäsche als Nachtatdelikt entsprechen sich das Rechtsgut der Geldwäsche und das der Vortat.<sup>25</sup> Eine deutsche Strafgewalt lässt sich hier insbesondere dann begründen, wenn Täter der Geldwäsche ein Deutscher ist, der als Deutscher zwar nicht an den ausländischen Staat ausgeliefert werden soll, der aber auch nicht gänzlich straffrei ausgehen soll. Ist der Täter ausländischer Staatsbürger, der durch seine Tat ein ausländisches Rechtsgut verletzt hat, steht einer Auslieferung nichts im Wege. Die Ausübung einer deutschen Strafgewalt wäre nur die Ausübung von Strafgewalt im Wege einer stellvertretenden Strafrechtspflege, die das Verhalten aber lediglich unter dem eingegengten Blickwinkel des § 261 StGB würdigen könnte. Ein solches Vorgehen ist indessen zumindest solange abzulehnen, wie dem ausländischen Staat noch grundsätzlich eine funktionierende Strafrechtspflege bescheinigt werden kann.

Begreift man den Tatbestand der Geldwäsche als Tatbestand zum Schutz des – von der deutschen Strafgewalt im Prinzip nur zu schützenden – nationalen Finanzkreislaufs<sup>26</sup>, hängt die Strafbarkeit davon ab, in welcher Form das gewaschene Geld verwendet wurde. Eine deutsche Strafgewalt ist danach vor allem in den Fällen anzunehmen, in denen das Geld in deutsche Unternehmen oder in wirtschaftliche Aktivitäten in Deutschland investiert wurde. Eine Strafgewalt würde dagegen ausscheiden, wenn Geld lediglich über in Deutschland geführte Konten transferiert oder vorübergehend in Deutschland aufbewahrt würde. Ähnliche Erwägungen sind anzustellen, wenn das Rechtsgut der Geldwäsche in einem Schutz der inneren Sicherheit oder einem Schutz der Rechtspflege gesehen wird.<sup>27</sup>

d. Im Ergebnis liegt nach alledem eine *differenzierende Lösung* der Problematik nahe: Wenn der Täter der Geldwäsche sich zugleich an der Vortat beteiligt hat, sollte der internationalstrafrechtliche Geltungsbereich auf Sachverhalte beschränkt werden, in denen einer Bestrafung des Täters nach ausländischem Recht dauerhafte Hindernisse entgegenstehen und ein hinreichender Inlandsbezug besteht. Im Fall der damit in der Sache abgelehnten jüngsten Entscheidung des BGH würde dieser differenzierende Ansatz überdies zu einer Harmonisierung des internationalstrafrechtlichen Geltungsanspruchs der

<sup>19</sup> Siehe etwa BGHSt 4, 333, 335; NJW 1999, 2683, 2684; NStZ 2000, 657, 660; Eser, in: Schönke-Schröder, StGB, 27. Aufl., München (2006), § 9 Rn. 11, 14 m. w. N.

<sup>20</sup> So explizit Hoyer, in: SK-StGB, 6. Aufl., München (1997), § 9 Rn. 13.

<sup>21</sup> So explizit Hoyer a.a.O. (Fn. 20), § 9 Rn. 13.

<sup>22</sup> Zum Tatbegriff des Art. 54 SDÜ überzeugend EuGH NJW 2006, 1781 = HRRS 2006 Nr. 300 (Van Esbroeck) m. Anm. Kühne JZ 2006, 1019, NJW 2007, 3412, 3414 (Kretzinger); insoweit im Wesentlichen übereinstimmend Mansdörfer Fn.17, S. 178 f.

<sup>23</sup> Art. 68 niederl. StGB aus dem Jahr 1995.

<sup>24</sup> So etwa in BGH NJW 1997, 3322 f.

<sup>25</sup> Dafür Salditt StraFo 1992, 121, 122 sowie große Teile der zivilrechtlichen Rechtsprechung (zu § 823 Abs. 2 BGB), wonach § 261 StGB auch den Schutz des durch die Vortat verletzten Rechtsguts bezweckt, vgl. etwa SchleswigHolst OLG SchIHA 2008, 50, 51; LG Köln MMR 2008, 259, 260.

<sup>26</sup> In diese Richtung gehen die Deutungsversuche von Lampe JZ 1994, 123, 125 oder Findelsen wistra 1997, 121, 121.

<sup>27</sup> Dafür etwa Stree, a.a.O. (Fn. 6), 2006, § 261 Rn. 1.

Geldwäsche mit dem der Bestechungsdelikte führen. Dort beschränkt das IntBestG die deutsche Strafgewalt auf die aktive Bestechung gem. § 334 StGB und erstreckt sie gerade nicht auf die Bestechlichkeit gem. § 332 StGB.

#### IV. Zusammenfassung und Schlussbemerkung

Der internationalstrafrechtliche Geltungsbereich des Geldwäschetatbestands ist angesichts der Katalogtaten des § 261 Abs. 1 S. 2 StGB und des extensiven Verständnisses des Herrührens tauglicher Tatobjekte zu weit gespannt. Ein konsequenter Rückgriff auf die allgemeinen Regeln des internationalen Strafrechts, ein Aufgreifen des von der Rechtsprechung in anderen Bereichen herausge-

arbeiteten Erfordernisses eines besonderen Inlandsbezugs der Tat und eine vorsichtige Interpretation der Konkurrenzregel des § 261 Abs. 9 S. 2 StGB würde die Norm auf ein den Interessen der Bundesrepublik gerecht werdendes Maß beschneiden. Da der internationalstrafrechtliche Geltungsbereich der Geldwäsche in erster Linie im Rahmen der Auslegung des einfachen Rechts begrenzt werden muss, ist dies eine originäre Aufgabe der Rechtsprechung. In seiner jüngsten Entscheidung scheint der Bundesgerichtshof solche – schon in der eigenen Rechtsprechung angelegten – Grenzen trotz der gegenwärtigen Überforderung der Bewältigungskapazitäten der Strafrechtspflege nicht ziehen zu wollen. Eine tragfähige Begründung hierfür ist er allerdings schuldig geblieben.

#### Dokumentation

## Verfahrensdokumentation

In dieser Ausgabe kein Eintrag.

#### Schrifttum

## Schrifttum

**Bastian Mehle. Zeitpunkt und Umfang notwendiger Verteidigung im Ermittlungsverfahren, Duncker & Humblot, 460 Seiten, 98,- €, Berlin 2006.**

I. Die rechtswissenschaftliche Diskussion über die Frage der Bestellung eines Pflichtverteidigers im Ermittlungsverfahren ist durch einige neuere Entscheidungen des BGH wiederbelebt worden. Die im Schrifttum seit Langem erhobene Forderung nach einer möglichst frühzeitigen Bestellung wurde vor allem durch BGHSt 46, 93 (dazu: Fezer JZ 2001, 359; Gleß NJW 2001, 3606; Neuhaus JuS 2002, 18; Sowada NStZ 2005, 5) bekräftigt, wonach dem unverteidigten Beschuldigten vor der zum Zwecke der Beweissicherung durchgeführten ermittelungsrichterlichen Vernehmung des zentralen Belastungszeugen ein Verteidiger bestellt werden muss, wenn abzusehen ist, dass die Mitwirkung eines Verteidigers im gerichtlichen Verfahren notwendig sein wird und der Beschuldigte von der Abwesenheit bei dieser Vernehmung ausgeschlossen ist. So erfreulich diese Entscheidung in ihrer die Position des Beschuldigten stärkenden Tendenz war, so wurde

überwiegend bedauert, dass das Gericht trotz des festgestellten Verstoßes gegen ein Beweiserhebungsverbot nicht zu einem Beweisverwertungsverbot gelangte. Die Vorbehalte erwiesen sich schnell als begründet. Das gerade erst keimende zarte Pflänzchen, u. a. durch die Ablehnung eines Beweisverwertungsverbots ohnehin ohne starke Wurzel, wurde durch nachfolgende Entscheidungen weiter arg gerupft (BGHSt 47, 172; 47, 233). Diese und andere Judikate nimmt Bastian Mehle in seiner Münchener Dissertation zum Anlass, „Zeitpunkt und Umfang notwendiger Verteidigung im Ermittlungsverfahren“ grundlegend zu untersuchen.

II. Im Mittelpunkt der Arbeit steht die Grundnorm der Verteidigerbestellung im Ermittlungsverfahren, also § 141 Abs. 3 StPO.

1. Mehle beginnt seine Analyse nach Klärung begrifflicher Fragen mit einer Darlegung zum Bedeutungswandel des Ermittlungsverfahrens (S. 38 ff.): Der historische Gesetzgeber sei noch davon ausgegangen, dass dem Ermittlungsverfahren nur vorbereitender Charakter zukomme.



Es sei die Hauptverhandlung, die das Kernstück des Strafverfahrens bilde. Deshalb sei selbst in den Fällen, in denen die Verteidigung „notwendig“ ist, die Mitwirkung eines Verteidigers schon im Ermittlungsverfahren nicht obligatorisch. Zwar wurde auch damals schon erkannt, dass sich bestimmte Beweiserhebungsakte in der Hauptverhandlung nicht wiederholen ließen. Man verband dieses Bedenken gegen die Anwesenheit der Verteidigung im Ermittlungsverfahren aber mit eher exotischen Problemen, etwa der keinen Aufschub duldenden Untersuchung von Leichen (*Hahn*, Die gesammten Materialien zur StPO und dem Einführungsgesetz derselben, 2. Abt., Berlin 1881, S. 1864). *Mehle* zeichnet im Einzelnen nach, warum die historische Vorstellung des Ermittlungsverfahrens als „pflichtverteidigungslose Zone“ heute verfehlt ist. Er verweist auf die seit 1877 eingetretenen Änderungen, etwa die Vernehmung von Verhörspersonen als Zeugen vom Hörensagen (S. 54 ff.) einschl. der neuen Möglichkeiten der Zeugen, die Unmittelbarkeit der Beweiserhebung zu beeinflussen (BGHSt 45, 203; 46, 1), oder den Beweistransfer nach §§ 255a, 58a, 168e S. 4 StPO (S. 62 ff.).

2. Besonders lesenswert sind die Ausführungen zu den sozialpsychologischen Zusammenhängen (S. 44 ff.), die sich allzu oft zu Lasten des Beschuldigten auswirken dürften. So sollte das durch die empirische Forschung verifizierte Phänomen der kognitiven Dissonanz jedem mit Straf- bzw. Strafprozessrecht Befassten geläufig sein: Diese Theorie besagt, dass der Mensch verschiedene Kognitionen, die zueinander in Beziehung stehen, dadurch in Einklang bringen möchte, dass er konsonante Beziehungen zwischen seinen Kognitionen zu erreichen versucht. So können neue konsonante Kognitionen addiert, dissonante Kognitionen subtrahiert oder erfolgte Kognitionen substituiert werden. Das Streben nach kognitiver Balance ist dabei von der Dissonanzstärke abhängig (zur Übertragung dieser Theorie auf den Strafprozess vgl. etwa *Schünemann* GA 1978, S. 161 ff.; *ders.*, KR 1999, 146, 148 ff.; *Barton* StraFo 1993, 11, 13 ff.). So erklärt sich die gelegentlich anzutreffende Praxis, in der Hauptverhandlung allein den Akteninhalt „nachzubeten“ und entlastende neue Beweisergebnisse als „unecht“ oder „irrelevant“ einzustufen. Auch mit Begriffen wie „Redundanz“- , „Reaktanz“- oder „Inertia“-Effekt (vgl. aus jüngster Zeit *Barton*, Einführung in die Strafverteidigung, 2007, S. 321 ff., 389 ff.) sollte man etwas anzufangen wissen.

3. Des Weiteren spricht *Mehle* die Verpolizeilichung des Ermittlungsverfahrens (S. 72 ff.) an und, geradezu selbstverständlich, die Untersuchungen von *Karl Peters* zu den Fehlerquellen im Strafprozess. Danach steht die weichenstellende Funktion des Ermittlungsverfahrens für den gesamten folgenden Prozess heute außer Frage; denn: „Immer wieder stießen wir auf die Erkenntnis, das weitgehend im Ermittlungsverfahren die Weichen auf das richtige oder falsche Urteil hin gestellt wurden (Bd. II, 1972, S. 299) und „Fehler und Mängel des Ermittlungsverfahrens sind i. d. R. in der Hauptverhandlung nicht mehr zu beseitigen.“ (a.a.O., S. 195).

Es folgt eine ausführliche Darlegung der materiellen Voraussetzungen notwendiger Verteidigung innerhalb (S.

109 ff.) und außerhalb der StPO (S. 153 ff.). Ein Kapitel über die „Gründe für eine Pflichtverteidigung“, d. h. die Zwecke notwendiger Verteidigung, schließt sich an (S. 177 ff.). *Mehle* lehnt in diesem Zusammenhang das *Welp'sche* Autonomieprinzip (ZStW Bd. 90 [1978], S. 101 ff.) ab (S. 183 f.).

4. Das Herzstück der Arbeit bilden die insgesamt ca. 150 Seiten umfassenden Kapitel 5 („Die Verteidigerbestellung im Ermittlungsverfahren“; S. 204 ff.) und Kapitel 6 („Prozessuale Absicherung der Verteidigerbestellung im Ermittlungsverfahren“; S. 292 ff.). Zunächst werden hier die neueren Entscheidungen des BGH vorgestellt und die in ihnen entwickelten Thesen, namentlich:

Der Staatsanwaltschaft stehe bei der Prognose, ob im Hauptverfahren die Verteidigung notwendig sein werde, ein Beurteilungsspielraum zu. Dieser beziehe sich auf tatsächliche wie rechtliche Gesichtspunkte, und er könne sich im Einzelfall auf Null reduzieren; selbst wenn die Pflicht zur Bestellung eines Verteidigers im Ermittlungsverfahren verletzt worden sei, führe dies nicht zu einem Beweisverwertungsverbot, sondern lediglich zu besonderen Anforderungen an die Beweiswürdigung.

a.) Dann macht sich *Mehle* an die Überprüfung dieser Thesen, indem er die Regeln in § 140 Abs. 3 S. 1 und 2 StPO auslegt (S. 225 ff.). Er arbeitet handwerklich einwandfrei mit grammatikalischer, systematischer und historischer Auslegung. Einzig bei der Auslegung nach objektiv teleologischen Kriterien hätte man sich etwas mehr kritische Distanz gewünscht: Zwar genießt die teleologische Auslegung allgemeine Anerkennung, doch sollte nicht übersehen werden, dass dieses Auslegungskriterium zirkelschlüssig ist (oder doch schnell zirkelschlüssig werden kann). Denn was das Gesetz mit einer Regelung bezweckt, steht in der Regel erst am Ende der Auslegung fest und kann daher grds. nicht schon bei der Auslegung selbst Berücksichtigung finden (vgl. etwa *Herzberg* JuS 2005, 1 ff.). Die konsequente Arbeit am und mit dem Gesetz führt *Mehle* zu folgenden uneingeschränkt richtig erscheinenden Zwischenergebnissen:

Eine Pflicht zur Antragstellung durch die Staatsanwaltschaft sei schon bei prognostizierter notwendiger Verteidigung in der Hauptverhandlung anzunehmen. § 141 Abs. 3 S. 2 StPO erwähne kein situatives Hilfsbedürfnis, sondern lediglich eine Prognose. Eine Pflicht zur Verteidigerbestellung durch den Vorsitzenden allein bei prognostizierter notwendiger Verteidigung in der Hauptverhandlung sei hingegen abzulehnen.

b.) Konsequenter sucht *Mehle* nun nach Möglichkeiten, den Beurteilungsspielraum bei der Prognose notwendiger Verteidigung in der Hauptverhandlung zu konturieren; eine besonders verdienstvolle Arbeit, dient sie doch der Rechtssicherheit. Zunächst wendet er sich gegen die These vom Beurteilungsspielraum in „tatsächlicher wie rechtlicher Hinsicht“ (BGHSt 47, 172, 176). Zwar sei der StA im Rahmen der Definition des Tatverdachts in seiner reinen Sachverhaltskomponente ein Beurteilungsspielraum zuzugestehen. Hingegen, so *Mehle* überzeugend, unterliege die rechtliche Würdigung eines solchen Sachverhalts grds. den allgemeinen Auslegungskriterien (S. 272 f.).

Nach dieser Abschichtung untersucht er den Katalog des § 140 Abs. 1 StPO und die Generalklausel des § 140 Abs. 2 StPO in Bezug auf eventuell verbleibende Beurteilungsspielräume und gelangt zu folgenden Ergebnissen:

Da die Zuständigkeit der Gerichte eindeutig bestimmt sei, entfalle im Fall des § 140 Abs. 1 Nr. 1 StPO auch ein Beurteilungsspielraum der Staatsanwaltschaft. Dies gelte auch dann, wenn die StA die besondere Bedeutung des Falles gem. § 24 Abs. 1 Nr. 3 GVG ablehne und letztlich Anklage zum Amtsgericht erhebe. Denn auch der Begriff der „besonderen Bedeutung des Falles“ unterliege nach der Rechtsprechung des BVerfG keinem Beurteilungsspielraum; die Entscheidung der StA sei vollständig überprüfbar (BVerfGE 9, 223, 229). Auch im Falle des § 140 Abs. 1 Nr. 2 sei keine Prognose anzustellen, weil der Begriff des Verbrechens gesetzlich definiert ist. Im Falle des § 140 Abs. 1 Nr. 3 billigt *Mehle* der Staatsanwaltschaft richtigerweise einen Beurteilungsspielraum zu. *Mehle* weist im Zusammenhang mit § 140 Abs. 1 Nr. 5 StPO zutreffend darauf hin, dass die Vorschrift lediglich einen zeitlichen Beurteilungsspielraum gewähre, nicht jedoch einen rechtlichen. Insofern sei ein Beurteilungsspielraum also abzulehnen. Im Übrigen wird es Aufgabe der Verteidigung sein, auch vergebliche informelle Versuche zur Beendigung der Haftsituation aktenkundig zu machen. In den Fällen der § 140 Abs. 1 Nr. 6 und 8 StPO entfalle ein Beurteilungsspielraum von vornherein, während in den Fällen des § 140 Abs. 1 Nr. 7 StPO ein Beurteilungsspielraum zuzuerkennen sei.

Besonders verdienstvoll sind die Ausführungen zu den Fällen notwendiger Verteidigung nach § 140 Abs. 2 StPO mit Blick auf die notwendige Mitwirkung eines Verteidigers schon im Ermittlungsverfahren (S. 253 ff.). Neben der durch BGHSt 46, 93 anerkannten Fallgruppe der Vernehmung eines zentralen Belastungszeugen entwickelt *Mehle* hier weitere, etwa die notwendige Bestellung eines Verteidigers vor Identifizierungsgegenüberstellungen oder vor einer beabsichtigten Tatrekonstruktion. Wegen der i. d. R. bedeutsamen Entscheidung über die Auswahl des Sachverständigen muss nach Auffassung von *Mehle* ebenfalls zuvor ein Verteidiger bestellt werden. Dieser Befund deckt sich mit den Ergebnissen neuerer Forschung, wonach die Entscheidung, welcher Sachverständige zu bestellen sei, nicht ohne vorherige Gewährung rechtlichen Gehörs getroffen werden dürfe. Denn anderenfalls könne von einer wirksamen Verteidigungsteilnahme im Sinne von Art. 6 EMRK hinsichtlich des Sachverständigenbeweises nicht gesprochen werden (*Gaede*, Fairness als Teilnahme – Das Recht auf konkrete und wirksame Teilnahme durch Verteidigung gem. Art. 6 EMRK, 2007, S. 658; vgl. dazu *Neuhaus* HRRS 2007, 373).

c.) Im Anschluss analysiert *Mehle* auf der Basis der von ihm gefundenen Ergebnisse die vom Bundesgerichtshof entschiedenen Fälle in Bezug auf die Antragspflicht der Staatsanwaltschaft (S. 285 ff.). Während er BGHSt 46, 93 insoweit zustimmt, beanstandet er die Judikate BGHSt 47, 172 sowie 47, 233. Auch in diesen Fällen hätte, wie *Mehle* nachweist, ein Pflichtverteidiger bestellt werden müssen.

d.) *Mehle* wendet sich dann dem Problem der prozessualen Absicherung der Verteidigerbestellung im Ermittlungsverfahren zu. Zunächst entwickelt er aus dem Gesetz ein eigenes Antragsrecht des Beschuldigten (und eine entsprechende Pflicht zur Belehrung des Beschuldigten [S. 304 ff., 412]; in diese Richtung auch BGH NStZ 2006, 236 und NStZ-RR 2006, 181 jeweils mit Anm. *Beulke/Barisch* StV 2006, 569. Der BGH knüpft aber an einen Verstoß keine Folgen). Die weitere Frage nach den Konsequenzen eines Verstoßes gegen die Pflicht zur Bestellung eines Pflichtverteidigers im Ermittlungsverfahren beantwortet *Mehle* überzeugend mit einem Beweisverwertungsverbot (S. 321 ff.). Denn nicht nur, die Rechtskreistheorie verlange ein Beweisverwertungsverbot, sondern auch die Schutzzwecklehre (S. 338 f.). Hinsichtlich der Abwägungslehre sei zu bedenken, dass sie bei Verstößen gegen § 141 Abs. 3 S. 1 oder S. 2 StPO nicht anwendbar sein könne. Erstens sei Fällen der notwendigen Verteidigung eine besondere Schutzbedürftigkeit des Beschuldigten immanent, denn das Institut der notwendigen Verteidigung existiere gerade zu dem Zweck, Verteidigungsdefizite auszugleichen. Zweitens gehe es gerade um die Verletzung einer Vorschrift, die erst bei schwer wiegenden Vorwürfen eingreife. Das überzeugt, denn beides wird man schwerlich bestreiten können, wenn man unter schwer wiegenden Verstößen nach systematischer Auslegung auch solche versteht, die im Einzelfall aufgrund der besonderen prozessualen Situation schwer wiegen. Die von *Amelung* entwickelte Theorie der Informationsbeherrschungsrechte („Informationsbeherrschungsrechte im Strafprozess“, 1990; zusammenfassend *Amelung*, in: FS Grünwald [1999], S. 531 sowie in: FS Hanack [1999], S. 293 und gegen Kritik verteidigend in: FS Roxin [2001], S. 1259 und in: GS Schlüchter [2002], S. 417) erwähnt *Mehle* in diesem Zusammenhang zwar nicht, doch relativiert diese Säumnisse die Schlüssigkeit des gefundenen Ergebnisses (Beweisverwertungsverbot) in keiner Weise. Denn auch nach dieser Theorie gelangt man zwanglos zu einem Beweisverwertungsverbot als Folge des Verstoßes gegen § 140 Abs. 3 StPO.

Der Lösung *Mehles* ist zuzustimmen. Nicht nur, dass sie methodisch sauber entwickelt wird; auch die Schwächen der Beweiswürdigungslösung, die *Mehle* zutreffend in der Gefahr der Verwendung bloßer Worthülsen sieht („Dabei war sich das Gericht des nur eingeschränkten Beweiswertes bewusst. Gleichwohl ist es von der Schuld des Angeklagten überzeugt, denn ...“), werden durch die Annahme eines Beweisverwertungsverbots vermieden – vom Vorzug klarer Handlungsanweisungen gegenüber der Staatsanwaltschaft und der (allerdings streitigen) Disziplinierungsfunktion eines Beweisverwertungsverbots einmal abgesehen.

5. Kapitel zur Pflichtverteidigerbestellung *de lege ferenda* (S. 348 ff.) und zur Vergütung des Pflichtverteidigers (S. 391 ff.) schließen die Untersuchung ab.

III. *Fischer* schrieb unlängst in der Festschrift für *Rainer Hamm*: „Die Praxis, namentlich des BGH, dient den Strafrechtslehrern gerne als Objekt des Humors, insbesondere zur Verbreitung intellektuellen Frohsinns in Vorlesungen

und Vorträgen. Beispielhaft zu erwähnende Schulen bilden etwa Hochschullehrer, die es sich zur Aufgabe gemacht haben zu enthüllen, dass praktisch alle wichtigen Entscheidungen des BGH traurige Elaborate dogmatischer Kenntnislosigkeit seien – man könnte dies, zur Unterscheidung, vielleicht als „Bonner Theorie“ bezeichnen – oder solche Strafrechtslehrer, die zwar literarisch die Qualität der BGH-Entscheidungen loben und allenfalls „geringfügige“ systematische Ergänzungen anregen, in Vorlesungen aber anhand derselben Entscheidungen um so lebhafter die notorische Niveaulosigkeit der Rechtsprechung vorführen – diese Diskussionsform könnte man probenhalber als „Münchener Theorie“ bezeichnen.“ (a.a.O., S. 63, 67). Der eine oder andere aus der strafverfolgenden oder strafenden Justiz könnte deshalb argwöhnen, die Ergebnisse von *Mehles* Arbeit seien sozusagen „aus Prinzip“ contra BGH und daher mit gewisser Vorsicht zu genießen. Der Rezensent vermag nicht zu beurteilen, ob die zitierte Kritik u. a. an der „Münchener Schule“ zurecht erhoben wird oder nicht. Ohnehin

wäre zwischen Form und Inhalt der Kritik zu unterscheiden. Erstere mag im Einzelfall unglücklich sein; über die sachliche Berechtigung sagt die Form allein jedoch noch nichts. Wie auch immer: Gegenüber *Mehle* läge ein solcher Vorbehalt neben der Sache. Denn seine Arbeit gewinnt ihre Überzeugung nicht aus – je nach Profession – begrüßten oder abgelehnten Ergebnissen, sondern aus ihrer methodischen Sauberkeit und der Ausgewogenheit ihrer Argumente. Man kann nur wünschen, dass sich mehr mutige Richter finden, wie der, der dem BGH die Gefolgschaft verweigerte und bei rechtswidriger Nicht-Bestellung eines Verteidigers im Ermittlungsverfahren ein Beweisverwertungsverbot für die in Abwesenheit des Beschuldigten gewonnenen Vernehmungsinhalte annahm (AG Hamburg StV 2004, 11). Die schöne Arbeit von *Mehle* würde ihnen dafür starke Argumente liefern.

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

### Rechtsprechung

## Vollständige Rechtsprechungsübersicht

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

#### **468. BGH 1 StR 102/09 - Beschluss vom 22. April 2009 (LG Augsburg)**

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

#### **469. BGH 1 StR 105/09 - Beschluss vom 21. April 2009 (LG München I)**

BGHSt; sexueller Missbrauch von Kindern (Vornahme sexueller Handlungen vor einem Kind: Live-Übertragung im Internet; exhibitionistische Handlungen); Verbreitung pornographischer Darbietungen durch Teledienste.  
§ 176 Abs. 4 Nr. 1 StGB; § 184f StGB a.F.; § 184g Nr. 1 StGB).

#### **470. BGH 1 StR 131/09 - Beschluss vom 22. April 2009 (LG Heilbronn)**

Unzulässige Revision infolge mangelnder Revisionsanträge (Auslegungsgebot und Recht auf effektiven Rechtsschutz).  
Art. 19 Abs. 4 GG; § 300 StPO; § 344 Abs. 1 StPO

#### **471. BGH 1 StR 140/09 - Beschluss vom 22. April 2009 (LG Berlin)**

Verstoß gegen das Sachlichkeitsgebot durch Verteidiger bei der Abfassung der Revision (Gericht herabwürdigende Formulierungen).  
§ 344 StPO; § 43 BRAO; § 43a Abs. 3 BRAO

#### **472. BGH 1 StR 144/09 - Beschluss vom 21. April 2009 (LG München)**

Berücksichtigung des Verwertungsverbots aus § 51 Abs. 1 BZRG von Amts wegen.  
§ 51 Abs. 1 BZRG; § 337 StPO

#### **473. BGH 1 StR 149/09 - Beschluss vom 13. Mai 2009 (LG Landshut)**

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

#### **474. BGH 1 StR 73/09 - Beschluss vom 21. April 2009 (LG Hechingen)**

Verdeckungsmord durch Unterlassen; beendeter Versuch und Rücktritt.  
§ 211 Abs. 2 StGB; § 13 StGB; § 24 StGB

#### **475. BGH 1 StR 90/09 - Beschluss vom 30. April 2009 (LG Saarbrücken)**

BGHSt; Zusammenwirken von Finanzbehörden und Staatsanwaltschaften im steuerstrafrechtlichen Ermittlungsverfahren (Evokationsrecht); Recht auf Verfahrensbeschleunigung (rechtsstaatswidrige Verfahrensverzögerung; strafrechtliche Folgen bei vorwerfbarer Verfahrensverzögerung).

Art. 6 Abs. 1 Satz 1 EMRK; § 386 Abs. 4 AO; § 258a StGB

**476. BGH 1 StR 156/09 - Beschluss vom 22. April 2009 (LG Mannheim)**

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

**477. BGH 1 StR 163/09 - Beschluss vom 21. April 2009 (LG Passau)**

Erpresserischer Menschenraub (Bemächtigungslage); sexuelle Nötigung (Vergewaltigung; sexualbezogene Handlung; kein Rücktritt bei Annahme einer erfolgreichen Penetration).

§ 239a StGB; § 177 Abs. 2 StGB; § 184g StGB; § 24 StGB

**478. BGH 1 StR 171/09 - Beschluss vom 28. April 2009 (LG München)**

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

**479. BGH 1 StR 199/09 - Beschluss vom 13. Mai 2009 (LG Weiden)**

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

**480. BGH 1 StR 479/08 - Beschluss vom 17. März 2009 (LG Nürnberg-Fürth)**

BGHSt; Umsatzsteuerhinterziehung (steuerrechtliche Anzeige- und Berichtigungspflicht nach § 153 Abs. 1 Satz 1 Nr. 1 AO auch nach vorsätzlicher Abgabe einer unrichtigen Steuererklärung; nemo-tenetur-Grundsatz; Selbstbelastungsfreiheit; Suspendierung der Erklärungspflicht; Konkurrenzen).

Art. 6 EMRK; Art. 1 GG; Art. 2 Abs. 1 GG; § 153 Abs. 1 AO; § 370 Abs. 1 Nr. 2 AO; § 153 AO; § 371 AO; § 27b UStG

**481. BGH 1 StR 479/08 - Urteil vom 17. März 2009 (LG Nürnberg-Fürth)**

Rechtsfehlerhafter Freispruch vom Vorwurf der Umsatzsteuerhinterziehung (Erörterungsmängel und Darstellungsversäumnisse); Strafzumessung bei der Steuerhinterziehung im Fall der Zahlungsunfähigkeit (Deliktscharakter; Erfolgsdelikt; Verletzungsdelikt; Abgrenzung von einfach fahrlässigem und leichtfertigem Handeln); Aufhebung weiterer Strafaussprüche wegen der Aufhebung eines Einzelstrafausspruchs.

§ 370 AO; § 378 AO; § 261 StPO; § 353 StPO

**482. BGH 1 StR 518/08 - Urteil vom 29. April 2009 (LG Ellwangen)**

Fahrlässige Tötung in Tateinheit mit vorsätzlichem Überlassen von Betäubungsmitteln zum unmittelbaren Verbrauch (eigenverantwortliche Selbstgefährdung und irrtümliche Selbstgefährdung; irrtümliches Überlassen von Heroin statt Kokain); privilegierende Spezialität.

§ 222 StGB; § 29 Abs. 1 Nr. 6 b 2. Alt. BtMG; § 25 StGB; § 26 StGB; § 27 StGB; § 30 Abs. 1 Nr. 3 BtMG

**483. BGH 1 StR 627/08 - Urteil vom 17. März 2009 (LG Nürnberg-Fürth)**

BGHSt; Hinterziehungsumfang bei der Umsatzsteuer (Steuerhinterziehung „auf Zeit“; unrichtige Umsatzsteuervoranmeldung; Hinterziehungszinsen; Erfolgsunrecht und Handlungsunrecht); Strafzumessung bei Tatserien im Fall der Umsatzsteuerhinterziehung (kurze Freiheitsstrafe statt Geldstrafe); auf den Strafausspruch und auf die Wahl der Straftat beschränkte Revision (untrennbarer Zusammenhang); rechtsfehlerhafte Annahme einer erheblichen Verminderung der Schuldfähigkeit.

§ 370 Abs. 1 und 4 AO; § 18 UStG; § 46 StGB; § 47 StGB; § 21 StGB; § 344 StPO

**484. BGH 1 StR 737/08 - Beschluss vom 5. Mai 2009 (LG Dortmund)**

Steuerhelferei (Absetzen; Absatzhilfe; kein Absatzerfolg; Beendigung); tateinheitlicher Besitz von Schusswaffen und Munition; unerlaubtes Überlassen einer Waffe an eine Vertrauensperson der Polizei.

§ 373 AO; § 52 WaffG; § 52 Abs. 3 Nr. 7 WaffG

**485. BGH 2 StR 102/09 - Beschluss vom 22. April 2009 (LG Aachen)**

Unterbringung des Angeklagten in einer Entziehungsanstalt (Erfordernis einer Symptomtat: symptomatischer Zusammenhang zwischen den Straftaten und dem Hang).

§ 64 StGB

**486. BGH 2 StR 21/09 - Urteil vom 22. April 2009 (LG Hanau)**

Nachträgliche Sicherungsverwahrung (neue Tatsache; Anwendung auf Vollzugsverhalten).

§ 66b Abs. 2, Abs. 1 StGB

**487. BGH 2 StR 26/09 - Beschluss vom 8. April 2009 (LG Bonn)**

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

**488. BGH 2 StR 34/09 - Beschluss vom 29. April 2009 (BGH)**

Unbegründete Anhörungsrüge.  
§ 356a StPO

**489. BGH 2 StR 43/09 - Urteil vom 22. April 2009 (LG Darmstadt)**

Rechtsfehlerhafte Nichtanordnung der Unterbringung in der Sicherungsverwahrung bei Vermögensstrafaten (Vorverbüßung; Ermessen und Revisibilität; Umkehrwille; prognostizierbare Wirkungen des Strafvollzuges).

§ 66 Abs. 2 StGB

**490. BGH 2 StR 58/09 - Beschluss vom 25. März 2009 (LG Limburg)**

Verfolgungsverjährung bei sexuellem Missbrauch Schutzbefohlener.

§ 78 StGB; § 176 StGB

**491. BGH 2 StR 59/09 - Urteil vom 29. April 2009 (LG Gera)**

Begriff der Vergewaltigung (Indizwirkung des Regelbeispiels bei Analverkehr und Oralverkehr; Entkräftung; Vergewaltigung von Prostituierten); redaktioneller Hinweis.

§ 177 Abs. 2 Satz 2 Nr. 1 StGB; § 46 StGB

**492. BGH 2 StR 98/09 - Beschluss vom 8. Mai 2009 (LG Hanau)**

Verwerfung der Revision als unbegründet.

§ 349 Abs. 2 StPO

**493. BGH 2 StR 112/09 - Beschluss vom 30. April 2009 (LG Gera)**

Aussetzung der Freiheitsstrafe zur Bewährung (besondere Umstände: überspannte Anforderungen; Berücksichtigung einer rechtsstaatswidrigen Verfahrensverzögerung).

§ 56 Abs. 2 StGB

**494. BGH 2 StR 120/09 - Beschluss vom 29. April 2009 (LG Aachen)**

Verstoß gegen das anwaltliche Sachlichkeitsgebot.

§ 43a Abs. 4 BRAO

**495. BGH 2 StR 124/09 - Beschluss vom 29. April 2009 (LG Mainz)**

Verwerfung der Revision als unbegründet.

§ 349 Abs. 2 StPO

**496. BGH 2 StR 302/08 - Urteil vom 27. März 2009 (LG Trier)**

BGHSt; Recht auf Verteidigerbeistand (Konsultationsrecht; freier Verkehr mit dem Beschuldigten; Beschlagnahme in Hafträumen und Beschlagnahmefreiheit; Recht auf Ehre; Verwertung von Verteidigerpost gegen den Verteidiger; qualifiziertereteiligungsverdacht; Zufallsfunde); Beleidigung eines Richters (keine Strafbefreiung für den Verteidigung durch das bestehende Mandatsverhältnis bei Äußerungen gegenüber dem Beschuldigten; Sachlichkeitsgebot; gesicherte Vertraulichkeit); Beihilfe zur uneidlichen Falschaussage (psychische Beihilfe; Erörterungsmangel bei Freispruch); versuchte Strafvereitelung (Beurteilung von Verteidigerverhalten).

Art. 6 EMRK; Art. 10 EMRK; Art. 5 GG; § 97 Abs. 1 Nr. 1 StPO; § 148 Abs. 1 StPO; § 185 StGB; § 193 StGB; § 153 StGB; § 27 StGB; § 258 StGB; § 261 StPO

**497. BGH 2 StR 330/08 - Beschluss vom 1. April 2009 (BGH)**

Unbegründete Anhörungsrüge.

§ 356a StPO

**498. BGH 2 StR 554/08 - Urteil vom 25. Februar 2009 (LG Koblenz)**

Rechtsfehlerhafte Annahme der Entkräftung des Regelbeispiels der Vergewaltigung und der gemeinschaftlichen Begehung (Strazumessung; Revisibilität; Erörterungsmangel; spätes Geständnis; Tatbegehung durch drei Angeklagte).

§ 177 Abs. 2 Satz 2 Nr. 1, Nr. 2 StGB; § 46 StGB

**499. BGH 2 StR 571/08 - Urteil vom 1. April 2009 (LG Hanau)**

Rücktritt vom unbeendeten Tötungsversuch (vorübergehendes Innehalten); Mord (Heimtücke: Maßgeblichkeit

der Arglosigkeit in der konkreten Tatsituation, latente Angst); Konkurrenzen bei den Tötungsdelikten (Tateinheit bei Taten gegen mehrere Personen).

§ 211 Abs. 2 StGB; § 212 StGB; § 24 StGB; § 52 StGB

**500. BGH 2 ARs 203/09 2 AR 111/09 - Beschluss vom 29. April 2009 (AG Memmingen; LG Memmingen)**

Verbindung wegen eines Sachzusammenhangs.

§ 2 StPO; § 3 StPO

**501. BGH 2 ARs 180/09 (2 AR 108/09) - Beschluss vom 7. April 2009 (LG Kiel)**

BGHSt; Zuständigkeitsentscheidung durch den BGH (Flaggengrundsatz und Geltung der StPO auf Schiffen deutscher Flagge; Piratenbeschluss).

§ 10 StPO; § 13a StPO

**502. BGH 4 StR 109/09 - Beschluss vom 30. April 2009 (LG Saarbrücken)**

Rücktritt vom unbeendeten Versuch der räuberischen Erpressung (Rücktrittshorizont; Gesamtbetrachtung; Freiwilligkeit trotz „nüchterner Abwägung“).

§ 24 StGB; § 253 StGB; § 255 StGB

**503. BGH 4 StR 116/09 - Beschluss vom 12. Mai 2009 (LG Stralsund)**

Verwerfung der Revision als unbegründet.

§ 349 Abs. 2 StPO

**504. BGH 4 StR 133/09 - Beschluss vom 30. April 2009 (LG Rostock)**

Absoluter Revisionsgrund der Überschreitung der Urteilsabsetzungsfrist (Falschberechnung; unvorhersehbarer unabänderlicher Umstand).

§ 275 Abs. 1 Satz 2 StPO

**505. BGH 4 StR 531/08 - Beschluss vom 21. April 2009 (LG Saarbrücken)**

Gefährliche Körperverletzung und besonders schwerer Fall der sexuellen Nötigung durch den Einsatz sogenannter „K.O-Tropfen“ (Tenorierung).

§ 224 StGB; § 177 Abs. 2 Nr. 2 StGB

**506. BGH 4 StR 591/08 - Beschluss vom 28. April 2009 (LG Siegen)**

Anwendung und Voraussetzungen des Täter-Opfer-Ausgleichs nach § 46a StGB bei Vermögensdelikten (kommunikativer Prozess).

§ 46a Nr. 2 StGB; § 49 Abs. 1 StGB; § 46 StGB

**507. BGH 4 StR 88/09 - Beschluss vom 9. April 2009 (LG Halle)**

Gewalt im Sinne der sexuellen Nötigung (Vergewaltigung).

§ 177 Abs. 1 Nr. 1 StGB

**508. BGH 4 StR 95/09 - Beschluss vom 28. April 2009 (LG Dortmund)**

Anwendung des Zweifelsgrundsatzes auf die Verfolgungsverjährung; rechtsfehlerhafte Verneinung einer erheblich verminderten Steuerungsfähigkeit bei Alkoholkonsum ohne ausreichende aussagekräftige psychodiagnostische Beweisanzeichen bei Vergewaltigung.

§ 21 StGB; § 177 Abs. 2 StGB; § 78a StGB; § 78 StGB;  
§ 261 StPO

**509. BGH 4 StR 98/09 - Beschluss vom 21. April 2009 (LG Arnsberg)**

Rechtsstaatswidrige Verfahrensverzögerung (Recht auf Verfahrensbeschleunigung; Kompensationspflicht; Gesamtbetrachtung; Vollstreckungslösung).  
Art. 6 Abs. 1 Satz 1 EMRK

**510. BGH 4 StR 601/08 - Beschluss vom 7. April 2009 (LG Magdeburg)**

Rechtsfehlerhafte Versagung eines minder schweren Falles der Geiselnahme (Verzweiflungstat und Provokation durch das Tatopfer; Strafzumessung).  
§ 239b Abs. 2 StGB; § 239a Abs. 2 StGB; § 46 StGB

**511. BGH 4 StR 607/08 - Beschluss vom 17. März 2009 (LG Bielefeld)**

Bandendiebstahl (Erfordernis einer bei der Tatbegehung bestehenden Bandenabrede).  
§ 244 Abs. 1 Nr. 2 StGB

**512. BGH 4 StR 607/08 - Beschluss vom 17. März 2009 (LG Bielefeld)**

Bandendiebstahl (Erfordernis einer bei der Tatbegehung bestehenden Bandenabrede).  
§ 244 Abs. 1 Nr. 2 StGB

**513. BGH 4 StR 608/08 - Urteil vom 30. April 2009 (LG Essen)**

Beweiswürdigung beim Freispruch (erfolglose Revision der Staatsanwaltschaft).  
§ 261 StPO

**514. BGH 4 StR 633/08 - Beschluss vom 30. April 2009 (LG Frankenthal)**

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

**515. BGH 4 StR 663/08 - Beschluss vom 7. April 2009 (LG Halle)**

Entkräftung der Indizwirkung eines Regelbeispiels bei gewerbsmäßig begangenem Betrug (Erörterungsmangel).  
§ 263 Abs. 3 StGB

**516. EGMR Nr. 24528/02 - Urteil der 4. Kammer des EGMR vom 2. Juni 2009 (Borovsky v. Slowakei)**

Verletzung der Unschuldsvermutung durch (materielle) Feststellungen einer Schuld vor Ablauf eines rechtsstaatlichen Verfahrens im Ermittlungsverfahren durch Gerichte und Amtsträger.  
Art. 6 Abs. 1, Abs. 2 EMRK

**517. BGH 3 StR 3/09 - Beschluss vom 10. Februar 2009 (LG Oldenburg)**

Diebstahl (tatbestandliche Handlungseinheit bei der Wegnahme von Sachen mehrerer Eigentümer); Diebstahl in einem besonders schweren Fall (unbenannter besonders schwerer Fall; Tenor); Beihilfe.  
§ 52 StGB; § 242 StGB; § 243 StGB; 27 StGB

**518. BGH 3 StR 45/09 - Beschluss vom 7. April 2009 (LG Krefeld)**

Teilweise Einstellung des Verfahrens; Gesamtstrafenbildung (Beruhen).  
§ 154 StPO

**519. BGH 3 StR 57/09 - Beschluss vom 5. Mai 2009 (LG Hildesheim)**

Alternative Aufklärungs- und Erörterungsrüge (Zulässigkeit; Sonderfall der offenkundigen Aktenwidrigkeit der Urteilsgründe).  
§ 244 Abs. 2 StPO; § 261 StPO; § 267 Abs. 3 StPO

**520. BGH 3 StR 69/09 - Beschluss vom 21. April 2009 (LG Oldenburg)**

Unbegründete Revision; Korrektur der Urteilsformel.  
§ 349 Abs. 2 StPO; § 260 Abs. 4 StPO

**521. BGH 3 StR 83/09 - Urteil vom 23. April 2009 (LG Hannover)**

Unerlaubtes Handeltreiben mit Betäubungsmitteln (Täterschaft; Beihilfe; Erörterungsmangel; Bande).  
§ 261 StPO; § 267 Abs. 3 StGB; § 25 StGB; § 27 StGB; § 29a BtMG; § 30 BtMG

**522. BGH 3 StR 95/09 - Beschluss vom 21. April 2009 (LG Krefeld)**

Aufklärungsrüge (Bestimmtheit der Beweisbehauptung).  
§ 244 Abs. 2 StPO; § 344 Abs. 2 StPO

**523. BGH 3 StR 96/09 - Beschluss vom 5. Mai 2009 (LG Düsseldorf)**

Unterbringung in einer Entziehungsanstalt; Anordnung der Sicherungsverwahrung; Wiedergabe von Vorverurteilungen in den Urteilsgründen.  
§ 64 StGB; § 66 StGB; § 72 StGB; § 267 Abs. 3 StPO

**524. BGH 3 StR 99/09 - Beschluss vom 7. April 2009 (LG Düsseldorf)**

Unbegründete Revision.  
§ 349 Abs. 2 StPO

**525. BGH 3 StR 100/09 - Urteil vom 23. April 2009 (LG Wuppertal)**

Erheblich verminderte Schuldfähigkeit (fehlende Feststellung eines Eingangsmerkmals); Kindstötung; Totschlag (minder schwerer Fall).  
§ 20 StGB; § 21 StGB; § 212 StGB; § 213 StGB; § 217 StGB a.F.

**526. BGH 3 StR 108/09 - Beschluss vom 21. April 2009 (LG Osnabrück)**

Unzulässige Aufklärungsrüge; Strafzumessung (Zugrundelegung des vom Vorsatz umfassten statt des eingetretenen Schadens).  
§ 344 Abs. 2 StPO; § 46 StGB

**527. BGH 3 StR 122/09 - Urteil vom 7. Mai 2009 (LG Krefeld)**

Wirksame Beschränkung der Revision auf den Strafausspruch (Strafausspruch; Maßregelanordnung); schwerer Raub (minder schwerer Fall; rechtsfehlerhafte Strafrah-

menwahl; eindeutiges Überwiegen strafschärfender Umstände).

§ 344 StPO; § 250 StGB; § 46 StGB; § 66 StGB

**528. BGH 3 StR 128/09 - Beschluss vom 15. April 2009 (LG Osnabrück)**

Urteilsformel (keine Aufnahme mittäterschaftlicher Begehung); rechtsstaatswidrige Verfahrensverzögerung (Kompensation durch bloße Feststellung).

§ 260 Abs. 4 StPO; Art. 6 Abs. 1 EMRK; Art. 13 Abs. 1 EMRK; Art. 20 Abs. 3 GG

**529. BGH 3 StR 372/08 - Beschluss vom 10. Februar 2009 (LG Oldenburg)**

BGHR; Bankrott (Ankündigung der beabsichtigten Aufgabe der Interessentheorie); Schuldneigenschaft (Tätigwerden im Geschäftskreis des Vertretenen); Untreue (tatbestandsausschließendes Einverständnis bei der GmbH).

§ 283 StGB; § 14 StGB; § 266 StGB

**530. BGH 3 StR 376/08 - Urteil vom 9. April 2009 (LG Hannover)**

BGHSt; Besetzungsrüge; Einrichtung einer Hilfsstrafkammer (Zuweisung von Geschäften nach dem Abstraktionsprinzip; keine Zuweisung bestimmter einzelner Sachen); gesetzlicher Richter; Eingriff in die funktionelle Zuständigkeit für bereits anhängige Sachen (ultima ratio); Begründungspflicht; Dokumentationspflicht; Rechtmäßigkeitskontrolle; keine bloße Willkürkontrolle); Verfahrenrüge (Rügepräklusion; Darstellungsanforderungen: Vortrag der den Mangel enthaltenden Tatsachen).

§ 338 Nr. 1 StPO; § 21e Abs. 3 GVG; Art. 101 Abs. 1 Satz 2 GG; § 222b StPO; § 344 Abs. 2 Satz 2 StPO

**531. BGH 3 StR 429/08 - Beschluss vom 11. Dezember 2008 (LG Berlin)**

Entscheidung über die Vereidigung eines Zeugen (Revisibilität); Beruhen; Rügepräklusion (Anordnung des Vorsitzenden; Entscheidung des Gerichts).

§ 59 StPO; § 60 StPO; § 337 StPO; § 238 StPO

**532. BGH 3 StR 513/08 - Beschluss vom 20. Januar 2009 (LG Lüneburg)**

Minder schwerer Fall des Raubes (Bestreiten; Selbstbelastungsfreiheit; nemo tenetur); Angemessenheit der Rechtsfolge.

§ 354a StPO; § 249 StGB; § 46 StGB; Art. 20 Abs. 3 GG

**533. BGH 5 StR 48/09 - Urteil vom 22. April 2009 (LG Hamburg)**

Freispruch; Überzeugungsbildung; Beweiswürdigung; Telefonüberwachung (stark auslegungsbedürftiger, lückenhafter Inhalt eines überwachten Gesprächs); Postpendenzfeststellung.

§ 1 StGB; § 261 StPO; § 100a StPO

**534. BGH 3 StR 548/08 - Beschluss vom 7. Januar 2009**

Beistandsbestellung für die Nebenklage (Fortwirkung bis zur Rechtskraft); Wechsel in der Person des Nebenklagevertreters.

§ 397a StPO; § 143 StPO

**535. BGH 3 StR 566/08 - Beschluss vom 5. März 2009 (LG Kiel)**

Einstellung des Verfahrens (Strafklageverbrauch); Doppelbestrafungsverbot; ne bis in idem; Tateinheit; Tatmehrheit; Tat im prozessualen Sinne; unerlaubter Besitz von Betäubungsmitteln; Trunkenheit im Verkehr.

§ 260 Abs. 3 StPO; Art. 103 Abs. 3 GG; § 52 StGB; § 53 StGB; § 264 StPO; § 316 StGB; § 29a BtMG

**536. BGH 3 StR 568/08 - Beschluss vom 12. März 2009 (LG Wuppertal)**

Unterlassene Entscheidung über die Vereidigung eines Zeugen (Revisibilität; Beruhen).

§ 59 StPO; § 337 StPO

**537. BGH 3 StR 579/08 - Beschluss vom 24. März 2009 (LG Oldenburg)**

Unbegründete Revision; rechtsstaatswidrige Verfahrensverzögerung.

§ 349 Abs. 2 StPO; Art. 6 Abs. 1 EMRK; Art. 20 Abs. 3 GG

**538. BGH 3 StR 585/08 - Beschluss vom 26. März 2009 (LG Lübeck)**

Teilweise Einstellung des Verfahrens; teilweises Absehen von Verfolgung; Gesamtstrafenbildung (Beruhen).

§ 154 StPO; § 154a StPO; § 337 StPO; § 54 StGB

**539. BGH 3 ARs 3/09 - Beschluss vom 12. Februar 2009 (OLG Frankfurt am Main)**

Zuständigkeitsbestimmung; Gerichtsstand des Zusammenhangs; Klageerzwingungsverfahren.

§ 13a StPO; § 153f StPO; § 172 Abs. 4 StPO; § 120 Abs. 1 Nr. 8 GVG; § 7 VStGB; § 13 Abs. 1 StPO

**540. BGH 5 StR 50/09 - Beschluss vom 5. Mai 2009 (LG Berlin)**

Mord (Heimtücke); Beweiswürdigung (Widerspruchsfreiheit der Feststellungen); Tateinheit (Klammerwirkung).

§ 211 StGB; § 52 StGB; § 53 StGB

**541. BGH 5 StR 104/09 - Beschluss vom 5. Mai 2009 (LG Hamburg)**

Nachträgliche Bildung der Gesamtstrafe (Zäsurwirkung); Strafaussetzung zur Bewährung (Schlechterstellung gegenüber Aussetzungsentscheidung bei früherer Gesamtstrafenbildung).

§ 55 StGB; § 56 StGB

**542. BGH 5 StR 125/09 - Beschluss vom 6. Mai 2009 (LG Berlin)**

Unbegründete Revision.

§ 349 Abs. 2 StPO

**543. BGH 5 StR 132/09 - Beschluss vom 5. Mai 2009 (LG Göttingen)**

Rücktritt vom unbeendeten Versuch (fehlgeschlagener Versuch; weitere Handlungsmöglichkeiten außerhalb des ursprünglichen Tatplans); sexueller Missbrauch von Kindern.

§ 24 Abs. 1 StGB; § 176 Abs. 1 StGB

**544. BGH 5 StR 138/09 - Beschluss vom 22. April 2009 (LG Neuruppin)**

Unterbringung in einem psychiatrischen Krankenhaus; Vorwegvollzug eines Teils der Freiheitsstrafe (Begründung; Steigerung der Therapiebereitschaft; Vermeidung der Gefährdung eines Therapieerfolges).

§ 63 StGB; § 67 Abs. 1 StGB

**545. BGH 5 StR 143/09 - Beschluss vom 6. Mai 2009 (LG Berlin)**

Nachträgliche Bildung der Gesamtstrafe (Zäsurwirkung).

§ 55 StGB

**546. BGH 5 StR 158/09 - Beschluss vom 5. Mai 2009 (LG Berlin)**

Unterbringung in einer Entziehungsanstalt; Heranziehung eines psychiatrischen Sachverständigen (Beruhen).

§ 246a StPO; § 337 StPO; § 64 StGB; § 35 BtMG

**547. BGH 5 StR 401/08 - Urteil vom 23. April 2009 (LG Berlin)**

Betrug in besonders schwerem Fall (Nichtannahme eines besonders schweren Falles; Entkräftung der Indizwirkung eines Regelbeispiels: Gewerbsmäßigkeit; Gesamtabwägung).

§ 263 Abs. 3 Satz 2 Nr. 1 StGB; § 46 StGB

**548. BGH 5 StR 64/09 - Urteil vom 7. Mai 2009 (LG Berlin)**

Erheblich verminderte Schuldfähigkeit (Versagung der Strafmilderung); Strafzumessung (Berücksichtigung generalpräventiver Erwägungen; „Sicherheit des öffentlichen Nahverkehrs“).

§ 21 StGB; § 46 StGB

**549. BGH 5 StR 88/09 - Beschluss vom 22. April 2009 (LG Berlin)**

Tötungsvorsatz (Erörterungsmangel; besonders gefährliche Gewalthandlungen; oberflächliche Verletzungen; Alkoholisierung; Nachtatverhalten).

§ 212 StGB; § 15 StGB

**550. BGH StB 20/08 - Beschluss vom 26. März 2009 (OLG Frankfurt am Main)**

BGHSt; Verstoß gegen das Außenwirtschaftsgesetz; Behördenzeugnis; Behördengutachten; sofortige Beschwerde gegen Nichteröffnungsbeschluss eines Oberlandesgerichts (Prüfungsmaßstab des Bundesgerichtshofs); Ent-

wickeln von Kriegswaffen; erhebliche Gefährdung der auswärtigen Beziehungen der Bundesrepublik Deutschland; Prinzip der territorialen Souveränität; völkerrechtliches Interventionsverbot; Bestimmtheitsgrundsatz im Strafrecht.

§ 34 AWG; § 69o AWV; § 70a AWV; § 19 KWKG; Art. 1 Buchst. f Iranembargo-VO; § 120 Abs. 2 Nr. 4 GVG; Art. 103 Abs. 2 GG

**551. BVerfG 1 BvR 654/09 (1. Kammer des Ersten Senats) - Beschluss vom 3. April 2009 (LG Berlin)**

Rundfunkfreiheit (Bildberichterstattung über Strafgerichtsverfahren; sitzungsleitende Anordnungen; Kumulation von Maßnahmen als unzulässige Beschränkung); Unschuldsvermutung und Recht auf ein faires Verfahren; Allgemeines Persönlichkeitsrecht (Anonymisierung des Angeklagten; Schutz sonstiger Verfahrensbeteiligter); einstweilige Anordnung (Verfassungsbeschwerde; Beginn der Beschwerdefrist; Folgenabwägung).

Art. 5 Abs. 1 GG; Art. 2 Abs. 1 GG, Art. 1 Abs. 1 GG; Art. 20 Abs. 3 GG; Art. 6 EMRK; § 172 GVG; § 32 BVerfGG; § 93 Abs. 1 BVerfGG

**552. BVerfG 2 BvR 229/09 (2. Kammer des Zweiten Senats) - Beschluss vom 18. März 2009 (BGH/LG Münster)**

Garantie des gesetzlichen Richters (Zulässigkeit einer Änderung eines gerichtlichen Geschäftsverteilungsplans, die ausschließlich bereits anhängige Verfahren betrifft; Dokumentationspflichten; Beschleunigungsgebot; Recht auf Verfahrensbeschleunigung); BGH 4 StR 331/08.

Art. 101 Abs. 1 S. 2 GG; Art. 6 EMRK

**553. BVerfG 2 BvR 49/09 (2. Kammer des Zweiten Senats) - Beschluss vom 10. März 2009 (BGH/LG Mannheim)**

Subsidiarität der Verfassungsbeschwerde (formale Anforderungen an die Erhebung einer Verfahrensrüge in der Revision); Art und Weise der Kompensation von Verfahrensverzögerungen bei der Strafzumessung; Recht auf den gesetzlichen Richter (zulässiges Unterlassen einer Vorlage an den Großen Senat des BGH); BGH 1 StR 568/08.

Art. 2 Abs. 1 GG; Art. 20 Abs. 3 GG; Art. 101 Abs. 1 Satz 2 GG; Art. 6 EMRK; § 90 Abs. 2 BVerfGG; § 344 Abs. 2 Satz 2 StPO; § 358 Abs. 2 StPO