

SCHRIFTFLEITUNG

Wiss. Ass.

Dr. iur. Karsten Gaede

Bucerius Law School

Jungiusstraße 6

20355 Hamburg

karsten.gaede@strate.net

REDAKTION

Ulf Buermeyer, Dr. iur. Karsten

Gaede, Stephan Schlegel (Web-

master)

STÄNDIGE MITARBEITER

PD Dr. Jochen Bung, M.A., HU Berlin;

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

Kluszczewski (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. (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)

Publikationen

Wiss. Ass. RA Dr. *Frank Meyer*, LL.M. (Yale), Bonn – **Rechtsstaat und Terrorlisten – Kaltstellung ohne Rechtsschutz?** S. 74

Wiss. Mit. *Alexander Seidl* und *Katharina Fuchs*, Passau – **Die Strafbarkeit des Phishing nach Inkrafttreten des 41. Strafrechtsänderungsgesetzes** S. 85

Dr. *Dennis Bock*, Kiel – **Internationales Strafrecht und Strafzumessung** S. 92

Assessor *Jan Dehne-Niemann*, Heidelberg/Freiburg, Rechtsreferendarin *Annkatriin Wegemund*, Freiburg – **Die Beteiligung an Mord und Totschlag in der neueren Rechtsprechung des 4. BGH-Strafsenats** S. 98

Wiss. Mit. *Mustafa Temmuz Oğlakcioğlu*, Univ. Erlangen-Nürnberg – **Ein Leitfaden für die Notwehrprovokation** (Anm. zu BGH HRRS 2009 Nr. 584 und 700) S. 106

Wiss. Mit. *Dominik Waszczyński*, LL.M., Osnabrück – **Beendigungsphase und „verlängerte“ Zueignungsabsicht – Ein Restriktionsmodell auf dem Prüfstand** (Anm. zu BGH HRRS 2009 Nr. 400) S. 111

Die Ausgabe umfasst eine Rezension zu strafrechtlichen Publikationen.

Entscheidungen

EGMR **(M vs. Deutschland) Rückwirkende Aufhebung der Höchstdauer der Sicherungsverwahrung**

BVerfG **Geltung des Art. 103 II GG für das Ordnungswidrigkeitenrecht**

BGHSt **Bestechlichkeit bei Redakteuren des öffentlichen Rundfunks**

BGHSt **Deliktznatur und Auslegung der Nachstellung (Stalking)**

BGHSt **Keine rahmenbeschlusskonforme Auslegung der kriminellen Vereinigung**

BGHSt **Zuständigkeit der eine Führungsaufsicht überwachenden Strafvollstreckungskammer für Nachtragsentscheidungen**

BGH **Aussagen des Verteidigers zu Interna der Verteidigung bei Entbindung von der Schweigepflicht**

BGHSt **Strafbarkeit des unerlaubten Inverkehrbringens von Gamma-Butyrolacton (GBL)**

BGH **Voraussetzungen der Schätzungen im Vermögensstrafrecht insbesondere bei der Schwarzlohnsumme**

Die Ausgabe umfasst 69 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

SCHRIFTFÜHRUNG

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:

PD Dr. Jochen Bung, M.A., (HU Berlin); Ass.-Prof. Dr. Daniela Demko, LL.M., (Univ. Zürich); Dr. Antje du Bois-Pedain, M.Jur. (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

11. Jahrgang, Februar 2010, Ausgabe

2

Rechtsprechung

Strafrechtliche/strafverfahrensrechtliche Entscheidungen des EGMR/BVerfG

1./65. EGMR Nr. 19359/04 (5. Kammer) – Urteil vom 17. Dezember 2009 (M. v. Germany – deutschsprachige Version)

Rückwirkende Aufhebung der Höchstdauer der Sicherungsverwahrung (Verurteilung; Gesetzlichkeitsprinzip (Rückwirkungsverbot; Rechtsstaatsprinzip; Vertrauensschutz; Maßregeln der Besserung und Sicherung als Strafe); Recht auf Freiheit (Vollzug der Sicherungsverwahrung); redaktioneller Hinweis.

Art. 7 EMRK; Art. 5 EMRK; Art. 103 Abs. 2 GG; Art. 2 Abs. 2 GG; § 67d Abs. 3 StGB; § 2 Abs. 6 StGB

1. Art. 5 Abs. 1 EMRK enthält eine abschließende Aufzählung legitimer Gründe für Freiheitsentziehungen. Eine Einschränkung der Freiheit der Person, die nicht unter einen oder mehrere dieser Gründe zu subsumieren ist, verstößt gegen Art. 5 EMRK.

2. Art. 5 Abs. 1 lit. a EMRK legitimiert nur Freiheitsentziehungen, die in einer substantiellen Verbindung mit der

Verurteilung stehen. Dies ist im Fall der Aufhebung der früheren Zehnjahresfrist bei der Sicherungsverwahrung nicht gegeben, auch wenn dem Verurteilten im Urteil selbst keine Frist bestimmt wurde.

3. Art. 7 EMRK garantiert insbesondere das Prinzip *nulum crimen, nulla poena sine lege*. Er verbietet die rückwirkende Anwendung einer Strafnorm und ihre extensive Auslegung zum Nachteil des Angeklagten. Ein Strafgesetz, das Art. 7 EMRK genügen will, muss qualitativen Anforderungen genügen, die insbesondere seine Zugänglichkeit und die Vorhersehbarkeit umfassen. Diese Anforderungen gelten sowohl für die Definition der Tat als auch für die der Tat nachfolgenden Strafe.

4. Der Begriff der Strafe in Art. 7 EMRK ist autonom auszulegen. Um einen effektiven Schutz zu gewährleisten, ist nicht nur auf die Erscheinung (die Bezeichnung) einer Maßnahme zu blicken. Der Gerichtshof muss selbst würdigen, ob eine Maßnahme nach ihrer Substanz an Art.

7 EMRK zu messen ist. Ausgangskriterium ist dabei, ob die Maßnahme infolge der Verurteilung wegen einer Straftat auftritt.

5. Die Sicherungsverwahrung stellt eine Strafe im Sinne des Art. 7 EMRK dar. Sie ist auch nicht nur eine besondere Ausgestaltung des Vollzuges der Strafe im Sinne der Rechtsprechung des EGMR.

6. Sicherungsverwahrte nach deutschem Recht bedürfen im Vollzug dieser Strafe in besonderem Ausmaß psychologischer Fürsorge und Unterstützung.

66. BVerfG 1 BvR 2717/08 (3. Kammer des Ersten Senats) – Beschluss vom 17. November 2009 (KG Berlin/AG Tiergarten/Bezirksamt Spandau)

Bestimmtheitsgebot bei Straf- und Bußgeldtatbeständen (Analogieverbot; unbestimmte Rechtsbegriffe; Verweis auf verwaltungsrechtliche Vorschriften); Berliner Landes-Immissionsschutz-Gesetz (Klavierspiel; Sonn- und Feiertage; Lärm; „erhebliche Störung der Ruhe“).

Art. 103 Abs. 2 GG; § 71 Abs. 1 OWiG; § 4 BerlLImSchG; § 15 Abs. 1 Nr. 4 BerlLImSchG

1. Art. 103 Abs. 2 GG erfasst insbesondere Straf- und Bußgeldtatbestände (vgl. BVerfGE 81, 132, 135; 87, 399, 411). Legt eine Sanktionsnorm (vorliegend wie § 15 Abs. 1 Nr. 4 BerlLImSchG) das bewehrte Verhalten nicht selbst fest, sondern verweist sie auf eine verwaltungsrechtliche Vorschrift, müssen beide Vorschriften in ihrer Gesamtheit sowie ihre Auslegung und Anwendung im Einzelfall den verfassungsrechtlichen Vorgaben des Art. 103 Abs. 2 GG genügen.

2. Das Bestimmtheitsgebot nach Art. 103 Abs. 2 GG verpflichtet den Gesetzgeber, die Voraussetzungen der Strafbarkeit oder Bußgeldbewehrung so konkret zu umschreiben, dass Anwendungsbereich und Tragweite der Straf- oder Ordnungswidrigkeitentatbestände zu erkennen sind und sich durch Auslegung ermitteln lassen. Das schließt allerdings nicht eine Verwendung von Begriffen aus, die der Deutung durch den Richter bedürfen.

3. Für die Rechtsprechung folgt aus dem Erfordernis gesetzlicher Bestimmtheit ein Verbot analoger oder gewohnheitsrechtlicher Strafbegründung oder Bußgeldbewehrung. Dabei ist „Analogie“ nicht nur im engeren technischen Sinn zu verstehen; ausgeschlossen ist vielmehr jede Rechtsanwendung, die über den Inhalt einer gesetzlichen Sanktionsnorm hinausgeht. Maßgebend für die Auslegung einer Gesetzesbestimmung ist der in der Norm zum Ausdruck gekommene objektivierte Wille des Gesetzgebers, so wie er sich aus dem Wortlaut der Vorschrift und dem Sinnzusammenhang ergibt, in dem sie steht. Dabei kommt im Straf- und Ordnungswidrigkeitenrecht der grammatikalischen Auslegung eine herausgehobene Bedeutung zu; hier zieht der Wortsinn einer Vorschrift die unübersteigbare Grenze.

4. Mit den verfassungsrechtlichen Vorgaben des Art. 103 Abs. 2 GG ist es nicht vereinbar, wenn Beantwortung der Frage, ob die tatbestandlichen Voraussetzungen einer

Vorschrift vorliegen nicht generell-abstrakt durch den Gesetzgeber erfolgt, sondern durch die vollziehende Gewalt für den konkreten Einzelfall (vorliegend der Eindruck eines Polizeibeamten, ein Musikspiel sei „störend“).

5. Die Auslegung, derzufolge der Begriff des „Lärms“ auch das Musizieren in der eigenen Wohnung erfassen kann, überschreitet nicht den möglichen Wortsinn und den Inhalt des gesetzlichen Ordnungswidrigkeitentatbestandes von § 4, § 15 Abs. 1 Nr. 4 BerlLImSchG.

68. BVerfG 2 BvR 2299/09 (2. Kammer des Zweiten Senats) – Beschluss vom 16. Januar 2010 (OLG Hamm)

Unzulässige Auslieferung an die Türkei (Staatsstrafdelikte; „erschwerte“ lebenslängliche Freiheitsstrafe; Gnadenrecht); *ordre public* (verbindliche völkerrechtliche Mindeststandards; unabdingbare verfassungsrechtliche Grundsätze); Menschenwürde (realistische Aussicht auf Wiedererlangung der Freiheit); rechtliches Gehör (Übermittlung von Schriftsätzen der Gegenseite); Anhörungsrüge (Verfassungsbeschwerde; keine eigenständige Beschwer des Zurückweisungsbeschlusses).

Art. 1 Abs. 1 GG; Art. 2 Abs. 2 S. 2 GG; Art. 25 GG; Art. 103 Abs. 1 GG; § 2 Abs. 1 IRG; § 32 IRG; § 92 BVerfGG

1. Die Auslieferung bei drohender Verhängung einer sogenannten erschwerten lebenslangen Freiheitsstrafe nach türkischem Recht verstößt gegen unabdingbare Grundsätze der deutschen verfassungsrechtlichen Ordnung, soweit diese erschwerte lebenslange Freiheitsstrafe so ausgestaltet ist, dass sie nicht lediglich eine Strafaussetzung zur Bewährung gesetzlich ausschließt, sondern auch die bloß theoretische Möglichkeit einer späteren Begnadigung unter die rechtliche Bedingung dauernder Krankheit, Behinderung oder des Alters stellt.

2. Für den Strafvollzug im Geltungsbereich des Grundgesetzes genügt zwar nach der Rechtsprechung des Bundesverfassungsgerichts das Institut der Begnadigung allein nicht, um die verfassungsrechtlich unaufgebbare Aussicht auf Wiedererlangung der Freiheit in einer Weise abzusichern, die rechtsstaatlichen Anforderungen entspricht. Im Auslieferungsverkehr mit dem ersuchenden Staat kommt es demgegenüber nur darauf an, dass in dessen Rechtssystem jedenfalls eine praktische Chance auf Wiedererlangung der Freiheit besteht. Dafür reicht es aber nicht aus, wenn der Verurteilte günstigstenfalls darauf hoffen kann, in Freiheit zu sterben (Abgrenzung zu BVerfGE 113, 154, 167).

3. Das Grundrecht auf rechtliches Gehör erschöpft sich nicht darin, einem Betroffenen die Gelegenheit zu gewährleisten, dass er im Verfahren überhaupt gehört wird, sondern gewährleistet die Gelegenheit, sich zu dem der Entscheidung zugrunde liegenden Sachverhalt zu äußern, also grundsätzlich zu jeder dem Gericht zur Entscheidung unterbreiteten Stellungnahme der Gegenseite (vgl. BVerfGE 19, 32, 36; 49, 325, 328).

4. Die Entscheidung, mit der eine Anhörungsrüge zurückgewiesen wird, schafft keine eigenständige Beschwer, sondern lässt eine durch die Ausgangsentscheidung eingetretene Verletzung rechtlichen Gehörs fortbestehen, indem eine „Selbstkorrektur“ durch das Fachgericht unterbleibt.

69. BVerfG 2 BvR 328/09 (3. Kammer des Zweiten Senats) – Beschluss vom 20. Juli 2009 (OLG Saarbrücken/LG Saarbrücken)

Übermaßverbot (Ablehnung der Aussetzung des Rests der lebenslangen Freiheitsstrafe nach Verbüßung der Mindestdauer von fünfzehn Jahren; richterliche Aufklärungspflicht; Gebot bestmöglicher Sachverhaltsaufklärung; Regelerfordernis eines Prognosegutachtens).

Art. 2 Abs. 2 S. 2 GG; Art. 104 Abs. 2 S. 1 GG; § 57a Abs. 1 Nr. 3 StGB; § 57 Abs. 1 Satz 1 Nr. 2 StGB

1. Für den besonders intensiven Eingriff eines möglicherweise lebenslangen Freiheitsentzuges ergeben sich verfassungsrechtliche Grenzen insbesondere aus dem Übermaßverbot. Dieses verlangt, dass das Spannungsverhältnis zwischen dem Freiheitsanspruch des Verurteilten und dem Sicherungsbedürfnis der Allgemeinheit vor unter Umständen zu erwartenden erheblichen Rechtsgutverletzungen zu einem gerechten und vertretbaren Ausgleich gebracht wird (vgl. BVerfGE 117, 71, 97).

2. Aus dem Übermaßverbot folgt, dass Entscheidungen, die den Entzug der persönlichen Freiheit betreffen, auf ausreichender richterlicher Sachaufklärung beruhen und eine in tatsächlicher Hinsicht genügende Grundlage haben (vgl. BVerfGE 117, 71, 102, 105).

3. Mit zunehmender Dauer des Freiheitsentzuges steigen die Anforderungen an die Sachverhaltsaufklärung. Dem verfahrensrechtlichen Gebot einer zureichenden richterlichen Sachaufklärung kommt gerade in einem solchen Fall die Bedeutung eines Verfassungsgebots zu. Das Gericht hat sich ein möglichst umfassendes Bild von der zu beurteilenden Person zu verschaffen und die Grundlagen seiner Prognose selbständig zu bewerten.

4. Im Rahmen des unbefristet wirkenden Freiheitsentzuges fordert das Gebot der bestmöglichen Sachaufklärung, einen erfahrenen Sachverständigen zu Rate zu ziehen, der die richterliche Prognose durch ein hinreichend substantiiertes und zeitnahes Gutachten vorbereitet. Die Entscheidung über die Fortdauer der Vollstreckung der lebenslangen Freiheitsstrafe hat sich daher im Regelfall auch über den eigentlichen Anwendungsbereich des § 454 Abs. 2 Satz 1 Nr. 1 StPO hinaus auf ein Sachverständigen Gutachten zu stützen, das der besonderen

Tragweite dieser Entscheidung gerecht wird. Dabei ist auch darauf Bedacht zu nehmen, dass das ärztliche Gutachten anerkannten wissenschaftlichen Standards genügt. Der Gefahr repetitiver Routinebeurteilungen muss der Richter durch eine sorgfältige Auswahl des Gutachters entgegenwirken (BVerfGE 117, 71, 105 f. m.w.N.).

5. Im Falle der erstmaligen Prognoseentscheidung nach der Mindestverbüßungszeit von 15 Jahren darf das Gericht in aller Regel die Einholung eines Gutachtens nicht allein mit der Begründung verweigern, dass es eine Strafrestaussetzung nicht beabsichtige. Nach einem derart langen Zeitraum fehlt es im Regelfall an Beurteilungsgrundlagen, die einem Gericht erlauben, ohne sachverständige Beratung, eine gesicherte Prognose darüber abzugeben, ob die durch die Tat zutage getretene Gefährlichkeit des Verurteilten fortbesteht. Das Gebot bestmöglicher Sachaufklärung erfordert daher regelmäßig für die erstmalige Entscheidung über die Strafrestaussetzung bei einer lebenslangen Freiheitsstrafe ein zeitnahes wissenschaftlich fundiertes Gutachten.

67. BVerfG 2 BvR 1398/09 (2. Kammer des Zweiten Senats) – Beschluss vom 13. November 2009 (BGH/LG Bonn)

Auferlegung einer Missbrauchsgebühr im Verfassungsbeschwerdeverfahren (fehlende Auseinandersetzung mit Inhalt und Grundlagen der angegriffenen Entscheidungen; falsche Angaben).

§ 23 BVerfGG; § 34 Abs. 2 BVerfGG; § 92 BVerfGG; § 93a BVerfGG; Art. 103 Abs. 1 BVerfGG

1. Eine Missbrauchsgebühr gemäß § 34 Abs. 2 BVerfGG kann dann auferlegt werden, wenn die Verfassungsbeschwerde offensichtlich unzulässig oder unbegründet ist und ihre Einlegung von jedem Einsichtigen als völlig aussichtslos angesehen werden muss. Sie kann auch auferlegt werden, wenn gegenüber dem Bundesverfassungsgericht falsche Angaben über entscheidungserhebliche Umstände gemacht werden. Dabei genügt es, wenn die Falschangabe unter grobem Verstoß gegen die Sorgfaltspflichten erfolgt. Ein vorsätzliches Verhalten oder gar eine absichtliche Täuschung ist nicht erforderlich. Die Missbrauchsgebühr kann dem Bevollmächtigten des Beschwerdeführers auferlegt werden, wenn ihm die missbräuchliche Handlung zuzurechnen ist.

2. Zur Auferlegung einer Missbrauchsgebühr von 1.500 € bei fehlender Auseinandersetzung mit Inhalt und Grundlagen der angegriffenen Entscheidungen, Falschangaben gegenüber dem Bundesverfassungsgericht und verkürztem Sachvortrag.

Hervorzuhebende Entscheidungen des BGH

I. Materielles Strafrecht – Allgemeiner Teil

109. BGH 2 StR 104/09 – Urteil vom 27. November 2009 (LG Frankfurt am Main)

BGHSt; Bestechlichkeit; Amtsträgereigenschaft der Redakteure öffentlich-rechtlicher Rundfunkanstalten („Fall Emig“; sonstige Stelle; Grundversorgung; Vorsatz bei normativen Tatbestandsmerkmalen: sachgedankliches Mitbewusstsein); Untreue (Vermögensnachteil; sog. Beistellungen als Exspektanzen: Abgrenzung von zulässigem Sponsoring und unzulässiger Schleichwerbung).

§ 332 StGB; § 11 Abs. 1 Nr. 2 lit. c StGB; § 15 StGB; § 16 Abs. 1 Satz 1 StGB; § 266 StGB

1. Redakteure öffentlich-rechtlicher Rundfunkanstalten sind Amtsträger im Sinne des § 11 Abs. 1 Nr. 2 Buchst. c StGB. (BGHSt)

2. Körperschaften und Anstalten des öffentlichen Rechts sind nicht schon auf Grund ihrer Rechtsnatur stets sonstige Stellen gemäß § 11 Abs. 1 Nr. 2 Buchst. c StGB. Der öffentlich-rechtlichen Organisationsform der betreffenden Stelle kommt in diesem Zusammenhang keine allein ausschlaggebende Aussagekraft zu. Sie hat allerdings erhebliche indizielle Bedeutung für das Vorliegen des Tatbestandsmerkmals „sonstige Stelle“ (BGH NJW 2009, 3248, 3249 – zur Veröffentlichung in BGHSt vorgesehen; vgl. auch BGHSt 37, 191, 195 ff.). (Bearbeiter)

3. Unter einer sonstigen Stelle ist eine behördenähnliche Institution zu verstehen, die selbst zwar keine Behörde im verwaltungsrechtlichen Sinn, aber rechtlich befugt ist, bei der Ausführung von Gesetzen und bei der Erfüllung von öffentlichen Aufgaben mitzuwirken (BGHSt 49, 214, 219; BGH NJW 2007, 2932, 2933; 2009, 3248, 3249 – zur Veröffentlichung in BGHSt vorgesehen). Zu den öffentlichen Aufgaben gehören dabei nicht nur die der Eingriffs- und Leistungsverwaltung, sondern auch der Bereich der staatlichen Daseinsvorsorge (st. Rechtspr.; vgl. BGHSt 38, 199, 201 m.w.Nachw.). Der hr wirkt – ebenso wie die übrigen öffentlich-rechtlichen Rundfunkanstalten – in diesem Sinne bei der Erfüllung einer öffentlichen Aufgabe mit. (Bearbeiter)

4. Für die Eigenschaft einer Anstalt oder Körperschaft des öffentlichen Rechts als sonstige Stelle im Sinne des § 11 Abs. 1 Nr. 2 Buchst. c StGB kommt es nicht darauf an, dass die betreffende Stelle bei der Wahrnehmung öffentlicher Aufgaben derart staatlicher Steuerung unterliegt, dass sie bei einer Gesamtbetrachtung der sie kenn-

zeichnenden Merkmale als „verlängerter Arm“ des Staates erscheint. Dieses Abgrenzungskriterium hat der Bundesgerichtshof in ständiger Rechtsprechung für den Bereich der Tätigkeit privatrechtlich organisierter Einrichtungen und Unternehmen der öffentlichen Hand entwickelt (vgl. z.B. BGHSt 43, 370, 377; 45, 16, 19; 49, 214, 219; 50, 299, 303), weil es in diesem Zusammenhang eines aussagekräftigen Unterscheidungsmerkmals von staatlichem und privatem Handeln bedarf (BGH NJW 2007, 2932, 2933). Auf die Erfüllung öffentlicher Aufgaben in Organisationsformen des öffentlichen Rechts ist es nicht übertragbar. Vielmehr ist es hier gerade das institutionelle Moment, das die Integrität und Funktionsfähigkeit des Verwaltungsapparats und das öffentliche Vertrauen in die staatlichen Institutionen in den Blick geraten lässt, auch ohne dass der Aufgabenträger einer Steuerung der Aufgabenerfüllung durch staatliche Behörden im engeren Sinn unterliegt. Vor diesem Hintergrund stellen auch solche Anstalten des öffentlichen Rechts, die auf Grund der besonderen Natur der ihnen zur Erfüllung anvertrauten öffentlichen Aufgabe von staatlicher Steuerung frei bleiben müssen und deshalb nicht der Staatsaufsicht unterliegen, sonstige Stellen im Sinne des § 11 Abs. 1 Nr. 2 Buchst. c StGB dar. (Bearbeiter)

5. Für den Vorsatz hinsichtlich der Amtsträgerstellung reicht es grundsätzlich nicht aus, wenn der Betreffende nur um die seine Amtsträgerstellung begründenden Tatsachen weiß. Vielmehr muss er auch eine Bedeutungskennntnis gerade von seiner Funktion als Amtsträger haben (BGHR StGB § 11 Abs. 1 Nr. 2 Amtsträger 14 Rn. 20-21; BGH NJW 2009, 3248, 3250 – zur Veröffentlichung in BGHSt vorgesehen). (Bearbeiter)

73. BGH 3 StR 369/09 – Beschluss vom 27. Oktober 2009 (LG Hannover)

Schuldunfähigkeit (psychiatrischer Sachverständiger; selbständige Entscheidung der Rechtsfragen durch den Trichter).

§ 20 StGB; § 261 StPO

Sowohl die Bejahung eines der Eingangsmerkmale des § 20 StGB als auch die Annahme eingeschränkter oder fehlender Schuldfähigkeit sind Rechtsfragen. Der Trichter hat daher zum einen bei der Entscheidung darüber die Darlegungen eines psychiatrischen Sachverständigen zu überprüfen. Zum anderen ist er verpflichtet, seine Entscheidung in einer für das Revisionsgericht nachprüfbarer Weise zu begründen.

II. Materielles Strafrecht – Besonderer Teil

70. BGH 3 StR 244/09 – Beschluss vom 19. November 2009 (LG Lüneburg)

BGHSt; Nachstellung; Dauerdelikt (Deliktsnatur, Klammerwirkung).

§ 238 StGB; § 52 StGB; § 240 StGB; § 223 StGB; § 241 StGB

1. Beharrliches Handeln im Sinne des § 238 StGB setzt wiederholtes Tätigwerden voraus. Darüber hinaus ist erforderlich, dass der Täter aus Missachtung des entgegenstehenden Willens oder aus Gleichgültigkeit gegenüber den Wünschen des Opfers in der Absicht handelt, sich auch in Zukunft entsprechend zu verhalten. Eine in jedem Einzelfall Gültigkeit beanspruchende, zur Begründung der Beharrlichkeit erforderliche (Mindest-)Anzahl von Angriffen des Täters kann nicht festgelegt werden. (BGHSt)

2. Die Lebensgestaltung des Opfers wird schwerwiegend beeinträchtigt, wenn es zu einem Verhalten veranlasst wird, das es ohne Zutun des Täters nicht gezeigt hätte und das zu gravierenden, ernst zu nehmenden Folgen führt, die über durchschnittliche, regelmäßig hinzunehmende Beeinträchtigungen der Lebensgestaltung erheblich und objektivierbar hinausgehen. (BGHSt)

3. § 238 StGB ist kein Dauerdelikt. Einzelne Handlungen des Täters, die erst in ihrer Gesamtheit zu der erforderlichen Beeinträchtigung des Opfers führen, werden jedoch zu einer tatbestandlichen Handlungseinheit zusammengefasst, wenn sie einen ausreichenden räumlichen und zeitlichen Zusammenhang aufweisen und von einem fortbestehenden einheitlichen Willen des Täters getragen sind. (BGHSt)

4. Als Dauerdelikt sind nur solche Straftaten anzusehen, bei denen der Täter den von ihm in deliktischer Weise geschaffenen rechtswidrigen Zustand willentlich aufrecht erhält oder die deliktische Tätigkeit ununterbrochen fortsetzt, so dass sich der strafrechtliche Vorwurf sowohl auf die Herbeiführung als auch auf die Aufrechterhaltung des rechtswidrigen Zustands bezieht. (Bearbeiter)

71. BGH 3 StR 277/09 – Urteil vom 3. Dezember 2009 (LG Dresden)

Kriminelle Vereinigung (Gemeinschaftswille; Mitgliedschaft; Gründung; Feststellung von Strukturen der Willensbildung); Bande; Mittäterschaft; Rahmenbeschluss zur Bekämpfung der organisierten Kriminalität („europarechtsfreundliche Auslegung“); Rechtmittelbeschränkung (Tateinheit); Dauerdelikt; schwereres Delikt); Kameradschaft Sturm 34; Wiedereinsetzung in den vorigen Stand (unzureichend begründete Verfahrensrüge).

§ 129 Abs. 1 StGB; § 344 StPO; § 44 StPO; § 45 StPO; § 25 StGB

1. Der Rahmenbeschluss des Rates der Europäischen Union vom 24. Oktober 2008 zur Bekämpfung der organisierten Kriminalität führt nicht zu einer Änderung der bisherigen Auslegung des Tatbestandsmerkmals der Vereinigung im Sinne des § 129 Abs. 1 StGB. (BGHSt)

2. Verfolgen die Mitglieder einer Gruppierung durch koordiniertes Handeln nicht nur kurzfristig ein gemeinsames Ziel, das über die Begehung der konkreten Straftaten hinausgeht, auf welche die Zwecke oder Tätigkeit der Gruppe gerichtet sind, so belegt dies regelmäßig den für eine Vereinigung im Sinne der §§ 129 ff. StGB notwendigen übergeordneten Gemeinschaftswillen. (BGHSt)

3. Ein Rechtsmittel kann auf solche Beschwerdepunkte beschränkt werden, die losgelöst von dem nicht angegriffenen Teil der Entscheidung nach deren innerem Zusammenhang rechtlich und tatsächlich selbstständig geprüft und beurteilt werden können, ohne dass eine Prüfung des Urteils im Übrigen erforderlich ist. (Bearbeiter)

4. Eine Vereinigung ist dadurch gekennzeichnet, dass ein Mindestmaß an fester Organisation mit einer gegenseitigen Verpflichtung der Mitglieder besteht. Diese innere Organisation muss so stark sein, dass sich die Durchsetzung der Ziele der Vereinigung nach bestimmten Gruppenregeln vollzieht und der individuelle Gestaltungseinfluss des Einzelnen dahinter zurücktritt; Straftaten und Aktionen müssen vor diesem Hintergrund stattfinden. Erforderlich ist dabei ein mitgliedschaftliches Zusammenwirken zu einem gemeinsamen Zweck mit verteilten Rollen und einer abgestimmten, koordinierten Aufgabenverteilung. (Bearbeiter)

5. Verfolgen die Mitglieder der Organisation nicht nur kurzfristig ein gemeinsames Ziel, das über die Begehung der konkreten Straftaten hinausgeht, auf welche die Zwecke oder Tätigkeit der Gruppe gerichtet sind, und handeln sie hierbei koordiniert zusammen, so ist insbesondere das Bestehen ausdrücklicher, verbindlicher Regeln der Willensbildung innerhalb der Gruppierung für das voluntative Element der Vereinigung nicht konstitutiv; deren Feststellung ist daher auch nicht geboten. (Bearbeiter)

6. Im Bereich der Wirtschaftskriminalität wird es regelmäßig an der Verfolgung eines übergeordneten gemeinschaftlichen Ziels fehlen, da bei Wirtschaftsstraftaten typischerweise das persönliche Gewinnstreben des einzelnen Täters im Vordergrund steht. Hier sind daher die hergebrachten Grundsätze zur Feststellung des Grup-

penwillens weiterhin maßgebend, sodass Feststellungen dazu erforderlich sind, nach welchen Regeln sich der gemeinschaftliche Wille der Gruppierung bildet, denen die einzelnen Mitglieder folgen, weil sie sie als verbindlich ansehen. (Bearbeiter)

7. Das Gründen einer kriminellen Vereinigung weist einen im Verhältnis zur Mitgliedschaft selbständigen Unrechtsgehalt auf. Dieser ist bei der Bewertung des Schuldumfangs im Rahmen der Strafzumessung zu berücksichtigen; außerdem ist im Schuldpruch zu verdeutlichen, dass der Angeklagte über die mitgliedschaftliche Beteiligung hinaus eine weitere, eigenständige Tathandlung des § 129 Abs. 1 StGB verwirklicht hat. (Bearbeiter)

8. Zwar sind bei der Auslegung des deutschen Rechts auch die in Rahmenbeschlüssen des Rates der Europäischen Union enthaltenen Vorgaben grundsätzlich zu berücksichtigen; denn die nationalen Gerichte haben ihre Auslegung des innerstaatlichen Rechts auch an deren Wortlaut und Zweck auszurichten (Grundsatz der gemeinschaftsrechtskonformen Auslegung, s. EuGH NJW 2005, 2839 – Pupino). Diese Verpflichtung der nationalen Gerichte besteht jedoch nicht uneingeschränkt; sie wird vielmehr durch die allgemeinen Rechtsgrundsätze und insbesondere durch den Grundsatz der Rechtssicherheit und das Rückwirkungsverbot begrenzt (EuGH aaO S. 2841). Einer Auslegung des Tatbestandsmerkmals der Vereinigung im Sinne der §§ 129 ff. StGB, die sich an den zitierten Begriffsbestimmungen des Rahmenbeschlusses orientiert, stehen derartige allgemeine Rechtsgrundsätze des deutschen Strafrechts entgegen. (Bearbeiter)

85. BGH 5 StR 91/09 – Beschluss vom 26. November 2009 (LG Berlin)

Umsatzsteuerkarussell; Eingehungsbetrug; Vermögensvergleich; Gesamtsaldierung; Kompensation (Vorsteuererstattungsanspruch); schadensgleiche Vermögensgefährdung (fragliche Realisierung einer Vorsteuererstattung); Geldwäsche (Herrühren); Bemakelung; Kausalzusammenhang; Ersatzgegenstand; Surrogat; Isolierungstatbestand).

§ 263 StGB; § 15 UStG; § 261 StGB

1. Für die Feststellung eines Vermögensschadens ist eine Gesamtsaldierung vorzunehmen; es sind sämtliche durch die täuschungsbedingte Verfügung bewirkten Vermögensveränderungen zu vergleichen (BGHSt 45, 1, 4; BGHR StGB § 263 Abs. 1 Vermögensschaden 70). Maßgeblich kommt es auf den Vermögensstand des Opfers vor und nach dem Vertragsschluss an, wobei insbesondere auch die aus der Vereinbarung erwachsenen Sicherungen miteinzubeziehen sind (vgl. BGHR aaO Vermögensschaden 67, 71). Dabei kommt es in Betracht, dass ein Wertgefälle zwischen den versprochenen und tatsächlich lieferbaren Vertragsgegenständen durch „besondere Umstände“ kompensiert wird. So liegt es, wenn der tatsächliche (Minder-)Wert gekaufter Bauteile aufgrund einer Vertragskonstruktion keine Rolle mehr spielte.

2. Zu einer möglichen „konkreten schadensgleichen Vermögensgefährdung“ durch tatsächliche Umstände, welche die Realisierung einer Vorsteuererstattung er-

schwerten. Eine derartige konkrete Gefährdung, die bereits einem Schaden entspricht, kann nur dann anerkannt werden, wenn der Betroffene ernstlich mit wirtschaftlichen Nachteilen zu rechnen hat.

3. Dem Senat erscheint – nicht tragend – die Auffassung zweifelhaft, der Vortäter einer Katalogtat nach § 261 Abs. 1 Satz 1 StGB könne Dritter im Sinne des Isolierungstatbestandes nach § 261 Abs. 2 Nr. 1 StGB sein.

4. Der Kausalzusammenhang zwischen Vortat und Ersatzgegenstand stellt jedenfalls dann die für die Annahme eines „Herrührens“ im Sinne des Geldwäschetatbestandes (§ 261 StGB) erforderliche Verbindung für das Fortwirken der Kontamination dar, wenn das Surrogat einer unmittelbaren Beziehung zum Vortäter entstammt.

116. BGH 2 StR 430/09 – Urteil vom 25. November 2009 (LG Kassel)

Beweiswürdigung (Widersprüche); Urkundenunterdrückung (Begriff der Nachteilszufügungsabsicht; Absicht; Wissentlichkeit).

§ 261 StPO; § 274 StGB; § 15 StGB

1. Ein Nachteil im Sinne des § 274 StGB kann in jeder Beeinträchtigung des Beweisführungsrechts eines Dritten liegen (vgl. BGHSt 29, 192, 196). Darunter ist vor allem die Vereitelung der Nutzung des gedanklichen Inhalts einer Urkunde in einer aktuellen Beweissituation zu verstehen (vgl. BGHR StGB § 274 Nachteil 1).

2. Für die Nachteilszufügungsabsicht kommt es nicht darauf an, ob der Nachteil tatsächlich eingetreten ist. Ausreichend ist es, dass es dem Täter auf die Verwirklichung des Nachteils ankommt oder ihm zumindest bewusst ist, dass seine Tat einen Nachteil zur Folge haben muss (vgl. BGH NJW 1953, 1924).

3. Erforderlich ist dabei nicht die Vorstellung des Täters, dass die Verwendung der Urkunde, die unterdrückt wird, unmittelbar bevorstehe oder jedenfalls in absehbarer Zeit zu erwarten sei. Es genügt vielmehr, wenn er weiß, dass der Urkunde eine potentielle Beweisbedeutung innewohnt, die sich jederzeit realisieren kann, und es ihm auf die Beeinträchtigung eines sich darauf beziehenden Beweisführungsrechts ankommt oder er dies als notwendige Folge seines Handelns hinnimmt. Auf eine bestimmte konkret bevorstehende Situation, in der die unterdrückte Urkunde für die Beweisführung beachtlich werden könnte, braucht sich die Vorstellung des Täters nicht zu beziehen. Lässt sich der Täter ein, überhaupt nicht mit einer möglichen späteren Verwendung der Urkunde durch Dritte gerechnet zu haben, kann dies im Übrigen nur dann zum Fehlen der Nachteilsabsicht führen, wenn sich zugleich eine Erklärung dafür finden lässt, warum die Urkunde dennoch unterdrückt worden ist.

131. BGH 4 StR 503/09 – Beschluss vom 10. Dezember 2009 (LG Marburg)

Gefährdung des Straßenverkehrs (Befahren einer Kraftfahrstraße entgegen der Fahrtrichtung; konkrete Gefahr: Beinaheunfall).

§ 315c Abs. 1 Nr. 2 f StGB

1. Zwar entzieht es sich exakter wissenschaftlicher Beschreibung, wann eine konkrete Gefahr gegeben ist. Die Tathandlung muss aber jedenfalls über die ihr innewohnende latente Gefährlichkeit hinaus im Hinblick auf einen bestimmten Vorgang in eine kritische Situation geführt haben; in dieser Situation muss – was nach der allgemeinen Lebenserfahrung aufgrund einer objektiv nachträglichen Prognose zu beurteilen ist – die Sicherheit einer bestimmten Person oder Sache so stark beeinträchtigt gewesen sein, dass es nur noch vom Zufall abhing,

ob das Rechtsgut verletzt wurde oder nicht (BGH NStZ 1996, 83).

2. Beim Befahren einer Kraftfahrstraße entgegen der Fahrtrichtung ist eine konkrete Gefahr nicht stets gegeben. Dass die Fortentwicklung der hier vorliegenden abstrakten Gefahr hin zu einer konkreten Gefahr hier nur vom Zufall abhängt, genügt für sich genommen nicht, um eine konkrete Gefahr im Sinne des § 315c StGB annehmen zu können.

Rechtsprechung

III. Strafzumessungs- und Maßregelrecht

115. BGH 2 ARs 424/09 (2 AR 241/09) – Beschluss vom 16. Dezember 2009 (LG Dresden)

BGHSt; Zuständigkeit der eine Führungsaufsicht überwachenden Strafvollstreckungskammer für Nachtragsentscheidungen (Konzentrationszuständigkeit); Entscheidung eines Zuständigkeitsstreits durch das gemeinsame obere Gericht.

§ 462a Abs. 4 Satz 3 StPO; § 14 StPO; § 463 Abs. 7 StPO

Die eine Führungsaufsicht nach § 68 f StGB überwachende Strafvollstreckungskammer ist auch für die Nachtragsentscheidungen zuständig, die sich auf Strafaussetzungen zur Bewährung aus anderen Verfahren gegen den Verurteilten beziehen. (BGHSt)

110. BGH 2 StR 305/09 – Beschluss vom 16. Dezember 2009 (LG Wiesbaden)

Erstreckung des Erfolgs der Revision auf Mitangeklagte bei fehlerhafter Anwendung der Regeln über den Vorwegvollzug einer Maßregel (Orientierung am Halbstrafenzeitpunkt).

§ 357 StPO; § 67 Abs. 2 Satz 3 StGB

Einzelfall des Absehens von einer durch ein Anfrageverfahren vorbereiteten Erstreckung des Erfolgs der Revision bei einer Verkennung des § 67 Abs. 2 Satz 3 StGB nach Zeitablauf.

121. BGH 2 StR 520/09 – Beschluss vom 16. Dezember 2009 (LG Aachen)

Rechtsfehlerhafte Versagung der Aussetzung der Freiheitsstrafe zur Bewährung allein unter Rekurs auf die Drogenabhängigkeit des Angeklagten (Sozialprognose; besondere Umstände).

§ 56 StGB

1. Einzelfall der rechtsfehlerhaften Versagung der Bewährung wegen einer negativen Sozialprognose unter alleinigem Rekurs auf die Drogenabhängigkeit des Angeklagten.

2. Für die Annahme besonderer Umstände im Sinne des § 56 Abs. 2 StGB kann es ausreichen, wenn Milderungsgründe zusammentreffen oder sich häufen, die für sich allein nur als einfache oder durchschnittliche Umstände angesehen werden können.

124. BGH 2 StR 532/09 – Beschluss vom 16. Dezember 2009 (LG Aachen)

Unzureichende Darlegung der konkreten Erfolgsaussicht bei der Unterbringung in einer psychiatrischen Anstalt; Verschlechterungsverbot.

§ 64 Satz 2 StGB; § 358 Abs. 2 StPO

Wird der Maßregelausspruch aufgehoben und zu erneuter Beurteilung zurückverwiesen, liegt darin auch nicht deshalb ein Verstoß gegen das Verschlechterungsverbot gemäß § 358 Abs. 2 StPO, weil eine andere Strafkammer des Landgerichts von einer Maßnahme nach § 64 StGB absehen könnte und dem Angeklagten damit die Möglichkeit einer Entlassung zum Halbstrafenzeitpunkt nach § 67 Abs. 5 Satz 1 StGB genommen wäre.

IV. Strafverfahrensrecht mit GVG

106. BGH 1 StR 520/09 – Beschluss vom 24. November 2009 (LG Karlsruhe)

Hochgradiger Affekt als Beeinträchtigung im Sinne des § 20 StGB; Beweisantrag auf Vernehmung eines Verteidigers zu Befundtatsachen für eine mögliche verminderte oder ausgeschlossene Schuldfähigkeit (Zulässigkeit; Aufklärungspflicht; Beruhen; Recht auf konkrete und wirksame Verteidigung; Einschränkung des Verbots kumulativ herangezogener Ablehnungsgründe; Bedeutungslosigkeit); Ausnutzungsbewusstsein bei der Heimtücke.

§ 20 StGB; Art. 6 EMRK; § 244 Abs. 2, Abs. 3 StPO; § 337 StPO; § 211 StGB

1. Die Möglichkeit der Entbindung von einer Schweigepflicht zeigt ohne weiteres, dass ein Verteidiger grundsätzlich Zeuge sein kann, und zwar auch in dem Verfahren, in dem er den Angeklagten verteidigt. Der Senat neigt nicht zu der Auffassung, dass hiervon eine Ausnahme gilt, wenn sich die Aussage des Verteidigers auf den „Kernbereich“ der Verteidigung beziehen soll. Ein Angeklagter, der sich von einer solchen Aussage Wesentliches für seine Verteidigung verspricht, kann wirksam auf diesen Schutz verzichten, indem er den Verteidiger von seiner Schweigepflicht befreit.

2. Der Grundsatz, dass die Ablehnung eines Beweisantrags nicht auf mehrere, insbesondere sich gegenseitig ausschließende Gründe gestützt werden kann (BGH NStZ 2004, 51), ist nicht einschlägig, wenn ein Antrag auch schon aus formalen Gründen – hier: generelle Unzulässigkeit der Beweiserhebung sowie unzulänglicher Tatsachenvortrag – zurückgewiesen wurde. Die Informationsfunktion des Ablehnungsbeschlusses gemäß § 244 Abs. 6 StPO wird dann – anders als bei unterschiedlichen sachlichen Ablehnungsgründen – durch solche „gestuften“ Ablehnungsgründe nicht eingeschränkt, sondern erweitert.

3. Liegt ein in jeder Hinsicht zulässiger Beweisantrag vor, richtet sich seine Verbescheidung nicht nach der Aufklärungspflicht, sondern er kann nur nach Maßgabe von § 244 Abs. 3 Satz 2, Abs. 4 oder Abs. 5 StPO abgelehnt werden.

99. BGH StB 28/09 – Beschluss vom 22. September 2009

Akteneinsicht in Ermittlungsakten des Generalbundesanwalts durch Drittbetroffenen einer heimlichen Ermittlungsmaßnahme; rechtliches Gehör; informationelle Selbstbestimmung; Verfahrensbeteiligter; militante Gruppe; Beschwerde.

§ 475 StPO; § 101 StPO; § 147 StPO; Art. 1 Abs. 1 GG; Art. 2 Abs. 1 GG; Art. 103 Abs. 1 GG

1. Personen, die an einem Ermittlungs- oder Strafverfahren beteiligt sind, in dem eine heimliche Ermittlungsmaßnahme angeordnet wurde, und die aufgrund ihrer Verfahrensstellung zur umfassenden Akteneinsicht berechtigt sind (§ 147, § 385 Abs. 3, § 397 Abs. 1 Satz 2, § 434 Abs. 1 Satz 2, § 442 Abs. 1, § 444 Abs. 2 Satz 2 StPO), können sich auf dieses Recht auch dann berufen, wenn sie die Akten nur zur Vorbereitung und Durchführung eines Verfahrens nach § 101 Abs. 7 Satz 2 StPO einsehen möchten. An ihrer Stellung im Ermittlungs- bzw. Strafverfahren ändert sich durch die Inanspruchnahme der Rechtsschutzmöglichkeit nach § 101 Abs. 7 Satz 2 StPO nichts.

2. Macht der Beschuldigte als (Dritt-)Betroffener Akteneinsicht im nachträglichen Rechtsschutzverfahren nach § 101 Abs. 7 Satz 2 StPO geltend, so sind ihm die Akten nach Maßgabe des § 147 StPO zur Verfügung zu stellen.

3. Das Verfahren nach § 475 StPO ist im Grundsatz auch auf Akteneinsichtsgesuche im Verfahren nach § 101 Abs. 7 Satz 2 StPO anzuwenden, wenn die Antragsteller darüber hinausgehende Verfahrensrechte nicht innehaben. Denn die StPO stellt hiermit eine abschließende Regelung zur Erteilung von Auskünften und Akteneinsicht an (Privat-)Personen zur Verfügung, die weder als Beschuldigte noch in anderer Weise mit eigenen Verfahrens- und Akteneinsichtsrechten am Ermittlungs- bzw. Strafverfahren beteiligt sind.

4. Werden (Dritt-)Betroffene ohne eigene verfahrensrechtliche Stellung gemäß § 101 Abs. 4 Satz 1 und 2 StPO benachrichtigt und über ihre Rechtsschutzmöglichkeit belehrt, so sind sie im Sinne des § 475 Abs. 1 Satz 1 StPO berechtigt, auf einen entsprechenden Antrag Auskunft zu erhalten oder Einsicht in die Ermittlungsakten zu nehmen, soweit sie von der Rechtsschutzmöglichkeit Gebrauch machen und die Aktenkenntnis für eine effektive Durchführung des Verfahrens erforderlich ist. Eine dauerhafte gänzliche oder teilweise Versagung der Einsicht in die insoweit relevanten Aktenteile kommt nicht in Betracht, da dies den Antragsteller im Verfahren nach § 101 Abs. 7 Satz 2 StPO in seinem Recht auf rechtliches Gehör verletzen würde.

5. Die Versagungsgründe der § 475 Abs. 1 Satz 2, § 477 Abs. 2 Satz 1 StPO sind nicht auf dieses Akteneinsichtsrecht zur Durchsetzung prozessualer Rechte in einem Rechtsbehelfsverfahren, sondern auf den Schutz datenschutzrechtliche Belange Dritter zugeschnitten. Daher sind sie im Lichte des rechtlichen Gehörs (Art. 103 Abs. 1 GG) des (Dritt-)Betroffenen verfassungskonform auszulegen.

6. Das öffentliche Interesse, weiter effektiv und gegebenenfalls im Verborgenen zu ermitteln, kann mit dem Rechtsschutzinteresse des Betroffenen dadurch zum Ausgleich gebracht werden, dass Akteneinsicht zunächst versagt und die Entscheidung in dem Rechtsbehelfsverfahren zurückgestellt wird, bis die Akteneinsicht ohne Gefährdung des Untersuchungszwecks gewährt werden konnte und der Antragsteller Gelegenheit hatte, sich umfassend zu äußern.

7. Das Geheimhaltungsinteresse der Strafverfolgungsbehörden kann ein sachgerechter Verzögerungsgrund sein, der eine Zurückstellung des Akteneinsichtsgesuchs rechtfertigen kann. Zwar hat auch der Antragsteller im Verfahren nach § 101 Abs. 7 Satz 2 StPO Anspruch auf eine angemessen zügige Entscheidung über die Rechtmäßigkeit des beendeten Grundrechtseingriffs. Diesem Feststellungsinteresse muss aber nicht mit gleicher Eilbedürftigkeit nachgekommen werden wie einem Anfechtungsbegehren, das sich gegen einen fortdauernden Eingriff richtet.

117. BGH 2 StR 433/09 – Beschluss vom 9. Dezember 2009 (LG Koblenz)

Absoluter Revisionsgrund der Abwesenheit des Angeklagten (Vernehmungsbegriff; Entlassung des Zeugen); nicht bindender Anfragebeschluss (Divergenz; Großer Senat); redaktioneller Hinweis.

§ 338 Nr. 5 StPO; § 247 StPO; § 132 Abs. 3 GVG

1. Nach ständiger Rechtsprechung des Senats, an der dieser festhält, gehört die Verhandlung über die Entlassung eines Zeugen nicht mehr zur Vernehmung, sondern bildet einen selbständigen Verfahrensabschnitt (vgl. zuletzt Beschluss vom 17. Juni 2009 – 2 ARs 138/09 m.w.N.). Eine angeordnete Entfernung des Angeklagten nach § 247 StPO erfasst nur die eigentliche Vernehmung des Zeugen, nicht aber die sich anschließende Verhandlung über die Entlassung. Wird ein Angeklagter erst nach der Entlassung einer Zeugin wieder in den Sitzungssaal geführt und über den Inhalt der Vernehmung unterrichtet, muss dies zur Aufhebung des angefochtenen Urteils führen.

2. Ein Anfragebeschluss hindert diejenigen Senate, die an der bisherigen Rechtsprechung festhalten wollen, nicht, auf dieser Grundlage weiter zu entscheiden (vgl. § 132 Abs. 2, 3; § 138 Abs. 1 Satz 3 GVG; BGHR GVG § 132 Anfrageverfahren 1; NStZ-RR 2004, 281). Nichts anderes kann aber gelten, wenn die Rechtsfrage dem Großen Senat zur Entscheidung vorgelegt worden ist. Die in dem Vorlagebeschluss geäußerte Rechtsansicht dient der Herbeiführung einer Rechtsprechungsänderung, ist aber selbst noch keine bindende Entscheidung, von der nur bei eigener Anrufung des Großen Senats abgewichen werden könnte.

114. BGH 2 StR 363/09 – Urteil vom 2. Dezember 2009 (LG Hanau)

Rechtsfehlerhafte Ablehnung eines Beweisantrages wegen Bedeutungslosigkeit (keine bloße Wiedergabe des Gesetzeswortlauts; Beruhen; Ausführungen in den Urteilsgründen).

§ 244 Abs. 3 StPO; § 337 StPO

Nach ständiger Rechtsprechung des Bundesgerichtshofs muss der Beschluss, mit dem ein Beweisantrag wegen Bedeutungslosigkeit der behaupteten Tatsachen abgelehnt wird, die Erwägungen anführen, aus denen der Tatrichter ihnen keine Bedeutung beimisst. Wird die Bedeutungslosigkeit aus tatsächlichen Umständen gefolgert, so müssen die Tatsachen angegeben werden, aus denen sich ergibt, warum die unter Beweis gestellte Tatsache, selbst wenn sie erwiesen wäre, die Entscheidung des Gerichts nicht beeinflussen könnte (BGH NStZ 1997, 503; NStZ-RR 2002, 68 f.; StV 2005, 113, 115 m.w.N.; StV 2007, 176; StraFo 2007, 378; StraFo 2008, 162). Der Beschluss muss es den Verfahrensbeteiligten, insbesondere dem Antragsteller, ermöglichen, sich auf die durch die Ablehnung des Beweisantrags geschaffene Prozesslage einzustellen. Die erforderliche Begründung entspricht grundsätzlich den Begründungserfordernissen bei der Würdigung von durch Beweisaufnahme gewonnenen Indiztatsachen in den Urteilsgründen.

107. BGH 1 StR 563/09 – Beschluss vom 9. Dezember 2009 (LG Karlsruhe)

Erteilung des letzten Worts (Darlegungsanforderungen der Verfahrensrüge; nachträgliche Klarstellung des Inhalts eines Hauptverhandlungsprotokolls).

§ 258 Abs. 2 und Abs. 3 StPO; § 344 Abs. 2 Satz 2 StPO; § 274 StPO

Einzelfall der nachträglichen Klarstellung des Inhalts eines unklaren Hauptverhandlungsprotokoll und „verschwiegener Revisionsvortrag“.

100. BGH 1 StR 167/09 – Urteil vom 9. Dezember 2009 (LG Koblenz)

Grenzen der Hinweispflicht bei veränderten Sachverhalts Umständen; Steuerhellei; Hinterziehung von Brantweinsteuer; Würdigung von Urkunden, die im Wege des Selbstleseverfahrens eingeführt wurden.

§ 265 StPO; § 374 AO; § 261 StPO; § 249 Abs. 2 StPO

1. Eine Hinweispflicht entsprechend § 265 StPO besteht grundsätzlich nur dort, wo – wie in den Fällen einer Änderung der Tatzeit, der Tatbeteiligten, des Tatopfers oder der Tathandlung – die Abweichung solche Tatsachen betrifft, in denen die Merkmale des gesetzlichen Straftatbestandes gefunden werden (BGH StV 1988, 472, 473; NStZ 2000, 48, 49). Soweit es um Änderungen der Tatbeteiligten geht, handelt es sich etwa um Fälle, in denen das Gericht nicht von eigenhändiger Täterschaft oder von anderer unmittelbarer Tatbeteiligung ausgegangen ist (BGH, Beschl. vom 28. Oktober 1976 – 4 StR 476/76 = MDR 1977, 108 f.; BGH MDR 1980, 107 f.; BGH NStZ-RR 2002, 98).

2. Die Frage, wer genau Vortäter des Vortäters der Steuerhellei der Angeklagten ist, führt nicht dazu, dass die Tat aufgrund der Abweichung eine andere, in ihrem Wesen von der angeklagten Tat verschiedene Verwirklichung des identischen Strafgesetzes darstellt (vgl. BGH, Beschl. vom 28. Oktober 1976 – 4 StR 476/76). Eine diesbezügliche verfahrensgegenständliche Abweichung erweist sich lediglich als Konkretisierung des Geschehensbildes der Tat im weiteren Sinne, mit der ein Angeklagter zu rechnen hat und die ihn grundsätzlich nicht überraschen

kann, wenn er die Verhandlung verfolgt, deren Beweisergebnis die Feststellung dieser Konkretisierung rechtfertigt (BGH NStZ 2000, 48 f. m.w.N.). Allein der Umstand, dass in der Hauptverhandlung angefallene neue Erkenntnisse zum Vortäter des Vortäters – je nach den Umständen des Falles – neue Möglichkeiten der Verteidigung eröffnen können, führt nicht dazu, dass diese neuen Erkenntnisse eine gerichtliche Hinweispflicht auslösen würden.

3. Eine (Dritt-)Bereicherungsabsicht ist beim Ankauf bemakelter Ware zum Marktpreis gegeben, wenn die Ware mit Gewinn weiterverkauft werden soll (BGH NStZ 1981, 147). Auch wenn Einnahmen mittelbar erzielt werden, ist gewerbsmäßiges Handeln gegeben.

4. Grundsätzlich stellt jede Ankaufshandlung bemakelter Gegenstände i.S.v. § 374 AO eine selbstständige Tat in materieller Hinsicht dar.

129. BGH 4 StR 435/09 – Beschluss vom 10. Dezember 2009 (LG Kaiserslautern)

Rechtsfehlerhaft unterbliebene Unterbringung der Beschuldigten in einem psychiatrischen Krankenhaus (Umgang mit Sachverständigengutachten).

§ 63 StGB

Der Tatrichter ist zwar nicht gehindert, von dem Gutachten eines vernommenen Sachverständigen abzuweichen, da dieses stets nur Grundlage der richterlichen Überzeugungsbildung sein kann. Will er aber eine Frage, für deren Beantwortung er sachverständige Hilfe in Anspruch genommen hat, im Widerspruch zu dem Gutachten beantworten, muss er die Gründe hierfür in einer Weise darlegen, die dem Revisionsgericht die Nachprüfung erlaubt, ob er das Gutachten zutreffend gewürdigt und aus ihm rechtlich zulässige Schlüsse gezogen hat. Hierzu bedarf es einer erschöpfenden Auseinandersetzung mit den Darlegungen des Sachverständigen, insbesondere zu den Gesichtspunkten, auf welche das Gericht seine abweichende Auffassung stützt (vgl. BGH aaO; BGH, Beschluss vom 25. April 2006 – 1 StR 579/05 = NStZ-RR 2006, 242, 243; Beschluss vom 13. September 2001 – 3 StR 333/01 m.w.N.).

Rechtsprechung

V. Wirtschaftsstrafrecht und Nebengebiete

102. BGH 1 StR 277/09 – Urteil vom 8. Dezember 2009 (LG Nürnberg-Fürth)

BGHSt; Strafbarkeit des unerlaubten Inverkehrbringens von Gamma-Butyrolacton (GBL) zu Konsumzwecken nach dem Arzneimittelgesetz (Begrenzungsfunktion subjektiver Zweckbestimmungen); Verbotsirrtum; Konkurrenzen: Bewertungseinheit.

§ 2 Abs. 1 Nr. 5 a.F. ArzneimittelG; § 2 Abs. 1 Nr. 2a n.F. ArzneimittelG; § 5 ArzneimittelG; § 95 Abs. 1 Nr. 1 ArzneimittelG; § 17 StGB; § 354a StPO

1. Das unerlaubte Inverkehrbringen von Gamma-Butyrolacton (GBL) zu Konsumzwecken ist nach dem Arzneimittelgesetz strafbar. (BGHSt)

2. Nach der Rechtsprechung des Bundesverfassungsgerichts bedarf der Arzneimittelbegriff einer einschränken- den Auslegung (BVerfG NJW 2006, 2684, 2685). Das Kriterium der subjektiven Zweckbestimmung kann bei der Einordnung eines Stoffes oder einer Zubereitung von Stoffen als Arzneimittel nicht zu einer Ausweitung des gesetzlichen Tatbestands führen, sondern angesichts der außerordentlichen tatbestandlichen Weite lediglich zu einer Begrenzung der Strafbarkeit herangezogen werden. Auf diese Weise werden Substanzen, die zwar die von § 2 Abs. 1 Nr. 5 AMG aF geschilderten Wirkungsweisen aufweisen, aber nicht zum Zweck der Einflussnahme auf den menschlichen Körper eingesetzt werden sollen, dem Anwendungsbereich der im Arzneimittelgesetz enthaltenen Strafvorschriften entzogen. Auch dem Rückgriff auf die Vorstellungen des Produktherstellers in den Fällen, in

denen es an einer Verkehrsanschauung (noch) fehlt, kommt limitierende Wirkung zu (BVerfG aaO). (Bearbeiter)

3. In Fällen, in denen nach der Verkehrsanschauung objektiv kein Arzneimittel vorliegt, kann die Einordnung einer Substanz unter den Arzneimittelbegriff und damit auch die Strafbarkeit nach den arzneimittelrechtlichen Vorschriften nicht allein mit der vom Hersteller oder vom Abgebenden zum Ausdruck gebrachten Zweckbestimmung begründet werden. (Bearbeiter)

4. Ob ein Stoff (oder eine Zubereitung aus Stoffen) zu einem der in § 2 Abs. 1 Nr. 5 AMG aF aufgeführten Zwecke bestimmt ist, richtet sich grundsätzlich nach der Verkehrsanschauung. Dabei ist auf die Sicht eines durchschnittlich informierten, aufmerksamen und verständigen Durchschnittsverbrauchers – hier: der am Gebrauch euphorisierend wirkender Mittel Interessierten – abzustellen. Die Verkehrsanschauung knüpft dabei regelmäßig an eine schon bestehende Auffassung über den Zweck vergleichbarer Mittel und ihrer Anwendung an, die wiederum davon abhängt, welche Verwendungsmöglichkeiten solche Mittel ihrer Art nach haben. Die Anschauungen der Verbraucher werden weiterhin durch die stoffliche Zusammensetzung eines Erzeugnisses, die pharmakologischen Eigenschaften eines Mittels, durch die Auffassung der pharmazeutischen oder medizinischen Wissenschaft sowie durch die dem Mittel beigelegten oder in Werbeprospekten enthaltenen Indikationshinweise, Gebrauchsanweisungen oder durch die Aufmachung beein-

flusst, in der das Mittel dem Verbraucher allgemein entgegentritt. Von Bedeutung sind schließlich auch der Umfang der Verbreitung eines Produkts, seine Bekanntheit bei den Verbrauchern, aber auch die Gefahren aufgrund von Nebenwirkungen und Risiken bei längerem Gebrauch (vgl. BGHSt 46, 380, 383). (Bearbeiter)

5. Auch die Neuregelung des Arzneimittelbegriffs führt zu keinem anderen Ergebnis. Für den Bereich der sog. Funktionsarzneimittel hat der Gesetzgeber nunmehr klargestellt, dass es für die Einordnung eines Mittels als (Human-)Arzneimittel allein auf dessen Wirkungsweise bei der Anwendung im oder am menschlichen Körper ankommt. Für eine Zweckbestimmung des Mittels nach objektiven Kriterien bleibt insoweit kein Raum mehr. Da durch die Einnahme von GBL die körperlichen und seelischen Zustände eines Menschen beeinflusst werden, kommt diesem Mittel eine pharmakologische Wirkung zu. Nach der Neufassung des Arzneimittelbegriffs handelt es sich bei GBL deshalb um ein (Funktions-)Arzneimittel im Sinne des § 2 Abs. 1 Nr. 2a AMG. Dessen unerlaubte Abgabe an Konsumenten ist daher nach den arzneimittelrechtlichen Vorschriften verboten und unterliegt gemäß § 95 Abs. 1 Nr. 1 AMG derselben Strafandrohung wie bisher (§ 2 Abs. 1 und 3 StGB). (Bearbeiter)

103. BGH 1 StR 283/09 – Beschluss vom 10. November 2009 (LG Stuttgart)

Voraussetzungen der Schätzung der Schwarzlohnsumme bei Steuerhinterziehung Vorenthalten von Arbeitsentgelt (allgemeine Grundsätze der Schätzung und primär gebotene konkrete Feststellung; Beweisindizien und Umsetzung im Ermittlungsverfahren; Grundsätze der Strafzumessung bei zusätzlicher Verwirklichung von vorbereitenden Ordnungswidrigkeiten; Verwendung verfälschter oder nachgemachter Belege); Konkurrenzen.

§ 370 AO; § 266a Abs. 1, Abs. 2 StGB; § 263 StGB; § 14 Abs. 2 Satz 2 SGB IV; § 261 StPO

1. In der höchstrichterlichen Rechtsprechung ist anerkannt, dass tatgerichtliche Feststellungen auf tragfähige Schätzgrundlagen gestützt werden dürfen (BVerfG – Kammer -, Beschl. vom 20. März 2007 – 2 BvR 162/07). Die für die Anwendung und Durchführung einer Schätzung maßgeblichen Kriterien sind:

- Für eine annähernd genaue Berechnung fehlen aussagekräftige Beweismittel; bei Vermögensdelikten im Rahmen eines Unternehmens sind das namentlich Belege und Aufzeichnungen.
- Die Parameter der Schätzgrundlage müssen tragfähig sein.
- Die Schätzung kann auch aus verfahrenswirtschaftlichen Gründen angezeigt sein, etwa dann, wenn eine exakte Berechnung einen unangemessenen Aufklärungsaufwand erfordert und bei exakter Berechnung für den Schuldumfang nur vernachlässigbare Abweichungen zu erwarten sind.

- Im Rahmen der Gesamtwürdigung des Schätzergebnisses ist der Zweifelssatz zu beachten.
- Die Grundlagen der Schätzung müssen im tatrichterlichen Urteil für das Revisionsgericht nachvollziehbar dargestellt werden.

2. Nach diesen Grundsätzen kann – und muss auch sehr häufig – bei Betäubungsmitteldelikten die Wirkstoffkonzentration anhand bestimmter Kriterien geschätzt werden (BGH, Beschl. vom 1. Oktober 2008 – 2 StR 360/08). Die Schätzung kann etwa anhand repräsentativer Stichproben erfolgen, auch um einen unverhältnismäßigen Untersuchungsaufwand zu vermeiden (BGH StV 2008, 9). Gerade dann, wenn sich solche Feststellungen bei angemessenem Aufklärungsaufwand nicht treffen lassen, darf das Tatgericht eine an den Umständen des Falles orientierte Schätzung unter Beachtung des Zweifelssatzes vornehmen (BGH NStZ 2002, 438, 439).

3. Eine Schätzung hat die Rechtsprechung auch bei Serientaten gebilligt, wenn zwar der strafbare Gesamtschaden feststeht, die Verteilung dieses Schadens auf Einzelakte sich aber einer genauen Feststellung entzieht. Danach ist es bei einem strafbaren Gesamtverhalten, das zahlreiche serienmäßig begangene Taten umfasst, zulässig, einen rechnerisch ermittelten Teil des Gesamtgeschehens bestimmten strafrechtlich relevanten Verhaltensweisen im Wege der Schätzung zuzuordnen, wobei die Feststellung der Zahl der Einzelakte und die Verteilung des Gesamtschadens auf diese unter Beachtung des Zweifelssatzes zu erfolgen hat (BGH aaO).

4. Steht bei Vermögensstrafaten nach der Überzeugung des Tatrichters ein strafbares Verhalten des Täters fest, so kann auch hier die Bestimmung des Schuldumfangs im Wege der Schätzung erfolgen. Ein solches Verfahren ist stets zulässig, wenn sich Feststellungen auf andere Weise nicht treffen lassen. Die Schätzung ist dann sogar unumgänglich, wenn über die kriminellen Geschäfte keine Belege oder Aufzeichnungen vorhanden sind. In Fällen dieser Art hat der Tatrichter einen als erwiesen angesehenen Mindestschuldumfang festzustellen (BGH StV 2004, 578; NStZ 1999, 581).

5. Dieselben Grundsätze gelten für die Schätzung von Bemessungsgrundlagen bei der Berechnung hinterzogener Lohnsteuer und vorenthaltener Sozialversicherungsbeiträge. Auch hier muss nach der Überzeugung des Tatrichters ein strafbares Verhalten des Täters feststehen. Steht die Strafbarkeit fest, kommt eine Schätzung des Schuldumfangs namentlich dann in Betracht, wenn mangels entsprechender Buchführung des Angeklagten eine konkrete Berechnung der Bemessungsgrundlage nicht vorgenommen werden kann (vgl. BGHSt 40, 374, 376; NStZ 2001, 599, 600; wistra 2007, 220 f., jew. m.w.N.). Die Schätzung der Besteuerungsgrundlagen muss zudem nach steuerrechtlichen Grundsätzen in sich schlüssig sein. Das ist namentlich dann der Fall, wenn ihre Ergebnisse hinsichtlich aller Bemessungsgrundlagen wirtschaftlich vernünftig und möglich sind (BGH wistra 1992, 147; NStZ 1999, 581, BFH BStBl II 1986, 226).

6. Bei der Ermittlung der Bemessungsgrundlagen zur Berechnung hinterzogener Lohnsteuer und vorenthalte-ner Sozialversicherungsbeiträge ist die Schätzung der Lohnsumme unter Anwendung eines Prozentsatzes bezogen auf den Nettoumsatz eines Unternehmens danach dann zulässig, wenn keine anderweitig verlässlichen Beweismittel zur Verfügung stehen oder nur mit unverhältnismäßigem Aufwand und ohne nennenswerten zusätzlichen Erkenntnisgewinn zu beschaffen sind.

7. Das Tatgericht darf eine branchenübliche Lohnquote – und zwar eine Nettolohnquote – des jeweils verfahrensgegenständlichen Gewerbes ermitteln und diese als Schätzgrundlage der weiteren Berechnung zugrunde legen. Im Bereich des lohnintensiven Baugewerbes kann das Tatgericht bei illegalen Beschäftigungsverhältnissen in Form der Schwarzarbeit grundsätzlich zwei Drittel des Nettoumsatzes als Lohnsumme – und zwar als Nettolohnsumme – veranschlagen (Senat NJW 2009, 528, 529). Die gegen eine Nettolohnquote von 60 % und mehr erhobenen Einwände hält der Senat nach nochmaliger Überprüfung nicht für berechtigt.

8. Bei der Ermittlung der Schwarzlohnsumme darf allerdings nicht vorschnell auf eine Schätzung der Lohnquote in Form eines Anteils an der Nettolohnsumme ausgewichen werden, wenn eine tatsachenfundierte Berechnung anhand der bereits vorliegenden und der erheblichen Beweismittel möglich erscheint. Die zuverlässige Klärung, ob eine für die Berechnung verlässliche Tatsachengrundlage beschafft werden kann, ist dabei auch und besonders Aufgabe der Ermittlungsbehörden. Deshalb wäre es verfehlt und würde die Hauptverhandlung mit unnötigem Aufklärungsaufwand belasten, wenn die Ermittlungsbehörden sich darauf beschränken, die Lohnquote zu schätzen, ohne zuvor ausermittelt zu haben, ob eine tatsachenfundierte Berechnung möglich ist.

9. Es ist ein bestimmender Strafschärfungsgrund (§ 267 Abs. 3 Satz 1 StPO), wenn in Fällen der vorliegenden Art ein Arbeitgeber nach Gesetz buchungs- oder aufzeichnungspflichtige Vorgänge nicht oder nicht richtig verbucht oder verbuchen lässt, d.h. Lohnunterlagen nicht oder unrichtig führt. Der Arbeitgeber, der Arbeitnehmer illegal beschäftigt, verwirklicht dadurch neben den Straftaten nach § 266a StGB, § 370 AO Ordnungswidrigkeitstatbestände. So führt er die nach § 28f SGB IV erforderlichen Lohnunterlagen nicht (Ordnungswidrigkeit nach § 111 Abs. 1 Nr. 3 bzw. Nr. 3a SGB IV; siehe auch § 5 Abs. 1 Nr. 6 AEntG). Daneben kommen Ordnungswidrigkeiten nach § 379 AO in Betracht. Wenngleich die Ordnungswidrigkeiten regelmäßig durch die verwirklichten Straftatbestände verdrängt oder im Hinblick auf die Straferwartung von der Verfolgung ausgenommen werden, kann bei der Strafzumessung – nach entsprechendem Hinweis an den Angeklagten – strafschärfend berücksichtigt werden, dass zur Ermöglichung und Verschleierung der Straftaten Ordnungswidrigkeiten begangen wurden (vgl. BGHSt 23, 342, 345). Der Strafschär-

fungsgrund kann sich bei der Strafzumessung innerhalb des gefundenen Strafrahmens, aber auch schon bei der Strafrahmenwahl auswirken.

10. Für die Strafrahmenwahl gilt: Sowohl § 266a Abs. 4 Satz 2 Nr. 2 StGB als auch § 370 Abs. 3 Satz 2 Nr. 4 AO nennen als Regelbeispiel für einen besonders schweren Fall eine fortgesetzte Verkürzung unter Verwendung nachgemachter oder verfälschter Belege. Eine bewusste und nachhaltige Manipulation von Lohnunterlagen – unter Verstoß gegen gesetzliche Aufzeichnungspflichten – zum Zwecke der Verschleierung von Schwarzarbeit mag zwar zumeist das benannte Regelbeispiel nicht erfüllen (vgl. BGH StV 2005, 213), legt aber gleichwohl bei unternehmerischer Tätigkeit mit namhaften Hinterziehungsbeträgen die Annahme eines unbenannten Regelbeispiels des besonders schweren Falles nahe.

132. BGH 4 StR 524/09 – Beschluss vom 24. November 2009 (LG Bielefeld)

Voraussetzungen an die Feststellung gewerbsmäßigen Handelns beim Handeltreiben mit Betäubungsmitteln (besonders schwerer Fall); Versuch und Vollendung der Nötigung bei Drohungen für den Fall einer Strafanzeige; redaktioneller Hinweis.

§ 29 Abs. 3 Satz 2 Nr. 1 BtMG; § 240 Abs. 1, Abs. 3 StGB; § 263 StGB

1. Gewerbsmäßig handelt nur, wer die Vorstellung hatte, sich eine fortlaufende Einnahmequelle von einigem Umfang zu verschaffen (vgl. dazu nur BGHSt 19, 63, 76; BGHR BtMG § 29 Abs. 3 Nr. 1 Gewerbsmäßig 5). Dafür genügen zwar auch laufend erwartete Nebeneinnahmen, soweit sie von einigem Gewicht sind. Nur geringfügige Entgelte reichen indessen nicht aus.

2. Der Senat lässt offen, ob das Merkmal der Gewerbsmäßigkeit schon dann entfällt, wenn die verkaufsfertig in Tüten verpackten Marihuana-Portionen von lediglich einer Marihuana-Pflanze stammen, die der Angeklagte zuvor in seinen Besitz gebracht und abgeerntet hatte, oder ob es für die Annahme wiederholter Tatbegehung ausreicht, dass der Angeklagte beabsichtigte, diese Pflanze mehrfach abzuernten (zur fehlenden Gewerbsmäßigkeit bei einem Erwerbsvorgang vgl. BGHR BtMG § 29 Abs. 3 Nr. 1 Gewerbsmäßig 3 sowie jüngst BGH, Beschluss vom 1. September 2009 – 3 StR 601/08 [Inverkehrbringen von in einem Akt erlangtem Falschgeld]).

3. Besteht das abgenötigte Verhalten in einem Unterlassen (zum Beispiel der Erstattung einer Strafanzeige), kann Vollendung zum einen dann eintreten, wenn das Opfer die Handlung infolge des Zwangs ganz unterlässt. Vollendete Nötigung kann zum anderen auch dann gegeben sein, wenn das Tatopfer zum Beispiel die Erstattung einer Strafanzeige nur vorübergehend unterlässt, mag es auch fest entschlossen sein, die Anzeige nach Wegfall des Zwangs nachzuholen.

Rechtsstaat und Terrorlisten – Kaltstellung ohne Rechtsschutz?

Wiss. Ass. und Rechtsanwalt Dr. Frank Meyer, LL.M. (Yale), Bonn

I. Einleitung

Das Thema des Vortrags ist mit dem Zusatz „Kaltstellung ohne Rechtsschutz?“ versehen worden.* Auf den ersten Blick könnte man dahinter eine etwas krude Übersetzung von *freezing of assets* vermuten. Tatsächlich führt die Wortwahl uns ohne Umschweife zu einem der beiden zentralen Probleme der Terrorlisten. Es geht hier um die Qualität des Eingriffs, seine Eingriffsintensität. Die englische Terminologie „*freezing of assets*“ oder „*smart sanctions*“, wie in der Literatur gebräuchlich, ist euphemistisch. Sie schafft es nicht, die Tiefe des Eingriffs plastisch auf den Punkt zu bringen. Es geht nämlich um weit mehr als um bemakelte Vermögenswerte wie bei der Geldwäsche. Die gelisteten Personen sind in ihrer Gesamtexistenz betroffen; sie werden womöglich „kaltgestellt“. *Dick Marty* sprach in seinem Bericht für die Parlamentarische Versammlung des Europarats denn auch vom *mort civile*.¹ Und in der Tat geben die Maßnahmen in ihrer Bandbreite und Tiefe allen Anlass zu reflektieren, ob die rechtliche Existenz der Betroffenen infolge der Listung weitgehend aufgehoben ist.

Im ersten Teil muss daher der Frage nachgegangen werden, um was für einen Eingriff es sich konkret handelt, welche Rechte er beeinträchtigt und welche Tiefe er aufweist. Auch der zweite Teil des Vortrags ergibt sich aus dem Zusatz wie von selbst. Wie können Betroffene sich schützen? Ist das gegenwärtige Rechtsschutzsystem hinreichend? Wir werden dabei sehen, dass beide Aspekte untrennbar miteinander verknüpft sind.

Bevor ich mich jedoch in dieser Reihenfolge den skizzierten Kernpunkten der Listungsproblematik annehme, kann ich es uns nicht ersparen, zur besseren Verständlichkeit des Vortrags in aller Kürze Grundlagen, Strukturen und Status Quo der Listungspraxis zu referieren.

* Um Fußnoten ergänzter Vortrag, den der Verfasser auf dem 2. EU-Strafrechtstag am 31.10.2009 in Bonn gehalten hat. Der Vortragsstil wurde beibehalten.

¹ *Marty*, Bericht vom 16.11.2007 vor der Parlamentarischen Versammlung des Europarates (PACE) anlässlich einer Sitzung des PACE-Ausschusses für Recht und Menschenrechte, <http://assembly.coe.int/Documents/WorkingDocs/Doc07/EDOC11454.pdf> (letzter Aufruf: 07.11.2009).

II. Die Listensysteme und ihre Grundlagen

Vorweg geschickt sei, dass gegenwärtig zwei Listen mit unterschiedlichen Listungs- und Umsetzungsmechanismen koexistieren. Schon vor dem 11. September hat der UN-Sicherheitsrat mit den Resolutionen Nr. 1267 (1999), Nr. 1333 (2000) das Einfrieren aller Gelder und Finanzmittel von Usama Bin Ladens und Al Qaida-Gefolgsleuten verfügt. Nach dem Anschlag auf das World Trade Center erstreckte er diese Sanktion mit Resolution Nr. 1390 (2002) auch auf die Taliban. Über diesen Kreis von Personen und Institutionen hinaus, hat der Sicherheitsrat den Mitgliedstaaten der Vereinten Nationen durch Resolution Nr. 1373 (2001) aufgegeben, grundsätzlich alle Finanzmittel von Personen und Institutionen zu sperren, die terroristische Straftaten begehen, versuchen, erleichtern oder anderweitig unterstützen. Begleitet wird das Einfrieren der Finanzmittel von einem grundsätzlichen Verbot gegenüber jedermann, den betroffenen Personen und Organisationen wirtschaftliche Ressourcen zur Verfügung zu stellen, mit denen sie Gelder, Waren oder Dienstleistungen erwerben könnten sowie von massiven Reisebeschränkungen und einem Waffenembargo. In allen Fällen stützt sich der Sicherheitsrat auf Kap. VII der UN-Charta, das den Sicherheitsrat als das herausragende Organ der Vereinten Nationen zu Zwangsmaßnahmen ermächtigt, um Weltfrieden und internationale Sicherheit zu wahren oder wiederherzustellen.² An dieser Stelle sei allerdings deutlich entgegen verbreiteter Irrtümer gesagt, dass diese Maßnahmen keinesfalls als Geheimdiplomatie im Hinterzimmer verabredet wurden und auch kein Ausdruck hegemonialer Machtanmaßung des Sicherheitsrates sind. Sie wurden offen diskutiert und fanden die überwältigende Zustimmung der Staatengemeinschaft.

Wie gelangt man nun aber auf eine der Listen? Im Fall der Taliban- und Al-Qaida-Unterstützer erfolgt die Bestimmung der Sanktionsadressaten durch Entscheidung eines Nebenorgans des Sicherheitsrats, des sog. Sankti-

² Die Kompetenz des Sicherheitsrats hierzu folgt aus Art. 41 der UN-Charta, da der Sicherheitsrat den internationalen Terrorismus mit Resolution 1267 (1999) und Resolution 1373 (2001) als Bedrohung für den Weltfrieden eingestuft hat.

onsausschusses (*sanctions committee*).³ Er setzt sich aus den Mitgliedern des Sicherheitsrates zusammen und entscheidet einstimmig über Aufnahmen. Seine Vorgehensweise richtet sich nach internen Richtlinien, die fortlaufend nach Maßgabe von Sicherheitsratsresolutionen modifiziert werden.⁴

Entscheidendes materielles Kriterium für eine Listung ist eine Assoziierung mit Al-Qaida, Usama Bin Laden, Taliban. Dieser sog. „Associated with“-Standard wurde mit Resolution Nr. 1617 (2005), dort Abs. 2, eingeführt und der Entscheidung ihren politischen Charakter zunehmen oder zumindest einen justiziellen Anstrich zu verpassen. Erfüllt ist dieses Kriterium bei einer Beteiligung an Finanzierung, Planung, Ermöglichung, Vorbereitung oder Begehung von Akten dieser Personen; Liefern, Verkaufen und Befördern von Waffen und Zubehör (*related material*) sowie Rekrutierung oder Unterstützungsakte für Al-Qaida, Usama Bin Laden und Taliban. Während der Maßstab also durch den Sicherheitsrat per Resolution vorgegeben wird, obliegt die Subsumtion dem Sanktionsausschuss. Er entscheidet im Konsens, ob die Voraussetzungen erfüllt sind. Ausgelöst werden kann dieser Listungsprozess durch jeden Mitgliedstaat oder internationale Organisationen, die relevante Informationen und unterstützendes Beweismaterial liefern.⁵ Der Betroffene wird weder angehört, noch erhält er Auskunft über Gründe für Entscheidung des Sanktionsausschusses.⁶ Verfügt der Sanktionsausschuss einstimmig seine Listung, so wird dieser über Vermittlung seines Heimatstaates über die Rechtsfolgen belehrt und ihm der Sachverhalt des beantragenden Staates zugänglich gemacht, soweit dieser Staat diese *statement of the case* öffentlich

zugänglich freigeben hat.⁷ Insgesamt befinden gegenwärtig (Stichtag: 25.01.2010) 393 Einzelpersonen und 108 Gruppen oder Unternehmen auf der Liste.⁸

Im zweiten Fall, d.h. für andere Kreise als Al-Qaida, Usama bin Laden und Taliban, ist in der EU der Rat ermächtigt, Personen und Organisationen zu identifizieren, deren Vermögen eingefroren werden soll. Die anleitenden materiellen Kriterien finden sich in einem Gemeinsamen Standpunkt 2001/931/GASP. Danach muss dem Antrag auf Listung durch Mitgliedstaaten oder Drittstaaten eine Entscheidung einer zuständigen Justizbehörde gegenüber Person oder Unternehmen, namentlich Einleitung eines Ermittlungsverfahrens, Anklageerhebung oder Verurteilung, wegen eines terroristischen Akts, dessen Versuch oder einer Beihilfe dazu, zugrunde liegen. Die Entscheidung muss ihrerseits auf seriösen, glaubhaften Beweisquellen basieren, vgl. Art. 1 IV des Gemeinsamen Standpunkts. Das Merkmal des *terrorist act* wird in Art. 1 III des Gemeinsamen Standpunkts definiert.⁹

Die Überprüfung der Voraussetzungen erfolgte ursprünglich in einem informellen *clearing house*-Verfahren. Dieser Mechanismus wurde 2007 abgeschafft. Um mehr Transparenz zu schaffen und das Verfahren zu konsolidieren, wurde eine Arbeitsgruppe eingerichtet, die *Working Party on implementation of Common Position 2001/931/GASP on the application of specific measures to combat terrorism*.¹⁰ Sie ist mit Ministerialbeamten des Rats besetzt und prüft fortan Vorschläge für Neuaufnahmen. Auf der Grundlage ihrer Erkenntnisse spricht sie gegenüber dem Rat eine Empfehlung aus, der dann frei über die Listung entscheidet. Dies geschieht bislang noch einstimmig (Art. 308 EGV!). Erfolgt eine Listung, erhält der Betroffene eine Begründung vom Rat, die den Tatvorwurf preisgibt und begründet, die nationale Behörde nennt, die die Ausgangsentscheidung getroffen hat, und über die Maßnah-

³ Der Sanktionsausschuss ist ein Unterorgan des Sicherheitsrats gem. Art. 29 UN-Charta; zum Verfahren *Feinäggle* German Law Journal 2008, 1513, 1516 ff. Die Einberufung von Sanktionsausschüssen, die mit Diplomaten der ständigen Vertretungen der Mitgliedstaaten bei den UN besetzt sind, zur Implementierung von Sanktionen ist ein gebräuchliches Vorgehen mit zahlreichen Vorgängern, *Koskenniemi* 6 European Journal of International Law 325 (1995), 345.

⁴ Unterstützt wird der Sanktionsausschuss von einem *monitoring team* aus acht Fachleuten, die vom UN-Generalsekretär ernannt werden, vgl. *Frowein* The UN Anti-Terrorism Administration and the Rule of Law, in: Dupuy/Fassbender/Shaw/Sommermann (Hrsg.), Völkerrecht als Wertordnung, 2006, S. 785, 791 ff. Sie sind spezialisiert für Terrorismusbekämpfung, Terrorismusfinanzierung und Waffenschmuggel und diesbezügliche Rechtsfragen. Sie beobachten auch die Umsetzung durch die Mitgliedstaaten und befassen sich mit der Beseitigung rechtlicher Defizite bei der Vornahme und Überprüfung von Listungen.

⁵ Erforderlich ist eine Begründung des sog. *designating state (statement of case)*, die so detailliert wie möglich zu erfolgen hat und spezifische Feststellungen zur Frage der Assoziierung und unterstützendes Beweismaterial enthalten muss. Für den Listungsvorschlag muss ein spezielles Formular (*cover sheet*) verwendet werden und Name, Anschrift, Identifikationsnummern und Aliasnamen ausweisen.

⁶ Einzige – kaum nennenswerte – Schutzmechanismen sind Erfordernis von *cover sheet* und *statement of case*, kurze Notifizierungsfristen, Konsensfordernis sowie die Einführung eines materiellen Standards als rechtsstaatlicher Fortschritt.

⁷ Binnen zwei Wochen hat eine Mitteilung an die ständige Vertretung des Heimatstaates des Betroffenen inkl. Belehrung über Rechtsfolgen und für Öffentlichkeit vorgesehenem Tatsachenbericht zu erfolgen. Die Mitteilung neuer Listungen an Mitgliedstaaten enthält ein *statement of case* also nur soweit dessen Teile vom Ursprungsstaat als öffentlich zugänglich freigeben wurden.

⁸ Die sog. *Consolidated List* besteht aus vier Sektionen, namentlich *Individuals associated with the Taliban, Entities and other groups and undertakings associated with the Taliban, Individuals associated with Al-Qaida, Entities and other groups and undertakings associated with Al-Qaida*. Der Löwenteil der Listungen betrifft Al-Qaida.

⁹ Ein terroristischer Akt sind danach absichtliche Handlungen, die nach Natur und Ausmaß zur schweren Schädigung eines Staates oder internationaler Organisationen führen, einschließlich Angriffen auf Leben und körperliche Integrität, Zerstörung von Regierungseigentum, Entführung von Flugzeugen und anderen Transportmitteln; Besitz, Erwerb, Lieferung und Transport von ABC-Waffen; Freisetzung von gefährlichen Substanzen; Unterbrechung der Wasser- und Energieversorgung, Teilnahme an Aktivitäten einer Terrorgruppe; Finanzierung von Terrorgruppen; Informationelle und materielle Unterstützung; und zwar jeweils mit dem Vorsatz, die Bevölkerung einzuschüchtern oder Zwang auf die Regierung auszuüben, um sie zu einem bestimmten Verhalten zu bewegen oder in der Absicht zur Destabilisierung des politischen Systems.

¹⁰ Vgl. zu Mandat, Zusammensetzung und Arbeitsweise der Arbeitsgruppe Ratsdokument 10826/07, 28.6.2007.

men informiert, die nun gegen den Betroffenen verhängt werden.¹¹ Derzeit sind 57 Personen und 47 Gruppen gelistet, von denen gem. Verordnung Nr. 1285/2009 vom 22.12.2009 25 Personen und 29 Gruppen mit einem *freezing of assets* belegt wurden.

In Entsprechung dieser knapp umrissenen Unterschiede werde ich im weiteren Verlauf zwischen UN- und EU-Liste differenzieren. Die Listung als solche erzeugt aber noch keine unmittelbare Rechtswirkung gegenüber dem Individuum. Beide Listen werden zu diesem Zweck durch separate EG-Verordnungen umgesetzt.¹² Gestützt wird dieser Selbsteintritt der EU in letzter Konsequenz auf die Vertragsabrundungsklausel in Art. 308 EGV, da der EGV keine ausdrückliche Kompetenznorm für Wirtschaftssanktionen gegen Privatpersonen vorsieht.¹³ Dies hat für den Rat die vorteilhafte Nebenwirkung intergouvernemental einstimmig und ohne parlamentarisch-demokratisches Gegengewicht entscheiden zu können. Mit Inkrafttreten des Lissabonner Vertrags wird es in dieser Hinsicht aber bald zu erheblichen Änderungen kommen. Art. 75 I AEUV führt als neue spezielle Rechtsgrundlage das ordentliche Gesetzgebungsverfahren für Wirtschaftssanktionen ein und verschafft so dem Europäischen Parlament ein Mitentscheidungsrecht; zudem tritt das Mehrheitsprinzip an die Stelle der Einstimmigkeit im Rat. Aus kompetentiellen Gründen können die Verordnungen allerdings nur Einfrieren und Bereitstellungsverbot anordnen. Was Reisebeschränkungen und Waffenembargo anbelangt, ist daneben die nationale Ebene zuständig. In Deutschland finden sich die transformierten Regelungen im Außenwirtschaftsrecht.

Nachdem wir uns damit einen groben Überblick verschafft haben, gilt es nunmehr der Eingriffswirkung dieser Sanktionen nachzugehen. Das Sanktionsregime der *smart sanctions* steht in einem Spannungsverhältnis zu einer ganzen Reihe von menschenrechtlichen Gewährleistungen. Betroffen sind insbesondere das Recht auf Eigentum, das Recht auf Familien- und Privatleben, allgemeines Persönlichkeitsrecht, Menschenwürde sowie das Recht auf effektiven Rechtsschutz.

¹¹ Neben den Gründen enthält eine solche Benachrichtigung Hinweise auf humanitäre Klauseln, den Rechtsweg vor das EuG und das Recht zur Überprüfung der Entscheidung durch Rat (versehen mit entlastendem Beweismaterial). Ferner wird die Listung im Amtsblatt der EU öffentlich gemacht.

¹² Dies geschah durch EG-Verordnung Nr. 881/2002 für UN-Liste und durch EG-Verordnung Nr. 2580/2001 für die EU-Liste. Sie konstituieren das Grundgerüst der Listungssysteme innerhalb der EU. Die *black list* des Sanktionsausschusses ist EG-Verordnung Nr. 881/2002 als Anhang angeschlossen. Zur fortlaufenden Aktualisierung wird die EG-Kommission in Artikel 7 der Verordnung ermächtigt.

¹³ Die Umsetzung wurde in der EU wegen ihrer Außenwirtschaftskompetenz und zum Schutz der einheitlichen Marktorganisationen auf Art. 60, 301, 308 EGV gestützt. Gegenüber den UN gilt für beide Verordnungen Art. 48 II UN-Charta, wonach sich die Mitgliedstaaten bei der Durchführung von Beschlüssen geeigneter internationaler Einrichtungen bedienen dürfen.

III. Eingriffsqualität

1. Recht auf Eigentum¹⁴

Durch das sog. Einfrieren wird den Betroffenen die Verfügungsmöglichkeit über ihre wirtschaftlichen Ressourcen entzogen. Um eine finale Enteignung handelt es sich zwar nicht da die Substanz erhalten bleibt und keine Änderung der Eigentumsordnung erfolgt, doch resultiert die eigentliche Gefahr für das Eigentumsrecht aus der unbestimmten Dauer der Maßnahmen. Mit dem Wegfall der typischen situativen Begrenzung von Sicherungsmaßnahmen mit polizeilich-präventivem Charakter gerät hier eine immanente Schranke wegen der Unklarheit über die Dauer der nunmehr personen- und -institutionengebundenen Gefahr in Fortfall. Mit längerer Fortdauer der Maßnahme droht daher ein Umschlagen in eine generelle Versagung der Eigentumsrechte.¹⁵ Der *EuGH* und wohl auch die herrschende Auffassung im Völkerrecht halten die Maßnahme dennoch für zulässig, weil überragend wichtige Gemeinwohlziele verfolgt werden.¹⁶ In der Tat lässt sich die Notwendigkeit, die Finanzierung des internationalen Terrorismus zu unterbrechen, nicht bestreiten, so dass auch grundsätzlich temporäre Vorkehrungen zu dauerhaften Restriktionen werden dürfen.¹⁷ Allerdings stellt sich damit umso dringlicher die Frage der Verhältnismäßigkeit. Bisherige Entscheidungen zur Proportionalität von Wirtschaftssanktionen haben keine trennscharfen Kriterien für die Bewertung von Individualsanktionen hervorgebracht. Spürbar ist gleichwohl, dass europäische Gerichte angesichts der Bedeutung des Sicherheitsrats für die Wahrung des Weltfriedens und der internationalen Sicherheit große Zurückhaltung zeigen, wenn der Eingriff auf Sanktionen unter Kapitel VII der UN-Charta beruht.¹⁸ Das Gewicht der verfolgten Ziele vermag für sie auch sehr intensive Grundrechtsbeschränkungen zu legitimieren.¹⁹

Handelt es sich bei der gelisteten Person oder Institution tatsächlich um einen aktiven Unterstützer des internationalen Terrorismus, dessen Handlungen mit hinreichender Wahrscheinlichkeit in große Schäden für die angegriffenen Gesellschaften umschlagen können, wäre wohl selbst eine sehr langfristige Sperrung der Vermögenswerte nicht unverhältnismäßig. Allerdings stellen die materiellen Listungskriterien und -praxis nach meiner Ansicht keinen hinreichenden Gefährdungszusammenhang sicher. Auch wenn man das Listungssystem abstrakt für

¹⁴ *Dahme*, Terrorismusbekämpfung durch Wirtschaftssanktionen, 2007, S. 320 ff.

¹⁵ *Cameron* 72 *Nordic Journal of International Law* 159 (2003), 189.

¹⁶ *EuGH*, Rs. C-402/05 P u. C-415/05 P, Urt. v. 3.9.2008 (Yassin Abdullah Kadi und Al Barakaat International Foundation v. Rat u. Kommission), Rz. 358, 363.

¹⁷ Auch der Europarat hat die Bedeutung dieses Mittels zur effektiven Terrorismusbekämpfung betont, siehe Council of Europe Convention on Laundering, Search, Seizure and Confiscation of the Proceeds from Crime and on the Financing of Terrorism [CETS No. 198].

¹⁸ *EuG*, Slg. 1998, II-667 – Dorsch Consult.

¹⁹ *EuGH*, *EuZW* 96, 595 – Bosphorus Hava Yollari ve Ticaret/Irland; ferner *Dahme* (Fn. 14) S. 328 ff. – der Maßstab des *EuGH* sei sehr großzügig.

zulässig hält, wird man bei der konkreten Überprüfung der erhobenen Vorwürfe also sorgfältig eruieren müssen, ob tatsächlich ein so starker Gefährdungsverdacht vorliegt, der eine derart intensive Maßnahme auch rechtfertigt. Ihre Legitimität hängt mithin entscheidend an der befriedigenden Ausgestaltung effektiven Individualrechtsschutzes gegen die Listung. Gleiches wird sich im Hinblick auf das Recht am eingerichteten und ausgeübten Gewerbebetrieb und die Berufsfreiheit des Betroffenen sagen lassen.²⁰ Ernsthaft betroffen sein kann auch das Recht auf Privat- und Familienleben.

2. Recht auf Privat- und Familienleben

Familien- und Privatleben (insb. Art. 8 EMRK) sind ernsthaft bedroht, wenn dem Familienleben die wirtschaftliche Grundlage entzogen wird. Die soziale Gestaltungsfreiheit leidet nachhaltig und auch die persönlichen Beziehungen innerhalb der Familien können aufgrund der Drucksituation Schaden nehmen. Art. 25 I AEMR und Art. 11 I IPWSKR statuieren Recht auf angemessenen Lebensstandard, womit jedenfalls ein Existenzminimum an Nahrung, Kleidung, Unterkunft gemeint ist. Art. 12 IPWSKR ergänzt die elementare Gesundheitsversorgung. Eine Totalsperre der Mittel im Verein mit dem umfassenden Bereitstellungsverbot von Ressourcen könnte sogar das Recht auf Leben, Art. 6 I i.V.m. Art. 4 II IPBPR, verletzen.

Menschenrechtliche Messlatte ist jedoch primär die Gewährleistung des gebotenen Existenzminimums. Hierfür tragen humanitäre Klauseln Rechnung, die nach zögerlichem Prozess mittlerweile fest etabliert sind. Sie sichern die Verhältnismäßigkeit des Einfrierens durch Freigabe von Mitteln für den täglichen Lebensbedarf, Anschaffungen, Arztkosten und ähnliches. Der EuGH hat in seinen jüngsten Entscheidungen ausdrücklich an die zuständigen nationalen Stellen appelliert, hier schnell und sozial zu verfahren.²¹

Selbst wenn die Lebensgrundlage nicht entzogen wird, kann sich die Listung dennoch äußerst belastend und schädlich auf das Privat- und Familienleben auswirken. Vor allem in den Anfangsstadien des Listungsregimes befanden sich Betroffene in geradezu kafkaesken Situationen einer gesellschaftlichen Stigmatisierung als Unterstützer des Terrorismus ohne Chance zum Gegenbeweis. Vorrangiger normativer Ansatzpunkt für diese Dimension wären aber das allgemeine Persönlichkeitsrecht und die Menschenwürde.

²⁰ Grundsätzlich handelt es sich nur um Berufsausübungsregelungen. Zudem sind Ausnahmeregelungen möglich. Eine Beeinträchtigung der Substanz des Gewerbebetriebs könnte aber durch drohende Insolvenz eintreten. Gleichwohl könnten überragende Gemeinschaftsinteressen auch hier einen Eingriff rechtfertigen. Als ausschlaggebend werden sich die Umstände des Einzelfalls und die Handhabung von Ausnahmeregelungen erweisen.

²¹ EuGH (Fn. 16), Rz. 364; zu humanitären Ausnahmeklauseln genauer Meyer/Macke HRRS 2007, 445, 455 ff.

3. Allgemeines Persönlichkeitsrecht und Menschenwürde

Die Listung impliziert Unterstützerschaft oder Beteiligung am internationalen Terrorismus. Dieser Vorwurf ist für jedermann über die öffentlichen Listen einsehbar. Man könnte in ihnen also auch ein Mittel des *public shaming* sehen. Gegen *shame sanctions* lassen sich nun allerdings Vorbehalte anbringen. Sie stellen den Menschen vor der Gesellschaft bloß und suchen eine Sanktionierung gerade in der Erniedrigung der Person zu finden. Schlimmer noch: unter Verzicht auf mediatisierende rechtsstaatliche Instanzen wird der Betroffene der willkürlichen Reaktion der Gesellschaft ausgeliefert. Der Staat verzichtet auf exakte Ausmessung und Steuerung der Sanktion und instrumentalisiert stattdessen die niederen Instinkte des Menschen. Dass eine derartige Wirkung intendiert war, lässt sich aber nur schwer behaupten. Das gewählte Modell trägt dafür zu technokratische Züge.²² Es ist ein Mehrebenenverfahren ohne dezidiert expressive Funktion. Auch der EGMR hat zwischenzeitlich befunden, dass die Listung alleine nicht gegen die EMRK verstößt, da sie keinerlei direkte Auswirkungen hat.²³ Sie sei keine inhumane Behandlung i.S.d. Art. 3 EMRK. Es lässt sich nicht einmal pauschal sagen, dass es überhaupt zu einer sozialen Isolation kommen kann, da sich viele der Gelisteten ohnehin in abgeschlossenen gesellschaftlichen Gruppen bewegen. Dort, wo dies nicht der Fall war, hatte die Listung wie in den Fällen *Yusuf*, *Sayadi* oder *Sison* sogar einen gegenteiligen Effekt. Die Zivilgesellschaft wagte den Schulterchluss mit ihnen.

4. Unschuldsvermutung (Art. 6 EMRK, Art. 14 II IPBPR)

Immer wieder findet sich auch der Vorwurf, dass die Verhängung der Sanktionen gegen die Unschuldsvermutung und den rechtsstaatlichen Anspruch auf Verurteilung bzw. Sanktionsausspruch durch einen Richter oder ein gerichtsähnliches Tribunal verstößt. Der Betroffene werde auf Verdacht durch ein Exekutivorgan mit schwersten Sanktionen belegt. Die Beweislast werde dabei auf den Betroffenen abgewälzt, da es an ihm ist, sich eigeninitiativ zu entlasten.

Hierauf ist zu entgegnen, dass der Grundsatz der Unschuldsvermutung als normative Vermutung im Gefah-

²² Für die EU-Liste betont Generalanwalt Geelhoed in seinem Schlussantrag in der Rechtssache „Sison“, dass mit der Aufnahme in die Liste nicht der Zweck der Brandmarkung verfolgt wird, sondern diese allein zur Bekämpfung terroristischer Aktivitäten dient. Die Veröffentlichung der Liste mit den Namen der Betroffenen sei eine verwaltungstechnische Notwendigkeit zur Durchführung der Maßnahmen. Ein Vergleich mit der Rechtssache „Allenet de Ribemont“ beim EGMR sei daher nicht statthaft, Rs. C-266/05 P (Jose Maria Sison gegen Rat der Europäischen Union), Schlussantrag, Rn. 85.

²³ EGMR, Appl. Nr. 6422/02 u. 9916/02 – Segi, Gestoras Pro Amnistia u.a., Urt. v. 23.5.2002 – für eine Konventionsverletzung fehle es an einer direkten rechtlichen Betroffenheit durch die Listung allein.

renabwehrrecht nicht gilt, solange an tatsächliche Gefahrenmomente angeknüpft wird.²⁴ Selbst im Strafrecht wird man nach dem gegenwärtigen wissenschaftlichen Erkenntnisstand weder eine besondere Beweislastverteilung noch ein Schuldverfordernis aus der Unschuldsvermutung herleiten können.²⁵ *George P. Fletcher* spricht denn auch von der Unschuldsvermutung als einem Mysterium der westlichen Welt, dem vorschnell Inhalte zugeschrieben werden, die wissenschaftlich nicht belegbar sind. Allenfalls die Unvoreingenommenheit des Spruchkörpers ist abgedeckt. Beweisstandards und Voraussetzungen für die Verhängung der Maßnahme richten sich nach anderen verfassungsrechtlichen Grundsätzen. An erster Stelle ist dabei an den Schuldgrundsatz zu denken.

5. Schuldgrundsatz

Strafe darf nicht ohne Schuld verhängt werden. Schuld ist aber keine Kategorie des Gefahrenabwehrrechts; jedenfalls nicht auf der Primärebene des polizeilichen Eingriffs. Erst auf Sekundärebene erfolgt – über Entschädigungen – ein Ausgleich der Lasten nach Gerechtigkeitsgesichtspunkten. Ob gegen den Schuldgrundsatz verstoßen wurde, hängt deshalb ausschließlich davon ab, ob die verhängte Sanktion als Kriminalstrafe zu verstehen ist bzw. in ihrer Gesamtheit nur als Kriminalstrafe verstanden werden kann.²⁶ Eine konsenterte Definition des Begriffs „Kriminalstrafe“ fehlt indessen – wie so vieles – auf internationaler Ebene.

Zumindest der EGMR hat in seiner Spruchpraxis zum Kriterium der strafrechtlichen Anklage (*determination of a criminal charge/bien-fondé de toute accusation pénale*) in Art. 6 EMRK eine Reihe von Kriterien entwickelt.²⁷ In seiner Leitentscheidung „Engel“²⁸ identifizierte der Gerichtshof drei Kriterien, die als Richtmaß für den kriminalrechtlichen Charakter einer Rechtssache heranzuziehen sind. Als strafrechtlich gilt ein Verfahren in jedem Fall, wenn die Verfehlung nach nationalem Recht formal dem Strafrecht unterfällt (*classification of the offence under national law*). Ist dies konkret nicht der Fall, kommen (kumulativ oder alternativ) die Natur des Vergehens (*nature of the offence/nature de l'infraction*)²⁹ und/oder (zur Ausräumung verbleibender Zweifel nach dem zweiten Kriterium)³⁰ der

Schweregrad und die Natur der Sanktion (*nature and degree of severity of the penalty*) zum Zug.³¹ Wie auch seit kurzem von der Kommission und den Generalanwälten beim EuGH wird diese besondere Natur dabei insbesondere mit Freiheitsstrafe und sozialem Unwerturteil verbunden.

Ein solcher Charakter wird teilweise auch dem *freezing of assets* wegen der nachhaltigen Wirkung und des Stigmas, das Listung und Sanktionierung immanent ist, zugeschrieben.³² Die der Listung inhärente Verbindung der Betroffenen mit terroristischen Straftaten, die gerade durch die Formulierung der SR-Resolutionen unverblümt hergestellt wird, suggeriert einen punitiven Charakter.³³ Hauptmerkmal der Sanktion bleibt aber trotz der schwerwiegenden Folgen ihr Sicherungscharakter. Es fehlt an Freiheitsentzug und sozialem Unwerturteil.

Aus meiner Sicht muss aber noch eine weitere Facette miteinbezogen werden. Die Bewertung des Charakters der Sanktion hängt entscheidend von der Einführung humanitärer Klauseln und der Ausgestaltung des Rechtsschutzes ab. An ihnen lässt sich festmachen, wie ernst es UN und EU mit der polizeirechtlichen Einstufung ist, denn eine nicht überprüfbare scharfe Ordnungsverfügung ad infinitum müsste uns doch als Umgehung strafprozessualer Prozeduren und Grundsätze erscheinen; also als Kriminalstrafe mit polizeirechtlicher Tarnkappe. Humanitäre Klauseln verbürgen vorliegend aber, dass es allein um den Entzug überschüssiger Mittel für Terrorfinanzierung geht und nicht um einen Ausgleich für begangenes Unrecht. Die Verfügbarkeit und Wiederholbarkeit von Rechtsschutz, d. h. strenge Reduzierung des *res judicata*-Gedankens, ist ihrerseits notwendig, um den Präventivcharakter zu belegen. Andererseits deutet alles auf Strafe hin, wenn gar kein Rechtsschutz vorgesehen ist – so verhielt es sich in den Anfangsmonaten auf UN-Ebene. Denn dann wird durch einen Exekutivausschuss in der Tat eine finale, de facto repressive Sanktion festgelegt. Es zeigt sich damit aber erneut die Abhängigkeit der Bewertung der Sanktionen vom Rechtsschutz. Klar ist aber schon jetzt, dass die Sanktionen nicht ausschließlich als Kriminalstrafe vorstellbar sind.

²⁴ Das EuG hat in seiner Entscheidung vom 2.9.2009 in den verbundenen Rechtssachen T-37/07 und T-323/07 (Mohamed El Morabit / Rat) die Geltung des Grundsatzes der Unschuldsvermutung im Bereich des *freezing of assets* verneint, Rz. 42-49.

²⁵ *Stuckenberg*, Untersuchungen zur Unschuldsvermutung, 1998, S. 494, 513 ff.; *ders.* ZStW 111 (1999), 422, 456; *Fletcher* 15 UCLA Law Review 1203, (1967-1968), 1212 ff.

²⁶ Dazu jetzt auch *Rackow StV* 2009, 721, 724 ff.

²⁷ EGMR, Engel u.a. v. Niederlande, Serie A Nr. 22, Rz. 80 ff.; vgl. aus jüngerer Zeit Aufzählung bei Kadubec v. Slowakei, Reports 1998-VI, §§ 50-53; sowie ferner bei Öztürk v. Deutschland, Serie A Nr. 73, §§ 50-54.

²⁸ EGMR, Engel u.a. v. Niederlande, Nr. 22, § 80 ff.

²⁹ EGMR, Öztürk v. Deutschland, Serie A 73, § 53; Lutz v. Deutschland, Serie A Nr. 123, §§ 54 ff.; *Grabenwarter*, Europäische Menschenrechtskonvention, 3. Aufl. 2008, § 24 Rn. 19 – abstrakt-generell mit abschreckendem oder repressivem Charakter (*punitive* oder *deterrent*).

³⁰ *Gaede*, Fairness als Teilhabe – das Recht auf konkrete und wirksame Teilhabe durch Verteidigung gemäß Art. 6

EMRK, 2007, S. 171; zur Notwendigkeit einer kumulativen Betrachtungsweise des zweiten und dritten Kriteriums aufgrund ihres inneren Zusammenhangs auf der Rechtsfolgenseite, *Grabenwarter* (Fn. 28) § 24 Rn. 24.

³¹ *Grabenwarter* (Fn. 28), § 24 Rn. 17; *Gaede* (Fn. 29), S. 168 ff. In jüngerer Zeit ergänzt der EGMR die Anwendung dieser „Engel“-Kriterien durch eine Gesamtwürdigung, *Lauko v. Slowakei*, Reports 1998-VI, § 57.

³² Ihres zeitlich unbestimmten Charakters und der konkludenten Zurechnung zum internationalen Terrorismus wegen sehen manche Autoren in diesen Individualsanktionen Maßnahmen strafrechtlicher Natur, *Wessel*, Debating the „Smartness“ of Anti-Terrorism Sanctions: The UN Security Council and the Individual Citizen, in: *Fijnaut, Wouters, Naert* (Hrsg.), Legal Instruments in the Fight Against International Terrorism. A Transatlantic Dialogue, S. 633, 652 f.; ebenso *Rackow StV* 2009, 721, 725.

³³ *Wessel* (Fn. 32), S. 655.

6. Gesamtwirkung

Möglicherweise müssen wir aber, bevor wir uns endlich der Frage des Rechtsschutzes zuwenden, noch einmal innehalten und eine Gesamtschau vornehmen. Dem Wort „Kaltstellen“ ist eine bestimmte Vorstellung von der Gesamtwirkung der Maßnahmen immanent. Selbst wenn man das Einfrieren oder die Listung als solche jeweils gegenüber allen Grundrechten, in deren Schutzbereich eingegriffen wird, als gerechtfertigt ansieht, führen die Sanktionen in ihrer Totalität vielleicht doch zur Überschreitung des nach der Sittlichkeit unserer Gesellschaft erträglichen Maßes. Ich möchte jetzt nicht in die unselige Debatte zum Feindstrafrecht einsteigen. Ich möchte mich auch nicht in einem Exkurs über das Spannungsverhältnis von Freiheit und Sicherheit ergehen. Ich darf aber zu bedenken geben, dass Freiheit ein Mindestmaß an Sicherheit zur Voraussetzung hat. Ohne Sicherheit gibt es keine Freiheit. Und dennoch dürfen in vermeintlichem Sicherheitsinteresse keine freiheitsfeindlichen, grundrechtsfreien Räume entwickelt werden.³⁴ Freiheitsbeschränkungen müssen freiheitsimmanent im Einklang mit unseren Wertgrundlagen entwickelt werden. Wir müssen eine materielle Selbstfesselung also auch bei der Terrorismusbekämpfung hinnehmen.³⁵ Denn ohne Freiheit gibt es auch keine Sicherheit.³⁶

Wo sind aber die unhintergehbaren Grenzen des Strebens nach Sicherheit in Freiheit? Die Unverrückbarkeit des Folterverbots ist so ein Fall. Auch die Zerstörung der Personalität und personellen Identität darf niemals geduldet werden. Hierfür gibt es gerade in diesem Land verachtungswürdige und beschämende Vorläufer. *Primo Levi* brachte dieses Leiden unter den Nazis und im Konzentrationslager als *demolition of a man* auf den Punkt.

Doch von einer derartigen Verneinung des Anspruchs auf Achtung der Personalität der Betroffenen sind die in Rede stehenden Maßnahmen weit entfernt. Ein vermeintlicher Terrorist wird durch eine Listung nicht als Nicht-Person deklariert. Selbst wenn wir alle Einzelkomponenten zusammen nehmen, vom Einfrieren des Vermögens, dem sozialen Stigma, der Einschränkung der Freizügigkeit durch Reiseverbote und schließlich auch, dass die Listung Anknüpfungspunkt für andere Sanktionen oder Maßnahmen sein kann,³⁷ z.B. im Arbeits- und Sozial-

recht,³⁸ im Ausländer- und Asylrecht³⁹ oder im Strafrecht, ist das Gesamtpaket nicht so unerträglich, dass es nach unseren zivilisatorischen Standards inakzeptabel wäre. Wer anders darüber denkt, muss sich selbst befragen, ob man selbst den härtesten und bösartigsten Al-Qaida-Unterstützer nicht mit diesen Maßnahmen belegen darf und nicht ein einziger legitimer Anwendungsfall vorstellbar wäre.

Allerdings knüpfe ich diese Einschätzung an drei Bedingungen, die kumulativ erfüllt sein müssen. Es muss erstens ein klar umrissener und belastbarer Anknüpfungspunkt für die Annahme einer Gefahr von terroristischen Aktivitäten vorliegen. Die Listungskriterien müssen einen klaren Bezug zu Kap. VII UN-Charta aufweisen, damit die Legitimationskette nicht abreißt. Das Verhalten der Gelisteten muss hinreichend sein, um auch als individueller Beitrag zum internationalen Terrorismus als Gefahr für den Weltfrieden und die internationale Sicherheit i.S.d. Art. 39 UN-Charta eingestuft werden zu können. Dies schaffen die Maßstäbe der EU-Liste derzeit besser als der lose „associated with“-Standard des Sicherheitsrats. In der Praxis der Vereinten Nationen bereitet es freilich ganz grundsätzlich beträchtliche Schwierigkeiten aus isolierten terroristischen Angriffen eine Situation des Art. 39 UN-Charta herzuleiten.⁴⁰ Selbst bei fortgesetzter Förderung durch Privatpersonen und Gruppen, und eben nicht Staaten, bleibt dies eine knifflige Angelegenheit. Man wird sich wohl mit der Figur der kumulativen Gefährdung, die auch im Strafrecht bei den abstrakten Gefährdungsdelikten bekannt ist, behelfen müssen. Mit

die Liste strafbewehrt ist, findet eine mögliche Indizwirkung der Listung in anderen Fällen keinen direkten Niederschlag in der streitentscheidenden Norm. Man wird genau prüfen müssen, welche Anknüpfungspunkte die nationale prozessuale und materielle Vorschrift bietet. Grundsätzlich müssen die tatsächlichen Voraussetzungen eigenverantwortlich überprüft werden. Die Liste kann daher nur dann Indizwirkung entfalten, wenn auf das Verhalten, das der Listung zugrunde liegt, Bezug genommen wird. Im Übrigen gilt es zu beachten, dass das Listensystem eine derartige Indizwirkung nicht intendiert. Etwaige Folgewirkungen beruhen – wenn überhaupt – auf der autonomen Entscheidung der nationalen Legislativen. Wenn aber die Bindungswirkung strittig ist, müsste gegebenenfalls eine Vorlage an den *EuGH* erwirkt werden, um sich über intendierte Bindungswirkung und Regelungseffekt Aufschluss zu verschaffen.

³⁴ Kotzur, *EuGRZ* 2008, 673, 679.

³⁵ Die materielle Grenze für Eingriffe aus Achtung des Menschen als selbstbestimmtes, autonomes Subjekt muss gewahrt bleiben. Sonst träte neben der Individualrechtsverletzung auch ein Schaden für die Selbstbeschreibung des Rechtssystems und letztlich die Selbstachtung, d. h. die Würde des Gemeinwesens, das wir alle verkörpern, ein, so eindrucksvoll *Di Fabio* *NJW* 2008, 421, 424 – den Anderen als Subjekt zu achten sei die Bedingung für Selbstachtung, denn auch im Bösen des Feindes findet sich ein letztes Stück von einem selbst. Dies lehrt die in Art. 1 I GG positivierete humanistische Idee der unverlierbaren Würde des Gattungszugehörigen.

³⁶ *Di Fabio* *NJW* 2008, 421, 422 – kein Vorrang der Sicherheit bei Gefährdungen, sondern Symmetrie. Es bestünde nämlich ein Komplementärverhältnis.

³⁷ Diesbezüglich wird man aber sehr gründlich differenzieren müssen. Während das Bereitstellungsverbot in § 34 AWG durch einen direkten – und unwiderlegbaren – Verweis auf

³⁸ Sie zeitigt Auswirkungen im Arbeits- und Sozialrecht, siehe *Meyer/Macke* *HRRS* 2007, 445, 448 f. Hat eine betroffene Privatperson eine feste Arbeitsstelle, wird die Lohnauszahlung zum Problem. Auch wenn grundsätzlich die Freiheit einer Person, einer Arbeit nachzugehen, von der Listung nicht berührt wird, so ist es einem gelisteten Arbeitnehmer zumindest auf den ersten Blick unmöglich, an Lohn oder Gehalt zu kommen. Die Konten sind eingefroren und Barzahlung wegen des umfassenden Bereitstellungsverbots unzulässig.

³⁹ Vgl. *OVG* Bautzen, Az. 2 A 107/08, Beschluss v. 20.5.2009; *VG* Hamburg, Az. 10 K 906/08, Urt. v. 12.05.2009. In den Entscheidungen wird allerdings der Versuch unternommen, den Eindruck einer Indizwirkung zu zerstreuen; siehe ferner allgemein *Meyer/Macke* *HRRS* 2007, 445, 451.

⁴⁰ *Kirgis* 89 *American Journal of International Law* 506 (1995), 515.

dem ursprünglich negativen Friedensbegriff des Kap. VII, der durch die Abwesenheit der Gefahr eines zwischenstaatlichen bewaffneten Konflikts gekennzeichnet war, hat dies freilich nichts mehr zu tun. Der Friedensbegriff wird heutzutage jedoch allgemein eher positiv und zunehmend breit verstanden,⁴¹ so dass er auch strukturelle Ursachen von Kriegen, nicht-internationalen Konflikten und Zusammenbrüchen staatlicher Systeme (*failed states*) mit umfasst. Über die Verhinderung von Krieg hinaus werden die Verbesserung der humanitären und sozialen Lage für die Menschen, die Stärkung der Integrität elementarer Werte der Völkerrechtsordnung⁴² sowie weit reichende entwicklungspolitische Anliegen verfolgt.⁴³ Die Ausweitung des Friedensbegriffs schlägt sich unmittelbar auch in der Erweiterung und Diversifizierung des Handlungsinstrumentariums nieder. Die Kehrseite dieser Entwicklung ist die stark erhöhte Grundrechtssensibilität der neuen Mittel, deren Einsatz zum Schutz der Menschenrechte des Einzelnen sorgfältig geprüft und kontrolliert werden muss.⁴⁴ Letzteres ist durch Einräumung effektiven Rechtsschutzes sicherzustellen, während ersteres in dessen Rahmen wohl noch zu leisten ist. Denn beide Listensysteme weisen hier deutliche Defizite auf. Dass die bloße Assoziierung mit Al-Qaida und Taliban konkret genug für eine Friedensgefährdung ist, darf man trotz der unterstellten Gefährlichkeit ihrer Mitglieder in Frage stellen. Die EU-Liste verlangt hier wesentlich stärkere Anhaltspunkte für tatsächliche schwerwiegende terroristische Handlungen i.S.d. Gemeinsamen Standpunkts. Zu kritisieren ist vordringlich der retrospektive Blickwinkel ihrer Listungsvoraussetzungen. Auslöser sind justizielle Entscheidungen bezüglich begangener oder zumindest schon versuchter Straftaten. Sollen die Sanktionen aber legitim in die Zukunft gerichtet sein, dürfen diese Taten lediglich als (ein) belastbarer Indikator für künftige Gefährdungshandlungen gewertet werden. Eine eindimensional retrospektive Heranziehung ließe die dringende Frage der künftigen Gefährdung des Friedens offen. Es wird also genauer darzulegen sein, dass ähnliches Verhalten auch in Zukunft zu erwarten und friedensgefährdend ist.

Mit der Konsolidierung dieses Anknüpfungspunkts wäre auch sichergestellt, dass es nicht zu einer Umgehung des Kriminalstrafrechts und der schützenden Formen des Strafprozessrechts kommt, an die man bei Verhängung der Sanktionen ausschließlich auf der Grundlage vergangener vollendeter oder versuchter Terrorakte durchaus denken könnte. Zu bedenken wäre hinsichtlich dieses Kritikpunkt aber ohnehin, dass strafrechtliche Verfahren gegen gesellschaftliche Gruppen und Untergrundorganisationen in vielen Ländern positivrechtlich und rechtsdogmatisch gar nicht denkbar sind. Selbst wenn es sich um Unternehmen handeln würde, schiebe Strafrecht gerade in Deutschland per se als Instrument aus. Was Privatpersonen anbelangt, werden parallele Strafverfahren durchaus durchgeführt. Für beide Gruppen gälte aber wohl in jedem Fall, dass eine Sanktion, wie die hier diskutierte, als Kriminalstrafe wegen des Schuldgrundsatzes

überhaupt nicht verhängbar wäre. Die Sperre blickt in die Zukunft. Ihre Verhältnismäßigkeit orientiert sich nicht an begangenen Unrecht, sondern an der Gefahr, die von der Verfügungsmacht bestimmter Personen über ihr Vermögen ausgeht sowie notwendig der Stärke der Indikatoren, die den Inhaber des Vermögens als Unterstützer des internationalen Terrorismus erscheinen lassen. Gelingt eine Entlastung, erfolgt wiederum eine vollständige Restitution, ohne einen Abzug als Unrechtsausgleich.

Zweitens müssen humanitäre Freigabeklauseln es ermöglichen, dass die Betroffenen ein halbwegs normales Leben führen können und nicht zu Hunger und Siechtum verdammt sind. Zu guter Letzt muss die Voraussetzung dafür geschaffen werden, dass fehlerhafte Listungen gerichtlich überprüfbar und korrigierbar sind.

Gerade der Rechtsschutz ist dabei kein prozessuales Anhängsel, sondern stellt sicher, dass der Mensch als selbstbestimmtes, autonomes Subjekt geachtet wird. Als Person hat er in den berühmten Worten *Hannah Arendts* ein „Recht auf Rechte“ und es ist auch für sie insbesondere das Recht auf ein Verfahren unabhängiger Kontrolle von Eingriffen in die individuelle Freiheit, das diesen Anspruch wie kein anderes zum Ausdruck bringt. Denn mit ihm ist die Anerkennung verbunden, Rechte zu haben und diese wahren bzw. durchsetzen zu können. Die Einrichtung von Gerichten zur Kontrolle ist die institutionelle Anerkennung der Personalität von Individuen.⁴⁵

Sind diese Voraussetzungen erfüllt, lassen sich Legalität und Legitimität der Listungspraxis bejahen, ohne damit zugleich zu sagen, dass – und hier sind Recht und Politik scharf zu trennen, der Einsatz eines solchen zulässigen verfügbaren Mittels auch politisch oder ethisch eine kluge Entscheidung ist. Wie ist es nun um den Rechtsschutz bestellt?

7. Rechtsschutz

Rechtliches Gehör wird im Vorfeld der Listungen durch den Sanktionsausschuss nicht gewährt. Auch auf EU-Ebene wurde vor dem Erlass der umsetzenden Verordnungen keine Anhörung durchgeführt. Zur Wahrung der Effektivität der präventiven Maßnahmen und ihres notwendigen Überraschungseffekts ist ein Absehen von einer vorherigen Anhörung in der Regel aber wohl unverzichtbar. So sieht es im Übrigen auch der EuGH.⁴⁶

⁴¹ Klein, in: Graf Vitzthum (Hrsg.), *Völkerrecht*, 3. Aufl. 2004, 4. Abschn. Rn. 202.

⁴² Herdegen, FS Bernhardt, 1995, S. 103, 113.

⁴³ Gareis/Varwick, *Die Vereinten Nationen*, S. 57.

⁴⁴ Vgl. *Thallinger ZaöRV* 67 (2007), 1015, 1029 ff.

⁴⁵ Diese Einsicht erhellt auch, dies sei als Randnotiz vermerkt, warum die US-amerikanische Regierung unter Präsident *Bush*, den bloßen Zugang von Guantanamo-Häftlingen zu US-Gerichten mit sprachlos machender Energie und Ruchlosigkeit bekämpft hat. Bereits die Zulässigkeit eines *Habeas Corpus*-Rechtsbehelfs impliziert die Existenz materieller Rechte.

⁴⁶ Der *EuGH* anerkennt ausdrücklich, dass eine vorherige Mitteilung die Effektivität der Maßnahme gefährden würde. Die Maßnahme müsste wegen ihrer Natur denknotwendig den Überraschungseffekt nutzen, (Fn. 16) Rz. 338 ff.

a) Nachträglicher Rechtsschutz durch *delisting*-Verfahren

Umso größere Bedeutung wächst dann aber dem nachträglichen Rechtsschutz zu. Hier ist zwischen den Rechtsbehelfen, die bei Sanktionsausschuss oder Rat eingelegt werden können, und gerichtlichen Verfahren zu unterscheiden. Beide Listensysteme kennen sog. *delisting*-Verfahren.⁴⁷ Ursprünglich war bei den UN ein *delisting* nur auf diplomatischem Weg unter Einschaltung des Heimat- oder Aufenthaltsstaates zu erreichen, der dazu eine Petition an den Ausschuss richten musste. Seit Ende 2006 können betroffene Personen und Unternehmen Anträge auf Streichung von der Liste alternativ auch persönlich unmittelbar bei den Vereinten Nationen stellen, Section 8(b) der *committee guidelines*. Zentrale Anlaufstelle hierfür ist ein verwaltungsinternes Gremium (*Focal Point*) bei den Vereinten Nationen.⁴⁸ Ein echter Individualrechtsbehelf wird über diese Verfahrensoption aber nicht geschaffen. Der *focal point* dient der Entgegennahme von Anträgen und der Information über das weitere Verfahren.⁴⁹ Er entscheidet nicht über das *delisting*. Diese Entscheidungskompetenz liegt weiterhin beim Sanktionsausschuss.

Hierbei ist es am Betroffenen, Informationen zu liefern, die ein *de-listing* rechtfertigen. Die Beweislast liegt bei ihm. Die materiellen Standards für die Kontrolle sind nicht abschließend und präzise definiert. Ausdrücklich erwähnt werden in Abs. 14 der SR-Resolution Nr. 1735 (2006) Identitätsverwechslung und vollständige Lossagung von Al-Qaida, Bin Laden oder Taliban, wobei der Tod zynischerweise ausdrücklich als Indikator für den Fortfall einer Assoziierung aufgeführt ist. Zweifel gehen dabei zulasten des Gelisteten. Bis zum 22.10. 2009 wurden auf diesem Wege 19 Personen und 27 Unternehmen gestrichen (auch in Sachen *Barakaat* sowie *Vinck* und *Sayadi*).⁵⁰ Der Rechtsbehelf bei den UN führt also keine Überprüfung der Grundentscheidung durch ein neutrales Organ herbei. Es besteht noch nicht einmal eine Pflicht, die Entscheidung zu begründen. In Abwesenheit von Transparenz, Individualrechten und Rechtsschutz durch nicht administrativ-politische Organe darf man getrost davon sprechen, dass hier nicht einmal das Minimum an prozeduraler Legitimation erreicht wird.

⁴⁷ *Feinäugle* German Law Journal 2008, 1513, 1528 ff. – Prozeduren trügen Keimzelle eines internationalen Verwaltungsverfahrensrechts in sich.

⁴⁸ Eingerichtet wurde dieser *focal point* im UN-Sekretariat durch Sicherheitsratsresolution Nr. 1730 (2006), im Einzelnen *Feinäugle* ZRP 2007, 75 ff.

⁴⁹ Der *focal point* dient ebenfalls der Beratung und Erleichterung von Konsultationsverfahren, in dem sich der Heimatstaat, wenn er die Streichung des Betroffenen unterstützt, und der Mitgliedstaat, der die Listung betrieben hat, über die Berechtigung der Listung verständigen sollen. Das Ergebnis dieses Verständigungsprozesses soll dann mit einer Empfehlung an den Sanktionsausschuss weitergeleitet werden, der abschließend einstimmig darüber befindet, ob hinreichende Gründe dafür beigebracht wurden, den Namen des Betroffenen aus der Liste zu streichen.

⁵⁰ SR-Resolution 1822 vom 30. Juni 2008 sieht eine Überprüfung aller Namen, die am 30. Juni 2008 auf der Liste standen, vor, die bis zum 30. Juni 2010 abgeschlossen sein soll.

Auf EU-Ebene ist mit der Aufgabe des bisherigen *clearing house*-Verfahrens hingegen ein erheblicher Fortschritt erzielt worden. Die interne Arbeitsgruppe kontrolliert periodisch, ob die Listung noch aufrechterhalten werden kann.⁵¹ Sie bewertet, ob die Gründe für eine Listung immer noch valide sind. Substantiell zeichnet sich dabei – auch auf Druck des EuG – ein zweistufiger Test ab. Erstens muss die Entscheidung einer Justizbehörde vorliegen, die zweitens als Hauptaspekt ein Verhalten zum Gegenstand hat, das als terroristische Handlung i.S. der Definition im Gemeinsamen Standpunkt einzuordnen ist.⁵²

Im Anschluss spricht sie wiederum eine Empfehlung gegenüber dem Rat aus. Die Betroffenen werden schriftlich über den Ausgang informiert. Diese Überprüfung erfolgt halbjährlich, wobei der Betroffene zur Stellungnahme eingeladen ist. Sie hat bislang zum *delisting* von 20 Personen und sechs Gruppen geführt. Überdies kann ein Betroffener jederzeit unter Beifügung entlastenden Beweismaterials selbst um eine Überprüfung ersuchen. Über dieses Recht wird er ausdrücklich in der nachträglichen Begründung der Aufnahme in die Liste belehrt. Auch Mitgliedstaaten oder der Drittstaat, auf den Listung zurückgeht, können ein *delisting* jederzeit mit der Begründung beantragen, dass die Voraussetzungen für eine Listung nicht mehr erfüllt sind.⁵³ Zusätzlich ist es dem Rat unbenommen, jederzeit eine eigenständige Entscheidung zu treffen. Doch auch diese Instanz kann kaum den Status eines unparteilichen Tribunals beanspruchen, obgleich es zumindest einem rechtlich objektivierten Prüfungsprogramm folgt.

Begreift man die *delisting*-Verfahren als Bestandteil eines Mehrebenenverwaltungsverfahrens, denn dies ist die eigentliche Natur des Mechanismus, obwohl sich die jeweiligen Organisationsorgane dabei legislativer Instrumente bedienen können, ist das Verdikt der Unvereinbarkeit mit rechtsstaatlichen Grundsätzen noch nicht endgültig gesprochen. Die rechtsstaatlich gebotene verwaltungsgerichtliche Funktion erfüllen in der EU die Gemeinschaftsgerichte. Der Rechtsschutz vor den Gemeinschaftsgerichten hat allerdings keine aufschiebende Wirkung, Art. 242 EGV.

b) Nachträglicher Rechtsschutz durch Gemeinschaftsgerichte

Angesichts der eklatanten Defizite kann es nun nicht überraschen, dass Listungsentscheidungen beim EuG mit Nichtigkeitsklagen gem. Art. 230 EGV angegriffen wurden. Den Anspruch auf ein faires Verfahren als fundamentales Element gemeineuropäischer Rechtsstaatlichkeit hat das EuG trotz unbestreitbar redlichem Bemühen

⁵¹ Die Vorschläge können von Mitgliedstaaten oder Drittstaaten kommen und müssen mit hinreichenden Informationen versehen sein. Das vorgelegte Material wird dann an die Mitgliedstaaten zirkuliert und diskutiert.

⁵² Vgl. hierzu erhellend *EuG*, Rs. T-341/07, Urt. v. 30. 9. 2009 (*Sison*) sowie Rs. T-284/08, Urt. v. 4.12.2008 (*OMPI v. Rat*).

⁵³ Derartige Anträge werden dann prioritär behandelt.

nur unvollständig verwirklicht.⁵⁴ Seine Entscheidungspraxis hat eine merkwürdige Schiefelage erzeugt.

Für Personen und Unternehmen, die in der UN-Liste genannt sind, hat das EuG in der Rechtssache „Kadi“ eine Überprüfung der maßgeblichen EG-Verordnung auf Vereinbarkeit mit Gemeinschaftsrecht, insbesondere Gemeinschaftsgrundrechten und allgemeinen Rechtsprinzipien des Gemeinschaftsrechts, verweigert.⁵⁵ Das UN-Recht und die Normbefehle des Sicherheitsrats unter Kap. VII der UN-Charta genossen Vorrang gegenüber dem Gemeinschaftsrecht. Das Gericht müsse sich daher einer Überprüfung der Verordnung, die auf eine Inzidentkontrolle von UN-Recht hinausliefe, enthalten.⁵⁶ Lediglich an den zwingenden Maßstäben des Völkerrechts, dem *ius cogens*, will das EuG den Sicherheitsrat festhalten, da auch dieser derartigen materiellrechtlichen Bindungen unterliege.⁵⁷ Allerdings fiel dem EuG beim Durchmustern der Fälle kein solcher Verstoß ins Auge. Rechtsschutz durch ein Gericht falle nicht darunter, das diplomatische Verfahren beim Sanktionsausschuss genüge völkerrechtlichen Mindeststandards. Mit Blick auf diesen oben skizzierten Rechtsbehelf fügt das EuG hinzu, dass die Heimatstaaten der Betroffenen nach europäischen Menschenrechten verpflichtet seien, diese bei einem *delisting*-Antrag zu unterstützen oder sogar unmittelbar für diesen tätig zu werden.⁵⁸ Das EuG verlagerte damit die Verantwortung auf die Ebene der Vereinten Nationen und der Mitgliedstaaten.

Ganz anders verfuhr das Gericht in den Fällen der EU-Liste. Hier waren die Betroffenen von Beginn an erfolgreich. In der Rechtssache Iranische Mudjaheddin annullierte es die Listungsentscheidung des Rats ebenso wie in den Fällen Sison und Stichting Al Aqsa.⁵⁹ Anders als bei der Rechtssache „Kadi“ liege der Listungs- und Sanktionsprozess autonom in den Händen der EU. Eine Kollision mit UN-Recht sei mithin nicht zu befürchten, weshalb die handelnden EU-Organe vollumfänglich am Gemeinschaftsrecht festgehalten werden können. Einer

Rechtskontrolle durch das EuG stand also nichts im Wege. Die Überprüfung auf Vereinbarkeit mit Gemeinschaftsrecht führte in den anhängig gemachten Fällen fast durchgängig zu empfindlichen Schlappen der beklagten EU-Organe und der sie unterstützenden Mitgliedstaaten. Es an dieser Stelle, da wir abstrakt über die „EU“ sprechen, ausdrücklich gesagt, dass es die Mitgliedstaaten sind, die das Gesamtsystem geschaffen haben, Menschen auf die Liste setzen lassen und die EU-Organe massivt in ihren Bemühungen unterstützt haben, effektiven Rechtsschutz vor europäischen Gerichten zu torpedieren.

Das EuG fand dennoch trotz des Störfeuers fast durchgängig eine Verletzung des Begründungserfordernisses aus Art. 253 EGV des Anspruchs auf rechtliches Gehör im Allgemeinen. Auch das Recht auf effektiven Rechtsschutz sei evident verletzt, da ohne Begründung keine angemessene Verteidigung gegen die Vorwürfe möglich ist. Es versäumte aber nicht der EU eine Brücke zu bauen. Ein Nachschieben von Gründen sollte die Mängel heilen. Damit war der Boden für eines der unwürdigsten Schauspiele in der jüngeren europäischen Justizgeschichte. Einige Mitgliedstaaten wollten eine Streichung der OMPI um jeden Preis verhindern. Über die Motive darf spekuliert werden. Die englische Regierung erhielt für ihr Verhalten eine schallende Ohrfeige vom eigenen House of Lords, das erschüttert die Abwegigkeit der Vorwürfe des Innenministeriums (*Home Secretary*) festgestellt und geurteilt hatte, dass man redlicherweise keinen Terrorismusverdacht äußern kann. Damit jedoch nicht genug. Man suchte den alten Sicherheitsratskumpan Frankreich ins Boot zu holen, das dann tatsächlich einen neuen eigenen fadenscheinigen Listungsantrag beim Rat gegen OMPI stellte und OMPI auf der Liste verweilen ließ. Nach langem Gezerre scheiterten diese Versuche allesamt vor dem EuG.⁶⁰ OMPI ist mittlerweile gestrichen. Dennoch unterstreicht diese Episode die politische Anfälligkeit des gesamten Sanktionierungsmechanismus.

⁵⁴ Zu den Erfordernissen Meyer ZEuS 2007, 1, 18 ff.

⁵⁵ EuG, Rs. T-315/01 – Yassin Abdullah Kadi v. Rat u. Kommission und Rs. T-306/01 – Ahmed Ali Yusuf and Al Barakaat International Foundation v. Rat u. Kommission; zusammengefasst in eucrim 3-4/2006, S. 66.

⁵⁶ Kritisch Tietje/Hamelmann JuS 2006, 299, 301; Schmahl EuR 2006, 566, 573; v. Arnould AVR 44 (2006), S. 201, 212; aufgeschlossener steht dieser Lösung Kämmerer EuR – Beiheft 1 – 2008, 65, 73 f., gegenüber.

⁵⁷ Es ist freilich hochgradig umstritten, ob und in welchem Maß der UN-Sicherheitsrat selbst an Menschenrechte gebunden ist, ausführlich *De Wet*, The Chapter VII Powers of the United Nations Security Council, 2004, S. 187 ff. Universelle Menschenrechte als wichtigster Legalitäts- und Legitimitätsmaßstab aus Völkervertrags- und – gewohnheitsrecht seien gem. Art. 24 II i.V.m. Art. 1 III UN-Charta auch für den Sicherheitsrat bindend, *Kotzur* EuGRZ 2008, 673, 678.

⁵⁸ EuG, Urteil vom 12.7.2006, Rs. T-253/02 und T-49/04 (Chafiq Ayadi/Rat der Europäischen Union; Faraj Hassan/Rat der Europäischen Union und Kommission der Europäischen Gemeinschaften).

⁵⁹ EuG, Urteil vom 12.12.2006, Rs. T-228/02 (Volksmudschahedin des Iran); Urt. v. 11.7.2007, Rs. T-47/03 (Sison v. Rat); Urt. v. 11.7.2007 (Rs. T-327/03 – Stichting Al Aqsa v. Rat).

⁶⁰ Der Sanktionsbeschluss 2008/583/EG des Rates vom 15. Juli 2008 wurde für nichtig erklärt, soweit er die *People's Mojahedin Organization of Iran* betraf, EuG, Rs. T-284/08, Urt. v. 4.12.2008 (OMPI v. Rat), Rz. 56 – „Im vorliegenden Fall stellte das Gericht fest, dass weder die Informationen, die sich aus dem angefochtenen Beschluss, seiner Begründung und dem Mitteilungsschreiben ergeben, noch die in den beiden Antworten des Rates auf den Beweiserhebungsbeschluss vom 26. September 2008 enthaltenen Informationen die vorstehend in Erinnerung gebrachten Beweisanforderungen erfüllen, so dass nicht rechtlich hinreichend nachgewiesen ist, dass der angefochtene Beschluss im Einklang mit Art. 1 Abs. 4 des Gemeinsamen Standpunkts 2001/931 und Art. 2 Abs. 3 der Verordnung Nr. 2580/2001 erlassen wurde.“ Insbesondere habe der Rat dem Gericht weder genaue Informationen noch Aktenstücke übermittelt, aus denen hervorgehe, dass das von der Antiterror-Abteilung der Staatsanwaltschaft beim *Tribunal de Grande Instance de Paris* im April 2001 eingeleitete Ermittlungsverfahren – als maßgeblichen Beschluss einer Justizbehörde – und die beiden ergänzenden Anschuldigungen vom März und November 2007 gegenüber der Klägerin, wie der Rat ohne sonstige Untermauerung seines Vorbringens behauptet, einen die Definition des Art. 1 Abs. 4 des Gemeinsamen Standpunkts 2001/931 erfüllenden Beschluss darstellen.

Insgesamt hat die Entscheidung des EuG den Betroffenen nur vorläufig geholfen, denn die geforderten Begründungen (*statement of reasons*) sind umfassend durch das EU-Ratssekretariat nachgeholt und die Anforderungen des *EuG* in die Listungspraxis integriert worden. Die erfolgreichen Kläger fanden sich also erneut auf der Liste wieder. Anders als bei der UN-Liste steht ihnen aber der erneute Weg vor das *EuG* offen, um nunmehr die tatsächliche Berechtigung oder die Verhältnismäßigkeit der Listung gezielt anzugreifen. Und diese Versuche sind nicht selten erfolgsgekrönt, so z. B. zuletzt die Beschwerde *Sisons* am 30.9.2009.⁶¹

Hierdurch entstand aber ein eklatantes Rechtsschutzgefälle zwischen der UN-Liste und der EU-Liste. Mittlerweile war jedoch das Kadi-Verfahren in der Rechtsmittelinstanz beim *EuGH* angelangt. Der *EuGH* stand vor der Frage, ob es diese Diskrepanz dulden oder zu Lasten des Sicherheitsrats und letztlich der Normativität des UN-Rechts intervenieren sollte.

Der *EuGH* entschied sich für effektiven Rechtsschutz und setzte den Anspruch auf Begründung und rechtliches Gehör auch gegenüber UN-initiierten Listungen durch und wurde damit ein weiteres Mal seiner Rolle als Hüter europäischer Grundrechte und Rechtsstaatlichkeit gerecht. Es sei eine Selbstverständlichkeit, dass Gemeinschaftsrechtsakte wie die strittigen Verordnungen auch vollumfänglich am Gemeinschaftsrecht zu messen sind.⁶² Eine Rücknahme eigener rechtlicher Standards komme in einer Rechtsgemeinschaft wie der EU, die sich der Rechtsstaatlichkeit in höchstem Maße verpflichtet sieht, nicht in Frage.⁶³ Das *EuG* hat hierauf in einem ersten Fall bereits reagiert und in der Rechtssache *Othman* (T-318/01) in enger Anlehnung an die Ausführungen in der Kadi-Entscheidung eine Verletzung von Gemeinschaftsrecht festgestellt und die Gewährung effektiven Rechtsschutzes verlangt.⁶⁴

Mit der Eröffnung des Rechtsschutzes ist parallel ein wesentlicher Schritt getan, auch die Eingriffe in Eigentumsrecht, Recht auf Privatheit und Persönlichkeitsrecht insgesamt legitimieren zu können.⁶⁵ Auch der mögliche Verstoß gegen den Schuldgrundsatz ist erst einmal vom Tisch. Allerdings beließ man dem Rat eine Gnadenfrist von drei Monaten, um diese Mängel durch Nachreichung der geforderten Begründung zu heilen. An anderer Stelle habe ich mich sehr skeptisch gezeigt, ob der nötige In-

formationsfluss vom UN-Sicherheitsrat zu Rat und Kommission, die die Liste verwaltet, herzustellen ist.⁶⁶ Ich sehe mich heute eines Besseren belehrt. Die Kommission scheint – jedenfalls für sie selbst – hinreichende Begründungen zu erhalten und bestätigt die angezweifelte Listungen nach Anhörung der Betroffenen in den jüngsten Beschlüssen.⁶⁷

Auch die befürchteten Spannungen infolge des inzidenten Angriffs des *EuGH* auf das Listungsregime des Sicherheitsrats sind ausgeblieben.⁶⁸ Der *EuGH* hatte selbst mit einer gewissen Chuzpe betont, dass man UN-Rechtsakt und EU-Rechtsakt ohne weiteres wegen der Autonomie der Unionsrechtsordnung trennen könne und man sich mit der Kontrolle der EG-Verordnung keine implizite Kontrollbefugnis von UN-Recht anmaße.⁶⁹ Und das, obwohl die Verletzung rechtsstaatlicher Gemeinschaftsprinzipien gerade mit strukturellen Defiziten begründet wird, die im völkerrechtlichen Mehrebenensanktionsmechanismus angelegt sind.⁷⁰

Der Sicherheitsrat scheint damit leben zu können;⁷¹ zumal der *EuGH* eine für ihn möglicherweise noch viel

⁶⁶ Meyer eucrim 1-272008, 79, 83.

⁶⁷ Vgl. Verordnung 1190/2008. In Kom(2009) 187 endg. wird die künftige Verfahrensweise knapp umrissen. Nach Benachrichtigung des Sanktionsausschusses über neue Listungen und deren Gründe trifft die Kommission eine vorläufige Entscheidung über die Umsetzung in der EU. Parallel hierzu sendet die Kommission betroffenen Individuen und Gruppen ohne Verzögerung eine Begründung zu (*statement of reasons*), um diesen rechtliches Gehör zu gewähren. Nach Prüfung der vorgetragenen Einwände trifft die Kommission in Abstimmung mit einem beratenden Expertengremium der Mitgliedstaaten eine endgültige Entscheidung über die Umsetzung der Sanktion.

⁶⁸ *Kämmerer* attestiert der Kommission insofern diplomatisches Geschick, *EuR* 2009, 114, 129. Er spricht von einem „Burgfrieden“. Ob man angesichts dessen wirklich von einem *dédoublement fonctionelle* sprechen sollte, wie *Kotzur* *EuGRZ* 2008, 673, es tut, wonach die Gegensätzlichkeit von UN und EU aufgelöst wird, indem man sie als interdependente Verfassungsräume in einem weltweiten Mehrebenensystem versteht und dadurch zu einem dualen Kooperationsverhältnis kommt, das einen Rückgriff auf regionale oder nationale Instanzen gestattet, erscheint fraglich.

⁶⁹ Die Vorspiegelung formaler Autonomie verhüllt den Affront gegenüber dem Sicherheitsrat nur spärlich. Die Botschaft ist klar. Maßnahmen nach Kap. VII werden dann nicht verwirklicht, wenn sie mit den rechtlichen Grundprinzipien der regionalen Ordnung, hier: der der EU, unvereinbar sind. Überhaupt ist die EU in der Terrorismusbekämpfung, wie schon die Kompetenzgrundlage und ihrer Herleitung durch den *EuGH* verrät, innigst mit anderen Rechtsordnungen, insbesondere den Vereinten Nationen, verbunden.

⁷⁰ *Kämmerer* *EuR* 2009, 114, 127.

⁷¹ Die möglichen Regimekollisionen lassen sich rechtlich nicht auflösen. Durch Kommunikation zwischen den Gerichten lassen sich aber zumindest kooperativ Lösungen anstoßen, *Gless/Schaffner*, *Judicial review of freezing orders due to a UN listing by European Courts*, in: Braum/Weyembergh (Hrsg.), *Le contrôle juridictionnel dans l'espace pénal européen*, 2009, S.163, 193. Der *EuGH* kommuniziert in Kadi nach innen und nach außen. Er fordert gegenüber den Mitgliedstaaten und anderen EU-Organen klagbare Rechte für Individuen und gegenüber der internationalen Staatengemeinschaft die Aufhebung

⁶¹ *EuG*, Rs. T-341/07, Urt. v. 30. 9. 2009 (*Sison*).

⁶² *EuGH*, Rs. C-402/05 P u. C-415/05 P, Urt. v. 3.9.2008 (*Yassin Abdullah Kadi* und *Al Barakaat International Foundation v. Rat u. Kommission*), *EuGRZ* 2008, 680; dazu *Kämmerer* *EuR* 2009, 114 ff.; *Kotzur* *EuGRZ* 2008, 673 ff.; *Meyer eucrim* 1-2/2008, 79 ff.; *Ohler* *EuZW* 2008, 630 ff.; *Sauer* *NJW* 2008, 3685 ff.

⁶³ Eine Gemeinschaft, die sich auf die sich auf die *rule of law* gründet, könne ihre Verpflichtungen nicht aufgrund internationaler Abkommen ablegen. Gemeinschaftsrechtsakte seien stets einer vollen Überprüfung nach diesen Grundsätzen zu unterziehen, *EuGH* (Fn. 16), Rz. 285-86, 288.

⁶⁴ *EuG*, Rs. T-318/01, Urt. v. 11. Juni 2009 (*Othman*).

⁶⁵ Der *EuGH* bestätigt die Rechtmäßigkeit und Verhältnismäßigkeit der Maßnahme, solange und soweit individualisierte Begründung erfolgen und zur gerichtlichen Nachprüfung gestellt werden, (Fn. 16) Rz. 358, 363.

größere Gefahr aus der Welt geschafft hat. Der Gerichtshof hat nämlich die *ius-cogens*-Kompetenz des EuG ausdrücklich verworfen. Gemeinschaftsgerichte dürften sich nicht zu universellen Menschengerichtshöfen aufschwingen, sondern hätten allein über Gemeinschaftsrecht zu urteilen. Das EuG hatte in der Sache für die Gewinnung seiner Kontrollbefugnis nämlich in eine fremde Rechtsordnung, das Völkerrecht, übergreifen, ohne formell zu deren Wahrung berechtigt zu sein.⁷² Es war nicht auszuschließen, dass sich auch andere Gerichte auf diese Weise zum Richter über den Sicherheitsrat gemessen an ihrem Verständnis von *ius cogens* aufgeschwungen hätten. Diese Gefahr ist erst einmal aus der Welt.⁷³

Der Rückzug hat aber seinen Preis. Dieser Preis ist eine weitere Fragmentierung des Rechtsschutzes in der internationalen Gemeinschaft. Der *EuGH* hat zwar ein Rechtsschutzgefälle innerhalb der EU beseitigt. Umso stärker ist aber das Gefälle, zu den Regionen um uns herum.⁷⁴ Mit seinem hohen Grad an Verrechtlichung und Vergerichtlichung einstmals zwischenstaatlicher Beziehungen wirkt die EU wie eine Insel der Glückseligen in einem tobenden Ozean des politischen Realismus. Gerade die Gemeinschaftsgrundrechte und Grundfreiheiten illustrieren als prägende Elemente europäischer Bürgerlichkeit,⁷⁵ die dank des *EuGH* integraler Bestandteil der Unionsverfassung sind⁷⁶ die Verschiedenheit der Gemeinschaftsrechtsordnung, die als Rechtsobjekte nicht nur Staaten, sondern auch den Einzelnen anerkennt,⁷⁷ gegenüber der Organisationsverfassung klassischer internationaler Organisationen.⁷⁸

IV. Schlussfolgerungen

In der EU ist die Utopie der lückenlosen Herrschaft des Rechts mit der prozesshaften Entwicklung europäischer

Rechtsstaatlichkeit durch den *EuGH* und deren weiteren Ausbau durch den Vertrag von Lissabon – dieser schreibt künftig in Art. 215 III und Art. 75 III AEUV ausdrücklich Bestimmungen zum Rechtsschutz bei Wirtschaftssanktionen vor – fast wahr geworden.⁷⁹

Grund zum Ausruhen und zur überschwänglichen Freude ist dies allerdings nicht. Zu wach sind noch die Erinnerungen an die zurückliegenden Verfahren. Zu verstörend waren der Extremismus und die Unerbittlichkeit, mit denen Rat und Mitgliedstaaten die Einräumung selbst geringster Verfahrensrechte bekämpft haben. Es hätte mich gerade vor dem Hintergrund unserer gemeinsamen Vergangenheit stolz gemacht, wenn die Bundesrepublik an die Seite der Rechtsstaatlichkeit und Menschenrechte getreten wäre. Aber sie hat geschwiegen.

Im Übrigen ist auch noch nicht viel erreicht. Ein guter Teil der Wegstrecke liegt noch vor uns. Nun, da der Rechtsweg eröffnet ist, gehen die Auseinandersetzungen in eine neue Phase über. Künftig werden die Klärung von Beweisfragen, z.B. die Zulässigkeit von *in camera*-Verfahren und Sperrerklärungen, die Konsolidierung der materiellen Prüfungskriterien⁸⁰ und strenge Verhältnismäßigkeitsprüfungen – nach formaler Rechtswegeröffnung steht nunmehr auch die Verwirklichung der materiellen Rechtsstaatlichkeit an – im Vordergrund stehen;⁸¹ zumal der *EuGH* schon Zugeständnisse gegenüber dem Geheimhaltungsinteresse der Mitgliedstaaten in Aussicht gestellt hat.⁸² Dies ist eine würdige Zukunftsaufgabe für eine gewissenhafte, unabhängige und fähige Anwaltschaft. Es darf aber darauf gehofft werden, dass die Stärkung des Rechtsschutzes durch den *EuGH* einen heilsamen bremsenden Effekt auf die Mitgliedstaaten haben wird, nicht vorschnell Listung zu betreiben und Bürger aus politischem Kalkül oder bloßen Vermutungen heraus, massiven Sanktionen auszusetzen.⁸³

Schließlich sollten wir Europäer uns nicht selbstzufrieden zurücklehnen, sondern unsere Bemühungen auch international, vor allem auf UN-Ebene intensivieren. Das

der völkerrechtstypischen Mediatisierung des Individuums.

⁷² *Kämmerer* EuR – Beiheft 1 – 2008, 65, 67 f.; *Kotzur* EuGRZ 2006, 19, 23.

⁷³ Man darf in dieser Hinsicht von einem Teilerfolg für Frankreich und das Vereinigte Königreich sprechen, die im Verfahren vor dem *EuGH* den Versuch unternommen haben, die Streichung selbst des mageren *ius cogens*-Standards zu erreichen.

⁷⁴ *Meyer* eucrim 1-2/2008, 79, 85.

⁷⁵ *Mayer/Palmowski* Journal of Common Market Studies 42 (2004), 573, 594.

⁷⁶ *Terhechte* EuR 2008, 143, 170; *Grabenwarter* EuGRZ 2004, 563 ff. Von ihnen geht sowohl eine positive Integrationswirkung durch Bestimmung einer gemeinsamen Wertebasis als auch eine negative Integrationswirkung aus, weil diese Werte und Freiheiten in den Mitgliedstaaten keine Beschränkung erfahren dürfen und nationaler Regelungsmacht Grenzen ziehen.

⁷⁷ *EuGH*, Slg. 1963, I; Rs. 26-62 – Van Gend en Loos.

⁷⁸ Die Bemühungen des *EuGH*, die Unerlässlichkeit transnationaler Grundrechte und –prinzipien als Korrelat einer immer intensiveren Kooperation und Integration in Europa zu akzentuieren, ist kein Novum, sondern sind Ausdruck eines langen Prozesses, der mit den Rechtssachen *Stauder* und *Nold* begann und den *EuGH* von allen anderen obersten Gerichtshöfen in Europa abhebt. Der *EuGH* hat sich als vorherrschender Garant und Schöpfer transnationaler Verfahrensrechte in der EU etabliert.

⁷⁹ Vgl. grundsätzlich zu den Stufen der Rechtsstaatlichkeit *Grimm* JZ 2009, 596 ff.

⁸⁰ Derzeit bestehen noch unterschiedliche Prüfungsmaßstäbe für die Listungssysteme, wobei der Gefahrezusammenhang gerade bei der UN-Liste sehr ausgedünnt ist. Um das befürchtete Handeln Einzelner wirklich als Gefahr für den Weltfrieden einstufen zu können, bedarf es einer Konkretisierung des Zusammenhangs von Förderungsleistungen Einzelner und der Bedrohung der internationalen Gemeinschaft durch den Terrorismus.

⁸¹ *Meyer* eucrim 1-2/2008, 79, 85; *Ohler* EuZW 2008, 630, 633 – sorgfältige Balance zwischen sicherheitspolitischen Geheimhaltungsinteressen und den Erfordernissen wirksamen gerichtlichen Rechtsschutzes; die Beweislast trüge in jedem Fall der Rat, doch sei abzuwarten, ob nur eine gefahrenabwehrrechtliche Wahrscheinlichkeitsbetrachtung vorgenommen wird oder ein strenger Wahrheitsbeweis angetreten werden muss. Das *EuG* (Fn. 59) Rz. 117, hat insofern zwar ernsthafte und schlüssige Beweise oder Indizien gefordert, aber nicht den Bezugspunkt offen gelegt.

⁸² *EuGH* (Fn. 16) Rz. 344.

⁸³ Zu einem interessanten Fall vor der *Human Rights Committee*, die eine entsprechende Warnung aussprach, *Keller/Fischer* 9 Human Rights Law Review (2009), 257-266.

Gesamtsystem der *smart sanctions* offenbart eindrucksvoll die bisherige Unfähigkeit der beteiligten internationalen Akteure, ein Rechtsschutzsystem zu schaffen, das menschenrechtliche Verpflichtungen und das berechnete

Anliegen des Schutzes gegen den internationalen Terrorismus in eine gesunde Balance bringt. Dies ist ein Zukunftsauftrag an die Rechtspolitik, bei der auch die Verteidiger weltweit ihre Stimme erheben sollten.

Aufsätze und Anmerkungen

Die Strafbarkeit des Phishing nach Inkrafttreten des 41. Strafrechtsänderungsgesetzes

Wiss. Mitarbeiter Alexander Seidl und Wiss. Mitarbeiterin Katharina Fuchs, Passau*

Der Beitrag liefert einen Gesamtüberblick über die Strafbarkeit des Phishing unter Berücksichtigung der gesetzlichen Neuerungen durch das 41. Strafrechtsänderungsgesetz zur Bekämpfung der Computerkriminalität. Dabei wird zwischen der Strafbarkeit des Phishingtäters und der des sog. Finanzagenten differenziert.

I. Einleitung

Unter Phishing versteht man Vorgehensweisen, bei denen der Täter per E-Mail versucht, den Empfänger zur Herausgabe seiner Zugangsdaten für Online-Bankdienste zu bewegen.¹ Dabei beschreitet er verschiedene Wege, wobei die herkömmliche Begehungsform darin besteht, massenhaft E-Mails zu versenden, die ihrer Gestaltung und ihrem Inhalt nach von einer Bank zu stammen scheinen und den Empfänger durch den Hinweis, seine Kontodaten müssten überprüft werden, dazu bewegen, einem in der E-Mail enthaltenen Hyperlink zu folgen. Dieser führt den Betroffenen wiederum auf eine vom Täter erstellte, der Homepage einer Bank zum verwechseln ähnlich sehende Homepage, auf der er aufgefordert wird, in einer scheinbar sicheren Umgebung seine Kontonummer, persönliche Identifikationsnummer (PIN) und Transaktionsnummern (TAN) für die Nutzung von Bankdiensten einzugeben. Teilweise beinhalten aber die E-Mails bereits selbst ein Formularfeld, in das die vertraulichen Daten direkt eingegeben werden sollen.² Wenn der Betroffene seine Daten preisgibt, werden diese vom Täter zwischengespeichert und später dazu benutzt, für ihn vorteilhafte Transaktionen durchzuführen.

Mit der erlangten PIN kann der Täter pro erbeuteter TAN eine Überweisung vom Konto des Opfers vornehmen. Da das Opfer auf seinem Kontoauszug erkennen kann, an wen das Geld überwiesen wurde, schicken die Täter das Geld nicht auf ihr eigenes Konto, sondern werben Helfer (sog. Finanzkuriere/Finanzagenten) an, die das Geld für sie ins Ausland transferieren sollen. Diese werden meist ebenfalls über Spam-Mails angeworben. Laut Jobangebot sollen sie Geld, das auf ihr Konto überwiesen wird, bar abheben und per Western Union Bank ins Ausland überweisen.³ So überweist der Phisher unter Einsatz der erschlichenen Kontodaten das Geld zunächst auf das Konto des Finanzagenten, der sich einen Teil des Geldes als Provision einbehält und den Rest an eine Filiale der Western Union zur Barauszahlung überweist. Dort kann der Phisher das Geld dann „anonym“ unter Vorlage gefälschter Ausweispapiere abheben.⁴

Im Folgenden wird sowohl die Strafbarkeit des Phishers selbst, als auch die des von ihm eingesetzten Helfers dargestellt.

II. Strafbarkeit des Phishing-Täters

Bei der Beurteilung der Strafbarkeit des Phishing-Täters sollte zunächst zwischen der Datenbeschaffung und der anschließenden Verwendung der erlangten Daten unterschieden werden.

1. Strafbarkeit der Datenbeschaffung

a) § 202a StGB

Zunächst kommt eine Strafbarkeit nach § 202a StGB in Betracht. Diese Vorschrift stellt das Ausspähen von Daten unter Strafe. Geschützt werden dabei nur solche Daten, die elektronisch, magnetisch oder sonst nicht

* Der Autor *Seidl* ist Assessor und wissenschaftlicher Mitarbeiter am Lehrstuhl für Öffentliches Recht, Sicherheitsrecht und Internetrecht (Prof. Dr. Dirk Heckmann) an der Universität Passau; die Autorin *Fuchs* ist Diplom-Juristin (Univ.) und wissenschaftliche Mitarbeiterin an diesem Lehrstuhl.

¹ Vgl. zur Vorgehensweise ausführlich *Goeckenjan wistra* 2008, 128, 128 f.

² *Goeckenjan wistra* 2008, 128, 129.

³ *Biallaß ZUM* 2006, 876, 879.

⁴ *Marberth-Kubicki DRiZ* 2007, 212, 213.

unmittelbar wahrnehmbar gespeichert sind oder übermittelt werden (§ 202a Abs. 2 StGB).

Zum Teil wird schon daran gezweifelt, ob es sich bei PIN und TAN um taugliche Tatobjekte i.S.d. § 202a Abs. 2 StGB handle. Die Zugangsdaten, die der irreführte Bankkunde zunächst in seinen Rechner eingibt, um sie sogleich weiterzusenden, seien zwar nicht mehr „unmittelbar wahrnehmbar“, doch befänden sie sich lediglich vorübergehend im Arbeitsspeicher und dies reiche für eine „Speicherung“ i.S.v. § 202a Abs. 2 Alt. 1 StGB nicht aus.⁵ Auch § 202a Abs. 2 Alt. 2 StGB („übermitteln“) sei nicht erfüllt, denn Daten, die der Berechtigte selbst gezielt an den Täter übermittle, seien hiervon nicht erfasst.⁶ Ungeachtet dessen, ob man der dargestellten Meinung folgen möchte, scheidet die Strafbarkeit nach § 202a StGB aber jedenfalls am Tatbestandsmerkmal „unter Überwindung der Zugangssicherung“, denn der Kontoinhaber gibt die Daten ja gerade freiwillig an den Täter heraus.⁷

b) § 202b StGB

Denkbar ist auch eine Strafbarkeit nach § 202b StGB. Diese Vorschrift wurde durch das 41. Strafrechtsänderungsgesetz neu eingefügt und bedroht das Abfangen von Daten mit Strafe. Der Täter muss sich oder einem anderen unbefugt nicht für ihn bestimmte Daten aus einer nichtöffentlichen Datenübermittlung oder aus der elektromagnetischen Abstrahlung einer Datenverarbeitungsanlage verschafft haben. Beim herkömmlichen Phishing fehlt es jedoch am „Verschaffen aus einer nichtöffentlichen Datenübermittlung“, denn die Daten sind bei einer Übermittlung infolge einer auf Täuschung ausgelegten E-Mail oder einer Fehlleitung über eine Phishing-Site von Anfang an Teil einer Datenübermittlung zwischen Täter und Opfer, werden somit also nicht „abgefangen“.⁸

c) § 240 StGB

Eine Strafbarkeit nach § 240 StGB kommt nur dann in Betracht, wenn dem Opfer in der Phishing-E-Mail angedroht wird, dass sein Konto gesperrt werde, sollte es sich weigern, den Anweisungen zu folgen. Darin liegt eine tatbestandsmäßige Drohung mit einem empfindlichen (vorgetäuschten) Übel.⁹

d) § 263 StGB

Umstritten ist, ob das herkömmliche Phishing auch den Tatbestand des § 263 StGB erfüllt, wobei sich allein die Tatbestandsmerkmale „Vermögensverfügung“ bzw. „Vermögensschaden“ als problematisch erweisen.

Überwiegend wird den Authentifizierungsdaten mangels Verkehrsfähigkeit schon kein Vermögenswert zugebil-

ligt.¹⁰ Ihre Preisgabe wirke sich daher nicht vermögensmindernd aus und stelle folglich keine Vermögensverfügung dar.¹¹ Bejaht man gleichwohl den Vermögenswert von Zugangsdaten, so ergibt sich als nächstes das Problem der Unmittelbarkeit der Vermögensverfügung. Vom Vorliegen dieser kann nur ausgegangen werden, wenn zum Schadenseintritt keine weiteren deliktischen Zwischenschritte des Täters mehr erforderlich sind. Der Vermögensschaden tritt vorliegend aber erst nach der Verwendung der Daten durch den Phisher ein, mithin erst nach einer selbständigen deliktischen Handlung desselben. Folglich fehlt der Vermögensverfügung die Unmittelbarkeit.¹² Die Gegenmeinung sieht den Tatbestand des § 263 StGB dagegen als verwirklicht an, denn das Phishing-Opfer führe durch die Preisgabe der Zugangsdaten unmittelbar eine konkrete Vermögensgefährdung herbei, die unter wirtschaftlichen Gesichtspunkten einem Vermögensschaden gleichstehe.¹³ Diese Ansicht ist jedoch aufgrund folgender Überlegung abzulehnen: Der „Kunstgriff“ der schadensgleichen Vermögensverfügung wurde vom BGH zur vorgelagerten Lösung von Konkurrenzproblemen entwickelt. So wurde eine unmittelbare Vermögensgefährdung namentlich in den Fällen bejaht, in denen durch eine sich anschließende Verwertungshandlung kein oder nur ein geringeres Delikt verwirklicht worden wäre. Ein frühzeitiger Schadenseintritt wurde hingegen verneint, wenn andere, gleichwertige Strafvorschriften für die spätere Ausnutzung der erlangten Positionen bereitstanden.¹⁴ Letzteres trifft auch beim Phishing zu, bei dem die der Datenerlangung folgende Datenverwertung als Computerbetrug nach § 263a StGB strafbar ist, wie unten noch aufgezeigt wird.

e) § 263a Abs. 3 StGB

Allerdings könnte mit der Einrichtung der Website bzw. dem Versand der Phishing-E-Mail eine Vorbereitungshandlung zum Computerbetrug gem. § 263a Abs. 3 StGB verwirklicht sein. Die Vorschrift untersagt bestimmte Vorbereitungshandlungen, die im Zusammenhang mit Computerprogrammen stehen, deren Zweck die Begehung eines Computerbetrugs ist. Computerprogramme sind aber nur lauffähige Applikationen, sodass die Phishing-E-Mail dieses Tatbestandsmerkmal nicht erfüllt. Aber auch durch die Einrichtung der Phishing-Site wird § 263a Abs. 3 StGB – selbst dann, wenn man die Homepage als Computerprogramm einstufen würde – nicht verwirklicht, da sie nicht unmittelbar der Durchführung des späteren Computerbetrugs dient.¹⁵

f) § 269 StGB

Denkbar ist auch eine Strafbarkeit des Phishers wegen Fälschung beweisheblicher Daten. Dabei ist zwischen der Phishing-E-Mail und der Phishing-Website zu differenzieren.

⁵ Popp MMR 2006, 84, 85.
⁶ Stuckenberg ZStW 118 (2006), 878, 884.
⁷ Popp MMR 2006, 84, 85; Marberth-Kubicki DRiZ 2007, 212.
⁸ Goeckenjan wistra 2009, 47, 51.
⁹ Stuckenberg ZStW 118 (2006), 878, 905.

¹⁰ Goeckenjan wistra 2008, 128, 130; Graf NSTZ 2007, 129, 130; mit anderer Begründung Weber HRRS 2004, 406, 408.
¹¹ Goeckenjan wistra 2008, 128, 130.
¹² Stuckenberg ZStW 118 (2006), 878, 899; Buggisch/Kerling Kriminalistik 2006, 531, 534.
¹³ Weber HRRS 2004, 406, 408 f.
¹⁴ Heghmanns wistra 2007, 167, 168.
¹⁵ Gercke CR 2005, 606, 608.

aa) Die Phishing-E-Mail

Einer Meinung nach macht sich der Phisher mit dem Verschicken der Phishing-E-Mail nach § 269 StGB strafbar¹⁶: Eine rechtlich relevante und zum Beweis im Rechtsverkehr bestimmte Gedankenerklärung läge vor, denn der Absender erwecke den Eindruck, dass er den Empfänger zu einer vertragsgemäßen Mitwirkung auffordere. Weil in der Nachricht im Namen der Bank gesprochen sowie ihr Logo verwendet wird, in der Unterschriftenzeile eine Abteilung der Bank erscheint und zu meist auch die Absenderangabe der E-Mail den Namen der Bank in irgendeiner Form enthält, gehe auch ein konkreter Aussteller aus der E-Mail hervor. Mit dem Senden der E-Mail verwirkliche der Täter dann die Tathandlung des Speicherns, da die Mail auf dem Mail-Server des Empfängers bzw. auf dessen Rechner abgelegt werde.¹⁷ Anderer Ansicht nach ist jedoch bereits zweifelhaft, ob Phishing-Mails mit der Aufforderung, Zugangsinformationen zu übersenden, rechtserhebliche Erklärungen darstellen und damit beweishebliche Daten enthalten. Weil die E-Mails zudem üblicherweise millionenfach versendet werden und oft tatsächlich nicht existente Unternehmen als Absender genannt werden (z.B. „Volksbanken Raiffeisenbanken AG“), sei auch der Aussteller nicht erkennbar bzw. fehle es an einem realen Aussteller. Dies gelte auch, wenn als Absender „sparkasse.de“ ohne weitere Angabe eines Ortes oder zusätzliche Kennzeichnung sowie ohne jede auch nur formale Unterzeichnung der Mail angegeben sei. Etwas anderes treffe allenfalls bei Phishing-Mails mit dem angeblichen Absender bundesweiter Großbanken (z.B. Postbank, Deutsche Bank usw.) zu, wenn diese zwar ebenfalls in regionale Geschäfts- oder Zweigstellen unterteilt sind, ein Auszahlungsanspruch des Kunden sich jedoch letztlich durchaus gegen die Bank als solche richten würde.¹⁸

Diese Meinung vermag aber nicht zu überzeugen. Die Beziehung zum Geldinstitut und insbesondere angebliche Sicherheitsprobleme, auf die in den Phishing-Mails häufig als Vorwand zurückgegriffen wird, stellen thematisch eine für ein Rechtsverfahren geeignete Materie dar, sodass es sich bei den Nachrichten um beweishebliche Daten handelt.¹⁹ Zudem ist die Erkennbarkeit des Ausstellers gegeben, denn diese setzt seine tatsächliche Existenz nicht voraus.²⁰ An der Urkundeneigenschaft mangelt es vielmehr nur dann, wenn der Aussteller mit einem Phantasie- oder Decknamen angegeben ist und sich für den Erklärungsempfänger ohne Weiteres ergibt, dass eine Person dieses Namens gar nicht existiert.²¹ Im Falle der Kombination von real existierendem Bankennamen und „falschem“ Firmenzusatz ist dies jedoch gerade nicht anzunehmen, da der juristisch nicht vorgebildete Bankkunde die Rechtsformen der jeweiligen Unternehmen regelmäßig nicht kennen wird. Auch der Umstand, dass die Phishing-Mail oftmals millionenfach versendet wird,

¹⁶ Stuckenberg ZStW (118) 2006, 878, 886 ff.; Goetzenjan wistra 2008, 128, 130; ohne Differenzierung Knupfer MMR 2004, 641, 642; Heghmanns wistra 2007, 167.

¹⁷ Stuckenberg ZStW 118 (2006), 878, 886.

¹⁸ Graf NSTZ 2007, 129, 131 f.

¹⁹ Gercke CR 2005, 606, 609.

²⁰ BGHSt 5, 149.

²¹ OLG Koblenz NSTZ-RR 2008, 120 (120 f.).

spricht nicht gegen die Ausstellererkennbarkeit, da der Empfänger – auf dessen Verständnis es allein ankommt²² – schließlich davon ausgeht, eine individuelle Nachricht erhalten zu haben. Das Verschicken von E-Mails unter der Vorspiegelung, Absender der Nachricht sei eine Bank, die die Daten ihrer Kunden überprüfen wolle, erfüllt also den Tatbestand des § 269 StGB.

bb) Die Phishing-Website

Auch im Hinblick auf die Phishing-Website ist umstritten, ob eine Strafbarkeit wegen Fälschung beweisheblicher Daten gegeben ist. Voraussetzung hierfür ist wiederum eine Gedankenerklärung, deren Inhalt nicht von ihrem angeblichen Aussteller herrührt. Geht man davon aus, dass unter den spezifischen Bedingungen des Internets stehe, weil er nur durch sie eindeutig namentlich identifiziert werden könne, so fehlt es an der Beeinträchtigung der Garantiefunktion. Denn die angegebene IP-Adresse ist ja richtig, gefälscht ist allein der auf der Benutzerebene verwendete „domain name“.²³ Diese Ansicht überzeugt jedoch nicht. Die Website ist – genau wie die Phishing-E-Mail – eine unechte Datenurkunde. Auch sie enthält die beweishebliche Aufforderung, im Rahmen der vertraglichen Beziehungen zwischen Bankhaus und Kunde Daten einzugeben und die Tatsache, dass sich versteckt auf der Website die richtige, vom Täter verwendete IP-Adresse befindet, steht dem Merkmal der Unechtheit nicht entgegen. Hierfür reicht aus, wenn für einen durchschnittlichen Empfänger in ausreichendem Maße eine falsche Herkunft vorspiegelt wird, was aufgrund des auf der Website enthaltenen Textes und des falschen Banklogos der Fall ist. Auf die nur für Erfahrene zu deutende URL kommt es insoweit nicht an.²⁴ Das Erstellen der Phishing-Website erfüllt damit ebenfalls den Tatbestand des § 269 StGB.

g) §§ 303a, b StGB

Des Weiteren ist eine Strafbarkeit des Phishers nach §§ 303a und 303b StGB in Erwägung zu ziehen. § 303a StGB scheidet jedoch daran, dass durch das Versenden von Phishing-E-Mails bzw. das Bereitstellen der Website allein keine von § 303a StGB geschützten Daten gelöscht, unterdrückt, unbrauchbar gemacht oder verändert werden. Für eine Strafbarkeit nach § 303b StGB fehlt es jedenfalls an der hierfür erforderlichen Störung einer Datenverarbeitung.²⁵

h) §§ 143, 143a MarkenG und §§ 106 ff. UrhG

Der Phisher macht sich nach §§ 143, 143a MarkenG und §§ 106 ff. UrhG strafbar, wenn er in der E-Mail bzw. auf der Website eingetragene Kennzeichen (z.B. Logos von Banken) oder geschäftliche Bezeichnungen (z.B. Namen

²² Fischer, StGB, 57. Aufl. (2010), § 267 Rn. 7.

²³ Popp MMR 2006, 84, 85.

²⁴ Heghmanns wistra 2007, 167, 168.

²⁵ Goetzenjan wistra 2009, 47, 52.

von Banken) verwendet, die markenrechtlich bzw. urheberrechtlich geschützt sind.²⁶

i) § 44 Abs. 1 i.V.m § 43 Abs. 2 Nr. 1 BDSG

§ 44 Abs. 1 i.V.m § 43 Abs. 2 Nr. 1 BDSG wird durch den Phisher verwirklicht, wenn er über den Versand der Phishing-Mail tatsächlich die Zugangsdaten zum Online-Banking erhält. Kontonummer, PIN und TAN sind personenbezogene Daten i.S.d. § 3 Abs. 1 BDSG. Mangels wirksamer Einwilligung des Betroffenen handelt der Täter auch unbefugt (vgl. §§ 4 Abs. 1, 4a BDSG, wonach Voraussetzung für eine wirksame Einwilligung ist, dass der Betroffene auf den vorgesehenen Zweck der Erhebung hingewiesen wurde).²⁷ §§ 44 Abs. 1, 43 Abs. 2 Nr. 4 BDSG – Erschleichen der Datenübermittlung – ist dagegen nicht einschlägig, weil im Hinblick auf § 3 Abs. 4 Nr. 3 BDSG das „Übermitteln“ eine vorhergehende Datenerhebung oder -verarbeitung voraussetzt. Dies kann man bei den im Besitz des Kunden befindlichen Daten jedoch nicht annehmen.²⁸

2. Strafbarkeit der Datenverwendung

a) § 202a StGB

Indem er die durch Phishing erlangten Zugangsdaten für eine Onlineüberweisung zu Lasten des Kontos des Getäuschten nutzt, könnte sich der Phisher zunächst nach § 202a StGB strafbar machen. Von einem Teil der Literatur wird dies bejaht. Mit den erlangten Daten (PIN und TAN) verschaffe sich der Täter Zugang zu den Konto- oder Depotinformationen (z.B. zu Kontostammdaten oder Kontostand) des Opfers, welche nur für den Kontoinhaber bestimmt sowie durch die vorgeschaltete Abfrage der Zugangsdaten besonders gesichert seien, sodass er den Tatbestand des § 202a StGB folglich verwirkliche.²⁹ Nach anderer Ansicht scheidet eine Strafbarkeit des Phishers dagegen mangels Vorliegen einer besonderen Zugangssicherung aus. Denn durch die Weitergabe von PIN und TAN an den Phisher werde die Zugangsbeschränkung faktisch aufgehoben, woran auch der Umstand, dass das Phishing-Opfer durch Täuschung zur Herausgabe der Informationen veranlasst wird, nichts ändere.³⁰ Diese Argumentation überzeugt jedoch nicht. Mit der vorgeschalteten Zugangsdatenabfrage wurde eine Vorkehrung getroffen, die objektiv geeignet und subjektiv nach dem Willen des Berechtigten dazu bestimmt war, den Zugriff auf die Daten auszuschließen³¹, sodass de facto ursprünglich eine „besondere Sicherung“ i.S.d. § 202a StGB vorlag. Dass diese Sicherung letztlich durch die Mithilfe des Opfers ausgehebelt wird, ändert nichts an der Tatsache, dass sie anfänglich objektiv bestand. Die Auswirkung der Mitwirkungshandlung des Opfers auf die

²⁶ Goeckenjan wistra 2008, 128, 130; Beck/Dornis CR 2007, 642, 644.
²⁷ Goeckenjan wistra 2008, 128, 130; Heghmanns wistra 2007, 167, 169.
²⁸ Heghmanns wistra 2007, 167, 169, Fn. 25.
²⁹ Stuckenberg ZStW 118 (2006), 878, 906; Heghmanns wistra 2007, 167, 169.
³⁰ Graf NSTz 2007, 129, 131.
³¹ Fischer (Fn. 22), § 202 a Rn. 8.

Strafbarkeit des Phishers nach § 202a StGB ist vielmehr erst beim Tatbestandsmerkmal „unter Überwindung der Zugangssicherung“ zu diskutieren. Da § 202a StGB auf die Frage, wie der Zugangsschutz letztlich überwunden wird, aber nicht eingeht, steht das „selbstschädigende“ Verhalten des Opfers einer Strafbarkeit des Phishers nicht entgegen.³²

b) § 202b StGB

Wegen Abfangens von Daten macht sich der Phisher durch die Nutzung der „erschlichenen“ Daten hingegen nicht strafbar. Hierfür müsste er sich nämlich Daten aus einer nichtöffentlichen Datenübermittlung verschafft haben. Dies ist jedoch nur bei solchen Daten der Fall, die vom Berechtigten an einen Dritten (z.B. eine Bank) übermittelt und vom Täter mitgeschnitten werden. Bei der Datenverwendung durch den Phisher findet der Datenaustausch aber von vornherein zwischen ihm und dem Server der Bank statt, sodass es an einem „Abfangen“ fehlt.³³

c) § 263a StGB

Eine Strafbarkeit nach § 263a StGB kommt in der Totalalternative des unbefugten Verwendens von Daten in Betracht. Das Merkmal „unbefugt“ ist dabei nach h.M. betrugsspezifisch auszulegen, d.h. die Handlung des Phishers muss täuschungsäquivalent sein. Die Kreditinstitute vergeben PIN und TAN, um ihren Kunden damit im Rahmen des Online-Banking den Nachweis ihrer Identität zu ermöglichen, weshalb die Verwendung dieser Daten mit der Vorlage eines Ausweises bei persönlichem Geschäftskontakt verglichen werden kann. Die Identität von Anweisendem und Kontoinhaber wird damit zu einer Grundlage des Überweisungsvertrages und würde von einer natürlichen Person als selbstverständlich vorausgesetzt. Somit kommt die Datenverwendung einer Identitätstauschung gleich.³⁴ Ein rechtlich relevantes Einverständnis des Geschädigten liegt trotz bewusster Preisgabe der Daten dagegen nicht vor, da dieser die Daten ersichtlich nur innerhalb der von ihm vorgegebenen Zweckrichtung verwendet wissen will.³⁵ Die Datenverwendung durch den Phisher ist damit unbefugt. Indem der Täter die Passwörter beim kontoführenden Institut einsetzt und sich ins System einloggt, beeinflusst er zudem das Ergebnis eines automatisierten Datenverarbeitungsvorgangs, denn ohne Eingabe könnte er sich keinen Einfluss auf die Transaktionsmöglichkeiten verschaffen.³⁶ Der Datenverarbeitungsvorgang wirkt sich auch unmittelbar vermögensmindernd aus, da hierfür die Freigabe eines vermögensrelevanten Zugangs ausreicht.³⁷

Fraglich ist jedoch, bei wem der Vermögensschaden eintritt. Die Überweisung des Geldbetrages durch den Phisher auf das Zielkonto erfolgt – weil ohne bzw. gegen den

³² Knupfer MMR 2004, 641, 642.
³³ Goeckenjan wistra 2009, 47, 51.
³⁴ Weber HRRS 2004, 406, 407; Goeckenjan wistra 2008, 128, 132.
³⁵ Beck/Dornis CR 2007, 642, 642 Fn. 8.
³⁶ Weber HRRS 2004, 406, 407.
³⁷ Fischer (Fn. 22), § 263a Rn. 20.

Willen des Kontoinhabers³⁸- ohne dessen Autorisierung i.S.d. § 675j Abs. 1 S. 1, 4 BGB, sodass ihm gem. § 675u S. 2 BGB grundsätzlich ein Anspruch gegen die Bank auf Erstattung des Überweisungsbetrages zusteht. Zu beachten ist jedoch die Regelung des § 675v Abs. 1 und 2 BGB, wonach die Bank wiederum einen Schadensersatzanspruch gegen den Kontoinhaber hat, wenn der infolge eines nicht autorisierten Zahlungsvorgangs entstandene Schaden aufgrund der missbräuchlichen Verwendung eines Zahlungsauthentifizierungsinstrumentes (wozu auch das PIN und TAN-Verfahren beim Onlinebanking zählt³⁹) entstanden ist und der Kontoinhaber die personalisierten Sicherheitsmerkmale (d.h. PIN und TAN) nicht sicher aufbewahrt hat (§ 675v Abs. 1 S. 2 BGB) oder der Schaden von Letzterem durch grob fahrlässige Verletzung von Pflichten aus § 675l BGB⁴⁰ oder von vereinbarten Bedingungen für die Ausgabe und Nutzung von PIN und TAN herbeigeführt wurde (§ 675v Abs. 2 Nr. 1 und 2 BGB). Im Falle des § 675v Abs. 1 S. 2 BGB ist der vom Kontoinhaber zu ersetzende Schaden dabei höhenmäßig auf maximal 150 Euro begrenzt, der Anspruch der Bank besteht dafür aber unabhängig vom etwaigen Vorliegen eines Verschuldens.⁴¹ Im Falle des § 675v Abs. 2 BGB haftet der Kontoinhaber dagegen unbegrenzt. Ob die hier erforderliche grobe Fahrlässigkeit zu bejahen ist, richtet sich dabei nach den allgemeinen Grundsätzen der §§ 276, 277 BGB sowie den konkreten Umständen des Einzelfalls.⁴² Für die Frage, bei wem der Vermögensschaden eintritt, ergibt sich danach Folgendes: Eine – auf maximal 150 Euro begrenzte – Haftung des Kontoinhabers nach § 675v Abs. 1 S. 2 BGB wird beim Phishing aufgrund der Verschuldensunabhängigkeit dieses Schadensersatzanspruchs regelmäßig zu bejahen sein, sodass es sich beim Phishing-Opfer selbst also stets um einen Geschädigten handeln wird. Daneben erleidet aber auch die Bank einen Vermögensschaden, da sie dem Kontoinhaber den Rest des gehishten Betrages gem. § 675u S. 2 BGB zurückerstatten muss. Hat der Kontoinhaber dagegen aufgrund eines grob fahrlässigen Verhaltens nach § 675v Abs. 2 Nr. 1 oder 2 BGB den gesamten Schaden zu ersetzen, so ist allein bei ihm der Vermögensschaden zu verzeichnen.

d) §§ 269, 270 StGB

Denkbar ist auch eine Strafbarkeit wegen Fälschung beweisbarer Daten. Indem der Phisher die Zugangsdaten des Opfers auf der Website der Bank eingibt und online eine Überweisung tätigt, stellt er einen Da-

³⁸ Palandt, BGB, 69. Aufl. (2010), § 675l Rn. 6.

³⁹ Palandt (Fn. 38), § 675j Rn. 7.

⁴⁰ Nach § 675l BGB ist der Kontoinhaber dazu „verpflichtet, unmittelbar nach Erhalt eines Zahlungsauthentifizierungsinstrumentes alle zumutbaren Vorkehrungen zu treffen, um die personalisierten Sicherheitsmerkmale vor unbefugtem Zugriff zu schützen“ (S. 1) sowie „dem Zahlungsdienstleister (...) den Verlust, den Diebstahl, die missbräuchliche Verwendung oder die sonstige nicht autorisierte Nutzung eines Zahlungsauthentifizierungsinstrumentes unverzüglich anzuzeigen, nachdem er hiervon Kenntnis erlangt hat“ (S. 2).

⁴¹ Palandt (Fn. 38), § 675v Rn. 3; anders aber die Gesetzesbegründung BT-Drs. 16/11643 S. 113, die von einem Verschuldenselement spricht.

⁴² Palandt (Fn. 38), § 675v Rn. 5.

tensatz her, den die Bank speichert und dessen Erklärungsinhalt ein Überweisungsauftrag ist. Durch die Verwendung von PIN und TAN erklärt er, Verfügungsberechtigter über das Konto zu sein. Damit speichert der Phisher beweisbare Daten so, dass bei ihrer Wahrnehmung eine unechte Urkunde vorliegen würde. § 269 StGB setzt allerdings voraus, dass der Täter zur Täuschung im Rechtsverkehr gehandelt hat. Beim Onlinebanking handelt es sich aber um einen automatisierten Vorgang, bei dem folglich kein Mensch im Rechtsverkehr getäuscht werden kann. Aus diesem Grund muss auf die Regelung des § 270 StGB zurückgegriffen werden, wonach die fälschliche Beeinflussung einer Datenverarbeitung der Täuschung im Rechtsverkehr gleichsteht.⁴³

e) § 303a StGB

Da jede TAN nur einmal benutzt werden kann und somit nach der vom Phisher getätigten Onlineüberweisung vom Berechtigten für weitere Transaktionen nicht mehr verwendet werden kann, kommt eine Strafbarkeit nach § 303a StGB in der Tatvariante des „Unbrauchbarmachens“ in Betracht. Zu beachten ist jedoch, dass es sich beim Unbrauchbarmachen um das elektronische Pendant zum „Beschädigen“ i.S.d. § 303 StGB handelt. Die Verwendung eines Gegenstandes zu dessen bestimmungsgemäßem Ge- oder Verbrauch ist aber gerade keine Sachbeschädigung. Aus diesem Grunde macht auch die bestimmungsgemäße Benutzung eines Zugangscodes diesen nicht unbrauchbar, und zwar auch dann nicht, wenn er anschließend nicht mehr verwendet werden kann.⁴⁴

f) § 303b StGB

Die Tätiung einer Online-Überweisung könnte zwar eine Eingabe bzw. Übermittlung von Daten in der Absicht, einem anderen einen Nachteil zuzufügen, sein. Eine Strafbarkeit nach § 303b Abs. 1 Nr. 2 StGB scheidet aber an der fehlenden Beeinträchtigung einer Datenverarbeitung.⁴⁵

3. Strafbarkeit von Vorbereitungshandlungen nach § 202c StGB

Handlungen, die die Datenerlangung vorbereiten, erfüllen den Tatbestand des § 202c StGB nicht, da diese nicht nach §§ 202a, b StGB strafbar ist. Was Vorbereitungshandlungen zur Datenverwendung betrifft, so ist § 202c StGB zwar einschlägig, aber gegenüber dem vom Phisher verwirklichten § 202a StGB subsidiär.⁴⁶

4. Strafbarkeit wegen Anwerbung des Finanzagenten nach § 263 StGB

Indem der Phisher per Spam-Mail einen Finanzkurier anwirbt, könnte er sich wegen Betruges zu dessen Lasten

⁴³ Stuckenberg ZStW 118 (2006), 878, 906; Goeckenjan wistra 2008, 128, 132.

⁴⁴ Goeckenjan wistra 2009, 47, 53.

⁴⁵ Goeckenjan wistra 2009, 47, 53.

⁴⁶ Heghmanns wistra 2007, 167, 170.

strafbar machen. Eine Täuschungshandlung liegt vor, da der Phisher die Aufgaben des Kuriers in der E-Mail anders darstellt, als dies seiner tatsächlich vorgesehenen Rolle entspricht. Sieht man Arbeitsleistungen als Bestandteil des rechtlich geschützten Vermögens an, so ist auch eine irrtumsbedingte Vermögensverfügung in Form der vom Finanzkurier erbrachten Dienstleistung gegeben. Aufgrund der Tatsache, dass der Agent der Bank des Kontoinhabers aus Bereicherungsrecht haftet, ist schließlich auch ein Vermögensschaden zu bejahen. Letztlich scheidet eine Betrugsstrafbarkeit jedoch an der fehlenden Stoffgleichheit zwischen dem vom Phisher erstrebten Vermögensvorteil und dem beim Agenten eingetretenen Vermögensschaden.⁴⁷

III. Strafbarkeit des Finanzkuriers

1. §§ 263a, 27 StGB

Denkbar wäre eine Strafbarkeit wegen Beihilfe zum Computerbetrug. Dabei stellt sich zunächst die Frage, worin genau die Gehilfenhandlung zu sehen ist. Zum einen könnte man daran anknüpfen, dass der Finanzkurier das ihm überwiesene Guthaben von seinem Konto abhebt und nach Abzug seiner Provision an den Phisher transferiert. Dann stellt sich jedoch das Problem der sukzessiven Beihilfe, denn mit der Belastungsbuchung auf dem Ausgangskonto ist der vom Phisher begangene Computerbetrug bereits vollendet, d.h. der Finanzkurier leistet seinen Tatbeitrag in der Phase zwischen Vollen- dung und Beendigung.⁴⁸

Sieht man die Gehilfenhandlung dagegen bereits in der Übermittlung der eigenen Kontodaten des Kuriers an den Phisher, so braucht auf diese Thematik nicht eingegangen zu werden. Fraglich ist jedoch, ob man darin bereits den Tatbeitrag des Gehilfen sehen kann. Gegen diese Annahme wird angeführt, dass der Finanzkurier dem Phisher zwar seine Kontodaten übermitteln müsse, bevor dieser die Abbuchung vornehmen könne, die tatbestandliche Handlung des Haupttäters bestehe aber in der unberechtigten Verwendung der Zugangsdaten für eine Überweisung und für diese sei schließlich jedes Konto – also auch das des Phishers selbst – geeignet. Damit fehle es aber an einem „Fördern oder Erleichtern der Haupttat“, was für das Vorliegen einer Gehilfenhandlung jedoch zwingend erforderlich sei.⁴⁹ Die Gegenansicht⁵⁰ wendet gegen diese Argumentation aber richtigerweise ein, dass es für die Beurteilung, ob ein geeigneter Tatbeitrag des Gehilfen vorliegt oder nicht, auf den wirklichen Geschehensablauf ankommt und ein Hinzudenken von Reserveursachen nicht zulässig ist.⁵¹ Die Herausgabe der Kontodaten ermöglicht die tatbestandliche Handlung erst, sodass objektiv ein Hilfeleisten zur Tat i.S.d. § 27 StGB gegeben ist.

Ein weiteres Problem ergibt sich im Hinblick auf den erforderlichen doppelten Gehilfenvorsatz, denn in der

Regel wird der Finanzagent über die wahren Absichten des Phishers getäuscht oder zumindest im Unklaren gelassen. Allein das Wissen oder die Vermutung, dass das Geld aus irgendeiner Straftat herrührt, kann aber für den Gehilfenvorsatz nicht ausreichen. Vielmehr muss die Haupttat zumindest ihrer Art nach umrissen sein.⁵² Der Finanzagent handelt daher allenfalls dann vorsätzlich, wenn er auf Grund der weit verbreiteten Informationen über Phishing oder auf Grund von vorangehenden Kontakten mit Bankangestellten oder Polizeibeamten davon ausgeht oder weiß, dass das ihm überwiesene Geld aus einem Computerbetrug stammt. In den meisten Fällen wird man allerdings in Ermangelung von Beweisen zu Gunsten des schweigenden Finanzagenten annehmen müssen, dass er sich eine ganz andere rechtswidrige Tat als den begangenen Computerbetrug als Vortat vorgestellt hat. Sofern der Finanzagent von einer anderen, nicht vergleichbaren Haupttat ausgeht, ist sein Handeln lediglich als Versuch der Beihilfe zu der von ihm vorgestellten Haupttat zu werten und daher straflos.⁵³

2. § 261 StGB

Eine Strafbarkeit wegen Geldwäsche kommt ausschließlich in den Fällen in Betracht, in denen der Finanzagent nicht wegen Beteiligung an der Vortat bestraft wird. Andernfalls scheidet die Strafbarkeit infolge des persönlichen Strafausschlussgrundes in § 261 Abs. 9 S. 2 StGB aus.⁵⁴

Da der Phisher in der Regel durch wiederholte Computerbetrügereien für sich oder einen Dritten eine fortlaufende Einnahmequelle von nicht unerheblicher Dauer und einigem Umfang verschaffen will, liegt eine taugliche Katalogtat in Form des gewerbsmäßigen Computerbetrugs vor (§ 261 Abs. 1 S. 2 Nr. 4 lit. a StGB).⁵⁵ Zudem stellt das durch die unberechtigte Überweisung des Phishers entstandene Guthaben auf dem Konto des Finanzagenten einen „Gegenstand“ i.S.d. § 261 Abs. 1 StGB dar, da hiervon neben Bargeld auch alle weiteren Vermögenswerte wie Buchgeld und andere Forderungen erfasst werden.⁵⁶ Auch die Geldscheine, die der Finanzkurier erhält, wenn er sich das Guthaben auszahlen lässt, stellen noch Gegenstände dar, die aus einer Straftat nach § 261 Abs. 1 S. 2 StGB herrühren.⁵⁷

Fraglich ist jedoch, worin die tatbestandsmäßige Handlung besteht. Das LG Darmstadt⁵⁸ sieht die Geldwäschehandlung i.S.d. § 261 Abs. 1 StGB bereits in dem Moment als verwirklicht an, in dem der Finanzagent seine Kontoverbindungen an den Phisher mitteilt. Dabei erkennt es jedoch, dass zu diesem Zeitpunkt noch gar kein Gegenstand existiert, der aus einer Katalogtat herrührt, denn der Finanzagent muss ja zuerst einmal seine Kontonummer und Bankleitzahl an den Phisher weitergeben,

⁵² Goeckenjan wistra 2008, 128, 133; Heghmanns wistra 2006, 167, 169.

⁵³ Neuheuser NSTZ 2008, 492, 494.

⁵⁴ Neuheuser NSTZ 2008, 492, 494.

⁵⁵ Neuheuser NSTZ 2008, 492, 494.

⁵⁶ Fischer (Fn. 22), § 261 Rn. 6.

⁵⁷ Goeckenjan wistra 2008, 128, 134.

⁵⁸ LG Darmstadt ZUM 2006, 876, 878; Popp jurisPR-ITR 6/2008 Anm. 4.

⁴⁷ Goeckenjan wistra 2008, 128, 132 f.

⁴⁸ Goeckenjan wistra 2008, 128, 133.

⁴⁹ Kögel wistra 2007, 206, 207.

⁵⁰ Goeckenjan wistra 2008, 128, 133.

⁵¹ Lenckner, in: Schönke/Schröder, StGB, 27. Aufl. (2007), Vor § 13 Rn. 80.

bevor dieser einen Computerbetrug begehen kann. Damit handelt es sich bei der Angabe der Kontoverbindung lediglich um eine tatbestandlich noch nicht erfasste Vorbereitungshandlung zur Geldwäsche.⁵⁹

Aus demselben Grund ist – entgegen der Ansicht des AG Neunkirchen⁶⁰ – zu diesem Zeitpunkt auch kein „Verwahren“ (§ 261 Abs. 2 Nr. 2 Var. 1 StGB) gegeben.⁶¹ Vereinzelt⁶² wird die Geldwäschebehandlung in der „Entgegennahme“ der transferierten Summe auf dem Konto des Finanzagenten gesehen. Bei der „Entgegennahme auf dem Konto“ handelt es sich aber um nichts anderes als die Gutschrift des Betrages auf dem Zielkonto durch die jeweilige Bank. Diese liegt jedoch nicht im Einflussbereich des Finanzkuriers, sodass es an einer rechtlich relevanten Handlung des Finanzkuriers fehlt.⁶³ Damit kommen als Tathandlungen des Finanzagenten nur das Abheben der gutgeschrieben Summe von seinem Konto sowie die Transferierung des Geldes ins Ausland in Betracht. Bezüglich des Abhebens ist dabei eine Subsumtion unter mehrere Tatbestandsvarianten denkbar⁶⁴, wobei es aufgrund der Tatsache, dass der Finanzkurier dadurch die tatsächliche Verfügungsgewalt über die Geldscheine erlangt, am überzeugendsten erscheint, ein „Verschaffen“ i.S.d. § 261 Abs. 2 Nr. 1 StGB anzunehmen. Ein Ausschluss der Strafbarkeit nach § 261 Abs. 6 StGB kommt dabei nicht in Betracht, denn beim bemakelten Gegenstand handelt es sich letztlich um den Auszahlungsanspruch des Agenten gegenüber seiner Bank und diese Forderung erwirbt niemand anderer als der Finanzkurier selbst.⁶⁵ Auch was die Transferierung des Geldes ins Ausland betrifft, stellt sich die Frage, welche der Tatbestandsvarianten einschlägig ist.⁶⁶ Ein „Vereiteln“ i.S.d. § 261 Abs. 1 StGB scheidet aus, denn der Zugriff der Strafverfolgungsbehörden auf die Geldsumme wird durch die Transferierung zumindest noch nicht unmöglich gemacht. Für ein „Gefährden“ fehlt es an der erforderlichen Konkretheit der Gefahr, welche nur dann gegeben sein dürfte, wenn die jeweilige Ermittlungsmaßnahme zum Tatzeitpunkt bereits eingeleitet ist. Dies wird zu meist jedoch nicht der Fall sein. Der Begriff des „Verbergens“ erfasst nur körperlich-gegenständliche Akte, die das Auffinden des konkreten Gegenstands ganz verhindern und damit seine Existenz leugnen sollen. Durch die Transferierung wird aber nicht der Vermögenswert an

sich, sondern nur sein deliktischer Ursprung der Sichtbarkeit entzogen. Es liegt vielmehr ein „Verschleiern der Herkunft“ vor, weil die Übermittlung des inkriminierten Geldes ins Ausland es den Behörden erschweren wird, dessen Herkunft zurückzuerfolgen.⁶⁷

Ein weiteres Problem stellt sich im Hinblick auf den subjektiven Tatbestand. Denn regelmäßig werden zwar viele Anhaltspunkte dafür vorliegen, dass das Geld illegaler Herkunft ist (Auftrag von unbekannt bleibender Person, gleichwohl Anvertrauen einer nicht unerheblichen Geldsumme, hohe Provision für nur geringen Arbeitsaufwand), für den Vorsatz ist jedoch erforderlich, dass sich der Finanzagent in groben Zügen eine Katalogtat vorstellt.⁶⁸ Dies wird meist aber nicht der Fall sein, da auch hierfür die Vorstellung, dass das Geld aus einem „illegalen Geschäft“ stamme, nicht ausreicht. In Betracht kommt dafür aber eine leichtfertige Begehung nach § 261 Abs. 5 StGB, wenn der im Übrigen vorsätzlich Handelnde in grober Unachtsamkeit oder besonderer Gleichgültigkeit nicht bedenkt, dass der Gegenstand aus einer in § 261 Abs. 1 S. 2 StGB bezeichneten Tat herrühren könnte, obwohl sich die Herkunft aus einer Katalogtat geradezu aufdrängt.⁶⁹ Dies ist etwa dann der Fall, wenn sich ein Finanzkurier, dessen Konto nach einer vorangegangenen unberechtigten Überweisung bereits gesperrt wurde und der daraufhin Informationen über mögliche vorausgegangene Phishingangriffe erlangt, in der Hoffnung, bei dem nächsten Auftrag handle es sich um eine legale Überweisung, erneut auf eine solche Transaktion einlässt.⁷⁰

3. § 31 Abs. 1 Nr. 2 i.V.m. § 8 Abs. 1 S. 1 i.V.m. § 1 Abs. 2 Nr. 6 ZAG

Indem sich der Finanzagent dazu bereiterklärt, gegen eine Provision Beträge aus Überweisungen, die auf einem eigens eingerichteten Girokonto eingehen, in bar abzuheben und an ein Western-Union-Konto zu transferieren, besorgt er Zahlungsdienste i.S.d. § 1 Abs. 2 Nr. 6 ZAG. Eine Strafbarkeit nach § 31 Abs. 1 Nr. 2 ZAG ist jedoch nur dann gegeben, wenn er seine Dienste „gewerbsmäßig oder in einem Umfang, der einen in kaufmännischer Weise eingerichteten Geschäftsbetrieb erfordert, (...) als Zahlungsinstitut“ erbringt, da die Zahlungsdienstleistung nur dann gem. § 8 Abs. 1 S. 1 ZAG erlaubnispflichtig ist.⁷¹

IV. Zusammenfassung

Der Phishingtäter macht sich schon bei der Datenbeschaffung durch das Verschicken der Phishing-E-Mail nach § 269 StGB strafbar. Auch das Erstellen der Phishing-Website erfüllt diesen Straftatbestand. Darüber

⁵⁹ Goeckenjan wistra 2008, 128, 134; Neuheuser NStZ 2008, 492, 495.

⁶⁰ AG Neunkirchen Urt. v. 13.3.2007 – 11 Ds 33 Js 1148/06 (27/07).

⁶¹ Goeckenjan wistra 2008, 128, 134.

⁶² Kögel wistra 2007, 206, 209.

⁶³ Goeckenjan wistra 2008, 128, 134.

⁶⁴ Nach Popp jurisPR-ITR 6/2008 Anm. 4, wird durch das Abheben des Geldes das Auffinden eines aus der Vortat herrührenden Gegenstandes vereitelt oder wenigstens gefährdet (§ 261 Abs. 1 S. 1 StGB). Subsidiär komme § 261 Abs. 2 StGB zur Anwendung, da sich der Finanzagent das Geld zunächst verschafft und anschließend verwendet.

⁶⁵ Goeckenjan wistra 2008, 128, 134.

⁶⁶ Neuheuser NStZ 2008, 492, 495 f. sieht im Überweisen in einen fremden Staat ein „Verbergen“, im Abheben und Barüberweisen ins Ausland ein „Verschleiern“. Zudem käme es zu einer „Vereitelung“ bzw. „Gefährdung“ der staatlichen Zugriffsmaßnahmen i.S.v. § 261 Abs. 1 StGB (so auch Popp jurisPR-ITR 6/2008 Anm. 4).

⁶⁷ Goeckenjan wistra 2008, 128, 134.

⁶⁸ Goeckenjan wistra 2008, 128, 135.

⁶⁹ Stree, in: Schönke/Schröder, 27. Aufl. (2006), § 261 Rn. 19.

⁷⁰ LG Darmstadt wistra 2006, 468, 470; Goeckenjan wistra 2008, 128, 135.

⁷¹ Zu § 54 Abs. 1 Nr. 2 i.V.m. § 32 Abs. 1 S. 1 i.V.m. § 1 Abs. 1a 2 Nr. 6 KWG a.F.: AG Überlingen Urt. v. 1.6.2006 – 1 Cs 60 Js 26466/05 – AK 183/06; Heghmanns wistra 2007, 167, 170.

hinaus sind die Tatbestände der §§ 143, 143a MarkenG bzw. §§ 106 ff. UrhG verwirklicht, wenn er markenrechtlich bzw. urheberrechtlich geschützte Kennzeichen oder Bezeichnungen verwendet. Durch die anschließende Datenverwendung macht sich der Phisher zunächst nach § 202a StGB strafbar, indem er sich durch die „gephisheten“ Daten Zugang zu den Konto- und Depotinformationen verschafft. Zugleich macht er sich durch die Verwendung der Daten für die Onlineüberweisung nach § 263a StGB und §§ 269, 270 StGB strafbar. Der neu eingeführte § 202c StGB greift zwar hinsichtlich der Vorbereitungshandlungen für die Datenverwendung ein, ist jedoch gegenüber dem vom Phisher verwirklichten § 202a StGB

subsidiär. Eine Strafbarkeit des Finanzagenten nach §§ 263a, 27 StGB wird häufig am Gehilfenvorsatz scheitern, denn allein das Wissen oder Vermuten, dass das Geld aus irgendeiner Straftat herrührt reicht für den Gehilfenvorsatz nicht aus. Auch § 261 Abs. 1 StGB wird häufig am Vorsatz scheitern, denn hierfür ist erforderlich, dass sich der Finanzagent in groben Zügen eine Katalogtat vorstellt. In diesen Fällen kommt dann jedoch eine leichtfertige Begehung nach § 261 Abs. 5 StGB in Betracht. Des Weiteren verwirklicht der gewerbsmäßig handelnde Finanzkurier § 31 Abs. 1 Nr. 2 i.V.m. § 8 Abs. 1 S. 1 i.V.m. § 1 Abs. 2 Nr. 6 ZAG.

Aufsätze und Anmerkungen

Internationales Strafrecht und Strafzumessung

Überlegungen zu OLG Karlsruhe, Urteil vom 22.07. 2009 (1 Ss 177/08)

Von Dr. Dennis Bock, Kiel

Das deutsche Strafrecht gilt auch für Taten von Ausländern im Inland (§§ 3, 9 StGB) sowie in gewissem Umfang auch für Taten Deutscher im Ausland (§§ 5-7 StGB). Der Beitrag beschäftigt sich mit dem Einfluss der internationalen Strafrechtsanwendung auf die Strafzumessung. Er kommt in Übereinstimmung mit dem BGH und entgegen dem OLG Karlsruhe zu dem Ergebnis, dass bei der Strafzumessung stets Art und Maß des Tatortrechts zu berücksichtigen sind. Die Nichtberücksichtigung ist revisibel.

I. Einführung

Die §§ 3 ff. StGB regeln den räumlichen und personellen Geltungsbereich des deutschen Strafrechts.¹ Es handelt sich bei dem sog. internationalen Strafrecht² um Meta-Normen, die die Anwendung des materiellen Strafrechts insofern einschränken.³ Auf Kollisionen mit ausländischen Strafrechtsordnungen nehmen diese recht weiten Vorschriften keine Rücksicht.⁴ Die Lösung der durch die weite Anwendbarkeit des deutschen Strafrechts geschaffenen Anwendungskonflikte obliegt dem § 51 III, IV 2 StGB sowie internationalen Normen (z.B. Art. 54 SDÜ).

¹ Vgl. nur *Kindhäuser*, in: LPK, 4. Aufl. (2010), vor § 3 Rn. 1; nur ganz vereinzelt trifft der jeweilige Tatbestand Anordnungen zum räumlichen Geltungsbereich der Norm, vgl. § 84 I StGB.

² Zur missverständlichen Begrifflichkeit *Satzger*, in: *Satzger/Schmitt/Widmaier*, StGB (2009), vor § 3 Rn. 1; *Eser*, in: *Sch/Sch*, 27. Aufl. (2006), vor § 3 Rn. 1; *Oehler*, Internationales Strafrecht, 2. Aufl. (1983), Rn. 1 ff., zur Historie Rn. 48 ff.; *Scholten*, Das Erfordernis der Tatortstrafbarkeit in § 7 StGB (1995), S. 7 ff.

³ *Hoyer*, in: *SK-StGB* (1997), vor § 3 Rn. 4.

⁴ *Lackner/Kühl*, StGB, 26. Aufl. (2007), vor § 3 Rn. 1 halten die §§ 3 ff. StGB nicht zu Unrecht für reformbedürftig.

Ferner ist es Aufgabe der Strafzumessung, dem Auseinanderfallen von Heimatstaat und Tatort Rechnung zu tragen. Hierbei lassen sich zwei Konstellationen unterscheiden: Erstens Taten von Ausländern in Deutschland, zweitens Taten von Deutschen im Ausland.⁵

II. Ausländer in Deutschland

Gem. §§ 3, 9 StGB gilt das völkerrechtlich unproblematische Territorialitätsprinzip.⁶ Taten in Deutschland unterfallen dem deutschen Strafrecht.⁷ Die Nationalität des Täters ist irrelevant.⁸ Auch die Strafzumessung wird durch die Ausländereigenschaft als solche nicht berührt.⁹ Insbesondere ist eine Strafschärfung wegen einer sog. Verletzung des Gastrechts unzulässig.¹⁰ Aufgrund der besonderen Situation eines in Deutschland lebenden Ausländers (Verständigungsprobleme, wesentlich abwei-

⁵ Hinzu kommen Taten von Ausländern im Ausland, die nach deutschem Recht strafbar sein können, mit denen sich dieser Beitrag aber nicht beschäftigen soll; vgl. *Schnorr von Carolsfeld*, in: *Frisch* (Hrsg.), FS Bruns (1978), 271, 276, 288 ff.

⁶ Vgl. *Kindhäuser*, in: LPK (Fn. 1), § 3 Rn. 1; *Satzger*, Internationales und Europäisches Strafrecht, 3. Aufl. 2009, § 5 Rn. 7; *Rath* JA 2007, 26, 29; *Walter* JuS 2006, 870, 871; *Werle/Jeßberger*, in: LK, 12. Aufl. (2007), vor § 3 Rn. 222.

⁷ Zum Begriff des Inlands vgl. *Fischer*, StGB, 57. Aufl. (2010), vor § 3 Rn. 12 ff.; *Kindhäuser*, in: LPK (Fn. 1), vor § 3 Rn. 13; *Eser*, in: *Sch/Sch* (Fn. 2), vor § 3 Rn. 26 ff.

⁸ *Fischer*, StGB (Fn. 7), vor § 3 Rn. 21.

⁹ Vgl. nur BGH StV 1993, 358; *Franke*, in: *MüKo-StGB* (2003), § 46 Rn. 33, 46; *Theune*, in: LK, 12. Aufl. (2006), § 46 Rn. 17, 186.

¹⁰ BGH NJW 1972, 2191; BGH NStZ 1993, 337 f.; *Streng*, Strafrechtliche Sanktionen, 2. Aufl. (2002), Rn. 570.

chende Lebensgewohnheiten, Fehlen familiärer Kontakte) können im konkreten Fall aber strafmildernde Erwägungen anzustellen sein.¹¹ Hierzu gehören auch fremde Wertvorstellungen.¹² Deren Gewicht richtet sich nach der Dauer des Aufenthalts in Deutschland. Je länger der Ausländer sein Heimatland verlassen hat, umso eher ist ihm zuzumuten, seine früheren Wertvorstellungen anhand der deutschen Vorstellungen kritisch zu überprüfen.¹³ Insbesondere in Fällen, die zwar nicht dem streng gehandhabten § 17 StGB unterfallen, in denen aber ein noch nicht allzu lang in Deutschland lebender Ausländer Täter einer Tat ist, die in seinem Heimatland gar nicht oder milder bestraft wird als in Deutschland, ist das reduzierte Unrechtsbewusstsein bei der Strafzumessung als Verringerung der Tatschuld zu berücksichtigen.¹⁴ Eine umgekehrt strafscharfende Berücksichtigung besonders drakonischer Strafen im Heimatland des Ausländers ist allerdings nicht mit den Strafzwecken der inländisch determinierten deutschen Strafrechtspflege in Einklang zu bringen.¹⁵

III. Deutsche im Ausland

Das in § 3 StGB zugrunde gelegte Territorialitätsprinzip als Selbstbeschränkung des deutschen Strafrechts wird durch die übrigen Normen des internationalen Strafrechts in weiten Bereichen wieder zunichte gemacht.¹⁶ Werden Deutsche¹⁷ nach deutschem Strafrecht in den §§ 5 ff. StGB für Taten belangt, die sie i.S.d. der §§ 3, 9 StGB im Ausland begangen haben, so folgt dies einem aktiven Personalitätsprinzip.¹⁸ Geschieht die deutsche Strafrechtsanwendung unabhängig von einer Strafbarkeit im Ausland, liegt dem in § 6 StGB (und im Grunde auch in § 5 StGB, auch wenn hier noch andere Prinzipien eine Rolle spielen¹⁹) ein Weltrechtsprinzip²⁰ zugrunde. Wenn demgegenüber zusätzlich darauf abgestellt wird, dass die Tat auch an ihrem ausländischen Tatort strafbar war (§ 7

StGB), greift das Prinzip der stellvertretenden Strafrechtspflege.²¹

1. Irrelevanz einer Tatortstrafbarkeit

Wenn das deutsche Strafrecht die Frage der Strafbarkeit am Tatort für unbeachtlich erklärt, stellt dies eine Unbeachtlichkeit ohne Rücksicht auf die völkerrechtliche Souveränität ausländischer Staaten dar.²² Sogar der sehr weite § 9 StGB wird ausgehebelt. Die Auswahl der Delikte erscheint hierbei inkohärent. Ganz grundsätzlich stellt sich das Problem des universellen Wertmaßstabs bzw. der Unterentwicklung ausländischer Maßstäbe.²³ Das Ziel der Verhinderung von Umgehungen²⁴ ist insofern uferlos, als es in einer positivistischen Rechtsordnung legitim ist, sein Handeln bis an die Grenzen der Verbotsnorm heranzuführen. Insofern stellen alle Auslandstaten Umgehungen dar, deren Erfassung die §§ 4 ff. StGB eher unsystematisch anstreben. Täter sollen nicht ein Strafrechtsgefälle zwischen In- und Ausland ausnutzen können.²⁵ Genau dies aber entspricht dem Wesen nationaler Souveränitäten i.V.m. der Öffnung der Grenzen zugunsten der Fortbewegungsfreiheit. Es soll verhindert werden, dass Reiche sich ins Ausland begeben, um dort straflose Taten zu begehen („Reichenprivileg“).²⁶ Freilich entspringt dies der schlichten Erleichterung der Fortbewegungsfreiheit durch Geldmittel. Unklar bleibt auch die Erschütterung des Normbewusstseins im Inland.²⁷ Abgesehen davon, dass es sich wie stets bei Fragen der Generalprävention um eine empirisch nicht nachgewiesene Unterstellung handelt, gilt Derartiges doch immer, wenn irgendwo in der Welt irgendein in Deutschland verbotes Verhalten straflos ist. All die Erwägungen, die §§ 5, 6 StGB legitimieren sollen, träfen auch für Taten zu, die nur unter § 7 StGB fallen.²⁸

2. Tat am Tatort mit Strafe bedroht: Prinzip der stellvertretenden Strafrechtspflege

a) Allgemeines

Überzeugender legitimierbar ist § 7 StGB, der sich zunächst auf die Geltung des passiven (Abs. 1) bzw. aktiven (§ 7 II Nr. 1 1. Var. StGB) Personalitätsprinzip stützen kann.²⁹

¹¹ Vgl. *Theune*, in: LK (Fn. 9), § 46 Rn. 17, 192; *Streng*, Strafrechtliche Sanktionen (Fn. 10), Rn. 567 ff.

¹² Vgl. BGH NJW 1980, 537; BGH StV 1981, 399 f.; BGH NStZ-RR 1997, 1; *Streng*, Strafrechtliche Sanktionen (Fn. 10), Rn. 569; ferner (in heute zweifelhafter Diktion) *Schnorr von Carolsfeld* (Fn. 5), 271, 278 f. („Mentalität“), 287 („Temperament mancher Südländer, ihre moralischen Ansichten, ihr Familiensinn u.ä.“)

¹³ BGH NJW 1995, 602 f.; BGHStV 1997, 183 f.; BGH NStZ-RR 1998, 298; *Franke*, in: MüKo-StGB (Fn. 9), § 46 Rn. 46; *Streng*, Strafrechtliche Sanktionen (Fn. 10), Rn. 569; *Schnorr von Carolsfeld* (Fn. 5), 271, 287.

¹⁴ Vgl. auch *Streng*, Strafrechtliche Sanktionen (Fn. 10), Rn. 569; *Horn*, in: SK-StGB (2001), § 46 Rn. 119.

¹⁵ Hierzu *Streng*, Strafrechtliche Sanktionen (Fn. 10), Rn. 571; *Schnorr von Carolsfeld* (Fn. 5), 271, 287.

¹⁶ Vgl. *Hoyer*, in: SK-StGB (Fn. 3), § 5 Rn. 1; *Rath JA* 2006, 435, 436.

¹⁷ Zum Begriff des Deutschen vgl. *Fischer*, StGB (Fn. 7), § 7 Rn. 2 ff.; *Kindhäuser*, in: LPK (Fn. 1), vor § 3 Rn. 15.

¹⁸ Vgl. *Hoyer*, in: SK-StGB (Fn. 3), vor § 3 Rn. 10, § 7 Rn. 8 f.

¹⁹ Vgl. nur *Satzger*, Internationales und Europäisches Strafrecht (Fn. 6), § 5 Rn. 62.

²⁰ Vgl. BGH NStZ 1991, 525; *Fischer*, StGB (Fn. 7), vor § 3 Rn. 3; *Kindhäuser*, in: LPK (Fn. 1), vor § 3 Rn. 3; *Satzger*, Internationales und Europäisches Strafrecht (Fn. 6), § 5 Rn. 69 ff.; *Walter JuS* 2006, 967, 968.

²¹ Vgl. *Hoyer*, in: SK-StGB (Fn. 3), vor § 3 Rn. 12, § 7 Rn. 8 f.; *Rath JA* 2007, 26, 31 f.; monographisch *Pappas*, Stellvertretende Strafrechtspflege (1996).

²² *Hoyer*, in: SK-StGB (Fn. 3), § 5 Rn. 1; kritisch auch *Satzger*, Internationales und Europäisches Strafrecht (Fn. 6), § 5 Rn. 60; *Oehler*, Internationales Strafrecht (Fn. 2), Rn. 148.

²³ *Eser*, in: Sch/Sch (Fn. 2), § 7 Rn. 1; *Satzger*, Internationales und Europäisches Strafrecht (Fn. 6), § 4 Rn. 13.

²⁴ Vgl. *Hoyer*, in: SK-StGB (Fn. 3), § 5 Rn. 24.

²⁵ *Hoyer*, in: SK-StGB (Fn. 3), § 5 Rn. 9.

²⁶ Vgl. *Hoyer*, in: SK-StGB (Fn. 3), vor § 3 Rn. 19, 24.

²⁷ *Hoyer*, in: SK-StGB (Fn. 3), vor § 3 Rn. 19, § 5 Rn. 22, 24.

²⁸ Vgl. auch *Scholten* (Fn. 2) S. 108 ff.

²⁹ *Satzger*, in: Satzger/Schmitt/Widmaier, StGB (Fn. 2), § 7 Rn. 2; *Eser*, in: Sch/Sch (Fn. 2), § 7 Rn. 1; *Satzger*, Internationales und Europäisches Strafrecht (Fn. 6), § 5 Rn. 75.

Da aber die Norm durchweg darauf abstellt, dass die Tat am Tatort mit Strafe bedroht ist (lex loci³⁰) oder der Tatort keiner Strafgewalt unterliegt, gilt zusätzlich das Prinzip der stellvertretenden Strafrechtspflege.³¹ Dieses hat ihren Ursprung in einer internationalen Solidarität bei der Strafverfolgung.³² Die deutsche Strafjustiz schreit ein, weil die ausländische Strafjustiz aus tatsächlichen oder rechtlichen Gründen an der Durchsetzung ihres Strafanspruchs gehindert ist.³³ Dies ist insbesondere dann der Fall, wenn sich der deutsche Täter wieder in Deutschland befindet und wegen Art. 16 II 1 GG³⁴ nicht ans Ausland ausgeliefert werden darf³⁵ („aut dedere aut punire“³⁶). Das deutsche Strafverfahren verhindert, dass die Tat ungesühnt bleibt. Das deutsche, nur subsidiäre³⁷ bzw. abgeleitete Strafinteresse wird daher durch das ausländische begrenzt. Die Legitimation der Ausdehnung des inländischen Geltungsanspruchs ergibt sich aus dem Willen des Tatortstaats, dem der Ergreifungsstaat nur seinen Arm leiht.³⁸ Es muss dem deutschen Täter grundsätzlich freistehen, im Ausland allein nach dem Recht seines Gastlands zu leben, ohne zusätzlich auch noch von der deutschen Rechtsordnung verfolgt zu werden³⁹ (zumal die Norm nicht voraussetzt, dass der Täter eine Lebensgrundlage in Deutschland hatte). Da es um die Ahndung fremder Störungen geht, dient das deutsche Strafrecht hier nur als Transformationsregel für die fremdstaatliche Norm.⁴⁰ Es entsteht zum einen ein technisches Problem: Inländische deutsche Gerichte werden zur Subsumtion unter ausländische Strafrechtsnormen gezwungen.⁴¹ Zum anderen gilt es, das Prinzip der stellvertretenden Strafrechtspflege als weise Selbstbeschränkung des deutschen Strafrechts konsequent anzuwenden. Auch eine Straflosigkeit von Auslandstaten muss selbst dann akzeptiert werden, wenn die Tat elementaren Rechtsgrundsätzen der inländischen Werteordnung wi-

derspricht.⁴² Die Gebietshoheit des betroffenen ausländischen Souveräns darf insofern nicht mehr als notwendig beeinträchtigt werden.⁴³ Die Reichweite des Stellvertretungsprinzips ist im Einzelnen höchst umstritten.⁴⁴

b) Das „Ob“ der Strafandrohung

Der Wortlaut des § 7 I, II StGB regelt eindeutig, dass die Tat im Ausland nach konkreter Betrachtungsweise⁴⁵ überhaupt strafbar gewesen sein muss. Erforderlich ist das Androhen einer Kriminalstrafe.⁴⁶ Eine Verwaltungsstrafsanction reicht nicht aus.⁴⁷

Umstritten ist, ob jede Strafbarkeit am Tatort unter irgendeinem Aspekt ausreicht⁴⁸, eine identische Schutzrichtung vorliegen muss⁴⁹ oder gar Deckungsgleichheit der Tatbestände erforderlich ist.⁵⁰ Zwar lässt es der Wortlaut zu, jedwede Strafbarkeit am Tatort ausreichen zu lassen. Jedoch liegt keine Befriedigung des nach ausländischem Recht bestehenden Strafanspruchs darin, wenn ein Täter in Deutschland aus einem ganz anderen Grund bestraft wird.⁵¹ Nur bei vergleichbarem Schutzgehalt der Tatbestände kann mithin von stellvertretender Strafrechtspflege die Rede sein.

Umstritten ist ferner, ob ausländische materiellrechtliche Straffreistellungsgründe beachtlich sind.⁵² Dies wird teilweise generell verneint⁵³, teils generell bejaht.⁵⁴ Wohl herrschend ist die Auffassung, dass die Beachtlichkeit ihre Grenzen in einem internationalen ordre-public-Vorbehalt findet.⁵⁵ Zutreffend ist die generelle Relevanz

³⁰ Werle/Jeßberger, in: LK (Fn. 6), § 7 Rn. 17.

³¹ Hoyer, in: SK-StGB (Fn. 3), § 7 Rn. 8 f.; Rath JA 2007, 26, 31f; vgl. auch Werle/Jeßberger, in: LK (Fn. 6), vor § 3 Rn. 248; BVerfG NJW 2001, 1848, 1852; anders Pappas (Fn. 21), S. 17 ff.

³² Hoyer, in: SK-StGB (Fn. 3), § 7 Rn. 4; Lemke, in: NK, 2. Aufl. (2005), vor § 3 Rn. 16; Jakobs, AT, 2. Aufl. (1991), 5/12; Pappas (Fn. 21), S. 11 f.; Oehler, Internationales Strafrecht (Fn. 2), Rn. 143 f., weist darauf hin, dass es sich um eine von Auslieferungssuchen abstrahierte Solidarität handelt; vgl. auch Rn. 811 ff.

³³ Fischer, StGB (Fn. 7), vor § 3 Rn. 3; Lackner/Kühl, StGB (Fn. 4), vor § 3 Rn. 2.

³⁴ Vgl. aber auch Art. 16 II 2 GG.

³⁵ Lackner NSTZ 1994, 235, 236; Kindhäuser, in: LPK (Fn. 1), § 7 Rn. 6; Lackner/Kühl, StGB (Fn. 4), § 7 Rn. 4; Walter JuS 2006, 967, 969; vgl. auch KG JR 1988, 345, 346; OLG Celle NJW 2001, 2734.

³⁶ Vgl. Oehler, Internationales Strafrecht (Fn. 2), Rn. 802.

³⁷ Vgl. Pappas (Fn. 21), S. 9; Scholten (Fn. 2) S. 43.

³⁸ Scholten (Fn. 2), S. 43.

³⁹ Hoyer, in: SK-StGB (Fn. 3), vor § 3 Rn. 16; vgl. auch Satzger, Internationales und Europäisches Strafrecht (Fn. 6), § 5 Rn. 89; Werle/Jeßberger, in: LK (Fn. 6), § 7 Rn. 20; Schnorr von Carolsfeld (Fn. 5), 271, 283.

⁴⁰ Jakobs, AT (Fn. 32), 5/12.

⁴¹ Satzger, Internationales und Europäisches Strafrecht (Fn. 6), § 4 Rn. 16, § 5 Rn. 80; Hoyer, in: SK-StGB (Fn. 3), vor § 3 Rn. 12; Werle/Jeßberger, in: LK (Fn. 6), § 7 Rn. 21 f.; Oehler, Internationales Strafrecht (Fn. 2), Rn. 144.

⁴² Hoyer, in: SK-StGB (Fn. 3), vor § 3 Rn. 12; vgl. auch Fischer, StGB (Fn. 7), § 7 Rn. 7.

⁴³ Werle/Jeßberger, in: LK (Fn. 6), § 7 Rn. 19 („souveränitätsschützende Funktion“ des Erfordernisses einer lex loci); vgl. auch Oehler, Internationales Strafrecht (Fn. 2), Rn. 145, der de lege ferenda zu Recht fordert, das Prinzip der stellvertretenden Strafrechtspflege auf einige wichtige allgemeine Rechtsgüter zu beschränken, zumal die Ausdehnung auf alle Güter praktisch nicht durchführbar ist; zum Gebot der Achtung fremder Souveränität Scholten (Fn. 2), S. 57 ff.

⁴⁴ Monographisch Scholten (Fn. 2)

⁴⁵ Eser, in: Sch/Sch (Fn. 2), § 7 Rn. 9; Satzger, Internationales und Europäisches Strafrecht (Fn. 6), § 5 Rn. 83; Lemke, in: NK (Fn. 32), § 7 Rn. 6.

⁴⁶ Rath JA 2007, 26, 32; Walter JuS 2006, 967, 968.

⁴⁷ BGHSt 27, 5; Satzger, Internationales und Europäisches Strafrecht (Fn. 6), § 5 Rn. 83.

⁴⁸ BGH NJW 1997, 951; OLG Celle NJW 2001, 2734; Ambos, in: MüKo-StGB (2003), § 7 Rn. 6.

⁴⁹ Hoyer, in: SK-StGB (Fn. 3), vor § 3 Rn. 38; Hoyer JR 2002, 34; Rath JA 2007, 26, 33.

⁵⁰ Jakobs, AT (Fn. 32), 5/19; Oehler, Internationales Strafrecht (Fn. 2), Rn. 151a.

⁵¹ Hoyer JR 2002, 34, 35; vgl. auch Satzger, Internationales und Europäisches Strafrecht (Fn. 6), § 5 Rn. 83, der auf ein völlig anderes rechtliches Gepräge abstellt.

⁵² Zsf. Rath JA 2007, 26, 33; Satzger, Internationales und Europäisches Strafrecht (Fn. 6), § 5 Rn. 84 ff.; Scholten (Fn. 2), S. 144 ff.

⁵³ Woesner ZRP 1976, 248, 250.

⁵⁴ Ambos, in: MüKo-StGB (Fn. 48), § 7 Rn. 10; Grünwald StV 1991, 33.

⁵⁵ BGH NJW 1997, 951; OLG Düsseldorf NJW 1983, 1277, 1278; Kindhäuser, in: LPK (Fn. 1), vor § 3 Rn. 7; Rath JA 2007, 26, 34; Satzger, in: Satzger/Schmitt/Widmaier, StGB

der Straffreistellungen. Nur dies wird der konkreten Betrachtungsweise der Strafbarkeitsprüfung nach Maßgabe des ausländischen Rechts gerecht, welches die deutschen Einteilungen à la Tatbestand, Rechtswidrigkeit und Schuld ggf. nicht kennt. Inkonsequent ist es, einen Vorbehalt für diejenigen Straffreistellungsgründe zu behaupten, die internationalen Rechtsgrundsätzen widersprechen. Vage sind schon die Kriterien, was zu solchen Grundsätzen gehören soll, so dass ein Verstoß leichtin behauptet werden kann. Es mangelt ferner an einer Vereinbarkeit mit dem die Anwendung des deutschen Rechts legitimierenden Prinzip der stellvertretenden Strafrechtspflege. § 7 StGB erfordert bewusst eine Fremdrechtsanwendung, deren Durchbrechung Rechtsunsicherheit schafft und rasch in eine Bevormundung des ausländischen Rechtssystems durch das vorgeblich überlegende deutsche System münden kann (verkappter nationaler ordre-public-Vorbehalt).

Strittig ist schließlich die Beachtlichkeit von Prozesshindernissen.⁵⁶ Die Rechtsprechung und Teile der Lehre halten diese für unbeachtlich.⁵⁷ Überzeugender ist die Gegenauffassung.⁵⁸ Auch Verfolgungshindernisse sind eine Entscheidung des ausländischen Strafrechts. Ggf. fehlt dem ausländischen Recht ferner die (auch im deutschen Recht oft – z.B. bei der Verjährung – umstrittene) Trennung von materiellen und prozessualen Straffreistellungen. Notwendig ist mithin eine einheitliche Auslegung.⁵⁹

Entgegen der wohl h.M.⁶⁰ sind auch faktische Verfolgungsverzichte zu respektieren, wenn diese hinreichend manifestiert sind, wie z.B. in Vorschriften zur Verfolgungsoportunität.⁶¹ Auch in diesen Fällen muss die ausländische Rechtsordnung die Reichweite deutscher Strafrechtsanwendung begrenzen.

c) Das „Wie“ der Strafandrohung

aa) Allgemeines

Weniger eindeutig ist die Berücksichtigung der Rechtsfolgenseite der ausländischen Strafandrohung. Nach dem Wortlaut des § 7 I, II StGB „gilt das deutsche Strafrecht“,

sofern nur die Strafdrohung besteht.⁶² Dies ermöglicht eine Auslegung dahingehend, dass die Auslandsstrafbarkeit nur die Brücke zum deutschen Strafrecht bildet, welche sodann abgerissen wird. Bemühen könnte man wieder ein „Reichenprivileg“ (da Täter sonst Staaten mit milderer Strafdrohung aufsuchen könnten) sowie eine Erschütterung des (strengeren) deutschen Normbewusstseins. Vorzugswürdig ist aber eine Auslegung, die dem weisen Prinzip der stellvertretenden Strafrechtspflege auch insofern verpflichtet bleibt, als es die Rechtsfolgen betrifft.⁶³ Ziel ist es, dass die Strafe ihrer Höhe nach möglichst der entspricht, die im Tatortstaat ausgeworfen würde.⁶⁴ Hierin liegt eine konsequente Respektierung fremder Strafvorstellungen in begründeter Selbstbeschränkung der deutschen Strafgewalt (die Verfolgungspflicht steht, was ausländische Sachverhalte anbelangt, ohnehin oft nur auf dem Papier) und eine Abkehr von jedem Rest eines überwundenen reinen aktiven Personalitätsprinzips.⁶⁵ Zwar mögen die ausländischen Rechtsfolgen der betroffenen Strafnorm nicht direkt als Rechtsfolge der deutschen Tatbestandsverwirklichung gelten (was sich aus einem von der konkreten Norm abstrahierten Prinzip der stellvertretenden Strafrechtspflege durchaus legitimieren ließe, zumal der Eingriff in die fremde Souveränität dann noch geringer ausfiele); die nach deutschem Recht vorgenommene Strafzumessung i.w.S. ist aber sachlich fehlerhaft, wenn das Rechtsfolgenrecht des Tatorts ungewürdigt bleibt.⁶⁶

bb) Strafraumen

Hieraus folgt zunächst, dass das deutsche Gericht bei der Aburteilung der Tat den ausländischen Strafraumen zugrunde zu legen hat. Einerseits meint dies eine Respektierung der ausländischen Strafraumenobergrenze, selbst bei Unterschreitung der deutschen Strafuntergrenze⁶⁷, begrenzt durch die deutsche Strafobergrenze (es gilt ja das deutsche Strafrecht, sofern es milder ist). Dadurch wird vermieden, dass der Staat sich eine eigene, ihm primär nicht zukommende Staatsgewalt zulegt.⁶⁸ Andererseits ist es nur konsequent, auch eine mildere Strafuntergrenze anzuwenden, die es nicht selten (etwa im BtM-Bereich oder beim Embryonenschutz⁶⁹) geben mag. Eine umgekehrte Anwendung einer höheren Untergrenze

(Fn. 2), § 7 Rn. 2; Satzger, Internationales und Europäisches Strafrecht (Fn. 6), § 5 Rn. 87.

⁵⁶ Zsf. Rath JA 2007, 26, 34; Walter JuS 2006, 967, 969.

⁵⁷ BGHSt 2, 160; BGHSt 20, 22, 27; BGH NJW 1954, 1086; BGHSt 32, 299; BGH NStZ 2000, 361; KG JR 1988, 345, 346; OLG Celle JR 2002, 33; Eser, in: Sch/Sch (Fn. 2), § 7 Rn. 17; Lemke, in: NK (Fn. 32), § 7 Rn. 16.

⁵⁸ OLG Düsseldorf MDR 1992, 1161; Hoyer, in: SK-StGB (Fn. 3), vor § 3 Rn. 40, § 7 Rn. 5; Satzger, Internationales und Europäisches Strafrecht (Fn. 6), § 5 Rn. 92 ff.

⁵⁹ Satzger, in: Satzger/Schmitt/Widmaier, StGB (Fn. 2), § 7 Rn. 22.

⁶⁰ Hoyer, in: SK-StGB (Fn. 3), vor § 3 Rn. 40, § 7 Rn. 6; Walter JuS 2006, 967, 969; OLG Düsseldorf NStZ 1985, 268.

⁶¹ Satzger, in: Satzger/Schmitt/Widmaier, StGB (Fn. 2), § 7 Rn. 23; Werle/Jeßberger, in: LK (Fn. 6), § 7 Rn. 50; Scholten (Fn. 2), 1995, S. 159 ff.

⁶² Vgl. auch Oehler, Internationales Strafrecht (Fn. 2), Rn. 151c.

⁶³ Vgl. auch Oehler, Internationales Strafrecht (Fn. 2), Rn. 145 („logische Gründe“).

⁶⁴ Vgl. Schnorr von Carolsfeld (Fn. 5), 271, 289 (allerdings zu § 7 II Nr. 2 StGB).

⁶⁵ Vgl. aber Rath JA 2007, 26, 32, der § 7 II Nr. 1 I. Var. StGB deshalb in seinem Regelungsbereich für unproblematisch hält, da er auf dem aktiven Personalitätsprinzip beruhe.

⁶⁶ Vgl. Schnorr von Carolsfeld (Fn. 5), 271, 272ff, 276 ff.

⁶⁷ Hoyer, in: SK-StGB (Fn. 3), vor § 3 Rn. 41, § 7 Rn. 6; Hoyer JR 2002, 34, 36; Satzger, in: Satzger/Schmitt/Widmaier, StGB (Fn. 2), § 7 Rn. 10; Kindhäuser, in: LPK (Fn. 1) § 7 Rn. 8; vgl. auch schon Oehler, Internationales Strafrecht (Fn. 2), Rn. 151c, 832, der auch darauf verweist, dass der Täter nicht mit einer Bestrafung nach dem Recht des anderen Staates rechnete („Deshalb verlangen Rechtssicherheit und Gerechtigkeit, dass die Strafe die Drohung des Tatorts nicht überschreitet.“).

⁶⁸ Oehler, Internationales Strafrecht (Fn. 2), Rn. 832.

⁶⁹ Vgl. Werle/Jeßberger, in: LK (Fn. 6), § 7 Rn. 2.

kann es hingegen nicht geben, da das Stellvertretungsprinzip wiederum zu Gunsten des Täters durch die Geltung des deutschen Strafrechts begrenzt wird (Art. 103 II GG, § 1 StGB).⁷⁰

cc) Strafzumessung i.S.d. § 46 StGB

Darüber hinaus ist aber auch umfassend bei der Strafzumessung i.e.S. innerhalb des so ermittelten Strafrahmens auf Art und Maß des Tatortrechts Rücksicht zu nehmen.⁷¹ Dies entspricht auch der bisherigen Rechtsprechung. Der neuen abweichenden Entscheidung des OLG Karlsruhe ist zu widersprechen.

(1) Der Einfluss des Prinzips der stellvertretenden Strafrechtspflege in der Rechtsprechung

(a) KG Berlin, Beschluss vom 16.12. 1987, (4) 3 HEs 2/87 (87/87) – JR 1988, 345

Das KG hatte im Jahre 1987 einen Fall zu entscheiden, in dem ein Bürger der damaligen DDR⁷² nach einer dortigen Tatbegehung in die Bundesrepublik Deutschland geflohen war. Das KG wendete § 7 II Nr. 1 2. Var. StGB („entsprechend“) an. Es führte aber aus, dass der Angeklagte nicht schlechter gestellt werden dürfe, als er nach dem Tatortrecht stehen würde. Der Tatrichter müsse zwar nicht das ausländische (hier: der DDR) Recht anwenden, aber zumindest bei der Bestimmung der Straffolgen auf das Tatortrecht Rücksicht nehmen.⁷³

(b) BGH 4 StR 399/93 (BGHSt 39, 317 = BGH NJW 1994, 140)

Der BGH urteilte 1993 über einen Bürger der ehemaligen DDR, der vor Inkrafttreten des Einigungsvertrages in die Bundesrepublik Deutschland übergesiedelt war und vorher in der DDR eine Straftat begangen hatte. Der BGH sprach sich für eine Anwendung des bundesdeutschen Strafrechts auf Grundlage des § 7 II Nr. 1 2. Var. StGB aus. Darüber hinaus beanstandete er unter Hinweis auf den Beschluss des KG, dass das LG bei der Strafzumessung unberücksichtigt gelassen habe, dass die Tat bei ihrer Begehung unter der milderen Strafdrohung des Strafrechts der DDR stand.⁷⁴ Bei der Strafzumessung müsse der Richter nämlich auf Art und Maß des Tatortrechts Rücksicht nehmen. Hierbei ließ er offen, ob es aus Art. 103 II GG folge, dass der Täter durch die (nachträgliche) Anwendung des Rechts der Bundesrepublik Deutschland nicht benachteiligt werden darf. Der BGH verwies vielmehr darauf, dass jedenfalls bei einer stellvertretenden Strafrechtspflege „in der Regel keine Veranlas-

sung“ bestehe, den Täter härter zu bestrafen, als es das Tatortrecht vorsieht. Er führte auch die Entstehungsgeschichte des § 7 StGB an, aus der sich ergebe, dass bei den Beratungen zum 2. Strafrechtsreformgesetz die Einführung einer Begrenzung der zu verhängenden Strafe durch die nach Tatortrecht geltenden Sanktionen nur deshalb abgelehnt worden sein, weil man Schwierigkeiten bei der Vergleichbarkeit von Unrechtssanktionen, insbesondere solchen außereuropäischer Rechtsordnungen befürchtet habe.⁷⁵

(c) BGH 5 StR 183/95 (BGHSt 42, 275 = BGH NJW 1997, 951)

Diese Rechtsprechung setzte der BGH 1996 fort. Das Tatortrecht könne bei der Beurteilung von gem. § 7 II Nr. 1 StGB nach dem Strafrecht der Bundesrepublik Deutschland verfolgbaren Taten grundsätzlich zugunsten des Täters berücksichtigt werden. Insbesondere müsse ein Richter bei der Strafzumessung regelmäßig Rücksicht auf Art und Maß des Tatortrechts nehmen.

(2) OLG Karlsruhe, Urteil vom 22.07. 2009 (1 Ss 177/08)

In einer Entscheidung aus dem Jahr 2009 geht das OLG Karlsruhe einen anderen Weg, allerdings in einem Fall, der nicht die zweite, sondern die erste Variante des § 7 II Nr. 1 StGB betrifft. Ein Deutscher hatte in der Schweiz Einbruchsdiebstähle durchgeführt und jeweils Bargeld entwendet. Das OLG lässt es unbeanstandet, dass das erstinstanzliche AG bei der Strafzumessung nicht berücksichtigt hat, dass die von dem deutschen Staatsangehörigen im Ausland begangene Straftat dort mit einem geringeren Strafrahmen strafbewehrt ist. Die Erwägungen zur Strafzumessung seien nicht deshalb rechtsfehlerhaft, weil der Tatrichter nicht geprüft habe, ob die vom Angeklagten begangenen Straftaten in der Schweiz mit einem geringeren Strafrahmen als in der Bundesrepublik Deutschland belegt seien. Hierzu habe nämlich kein Anlass bestanden. Der vorliegende Sachverhalt unterscheide sich insoweit von der Fallgestaltung, welcher der Entscheidung des Bundesgerichtshofs in BGHSt 39, 317 ff. zugrunde lag. Diese habe die Neubürgerregelung des § 7 II Nr. 1 2. Var. StGB betroffen. Dort werde ein Täter dem inländischen Recht erst nachträglich unterstellt, so dass er grundsätzlich nicht schlechter gestellt werden dürfte als er nach dem Tatortrecht stünde. Vorliegend habe jedoch zu einer Berücksichtigung eines möglicherweise milderen Tatortrechts bei der Strafzumessung schon deshalb kein Anlass bestanden, weil die vom Angeklagten – einem deutschen Staatsangehörigen – in der Schweiz verübten Einbruchsdiebstähle nach § 7 II Nr. 1 1. Var. StGB schon zur Tatzeit dem deutschen Recht unterfielen und der Angeklagte deshalb mit einer Ahndung nach deutschem Strafrecht rechnen konnte und musste. Einen allgemeinen Grundsatz, dass bei Aburteilung von Auslandsstraftaten Deutscher nach § 7 II Nr. 1 1. Var. StGB im Rahmen der Strafzumessung stets ein Vergleich zum ausländischen Recht vorzunehmen sei, vermochte der Senat weder der genannten Entscheidung

⁷⁰ Vgl. auch Schnorr von Carolsfeld (Fn. 5), 271, 289 f.
⁷¹ Vgl. Fischer, StGB (Fn. 7), § 7 Rn. 9a; Satzger, in: Satzger/Schmitt/Widmaier, StGB (Fn. 2), § 7 Rn. 10; Werle/Jeßberger, in: LK (Fn. 6), § 7 Rn. 25, 76; vgl. auch Lemke, in: NK (Fn. 32), § 7 Rn. 27; Schnorr von Carolsfeld (Fn. 5), 271, 276 ff.; de lege ferenda Jakobs, AT (Fn. 32), 5/19.
⁷² Zu Problemen der Strafrechtsanwendung im Zusammenhang mit der Teilung Deutschlands vgl. Werle/Jeßberger, in: LK (Fn. 6), vor § 3 Rn. 433 ff.; Jakobs, AT (Fn. 32), 5/28 ff.
⁷³ KG JR 1988, 345, 346.
⁷⁴ BGH NJW 1994, 140, 141.

⁷⁵ BGH NJW 1994, 140, 141.

BGHSt 39, 317 ff. zu entnehmen noch anderweit zu erkennen.

(3) Würdigung, insbesondere: Die beiden Varianten des § 7 II Nr. 1 StGB

Dem OLG Karlsruhe ist zu widersprechen. Richtig ist, dass sich die Rechtsprechung bisher nur mit Fällen des § 7 II Nr. 1 2. Var. StGB zu beschäftigen hatte. Ebenso zutreffend ist es, dass die Pflicht zur Berücksichtigung milderer Straffolgen für § 7 II Nr. 1 2. Var. StGB in Rechtsprechung und Literatur teilweise aus dem Rückwirkungsverbot (Art. 103 II GG, §§ 1, 2 StGB) abgeleitet wird, da aus einer nachträglichen Einbürgerung keine Schlechterstellung folgen darf.⁷⁶ Die begrenzende Wirkung eines milderen Tatortrechts beruht aber nicht erst auf dem verfassungsrechtlichen Bestimmtheitsgebot, sondern ist eine einfachrechtlich aufgrund dessen Legitimationsprinzipien gebotene Auslegung des § 7 II StGB.⁷⁷ Das Prinzip der stellvertretenden Strafrechtspflege gebietet eine mildernde Berücksichtigung des milderen ausländischen Rechts.⁷⁸ Für eine stellvertretende Strafrechtspflege kann nur in den Grenzen des Strafrechts des zu vertretenden Staates Raum sein.

Dieses Prinzip freilich bestimmt beide Varianten des § 7 II Nr. 1 StGB gleichermaßen, da die Strafbarkeit der Tat am Tatort eine gemeinsame Voraussetzung ist (und also richtigerweise für alle Normen, in denen die Tatortstrafbarkeit vorausgesetzt wird, also auch § 7 I und II Nr. 2 StGB). Die vom KG und dem BGH gefundenen Ergebnisse gelten also auch für die erste Variante des § 7 II Nr. 1 StGB. Zwar ist unklar, ob der BGH ausnahmsweise von der Berücksichtigungspflicht abweichen möchte (schließlich soll dies nur „in der Regel“⁷⁹ bzw. „grundsätzlich“⁸⁰ so sein).⁸¹ Allerdings spezifiziert der BGH keinerlei Ausnahmen vom kategorischen Verbot.⁸² Derartige wäre auch mit dem Prinzip der stellvertretenden Strafrechtspflege nicht zu vereinbaren und sachlich kaum zu begründen. Das OLG Karlsruhe ist mithin für seine Distinktion der beiden Varianten des § 7 II Nr. 1 StGB, die eine bloß verkürzende Berücksichtigung des Prinzips der stellvertretenden Strafrechtspflege darstellt, zu kritisieren.

(4) Der Einfluss des ausländischen Begehungsorts auf die Merkmale des § 46 StGB

Überdies wäre auch ohne die das Prinzip der stellvertretenden Strafrechtspflege statuierende Fassung des § 7 II StGB eine Berücksichtigung des milderen ausländischen

⁷⁶ Vgl. KG JR 1988, 345, 346; Lackner/Kühl, StGB (Fn. 4), § 7 Rn. 5; Rath JA 2007, 26, 32; Lackner NStZ 1994, 235, 236; Satzger, Internationales und Europäisches Strafrecht (Fn. 6), § 5 Rn. 80.

⁷⁷ Vgl. auch Satzger, Internationales und Europäisches Strafrecht (Fn. 6), § 5 Rn. 80.

⁷⁸ Hoyer, in: SK-StGB (Fn. 3), § 7 Rn. 11; vgl. auch Rath JA 2007, 26, 32.

⁷⁹ So BGH NJW 1994, 140, 141.

⁸⁰ So BGH NJW 1997, 951, allerdings heißt es kurz danach auch „muss“.

⁸¹ Hierauf weist auch Walter JuS 2006, 967, 969 hin.

⁸² Lackner NStZ 1994, 235, 236.

Tatortrechts innerhalb der eigentlichen inländischen Strafzumessung sachlich berechtigt.⁸³ Je nach Aufenthaltsdauer des Deutschen im Ausland kann es nicht unbeachtet bleiben, dass sich die Wertvorstellungen des ausgereisten Deutschen in Richtung der (milderen) Vorstellungen seines Gastlandes bewegen.⁸⁴ Der Täter wird die Strafwürdigkeit des Unrechts in erster Linie nach der Strafdrohung am Tatort einschätzen.⁸⁵ Der Täter konnte nur mit der Anwendung der Strafdrohung am Tatort rechnen, nicht aber damit, dass der andere Staat ihn einmal nach dem Prinzip der stellvertretenden Strafrechtspflege aburteilen würde.⁸⁶ Alle in den §§ 46 ff. StGB angesprochenen schuldvergeltenden und präventiven Strafzwecke werden hiervon berührt. Dass sich der Deutsche bei Begehung der Tat in einem milderen Umfeld bewegt hat, mindert Unrecht und Schuld. Der Täter handelt (und lebt ggf.) ja im Ausland: Dort mag sein Handeln erlaubt sein (vgl. Internet-Kommunikationsdelikte) oder erheblich milderer Beurteilung unterfallen.⁸⁷ Vielleicht wurde er auch unter Druck gesetzt, die Tat zu begehen – Deutschland kann diesem im Ausland Lebenden ja keinen Schutz gewähren.⁸⁸ Quasi andersherum kann zu erwarten sein, dass die Tat vom anderen Staat verfolgt wird.⁸⁹ All das mindert das deutsche Strafverfolgungsinteresse. Dem trägt auch die StPO in § 153c StPO Rechnung.

3. Exkurs: Tatort unterliegt keiner Strafgewalt

Anders ist dies alles dann, wenn der Tatort keiner Strafgewalt unterliegt, also entweder keinem Hoheitsgebiet irgendeines Staates angehört (Antarktis, hohe See, Weltraum)⁹⁰ oder es sich um einen „failed state“ handelt, in dem eine effektive Ausübung einer formal existenten Hoheitsgewalt fehlt.⁹¹ In diesen Fällen fehlt es an zu beachtenden Vorgaben seitens der ausländischen Rechtsordnung.⁹² Nur wenn sich der Täter wegen seines Aufenthalts an einem solchen Ort außerhalb des Rechts glaubt, kommt einerseits § 17 StGB in Betracht, andererseits ist eine Berücksichtigung seiner Wertvorstellungen möglich, auch wenn es (anders als beim Aufenthalt in souveränen Staaten) wenig nahe liegt, dass der Täter auf eine rechtlich verbindliche Anarchie am Tatort unrechts- und schuld mindernd vertraut.

⁸³ Ausführlich Schnorr von Carolsfeld (Fn. 5), 271, 276 ff.

⁸⁴ Vgl. auch Lemke, in: NK (Fn. 32), § 7 Rn. 27; Schnorr von Carolsfeld (Fn. 5), 271, 278 Fn. 23 („Umweltformungen“), 279 („gesellschaftliche Umgebung“), 295 („ausländische Umgebung“), 296 (zu § 7 I StGB: „dortige Sitten“).

⁸⁵ Oehler, Internationales Strafrecht (Fn. 2), Rn. 151c.

⁸⁶ Oehler, Internationales Strafrecht (Fn. 2), Rn. 832 f.

⁸⁷ Vgl. auch Weßlau, in: SK-StPO (2003), § 153c Rn. 1 („Unterschiedlichkeit der berührten Rechtsordnungen“).

⁸⁸ Vgl. Krauth/Kurfess/Wulf JZ 1968, 731, 732.

⁸⁹ Vgl. Beulke, in: Löwe/Rosenberg, 26. Aufl. (2008), § 153c Rn. 12.

⁹⁰ Fischer, StGB (Fn. 7), § 7 Rn. 8; Hoyer, in: SK-StGB (Fn. 3), § 7 Rn. 7.

⁹¹ Satzger, in: Satzger/Schmitt/Widmaier, StGB (Fn. 2), 2009, § 7 Rn. 24.

⁹² Hoyer, in: SK-StGB (Fn. 3), § 7 Rn. 7; Werle/Jeßberger, in: LK (Fn. 6), § 7 Rn. 3, 9, 51 ff.

IV. Revisibilität

Fraglich ist die Revisibilität einer im obigen Sinne fehlerhaften (fehlenden) Berücksichtigung des ausländischen Tatortrechts. Gem. § 267 III 1 StPO müssen die Gründe des Strafurteils die Umstände anführen, die für die Zumessung der Strafe bestimmend gewesen sind. Lückenhafte Feststellungen unterfallen nicht dem § 338 Nr. 7 StPO, können aber mit der Verfahrens- und Sachrüge als relativer Revisionsgrund angegriffen werden.⁹³ Verfahrensrechtlich ist zwar eine erschöpfende Darstellung aller Strafzumessungserwägungen nicht vorgeschrieben.⁹⁴ Verlangt wird nur, dass das Gericht alle Umstände anführt, die für sein Urteil im Bereich der Strafzumessung bestimmend waren.⁹⁵ Auf die Sachrüge hin wird allerdings überprüft, ob das Tatgericht einem Umstand zu Unrecht keine bestimmende Bedeutung beigelegt und daher nicht erwähnt hat.⁹⁶ Dies betrifft fehlerhafte Wertungen und die unterbliebene Erörterung. Der Tatrichter darf Umstände nicht außer Acht lassen, die für die Beurteilung des Unrechts- und Schuldgehalts der Tat von erheblicher Bedeutung sind.⁹⁷ Das Gericht wird so zur Sorgfalt angehalten (Selbstkontrolle der Rationalität) und zu einer Argumentation veranlasst, die die Konsensfähigkeit des Strafurteils erhöht.⁹⁸ Indem das Unterlassen von Ausführungen zum Rechtsfehler werden kann, sichern sich die Revisionsgerichte die Grundlage der intersubjektiven Überprüfbarkeit.

⁹³ Vgl. nur *Meyer-Goßner*, StPO, 52. Aufl. (2009), § 338 Rn. 53 und § 267 Rn. 42.

⁹⁴ BGHSt 24, 268; *Pfeiffer*, StPO, 5. Aufl. (2005), § 267 Rn. 14; *Theune*, in: LK (Fn.), § 46 Rn. 336.

⁹⁵ BGHSt 20, 264; *Engelhard*, in: KK-StPO, 6. Aufl. (2008), § 267 Rn. 24.

⁹⁶ *Theune*, in: LK (Fn. 9), § 46 Rn. 336; vgl. auch *Martis*, in: AnwK-StPO, 2006, § 267 Rn. 19.

⁹⁷ BGH 4 StR 218/82; *Engelhard*, in: KK-StPO (Fn. 95), § 267 Rn. 25.

⁹⁸ *Theune*, in: LK (Fn. 9), § 46 Rn. 337.

Unter Anwendung dieser Grundsätze handelt es sich um einen nach einer Sachrüge revisiblen Verstoß gegen die Pflicht zur Urteilsbegründung, wenn das Tatgericht die ausländische Strafbesetzung nicht berücksichtigt hat. Einerseits ist die Legitimation der Bestrafung von Auslandstaten problematisch und eng begrenzt. Andererseits dürfte es sich bei Verfahren mit derartigem Auslandsbezug um eine sehr seltene Erscheinung im Massengeschäft der Strafjustiz handeln. Erst recht selten sind Konstellationen, in denen die Tat zusätzlich nach Tatortrecht eine mildere Beurteilung erfahren hätte. Die (sehr naheliegende) sachliche Berechtigung der Strafmilderung führt dazu, dass das Gericht (auch) dem so gelagerten Auslandsbezug der Tat bestimmende Bedeutung beilegen muss. Fehlen Erwägungen hierzu im Urteil, folgt hieraus, dass es das materiellrechtlich fehlerhaft nicht getan hat.

V. Ergebnis

Überschreitungen des Territorialitätsprinzips des § 3 StGB sind rechtspolitisch zweifelhaft und bedürfen der Legitimation. Die Legitimation der Anwendung deutschen Strafrechts auf Auslandstaten nach § 7 II Nr. 1 StGB ergibt sich in beiden Varianten erst aus dem Prinzip der stellvertretenden Strafrechtspflege. Die Voraussetzung der Strafbarkeit am Tatort ist vor diesem Hintergrund dahingehend weit auszulegen, dass auch hypothetische mildere ausländische Rechtsfolgen zu berücksichtigen sind. Dies gilt für die Wahl des Mindest- und Höchststrafrahmens sowie für die Strafzumessung i.e.S. nach § 46 StGB. Entgegen dem OLG Karlsruhe muss auch in Fällen des § 7 II Nr. 1 1. Var. StGB und nicht nur in Fällen der 2. Var. eine mildere ausländische Tatortstrafbarkeit im deutschen Strafverfahren strafmildernd berücksichtigt werden. Die Rechtsprechung des KG und des BGH ist entsprechend zu übertragen. Berücksichtigt ein Strafgericht dies nicht, liegt ein mit der Sachrüge anzugreifender revisibler Rechtsfehler vor.

Aufsätze und Anmerkungen

Die Beteiligung an Mord und Totschlag in der neueren Rechtsprechung des 4. BGH-Strafsenats

Von Assessor Jan Dehne-Niemann, Heidelberg/Freiburg, und Rechtsreferendarin Annkatrin Wegemund, Freiburg

Der BGH hat kürzlich zur Beantwortung der Frage, wann einem Teilnehmer ein Haupttatmord aus niedrigen Beweggründen zuzurechnen ist, bereits zum wiederholten Male auf die (hier sog.) „Alternativenformel“ abgestellt. Der Beitrag nimmt diese merkwürdige Modifikation der

bisherigen Rechtsprechung zur akzessorischen Zurechnung von Mordmerkmalen unter die Lupe. Außerdem wird die vom BGH in einer Folgeentscheidung im Anschluss an BGHSt 36, 231 bekräftigte Möglichkeit der „Mittäterschaft von Mörder und Totschläger“ untersucht.

I. Sachverhalt und Inhalt der Entscheidung BGH HRRS 2008 Nr. 53

Dem BGH lag im Wesentlichen der folgende Sachverhalt zur Entscheidung vor: Der Angeklagte S und der Geschädigte C waren befreundet und standen miteinander in Geschäftsbeziehungen aus Drogengeschäften. Weil C bei S knapp 25.000 € Schulden hatte und diesen immer wieder hinhielt, kam es vermehrt zu Streitigkeiten zwischen C und S. In der Tatnacht fuhr S mit O zur Wohnung des C, wo sich O dem C als ein Gläubiger des S vorstellte. C, der mit einem Angriff seitens des S rechnete, empfing O an der Tür mit einer geladenen Pumpgun; zu Gewalttätigkeiten kam es zunächst nicht. O, der deshalb für den Fall des Scheiterns der Geldeintreibung mit der (zu diesem Zeitpunkt von S schon geplanten) Tötung des C rechnete, ermöglichte S in der Folgezeit den unbemerkten Zutritt zur Wohnung des C. Als C den S bemerkte, rechnete er endgültig mit einem Angriff des S. Es kam zu einer hitzigen Diskussion, in deren Zuge S die Aussichtslosigkeit seiner Beitreibungsversuche erkannte. Um ihn zu bestrafen, tötete S den C. Das LG Saarbrücken verurteilte den O, dessen Strafbarkeit hier allein zu behandeln ist, wegen Beihilfe zum Totschlag zu einer Freiheitsstrafe von fünf Jahren.

Auf die Revisionen der Staatsanwaltschaft und der Nebenkläger hat der 4. Strafsenat des BGH dieses Urteil größtenteils mit den Feststellungen aufgehoben und die Sache im Umfang der Aufhebung zu neuer Verhandlung und Entscheidung an das LG zurückverwiesen (§ 354 Abs. 2 StPO). Zwar habe das LG eine heimtückische Tatbegehung durch S rechtsfehlerfrei verneint, weil sich C im Zeitpunkt des Angriffsbeginns bereits eines Angriffs versehen hatte. Rechtsfehlerhafter Weise sei aber die Erörterung des Mordmerkmals der niedrigen Beweggründe unterblieben; bei einer Hinrichtung zu Bestrafungszwecken liege die Tatbegehung aus niedrigen Beweggründen nahe.¹ Wenn man die Beteiligung des O nur als gehilfschaftlich (§ 27 StGB) einordne, müsse das LG für die neue Hauptverhandlung bedenken, dass „eine Verurteilung von Teilnehmern an dieser Tat wegen Beihilfe zum Mord (aus niedrigen Beweggründen) nur dann möglich ist, wenn diese selbst als Gehilfen ihre Tatbeiträge entweder ebenfalls aus niedrigen Beweggründen oder in Kenntnis der niedrigen Beweggründe des (Haupt-)Täters erbracht haben“². Diese (nicht neue³) Wendung, die im Folgenden als „Alternativenformel“ bezeichnet werden soll, überrascht, hatte der BGH doch bislang die bloße Kenntnis des Teilnehmers vom Vorliegen eines Mordmerkmals beim Haupttäter ausgereicht, um dem Teilnehmer das Mordmerkmal streng akzessorisch zuzurechnen.

Bevor die Behandlung der Beihilfestrafbarkeit durch den 4. Senat kritisiert wird (unten III.), wird in Kürze gezeigt, wie unproblematisch sich die Lösung des Falls auf der Grundlage der heute praktisch einhelligen Literatur ge-

staltet und wie die bisherige Rechtsprechung den Fall streng akzessorisch hätte lösen müssen (sogleich II.) Den Abschluss bildet ein Blick auf eine Folgeentscheidung des BGH, mit der der Senat die erneute Verurteilung des O – diesmal als Mittäter – im Schuldspruch korrigiert und im Übrigen aufgehoben hat (unten IV.).

II. Die Lösung des Falls nach dem Schrifttum und der bisherigen Rechtsprechung

1. Die Literatur: Anwendung des § 28 Abs. 2 StGB

Nach heute herrschender Meinung im Schrifttum steht der Mord (§ 211 StGB) zum Totschlag (§ 212 StGB) im Verhältnis eines unrechtssteigernden Qualifikationsbestandes zum Grundtatbestand. Deshalb seien die Mordmerkmale der ersten und der dritten Gruppe des § 211 Abs. 2 StGB als strafscharfende besondere persönliche („täterbezogene“) Merkmale i.S. des § 28 Abs. 2 StGB zu behandeln.⁴ Die Mordmerkmale der zweiten Gruppe hingegen werden von dieser herrschenden Meinungsgruppe als nicht-„persönliche“ („tatbezogene“) Merkmale angesehen, so dass § 28 StGB auf sie von vornherein und unabhängig von dem Streit um das Verhältnis von Mord und Totschlag keine Anwendung finden könne.⁵ Da § 28 Abs. 2 StGB seinem Wortlaut nach sowohl auf Täter⁶ (§ 25 StGB) als auch auf Teilnehmer (§§ 26, 27 StGB) Anwendung findet und weil nur bei S niedrige Beweggründe vorlagen, O selbst jedoch kein besonderes persönliches Merkmal aufwies, wäre nach der Literatur aus der Perspektive des O nur auf Totschlag als beteiligungsfähige Tat des S zu erkennen, und zwar unabhängig davon, ob man den Tatbeitrag des O als mittäterschaftsbegründend oder lediglich als gehilfschaftlich ansieht.

2. Die streng akzessorische Lösung nach der bisherigen Rechtsprechung

Bis zum heutigen Tage ordnet der BGH den Mord nicht als Qualifikation des Totschlages ein, sondern versteht die §§ 212, 211 StGB als „selbständige, voneinander

⁴ Vgl. etwa LK-Jähnke, 11. Aufl. (Stand November 2001), Vor § 211 Rn. 39 ff., 45 ff.; Schönke/Schröder-Eser, StGB, 27. Aufl. (2006), Vorbem §§ 211 ff. Rn. 3 ff., 5; Lackner/Kühl, StGB, 26. Aufl. (2007), Vor § 211 Rn. 22; MüKo-StGB-Schneider (2003), Vor §§ 211 ff. Rn. 132 ff., 135 ff.

⁵ Dasselbe Ergebnis erzielt man mit einer weiteren Schrifttumsansicht, wonach der Erfüllung der Mordmerkmale keine Unrechts-, sondern eine Schuldsteigerung zugrundeliegt, weshalb auf die Mordmerkmale § 29 StGB anzuwenden sei, vgl. Engisch GA 1955, 161, 166. Andere ordnen nur die persönlichen („täterbezogenen“) Mordmerkmale der Schuld und damit § 29 StGB, die nichtpersönlichen („tatbezogenen“) Mordmerkmale hingegen dem Unrecht zu, vgl. etwa Schönke/Schröder-Lenkner/Eisele, StGB, Vorbem §§ 13 ff. Rn. 122.

⁶ Zur nur deklaratorischen Bedeutung des § 28 II StGB im Bereich der Täterschaft s. aber unten im Text IV. 2. a).

¹ BGH NStZ 2008, 273, 275 = HRRS 2008 Nr. 53 m. Anm. Kudlich JA 2008, 310.

² BGH HRRS 2008 Nr. 53 Rn. 28.

³ Vgl. bereits BGH NStZ 1996, 384, 385; anders ausdrücklich BGH NJW 1982, 2738.

unabhängige Delikte mit verschiedenem Unrechtsgehalt⁷ und zieht daraus die Schlussfolgerung, dass die persönlichen („täterbezogenen“) Mordmerkmale des § 211 Abs. 2 StGB nicht strafscharfend, sondern strafbe gründend i.S.d. § 28 Abs. 1 StGB wirken sollen.⁸ Danach würde die Kenntnis des O von den niedrigen Beweggründen des Haupttäters S für eine Strafbarkeit wegen Beihilfe zum Mord schon nach allgemeinen Akzessorietätsgrundsätzen ausreichen.⁹ Das Vorliegen eines eigenen täterbezogenen Mordmerkmals in der Person des O wäre also für den Schuldspruch wegen Mordteilnahme irrelevant.¹⁰ Gemessen an der bisherigen Rechtsprechung ist es also durchaus konsequent, dass der BGH im zweiten Halbsatz der Alternativformel („in Kenntnis der niedrigen Beweggründe des [Haupt-]Täters“) bei O Vorsatz (§ 16 Abs. 1 S. 1 StGB) im Hinblick auf das Vorliegen der niedrigen Beweggründe bei S verlangt.

III. Die Behandlung täterbezogener Mordmerkmale bei der Teilnahme am Mord: BGH HRRS 2008 Nr. 53 und die „Alternativenformel“

Die Ausführungen des 4. Senats in der hier behandelten Entscheidung betreffen nicht erst den Strafausspruch, sondern bereits den Schuldspruch („Verurteilung wegen Beihilfe zum Mord“). Vergegenwärtigt man sich, dass die Rechtsprechung zur Mordteilnahme die Anwendung des § 28 Abs. 2 StGB und damit die Berücksichtigung eigener täterbezogener Mordmerkmale des Teilnehmers für den Schuldspruch bisher außen vorgelassen hat, so wirkt der erste Halbsatz der „Alternativenformel“ umso erstaunlicher. Denn hier bekommt das jeweilige besondere persönliche Mordmerkmal des Gehilfen O nun offenbar doch eine eigene Bedeutung, was die Beihilfe zum Mord anbelangt. Der BGH bringt es im ersten Halbsatz („als Gehilfen ihre Tatbeiträge entweder ebenfalls aus niedrigen Beweggründen ... erbracht haben“) der „Alternativenformel“ in Spiel. Einen eigenständigen Anwendungsbereich hat dieser erste Halbsatz, den der BGH als Alternative („oder“) zum zweiten Halbsatz einordnet, offensichtlich nur, wenn nicht schon die Voraussetzungen des zweiten Halbsatzes erfüllt sind – wenn also der Gehilfe nichts von dem täterbezogenen Mordmerkmal des Haupttäters weiß (§ 16 Abs. 1 S. 1 StGB) und damit keine Zurechnung des Mordmerkmals nach allgemeinen Akzessorietätsgrundsätzen möglich ist. Folglich kann der Teilnehmer gleichwohl wegen Mordteilnahme strafbar sein, wenn ihm der Vorsatz hinsichtlich des Mordmerkmals beim Haupttäter fehlt, solange er

nur selbst das entsprechende Mordmerkmal aufweist. Umgekehrt formuliert wird der Teilnehmer an einem Mord, den der Haupttäter beispielsweise aus niedrigen Beweggründen begeht, nur dann nicht als Mordteilnehmer, sondern lediglich als Totschlagsteilnehmer bestraft, wenn er weder Kenntnis von den niedrigen Beweggründen des Haupttäters hat noch selbst an der Haupttat aus niedrigen Beweggründen teilnimmt. Im vom BGH entschiedenen Fall blieb die praktische Anwendung des ersten Halbsatzes dieser „Alternativenformel“ allerdings hinter den Kulissen, reichte doch bereits die Kenntnis des O von den niedrigen Beweggründen des S aus, dem O die niedrigen Beweggründe des S nach allgemeinen Akzessorietätsgrundsätzen zuzurechnen.

1. Die „Alternativenformel“ im Lichte der bisherigen akzessorietätsorientierten Rechtsprechung

a) Akzessorietätsdurchbrechendes in der „Alternativenformel“

Die Etablierung der im ersten Halbsatz genannten Alternative widerspricht der vom BGH auf Ebene des Teilnehmerstatbestandes bislang strikt angewendeten Akzessorietät der Mordmerkmale bzw. des Fehlens von Mordmerkmalen. Danach war es nicht möglich, das Fehlen eines auf täterbezogene Mordmerkmale gerichteten Teilnehmersvorsatzes durch ein vom Teilnehmer selbst verwirklichtes Mordmerkmal zu kompensieren.¹¹ Indem der 4. Senat nun mit dem ersten Halbsatz der „Alternativenformel“ Beihilfe zum Mord auch dann annimmt, wenn der Gehilfe das täterbezogene Mordmerkmal der niedrigen Beweggründe in persona verwirklicht, gestattet er in der Sache eine Akzessorietätsdurchbrechung auf Tatbestandsebene, verfährt also insoweit wie das einheitliche Schrifttum im Wege der Tatbestandsverschiebung nach § 28 Abs. 2 StGB.

Diese Vorgehensweise mutet zunächst schon deshalb ungereimt an, weil unklar bleibt, nach welcher Norm die Zurechnung der Haupttat zum Teilnehmer über das Maß von dessen Vorstellung bzw. Kenntnis (§ 16 Abs. 1 S. 1 StGB) hinaus zulässig sein soll, woher also die jahrzehntelang höchstrichterlich (fast¹²) durchweg abgelehnte Berücksichtigungsfähigkeit von persönlichen Mordmerkmalen in der Person des Teilnehmers kommen soll – unter dem Regime des § 28 Abs. 2 StGB können nur strafscharfende besondere persönliche, nicht aber strafbegründende Merkmale akzessorietätsdurchbrechend tatbestandsverschiebend beim Teilnehmer in Ansatz gebracht werden. Dagegen lässt die vom BGH bisher auf den Teilnehmerstrafrahmen angewandte Norm des § 28 Abs. 1 StGB eine solche Durchbrechung der Akzessorietät gerade nicht zu, weil unter dem Regime der Strafzu-

⁷ Ständige Rechtsprechung, vgl. etwa BGHSt 1, 368, 370 ff.; 50, 1, 5 f.

⁸ BGHSt 1, 368, 370; 2, 251, 254 f.; 22, 375, 377; 24, 106, 108 ff.; BGH NStZ 1981, 299; StV 1984, 69.

⁹ So verfuhr die Rechtsprechung in vergleichbaren Fällen: BGHSt 22, 375, 377 ff.; BGH NStZ 1981, 299; NJW 1982, 2738; StV 1987, 386; NStZ 1989, 19.

¹⁰ So ausdrücklich BGH NJW 1982, 2738, wonach das Vorliegen von täterbezogenen Mordmerkmalen beim Anstifter für dessen Mordanstiftung gleichgültig sein soll, es vielmehr allein auf den Vorsatz („die Kenntnis“) des Anstifters von den niedrigen Beweggründen des Haupttäters ankommen soll.

¹¹ Zu Recht krit. Küper JZ 1991, 862, 863 („sachlich unbegründete Privilegierung gegenüber dem normalen Totschlagsteilnehmer“); Arzt JZ 1973, 681, 682; ähnl. Jäger JR 2005, 477, 479 f.

¹² Eine Ausnahme bildet allein das vorsichtige obiter dictum des 5. Strafsenats BGH JZ 2006, 629, 632; dazu Küper, JZ 2006, 608, 612 f.

messungsvorschrift des § 28 Abs. 1 StGB – anders als bei der Tatbestandsverschiebung nach § 28 Abs. 2 StGB – für eine Berücksichtigung eigener beim Gehilfen vorliegender Mordmerkmale grundsätzlich kein Raum ist. Während § 28 Abs. 2 StGB die Akzessorietätsdurchbrechung beidseitig, nämlich sowohl beim Haupttäter als auch beim Teilnehmer zulässt, indem die beim jeweiligen Beteiligten vorliegenden besondere persönliche Merkmale nur für dessen Strafbarkeit veranschlagt werden, lockert § 28 Abs. 1 StGB die Akzessorietät auf Strafrahmenebene nur einseitig, nämlich ausschließlich zugunsten des Teilnehmers. Deshalb war der BGH bislang daran gehindert, eigene persönliche Mordmerkmale des Teilnehmers für dessen Strafbarkeit in Ansatz zu bringen.

b) Das Verhältnis der „Alternativenformel“ zu den „gekreuzten Mordmerkmalen“

Gleichwohl ist eine Lockerung der strikten Akzessorietät in einer den Teilnehmer belastenden Richtung für den BGH nichts völlig Neues. In der Konstellation der sog. „gekreuzten Mordmerkmale“ entspricht es – wenn auch nur auf Ebene der Strafrahmenwahl – ständiger Rechtsprechung, dass das Fehlen eines bestimmten täterbezogenen Mordmerkmals beim Teilnehmer, das der Haupttäter aufweist, sich nicht gemäß § 28 Abs. 1 StGB strafrahmenmildernd auswirkt, wenn beim Teilnehmer selbst ein anderes täterbezogenes Mordmerkmal vorliegt.¹³ Diese Vorgehensweise ist zwar nicht wegen der von ihr produzierten Ergebnisse, zu denen man regelmäßig auch bei Anwendung des § 28 Abs. 2 StGB auf Tatbestands-ebene gelangt,¹⁴ wohl aber wegen ihrer methodischen Unzulänglichkeiten zu kritisieren; wie erwähnt lässt § 28 Abs. 1 StGB eine Akzessorietätslockerung nur zugunsten des Teilnehmers zu, gestattet also keine „einseitige“ Belastung des Teilnehmers mit einem allein in seiner Person vorliegenden Mordmerkmal. Im Grunde wendet die Rechtsprechung mit der Berücksichtigung eines „gekreuzten Mordmerkmals“ beim Teilnehmer entgegen ihren eigenen Prämissen § 28 Abs. 2 StGB auf der Strafzumessungsebene an.¹⁵ Die Behandlung „gekreuzter Mordmerkmale“ läuft darauf hinaus, dass täterbezogene Mordmerkmale zugleich (in puncto Schuldspruchrelevanz) als strafbegründend und – im Widerspruch zu den Prämissen der Rechtsprechung – als strafscharfend (so weit es um die Strafrahmenbestimmung geht) behandelt werden.

Ähnlich verhält es sich nun mit der „Alternativenformel“: Indem der BGH einerseits die Kenntnis des Gehilfen vom Vorliegen des persönlichen Mordmerkmals beim Haupttäter für Beihilfe zum Mord

ausreichen lässt, entzieht er das Mordmerkmal zunächst dem Anwendungsbereich des § 28 Abs. 2 StGB, um es im ersten Halbsatz der „Alternativenformel“ doch akzessorietätsdurchbrechend zum Einsatz zu bringen, wenn dem Teilnehmer der Vorsatz hinsichtlich des Mordmerkmals beim Haupttäter fehlt, er es aber in eigener Person aufweist.

Das mit der „Alternativenformel“ verbundene Schwanken der Rechtsprechung zwischen den beiden Absätzen des § 28 StGB sollte nun nicht zu dem Fehlschluss verleiten, der BGH habe sich mit jenem Teil der Literatur versöhnen wollen, der § 28 Abs. 2 StGB erst auf Strafzumessungsebene anwenden will. Die Vertreter dieser Auffassung begreifen § 28 Abs. 2 StGB nicht als Durchbrechung der Teilnahmeakzessorietät auf Tatbestandsebene, sondern im Sinne größtmöglicher Harmonisierung mit § 28 Abs. 1 StGB vielmehr als bloße Strafzumessungsregel auf akzessorischer Grundlage. Für die Strafbarkeit wegen der Haupttatteilnahme (also für den Schuldspruch) entscheiden danach die allgemeinen Akzessorietätsregeln, für den Strafausspruch sollen hingegen die besonderen persönlichen Merkmale i.S. des § 28 Abs. 2 StGB von Bedeutung sein.¹⁶ Die Ergebnisse dieser Auffassung entsprechen denen der bisherigen Rechtsprechung immerhin insoweit, als beim Haupttäter S ein täterbezogenes Mordmerkmal vorliegt, nicht aber beim Teilnehmer O, weil in einem derartigen Fall keine Tatbestands-, sondern – via § 28 II StGB – lediglich eine Strafrahmenverschiebung stattfindet. Im Schuldspruch bliebe es bei einer Verurteilung wegen Teilnahme am Mord; der Unterschied besteht aber darin, dass in einem solchen Modell den Teilnehmer nicht die Deliktsfolgen der §§ 211, 49 I, sondern des § 212 StGB treffen.¹⁷ Von der bisherigen Rechtsprechung abweichende Ergebnisse bringt die Einordnung des § 28 Abs. 2 StGB als einer Strafzumessungsvorbestimmung jedoch in der reziproken Situation hervor, in der beim Haupttäter kein Mordmerkmal vorliegt,¹⁸ wohl aber beim Teilnehmer ein täterbezogenes. Verstünde man § 28 Abs. 2 StGB als Strafzumessungsregel, so wäre wegen Teilnahme am Totschlag zu verurteilen, den Totschlagsteilnehmer trafen aber die Deliktsfolgen des (gegebenenfalls nach §§ 27 Abs. 2, 49 StGB gemilderten) § 211 StGB.¹⁹ Diesen letzten Schritt zu einer vollinhaltlichen Anwendung des § 28 Abs. 2 StGB ist die Rechtsprechung auch

¹³ BGHSt 23, 39 f.; 50, 1, 9; BGH NJW 1982, 2378. – Ob die „Alternativenformel“ auch Anwendung finden soll, wenn der Teilnehmer nicht dasselbe persönliche Mordmerkmal aufweist wie der Haupttäter, ob also die Grundaussage der Rechtsprechung zu den „gekreuzten Mordmerkmalen“ auch auf die mit der „Alternativenformel“ verbundene partielle Akzessorietätsdurchbrechung übertragen werden kann, hat der BGH bislang noch nicht geäußert.

¹⁴ Küper JZ 1991, 862, 865.

¹⁵ Küper JZ 2006, 1157, 1166; ders. JZ 1991, 862, 866; Arzt JZ 1973, 861; Arzt/Weber/Heinrich/Hilgendorf, Strafrecht Besonderer Teil, 2. Aufl. (2009), § 2 Rn. 37.

¹⁶ Cortes Rosa ZStW 90 (1978), 413, 429 ff., 433; Bloy, Die Beteiligungsformen als Zurechnungstypus im Strafrecht (1985), S. 187; Hake, Beteiligtenstrafbarkeit und „besondere persönliche Merkmale“ (1994), S. 141 ff.; Roxin, Strafrecht Allgemeiner Teil II (2003), § 27 Rn. 18 ff.; LK-Roxin, 11. Aufl. (1994), § 28 Rn. 3 ff.; Hirsch, in: Festschrift für Schreiber (2003), S. 153, 161 ff.; durchschlagende Kritik bei Küper JZ 2006, 1157, 1163 ff.; ders., in: Festschrift für Jakobs (2007), S. 311, 318 ff.

¹⁷ Küper JZ 2006, 1157, 1164.

¹⁸ Auch kein täterbezogenes, ansonsten ja die Mordstrafe nach der Rechtsprechung schon aus den allgemeinen Akzessorietätsregeln folgt! Vgl. BGHSt 24, 106, 108; dazu Küper JZ 1991, 862, 864.

¹⁹ SK-StGB-Horn, 6. Aufl. 50. Lfg. (2000), § 211 Rn. 26. – Küper JZ 2006, 1157, 1164 f., moniert mit Recht den Verlust der akzessorischen Begrenzungsfunktion der Haupttat; aus diesem Grund will Hake a.a.O. (Fn. 16), S. 177 in dieser Konstellation § 28 Abs. 2 StGB unangewendet lassen. Doch damit wird § 28 Abs. 2 StGB entgegen seinem Wortlaut zu einer reinen Strafmilderungsnorm degradiert.

auf Ebene der Strafrahmenwahl bislang nicht gegangen – die Berücksichtigung eines persönlichen Mordmerkmals beim Teilnehmer auch dann, wenn der Täter ein solches oder sonst ein persönliches Mordmerkmal nicht aufweist, hat der BGH bislang ausdrücklich abgelehnt.²⁰ Insoweit wurde schon von der bisherigen akzessorietätsorientierten Rechtsprechung die Haupttat dem Teilnehmer strikt akzessorisch nur als Totschlag zugerechnet. Daran, dass nach Meinung der Rechtsprechung auch bei Vorliegen eines Mordmerkmals allein in der Person des Teilnehmers dieser nur wegen Totschlagsteilnahme schuldig zu sprechen und die Strafe dem Strafrahmen des § 212 StGB (gegebenenfalls gemildert nach §§ 27 Abs. 2, 49 StGB) zu entnehmen wäre, hat auch die „Alternativenformel“ nichts geändert (sogleich 2. a)).

2. Analyse und Kritik der „Alternativenformel“

a) Das Verhältnis des „Alternativenformel“ zur Anwendung des § 28 Abs. 2 StGB

Zwar kann nach der „Alternativenformel“ auch derjenige Teilnehmer, der vom täterbezogenen Mordmerkmal beim Haupttäter nichts weiß, aber selbst ein täterbezogenes Mordmerkmal aufweist, entgegen dem Akzessorietätsdogma der bisherigen Rechtsprechung²¹ wegen Mordteilnahme bestraft werden, was bislang nur der herrschenden Literatur mittels einer Tatbestandsverschiebung via § 28 Abs. 2 StGB gelang. Jedoch geht die „Alternativenformel“ über das Verständnis des herrschenden Schrifttums von § 28 Abs. 2 StGB als einer Durchbrechung des Akzessorietätsprinzips einerseits sogar deutlich hinaus: Im Falle des Fehlens des täterbezogenen Mordmerkmals beim Teilnehmer lässt sie dessen Vorsatz als akzessorische Zurechnungsvoraussetzung ausreichen und ermöglicht damit die akzessorische Zurechnung eines Mordmerkmals allein kraft Teilnehmervorsatzes. Andererseits bleibt die „Alternativenformel“ hinter der von der Literatur befürworteten Tatbestandsverschiebung nach § 28 Abs. 2 StGB zurück, indem sie überhaupt nur Anwendung finden soll, wenn beim Haupttäter ein (täterbezogenes²²) Mordmerkmal vorliegt. Der 4. Strafsenat hat nämlich im ersten Halbsatz der „Alternativenformel“ ausdrücklich darauf abgestellt, ob der Gehilfe O „ebenfalls aus niedrigen Beweggründen“ seine Hilfeleistung erbracht hat.²³ Ausgenommen von der akzessorietätsdurchbrechenden Wirkung des ersten Halbsatzes der „Alternativenformel“ sind also diejenigen Fälle, in denen beim Haupttäter nur ein Totschlag vorliegt. In solchen Fällen will der BGH offenbar an der

strikten Teilnahmeakzessorietät festhalten. Wegen der nur partiellen Durchbrechung der akzessorischen Zurechnung von persönlichen Mordmerkmalen lässt sich die Wirkung der „Alternativenformel“ – cum grano salis – als „limitierte Akzessorietätsdurchbrechung“ beschreiben.

b) Kritik

Wir haben gesehen, dass sich die Zurechnung eines Haupttatmordes gemäß der „Alternativenformel“ offenbar nach einem anderen Zurechnungsmechanismus vollzieht als die eines Haupttatmordes. Mit der Kreation dieses gemischten Zurechnungsmodells entfernt sich der 4. Senat von dem nach der lex lata zur Verfügung stehenden numerus clausus der Zurechnungsformen: strikt akzessorische Zurechnung auf Schuldspruchebene und Akzessorietätslockerung auf Rechtsfolgenebene einerseits, tatbestandsrelevante Akzessorietätsdurchbrechung bereits auf Schuldspruchebene andererseits. In der Sache hat der 4. Senat mit der „Alternativenformel“ eine merkwürdige „Hybridform“ aus strikter Teilnahmeakzessorietät und Akzessorietätsdurchbrechung produziert, an deren Tragfähigkeit durchgreifende Zweifel schon deshalb bestehen, weil es für eine so unterschiedliche Handhabung der Akzessorietät je nach Haupttat (Mord einerseits, Totschlag andererseits) keine gesetzliche Grundlage gibt. Dass sich die Zurechnung der Haupttat nach unterschiedlichen Zurechnungsmechanismen vollziehen soll, je nachdem, ob es sich bei der Haupttat um einen Mord handelt oder um einen Totschlag, lässt sich nicht plausibel erklären.

Darüber hinaus impliziert die „Alternativenformel“ auch unter dem Gesichtspunkt der Reichweite des ihr zugrunde liegenden Zurechnungssystems unerklärliche Widersprüche: Existiert als Haupttat nur ein Totschlag, so findet nach der „Alternativenformel“ (ebenso wie nach bisheriger Rechtsprechung) ein allein in der Person des Teilnehmers vorliegendes persönliches Mordmerkmal für dessen Strafbarkeit keine Beachtung, weshalb eine akzessorietätsdurchbrechende Zurechnung der Haupttat zum Teilnehmer als Teilnahme am Mord von vornherein nicht in Betracht kommt. Anders liegt es nach der „Alternativenformel“ jedoch, wenn beim Haupttäter ein persönliches Mordmerkmal vorliegt und sich die Haupttat damit als Mord darstellt: Nach dem ersten Halbsatz der „Alternativenformel“ wäre nun auch dann Mordteilnahme anzunehmen, wenn der Teilnehmer das Mordmerkmal des Haupttäters zwar nicht kennt (§ 16 Abs. 1 S. 1 StGB), es aber in eigener Person selbst aufweist. Aber auf Ebene des subjektiven Teilnehmertatbestandes steht in beiden soeben genannten Konstellationen (entweder mangels Vorliegen einer Mordhaupttat oder mangels Kenntnis des Teilnehmers vom Haupttatmordmerkmal) zunächst nur Teilnahme am Totschlag im Raum (§ 16 Abs. 1 S. 1 StGB).²⁴ Einer Rechtfertigung bedarf deshalb, dass das beim Teilnehmer selbst vorliegende persönliche Mordmerkmal nun gerade und nur einen subjektiven Mangel im Teilnehmervorsatz kompensieren, aber dort keine Rolle spielen soll, wo gleichsam aus objektiven Gründen auf Tatbestandsebene beim Haupttäter

²⁰ BGHSt 1, 368, 370 ff. (371: Teilnahme am Mord sei ein „sonderbares Ergebnis“); BGH StV 1987, 386.

²¹ Vgl. BGH JZ 2006, 629, wo von Beihilfe zum (scil. im Mord des Haupttäters aus niedrigen Beweggründen enthaltenen) Totschlag ausgegangen wurde; dazu eingehend Küper JZ 2006, 608, 612.

²² Und nur ein solches, andernfalls ja ohnehin mangels Anwendbarkeit des § 28 StGB bei entsprechendem Vorsatz des Teilnehmers alles unstrittig seinen akzessorischen Gang geht.

²³ Vgl. BGH NStZ 2008, 273, 275 = HRRS 2008 Nr. 53 Rn. 28 (kursive Hervorhebung von den Verfassern).

²⁴ Engländer JA 2004, 410, 411; Kudlich JA 2008, 310, 313.

nur ein Totschlag als zuzurechnende Haupttat zur Verfügung steht. Eine solche, allein das Fehlen des Teilnehmersvorsatzes durch das eigene persönliche Mordmerkmal beim Teilnehmer kompensierende Wirkung hat insbesondere § 28 Abs. 2 StGB nicht, denn dieser durchbricht die Akzessorietät nicht nur in Ansehung des Teilnehmersvorsatzes, sondern vollinhaltlich. Ein Merkmal – auch ein personenbezogenes – ist nun einmal entweder akzessorisch und wird nach allgemeinen Teilnahmeregeln nur, aber auch immer dann zugerechnet, wenn es beim Haupttäter vorliegt und der Teilnehmer dies weiß – oder es ist nichtakzessorisch und wird dem Teilnehmer nur, aber dann auch immer zugerechnet, wenn der Teilnehmer es selbst erfüllt. Tertium non datur.

Um mit einem Beispiel nahe am vom BGH entschiedenen Sachverhalt zu bleiben: Unterstellt, es hätten wie im Ausgangsfall bei S niedrige Beweggründe vorgelegen, O habe von diesem nichts gewusst und selbst aus niedrigen Beweggründen dem S Hilfe geleistet, so ist, wenn man auf die niedrigen Beweggründe des O nicht § 28 Abs. 2 StGB anwendet, bei O auf der Ebene des subjektiven Tatbestandes nur Totschlagsbeihilfe gegeben (§§ 212, 27 StGB). Auf welchem Wege und vor allem mit welcher Berechtigung der BGH nun die niedrigen Beweggründe des O gleichwohl für dessen Schuldspruch berücksichtigen will, ist unerklärlich,²⁵ wenn man sich eine Vergleichskonstellation vergegenwärtigt: Fiele O schon deshalb nur Totschlagsbeihilfe zur Last, weil als Haupttat nur ein Totschlag des S zur Verfügung stünde, so würde der BGH nach der „Alternativenformel“ die niedrigen Beweggründe des O nicht für der Schuldspruch berücksichtigen und O wegen Mordesbeihilfe zu bestrafen. Weder eine gesetzliche Grundlage noch einen sachlichen Grund gibt es aber dafür, nur das Fehlen des Vorsatzes des O im Hinblick auf das Mordmerkmal des S durch die eigenen niedrigen Beweggründe auszugleichen.

3. Die „Alternativenformel“ – ein bloßer lapsus linguae?

Die gravierenden dogmatischen Mängel der Alternativenformel lassen die Frage aufkommen, ob es sich bei der „Alternativenformel“ möglicherweise nur um einen höchstrichterlichen Formulierungsfehler handelt.²⁶ Der zweite Halbsatz der Formel gäbe dann nur das ohnehin

²⁵ Kudlich JA 2008, 310, 313, verweist darauf, dass in der (von BGH NStZ 1996, 384, 385 fälschlicherweise bemühten) Entscheidung BGHSt 23, 29, 40 der Teilnehmer das besondere persönliche Merkmale des Haupttäters gerade kannte. – Darüber hinaus geht es in dieser Leitentscheidung zu den gekreuzten Mordmerkmalen nicht um eine den Schuldspruch betreffende Akzessorietätsdurchbrechung, sondern lediglich um die Versagung einer Strafmilderung (§§ 28 Abs. 1, 49 StGB) auf ohnehin akzessorischer Basis.

²⁶ Also gerade nicht, wie BGHSt 50, 1, 5 meint, um einen Verstehensfehler Ottos (JK 2/1997, StGB § 211/30) und Engländers (JA 2004, 410, 411), die den BGH richtig, nämlich im hiesigen Sinne gedeutet haben. Der von BGHSt 50, 1, 5 in Bezug genommenen Entscheidung BGH NJW 1982, 2738 lässt sich für die „Alternativenformel“ gerade nichts entnehmen. Küper JZ 2006, 1157, 1159 f. m. Fn. 15 versteht denn die „Alternativenformel“ auch nur als eine irreführende sprachliche Fehlleistung.

in der Rechtsprechung seit jeher strikt obwaltende Akzessorietätsprinzip auf Schuldsprachebene wieder, der erste Halbsatz der Formel ließe sich als Zusammenfassung der Rechtsprechung zu den „gekreuzten Mordmerkmalen“ deuten, beträfe mithin allein die Strafrahenwahl. Dafür müsste die Äußerung des 4. Senats, eine Verurteilung des O „wegen Beihilfe zum Mord“ setze das Vorliegen einer der beiden im Alternativverhältnisse stehenden Halbsätze voraus, untechnisch dahin verstanden werden können, dass sich der Senat damit nicht nur zum Schuldspruch, sondern auch zugleich zu der zu verhängenden Strafe verhalten möchte. Dies ist in Anbetracht des Umstandes, dass es bei der vom Senat an dieser Stelle problematisierten Beihilfestrafbarkeit ohnehin zu einer Strafmilderung zu kommen hat (§ 27 Abs. 2 S. 2 StGB), eine eher spekulative Lesart der „Alternativenformel“. Vor allem aber passt damit die vom BGH gewählte Reihenfolge der Halbsätze logisch nicht zusammen: Verstünde der BGH den ersten Halbsatz der „Alternativenformel“ wirklich als Strafzumessungsaussage, so müsste er dem zweiten Halbsatz, der ja zwanglos als schuldspruchrelevante Bekräftigung des strikten Akzessorietätsprinzips verstanden werden kann, nachfolgen und nicht vorangehen; als Strafrahenbestimmung wäre er dem zweiten Halbsatz der „Alternativenformel“ logisch nachgelagert. Angesichts der bestehenden Unklarheiten muss man bedauern, dass der BGH die Anwendung des virulenten ersten Halbsatzes der „Alternativenformel“ auch diesmal hinter den Kulissen lassen konnte, weil O die niedrigen Beweggründe des S kannte und selbst nicht aus niedrigen Beweggründen handelte. Zur Rechtssicherheit insbesondere an den Instanzengerichten trägt die „Alternativenformel“ gewiss nicht bei.

4. Fazit

Ob man die „Alternativenformel“ als bloßen lapsus linguae oder als gravierenden beteiligungsdogmatischen Missgriff einordnet, in jedem Fall macht das Bemühen des BGH, auf O als Gehilfen nicht § 28 Abs. 2 StGB anzuwenden zu müssen, einen konfusen Eindruck. Dass der Senat in Kenntnis der an der „Alternativenformel“ geübten Kritik²⁷ gleichwohl an ihrer Verwendung festgehalten hat, rechtfertigt Puppes²⁸ Annahme, der Grund dafür, dass der BGH Fälle wie den vorliegende nicht einfach unter Anwendung des § 28 Abs. 2 StGB entscheidet, liege darin, dass es der BGH seit knapp 50 Jahren nicht getan hat.

IV. Der weitere Gang des Strafverfahrens: BGH HRRS 2009 Nr. 806 zum mittäter-schaftlichen Totschlag des O

Der BGH hat es nicht dabei belassen, die Verurteilung des O wegen Totschlagsbeihilfe zu kritisieren. Bezüglich O hielt der Senat eine Verurteilung nur wegen Beihilfe zum Totschlag auf der Grundlage der Feststellungen des LG Saarbrücken für rechtsfehlerhaft: O habe Tatherr-

²⁷ Vgl. die undifferenzierte Zurückweisung der Kritik in BGHSt 50, 1, 5.

²⁸ Puppe JZ 2005, 902, 904.

schaft gehabt; ein etwa fehlendes eigenes Interesse am Gelingen der Tat schließe die Annahme von Mittäterschaft hinsichtlich des O nicht aus.²⁹ Daher müsse das Tatgericht in der neuen Hauptverhandlung bei gleichbleibenden Feststellungen von mittäterschaftlicher Tatbegehung des O ausgehen.

Nach der Zurückverweisung hat das LG Saarbrücken den Angeklagten O im Wesentlichen auf der Grundlage der ursprünglichen Feststellungen nunmehr wegen mittäterschaftlichen Mordes zu einer lebenslangen Freiheitsstrafe verurteilt. Auf die Revision des O hin hielt er abermals zuständige 4. Strafsenat des BGH die Rechtsauffassung des Tatgerichts, dass sich O die bei S „vorliegenden sonstigen niedrigen Beweggründe“ schon deshalb mittäterschaftlich (§ 25 Abs. 2 StGB) „zurechnen lassen müsse, weil er seinen Tatbeitrag in Kenntnis der niedrigen Beweggründe des Angeklagten S erbracht habe“, für fehlerhaft. Weil es sich bei dem Merkmal der niedrigen Beweggründe um ein persönliches Mordmerkmal handelt, könne „nur derjenige als Mittäter eines Mordes verurteilt werden, der selbst aus derartigen Beweggründen handelt.“ Somit reiche die bloße Kenntnis des O von den niedrigen Beweggründen des S nicht für eine Strafbarkeit wegen mittäterschaftlichen Mordes aus. Weil den Feststellungen nichts dafür zu entnehmen war, dass sich O die niedrigen Beweggründe des S zu eigen gemacht hatte, änderte der BGH bezüglich des Angeklagten O den Schuldspruch in mittäterschaftlich begangenen Totschlag und wies die Sache nochmals – diesmal nur zur Neufestsetzung des Strafausspruchs – an das LG Saarbrücken zurück.³⁰

1. Mittäterschaftliche Totschlagsbegehung durch Mörder und Totschläger?

Ob sich das Handeln des O wirklich als funktional tatherrschaftlich einordnen lässt, mag dahinstehen. Das eigentlich Bemerkenswerte an der Folgeentscheidung des BGH ist, dass der Senat einmal mehr die mittäterschaftliche Begehung eines Totschlages durch Mörder (S) und Totschläger (O) für möglich gehalten hat. Völlig unproblematisch ist diese Annahme nicht, begreift doch der BGH bis zum heutigen Tage § 211 StGB gegenüber dem Totschlag nicht als Qualifikation, sondern fasst die §§ 212, 211 StGB als „selbständige, voneinander unabhängige Delikte mit verschiedenem Unrechtsgehalt“³¹ auf. Ein solches Verständnis vom Verhältnis der §§ 211, 212 StGB schließt – entgegen zahlreichen Stimmen im Schrifttum, die dem BGH unterstellen, von „artverschiedenen“, „eigenständigen“, oder gar „exklusiven“ Tatbeständen auszugehen³² – jedoch die mittäterschaftlichen Behrbarkeit eines Totschlages durch Mörder und Tot-

schläger nicht aus.³³ Zum einen hat der BGH selbst immer nur von Selbständigkeit des Mordes gegenüber dem Totschlag gesprochen und Begriffe wie Eigenständigkeit, Artverschiedenheit oder Exklusivität stets vermieden.³⁴ In der Sache hat er sogar ausdrücklich anerkannt, dass unbesehen der „Selbständigkeit“ des § 211 StGB bei Begehung eines Mordes das Unrecht des Totschlages stets mitverwirklicht wird (also im Mordunrecht gleichsam „enthalten“ ist) und dass deshalb „Mittäterschaft zwischen Mörder und Totschläger“ möglich ist.³⁵ Die in § 212 StGB enthaltene Wendung „ohne Mörder zu sein“, aus welcher bisweilen die Unmöglichkeit mittäterschaftlicher Begehung eines Mordes durch einen Totschläger neben einem Mörder gefolgert wird,³⁶ kann entweder als heutzutage bedeutungs- und funktionslose, auf den nationalsozialistischen Gesetzgeber des Jahres 1941 und seine Tätertypenlehre zurückgehende Fehlleistung³⁷ ignoriert oder als deklaratorische Konkurrenzregelung verstanden werden, die nur das zwischen Mord und Totschlag bestehende Spezialitätsverhältnis zum Ausdruck bringen soll. Insofern enthält die Entscheidung Folgeentscheidung des BGH zur Mittäterschaft des O also keine revolutionäre Neuerung, sondern nur eine (begründungslose) Bekräftigung eines bereits eingenommenen Standpunkts.³⁸

Zum anderen geht die Annahme der besagten Teile des Schrifttums fehl, aus der Kennzeichnung des Mordes als eines gegenüber dem Totschlag selbständigen Delikts folge, dass § 212 StGB nicht mittäterschaftlich von Mörder und Totschläger begangen werden könnten. Die Annahme einer „Selbständigkeit“ des Mordes gegenüber dem Totschlag schließt noch nicht die Anwendbarkeit des Zurechnungsinstituts der Mittäterschaft auf zwei Komplizen aus, von denen der eine mangels eines eigenen Mordmerkmals nur den Tatbestand des § 212 StGB erfüllt hat, der andere aber darüber hinaus noch ein persönliches Mordmerkmal aufweist.³⁹ Das StGB kennt etliche „selbständige“ Straftatbestände, die zueinander im Verhältnis von Grundtatbestand und Qualifikation stehen (etwa §§ 242, 249 StGB oder §§ 223, 340 Abs. 1 StGB), ohne dass jemals die mittäterschaftliche

²⁹ BGH NStZ 2008, 273, 275 = HRRS 2008 Nr. 53 Rn. 33.

³⁰ BGH NStZ 2009, 627 = HRRS 2009 Nr. 806 Rn. 4-8 (kursive Hervorhebung von den Verfassern).

³¹ Ständige Rechtsprechung, vgl. etwa BGHSt 1, 368, 370 ff.; 50, 1, 5 f.

³² So – mit Unterschieden im – Detail Hirsch, in: Festschrift für Tröndle (1989) S. 34; Welzel JZ 1952, 72; Schünemann Jura 1980, 568, 580; Puppe JR 1984, 229, 233; dies. JZ 2005, 902, 903; Schröder JZ 1969, 132, 133; Beulke NStZ 1990, 278 f.; ders./Hillenkamp JuS 1975, 309, 312 f.; Geppert JK 3/1990, StGB § 211/18; ders./Schneider Jura 1986, 108.

³³ So aber noch – obiter dictu – BGHSt 6, 329, 330: Es fehle im Verhältnis von Mord und Totschlag an der für Mittäterschaft erforderlichen Verwirklichung zumindest desselben Grundtatbestands. Anders nunmehr BGHSt 36, 231, 233 ff.

³⁴ Eingehend Küper JZ 1991, 761 ff., 862 ff. (zur Mittäterschaft 866 ff.), 910 ff.

³⁵ BGHSt 36, 231, 233 ff. m. Anm. Beulke NStZ 1990, 278; Geppert JK 3/1990, StGB § 211/18; Timpe JZ 1990, 97; Hassemer JuS 1990, 148; Küper JuS 1991, 639.

³⁶ Vgl. etwa Sax ZStW 64 (1952), 393, 394; Puppe JR 1984, 229, 233.

³⁷ Küper JZ 1991, 910, 912; Puppe JR 1984, 229, 231, 233; dies. JZ 2005, 902, 903; Welzel JZ 1952, 72, 73; eingehend zur nationalsozialistischen Provenienz des § 211 StGB in der heute geltenden Form Frommel JZ 1980, 559 ff.

³⁸ Vgl. BGH HRRS 2009 Nr. 806 Rn. 7 mit ausdrücklichem Verweis auf BGHSt 36, 231.

³⁹ Dazu eingehend aus argumentationstheoretischer Werte Neumann, in: Festschrift für Lampe (2003), S. 643 ff.; verkannt von Maurach/Gössel/Zipf, Strafrecht Allgemeiner Teil 2, 7. Aufl. (1989), § 53 Rn. 172 f.; Baumann/Weber/Mitsch, Strafrecht Allgemeiner Teil, 11. Aufl. (2003), § 32 Rn. 22; Otto JK 2/1997, StGB § 211/30.

Begehbarkeit des Grunddelikts – etwa eines Diebstahls durch Dieb und Räuber oder einer Körperverletzung durch Privatmann und Amtsträger – in Zweifel gezogen worden wäre. Das zeigt, dass der BGH in der Folgeentscheidung eine Strafbarkeit des O aus §§ 212, 25 Abs. 2 StGB zu Recht nicht schon daran hat scheitern lassen, dass O seinen Tatbeitrag neben einem Mörder erbracht hat.

2. Zur Bedeutung des § 28 StGB bei der mittäterschaftlichen Begehung des § 212 StGB durch Mörder und Totschläger

a) Strafbarkeit des O nur wegen Totschlags – Folge der Anwendung des § 28 Abs. 2 StGB?

Mit der Einsicht, dass Mord und Totschlag keine exklusiven Tatbestände sind und mittäterschaftliche Begehung des § 212 StGB nicht am Selbständigkeitsdogma der Rechtsprechung scheitern muss, ist noch nicht entschieden, welche Konsequenzen das Fehlen eines besonderen persönlichen Mordmerkmals bei einem Totschlagsmittäter für dessen Strafbarkeit hat. Warum ist nicht auch derjenige als Mörder zu bestrafen, der ohne eigenes personenbezogenes Mordmerkmal mittäterschaftlich am Totschlag beteiligt ist und von dem personenbezogenen Mordmerkmal beim Haupttäter weiß? Für eine solche Vorgehensweise spräche immerhin die nach bisheriger Rechtsprechung im Teilnahmebereich bestehende Parallele, wonach Voraussetzung für Teilnahme am Mord nur die Kenntnis (§ 16 Abs. 1 S. 1 StGB) des Teilnehmers vom personenbezogenen Mordmerkmal des Haupttäters ist und bei Fehlen des besonderen persönlichen Merkmals nur eine Strafrahmenmilderung (§§ 28 Abs. 1, 49 Abs. 1 StGB) Platz greift. Der 4. Senat hat zur Begründung seiner Ansicht, es könne „nur derjenige als Mittäter eines Mordes verurteilt werden, der selbst aus derartigen Beweggründen handelt“, lediglich vorgetragen, dass es sich bei dem Merkmal der niedrigen Beweggründe um ein persönliches Mordmerkmal handelt, dass der jeweilige Beteiligte selbst aufweisen müsse. Einen Grund dafür, dass nicht schon die bloße Kenntnis des Mittäters O von den niedrigen Beweggründen des S für einen mittäterschaftlichen Mord auch des O hinreicht, hat der BGH nicht weiter genannt.⁴⁰

Nicht kritisiert werden kann zunächst, dass der 4. Senat auf den Mittäter O nicht § 28 Abs. 1 StGB angewendet hat, denn diese Strafzumessungsnorm bezieht sich ausweislich ihres klaren Wortlauts nur auf Teilnehmer, nicht auf Mittäter. Dass der BGH den Mittäter O nicht zu einer nach §§ 28 Abs. 1, 49 Abs. 1 StGB zu gemilderten Strafe wegen Mordes verurteilt hat, ist demnach nicht zu beanstanden.⁴¹ Steht damit § 28 Abs. 1 StGB a priori nicht zur

Anwendung, so scheint es, als habe der BGH stillschweigend die ihrem Wortlaut nach auch auf Mittäter anwendbare Vorschrift des § 28 Abs. 2 StGB herangezogen und O, der ja selbst kein personenbezogenes Mordmerkmal aufwies, mittels einer „Tatbestandsverschiebung“ nur nach § 212, 25 Abs. 2 StGB bestraft. Sieht man näher zu, so erweist sich indes, dass man die Vorschrift des § 28 Abs. 2 StGB im Bereich täterschaftlicher Beteiligung nicht benötigt: Um O als Totschlagsmittäter bestrafen zu können, bedarf es nur dann einer Anwendung des § 28 Abs. 2 StGB, wenn der auf mittäterschaftlichen Totschlag lautende Schuldspruch gerade und nur aus § 28 Abs. 2 StGB folgt. Lässt sich das Ergebnis – mittäterschaftlicher Totschlag des O – aber auf andere Weise gewinnen, etwa durch Anwendung eines allgemeinen dogmatischen Prinzips, so ist die Anwendung des § 28 Abs. 2 StGB nicht erforderlich, um zu einem mittäterschaftlichen Totschlag des O zu gelangen. Die damit angesprochene konkurrierende Erklärung der Rechtsfolge des § 28 Abs. 2 StGB findet sich in dem allgemeinen Zurechnungsprinzip, dass Täter und damit auch Mittäter nur sein kann, wer die persönlichen Merkmale der Straftat ihrem Charakter entsprechend selbst („individuell-unmittelbar“⁴² zurechenbar) aufweist; (Mit-)Täterschaft ist (jedenfalls insofern) nicht akzessorisch. Zurechnungstheoretisch formuliert sind persönliche Merkmale nicht Gegenstand der Zurechnung, sondern gehören zur Grundlage der mittäterschaftlichen Zurechnung und sind damit der Zurechnung entzogen.⁴³ Bei den täterschaftlichen Beteiligungsformen kommt es somit auf eine Anwendung des § 28 Abs. 2 StGB nicht an; dass die Vorschrift auch auf „Täter“ verweist, hat nur deklaratorischen Charakter.

b) Widerspruch zur Teilnahme

Mit der Einsicht, dass persönliche Mordmerkmale bei der Mittäterschaft unbestreitbar nichtakzessorisch sind, ohne dass es auf § 28 Abs. 2 StGB ankäme, lässt sich schließlich auch der schwer hinnehmbare Widerspruch erklären, den das (zur Mittäterschaft zutreffende) Ergebnis des BGH aufweist: Wäre, wovon das LG zunächst ausgegangen war und wozu sich der BGH in seiner oben (III.) besprochenen Entscheidung ausführlich verhalten hat, das Handeln des O nur als helferschaftlich zu qualifizieren gewesen, so würde ihm nach Auffassung der Rechtsprechung (und im Ergebnis auch unter dem Regime der neuen „Alternativenformel“) das Mordmerkmal der niedrigen Beweggründe des S akzessorisch zugerechnet. Es mutet merkwürdig an, dass die akzessorische Zurechnung des fremden persönlichen Mordmerkmals nun deshalb nicht mehr möglich sein soll, nur weil sich der Tatbeitrag des O nicht als nur helferschaftlich,

ten Regelungszwecks der Vorschrift fehl am Platze; dazu näher Küper JZ 1991, 862, 869; 910, 914 f.

⁴² Küper JZ 2006, 1157, 1166.

⁴³ Hingegen bilden tatbezogene Mordmerkmale zugerechnet – entsprechend ihrer nichtpersönlichen Natur – nicht die Grundlage, sondern den Gegenstand der mittäterschaftlichen Zurechnung. Deshalb hätte, wenn S im Fall heimtückisch gemordet hätte, beispielsweise O Mittäter eines Heimtückemordes auch ohne eine eigene heimtückische Handlung sein können, sofern er nur die Heimtücke des S kannte (§§ 15, 16 StGB).

⁴⁰ BGH HRRS 2009 Nr. 806 Rn. 7 a.E.: „Allein die Tatsache, dass er in Kenntnis der Beweggründe des Angeklagten S. an der Verwirklichung des Tatplans mitwirkte, reicht hierfür nicht aus.“

⁴¹ Eine „quasiakzessorische“ Verurteilung des O wegen mittäterschaftlichen Mordes unter Anwendung der Strafrahmenmilderung des § 28 Abs. 1 StGB wäre auch wegen des auf den Bereich der echten Sonderdelikte beschränk-

sondern als mittäterschaftlich darstellt; denn damit muss das besondere persönliche Merkmal bei S „erst durch eine bestimmte ... Begehungsform vermittelt werden, damit es seine persönliche Wirkung entfalten kann“⁴⁴. Für persönliche Merkmale ist die Abhängigkeit von einer bestimmten Beteiligungsform ein missliches Ergebnis.⁴⁵

Diese unbefriedigende Diskrepanz in der Zurechnung eines besonderen persönlichen Merkmals je nach Beteiligungsform trifft jedoch nicht das vom BGH zur Mittäterschaft des O erzielte (völlig richtige) Ergebnis, sondern dasjenige zur Beihilfe. Anders als das Zurechnungsinsti-

⁴⁴ Küper JZ 1991, 862, 868 f.; 910, 914.

⁴⁵ Möglicherweise hat diese Misslichkeit *Beulke* NStZ 1990, 278, 279 – unter den Prämissen der Rechtsprechung – dazu bewogen, neben mittäterschaftlichem Totschlag auch noch (merkwürdigerweise hinter den mittäterschaftlichen Totschlag zurücktretende) Beihilfe zum (dem anderen Beteiligten akzessorisch zuzurechnenden) Mord in Erwägung zu ziehen. Dagegen mit Recht *Küper* JZ 1991, 862, 869 m. Fn. 78: Mittäterschaft lässt sich nicht in einen Täteranteil (bezüglich § 212 StGB) und einen Beihilfeanteil (hinsichtlich § 211 StGB) aufspalten.

tut der Mittäterschaft ist dasjenige der Beihilfe (wie auch das der Anstiftung) akzessorisch, weshalb dem Teilnehmer das gesamte Unrecht der Haupttat zugerechnet wird.⁴⁶ Um die Teilnehmerstrafbarkeit von der strafrechtlichen Beurteilung der Haupttat zu lösen, bedarf es anders als im Täterschaftsbereich somit einer besonderen gesetzlichen Anordnung, die das Gesetz in § 28 Abs. 2 StGB mit (im Teilnahmebereich) konstitutiver Wirkung trifft. Allein indem der BGH diese Vorschrift auf die Mord- und Totschlagsteilnahme nicht anwendet, sondern einem Teilnehmer ein beim Haupttäter vorliegendes besonderes persönliches Mordmerkmal schon kraft Vorsatzes zurechnen will (§ 16 Abs. 1 S. 1 StGB), kommt es zu der beschriebenen beteiligungsdogmatischen Schiefelage, die sich leicht durch die Anwendung des § 28 Abs. 2 StGB im Teilnahmebereich beseitigen ließe.

⁴⁶ Zur Unterscheidung von Handlungszurechnung i.S. der Täterschaftsvorschriften des § 25 Abs. 1 Var. 2, Abs. 2 StGB und Unrechtszurechnung i.S. der Teilnahmevorschriften der §§ 26, 27 StGB s. *SK-StGB-Hoyer*, 7. Aufl., 34. Lieferung (Stand: Oktober 2000), Vor § 26 Rn. 3 ff.; *ders.* GA 2006, 298, 299 f.

Aufsätze und Anmerkungen

Ein Leitfaden für die Notwehrprovokation

Zugleich Anmerkung zu BGH HRRS 2009 Nr. 584 und BGH HRRS 2009 Nr. 700

Wiss. Mit. Mustafa Temmuz Oğlakcioğlu, Univ. Erlangen-Nürnberg

I. Die Notwehrprovokation als Stolperstein für Instanzgerichte

Das deutsche Notwehrrecht kennt – im Unterschied zu anderen Rechtsordnungen – keine Güterabwägung.¹ Daher besteht weitestgehend Einigkeit darüber, dass das „schneidige“ Notwehrrecht durch ein normatives Korrektiv relativiert werden muss. Jene *sozialethischen Einschränkungen* des Notwehrrechts fasst man unter dem Begriff der „Gebotenheit“ zusammen.² Mit der Gebotenheit bezweckt man eine Versagung des Notwehrrechts in Fällen, in denen die Leitprinzipien des § 32 StGB (Rechtsbewahrungsgedanke und Individualrechtsgüter-schutz) gar nicht betroffen sind, der Angegriffene dennoch – *rechtsmissbräuchlich* – Notwehr ausübt.³ Der Abschluss des Notwehrrechts soll also die absolute Aus-

nahme bilden und nur dann bejaht werden, wenn man zu schlicht untragbaren Ergebnissen gelangt,⁴ man erinnere sich an das Schulbeispiel der „Kirschendiebe“.⁵

Dass dieser Gedanke nur schwerlich aufgehen kann, wenn man die „**Provokation**“ als eine jener vier (bis dato anerkannten) Fallgruppen der Gebotenheit ansieht, liegt auf der Hand. Viele Körperverletzungsdelikte durchlaufen einen Aufschaukelungsprozess; die einfache Gewalt-delinquenz basiert oftmals u.a. auf geringfügigen „Provo-kationen“ des späteren Opfers einerseits und Überreaktion des Täters andererseits.⁶ Dies kann im Einzelfall dazu führen, dass die Provokationsdogmatik Anwendung findet (das Notwehrrecht also eingeschränkt wird), obwohl der konkrete Sachverhalt hierfür kaum einen Anlass gibt. Es überrascht nicht, dass sich der BGH jüngst mehrmals mit der Notwehrprovokation auseinandersetzen musste

¹ Vgl. diesbezüglich den umfassenden Rechtsvergleich von *Rönnau/Hohn* in *Leipziger Kommentar zum StGB*, 12. Auflage (2006), § 32 Rn.6 ff.

² *Fischer*, StGB, 56. Auflage (2009), § 32 Rn.36 ff.

³ *Rosenau* in *Satzger/Schmitt/Widmaier*, StGB (2009), § 32 Rn.30 ff.

⁴ Vgl. zum Ganzen *Roxin*, Strafrecht Allgemeiner Teil I, 4. Auflage (2005), § 15 Rn.55 ff.

⁵ RGSt 55, 82; eingehend *Fahl* JA 2000, 460.

⁶ *Bock*, Kriminologie, 3. Auflage (2007), Rn.759.

und hierbei von den Instanzgerichten zu einer Urteilsaufhebung „proviziert“ wurde.⁷

Die Fehler in den erstinstanzlichen Urteilen werden nachvollziehbar, wenn man sich Rechtsprechung und Literatur zur Provokationsdogmatik zu Gemüte geführt hat:⁸ Die Diskussion rund um die „Fallgruppen“ der Provokation scheint kein Ende zu nehmen, ständig tauchen neue Konstellationen auf, die zudem unterschiedliche Bezeichnungen tragen sollen.⁹

Dem Rechtsanwender fällt es schwer, der inzwischen äußerst unübersichtlichen Kasuistik Leitprinzipien zu entnehmen. Der Versuch, diese Unordnung durch eine Kategorisierung bzw. Bildung von Fallgruppen zu beseitigen, führt nicht nur zu jenem „gefährlichen“ Schubladendenken, sondern verfehlt überdies auch seinen Zweck, da man bei jedem Fall erneut zu der Erkenntnis gelangt, dass der konkrete Sachverhalt in keine der Schubladen passt. Im folgenden Beitrag soll dieses Dilemma anhand der jüngst erschienenen Rechtsprechung zur Notwehrprovokation dargestellt und eine Abkehr von der derzeit allzu diffizilen Provokationsdogmatik ange-regt werden.

II. Die Provokationsdogmatik in Rechtsprechung und Literatur: Einzelfallkasuistik trotz Schubladendenken?

Dass die absichtliche oder sonst schuldhaft Herbeiführung der Notwehrlage zu einer Präklusion bzw. Einschränkung der Notwehrrechte führen kann, wird kaum mehr bestritten.¹⁰ Neben der Notwehrprovokation sind allerdings noch weitere Fallgruppen anerkannt, in denen das Notwehrrecht aus sozialetischen Aspekten eingeschränkt werden muss. Ein Vergleich mit diesen Fallgruppen erklärt, warum die Notwehrprovokation als derart problematisch empfunden wird und weswegen in gängigen Lehrbüchern und Handkommentaren die Ausführungen zur Notwehrprovokation dreimal so umfangreich sind, wie die zu den sonstigen anerkannten Fallkonstellationen.

⁷ Siehe hierzu im Einzelnen unten, vgl. auch BGH NStZ 2006, 332 = HRRS 2005 Nr.873.

⁸ BGHSt 39, 374; BGHSt 42, 97, 101; BGH NStZ 2002, 425; Kühl Jura 1991, 57; 175; BGH 48, 207 ff. mit Bespr. Roxin JZ 2003, 966; Fischer (Fn. 2), § 32 Rn.41 ff.; LK-Rönnau/Hohn (Fn. 1), § 32 Rn.245.

⁹ Zum Begriff der provozierten Provokation Cramer in Schönke/Schröder, StGB, 27.Auflage (2006), § 32 Rn.58; zur Abwehrprovokation OLG Stuttgart NJW 1992, 850; Arzt JR 1980, 212; BGH NStZ 1999, 40; Küpper JA 2001, 438; zur Vorsatzprovokation BGHSt 39, 374; BGH 5 StR 392/07 – Urteil vom 06.12.2007 = HRRS 2008 Nr.128; Roxin StV 06, 235, 237.

¹⁰ Vgl. hierzu nur BGHSt 39, 374, 379; BGHSt 42, 97, 101; BGH 5 StR 158/06 – Beschluss vom 24.05.2006 = HRRS 2006 Nr. 788; BGH NStZ-RR 2007, 200 = HRRS 2007 Nr.555; Jahn JuS 2006, 466; Kühl StV 1997, 298; Matt NStZ 1993, 271; Zaczky JuS 2004, 750; Roxin NJW 1972, 1821; Mitsch GA 1986, 533.

1. Sorgenkind „Provokation“ – ein kurzer Vergleich mit anderen Fallgruppen der Gebotenheit

Sozialethische Einschränkungen des Notwehrrechts kommen weiterhin in Betracht:

- bei Angriffen schuldlos Handelnder (Kinder, Betrunkene)¹¹
- bei engen persönlichen Beziehungen (bzw. Vorliegen einer Beschützergarantenstellung gem. § 13 StGB)¹²
- und bei krassem Missverhältnis zwischen gefährdetem und beeinträchtigtem Rechtsgut.¹³

Schnell erkennt man, dass sich die Notwehrprovokation von den soeben aufgezählten sonstigen Fallgruppen bereits strukturell unterscheidet: Während in Fällen schuldlos Handelnder oder Bagatellangriffen objektiv feststehende, *starre* Eigenschaften die Schmälerung des Notwehrrechts herbeiführen, ist in den Fällen der Notwehrprovokation das Täterverhalten, also ein *dynamisches* Merkmal für die Einschränkung maßgeblich (welches zudem über einen bestimmten Zeitraum zu ermitteln ist).

Dies führt auch zu unterschiedlichen Begründungen hinsichtlich der Legitimation der Einschränkung: Während in den sonstigen Fallgruppen *objektive* Kriterien das Rechtsbewährungs- bzw. Schutzinteresse entfallen lassen,¹⁴ ist es bei der Provokation ausschließlich das Verhalten bzw. *Mitverschulden* des Täters, das den Rechtsbewährungsgedanken anzweifeln lässt.¹⁵

Letztlich muss man feststellen, dass die sonstigen Fallgruppen der Gebotenheit weitestgehend *konkretisiert* sind und man Normen (§§ 13, 19, 20, 21, 240 StGB) oder sonstige Begrifflichkeiten (Angriff, krasse Missverhältnis etc.) zur Orientierung heranziehen kann. Der Begriff der „Provokation“ ist dagegen *unbestimmt*, lässt eine sehr weite Auslegung zu¹⁶ und bedarf grundsätzlich einer näheren Erläuterung.

Diese Ausführungen verdeutlichen nicht nur, dass die Provokationsdogmatik im Verhältnis zu den anderen Fallgruppen komplexer ausfällt, sondern erklären auch,

¹¹ BayObLG NJW 1991, 2031; BGHSt 5, 245; BGH GA 1965, 148.

¹² BGH GA 1969, 117; BGH NJW 1969, 802; krit. Engels GA 1982, 109; Frister GA 1988, 308.

¹³ Zum Ganzen Joecks, StGB, 8.Auflage (2008), § 32 Rn. 18 ff.

¹⁴ Hirsch in Festschrift für Dreher (1977), S. 211, 217; Jescheck/Weigend, 5. Aufl. (1996), § 32 III 3a.

¹⁵ Roxin a.a.O. (Fn. 4), § 15 Rn. 69.

¹⁶ Die Weite des Begriffs lässt sich an zwei Beispielen illustrieren: So könnte bereits sozialadäquates Verhalten, nämlich das Betreten eines Armutsviertels mit Statussymbolen als „Provokation“ gewertet werden. Ebenso könnte sogar eine Flucht des Opfers, als „Provokation“ empfunden werden, verfolgt und gestellt zu werden. Dass dies im Ergebnis nicht richtig sein kann, liegt auf der Hand; die Konkretisierung echter „Provokationen“ dagegen ist umso schwerer.

warum dies so ist: Der normative Charakter des Begriffs, die beschriebene „Dynamik“ und Einzelfallbezogenheit müssen nicht nur näher definiert werden, sondern bedürfen ihrerseits einer wertenden Einschränkung, damit es nicht zu einer uferlosen bzw. allzu schnell angenommenen Präklusion der Notwehrrechte kommt.

2. Die Notwehrprovokation bis heute – ein kurzer Überblick

Rechtsprechung und Literatur unterscheiden zunächst grundsätzlich zwischen Absichts- und sonst vorwerfbarer Provokation. Innerhalb der sonst vorwerfbaren Provokation erfolgt teilweise noch eine Einteilung nach bestimmten Fallgruppen und Vorsatzformen.

Bei der sog. **Absichtsprovokation** führt der Verteidiger den Angriff geplant herbei, um den Angreifer unter dem Vorwand einer äußerlich gegebenen Notwehrlage (im Deckmäntelchen des § 32 StGB)¹⁷ verletzen zu können.¹⁸ In diesen Fällen ist dem Verteidiger das Notwehrrecht nach ganz h.M. abzuspochen, wobei lediglich die Begründungsmodelle divergieren¹⁹: Der vollständige Ausschluss der Notwehrrechte bei einer Absichtsprovokation lässt sich damit erklären, dass derjenige, der das ihm zustehende Recht missbraucht, den Boden des Rechts verlässt und daher als der eigentliche Angreifer einzustufen ist. Daher ist der Absichtsprovokateur weder schutzwürdig, noch kann er sich auf den Rechtsbegründungsgedanken berufen.²⁰ Soweit man (wie die Rechtsprechung) eine Verteidigungsabsicht fordert, kann man in den Fällen der Absichtsprovokation die Voraussetzungen des § 32 StGB bereits wegen fehlender Verteidigungsabsicht verneinen. Auch ein sog. „Motivbündel“ (das für eine Bejahung der Verteidigungsabsicht ausreichen würde) kann in diesen Fällen nicht festgestellt werden.²¹

Schwieriger gestaltet sich die Behandlung **einer sonst vorwerfbaren Provokation**: Nach h.A. ist bei einem schuldhaften Vorverhalten des Angegriffenen dessen Notwehrrecht einzuschränken, wenn sich die Notwehrhandlung gegen den Provozierten selbst richtet und das

Vorverhalten *in einem zeitlich-räumlichen Zusammenhang* zum späteren Angriff steht.²² Strittig ist, ob das Vorverhalten rechtswidrig sein muss oder bereits sozialetisch missbilligtes Verhalten ausreicht.²³ Jedenfalls basiert die Einschränkung des Notwehrrechts in gewissem Grade auf „Mitverschuldensaspekten“, d.h. die Mitverantwortung an der Situation führt zu einer Minderung des Rechtsbewährungsinteresses.²⁴ Bei der Einschränkung sind die konkreten Fallumstände miteinzubeziehen, wobei Art und Intensität der drohenden Rechtsgutverletzung in Relation zur erfolgten Provokation zu setzen sind.²⁵ Die Einschränkung erfolgt nach dem so genannten „Drei-Stufen-Modell“, d.h. dem Verteidigenden wird nicht das Notwehrrecht im Ganzen abgesprochen, sondern er muss lediglich zurückhaltender reagieren, demnach gilt: Erst ausweichen, dann zur Schutzwehr übergehen und erst als allerletztes Mittel zum Gegenangriff (Trutzwehr) ansetzen.²⁶

Dieses Konzept hat zwar eine zu begrüßende Signalwirkung, ist aber in der praktischen Anwendung unergiebig, da in den Fällen der Eskalation der Sachverhalt sich bereits so sehr zugespitzt hat, als dass eine Flucht bzw. Schutzwehr dem Opfer oftmals nicht mehr möglich sein wird und der Angegriffene i.E. meist doch gerechtfertigt nach § 32 StGB handelt. Es bietet sich daher an, die starre Formel des BGH aufzuweichen und dem Rechtsanwender eine flexiblere Formel zur Hand zu geben. Tatsächlich erfolgt (gerade wegen des geschilderten Phänomens der „erzwungenen Trutzwehr“) die Umsetzung des Drei-Stufen-Modells ohnehin in dieser Form. Daher ist der Rechtsprechung im Ergebnis vollkommen beizupflichten, soweit es um die Rechtsfolgen bzw. die Behandlung einer sonst vorwerfbaren Provokation geht.

Dies ändert allerdings nichts daran, dass bis dato kaum oder nie ausreichend pointiert wurde, wann überhaupt solch eine Einschränkung erfolgen soll, wann also eine „vorwerfbare Provokation“ anzunehmen ist.

3. Konkretisierung durch die Rechtsprechung

Den letzten Beschlüssen des BGH zu dieser Problematik sind neue Konkretisierungsbemühungen zu entnehmen:

a) BGH 2 StR 163/09, Beschluss vom 03.06.2009 = HRRS 2009 Nr. 584

A und B sind Nachbarn in einem Mehrfamilienhaus. Eines Abends trifft der angetrunkene und gereizte A den körperlich unterlegenen B im Treppenhaus und schlägt ihm grundlos mit der Faust gegen den Oberarm. B geht einer Konfrontation aus

¹⁷ BGH NJW 1983, 2267; BGH JR 1984, 206; JuS 1984, 340; BGH NStZ 2001, 143; BGH NStZ 2006, 332 = HRRS 2005 Nr. 873; MDR 1954, 335; Joecks (Fn.13), § 32 Rn. 19.

¹⁸ Wegen der kaum nachweisbaren „Absicht“ ist die Fallgruppe in der Praxis nicht existent, vgl. Roxin StV 2006, 234.

¹⁹ Dagegen ist eine Strafbarkeitsbegründung über die Grundsätze der *actio illicita in causa* abzulehnen; nach dieser Lehre wären zwar die Notwehrhandlungen in der konkreten Situation gerechtfertigt, allerdings käme man eventuell zu einer fahrlässigen Körperverletzung gem. § 229 StGB durch die Tathandlung des Provozierens, als bspw. Beleidigungen(!). Nur dies bliebe dann nämlich als Anknüpfungspunkt für ein strafbares Verhalten, das letztlich zur Verletzung des Angreifers führt. Die Lehre von der *actio illicita in causa* sieht sich der gleichen Kritik wie die *actio libera in causa* ausgesetzt: sie steht im Widerspruch mit dem im Strafrecht verankerten Simultanitätsprinzip, vgl. § 16 StGB und ist daher nicht mit dem Bestimmtheitsgrundsatz gem. Art.103 II GG vereinbar, vgl. hierzu Baumann MDR 1962, 349 f.

²⁰ Kühl Jura 1991, 175, 178; Lenckner JR 1984, 206.

²¹ BGH NJW 1983, 2267; BGH NStZ 2001, 143.

²² BGH 5 StR 141/09, Beschluss vom 25.07.2009 = HRRS 2009 Nr. 700; BGHSt 42, 97.

²³ Roxin a.a.O. (Fn.4), § 15 Rn.72; BGH StV 1996, 87; vgl. hierzu auch den bekannten „Zugfensterfall“ BGHSt 42, 97; Wessels/Beulke, Strafrecht Allgemeiner Teil, 39. Auflage (2009), Rn.349.

²⁴ Rosenau in Satzger/Schmitt/Widmaier (Fn. 3), § 32 Rn. 45.

²⁵ BGH NStZ 2003, 420, 421; BGHSt 39, 374, 379.

²⁶ BGH NStZ 2001, 143, 144; NStZ 1989, 113; BGHSt 24, 356, 356; BGHSt 26, 143, 145.

dem Weg und verlässt den Ort des Geschehens. A verfolgt den B, woraufhin dieser den A wüst beschimpft und ihm mit dem Einsatz seines Klappmessers droht, falls dieser ihn nicht endlich in Ruhe lasse. Dennoch packt A den B am Oberarm und B sticht mit seinem Messer zu.

Der Beschluss des BGH hat seinen Schwerpunkt eigentlich in der Frage, ob die Verteidigungshandlung des B erforderlich war, was er im Ergebnis – im Gegensatz zur Vorinstanz – frei nach dem Grundsatz „Recht braucht dem Unrecht nicht zu weichen“ bejaht. Er nimmt hierbei allerdings auch auf eine etwaige Einschränkung des Notwehrrechts Bezug, weil B durch seine Beleidigungen zur Eskalation des Geschehens beigetragen haben könnte (in diese Richtung das LG). Ob man diese Bezugnahme des BGH dahingehend (miss)verstehen soll, als das die Einschränkung im Rahmen der Gebotenheit in die Frage der Erforderlichkeit hineinspielt, also eine „Wechselwirkung“ zwischen Erforderlichkeit und Gebotenheit anzunehmen ist, sei dahingestellt. Jedenfalls signalisiert der BGH im Rahmen seiner Ausführungen, dass Provokationen des Verteidigers durch Vorprovokationen des späteren Angreifers relativiert werden. In der Literatur wird diese Konstellation, insbesondere von Cramer als Fallgruppe der provozierten Provokation aufgegriffen. Auch Cramer lehnt eine Einschränkung ab, wenn die Provokation des Verteidigers seinerseits durch eine Vorprovokation des Angreifers verursacht wurde und die Provokation nur „adäquate Folge“ der Vorprovokation war.²⁷

Der BGH vermeidet es, diesen Umstand der Vorprovokation überzubewerten; stattdessen wird bekräftigt, dass die Umstände des Einzelfalles und insbesondere der zeitlich-örtliche Zusammenhang zwischen Provokation und Angriffshandlung maßgeblich sind. So kommt er auch zu dem einzig richtigen Ergebnis, dass eine Provokation abzulehnen und somit eine Einschränkung des Notwehrrechts auszuschließen ist.

b) BGH 5 StR 141/09, Beschluss vom 25.07.2009 = HRRS 2009 Nr. 700

Hobbygärtner H verjagt zwei Eindringlinge, die ihm selbst angebauten Cannabis entwenden wollten auf seinem Grundstück und versteckt „zur Strafe“ deren Fahrräder in seinem Anwesen. Als diese mit einem Dritten zurückkehren, um ihre Fahrräder zurückzuholen, wollen sie zugleich die Gelegenheit nutzen und sich am Gärtner rächen. Als der körperlich überlegene Dritte den H in den Schwitzkasten nimmt, greift dieser zu seinem Messer und sticht zu.

Die Vorinstanz verurteilte H wegen gefährlicher Körperverletzung gem. §§ 223, 224 I Nr.2, 5 StGB, weil sie der Auffassung war, dass H wegen des Versteckens der Fahrräder eine Rückkehr provoziert hätte und somit in seinem Notwehrrecht eingeschränkt war. Der BGH hebt in seinem Beschluss das Urteil zu Recht auf und bezweifelt bereits das Vorliegen einer Provokation. Hierbei konkretisiert er den Begriff der „Provokation“ folgendermaßen:

Der 5. Senat betont erneut, dass zwischen der Provokation und dem später erfolgten Angriff ein enger zeitlich-

örtlicher und v.a. auch inhaltlicher Zusammenhang bestehen muss, was im Gärtnerfall jedenfalls anzuzweifeln sei. Hierbei deutet – Stichwort „inhaltlicher Zusammenhang“ – der BGH an, dass eine Provokation des später Angegriffenen auch so beschaffen sein kann, dass nur die Verletzung bestimmter Rechtsgüter zu erwarten ist (im konkreten Fall also die nochmalige Verletzung des Hausrechts bzw. des Eigentums, nicht aber Verletzungen der körperlichen Unversehrtheit). Diese Feststellung deckt sich auch mit der eingangs des Beschlusses verwendeten, simplen Definition:

Eine schuldhafte Provokation kann demnach zur Einschränkung des Notwehrrechts führen, wenn bei vernünftiger Würdigung der gesamten Umstände des Einzelfalles der Angriff als adäquate und voraussehbare Folge der Pflichtverletzung des Angegriffenen erscheint.

Dieser griffige Ansatz ist absolut zu begrüßen und basiert ihrerseits auf den oben bereits erläuterten Überlegungen Cramers, der das Kriterium der Adäquanz im Rahmen der „provozierten Provokation“ heranzog. Nach Subsumtion unter diese Formel, verneint der BGH eine Provokation und kommt zu dem Ergebnis, dass die Verteidigungshandlung auch erforderlich war und H somit nicht rechtswidrig handelt. Überlegungen zur „provozierten Provokation“ und dem Umstand, dass es sich bei dem Dritten um eine Person handelt, die nicht unmittelbar provoziert wurde, muss der Bundesgerichtshof somit erst gar nicht aufgreifen.

4. Eine Definition für die Notwehrprovokation

Die Fälle, sowie deren Lösung durch den BGH, haben deutlich illustriert, dass die höchstrichterliche Rechtsprechung weit entfernt von einem kategorischen Denken im Sinne eines „Alles-oder-Nichts“-Prinzips ist. Es gibt nicht die Notwehrprovokation, vielmehr hängt, sowohl das „Ob“, als auch das „Wie“ der Einschränkung immer von den Umständen des Einzelfalles ab.²⁸

Diese „Gesamtschau“ darf sich allerdings nur auf die Provokation als solches beziehen, d.h. die Gesamtschau muss gerade der Beantwortung der Frage dienen, ob eine Provokation vorliegt und nicht etwa ob eine Einschränkung – wegen vergleichbarer Aspekte – angemessen erscheint. Insofern sei nochmals die (etwas verwirrende) Bemerkung des Senats in seiner viel diskutierten Chantage-Entscheidung in Erinnerung gerufen: Demnach sei die Möglichkeit einer Gesamtschau mehrerer Umstände, die für sich genommen keiner der genannten Fallgruppen angehören, aber in einer gewissen sachlichen Nähe zu ihnen stehen, im Interesse der Rechtssicherheit zu werfen.²⁹

Der Senat bringt damit zum Ausdruck, dass dem rechtlichen Laien eine grundsätzliche Richtschnur zur Verfügung stehen muss. Da jede Einschränkung zu einer Ausweitung der Strafbarkeit führt, ist diese restriktive Inter-

²⁷ Cramer in Schönke/Schröder (Fn. 9), § 32 Rn. 59 a.E.

²⁸ Zum Begriff der Provokation als Rechtsbegriff *Schöneborn* NSz 1981, 201, 203; *Schünemann* JuS 1979, 275.

²⁹ BGH NJW 2003, 1955, 1960.

pretation zu begrüßen.³⁰ Allerdings darf man diese Ausführungen nicht dahingehend missverstehen, dass die Provokation als solche keiner Einzelfallbetrachtung unterliege (denn dies ist – siehe oben – die gängige Praxis). Gemeint ist vielmehr, dass feststehen muss, in welchen Fällen grundsätzlich das Notwehrrecht eingeschränkt ist. Hierfür reicht allerdings, dass der Normadressat weiß, dass in Fällen der Provokation sein Notwehrrecht eingeschränkt ist.

Diese sollte sich – in konsequenter Fortführung des vom Senat verfolgten Ziels der Rechtssicherheit – dann aber gerade nicht an starren Fallgruppen, sondern an einer für den Rechtsanwender weitaus klareren abstrakten Definition der Notwehrprovokation orientieren. Diesen Weg geht auch der fünfte Senat: Legt man deren „Adäquanz-Formel“ zu Grunde und integriert nun die sonstigen Überlegungen und Teilaspekte aus Rechtsprechung und Literatur, ergibt sich folgende Kontrollfrage, die man in allen Fällen der Provokation heranziehen kann:

Hat der Angegriffene durch sein rechtswidriges oder auch sozial missbilligtes Vorverhalten die Reaktion des Angreifers verursacht und kann diese Reaktion als das „Werk“ des Angegriffenen angesehen werden, kommt eine Einschränkung des Notwehrrechts in Betracht, wenn ein enger zeitlich-räumlicher Zusammenhang zwischen Provokation und Angriff gegeben ist.

Liegt allerdings der „Gegenschlag“ des Provozierten (vom Terminus her ähnlich wie bei der objektiven Zurechnung) völlig außerhalb dessen, was nach allgemeiner Lebenserfahrung noch in Rechnung zu stellen ist, muss auch eine Einschränkung des Notwehrrechts abgelehnt werden; d.h. je atypischer, oder untechnisch ausgedrückt „übertriebener“ die Reaktion des Angreifers ist, desto weniger ist der Angegriffene in seinen Rechten beschränkt. In die Beurteilung, ob bzw. wann eine Reaktion atypisch sein soll, spielen verschiedene Aspekte hinein, bspw. Verhältnis von Angreifer und Provokateur, Alter, Geschlecht, Statur, Bildungsstand, Ort des Geschehens, soziales Milieu, beeinträchtigte Rechtsgüter und sonstiges Vorverhalten. Der Vorsatz- bzw. Fahrlässigkeitsgrad kann dagegen erst bei der Frage eine Rolle spielen, inwieweit die Notwehrrechte des Angegriffenen einzuschränken sind.

³⁰ Rosenau in Satzger/Schmitt/Widmaier (Fn. 3), § 32 Rn. 47.

Die Formel passt auch auf die etwas atypischeren Mehrpersonenkonstellationen: So können auch insbesondere die (nicht vollkommen lebensfremden) Fälle gelöst werden, in denen der Angegriffene primär eine andere Person provoziert hat, als der nunmehr Angreifende (bspw. ein Dritter, der die Beleidigung seines besten Freundes nicht verkräften kann). Konnte der Provozierende nach den Gesamtumständen damit rechnen, dass der Dritte nun ebenfalls angreifen könnte, kommt eine Einschränkung des Notwehrrechts in Betracht.

In den umgekehrten Fällen der „provozierten Nothilfe“ ist dieser Ansatz, soweit man eine Einschränkung des Nothilferechts durch Provokation des Angegriffenen überhaupt für möglich erachtet, ebenfalls hilfreich:³¹ In den unproblematischen Konstellationen, in denen der Angegriffene und später Nothilfe Ausübende Dritte gemeinsam „provoziert“ haben, wird eine Einschränkung nach oben genannter Formel ohne Weiteres möglich sein. Schwierig sind die Fälle zu lösen, in denen der Dritte selbst nicht provoziert hat: Hier wird die oben genannte Formel um den Faktor zu erweitern sein, ob die grundsätzlich zurechenbare Provokation dem helfenden Dritten ebenfalls (nach einer normativen Gesamtbetrachtung) zuzurechnen ist.

III. Fazit

Der Begriff der Provokation hat durch Bemühungen der Literatur und höchstrichterliche Rechtsprechung ausreichend Konturen erfahren; jedoch ergeben sich diese nicht so ohne Weiteres, was auf die sehr komplexe Darstellung in Lehrbüchern/Kommentaren einerseits und der einfallorientierten Judikatur andererseits zurückzuführen ist. Mit der Formel des 5. Senats, die es etwas zu konkretisieren gilt (siehe oben), wird dem Rechtsanwender eine praktisch gut umsetzbare Richtschnur zur Hand gegeben, welche die inzwischen etwas unübersichtlich geratene Literatur wieder auf den Punkt bringt. Keine Änderungen ergeben sich indessen bei den Rechtsfolgen: Die kurze Rechtsprechungsanalyse ließ andeuten, dass das Drei-Stufen-Modell nach wie vor Geltung beansprucht, allerdings in aufgeweichter Form, was auf die umfassende Einzelfallbetrachtung zurückzuführen ist.

³¹ Zur provozierten Nothilfe siehe Rönau/Hohn in Leipziger Kommentar (Fn. 1), § 32 Rn. 259; Cramer in Schönke/Schröder (Fn. 9), § 32 Rn. 61a.

Beendigungsphase und „verlängerte“ Zueignungsabsicht – Ein Restriktionsmodell auf dem Prüfstand

Anmerkung zu BGH 5 StR 31/09 = HRRS 2009 Nr. 400

Von Wiss. Mit. Dominik Waszczyński, LL.M., Osnabrück

Mit dem Urteil 5 StR 31/09 vom 25.03.2009 äußert sich der BGH erstmals zur Verwirklichung des § 250 II Nr. 3 lit. a StGB in der Beendigungsphase. Dabei proklamiert der Senat eine Einschränkung des Anwendungsbereichs der Norm durch das subjektive Erfordernis fortbestehender Zueignungs- bzw. Bereicherungsabsicht. Im Folgenden soll die Entscheidung vor den Hintergrund der bisherigen BGH-Rechtsprechung betreffend die Raubesqualifikationen (§§ 250, 251 StGB) nach dem Zeitpunkt der Vollendung gestellt und in dessen Lichte kritisch betrachtet werden. Hierbei soll dargestellt werden, dass der vorgenommene Restriktionsansatz aus verschiedenen Gründen nicht vollständig zu überzeugen vermag. In diesem Zusammenhang wird auch auf die Frage eingegangen werden, ob diese subjektive Einschränkung nicht konsequenterweise auch auf den Bereich des § 251 StGB übertragen werden müsste. Dies hätte dann zur Folge, dass die gegen sie bestehenden Bedenken auch in dessen Bereich transferiert würden.

I. Darstellung der Rechtsprechung betreffend die Verwirklichung der §§ 250, 251 StGB in der Beendigungsphase

Mit seiner Entscheidung ergänzt der BGH seine Rechtsprechung der sogenannte Beendigendoktrin. Während in der Literatur zum großen Teil die Qualifikation der Grundtatbestände des Raubes und der räuberischen Erpressung nach deren Vollendung abgelehnt wird,¹ geht der BGH davon aus, dass auch über den Vollendungszeitpunkt hinaus eine solche durchaus möglich ist. So wurde in der bisherigen höchstrichterlichen Rechtsprechung bereits mehrfach entschieden, dass die Qualifikationstatbestände der §§ 250 I Nr. 1 lit. a, 250 II Nr. 1 StGB und des § 251 StGB auch nach Vollendung des Grunddelikts verwirklicht werden können.² Die Möglichkeit, aus diesen Vorschriften zu bestrafen, ergibt sich für den BGH

durch seine Interpretation der Wendung „bei der Tat“ in § 250 StGB und „durch den Raub“ bei § 251 StGB. Nach seiner Auffassung meinen diese Formulierungen das gesamte Tatgeschehen, welches seinerseits nicht durch den formellen Vollendungszeitpunkt begrenzt sein soll.³

Auffällig ist dabei, dass der BGH in seinen Entscheidungen hinsichtlich § 250 StGB für eine Bestrafung in der Beendigungsphase verlangt, dass das Täterhandeln zur weiteren Verwirklichung seiner Zueignungsabsicht, insbesondere zur Beutesicherung dient.⁴ Dementsprechend verlangt bereits das Urteil des 1. Senats vom 6.4.1965, dass der Täter „eine Waffe bei der (...) weiteren Verwirklichung seiner Zueignungsabsicht bei sich führt.“⁵ Auch in dem anschließenden Urteil des 4. Senats vom 23.8.1968 stellt der BGH für den Fall einer Qualifikation der räuberischen Erpressung in der Beendigungsphase fest, dass diese möglich ist, „wenn der Täter die Gewaltanwendung oder Drohung (...) fortsetzt, um sich den Besitz der Beute zu erhalten.“⁶

Besonders deutlich besteht der BGH auf dem Erfordernis einer Beutesicherungsabsicht in der Beendigungsphase in dem ebenfalls für die amtliche Sammlung bestimmten Beschluss des 5. Senats vom 1.10.2008⁷, in dem sich dieses Postulat explizit formuliert im Entscheidungstext und in dem vorangestellten Leitsatz findet.⁸ Auch das Urteil des 3. Senats vom 8.7.2008 nennt das Kriterium der Beutesicherungsabsicht.⁹ Auf diese Weise überträgt der BGH im Grunde die Voraussetzungen des § 252 StGB auf die Tatbestände der §§ 249, 255 StGB.¹⁰

Betrachtet man dagegen die zu § 251 StGB ergangenen Entscheidungen, sucht man nach dem Kriterium der Beutesicherungsabsicht nicht nur vergebens, sondern stößt inhaltlich sogar auf eine Ablehnung desselben. So liest man in dem 1992 ergangenen Urteil des 3. Senats zur Begründung, weshalb eine Bestrafung aus § 251 StGB

³ BGHSt 20, 194, 197; 38, 295, 297 ff.

⁴ BGHSt 20, 194, 197; HRRS 2008 Nr. 1049 = NSTZ-RR 2008, 342, 343; HRRS 2008 Nr. 998 = StV 2008, 641.

⁵ BGHSt 20, 194, 197.

⁶ BGHSt 22, 227.

⁷ Vgl. HRRS 2008 Nr. 998 = BGH StV 2008, 641.

⁸ HRRS 2008 Nr. 998 = BGH StV 2008, 641.

⁹ HRRS 2008 Nr. 1049 = BGH NSTZ-RR 2008, 342, 343.

¹⁰ Dehne-Niemann ZIS 2009, 376, 378.

¹ Kühl, Strafrecht – Allgemeiner Teil, 6. Auflage (2008), § 17a Rn. 20; Rengier, Strafrecht Besonderer Teil I, 11. Auflage (2009), § 9 Rn. 8; MK-Sander, Band 3 (2003), § 251 Rn. 11.

² BGHSt 20, 194, 197; 22, 227 (229); BGH NSTZ 1998, 511 ff.; StV 2000, 74 ff.

allein über § 252 StGB in der Beendigungsphase einer Raubtat nicht ausreichen würde, dass § 251 StGB dann „nur einen Teil der in Betracht kommenden Fälle erfassen würde, da er die Absicht zur Beuteerhaltung voraussetzt und somit bei bloßer Fluchtsicherung nicht eingreifen könnte.“¹¹ Auch in den weiteren Entscheidungen zu § 251 StGB findet sich keine dem jetzigen Bekenntnis des 5. *Senats* zum Erfordernis einer „verlängerten“ Zueignungs-/Bereicherungsabsicht vergleichbare Ausführung. Stattdessen liest man nur, dass der Täter „zur Flucht und Beutesicherung“ gehandelt haben muss.¹² Dass also die Absicht der Beutesicherung nicht unbedingtes oder gar exklusives¹³ Ziel des Täterhandelns sein muss, um aus § 251 StGB bestrafen zu können, zeigt sich sehr deutlich in der Entscheidung des 3. *Senats* vom 27.05.1998.¹⁴ Dort hatte der Angeklagte auf das Opfer nach einem missglückten Raubversuch mit einem Messer in tödlicher Weise eingestochen. Obwohl der Täter also gar keine Beute hatte, die er hätte sichern können, bestätigt der BGH die Verurteilung des Angeklagten wegen versuchten Raubes mit Todesfolge, in der Form des erfolgsqualifizierten Versuchs. Zur Begründung wird angeführt, es habe sich hier die tatbestandsspezifische Gefahr realisiert, da die vom Täter zur Ermöglichung der Wegnahme eingesetzte Gewalt unmittelbar in Handlungen überging, die „(...) die Ausschaltung des Widerstands des Opfers oder die Verhinderung seiner Flucht bezweckten.“¹⁵

Vor dem Hintergrund dieser nicht widerspruchsfreien Spruchpraxis ist nun der vorliegende Beschluss zu betrachten. Indem der BGH auch die Verwirklichung des § 250 II Nr. 3 lit. a StGB im Beendigungsstadium für möglich hält, bekräftigt er dem Grunde nach seine Beendigungsdoktrin. So erklärt der *Senat*, dass er bei seinem in den bisherigen Entscheidungen zu § 250 II Nr. 1 StGB zu Grunde gelegten Verständnis der Formulierung „bei der Tat“ bleibt und dementsprechend auch für § 250 II Nr. 3 lit. a StGB den gesamten Tathergang als qualifikationstauglich betrachtet.¹⁶ Dabei macht er aber klar, dass er höhere Anforderungen an eine Bestrafung stellt, als das Ausgangsgericht aus den bisherigen Entscheidungen abgeleitet zu haben scheint. So soll die der Vollendung räumlich-zeitlich unmittelbar nachfolgende Gewaltanwendung für sich genommen ebenso wenig genügen, um eine qualifizierte Strafbarkeit auszulösen, wie ihre reine Nähe vor der Wegnahme zu selbiger eine Strafbarkeit wegen Raubes zu begründen vermag.¹⁷ Vielmehr rekurriert der 5. *Senat* auch hinsichtlich des § 250 II Nr. 3 lit. a StGB auf das bei § 250 I Nr. 1 lit. a, § 250 II Nr. 1 StGB geforderte Kriterium der fortgesetzten Zueignungsabsicht, insbesondere in Form der Beutesicherungsabsicht, so dass eine Bestrafung aus § 250 II Nr. 3 lit. a StGB

einschränkend voraussetzt, dass die Gewaltanwendung von einer derartigen Absicht getragen wird¹⁸. Ausweislich der Entscheidung will der *Leipziger Senat* dadurch die finale Struktur der Raubtatbestände berücksichtigen.¹⁹

II. Kritische Betrachtung des Urteils, insbesondere des Postulats der fortbestehenden Zueignungs-/Bereicherungsabsicht

Dieser eben beschriebene Restriktionsansatz vermag allerdings nur teilweise zu überzeugen.

1. Wie der *Senat* selbst betont²⁰, sind die Raubdelikte wesentlich durch die Finalbeziehung, die zwischen dem eingesetzten Nötigungsmittel²¹ und der Vermögensverfügung besteht, geprägt.²² Demnach kommt es nach der gesetzlichen Konstruktion also darauf an, dass der Täter die Gewalt einsetzt, um eine rechtswidrige Vermögensverschiebung herbeizuführen. Diese Vermögensverschiebung ist aber nach der gesetzlichen Konstruktion bereits dann eingetreten, wenn der Täter an der Sache Gewahrsam erlangt hat; dies gilt für den Raub und die räuberische Erpressung gleichermaßen. Damit besteht die finale Struktur also gerade in dem Konnex zwischen der Nötigung und dem Zeitpunkt der Gewahrsamerlangung als momentane Vermögensverschiebung. Die darüber hinaus gehende Zueignung bzw. Bereicherung ist gerade nicht objektives, sondern subjektives Tatbestandsmerkmal, so dass es auf deren Realisierung gar nicht ankommt, was §§ 249; 253, 255 StGB zu Delikten mit überschießender Innentendenz macht. Von daher darf man wohl wenigstens bezweifeln, ob es das Gleiche ist, wenn der Täter sich mit Gewalt in den Besitz seiner Beute bringt oder wenn er sich dadurch nur den Besitz der zuvor schon erlangten Sache erhalten will.²³ Deshalb kann man auch in Frage stellen, ob eine nach Tatvollendung verübte Nötigung zum Zwecke der endlich intendierten Bereicherung noch in der Lage ist, den finalen Konnex zwischen sich und der rechtswidrigen Vermögensverfügung herzustellen.

2. Des Weiteren erscheint es zweifelhaft, ob die Rolle, die der *Senat* § 252 StGB und dessen Voraussetzungen für die Auslegung des § 250 StGB zuspricht, einer zutreffenden Bewertung des normativen Systems der §§ 249 ff. StGB entspricht. Wenn der *Senat* nämlich unter anderem aus dieser Norm, genauer gesagt, der darin enthaltenen Besitzerhaltungsabsicht, für den Bereich der §§ 249, 255 StGB das Erfordernis der Beutesicherungsabsicht ableiten will, liest er letztlich die Voraussetzungen des § 252 StGB

¹¹ BGHSt 38, 295, 297.

¹² BGH NStZ 1998, 511, 512.

¹³ Auch bei § 252 ist zwar anerkannt, dass die Beuteerhaltungsabsicht nicht das einzige Ziel des Täters sein muss, vgl. Fischer, Strafgesetzbuch und Nebengesetze, 56. Auflage (2009), § 252 Rn. 9. Der Unterschied liegt aber darin, dass sie in jedem Falle aber wenigstens auch vorliegen muss.

¹⁴ Vgl. BGH NStZ 1998, 511 ff.

¹⁵ BGH NStZ 1998, 511, 512.

¹⁶ BGH Ur t. v. 25.3.2009 - 5 StR 31/09 = HRRS 2009 Nr. 400 Rn. 7.

¹⁷ BGH Ur t. v. 25.3.2009 - 5 StR 31/09 = HRRS 2009 Nr. 400 Rn. 7 f.

¹⁸ BGH Ur t. v. 25.3.2009 - 5 StR 31/09 = HRRS 2009 Nr. 400 Rn. 7 und Leitsatz.

¹⁹ Vgl. BGH Ur t. v. 25.3.2009 - 5 StR 31/09 = HRRS 2009 Nr. 400 Rn. 8.

²⁰ BGH Ur t. v. 25.3.2009 - 5 StR 31/09 = HRRS 2009 Nr. 400 Rn. 8.

²¹ Die Entscheidung ist, wohl wegen ihrer Ausrichtung an dem konkreten Fall, etwas ungenau in der Formulierung, als nur von „Gewalt“ die Rede ist.

²² LPK-Kindhäuser, 3. Auflage (2006), § 249, Rn. 21; § 253 Rn. 33.

²³ Ablehnend auch Rengier (Fn. 1), § 9 Rn. 8.

in diese hinein.²⁴ Dagegen bestehen aber dreierlei Bedenken.

Erstens dient § 252 StGB vornehmlich dazu, die Verknüpfung der Komponenten Nötigung und Wegnahme, die den Raub konstituieren, in umgekehrter Reihenfolge zu erfassen und somit ein „räuberisches Unrecht“ zu sanktionieren, weshalb die Besitzerhaltungsabsicht auch als verlängerte Zueignungsabsicht interpretiert wird.²⁵ Wenn der Raub also „Nötigung zur Gewahrsamerlangung“ und der räuberische Diebstahl demgegenüber „Nötigung zur Gewahrsamerhaltung“ ist, verläuft die Finalitätsverknüpfung der beiden Delikte genau umgekehrt. Deshalb aber kann man nur schwerlich aus dem finalen Konnex der einen eine Auslegungshilfe für den der jeweils anderen Norm gewinnen.

Zweitens stellt das Gesetz mit § 252 StGB gerade eine Norm zur Verfügung, die speziell den Beendigungszeitraum erfasst. Sind also deren Voraussetzungen gleichzeitig mit denen vom BGH für eine Strafbarkeit aus § 250 StGB aufgestellten erfüllt, nähme man der Vorschrift für diesen Bereich ihre eigenständige Bedeutung.

Drittens ist schließlich zu sehen, dass eine Übertragung der in § 252 normierten Voraussetzungen auf §§ 253, 255 StGB dazu führt, dass man einen Bereich sanktioniert, der von § 252 StGB gar nicht erfasst wird. Anders als beim Raub, der wegen des enthaltenen Diebstahls elements nach h.M.²⁶ eine für § 252 StGB taugliche Vortat darstellt, hat der Gesetzgeber die Beendigungsphase einer räuberischen Erpressung von einer Sanktionierung durch § 252 StGB freigestellt. Demnach spricht § 252 StGB also eher gegen die Beendigungsdoktrin an sich als für eine bestimmte Ausgestaltung derselben.

Auf der anderen Seite darf man aber auch durchaus hinterfragen, ob eine Differenzierung zwischen dem Räuber, der sich mit qualifizierten Nötigungsmitteln gegen die Entziehung seiner Beute wehrt und dem räuberischen Erpresser, der dies tut, angebracht ist. Der BGH gibt mit seiner Beendigungsrechtsprechung seine eigene Antwort auf diese Frage. Von seinem Standpunkt aus ist es möglich, das Sanktionspotential für §§ 249; 253, 255 StGB in allen Deliktsstadien parallel zu gestalten. Dass dabei die Voraussetzungen des § 252 StGB als Maßstab herangezogen werden, ist im Rahmen dieses Vorgehens auch sinnvoll. Auf diese Weise gelingt es dem BGH, nicht die Anforderungen herabzusetzen – wie es demgegenüber das Ausgangsgericht gemacht hatte –, die der Gesetzgeber, ausgedrückt durch § 252 StGB, offenbar an eine Strafbarkeit nach Vollendung gestellt sehen will.

So nachvollziehbar es aus kriminalpolitischer Perspektive betrachtet aber auch sein mag, die Sanktionsmöglichkeiten hinsichtlich der §§ 249 und 253, 255 StGB und damit den an den potentiellen Täter gerichteten Normappell in allen Deliktsphasen parallel laufen zu lassen und so be-

grüßenswert es für die Beendigungsphase auch sein mag, die dafür erforderliche Hürde nicht niedriger anzusetzen, als es die den Bereich des § 249 StGB betreffende Norm des § 252 StGB vorsieht, so wenig vermag dies die zuvor genannten dogmatischen Bedenken aufzuheben.

Außerdem setzt sich der BGH durch die Forderung einer fortbestehenden Zueignungsabsicht in gewisser Weise in Widerspruch zu der eingangs bereits erwähnten Rechtsprechung zu § 251 StGB, insbesondere der Entscheidung des 3. *Senats* vom 27.05.1998.²⁷ Lässt man nämlich einmal den Fall außen vor, dass der Täter bei seiner Flucht nicht bemerkt, dass er die Beute gar nicht länger bei sich trägt und deshalb zur Erhaltung von etwas handelt, was er gar nicht mehr hat, so verbietet sich eine Bestrafung der „Flucht ohne Beute“.

3. Nicht uninteressant ist in diesem Zusammenhang auch, wie der BGH die Körperverletzungsvorschriften in seine Erwägungen einbezieht. So begründet der *Senat* das Erfordernis der Beutesicherungsabsicht gerade mit dem im Vergleich zu §§ 224 und 226 StGB deutlich höheren Mindeststrafmaß des § 250 StGB. Dieses soll nämlich – was für sich genommen richtig ist – nicht allein durch eine bloß bei Gelegenheit des Raubes verübte Gewaltanwendung gerechtfertigt sein.²⁸ Diese Argumentation lässt sich aber ebenso auf § 251 StGB übertragen, der im Vergleich zu § 226 StGB einen um sieben Jahre höheren Mindeststrafrahmen vorsieht. Freilich setzt § 251 StGB im Unterschied zu § 226 i.V.m. § 18 StGB nicht bloß einfache Fahrlässigkeit, sondern Leichtfertigkeit voraus. Dies allein vermag aber wohl kaum eine Erhöhung des Mindeststrafmaßes um mehr als das Doppelte zu begründen; insbesondere nicht, wenn man sieht, dass die vorsätzliche Tötung in § 212 StGB mit einem Mindestmaß von nur fünf Jahren bedroht ist.

III. Was lässt sich also aus dem Urteil für die Zukunft schließen?

Zum einen kann man die Rechtsprechung zur Qualifikation der Raubdelikte in der Beendigungsphase wohl endgültig als gefestigt ansehen, soweit es das Verständnis der Tat anbetrifft. Zum anderen darf man gespannt sein, wie der BGH entscheiden wird, wenn er das nächste Mal über einen Fall der beutelosen Flucht zu befinden haben wird. Letztlich hat der BGH hier nur die Möglichkeit entweder weiter auf die Gefährlichkeit des Raubes abzustellen und damit im Endeffekt jede bei Gelegenheit dessen begangene Nötigung als gefahrenspezifisch einzustufen oder aber auch für die Bestrafung aus § 251 StGB eine Beutesicherungsabsicht vorauszusetzen und damit nur von dieser getragene Nötigungen als gefahrenspezifisch einzustufen. Die erste Variante behielte die eingangs unter I. erwähnten Friktionen in der Rspr. bei, die letztgenannte trüge die im Zusammenhang mit § 252 StGB unter II. 2. angeführten Bedenken in das Feld des § 251 StGB. Beides würde nicht wirklich zu befriedigen vermögen.

²⁴ Dehne-Niemann ZIS 2009, 376, 378.

²⁵ HRRS 2008 Nr. 998 = BGH StV 2008, 641; Deiters, ZJS 2008, 672, 674; Rengier (Fn.1) § 10 Rn. 16f.

²⁶ Fischer (Fn. 12), § 252 Rn. 3 m.w.N.; zweifelnd BGHSt 38 295, 299.

²⁷ Dehne-Niemann ZIS 2009, 376, 378.

²⁸ BGH Urt. v. 25.3.2009 - 5 StR 31/09 = HRRS 2009 Nr. 400 Rn. 8

Dokumentation

Verfahrensdokumentation

In dieser Ausgabe kein Eintrag.

Schrifttum

Schrifttum

Detlef Burhoff. Handbuch für das strafrechtliche Ermittlungsverfahren; 5. Auflage, ZAP-Verlag für die Rechts- u. Anwaltspraxis; 1972 Seiten, 108,00€, Münster 2010.

Nun ist es da: In neuer Aufmachung, mit mehr Seiten und neuem Preis legt *Burhoff* die 5. Auflage seines Handbuchs für das strafrechtliche Ermittlungsverfahren vor. Das Buch hat sich seit seiner Einführung, wie sein Geschwister, das Handbuch für die strafrechtliche Hauptverhandlung, weithin fest bei den Praktikern etabliert. Daher steht es eigentlich dem Versuch gleich, Eulen nach Athen zu tragen, wenn man meint, das Buch noch jemandem vorstellen zu können. Da sich das Werk jedoch nicht nur an den ratsuchenden Praktiker, sondern auch an Berufsanfänger richtet, soll diesen das wertvolle Werkzeug vorgestellt werden; für alle anderen bleibt die frohe Kunde der Neuauflage.

Aufbau und Darstellungsweise: Die „richtige“ Wahrheitsfindung im Strafverfahren zu sichern, ist das erklärte Ziel von *Burhoff* mit seinen Handbüchern. Als sinnige Ergänzung zu einer beachtlichen Anzahl von Kommentaren und Monographien hat *Burhoff* einen an der Praxis orientierten Aufbau der aufkommenden Probleme und Themen in ABC-Form gewählt, mit der der Leser rasch zum Punkt gelangen und dort eine geschlossene, zusammenhängende Darstellung finden kann – ein Lexikon für den Juristen. Bei besonders wichtigen oder sehr umfangreichen Themenkomplexen, wie etwa zum Stichwort „Akteneinsicht“ hat *Burhoff* sogenannte „Verteilerstichwörter“ gebildet, unter denen dann zu Unterkategorien weiterführende Stichwörter einen schnelleren Zugriff erlauben (z.B. „Akteneinsicht, Beschränkung“). Die Stichwörter erlauben auch Querverweise untereinander, die sehr zu gefallen wissen, da auf diese Weise systematische oder praktische Zusammenhänge aufgezeigt

werden und der Leser hingegen nicht fürchten muss, in ein Ping-Pong-Suchspiel verwickelt zu werden, auf der Suche nach dem richtigen Stichwort für die zu beantwortende Frage.

Ergänzt werden der Aufbau und die Stichwörter durch Stichwort- und Schlagwortregister, tabellarische Übersichten und Checklisten. Von besonderer praktischer Hilfe sind die farblich abgesetzten „Hinweise für den Verteidiger“ und das außerordentlich gründlich recherchierte Entscheidungsregister, das gerade nicht nur die aktuelle Rechtsprechung des BGH berücksichtigt, sondern – und darin liegt ein nicht zu gering zu schätzender Wert des Buches – über die regionalen Oberlandesgerichte auch die Rechtsprechung der örtlichen Land- und Amtsgerichte. Gegenüber der Voraufgabe sind allein rund 750 neue Entscheidungen eingearbeitet worden. Hierüber kann sich nicht nur der lokal tätige Rechtsanwalt, sondern auch der überregional agierende Verteidiger rasch ein Bild von der örtlichen bzw. regionalen Rechtsprechungslage verschaffen oder das Tatgericht mit der Eigentümlichkeit seiner Rechtsprechung im bundesweiten Vergleich oder mit Blick auf das zuständige Rechtsmittelgericht konfrontieren.

Dem medialen Arbeitsalltag entsprechend ist dem Handbuch auch eine CD-ROM beigelegt, auf der sich neben dem Entscheidungsregister auch Textmuster und Gesetze finden. Zu wünschen bleibt hier allein offen, dass die CD-ROM nicht nur wegen der Gesetze mit dem Internet verlinkt ist, sondern auch für Entscheidungen und weiterführender Literatur etwa mit dem Datenbankangebot von LexisNexis.

Neuerungen der 5. Auflage: Zu den Neuerungen der 5. Auflage gehört neben Inhaltlichem auch, dass *Burhoff* mit 2009 auch das erste Jahr praktische Erfahrungen mit dem Strafverfahren als Rechtsanwalt machen

durfte. Eventuell findet sich daher auch die eine oder andere Ergänzung praktischer Hinweise zur Taktik der Verteidigung.

Im Vergleich zur Voraufgabe sind wesentliche aktuelle Entwicklungen eingearbeitet worden. So sind insbesondere die Stichworte „Online-Durchsuchung“, „Beweiserhebungs-/Beweisverwertungsverbot für Berufsheimnisträger“ aufgenommen worden sowie Änderungen, die sich auf die Neuregelungen durch das 2. OpferRRG v. 29.07.2009 und das Gesetz zur Änderung des Untersuchungshaftrechts v. 29.07.2009 sowie nicht zuletzt das Gesetz zur Regelung der Verständigung im Strafverfahren v. 29.07.2009 zurückführen lassen. Insoweit ist das Buch derzeit kaum an Aktualität zu übertreffen, was auch dadurch gekennzeichnet ist, dass es (noch) kaum Literatur oder Rechtsprechung zu diesen neuen Entwicklungen zu berücksichtigen gab. Rechtsprechung ist weitgehend bis einschließlich August 2009 berücksichtigt.

Fazit: *Burhoff* gelingt es erneut in einer erfreulich kompakten und dennoch übersichtlichen Form, den Ratsuchenden schnell an eine umfassende praktische Lösung des Problems heranzuführen. Besonders gelungen erscheinen die Darstellungen zu den mannigfaltigen Fragestellungen des Akteneinsichtsrechts, zu Verwertungsverboten bei Berufsheimnisträgern und zum dinglichen Arrest im Ermittlungsverfahren. Nicht nur der Berufsanfänger oder der nur gelegentlich im Strafrecht Tätige findet hier wertvolles Wissen und Tipps, sondern auch dem altgedienten Praktiker bietet sich aufgrund der stets beachtlichen Aktualität des Handbuchs die Gelegenheit, mit Veränderungen und Neuerungen des Rechts Schritt zu halten. Für den umsichtigen Praktiker sollte kein Weg an diesem Buch vorbeiführen.

Niels Hoffmann, Rechtsanwalt, Düsseldorf

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.

1./65. EGMR Nr. 19359/04 (5. Kammer) – Urteil vom 17. Dezember 2009 (M. v. Germany – deutschsprachige Version)

Rückwirkende Aufhebung der Höchstdauer der Sicherungsverwahrung (Verurteilung; Gesetzlichkeitsprinzip (Rückwirkungsverbot; Rechtsstaatsprinzip; Vertrauensschutz; Maßregeln der Besserung und Sicherung als Strafe); Recht auf Freiheit (Vollzug der Sicherungsverwahrung); redaktioneller Hinweis.

Art. 7 EMRK; Art. 5 EMRK; Art. 103 Abs. 2 GG; Art. 2 Abs. 2 GG; § 67d Abs. 3 StGB; § 2 Abs. 6 StGB

66. BVerfG 1 BvR 2717/08 (3. Kammer des Ersten Senats) – Beschluss vom 17. November 2009 (KG Berlin/AG Tiergarten/Bezirksamt Spandau)

Bestimmtheitsgebot bei Straf- und Bußgeldtatbeständen (Analogieverbot; unbestimmte Rechtsbegriffe; Verweis auf verwaltungsrechtliche Vorschriften); Berliner Landes-Immissionsschutz-Gesetz (Klavierspiel; Sonn- und Feiertage; Lärm; „erhebliche Störung der Ruhe“).

Art. 103 Abs. 2 GG; § 71 Abs. 1 OWiG; § 4 BerlLLmSchG; § 15 Abs. 1 Nr. 4 BerlLLmSchG.

67. BVerfG 2 BvR 1398/09 (2. Kammer des Zweiten Senats) – Beschluss vom 13. November 2009 (BGH/LG Bonn)

Auferlegung einer Missbrauchsgebühr im Verfassungsbeschwerdeverfahren (fehlende Auseinandersetzung mit Inhalt und Grundlagen der angegriffenen Entscheidungen; falsche Angaben).

§ 23 BVerfGG; § 34 Abs. 2 BVerfGG; § 92 BVerfGG; § 93a BVerfGG; Art. 103 Abs. 1 BVerfGG

68. BVerfG 2 BvR 2299/09 (2. Kammer des Zweiten Senats) – Beschluss vom 16. Januar 2010 (OLG Hamm)

Unzulässige Auslieferung an die Türkei (Staatsschutzdelikte; „erschwerter“ lebenslängliche Freiheitsstrafe; Gnadenrecht); *ordre public* (verbindliche völkerrechtliche Mindeststandards; unabdingbare verfassungsrechtliche Grundsätze); Menschenwürde (realistische Aussicht auf Wiedererlangung der Freiheit); rechtliches Gehör (Übermittlung von Schriftsätzen der Gegenseite); Anhörungsrüge (Verfassungsbeschwerde; keine eigenständige Beschwerde des Zurückweisungsbeschlusses).

Art. 1 Abs. 1 GG; Art. 2 Abs. 2 S. 2 GG; Art. 25 GG; Art. 103 Abs. 1 GG; § 2 Abs. 1 IRG; § 32 IRG; § 92 BVerfGG

69. BVerfG 2 BvR 328/09 (3. Kammer des Zweiten Senats) – Beschluss vom 20. Juli 2009 (OLG Saarbrücken/LG Saarbrücken)

Übermaßverbot (Ablehnung der Aussetzung des Rests der lebenslangen Freiheitsstrafe nach Verbüßung der Mindestdauer von fünfzehn Jahren; richterliche Aufklärungspflicht; Gebot bestmöglicher Sachverhaltsaufklärung; Regelerfordernis eines Prognosegutachtens).

Art. 2 Abs. 2 S. 2 GG; Art. 104 Abs. 2 S. 1 GG; § 57a Abs. 1 Nr. 3 StGB; § 57 Abs. 1 Satz 1 Nr. 2 StGB

70. BGH 3 StR 244/09 – Beschluss vom 19. November 2009 (LG Lüneburg)

BGHSt; Nachstellung; Dauerdelikt (Deliktsnatur, Klammerwirkung).

§ 238 StGB; § 52 StGB; § 240 StGB; § 223 StGB; § 241 StGB

71. BGH 3 StR 277/09 – Urteil vom 3. Dezember 2009 (LG Dresden)

Kriminelle Vereinigung (Gemeinschaftswille; Mitgliedschaft; Gründung; Feststellung von Strukturen der Willensbildung); Bande; Mittäterschaft; Rahmenbeschluss zur Bekämpfung der organisierten Kriminalität („europarechtsfreundliche Auslegung“); Rechtmittelbeschränkung (Tateinheit; Dauerdelikt; schwereres Delikt); Kameradschaft Sturm 34; Wiedereinsetzung in den vorigen Stand (unzureichend begründete Verfahrensrüge).

§ 129 Abs. 1 StGB; § 344 StPO; § 44 StPO; § 45 StPO; § 25 StGB

72. BGH 3 StR 355/09 – Beschluss vom 3. November 2009 (LG Stade)

Fehlerhafte Ablehnung eines Beweisantrags (Einholung eines weiteren Sachverständigengutachtens; erwiesenes Gegenteil).

§ 244 StPO

73. BGH 3 StR 369/09 – Beschluss vom 27. Oktober 2009 (LG Hannover)

Schuldunfähigkeit (psychiatrischer Sachverständiger; selbständige Entscheidung der Rechtsfragen durch den Tatrichter).

§ 20 StGB; § 261 StPO

74. BGH 3 StR 372/09 – Urteil vom 22. Oktober 2009 (LG Kiel)

Schwerer Raub; erpresserischer Menschenraub (Sich-Bemächtigen mit Erpressungsabsicht; Stabilisierung der Beherrschungslage); gefährliche Körperverletzung (hinterlistiger Überfall; bloßes Ausnutzen des Überraschungsmoments); Verständlichkeit der Urteilsformel (schwerstes Delikt voraus); Erstreckung der Aufhebung.

§ 250 StGB; § 239a StGB; § 224 Abs. 1 Nr. 3 StGB; § 260 Abs. 4 StPO; § 357 StPO

75. BGH 3 StR 378/09 – Beschluss vom 17. November 2009 (LG Düsseldorf)

Unbegründete Revision; Klarstellung des Tenors.

§ 349 Abs. 2 StPO

76. BGH 3 StR 432/09 – Beschluss vom 1. Dezember 2009 (LG Berlin)

Beschränkung der Verfolgung auf die übrigen Rechtsfolgen.

§ 430 Abs. 1 StPO

77. BGH 3 StR 441/09 – Beschluss vom 17. November 2009 (LG Hannover)

Unbegründete Revision.

§ 349 Abs. 2 StPO

78. BGH 3 StR 450/09 – Beschluss vom 15. Dezember 2009 (LG Kiel)

Verfall des Wertersatzes (Rechenfehler; Tenorkorrektur).

§ 73a StGB

79. BGH 3 StR 470/09 – Beschluss vom 1. Dezember 2009 (LG Kleve)

Anrechnung in den Niederlanden erlittener Untersuchungshaft (Verhältnis 1:1).

§ 51 Abs. 4 Satz 2 StGB

80. BGH 3 StR 471/09 – Beschluss vom 3. Dezember 2009 (LG Itzehoe)

Beschränkung der Verfolgung auf die übrigen Rechtsfolgen.

§ 430 Abs. 1 StPO

81. BGH 3 StR 484/09 – Beschluss vom 3. Dezember 2009 (LG Duisburg)

Verfall des Wertersatzes (unbillige Härte); Beschränkung der Verfolgung auf die übrigen Rechtsfolgen.

§ 430 Abs. 1 StPO; § 442 Abs. 1 StPO; § 73c StGB

82. BGH 3 StR 521/09 – Beschluss vom 17. Dezember 2009 (LG Kleve)

Misshandlung von Schutzbefohlenen; Verletzung der Fürsorgepflicht; Gesetzeskonkurrenz.

§ 171 StGB; § 225 StGB

83. BGH 5 StR 378/09 (alt: 5 StR 443/08) – Beschluss vom 12. Januar 2010 (LG Berlin)

Wiedereinsetzung in den vorigen Stand (Verfristung).

§ 44 StPO; § 45 StPO

84. BGH 5 StR 385/09 – Beschluss vom 24. November 2009 (LG Berlin)

Aufklärungspflicht (Zulässigkeit der Beweiserhebung); Erhebung von Telekommunikations-Verkehrsdaten (Adressat der Anordnung).

§ 244 StPO; § 100g Abs. 2 Satz 1 StPO; § 100a Abs. 3 StPO

85. BGH 5 StR 91/09 – Beschluss vom 26. November 2009 (LG Berlin)

Umsatzsteuerkarussell; Eingehungsbetrug; Vermögensvergleich; Gesamtsaldierung; Kompensation (Vorsteuererstattungsanspruch); schadensgleiche Vermögensgefährdung (fragliche Realisierung einer Vorsteuererstattung); Geldwäsche (Herrühren; Bemakelung; Kausalzusammenhang; Ersatzgegenstand; Surrogat; Isolierungstatbestand).

§ 263 StGB; § 15 UStG; § 261 StGB

86. BGH 5 StR 392/09 – Beschluss vom 14. Januar 2010

Unbegründete Anhörungsrüge.
§ 356a StPO

87. BGH 5 StR 427/09 – Beschluss vom 26. November 2009 (LG Berlin)

Unerlaubtes Handeltreiben mit Betäubungsmitteln (Bewertungseinheit); Gesamtstrafenbildung.
§ 29a BtMG; § 54 StGB

88. BGH 5 StR 456/09 – Beschluss vom 24. November 2009 (LG Berlin)

Rechtsstaatswidrige Verfahrensverzögerung (Kompensation durch Vollstreckterklärung).
Art. 6 Abs. 1 EMRK; Art. 20 Abs. 3 GG; § 51 StGB

89. BGH 5 StR 460/09 – Beschluss vom 24. November 2009 (LG Berlin)

Unbegründete Revision; Klarstellung der Urteilsformel; Kosten der Revision.
§ 349 Abs. 2 StPO; § 473 StPO

90. BGH 5 StR 465/09 – Beschluss vom 8. Dezember 2009 (LG Dresden)

Teilweise Einstellung des Verfahrens (Begründung der Verfahrensrüge).
§ 154 StPO; § 344 Abs. 2 Satz 2 StPO

91. BGH 5 StR 466/09 – Beschluss vom 24. November 2009 (LG Leipzig)

Unbegründete Revision; Wiedereinsetzung in den vorigen Stand.
§ 349 Abs. 2 StPO; § 44 StPO; § 45 StPO

92. BGH 5 StR 469/09 – Beschluss vom 24. November 2009 (LG Neuruppin)

Unbegründete Revision.
§ 349 Abs. 2 StPO

93. BGH 5 StR 472/09 – Beschluss vom 25. November 2009 (LG Braunschweig)

Unbegründete Revision; zeitnahe Prüfung der Aussetzung einer Maßregel (Verhältnismäßigkeit).
§ 62 StGB; § 349 Abs. 2 StPO

94. BGH 5 StR 475/09 – Beschluss vom 14. Januar 2010 (LG Berlin)

Kosten einer zurückgenommenen Revision.
§ 473 StPO

95. BGH 5 StR 477/09 – Beschluss vom 13. Januar 2010 (LG Potsdam)

Unbegründete Revision, nachträgliche Bildung der Gesamtstrafe.
§ 349 Abs. 2 StPO; § 55 StGB

96. BGH 5 StR 482/09 – Beschluss vom 9. Dezember 2009 (LG Berlin)

Öffentlichkeitsgrundsatz bei der Auslosung von (Hilfs-)Schöffen; fehlerhafte Angabe des Datums im Aushang; Offenkundigkeit des zutreffenden Termins.
§ 45 GVG; § 77 GVG

97. BGH 5 StR 493/09 – Beschluss vom 13. Januar 2010 (LG Berlin)

Unbegründete Revision (Ausnahmen der Maßregelentscheidung vom Revisionsangriff).
§ 349 Abs. 2 StPO; § 64 StGB; § 344 Abs. 1 StPO

98. BGH 5 StR 516/09 – Beschluss vom 12. Januar 2010 (LG Braunschweig)

Strafklageverbrauch (prozessuale Tat; Zusammentreffen zweier Tatzeiträume; Zäsurwirkung; Durchsuchung).
§ 264 StPO; Art. 103 Abs. 3 GG

99. BGH StB 28/09 – Beschluss vom 22. September 2009

Akteneinsicht in Ermittlungsakten des Generalbundesanwalts durch Drittbetroffenen einer heimlichen Ermittlungsmaßnahme; rechtliches Gehör; informationelle Selbstbestimmung; Verfahrensbeteiligter; militante Gruppe; Beschwerde.
§ 475 StPO; § 101 StPO; § 147 StPO; Art. 1 Abs. 1 GG; Art. 2 Abs. 1 GG; Art. 103 Abs. 1 GG

100. BGH 1 StR 167/09 – Urteil vom 9. Dezember 2009 (LG Koblenz)

Grenzen der Hinweispflicht bei veränderten Sachverhältnissen; Steuerhehlerei; Hinterziehung von Branntweinsteuer; Würdigung von Urkunden, die im Wege des Selbstleseverfahrens eingeführt wurden.
§ 265 StPO; § 374 AO; § 261 StPO; § 249 Abs. 2 StPO

101. BGH 1 StR 266/09 – Beschluss vom 9. Dezember 2009 (LG Koblenz)

Branntweinsteuerhinterziehung.
§ 106 BrantwMonG

102. BGH 1 StR 277/09 – Urteil vom 8. Dezember 2009 (LG Nürnberg-Fürth)

BGHSt; Strafbarkeit des unerlaubten Inverkehrbringens von Gamma-Butyrolacton (GBL) zu Konsumzwecken nach dem Arzneimittelgesetz (Begrenzungsfunktion subjektiver Zweckbestimmungen); Verbotsirrtum; Konkurrenzen: Bewertungseinheit.
§ 2 Abs. 1 Nr. 5 a.F. ArzneimittelG; § 2 Abs. 1 Nr. 2a n.F. ArzneimittelG; § 5 ArzneimittelG; § 95 Abs. 1 Nr. 1 ArzneimittelG; § 17 StGB; § 354a StPO

103. BGH 1 StR 283/09 – Beschluss vom 10. November 2009 (LG Stuttgart)

Voraussetzungen der Schätzung der Schwarzlohnsumme bei Steuerhinterziehung Vorenthalten von Arbeitsentgelt (allgemeine Grundsätze der Schätzung und primär gebotene konkrete Feststellung; Beweisindizieren und Umsetzung im Ermittlungsverfahren; Grundsätze der Strafzumessung bei zusätzlicher Verwirklichung von vorbereitenden Ordnungswidrigkeiten; Verwendung verfälschter oder nachgemachter Belege); Konkurrenzen.
§ 370 AO; § 266a Abs. 1, Abs. 2 StGB; § 263 StGB; § 14 Abs. 2 Satz 2 SGB IV; § 261 StPO

104. BGH 1 StR 431/09 – Beschluss vom 29. Oktober 2009 (LG Kaiserslautern)

Berechnung des Schadensumfangs bei Steuerhinterziehung, Betrug zum Vorenthalten und Veruntreuen von Arbeitsentgelt; Bestimmung des Anrechnungsmaßstabes für Auslieferungshaft im Ausland.
§ 266a StGB; § 263 StGB; § 370 AO; § 51 Abs. 4 Satz 2 StGB

105. BGH 1 StR 436/09 – Beschluss vom 17. Dezember 2009 (LG Dortmund)

Verletzung rechtlichen Gehörs; unbegründete und verfristete Anhörungsrüge; unbegründeter Antrag auf Wiedereinsetzung in den vorigen Stand.

Art. 103 Abs. 1 GG; § 356a StPO

106. BGH 1 StR 520/09 – Beschluss vom 24. November 2009 (LG Karlsruhe)

Hochgradiger Affekt als Beeinträchtigung im Sinne des § 20 StGB; Beweisantrag auf Vernehmung eines Verteidigers zu Befundtatsachen für eine mögliche verminderte oder ausgeschlossene Schuldfähigkeit (Zulässigkeit; Aufklärungspflicht; Beruhen; Recht auf konkrete und wirksame Verteidigung; Einschränkung des Verbots kumulativ herangezogener Ablehnungsgründe; Bedeutungslosigkeit); Ausnutzungsbewusstsein bei der Heimtücke.

§ 20 StGB; Art. 6 EMRK; § 244 Abs. 2, Abs. 3 StPO; § 337 StPO; § 211 StGB

107. BGH 1 StR 563/09 – Beschluss vom 9. Dezember 2009 (LG Karlsruhe)

Erteilung des letzten Worts (Darlegungsanforderungen der Verfahrensrüge; nachträgliche Klarstellung des Inhalts eines Hauptverhandlungsprotokolls).

§ 258 Abs. 2 und Abs. 3 StPO; § 344 Abs. 2 Satz 2 StPO; § 274 StPO

108. BGH 1 StR 619/09 – Beschluss vom 13. Januar 2010 (LG Aschaffenburg)

Verwerfung der Revision als unbegründet.

§ 349 Abs. 2 StPO

109. BGH 2 StR 104/09 – Urteil vom 27. November 2009 (LG Frankfurt am Main)

BGHSt; Bestechlichkeit; Amtsträgereigenschaft der Redakteure öffentlich-rechtlicher Rundfunkanstalten („Fall Emig“; sonstige Stelle; Grundversorgung; Vorsatz bei normativen Tatbestandsmerkmalen: sachgedankliches Mitbewusstsein); Untreue (Vermögensnachteil; sog. Beistellungen als Exspektanzen; Abgrenzung von zulässigem Sponsoring und unzulässiger Schleichwerbung).

§ 332 StGB; § 11 Abs. 1 Nr. 2 lit. c StGB; § 15 StGB; § 16 Abs. 1 Satz 1 StGB; § 266 StGB

110. BGH 2 StR 305/09 – Beschluss vom 16. Dezember 2009 (LG Wiesbaden)

Erstreckung des Erfolgs der Revision auf Mitangeklagte bei fehlerhafter Anwendung der Regeln über den Vorwegvollzug einer Maßregel (Orientierung am Halbstrafenzeitpunkt).

§ 357 StPO; § 67 Abs. 2 Satz 3 StGB

111. BGH 2 StR 344/09 – Beschluss vom 25. November 2009 (LG Aachen)

Konkurrenzen unter den Betäubungsmitteldelikten (Besitz und Einfuhr in nicht geringer Menge).

§ 29 Abs. 1 Satz 1 Nr. 1 BtMG; § 30 Abs. 1 Nr. 4 BtMG; § 30 Abs. 2 BtMG

112. BGH 2 StR 344/09 – Beschluss vom 25. November 2009 (LG Aachen)

Konkurrenzen unter den Betäubungsmitteldelikten (Besitz und Einfuhr in nicht geringer Menge).

§ 29 Abs. 1 Satz 1 Nr. 1 BtMG; § 30 Abs. 1 Nr. 4 BtMG; § 30 Abs. 2 BtMG

113. BGH 2 StR 362/09 – Beschluss vom 7. Januar 2010 (BGH)

Erfolglose Gegenvorstellung.

Vor § 1 StPO

114. BGH 2 StR 363/09 – Urteil vom 2. Dezember 2009 (LG Hanau)

Rechtsfehlerhafte Ablehnung eines Beweisantrages wegen Bedeutungslosigkeit (keine bloße Wiedergabe des Gesetzeswortlauts; Beruhen; Ausführungen in den Urteilsgründen).

§ 244 Abs. 3 StPO; § 337 StPO

115. BGH 2 ARs 424/09 (2 AR 241/09) – Beschluss vom 16. Dezember 2009 (LG Dresden)

BGHSt; Zuständigkeit der eine Führungsaufsicht übervachenden Strafvollstreckungskammer für Nachtragsentscheidungen (Konzentrationszuständigkeit); Entscheidung eines Zuständigkeitsstreits durch das gemeinsame obere Gericht.

§ 462a Abs. 4 Satz 3 StPO; § 14 StPO; § 463 Abs. 7 StPO

116. BGH 2 StR 430/09 – Urteil vom 25. November 2009 (LG Kassel)

Beweiswürdigung (Widersprüche); Urkundenunterdrückung (Begriff der Nachteilszufügungsabsicht; Absicht; Wissentlichkeit).

§ 261 StPO; § 274 StGB; § 15 StGB

117. BGH 2 StR 433/09 – Beschluss vom 9. Dezember 2009 (LG Koblenz)

Absoluter Revisionsgrund der Abwesenheit des Angeklagten (Vernehmungsbegriff; Entlassung des Zeugen); nicht bindender Anfragebeschluss (Divergenz; Großer Senat); redaktioneller Hinweis.

§ 338 Nr. 5 StPO; § 247 StPO; § 132 Abs. 3 GVG

118. BGH 2 StR 457/09 – Beschluss vom 13. Januar 2010 (LG Darmstadt)

Verwerfung der Revision als unbegründet.

§ 349 Abs. 2 StPO

119. BGH 2 StR 468/09 – Beschluss vom 9. Dezember 2009 (LG Erfurt)

Rechtsfehlerhafte Gesamtstrafenbildung.

§ 55 StGB

120. BGH 2 ARs 512/09 (2 AR 290/09) – Beschluss vom 16. Dezember 2009 (LG Düsseldorf)

Unzulässiger Antrag auf Bestimmung des zuständigen Gerichts durch den BGH (Übernahmeersuchen).

§ 14 StPO

121. BGH 2 StR 520/09 – Beschluss vom 16. Dezember 2009 (LG Aachen)

Rechtsfehlerhafte Versagung der Freiheitsstrafe zur Bewährung allein unter Rekurs auf die Drogenabhängigkeit des Angeklagten (Sozialprognose; besondere Umstände).

§ 56 StGB

122. BGH 2 StR 528/09 – Beschluss vom 9. Dezember 2009 (LG Marburg)

Unzulässige Revision der Nebenklage (Gesetzesverletzung).
§ 400 StPO

123. BGH 2 StR 528/09 – Beschluss vom 9. Dezember 2009 (LG Marburg)

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

124. BGH 2 StR 532/09 – Beschluss vom 16. Dezember 2009 (LG Aachen)

Unzureichende Darlegung der konkreten Erfolgsaussicht bei der Unterbringung in einer psychiatrischen Anstalt; Verschlechterungsverbot.
§ 64 Satz 2 StGB; § 358 Abs. 2 StPO

125. BGH 2 ARs 562/09 2 AR 348/09 – Beschluss vom 14. Januar 2010 (OLG Zweibrücken)

Unbegründete sofortige Beschwerde gegen den Abschluss als Verteidiger (hinreichender Tatverdacht).
§ 138c Abs. 1 Satz 1 StPO

126. BGH 2 ARs 569/09 2 AR 351/09 – Beschluss vom 13. Januar 2010 (AG Nürnberg)

Zulässige Verfahrensabgabe.
§ 42 Abs. 3 JGG

127. BGH 2 ARs 591/09 2 AR 368/09 – Beschluss vom 13. Januar 2010 (AG Zittau)

Verfahrensübertragung gemäß § 12 Abs. 2 StPO
§ 12 Abs. 2 StPO

128. BGH 4 StR 390/09 – Urteil vom 10. Dezember 2009 (LG Bielefeld)

Eingeschränkte Revisibilität der Beweiswürdigung (Alkoholkonsum der Tatzeugin).
§ 261 StPO

129. BGH 4 StR 435/09 – Beschluss vom 10. Dezember 2009 (LG Kaiserslautern)

Rechtsfehlerhaft unterbliebene Unterbringung der Beschuldigten in einem psychiatrischen Krankenhaus (Umgang mit Sachverständigengutachten).
§ 63 StGB

130. BGH 4 StR 463/09 – Beschluss vom 10. Dezember 2009 (LG Detmold)

Strafverfolgungsverjährung beim Betrug.
§ 263 StGB; § 78a StPO

131. BGH 4 StR 503/09 – Beschluss vom 10. Dezember 2009 (LG Marburg)

Gefährdung des Straßenverkehrs (Befahren einer Kraftfahrstraße entgegen der Fahrtrichtung; konkrete Gefahr: Beinaheunfall).
§ 315c Abs. 1 Nr. 2 f StGB

132. BGH 4 StR 524/09 – Beschluss vom 24. November 2009 (LG Bielefeld)

Voraussetzungen an die Feststellung gewerbsmäßigen Handelns beim Handeltreiben mit Betäubungsmitteln (besonders schwerer Fall); Versuch und Vollendung der Nötigung bei Drohungen für den Fall einer Strafanzeige; redaktioneller Hinweis.
§ 29 Abs. 3 Satz 2 Nr. 1 BtMG; § 240 Abs. 1, Abs. 3 StGB; § 263 StGB

133. BGH 4 StR 536/09 – Beschluss vom 12. Januar 2010 (LG Oldenburg)

Kein Anspruch auf eine mündliche Hauptverhandlung über die Revision nach einfachem Recht und nach Verfassungsrecht; Recht auf ein faires Verfahren (Waffengleichheit).
Art. 103 Abs. 1 GG; § 349 Abs. 2, Abs. 5 StPO; Art. 6 EMRK