

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

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

SCHRIFTFLEITUNG

Wiss. Ass.

Dr. iur. Karsten Gaede

Bucerius Law School

Jungiusstraße 6

20355 Hamburg

karsten.gaede@strate.net

REDAKTION

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

Akad. Rat a. Z. Dr. *Christoph Burchard*, LL.M. (NYU), Tübingen – **Intertemporales Strafanwendungsrecht: Zur Anwendbarkeit deutschen Strafrechts im Demjanjuk-Verfahren** S. 132

Dr. *Susanne Beck*, LL.M., Wiss. Mitarbeiterin, Univ. Würzburg – **Alter schützt vor Strafe nicht? Zugleich Besprechung der Verfahren gegen Demjanjuk und Boere** S. 156

RAe Dr. *Jörg Alvermann*, Dr. *Peter Talaska*, Köln – **Anzeige- und Berichtigungspflicht bei zuvor bedingt vorsätzlich abgegebener unrichtiger Steuererklärung** Anm. zu BGH HRRS 2009 Nr. 480 S. 166

Die Ausgabe umfasst eine Rezension.

Entscheidungen

BVerfG **Nichtigkeit der Vorratsdatenspeicherung**

BGHSt **Härteausgleich durch Vollstreckungslösung bei vollstreckter Ersatzfreiheitsstrafe**

BGHSt **Härteausgleich durch Vollstreckungslösung bei der Verhängung lebenslanger Freiheitsstrafe für gesamtstrafenfähige Vorstrafen**

BGHR **Berücksichtigung einer ausländischen Vorverurteilung im Rahmen der allgemeinen Strafzumessung**

BGHSt **Anforderungen an die Ablehnung des Beweisantrages auf die Einholung eines weiteren Sachverständigengutachtens**

BGHSt **Reichweite der Urteilsaufhebung bei vorheriger Kompensation rechtsstaatswidriger Verfahrensverzögerungen**

BGHSt **Mangelhaft protokolliertes Selbstleseverfahren**

BGH **Fahrlässigkeit und Quasikausalität im Fall Bad Reichenhall**

BGHR **Begriff des Bestimmens bei freiwilliger Straßenprostitution**

BGH **Anfragebeschluss zum normativen Stufenverhältnis zwischen Katalogtat der Nichtanzeige geplanter Straftaten der Katalogtat**

BGHR **Rechtsfehlerhafte Beweiswürdigung beim Tod eines ausländischen Inhaftierten auf einer Polizeistation**

BGHR **Ausnutzen einer Insidertatsache und erlangter Sondervorteil (Verfall)**

Die Ausgabe umfasst 94 Entscheidungen.

HRRS

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

HERAUSGEBER

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

SCHRIFTLÉITUNG

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

REDAKTION

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

Als ständige Mitarbeiter wirken mit:

PD Dr. Jochen Bung, M.A., (HU Berlin); Ass.-Prof. Dr. Daniela Demko, LL.M., (Univ. Zürich); Dr. Antje du Bois-Pedain, MJur (Oxon.), (Univ. Cambridge); RA Wiss. Ass. Dr. Lutz Eidam, LL.M. (Bucerius Law School); Prof. Dr. Diethelm Kleszczewski (Univ. Leipzig); Prof. Dr. Hans Kudlich (Univ. Erlangen-Nürnberg); RA Wiss. Ass. Dr. Frank Meyer, LL.M. (Yale), Univ. Bonn; RA Tilo Mühlbauer (Dresden); RA Dr. Ralf Neuhaus (Dortmund); RA Markus Rübenstahl, mag. iur. (Kanzlei Flick Gocke Schaumburg, Frankfurt a.M.); Prof. Dr. Frank Saliger (Bucerius Law School Hamburg); RA Dr. Hellen Schilling (Frankfurt aM); Prof. Dr. Christoph Sowada (Univ. Rostock); RA Klaus-Ulrich Ventzke (Hamburg) und Prof. Dr. Wolfgang Wohlers (Univ. Zürich).

ISSN 1865-6277

11. Jahrgang, März 2010, Ausgabe

3

Rechtsprechung

Strafrechtliche/strafverfahrensrechtliche Entscheidungen des EGMR/BVerfG

134. BVerfG 1 BvR 256/08 – Urteil vom 2. März 2010

Vorratsdatenspeicherung; informationelle Selbstbestimmung; Richtlinie 2006/24/EG; Vorrang des Gemeinschaftsrechts; Vorabentscheidungsverfahren; Verfassungsbeschwerde (Zulässigkeit; Solange II); Telekommunikationsfreiheit (Verbindungsdaten; Emails); Geeignetheit (Zielerreichung; Zielförderung); Verhältnismäßigkeit; IP-Adressen; Nichtigkeit; abweichende Meinung (Schluckebier; Eichberger); Datensicherheit. Art. 1 Abs. 1 GG; Art. 2 Abs. 1 GG; Art. 234 EG; § 96 TKG; § 113 TKG; § 113a TKG; § 113b TKG; § 100g StPO; Art. 267 AEU; Art. 10 Abs. 1 GG

1. Eine sechsmonatige, vorsorglich anlasslose Speicherung von Telekommunikationsverkehrsdaten durch private Diensteanbieter, wie sie die Richtlinie 2006/24/EG des Europäischen Parlaments und des Rates vom 15. März

2006 (ABl. L 105 vom 13. April 2006, S. 54; im Folgenden: Richtlinie 2006/24/EG) vorsieht, ist mit Art. 10 GG nicht schlechthin unvereinbar; auf einen etwaigen Vorrang dieser Richtlinie kommt es daher nicht an. (BVerfGE)

2. Der Grundsatz der Verhältnismäßigkeit verlangt, dass die gesetzliche Ausgestaltung einer solchen Datenspeicherung dem besonderen Gewicht des mit der Speicherung verbundenen Grundrechtseingriffs angemessen Rechnung trägt. Erforderlich sind hinreichend anspruchsvolle und normenklare Regelungen hinsichtlich der Datensicherheit, der Datenverwendung, der Transparenz und des Rechtsschutzes. (BVerfGE)

3. Die Gewährleistung der Datensicherheit sowie die normenklare Begrenzung der Zwecke der möglichen Datenverwendung obliegen als untrennbare Bestandteile

der Anordnung der Speicherungsverpflichtung dem Bundesgesetzgeber gemäß Art. 73 Abs. 1 Nr. 7 GG. Demgegenüber richtet sich die Zuständigkeit für die Schaffung der Abrufregelungen selbst sowie für die Ausgestaltung der Transparenz- und Rechtsschutzbestimmungen nach den jeweiligen Sachkompetenzen. (BVerfGE)

4. Hinsichtlich der Datensicherheit bedarf es Regelungen, die einen besonders hohen Sicherheitsstandard normenklar und verbindlich vorgeben. Es ist jedenfalls dem Grunde nach gesetzlich sicherzustellen, dass sich dieser an dem Entwicklungsstand der Fachdiskussion orientiert, neue Erkenntnisse und Einsichten fortlaufend aufnimmt und nicht unter dem Vorbehalt einer freien Abwägung mit allgemeinen wirtschaftlichen Gesichtspunkten steht. (BVerfGE)

5. Der Abruf und die unmittelbare Nutzung der Daten sind nur verhältnismäßig, wenn sie überragend wichtigen Aufgaben des Rechtsgüterschutzes dienen. Im Bereich der Strafverfolgung setzt dies einen durch bestimmte Tatsachen begründeten Verdacht einer schweren Straftat voraus. Für die Gefahrenabwehr und die Erfüllung der Aufgaben der Nachrichtendienste dürfen sie nur bei Vorliegen tatsächlicher Anhaltspunkte für eine konkrete Gefahr für Leib, Leben oder Freiheit einer Person, für den Bestand oder die Sicherheit des Bundes oder eines Landes oder für eine gemeine Gefahr zugelassen werden. (BVerfGE)

6. Eine nur mittelbare Nutzung der Daten zur Erteilung von Auskünften durch die Telekommunikationsdiensteanbieter über die Inhaber von Internetprotokolladressen ist auch unabhängig von begrenzenden Straftaten- oder Rechtsgüterkatalogen für die Strafverfolgung, Gefahrenabwehr und die Wahrnehmung nachrichtendienstlicher Aufgaben zulässig. Für die Verfolgung von Ordnungswidrigkeiten können solche Auskünfte nur in gesetzlich ausdrücklich benannten Fällen von besonderem Gewicht erlaubt werden. (BVerfGE)

7. Eine Vorlage durch das BVerfG an den EuGH im Wege des Vorabentscheidungsverfahrens kann insbesondere in Betracht kommen, wenn die Auslegung oder die Wirksamkeit von Gemeinschafts- beziehungsweise Unionsrecht in Frage steht, das Vorrang vor innerstaatlichem

Recht beansprucht und dessen Umsetzung vom Bundesverfassungsgericht grundsätzlich nicht am Maßstab der Grundrechte des Grundgesetzes geprüft wird. Jedoch kann eine solche Vorlage nur dann zulässig und geboten sein, wenn die Auslegung beziehungsweise Wirksamkeit des Unionsrechts für das BVerfG entscheidungserheblich ist. (Bearbeiter)

8. Eine Verfassungsbeschwerde ist nicht von vornherein wegen der eingeschränkten Ausübung der Gerichtsbarkeit des BVerfG über die Umsetzung von Unionsrecht („Solange II“) unzulässig, wenn innerstaatliche Umsetzungsakte zwingenden Unionsrechts mit dem Ziel angegriffen werden, über eine Vorlage an den EuGH im Vorabentscheidungsverfahren die Nichtigkeit des unionsrechtlichen Rechtsakts feststellen zu lassen, damit das BVerfG den innerstaatlichen Umsetzungsakt sodann allein am Maßstab des Grundgesetzes misst, und der Beschwerdeführer für den Fall der Nichtigkeit der unionsrechtlichen Vorgaben plausibel die Möglichkeit einer Grundrechtsverletzung durch den Umsetzungsakt geltend macht. (Bearbeiter)

9. Die Vertraulichkeit von Diensten der elektronischen Post wird durch Art. 10 Abs. 1 GG geschützt. Dass sich E-Mails technisch leicht abfangen lassen, ändert an deren vertraulichem Charakter und ihrer Schutzwürdigkeit nichts. (Bearbeiter)

10. Art. 10 Abs. 1 GG verbietet nicht jede vorsorgliche Erhebung und Speicherung von Daten überhaupt, sondern schützt vor einer unverhältnismäßigen Gestaltung solcher Datensammlungen und hierbei insbesondere vor entgrenzenden Zwecksetzungen. Strikt verboten ist lediglich – ebenso wie im Schutzbereich der informationellen Selbstbestimmung – die Speicherung von personenbezogenen Daten auf Vorrat zu unbestimmten und noch nicht bestimmaren Zwecken. (Bearbeiter)

11. Der Geeignetheit einer gesetzlichen Regelung kann nicht entgegenhalten werden, dass sie auch unterlaufen werden kann. Denn die Geeignetheit erfordert nicht, dass das Regelungsziel in jedem Einzelfall tatsächlich erreicht wird, sondern lediglich, dass die Zweckerreichung gefördert wird. (Bearbeiter)

Rechtsprechung

Hervorzuhebende Entscheidungen des BGH

I. Materielles Strafrecht – Allgemeiner Teil

200. BGH 1 StR 272/09 - Urteil vom 12. Januar 2010 (LG Traunstein)

Fall Bad Reichenhall; fahrlässige Tötung (Sorgfaltswidrigkeit; Mittäterschaft und Nebentäterschaft; restrikti-

ver Täterbegriff); unechtes Unterlassungsdelikt (Garantenstellung: besonderer Rechtsgrund, tatsächliche Übernahme; Quasikausalität und Pflichtwidrigkeitszusammenhang: Risikoerhöhungstheorie, in dubio pro

reo; Abgrenzung Tun und Unterlassen); Beweiswürdigung (Erörterungsmangel hinsichtlich möglicher Pflichtverletzung; Anforderungen an die Überzeugungsbildung bei der Quasikausalität).

§ 222 StGB; § 25 StGB; § 13 Abs. 1 StGB; § 261 StPO

1. Zur Beurteilung der Kausalität bei den (unechten) Unterlassungsdelikten ist auf die hypothetische Kausalität, die so genannte „Quasi-Kausalität“ abzustellen. Danach ist ein Unterlassen dann mit dem tatbestandsmäßigen Erfolg als „quasi-ursächlich“ in Zurechnungsverbindung zu setzen, wenn dieser beim Hinzudenken der gebotenen Handlung entfiel, wenn also die gebotene Handlung den Erfolg verhindert hätte (st. Rspr.). Als ursächlich für einen schädlichen Erfolg darf ein verkehrswidriges Verhalten nur dann angenommen werden, wenn davon auszugehen ist, dass es bei verkehrsgrechtem Verhalten nicht dazu gekommen wäre, wenn also der Erfolg nicht unabhängig davon eingetreten wäre.

2. Dabei streitet für einen Angeklagten der Grundsatz in dubio pro reo. Allerdings steht der Bejahung der Ursächlichkeit die bloße gedankliche Möglichkeit eines gleichen Erfolgs auch bei Vornahme der gebotenen Handlung nicht entgegen. Vielmehr muss sich dies aufgrund bestimmter Tatsachen so verdichten, dass die Überzeugung vom Gegenteil mit an Sicherheit grenzender Wahrscheinlichkeit vernünftigerweise ausgeschlossen ist.

3. Der Senat lässt offen, ob Ursächlichkeit angenommen werden kann, wenn bei Vornahme der Handlung der Erfolg zwar nicht vermieden, aber mit Sicherheit die dem Erfolg zugrunde liegende Gefahrensituation durch Beeinflussung des Kausalverlaufs verändert worden wäre (so Roxin GA 2009, 73, 76 f.).

4. Nacheinander erfolgende Unterlassungen sind nicht mit der auf gleicher Ebene angesiedelten Entscheidung von Kollektivorganen vergleichbar, nichts zu veranlassen, bzw. mit kollektivem Untätigbleiben der Mitglieder entsprechender Gremien (Abgrenzung von BGHSt 37, 106, 129).

5. Fahrlässige Tötung und fahrlässige Körperverletzung sind Erfolgsdelikte. Strafbarkeit liegt bei diesen nur dann vor, wenn das tatbestandsrelevante Verhalten den Erfolg verursacht, wenn der Erfolg auf der Fahrlässigkeit beruht. Folgenlose Fahrlässigkeit ist nur bei fahrlässigen Tätigkeitsdelikten strafbar und kann gegebenenfalls als Gefährdungsdelikt erfasst werden. „Fahrlässiger Versuch“ ist straflos.

6. Die Formulierung, „mit an Sicherheit grenzender Wahrscheinlichkeit“ müsse die Ursächlichkeit der Pflichtverletzung für den Taterfolg feststehen, besagt nicht, dass höhere Anforderungen an das erforderliche Maß an Gewissheit von der Kausalität als sonst gestellt werden müssen. „Mit an Sicherheit grenzender Wahrscheinlichkeit“ ist nichts anderes als die überkommene Beschreibung des für die richterliche Überzeugung erforderlichen Beweismaßes. Da es sich nicht um die Feststellung realer Kausalzusammenhänge handelt, muss das Gericht eine hypothetische Erwägung anstellen und sich auf deren Grundlage eine Überzeugung bilden.

7. Die Zurechnung eines Erfolgs kann bei fahrlässigem Verhalten mehrerer Personen nicht allein auf ein bloßes objektives Ineingreifen jeweils individuell fahrlässigen Verhaltens gestützt werden, weil bei fahrlässigen Delikten die bei Vorsatztat begrenzende Funktion der Zurechnung des Tatplans entfällt. Zu den Voraussetzungen einer fahrlässigen Unterstützung fremder Fahrlässigkeit (hier: Beitrag zu einem fahrlässigen Betrieb einer gefährlichen Eissporthalle durch die Erstattung eines die Sicherheit feststellenden Gutachtens) durch eine sog. Nebentäterschaft und eine sog. fahrlässige Mittäterschaft. Wenn sich in der Pflichtwidrigkeit des einen auch die Pflichtwidrigkeit des anderen verwirklicht, kann Nebentäterschaft gegeben sein. Mittäterschaftliche Verursachung läge vor, wenn zwischen den fahrlässig Handelnden - ausdrücklich oder stillschweigend - bewusstes Zusammenwirken festzustellen wäre.

8. Bei den unechten Unterlassungsdelikten muss ein besonderer Rechtsgrund nachgewiesen werden, wenn jemand ausnahmsweise dafür verantwortlich gemacht werden soll, dass er es unterlassen hat, zum Schutz fremder Rechtsgüter positiv tätig zu werden. Ob eine solche Garantenstellung besteht, die es rechtfertigt, das Unterlassen der Schadensabwendung dem Herbeiführen des Schadens gleichzustellen, ist nicht nach abstrakten Maßstäben zu bestimmen. Vielmehr hängt die Entscheidung letztlich von den Umständen des konkreten Einzelfalles ab; dabei bedarf es einer Abwägung der Interessenlage und des Verantwortungsbereichs der Beteiligten. Vertragliche Pflichten aus gegenseitigen Rechtsgeschäften reichen demgemäß nicht ohne weiteres zur Begründung einer strafbewehrten Garantenpflicht aus.

151. BGH 2 StR 428/09 - Urteil vom 13. Januar 2010 (LG Frankfurt am Main)

Rechtsfehlerhafte Beweiswürdigung bei der Prüfung des Tötungsvorsatzes (Lückenhaftigkeit; Darlegung einer erschwerten Erkenntnis auf Grund eines Aufmerksamkeitsdefizit- und Hyperaktivitätssyndroms).

§ 15 StGB; § 21 StGB; § 261 StPO

1. Die „alkohol- und drogenbedingte Enthemmung des Angeklagten“ zur Tatzeit ergibt nicht ohne Weiteres einen Anhalt dafür, dass ihm das Ausmaß der Gefährlichkeit seines Handelns nicht bewusst gewesen sein könnte. Nur in Fällen außergewöhnlich hoher Alkohol- und Drogenintoxikation liegt es auf der Hand, dass es neben der Beeinträchtigung des Hemmungsvermögens auch zu einer Einschränkung der Wahrnehmungsfähigkeit kommen kann. Nach der Rechtsprechung des Bundesgerichtshofs kann jedenfalls bei schweren und lang andauernden Gewalthandlungen die Erkenntnisfähigkeit trotz alkoholbedingter Bewusstseinsstrübung kaum fraglich sein (vgl. BGH NSTZ-RR 1997, 296).

2. Will das Tatgericht unter Rekurs auf eine dissoziale Entwicklung des Angeklagten den Vorsatz über das Wissensselement ausschließen, muss es für das Revisionsgericht nachvollziehbar darlegen, ob der beschriebenen Persönlichkeitsentwicklung überhaupt Einfluss auf das Wissensselement beim Vorsatz zukommen kann.

II. Materielles Strafrecht – Besonderer Teil

197. BGH 5 StR 328/09 - Urteil vom 10. Februar 2010 (LG Berlin)

BGHR; Zuhälterei (Bestimmen; Straßenprostitution; faktischer Arbeitszwang); Beihilfe.
§ 181a StGB; § 27 StGB

1. Zum Bestimmen im Sinne des § 181a Abs. 1 Nr. 2 StGB bei freiwilliger Ausübung der Straßenprostitution. (BGHR)

2. Regelungen der Prostitutionsausübung, die auch hinsichtlich der Erbringung anderer Dienstleistungen wirksam zu vereinbaren gewesen wären, sind zu einer strafrechtlich relevanten Beeinträchtigung des Selbstbestimmungsrechts ungeeignet. Daher scheidet die Festlegung von Zeit, Ort und Mindestentgelten als „Bestimmen“ grundsätzlich aus. Für die Festsetzung von Mieten und sonstigen Zahlungspflichten gilt gleiches, sofern deren Erfüllung in einem angemessenen Zusammenhang mit Leistungen der Organisatoren der Prostitution stehen. (Bearbeiter)

211. BGH 5 StR 464/09 - Beschluss vom 13. Januar 2010

Anfragebeschluss; Nichtanzeige geplanter Straftaten (normatives Stufenverhältnis zwischen Katalogtat und Nichtanzeige); Zweifelssatz.
§ 138 StGB; § 261 StPO; § 132 GVG

1. Der Senat ist der Ansicht, dass zwischen einer Katalogtat des § 138 StGB und ihrer Nichtanzeige ein normatives Stufenverhältnis bestehe, das eine Verurteilung gemäß § 138 StGB im Wege einfacher Anwendung des Zweifelssatzes bei nicht erwiesener Katalogtat eröffne, da dessen Unrechtsgehalt vollständig in dem der Katalogtat aufgehe.

2. Der Senat beabsichtigt zu entscheiden, dass ein nach dem Ergebnis der Hauptverhandlung fortbestehender Verdacht der Beteiligung an einer Katalogtat des § 138 StGB einer Bestrafung wegen Nichtanzeige geplanter Straftaten auch mit Rücksicht auf den Zweifelssatz nicht entgegensteht.

173. BGH 4 StR 93/09 - Beschluss vom 14. Januar 2010 (LG Münster)

Ausspähen von Daten beim Auslesen von Daten, die auf dem Magnetstreifen einer Zahlungskarte gespeichert sind (besondere Sicherung gegen unberechtigten Zugang).
§ 202a StGB

1. Nach Auffassung des Senats erfüllt das bloße Auslesen von auf dem Magnetstreifen einer Zahlungskarte gespei-

cherten Daten, um mit diesen Daten Kartendoubletten herzustellen, nicht den Tatbestand des Ausspähens von Daten. § 202a Abs. 1 StGB setzt u.a. voraus, dass der Täter sich oder einem anderen den Zugang zu Daten, die gegen unberechtigten Zugang besonders gesichert sind, unter Überwindung der Zugangssicherung verschafft. Der Überwindung einer solchen Zugangssicherung bedarf es aber nicht, wenn diese lediglich ausgelesen werden sollen. Dies ist ohne Weiteres mittels eines handelsüblichen Lesegeräts und der ebenfalls im Handel erhältlichen Software möglich.

2. Dass Daten magnetisch und damit nicht unmittelbar wahrnehmbar gespeichert sind, stellt keine besondere Sicherung gegen unberechtigten Zugang dar. Vielmehr handelt es sich gemäß § 202a Abs. 2 StGB nur bei Daten, die auf diese Weise gespeichert sind, um Daten im Sinne des Abs. 1 dieser Vorschrift. Schon daraus ergibt sich, dass nicht schon diese Art der Speicherung eine besondere Sicherung im Sinne des § 202a Abs. 1 StGB darstellt, sondern dass darüber hinaus Vorkehrungen getroffen sein müssen, die den unbefugten Zugriff auf Daten ausschließen oder zumindest erheblich erschweren.

3. Der Senat sieht sich an einer Änderung des Schuldspruchs durch das Urteil des 3. Strafsenats vom 10. Mai 2005 - 3 StR 425/04 (NStZ 2005, 566) gehindert.

176. BGH 4 StR 478/09 - Beschluss vom 5. Januar 2010 (LG Arnsberg)

Bemessung der Einsatzstrafe (Freiheitsstrafen von mehr als einem Jahr); gefährlicher Eingriff in den Straßenverkehr; gefährliche Körperverletzung (mittels einer lebensgefährdenden Behandlung).
§ 39 StGB; § 315b Abs. 1 Nr. 3 StGB; § 224 Abs. 1 Nr. 5 StGB

Eine gefährliche Körperverletzung nach § 224 Abs. 1 Nr. 5 StGB liegt nur vor, wenn die Art der Behandlung des Geschädigten durch den Täter nach den Umständen des Einzelfalls (generell) geeignet wäre, das Leben zu gefährden (st. Rspr.). Diese Gefahr muss bereits der Handlung eigen sein. Wird eine Person auf die Fahrbahn geworfen und kommt es in der Folge zu einem Unfall, tritt die Lebensgefahr nicht „mittels“ der Art der Behandlung durch den Angeklagten ein.

213. BGH 5 StR 488/09 - Beschluss vom 27. Januar 2010 (LG Cottbus)

Urkundenfälschung (computertechnische Manipulation und Ausdruck einer eingescannten Urkunde; Übermittlung eines Ausdrucks per Telefax).
§ 267 StGB

1. Das ausgedruckte Exemplar eines eingescannten Schriftstücks erfüllt den Urkundenbegriff nach § 267 Abs. 1 StGB nur dann, wenn es einer Originalurkunde so ähnlich ist, dass die Möglichkeit einer Verwechslung nicht ausgeschlossen werden kann. Dies ist jedenfalls bei einer eingescannten und sodann am Computer manipulierten notariellen Urkunde nicht der Fall, weil der bloße Ausdruck einer Computerdatei nicht die typischen Authentizitätsmerkmale aufweist, die einen notariellen Kaufvertrag bzw. eine Ausfertigung eines solchen prägen.

2. Die Kurzbezeichnung des Absenders auf einem Telefax ist nicht einer Beglaubigung gleichzusetzen, denn der Rechtsverkehr misst ihr eine solche Bedeutung nicht zu. Der Empfängeraufdruck bestätigt auch nicht die inhaltliche Richtigkeit des versandten Schriftstücks, sondern allenfalls, dass das eingegangene Telefax vom Absender gemäß Aufdruck in das Telekopiergerät eingelegt und versandt worden ist.

175. BGH 4 StR 477/09 - Beschluss vom 3. Dezember 2009 (LG Schwerin)

Betrug durch Tanken ohne zu bezahlen (Vollendung; Versuch); keine Hehlerei durch den Vortäter.
§ 263 Abs. 1, Abs. 2 StGB; § 259 StGB

1. In den Fällen des Selbstbedienungstankens setzt die Annahme eines vollendeten Betruges voraus, dass der Täter durch (konkludentes) Vortäuschen von Zahlungsbereitschaft bei dem Kassenpersonal einen entsprechenden Irrtum hervorruft, der anschließend zu der schädigenden Vermögensverfügung (Einverständnis mit dem

Tankvorgang) führt. An der erforderlichen Irrtumserregung fehlt es, wenn das Betanken des Fahrzeugs vom Kassenpersonal überhaupt nicht bemerkt wird. Ist dies der Fall, kommt jedoch regelmäßig ein Betrugsversuch in Betracht (vgl. Senat, Urteil vom 5. Mai 1983 - 4 StR 121/83, NJW 1983, 2827; Senatsbeschlüsse vom 28. Juli 2009 - 4 StR 254 u. 255/09, NStZ 2009, 694).

2. Der Mittäter der Vortat kann hinsichtlich dieser Tat nicht wegen Hehlerei strafbar sein (BGHSt 7, 134, 137; 33, 50, 52).

179. BGH 4 StR 562/09 - Beschluss vom 13. Januar 2010 (LG Bochum)

Klammerwirkung; Geiselnahme; fahrlässige Gefährdung des Straßenverkehrs; Entziehung Minderjähriger.
§ 239b StGB; § 315c Abs. 3 StGB; § 235 StGB; § 52 StGB

Das Verbrechen der Geiselnahme und das Vergehen der fahrlässigen Gefährdung des Straßenverkehrs, die bei isolierter Betrachtungsweise in Tatmehrheit zueinander stehen, werden durch das Vergehen der Entziehung Minderjähriger zur Tateinheit verbunden werden, wenn dieses seinerseits mit jedem der anderen Delikte tateinheitlich zusammentrifft. Diese Wirkung tritt nach der Rechtsprechung des Bundesgerichtshofs auch dann ein, wenn eines der betroffenen Delikte schwerer wiegt als dasjenige, das die Verbindung begründet (vgl. BGHSt 31, 29, BGHR StGB § 52 Abs. 1 Klammerwirkung 7 m.w.N.).

Rechtsprechung

III. Strafzumessungs- und Maßregelrecht

149. BGH 2 StR 403/09 - Beschluss vom 20. Januar 2010 (LG Kassel)

BGHSt; Härteausgleich durch Vollstreckungslösung bei der Verhängung lebenslanger Freiheitsstrafe für gesamtstrafenfähige Vorstrafen; keine Übertragung der Vollstreckungslösung auf Verfahrensfehler.
Art. 6 EMRK; § 51 StGB; § 54 StGB; § 55 StGB; § 57a StGB; § 57b StGB

1. Bei der Verhängung lebenslanger Freiheitsstrafe ist ein Härteausgleich für erledigte, an sich gesamtstrafenfähige Vorstrafen im Wege der Vollstreckungslösung zu gewährleisten. (BGHSt)

2. Grundgedanke des § 55 StGB ist, dass Taten, die bei gemeinsamer Aburteilung nach §§ 53, 54 StGB behandelt worden wären, auch bei getrennter Aburteilung dieselbe Behandlung erfahren sollen, so dass der Täter im Endergebnis weder besser noch schlechter gestellt ist, als wenn alle Taten in dem zuerst durchgeführten Verfahren abgeurteilt worden wären (BGHSt 7, 180, 181; 15, 66, 69; 17,

173, 174 f.; 32, 190, 193). Scheitert eine nach § 55 StGB an sich mögliche nachträgliche Gesamtstrafenbildung daran, dass die zunächst erkannte Strafe bereits vollstreckt, verjährt oder erlassen ist, so ist die darin liegende Härte nach ständiger Rechtsprechung des Bundesgerichtshofs bei der Bemessung der nunmehr zu verhängenden Strafe auszugleichen (BGHSt 31, 102, 103; 33, 131, 132). (Bearbeiter)

3. Die Frage, ob das Vollstreckungsmodell auch auf andere Fallgestaltungen zu übertragen ist, wird unter den Senaten des Bundesgerichtshofs nicht einhellig beantwortet. Der 5. Strafsenat hat die Kompensation eines Verstoßes gegen Art. 36 Abs. 1 lit. B Satz 3 WÜK (BGHSt 52, 48, 56 f.) im Wege des Vollstreckungsmodells bejaht. Dem ist der 3. Strafsenat ausdrücklich entgegengetreten (Urteil vom 20. Dezember 2007 - 3 StR 318/07 -, BGHSt 52, 110, 118 Rdn. 25 f.). Er hält eine Kompensation von Verfahrensfehlern im Vollstreckungswege generell für unzulässig. Der erkennende Senat teilt diese Auffassung. (Bearbeiter)

205. BGH 5 StR 433/09 - Beschluss vom 8. Dezember 2009 (LG Göttingen)

BGHSt; Härteausgleich; lebenslange Freiheitsstrafe; Mindestverbüßungsdauer; Vollstreckungslösung.
§ 51 StGB; § 54 StGB; § 55 StGB; § 57a StGB; § 57b StGB

1. Härteausgleich für während der Unterbrechung von Untersuchungshaft vollständig vollstreckte Ersatzfreiheitsstrafe bei infolgedessen unterbliebener Gesamtstrafenbildung mit lebenslanger Freiheitsstrafe durch Anrechnung. (BGHSt)

2. Ist bei Verurteilung zu lebenslanger Freiheitsstrafe ein Härteausgleich zu gewähren, so ist dieser durch Anrechnung auf die Mindestverbüßungszeit (§ 57a Abs. 1 Nr. 1 StGB) unter in zweifacher Hinsicht analoger Anwendung des § 51 Abs. 1 Satz 1 StGB vorzunehmen. Zwar sieht § 51 Abs. 1 Satz 1 StGB eine Anrechnung erlittener Haft nur für die zeitige Freiheitsstrafe vor. Gleichwohl ist eine entsprechende Anwendung im Falle erlittener Untersuchungshaft und anderer Freiheitsentziehung auch für die Festsetzung der Mindestverbüßungsdauer der lebenslangen Freiheitsstrafe geboten, da eine Ungleichbehandlung zeitiger und lebenslanger Freiheitsstrafen nicht zu rechtfertigen wäre. (Bearbeiter)

3. Sind aufgrund der Besonderheiten des zeitlichen Ablaufs vor einer (nachträglichen) Gesamtstrafenbildung im Einzelfall grundsätzlich einbeziehungsfähige Freiheitsstrafen bereits vollstreckt worden, die bei gemeinsamer Aburteilung und Verurteilung zu lebenslanger Freiheitsstrafe als Gesamtfreiheitsstrafe im Ergebnis nicht vollstreckt worden wären, so ist entsprechend § 51 Abs. 1 Satz 1 StGB die volle so erlittene Haftzeit im Wege des Härteausgleichs auf die Mindestverbüßungsdauer als vollstreckt anzurechnen. (Bearbeiter)

204. BGH 5 StR 432/09 - Beschluss vom 27. Januar 2010 (LG Hamburg)

BGHR; ausländische Vorverurteilung; Härteausgleich; Berücksichtigung bei der Strafzumessung; gemeinschaftsrechtliches Gebot gegenseitiger Rücksichtnahme; Strafgerechtigkeit; Rahmenbeschlusses des Rates vom 24. Juli 2008 zur Berücksichtigung der in anderen Mitgliedstaaten der Europäischen Union ergangenen Verurteilungen in einem neuen Strafverfahren; Vorabentscheidungsverfahren; Vollstreckungslösung; Divergenzvorlage.

§ 46 Abs. 2 StGB; § 55 Abs. 1 Satz 1 StGB; Art. 234 EG; § 132 GVG

1. Eine ausländische Vorverurteilung, die an innerstaatlichen Maßstäben gemessen gesamtstrafenfähig wäre, ist im Rahmen der allgemeinen Strafzumessung mit Blick auf das Gesamtstrafübel zu berücksichtigen. (BGHR)

2. Im Ausland verhängte Strafen sind der nachträglichen Gesamtstrafenbildung über § 55 StGB nicht zugänglich, weil eine Gesamtstrafe mit einer von einem ausländischen Gericht verhängten Strafe schon wegen des damit verbundenen Eingriffs in deren Vollstreckbarkeit ausgeschlossen ist. (Bearbeiter)

3. Die Berücksichtigung einer - gemessen an innerstaatlichen Maßstäben gesamtstrafenfähigen - ausländischen Vorverurteilung im Rahmen der tatrichterlichen Strafzumessung nach § 46 StGB ist auch gemeinschaftsrechtlich geboten. (Bearbeiter)

212. BGH 5 StR 478/09 - Beschluss vom 26. Januar 2010 (LG Bremen)

BGHR; Härteausgleich für entgangene Bewährung; Vollstreckungslösung.
§ 51 StGB; § 55 StGB

1. Zum Härteausgleich für entgangene Bewährung durch Anwendung des Vollstreckungsmodells. (BGHR)

2. Auch zum Zwecke des Härteausgleichs ist die Erklärung eines Teils der Gesamtfreiheitsstrafe für vollstreckt („Vollstreckungslösung“) gegenüber der Milderung der Gesamtstrafe vorzugswürdig. (Bearbeiter)

218. BGH 5 StR 510/09 - Beschluss vom 13. Januar 2010 (LG Dresden)

Erheblich verminderte Schuldfähigkeit (Versagung der Strafraumenverschiebung); Unterbringung in einer Entziehungsanstalt (Hang; körperliche Abhängigkeit).
§ 21 StGB; § 64 StGB

1. Eine Strafraumenverschiebung aufgrund verminderter Schuldfähigkeit kann versagt werden, wenn der Täter schon früher unter Alkoholeinfluss straffällig geworden ist und deshalb wusste, dass er in einem solchen Zustand zu Straftaten neigt. An die Vergleichbarkeit der unter Alkoholeinfluss begangenen Straftaten sind dabei keine allzu hohen Anforderungen zu stellen.

2. Die Versagung der Strafraumenverschiebung kann jedoch nicht mit dem Hinweis auf frühere unter Alkoholeinfluss begangene Straftaten begründet werden, wenn die neue Tat im Hinblick auf ihre andersartige Anlage und Zielrichtung und den ihr zugrunde liegenden strafrechtlich bedeutsamen Antrieb in gänzlich andere Richtung als die bisherigen Taten weist, sodass der Täter nicht mit ihr rechnen konnte. So kann es etwa liegen, wenn der Täter zwar bereits wegen gewalttätiger Straftaten unter Alkoholeinfluss bestraft ist, nunmehr jedoch erstmals eine Straftat gegen die sexuelle Selbstbestimmung in Rede steht.

3. Eine Alkoholabhängigkeit ist keine zwingende Voraussetzung für die Annahme eines Hanges im Sinne des § 64 StGB. Denn hierunter fällt nicht nur eine chronische, auf körperlicher Sucht beruhende Abhängigkeit, sondern es genügt eine eingewurzelte, aufgrund psychischer Disposition bestehende oder durch Übung erworbene intensive Neigung, immer wieder Alkohol oder andere Rauschmittel im Übermaß zu sich zu nehmen, ohne dass diese den Grad einer physischen Abhängigkeit erreicht haben muss.

144. BGH 1 StR 595/09 - Beschluss vom 14. Januar 2010 (LG Baden-Baden)

Nachträgliche Sicherungsverwahrung (neue Tatsache; Erkenntnisse aus dem Vollzug; Therapieunwilligkeit);

Recht auf Freiheit und Sicherheit; Rückwirkungsverbot (Gesetzlichkeitsprinzip).

Art. 103 Abs. 2 GG; Art. 5 EMRK; Art. 7 EMRK; Art. 43 Abs. 1 EMRK; Art. 44 Abs. 2b EMRK

Ob ein gemäß § 66b StGB Verurteilter von dem Kammerurteil des Europäischen Gerichtshofs für Menschenrechte (EGMR) vom 17. Dezember 2009 (Beschwerde Nummer 19359/04) betroffen sein könnte, brauchen deutsche Gerichte nicht zu entscheiden, da die vorgenannte Entscheidung noch nicht endgültig ist (Art. 43 Abs. 1, Art. 44 Abs. 2b EMRK).

162. BGH 2 StR 519/09 - Beschluss vom 13. Januar 2010 (LG Bonn)

Rechtsfehlerhafte Anordnung der Unterbringung des Angeklagten in einer Entziehungsanstalt (hinreichend konkrete Aussicht, den Angeklagten durch die Behandlung zu heilen oder über eine erhebliche Zeit vor dem Rückfall in den Hang zu bewahren und von der Begehung erheblicher rechtswidriger Taten abzuhalten, die auf seinen Hang zurückgehen; Erfolgsaussicht); Wertersatzverfall; Einziehung (Beziehungsgegenstände).

§ 64 Satz 2 StGB; § 33 Abs. 2 BtMG; 73a StGB

Nach § 64 Satz 2 StGB ergeht diese Anordnung nur, wenn eine hinreichend konkrete Aussicht besteht, den Angeklagten durch die Behandlung zu heilen oder über eine erhebliche Zeit vor dem Rückfall in den Hang zu bewahren und von der Begehung erheblicher rechtswidriger Taten abzuhalten, die auf seinen Hang zurückgehen. Die hinreichend konkrete Aussicht der Rückfallfreiheit muss sich demgemäß auf einen „erheblichen“ Zeitraum erstrecken.

136. BGH 1 StR 372/09 - Urteil vom 13. Januar 2010 (LG München I)

Nachträgliche Anordnung der Unterbringung in der Sicherungsverwahrung (formelle Voraussetzungen; neue Tatsache; Beachtung neuer wissenschaftlicher Erkenntnisse).

§ 66b StGB; § 66 StGB

§ 66b Abs. 2 StGB eröffnet nicht die Möglichkeit, die bei der Anlassverurteilung gemäß der damaligen und insoweit bis heute unveränderten Rechtslage verwehrte primäre Anordnung der Sicherungsverwahrung (gemäß § 66 Abs. 1 StGB) bei Strafende aufgrund derselben Erkenntnisgrundlage wie zum Zeitpunkt der Anlassverurteilung nachzuholen. § 66b Abs. 1 Satz 2 StGB, der keine neuen Tatsachen voraussetzt, gilt nicht für § 66b Abs. 2 StGB.

210. BGH 5 StR 459/09 - Urteil vom 9. Dezember 2009 (LG Potsdam)

Nachträgliche Bildung der Gesamtstrafe; maßgeblicher Zeitpunkt für die Bestimmung der einzubeziehenden Strafen; nachträglich erlassene Bewährungsstrafe; Erlassreife.

§ 54 StGB; § 55 StGB

Für die Frage der Erledigung im Sinne des § 55 Abs. 1 Satz 1 StGB ist allein der Zeitpunkt des ersten Urteils in dieser Sache maßgeblich, sodass eine erst nach diesem Zeitpunkt erlassene Bewährungsstrafe gleichwohl zu berücksichtigen ist; ihrer Erlassreife kommt jedoch erhebliche die zu bildende Gesamtstrafe mildernde Wirkung zu.

Rechtsprechung

IV. Strafverfahrensrecht mit GVG

163. BGH 2 StR 535/09 - Beschluss vom 27. Januar 2010 (LG Bonn)

BGHSt; Anforderungen an die Ablehnung des Beweis-antrages auf die Einholung eines weiteren Sachverständigengutachtens (substantiiert dargelegte methodische Mängel des vorbereitenden Erstgutachtens; erforderliche eigene Sachkunde; Bedeutungslosigkeit).

§ 244 Abs. 4 Satz 1, 2 StPO

1. Wenn der Tatrichter einen Beweisantrag auf Einholung eines weiteren Sachverständigengutachtens (§ 244 Abs. 4 Satz 2 StPO), der auf substantiiert dargelegte methodische Mängel des (vorbereitenden) Erstgutachtens gestützt ist, allein mit der Begründung zurückweist, er verfüge selbst über die erforderliche Sachkunde (§ 244 Abs. 4 Satz 1 StPO), darf er sich in den Urteilsgründen hierzu nicht dadurch in Widerspruch setzen, dass er seiner Entscheidung das Erstgutachten ohne Erörterung der geltend gemachten Mängel zugrunde legt. (BGHSt)

2. Wenn der Tatrichter der Ansicht ist, bereits die (vollzogene) Einholung eines ersten Sachverständigengutachtens sei überflüssig gewesen, da er unabhängig von diesem Gutachten über hinreichende eigene Sachkunde verfüge, kommt es für die Ablehnung eines Antrags auf Einholung eines weiteren Gutachtens auf die Voraussetzungen des § 244 Abs. 4 Satz 2 StPO unter Umständen nicht an. (Bearbeiter)

3. Das setzt freilich voraus, dass den Bekundungen des ersten, bereits vernommenen Sachverständigen nach Auffassung des Gerichts unabhängig von möglichen qualitativen Mängeln keine Bedeutung für die Beweiswürdigung zukommt, weil das Gericht schon dieses Gutachten wegen ausreichender eigener Sachkunde nicht hätte einholen müssen. In diesem Fall erübrigt sich eine Auseinandersetzung mit der in einem Beweisantrag behaupteten Mangelhaftigkeit des Erstgutachtens oder der Überlegenheit der Forschungsmittel eines anderen Sach-

verständigen. Es handelt sich dann zwar nicht um eine auf den Ablehnungsgrund der - tatsächlichen - Bedeutungslosigkeit gemäß § 244 Abs. 3 Satz 2 StPO gestützte Ablehnung, da das - nach Auffassung des Gerichts überflüssige - Erstgutachten bereits erstattet und das beantragte weitere Gutachten nicht für die Entscheidung ohne Bedeutung ist. Der Sache nach ist die Ablehnung der beantragten Einholung eines Zweitgutachtens aber in der hier vorliegenden besonderen Konstellation dem Ablehnungsgrund der (tatsächlichen) Bedeutungslosigkeit einer Beweisbehauptung verwandt. Wie in jenem Fall in der Ablehnung des Beweisantrags eine konkludente Zusage des Gerichts liegt, den unter Beweis gestellten Tatsachen nicht nachträglich entgegen den Gründen des Ablehnungsbeschlusses doch Bedeutung zuzumessen (vgl. BGH NStZ 1988, 38; 1994, 195; BGH StV 1997, 338), kann die substantiiert geltend gemachte Fehlerhaftigkeit eines Sachverständigengutachtens nur dann dahinstehen, wenn es auf das Ergebnis des Gutachtens für das Beweisergebnis in keiner Richtung ankommt. (Bearbeiter)

183. BGH 3 StR 250/09 – Urteil vom 27. August 2009 (LG Hannover)

BGHSt; Teilrechtskraft; Reichweite der Urteilsaufhebung im Strafausspruch; rechtsstaatswidrige Verfahrensverzögerung durch Ermittlungsbehörden.

Art. 6 Abs. 1 EMRK; Art. 13 EMRK; § 353 StPO; § 354 StPO

1. Die Aufhebung eines tatrichterlichen Urteils durch das Revisionsgericht allein im Strafausspruch erfasst grundsätzlich nicht die Frage der Kompensation einer bis zur revisionsgerichtlichen Entscheidung eingetretenen rechtsstaatswidrigen Verfahrensverzögerung. (BGHSt)

2. Dem neuen Tatrichter ist es in diesem Falle verwehrt, dem Angeklagten allein wegen eines zeitlich vor der Entscheidung des Revisionsgerichts liegenden Verstoßes gegen Art. 6 EMRK eine Entschädigung zuzusprechen. Daneben hat er, sofern hierzu Anlass besteht, jedoch zu prüfen und zu entscheiden, ob nach der Entscheidung des Revisionsgerichts eine rechtsstaatswidrige Verfahrensverzögerung eingetreten und zu kompensieren ist. Denn der Umstand, dass eine Entschädigungspflicht wegen eines bis zur revisionsgerichtlichen Entscheidung gegebenen Verstoßes gegen Art. 6 EMRK nicht besteht, schließt es nicht aus, dass eine Kompensation aufgrund einer erst danach aufgetretenen Verzögerung ausgesprochen werden kann. (Bearbeiter)

3. Der Senat neigt – nicht tragend – dazu, eine rechtsstaatswidrige Verfahrensverzögerung wegen nicht optimaler Arbeit der Ermittlungsbehörden allenfalls bei ganz erheblichen, kaum verständlichen Ermittlungsfehlern in Betracht zu ziehen, ähnlich der Grundsätze zur Kompensation von Verfahrensverzögerungen, die allein durch eine auf die Revision des Angeklagten erfolgte Aufhebung des tatgerichtlichen Urteils und Zurückverweisung der Sache entstehen. (Bearbeiter)

192. BGH 5 StR 169/09 - Beschluss vom 28. Januar 2010 (LG Hamburg)

Selbstleseverfahren (Protokollierung der Kenntnisnahme; wesentliche Förmlichkeit); Protokollberichtigung; Beruhen.

§ 249 Abs. 2 StPO; § 274 StPO; § 337 StPO

1. Mangelhaft protokolliertes Selbstleseverfahren. (BGHSt)

2. Zum sachlichen Anwendungsbereich des Protokollberichtigungsverfahrens. (Bearbeiter)

3. Die Protokollberichtigung ist auch hinsichtlich der - tatsächlich erfolgten, aber versehentlich nicht protokollierten - Feststellung des Vorsitzenden in der Hauptverhandlung nach § 249 Abs. 2 Satz 3 StPO zulässig, dass die Richter und Schöffen vom Wortlaut der Urkunde oder des Schriftstücks Kenntnis genommen haben (Fortführung von BGH - GS - BGHSt 51, 298; Abgrenzung zu BGH 2 StR 54/09 – Beschluss vom 8. Juli 2009, zur Aufnahme in BGHSt bestimmt). (Bearbeiter)

145. BGH 1 StR 620/09 - Beschluss vom 14. Januar 2010 (LG Baden-Baden)

Begriff des Beweisantrages (Unerreichbarkeit; Angabe der aktuellen Anschrift des Zeugen; Aufklärungsrüge; Darlegungsvoraussetzungen); Unmittelbarkeitsgrundsatz (Verlesung; unzureichender Beschluss; Ausschluss des Beruhens).

Art. 6 EMRK; Art. 103 Abs. 1 GG; § 244 Abs. 2, Abs. 3 StPO; § 250 StPO; § 251 Abs. 1 Nr. 1 StPO; § 344 Abs. 2 Satz 2 StPO; § 337 StPO

1. Für einen Beweisantrag ist neben der Benennung eines Beweisthemas nicht nur die Benennung eines Beweismittels erforderlich, sondern es ist regelmäßig auch anzugeben, auf welchem Wege das Beweismittel (der Zeuge) erreicht werden kann. Ist verfahrenkundig, dass ein Zeuge unter seiner letzten bekannten Anschrift nicht mehr erreichbar war, und dass intensive, schon vor der Stellung des Beweisantrags vom Gericht über mehrere Wochen hin entfaltete Bemühungen, seiner habhaft zu werden, erfolglos geblieben waren, so ist allein die Angabe der früheren Anschrift nicht ausreichend. Vielmehr ist erforderlich, in dem Antrag zumindest substantiiert dazu vorzutragen, warum entgegen den bisher angefallenen Erkenntnissen doch Aussicht bestehen soll, den betreffenden Zeugen unter der Anschrift zu finden, oder mit welchen vom Gericht bisher nicht ergriffenen Mitteln realistische Aussichten bestehen, den Aufenthaltsort zu ermitteln.

2. Die Zurückweisung eines Antrags, den das Tatgericht zu Unrecht als Beweisantrag behandelt hat, kann die Revision nur dann begründen, wenn eine Verletzung der Aufklärungspflicht vorliegt (vgl. BGH StV 1996, 581; BGHR StPO § 244 Abs. 6 Beweisantrag 13; BGH, Urt. vom 10. November 1992 - 1 StR 685/92 m.w.N.). Dies kann grundsätzlich der Fall sein, wenn bei der Suche nach einem der Sache nach nicht unbedeutenden Zeugen erkennbar sinnvolle Möglichkeiten nicht ausgeschöpft wurden (BGH, Urt. vom 10. November 1992 - 1 StR 685/92). Allerdings ist, wenn das Gericht nach der Beweisperson schon einige Zeit vergeblich mit Haftbefehl fahndete, auch unter dem Blickwinkel einer Aufklärungsrüge vorzutragen, welche konkreten, vom Gericht bisher

nicht ergriffenen Möglichkeiten dies gewesen wären (vgl. BGH, Urt. vom 14. Juni 2006 - 2 StR 65/06).

3. Das Beruhen eines Urteils auf dem Fehlen eines näher ausgeführten Beschlusses und der Angabe eines unzutreffenden Verlesungsgrundes kann ausgeschlossen werden, wenn die Voraussetzungen für die Verlesung tatsächlich gegeben waren und die Verfahrensbeteiligten durch den Mangel nicht in ihrem Prozessverhalten beeinflusst worden sein können.

4. Von Besonderheiten abgesehen braucht eine Revisionsbegründung den ursächlichen Zusammenhang zwischen (behauptetem) Rechtsfehler und dem angefochtenen Urteil nicht ausdrücklich darzulegen. Es ist vielmehr grundsätzlich Sache des Revisionsgerichts, die Beruhensfrage von sich aus zu prüfen. Dies sollte jedoch gerade in Fällen, in denen ein Beruhen nicht ohne weiteres nahe liegt, den Beschwerdeführer nicht davon abhalten, konkret darzulegen, warum aus seiner Sicht hier ein Beruhen möglich erscheinen kann. Andernfalls ist nicht auszuschließen, dass das Revisionsgericht trotz seiner umfassenden Überprüfung der Beruhensfrage eine in diesem Zusammenhang (doch) in Betracht zu ziehende Möglichkeit nicht erkennt und dementsprechend nicht in seine Erwägungen einbezieht.

171. BGH 4 StR 413/09 - Urteil vom 7. Januar 2010 (LG Dessau-Roßlau)

Rechtsfehlerhafte Beweiswürdigung beim Tod eines ausländischen Inhaftierten auf einer Polizeistation; fahrlässige Tötung (Unterlassung; unverzügliche Reaktion auf Feuergefahren; Pflichtwidrigkeitszusammenhang; Vermeidbarkeit).

§ 222 StGB; § 261 StPO; § 13 Abs. 1 StGB

1. Einzelfall der rechtsfehlerhaften Beweiswürdigung beim Tod eines ausländischen Inhaftierten auf einer Polizeistation nach angeblicher Selbstanzündung des Opfers und mehrfachem Ausstellen des ausgelösten Brandmelders durch den Verantwortlichen.

2. Bei der Würdigung der (Zeugen-)Aussagen ist in einem Fall wie dem hier vorliegenden ein möglicher Gruppendruck im Kollegenkreis und das im Verlauf der Ermittlungen entstandene Interesse, sich selbst zu entlasten, in den Blick zu nehmen.

3. Ein (pflichtwidriges) Unterlassen des Angeklagten ist für den konkreten Todeseintritt nur dann ursächlich geworden, wenn der Erfolg, so wie er konkret eingetreten ist, durch ein sofortiges und sachgerechtes Eingreifen des Angeklagten mit an Sicherheit grenzender Wahrscheinlichkeit verhindert worden wäre.

4. Löst der in einer Gewahrsamszelle installierte Brandmelder Alarm aus, weist das auf eine unmittelbar drohende Gefahr für Leib und Leben einer in einer verschlossenen und verriegelten Zelle verwahrten Person hin. In einem solchen Fall sind unverzüglich, das heißt ohne schuldhaftes Zögern, die zur Abwendung der Gefahr erforderlichen Maßnahmen zu ergreifen. Dies gilt umso mehr, wenn – wie hier – zur Verhinderung einer drohenden Selbstschädigung die Fesselung angeordnet

und eine berauschte Person an Händen und Füßen angekettet in Rückenlage fixiert worden ist. Hieran ändert auch die Möglichkeit eines Fehlalarms nichts.

135. BGH 1 StR 247/09 - Urteil vom 13. Januar 2010 (LG Würzburg)

Beweiswürdigung beim Vorwurf der Hehlerei (Unterschlagung; Ankaufen; Übernahme der mittelbaren Verfügungsgewalt; Absatzhilfe; Erfassung der Teilnahme an der Vortat); unwirksame Teilanfechtung in der Revision (Erweiterung des Anfechtungsumfangs zulasten des Angeklagten); besonders schwerer Fall des Betruges (Vermögensverlust großen Ausmaßes); Urteilsabfassung bei Serientaten.

§ 261 StPO; § 344 StPO; § 345 StPO; § 259 StGB; § 246 StGB; § 263 Abs. 3 StGB

1. Einzelfall der Erweiterung der Reichweite der von der Staatsanwaltschaft erhobenen Revision zulasten des Angeklagten (sog. Trennungsformel).

2. Auch die Übernahme der lediglich mittelbaren Verfügungsgewalt kann als Hehlerei zu erfassen sein.

3. Eine mögliche Teilnahme des Angeklagten an der Vortat steht der Hehlerei nicht entgegen. Eine Hehlereihandlung stellt im Verhältnis zu einer Anstiftung oder Beihilfe zu der vorausgegangen Tat keine mitbestrafte Nachtat dar (BGHSt 7, 134).

4. Ob ein Vermögensverlust großen Ausmaßes iS des § 263 Abs. 3 Nr. 2 StGB vorliegt, ist nach objektiven Gesichtspunkten zu bestimmen; ein solcher ist jedenfalls dann nicht gegeben, wenn der Vermögensverlust einen Wert von 50.000 Euro nicht erreicht (BGHSt 48, 360).

198. BGH 5 StR 356/09 - Beschluss vom 9. Dezember 2009

Ablehnung wegen Besorgnis der Befangenheit (Verspätung); Anhörungsrüge; Gehörsverletzung.

§ 25 Abs. 2 Satz 2 StPO; § 349 Abs. 2 StPO; § 356a StPO; Art. 103 Abs. 1 GG

1. Entscheidet das Gericht außerhalb der Hauptverhandlung im Beschlusswege, so kann ein Ablehnungsgesuch in entsprechender Anwendung des § 25 Abs. 2 Satz 2 StPO nur so lange statthaft vorgebracht werden, bis die Entscheidung ergangen ist.

2. Etwas anderes gilt auch dann nicht, wenn die Ablehnung mit einem Antrag nach § 356a StPO verbunden wird, der sich jedoch deswegen als unbegründet erweist, weil die gerügte Verletzung des Art. 103 Abs. 1 GG nicht vorliegt, so dass nicht mehr in eine erneute Sachprüfung einzutreten ist, ob der Anspruch auf rechtliches Gehör in entscheidungserheblicher Weise verletzt worden ist

187. BGH 3 StR 528/09 - Beschluss vom 13. Januar 2010 (LG Hannover)

Verständigung (Prüfung auf Verfahrensfehler; Verfahrensrüge; Dokumentation in den Urteilsgründen; Bezugnahme auf das Protokoll).

§ 257c StPO; § 267 Abs. 3 StPO; § 344 Abs. 2 Satz 2 StPO

1. Für die gemäß § 267 Abs. 3 Satz 5 StPO gebotene Mitteilung in den Urteilsgründen, dass dem Urteil eine Verständigung (§ 257c StPO) vorausgegangen ist, ist die Angabe des Inhalts der Verständigung nicht erforderlich.

2. Ob das Verfahren zur Verständigung nach § 257c StPO eingehalten worden ist, prüft das Revisionsgericht nicht von Amts wegen, sondern nur aufgrund einer Verfahrensrüge unter erforderlichlichem Tatsachenvortrag (§ 344 Abs. 2 Satz 2 StPO).

167. BGH 4 StR 276/09 - Beschluss vom 19. November 2009 (LG Essen)

Abwesenheit des Angeklagten (absolute Revisionsgrund des § 338 Nr. 5 StPO); Verletzung des Unmittelbarkeitsgrundsatz (Darlegungsanforderungen).

§ 338 Nr. 5 StPO; § 231 Abs. 2 StPO; § 230 Abs. 1 StPO; § 250 StPO; § 256 Nr. 1a, Nr. 2 StPO

Gemäß § 231 Abs. 2 StPO darf zwar eine unterbrochene Hauptverhandlung ohne den Angeklagten zu Ende geführt werden, wenn er eigenmächtig ferngeblieben ist, dh ohne Rechtfertigungs- oder Entschuldigungsgründe wissentlich seiner Anwesenheitspflicht nicht genügt (vgl. BGHSt 37, 249, 251), er über die Anklage schon vernommen war und das Gericht seine fernere Anwesenheit nicht für erforderlich erachtet. Es muss zum Zeitpunkt der Revisionsentscheidung nachgewiesen sein, dass der Angeklagte eigenmächtig ausgeblieben ist, um die Rüge der Verletzung des § 338 Nr. 5 StPO mit Verweis auf § 231 Abs. 2 StPO verwerfen zu können.

170. BGH 4 StR 407/09 - Urteil vom 21. Januar 2010 (LG Dortmund)

Verfahrenseinstellung wegen einer mangelnden wirklichen Anklageerhebung (Tat im prozessualen Sinne;

Nämlichkeit der Tat; veränderter Tatzeitraum).
§ 200 StPO; § 260 Abs. 3 StPO

Eine Veränderung des Tatzeitraums hebt die Identität zwischen Anklage und abgeurteilter Tat nicht zwingend auf (vgl. BGHSt 46, 130, 133; BGH NStZ-RR 2006, 316, 317 jeweils m.w.N.). Dies setzt aber voraus, dass die in der Anklage beschriebene Tat unabhängig von der Tatzeit nach anderen Merkmalen individualisiert ist (BGH aaO).

141. BGH 1 StR 3/10 - Beschluss vom 4. Februar 2010 (LG München I)

Erteilung des letzten Wortes (Wiedereintritt; Ausschluss des Beruhens hinsichtlich des Schuldspruchs).
§ 258 Abs. 2 StPO; § 337 StPO; § 257c StPO

1. Dem Angeklagten ist gemäß § 258 Abs. 2 StPO erneut das letzte Wort zu gewähren, wenn nach dem Schluss der Beweisaufnahme nochmals in die Verhandlung eingetreten worden ist, weil jeder Wiedereintritt den vorausgegangenen Ausführungen des Angeklagten die rechtliche Bedeutung als Schlussvortrag und letztes Wort nimmt und die erneute Beachtung des § 258 StPO erforderlich macht (BGHSt 22, 278, 279/280; BGH NStZ-RR 1998, 15). Wann von einem Wiedereintritt auszugehen ist, ist anhand der konkreten Umstände des Einzelfalls zu bestimmen. Insbesondere liegt ein Wiedereintritt vor, wenn der Wille des Gerichts zum Ausdruck kommt, im Zusammenwirken mit den Prozessbeteiligten in der Beweisaufnahme fortzufahren oder wenn Anträge mit den Verfahrensbeteiligten erörtert werden (BGH NStZ 2004, 505, 507 m.w.N.).

2. Einzelfall des Ausschlusses des Beruhens nach einem Verstoß gegen § 258 Abs. 2 StPO bei einem geständigen Angeklagten hinsichtlich des Schuldspruchs.

Rechtsprechung

V. Wirtschaftsstrafrecht und Nebengebiete

194. BGH 5 StR 224/09 - Beschluss vom 27. Januar 2010 (LG Hamburg)

BGHR; Insidergeschäfte; Insidertatsache; Kurserheblichkeit; Bemessung des Sondervorteils beim Verfall (Erlangtes).

§ 38 Abs. 1 Nr. 1 WpHG; § 14 Abs. 1 WpHG a.F.; § 13 WpHG; § 73 Abs. 1 Satz 1 StGB

1. Ausnutzen einer Insidertatsache. (BGHR)
2. Bei verbotenen Insidergeschäften stellt der hierdurch erzielte Sondervorteil das Erlangte im Sinne des § 73 Abs. 1 Satz 1 StGB dar. (BGHR)
3. Die Kurserheblichkeit einer Tatsache im Sinne des § 13 WpHG ist eine Prognoseentscheidung, die nicht auf die Vorstellung des Insiders abhebt, sondern eine objekti-

vierte Bewertung aus einer ex-ante-Sicht erfordert. Dabei stellt das spätere Geschehen, insbesondere die Reaktion des Marktes auf das Bekanntwerden der Tatsache, ein gewichtiges Beweisanzeichen dar. (Bearbeiter)

4. Für das Verständnis des Merkmals des Ausnutzens im Sinne des § 14 Abs. 1 Nr. 1 WpHG a.F. ist die Richtlinie des Rats der Europäischen Gemeinschaften vom 13. November 1989 (89/592/EWG ABl. EG L 334, S. 30) ergänzend heranzuziehen, denn das WpHG ist in Umsetzung der Richtlinie erlassen worden und deshalb richtlinienkonform auszulegen. (Bearbeiter)

5. Die Bemessung des bei einem Insidergeschäft erzielten Sondervorteils kann nicht nur auf der Grundlage eines Handelstages erfolgen. Denn der Sondervorteil ist relativ zu dem Kurs zu berechnen, der entstanden wäre, wenn

der Markt die absichtsvoll verschwiegene Insiderinformation aufgenommen hätte; dessen Ermittlung erfordert wiederum eine auf Schätzung gegründete Bewertung. Hierfür bedarf es einer über den konkreten Handelstag hinausgehenden längerfristigeren Betrachtung der Kursentwicklung. (Bearbeiter)

6. Für die Bestimmung desjenigen, was der Täter in diesem Sinne aus einer Tat oder für sie erlangt hat, ist das Bruttoprinzip unerheblich. Erst wenn feststeht, worin der erlangte Vorteil des Täters besteht, besagt dieses Prinzip, dass bei der Bemessung der Höhe des Erlangten gewinnmindernde Abzüge unberücksichtigt bleiben müssen (BGHSt 47, 260, 269; 50, 299, 310; kritisch hierzu BGHSt 52, 227, 247 ff.). Der dem Verfall unterliegende Vorteil ist deshalb danach zu bestimmen, was letztlich strafbewehrt ist. Soweit das Geschäft an sich verboten ist, kann der gesamte hieraus erlöste Wert dem Verfall unterliegen. Ist dagegen strafrechtlich nur die Art und Weise bemakelt, in der das Geschäft ausgeführt wird, ist nur der hierauf entfallende Sondervorteil erlangt im Sinne des § 73 Abs. 1 Satz 1 StGB. (Bearbeiter)

190. BGH 5 StR 136/09 - Beschluss vom 9. November 2009 (LG Potsdam)

Subventionsbetrug (unrichtige Angabe über eine investitionserhebliche Tatsache; Scheingeschäft; Umgehungsgeschäft; Vorsatz und Irrtum über normative Tatbestandsmerkmale; tätige Reue trotz Teilauszahlung).

§ 264 Abs. 1 Nr. 1, Abs. 5 StGB; § 15 StGB; § 16 Abs. 1 StGB

1. § 264 Absatz 5 StGB ist auch dann anzuwenden, wenn die Subvention zwar jedenfalls teilweise gewährt worden ist, bei dem Subventionsgeber zu diesem Zeitpunkt aber keinerlei Unkenntnis über subventionserhebliche Umstände mehr bestand. Derjenige, der verhindert, dass die Subventionsvergabe auf einer falschen Tatsachengrundlage erfolgt, hat alles getan hat, um keinen rechtswidrigen Erfolg eintreten zu lassen. Wenn es dennoch auf der Grundlage dieser (dann berichtigten) Angaben zur Bewilligung der Subvention kommt, bleibt der Täter strafflos, weil der Kausalzusammenhang zwischen unvollständigen Angaben und der Bewilligung der Subvention entfallen ist. Da die Bewilligung der Subvention dann auf Grund einer anderen (nunmehr zutreffenden) Tatsachengrundlage erfolgte, bestand für die Verhinderung einer Gewährung kein Anlass mehr.

2. Eine Täuschungshandlung im Sinne des § 264 Abs. 1 Nr. 1 StGB kann in der hier vorliegenden Konstellation nur gegeben sein, wenn der Angeklagte die Pflicht zu ihrer Offenbarung kannte und sie dennoch verschwiegen hat. Der Angeklagte befindet sich nur dann in keinem nach § 16 StGB relevanten Irrtum, wenn er die rechtlichen Folgen der Unwirksamkeit seiner Vertragskonstruktion erkannt hätte (vgl. BGHR StGB § 16 Abs. 1 Umstand 2).

3. Unrichtig im Sinne des § 264 Abs. 1 Nr. 1 StGB sind die vom Täter zu den subventionserheblichen Tatsachen gemachten Angaben, wenn sie nicht mit der Wirklichkeit übereinstimmen (BGHR StGB § 264 Abs. 1 Nr. 1 subven-

tionserhebliche Tatsache 1). Nicht mit der Wirklichkeit übereinstimmende Tatsachen sind aber auch diejenigen, die ein unvollständiges Gesamtbild vermitteln (BGH NStZ 2006, 625, 627).

4. Ein solches unvollständiges Gesamtbild liegt vor, wenn der Angeklagte die von ihm gelieferten betriebswirtschaftlichen Vorgaben nicht genannt und wertmäßig beziffert hätte, obwohl er hierzu verpflichtet gewesen wäre, weil der „Verkauf“ der betriebswirtschaftlichen Vorgaben ein unwirksames Geschäft im Sinne des § 4 SubvG darstellte. Die Annahme eines solchen Schein- bzw. Umgehungsgeschäfts setzt – ebenso wie bei den vergleichbaren Vorschriften der § 41 Abs. 2, § 42 AO – voraus, dass der gewählten Gestaltungsform kein eigenständiger Sinngehalt zukommt und sie allein um der Herbeiführung der Subvention willen vorgenommen wird.

137. BGH 1 StR 491/09 - Urteil vom 16. Dezember 2009 (LG Hildesheim)

Rechtsfehlerhafte Beweiswürdigung beim Vorwurf der Mitwirkung an einem Umsatzsteuerkarussell (überspannte Anforderungen; Wertungsfehler und Erörterungsmängel); Steuerhinterziehung (Vorsatz; Leichtfertigkeit; Steuerverkürzung).

§ 370 AO; § 378 AO; § 15 StGB; § 261 StPO

1. Wenn eine möglicherweise an einem Umsatzsteuerkarussell beteiligte GmbH selbst Steuern und Sozialversicherungsabgaben zahlt, ist dies kein entlastendes Indiz dar (UA S. 107), wenn die Gesellschaft nicht die Funktion eines „Missing Traders“, sondern die des „Distributors“ wahrnimmt. Lediglich Missing Trader verschwinden zumeist bereits nach kurzer Zeit wieder vom Markt, da sie keine Umsatzsteuer abführen, obwohl sie Rechnungen mit gesondertem Umsatzsteuerausweis schreiben, und deshalb schneller entdeckt werden können. Bei den übrigen Firmen in einem Umsatzsteuerkarussell ist es eher von Vorteil, wenn sie sich zumindest formal steuer ehrlich und rechtstreu verhalten, weil bei ihnen die Steuererstattungen anfallen.

2. Für eine Strafbarkeit wegen Steuerhinterziehung gemäß § 370 AO bedarf es keiner Absicht oder eines direkten Hinterziehungsvorsatzes; es genügt, dass der Täter die Verwirklichung der Merkmale des gesetzlichen Tatbestandes für möglich hält und billigend in Kauf nimmt. Es ist daher für einen Tatvorsatz nicht erforderlich, dass die Angeklagten ihre Einbindung in ein objektiv vorliegendes Umsatzsteuerkarussell sicher erkannt hatten.

3. Leichtfertig handelt, wer die Sorgfalt außer acht lässt, zu der er nach den besonderen Umständen des Einzelfalls und seinen persönlichen Fähigkeiten und Kenntnissen verpflichtet und imstande ist, obwohl sich ihm aufdrängen musste, dass dadurch eine Steuerverkürzung eintreten wird.

4. Im Zusammenhang mit Umsatzsteuerkarussellen kann insbesondere von Bedeutung sein, ob die Angeklagten für die von ihren italienischen Vertragspartnern verwendeten Umsatzsteuer-Identifikationsnummern gemäß § 18e UStG Bestätigungsabfragen an das Bundesamt für Finan-

zen (jetzt: Bundeszentralamt für Steuern) gerichtet haben. Auch Mängel in der Buchführung und der Dokumentation der Transportvorgänge können für ein sorgfaltswidriges Vorgehen im Hinblick auf steuerliche Pflichten sprechen.

5. Eine Ordnungswidrigkeit gemäß § 378 AO kommt bei nicht vorsätzlichem Handeln der Angeklagten allerdings nur in Betracht, wenn der Vorsteuerabzug unzulässig war, weil es sonst an einer Steuerverkürzung fehlt. Nach der Rechtsprechung des Gerichtshofs der Europäischen Gemeinschaften (EuGH) steht allein der Umstand, dass eine Lieferung an einen Steuerpflichtigen vorgenommen wird, der weder wissen konnte noch wissen musste, dass der betreffende Umsatz in einen vom Verkäufer begangenen „Mehrwertsteuerbetrug“ einbezogen war, dem Vorsteuerabzug aber nicht entgegen. Selbst wenn der Umsatz den objektiven Kriterien einer Lieferung genügt (Verschaffung der Verfügungsmacht an den betreffenden Gegenständen, vgl. Art. 5 Abs. 1 der Richtlinie 77/388/EWG, § 3 Abs. 1 UStG 1999) und die Tätigkeit als wirtschaftliche Tätigkeit im Sinne der Richtlinie 77/388/EWG zu beurteilen wäre, ist der Vorsteuerabzug jedoch zu versagen, wenn aufgrund objektiver Umstände feststeht, dass der Steuerpflichtige wusste oder wissen konnte bzw. hätte wissen müssen, dass er sich mit seinem Erwerb an einem Umsatz beteiligte, der in eine Mehrwertsteuerhinterziehung einbezogen war.

146. BGH 1 StR 634/09 - Beschluss vom 20. Januar 2010 (LG Essen)

Voraussetzungen der Selbstanzeige (steuerliche Prüfung; persönlicher Strafaufhebungsgrund); Täter-Opfer-Ausgleich bei der Steuerhinterziehung.
§ 371 Abs. 2 Nr. 1 Buchst. a) Alt. 1 AO; § 46a StGB

1. Wenn ein Finanzbeamter seine Befugnisse und seine Stellung zur Begehung von Steuerhinterziehungen missbraucht, stellt die Überprüfung der Veranlagungsarbeiten innerhalb eines Finanzamtes durch die Innenrevision der Oberfinanzdirektion eine steuerliche Prüfung durch einen Amtsträger der Finanzbehörde im Sinne von § 371 Abs. 2 Nr. 1 Buchst. a) Alt. 1 AO dar. Hat die Innenrevision bereits begonnen, ist der Amtsträger auch bereits erschienen.

2. Eine Strafraumenverschiebung auf der Grundlage von § 46a Nr. 2 StGB kann nur in ganz besonders gelagerten Ausnahmefällen, auch bei Steuerstraftaten in Betracht kommen. Damit die Schadenswiedergutmachung ihre friedensstiftende Wirkung entfalten kann, hat der Täter einen über die rein rechnerische Kompensation hinausgehenden Beitrag zu erbringen. Die Erfüllung von Schadensersatzansprüchen allein genügt dafür nicht. Vielmehr muss sein Verhalten Ausdruck der Übernahme von Verantwortung sein (st. Rspr.; BGHR StGB § 46a Wiedergutmachung 1 und 5; BGH wistra 2000, 176; wistra 2000, 421; NJW 2001, 2557; jew. m.w.N.). Nach dem Willen des Gesetzgebers ist insoweit erforderlich, dass „der Täter das Opfer ganz oder zum überwiegenden Teil entschädigt“ und durch die persönlichen Leistungen oder den Verzicht die materielle Entschädigung erst ermöglicht hat. Dies ist nicht der Fall, wenn der Täter, lediglich mithaftende (Gesamt-)Schuldner zur Zahlung veranlasst,

ohne eine eigene materielle Leistung zu erbringen, die eine überwiegende Schadenswiedergutmachung darstellt.

195. BGH 5 StR 254/09 - Beschluss vom 27. Januar 2010 (LG Hamburg)

Verfall (Kurs- und Marktpreismanipulation; Insiderhandel; Vorrang der Ansprüche Geschädigter; Verletztter); vorsätzliche sittenwidrige Schädigung.
§ 38 Abs. 1 Nr. 1 WpHG; § 826 BGB; § 830 BGB; § 73 Abs. 1 Satz 2 StGB

Ein deliktischer Anspruch eines Dritten, der aus dem strafbaren Verhalten entstanden ist, reicht aus, um den Verfall nach § 73 Abs. 1 Satz 2 StGB auszuschließen. Jedenfalls insoweit ist er Verletzter im Sinne der Norm. Maßgeblich ist nicht, ob sich aus einer Verletzung eines Strafgesetzes der Ersatzanspruch eines Dritten ergibt, sondern vielmehr, dass sich der Ersatzanspruch aus dem historischen Sachverhalt herleitet, der auch der Verwirklichung der Strafnorm zugrunde liegt. Diese Auslegung des Verletztenbegriffs im Sinne des § 73 Abs. 1 Satz 2 StGB folgt aus dem Normzweck der Vorschrift, dem Geschädigten das ungeschmälerte Vermögen des Schädigers zu erhalten, wozu es nur auf die Tat als tatsächliches Geschehen und nicht auf die einzelne Gesetzesverletzung ankommen kann.

140. BGH 1 StR 587/09 - Beschluss vom 14. Januar 2010 (LG Ravensburg)

Strafklageverbrauch beim unerlaubtem Handeltreiben mit Betäubungsmitteln; Anforderungen an die Hinweispflicht (Beruhen: sinnvolle Darlegung veränderter Verteidigungsmöglichkeiten; Darlegungspflichten).
§ 29 BtMG; § 29a BtMG; Art. 103 II GG; § 265 StPO; § 344 Abs. 2 Satz 2 StPO

1. Bei wiederholtem Rauschgifterwerb sind die Handlungen des Käufers selbst dann nicht als eine Tat im Sinne einer Bewertungseinheit anzusehen, wenn das gesamte eingekaufte Rauschgift aus demselben Vorrat stammt (vgl. BGH NStZ 1997, 243). Mehrere Rauschgiftgeschäfte sind dann im Sinne von Tateinheit in einer Bewertungseinheit verbunden, wenn sie in ein und demselben Güterumsatz in einem Handlungsteil, etwa beim Erwerb, bei der Lieferung oder bei der Bezahlung des Kaufpreises in einer Gesamtmenge oder in einem Geldbetrag zusammentreffen. Selbst wenn, etwa im Blick auf einen einheitlichen Vorgang des Erwerbs durch den Verkäufer zum Zwecke gewinnbringenden Weiterverkaufs, die von diesem aus dem Vorrat vorgenommenen späteren Verkaufshandlungen in Bewertungseinheit verbunden sind, führte dies nicht dazu, dass diese Vorgänge auch auf Seiten des immer identischen - Käufers als in Bewertungseinheit verbunden anzusehen wären.

2. Die Annahme, ein Hinweis gemäß § 265 StPO müsse aus Rechtsgründen stets auf neuen tatsächlichen Erkenntnissen beruhen, trifft so nicht zu. Freilich ist dies nach forensischer Erfahrung vielfach der Fall, jedoch ist ein Hinweis gemäß § 265 StPO auch dann geboten, wenn sich der Sachverhalt zwar nicht geändert hat, er aber nach Auffassung des Gerichts dennoch rechtlich anders als noch in der zugelassenen Anklage zu bewerten ist. Allein mit der Behauptung, die geänderten tatsächlichen

Grundlagen eines Hinweises gemäß § 265 StPO seien nicht mitgeteilt, ist daher ein Verfahrensverstöß nicht schlüssig dargetan.

3. Von Besonderheiten abgesehen braucht eine Revisionsbegründung den ursächlichen Zusammenhang zwischen (behauptetem) Rechtsfehler und dem angefochtenen Urteil nicht ausdrücklich darzulegen. Es ist vielmehr grundsätzlich Sache des Revisionsgerichts, die Beruhensfrage von sich aus zu prüfen. Dies sollte jedoch gerade in Fällen, in denen die Möglichkeit eines Beruhens nicht leicht zu erkennen ist, den Beschwerdeführer nicht davon abhalten, konkret darzulegen, warum aus seiner Sicht hier ein Beruhen möglich erscheinen kann.

Andernfalls ist nicht auszuschließen, dass das Revisionsgericht trotz seiner umfassenden Überprüfung der Beruhensfrage eine in diesem Zusammenhang (doch) in Betracht zu ziehende Möglichkeit nicht erkennt und daher auch nicht in seine Erwägungen einbezieht. Dementsprechend hat der Bundesgerichtshof gerade auch im Zusammenhang mit Rügen der Verletzung von § 265 StPO wiederholt darauf hingewiesen, dass auch dem Revisionsvorbringen nichts zu entnehmen ist, was das (negative) Ergebnis seiner Beruhensprüfung in Frage stellen könne (vgl. z.B. BGHR StPO § 265 Abs.1 Hinweispflicht 9, 12; BGH, Beschl. vom 19. Oktober 1994 - 2 StR 336/94; Beschl. vom 13. Juni 2007 - 2 StR 127/07).

Aufsätze und Anmerkungen

Intertemporales Strafanwendungsrecht: Zur Anwendbarkeit deutschen Strafrechts im Demjanjuk-Verfahren

Zugleich Besprechung von LG München II, Beschluss v. 2. Februar 2010 –
1 Ks 115 Js 12496/08

Von Akad. Rat a. Z. Dr. Christoph Burchard, LL.M. (NYU), Tübingen

Einführung

Mit Anklageschrift v. 10. Juli 2009 – 115 Js 12496/08 – wirft die Staatsanwaltschaft München I dem 1920 in der Ukraine geborenen *John Demjanjuk* 15 tatmehrheitliche Fälle der Beihilfe zum Mord an mindestens 27.900 Menschen vor. Der Angeklagte soll als Mitglied so genannter „fremdvölkischer Wachmannschaften“, nämlich als so genannter „Trawniki-Mann“¹, in dem vom Deutschen Reich betriebenen Lager Sobibór (gelegen in der heutigen Republik Polen) im Zeitraum vom 28. März 1943 bis 16. September 1943 daran mitgewirkt haben, die in 15 Eisenbahntransporten eintreffenden Personen – größtenteils Menschen jüdischer Religionszugehörigkeit Glaubens aus dem von deutschen Truppen besetzten Königreich der Niederlande – in Gaskammern zu verbringen, wo sie anschließend ermordet wurden. Das LG München II hat die Anklage mit Beschluss v. 1. Dezember 2009 unverändert vor der Strafkammer als Schwurgericht eröffnet. Seit dem 30. November 2009 findet die Hauptverhandlung statt. Mit Beschluss v. 2. Februar 2010 hat das Gericht verschiedenste Anträge der Verteidiger zu-

rückgewiesen. Unter Ziff. 7 dieses Beschlusses wird ausgesprochen, dass auf die angeklagten Taten deutsches Strafrecht anzuwenden sei, was die Verteidigung in Abrede gestellt hatte.

In der Tat drängt sich die Frage nach der Anwendbarkeit deutschen Strafrechts auf, weil es sich auf den ersten Blick um Auslandstaten eines Ausländers zum Nachteil von Ausländern zu handeln scheint: Der Angeklagte war zum Tatzeitpunkt ukrainischer Staatsangehöriger und hat(te) die deutsche Staatsangehörigkeit weder durch seine Kriegsgefangenschaft noch durch seine Rekrutierung für die „fremdvölkischen Wachmannschaften“ und seine wachmannschaftlichen Tätigkeiten erworben.² Das

¹ Diese Bezeichnung geht auf das SS-Ausbildungslager Trawniki zurück. Vgl. dazu bereits *Rückerl* (Hrsg.), NS-Vernichtungslager im Spiegel deutscher Strafprozesse (1977), S. 182.

² Vgl. §§ 3 Abs. 1, 4 Abs. 2 Nr. 1 RStGB (in der Fassung der „Verordnung über den Geltungsbereich des Strafrechts“ v. 6. Mai 1940 – RGBl. I, S. 754; fürderhin wird auf diesen Stand des RStGB verwiesen; im Anhang finden sich die entsprechenden Normen des RStGB etc. im Wortlaut wiedergegeben) und § 7 Abs. 2 StGB. – Insoweit unterscheidet sich das Demjanjuk- vom Boere-Verfahren. Dem vor dem LG Aachen angeklagten Heinrich Boere werden ebenfalls Taten vorgeworfen, die im Zusammenhang mit der NS-Diktatur stehen (vgl. zum Sachverhalt *Burchard/Brodowski*, Art. 50 Charta der Grundrechte der Europäischen Union und das „europäische ne bis in idem“ nach dem Vertrag von Lissabon, zur Veröffentlichung vorgesehen in StraFo 5/2010). Allerdings trat Boere wohl freiwillig der Waffen-

Lager Sobibór lag zum Tatzeitpunkt im so genannten Generalgouvernement Polen, Provinz Lublin, das – auch funktional – nie in das deutsche Reichsgebiet eingegliedert wurde³ und heute in der Republik Polen liegt. Die meisten der Opfer waren keine deutschen Staatsangehörigen. Soweit die Anklageschrift auch 1.939 „deutsche Juden“⁴ erwähnt, die vor der nationalsozialistischen Gewaltherrschaft in die vermeintlich sicheren Niederlande geflohen waren, liegt es nach Tatzeitrecht, dessen Geltung positivistisch einmal unterstellt, nahe, dass diese ermordeten Menschen im Tatzeitpunkt zwangsweise ausgebürgert waren und somit ihre deutsche Staatsangehörigkeit verloren hatten.⁵

SS bei, so dass nicht ausgeschlossen ist, dass er nach dem „Erlass des Führers über den Erwerb der deutschen Staatsangehörigkeit durch Einstellung in die deutsche Wehrmacht, die Waffen-SS, die deutsche Polizei oder die Organisation Todt vom 19.5.1943“ (RGBl. I, S. 315) oder auf Grund dieses Erlasses die deutsche Staatsangehörigkeit erworben hat. Dieser Erlass gilt nach dem eindeutigen Wortlaut nur für „deutschstämmige Ausländer“; nach den entsprechenden Ausführungsverordnungen waren die Angehörigen des Wehrmachtsgelbes und die Hilfswilligen vom Erwerb der Staatsangehörigkeit ausgeschlossen, vgl. von Münch, Die deutsche Staatsangehörigkeit: Vergangenheit-Gegenwart-Zukunft (2007), S. 75.

³ So auch ausdrücklich *Freisler/Grau/Krug/Rietzsch*, Deutsches Strafrecht, Band 1, 1. Aufl. (1941), S. 472 (zu § 3 RStGB) und *Grau/Krug/Rietzsch*, Deutsches Strafrecht, Band 1, 2. Aufl. (1943), S. 259 f. A.A. *Schönke*, StGB, 2. Aufl. (1944), Vorbem § 3 Anm. III – Die Besetzung durch deutsche Truppen führte nicht zu einer automatischen Erstreckung des Inlandsbegriffs auf die okkupierten Gebiete. Vgl. dazu bereits Art. 42 ff. IV. Haager Abkommen betreffend die Gesetze und Gebräuche des Landkrieges v. 1907 [so genannte Haager Landkriegsordnung], dessen Art. 43 ausdrücklich bestimmt, dass die Landesgesetze des besetzten Gebietes aufrechtzuerhalten sind, wenn dem kein zwingendes Hindernis entgegensteht. Die Haager Landkriegsordnung trat für das Deutsche Reich am 26. Januar 1910 in Kraft (RGBl. 1910, S. 107, 375). Das Internationale Militärtribunal von Nürnberg stellte in seinem Urteil gegen die Hauptkriegsverbrecher fest:

„The rules of land warfare expressed in the Convention undoubtedly represented an advance over existing international law at the time of their adoption. But the Convention expressly stated that it was an attempt ‚to revise the general laws and customs of war,‘ which it thus recognised to be then existing, but by 1939 these rules laid down in the Convention were recognised by all civilised nations, and were regarded as being declaratory of the laws and customs of war [...]“

Trial of the Major War Criminals before the International Military Tribunal, Band 22, Blue Series (1948), S. 497. Online verfügbar unter: http://www.loc.gov/rr/frd/Military_Law/pdf/NT_Vol-XXII.pdf (Stand 30. März 2010). Die faktische Nichtbeachtung der Haager Landkriegsordnung, speziell bei Soldaten der Roten Armee, darf somit bei völkerrechtskonformer Auslegung der NS-Rechtswirklichkeit außer Acht bleiben, will man das damalige Unrecht nicht heute fortsetzen.

⁴ Die Anführungszeichen verweisen hier und im Folgenden allein auf die Formulierung in der Anklageschrift.

⁵ Wohl durch § 2 lit. a. der Elften Verordnung zum Reichsbürgergesetz v. 25. November 1941 (RGBl. I, S. 722): „Ein Jude verliert die deutsche Staatsangehörigkeit, wenn er

Gleichwohl lässt sich begründen, dass, warum und inwieweit deutsches Strafrecht auf die angeklagten Taten anwendbar war und ist. Dem LG München II ist also im Ergebnis zuzustimmen. Freilich kann Kritik an der Begründungstiefe geäußert werden. Zudem weist die dem Beschluss zugrunde liegende Rechtsmaterie mannigfaltige Untiefen auf, vor allem im Hinblick auf die Überlagerung der strafanwendungsrechtlichen Problematik (§§ 3-7, 9 StGB) durch das intertemporale Strafrecht (§§ 1, 2 StGB). In der Tat bringt der Fall Demjanjuk eine bislang wenig beachtete Problematik zum Vorschein: das *intertemporale Strafanwendungsrecht*.

Um das vor Augen zu führen, gilt es zunächst kurz die Argumente des LG München darzustellen (*sub I.*), um dann den insbesondere durch das Rückwirkungsverbot (Art. 103 Abs. 2 GG) gesetzten Rahmen für die Lösung intertemporaler strafanwendungsrechtlicher Fragen zu skizzieren (*sub II.*). Im Anschluss können die drei möglichen Anknüpfungspunkte für die Begründung der deutschen Strafgewalt über das sachgegenständliche Verfahren näher erörtert werden: Nämlich zum Ersten die Konstruktion eines Inlandstatortes qua der Teilnahme an Einzelverbrechen, die wiederum Teil einer im deutschen Reichsgebiet orchestrierten und administrierten Gesamttat waren, also Teil der von dort ausgehenden rassistisch motivierten Vernichtungspolitik, insbesondere des Genozids an den europäischen Juden (§ 9 Abs. 2 StGB); hinter dieser Argumentationslinie müssen jedoch etliche strafanwendungs-, beteiligungs- und (mord-)tatbestandsdogmatische Fragezeichen gesetzt werden (*sub III.*). Sofern der Angeklagte zum Zweiten an der Ermordung von „deutschen Juden“ mitgewirkt haben sollte, war und ist deutsches Strafrecht anwendbar; insofern muss jedoch nicht nur mittels der Radbruch’schen Formel die Zwangsausbürgerung der Opfer ungeschehen gemacht, sondern überdies auch noch erklärt werden, wie sich entgegen dem eindeutigen Wortlaut von Art. 116 GG das heutige bundesdeutsche Strafrecht auf scheinbare „Nie-Bundes“deutsche beziehen kann (§ 7 Abs. 1 StGB) (*sub IV.*). Schließlich ist es zum Dritten weniger aus rechtsgewärtiger, denn aus rechtshistorischer Sicht fragwürdig, ob die Handlungen des Angeklagten im Tatzeitpunkt als die eines „Trägers eines deutschen staatlichen Amtes“ klassifiziert worden wären und deutsches Strafrecht deshalb Anwendung finden kann (§ 4 Abs. 3 Nr. 1 RStGB; § 5 Nr. 13 StGB); sofern der Angeklagte im Tatzeitpunkt jedoch aufgrund seines damaligen Status (etwa als Kriegsgefangener oder aber als „fremdvölkischer“ Lager-Wachmann) unter das RStGB fiel, gilt es die allgemeinen Grundsätze des intertemporalen Strafrechts auf das Strafanwendungsrecht zu übertragen und – mit der herrschenden Meinung und Rechtsprechung – die *Kontinuität des Unrechts- in Gestalt des Strafanwendungstypus* bei sich wandelnder Gesetzeslage zu analysieren (*sub V.*). Im Anhang werden schließlich die maßgeblichen Reichsnormen im Wortlaut wiedergegeben.

beim Inkrafttreten dieser Verordnung seinen gewöhnlichen Aufenthalt im Ausland hat, mit Inkrafttreten der Verordnung.“ – Vgl. zur Berechnung der Opferzahlen auch noch in Fn. 145.

I. LG München II, Beschluss v. 2. Februar 2010 – 1 Ks 115 Js 12496/08

1. Aus den Gründen des Beschlusses

Der strafanwendungsrechtliche Gehalt des besagten Beschlusses v. 2. Februar 2010 ist wie folgt im Wortlaut wiederzugeben:

„7. Deutsches Strafrecht ist anwendbar, weil es sich bei den angeklagten Taten um eine Inlandsstat, keine Auslandstat handelt, weil hinreichender Tatverdacht besteht, dass die Taten sich gegen deutsche Staatsangehörige richtete[n], und weil die Angehörigen der fremdvölkischen Wachmannschaften zu dem Personenkreis gehören, der auch bei Auslandstaten deutschem Strafrecht unterfiel [...].“

b) Unabhängig von der Qualifizierung der im Ausbildungslager Trawniki ausgebildeten fremdvölkischen Wachmannschaften ist darauf hinzuweisen, dass § 4 Abs. 3 Nr. 1 StGB in der 1943 geltenden Fassung (aus v. *Olshausen*, Kommentar zum StGB für das Deutsche Reich, 12. Auflage, Berlin 1942; ebenso *Schönke*, Strafgesetzbuch, 2. Auflage 1944) lautet: „Unabhängig vom Recht des Tatorts gilt das deutsche Strafrecht für folgende Straftaten, die ein Ausländer im Ausland begeht: 1. Straftaten, die er als Träger eines deutschen staatlichen Amtes, als deutscher Soldat oder als Angehöriger des Reichsarbeitsdienstes ... begeht; ...“

Die Erstreckung der Anwendbarkeit des StGB auf Träger eines deutschen staatlichen Amtes entspricht § 5 Nr. 13 der geltenden Fassung; sie umfasst „Taten, die ein Ausländer als Amtsträger oder für den öffentlichen Dienst besonders Verpflichteter begeht“, wobei § 11 Abs. 1 Nr. 2 lit. c) StGB den Amtsträger als eine Person definiert, die „sonst dazu bestellt ist, bei einer Behörde oder bei einer sonstigen Stelle oder in deren Auftrag Aufgaben der öffentlichen Verwaltung unbeschadet der zur Aufgabenerfüllung gewählten Organisationsform wahrzunehmen.“

Dies deckt sich mit der Definition, wie sie § 4 Abs. 3 Nr. 1 StGB a.F. durch die Literatur erfahren hat. Danach sind Amtsträger des Staates Personen, die, ohne Beamte zu sein, dazu bestellt sind, obrigkeitliche Aufgaben wahrzunehmen (v. *Olshausen*, a.a.O., § 4 Anm. 12).

Die zur Tatzeit geltende Erstreckung der Anwendbarkeit deutschen Strafrechts auf „deutsche Soldaten“, zu denen unter den Voraussetzungen des Wehrmachtsgesetzes⁶ vom 21.05.1935 in der Fassung des Gesetzes vom

⁶ Gemeint war hier das „Wehrgesetz“, RGBl. I, S. 609.

20.08.1940⁷ auch Ausländer gehören konnten, ist nunmehr in § 1a Wehrstrafgesetz enthalten.

c) Deutsches Strafrecht gilt ferner nach § 4 Abs. 2 Nr. 2 StGB in der zur Tatzeit geltenden Fassung, entsprechend § 7 Abs. 1 der geltenden Fassung des StGB, für Taten [...], die im Ausland gegen einen deutschen Staatsangehörigen begangen wurden. Hierzu verweist die Kammer auf Punkt 6 c) des Beschlusses vom 21.12.2009 [...].⁸

d) Deutsches Strafrecht gilt gem. § 4 Abs. 1 StGB in der 1943 geltenden wie auch § 3 der aktuellen Fassung des StGB für Taten, die im Inland begangen wurden. Dabei kann noch dahingestellt bleiben, ob – wie v. *Olshausen* a.a.O. Anm. 5 vor § 3 und *Schönke* a.a.O. Vorbem. § 3 Anm. – das Generalgouvernement Inland war (a.A. allerdings *Grau/Krug/Rietzsch*, Deutsches Strafrecht, Band 1, 2. Auflage, 1943, Anm. 5a zu § 3 Abs. 1 [...]). Denn Tatort der Beihilfe ist auch Tatort der Haupttat (statt aller: *Fischer*, StGB, 57. Auflage, [§ 9] Rn. 10; für den in 1943 insoweit einschlägigen § 3 Abs. 3 StGB zuletzt RG v. 14.07.1936 – 4 D 462/36, JW 1936, 2655; RG vom 02.02.1940 – 4 D 663/39, RGSt 74, 59; v. *Olshausen* a[.]a[.]O. § 4 Anm. 2 unter Verweis auf § 3 Anm. 11c; *Schönke* a.a.O. § 3 Anm. III.1.a). Dabei genügt es schon, wenn einer der Haupttäter auch nur eine Vorbereitungshandlung im Inland begangen hat (vor allem RG vom 14.11.1922 – IV 561/22, RGSt 57, 144 [...]).“

2. Ein- und weiterführende Erläuterungen

Der Beschluss benennt somit drei Anknüpfungspunkte für die Begründung der deutschen Strafgewalt. In Hinsicht auf die Ermordung von deutschen Staatsangehörigen folgt die Geltung deutschen Strafrechts unmittelbar aus dem Gesetz (vgl. §§ 4 Abs. 2 Nr. 2 RStGB, 7 Abs. 1 StGB). Mit Blick auf die Begründung eines Inlandstatortes als auch auf die gerichtlichen Hinweise zur (Amtsträ-

⁷ RGBl. I, S. 1161.

⁸ Darin führte die Kammer aus:
„In den bereits in die Hauptverhandlung eingeführten Kopien der Listen der vom Lager Westerbork nach Sobib[ó]r transportierten Personen sind unter allen 15 verfahrensgegenständlichen Transporten 62 bis 311 (zusammen 1939) Personen aufgeführt, die in Deutschland geboren sind. Insoweit ist darauf hinzuweisen, dass das Bundesverfassungsgericht mit Beschluss vom 14.02.1968 (2 BvR 557/62 – BVerfGE 23, 98 ff.) die 11. Verordnung zum Reichsbürgergesetz vom 25.11.1941 (RGBl. I S. 722) für nichtig erklärt hat. Danach sind alle Juden mit deutscher Staatsbürgerschaft, die das Deutsche Reich nach dem 30.01.1933 zwangsweise verlassen haben, und die die deutsche Staatsangehörigkeit auch nicht auf Grund des Erwerbs einer anderen, namentlich der niederländischen Staatsangehörigkeit verloren haben, weiterhin deutsche Staatsangehörige geblieben. Wie viele dies waren, unterliegt tatrichterlicher Würdigung nach Abschluss der Beweisaufnahme. Das BVerfG hat hierzu ausgeführt, dass alleine die Tatsache der Emigration kein Indiz für die Absicht sein könne, die deutsche Staatsangehörigkeit aufzugeben.“

ger- bzw. Soldaten-)Eigenschaft des Angeklagten seien folgende ein- und weiterführende Erläuterungen gestattet:

a) Inlandstatort der Auslands-Beihilfe

Die Begründung *auch*⁹ eines Inlandstatortes für die Auslands-Beihilfe findet sich in einem Schriftsatz der Nebenklage¹⁰ erstmals detailliert ausgeführt. Danach stelle die von deutschem Boden aus beschlossene, geplante, befohlene und strukturell durchgeführte rassistisch motivierte Vernichtungspolitik, insbesondere der Genozid an den europäischen Juden, die eigentliche „Haupttat“ bzw. „Gesamttat“ dar. Diese sei entweder „von den politisch und hierarchisch Verantwortlichen des NS-Regimes von Deutschland aus gemeinschaftlich mit deutschen SS-Schergen, die vorort u.a. auf Polnischem Boden handelten,“ begangen worden. Alternativ sei diese Haupttat (auch) in mittelbarer Täterschaft (kraft Organisationsherrschaft in organisatorischen Machtapparaten, wie man anfügen darf) durch die Hauptverantwortlichen der NS-Vernichtungsmaschinerie verübt und damit abermals von deutschem Boden aus begangen worden. Der damit begründete Inlandstatort der Haupttat schaffe somit auch einen Inlandstatort für die Auslands-Beihilfe.

Vor diesem Hintergrund werden die Implikationen des Beschlusses v. 2. Februar 2010 deutlich: Gleich ob die von deutschem Reichsgebiet aus agierenden Hintermänner echte Tatbeiträge zu den einzelnen Mordtaten geleistet oder aber den Genozid durch dessen Gesamtplanung „nur“ vorbereitet haben, wird in der Logik des LG München II ein automatischer Inlandstatort für ausländische Einzel(tat)beiträge – seien sie durch unmittelbare Täter oder durch Teilnehmer gesetzt – begründet. Zugespitzt läuft dies auf eine umfassende Allzuständigkeit Deutschlands für NS-Verbrechen hinaus, auch wenn deren unmittelbare Ausführung von Ausländern im Ausland gegen Ausländer ins Werk gesetzt wurde.

b) Amtsträger- und Soldaten-Status des Angeklagten

Soweit das LG München II auf den Amtsträger- bzw. Soldaten-Status des Angeklagten verweist, geht die „Amtsträgertheorie“ maßgeblich auf die „Zentrale Stelle der Landesjustizverwaltungen zur Aufklärung nationalsozialistischer Verbrechen“ in Ludwigsburg, die das Demjanjuk-Verfahren durch ihre Ermittlungen in Gang gesetzt hat, zurück: „Da die Tötung von Juden als hohe Aufgabe des deutschen Staates gesehen worden sei, seien diejenigen, die dabei eingesetzt waren, deutsche Amtsträger gewesen – auch wenn sie wie Demjanjuk nie [deutsche] Staatsbürger waren.“¹¹ Demgegenüber beharrt

⁹ Der Beschluss führt zwar damit ein, bei den angeklagten Taten handle es sich um „eine Inlandstat, keine Auslandsstat.“ In der Begründung wird jedoch deutlich, dass das Gericht als „Tatort der Beihilfe *auch* den Tatort der Haupttat“ ansieht.

¹⁰ Kopie beim Verf.

¹¹ Bericht des Bayerischen Rundfunks zur Zeugenvernehmung des vormaligen bei der Zentralstelle tätigen Richters Thomas Walter, <http://www.br-online.de/aktuell/dem>

die Verteidigung darauf, dass „der Angeklagte, wenn unterstellt, er sei Trawniki-Wachmann gewesen, allenfalls Militär oder Soldat gewesen wäre, aber kein Träger eines deutschen Amtes.“¹² Diese Position erklärt sich wiederum daraus, so darf vermutet werden, dass nach der heute einschlägigen wehrstrafrechtlichen Literatur der „Soldat [...] kein Amtsträger iS des § 11 Abs. 1 Nr. 2 StGB“ sein soll.¹³

Mit seinen Ausführungen hat sich das LG München II demzufolge einen weiten tatrichterlichen Feststellungsspielraum zwischen den beiden – vermeintlichen – Polen einer Amtsträger- oder Soldateneigenschaft des Angeklagten gesichert; jeder dieser Pole führe zur Anwendbarkeit deutschen Strafrechts.

II. Intertemporales Strafanwendungsrecht und nationalsozialistisches (Un-)Recht

Bevor die einzelnen Argumente des Beschlusses v. 2. Februar 2010 näher untersucht und bewertet werden können, gilt es zuvor den allgemeinen, den §§ 1, 2 Abs. 1, Abs. 3 StGB zu entnehmenden Prüfungsrahmen für intertemporales Strafanwendungsrechts zu bestimmen (*sub 1.*). Im Anschluss sind die Spezifika einer (Nicht-)Berücksichtigung nationalsozialistischen (Un-)Rechts offen zu legen (*sub 2.*).

1. § 2 Abs. 1, Abs. 3 StGB: Intertemporales Strafanwendungsrecht

a) Grundlagen des intertemporalen Strafrechts

Das intertemporale Strafrecht basiert auf zwei Grundsätzen: *Erstens* bestimmen sich die Strafe und ihre Nebenfolgen nach dem Gesetz, das zur Zeit der Tat gilt (so die einfachrechtliche Konkretisierung des verfassungsrechtlichen Rückwirkungsverbotes in § 2 Abs. 1 StGB); insofern herrscht Einigkeit,¹⁴ dass Gesetzesänderungen nach Be-

janjuk-kriegsverbrecher-prozess-ID1266915228496.xml (Stand 30. März 2010).

¹² Exzerpt aus dem Interview mit dem Verteidiger Demjanjucks, Rechtsanwalt Dr. Ulrich Busch. Online abrufbar unter <http://www.welt.de/videos/politik/inland/article5393538/Demjanjucks-Verteidiger-spielt-auf-Zeit.html> (Stand 30. März 2010).

¹³ *Dau*, MK-StGB, 1. Auflage (2009), § 1 WStG Fn. 8.

¹⁴ Dies gilt unabhängig von der rechtstheoretisch interessanten und umstrittenen Frage, ob § 2 Abs. 1 StGB eine Rechtsfortgeltung überkommenen Rechts anordnet oder nur der dessen beschränkten zeitlichen Geltungsbereich feststellt. – Die Rechtsfortgeltungsthese ist (wohl noch) herrschende Meinung, vgl. *Schmitz*, MK-StGB, 1. Aufl. (2003), § 2 Rn. 5. In diesem Fall müsste konsequenterweise die Verletzung von Reichsnormen zur Anklage gebracht und verhandelt werden, weil diese (straf-)begründend wirken. – Die Gegenansicht wird u.a. mit schlagenden Argumenten vertreten von *Dannecker*, LK-StGB, 12. Aufl. (2007), § 2 Rn. 16 f. m.w.N. In diesem Fall ergibt sich die Strafbarkeit aus geltendem Recht; das überkommene Recht hat dann lediglich eine (straf-)limitierende Funktion.

gehung der Tat nicht zu Lasten des „Täters“ gehen, also die Tat nicht am Maßstab eines nachträglich neu erlassenen oder verschärften Strafgesetzes zu messen ist.¹⁵ *Zweitens* ist, wenn das bei Beendigung der Tat geltende Strafgesetz vor der Entscheidung geändert wird, die Strafe dem mildesten Gesetz zu entnehmen (so das in § 2 Abs. 3 StGB angeordnete Meistbegünstigungsprinzip); als milderes Gesetz gilt insbesondere die nachträgliche, selbst nur die zwischenzeitliche¹⁶ Entkriminalisierung eines Verhaltens.

Nach im Schrifttum nicht unbestrittener,¹⁷ aber richtiger und auch vom BGH¹⁸ bestätigter Ansicht gelten diese beiden allgemeinen Grundsätze auch für das Strafanwendungsrecht,¹⁹ so dass man vom *intertemporalen Strafanwendungsrecht* sprechen muss. Das sei im Folgenden in der gebotenen Kürze normtheoretisch substantiiert, um ein für das Demjanjuk-Verfahren relevantes Prüfungsschema für die Bestimmung des milderen Strafanwendungs-Gesetzes zu entwickeln.

b) Grundlagen des intertemporalen Strafanwendungsrechts

Grundlegend dafür sind die Worte des BGH:

„Die Regelung, ob auf ein bestimmtes Geschehen das deutsche Strafrecht anzuwenden ist, ist [...] – von wenigen Ausnahmen abgesehen – ein Teil des sachlichen Rechts; sie behandelt das Ausmaß der Geltung des sachlichen Strafrechts und befasst sich *nicht* mit der verfahrensrechtlichen Frage nach dem Umfang der Strafgerichtsbarkeit [...]. Das mildeste Gesetz ist durch einen Vergleich der verschiedenen Rechtszustände von der Zeit der Tat bis zur Zeit der Aburteilung zu ermitteln.“²⁰

Das überzeugt staats- und überdies auch normtheoretisch. Staatstheoretisch wäre es befremdlich, wenn das Strafanwendungsrecht erst in einem zweiten Schritt die staatliche Verbots- und Sanktionsgewalt (Jurisdiktion) limitierte und damit im ersten Schritt von einem zunächst unbeschränkt-universalen Bewertungsanspruch nationalen Strafrechts ausginge;²¹ eine solche Argumen-

tation führte unweigerlich zu Konflikten mit dem völkerrechtlichen Nichteinmischungsgebot, weil sich nationales Strafrechtsdenken zum Richter über Sachverhalte aufschwingen würde, die es weder unmittelbar noch mittelbar etwas angehen. Auch normtheoretisch²² ist deshalb vielmehr von einem von Anfang an beschränkten, durch die strafanwendungsrechtlichen Vorschriften aktualisierten Bewertungsanspruch des deutschen Strafrechts auszugehen (so genannte „Relativität des Unrechts“²³). Das Strafanwendungsrecht konkretisiert demnach die Bewertungs- in Form der Verhaltensnorm gegen einen je bestimmten Personen- bzw. potentiellen Täterkreis. Erst die Vorschriften über den Anwendungsbereich deutschen Strafrechts lassen damit abstrakte Bewertungsnormen praktisch werden, so dass das Strafanwendungsrecht – im Tatzeitpunkt – Bestandteil der „primären Norm“²⁴ ist. Gleichwohl hat der BGH²⁵ mit Zustimmung im Schrifttum²⁶ bekräftigt, dass der Vorsatz sich nicht auf die Geltung und Anwendbarkeit des deutschen Strafrechts erstrecken muss; dogmatisch werden die Geltungsbereichsnormen mithin häufig als – verfassungsrechtlich nicht unproblematische – „objektive Bedingungen der Strafbarkeit“²⁷ gehandelt.

Kommt es zwischen Tat und Aburteilung zu einer Änderung des Strafanwendungsrechts, so kann eine geänderte Strafanwendungsvorschrift ein abgeschlossenes Geschehen naturgemäß psychologisch nicht mehr beeinflussen. Das geänderte Strafanwendungsrecht ist daher – im Aburteilungszeitpunkt – lediglich Bestandteil der „sekundären“, nämlich der „Sanktionsnorm.“ Diese berechtigt die Träger der staatlichen Hoheitsgewalt dazu, die Verletzung einer noch vom überkommenen Recht ausgesprochenen Verhaltensnorm strafrechtlich zu sanktionieren. Diese Berechtigung ist negativ in die Grenzen des Rückwirkungs- in der Form eines Verbotes der rückwirkender Andersbewertung vergangener Geschehen (§ 2 Abs. 1 StGB) sowie in die des Meistbegünstigungsprinzips (§ 2 Abs. 3 StGB) zurück gebunden. Positiv folgt die besagte Berechtigung aus dem strafanwendungsrechtlichen Befehl zur Bewertung je bestimmter Geschehen nach Maßgabe des geltenden Strafrechts; dieser Befehl

²² Vgl. dazu grundsätzlich *Jakobs*, AT, 2. Aufl. (1993), 5. Abschnitt Rn. 11 ff.

²³ *Böse*, NK-StGB, 3. Aufl. (2010), Vor § 3 Rn. 51.

²⁴ Vgl. grundlegend *Hart*, *The Concept of Law*, 2. Aufl. (1994), S. 94.

²⁵ BGHSt 27, 30, 34: Die allgemeine Aussage, „[e]in Irrtum über die Anwendbarkeit deutschen Strafrechts“, erging dort freilich zu einer Eröffnung der deutschen Strafgerichtsbarkeit durch das Weltrechtsprinzip. Ob das auf andere strafanwendungsrechtliche Prinzipien übertragbar ist, scheint nicht unzweifelhaft. Kritisch deshalb zu Recht auch *Jakobs*, a.a.O. (Fn. 22), 5. Abschnitt Rn. 13.

²⁶ *Werle/Jesberger*, LK-StGB, 12. Aufl. (2007), Vor § 3 Rn. 452; *Ambos*, a.a.O. (Fn. 17), Vor § 3 Rn. 3; jeweils m.w.N. – Deziert nun die Gegenauffassung vertretend *Böse*, a.a.O. (Fn. 23), Vor § 3 Rn. 51 ff. m.w.N.

²⁷ Vgl. die in Fn. 26 genannten Autoren. – Ob dieser Qualifizierung beizutreten ist, muss hier nicht entschieden werden. Dagegen spricht bei kursorischer Betrachtung, dass objektive Bedingungen der Strafbarkeit nach herrschender Auffassung unrechts- und schuld-indifferent sind (vgl. nur *Lenckner/Eisele*, *Schönke-Schröder-StGB*, 27. Aufl. [2005], Vor § 13 Rn. 124 ff.), das Strafanwendungsrecht jedoch gerade unrechtskonstitutiv ist.

¹⁵ *Dannecker*, a.a.O. (Fn. 14), § 2 Rn. 24 m.w.N.

¹⁶ S. dazu noch unten V.2.a) (zwischenzeitliche Nichtgeltung eines Wehrstrafrechts in den Anfangsjahren der Bundesrepublik Deutschland).

¹⁷ Aus völkerrechtlicher und rechtsvergleichender Sicht leise Kritik übend etwa *Ambos*, MK-StGB, 1. Aufl. (2003), Vor §§ 3-7 Rn. 4 m.w.N.

¹⁸ BGHSt 20, 22, 25 (s. dazu sogleich).

¹⁹ Diese Aussage gilt zumindest für die hier interessierenden strafanwendungsrechtlichen Prinzipien, wie dem Real- bzw. Staatsschutzprinzip und dem passiven Personalitätsprinzip. Ausnahmen mögen angezeigt sein, wenn die Anwendbarkeit deutschen Strafrechts aus dem Prinzip der stellvertretenden Strafrechtspflege (vgl. § 7 Abs. 2 Nr. StGB) oder dem – völkerrechtskonform in Stellung gebrachten – Weltrechtsprinzip (§§ 6 StGB, 1 VStGB) folgt.

²⁰ BGHSt 20, 22, 25 (Herf. des Verf.).

²¹ Vgl. *Zieher*, *Das sog. Internationale Strafrecht nach der Reform (1977)*, S. 37 ff; vgl. ferner *Schroeder* GA 1968, 353 ff. m.w.N.

zeugt davon, dass der demokratische Gesetzgeber in einem Geschehen (allemaal auch) eine Verletzung der deutschen Gemeinschaftsgüter erkennt.²⁸ Insofern ist es ein Charakteristikum des Strafanwendungsrechts, dass eine mögliche Straftat – im materiellen Sinne der Verletzung einer Strafvorschrift – entweder ganz oder gar nicht gemeinschaftsgüterwidrig, d.h. bei positivistischer Betrachtung entweder nur als Unrecht oder nur als Neutrum klassifizierbar ist; entweder kommt deutsches Strafrecht zur Anwendung oder eben nicht!

c) Grundlagen des Meistbegünstigungsprinzips (§ 2 Abs. 3 StGB)

Diese hier nur andeutbare Normentheorie des intertemporalen Strafanwendungsrechts wird bei der *Bestimmung des mildesten Strafanwendungs-Gesetzes* nach § 2 Abs. 3 StGB bedeutsam. Hierzu ist im Allgemeinen weitgehend anerkannt, dass nicht jede „Variation des Tatbestands oder sonstiger Bestrafungsvoraussetzungen“²⁹ als Entkriminalisierung vergangener Taten zu werten ist; nicht jede Umgestaltung oder Umformulierung des Strafgesetzbuches zeugt mit anderen Worten von einem Willen des historischen Gesetzgebers, dass eine nach überkommenem Recht strafbare Handlung prospektiv nicht mehr gemeinschaftsgüterverletzend (fort-)wirkt oder revisionistisch gar noch nie gemeinschaftsgüterverletzend war.

Umstritten ist freilich, ob und inwiefern die Bestrafungsvoraussetzungen des alten Gesetzes im neuen und geänderten Gesetz enthalten sein müssen. Der Große Senat des BGH hat insofern bekanntlich kompromissformelhaft eine *Kontinuität im Unrechtstyp* für ausreichend (aber nicht unbedingt für geboten) erachtet:

„Gibt der Gesetzgeber durch die völlige Umgestaltung einer Strafvorschrift zu erkennen, das er nicht mehr das bisher verpönte, sondern ein ganz anders geartetes Verhalten als Unrecht betrachtet, dann können die Straftatbestände des alten und des neuen Gesetzes nicht mehr zueinander in Beziehung gesetzt werden; denn dadurch würde Nichtvergleichbares miteinander verglichen werden. Im Falle einer Umgestaltung des Tatbestandes durch das neue Gesetz ist deshalb vor Eintritt in die Vergleichung der beiden Gesetze zunächst zu prüfen, ob der Unrechtskern der Tat erhalten geblieben ist oder ein völlig neuer Unrechtstyp geschaffen wurde.“³⁰

Im Schrifttum wird dagegen häufig die strengere Forderung erhoben, die in den Gesetzen des Tat- und Entscheidungszeitpunktes genannten strafbarkeitskonstitutiven Merkmale müssten identisch sein; das sei nicht der Fall, „wenn auch nur eine Bestrafungsvoraussetzung durch eine neue Voraussetzung ersetzt“ werde.³¹ Nach wiederum anderer, einen Mittelweg aufzeigender Formulierung, liegt ein entkriminalisierend-milderes Gesetz zumindest dann nicht vor, „wenn die durch die inhaltli-

che Veränderung [eines Strafgesetzes] das auf die konkrete Sachverhaltskonstellation bezogene Ver- oder Gebot, das hinter den Straftatbeständen steht, dieselbe (laienmäßig fassbare) Aussage über den Täter trifft, wiewohl vielleicht auch in anderen Worten.“³²

d) Meistbegünstigungsprinzip und intertemporales Strafanwendungsrecht (insbesondere: Austausch strafanwendungsrechtlicher Anknüpfungspunkte)

In Übertragung auf das intertemporale Strafanwendungsrecht ist all dem zweierlei zu entnehmen:

Erstens führen redaktionelle Änderungen in strafanwendungsrechtlichen Vorschriften nicht per se zu entkriminalisierend-milderen Gesetzen im Sinne des § 2 Abs. 3 StGB.

Zweitens, und deutlich weitergehend, wird durch den *Austausch strafanwendungsrechtlicher Anknüpfungspunkte* (also wenn für die jeweils zu bejahende Anwendbarkeit deutschen Strafrechts nach überkommenem Gesetz ein anderer Aufhänger galt als nach dem geänderten Gesetz) die – als Maximalforderung erhobene – Identität strafbarkeitskonstitutiver Merkmale in der Regel nicht in Abrede gestellt. Ein Austausch strafanwendungsrechtlicher Anknüpfungspunkte führt – anders als natürlich der spätere Entfall der Geltung des deutschen Strafrechts für einen vormals erfassten Sachverhalt – mit anderen Worten nicht automatisch zu einem entkriminalisierend-milderen Strafanwendungs-Gesetz im Sinne des § 2 Abs. 3 StGB.

Letzteres begründet sich wie folgt: Strafbarkeitskonstitutiv ist jeweils nur das „Ob“ der Anwendbarkeit deutschen Strafrechts. Das entspricht der „Alles-oder-Nichts-Struktur“ des Strafanwendungsrechts. Ferner stellt ein Austausch strafanwendungsrechtlicher Anknüpfungspunkte die bewertungsnormative Identität der Verletzung ansonsten in seinen Voraussetzungen gleicher Straftatbestände (beispielsweise der Mordtatbestände nach dem RStGB und dem StGB) auch deshalb nicht in Frage, weil die historische Gemeinschaftsgüterwidrigkeit eines Verhaltens durch dessen abermalige strafanwendungsrechtliche Erfassung in die geänderte Rechtslage fortgesetzt wird und wirkt. Dass der Betroffene schließlich diesen Austausch strafanwendungsrechtlicher Anknüpfungspunkte, d.h. sein individuelles Erfasstsein unter anderen strafanwendungsrechtlichen Vorzeichen, psychologisch nicht vorhersehen konnte, spricht nicht gegen die hier vertretene Auffassung und verletzt insbesondere auch nicht das Rückwirkungsverbot. Denn immerhin liegt es in der Natur des intertemporalen Strafrechts, dass eine geänderte gesetzliche Straf(anwendungs)lage ein abgeschlossenes Verhalten psychologisch nie beeinflussen, d.h. nicht mehr die primäre, sondern nur die sekundäre Norm bilden kann. Soweit man sich dennoch auf eine psychologisierte Argumentation einlassen will, ist auch darauf hinzuweisen, dass der Täter im Tatzeitpunkt durchaus vorhersehen konnte, dass deutsches Strafrecht zum Tragen kommt und dass er sich gemeinschaftsgüterwidrig verhält.

²⁸ Zu dieser verfassungsrechtlichen Gemeinschaftsgüterbindung des Strafrechts vgl. *Vogel StV* 1996, 110.

²⁹ *Jakobs*, a.a.O. (Fn. 22), 4. Abschnitt Rn. 73.

³⁰ BGHSt 26, 167, 172.

³¹ *Jakobs*, a.a.O. (Fn. 22), 4. Abschnitt Rn. 75 m.w.N.

³² *Satzger*, SSW-StGB, 1. Aufl. (2009), § 2 Rn. 21.

Auf den allfälligen Einwand, dass der Täter nicht vorhersehen konnte, *warum* deutsches Strafrecht nach der Gesetzesveränderung gelten wird, ist wie folgt zu reagieren: So darf schon grundsätzlich bezweifelt werden, ob der Täter im Tatzeitpunkt wirklich über den genauen kriminalpolitischen Gehalt eines später gegen ihn zur Anwendung gebrachten Gesetzes informiert sein muss; nicht jeder kriminalpolitische Wandel führt automatisch zu einem entkriminalisierend-milderen Gesetz im Sinne des § 2 Abs. 3 StGB. Um aber letzte verbleibende rückwirkungsrechtliche Zweifel zu zerstreuen, ist ein Austausch strafanwendungsrechtlicher Anknüpfungspunkte zumindest dann legitim, wenn eine *Kontinuität im Anknüpfungstypus* sichergestellt ist. Das ist der Fall, wenn sich die Anwendung deutschen Strafrechts jeweils, d.h. nach dem überkommenen und nach dem geänderten Gesetz, auf die gleichen strafrechtsanwendungsrechtlichen (Grund-)Prinzipien stützt. Eine solche Kontinuität im Anknüpfungstypus unterscheidet sich dabei – trotz der gewollten terminologischen Nähe – strukturell von der herrschenden Meinung über die für § 2 Abs. 3 StGB hinreichend erachtete Kontinuität im Unrechtstyp; während dort das Meistbegünstigungsprinzip bestrafungsfreundlich ausgelegt wird, wirkt die Prüfung der Kontinuität im Anknüpfungstypus hier bestrafungslimitierend.

e) Sinngemäße Umstellung des Sachverhaltes zur Prüfung der Strafbarkeit nach geltendem Recht

Gemäß § 2 Abs. 3 StGB ist überdies die *Vergleichung* des überkommenen Gesetzes mit dem neuen Gesetz notwendig. Um aber überhaupt eine sinnvolle Prüfung nach geltendem Recht vornehmen zu können, ist es erforderlich, dass der *Tatsachverhalt sinngemäß umgestellt*, d.h. er so behandelt wird, als wäre die Tat im Zeitpunkt der Aburteilung begangen worden.³³ Der Umstellungsgegenstand sollte insofern nicht über Gebühr über die faktische (geographische, personale etc.) Tatsituation hinaus, d.h. insbesondere nicht auf überkommene außer- oder vorstrafrechtliche Rechtslagen bzw. auf Regelungseffekte des überkommenen Rechts ausgedehnt werden. Außer- oder vorstrafrechtliche Fragen beurteilen sich demzufolge – im Aburteilungszeitpunkt – regelmäßig nach Maßgabe des geltenden Aburteilungsrechts. Im sachgegenständlichen Verfahren müsste demnach etwa eine – natürlich nur der tatrichterlichen Feststellung – mögliche (!) historische Qualifizierung des Angeklagten als Wehrmachtssoldat oder als Hilfspolizist der SS bzw. der Waffen-SS nicht in geltendes Recht transponiert werden; der Angeklagte müsste also nicht automatisch einem Bundeswehrsoldaten gleichgestellt, sondern sein entsprechender Status nach dem einschlägigen Soldatengesetz beurteilt werden.

Diese restriktive Sicht des Umstellungsgegenstandes rechtfertigt sich daraus, dass bei einer Änderung von Straf(anwendungs)gesetzen eine Bestrafung für einen Altfall nach rechtsstaatlichen Grundsätzen nur dann in Betracht kommt, wenn ein in der Vergangenheit liegen-

des gemeinschaftsgüterwidriges, d.h. von deutschem Strafrecht erfasstes Verhalten weiterhin ein strafrechtliches Unrecht darstellt. Davon könnte jedoch keine Rede mehr sein, wenn nachwirkender Schutz für oder eine nachwirkende Anknüpfung an überkommene außer- oder vorstrafrechtlicher Regelungseffekte vorgenommen würde; denn dann würde eine nachwirkende, aber eben keine aktuelle Unrechtsbewertung der Aburteilung zugrunde gelegt werden. Bei der Vergleichung ist demnach „der gesamte Rechtszustand zu berücksichtigen, wie er einerseits zur Zeit der Tat oder andererseits zur Zeit der Entscheidung bestanden hat.“³⁴

2. Besonderheiten bei der (Nicht-)Berücksichtigung nationalsozialistischen (Un-)Rechts

a) Ausgangspunkt: Prüfung der Tatzeitgesetze

Eine intertemporale Vergleichung mit der zum Tatzeitpunkt geltenden Rechtslage zwingt im Demjanjuk-Verfahren auf den ersten Blick zu einer Berücksichtigung von nationalsozialistischen Gesetzen und damit auch von nationalsozialistischem Unrecht. Als echte Alternative käme nur in Betracht, das (Un-)Recht des Tatzeitpunktes auszublenden und während und im Zusammenhang mit der NS-Diktatur begangene Straftaten allein an später erlassenen, rechtsstaatlich einwandfreiem bundesdeutschem Strafrecht zu messen. Dieser auch völkerrechtlich offen stehende Weg³⁵ ist allerdings auf dem „deutschen Sonderweg zum Rückwirkungsverbot“³⁶ kaum gangbar, weil kaum mit dem Wortlaut von Art. 103 Abs. 2 GG vereinbar.³⁷

³⁴ Dannecker, a.a.O. (Fn. 14), § 2 Rn. 106.

³⁵ Vgl. die so genannten Nürnberg-Klauseln – benannt nach der teilweise rückwirkenden Anwendung von Völkerstrafrecht im Nürnberger Hauptkriegsverbrecherprozess; vgl. dazu nur Burchard Journal of International Criminal Justice 5 (2006), 800, 806 – in Art. 7 Abs. 2 EMRK, 15 Abs. 2 IPbPR, 49 Abs. 2 GRCh. Letzterer lautet beispielhaft: „Dieser Artikel [scil. über die Geltung des Grundsatzes nulla poene sine lege] schließt nicht aus, dass eine Person wegen einer Handlung oder Unterlassung bestraft wird, die zur Zeit ihrer Begehung nach den allgemeinen, von der Gesamtheit der Nationen anerkannten Grundsätzen strafbar war.“

³⁶ *Kenntner* NJW 1997, 2298. – Dass Deutschland seinen 1952 gegen Art. 7 Abs. 2 EMRK eingelegten Vorbehalt nunmehr zurückgenommen hat, ändert an diesem Sonderweg nichts. Die Zurücknahme des Vorbehaltes erfolgte nämlich mit der Begründung, dass es Deutschland weiterhin freistehe, keine rückwirkende Bestrafung echter völkerrechtlich anerkannter Straftaten vorzunehmen. Vgl. *Mayer-Ladewig*, Europäische Menschenrechtskonvention, 2. Aufl. (2006), Art. 7 EMRK Rn. 13 m.w.N.

³⁷ Strafanwendungsrechtlich stünde demnach eine nachträgliche Einführung des Weltrechtsprinzips für NS-Straftaten nicht im Widerspruch zur entsprechenden völkerrechtlichen Verbürgung des Rückwirkungsverbotes.

³³ Zu den terminologischen – nicht jedoch sachlichen – Parallelen zum Auslieferungsrecht und der bei der Prüfung der beiderseitigen Strafbarkeit erforderlichen „sinngemäßen Umstellung des Sachverhaltes“, vgl. *Vogel/Burchard*, in: *Grützner/Pötz/Kreß* (Hrsg.), *Internationaler Rechtshilfeverkehr in Strafsachen*, 3. Aufl. (2009), § 3 IRG Rn. 33 ff.

b) Rechtsstaats- und menschenrechtskonforme Durchbrechung von Unrechts-Gesetzen

Es bleibt damit dabei, dass dem Demjanjuk-Verfahren auch das Strafanwendungsrecht der NS-Zeit zugrunde zu legen und alle außer- oder vorstraf(anwendungs)rechtlichen Fragen nach Maßgabe der damaligen Gesetzeslage zu beantworten sind. Dieser zunächst strikt positivistische Grundsatz erfährt freilich in der obergerichtlichen Rechtsprechung zwei – im Wesentlichen im Rahmen der juristischen Aufarbeitung nationalsozialistischer Gewaltverbrechen sowie der Strafverfolgung von „DDR-Mauerschützen“ entwickelte – Durchbrechungen. Diese bewahren deutsche Gerichte davor, sich zum willfährigen Diener eines vorrechtsstaatlichen und pervertierten (Un-)Rechts machen zu müssen.³⁸

Zum Ersten sollen überkommene Gesetze immer rechtsstaatlich auszulegen sein, was ggf. auch die flagrante Uminterpretation der im Dritten Reich geltenden Rechtsauffassungen rechtfertigt.³⁹ Die Frage lautet demnach: Was hätte ein von rechtsstaatlichen Grundsätzen geleiteter und Menschenrechte achtender Jurist aus NS-Gesetzestexten gemacht? Eine solche Uminterpretation kommt freilich meines Erachtens zulasten des Angeklagten nur in Betracht, wenn die Anerkennung und Berücksichtigung der historischen Rechtswirklichkeit rechtsstaatlich nicht hinnehmbar ist. Das ist der Fall, wenn sich ein wirklicher „rechtsstaatlicher Insichkonflikt zwischen [rückwirkungsrechtlicher] Rechtssicherheit und materieller Gerechtigkeit“⁴⁰ einstellt, der einseitig zugunsten der letzteren aufzulösen ist.⁴¹

Ist zum Zweiten eine rechtsstaats- und menschenrechtskonforme Auslegung der zum Tatzeitpunkt geltenden Gesetzeslage nicht möglich, so ist in extremen Ausnahmefällen die – rechtstheoretisch und rechtsphilosophisch nicht unzweifelhafte, aber durch BGH⁴² und BVerfG⁴³ in der Sache weiterhin anerkannte – Radbruch'sche Formel anzuwenden. Danach verliert „positives Recht, das im Widerspruch zu einem nach allgemeiner Überzeugung unverletzlichen Kernbereich des Rechts steht, seine Eigenschaft als ‚Recht‘“⁴⁴, und bleibt somit bei der Alt-Rechtsanwendung außer Betracht.

³⁸ Vgl. zum Folgenden auch *Werle* NJW 2001, 3001 ff. m.w.N. BGHSt 39, 1 ff.; 168 ff.; 41, 101 ff. (jeweils zu DDR-Mauerschützen).

³⁹ *Dannecker*, a.a.O. (Fn. 14), § 1 Rn. 446.

⁴⁰ Zurückhaltung bei der rechtsstaatlichen und menschenrechtskonformen „Re-“Konstruktion von NS-Gesetzen ist auch im Lichte von BGHSt 41, 101, 110 geboten. Dort rechtfertigt der BGH sein entsprechendes Vorgehen zum DDR-Recht damit, dass der „Schutz der Menschenrechte [...] – anders als im nationalsozialistischen Regime – offizielle Programmatik des Staates“ war, so dass er „nicht etwa ein Rechtssystem konstruier[e], das mit dem Recht der DDR schlechthin nichts zu tun habe.“

⁴² Vgl. nur BGHSt 41, 101, 110.

⁴³ Vgl. nur BVerfGE 20, 98.

⁴⁴ So treffend und in der gebotenen Kürze *Werle* NJW 2001, 3001, 3002 f. Die a.a.O. weiter geäußerte Kritik ist meines Erachtens rechtsprinzipiell schlagend, wird jedoch für die Entscheidung des LG München II kaum relevant werden:

3. Zusammenfassung eines „Prüfungsschemas“

Zusammenfassend gelten bei Änderungen des Strafanwendungsrechts zwischen Tat und Aburteilung die Regeln des intertemporalen Strafrechts: Mithin ist die faktische Tatsituation sowohl nach dem Recht des Tat- als auch nach dem Recht des Aburteilungszeitpunktes zu beurteilen. Eine sinngemäße Anerkennung überkommener außer- oder vorstrafrechtlicher Regelungseffekte kommt bei der Prüfung geltenden Rechts nicht in Betracht. Bei einem Austausch strafanwendungsrechtlicher Anknüpfungspunkte liegt ein entkriminalisierendes, d.h. milderes Strafanwendungs-Gesetz nach § 2 Abs. 3 StGB allemal dann *nicht* vor, wenn eine Kontinuität im Anknüpfungstypus gewahrt ist. Die dem Angeklagten zu Last gelegten nationalsozialistischen Gewaltverbrechen sind (auch) mit den zur Tatzeit geltenden Gesetzen des Dritten Reiches zu erfassen. Bei der Prüfung der Tatzeitstrafbarkeit kommt demnach das damalige Strafanwendungsrecht zum Tragen. Außer- und vorstrafanwendungsrechtliche Fragen bestimmen sich nach dem damaligen Rechtszustand. Eine nach heutigen Maßstäben rechtsstaatlich und menschenrechtlich nicht hinnehmbare NS-Rechtswirklichkeit kann entweder durch eine völkerrechts-, rechtsstaats- oder menschenrechtskonforme Auslegung von NS-Gesetzen rekonstruiert oder, wenn dies nicht möglich ist, durch die Anwendung der Radbruch'schen Formel korrigiert werden.

III. §§ 4 Abs. 1 RStGB, 9 Abs. 2, Abs. 1 StGB: Inlandstatort der Auslands-Beihilfe durch deren Förderung einer Inlandshaupttat

Nach Maßgabe des im Vorstehenden entwickelten Prüfungsschemas ist die erste Argumentationslinie des LG München II – „Tatort der Beihilfe ist auch Tatort der Haupttat [...]“. Dabei genügt es schon, wenn einer der Haupttäter auch nur eine Vorbereitungshandlung im Inland begangen hat.“ – historisch inakkurat; sie steht

„Durch ihre rechtsstaatsfreundliche Auslegung des positiven NS-Rechts und den ‚Nurrechtsvorbehalt‘ hat die Rechtsprechung zu den NS-Verbrechen eine offene Auseinandersetzung mit dem strafrechtlichen Rückwirkungsverbot vermieden. Aber der Preis der Strafbarkeitsbegründungen war eine Umdeutung der rechtshistorischen Tatsachen, ja ein Leugnen der Essenz des nationalsozialistischen Rechtssystems. An die Stelle einer offen ausgewiesenen Entscheidung für die Bestrafung ‚legalen NS-Unrechts‘ hat man eine verdeckte und offiziell verneinte Rückwirkung gesetzt. Was als zentraler Mangel bleibt, ist die Scheu und wohl auch der Unwille der damaligen Gerichte, klar auszusprechen, dass es sich beim Dritten Reich um einen Verbrecherstaat handelte, der auch seine innerstaatlichen Gesetze zur Begehung schwerster Verbrechen einsetzte. Ein offenes Bekenntnis des bundesdeutschen Gesetzgebers und der bundesdeutschen Justiz zum Völkerstrafrecht und die Anwendung völkerstrafrechtlicher Normen auf die nationalsozialistischen Gewalttaten wäre sicher die bessere Lösung gewesen.“

überdies weder im Einklang mit der Normgenese des heute geltenden § 9 Abs. 2, Abs. 1 StGB noch ist sie teleologisch frei von Widersprüchen.

Den folgenden Einzelerwägungen sei zur Klarstellung vorweggeschickt: Es ist politisch nicht daran zu zweifeln, dass für die – im untechnischen Sinne – Hintermänner der von deutschem Boden ausgehenden, rassistisch motivierten NS-Vernichtungspolitiken, insbesondere des Genozids an den europäischen Juden, ein Inlandstatort begründet war und ist. Fraglich ist jedoch, ob dieser – abermals im untechnischen Sinne gesprochen – Inlandstatort der Orchestrierung und Administrierung rassistisch motivierter Vernichtungspolitiken sich automatisch auch auf Auslandsbeihilfen erstreckt; so wünschenswert eine solche Erstreckung auch rechtspolitisch ist, so sehr muss sie mit dem überkommenen und geltenden Recht auch zu bewerkstelligen sein. Gerade in einer das überkommene Recht berücksichtigenden Argumentation kann – mangels einer § 9 Abs. 2, Abs. 1 StGB entsprechenden Vorschrift – der für den Haupttäter begründete Inlandstatort nicht automatisch als Inlandstatort der Auslandsbeihilfe qualifiziert werden.

1. Rechtsprechung des RG

Dass nach der reichsgerichtlichen Rechtsprechung „der Tatort der Beihilfe auch Tatort der Haupttat“ sei, belegt das LG München II unter Verweis auf RG JW 1936, 2655 und RGSt 74, 55, 59. Ein Blick in diese Reichsgerichtsrechtsprechung widerlegt den Beschluss eher, als dass sie ihn bestätigt:

Der in RG JW 1936, 2655 abgedruckte Leitsatz lautet:

„Eine im Inland verübte Beihilfe zu einer im Ausland begangenen Haupttat ist in allen Beziehungen – einschließlich der zu ihrem Tatbestande begrifflich gehörenden Haupttat – lediglich nach dem deutschen Strafgesetz gerade so zu beurteilen, als fiele auch die Haupttat unter die deutschen Strafgesetze.“

Damit wird – wie nunmehr auch in § 9 Abs. 2 S. 1 2. Var. StGB – die Inlandsteilnahme, die eine im Ausland begangene Haupttat fördert, als Anknüpfungspunkt für die Anwendbarkeit deutschen Strafrecht herausgestellt und folglich die umgekehrte Situation wie im Demjanjuk-Verfahren behandelt.

Die in diesem Verfahren interessierende mögliche *Auslandsteilnahme an einer Inlandshaupttat* findet sich in RGSt 74, 55, 59 f. besprochen. Dort heißt es:

„[Der Begründung eines Inlandstatortes] steht auch nicht etwa der Umstand entgegen, dass [der Gehilfe] die helfende Tätigkeit im Ausland entfaltet hat. Nach feststehender Rechtsprechung des RG folgt aus der unselbständigen Natur der Beihilfe, das heißt ihrer *Abhängigkeit von der Haupttat*, dass der Ort der Begehung der Haupttat auch als Begehungsort der Beihilfe zu gelten hat, gleichviel ob der Gehilfe seine helfende Tätigkeit an einem anderen Ort entwickelt

hat [...]. Die Beihilfe besteht in der Förderung der Haupttat, die notwendig ihre Wirkung auch da äußert, wo die Haupttat begangen wird.“⁴⁵

Es tritt demnach deutlich zu Tage, dass das RG die Erstreckung deutschen Strafrechts auf die Auslandsbeihilfe davon abhängig macht, dass letztere sich auf eine Inlandshaupttat ausgewirkt und diese „gefördert“ hat. Prüfungsmaßstab für § 4 Abs. 1 RStGB ist demnach eine faktische oder zumindest normative, physische oder zumindest psychische *Förderungsauswirkung einer Auslandsbeihilfe im Inland*.⁴⁶ Diese historische Auslegung des § 4 Abs. 1 RStGB scheint auch frei von unrechtsstaatlicher Durchformung, so dass eine korrigierende oder revidierende Uminterpretation hier kontraindiziert ist.

Ob eine Förderungsauswirkung einer Auslandsbeihilfe im Inland im sachgegenständlichen Verfahren zu bejahen ist, obliegt der tatrichterlichen Beurteilung und kann deshalb hier nicht entschieden werden. Dagegen spricht freilich, dass eine wachmannschaftliche Tätigkeit in einem Vernichtungslager die – ggf. im tatbestandsdogmatischen Sinne: nur vorbereitende und – auf deutschem Boden erfolgte Planung und Administration des Holocausts kaum, weder normativ noch faktisch, beeinflusst haben wird.

Plausibler erscheint die Argumentation der Nebenklage, dass die Eisenbahntransporte der zur Ermordung in Sobibór vorgesehenen Menschen über deutsches Reichsgebiet verlaufen sind. Im Sinne der so genannten Transitdelikte⁴⁷ ließe sich dann – und hier sei das Nebenklagevorbringen bewusst ergänzt – argumentieren, dass folglich auf deutschem Reichsgebiet ein nach außen in Erscheinung getretener und in diesem Sinne ein „Vorbereitungs-“ oder gar ein „Versuchserfolg“⁴⁸ im Inland eingetreten ist. Doch selbst wenn man sich von solchen erfolgsunrechtsterminologischen Untiefen nicht abschrecken lassen wollte, wäre zu klären, wie ein nachträgliches Verhalten des Angeklagten in Sobibór (d.h. das Verbringen der ankommenden Menschen in Gaskammern) einen im Inland zu verzeichnenden Transiterfolg noch fördern können soll. Infrage kommt hier lediglich eine Art psychische Beihilfe, weil die Transporte ohne die in Aussicht gestellten Tätigkeiten der „fremdvölkischen Wachmannschaften“ nicht durchgeführt worden wären. Allerdings signalisiert die Tatsache, dass die Anklage die während der Transporte verstorbenen Menschen dem Angeklagten

⁴⁵ Herv. des Verf. – In der Sache wird damit RGSt 11, 20, 23 und RGSt 20, 169, 170 f. fortgesetzt, wo jeweils eine Auslandsbeihilfe zu einer Tat geleistet wurde, deren Erfolg im Inland eintrat.

⁴⁶ Vgl. auch Schönke, a.a.O. (Fn. 3), § 3 Anm. III 1 a): „Entsprechend ist die Beihilfe sowohl da begangen, wo die Handlung vorgenommen wurde, wie auch da, wo sie zur Wirksamkeit gelangte.“

⁴⁷ Vgl. nur Eser, Schönke-Schröder-StGB, 27. Aufl. (2005), § 9 Rn. 6b m.w.N. Kritisch zur Reichweite der Transitdelikte Baumann/Weber/Mitsch, Strafrecht AT, 11. Aufl. (2003), § 7 Rn. 45. – Unstreitig sollte ein Inlandstatort kraft des „Transits einer Straftat“ durch deutsches Hoheitsgebiet nur dann gegeben sein, wenn der Transit an sich strafrechtlich erfasst ist.

⁴⁸ Insofern trägt die Nebenklage vor, es sei bereits mit der Abfahrt der Eisenbahntransporte zu der Ermordung der transportierten Menschen unmittelbar angesetzt worden.

nicht zweifelsfrei zur Last legt,⁴⁹ dass mit Blick auf diesbezügliche Förderungen ein Nachweis schwierig werden könnte. Insofern wäre es allemal in sich widersprüchlich, wenn der Angeklagte sich einerseits – mangels tatbestandlicher Beihilfe – nicht für den Tod von Menschen während der Transporte verantworten müsste, während andererseits aufgrund des Transits durch reichsdeutsches Hoheitsgebiet – und kraft entsprechender Förderungsauswirkungen der Auslandsbeihilfe – deutsches Strafrecht zur Anwendung kommen soll. Hier muss einheitlich entschieden werden.

2. § 9 Abs. 2 StGB im Lichte seiner Entstehungsgeschichte

Die damit gesetzten – rechtlichen wie faktischen – Fragezeichen hinter der Geltung reichsdeutschen Strafrechts für die dem Angeklagten zu Last gelegte Auslandsbeihilfe gelten inhaltsgleich auch für das aktuelle Recht. Das ist freilich dem Wortlaut und der Systematik von § 9 StGB nicht unmittelbar zu entnehmen. Nach § 9 Abs. 2 S. 1 1. Var. StGB ist die Teilnahme auch „an dem Ort begangen, an dem die Tat begangen ist.“ Letzteres findet sich dann scheinbar in Abs. 1 definiert, demzufolge die „Tat an jedem Ort begangen ist, an dem der Täter gehandelt hat [...] oder an dem der zum Tatbestand gehörende Erfolg eingetreten ist.“⁵⁰ Wortlaut und Systematik des § 9 StGB legen daher nahe, dass diese Vorschrift im Vergleich zu § 4 Abs. 1 RStGB (bzw. genauer: im Vergleich zu dessen Konkretisierung durch die Reichsgerichtsrechtsprechung) ein schärferes, nämlich weiteres Strafanwendungsgesetz darstellt: Einerseits wird auf eine Förderungsauswirkung der Auslandsbeihilfe im Inland verzichtet; andererseits wird der Inlandstatort der Auslandsbeihilfe nicht nur kraft ihrer Akzessorietät zum Inlands-Haupttätererfolg begründet, sondern auch kraft ihrer Beziehung zur Inlands-Haupttäterhandlung.

Diese Erweiterung rechtfertigt sich aus der Akzessorietät des Beihilfe allerdings teleologisch nur insoweit, als die Beihilfehandlung sich in der Inlands-Haupttat (sei es dem Inlandserfolg oder der Inlandshandlung eines Haupttäters) geäußert, d.h. diese konkret – entweder normativ oder faktisch – gefördert hat.

Auch die Entstehungsgeschichte von § 9 StGB lässt kaum keinen anderen Schluss zu. In den Protokollen der Großen Strafrechtskommission findet sich Erhellendes über den Sinn und Zweck des heutigen § 9 Abs. 2 S. 1 StGB. In den Worten *Jeschke*:

„Die Bestimmung befasst sich mit der Frage, ob Erfolg der Anstiftung lediglich die Herbeiführung des Tatenschlusses bzw. Erfolg der Beihilfe

lediglich die Förderung der Haupttat ist oder ob auch die Begehung der Haupttat als ein Erfolg der Teilnehmershandlung angesehen werden kann. Diese Frage habe ich in Übereinstimmung mit dem Reichsgericht und der herrschenden Lehre im letzteren Sinne bejaht, weil der Teilnehmer ja gerade wegen seiner Mitverantwortlichkeit für die Begehung der Haupttat bestraft wird. Daraus folgt dann, dass auch eine im Ausland begangene Teilnahme an einer Inlandstat im Inland bestraft werden kann, weil sie *mit Rücksicht auf den eingetretenen Erfolg als Inlandstat zu behandeln ist.*“⁵¹

Nur im Lichte dieser Übertragung der auswirkungs- und erfolgsbezogenen Rechtsprechung des Reichsgerichts ins geltende Recht wird verständlich, warum die einschlägige Kommentarliteratur zu § 9 Abs. 2 StGB als Ort der Teilnahme auch heute noch denjenigen ausgibt, „wo sich der jeweilige Teilnahmeakt fördernd auswirkt.“⁵² In diesem Sinne schreibt *Ambos*: „Tatort des Gehilfen ist u.a. dort, wo die Gehilfenhandlung ausgeführt wird und sich haupttatfördernd auswirkt.“⁵³ Es ist damit normgenetisch mehr als fraglich, ob nach geltendem Recht eine Auslandsbeihilfe, die sich weder in einem Inlandserfolg noch in einer Inlandshandlung eines Haupttäters auswirkt, sondern erst und nur bei einem Auslandserfolg (hier also bei der Ermordung vieler tausender Menschen in Sobibór) zum Tragen kommt, deutschem Strafrecht unterfallen soll. Die besseren akzessorietätsdogmatischen und normgenetischen Gründe sprechen dagegen und gebieten eine einschränkende Auslegung des – zugebenermaßen – weiten Wortlauts von § 9 Abs. 2, Abs. 1 StGB. Der Inlands-Tatort der Inlands-Haupttat kann demnach für die Auslands-Beihilfe nur gelten, wenn sich letztere in ersterer faktisch oder normativ niedergeschlagen und sie physisch oder psychisch gefördert, d.h. sich im Inland ausgewirkt hat. Abermals steht also hier zur Debatte, ob zumindest Beihilfe zum Inlandserfolg geleistet wurde (s. oben III.1.).

3. Inlandstatort der Haupttat und Inlandstatort der Auslands-Beihilfe

Bei all dem wurde bis dato implizit unterstellt, dass überhaupt *auf deutschem Boden eine Haupttat verwirklicht wurde bzw. ein Haupttäter im Inland eine Tathandlung vorgenommen hat*. Nur unter dieser Prämisse kann überhaupt über eine Auslandsteilnahme an einer inländischen Haupttat bzw. über eine Auslandsteilnahme an einer Inlandstathandlung räsoniert werden. Diese Prämisse ist jedoch alles andere als frei von tatbestands- und beteiligungsdogmatischen Zweifeln:

⁴⁹ Vielmehr nimmt die Anklage einen statistischen Abschlag von den insgesamt transportierten Menschen vor, weil viele Menschen auf den Transporten gestorben sind. Vgl. zu der dann erforderlichen statistischen „Opfer-Wahlfeststellung“ noch unten Fn. 145.

⁵⁰ Diese Koordinierung von Abs. 2 und Abs. 1 findet sich auch in der einschlägigen Kommentarliteratur wieder, etwa bei *Satzger*, a.a.O. (Fn. 32), § 9 Rn. 10; *Fischer*, StGB, 57. Aufl. (2010), § 9 Rn. 10. Vgl. auch *Rotsch* ZIS 2010, 168, 170.

⁵¹ Niederschriften über die Sitzungen der Großen Strafrechtskommission, 4. Band, Allgemeiner Teil, 38. bis 52. Sitzung, Bonn 1958, S. 18 (Herv. des Verf.) (vgl. auch S. 418).

⁵² *Gribbohm*, LK-StGB, 11. Aufl. (2003), § 9 Rn. 26; *Lemke*, NK-StGB, 2. Aufl. (2005), § 9 Rn. 30.

⁵³ *Ambos*, a.a.O. (Fn. 17) § 9 Rndr. 36.

a) Orchestrierung und Administrierung des Holocausts als (verselbständigte) Haupt- oder Gesamttat?

Dabei erscheint es auf den ersten Blick mehr als plausibel und mehr als legitim, dass die Orchestrierung und Administrierung des Holocausts die eigentliche Haupt- oder Gesamttat darstellt, die ihrerseits im Inland begangen wurde. In dieser Logik konstituieren inter alia die einzelnen, in den im Ausland gelegenen Vernichtungslagern begangenen Morde in ihrer Gesamtheit die rassistisch motivierte NS-Vernichtungspolitik, insbesondere den Genozid an den europäischen Juden. Die einzelnen Morde bzw. die dazu erbrachte Beihilfe ist in der Folge Mitwirkung an einem umfassenden, von deutschem Boden ausgehenden Völkermord.

Eine solche Auslands-Mitwirkung an einem Inlands-Völkermord wurde jedoch nicht zur Anklage gebracht. Und das aus gutem Grunde, da eine rückwirkende Anwendung von §§ 220a StGB a.F., 6 VStGB auf die NS-Zeit nicht mit Art. 103 Abs. 2 GG vereinbar sein soll. Führt man dann jedoch, wie dies dann tatbestands- und rückwirkungsdogmatisch erforderlich ist, die historisch-genozidären Geschehen in Sobibór auf die „gemeine“ Beihilfe in 15 Fällen zum Mord in mindestens 27.900 Fällen zurück, so kommt man nicht umhin, in diesen (Auslands-)Morden die eigentlichen Haupttaten zu erkennen; das gilt sowohl nach damaliger wie nach heutiger Rechtslage. Das mag man rechtspolitisch scharf kritisieren, weil sich die Tatbestandsdogmatik des „gemeinen Mordes“ über die historischen Zusammenhänge hinwegsetzt. Allein, eine Verselbständigung des Genozids zum Planungs- oder Führungsverbrechen ist weder im überkommenen noch im geltenden deutschen Strafrecht angelegt; eine entsprechende Argumentation ist folglich auch kaum mit Art. 103 Abs. 2 GG vereinbar.

Bemerkenswert ist insofern auch noch, dass selbst das Völkerstrafrecht nicht den nahe liegenden Weg gegangen ist und Völkerstrafaten wie Völkermord oder Humanitätsverbrechen nicht als Führungs- und Planungsverbrechen konstruiert. Mit *Kreß* ist zu resümieren, „dass die meisten Tatbestandsvarianten der geltenden Definitionen von Völkermord und Verbrechen gegen die Menschlichkeit von der Ausführungsebene aus formuliert sind.“⁵⁴

b) In Sobibór begangene Morde als Ausgangspunkt der Tatort-Begründung

Mithin hat – auch bei einer völkerstrafrechtskonformen Auslegung des geltenden gemeinen Mordtatbestandes – die Begründung eines Inlandstatortes von den einzelnen Auslandsmorden, d.h. von der Ausführungsebene, auszugehen. Um einen Inlandstatort zu begründen, müssen diese Auslandsmorde, etwa mithilfe der anerkannten Zurechnungskriterien der Beteiligungsdogmatik, ins Inland projiziert werden. Dabei stellen sich mannigfaltige Probleme ein, unabhängig davon, ob – was natürlich der tatrichterlichen Klärung zu überlassen ist – die von deut-

⁵⁴ *Kreß* GA 2006, 304, 305. Dort auch mit beachtenswerten (völker-)kriminalpolitischen Einwänden gegen diese Lösung.

schem Reichsgebiet aus agierenden Planer und Verwalter des Holocausts nun als Anstifter, Mittäter oder mittelbare Täter der einzelnen Mordausführungen zu qualifizieren sind:

aa) Anstiftungslösung

Insofern ist zunächst zu bemerken, dass im Falle einer *Anstiftungslösung* die Konstruktion eines Inlands-Tatortes zwingend misslänge. Die Auslandsbeihilfe zur Auslands-haupttat wird nicht durch eine Inlandsanstiftung zur Inlandstat.⁵⁵

bb) Mittäterlösung (insbesondere bei reinen Vorbereitungshandlungen im Inland)

Der Nachweis einer *Mittäterschaft* zwischen den NS-Führung- bzw. Verwaltungskadern, den für den Transport verantwortlichen Personen sowie den Lagerverantwortlichen in Sobibór wird insofern Schwierigkeiten bereiten, als Mittäterschaft nicht schon im Falle des einseitigen Einverständnisses gegeben ist. Zwar können mehrere eine Tat auch dann gemeinschaftlich begehen, wenn sie einander nicht kennen; allerdings ist und bleibt für einen gemeinsamen Tatplan erforderlich, dass sich „jeder bewusst ist, dass andere mitwirken und alle im bewussten und gewollten Zusammenwirken handeln.“⁵⁶

Trotz dieser Nachweisprobleme ist eine Mittäterlösung strafanwendungsrechtlich „interessant“, weil nach der Rechtsprechung von RG⁵⁷ und BGH⁵⁸ bereits die Inlands-Vorbereitungshandlung eines Mittäters – nämlich die Vorbereitung zu späteren Auslands-Haupttaten – einen Inlandstatort begründen soll.⁵⁹ Insofern ist mit dem BGH wie folgt zu differenzieren:

Erstens soll eine Vorbereitungshandlung eine Handlung im Sinne des § 9 Abs. 1 StGB darstellen, sofern sie nur *selbständig mit einer Strafsanktion* bedroht ist.⁶⁰ In Frage kommt hier – nach geltendem Recht – eine Inlands-Verabredung zum Auslands-Mord gemäß § 30 StGB,⁶¹ die dann untechnisch gesprochen in den mittäterschaftlich

⁵⁵ Selbstverständlich würde für die Anstifter gem. § 9 Abs. 2 S. 1 StGB ein Inlandstatort begründet, nämlich kraft ihrer im Inland begangenen Bestimmungs-, d.h. Anstiftungshandlungen.

⁵⁶ BGH, Urt. v. 12. November 2009 – 4 StR 275/09 = HRRS 2010 Nr. 43.

⁵⁷ Insbesondere RGSt 57, 144, 145.

⁵⁸ Insbesondere BGHSt 39, 88, 89 ff.

⁵⁹ Solche Inlands-Vorbereitungshandlungen sollten sich – immer gesetzt den Fall, es ließe sich ein gemeinsamer Tatplan nachweisen – im sachgegenständlichen Verfahren zu Genüge aufzeigen lassen (z.B. der Transport der ermordeten Menschen durch das deutsche Reichsgebiet).

⁶⁰ BGHSt 39, 88, 89.

⁶¹ Bei der historischen Prüfung der Anwendbarkeit reichsdeutschen Strafrechts ist zu beachten, dass die § 30 StGB äquivalente Vorschrift zur Verbrechensverabredung im angeklagten Zeitraum verschärft wurde, so dass eine immanente Prüfung intertemporalen Straf(anwendungs)recht erforderlich würde: Vgl. § 49a RStGB und dessen Änderung durch die Strafrechtsangleichungsverordnung v. 29. Mai 1943 (RGBl. I, S. 339; nach der „Schlussvorschrift“ Inkraftgetreten am 15. Juni 1943).

begangenen Auslands-Morden aufgeht bzw. die konkurrenzrechtlich gesprochen subsidiär zu den später begangenen Morden ist. „Dass [diese Inlands-Verabredung] als solche nicht bestraft werden kann, weil sie hinter der Ausführung der verabredeten Tat zurücktritt (Subsidiarität), nimmt ihr nicht den Charakter einer tatortbegründenden Handlung.“⁶²

So überzeugend das für Mittäter klingen mag, d.h. so überzeugend es ist, dass die mittäterschaftliche Planung des Holocausts für sämtliche Mittäter einen originären Inlandstatort begründet, so wenig mag zu überzeugen, dass dieser Inlandstatort einer Inlands-Verbrechensverabredung auch für die erst im nachhinein⁶³ geleistete Auslands-Beihilfe zur mittäterschaftlichen Auslands-Haupttat gelten soll. In diesem Sinne ist zwar nicht am Inlandstatort zu zweifeln, sondern nur an dessen automatischer Erstreckung auf die Auslands-Beihilfe. Eine solche nachträgliche Auslands-Beihilfe ist nämlich in keiner Weise akzessorisch zur Inlands-Verabredung und hat sich darin auch in keiner Weise ausgewirkt. Es grenzte somit an Rabulistik, wenn nach § 9 Abs. 2 S. 1 StGB der Ort der Teilnahme dem § 9 Abs. 1 StGB zu entnehmenden Ort der Haupttat gleichgesetzt, letzterer vermittelt mittäterschaftlicher Spezifika begründet und dann ohne Berücksichtigung der zeitlichen Abfolge des Geschehens auf die Auslandsteilnahme erstreckt würde.

Zweitens, und auf die Voraussetzung einer selbständigen strafrechtlichen Erfassung einer Vorbereitungshandlung verzichtend, soll nach dem BGH zudem auch Folgendes gelten:

„Bei einem Mittäter, dessen Tatbeitrag sich in einer Vorbereitungshandlung erschöpft, bestimmt diese Vorbereitungshandlung den Tatort der Handlung, da eine andere Willensbetätigung als Anknüpfungspunkt für die Tatortbestimmung nicht in Betracht kommen kann.“⁶⁴

Nach Küppers erfreute sich der BGH mit dieser Auffassung noch 1993 einhelliger Zustimmung.⁶⁵ Trotzdem muss der sich nun dagegen leise regenden Kritik⁶⁶ umfassend zugestimmt und eine Verletzung der Wortlautgrenze in den Raum gestellt werden: § 9 Abs. 1 StGB lautet, dass „[e]ine Tat an jedem Ort begangen ist, an dem der Täter gehandelt hat.“ Dann kann jedoch eine deliktisch selbständig nicht erfasste, d.h. straflose Vorbereitungshandlung im gleichen Atemzug nur schwerlich als deliktische „Tat“ bezeichnet werden. Ebenso wenig macht eine straflose Vorbereitungshandlung den Han-

delnden zum „Täter“. Auch mittäterschaftliche Zurechnungsüberlegungen führen nicht weiter, weil diese nur und erst bei der „gemeinschaftlichen Begehung einer Straftat“ (§ 25 Abs. 2 StGB) zur Anwendung kommen; wenn eine „Straftat“ im Ausland begangen wird, ist die Anwendbarkeit von § 25 Abs. 2 StGB qua der strafanwendungsrechtlichen Vorschriften und nicht umgekehrt die „Anwendung des Strafanwendungsrechts“ qua § 25 Abs. 2 StGB zu begründen. Anerkennt man demnach, dass nach geltendem Recht Vorbereitungshandlungen straflos sind, kann ein strafloses Verhalten nicht gleichzeitig einen Bewertungsanspruch deutschen Strafrechts nach sich ziehen.

Selbst bei einem faktischen Nachweis der Mittäterschaft zwischen Inlands- und Auslandstätern – hier wohl zwischen den auf deutschem Reichsgebiet handelnden Planern und Verwaltern des Holocausts und den Lagerverantwortlichen in Sobibór – wird damit nicht automatisch ein Inlandstatort für die nachträgliche Auslands-Beihilfe geschaffen: Reine Inlandsvorbereitungshandlungen eines Mittäters reichen dafür allemal nicht aus; haben die Mittäter freilich im Inland, etwa durch die durch deutsches Reichsgebiet rollenden Transporte, bereits zur Ermordung der Tatopfer angesetzt, so wäre ein Inlandstatort begründet. Dann lässt sich nur darüber diskutieren, ob und unter welchen Voraussetzungen dieser Inlandstatort auch für die Auslands-Beihilfe gelten darf (s. oben III.1. und III.2.).

cc) Mittelbare Täterschaftslösung

Schließlich gilt es noch einige Zweifel an der Begründung eines Inlandstatortes der Auslands-Beihilfe kraft *mittelbarer Täterschaft des NS-Führungs- und Verwaltungskaders* zu säen. Diese mittelbare Täterschaftslösung basiert dabei abermals auf der Überlegung, dass der Inlandstatort des Inlands-Haupttäters – hier also des Inlands-Hintermanns – auch für die Auslands-Beihilfe gelten soll.

Erstens ist die dafür anzuerkennende Figur eines Täters hinter dem Täter, d.h. einer mittelbaren Täterschaft in organisatorischen Machtapparaten, ein Kind der bundesrepublikanischer Strafrechtswissenschaft, die damit erst auf die Organisationsstrukturen des Dritten Reiches reagierte.⁶⁷ Dem RG war diese Figur noch unbekannt, und im Tatzeitpunkt herrschte – selbst unter Zugrundelegung eines streng subjektiven Täterbegriffs – die Auffassung vor, „Voraussetzung für die Möglichkeit mittelbarer Täterschaft [sei], dass die Mittelsperson nicht selbst mit Täterwillen handelt. Ist dies der Fall, dann kommt nur Anstiftung in Betracht.“⁶⁸

⁶² BGHSt 39, 88, 89.

⁶³ Ob diese Nachträglichkeit im sachgegenständlichen Verfahren zum Tragen kommt, muss abermals der tatrichterlichen Beurteilung überlassen werden.

⁶⁴ BGHSt 39, 88, 90. Damit wird RGSt 57, 144, 145 fortgesetzt.

⁶⁵ Küppers JR 292, 294.

⁶⁶ Vgl. Böse, a.a.O. (Fn. 23), § 9 Rn. 5 („Allerdings können nur Tatbeiträge des im Inland handelnden Mittäters zugerechnet werden, die bereits eine Strafbarkeit wegen (versuchter) Mittäterschaft (oder nach Maßgabe des § 30) begründen, weil nur diese als tatbestandsmäßige Handlung angesehen werden können.“); Miller/Rackow ZStW 117 (2005), 379, 408 ff.

⁶⁷ Grundlegend Roxin, Täterschaft und Teilnahme, 8. Aufl. (2006), S. 242 ff.

⁶⁸ Schönke, StGB, 1. Aufl. (1942), S. 122. – Schönke wurde hier zitiert, weil er als weitgehend „unbelasteter“ Kommentator gelten darf. – Allerdings sei darauf hingewiesen, dass auch die bundesdeutsche Rechtsprechung in den 1960iger Jahren die NS-Führung als „Haupttäter“ klassifizierte, ohne dazu eine laborierte Lehre von der mittelbaren Täterschaft in organisatorischen Machtapparaten verwenden zu müssen. Vgl. zum „Auschwitz-Prozess“ etwa Werle/Wandres, Auschwitz vor Gericht. Online verfügbar unter: <http://www.edjernet.com/auschwitzvorgericht/> (Stand 30. März 2010).

Nimmt man demzufolge die positivistische These, das intertemporale Straf(anwendungs)recht habe den gesamten Rechtszustand im Tatzeitpunkt zumindest im Grundsatz anzuerkennen und der Prüfung der Strafbarkeit zugrunde zu legen, beim Worte, so sieht sich die mittelbare Täterschaftslösung nachhaltigen dogmenhistorischen Bedenken ausgesetzt. Es lässt sich auch kaum argumentieren, dass die Nichtanerkennung des „Täters hinter dem Täter“ nachgerade von unrechtsstaatlichem Denken zeuge, mit der Folge, dass eine Uminterpretation der damaligen Rechtswirklichkeit im Lichte eben dieser Figur notwendig werde; diese Argumentation bräche den Stab über all jene, die auch heute dieser Figur – aus den unterschiedlichsten Gründen – skeptisch gegenüber stehen und ihr nicht folgen wollen.⁶⁹

Am ehesten ließe sich noch argumentieren, dass das Tatgericht, indem es die Figur des Täters hinter dem Täter auf das Tatzeitrecht anwendet, „bloß“ eine – nach obergerichtlicher Rechtsprechung⁷⁰ noch dazu mutmaßlich rückwirkungsrechtlich unproblematische – Änderung der Auslegung des Tatzeitrechts vornehmen würde. Dass ein solches Vorgehen freilich „Kosten“ verursachen würde, liegt auf der Hand, weil man sich des Eindrucks nicht erwehren könnte, dass das Bekenntnis zur historischen Rechtswirklichkeit auf dem Altar der rechtspolitisch gewollten Geltung deutschen Strafrechts für NS-Taten geopfert würde. Allemal wäre von einem solchen Vorgehen abzuraten, wenn sich der intertemporale Bewertungsanspruch deutschen Strafrechts anders begründen und unter weitergehender Berücksichtigung des Tatzeitrechts bewerkstelligen ließe.

Zweitens sei zu Bedenken gegeben, dass es zurechnungsdogmatisch nicht unzweifelhaft ist, ob bei einer mittelbaren Täterschaft von aus dem Inland agierenden Hintermännern, die hinter im Ausland begangenen Straftaten stehen, wirklich nach § 9 Abs. 1 StGB ein Inlandstatort geschaffen wird. Fraglich ist insofern, ob die Hintermänner im Inland nicht nur im natürlichen Sinne, sondern gerade auch im (Strafanwendungs-)Rechtssinne „handeln“.⁷¹ Das ist zu bejahen, wenn die Organisationsherrschaft der Hintermänner (bzw. genauer: die Einwirkung auf die jeweiligen Tatmittler) die eigentliche Inlands-Tathandlung darstellt. Es ist jedoch zu verneinen, wenn die Ausführungshandlungen der Tatmittler den Hintermännern nur „zugerechnet“ werden, d.h. die Organisationsherrschaft nur zurechnungslegitimierend, nicht aber handlungsbegründend ist; in der Logik einer Zurechnungskonstruktion wären folglich die Morde (nur) im Ausland verwirklicht und die mittelbaren Täter so zu behandeln, also ob sie selbst im Ausland tätig geworden wären. Der aus der Versuchsdogmatik hinlänglich bekannte Streit – zum Zeitpunkt des Versuchsbeginns bei der mittelbaren Täterschaft, nämlich ob der mittelbare Täter selbst oder nur sein Tatmittler „handelt“ und damit

zur Tat unmittelbar ansetzt⁷² – steht damit auch strafanwendungsrechtlich zur Entscheidung an, wollte man den Inlandstatort der Auslands-Beihilfe über die mittelbare Täterschaft von mittelbaren Inlandstätern konstruieren.⁷³

Drittens muss schließlich betont werden, dass § 9 StGB nicht auf die Figur des „Täters hinter dem Täter“ zugeschnitten ist; strafanwendungsdogmatisch ist diese Figur wiederum nicht mit der Figur der Auslands-Beihilfe abgestimmt. Dazu vergegenwärtige man sich folgendes argumentum ad absurdum: Für die Auslands-Beihilfe scheint, folgt man dem Wortlaut des § 9 Abs. 2 StGB, ein Inlandstatort gegeben zu sein, wenn der mittelbare Täter im Inland gehandelt, also auf seinen Tatmittler eingewirkt und so dessen Auslands-Tat beherrscht hat, die wiederum durch die in Frage stehende Auslands-Beihilfe gefördert wurde. Prüft man diesen Tatmittler nun aber selbst als unmittelbaren Auslands-Täter, so bestimmt sich der Tatort nach § 9 Abs. 1 StGB allein nach seinen eigenen Auslandshandlungen bzw. den Auslandserfolgen der Tat; ihm können auch nicht im Wege einer reversen Zurechnung die Inlands-Tatbeiträge seines Hintermanns zu Last gelegt werden (das gelänge nur, wenn Hintermann und Tatmittler als Mittäter zu qualifizieren wären, was sich jedoch natürlich konzeptionell ausschließt).⁷⁴ Für den Auslands-Tatmittler als unmittelbaren Auslands-Täter gilt demnach kein Inlandstatort, für den Auslands-Gehilfen hingegen schon. Diese Unstimmigkeit muss der Gesetzgeber durch eine klare und bestimmte Regelung ab-, nicht aber ein Gericht durch Auslegung eines unbestimmten Strafgesetzes auflösen.

IV. §§ 4 Abs. 2 Nr. 2 RStGB, 7 Abs. 1 StGB: Ermordete „deutsche Juden“ als Reichs- und Bundesdeutsche

Während die zuvor erörterte Begründung eines umfassenden – alle Morde umgreifenden – Inlandstatortes für die in Frage stehende Auslands-Beihilfe mit einer Vielzahl an faktischen Nachweis- und juristischen Erklärungsproblemen verbunden ist, ist dem LG München II nachhaltig zuzustimmen, dass das überkommene und das

⁶⁹ Vgl. nur die Darstellung bei *Schünemann*, LK-StGB, 12. Aufl. (2007), Rn. 126 ff.

⁷⁰ Vgl. BVerfGE 18, 224, 240. – Vgl. weiterführend *Dannecker*, a.a.O. (Fn. 14), § 1 Rn. 432 ff. mit umfassenden Nachweisen auch zu den kritischen Stimmen im Schrifttum.

⁷¹ Dies dezidiert bejahend und sogar darauf beschränkend *Hoyer*, SK-StGB, Stand Juni 1997, § 9 Rn. 5.

⁷² Vgl. nur *Eser*, a.a.O. (Fn. 47), § 22 Rn. 54 f. m.w.N.

⁷³ BGH und RG neigen insofern zu der Auffassung, dass ein Inlandstatort sowohl durch das Inlandshandeln des vom Ausland kontrollierten Tatmittlers wie auch durch die Inlandsherrschaft von mittelbaren Tätern über Auslands-Tatmittler begründet wird. Vgl. BGH wistra 1991, 135 („Bedient sich der Täter zur Ausführung der Tat einer anderen Person als Werkzeug, so bestimmt auch deren Handeln des Tatort.“ Herv. des Verf.); RGSt 67, 130, 138 („Begangen‘ ist die strafbare Handlung nicht bloß in London, von wo aus die Firmeninhaber ihre Weisungen erteilt haben, sondern auch im Inlande, insbesondere in Berlin, dem Orte, an dem, der Weisung der Firmeninhaber gemäß, die Angeklagten und sonstigen Mittelpersonen tätig geworden sind.“ Herv. des Verf.).

⁷⁴ Insofern ist auch darauf hinzuweisen, dass die allgemeine Aussage des LG München II, es reiche für die Begründung eines Inlandstatortes aus, dass „einer der Haupttäter auch nur eine Vorbereitungs-handlung im Inland begangen hat“, in dieser Abstraktion nicht akkurat ist.

geltende *deutsche Strafrecht selektiv*⁷⁵ für die Ermordung „deutscher Juden“ gilt. Schwierigkeiten bereitet insofern weniger die Anwendbarkeit des RStGB als vielmehr die des StGB, der scheinbar Art. 116 GG und das dort angeordnete – und hier wohl kaum befriedigte – Antragsfordernis für eine Wiedereinbürgerung von zu NS-Zeiten zwangsausgebürgerten Mitbürgern entgegensteht. Um dieses Hindernis zu überwinden, muss – mit Billigung des BVerfG – diese vom Wortlaut eindeutig einschlägige Verfassungsvorschrift aufgrund ihrer Entstehungsgeschichte und ihrer Teleologie unangewendet bleiben:

1. § 4 Abs. 2 Nr. 2 RStGB und Radbruch'sche Nichtigkeit der Zwangsausbürgerungen

Was zunächst die *Anwendbarkeit des RStGB* anbetrifft, wurde durch BVerfGE 20, 98, 99 eindeutig festgestellt, dass die NS-gesetzliche Zwangsausbürgerung „deutscher Juden“ im Sinne der Radbruch'schen Formel nichtig ist. Den Leitsätzen der Entscheidung ist in der Sache nichts hinzuzufügen:

„Nationalsozialistischen Rechtsvorschriften kann die Geltung als Recht abgesprochen werden, wenn sie fundamentalen Prinzipien der Gerechtigkeit so evident widersprechen, dass der Richter, der sie anwenden oder ihre Rechtsfolgen anerkennen wollte, Unrecht statt Recht sprechen würde.“

In der 11. Verordnung zum Reichsbürgergesetz vom 25. November 1941 (RGBl. I, S. 772) hat der Widerspruch zur Gerechtigkeit ein so unerträgliches Maß erreicht, dass sie von Anfang an als nichtig erachtet werden muss.“

Das BVerfG sanktioniert somit die partielle Durchbrechung der im Tatzeitpunkt geltenden Rechtswirklichkeit. In rechtsstaatlich „aufgeklärter“ Nichtberücksichtigung

⁷⁵ Nach § 4 Abs. 2 Nr. 2 RStGB gilt deutsches Strafrecht für „Straftaten“, die sich gegen deutsche Staatsangehörigen richten; vergleichbar ordnet § 7 Abs. 1 StGB die Anwendbarkeit deutschen Strafrechts für „Taten“ an, die im Ausland gegen einen Deutschen begangen werden. Dieser (Straf-)Tatbegriff ist hier im materiellrechtlichen und nicht im prozessualen Sinne zu verstehen. Selbst wenn folglich durch ein und denselben natürlichen Lebenssachverhalt gleichzeitig Rechtsgüter deutscher und ausländischer Staatsangehöriger geschädigt werden, umgreift die deutsche Strafgewalt nicht den Sachverhalt im Ganzen, sondern besteht nur selektiv für die Verletzung deutscher Rechtsgüter. – Vgl. demgegenüber zum prozessualen Tatbegriff bei § 7 Abs. 2 Nr. 1 StGB BGH NJW 1997, 334; diese Rechtsprechung ist auf § 7 Abs. 1 StGB nicht übertragbar. – Wie hier *Böse*, a.a.O. (Fn. 23), § 7 Rn. 10. *Böse* versteht diese Ansicht freilich nur als Mindermeinung; meines Erachtens kann bei den von *Böse* genannten Autoren der vermeintlichen Gegenauffassung jedoch nicht zweifelsfrei festgestellt werden, dass dort der für § 7 Abs. 2 StGB vertretene prozessuale Tatbegriff auch bei § 7 Abs. 1 fruchtbar gemacht werden soll; vgl. namentlich die von *Böse* genannten *Ambos*, a.a.O. (Fn. 17), § 7 Rn. 6 (mit Fn. 16, wo lediglich auf Rechtsprechung und Literatur zum Tatbegriff des § 7 Abs. 2 StGB verwiesen wird); *Werle/Jeffberger*, a.a.O. (Fn. 26), § 7 Rn. 29 (wo lediglich der Prüfung des Tatortrechts ein prozessualer Tatbegriff zugrunde gelegt wird).

der Zwangsausbürgerung der in Sobibór ermordeten deutschen Mitbürger jüdischen Glaubens – die ihre reichsdeutsche Staatsangehörigkeit auch nicht anderweitig, etwa durch Erwerb einer fremden Staatsangehörigkeit, verloren haben – folgt bei historischer Betrachtung somit die deutsche Strafgewalt aus § 4 Abs. 2 Nr. 2 RStGB, weil und sofern die angeklagten Auslands-Beihilfen des Angeklagten die gegen reichsdeutsche Staatsangehörige gerichteten Auslands-Straftaten förderten.⁷⁶

2. § 7 Abs. 1 StGB im Lichte des nicht einschlägigen Art. 116 Abs. 2 GG

Während demnach nach dem Tatzeitrecht die Zwangsausbürgerungen ungeschehen gemacht werden können, stößt die *Begründung der bundesdeutschen Strafgewalt* auf das Problem, dass die in Sobibór ermordeten „deutschen Juden“ nach Art. 116 Abs. 2 GG⁷⁷ scheinbar – mangels Antragsstellung oder Wohnsitznahme in Deutschland – nie die „bundes“-deutsche Staatsangehörigkeit erworben haben. Nähme man Art. 116 Abs. 2 GG beim Worte, dann entfiel gemäß § 7 Abs. 1 StGB, wonach bundesdeutsches Strafrecht nur bei gegen Deutsche im Sinne des Grundgesetzes⁷⁸ gerichteten Taten gilt, die bundesdeutsche Jurisdiktion; in diesem Sinne wäre dann § 7 Abs. 1 StGB ein entkriminalisierend-milderes Strafgesetz nach § 2 Abs. 3 StGB.

Das mag perplex, wenn nicht „unanständig“, klingen, weil den ermordeten und zwangsausgebürgerten Personen gerade durch ihre Ermordung die Möglichkeit genommen wurde, einen Antrag auf Wiedereinbürgerung zu stellen oder nach dem Kriege einen Wohnsitz in Deutschland zu nehmen. Und doch hat das BVerfG in der o.g. Entscheidung in einem weiteren Leitsatz postuliert:

„Für diejenigen, die eine fremde Staatsangehörigkeit nicht erworben haben, liegt die Bedeutung des Art 116 Abs. 2 GG darin, dass der deutsche Staat sie – unbeschadet des Umstandes, dass sie die deutsche Staatsangehörigkeit nicht verloren haben – nicht als Deutsche betrachtet, solange sie nicht durch Wohnsitzbe-

⁷⁶ Auf die intrikaten Folgeprobleme für den Vorsatz- bzw. Schuldnachweis – nämlich wenn der Angeklagte nicht erkannte, nicht erkennen konnte oder nicht erkennen wollte, dass die ermordeten Personen weiterhin Reichsdeutsche waren – muss hier nicht eingegangen werden, da sie nicht die grundsätzliche Geltung des deutschen Strafrechts betreffen.

⁷⁷ Diese Vorschrift lautet: „Frühere deutsche Staatsangehörige, denen zwischen dem 30. Januar 1933 und dem 8. Mai 1945 die Staatsangehörigkeit aus politischen, rassistischen oder religiösen Gründen entzogen worden ist, und ihre Abkömmlinge sind auf Antrag wieder einzubürgern. Sie gelten als nicht ausgebürgert, sofern sie nach dem 8. Mai 1945 ihren Wohnsitz in Deutschland genommen haben und nicht einen entgegen gesetzten Willen zum Ausdruck gebracht haben.“

⁷⁸ Zwar spricht § 7 Abs. 1 StGB nur von Deutschen. Es ist jedoch allgemeine Meinung, dass damit auf den verfassungsrechtlichen Staatsangehörigkeitsbegriff nach Art. 116 GG Bezug genommen wird; vgl. statt aller *Werle/Jeffberger*, a.a.O. (Fn. 26), § 7 Rn. 55.

gründung oder Antragstellung sich auf ihre deutsche Staatsangehörigkeit berufen.“

Begründet wird das damit, dass ein erstes Unrecht – nämlich die Zwangsausbürgerung im Dritten Reich – nicht durch ein weiteres Unrecht – nämlich eine Zwangseinbürgerung nach dem Grundgesetz – geheilt werden soll.⁷⁹ Für *zwangsausgebürgerte Mitbürger, die den Krieg überlebt* und die Voraussetzungen des Art. 116 Abs. 2 GG nicht erfüllt haben, kommt folglich nur in Betracht, sie im Sinne des § 7 Abs. 1 StGB „wie“ Deutsche zu behandeln⁸⁰ oder aber ausnahmsweise einen originären strafanwendungsrechtlichen Deutschenbegriff zu prägen⁸¹.

Solcher Begründungsaufwand wird für die hier interessierende Konstellation, dass die *zwangsausgebürgerten Mitbürger den Krieg nicht überlebt* haben, allerdings nicht relevant. Wie das BVerfG nämlich unter Auswertung der Protokolle des Parlamentarischen Rates zu Tage gefördert und dann klarstellt hat:

„Art 116 Abs. 2 gilt nicht für die Verfolgten, die den 8. Mai 1945 nicht überlebt haben. [Art. 116 Abs. 2 GG lässt sich] nur in den Fällen anwenden, in denen die Betroffenen die Möglichkeit haben oder hatten, ihren Willen zu bekunden und damit den einen oder den anderen der in dieser Vorschrift genannten Tatbestände zu erfüllen. Eine solche Möglichkeit bestand für die Verfolgten, die vor dem 8. Mai 1945 verstorben sind, nicht. Die Staatsangehörigkeit dieser Verfolgten fällt somit nicht unter Art. 116 Abs. 2 GG. Vielmehr haben sie ihre deutsche Staatsangehörigkeit nicht verloren, weil die 11. Verordnung von Anfang an nichtig war.“⁸²

⁷⁹ In diesem Sinne, und noch deutlicher, auch BVerfGE 54, 53, 69, 71: „Die Staatsorgane der Bundesrepublik Deutschland können die Tatsachen nicht ungeschehen machen, die durch die Unrechtsmaßnahmen der Nationalsozialisten geschaffen worden sind. Die Ausbürgerung von Juden im Sinne der nationalsozialistischen Gesetzgebung bleibt ein historisches Geschehen, das als solches nicht nachträglich beseitigt werden kann. Art 116 Abs. 2 GG will das Unrecht, das den ausgebürgerten Verfolgten angetan worden ist, im Rahmen des Möglichen ausgleichen. Die Diskriminierung, die in der willkürlichen Ausbürgerung jüdischer Mitbürger lag, sollte indes nicht dadurch wiedergutmacht werden, dass sich der deutsche Staat neuerlich über den Willen der Betroffenen hinwegsetzte, sondern allein dadurch, dass er ihren Willen nunmehr respektierte [...]. Dass sich die durch Art 116 Abs. 2 GG getroffene Regelung zur Wiedergutmachung des durch nationalsozialistische Ausbürgerungen zugefügten Unrechts im Einzelfall für den Verfolgten nachteilig auswirken kann, ist nicht zu verkennen. Es ist die Folge der grundsätzlichen Entscheidung des Verfassungsgebers, die deutsche Staatsangehörigkeit nicht automatisch wiederaufleben zu lassen, dass dem Verfolgten die Last zufällt, sich entscheiden und seinen Willen bekunden zu müssen.“

⁸⁰ So *Ambos*, a.a.O. (Fn. 17), § 7 Rn. 21. – Aufgrund der strafbarkeitskonstitutiven Bedeutung des Strafanwendungsrecht scheint eine solche Ausdehnung des Wortlauts zulasten potentieller Täter nicht unproblematisch.

⁸¹ So *Werle/Jeßberger*, a.a.O. (Fn. 26), § 7 Rn. 60.

⁸² BVerfGE 20, 98, 99, 111.

Damit wird der Sinn und Zweck des Art. 116 Abs. 2 GG, zwangsausgebürgerten Mitbürgern ein Wahlrecht für den Wieder-Erwerb der deutschen Staatsangehörigkeit anheim zu geben, konsequent zu Ende und gegen den eindeutigen Wortlaut dieser Vorschrift in Stellung gebracht. Die in Sobibór ermordeten „deutschen Juden“ dürfen folglich als deutsche Staatsbürger qualifiziert werden; für ihre Ermordung erhebt die bundesdeutsche Rechtsordnung mithin – auch nach und mit Einführung von § 7 Abs. 1 StGB – den Anspruch der Unrechtsbewertung und -sanktionierung.

V. §§ 4 Abs. 3 Nr. 1 RStGB, 5 Nr. 13 StGB: Der (Amtsträger-, Soldaten- etc.) Status des Angeklagten

Von hohem strafanwendungsdogmatischen Interesse ist schließlich die Geltungsbegründung reichs- und bundesdeutschen Strafrechts vermittels des Status des Angeklagten als „fremdvölkischer Wachmann“, der laut dem LG München II – und wohl vorbehaltlich weiterer trichterlicher Feststellungen – eine Qualifizierung entweder als Amtsträger oder als Soldat bzw. Militär zu tragen scheint. Ohne diesen trichterlichen Feststellungen vorgreifen zu wollen oder zu können, könnte sich an dieser Stelle ein praktischer Anwendungsbereich für die oben aufgeworfene Lehre vom „Austausch strafanwendungsrechtlicher Anknüpfungspunkte“ (s. oben II.1.d) auf tun: In rückwirkungsrechtlich gebotener, behutsamer Achtung der historischen Rechtswirklichkeit kann das RStGB nicht kraft der Amtsträgereigenschaft des Angeklagten, sondern kraft anderer „bellizistischer“ Zustände zur Anwendung gebracht werden; mangels Übertragbarkeit dieser „bellizistischen“ Zustände ins heutige Strafanwendungs- und Wehrrecht, ist hingegen aus heutiger Perspektive eine Qualifikation des Angeklagten als Amtsträger möglich und tunlich.

1. Der Status des Angeklagten nach dem Tatzeitrecht

Anders als das LG München II in seinem Beschluss schreibt, tun sich bei näherer Betrachtung teils erhebliche – auch und gerade in der Literatur, auf die sich das LG München II ausdrücklich beruft – dogmatische Unterschiede zwischen der Erstreckung der Anwendbarkeit des StGB auf Träger eines deutschen staatlichen Amtes nach § 4 Abs. 3 Nr. 1 RStGB und nach § 5 Nr. 13 StGB auf:

a) Historische Beispiele für Amtsträger: Der Wahlkonsul

So ist zunächst zu bemerken, dass das historische Schrifttum als Beispiel für deutsche Amtsträger, für deren Amtshandlungen reichsdeutsches Strafrecht gelten sollte, fast nur den *Wahlkonsul* nannte.⁸³ Das spricht zu-

⁸³ Vgl. etwa *Freisler/Grau/Krug/Rietzsch*, a.a.O. (Fn. 3), S. 482 (zu § 4 Abs. 3 Nr. 1 RStGB); *Schinnerer*, LK-StGB, 6. Aufl. (1944), S. 126 (zu § 4 Abs. 3 Nr. 1 RStGB; dort sogar mit der Aussage: „Inwieweit ein Ausländer Träger eines deutschen staatlichen Amtes sein kann, wird durch den § 150

mindest als Indiz dagegen, dass in der historischen Rechtswirklichkeit, die um die Existenz „fremdvölkischer“ Hilfswilliger wusste, eben dieser Personenkreis als Amtsträger verstanden wurde, zumal zwischen dem Wahlkonsul als „Ehrenbeamten“⁸⁴ und dem im Vernichtungslager eingesetzten „fremdvölkischen“ Hilfswilligen beträchtliche statusrechtliche Divergenzen bestehen.

b) Historische Begrenzung auf echte und unechte Amtsdelikte

Durchgreifendere Bedenken ergeben sich allemal daraus, dass – was zu § 5 Nr. 13 StGB heute weiterhin umstritten ist – die historisch herrschende Meinung die Geltung des RStGB nur für – hier weder angeklagte noch in Frage kommende – „echte und unechte Amtsdelikte“ vorsah.⁸⁵ Als hätte er bereits 2005 ein entsprechendes Rechtsgutachten für das Demjanjuk-Verfahren verfasst, liest man denn auch bei *Lemkes* Kommentierung zu § 5 Nr. 13 StGB:

„Für die Verfolgung von Straftaten ausländischer Amtsträger während der nationalsozialistischen Gewaltherrschaft ergibt sich aus der Notwendigkeit, ggf. gemäß § 2 Abs. 3 milderer Recht anzuwenden, das Problem, ob die Frage nach dem Handeln als Amtsträger unterschiedlich beurteilt wird, so dass die Verfolgbarkeit des Täters davon abhängen kann, ob er ein echtes oder unechtes Amtsdelikt begangen hat. Das zeitgenössische Schrifttum hat, soweit es sich damit befasst hat [...], die Frage im Sinne einer restriktiven Auslegung des § 4 Abs. 3 Nr. 1 der Geltungsbereichsverordnung behandelt. Diese Auffassung erscheint nach heutiger Sicht vertretbar. Die echten und unechten Amtsdelikte hatten die Aufgabe, den Bereich von Taten abzudecken, die das Vertrauen der Öffentlichkeit in die Integrität des Amtes in besonderer Weise gefährden konnten. Dieser ratio legis entsprach eine gegenüber dem heutigen Rechtszustand wesentlich größere Anzahl echter und unechter Amtsdelikte. Die im Verhältnis zur derzeitigen Rechtslage demnach ungleich erweiterte Möglichkeit, speziell als Amtsträger straffällig zu werden, konnte insbes. im Zusammenhang mit Auslandstaten von Ausländern Veranlassung bieten, insoweit restriktiv zu wirken und den Anwendungsbereich des deutschen Strafrechts auf die Amtsdelikte im eigentlichen Sinne zu beschränken. Diese Gedan-

ken sind jedoch auf den geltenden Rechtszustand nicht mehr übertragbar.“⁸⁶

Dem ist in der Sache nichts hinzuzufügen. Es sollte allerdings betont werden, dass ein heutiger Eingriff in diese zeitgenössisch-restriktive Lesart des § 4 Abs. 3 Nr. 1 RStGB in der Form einer „bloßen“ Uminterpretation des damaligen Rechts an dieser Stelle rückwirkungsdogmatisch nicht unheikel wäre; das gilt umso mehr, je weniger die Tatzeitrechtswirklichkeit wie hier unrechtsstaatlich durchformt war und je mehr sie einer Expansion (reichs-)deutschen Strafrecht entgegenwirkte.

c) Sonstige statusrechtliche Anknüpfungspunkte für die Geltung reichsdeutschen Strafrechts

Schlagendes Argument gegen eine Qualifikation des Angeklagten als Amtsträger nach dem RStGB dürfte jedoch sein, dass historisch (!) eine Vielzahl anderer – jeweils natürlich entsprechender tatrichterlicher Feststellungen bedürftiger – Anknüpfungspunkte für die Geltungsbegründung reichsdeutschen Strafrechts in Frage kommen. Diese Anknüpfungspunkte sind allesamt der damaligen, mit dem heutigen Recht kaum abbildbaren Kriegswirklichkeit geschuldet, auf die das reichsdeutsche Strafrecht wie folgt reagierte:

aa) Kriegsgefangenschaft (§ 158 MStGB)

Nach § 158 MStGB in Verbindung mit § 1 Kriegssonderstrafrechtsverordnung v. 17. August 1939⁸⁷ erstreckte sich das gemeine reichsdeutsche Strafrecht auf Auslandstaten von sich in *Kriegsgefangenschaft* befindlichen Ausländern. Insofern bedarf es der tatrichterlichen Feststellung, ob die ursprünglich begründete Kriegsgefangenschaft des Angeklagten durch seine Rekrutierung als „fremdvölkische Wachmannschaft“ endgültig beendet, deren Vollzug nur ausgesetzt oder gar nie beendet, da nur in eine Art des „offeneren Vollzugs“ überführt wurde. Nach der einschlägigen zeitgenössischen Kommentarliteratur tritt die Beendigung der Kriegsgefangenschaft (nur) mit „Tod, Freilassung, Heimschaffung und gelungene[r] Flucht“ ein,⁸⁸ so dass die Frage dahingehend zu präzisieren ist, ob der Angeklagte *freigelassen* oder ob die Kriegsgefangenschaft in anderem Gewande fortgesetzt wurde. Dafür gilt es zu klären, ob nach dem objektiven Geschehensverlauf und den subjektiven Intentionen der damaligen Machthaber das besondere Gewaltverhältnis⁸⁹ der Kriegsgefangenschaft beendet werden sollte.

DBG vom 26.1.1937, RGBl. I 39, bestimmt“; § 150 DBG enthielt die Regelung des Wahlkonsuls); *Schönke*, a.a.O. (Fn. 3), § 4 Anm. IV.1.b).

⁸⁴ So § 150 DBG v. 26. Januar 1937 (RGBl. I, S. 65).

⁸⁵ So wörtlich *Freisler/Grau/Krug/Rietzsch*, a.a.O. (Fn. 3), S. 482. Ganz entsprechend *Schinnerer*, a.a.O. (Fn. 83), S. 126: „Unter die in diesem Abschnitt [scil. § 4 Abs. 3 RStGB] genannten Delikte fallen nicht nur die eigentlichen Amtsdelikte, sondern auch die, bei denen die Eigenschaft Träger des Amtes [...] zu sein, einen Strafschärfungsgrund bildet (uneigentliche Amtsdelikte).“

⁸⁶ *Lemke*, a.a.O. (Fn. 52), § 5 Rn. 28.

⁸⁷ RGBl. 1939 I, S. 1455.

⁸⁸ *Schwinge*, Militärstrafgesetzbuch einschließlich Kriegsstrafrecht, 5. Aufl. (1943), § 158 MStGB Anm. III.

⁸⁹ Diese mittlerweile überkommene Terminologie dürfte die historische Rechtswirklichkeit besser abbilden als das nunmehr für die Haft verwendete Konzept des „Sonderrechtsverhältnisses“ zwischen Bürger und Staat. Vgl. auch Art. 4 Abs. 1 IV. Haager Abkommen betreffend die Gesetze und Gebräuche des Landkrieges v. 1907 (Fn.3): „Die Kriegsgefangenen unterstehen der Gewalt der feindlichen Regierung, aber nicht der Gewalt der Personen oder der Abteilungen, die sie gefangen genommen haben.“

Gegen eine Fortführung der Kriegsgefangenschaft im sachgegenständlichen Verfahren kann allemal *nicht* ins Felde geführt werden, dass sich die in den Vernichtungslagern tätigen „fremdvölkischen Wachmannschaften“ in gewissen Grenzen frei bewegen durften und sie für ihre Tätigkeiten im Zusammenhang mit den staatlich angeordneten Vernichtungspolitiken entsoldet wurden. Denn nach Art. 5 IV. Haager Abkommen betreffend die Gesetze und Gebräuche des Landkrieges v. 1907 durften Kriegsgefangene sehr wohl an Orten mit „der Verpflichtung [untergebracht werden], sich nicht über eine bestimmte Grenze hinaus zu entfernen.“⁹⁰ Und Art. 6 Abs. 1 und 2 des Abkommens lauten:

„Der Staat ist befugt, die Kriegsgefangenen mit Ausnahme der Offiziere nach ihrem Dienstgrad und nach ihren Fähigkeiten als Arbeiter zu verwenden. Diese Arbeiten dürfen nicht übermäßig sein und in keiner Beziehung zu den Kriegsunternehmungen stehen. Den Kriegsgefangenen kann gestattet werden, Arbeiten für öffentliche Verwaltungen oder für Privatpersonen oder für ihre eigene Rechnung auszuführen.

Arbeiten für den Staat werden nach den Sätzen bezahlt, die für Militärpersonen des eigenen Heeres bei Ausführung der gleichen Arbeiten gelten, oder, falls solche Sätze nicht bestehen, nach einem Satze, wie er den geleisteten Arbeiten entspricht.“⁹¹

Der Nachweis, dass die rassistisch motivierte NS-Vernichtungspolitik, insbesondere der Genozid der europäischen Juden, eine staatlich angeordnete Politik war, die im grausamsten Sinne des Wortes „verwaltet“ wurde und noch dazu in keiner Beziehung zu den Kriegsunternehmungen im Sinne der Haager Landkriegsordnung stand,⁹² mag bei zeitgenössisch-völkerrechtskonformer Auslegung des Tatzeitrechts zwar – im Sinne des damaligen Rechtszustands – nicht die Amtsträgereigenschaft des Angeklagten, wohl aber dessen fortwährenden Status als Kriegsgefangener begründen.

bb) Wehrmacht und Wehrmachtsgefolge (§§ 3, 155 MStGB)

Sollte der Angeklagte hingegen aus diesem besonderen Gewaltverhältnis freigelassen und als Mitglied „fremdvölkischer Wachmannschaften“ in die *Kommandoketten der Wehrmacht* (genauer: des Heeres)⁹³ (zu SS und Waffen-SS s. sogleich unter cc) eingebunden worden sein, er also im untechnischen (!) Sinne (wehrmachts-)soldatisch gehandelt haben, ergibt sich die Anwendung deutschen Strafrechts aus folgenden Vorschriften:

⁹⁰ Insofern sei noch auf § 159 Abs. 1 MStGB hingewiesen: „Ein Kriegsgefangener, der sein Ehrenwort, nicht zu entweichen, bricht, wird mit dem Tode bestraft.“

⁹¹ Herv. des Verf.

⁹² Der Kriegsbegriff der Haager Landkriegsordnung ist völkerrechtskonform als klassischer „Krieg zwischen Staaten bzw. ihren regulären Streitkräften“ zu verstehen und demnach nicht mit dem am 18. Februar 1943 ausgerufenen „totalen Krieg“ des NS-Regimes zu verwechseln.

⁹³ Vgl. § 2 Wehrgesetz (Fn.6). – Eine Einbindung in die Kriegsmarine oder die Luftwaffe liegt eher fern.

Nach § 18 Abs. 4 Wehrgesetz⁹⁴ war Ausländern unter besonderen Voraussetzungen der Eintritt in die Wehrmacht gestattet, und nach § 3 MStGB waren sämtliche strafbare Handlungen der Wehrmattsangehörigen, die – wie hier – keine militärischen Verbrechen oder Vergehen sind, nach den allgemeinen Strafgesetzen zu beurteilen.

Wenn der Angeklagte jedoch nicht, was bei kursorischer Einschätzung der rassistisch-diskriminierenden Kriegswirklichkeit näher liegt, den vollen Status eines Wehrmattsangehörigen erworben haben, er jedoch ein Dienst- oder Vertragsverhältnis mit der Wehrmacht eingegangen sein sollte, so folgt die Anwendbarkeit deutschen Strafrechts mittelbar aus § 155 MStGB. Nach dieser Vorschrift sind „alle Personen, die sich in irgendeinem Dienst- oder Vertragsverhältnis bei der Wehrmacht befinden oder sonst sich bei ihr aufhalten oder ihr folgen, den Strafvorschriften dieses Gesetzes, insbesondere den Kriegsgesetzen unterworfen, soweit die Oberbefehlshaber der Wehrmachtteile [...] es [...] bestimmen.“ Eine entsprechende Bestimmung erging durch den Erlass des Oberbefehlshabers des Heeres v. 12. März 1940 (HGBl. C, S. 117).⁹⁵ Die nach § 155 MStGB für das Gefolge lediglich angeordnete Geltung des Militärstrafrechts wurde durch § 1 Kriegssonderstrafrechtsverordnung⁹⁶ auf das gemeine reichsdeutsche Strafrecht erstreckt.⁹⁷ „Nicht gehört[e] zum Gefolge, wer neben der Wehrmacht zur Erfüllung andersartiger Hoheitsaufgaben bestellt ist, wie z.B. Amtsträger der Partei, Reichsbahnbeamte, Beamte des Zollgrenzschutzes usw.“⁹⁸

cc) SS, Waffen-SS, Polizei im Generalgouvernement samt deren „Gefolge“

Eine Einbindung des Angeklagten in die – kaum voneinander zu trennenden – *Kommandostrukturen von SS, Waffen-SS oder Polizei* führte ebenfalls zu einer Anwendbarkeit deutschen Strafrechts, und zwar auf der Grundlage der „Verordnung über eine Sondergerichtsbarkeit in Strafsachen für Angehörige der SS und für die Angehörigen der Polizeiverbände bei besonderem Einsatz“ v. 17. Oktober 1939 (SS- und PolGVO).⁹⁹

Der sachliche Anwendungsbereich der SS- und PolGVO umfasste – im relevanten Tatzeitraum – gemäß §§ 2 Abs. 1,¹⁰⁰ 3 Abs. 1 SS- und PolGVO das gesamte deutsche Reichsstrafrecht.¹⁰¹ Die ursprünglich noch enthaltene

⁹⁴ Vgl. Fn.6.

⁹⁵ Abgedruckt bei und übernommen von *Schwinge*, a.a.O. (Fn. 88), § 155 MStGB Anm. II.1.

⁹⁶ Vgl. Fn. 87.

⁹⁷ Vgl. *Schwinge*, a.a.O. (Fn. 88), § 1 Kriegssonderstrafrechtsverordnung (S. 376).

⁹⁸ *Schwinge*, a.a.O. (Fn. 88), § 155 MStGB Anm. I.

⁹⁹ RGBl. I, S. 2107. – Vgl. dazu auch die Darstellung von *Vieregge*, Die Gerichtsbarkeit einer „Elite“: Nationalsozialistische Rechtsprechung am Beispiel der SS- und Polizei-Gerichtsbarkeit (2002), S. 6 ff.

¹⁰⁰ In Verbindung mit § 2 Verordnung über das militärische Strafverfahren im Kriege und bei besonderem Einsatz; dort wurde die Wehrmattsgerichtsbarkeit in sachlicher Hinsicht auf „alle [...] Straftaten“ ausgedehnt.

¹⁰¹ Soweit *Vieregge*, a.a.O. (Fn. 99), S. 10 unter Verweis auf Bundesarchiv NSD 41/41 darauf hinweist, dass nach dem Leitfaden für die SS- und PolGVO bei der Anwendung ge-

räumliche Anwendungsbegrenzung auf Gebiete des besonderen, d.h. des Kriegs-Einsatzes wurde mit Erlass des Reichsführers-SS v. 9. April 1940 beseitigt. Sämtliche der SS- und PolGVO in persönlicher Hinsicht unterworfenen Personen unterlagen mithin „wegen aller von ihnen begangenen Straftaten, und zwar unabhängig davon, ob die Straftat im In- oder Ausland begangen“¹⁰² wurde, der Geltung reichsdeutschen Strafrechts.

Wie *Vieregge* nach Durchsicht der entsprechenden Bundesarchive zu Tage fördert, kam es im Verlauf des Zweiten Weltkrieges zu einer ständigen Ausdehnung des persönlichen Geltungsbereichs der SS- und PolGVO,¹⁰³ die nicht nur auf SS und Waffen-SS, sondern ihrem Namen entsprechend auch auf Mitglieder (im weitesten Sinne) der Sicherheits- und der Ordnungspolizei Anwendung fand. Für das sachgegenständliche Verfahren wird insofern relevant, dass bereits 1941 alle in „den Reihen der SS kämpfenden [d.h. wohl der Waffen-SS zugehörigen] Ausländer der Gerichtsbarkeit von SS und Polizei unterstellt“ wurden.¹⁰⁴ Auch das Gefolge der SS wurde entsprechend § 155 MStGB der SS- und PolGVO unterworfen.¹⁰⁵ Schließlich waren auch die Angehörigen der polnischen und ukrainischen Polizei im Generalgouvernement dem persönlichen Geltungsbereich der SS- und PolGVO unterworfen.¹⁰⁶

Erst im Lichte dessen erschließt sich die ganze Tragweite der Anklageschrift, wo sinngemäß nachzulesen ist, dass der Angeklagte sich für die Dauer des Krieges verpflichtete, in den Wachmannschaften des SS- und Polizeiführers des Distrikts Lublin Dienst zu tun und er sich insoweit der SS- und Polizeigerichtsbarkeit unterwarf, die – worauf er zwischenzeitlich hingewiesen wurde – bei allen Vergehen und Verbrechen zuständig sei.

dd) Zwischenergebnis

Die vorstehenden Erwägungen ergeben zusammengefasst ein engmaschiges strafanwendungsrechtliches Netz, aus dem sich – um im Bild zu bleiben – die in Sobibór tätigen Mitglieder „fremdvölkischer Wachmannschaften“ kaum entwinden konnten. Folglich führen die unterschiedlichsten faktischen Tatbeschreibungen zur Anwendbarkeit

meinen Strafrechts immer zu prüfen sei, ob diese Normen mit den besonderen Verhältnissen bei SS und Polizei vereinbar sind, kann diese historische Rechtswirklichkeit nicht gegen die Anwendbarkeit reichsdeutschen Strafrechts auf die angeklagten Taten sprechen. Selbst wenn damals – wie zu vermuten ist – deutsches Strafrecht mit Blick auf den Holocaust nicht für anwendbar erklärt worden wäre, ist solcherlei flagrant unrechtsstaatliches Denken heute nicht mehr berücksichtigungsfähig.

¹⁰² *Vieregge*, a.a.O. (Fn. 99), S. 35.

¹⁰³ *Vieregge*, a.a.O. (Fn. 99), S. 20 ff.

¹⁰⁴ *Vieregge*, a.a.O. (Fn. 99), S. 24 unter Verweis auf Bundesarchiv NSD 41/41 und Aktenvermerk des SS-Obersturmbannführers Bender v. 4. März 1941 (Bundesarchiv NS 7/87, Bl. 2 f.).

¹⁰⁵ *Vieregge*, a.a.O. (Fn. 99), S. 25 unter Verweis auf Erlass des RFSSuCdDtPol v. 17. Juli 1941 (Bundesarchiv NS 7/3, Bl. 75 ff.).

¹⁰⁶ *Vieregge*, a.a.O. (Fn. 99), S. 25 unter Verweis auf Bundesarchiv NSD 41/41.

reichsdeutschen Strafrechts: Sei es, dass die Wachmannschaften weiterhin in – ggf. privilegierter – Kriegsgefangenschaft gehalten wurden; sei es, dass sie sich in die Kommandoketten der Wehrmacht, der SS, der Waffen-SS oder auch der Polizei im Generalgouvernement einfanden; oder sei es schließlich, dass sie vollwertige Mitglieder dieser Organisationen oder ihnen nur als Gefolge dienstvertraglich verbunden waren.

d) Strafanwendungsrechtliche Wahlfeststellung

Ließe sich demnach der exakte Status des Angeklagten als mögliches Mitglied solcher „fremdvölkischer Wachmannschaften“ am Ende der Beweisaufnahme nicht mit letzter Sicherheit feststellen, so muss es dem LG München II gestattet sein, eine *strafanwendungsrechtliche Wahlfeststellung*¹⁰⁷ vorzunehmen.

Dazu gilt es *erstens* – quasi als Vorbemerkung – zu bedenken, dass sich eine exakte strafanwendungsrechtliche Qualifizierung schon deshalb verbieten mag, weil sie bereits nach zeitgenössischem Recht nicht möglich war; eine Wahlfeststellung könnte demnach die historische Wahrheit zum Ausdruck bringen, dass das Dritte Reich binnenstrukturell in die verschiedensten, sich mitunter in ihren Kompetenzen eifersüchtig beobachtenden Organisationen fragmentierte. Das macht es heute unmöglich, bestimmten Personen und bestimmten Handlungen einen eindeutigen und jeweils als Alternative begriffenen amtlichen, soldatischen, militärischen etc. Status zuzuweisen.

Dogmatisch sollte *zum Zweiten* eine strafanwendungsrechtliche Wahlfeststellung allemal dann erlaubt werden, wenn und weil nach Überzeugung des Tatgerichts jede der in Frage kommenden tatsächlichen Konstellationen unter Ausschluss jeder weiteren Möglichkeit zur Anwendbarkeit des RStGB führte.¹⁰⁸ Da jede Eröffnung des Geltungsbereichs des deutschen Strafrechts in materieller – wohlgemerkt nicht in prozessualer – Hinsicht gleichsteht, weil jeweils ein Bewertungsanspruch deutschen Strafrechts zum Ausdruck gebracht wird, kann in der bekannten obergerichtlichen Terminologie auch die rechtsethische und psychologische Vergleichbarkeit der verschiedenen strafanwendungsrechtlichen Anknüpfungspunkte nicht substantiell in Zweifel gezogen werden.¹⁰⁹ Auch die von Teilen des Schrifttums zusätzlich erhobene Forderung, die (echte) Wahlfeststellung setze ein Identität des Unrechtskerns voraus,¹¹⁰ muss in Übertragung auf das Strafanwendungsrecht hier als erfüllt angesehen werden. Denn die oben beschriebenen strafanwendungsrechtlichen Alternativen lassen sich samt und sonders, wie es abschließend im Folgenden darzulegen gilt, auf die gleichen strafanwendungsrechtlichen Prinzipien – nämlich auf ein expansives Verständnis des aktiven Personalitätsprinzips und des Realprinzips – zurück-

¹⁰⁷ Ob es sich dabei um eine echte oder um eine unechte Wahlfeststellung handelt, und ob sich die strafanwendungsrechtliche Wahlfeststellung überhaupt in diese Kategorien einfindet, muss und soll hier nicht geklärt werden.

¹⁰⁸ Vgl. allgemein BGHSt 12, 386, 388.

¹⁰⁹ Vgl. allgemein BGHSt 30, 78.

¹¹⁰ Vgl. *Hruschka* MDR 1967, 265, 267; *Jakobs* GA 1971, 257, 270.

führen; in der Folge besteht zwischen den in Frage kommenden strafanwendungsrechtlichen Alternativen eine Identität im Anknüpfungskern.

e) Berücksichtigungsfähigkeit von NS-Strafanwendungsgesetzen

Die damit vorzunehmende *Rückführung der NS-Strafanwendungsgesetze auf allgemeine strafanwendungsrechtliche Prinzipien* wird auch deshalb erforderlich, um Zweifel an der rechtsstaatlichen Berücksichtigungsfähigkeit dieser Gesetze zu zerstreuen. Die besagten Zweifel nähren sich dabei nicht nur an der unleugbaren, völkerrechtlich immer kritisch zu bewertenden Expansion strafanwendungsrechtlicher Anknüpfungspunkte, sondern überdies und noch vielmehr an den menschenrechtlich untragbaren Motiven für eine Einführung einer eigenen SS- und Polizei-Gerichtsbarkeit. Denn die Errichtung dieses Justizweiges war, wie das Schrifttum herausgearbeitet hat, zumindest auch von dem Bestreben getragen, „fortan eine weitere Zuständigkeit der Wehrmächtsgerichte für die Bestrafung solcher Gr[äue]ltaten, wie sie von den SS- und Polizeieinheiten an der polnischen Zivilbevölkerung begangen w[u]rden, auszuschließen.“¹¹¹ Blendet man diese Motive, wie dies rechtsstaatlich und menschenrechtlich geboten ist, aus, so wirkt eine Rückführung auf die folgenden anerkannten strafanwendungsrechtlichen Prinzipien für das zeitgenössische Strafanwendungsrecht geltungserhaltend:

Zu nennen ist insofern *erstens* das *Real- oder Staatsschutzprinzip*. Dieses gestattet als Unterfall des Schutzprinzips die Erstreckung der nationalen Strafgewalt auf Auslands-taten von Ausländern, wenn diese inländische Rechtsgüter verletzen oder gefährden. „Dem liegt die zutreffende Überlegung zugrunde, dass es keinem Staat verwehrt sein kann, Angriffen auf seine politische oder militärische Integrität tatenlos zuzusehen [...].“¹¹² Welche anderen staatlichen Belange über diese Integritätsinteressen hinaus die Ausdehnung der nationalen Strafgewalt rechtfertigen, ist freilich wenig geklärt.¹¹³

Soweit die zeitgenössischen Strafanwendungsgesetze verhindern wollten, dass es durch Straftaten – mit den markigen Worten der zeitgenössischen Kommentatoren – zu einer „Störung der Zucht und Ordnung“ kommt und dadurch „Gefahren für Land und Bevölkerung entstehen“¹¹⁴, spricht daraus ein durch das Realprinzip anerkanntes politisches Integritätsinteresse. Gleiches gilt für den zeitgenössischen Hinweis, dass in Kriegszeiten der Herrschaftsbereich des deutschen Strafrechts „aus Gründen der Ordnung und Sicherheit der Wehrmacht“¹¹⁵ oder anderer staatlicher Organisationen (wie der SS oder Waffen-SS) auf die Mitglieder dieser Organisationen samt des jeweiligen Gefolges auszudehnen war. In bewusster – jedoch rechtsstaatlich motivierter – Durchbrechung der damaligen Rechtswirklichkeit lässt sich die Erstreckung

der deutschen Strafgewalt auch dadurch erklären, dass durch Straftaten, die aus Institutionen der militärischen oder politischen Herrschaftsgewalt begangen werden, das internationale Ansehen des Staates geschmälert wird; darauf muss der Staat reagieren dürfen, indem er aus seinen Reihen begangene Straftaten im eigenen Namen strafrechtlich sanktioniert, um internationalem Ansehensverlust proaktiv zu begegnen. In diesem Sinne lag es im – objektivierten – Interesse des Dritten Reiches, dass die in seinen Reihen tätigen – in weitesten Sinne – Soldaten, Militärs und Verwaltungsaufgaben übernehmenden Personen im Ausland die Normen des deutschen Strafrechts beachten.

Zweitens kommt auch dem *aktiven Personalitätsprinzip* geltungserhaltende Bedeutung zu. Danach rechtfertigt eine besondere personale Bindung zwischen einem Staat und einer Person deren Unterwerfung unter das staatliche – auf diese Person fürderhin auch im Ausland geltende – Strafrecht. Herkömmliches Beispiel ist die aus der staatlichen Personalhoheit abgeleitete Kompetenz des Staates, eigene Staatsangehörige nach Maßgabe des eigenen Strafrechts zu verfolgen. Darauf beschränkt sich das aktive Personalitätsprinzip freilich nicht, und es kann auch bei anderen spezifischen Nähebeziehungen zwischen Staat und Rechtsunterworfenem auf den Plan gerufen werden.¹¹⁶ Kraft des besonderen Gewaltverhältnisses, dem Kriegsgefangene unterworfen waren, wie auch kraft des mehr oder weniger freiwilligen Eintritts in militärische und politische Organisationen des NS-Regimes, der hier die Anwendbarkeit reichsdeutschen Strafrechts begründen könnte, finden sich demnach im sachgegenständlichen Verfahren entsprechende, vom aktiven Personalitätsprinzip geforderte personale Bindungen.¹¹⁷

¹¹⁶ Vgl. *Ambos*, a.a.O. (Fn. 17), Vor § 3 Rn. 38 (zum Domizilprinzip); *Werle/Jeßberger*, a.a.O. (Fn. 26), Vor § 3 Rn. 236 (zum ausländischen Amtsträger).

¹¹⁷ Aus heutiger Sicht mögen völkerrechtliche Bedenken zwar gegen die absolute – d.h. vom Tatortrecht unabhängige – Erstreckung der deutschen Strafgewalt auf Kriegsgefangene, ausländische Soldaten bzw. Militärs oder auf deren Gefolge gehegt werden (vgl. *Ambos*, a.a.O. (Fn. 17), Vor § 3 Rn. 36 m.w.N.); diese Bedenken greifen hier jedoch nicht durch, da – so darf unterstellt werden – im sachgegenständlichen Verfahren am Tatort identische tötungsdeliktische Normen vorhanden waren. – Einzugesprochen ist, dass die SS- und Polizei-Gerichtsbarkeit damit aus heutiger Sicht (um-)funktionalisiert werden kann, um strafrechtlich gegen die Vernichtungspolitik des Dritten Reiches einzuschreiten. Dies mag der historischen Zielsetzung der SS- und PolGVO zuwiderlaufen (s. oben bei Fn. 111), liegt aber in der Natur der Sache einer rechtsstaatlichen Aufarbeitung unrechtsstaatlichen Unrechts, die auf der damaligen Gesetzes- und (Un-)Rechtswirklichkeit basiert und diese wenn nötig rechtsstaats- und menschenrechtskonform rekonstruiert (s. oben II.2.b). Nicht hinnehmbar wäre es, die historisch gewünschte Strafflosstellung der NS-Vernichtungspolitik heute anzuerkennen.

¹¹¹ *Vieregge*, a.a.O. (Fn. 99), S. 14 m.w.N.

¹¹² *Ambos*, a.a.O. (Fn. 17), Vor § 3 Rn. 40.

¹¹³ *Werle/Jeßberger*, a.a.O. (Fn. 26), Vor § 3 Rn. 227.

¹¹⁴ *Schwinge*, a.a.O. (Fn. 88), § 158 MStGB Anm. I. (zur Erstreckung auf Kriegsgefangene).

¹¹⁵ *Schwinge*, a.a.O. (Fn. 88), § 155 MStGB Anm. I. (zur Erstreckung auf das Wehrmachts-Gefolge).

2. Der Status des Angeklagten nach geltendem Recht

a) Keine wehrstrafrechtliche Geltung des StGB

Bei der gemäß § 2 Abs. 3 StGB notwendig werdenden Prüfung der intertemporalen Anwendbarkeit deutschen Strafrechts (auch) nach dem Recht der Aburteilung, muss eine Begründung der bundesdeutschen Strafgewalt via der in Frage kommenden und soeben ausgeführten zeitgenössischen Anknüpfungspunkte (Kriegsgefangenschaft; Mitglied von Wehrmacht, SS, Waffen-SS oder Polizei; Gefolge dieser Organisationen) *zwingend* scheitern:

Erstens kennt das bundesdeutsche Strafrecht keine entsprechende Regelungen für Kriegsgefangene (§ 158 RGStB). Hinsichtlich des „Gefolges“ (§ 155 RStGB) ist *zweitens* zunächst zu bemerken, dass allein durch (dienst-)vertragliche Verbindungen zur Bundeswehr die für sie tätigen Ausländer nicht zu Soldaten im wehrrechtlichen Sinne werden, so dass für sie auch nicht das deutsche Strafrecht zur Anwendung kommt (§§ 1, 1a WStG).¹¹⁸ Ein funktionelles Äquivalent für die Erfassung von „Nicht-Soldaten“ hält zwar § 1 Abs. 4 WStG parat, wonach wegen „Anstiftung und Beihilfe zu militärischen Straftaten [...] nach diesem Gesetz auch strafbar [ist], wer nicht Soldat ist“; allerdings handelt es sich bei militärischen Straftaten nur um die im WStG speziell geregelten und nicht um die hier angeklagten gemeinen Vergehen und Verbrechen (§ 2 Nr. 1 WStG). Schließlich können *drittens* Ausländer zwar bei der Bundeswehr als Soldaten tätig werden (§ 37 Abs. 2 WStG: nur mit Ausnahmegenehmigung des Bundesministeriums der Verteidigung); allerdings scheint es mehr als fraglich, ob der historische Status des Angeklagten als „Trawniki“ in heutiges Recht dergestalt transponiert werden darf, dass man ihn als Bundeswehrsoldaten führen kann. An dieser Stelle tun sich die Grenzen einer sinngemäßen Umstellung der historischen Regelungseffekte (Mitglied oder Gefolge der Wehrmacht und mehr noch der SS und der Waffen-SS) und ihrer Gleichsetzung mit heutigen Rechtsinstituten auf.

Entscheidend gegen die Anwendbarkeit des WStG – und vermittels dessen die Anwendbarkeit des StGB – spricht jedoch *viertens* dessen Historie: Das WStG folgte nämlich dem MStGB nicht unmittelbar nach. Das MStGB wurde durch das Kontrollratsgesetz Nr. 34 mit Wirkung v. 20. August 1946 ebenso aufgehoben wie die Verordnung über das Sonderstrafrecht im Kriege und bei besonderem Einsatz v. 17. August 1938;¹¹⁹ das WStG trat erst elf Jahre später am 1. Mai 1957 im Zuge der „Wiederbewaffnung“ der Bundesrepublik Deutschland in Kraft.¹²⁰ In Ermangelung einer stehenden Truppe in den Anfangsjahren der Bundesrepublik wurde zudem durch das Dritte Strafrechtsänderungsgesetz v. 4. August 1953¹²¹ § 4 Abs. 3 Nr. 1 StGB in der Fassung der bis dato weiterhin gültigen

¹¹⁸ Vgl. nur *Dau*, a.a.O. (Fn. 13), § 1 WStG Rn. 5 ff.

¹¹⁹ Vgl. *Dau*, a.a.O. (Fn. 13), Vor § 1 ff. WStG Rn. 13 ff.

¹²⁰ WStG v. 30. März 1957 (BGBl. I, S. 298) und das Einführungsgesetz zum WStG v. 30. März 1957.

¹²¹ BGBl. I, S. 735.

GeltungsbereichsVO v. 6. Mai 1940 dahingehend geändert, dass Bezugnahmen auf Straftaten, die ein Täter als deutscher Soldat begangen hat, gestrichen und damit vom Anwendungsbereich des deutschen Strafrechts ausgenommen wurden.¹²²

Solche *zwischenzeitlichen Lagen*, die weder zur Tatzeit galten und auch bei der Entscheidung nicht mehr gelten, stellen nach dem BGH¹²³ ein milderes, hier also letztlich ein wehrrechtlich-entkriminalisierendes Gesetz im Sinne des § 2 Abs. 3 StGB dar. Der zwischenzeitliche Verzicht auf einen Bewertungsanspruch über vormals erfasste militärisch-soldatische Taten, die – unterstellt und hypothetisch – nunmehr auch wieder dem Wehrstrafrecht unterfallen, lassen demnach die bundesdeutsche Strafgewalt unter militär- oder wehrstrafrechtlichen Gesichtspunkten endgültig entfallen. Selbst wenn man das – entgegen der historischen Tragweite der Wiederbewaffnungsdebatte – als „Panne der Gesetzgebung“ auffassen wollte,¹²⁴ ändert dies nichts daran, dass die zwischenzeitliche Nichtgeltung eines Wehrstrafrechts eine zu berücksichtigende *lex mitior* darstellt.

b) Rekapitulation des Austausches strafanwendungsrechtlicher Anknüpfungspunkte

Die Abschaffung des NS-Militärstrafrechts sowie der gesetzlichen Regelungswerke der – vom Nürnberger Tribunal zur kriminellen Organisation erklärten – SS¹²⁵ samt ihrer Sondergerichtsbarkeit stellt auch im strafanwendungsrechtlichen Sinne ein einschneidendes Ereignis dar. Dieses allein rechtfertigt es, die „bellizistischen“ Zustände der überkommenen Rechtslage unter neuen und eigenen Vorzeichen zu bewerten, d.h. nachzuzugreifen, ob der bundesrepublikanische Gesetzgeber eine vergangene Straftat als fortwirkende Gemeinschaftsgüterwidrigkeit oder aber als unrechtsneutrale Handlung bewerten wollte.

Eine entsprechende Entkriminalisierung wird man, wie oben dargestellt (s. oben II.1.d), nur annehmen dürfen, wenn sich die Anwendbarkeit deutschen Nachkriegsstrafrechts unter keinem strafanwendungsrechtlichen Gesichtspunkt ergibt. An einer Fortwirkung der Gemeinschaftsgüterwidrigkeit ist jedoch beim reinen *Austausch strafanwendungsrechtlicher Anknüpfungspunkte* nicht zu zweifeln; um letzte rückwirkungsrechtliche Bedenken auszu-

¹²² § 4 Abs. 3 Nr. 1 StGB in der Fassung des Dritten Strafrechtsänderungsgesetzes lautete: „Straftaten, die er als Träger eines deutschen staatlichen Amtes oder gegen Träger eines deutschen staatlichen Amtes während ihres Dienstes oder in Beziehung auf ihren Dienst begeht.“

¹²³ BGHSt 39, 353, 370. Vgl. ferner *Fischer*, a.a.O. (Fn. 50), § 2 Rn. 4. Besonders deutlich *Satzger*, a.a.O. (Fn. 32), § 2 Rn. 15 („insbesondere wird auch der (vorübergehende) Zustand der Straflosigkeit als ‚milderes Gesetz‘ angesehen.“). – Zwar hat der BGH das MStGB trotz seiner förmlichen Aufhebung durch KRG Nr. 34 in den frühen 1950ern weiter angewandt, wenn es das zur Zeit der Tat anwendbare Gesetz war (so zu lesen in *ZaöRV* 1961, 511, 518 m.w.N.); das erklärt sich wohl aber aus § 2a Abs. 2 StGB der damals geltenden Fassung, wonach das Meistbegünstigungsprinzip nur fakultativ galt.

¹²⁴ Dazu auch *Satzger*, a.a.O. (Fn. 32), § 2 Rn. 15.

¹²⁵ Internationales Militärtribunal, a.a.O. (Fn. 3), S. 516 ff.

räumen, gilt eine solche Fortwirkung zumindest dann, wenn eine *Kontinuität im Anknüpfungstypus* sichergestellt ist.

Bei der Prüfung der fortwährenden Anwendbarkeit geltenden Rechts kommt demnach die historische Rechtswirklichkeit nicht zum Tragen. Im Gegenteil, um dem Angeklagten größtmöglichen Schutz vor missbräuchlicher staatlicher Strafverfolgung zu gewähren,¹²⁶ ist an dieser Stelle des Prüfungsaufbaus – nachdem die historische Rechtswirklichkeit zuvor en detail behandelt wurde – allein und ausschließlich das geltende Recht anzuwenden und nach Maßgabe des aktuellen rechtsstaatlichen Methodenkanons (samt seiner verfassungsrechtlichen Wortlautbindung für strafbarkeitskonstitutive Merkmale) auszulegen; eine Berücksichtigung historischer Rechts-„Rückstände“ würde gerade der Maxime des § 2 Abs. 3 StGB zuwiderlaufen, dass die Strafverfolgung einer vergangenen Straftat nur im Falle eines aktuellen Bewertungsanspruchs deutschen Strafrechts als aktuell gerechtfertigter Eingriff in die Handlungsfreiheit des Betroffenen anzusehen ist.

c) Amtsträgereigenschaft des Angeklagten nach geltendem Recht (§ 5 Nr. 13 StGB)

Im Lichte dessen liegt hier – einmal mehr vorbehaltlich der korrespondierenden tatrichterlichen Feststellungen – eine Eröffnung der bundesdeutschen Strafgewalt nach § 5 Nr. 13 StGB¹²⁷ nahe. Um es nochmals klarzustellen: Das ist kein Widerspruch zu der oben (s. oben V.1.) gemachten Aussage, dass die historische Rechtswirklichkeit den Angeklagten weniger wegen seiner Amtsträger-, denn vielmehr wegen seiner – ggf. nur wahlfeststellend anzugebenden – „bellizistischen“ Stellung dem Anwendungsbereich reichsdeutschen Strafrechts unterworfen hätte. Diese Feststellung ist etwas anderes als die nunmehr akut werdende aktuelle Bewertung der Tätigkeiten des Angeklagten, die nach heutigem Verständnis anders, nämlich als Taten gewertet werden könnten, die der Angeklagte als deutscher Amtsträger begangen hat. Eine solche Bewertung wahrte auch die Alternativität zwischen der Amtsträger- und der Soldatenstellung des Angeklagten, weil nach geltendem (!) Recht eine entsprechende Qualifizierung als Soldat strafanwendungsrechtlich nicht in Betracht kommt (s. oben V.2.a).

¹²⁶ Vgl. Satzger, a.a.O. (Fn. 32), § 2 Rn. 13, der darin den Hauptzweck des § 2 Abs. 3 StGB erkennt.

¹²⁷ Die Erstreckung der deutschen bzw. bundesdeutschen Strafgewalt auf Straftaten, die der Täter als Träger eines deutschen staatlichen Amtes bzw. als Amtsträger begangen hat, ist seit den angeklagten Tatzeiträumen ununterbrochen Bestandteil des StGB. Zur Entstehungsgeschichte von § 5 Nr. 13 StGB, samt der verschiedensten Änderungsgesetze, vgl. Werle/Jeßberger, a.a.O. (Fn. 26), § 5 Entstehungsgeschichte. – Wenn und sofern zu den Zwischengesetzen in der Rechtslehre die Ansicht vertreten wurde, die Erstreckung auf Amtsträger (etwa nach § 4 Abs. 3 Nr. 1 StGB in der Fassung des Dritten Strafrechtsänderungsgesetzes, s. oben Fn. 122) beziehe sich nur auf echte und unechte Amtsdelikte, ist – da es sich nunmehr um die Auslegung von Nachkriegsrecht handelt – das Tatgericht rückwirkungsrechtlich nicht an solche Auffassungen gebunden.

aa) „Aufgaben der öffentlichen Verwaltung“

Für die Eröffnung der deutschen Strafgewalt gemäß § 5 Nr. 13 StGB ist demnach erforderlich, dass der Angeklagte als Amtsträger gehandelt hat. Die *Amtsträgereigenschaft* bemisst sich wiederum nach § 11 Abs. 1 Nr. 2 c) StGB:¹²⁸ Amtsträger ist, „wer nach deutschem Recht dazu bestellt ist, bei einer Behörde oder einer sonstigen Stelle oder in deren Auftrag *Aufgaben der öffentlichen Verwaltung* [...] vorzunehmen.“ In sinngemäßer Umstellung des historischen Sachverhaltes ist demnach zu fragen, ob eine staatlich angeordnete und rassistisch motivierte Politik der Vernichtung von Mitbürgern und Ausländern nach heutiger Sicht der Dinge eine entsprechende Wahrnehmung öffentlicher Aufgaben darstellt. Daran ist im Ergebnis, wie es nun kurz ausführen gilt, nicht zu zweifeln:

Zunächst dürfte kaum vertretbar sein, dass die in Sobibór vollstreckten Vernichtungspolitiken einen reinen Exzess der politischen, militärischen und administrativen Führung des deutschen Reiches darstellen; schon aufgrund der breiten Einbindung deutscher staatlicher Stellen wie der Reichsbahn verbietet es sich insbesondere, die „Aktion Reinhard“ als quasi-privaten „Akt der Führergewalt“ zu klassifizieren, die dem Staat nicht zurechenbar ist.

Allerdings bedarf es der Begründung, warum eine entsprechende Politik, die in jeder Hinsicht *ultra vires* der staatlichen Kompetenzen und der rechtsstaatlichen Bindungen an Art. 1, 20 GG ist, heute als öffentliche Aufgabe qualifiziert werden darf. Dies gilt umso mehr, als eine gängige obergerichtliche Definition wie folgt lautet: „Die Wahrnehmung öffentlicher Aufgaben umfasst jegliche Art von Aufgabenbewältigung, die ein Hoheitsträger *zulässigerweise* für sich in Anspruch nimmt, wobei die Grenze erst dort anzunehmen ist, wo der fraglichen Betätigung jegliche *öffentliche* Zielsetzung fehlt.“¹²⁹ Eine normative Rückführung dieser Zulässigkeiten und öffentlichen Ziele auf die rechtsstaatliche und menschenrechtliche Werteordnung des Grundgesetzes würde mithin dem Vollzug unrechtsstaatlicher und menschenrechtswidriger Politiken ihre Qualität als öffentliche Aufgaben nehmen.

Eine solche dogmatische Verbriefung eines Palmström-Normativismus¹³⁰ (getreu dem Motto: es kann nicht sein, was nicht sein darf) wäre jedoch teleologisch sinnwidrig. Es würde ein strafrechtliches Einschreiten gegen solche Politiken erschweren und so die strafrechtlichen Rechtsschutzpositionen der Betroffenen schmälern. Eine normative Beschränkung auf „legitime“ Aufgaben der öffentlichen Verwaltung würde somit dem – in der Begründung des E 1962 eigens herausgehobenen¹³¹ – Interesse des

¹²⁸ Die in § 11 Abs. 1 Nr. 2 bis 4 StGB enthaltenen Definitionen stellen kein Novum zum überkommenen Recht dar, sondern greifen im Gegenteil die Rechtsprechung insbesondere des RG zum (strafrechtlichen) Beamtenbegriff (§ 359 StGB a.F.) auf. Vgl. Hilgendorf, LK-StGB, 12. Aufl. (2007), § 11 Rn. 19.

¹²⁹ KG NSTz 1994, 242 (2. Leitsatz) (Herv. des Verf.).

¹³⁰ Vgl. dazu nur Bung HRRS 2006, 317 m.w.N.

¹³¹ BT-Drs. 4/650, S. 112. Dort heißt es mit Blick auf den heutigen § 5 Nr. 12 StGB, der Auslands-Amtsstraftaten deutscher Staatsangehöriger der deutschen Strafgewalt unabhängig vom Tatortrecht unterwirft: „Das ist schon zur

Staates zuwiderlaufen, internationalen Ansehensverlusten durch die strafrechtliche Verfolgung illegitimer Politiken entgegenzuwirken. Ebenso würde das „Interesse der einzelnen Staatsbürger an einem ordnungsgemäßen Funktionieren der staatlichen Verwaltung“ in Abrede gestellt.¹³²

In diesem Sinne sind unter den „Aufgaben der öffentlichen Verwaltung“ all jene zu verstehen, „in denen sich die spezifische Machtstellung des Staates und die hieraus folgenden besonderen Einflussmöglichkeiten der mit der Wahrnehmung dieser Aufgaben betrauten Personen den einzelnen Bürgern gegenüber widerspiegeln.“¹³³ Wie auch der Gesetzgeber – in der Begründung zu § 11 StGB – eindeutig festhält, geht es also u.a. um die „Wahrnehmung von Aufgaben der staatlichen Anordnungs- und Zwangsgewalt.“¹³⁴ Hieraus spricht ein *strikt funktionaler Zugang* zum Begriff der öffentlichen Verwaltung und den damit verfolgten öffentlichen Zielen, die nicht normativ auf ihre Einhaltung der Werteordnung des Grundgesetzes zu überprüfen sind; die illegitime und verfassungswidrige Ausnutzung des staatlichen Gewaltmonopols und der Machtstellung staatlicher Hoheitsbefugnisse verpflichtet nachgerade die staatlichen Strafverfolgungsorgane dazu, gegen die entsprechenden Amtsträger vorzugehen. In sinngemäßer Umstellung der Vernichtungspolitik des Dritten Reichs, würde ein Vollzug einer entsprechenden und in jedem Sinne völker-, rechtsstaats- und menschenrechtswidrigen Politik eine Verwaltung staatlich geplanter, geförderter und verwalteter Morde darstellen. Obwohl dann hier die juristische Begriffswelt an ihre Grenzen stößt, und die Wirklichkeit in jeder Hinsicht nur unzureichend abbilden kann,¹³⁵ stellte ein solcher Vollzug einer solchen Politik demnach eine (im perfidesten Sinne) *Maßnahme der staatlichen Hoheitsgewaltsausübung und damit im wahrsten Sinne des Wortes: eine Art mörderische Verwaltung* dar: Träger hoheitlicher Gewalt treffen Entscheidungen mit belastender Wirkung für den Bürger und setzen sie durch. Diese Qualifizierung ist auch insofern entscheidend, als die damit benannte Eingriffsverwaltung nach unbestrittener¹³⁶ Auffassung seit je her Aufgaben der öffentlichen Verwaltung wahrnimmt bzw. die entsprechenden Tätigkeiten – in den Worten des Reichsgerichts zu § 359 StGB a.F. – Dienstverrichtungen darstellen, die „aus der Staatsgewalt abgeleitet sind und staatlichen Zwecken dienen.“¹³⁷

bb) Handeln „als Amtsträger“

Ob der Angeklagte als Amtsträger gehandelt und Maßnahmen der Eingriffsverwaltung vollstreckt hat, ist einmal mehr der tatrichterlichen Beurteilung zu überlassen. Maßgeblich wird sein, ob und inwieweit er in die „Orga-

nisation und den Betrieb“ des Vernichtungslagers Sobibór eingegliedert war.¹³⁸ Wie bereits vom RG anerkannt, ist es nicht erforderlich, dass er selbständige Entscheidungen zu treffen hatte; auch eine vorbereitende und unterstützende Tätigkeit genügt, außer die Diensthandlungen bestanden in rein mechanischen Hilfsdiensten bzw. wurden in ganz untergeordneter¹³⁹ Weise erfüllt.¹⁴⁰

Schließlich ist noch erforderlich, dass der Angeklagte nicht nur gelegentlich seiner Amtsträgerstellung, sondern als Amtsträger handelte, d.h. sich in seinen Handlungen nicht nur ein privates Ausnutzen einer vorgefundenen staatlichen Machtposition widerspiegelt.

cc) Keine Begrenzung auf echte und unechte Amtsdelikte nach geltendem Recht

Nach herrschender Meinung¹⁴¹ ist schließlich auch nicht erforderlich, dass es sich bei den als Amtsträger verwirklichten Straftaten um *echte oder unechte Amtsdelikte* handelt. Dem ist zuzustimmen. Rechtfertigt sich die Erstreckung der deutschen Strafgewalt auf Ausländer, die als deutsche Amtsträger handeln, u.a. daraus, dass deren amtlich bzw. staatlich veranlassenes Handeln einen Missbrauch der staatlichen Hoheitsgewalt darstellt, so kann und wird das staatliche Integritätsinteresse bei jedweder amtlichen Straftatbegehung angegriffen. Die Amtsstraftatbegehung eines Ausländers gefährdet demnach ein überformendes inländisches Rechtsgut, nämlich das staatliche Interesse am verfassungs- und völkerrechtskonformen Wirken seines Verwaltungsapparats; das begründet die Geltung deutschen Strafrechts für Auslandsstaten von Ausländern nach § 5 Nr. 13 StGB, selbst wenn diese Taten sich unmittelbar gegen andere Individualrechtsgüter richten. Eines direkten Angriffs gegen gesonderte staatliche Interessen, wie der eigens in § 5 Nr. 1 StGB geregelte Hochverrat, bedarf es hingegen nicht (unbedingt), so dass eine Reduzierung auf echte oder unechte Amtsdelikte nicht mit dem Sinn und Zweck der Vorschrift vereinbar ist. Wortlaut und Systematik des § 5 Nr. 13 StGB sprechen dieselbe Sprache, denn in Verbindung mit der amtlichen Überschrift lautet diese Vorschrift, dass „Taten, die ein Ausländer als Amtsträger begeht“, „Auslandsstaten gegen inländische Rechtsgüter“ darstellen.

Wahrung des Ansehens des eigenen Staates im Ausland geboten.“

¹³² Heinrich, Der Amtsträgerbegriff im Strafrecht (2001), S. 422.

¹³³ Heinrich, a.a.O. (Fn. 132), S. 420.

¹³⁴ BT-Drs. 7/550, S. 208.

¹³⁵ Dazu schon Arendt, Eichmann in Jerusalem (1994).

¹³⁶ Hilgendorf, a.a.O. (Fn. 128), § 11 Rn. 43.

¹³⁷ RGSt 73, 29, 30.

¹³⁸ Daran sind freilich keine hohen Anforderungen zu stellen, da heute bereits „Praktikanten“ als Amtsträger gelten, vgl. KG NStZ-RR 2008, 198 (freilich zum spiegelbildlichen Fall eines gegen eine Praktikantin als Amtsträgerin gerichteten Delikts).

¹³⁹ Die entsprechende Literatur berichtet davon, dass viele der untergeordneten Tätigkeiten, z.B. beim Ausladen der eintreffenden Transporte, von jüdischen Arbeitshäftlingen ausgeführt wurden. Rückertl, a.a.O. (Fn. 1), S. 167. – Zu den Aufgaben der ukrainischen Wachmannschaften auch a.a.O., S. 183.

¹⁴⁰ Vgl. zu der entsprechenden RG-Rechtsprechung ausführlichst Heinrich, a.a.O. (Fn. 132), S. 109.

¹⁴¹ Ambos, a.a.O. (Fn. 17), § 5 Rn. 36; Böse, a.a.O. (Fn. 23), § 5 Rn. 16; Eser, a.a.O. (Fn. 47), § 5 Rn. 20; Hoyer, a.a.O. (Fn. 71), § 5 Rn. 29; Lackner/Kühl, StGB, 26. Aufl. (2007), § 5 Rn. 3; Werle/Jeßberger, a.a.O. (Fn. 26), § 5 Rn. 196 ff. A.A. Fischer, a.a.O. (Fn. 50), § 5 Rn. 13.

Wenn und soweit somit eine Qualifizierung der dem Angeklagten vorgeworfenen Taten als die eines Amtsträger vorzunehmen ist, beansprucht die Bundesrepublik Deutschland weiterhin Strafgewalt gemäß § 5 Nr. 13 StGB, so dass ein kontinuierliches, in die Nachkriegszeit fortwirkendes Überdauern der Gemeinschaftsgüterwidrigkeit dieser Taten zu bejahen ist.

d) Kontinuität im Anknüpfungstypus beim Austausch strafanwendungsrechtlicher Anknüpfungspunkte

Der damit im Vergleich zum Tatzeitrecht zu verzeichnende Austausch strafanwendungsrechtlicher Anknüpfungspunkte rechtfertigt sich schließlich aus der *Kontinuität im Anknüpfungstypus*. Wie oben ausgeführt, war die historische Eröffnung der Anwendbarkeit des gemeinen RStGB strafanwendungsrechtlichen Vorschriften geschuldet, die ihrerseits auf das Real- sowie auf das passive Personalitätsprinzip zurückgeführt werden konnten (s. oben V.1.e). Die gleichen Prinzipien kommen bei der Begründung des § 5 Nr. 13 StGB zum Tragen, obwohl umstritten ist, ob nun allein das Real-¹⁴² oder alternativ das passive Personalitätsprinzip¹⁴³ oder kumulativ beide Prinzipien zusammen¹⁴⁴ die Geltung deutschen Strafrechts für Taten, die ein Ausländer als deutscher Amtsträger verwirklicht hat, begründen sollen. Obwohl hier – teleologisch und systematisch bedingte – Sympathien für die erstgenannte Ansicht nicht zu verleugnen sind, bedeutet dieser typologische Gleichlauf der die Anwendbarkeit nach überkommenem und geltendem Strafanwendungsrecht leitenden Prinzipien, dass die heutige Strafverfolgung für den Angeklagten weder überraschend kommt noch dass sie heute als Missbrauch der staatlichen Strafverfolgung gewertet werden kann. Vielmehr waren die nunmehr im Entscheidungszeitpunkt maßgeblichen strafbarkeitskonstitutiven Merkmale bereits zur Tatzeit in genereller Form benannt. Trotz der strafanwendungsrechtlichen Änderungen und dem Austausch strafanwendungsrechtlicher Anknüpfungspunkte bleibt also das Gesetz, aus dem bestraft wird, im Sinne des § 2 Abs. 3 StGB identisch. Mit dem BGH kann also allemal von einer Kontinuität im Unrechtstyp zwischen der damaligen und der heutigen Rechtslage ausgegangen werden.

VI. Zusammenfassung in Thesen

Mit dem Demjanjuk-Verfahren betritt die deutsche Strafrechtspflege in vielerlei Hinsicht juristisches Neuland.¹⁴⁵

¹⁴² Ambos, a.a.O. (Fn. 17), § 5 Rn. 36.

¹⁴³ Werle/Jesberger, a.a.O. (Fn. 26), § 5 Rn. 196 ff.

¹⁴⁴ Wohl Eser, a.a.O. (Fn. 141), § 5 Rn. 20.

¹⁴⁵ Nur cursorisch sei angemerkt, dass die Rechtsvergleichung und das Völkerstrafrecht einen beschränkten Lösungsvorrat für andere sich im Demjanjuk-Verfahren einstellende Probleme parat halten:

(1) So erhebt die Verteidigung den Einwand *selektiver Strafverfolgung*, namentlich im Vergleich zur Praxis der (Nicht-)Verfolgung von deutschen Beteiligten am NS-Unrecht in früheren Jahren. Wenn das LG München II mit Beschluss v. 21. Dezember 2009 – 1 Ks 115 Js 12496/08 – diesen Einwand „rechtlich nicht einzuordnen“ vermag, so spricht daraus die der deutschen Strafprozessdogmatik bis dato unbekannte Überprüfung von Strafverfolgungsentscheidungen nach Art. 3 GG. Das US-amerikanische Straf-

Für die fundamentale Vorfrage nach dem Geltungsbereich deutschen Strafrechts bedarf es einer Theorie des intertemporalen Strafanwendungsrechts.

Dieser zufolge ist nach §§ 2 Abs. 1, Abs. 3 StGB sowohl die Anwendbarkeit deutschen Strafrechts nach dem Recht des Tatzeitpunktes wie auch nach dem Recht des Aburteilungszeitpunktes zu prüfen. Für die Prüfung der Strafbarkeit nach der aktuellen Rechtslage ist eine sinn-gemäße Umstellung des Sachverhaltes vorzunehmen. Insofern ist von einer Anerkennung von außer- oder vorstraf(anwendungs)rechtlichen Regelungseffekten des überkommenen Rechts abzusehen und vielmehr der Sachverhalt auch diesbezüglich nach Maßgabe des aktuellen Rechtszustands zu bewerten. Nur so kann sichergestellt werden, dass ein ehemals strafbares Verhalten weiterhin eine fortwirkend-aktuelle Gemeinschaftsgüterwidrigkeit darstellt.

Ein *Austausch strafanwendungsrechtlicher Anknüpfungspunkte* stellt allemal dann keine rückwirkende Anwendung geltenden Rechts zulasten des Angeklagten dar, wenn eine *Kontinuität im Anknüpfungstypus* gewahrt ist. Das ist der Fall, wenn sich die Anwendung deutschen Strafrechts jeweils, d.h. nach dem überkommenen und nach dem geänderten Gesetz, auf die gleichen strafrechtsanwendungsrechtlichen (Grund-)Prinzipien stützt.

Im vorliegenden Fall bestehen strafanwendungs-, beteiligungs- und tatbestandsdogmatische Zweifel an der Begründung der deutschen Strafgewalt qua der *Auslands-Beihilfe an einer Inlands-Haupttat* (§§ 4 Abs. 1 RStGB, 9 Abs. 2, Abs. 1 StGB). Nach der für den Tatzeitpunkt das Reichsstrafrecht konkretisierenden Rechtsprechung des RG ist ein Inlandstatort der Auslands-Beihilfe nur gegeben, wenn sich letztere im Inland ausgewirkt hat. Normgenetisch und akzessorietätsdogmatisch kann diese For-

recht kennt hingegen ein entsprechendes, von der Verteidigung implizit aufgeworfenes Prozesshindernis der *diskriminierend-willkürlichen Strafverfolgung*, das allerdings mit hohen (Beweis-)Hürden verbunden ist; vgl. US Supreme Court, *Oyler v. Boles*, 368 U.S. 448 (1962) („[T]he conscious exercise of some selectivity in enforcement is not in itself a federal constitutional violation. Even though the statistics in this case might imply a policy of selective enforcement, it was not stated that the selection was deliberately based upon an unjustifiable standard such as race, religion, or other arbitrary classification.“).

(2) Auch die notwendig werdende „Mathematik des Todes“ (so SZ v. 13. Februar 2010) wirft heikle Grenzfragen zwischen materiellem Straf- und prozessuellem Beweisrecht auf, wenn und weil dem Angeklagten nicht alle zur Last gelegten 27.900 Einzelschicksale konkretisiert vorgeworfen werden können; vielmehr muss die Anklageschrift von den in den Transportlisten der 15 Eisenbahntransporte genannten 29.759 Personen einen statistischen Abschlag vornehmen, und gelangt so erst zu der Zahl 27.900, weil viele der transportierten Menschen auf der Fahrt starben und andere als Arbeitshäftlinge, die möglicherweise überlebten, ausgewählt wurden. Eine solche statistische „Opfer-Wahlfestellung“ – vgl. dazu grundlegend K. Tiedemann, I. Tiedemann, in: Festschrift für Rudolf Schmitt (1992), S. 139 ff. – ist dem Völkerstrafrecht nicht zur Gänze unbekannt, vgl. Internationaler Strafgerichtshof für Ruanda, Urte. der Verfahrenskammer I v. 27. Februar 2009, *The Prosecutor v. Emmanuel Rukundo*, Rs. ICTR-2001-70-T, Rn. 589.

derung auch für § 9 StGB erhoben werden. Zudem ist – die dem RG überdies unbekannt – Figur des Täters hinter dem Täter, und damit die Begründung eines Inlandstatortes der Auslands-Beihilfe vermittelt der mittelbaren Täterschaft der von deutschem Boden aus agierenden Organisatoren und Administratoren des Holocausts, strafanwendungsrechtlich nicht mit der Figur der Auslands-Beihilfe abgestimmt. Es erscheint somit fraglich, ob der Inlandstatort des Inlands-Haupttäters automatisch einen Inlandstatort der Auslands-Beihilfe begründet.

Soweit dem Angeklagten Beihilfe zur *Ermordung „deutscher Juden“* nachgewiesen kann, folgt die Anwendbarkeit reichsdeutschen Strafrechts aus § 4 Abs. 2 Nr. 2 RStGB und die Anwendbarkeit bundesdeutschen Strafrechts aus § 7 Abs. 1 StGB. Die rassistisch motivierten NS-Zwangsausbürgerungen deutscher, insbesondere jüdischer Mitbürger ist nach der Radbruch'schen Formel und mit Billigung des BVerfG ungeschehen zu machen. Da diesen ermordeten Mitbürgern die Möglichkeit genommen wurde, einen nach Art. 116 Abs. 2 GG eigentlich notwendigen Antrag auf Wiedereinbürgerung zu stellen bzw. einen Wohnsitz in Deutschland zu nehmen, bleibt diese Verfassungsvorschrift bei der Bestimmung der Bundes-Deutschen-Eigenschaft der Tatopfer mit Billigung des BVerfG außer Betracht.

Bei der Begründung der *deutschen Strafgewalt vermittelt des (Amtsträger-, Soldaten- etc.) Status des Angeklagten*, ist wie folgt zu differenzieren: Nach zum Tatzeitpunkt geltenden Recht scheidet eine Qualifikation seiner Taten als die eines Trägers eines deutschen staatlichen Amtes aus. Vielmehr folgt die Anwendbarkeit reichsdeutschen Strafrechts entweder aus seiner im Tatzeitraum fortwährenden Kriegsgefangenschaft oder aber der unmittelbaren oder mittelbaren (als so genanntes Gefolge) Zugehörigkeit des Angeklagten zur Wehrmacht, zur SS, zur Waffen-SS oder zur Polizei im Generalgouvernement. Das Scheitern einer eindeutigen Status-Einordnung erlaubt eine *strafanwendungsrechtliche Wahlfeststellung*, wenn nach allen in Betracht kommenden Sachverhaltsmöglichkeiten die Anwendbarkeit reichsdeutschen Strafrechts außer Frage steht.

Die zum Tatzeitpunkt geltenden strafanwendungsrechtlichen Anknüpfungspunkte haben für das aktuelle Recht an Geltung verloren. Insbesondere verbietet sich eine wehrstrafrechtliche Eröffnung der deutschen Strafgewalt, weil in den Anfangsjahren der Bundesrepublik Deutschland – mangels einer stehenden Truppe – kein entsprechendes Wehrstrafrecht galt. Diese strafanwendungsrechtliche Entkriminalisierung stellt ein für § 2 Abs. 3 StGB maßgebliches milderer Gesetz (so genanntes Zwischengesetz) dar. Allerdings ist es dem Tatgericht unbenommen, die Taten des Angeklagten nach heutiger (wohlgemerkt: nicht damaliger) Bewertung als die eines Amtsträgers zu bewerten (§ 5 Nr. 13 StGB). Aus Gesichtspunkten müssen insofern selbst verfassungswidrige, gegen Art. 1, 20 GG verstoßende Politiken als „Aufgaben der öffentlichen Verwaltung“ qualifiziert werden, wenn und sofern in diesen Politiken ein Missbrauch staatlicher Hoheitsgewalt liegt. Das ist für die Vernichtungspolitik des Dritten Reichs unzweifelhaft zu bejahen.

Der Austausch strafanwendungsrechtlicher Anknüpfungspunkte (damals: Kriegsgefangenschaft; Mitglied von Wehrmacht, SS, Waffen-SS oder Polizei; Gefolge dieser Organisationen; heute: Amtsträger) verletzt weder § 2 Abs. 3 StGB noch das Rückwirkungsverbot, weil eine *Kontinuität im Anknüpfungstypus* sichergestellt ist. Die strafanwendungsrechtlichen Anknüpfungspunkte nach überkommenem und geltendem Recht rechtfertigen sich nämlich jeweils aus dem passiven Personalitäts- und dem Real- bzw. Staatsschutzprinzip.

Somit ist sowohl nach Tatzeit- wie auch nach Aburteilungsrecht eine Eröffnung der deutschen Strafgewalt möglich. Ob der faktische Nachweis der in Frage kommenden strafanwendungsrechtlichen Anknüpfungspunkte gelingt, ist natürlich der endgültigen tatrichterlichen Beweiswürdigung vorzubehalten.

VII. Anhang: Zitierte Reichsnormen im Wortlaut

§ 3 Abs. 1 RStGB in der Fassung der Verordnung über den Geltungsbereich des Strafrechts v. 6. Mai 1940 (RGBl. I, S. 754)

Das deutsche Strafrecht gilt für die Tat eines deutschen Staatsangehörigen, einerlei ob er sie im Inland oder im Ausland begeht.

§ 4 Abs. 1, Abs. 2 Nr. 2, Abs. 3 Nr. 1 RStGB

Das deutsche Strafrecht gilt auch für Taten, die ein Ausländer im Inland begeht.

Für eine von einem Ausländer im Ausland begangene Straftat gilt das deutsche Strafrecht, wenn sie durch das Recht des Tatorts mit Strafe bedroht oder der Tatort keiner Strafgewalt unterworfen ist und wenn [...] 2. die Straftat gegen das deutsche Volk oder gegen einen deutschen Staatsangehörigen gerichtet ist [...].

Unabhängig vom Recht des Tatorts gilt das deutsche Strafrecht für folgende Straftaten, die ein Ausländer im Ausland begeht: 1. Straftaten, die er als Träger eines deutschen staatlichen Amtes, als deutscher Soldat oder als Angehöriger des Reichsarbeitsdienstes oder die er gegen den Träger eines deutschen staatlichen Amtes des Staates oder der Partei, gegen einen deutschen Soldaten oder gegen einen Angehörigen des Reichsarbeitsdienstes während der Ausübung ihres Dienstes oder in Beziehung auf ihren Dienst begeht [...].

§ 3 Militärstrafgesetzbuch (MStGB) in der Fassung v. 10. Oktober 1940 (RGBl. I, S. 1347)

Strafbare Handlungen der Wehrmattsangehörigen, die keine militärischen Verbrechen oder Vergehen sind, werden nach den allgemeinen Strafgesetzen beurteilt, soweit nicht dieses Gesetz anderes bestimmt.

§ 155 MStGB

Während eines gegen das Deutsche Reich ausgebrochenen Krieges sind alle Personen, die sich in irgendeinem

Dienst- oder Vertragsverhältnis bei der Wehrmacht befinden oder sonst sich bei ihr aufhalten oder ihr folgen, den Strafvorschriften dieses Gesetzes, insbesondere den Kriegsgesetzen unterworfen, soweit die Oberbefehlshaber der Wehrmachtteile oder der Chef des Oberkommandos der Wehrmacht es für ihren Befehlsbereich bestimmen.

§ 158 MStGB

Auf strafbare Handlungen eines Kriegsgefangenen finden nach Maßgabe seines Militäranges die Vorschriften dieses Gesetzes entsprechende Anwendung. Militärische Ehrenstrafen dürfen nicht verhängt werden.

§ 1 Erste Verordnung über das Sonderstrafrecht im Kriege und bei besonderem Einsatz v. 17. August 1938 (RGBl. I 1939, S. 1455).

Für alle Personen, die dem Militärstrafgesetzbuch unterworfen sind, gilt auch das Strafgesetzbuch für das Deutsche Reich.

Auf diese Personen ist das für sie geltende Strafrecht auch dann anzuwenden, wenn sie die Tat im Ausland begehen.

§§ 2 Abs. 1 S. 1, 3 Abs. 1 Verordnung über eine Sondergerichtsbarkeit in Strafsachen für Angehörige der SS und für die Angehörigen der Polizeiverbände bei besonderem Einsatz v. 17. Oktober 1939

Der Sondergerichtsbarkeit unterstehen die in § 1 Nr. 1 bis 5 bezeichneten Personen bei allen Straftaten, auf die sich die Wehrmichtsgerichtsbarkeit erstreckt.

Für die Sondergerichtsbarkeit finden die Vorschriften des Militärstrafgesetzbuchs und der Militärstrafgerichtsordnung sowie ihre Einführungsgesetze sinnngemäße Anwendung, soweit nicht anderes bestimmt wird; im übrigen gelten bei nichtmilitärischen Straftaten die allgemeinen Strafgesetze, welche auf Wehrmichtsangehörige Anwendung finden.

Aufsätze und Anmerkungen

Alter schützt vor Strafe nicht?

Zugleich Besprechung der Verfahren gegen Demjanjuk und Boere, beides laufende Strafverfahren vor dem LG München II und LG Aachen, sowie BVerfG, Beschluss vom 15.10.2009, 2 BvR 2331/09; 2 BvR 2332/09; BVerfG, Beschluss vom 6.10.2009, 2 BvR 1724/09.

Dr. Susanne Beck, LL.M., Wiss. Mitarbeiterin, Universität Würzburg

Statistischen Untersuchungen zufolge wird im Jahr 2060 jeder siebte Deutsche 80 Jahre oder älter sein.¹ Die 58 bis 63-jährigen könnten die größte Bevölkerungsgruppe² und die über 80-jährigen 12 % der deutschen Bevölkerung ausmachen. Die rasche Alterung der deutschen Bevölkerung³ ist ein Thema, mit dem sich die Gesellschaft und

damit auch die Rechtswissenschaft dringend auseinandersetzen müssen.⁴ Auch im Strafrecht gewinnt diese

¹ Pressemitteilung des Statistischen Bundesamts Nr. 435 vom 18. 11. 2009, unter www.destatis.de (10.01.2009).

² Coeste, forum kriminalprävention 2004, 32.

³ Dazu allgemein: Lenz u.a. (Hrsg.): Wie lange dürfen wir arbeiten? Zukunftsforum Politik (2006), mit Verweis auf: Birg, Die demographische Zeitenwende (2001); Kohli/Künemund (Hrsg.): Die zweite Lebenshälfte. Gesellschaftliche Lage und Partizipation im Spiegel des Alters-Survey (2000); Miegel, Die deformierte Gesellschaft (2002); Pruchno/Smyer (Hrsg.), Challenges of an Aging Society: Ethical Dilemmas, Political Issues (2007); Schinmany, Die Alterung der Gesellschaft: Ursachen und Folgen des demographischen Umbruchs (2003); Schirmacher, Das Methusalem-Komplott (2004).

⁴ Das Thema „Alter“ wird derzeit intensiv als Frage der Diskriminierung im Europarecht diskutiert. Vgl. Bieback ZSR 2006, 75 ff., Hahn, Auswirkungen der europäischen Regelungen zur Altersdiskriminierung im deutschen Arbeitsrecht (2006); Polloczek, Altersdiskriminierung im Licht des Europarechts (2008); jeweils m.w.N. Diese Diskussion betrifft die hier diskutierte Fragestellung jedoch nicht direkt. Im Folgenden geht es um eine Frage der Gleich- oder Ungleichbehandlung aufgrund spezifischer Eigenschaften, die ein hohes Lebensalter mit sich bringt – also um das Alter als Proxy-Kriterium – nicht dagegen darum, inwieweit Alter als solches ein besonders diskriminierendes Kriterium darstellt (was fraglich sein dürfte, da Alter im Gegensatz zu anderen Kriterien alle Bürger gleichermaßen betrifft, vgl. dazu u.a. Meenan Maastricht Journal of European and Comparative Law 2003, 9, 12). Überdies soll es hier ja gerade um die mögliche Besserstellung älterer Menschen gehen und die Wahrung ihrer konkreten Freiheitsgrund-

Entwicklung an Bedeutung, da in den nächsten Jahren immer mehr ältere Menschen Opfer und Täter von Straftaten sein werden. Während das Hineinwachsen junger Menschen in die strafrechtliche Haftung in vielen Gesetzen geregelt ist, sind Schutzräume für alte Menschen in diesem Rechtsgebiet nur fragmentarisch zu erkennen.⁵ Es ist daher nicht verwunderlich, dass die Problematik, wie mit älteren Menschen im Strafprozess bzw. bei der Verurteilung umzugehen ist, inzwischen auch deutsche Gerichte beschäftigt.⁶ Diese Fälle sind exemplarisch für die Grundproblematik der angemessenen Gleich- bzw. Ungleichbehandlung,⁷ da einerseits die besondere Lebenssituation der Angeklagten – etwa der schlechte Gesundheitszustand – und somit die Sicherung seiner diese Situation betreffenden konkreten Grundrechte eine Andersbehandlung nahe legen könnten, andererseits der Staat zur Gleichbehandlung von Straftätern sowie zum Aufrechterhalten allgemeiner Sicherheit in der Gesellschaft verpflichtet ist.

I. Umgang mit älteren Menschen im Strafrecht

Die Entscheidungen des BVerfG, die die Verfassungsbeschwerden der beiden wegen NS-Verbrechen Angeklagten Demjanjuk und Boere als unzulässig abwies, besitzen eine gewisse Relevanz für die Frage, wie das Alter von Angeklagten in Strafverfahren zu berücksichtigen ist. Generell scheinen sie die Richtung vorzugeben, dass ein hohes Lebensalter als solches, sowie eine geschwächte Gesundheit, nicht per se Verhandlungsunfähigkeit oder rechtliche Sonderbehandlung bedeuten. Dies ist eine überraschend hohe Grenze für die Bejahung einer Grundrechtsverletzung, insbesondere mit Blick auf die Bedeutung des Lebensrechts und das Recht auf körperliche Unversehrtheit nach Art. 2 Abs. 2 S. 1 GG. Der BGH verneinte mit Urteil vom 27.04.2006 einen generellen „Altersrabatt“ für ältere Straftäter,⁸ stellte jedoch zugleich fest, dass es bei der Strafzumessung erforderlich ist, sich mit dem fortgeschrittenen Alter der Angeklagten und der Wirkung der Strafen auf ihr zukünftiges Leben auseinanderzusetzen. Das Gericht betonte auch, dass das Landgericht insofern richtig gehandelt habe, als es auf Strafen erkannte, die den Angeklagten noch die Hoffnung

rechte im Vordergrund stehen. Dass dies eine Ungleichbehandlung der jüngeren Menschen im Sinne des allgemeinen Gleichheitssatzes darstellt, wird berücksichtigt.

⁵ Häußling, in: Deimling (Hrsg.), *Alter und Geschlecht im Blickpunkt gerontologischer Forschung*, 1997, S. 41 ff.

⁶ BVerfG, Beschluss vom 15.10.2009, 2 BvR 2331/09, 2 BvR 2332/09; BVerfG, Beschluss vom 6.10.2009, 2 BvR 1724/09; BGH 27.04.2006 - 4 StR 572/05. Vgl. aktuell: http://www.lg-wuppertal.nrw.de/presse/archiv/2010/Pressemitteilung_Nr_2-2010_v_8_2_2010.pdf.

⁷ Hierzu Huster, *Rechte und Ziele. Zur Dogmatik des allgemeinen Gleichheitssatzes* (1993); Möckel DVBl 2003, 488 ff.

⁸ „Ein Rechtssatz des Inhalts, dass jeder Straftäter schon nach dem Maß der verhängten Strafe die Gewissheit haben muss, im Anschluss an die Strafverbüßung in die Freiheit entlassen zu werden, gibt es nicht.“ (BGH vom 27. 4. 2006, 4 StR 572/05, 17)

lassen, ihre Entlassung aus dem Strafvollzug erleben zu können.⁹

Diese höchstrichterliche Rechtsprechung führt zu der grundlegenden Frage, ob eine Sonderbehandlung älterer Menschen im Einzelfall eine ausreichende Rücksichtnahme auf ihre spezielle Situation darstelle oder ob eine generalisierende Andersbehandlung erforderlich sei, um ihre speziellen Grundrechte – in aller Regel geht es um das Recht auf Leben und körperliche Unversehrtheit nach Art. 2 Abs. 2 GG – zu sichern.¹⁰ Auch, wie die Berücksichtigung und Wahrung dieser Rechte im konkreten Fall, d.h. bei Abwägung der Pflichten des Staates, eine gerechte Strafverfolgung zu garantieren und den Rechten des Angeklagten, angemessen erfolgen könnte, ist keineswegs unproblematisch. Hierfür ist zu analysieren, inwieweit ein hohes Alter zu besonderen Eigenschaften führt, anschließend ist zu diskutieren, auf welche rechtlichen Fragen sich diese Unterschiede auswirken könnten und wie sie zu berücksichtigen sind.

1. Veränderungen durch steigendes Lebensalter

Biologisch hat Altern zur Folge, dass im Zuge eines umfassenden Leistungsrückgangs geistige und körperliche Fähigkeiten abnehmen und sich die statistische Wahrscheinlichkeit bestimmter Krankheiten erhöht. Mit dem Lebensalter verändern sich die intellektuellen Fähigkeiten und kognitiven Prozesse.¹¹ Der Rückgang der geistigen Fähigkeiten kann auch auf einer Krankheit basieren, die vor allem im Alter auftritt: der Demenz.¹² Diese verstärkt den Verlust der kognitiven Leistungsfähigkeit und wirkt sich dramatisch auf alle Aspekte der Persönlichkeit aus, unter anderem auf die Fähigkeit zur Selbstkritik.¹³ Zudem sind oft die Sinne älterer Menschen beeinträchtigt, so nimmt etwa ihr Seh- oder Hörvermögen ab. Dies kann zu verlangsamten Reaktionen führen. Ein offensichtliches biologisches Merkmal des Alters, das für die Strafzumessung eine Rolle spielen könnte, ist die geringere verbleibende Durchschnitts-Lebenserwartung im Vergleich zu jüngeren Menschen.

Ältere Menschen befinden sich aufgrund des Endes der Berufstätigkeit in einer sozialen Sonderstellung.¹⁴ Der

⁹ Dem Angeklagten muss „unter Vollstreckungsgesichtspunkten grundsätzlich eine Chance verbleiben, wieder der Freiheit teilhaftig zu werden“, BGH 4 StR 572/05, S. 18 mit Verweis auf BVerfGE 45, 187, 228 f., 239, 242, 245; 64, 261, 270 ff., 281; 72, 105, 113 ff.; 86, 288, 312; BVerfG NStZ 1996, 53, 54 f.

¹⁰ S. Fn. 4 und 7.

¹¹ In Querschnittstudien wurde gezeigt, dass sich die maximale kognitive Leistungsgeschwindigkeit für Siebzigjährige auf 40 % reduziert hat; Mezger, *Geistige Funktionen im Alter*, <http://home.allgaeu.org/gmezger/pers/gf.html>.

¹² Die Statistik zeigt, dass derzeit von den unter 70-jährigen weniger als fünf Prozent, bei den 80-jährigen fast 15 % und bei den 90-jährigen annähernd die Hälfte an Demenzerkrankungen leiden; Infobrief des Nationalen Ethikrats 9/2005, 2.

¹³ Infobrief des Nationalen Ethikrats 9/2005, 1.

¹⁴ Coester forum kriminalprävention 2004, 35; Bukov/Maas/Lampert *Journal of Gerontology: Psychological Sciences* 2002, 510.

gesellschaftliche Status der Rente kann zu Ausgliederung aus der Gesellschaft führen und somit zur Folge haben, dass älteren Menschen die Regeln der jüngeren Generationen fremd und unbekannt sind. Auch geht mit dem Eintritt in die Rente zumeist eine plötzliche und erhebliche Verringerung der formalen Sozialkontrolle einher.¹⁵ Der neue soziale Status der Rente kann zudem die biologisch bedingten physischen und psychischen Abbau- und Rückbildungserscheinungen noch verstärken.¹⁶ Es ist zu berücksichtigen, dass ältere Menschen in einem anderen als dem aktuell gültigen Wertesystem erzogen wurden und ihr Leben verbrachten. Insbesondere wenn sie wegen lang zurückliegenden Taten angeklagt werden, ist zu bedenken, dass diese gerade unter diesem damaligen Eindruck stattfanden.

2. Berücksichtigung des Alters im Straf- und Strafprozessrecht

Fraglich ist, inwieweit dies im Straf- und Strafprozessrecht von Bedeutung ist. Eine gewisse Berücksichtigung des Lebensalters findet sich hier bereits gegenüber Kindern, Jugendlichen und Heranwachsenden. Bei der Festsetzung eines bestimmten Lebensalters für den Beginn der Strafmündigkeit wird ebenfalls statistisch bzw. generalisierend vorgegangen: Offensichtlich gibt es Jugendliche, die früher einsichtsfähig sind oder im Gegenteil sehr viel später die geistige Reife eines durchschnittlichen Erwachsenen besitzen. Trotzdem wird per Gesetz unwiderleglich vermutet, dass Kinder unter 14 Jahren keine strafrechtlich relevante Verantwortlichkeit besitzen; Jugendliche bis 18 Jahre sind in Bezug auf den Strafprozess und Art und Höhe der Strafe anders zu behandeln als Erwachsene und bei Heranwachsenden ist das Gericht zumindest verpflichtet, in jedem Einzelfall die Entscheidung zu treffen, ob Jugend- oder Erwachsenenstrafrecht anwendbar ist, §§ 105 JGG.¹⁷ Auch wenn die geistige Entwicklung bei älteren Menschen nicht vergleichbar standardisiert erfolgt wie bei Kindern und Heranwachsenden, könnten sich die statistisch festgestellten Unterschiede insbesondere auf Schuldfähigkeit nach §§ 20 f. StGB,¹⁸ Durchführung des Strafprozesses¹⁹ und Art und Höhe der Strafe auswirken. Ohne Zweifel sind etwa die gesundheitlichen Beeinträchtigungen älterer Menschen zu berücksichtigen, Art. 2 Abs. 2 GG. Solche liegen natürlich auch bei jüngeren Angeklagten vor, treten jedoch im Alter deutlich häufiger auf. Auch die Gefahr, an einer Krankheit zu versterben oder erhebliche Gesundheitsschäden in Kauf nehmen zu müssen, steigt mit dem Lebensalter. Somit wirkt sich die Belastung eines Strafprozesses auf ältere Angeklagte oft erheblich stärker aus

als auf jüngere. Die Argumentation, dass dies zum allgemeinen Lebensrisiko gehöre,²⁰ ist deshalb nur bedingt überzeugend. Somit scheint es die Sicherung insbesondere der Rechte nach Art. 2 Abs. 2 GG zu erfordern, dass ihre besondere Situation durch einen speziellen Umgang mit ihnen berücksichtigt wird.

Die Berücksichtigung der biologischen und sozialen Besonderheiten muss dabei keineswegs in Form einer generellen Andersbehandlung erfolgen, insbesondere da bisher die Berücksichtigung im Einzelfall keineswegs immer defizitär erscheint. Es ist vor allem dafür zu sorgen, dass Gerichte über die Merkmale hohen Alters informiert sind und diese in ihre Überlegungen einbeziehen – sei es durch größere Sorgfalt bei Entscheidungen über Schuldfähigkeit, Haft- und Verhandlungsfähigkeit, sei es durch eine Sicherung der Rechte der Angeklagten etwa durch Anwesenheit medizinischen Personals, kurze Verhandlungsdauer, Unterbringung in speziellen Institutionen. Dies wird in der Regel bereits durchgeführt, allerdings ist die Art und Weise der Berücksichtigung kaum vorhersehbar, was der notwendigen Transparenz eines Rechtsstaats nur bedingt gerecht wird. Denkbar wäre, ab einem bestimmten Lebensalter eine grundsätzliche Verpflichtung der mit der Entscheidung befassten Institutionen – Polizei, Staatsanwaltschaft oder Richter – anzunehmen, das Alter und seine Folgen explizit in die Entscheidung einzubeziehen und den Einzelfall auch ohne weitere Hinweise auf deren Vorliegen zu untersuchen, und ab einem besonders hohen Lebensalter das Vorhandensein bestimmter derartiger Einschränkungen widerleglich zu vermuten.

Etwas anderes gilt bezüglich der geringeren statistischen Lebenswahrscheinlichkeit. Diese betrifft jeden älteren Menschen gleichermaßen. Diesbezüglich einen generellen „Altersrabatt“ bei der Strafzumessung zu fordern, scheint schon deshalb nicht sinnvoll, weil bei der richterlichen Abwägung derart viele individuelle Aspekte von Tat und Täter zu berücksichtigen sind, dass ein generalisierender Rabatt dem nicht gerecht würde. Allerdings ist zu fordern, dass bei Straftätern eines hohen Lebensalters die höhere Bedeutung jedes verbleibenden Lebensjahrs in besonderem Maße in Betracht gezogen wird, um so den Anforderungen des § 46 StGB, der gerade eine Berücksichtigung aller relevanten Umstände erfordert, gerecht zu werden. Zudem ist zu beachten, dass sich alte Menschen aufgrund ihrer oftmals verminderten Anpassungs- und Leistungsfähigkeit schwieriger in die täglichen (Arbeits-)Abläufe einer Strafvollzugsanstalt integrieren. Gelegentlich sehen sie sich Angriffen durch jüngere Mitinhaftierte ausgesetzt, oft besteht eine starke Distanz zwischen den verschiedenen Generationen und ältere Haftinsassen sind stärker isoliert als die der jüngeren Generation.²¹ Aus diesen Gründen sollten Strafrichter, wiederum primär zum Schutz der Rechte aus Art. 2 Abs. 2 GG, die Unterbringung in speziellen Anstalten oder spezielle Haftbedingungen bedenken. So gibt es in Kon-

¹⁵ Vgl. *Schwind*, Kriminologie, 19. Aufl. 2009, § 3 Rn. 37.

¹⁶ *Laubenthal* GA 1993, 521.

¹⁷ Vgl. BGH NStZ 01, S. 555 (m. Anm. *Eisenberg*); grundlegend *Pruin*, De Heranwachsendenregelung im deutschen Jugendstrafrecht (2007).

¹⁸ Deshalb wird auch teilweise das Einfügen von Alter als eigenständiges Merkmal in §§ 20, 21 StGB gefordert, Kreuzer/Hürlimann (Hrsg.), Alte Menschen als Täter und Opfer, 1992, S. 75.

¹⁹ Vgl. zu der Problematik der Untersuchungshaft bei todkranken bzw. älteren Angeklagten etwa die Fälle Honecker, BerlVerfGH NJW 1993, S. 515 und Mielke, BerlVerfGH NJW 1994, S.436.

²⁰ BVerfG, Beschluss vom 6.10.2009, 2 BvR 1724/09.

²¹ *Kuhlmann/Naegele* Sozialer Fortschritt 2008, 182 ff.; *Schramke*, Alte Menschen im Strafvollzug (1996), S. 185 ff.; *Wolf* Forensische Psychiatrie, Psychologie, Kriminologie 2009, 1862.

stanz²² eine spezielle Justizvollzugsanstalt für Ältere.²³ Generell ist aufgrund der voraussichtlich steigenden Zahl älterer Straftäter ein Ausbau solcher Einrichtungen zu fordern.

Bei der Frage der Durchführung eines Strafverfahrens und der Höhe der verhängten Strafe nach § 46 StGB bezüglich alter Menschen ist überdies zu diskutieren, inwieweit die Strafzwecke in diesen Fällen erreicht werden können und sich somit die Verhängung von Strafe in ihrem konkreten Fall rechtfertigen lässt. Nach rein vergeltenden Straftheorien²⁴ kann, soweit der Täter schuld-fähig handelt, unabhängig vom Lebensalter dieselbe Strafe verhängt werden wie bei einem jungen Täter, da sich das Ausmaß der Schuld nicht verändert. Anders dagegen muss das Ergebnis für präventive Straftheorien lauten. Jedenfalls bei der Spezialprävention bleibt zu fragen, ob der ältere Mensch, etwa wenn er für eine lange zurückliegende Tat verurteilt werden soll, tatsächlich noch eine Gefahr für die Allgemeinheit darstellt.²⁵ Doch auch mit Blick auf die Generalprävention²⁶ ist zu überdenken, ob etwa die Verurteilung eines über 90 Jahre alten Menschen, der gebrechlich und bettlägerig ist, tatsächlich erforderlich und zweckförderlich ist, um die Allgemeinheit von einer Tatbegehung abzuschrecken bzw. deren Vertrauen in die Geltung von Strafnormen zu stärken. Gerade bei schweren Delikten mag dies nicht abzulehnen sein, es ist jedoch ebenfalls plausibel, zu argumentieren, dass die Allgemeinheit eine Verurteilung eines sehr alten Menschen schwerer nachvollziehen kann.

II. Die Entscheidungen des BVerfG

1. Der Fall Demjanjuk

Seit dem 30.11.2009 läuft vor dem Landgericht München II der Prozess gegen John Demjanjuk.²⁷ Die Anklage lautet auf Beihilfe zum Mord in 27.900 Fällen.²⁸ Der Fall steht aus unterschiedlichsten Gründen im öffentlichen Interesse und in der Diskussion in der Rechtswissenschaft. Von der Presse wird er als einer der wohl letzten großen „Nazi-Prozesse“²⁹ intensiv begleitet. Die Verhandlung wird unter großem Besucherandrang geführt, nachdem Demjanjuk nach mehreren ärztlichen Untersuchun-

gen für haft- und verhandlungsfähig erklärt wurde – die Verhandlungsdauer darf jedoch pro Tag nicht mehr als zweimal 90 Minuten betragen.

Der Durchführung des Prozesses gingen bereits einige rechtliche Debatten vor dem BVerfG voraus: Durch zwei Beschlüsse vom 15.10.2009 und 16.10.2009 wies das BVerfG die Verfassungsbeschwerde des mutmaßlichen NS-Verbrechers John Demjanjuk ab.³⁰ Die Richter in Karlsruhe entschieden, dass die Klage als unzulässig abzuweisen sei, weil gerichtliche Zwischenentscheidungen wie der Eröffnungsbeschluss nicht vor das Verfassungsgericht gebracht werden könnten und zunächst der Rechtsweg vollständig zu erschöpfen sei.

Schon vorher, am 17.06.2009, hatte das BVerfG eine andere Klage Demjanjucks als unzulässig abgewiesen. Begründet wurde dies damit, dass der Beschwerdeführer nicht spezifiziert hätte, in welchen Grundrechten er verletzt worden wäre.³¹ Die Klage sei überdies jedenfalls unbegründet. Demjanjuk hatte vorgebracht, dass die Entscheidung der US-Gerichte über seine Auslieferung nach Deutschland rechtswidrig sei und er dadurch in seinen, in dem zwischen diesen beiden Staaten bestehenden Auslieferungsvertrag gewährten, Schutzrechten verletzt würde. Das BVerfG war der Ansicht, dass diese Verträge nur für die Vertragspartner bindend wären und der Beschwerdeführer als Individuum daraus keine Rechte geltend machen könne. Soweit seine Beschwerde Handlungen der US-Behörden betreffe, wären deutsche Gerichte unzuständig. Die deutsche Zustimmung zu der Auslieferung schließlich stelle, so das BVerfG, weder eine direkte noch indirekte Einschränkung der Freiheit des Beschwerdeführers dar.

Somit begann das Strafverfahren wie geplant am 30.11.2009 und soll voraussichtlich im Mai 2010 enden. Die Anklage lautet auf Beihilfe zum Mord von 27.900 Juden im ehemaligen Konzentrationslager Sobibor, Polen im Jahr 1943. Die Einhaltung dieses Zeitplans ist jedoch fraglich, nachdem das Verfahren bereits am dritten Verhandlungstag ausgesetzt werden musste, weil der Angeklagte nach Angaben der Ärzte an diesem Tag zu krank für die Weiterführung war.³² Überdies brachten die Verteidiger erhebliche Einwände gegen das Verfahren vor.

a) Berücksichtigung des hohen Lebensalters des Angeklagten

Ein zentraler Aspekt des Prozesses gegen Demjanjuk, der medial bisher eher geringes Interesse gefunden hat, aber für das Strafrecht doch von weitreichender Bedeutung ist, ist das hohe Lebensalter des Angeklagten.³³ Zum einen zeichnete sich in der praktischen Durchführung des Verfahrens bereits frühzeitig ab, dass der Gesundheitszustand bzw. die Konzentrationsfähigkeit des Ange-

²² Es handelt sich dabei um die Außenstelle Singen.

²³ Laubenthal, in: Festschrift für Seebode (2008), S. 499 ff.

²⁴ Zum Wiedererstarben dieser Straftheorien: Küpper, in: Byrd/Hruschka/Joerden (Hrsg.), Jahrbuch für Recht und Ethik (2003), S. 57; dagegen Roxin, Strafrecht AT, 4. Aufl. (2006), § 3 A Rn.8.

²⁵ Roxin, Strafrecht AT, 4. Aufl. (2006), § 3 A Rn.12ff.

²⁶ Roxin, Strafrecht AT, 4. Aufl. (2006), § 3 A Rn. 11 ff.

²⁷ Der Prozess um Demjanjuk wirft einige zentrale rechtliche Fragestellungen auf, die jede für sich einer detaillierten Analyse bedürften. Insofern ist im Folgenden nur ein Überblick über die wichtigsten Aspekte und Argumente möglich, wobei entsprechend dem gewählten Fokus die Berücksichtigung des Lebensalters des Angeklagten im Vordergrund steht.

²⁸ <http://www.justiz.bayern.de/sta/sta/ml/presse/archiv/2009/02129/>

²⁹ <http://www.spiegel.de/panorama/justiz/0,1518,616999,00.html>

³⁰ BVerfG, Beschluss vom 15.10.2009 - 2 BvR 2331/09; 2 BvR 2332/09

³¹ BVerfG, Beschluss vom 17.06.2009 - 2 BvR 1076/09, NVwZ 2009, 1156.

³² <http://www.sueddeutsche.de/politik/4/496320/text/>

³³ http://diepresse.com/home/politik/zeitgeschichte/525489/index.do?direct=528123&_vl_backlink=/home/index.d.o&selChannel=624; http://www.sueddeutsche.de/politik/567/465159/text/: „Der Mann ist alt, sehr alt...“

klagen den reibungslosen Fortgang in Gefahr bringen könnte. Zum anderen ist es nicht unberechtigt, zu diskutieren, inwieweit die Gerechtigkeit es erfordert, einen Mann, der inzwischen ein sehr hohes Lebensalter erreicht hat, aufgrund der bestehenden Beweislage vor ein Strafgericht zu führen.³⁴ Auch für die Verurteilung könnte das Lebensalter eine erhebliche Rolle spielen. Primär geht es also darum, inwieweit der Eingriff durch zumindest eine Gefährdung der Rechte auf Leben und körperliche Unversehrtheit nach Art. 2 Abs. 2 GG tatsächlich durch das Strafbedürfnis gerechtfertigt sind, insbesondere wenn die vorgebrachten Ziele des staatlichen Handelns nur bedingt erreichbar erscheinen. Hierbei ist einerseits zu berücksichtigen, dass Demjanjuk, den medizinischen Gutachten nach, aktuell mit Blick auf sein Alter nicht in starkem Maße erkrankt zu sein scheint, er andererseits durchaus mit gewissen Alterserscheinungen – wie geringerer Konzentrationsfähigkeit – konfrontiert ist und zumindest in näherer Zukunft (d.h. im Falle einer Verurteilung voraussichtlich während der Haft) mit einer Verschlechterung seines Zustands zu rechnen ist. Wie hiermit umzugehen ist, ist zugegebenermaßen eine Abwägungsfrage, die durch die Strafgerichte vorzunehmen ist, wobei jedoch die Grenzen der Willkür nicht überschritten werden dürfen. Letztlich ist dies tatsächlich oft nur im Einzelfall zu entscheiden, allerdings ist wichtig, dass die Gerichte die Eigenschaften hohen Alters überhaupt berücksichtigen und angemessen gewichten.

aa) Illegalität der Auslieferung

Nach dem Vorbringen der Anwälte Demjanjucks hätte dieser aufgrund seines hohen Alters und der damit verbundenen, vermeintlich starken, gesundheitlichen Beeinträchtigungen schon nicht nach Deutschland ausgeliefert werden dürfen. Die Frage, ob die Entscheidung über die Auslieferung deutscher Behörden Demjanjuk in diesen Rechten und seinem Recht auf ein faires Verfahren einschränke, ist problematisch. Zutreffend ist, dass das BVerfG über die Richtigkeit der Entscheidungen ausländischer Behörden nicht entscheidungsbefugt ist. Doch ist zu beachten, dass im Strafverfahren der Grundsatz des fairen Verfahrens gilt, und dessen Verletzung – etwa durch eine illegale Verbringung in das Land, in dem das Verfahren geführt werden sollte – zur Aussetzung des Verfahrens führen könnte. Diese Problematik wurde intensiv diskutiert im Fall Eichmann, der von israelischen Agenten entführt wurde, um anschließend in Israel vor Gericht gestellt werden zu können.³⁵ Der vorliegende Fall ist hierzu jedoch keinesfalls vergleichbar. Sowohl US-amerikanische als auch deutsche Institutionen waren an der Entscheidung beteiligt, Demjanjuk schöpfte in beiden Ländern umfassend den Rechtsweg aus. Seine Auslieferung basiert also auf einem rechtsstaatlichen Entscheidungsprozess.³⁶ Allein auf sein Alter oder seinen

Gesundheitszustand kann die Verletzung individueller Rechte nicht gestützt werden, insbesondere, da ihm die Möglichkeit bleibt, dies auch im Verfahren in Deutschland zum Gegenstand gerichtlicher Entscheidung zu machen.

bb) Fortdauer der Untersuchungshaft

Dies ist auch tatsächlich geschehen: Von den Anwälten wurden das Alter und der Zustand des Angeklagten bereits im Zusammenhang mit den Haftbeschwerden und der Verhandlungsfähigkeit vorgebracht.³⁷ Zu der Beurteilung des Gesundheitszustands wurden Experten hinzugezogen, die die Haftfähigkeit Demjanjucks bejahten. Zugegebenermaßen haben die Richter selbst nicht die nötige Sachkenntnis, um sich ein eigenes Urteil über den Gesundheitszustand zu bilden, so dass die Befragung von Experten durchaus erforderlich ist – zu beachten ist aber auch, dass dies allein eben nicht hinreichend ist.³⁸ Die Richter müssen jedenfalls eine eigene Position zu den Sachverständigengutachten ausbilden und bei Zweifeln oder sich ändernden Umständen weitere oder erneute Gutachten hinzuziehen. Bezüglich der Untersuchungshaft ist anzumerken, dass von Demjanjuk aufgrund seines Lebensalters und seiner Rückenbeschwerden weder Flucht noch Einwirken auf Beweismittel zu befürchten sind, § 112 Abs. 2 StPO. Zwar kann das Gericht bei Mordanklagen nach dem Wortlaut des § 112 Abs. 3 StPO unabhängig davon Untersuchungshaft anordnen. Hierbei ist zunächst zu berücksichtigen, dass diese Norm nach unstreitiger Ansicht einschränkend ausgelegt wird, d.h. ohne die Annahme zumindest einer gewissen Fluchtgefahr oder eines anderen Haftgrundes ohnehin nicht anwendbar ist. Doch selbst unabhängig davon ist überdies fraglich, ob hier mit Blick auf die gefährdeten Rechte überhaupt eine verhältnismäßige Ermessensausübung vorliegt. Sein Lebensalter könnte durchaus gegen die Haft sprechen; Gründe dafür, warum Demjanjuk inhaftiert sein müsste, sind nicht ersichtlich. Wichtig wäre also zum einen eine nachvollziehbare Begründung der Haftfortdauer, zum anderen eine andauernde und diese Umstände einbeziehende Überprüfung ihrer Notwendigkeit.³⁹

cc) Demjanjucks Verhandlungsfähigkeit

Nicht unproblematisch ist auch die Frage der Verhandlungsfähigkeit.⁴⁰ Wie bereits dargelegt sollte bei einem

³⁴ <http://www.sueddeutsche.de/politik/692/496012/text/>

³⁵ Lasok, *International and Comparative Law Quarterly* 1962, 355 ff. Derzeit steht auch ein Fall, in der ein Arzt vom Vater eines 1982 verstorbenen Mädchens nach Frankreich entführt wurde und sich nun dort vor Gericht verantworten muss, in der Diskussion; vgl. <http://www.spiegel.de/panorama/0,1518,656612,00.html>.

³⁶ Mertens *German Law Journal* 2005, 407 ff.; Lippmann *Houston Journal of International Law* 1982/1983, 1 ff.

³⁷ http://www.rp-online.de/panorama/deutschland/Gutachten-zu-Verhandlungsfahigkeit-wird-erstellt_aid_707889.html; <http://www.sueddeutsche.de/politik/567/465159/text/>

³⁸ BGHSt NStZ 2003, 99 (m. Anm. Duttge NStZ 2003, 375); Krau, ZStW 85 (1973), 320; Sass DS 2007, 256.

³⁹ OLG Köln NJW 1996, 1686: „Jedoch ist der Erlaß eines Haftbefehls oder die Fortdauer des Vollzugs der Untersuchungshaft verfehlt, wenn eine Flucht des Angeschuldigten ganz fernliegend und eine Wiederholung der Tat entweder ausgeschlossen ist oder dieser Gefahr durch mildere Maßnahmen begegnet werden kann.“ Vgl. auch Krauß, in: Beck'scher Online-Kommentar StPO § 112 Rn. 27 f. (Jürgen Graf, ed., 2009).

⁴⁰ „Verhandlungsfähigkeit“ bedeutet, dass der Angekl. in der Lage sein muss, seine Interessen vernünftig wahrzunehmen, die Verteidigung in verständiger und verständlicher

derart hohen Alter wie im Falle Demjanjuks die möglichen Beeinträchtigungen eine wichtige Rolle bei staatlichen Entscheidungen spielen. Auch hier wurden Experten gehört und diese erklärten ihn für – vor allem aufgrund seiner Rückenbeschwerden und Konzentrationsfähigkeit bedingt – verhandlungsfähig. Es ist wiederum zumindest festzustellen, dass dies allein noch nicht notwendig eine tragfähige Basis für eine Entscheidung darstellen kann.⁴¹ Sicher ist zutreffend, dass die Aufgabe des Staates, seine Bürger zu schützen und den Rechtsnormen Geltung zu verschaffen, von zentraler Bedeutung ist. Auch besteht an dem Prozess als „letztem großen Nazi-Prozess“ ein großes öffentliches Interesse und der Angeklagte hätte, sollten sich die Vorwürfe bewahrheiten, ein unvorstellbares Ausmaß an Schuld auf sich geladen. Überdies ist es Richtern aufgrund mangelnden Expertenwissens nicht möglich, sich selbst ein Urteil über den Gesundheitszustand zu bilden. Dennoch ist Skepsis angebracht, falls im weiteren Verfahrensverlauf weitere Indizien für Beeinträchtigungen der Gesundheit Demjanjuks sprechen sollten und somit nahelegten, dass der Eingriff in das Recht auf körperliche Unversehrtheit nicht nur unerheblich ist. Hierbei ist zu berücksichtigen, dass zumindest die Möglichkeit besteht, dass ein Strafverfahren einen älteren Menschen stärker beeinträchtigt als einen jüngeren. Nur ein Beispiel für die Nebenfolgen der Prozessbeteiligung ist ein Vorfall, bei dem er auf dem Weg zur Verhandlung aus dem Rollstuhl fiel und sich verletzte.⁴² Die Frage nach der körperlichen und geistigen Fähigkeit, an einem Strafprozess teilzunehmen, sollte unabhängig von der jeweiligen Anklage und dem öffentlichen Interesse getroffen werden – es geht dabei ausschließlich um den aktuellen Zustand des Angeklagten. Allerdings ist festzustellen, dass das Gericht diesbezüglich bisher mit erheblicher Sorgfalt vorging und die medizinische Versorgung Demjanjuks durchaus auf hohem Niveau sichergestellt ist und sein Gesundheitszustand permanent überwacht wird.

Mit Blick auf sein hohes Lebensalter ist zudem zumindest zu diskutieren, ob mit der Weiterverhandlung tatsächlich ein Signal für die Rechtsstaatlichkeit gesetzt wird und somit der Eingriff zur Wahrung der dem Strafprozess zugrundeliegenden Ziele überhaupt geeignet ist. Selbst wenn es sich ohne Zweifel um schreckliche Taten

Form zu führen, Prozessklärungen abzugeben und entgegenzunehmen“; *BVerfG*, NStZ-RR 1996, 38; *BGH*, NStZ 1996, 242; *OLG Stuttgart*, NStZ-RR 2006, 313. Vgl. auch *BVerfG* Urteil vom 20.09.2001 - 2 BVR 1349/01 NJW 2002, 51, 52: „Vielmehr ist, wenn angesichts des Gesundheitszustands des Besch. zu befürchten ist, dass er bei Durchführung des Strafverfahrens sein Leben einbüßen oder schwer wiegenden Schaden an seiner Gesundheit nehmen werde, das Spannungsverhältnis zwischen der Verpflichtung zu einer wirksamen Rechtspflege und dem rechtsstaatlichen Gebot, die Grundrechte des Besch. zu wahren, nach Maßgabe des Verhältnismäßigkeitsprinzips durch eine insbesondere Art, Umfang und mutmaßliche Dauer des Strafverfahrens sowie Art und Intensität der zu befürchtenden Schädigung berücksichtigende Abwägung der widerstreitenden Interessen zu lösen“. Zum Fall Honnecker KG NStZ 1993, 297.

⁴¹ S. Fn. 38.

⁴² <http://www.derwesten.de/nachrichten/panorama/Demjanjuk-muss-im-November-vor-Gericht-id34611.html>.

und ein noch immer nicht vollständig aufgearbeitetes Kapitel der deutschen Geschichte handelt, sollte doch gerade mit Blick auf die Zustände im Dritten Reich im Vordergrund stehen, dass die Gerichte im jetzigen Deutschland ohne Vorurteile und Vorverurteilung, ohne Blick auf die Öffentlichkeit handeln und auch die individuellen Rechte jedes Angeklagten, und sei es eines ehemaligen NS-Verbrechers, achten.⁴³ Der Eingriff in Art. 2 Abs. 2 GG wäre jedenfalls unverhältnismäßig, wenn durch die Belastung durch den Strafprozess ein schwerkranker Mensch in seiner Gesundheit, oder gar seinem Leben, konkret und schwer gefährdet wäre. Insofern ist zur Wahrung der Grundrechte des Angeklagten wie bereits dargelegt im Mindesten zu fordern, die Gesundheit Demjanjuks auch im weiteren Verfahrensverlauf zu beobachten. Die bereits bezeugte Rücksichtnahme des Gerichts auf den Gesundheitszustand des Angeklagten lässt durchaus darauf hoffen. Dies ist, auch wenn hierfür die Enttäuschung der Öffentlichkeit und der Opfer hingenommen werden muss, unbestritten Minimalvoraussetzung rechtsstaatlichen Handelns.

dd) Berücksichtigung des Alters bei der Strafzumessung

Die Frage des Lebensalters kann auch bei der Strafzumessung eine Rolle spielen, § 46 StGB.⁴⁴ Sollte die Staatsanwaltschaft die angeklagten Taten nachweisen können, droht Demjanjuk Haft bis zu 15 Jahren, §§ 27 Abs. 2, 49 Abs. 1 Nr. 1, 38 StGB. Angesichts der erheblichen Schuld, des erschreckenden Ausmaßes seiner Taten und der Unaussprechlichkeit der Vorgänge in den Konzentrationslagern des Dritten Reichs erscheint hier eine hohe Strafe auch ohne Zweifel angemessen. Andererseits besteht die Vorgabe des BGH, dass für Angeklagte zumindest die theoretische Möglichkeit eröffnet werden muss, das Gefängnis lebend zu verlassen.⁴⁵ Dies wäre bei einer derartigen Strafe möglicherweise nicht gegeben. Überdies hat bei einem fast 90 Jahre alten Menschen jedes Lebensjahr eine höhere Bedeutung als für einen jungen Menschen. Schließlich sind die Haftbedingungen eines normalen Gefängnisses für einen älteren Menschen kaum zumutbar. Eine denkbare Möglichkeit wäre, neben der Verringerung der Strafe, Demjanjuk in einem Spezialgefängnis für ältere Straftäter unterzubringen.

b) Nebenaspekte des Alters und der langen Dauer zwischen Verbrechen und Anklage

Neben diesen direkt mit dem Alter und Gesundheitszustand Demjanjuks zusammenhängenden Aspekten des Verfahrens gibt es einige Punkte, die darauf basieren, dass hier Verbrechen angeklagt werden, die Jahrzehnte zurückliegen und unter einem anderen Wertesystem begangen wurden. Dies kann, neben den rechtlichen Einzelfragen, zumindest das Strafmaß beeinflussen.

⁴³ *Papier/Möller* NJW 1999, 3289.

⁴⁴ *Streng* JR 2007, 271.

⁴⁵ *BGH* vom 27. 4. 2006 – 4 StR 572/05, m. Anm. *Streng* JR 2007, 296 ff.; *Nobis* NStZ 2006, 489. Vgl. hierzu auch *BVerfGE* 45, 187.

aa) Anwendbarkeit des aktuellen Rechts

Zur Diskussion könnte stehen, welches Recht in zeitlicher Hinsicht anwendbar ist. Nach § 2 StGB ist das Recht anzuwenden, das zum Zeitpunkt der Tat in Kraft war, wenn nicht das aktuell gültige Recht dem Angeklagten zum Vorteil gereicht. Somit wäre für Demjanjuk grundsätzlich das im Dritten Reich gültige Reichsstrafgesetzbuch anwendbar.⁴⁶ Da aber auch dieses Mord mit Strafe bewehrt und grundsätzliche Einigkeit darüber besteht, dass der von Hitler angeordnete Vernichtungsbefehl nicht als Rechtfertigung dienen kann,⁴⁷ das Reichsstrafgesetzbuch als mögliche Strafe aber sogar die Todesstrafe vorsah,⁴⁸ ist es zumindest nicht unplausibel zu argumentieren, dass es sich bei dem aktuellen Recht um das mildere Gesetz handle. Somit kann es bei der Anwendbarkeit des StGB bleiben.

bb) Befangenheit des Gerichts und Gleichheit im Unrecht

Nicht zuletzt mit der Einstellung deutscher Gerichte zum NS-Wertesystem wurde auch der Befangenheitsantrag gegen das Gericht begründet: Nach dem Vorbringen des Verteidigers sei es Willkür, dass Befehlshaber des Lagers Sobibor freigesprochen wurden, nun aber der Befehlsempfänger Demjanjuk angeklagt würde.⁴⁹ Der Befangenheitsantrag des Verteidigers nach § 24 StPO ist unplausibel, weshalb das Gericht auch in seiner derzeitigen Besetzung weiterverhandelt. Befangenheit ist immer dann anzunehmen, wenn berechtigte Zweifel an der Unabhängigkeit und Unparteilichkeit des Richters bestehen.⁵⁰ Es besteht kein Anlass, davon auszugehen, dass die Richter aufgrund der medialen Berichterstattung voreingenommen wären – diesbezüglich wurde von den Verteidigern auch nichts vorgebracht. Die mögliche Ungleichbehandlung ist jedoch, wenn überhaupt, eine Frage des materiellen Strafrechts bzw. der Strafgerechtigkeit, gegebenenfalls der Gleichbehandlung nach Art. 3 GG und damit eine Verfassungsfrage. Unabhängig davon, dass zunächst zu prüfen wäre, ob hinter den jeweiligen Freisprüchen spezifische Gründe stehen, die sich im Fall Demjanjuk nicht finden, besteht im Übrigen Einigkeit darüber, dass es keine „Gleichheit im Unrecht“ geben kann.⁵¹ Selbst wenn die Freisprüche fehlerhaft gewesen wären, könnte sich Demjanjuk nicht darauf berufen, aus diesem Grund ebenfalls freigesprochen zu werden. Staatliche Institutionen und Gerichte können nicht zur Wiederholung von Fehlern verpflichtet werden.

⁴⁶ Die Frage der Vergangenheitsbewältigung im Recht stellte sich erneut im Zusammenhang mit Handlungen in der DDR; vgl. zu beiden Fragen *Papier/Möller* NJW 1999, 3289; *Wassermann* NJW 1993, 895 ff.
⁴⁷ OLG Frankfurt a. M., HEst 1, 67, 71; *Werle* NJW 1992, 2529, 2533 mit kritischen Anmerkungen bezüglich der fehlenden Rechtswirkung des Befehls, 2534 f.; gegen ihn wiederum *Füßler* ZRP 1993, 180 ff.; vgl. auch *Papier/Möller* NJW 1999, 3289.
⁴⁸ Vgl. § 211 RStGB 1941.
⁴⁹ <http://www.spiegel.de/panorama/justiz/0,1518,664238,00.html>.
⁵⁰ *Fischer*, in: *Karlsruher Kommentar, StPO*, 6. Aufl. (2008), § 24 Rn. 3 ff.
⁵¹ *Dürig/Scholz*, in: *Maunz/Dürig, GG-Kommentar*, 55. Erg.L. 2009, Art. 3 Rn. 179 ff.

cc) Rechtfertigung oder Entschuldigung wegen Notstands

Ein weiterer Ausdruck des historischen Wertesystems, in dem die Taten vor Jahrzehnten begangen wurden, könnte die Argumentation sein, dass die Kriegsgefangenen, die in Sobibor als Wärter arbeiteten (sogenannte Trawniki) selbst unter Todesdrohungen zu ihrer Tätigkeit erpresst wurden.⁵² Dies ist, unter Berücksichtigung der historischen Gegebenheiten im NS-Regime, keineswegs unwahrscheinlich und es ist aus heutiger Perspektive kaum nachvollziehbar, wie erheblich der Druck auf die Beteiligten war, am System mitzuwirken. Deshalb ist durchaus zweifelhaft, ob sich Demjanjuk nicht auf Notstand nach §§ 34 oder 35 StGB berufen könnte. Dies stellt eine andere Situation als das bloße „Handeln auf Befehl“ dar, dass nach § 3 VStGB nur dann zur Schuldlosigkeit führt, wenn der Täter nicht erkennt, dass der Befehl oder die Anordnung rechtswidrig ist und deren Rechtswidrigkeit auch nicht offensichtlich ist.⁵³ Hier wird jedoch neben der Situation der Befehlsbefolgung eine Bedrohung von Demjanjucks Leben vorgebracht. Sollte sich dies bewahrheiten,⁵⁴ ist dies eine über die übliche Hierarchie hinausgehende, eine nachvollziehbare Notlage verursachende Lage. Es ist zumindest nicht völlig unverständlich, dass ein Mensch zum Schutz seines eigenen Lebens das Leben anderer Menschen opfert. Andererseits erfordert eine Rechtfertigung nach § 34 StGB, dass das geschützte Gut das geopfert wesentlich überwiegt, so dass eine Aufrechnung Leben gegen Leben nicht möglich ist.⁵⁵ Demjanjuk könnte jedoch nach § 35 StGB entschuldigt sein, wenn für sein Leben tatsächlich eine nicht anders abwendbare Gefahr bestanden hätte. Sollte sich die Situation in Sobibor tatsächlich derart gestaltet haben, dass jedes andere Verhalten von seiner Seite zu seinem Tod geführt hätte, ist dies jedenfalls nicht ohne Weiteres von der Hand zu weisen.⁵⁶ Inwieweit das Gericht diese Tatsachen jedenfalls für möglich hält und aufgrund dessen zumindest berechtigte Zweifel an der Schuld des Angeklagten bestehen, wird der Prozessverlauf zeigen – jedenfalls sollte diese, den Umständen der NS-Herrschaft durchaus entsprechende, Möglichkeit vom Gericht in Betracht gezogen werden. Selbst wenn die im Verfahren festgestellten Umstände nicht zu einer Entschuldigung Demjanjucks führen, könnte doch zu berücksichtigen sein, dass der Druck auf die Beteiligten in dieser Zeit erheblich war.

⁵² <http://www.spiegel.de/panorama/justiz/0,1518,664238,00.html>
⁵³ *Weigend*, in: *Münchener Kommentar zum StGB* Bd. 6/2, 1. Aufl. 2009, § 3 VStGB Rn. 18 ff.
⁵⁴ Hiergegen wird vorgebracht, dass es den Wärtern wohl jederzeit freistand, das Lager zu verlassen, <http://www.stern.de/panorama/mutmasslicher-ns-kriegs-verbrecher-mordprozess-gegen-john-demjanjuk-beginnt-1525539.html>.
⁵⁵ *Perron*, in: *Schönke/Schröder, StGB*, 27. Aufl. (2006), § 34 Rn. 23 m.w.N.
⁵⁶ *Perron*, in: *Schönke/Schröder, StGB*, 27. Aufl. (2006), § 35 Rn. 10 ff. Dies ist letztlich Tatfrage und im Prozess noch zu klären. Zu der Aussage eines Historikers über die möglichen Strafen für unzuverlässige Trawniki, aber auch über zahlreiche, teilweise erfolgreiche Fluchtversuche vgl. <http://www.sueddeutsche.de/politik/815/500086/text/>.

c) Zwischenergebnis zur Relevanz des Lebensalters

Die Forderung, diese Aspekte des Lebensalters und der unterschiedlichen Wertesysteme zu berücksichtigen, bedeutet keineswegs, dass dies zwingend zu einer Strafmilderung führen muss, sollten Demjanjuk die Taten nachgewiesen werden können. Anbetracht der erheblichen Schuld, die er damit auf sich geladen hätte, ist dies sogar ausgesprochen zweifelhaft. Doch nicht nur am Ergebnis, sondern auch an der angemessenen und vorurteilsfreien Berücksichtigung aller relevanten Aspekte zeigt sich die Rechtsstaatlichkeit eines Gerichts. Von Bedeutung ist somit nur, dass die Richter diese Punkte in ihre Entscheidung einbeziehen und sich bei ihrer Gewichtung nicht von den sonstigen Umständen des Falls beeinflussen lassen.

d) Weitere prozessuale Aspekte des Verfahrens

Der Vollständigkeit halber seien noch einige weitere rechtliche Probleme des Demjanjuk-Prozesses erwähnt. Sie stehen nicht direkt mit seinem Lebensalter in Verbindung, ergeben sich aber teilweise daraus, dass die angeklagte Tat Jahrzehnte zurückliegt.

aa) Grundsatz „ne bis in idem“

Eine Verletzung des Grundsatzes „ne bis in idem“ nach Art. 103 Abs. 3 GG⁵⁷, wie er von den Verteidigern vorgebracht wurde, ist abzulehnen. Zum einen regelt Art. 103 Abs. 3 GG nur die Doppelbestrafung durch inländische Gerichte,⁵⁸ zum anderen würde dieser Vorwurf inhaltlich nicht greifen, da die Anklage in Israel auf einem anderen Sachverhalt basierte. Das israelische Gericht hatte ihn als vermeintlichen „Iwan der Schrecklichen“ wegen Taten in Treblinka angeklagt – im Verfahren vor dem LG München II dagegen geht es um mögliche Straftaten im Lager Sobibor. Da es sich um einen anderen Lebenssachverhalt handelt,⁵⁹ liegt kein Strafklageverbrauch vor, selbst dabei dasselbe Beweismittel eine Rolle gespielt haben mag.

bb) Deutsche Gerichtsbarkeit und Anwendbarkeit deutschen Strafrechts

Die Anwendbarkeit deutschen Strafrechts und die deutsche Gerichtsbarkeit könnten sich aus § 7 Abs. 1 StGB ergeben.⁶⁰ Danach müssten die Opfer der Tat deutsche Staatsangehörigkeit besitzen. Dies ist wohl⁶¹ für 2.000

der von der Staatsanwaltschaft aufgeführten Opfer der Fall. Es ist problematisch, inwieweit sich daraus die deutsche Gerichtsbarkeit auch für die übrigen Fälle ergibt – möglicherweise könnte man Demjanjuk als ausländischen Amtsträger nach § 5 Nr. 12 StGB ansehen,⁶² ob er jedoch tatsächlich eine derartige Funktion ausgeübt hat, ist Tatfrage und im Laufe des Verfahrens zu klären. Überdies ist diskussionswürdig, inwieweit auch für die Fragen, welches lokale Recht anwendbar ist, das aktuelle Recht oder das zur Zeit der Tat gültige Recht anzuwenden ist.⁶³ Diese Fragen wird das Gericht vor der Verurteilung noch im Detail klären müssen. Die Zuständigkeit des LG München II dagegen folgt aus der Entscheidung des BGH nach § 13a StPO,⁶⁴ die sich darauf stützt, dass sich der Angeklagte vor seiner Ausreise in die USA in diesem Gerichtsbezirk aufhielt.⁶⁵

cc) Beweisbarkeit der Vorwürfe

Im Prozess wird eine entscheidende Rolle spielen, ob Demjanjuk unzweifelhaft nachgewiesen werden kann, dass er als Wärter in Sobibor arbeitete – es bestehen jedenfalls gewisse Zweifel an der Echtheit des als Beweismittel dienenden Ausweises.⁶⁶ Zudem ist fraglich, inwieweit die konkrete Beteiligung an den vorgeworfenen Taten beweisbar ist. Schließlich könnte man argumentieren, dass neben der Tatsache, dass die jeweiligen Morde in Sobibor begangen wurden, auch bewiesen werden müsse, dass Demjanjuk jeweils dazu Hilfe geleistet hat, und Vorsatz bezüglich seines Beitrags und des konkreten Mordes hatte.⁶⁷ Andererseits könnte man annehmen, dass neben der Tatsache, dass sich Demjanjuk zu diesem Zeitpunkt als Trawinki in Sobibor aufhielt, lediglich die allgemeinen Tätigkeiten dieser Wächter bewiesen werden müssten. Soweit feststünde, dass ohnehin alle diese Tätigkeiten als Beihilfe zu den Morden entsprechend § 27 StGB anzusehen seien, könnte man daraus schließen, dass Demjanjuk mit seinem Verhalten zu allen Morden, die zur Zeit seines Aufenthalts stattfanden, bestraft werden könne.⁶⁸ Dies waren nach Angaben der Staatsanwalt-

⁶² So die Ansicht des Ermittlers der Zentralstelle zur Aufklärung von NS-Verbrechen in Ludwigsburg Walther: <http://www.br-online.de/aktuell/prozess-gegen-john-demjanjuk-DID1258534337127/demjanjuk-kriegsverbrecher-prozess-ID1259233080877.xml>

⁶³ Vgl. auch hierzu den Beitrag von Burchard in diesem Heft.

⁶⁴ BGH, Beschluss vom 09. Dezember 2008 - 2 ARs 536/08 = HRRS 2009 Nr. 52.

⁶⁵ Fischer, in: Karlsruher Kommentar, StPO, 6. Aufl. (2008), § 13 a Rn. 1 ff.

⁶⁶ <http://www.stern.de/panorama/vernichtungslager-sobibor-wirbel-um-demjanjucks-ss-ausweis-705133.html>.

⁶⁷ Cramer/Heine, in: Schönke/Schröder, StGB, 27. Aufl. (2006), Vorbem. zu §§25, Rn. 17 ff.

⁶⁸ So die Ansicht des Vertreters der Nebenkläger Nestler, vgl. hierzu das Interview unter <http://www.spiegel.de/panorama/justiz/0,1518,677299,00.html>. Teilweise wird sogar deutlich weiter gegangen: Walther von der Ermittlungsbehörde Ludwigsburg etwa fordert, der "eherne Grundsatz" in deutschen Strafverfahren, dass eine konkrete Tat ermittelt werden müsse, bedürfe in diesem speziellen Fall der "industriell durchgeführten Massentötung" der Nazis und in einer "Todesfabrik" wie Sobibor einer Modifizierung, <http://www.br-online.de/aktuell/prozess-gegen-john-demjanjuk-DID1258534337127/demjanjuk-kriegsverbrecher-prozess-ID1259233080877.xml>. Diese Aussage erscheint

⁵⁷ BVerfGE 75, 1; BGH NStZ 1998, 149 (150).

⁵⁸ Schmid-Aßmann, in: Maunz/Dürig, GG, 55. Erg.L. 2009, Art. 103 Rn. 309 ff.

⁵⁹ Schmid-Aßmann, in: Maunz/Dürig, GG, 55. Erg.L. 2009, Art. 103 Rn. 281 ff.

⁶⁰ Eser, in: Schönke/Schröder, StGB, 27. Aufl. (2006), § 7 Rn. 4 ff.

⁶¹ Ein Zusatzproblem ist, dass nach damaligen deutschem Recht die jüdischen Opfer nicht als deutsche Staatsangehörige angesehen wurden. Somit liegt die Zuständigkeit nur vor, wenn diese ursprüngliche Entscheidung als rechtswidrig anzusehen ist und somit rückwirkend die Opfer als deutsche Staatsangehörige zu betrachten sind, vgl. zur Frage der Anwendbarkeit aktuellen deutschen Rechts im Detail den Beitrag von Burchard in diesem Heft.

schaft ca. 29.000 Ermordungen. Es bleibt fraglich, ob das Gericht diese Beweisführung als ausreichend ansehen wird. Insofern gilt zwar die freie Beweiswürdigung durch die Richter, § 261 StPO, dabei darf jedoch nicht die Grenze zur Willkür überschritten werden.⁶⁹ Erst im Laufe der Verhandlung wird sich also zeigen, ob die Staatsanwaltschaft das ehrgeizige Ziel, Demjanjuk die angeklagte Beihilfe zu den Morden unzweifelhaft nachzuweisen, erreichen kann, und erst im Anschluss daran wird es möglich sein, die Beweiswürdigung des Gerichts umfassend zu analysieren und zu kommentieren.

2. Der Fall Boere

Auch der zweite Fall⁷⁰ betrifft ein Mitglied des NS-Regimes. Der 88-jährige Boere soll als Mitglied der „Germanischen SS in den Niederlanden“ im Jahr 1944 drei Morde begangen haben. Vor dem BVerfG brachte er vor, dass in die Entscheidung des OLG Köln, das Strafverfahren zu eröffnen und damit die ursprüngliche Entscheidung des LG Aachen, das ihn für verhandlungsunfähig erklärte, abzuändern, in seinem Grundrecht nach Art. 2 Abs. 2 GG verletze. Das OLG habe rechtswidrig die Gefahr, die die Durchführung des Verfahrens für sein Leben oder zumindest seine Gesundheit darstelle, verneint. Das BVerfG wies die Verfassungsbeschwerde mit Beschluss vom 6.10.2009 als unzulässig ab, weil die Voraussetzungen des § 93a Abs. 2 BVerfGG nicht erfüllt seien. Der Fall sei weder von grundsätzlicher verfassungsrechtlicher Bedeutung noch sei eine Verhandlung erforderlich, um die von der Verfassung garantierten Rechte des Beschwerdeführers zu sichern, da die Beschwerde von vorneherein keine Aussicht auf Erfolg habe. Die Beschwerde sei überdies jedenfalls unbegründet.

Grund für diese Entscheidung war die erhebliche Bedeutung, die die Richter der staatlichen Verpflichtung, ein funktionierendes Strafverfahren und damit Sicherheit für die Bevölkerung sowie Gleichheit vor dem Recht zu garantieren, zuerkennen. In Fällen, in denen die Durchführung eines Strafverfahrens zu einer konkreten Gefahr für das Leben oder die Gesundheit des Angeklagten führen könnte, gerät diese Verpflichtung mit dessen Rechten in Konflikt. Dem Grundsatz der Verhältnismäßigkeit entsprechend seien zu dessen Lösung alle relevanten Umstände zu berücksichtigen, wie etwa die voraussichtliche Dauer des Strafverfahrens, die Wahrscheinlichkeit und Qualität der drohenden Gesundheitsschädigungen, die Schwere der angeklagten Tat, etc. Grundsätzlich läge, so das BVerfG, die Entscheidung über die Eröffnung des Strafverfahrens bei dem jeweiligen Strafgericht. Das BVerfG könne lediglich überprüfen, ob bei der Entscheidung alle relevanten Umstände berücksichtigt und in angemessenem Verhältnis gegeneinander abgewogen habe, oder ob sie im Gegenteil auf willkürlicher und die

angesichts der Tatsache, dass die Unschuldsvermutung im Strafrecht für den Rechtsstaat von fundamentaler Bedeutung ist, ausgesprochen problematisch und der Preis seiner Aufgabe unverhältnismäßig hoch.

⁶⁹ Schoret, in: Karlsruher Kommentar, StPO, 6. Aufl. (2008), § 261 Rn. 45; Pelz, NStZ 1993, 361.

⁷⁰ BVerfG, Beschluss vom 6.10.2009, 2 BvR 1724/09.

verfassungsrechtlichen Grenzen verkennender Argumentation beruhe.

Im vorliegenden Fall ergab die Überprüfung, dass das OLG die Bedeutung und den Inhalt des Grundrechts aus Art. 2 Abs. 2 S. 1 GG erkannte und entsprechend würdigte.⁷¹ Die Abwägung zwischen den staatlichen Pflichten und den Rechten des Beschwerdeführers wurde von den Richtern des BVerfG als korrekt bewertet, insbesondere wurde das Risiko für Leben und Gesundheit nicht übersehen. Die Begründung des OLG, dass die Gefahr einer schweren Erkrankung zum allgemeinen Lebensrisiko des Beschwerdeführers zu rechnen sei und deshalb einem Strafverfahren nicht entgegenstehe, sei nicht zu beanstanden. Im Licht der erheblichen Schwere der vorgeworfenen Taten und dem öffentlichen Interesse an dem Verfahren sei das Abwägungsergebnis plausibel. Auch dass das Gericht entgegen dem Sachverständigenurteil die Verhandlungsfähigkeit des Angeklagten bejahte, sei nicht grundsätzlich unzulässig. Diese Entscheidung eines Gerichts sei normativ und kann zu einem anderen Ergebnis kommen als die faktische Einschätzung von Experten.

Somit fand das Strafverfahren gegen Boere vor dem Landgericht Aachen wie geplant statt. Wie vom OLG angeordnet wurde er mit einem Ambulanzwagen zum Gericht gebracht und während des Verfahrens waren dauerhaft ein Notarzt und Sanitäter anwesend. Boere hatte die Taten inzwischen gestanden⁷² und wurde am 22. März 2010 zu lebenslanger Freiheitsstrafe verurteilt.⁷³ Auch die Verteidiger von Boere hatten in seinem Prozess vorgebracht, dass er in Befehlsnotstand gehandelt hätte,⁷⁴ dies wurde jedoch nach Ansicht des Gerichts durch die Beweisaufnahme widerlegt – Boere sei im Gegenteil eher der Drahtzieher der Aktionen gewesen. Überdies wurde diskutiert, inwieweit das bereits gegen ihn erlassene Urteil vor einem niederländischen Gericht aus dem Jahre 1949 eine Rolle spielen sollte. Diesbezüglich ging das deutsche Gericht letztendlich davon aus, dass Art. 50 der Charta der Grundrechte der Europäischen Union (GRC) die jetzige Verurteilung nicht hindere, da das erste Urteil nicht vollstreckt worden war. Hier greife als Schranke i.S.d. Art. 52 Abs. 1 GRC der Art. 54 SDÜ der eine weitere Verurteilung gerade dann zulässt, wenn die Erstverurteilung nicht vollstreckt wurde.⁷⁵

Sein Lebensalter und Gesundheitszustand sowie die Tatsache, dass die Taten unter dem Eindruck eines anderen Wertesystems begangen wurden, hätten höchstens im Rahmen eines übergesetzlichen Milderungsgrunds berücksichtigt werden können.⁷⁶ Insofern hat ist zwar

⁷¹ BVerfG, Beschluss vom 6.10.2009, 2 BvR 1724/09.

⁷² http://www.focus.de/fotos/der-angeklagte-heinrich-boere-hat-ein-gestaendnis-abgelegt_mid_573754.html

⁷³ <http://www.zeit.de/gesellschaft/zeitgeschehen/2010-03/boere-kriegsverbrechen-urteil>; http://www.focus.de/politik/deutschland/tid-17670/tid-17671/urteilsspruch-die-feigen-morde-des-heinrich-boere_aid_492220.html; <http://www.stern.de/panorama/urteil-im-mordprozess-gegen-frueheren-ss-mann-boere-1552945.html>

⁷⁴ <http://www.stern.de/panorama/prozess-gegen-ns-verbrecher-gericht-verurteilt-ss-moerder-boere-zu-lebenslanger-haft-1553005.html>

⁷⁵ OLG Köln, Beschl. vom 3.7.2007, - 2 Ws 156/07.

⁷⁶ Vgl. hierzu BGHSt 30, 105.

zutreffend, dass die Umstände nicht als derart außergewöhnlich anzusehen sind, dass eine lebenslange Haftstrafe unverhältnismäßig erscheint – dennoch wäre es wünschenswert gewesen, dass dies von den Richtern zumindest in Betracht gezogen worden wäre.

Die Haftfähigkeit Boeres ist noch zu prüfen, zudem hat die Verteidigung bereits angekündigt, in Revision zu gehen. Aus diesen Gründen geht auch das Gericht selbst nicht davon aus, dass die Strafe vollstreckt werden wird.⁷⁷ Sollte dies doch einmal der Fall sein, bleibt überdies zu diskutieren, ob Boere in einer besonderen Haftanstalt für Ältere untergebracht werden sollte.

III. Konsequenzen aus den Überlegungen zur Altersfrage für die Entscheidungen

Die Fälle lassen sich im Blick der dargelegten Argumentation zu Alter im Strafrecht wie folgt bewerten: Grundsätzlich steht auch ein sehr hohes Lebensalter und auch ein gewisser Eingriff in die Grundrechte nach Art. 2 Abs. 2 GG der Durchführung eines Strafverfahrens sowie einer Verurteilung, auch einer Haftstrafe, offensichtlich nicht entgegen. In den Entscheidungen des BVerfG war das Lebensalter der Beschwerdeführer – teilweise aus prozessualen Gründen – nicht vorrangig. So wurde die erste Verfassungsbeschwerde Demjanjuks als unzulässig verworfen, weil es an der Geltendmachung der Verletzung individueller Rechte fehlte, die zweite Abweisung basierte auf der fehlenden Erschöpfung des Rechtswegs. Diese Entscheidungen sind bezüglich der prozessualen Voraussetzungen zutreffend und insofern nicht zu kritisieren – somit sind die Aspekte, die mit dem hohen Lebensalter Demjanjuks zusammenhängen, hier unabhängig von diesen Beschlüssen im Kontext mit dem aktuell gegen ihn stattfindenden Prozess zu betrachten. Sicherlich kann sein hohes Lebensalter nicht allein dazu führen, dass gegen ihn kein Strafverfahren eröffnet werden könnte. Es ist zuzugeben, dass an dem Verfahren eines NS-Verbrechens, dem Verbrechen dieses Ausmaßes vorgeworfen werden, ein erhebliches öffentliches Interesse besteht, was sich auch an der hohen Anzahl an Besuchern des Verfahrens zeigt,⁷⁸ so dass wohl die Erreichung zumindest des Strafzwecks der positiven Generalprävention, insbesondere der Normbestärkung, nicht in Frage steht. Auch muss an dem Urteil der Ärzte, dass beschränkte Verhandlungsfähigkeit besteht, nicht per se gezweifelt werden, nur weil der Angeklagte fast 90 Jahre alt ist. Schließlich gibt es offensichtlich viele Aspekte des Verfahrens gegen Demjanjuk, die von größerer Wichtigkeit sind als sein Lebensalter.

Eingegangen ist das BVerfG auf die Grundrechte im Fall Boere und hat auf Basis seiner Abwägung die Klage für zumindest unbegründet erklärt, da das entscheidende Gericht diese Rechte hinreichend berücksichtigt habe. Es ist jedoch fraglich, ob die Bedeutung, die das BVerfG der staatlichen Verpflichtung, die Durchführung eines Straf-

verfahrens, Gleichheit vor dem Gesetz und Sicherheit der Bevölkerung zu garantieren, tatsächlich die Bedeutung der Einzelgrundrechte Leben und Gesundheit des Beschwerdeführers nach Art. 2 Abs. 2 GG in diesem starken Maße übersteigt.⁷⁹ Somit ist die Verhältnismäßigkeit des Grundrechtseingriffs durch das entscheidende Gericht durchaus zweifelhaft, da die Beeinträchtigung doch erheblich erschien. Zwar kann das BVerfG die Abwägung lediglich in Bezug auf Willkür überprüfen,⁸⁰ zudem ist anzumerken, dass sich der Zustand Boeres während des Verfahrens stabilisierte – dies war jedoch zum Zeitpunkt der Entscheidung des BVerfG nicht absehbar. Insgesamt bleibt die geringe Bedeutung, die das BVerfG den individuellen Rechten in seiner Entscheidung beimaß, zumindest überraschend. Auch ist die zugrundeliegende Entscheidung der Gerichte wenn auch wohl nicht verfassungswidrig, doch in Bezug auf die Bedeutung der Grundrechte auf Leben und körperliche Unversehrtheit zumindest zweifelhaft, was eine vertiefere Argumentation durch das BVerfG hätte wünschenswert erscheinen lassen. Generell sollten diese gerade bei älteren Tätern in Zukunft größeres Gewicht besitzen und auf die möglichen Beeinträchtigungen Rücksicht genommen werden.

IV. Schlussfolgerungen

Die rapide Alterung der deutschen Bevölkerung wird in den nächsten Jahren zu erheblichen Schwierigkeiten in verschiedenen Gesellschaftsbereichen führen und das Recht vor neue Herausforderungen stellen. Zentral für den Umgang mit dieser Entwicklung ist die Diskussion darüber, inwieweit ältere Menschen mit jüngeren gleichgestellt und inwieweit sie anders behandelt werden müssen. Da Lebensumstände und persönliche Eigenschaften älterer Menschen in einigen Aspekten durchaus statistisch relevant vom Durchschnitt der Bevölkerung divergieren, ist zu fordern, dass diesem Umstand bei der Entscheidungsfindung von Behörden und Gerichten zumindest erhöhte Aufmerksamkeit geschenkt wird. Praktisch könnte dies so gestaltet werden, dass ab einem gewissen Lebensalter beim Vorliegen von Indizien etwa für eine verringerte kognitive Leistungsgeschwindigkeit, einer Entfremdung von sozialen Regeln und Werten o.ä. weitergehend nach deren Auswirkungen geforscht werden muss und ab einem sehr hohen Lebensalter sogar eine aktive Verifikation des Nicht-Vorliegens erfolgen sollte.

In den Entscheidungen des BVerfG in den Fällen Demjanjuk und Boere wurde die Frage des Alters nur am Rande gestreift – explizit erwähnt wurde die Problematik nicht. Selbst wenn es in beiden Fällen um mögliche NS-Verbrecher geht, so ist doch für einen Rechtsstaat von besonderer Bedeutung, sich gerade auch in derartigen Verfahren zu bewähren und die Grundrechte der Angeklagten zu achten. Es bleibt zu hoffen, dass die Strafgerichte auch weiterhin sowohl die prozessualen als auch die materiell-rechtlichen Besonderheiten, die sich aus

⁷⁷ <http://www.stern.de/panorama/prozess-gegen-ns-verbrecher-gericht-verurteilt-ss-moerder-boere-zu-lebenslanger-haft-1553005.html>

⁷⁸ <http://www.sueddeutsche.de/muenchen/386/494719/text/>

⁷⁹ *Di Fabio*, in Maunz/Dürig, GG, 55. Erg.L. 2009, Art. 2, Rn. 63: „Die statistisch oder mit anderen wissenschaftlichen Mitteln nachweisbare signifikante Erhöhung der Wahrscheinlichkeit später zu erkranken, muss als Eingriff in die körperliche Integrität gewertet werden.“

⁸⁰ BVerfG, Beschluss vom 24. Februar 1995 - 2 BvR 345/95, NJW 1995, S. 1951 (1952).

dem Lebensalter, Gesundheitszustand und sonstigen Beeinträchtigungen der Angeklagten ergeben, bei ihren Entscheidungen berücksichtigen. Diese Fälle zeigen, dass die Berücksichtigung hohen Lebensalters im Strafrecht nicht unproblematisch ist und eine generalisierende Vorgehensweise nicht möglich sein wird. Doch können die statistisch relevanten Unterschiede zwischen älteren und jüngeren Menschen von Strafgerichten nicht ignoriert werden und müssen in der Berücksichtigung der Grundrechte, insbesondere der Rechte auf Leben und körperliche Unversehrtheit, einbezogen werden. Gerade für Verhandlungs- und Haftfähigkeit, aber auch Strafzumessung und Art und Weise der Strafe sind die häufig

auf tretenden Beeinträchtigungen älterer Menschen von erheblicher Bedeutung, und auch materiell-rechtlich könnten einige Besonderheiten zu berücksichtigen sein. Rechtsstaatlichkeit zeigt sich gerade im Umgang mit derartigen Situationen, in denen zwar von Schuld des Angeklagten auszugehen ist, eine Durchsetzung des staatlichen Strafanspruchs aber unmenschlich erscheint. Hier muss das Strafbedürfnis zurücktreten und den individuellen Rechten des Bürgers Raum verschaffen, selbst wenn es sich um einen Straftäter handelt. Die Humanität eines Staates ist gerade dort von Bedeutung, wo er mit denjenigen konfrontiert ist, die gegen seine Regeln verstoßen.

Aufsätze und Anmerkungen

Anzeige- und Berichtigungspflicht bei zuvor bedingt vorsätzlich abgegebener unrichtiger Steuererklärung

Anmerkung zum Beschluss des BGH 1 StR 479/08 vom 17.3.2009 = HRRS 2009 Nr. 480.

Von RA Dr. Jörg Alvermann und RA Dr. Peter Talaska, Köln*

Mit Beschluss vom 17.3.2009¹ hat sich der Bundesgerichtshof zur Anzeige- und Berichtigungspflicht bei zuvor bedingt vorsätzlich abgegebener Steuererklärung geäußert. Die Entscheidung steht in einer – gemessen an der Dauer der Zuständigkeit des 1. Senats für Steuerstrafsachen – langen Reihe von Entscheidungen, deren Ergebnis die Vergrößerung der Reichweite und Härte des Tatbestands der Steuerhinterziehung ist. Neben der viel besprochenen Grundsatzentscheidung vom 2.12.2008 zur Strafzumessung bei Steuerhinterziehung² wurde beispielsweise der Vollendungszeitpunkt der Steuerhinterziehung iRd. einheitlichen und gesonderten Gewinnfeststellung auf den Zeitpunkt des Ergehens des zu niedrigen Feststellungsbescheids vorverlegt³, der Umfang der Steuerverkürzung bei Abgabe unrichtiger Umsatzsteuervoranmeldungen auf den Nominalbetrag ausgedehnt⁴ und die Vollstreckung auch kurzer Freiheitsstrafen bei Steuerhinterziehung angemahnt.⁵

Ebenso wie die zuvor genannten Entscheidungen provoziert der Beschluss vom 17.3.2009 Kritik. Nachfolgend ein Überblick zum Sach- und Streitstand:⁶

A. Gegenstand und Inhalt der Entscheidung

I. Ein Unternehmer (nachfolgend: U) hatte für den Zeitraum Januar 2002 bis Mai 2003 aufgrund von Rückständen in der Buchhaltung unzutreffende Umsatzsteuervoranmeldungen abgegeben. Dabei hielt es U lt. Feststellungen des Landgerichts bereits im Zeitpunkt der Abgabe der Umsatzsteuervoranmeldungen für möglich, dass diese falsch sind. Im Rahmen einer Umsatzsteuernachschau für den Zeitraum Januar bis Mai 2003 stellte das Finanzamt die Unrichtigkeit der Umsatzsteuervoranmeldungen Februar bis Mai 2003 fest und teilte dies U mit. Aufgrund der Mitteilung des Finanzamts rechnete U damit, dass auch die Voranmeldungen 2002 falsch sind. Eine berichtigende Umsatzsteuerjahreserklärung für das Jahr 2002 reichte er dennoch nicht ein.

II. Das Landgericht verurteilte U wegen Hinterziehung von Umsatzsteuern 2002 durch Unterlassen gemäß § 370 Abs. 1 Nr. 2 AO. Der Unterlassenstatbestand sei erfüllt,

* STRECK MACK SCHWEDHELM, Rechtsanwälte und Fachanwälte für Steuerrecht, Köln/Berlin/München.

¹ BGHSt 53, 210 = HRRS 2009 Nr. 480.

² BGHSt 53, 71 = HRRS 2009 Nr. 127; zur Kritik s. nur *Spatscheck/Zumwinkel*, *StraFo* 2009, 4, mwN.

³ BGHSt 53, 99 = HRRS 2009 Nr. 68.

⁴ BGHSt 53, 221 = HRRS 2009 Nr. 483.

⁵ BGH *wistra* 2009, 359 = HRRS 2009 Nr. 565.

⁶ Eingehend: *Wulf* PStR 2009, 190; nur cursorisch: *Schützeberg* BB 2009, 1906; *Weidemann* Stbg. 2009, 559, 560; *Sackreuther* PStR 2009, 185, 188; *Buse* AO-StB 2009, 232.

weil U seiner Verpflichtung nach § 153 AO zur Berichtigung der falschen Umsatzsteuervoranmeldungen 2002 durch Abgabe einer richtigen Jahreserklärung nicht nachgekommen sei. Hinsichtlich der mitangeklagten Steuerhinterziehung 2003 sprach es U frei.

III. Auf die Revision der Staatsanwaltschaft hob der BGH das Urteil hinsichtlich des Teilfreispruchs sowie des Strafausspruchs auf und verwies die Sache zu neuer Verhandlung an das Landgericht zurück.⁷ In dem parallelen, hier besprochenen Beschluss verwarf der BGH die Revision des U als unbegründet.⁸

IV. Im Rahmen dieses Beschlusses ergriff der BGH in einem obiter dictum die Gelegenheit, zur Strafbarkeit wegen Steuerhinterziehung bei unterlassener Berichtigung nach § 153 AO Stellung zu nehmen. Er traf hierbei folgende wesentlichen Aussagen:

1. Eine steuerrechtliche Anzeige- und Berichtigungspflicht iSd. § 153 Abs. 1 Satz 1 Nr. 1 AO bestehe auch dann, wenn der Steuerpflichtige die Unrichtigkeit seiner Angaben bereits bei Abgabe der Steuererklärung billigend in Kauf genommen hat. Der Steuerpflichtige habe im Zeitpunkt der Abgabe der Steuererklärung nicht sicher gewusst, dass die Erklärung falsch ist, sondern dies nur ernsthaft für möglich gehalten und billigend in Kauf genommen. Erst im Nachhinein habe er sichere Kenntnis von der Unrichtigkeit der Erklärung erlangt, was sowohl nach dem Wortlaut als auch nach Sinn und Zweck der Norm unter den Tatbestand des § 153 Abs. 1 Satz 1 Nr. 1 AO zu subsumieren sei. Es bestehe daher eine Strafbarkeit gemäß § 370 Abs. 1 Nr. 1 AO wegen bedingt vorsätzlicher Abgabe einer falschen Steuererklärung sowie gemäß §§ 370 Abs. 1 Nr. 2 iVm. 153 Abs. 1 Satz 1 Nr. 1 AO wegen unterlassener Berichtigung der falschen Steuererklärung.

2. Ein Verstoß gegen den Grundsatz der Selbstbelastungsfreiheit bestehe insoweit nicht, da dieser einerseits nicht lückenlos gelte und andererseits eine Selbstbelastungssituation nicht vorliege, da die Berichtigung grundsätzlich zugleich strafbefreiende Wirkung gemäß § 371 AO entfalte. Sei die strafbefreiende Wirkung der Selbstanzeige wegen bestehender Hinderungsgründe oder mangels Zahlbarkeit der nachzuentrichtenden Steuer gesperrt, gelte grundsätzlich ein außergesetzliches strafrechtliches Verwertungsverbot. Nur ausnahmsweise in dem Fall, in dem wegen der vorangegangenen Falschabgabe dem Steuerpflichtigen die Einleitung des Strafverfahrens bekannt gegeben worden sei, sei die Berichtigungspflicht nach § 153 AO in Anlehnung an die Rechtsprechung des BGH zur Unzumutbarkeit der Abgabe von Steuererklärungen⁹ suspendiert.

B. Kritische Würdigung

Weder der nach Auffassung des 1. Senats „eindeutige“ Wortlaut des § 153 AO noch dessen Sinn und Zweck rechtfertigen die vom 1. Senat vorgenommene Ausle-

gung. Mit seiner Entscheidung setzt sich der 1. Senat zudem in Widerspruch zur Rechtsprechung des 5. Senats, ohne dass dem Beschluss insoweit eine bewusste Abweichung zu entnehmen wäre. Ferner bestehen selbst bei unterstellter Richtigkeit des vom 1. Senat aufgestellten Rechtssatzes Bedenken, dass der Straftatbestand der Steuerhinterziehung im Falle der unterlassenen Berichtigung erfüllt ist. Schließlich ist die Problematik der erzwungenen Selbstbelastung nicht zufriedenstellend gelöst.

Im Einzelnen:

I. Wortlaut und Telos des § 153 AO

Die Entscheidung setzt sich sowohl über den Wortlaut des § 153 AO als auch über dessen Sinn und Zweck hinweg. Sie überschreitet hiermit die Grenzen zulässiger Auslegung:

1. Erkennt ein Steuerpflichtiger nachträglich vor Ablauf der Festsetzungsfrist, dass eine von ihm oder für ihn abgegebene Erklärung unrichtig oder unvollständig ist und dass es dadurch zu einer Verkürzung von Steuern kommen kann oder bereits gekommen ist, so ist er verpflichtet, dies unverzüglich anzuzeigen und die erforderliche Richtigstellung vorzunehmen (§ 153 Abs. 1 Satz 1 Nr. 1 AO). Nach dem Wortlaut der Norm muss somit ein „nachträgliches Bekanntwerden“ der Unrichtigkeit vorliegen.

2. Der 1. Senat folgt der herrschenden Literatur insoweit, als denjenigen, der bereits bei Abgabe einer Steuererklärung positive Kenntnis von deren Unrichtigkeit hat, keine Berichtigungspflicht trifft.¹⁰ Damit entzieht er der gegenteiligen Entscheidung des OLG Hamburg¹¹ den Boden. Eine Berichtigungspflicht bestehe jedoch dann, wenn „derjenige, der zunächst mit der Unrichtigkeit der Angaben nur gerechnet, sie aber nicht sicher gekannt hat, die Unrichtigkeit erst nachträglich sicher erkennt, wenn er also positiv später erfährt, dass seine Angaben tatsächlich unrichtig waren“.¹² Der BGH lässt somit ein konkretes Für-Möglich-Halten und Billigen im Strafrecht für Vorsatz genügen, wissend, dass gemäß § 16 StGB Kenntnis für die Annahme von Vorsatz erforderlich ist. Im Steuerrecht spricht er dem Steuerpflichtigen die Kenntnis jedoch ab, wenn lediglich ein Für-Möglich-Halten der Unrichtigkeit der eigenen Angaben vorliegt. Dies erscheint bereits auf den ersten Blick als inkonsequent.

3. Auch das nach Auffassung des BGH „eindeutige“ Verständnis des Wortlauts des § 153 AO erschließt sich nicht. Das Erfordernis des „sicheren“ Wissens lässt sich dem Gesetz eindeutig *nicht* entnehmen. Damit ist bereits zweifelhaft, dass § 153 AO insoweit einer Auslegung, wie

⁷ BGH wistra 2009, 315 = HRRS 2009 Nr. 481.

⁸ BGHSt 53, 210.

⁹ BGHSt 47, 8, 12 ff.; BGH wistra 2002, 150.

¹⁰ Tipke in Tipke/Kruse, AO/FGO, § 153 AO Rz. 11 (Mai 2009); Brockmeyer in Klein, AO, 10. Aufl. (2009), § 153 Rz. 4; Joecks in Franzen/Gast/Joecks, Steuerstrafrecht, 7. Aufl. (2009), § 370 Rz. 182; Stahl, KÖSDI 2000, 12445, 12451; Schuhmann wistra 1994, 45, 47; Samson wistra 1990, 245, 246.

¹¹ HansOLG Hamburg wistra 1993, 274, unter Verweis auf OLG Karlsruhe BB 1966, 1379.

¹² BGH BGHSt 53, 210.

sie der BGH vorgenommen hat, überhaupt zugänglich ist, da der Wortlaut der Norm der Auslegung anerkanntermaßen letzte Grenzen setzt.

4. Zugegebenermaßen lässt sich der mögliche Sinn des Gesetzeswortlauts oftmals erst nach Anwendung anderer Auslegungsmethoden feststellen. Dementsprechend fordert das Bundesverfassungsgericht, dass im Wege der Auslegung einem nach Wortlaut und Sinn eindeutigen Gesetz nicht ein entgegengesetzter Sinn verliehen, der normative Gehalt der Norm nicht grundlegend neu bestimmt und das gesetzgeberische Ziel nicht in einem wesentlichen Punkt verfehlt werden darf.¹³ Das Bundesverfassungsgericht zieht die Grenze der Auslegung somit letztlich nicht allein am möglichen Wortsinn, sondern fragt auch danach, ob die dem Gesetz zugrunde liegende Wertung – die *ratio legis* – den zu beurteilenden Fall erfasst.

Aber auch insoweit überzeugen die Ausführungen des 1. Senats nicht. Sinn und Zweck des § 153 AO ist, die allgemeinen Regelungen zur Wahrheits- und Vollständigkeitspflicht im Besteuerungsverfahren (§§ 90 Abs. 1 und 150 Abs. 2 AO) zu ergänzen. „Die Vorschrift soll gewährleisten, dass die Finanzbehörde von Besteuerungsgrundlagen Kenntnis erhält, die ihr bislang noch nicht bekannt waren.“¹⁴ Es bleibt das Geheimnis des 1. Senats, warum dieses Telos erst dann erfüllt sein soll, wenn der Steuerpflichtige erst bei sicherer Kenntnis von der Unrichtigkeit seiner Angaben zur Berichtigung gegenüber dem Finanzamt angehalten wird. Im Sinne der Wahrheits- und Vollständigkeitspflicht ist es uE näherliegend, den Kenntnisbegriff des § 153 AO möglichst extensiv zu verstehen, ihn also auch dann als einschlägig zu betrachten, wenn der Steuerpflichtige im Nachhinein die Unrichtigkeit seiner Angaben lediglich für möglich hält. Konsequenterweise ist § 153 AO in diesem Fall dann nicht einschlägig, wenn der Steuerpflichtige schon vorher – also nicht nachträglich – seine Angaben für falsch hielt und dies billigend in Kauf nahm.¹⁵

II. Abweichung von der Rechtsprechung des 5. Senats

Die Entscheidung des 1. Senats setzt sich auch in Widerspruch zur Rechtsprechung des 5. Senats zur Strafbarkeit bei unterlassener Berichtigungspflicht.

1. In seiner Entscheidung vom 11.9.2007¹⁶, die im Übrigen auch im Beschluss vom 17.3.2009 zitiert ist, urteilte der 5. Senat, dass das Gericht auch dann, wenn der Steuerpflichtige lediglich der Steuerhinterziehung durch aktives Tun angeklagt ist, prüfen müsse, ob er sich nicht auch dadurch strafbar gemacht hat, dass er seine Pflicht zur Berichtigung aus § 153 Abs. 1 Satz 1 Nr. 1 AO nicht nachgekommen ist. Es handele sich insoweit um eine einheitliche Tat im prozessualen Sinne. Zur Begründung führte der 5. Senat an, dass insbesondere für das Verhältnis von Diebstahl und Hehlerei anerkannt sei, dass auch

bei sich rechtlich oder tatsächlich wechselseitig ausschließenden Straftatbeständen die für die Annahme eines einheitlichen geschichtlichen Lebensvorgangs erforderliche innere Verknüpfung zweier zeitlich und räumlich getrennter Vorgänge vorliegen kann, wenn die in der Anklage nach Objekt, Ort und Zeit der Handlung konkretisierte Straftat die Grundlage für die Verurteilung wegen der anderen Straftat bildet. Im Verhältnis von Steuerhinterziehung durch aktives Tun (§ 370 Abs. 1 Nr. 1 AO) durch Abgabe einer unrichtigen Steuererklärung zu einer Steuerhinterziehung durch Unterlassen (§ 370 Abs. 1 Nr. 2 AO) wegen Nichtberichtigung der nachträglich als unrichtig erkannten Steuererklärung gelte nichts anderes. Zum einen beziehen sich beide Tatvarianten auf denselben Steueranspruch; zum anderen kann der Tatrichter nur dann prüfen, ob einer Berichtigungspflicht gemäß § 153 Abs. 1 Satz 1 Nr. 1 AO bestanden hat, wenn er geklärt hat, ob sich der Angeklagte wegen einer nach Ort, Zeit und konkretem Steueranspruch eingegrenzten Steuerhinterziehung strafbar gemacht hat.¹⁷

2. Die Entscheidung des 5. Senats basiert damit auf der unabdinglichen Annahme, dass sich eine Steuerhinterziehung durch Abgabe einer unrichtigen Steuererklärung und eine Steuerhinterziehung durch Unterlassen wegen Nichtberichtigung der nachträglich als unrichtig erkannten Steuererklärung hinsichtlich des identischen „Streitgegenstands“ einander ausschließen. Hiervon ist der 1. Senat nunmehr abgerückt, ohne dass ihm die Rechtsprechungsänderung bewusst gewesen zu sein scheint.

III. Fehlende Kausalität

In diesem Zusammenhang stellt sich ferner die Frage, wie eine Steuer durch Nichtberichtigung einer Steuererklärung kausal verkürzt werden kann, wenn die identische Steuer bereits zuvor durch die mit Eventualvorsatz abgegebene Falscherklärung hinterzogen wurde.

1. Bisher war dieses Problem in der Fallkonstellation der Abgabe einer unrichtigen Umsatzsteuerjahreserklärung relevant, wenn bereits zuvor unrichtige Umsatzsteuervoranmeldungen abgegeben wurden.¹⁸ Nach ständiger Rechtsprechung des BGH führt dies zu einer doppelten Strafbarkeit, weil den Erklärungen ein eigenständiger Erklärungswert zukomme. Dabei hat der 5. Senat maßgeblich darauf abgestellt, dass die fehlerhaften Umsatzsteuervoranmeldungen lediglich zu einer Steuerverkürzung auf Zeit führen, während die falsche Jahreserklärung eine endgültige Steuerverkürzung bewirkt.¹⁹

2. Der 1. Senat begründet dies neuerdings – in ausdrücklicher Abkehr von der bisherigen Rechtsprechung – mit der Besonderheit des umsatzsteuerlichen Besteuerungsverfahrens, dass das Verfahren der Umsatzsteuervoranmeldungen einerseits und die Umsatzsteuerjahreserklärung andererseits rechtlich selbstständig sind.²⁰

¹³ BVerfGE 54, 277, 299.

¹⁴ BGHSt 53, 210.

¹⁵ So auch Wulf PStR 2009, 190, 192.

¹⁶ BGH wistra 2008, 22 = HRRS 2007 Nr. 997.

¹⁷ BGH wistra 2008, 22.

¹⁸ Vertiefend hierzu Talaska, Mitwirkungspflichten des Steuerpflichtigen im Spannungsfeld von Besteuerungs- und Strafverfahren (2006), S. 90 ff., mwN.

¹⁹ BGH wistra 2005, 228 = HRRS 2005 Nr. 396.

²⁰ BGHSt 53, 221; die Rechtsprechungsänderung ist darauf zurückzuführen, dass der 1. Senat nunmehr auch bei Abga-

3. Unabhängig davon, welche Begründung man für die doppelte Strafbarkeit im Umsatzsteuerverfahren anführt: Eine Vergleichbarkeit mit der vorliegenden Konstellation besteht nicht. Der unterlassenen Berichtigung kommt im Hinblick auf den Verkürzungserfolg kein eigener Erklärungswert zu, da bereits durch die Abgabe der unrichtigen Steuererklärung eine Steuerverkürzung auf Dauer eingetreten ist. § 153 AO stellt auch keine verfahrensrechtlich selbständige Erklärungsvorschrift dar. Sie ist lediglich eine Ergänzung der allgemeinen Erklärungspflichten iSd. §§ 149, 150 AO. Eine Auseinandersetzung mit dieser uE zwingenden Fragestellung bleibt der 1. Senat schuldig.

IV. Zwang zur Selbstbelastung

Schließlich postuliert der Beschluss des 1. Senats mit seiner Auslegung des § 153 AO nunmehr einen Zwang zur strafrechtlichen Selbstbelastung.

1. Nach dem in Art. 2 Abs. 1 GG verfassungsrechtlich verankerten nemo-tenetur-Grundsatz²¹ ist ein staatlicher Zwang zur strafrechtlichen Selbstbelastung schlechthin unzulässig. Die Verpflichtung zur unverzüglichen Anzeige und zur Richtigstellung führt jedoch dazu, dass das strafrechtliche Institut der Selbstanzeige durch eine im Steuerverwaltungsrecht angesiedelte Vorschrift unterlaufen wird. Durch die strafbewehrte Pflicht zur Berichtigung gem. § 153 AO wird das Recht zur Selbstanzeige in eine Pflicht zur Selbstanzeige umfunktioniert.²² Hierin liegt auch ein systematischer Widerspruch zu § 393 Abs. 1 AO. Es ist widersinnig, bei drohender Selbstbelastungsgefahr zwar auf die Anwendung verwaltungsrechtlicher Zwangsmittel zu verzichten, den Steuerpflichtigen aber durch die Androhung strafrechtlicher Sanktionen zur Berichtigung anzuhalten.

be unrichtiger Umsatzsteuervoranmeldungen nicht mehr eine Steuerhinterziehung auf Zeit mit einem Zinsgewinn als Vorteil, sondern eine endgültige Steuerhinterziehung in Höhe des Nominalbetrags annimmt.

²¹ BVerfGE 56, 37, 41 f.

²² Schuhmann wistra 1994, 45, 48; Kottke DStR 1996, 1350.

2. Das Argument des 1. Senats, es fehle an einer drohenden Selbstbelastung, da die Selbstanzeigemöglichkeit bestehe, verfängt nicht. Die Straflosigkeit der Selbstanzeige stellt unstreitig einen persönlichen Strafaufhebungsgrund dar. Die Selbstberichtigung zu einer tatbestandsmäßigen und rechtswidrigen Handlung bleibt hiervon unberührt. Ferner erfordert eine wirksame Selbstanzeige über die Berichtigung der fehlerhaften Angaben gemäß § 153 AO hinaus, neben dem Nichtvorliegen von Hinderungsgründen (§ 371 Abs. 2 AO) die Nachzahlung der verkürzten Steuern (§ 371 Abs. 3 AO). Es ist also keineswegs so, dass die Berichtigung automatisch zur Strafbefreiung führt.

3. Dies erkennt auch der 1. Senat und verweist im Fall des Bestehens von Hinderungsgründen auf ein außergesetzliches Verwertungsverbot. Es dürfte jedoch unzweifelhaft sein, dass ein Verwertungsverbot ohne entsprechende Fernwirkung nicht geeignet ist, dem Grundsatz der Selbstbelastungsfreiheit angemessen Rechnung zu tragen.²³

C. Ergebnis

Gegen die Strafbewehrung der Berichtigungspflicht iSd. § 153 AO im Falle der zuvor mit Eventualvorsatz abgegebenen unrichtigen Steuererklärung bestehen erhebliche rechtliche Bedenken. Der 1. Senat des BGH hat diese Bedenken in seiner Entscheidung vom 17.3.2009 nicht aufgelöst. Jenseits aller Einwände besteht auch keine Notwendigkeit, die Nichtberichtigung in der besprochenen Fallkonstellation unter Strafe zu stellen. Insoweit sei auf eine Entscheidung des I. Senats des BFH verwiesen: „Zweck der fehlenden Berichtigungspflicht bei bereits anfänglicher Kenntnis ist nämlich, dass in diesem Fall ohnehin schon eine Steuerstraftat vorliegt und dem Täter insoweit eine Selbstberichtigungspflicht auch für das Steuerverfahren nicht zugemutet werden soll.“²⁴ Dies muss unabhängig davon gelten, mit welcher Vorsatzform der Täter diese Steuerstraftat verwirklicht hat. Es bleibt zu hoffen, dass sich der BGH dieser Frage nochmals annimmt.

²³ Vgl. auch Wulf PStR 2009, 190, 195.

²⁴ BFH/NV 2007, 1801, 1802.

Dokumentation

Verfahrensdokumentation

In dieser Ausgabe kein Eintrag.

Schrifttum

Günther Jakobs. Norm, Person, Gesellschaft. Vorüberlegungen zu einer Rechtsphilosophie. Dritte, erheblich veränderte Auflage, Duncker&Humblot, 2008, 139 S., 28,00 €.

I. Wie kann das, was wir *heute* als Recht, genauer, als Rechtsordnung bezeichnen, auf den Begriff gebracht werden und welche Konsequenzen haben die damit einhergehenden Überzeugungen für unser Freiheits- und Sanktionsverständnis? *Günther Jakobs* hat mit „Norm, Person, Gesellschaft“ bereits 1997 versucht, auf diese Frage eine triftige Antwort zu geben (zur anschließenden Debatte vgl. *Zabel*, Schuldtypisierung als Begriffsanalyse, 2007, S. 334 ff.). Inzwischen ist über ein Jahrzehnt vergangen. Die nunmehr 3. Auflage der *Vorüberlegungen zu einer Rechtsphilosophie* will nicht nur die gegenwärtigen Entwicklungen nachzeichnen, sondern auch die vormalig gewonnenen Einsichten einer kritischen Analyse unterziehen. Das scheint überaus sinnvoll. Denn die Strategien moderner Rechtsgewährleistung, man denke nur an die Neujustierung des zunehmend präventiv orientierten Sicherheitsregimes, aber ebenso an die Diskussion um eine rechtstheoretische Grundlegung der institutionellen Voraussetzungen, geben durchaus Anlass dazu.

II. *Jakobs* verteidigt auch in der aktuellen Auflage von „Norm, Person und Gesellschaft“ die Grundpfeiler seiner Konzeption. Im Mittelpunkt steht die These, dass „menschliche Individuen nicht als solche, also aus eigener Kraft, eine normativ strukturierte Gesellschaft ‚gründen‘ [können], und sich auf diesem Wege von Individuen zu Personen wandeln“. Individualität und Normativität seien vielmehr exklusive Deutungsschemata und beruhen auf einem jeweils eigenständigen Code. Das gelte es, bei der Rede über Normen, Personen und Gesellschaften zu beachten. Absetzen, auch das ist bekannt, will sich *Jakobs* von vertragstheoretischen Modellen geordneter Sozialität; insbesondere von psychologisierenden Interpretationen des objektiven Idealismus’ *Hegels*. Dementsprechend geht es um Recht als gesellschaftliche Wirklichkeit; Wirklichkeit, die entsteht, wenn die Norm den die Kommunikation leitenden Maßstab abgibt. Diese Wirklichkeit dürfe allerdings nicht als postuliertes oder – wie auch immer – konstruiertes Szenarium verstanden werden. Im Gegenteil, normative Institutionen könnten nur dann im Alltag orientieren, „wenn sie kognitiv untermauert sind; denn der Leib einer Person ist auch Leib eines Individuums, das nun einmal sein Auskommen finden will“ (alle Zitate aus dem Vorwort, S. 5 f.). Auch der letzte Punkt ist nicht neu, allerdings versucht *Jakobs* ihn für seine Argumentation verstärkt fruchtbar zu machen. – Wie in den beiden anderen Auflagen beginnt

Jakobs seine Analyse mit einer groben Skizze und einer dezidierten Kritik der traditionellen rechts- und staatsphilosophischen Diskussion. Anhand der Auseinandersetzungen um die zentralen Begriffe, wie Individuum, Subjekt und Person, entwickelt er die damit einhergehenden Problemschwerpunkte. Als Folie dienen hier die Entwürfe eines *Hobbes*, *Spinoza*, *Rousseau*, nicht weniger die von *Kant*, *Fichte* und *Hegel*. *Jakobs* kommt es ersichtlich darauf an, das Potential, aber auch die Grenzen dieser Ideen- und Begriffsgeschichte offenzulegen. Das Potential sieht er vor allem in der Herausarbeitung und Geltendmachung des Leistungs-Legitimations-Paradigmas (vgl. dazu im Einzelnen *Zabel* ZStW 120, 68 ff.). Spätestens mit *Hobbes* werde deutlich, dass die Gewalt habende Macht in einem Gemeinwesen nur dann legitimiert ist, soweit sie die Subistenz- und Organisationsbedingungen des Einzelnen wie der Gesellschaft garantiert (S. 13 ff.). Das betrifft die Ordnung der Gruppe, den Status der Personen sowie die Rechte und Pflichten der handelnden Akteure. Modern sei das insofern, als nunmehr – wenn auch in unterschiedlicher Weise – auf eine säkular verfasste Sollensvorstellung, auf eine Übertragung des Ich in die Allgemeinheit sozialer Institutionen rekurriert werde (S. 41). Problematisch erscheint *Jakobs* die Begründung dieser Gewährleistungsmatrix. Sie beruht nämlich, so seine These, auf der immanenten Logik und den Strukturen des methodischen Individualismus. Dieser liefe – wie bei *Rousseau*, *Kant* oder *Fichte* – auf eine vertragliche Bindung staatlicher und damit verobjektivierter Gewalt hinaus. Damit aber, so der Einwand, leiden diese Konzeptionen an dem gravierenden Mangel, „dass sie das zu Erzeugende, eine Bindung, bereits zur Erklärung des Erzeugungsvorganges benötigen“ (S. 21). Selbst bei *Hegel*, der, wie *Jakobs* betont, die Inkonsistenzen dieser Theorien am deutlichsten formuliert hat, ist das Problem nicht gelöst, sondern mit dem Begriff der Anerkennung nur camouffiert (S. 34 ff.). Denn „Anerkennung [kann] nicht allein als wechselbezügliche Leistung zweier (oder mehrerer) Individuen begriffen werden – zwei Schiffe können nicht aneinander ankern –, sondern nur als eine Verbindung von Personen durch eine sie konstituierende Norm – durch einen Ankergrund –, als Zuordnung von Rollen [...]“.

Der Hinweis auf die konstituierende Norm macht einmal mehr explizit, wo für *Jakobs* die entscheidende Differenz zu einer heute adäquaten Theorie der Gesellschaft liegt: Sie liegt in der exponierten Norm. Sie ist es, die – wie bereits erwähnt – den Maßstab praktischer Kommunikation darstellt, die also, mit anderen Worten, das leitende Interpretationsmuster für das Verhalten von Personen liefert (S. 50 ff.). Auch damit befindet sich *Jakobs* auf der Linie der Vorausgaben. D.h. Erst im Rahmen dieses Deu-

tungsmusters werden die individuellen, subjektiven und personalen Handlungsschemata (Lust/ Unlust; Pflicht/ Willkür; Sollen/ Freiraum) *wirklich*, wobei eine funktionierende Gesellschaft nur als personale zu begreifen ist. Insofern geht es hier um Strategien *normativer Verständigung*, mit der Konsequenz, dass die Person selbst für Normbefolgungsbereitschaft zu sorgen hat, Normbrüche also zu ihren Lasten gehen (S. 66 ff.). Präziser als in der Voraufgaben diskutiert *Jakobs* den Zusammenhang von Person und Leib, von normativer und kognitiver Lage. Hatte er zuvor schon betont, dass das Schema von Sollen und Freiraum dasjenige von Lust und Unlust nicht außer Kraft setzt, Individuen also auch in der Ordnung der Personen im Großen und Ganzen ihr Auskommen finden müssen, so wird dieses Orientierungsprogramm nun dezidiert im Kontext der Zwangs-, Zurechnungs- und Strafbegründung reformuliert (S. 80 ff.). Ausschlaggebend ist dabei, dass die kognitive Reaktion („Vorsorge“) auf ein normwidriges Verhalten zu einer Veränderung des Personenstatus führt. Genauer: Der Zwingende vertraut nicht mehr auf die Wirklichkeit der Personalität. Dementsprechend wird die Person zwangsweise den Regeln der Natur unterworfen, und „deshalb depersonalisiert sich selbst, wer durch sein zurechenbares Verhalten Zwang erforderlich macht“ (S. 134). Für *Jakobs* kann dieser Konnex sogar zu einer „Selbst-Depersonalisierung“ führen, nämlich dann, wenn sich ein Akteur „voraussichtlich dauerhaft außerhalb der Normenordnung bewegt“. Eine moderne Gesellschaft müsse in Fällen eines sich drastisch aufdrängenden Verdachts – etwa im Wege der Sicherungsverwahrung – vorbeugen, schon um die notwendigen Rechtsschutzgarantien aufrechterhalten zu können (S. 83 f.). Auf die Spitze getrieben werde das Problem der *Schadensabwendung* durch die „Zwangs-Entpersonalisierung“. Die damit angesprochene Opferpflicht individualisierter Personen ist für *Jakobs* keineswegs abstrakt zu gewinnen. „Was verlangt werden kann, hängt von der normativen Verfassung der Gruppe ab, und zwar nicht von einer postulierten, nur ausgedachten, sondern von der wirklich orientierenden.“ Insofern könne das Opfer durchaus gezwungen werden. „Die Gruppe“, so *Jakobs* weiter, „entpersonalisiert dann zum Vorteil vieler oder sogar zu ihrem Erhalt einige Personen zwangsweise: Ausnahmezustand.“ (S. 86). – Dieses Synallagma von (normwidrigen) Verhalten und (vorbeugendem) Zwang konkretisiert *Jakobs* in seinem Zurechnungsmodell (S. 88 ff.). Abgeschichtet wird zunächst die so genannte Erfolgs- und Sippenhaftung von der Schuldzurechnung. Die Entscheidungen für letztere soll als Plädoyer für eine Gesellschaftsform verstanden werden, die eben nur motivierbares Verhalten, folglich die Selbststeuerung von Personen, in den Mittelpunkt der normativen Verständigung rückt und damit deren „Vergeistigung“ – d.h. die Vergeistigung des Bandes – behauptet. Tadelnde Zurechnung erfolgt schließlich, wenn die Wirklichkeit der Person fehlt, d.h. die Bindung an den Trieb oder der Mangel an Vernunft überwiegt. „Insofern wird nur einer *formellen* Person zugerechnet, ‚formell‘ im Sinn eines zur Person geeigneten, aber nun einmal nicht realisierten Wesens [...]“ (S. 90). Die weiteren Erörterungen zu den Aspekten von Schuld und Zumutbarkeit knüpfen im Wesentlichen an die Voraufgaben an. *Jakobs* Argumentation kennt zwei Perspektiven. Der Blick auf das „individuelle Auskommen“ will verdeutlichen, dass Normbefolgung grundsätzlich erwartet,

Normbruch also geahndet werden muss, dass der Zugriff auf den Einzelnen aber dort problematisch ist, wo er den Kern des individuell Zumutbaren attackiert. (S. 99 ff.). Der Verweis auf den „Bestand der Ordnung“ stellt jedoch klar, dass damit nicht jede (existentielle) Gefahr gemeint sein kann. Entscheidend sei vielmehr, dass die Bedürfnisse des Individuums die Sozialität der Ordnung nicht untergraben. Eine Schuldzurechnung ist also dann ausgeschlossen, wenn die Wirklichkeit der Norm mit dem Ansinnen des Akteurs verträglich ist (S. 107, 134). Steht jedoch diese Wirklichkeit in Streit, so muss die Sanktion den Geltungsvorrang der Norm behaupten. Denn „eine Normwidrigkeit“, so *Jakobs*, „schafft eine im wörtlichen Sinn zweideutige Situation: Formell geht es um Gesellschaft, aber deren Grenzen werden neu gezogen; wo es nach dem gesellschaftlichen Schema um Sollen geht, beansprucht der Handelnde Freiraum. [...] Das normwidrige Verhalten stört also die Orientierung.“ (S. 109). Die Sanktion marginalisiert die Tat.

Während *Jakobs* in den Voraufgaben den normativ-institutionellen Aspekt in den Vordergrund gestellt hat und insofern auf den *symbolischen* Gehalt von Tat und Strafe im System des Rechts abhebt (dort S. 103 ff.), tritt nun in der aktuellen Auflage die Frage nach den *Restitutionsstrategien* gleichberechtigt hinzu. Mit der Rede vom „Strafschmerz“ (S. 113 ff.) soll betont werden, dass es bei der Strafe, neben dem kommunikativen, zugleich um einen „stummen Realakt“ ginge. Letzterer diene vor allem der kognitiven Untermauerung normkonformer Erwartungen. „Der Strafschmerz hebt die Gefahr der Erosion auf; seine Legitimation gründet demgemäß auf im Synallagma von Verhaltensfreiheit und Folgenverantwortung. Der Normbrecher“, so *Jakobs* weiter, „hat seinen Freiraum überschritten und soll für die Folgen eintreten – *Schadensersatz*.“ (S. 114). Dieses Modell der Erhaltung normativer Wirklichkeit kennzeichnet *Jakobs* als Form der Strafhaftung, die sich ausschließlich auf den Ausgleich des Schadens beschränkt. Es gehe also nicht darum den Täter von weiteren Taten abzuhalten, als vielmehr darum, den geschehenen Normbruch „als nach allgemeinen Verständnis missglücktes Unternehmen“ darzustellen (S. 114 f.). Anders sei freilich zu verfahren, wenn es sich bei dem Täter um kein Gruppenmitglied handelt. Da nur Gruppenmitglieder die normative Identität der Gesellschaft in Frage stellen können, komme auch nur ihnen gegenüber das vorgestellte Modell von Normbruch und Strafe in Betracht. Erfolgt eine Störung durch Externe „so wird diese [...] kognitiv erledigt, was heißt, der Gegner werde an seinen Unternehmungen gehindert, wobei es eine reine Zweckmäßigkeitsfrage ist, ob man ihn vernichtet oder sich mit ihm arrangiert“ (S. 116). Hier findet sich das von *Jakobs* in den letzten Jahren häufig traktierte und ebenso ausgiebig diskutierte Problem des Feindstrafrechts kompakt reformuliert. Besonders markante Wendungen wurden erkennbar verschliffen, in der Sache aber, das wird beim Lesen der Passagen deutlich, ist *Jakobs*’ Standpunkt derselbe geblieben.

III. Wenn es – wie *Hegel* treffsicher formuliert – die Aufgabe der Philosophie ist, ihre Zeit in Gedanken zu erfassen, so kann für eine *Rechtsphilosophie* nichts anderes gelten. *Jakobs* hat sich dieses Motto ersichtlich auf die Fahnen geschrieben. Auch die dritte Auflage von „Norm, Person, Gesellschaft“ will, daran gibt es gar keinen Zwei-

fel, weder eine utopische noch faktenorientierte Theorie, dafür umso mehr eine konkrete Aussage über eine erfahrbar praktische und insofern wirkliche Gesellschaft sein. Ausgeschlossen sind damit metaphysische Konzepte wie auch rein positivistische Begründungsformen. Aber sind damit Norm, Person und Gesellschaft oder eben das, was wir unter sozialer Ordnung verstehen, auf den Begriff gebracht?

Zunächst: Einleuchtend ist und bleibt die Kritik des Kontraktualismus. Der Ausgang vom Individuum kann kein hinreichendes Argument für den Übergang vom einzelnen Akteur zur Person als Adressat von Rechten und Pflichten erzeugen. Abgesehen davon, dass es nicht in der Hand des Einzelnen liegen kann, sich aus den gesellschaftlichen Zusammenhängen zu lösen, werden hier rechtliche Strukturen vorausgesetzt, die doch durch den (Gesellschafts-)Vertrag erst generiert werden sollen. *Jakobs* dagegen wählt den Weg über die Norm. Nur sie könne die verbindlichen Standards rechtlicher Verständigung garantieren. Die Anknüpfung an *Hobbes*, die Anleihen bei *Kelsen* und *Luhmann* (um nur einige zu nennen) machen gleichermaßen deutlich, dass *Jakobs* weder die Methode noch die Semantik der immer noch einflussreichen Bewusstseinsphilosophie übernehmen will. Das erklärt auch seine neuerlichen Absetzbewegungen gegenüber *Hegel*. Doch hat die so bestimmte Position ihren Preis. Denn die Norm als zentrales Deutungsschema hat nun sämtliche Erklärungs- und Begründungslasten zu tragen. Das gilt umso mehr, als mit ihr das gesamte Spektrum praktisch personaler Kommunikation – also Lebenswelt und Rechtswelt – in den Blick genommen werden soll. *Jakobs* sieht darin kein Problem. Schließlich korrespondiere der normativen Erwartung immer schon die kognitive Untermauerung derselben. Aber das ist – was die *Tiefenstrukturen* gemeinschaftlichen Handelns und Urteilens angeht – wenig aussagekräftig. Die Kopplung des Kognitiven an das Normative, die *Jakobs* gerade in der aktuellen Auflage verstärkt betreibt, bezieht sich allein auf die Deutung eines Geschehens und die (Selbst-)Darstellung der Akteure. Das kann man als Passepartout sozialer Verständigung durchgehen lassen, indes, die *Praxis des Gebens und Nehmens von Gründen*, des Aushandelns verbindlicher Standards, bleibt damit wesentlich

unterbelichtet oder – der üblichen Semantik entsprechend – in den Bereich systemischer Umwelt verwiesen. Personen im (Rechts-) System lassen sich aber, anders als *Jakobs* glauben machen möchte, nicht allein über eine Norm als „äußeres Ereignis“ konstruieren. Das sieht wohl auch *Jakobs*, wenn er mit Klauseln wie dem „individuellen Auskommen“ Einbruchsstellen schafft, um die strikte Trennung von normativer Konstruktion und vernünftiger Selbstorientierung zu unterlaufen. Nun heißt das keineswegs, dass man auf einen metaphysischen Begriff der Person, der Würde oder des Rechts zurückgreifen müsste. Im Gegenteil, die Norm ist nur dann und insoweit als *verpflichtendes* Ereignis darstellbar, als sie zugleich in der Vollzugsperspektive der Akteure begründet und zur Geltung gebracht wird. Letztlich beruht auch die Funktionsfähigkeit der modernen Gesellschaft auf diesem Prinzip, denn sie hat die praktisch-performative Bestätigung der handlungsleitenden Institutionen zur notwendigen Voraussetzung. In diesem Sinne ist auch *Jakobs'* Konzept des Strafrechts zu ergänzen: Die Tat manifestiert nicht nur die Verletzung einer wie auch immer oktroyierten Normorientierung, sondern ist Ausdruck eines in seiner *Norminterpretation* falsch verstandenen Personenseins. Die Strafe hat genau darauf zu reagieren, nämlich als Restitution einer Norm, die aus dem gemeinschaftlichen Projekt institutionellen Zusammenlebens hervorgegangen und ihm insoweit *eingeschrieben* ist. – Dass damit die aktuellen Probleme des Strafrechts und einer modernen Gesellschaft nicht enden, hat *Jakobs* ebenso scharfsinnig wie kontrovers herausgearbeitet. Unabhängig davon, wie man sich hier zu einzelnen Thesen und Argumenten verhält, haben gerade seine *Vorüberlegungen* die (Straf-)Rechtswissenschaft daran erinnert, dass das Geschäft eines Wissenschaftlers nicht zuletzt darin besteht, sich der Grundlagen seines Fachs und der Legitimität seines Gegenstandes zu versichern. Das, so kann man festhalten, ist ihm einmal mehr gelungen.

Akademischer Rat **Dr. Benno Zabel**, B.A., Univ. Leipzig

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.

134. BVerfG 1 BvR 256/08 – Urteil vom 2. März 2010

Vorratsdatenspeicherung; informationelle Selbstbestimmung; Richtlinie 2006/24/EG; Vorrang des Gemeinschaftsrechts; Vorabentscheidungsverfahren; Verfassungsbeschwerde (Zulässigkeit; Solange II); Telekommunikationsfreiheit (Verbindungsdaten; Emails); Geeignetheit (Zielerreichung; Zielförderung); Verhältnismäßigkeit; IP-Adressen; Nichtigkeit; abweichende Meinung (Schluckebier; Eichberger); Datensicherheit.

Art. 1 Abs. 1 GG; Art. 2 Abs. 1 GG; Art. 234 EG; § 96 TKG; § 113 TKG; § 113a TKG; § 113b TKG; § 100g StPO; Art. 267 AEU; Art. 10 Abs. 1 GG

135. BGH 1 StR 247/09 - Urteil vom 13. Januar 2010 (LG Würzburg)

Beweiswürdigung beim Vorwurf der Hehlerei (Unterschlagung; Ankaufen; Übernahme der mittelbaren Verfügungsgewalt; Absatzhilfe; Erfassung der Teilnahme an der Vortat); unwirksame Teilanfechtung in der Revision (Erweiterung des Anfechtungsumfangs zulasten des Angeklagten); besonders schwerer Fall des Betruges (Vermögensverlust großen Ausmaßes); Urteilsabfassung bei Serientaten.

§ 261 StPO; § 344 StPO; § 345 StPO; § 259 StGB; § 246 StGB; § 263 Abs. 3 StGB

136. BGH 1 StR 372/09 - Urteil vom 13. Januar 2010 (LG München I)

Nachträgliche Anordnung der Unterbringung in der Sicherungsverwahrung (formelle Voraussetzungen; neue Tatsache; Beachtung neuer wissenschaftlicher Erkenntnisse).

§ 66b StGB; § 66 StGB

137. BGH 1 StR 491/09 - Urteil vom 16. Dezember 2009 (LG Hildesheim)

Rechtsfehlerhafte Beweiswürdigung beim Vorwurf der Mitwirkung an einem Umsatzsteuerkarussell (überspannte Anforderungen; Wertungsfehler und Erörterungsmängel); Steuerhinterziehung (Vorsatz; Leichtfertigkeit; Steuerverkürzung).

§ 370 AO; § 378 AO; § 15 StGB; § 261 StPO

138. BGH 1 StR 530/09 - Beschluss vom 2. Februar 2010 (LG Dortmund)

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

139. BGH 1 StR 530/09 - Beschluss vom 2. Februar 2010 (LG Dortmund)

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

140. BGH 1 StR 587/09 - Beschluss vom 14. Januar 2010 (LG Ravensburg)

Strafklageverbrauch beim unerlaubtem Handeltreiben mit Betäubungsmitteln; Anforderungen an die Hinweispflicht (Beruhen: sinnvolle Darlegung veränderter Verteidigungsmöglichkeiten; Darlegungspflichten).

§ 29 BtMG; § 29a BtMG; Art. 103 II GG; § 265 StPO; § 344 Abs. 2 Satz 2 StPO

141. BGH 1 StR 3/10 - Beschluss vom 4. Februar 2010 (LG München I)

Erteilung des letzten Wortes (Wiedereintritt; Ausschluss des Beruhens hinsichtlich des Schuldspruchs).

§ 258 Abs. 2 StPO; § 337 StPO; § 257c StPO

142. BGH 1 StR 591/09 - Beschluss vom 3. Februar 2010 (BGH)

Unbegründete Anhörungsrüge.
§ 356a StPO

143. BGH 1 StR 591/09 - Beschluss vom 12. Januar 2010 (LG Nürnberg-Fürth)

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

144. BGH 1 StR 595/09 - Beschluss vom 14. Januar 2010 (LG Baden-Baden)

Nachträgliche Sicherungsverwahrung (neue Tatsache; Erkenntnisse aus dem Vollzug; Therapieunwilligkeit); Recht auf Freiheit und Sicherheit; Rückwirkungsverbot (Gesetzlichkeitsprinzip).

Art. 103 Abs. 2 GG; Art. 5 EMRK; Art. 7 EMRK; Art. 43 Abs. 1 EMRK; Art. 44 Abs. 2b EMRK

145. BGH 1 StR 620/09 - Beschluss vom 14. Januar 2010 (LG Baden-Baden)

Begriff des Beweisantrages (Unerreichbarkeit; Angabe der aktuellen Anschrift des Zeugen; Aufklärungsrüge;

Darlegungsvoraussetzungen); Unmittelbarkeitsgrundsatz (Verlesung; unzureichender Beschluss; Ausschluss des Beruhens).

Art. 6 EMRK; Art. 103 Abs. 1 GG; § 244 Abs. 2, Abs. 3 StPO; § 250 StPO; § 251 Abs. 1 Nr. 1 StPO; § 344 Abs. 2 Satz 2 StPO; § 337 StPO

146. BGH 1 StR 634/09 - Beschluss vom 20. Januar 2010 (LG Essen)

Voraussetzungen der Selbstanzeige (steuerliche Prüfung; persönlicher Strafaufhebungsgrund); Täter-Opfer-Ausgleich bei der Steuerhinterziehung.

§ 371 Abs. 2 Nr. 1 Buchst. a) Alt. 1 AO; § 46a StGB

147. BGH 1 StR 638/09 - Beschluss vom 19. Januar 2010 (BGH)

Unbegründeter Antrag auf Entscheidung des Revisionsgerichts.

§ 346 Abs. 2 StPO

148. BGH 1 StR 661/09 - Beschluss vom 2. Februar 2010 (LG Ingolstadt)

Verwerfung der Revision als unbegründet.

§ 349 Abs. 2 StPO

149. BGH 2 StR 403/09 - Beschluss vom 20. Januar 2010 (LG Kassel)

BGHSt; Härteausgleich durch Vollstreckungslösung bei der Verhängung lebenslanger Freiheitsstrafe für gesamtstrafenfähige Vorstrafen; keine Übertragung der Vollstreckungslösung auf Verfahrensfehler.

Art. 6 EMRK; § 51 StGB; § 54 StGB; § 55 StGB; § 57a StGB; § 57b StGB

150. BGH 2 ARs 405/09 (2 AR 232/09) - Beschluss vom 27. Januar 2010 (AG Gernsbach; AG Rastatt)

Gegenvorstellung; Zuständigkeitsübertragung.

§ 12 Abs. 2 StPO; § 20 Abs. 1 Nr. 1 Buchst. b der landesrechtlichen Verordnung über die Zuständigkeiten in der Justiz Baden-Württemberg vom 20. November 1998

151. BGH 2 StR 428/09 - Urteil vom 13. Januar 2010 (LG Frankfurt am Main)

Rechtsfehlerhafte Beweiswürdigung bei der Prüfung des Tötungsvorsatzes (Lückenhaftigkeit; Darlegung einer erschweren Erkenntnis auf Grund eines Aufmerksamkeitsdefizit- und Hyperaktivitätssyndroms).

§ 15 StGB; § 21 StGB; § 261 StPO

152. BGH 2 StR 444/09 - Urteil vom 27. Januar 2010 (LG Kassel)

Möglicher Rückgriff auf gemäß § 256 Abs. 1 Nr. 2 StPO herangezogene Beweismittel zum Beleg eines versuchten Tötungsdelikts; Beruhen.

§ 256 Abs. 1 Nr. 2 StPO; § 337 StPO

153. BGH 2 StR 446/09 - Urteil vom 16. Dezember 2009 (LG Darmstadt)

Rechtsfehlerhafte Beweiswürdigung bei hinsichtlich eines möglichen Tötungsvorsatzes bei dem gewaltsamen Einsatz eines sog. Analplugs; sexueller Missbrauch widerstandsunfähiger Personen; Einwilligung bei sexuellen Handlungen.

§ 179 StGB; § 212 StGB; § 15 StGB; § 228 StGB; § 261 StPO

154. BGH 2 StR 447/09 - Beschluss vom 13. Januar 2010 (LG Mühlhausen)

Erörterungsmangel hinsichtlich einer möglichen Schuldunfähigkeit bei einer BAK von 3,41 Promille zur Tatzeit.

§ 20 StGB

155. BGH 2 ARs 453/09 (2 AR 281/09) - Beschluss vom 20. Januar 2010 (AG Neuss)

Gerichtsstandsbestimmung durch den BGH.

§ 12 StPO

156. BGH 2 StR 460/09 - Urteil vom 27. Januar 2010 (LG Trier)

Vergewaltigung in der Ehe (Prüfung des Normalstrafrahmens; Regelbeispiel des § 177 Abs. 2 Satz 2 Nr. 1 StGB).

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

157. BGH 2 StR 487/09 - Beschluss vom 13. Januar 2010 (LG Frankfurt am Main)

Verwerfung der Revision als unbegründet.

§ 349 Abs. 2 StPO

158. BGH 2 StR 498/09 - Beschluss vom 27. Januar 2010 (LG Koblenz)

Verwerfung der Revision als unbegründet.

§ 349 Abs. 2 StPO

159. BGH 2 StR 498/09 - Urteil vom 27. Januar 2010 (LG Koblenz)

Minder schwere Fälle der Abgabe von Betäubungsmitteln in nicht geringer Menge an eine Person unter 18 Jahren.

§ 30a Abs. 3 BtMG

160. BGH 2 StR 508/09 - Beschluss vom 3. Februar 2010 (LG Wiesbaden)

Verwerfung der Revision als unbegründet.

§ 349 Abs. 2 StPO

161. BGH 2 StR 513/09 - Beschluss vom 20. Januar 2010 (LG Aachen)

Unzulässige Revision.

§ 341 Abs. 1 StPO

162. BGH 2 StR 519/09 - Beschluss vom 13. Januar 2010 (LG Bonn)

Rechtsfehlerhafte Anordnung der Unterbringung des Angeklagten in einer Entziehungsanstalt (hinreichend konkrete Aussicht, den Angeklagten durch die Behandlung zu heilen oder über eine erhebliche Zeit vor dem Rückfall in den Hang zu bewahren und von der Begehung erheblicher rechtswidriger Taten abzuhalten, die auf seinen Hang zurückgehen; Erfolgsaussicht); Wertersatzverfall; Einziehung (Beziehungsgegenstände).

§ 64 Satz 2 StGB; § 33 Abs. 2 BtMG; 73a StGB

163. BGH 2 StR 535/09 - Beschluss vom 27. Januar 2010 (LG Bonn)

BGHSt; Anforderungen an die Ablehnung des Beweisantrages auf die Einholung eines weiteren Sachverständigengutachtens (substantiiert dargelegte methodische

Mängel des vorbereitenden Erstgutachtens; erforderliche eigene Sachkunde; Bedeutungslosigkeit).
§ 244 Abs. 4 Satz 1, 2 StPO

164. BGH 2 StR 551/09 - Beschluss vom 20. Januar 2010 (LG Aachen)

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

165. BGH 2 StR 592/09 - Beschluss vom 3. Februar 2010 (LG Bad Kreuznach)

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

166. BGH 4 StR 20/10 - Beschluss vom 16. Februar 2010 (LG Bochum)

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

167. BGH 4 StR 276/09 - Beschluss vom 19. November 2009 (LG Essen)

Abwesenheit des Angeklagten (absolute Revisionsgrund des § 338 Nr. 5 StPO); Verletzung des Unmittelbarkeitsgrundsatz (Darlegungsanforderungen).
§ 338 Nr. 5 StPO; § 231 Abs. 2 StPO; § 230 Abs. 1 StPO; § 250 StPO; § 256 Nr. 1a, Nr. 2 StPO

168. BGH 4 StR 378/09 - Beschluss vom 13. Januar 2010 (LG Bochum)

Keine Hehlerei durch Vortäter der Tat; Computerbetrug.
§ 259 StGB; § 263a StGB

169. BGH 4 StR 399/09 - Urteil vom 14. Januar 2010 (LG Essen)

Heimtücke (subjektive Tatseite).
§ 211 Abs. 2 StGB

170. BGH 4 StR 407/09 - Urteil vom 21. Januar 2010 (LG Dortmund)

Verfahrenseinstellung wegen einer mangelnden wirksamen Anklageerhebung (Tat im prozessualen Sinne; Nämlichkeit der Tat; veränderter Tatzeitraum).
§ 200 StPO; § 260 Abs. 3 StPO

171. BGH 4 StR 413/09 - Urteil vom 7. Januar 2010 (LG Dessau-Roßlau)

Rechtsfehlerhafte Beweiswürdigung beim Tod eines ausländischen Inhaftierten auf einer Polizeistation; fahrlässige Tötung (Unterlassung; unverzügliche Reaktion auf Feuergefahren; Pflichtwidrigkeitszusammenhang; Vermeidbarkeit).
§ 222 StGB; § 261 StPO; § 13 Abs. 1 StGB

172. BGH 4 StR 9/10 - Beschluss vom 2. Februar 2010 (LG Münster)

Anordnung der Unterbringung des Angeklagten in einem psychiatrischen Krankenhaus (positive Feststellung eines länger andauernden, nicht nur vorübergehenden Defekts; Geltung des Zweifelsgrundsatzes).
§ 63 StGB; § 21 StGB

173. BGH 4 StR 93/09 - Beschluss vom 14. Januar 2010 (LG Münster)

Ausspähen von Daten beim Auslesen von Daten, die auf dem Magnetstreifen einer Zahlungskarte gespeichert sind (besondere Sicherung gegen unberechtigten Zugang).
§ 202a StGB

174. BGH 4 StR 424/09 - Urteil vom 17. Dezember 2009 (LG Saarbrücken)

Beweiswürdigung bei der Prüfung des Tötungsvorsatzes.
§ 15 StGB; § 212 StGB; § 261 StPO

175. BGH 4 StR 477/09 - Beschluss vom 3. Dezember 2009 (LG Schwerin)

Betrug durch Tanken ohne zu bezahlen (Vollendung; Versuch); keine Hehlerei durch den Vortäter.
§ 263 Abs. 1, Abs. 2 StGB; § 259 StGB

176. BGH 4 StR 478/09 - Beschluss vom 5. Januar 2010 (LG Arnsberg)

Bemessung der Einsatzstrafe (Freiheitsstrafen von mehr als einem Jahr); gefährlicher Eingriff in den Straßenverkehr; gefährliche Körperverletzung (mittels einer lebensgefährdenden Behandlung).
§ 39 StGB; § 315b Abs. 1 Nr. 3 StGB; § 224 Abs. 1 Nr. 5 StGB

177. BGH 4 StR 487/09 - Urteil vom 4. Februar 2010 (LG Bochum)

Anforderungen an ein freisprechendes Urteil; Verabredung eines Verbrechens des - täterschaftlichen - Besitzes von Betäubungsmitteln in nicht geringer Menge.
§ 261 StPO; 30 Abs. 2 StGB; § 29a Abs. 1 Nr. 2 BtMG

178. BGH 4 StR 549/09 - Beschluss vom 7. Januar 2010 (LG Arnsberg)

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

179. BGH 4 StR 562/09 - Beschluss vom 13. Januar 2010 (LG Bochum)

Klammerwirkung; Geiselnahme; fahrlässige Gefährdung des Straßenverkehrs; Entziehung Minderjähriger.
§ 239b StGB; § 315c Abs. 3 StGB; § 235 StGB; § 52 StGB

180. BGH 4 StR 587/09 - Beschluss vom 16. Februar 2010 (LG Hagen)

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

181. BGH 4 StR 634/09 - Beschluss vom 28. Januar 2010 (LG Essen)

Anwendung des § 354 Abs. 1 StPO bei einem Fassungsversehen.
§ 354 Abs. 1 StPO

182. BGH 3 StR 23/10 - Beschluss vom 9. Februar 2010 (LG Wuppertal)

Urteilsformel (Freispruch im Übrigen).
§ 260 Abs. 4 StPO

183. BGH 3 StR 250/09 - Urteil vom 27. August 2009 (LG Hannover)

BGHSt; Teilrechtskraft; Reichweite der Urteilsaufhebung im Strafausspruch; rechtsstaatswidrige Verfahrensverzögerung durch Ermittlungsbehörden.

Art. 6 Abs. 1 EMRK; Art. 13 EMRK; § 353 StPO; § 354 StPO

184. BGH 3 StR 29/10 - Beschluss vom 17. Februar 2010 (LG Düsseldorf)

Anrechnung in der Schweiz erlittener Untersuchungshaft (Verhältnis 1:1).

§ 51 Abs. 4 Satz 1 StGB

185. BGH 3 StR 486/09 - Beschluss vom 18. Februar 2010 (LG Lübeck)

Verfahrensrüge (Begründungsanforderungen).

§ 344 Abs. 2 Satz 2 StPO

186. BGH 3 StR 523/09 - Beschluss vom 26. Januar 2010 (LG Wuppertal)

Beschwerde gegen Bewährungsbeschluss (Entscheidungsreife; Abhilfebeschluss).

§ 268a Abs. 1 StPO; § 56b Abs. 2 Nr. 3 StGB; § 306 Abs. 2 StPO

187. BGH 3 StR 528/09 - Beschluss vom 13. Januar 2010 (LG Hannover)

Verständigung (Prüfung auf Verfahrensfehler; Verfahrensrüge; Dokumentation in den Urteilsgründen; Bezugnahme auf das Protokoll).

§ 257c StPO; § 267 Abs. 3 StPO; § 344 Abs. 2 Satz 2 StPO

188. BGH 3 StR 87/09 - Urteil vom 19. November 2009 (LG Verden)

Sexuelle Nötigung (sexualbezogener Körperkontakt zwischen Täter oder Drittem einerseits und Opfer andererseits); Tateinheit (natürliche Handlungseinheit; rechtliche Handlungseinheit; Zusammentreffen in einem Handlungsteil); Anordnung der Sicherungsverwahrung (Sadismus).

§ 177 Abs. 1 StGB; § 52 StGB; § 66 StGB

189. BGH 5 StR 11/10 - Beschluss vom 9. Februar 2010 (LG Berlin)

Urteilsgründe (Dokumentation verwerteter Vorstrafen).

§ 267 StPO

190. BGH 5 StR 136/09 - Beschluss vom 9. November 2009 (LG Potsdam)

Subventionsbetrug (unrichtige Angabe über eine investitionserhebliche Tatsache; Scheingeschäft; Umgehungsgeschäft; Vorsatz und Irrtum über normative Tatbestandsmerkmale; tätige Reue trotz Teilauszahlung).

§ 264 Abs. 1 Nr. 1, Abs. 5 StGB; § 15 StGB; § 16 Abs. 1 StGB

191. BGH 5 StR 15/10 - Beschluss vom 9. Februar 2010 (LG Lübeck)

Unbegründete Revision.

§ 349 Abs. 2 StPO

192. BGH 5 StR 169/09 - Beschluss vom 28. Januar 2010 (LG Hamburg)

Selbstleseverfahren (Protokollierung der Kenntnisnahme; wesentliche Förmlichkeit); Protokollberichtigung; Beruhen.

§ 249 Abs. 2 StPO; § 274 StPO; § 337 StPO

193. BGH 5 StR 169/09 - Beschluss vom 28. Januar 2010 (LG Hamburg)

Selbstleseverfahren (Zahlenwerke in Tabellenform; Urkunden); Beweisantragsrüge (Mitteilung der den Mangel enthaltenden Tatsachen); Beruhen.

§ 249 Abs. 2 StPO; § 344 Abs. 2 Satz 2 StPO; § 261 StPO; § 244 StPO; § 337 StPO

194. BGH 5 StR 224/09 - Beschluss vom 27. Januar 2010 (LG Hamburg)

BGHR; Insidergeschäfte; Insideratsache; Kurserheblichkeit; Bemessung des Sondervorteils beim Verfall (Erlangtes).

§ 38 Abs. 1 Nr. 1 WpHG; § 14 Abs. 1 WpHG a.F.; § 13 WpHG; § 73 Abs. 1 Satz 1 StGB

195. BGH 5 StR 254/09 - Beschluss vom 27. Januar 2010 (LG Hamburg)

Verfall (Kurs- und Marktpreismanipulation; Insiderhandel; Vorrang der Ansprüche Geschädigter; Verletzter); vorsätzliche sittenwidrige Schädigung.

§ 38 Abs. 1 Nr. 1 WpHG; § 826 BGB; § 830 BGB; § 73 Abs. 1 Satz 2 StGB

196. BGH 5 StR 296/09 - Beschluss vom 26. November 2009

Unbegründete Anhörungsrüge gegen Urteil des Revisionsgerichts.

§ 356a StPO

197. BGH 5 StR 328/09 - Urteil vom 10. Februar 2010 (LG Berlin)

BGHR; Zuhälterei (Bestimmen; Straßenprostitution; faktischer Arbeitszwang); Beihilfe.

§ 181a StGB; § 27 StGB

198. BGH 5 StR 356/09 - Beschluss vom 9. Dezember 2009

Ablehnung wegen Besorgnis der Befangenheit (Verspätung); Anhörungsrüge; Gehörsverletzung.

§ 25 Abs. 2 Satz 2 StPO; § 349 Abs. 2 StPO; § 356a StPO; Art. 103 Abs. 1 GG

199. BGH 5 StR 403/09 - Urteil vom 9. Dezember 2009 (LG Berlin)

Mord (besondere Schwere der Schuld; Abwägung der im Einzelfall für und gegen den Angeklagten sprechenden Umstände; Umfang der revisionsgerichtlichen Kontrolle); Tateinheit (Verklammerung mehrerer Einzelakte durch einen herbeigeführten Erfolg); Diebstahl (kein Gewissam eines Toten).

§ 211 StGB; § 242 StGB; § 52 StGB

200. BGH 1 StR 272/09 - Urteil vom 12. Januar 2010 (LG Traunstein)

Fall Bad Reichenhall; fahrlässige Tötung (Sorgfaltswidrigkeit; Mittäterschaft und Nebentäterschaft; restriktiver Täterbegriff); unechtes Unterlassungsdelikt (Garantenstellung; besonderer Rechtsgrund, tatsächliche Über-

nahme; Quasikausalität und Pflichtwidrigkeitszusammenhang; Risikoerhöhungstheorie, in dubio pro reo; Abgrenzung Tun und Unterlassen); Beweiswürdigung (Erörterungsmangel hinsichtlich möglicher Pflichtverletzung; Anforderungen an die Überzeugungsbildung bei der Quasikausalität).

§ 222 StGB; § 25 StGB; § 13 Abs. 1 StGB; § 261 StPO

201. BGH 5 StR 418/09 - Beschluss vom 8. Dezember 2009 (LG Potsdam)

Anrechnung in Polen erlittener Untersuchungshaft (Verhältnis 1:1); Härteausgleich.

§ 51 Abs. 4 Satz 2 StGB

202. BGH 5 StR 424/09 - Beschluss vom 26. November 2009 (LG Berlin)

Verfolgungsverjährung (bereits eingetretene Verjährung zum Zeitpunkt der Verlängerung der Verjährungsfrist).

§ 174 StGB; § 78 StGB; § 78b StGB

203. BGH 5 StR 430/09 - Beschluss vom 24. November 2009 (LG Braunschweig)

Strafzumessung beim Betrug (fehlerhafter Ansatz der Schadenshöhe; Beeinflussung durch erstrebte Schaffung der formellen Voraussetzungen einer Unterbringung in der Sicherungsverwahrung).

§ 46 StGB; § 66 StGB; § 263 StGB

204. BGH 5 StR 432/09 - Beschluss vom 27. Januar 2010 (LG Hamburg)

BGHR; ausländische Vorverurteilung; Härteausgleich; Berücksichtigung bei der Strafzumessung; gemeinschaftsrechtliches Gebot gegenseitiger Rücksichtnahme; Strafgerechtigkeit; Rahmenbeschlusses des Rates vom 24. Juli 2008 zur Berücksichtigung der in anderen Mitgliedstaaten der Europäischen Union ergangenen Verurteilungen in einem neuen Strafverfahren; Vorabentscheidungsverfahren; Vollstreckungslösung; Divergenzvorlage.

§ 46 Abs. 2 StGB; § 55 Abs. 1 Satz 1 StGB; Art. 234 EG; § 132 GVG

205. BGH 5 StR 433/09 - Beschluss vom 8. Dezember 2009 (LG Göttingen)

BGHSt; Härteausgleich; lebenslange Freiheitsstrafe; Mindestverbüßungsdauer; Vollstreckungslösung.

§ 51 StGB; § 54 StGB; § 55 StGB; § 57a StGB; § 57b StGB

206. BGH 5 StR 435/09 - Beschluss vom 14. Januar 2010 (LG Neuruppin)

Überzeugungsbildung; umfassende Beweiswürdigung; Erörterung von Widersprüchen.

§ 261 StPO

207. BGH 5 StR 439/09 - Beschluss vom 24. November 2009

Unbegründete Anhörungsrüge (rechtliches Gehör; Vortragserfordernisse der Verfahrensrüge; kein gesondertes Gehör zu ergänzenden Ausführungen des Senats).

§ 356a StPO; § 344 Abs. 2 Satz 2 StPO

208. BGH 5 StR 448/09 - Beschluss vom 24. November 2009 (LG Hamburg)

Rechtsfehlerhafte Beweiswürdigung (unvollständige Würdigung festgestellter Umstände; Häufung von – für sich noch erklärbaren – Fragwürdigkeiten; Zweifelsatz).

§ 261 StPO

209. BGH 5 StR 449/09 - Beschluss vom 8. Dezember 2009 (LG Neuruppin)

Gebotene Aufklärung der Schuldfähigkeit (Anzeichen zerebralen Abbaus; Wesensveränderungen).

§ 20 StGB; § 244 Abs. 2 StPO

210. BGH 5 StR 459/09 - Urteil vom 9. Dezember 2009 (LG Potsdam)

Nachträgliche Bildung der Gesamtstrafe; maßgeblicher Zeitpunkt für die Bestimmung der einzubeziehenden Strafen; nachträglich erlassene Bewährungsstrafe; Erlassreife.

§ 54 StGB; § 55 StGB

211. BGH 5 StR 464/09 - Beschluss vom 13. Januar 2010

Anfragebeschluss; Nichtanzeige geplanter Straftaten (normatives Stufenverhältnis zwischen Katalogtat und Nichtanzeige); Zweifelsatz.

§ 138 StGB; § 261 StPO; § 132 GVG

212. BGH 5 StR 478/09 - Beschluss vom 26. Januar 2010 (LG Bremen)

BGHR; Härteausgleich für entgangene Bewährung; Vollstreckungslösung.

§ 51 StGB; § 55 StGB

213. BGH 5 StR 488/09 - Beschluss vom 27. Januar 2010 (LG Cottbus)

Urkundenfälschung (computertechnische Manipulation und Ausdruck einer eingescannten Urkunde; Übermittlung eines Ausdrucks per Telefax).

§ 267 StGB

214. BGH 5 StR 501/09 - Beschluss vom 12. Januar 2010 (LG Potsdam)

Anrechnung in Rumänien erlittener Untersuchungshaft (Verhältnis 1:1).

§ 51 Abs. 4 Satz 2 StGB

215. BGH 5 StR 506/09 - Beschluss vom 13. Januar 2010 (LG Berlin)

Täterschaft; Beihilfe; Interesse am Taterfolg (Beteiligung an der Beute); Tatbeteiligung (Fahren des Fluchtfahrzeugs); Rücktritt vom Versuch der Beteiligung.

§ 25 StGB; § 27 StGB; § 31 Abs. 1 Nr. 2 StGB

216. BGH 5 StR 507/09 - Beschluss vom 26. Januar 2010 (LG Berlin)

Schwerer Raub (minder schwerer Fall); Doppelverwertungsverbot.

§ 250 StGB; § 21 StGB; § 50 StGB

217. BGH 5 StR 509/09 - Beschluss vom 26. Januar 2010 (LG Dresden)

Unerlaubte Einfuhr von Betäubungsmitteln (Verfügungsgewalt); Strafzumessung (keine Berücksichtigung der Kosten der Straftataufklärung).

§ 29 BtMG; § 46 StGB

218. BGH 5 StR 510/09 - Beschluss vom 13. Januar 2010 (LG Dresden)

Erheblich verminderte Schuldfähigkeit (Versagung der Strafrahmenschiebung); Unterbringung in einer Entziehungsanstalt (Hang; körperliche Abhängigkeit).
§ 21 StGB; § 64 StGB

219. BGH 5 StR 520/09 - Beschluss vom 26. Januar 2010 (LG Görlitz)

Erheblich verminderte Schuldfähigkeit (Beweiswürdigung; Gesamtbetrachtung aller Umstände; Alkoholgewöhnung; Erinnerungslücke); Unterbringung in einer Entziehungsanstalt (zwingende Erörterung bei Vorliegen erheblicher hierfür sprechender Umstände).
§ 21 StGB; § 261 StPO; § 64 StGB

220. BGH 5 StR 522/09 - Beschluss vom 28. Januar 2010 (LG Leipzig)

Gesamtstrafenbildung (straffe Zusammenziehung).
§ 54 StGB

221. BGH 5 StR 524/09 - Beschluss vom 28. Januar 2010 (LG Berlin)

Besonders kritische Beweiswürdigung; problematische Persönlichkeit des Hauptbelastungszeugen; Schilderung eines Tatgeschehens wider die „Verbrechervernunft“; Doppelverwertungsverbot.
§ 261 StPO; § 267 Abs. 3 StPO; § 46 Abs. 3 StGB

222. BGH 5 StR 528/09 - Beschluss vom 26. Januar 2010 (LG Cottbus)

Belehrung und Vernehmung eines Sachverständigen als

Zeugen (Zusatztatsachen); Beruhen.
§ 337 StPO; § 57 StPO

223. BGH 5 StR 529/09 - Beschluss vom 26. Januar 2010 (LG Berlin)

Verfahren gegen einen Jugendlichen (Tragung der eigenen Auslagen).
§ 74 JGG

224. BGH 5 StR 534/09 - Beschluss vom 28. Januar 2010 (LG Chemnitz)

Unzulässige Revision der Nebenklage (Rechtsmittelziel).
§ 400 StPO

225. BGH 5 StR 535/09 - Beschluss vom 3. Februar 2010 (LG Dresden)

Unterbringung in der Sicherungsverwahrung (Reduzierung des tatrichterlichen Ermessens; Gefährlichkeit).
§ 66 StGB

226. BGH 5 StR 541/09 - Beschluss vom 28. Januar 2010 (LG Bautzen)

Gesamtstrafenbildung; Zurückverweisung an ein anderes Landgericht.
§ 54 StGB; 354 Abs. 2 StPO

227. BGH 5 StR 552/09 - Beschluss vom 28. Januar 2010 (LG Berlin)

Unterbringung in einem psychiatrischen Krankenhaus (rechtlicher Hinweis: keine Entbehrlichkeit bei Erörterung); Beruhen.
§ 265 StPO; § 337 StPO