

Publikationen

Prof. Dr. Hans Kudlich, Univ. Erlangen
„Missbrauch“ durch bewusste Berufung auf ein unrichtiges Hauptverhandlungsprotokoll?
Zugleich Besprechung von BGH HRRS 206 Nr. 713 S. 9

Karsten Gaede, Bucerius Law School (Hamburg)
Betrug durch den Abschluss manipulierter Fußballwetten: Das Hoyzer-Urteil als Sündenfall der Ausdehnung des Betrugstatbestandes? Zugleich Besprechung von BGH HRRS 2007 Nr. 1 S. 16

Die Ausgabe umfasst zwei Rezensionen zu strafrechtlichen Publikationen.

Entscheidungen

BVerfG **Schranken des mittelbaren Widerrufs eines Haftverschonungsbeschlusses**

BGH **Betrugsstrafbarkeit bei manipulierten Fußballwetten (BGHSt – „Fall Hoyzer“)**

BGH **Untreuestrafbarkeit und Ausschließung im CDU-Parteispendenskandal (BGHSt – „Fall Kanther“)**

BGH **Voraussetzungen der Sperrwirkung nach § 66 Abs. 1 Satz 2 JGG und vollständig erledigte Entscheidung nach § 66 Abs. 1 Satz 1 JGG (BGHSt)**

BGH **Konfrontationsrecht im Ermittlungsverfahren und Beweiswert bei justizbedingtem Leerlauf des Fragerechts (BGHSt)**

BGH **Keine nachträgliche Unterbringung in einem psychiatrischen Krankenhaus**

BGH **Anwendung des § 354 Abs. 1 b StPO auf die Revisionen der StA**

BGH **Strafzumessung bei Kettengeschäften im Bereich der illegalen Arbeitnehmerüberlassung („Steuerhinterziehung als Gewerbe“)**

BGH **Terminierung bei lang geplanter Fortbildungsveranstaltung des Wahlverteidigers**

SCHRIFTFLEITUNG
Karsten Gaede
c/o RA Dr. iur. h.c. Gerhard Strate
Holstenwall 7, 20355 Hamburg
karsten.gaede@strate.net

REDAKTION
Rocco Beck, Ulf Buermeyer, Karsten Gaede,
Stephan Schlegel (Webmaster)

Als ständige Mitarbeiter wirken mit:

Prof. Dr. Daniela Demko, LL.M. (Univ. Luzern); Antje du Bois-Pedain, M.Jur. (Oxon), (Univ. Cambridge); Prof. Dr. Diethelm Kleszczewski (Univ. Leipzig); Prof. Dr. Hans Kudlich (Univ. Erlangen-Nürnberg); Wiss. Ref. MPI Freiburg i.Br. Dr. Frank Meyer, LL.M. (Yale); Tilo Mühlbauer (Dresden); RA Markus Rübenstahl, mag. iur. (White & Case LLP, Frankfurt a.M.); Prof. Dr. Frank Saliger (Bucerius Law School Hamburg); Prof. Dr. Christoph Sowada (Univ. Rostock); RA Klaus-Ulrich Ventzke (Hamburg) und Prof. Dr. Wolfgang Wohlers (Univ. Zürich).

Diese Ausgabe umfasst 68 Entscheidungen.

HRRS

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

HERAUSGEBER

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

SCHRIFTFLEITUNG

Karsten Gaede
c/o RA Dr. h.c. Gerhard Strate
Holstenwall 7, 20355 Hamburg
karsten.gaede@strate.net

REDAKTION

Rocco Beck, Ulf Buermeyer, Karsten Gaede, Stephan Schlegel (Webmaster)

Als ständige Mitarbeiter wirken mit:

Prof. Dr. *Daniela Demko*, LL.M., (Univ. Luzern); *Antje du Bois-Pedain*, M.Jur. (Oxon.), (Univ. Cambridge); Prof. Dr. *Diethelm Kleszczewski* (Univ. Leipzig); Prof. Dr. *Hans Kudlich* (Univ. Erlangen-Nürnberg); Wiss. Ref. Max-Planck-Institut Freiburg i.Br. Dr. *Frank Meyer*, LL.M. (Yale); *Tilo Mühlbauer* (Dresden); RA *Markus Rübenstahl*, mag. iur. (Kanzlei White & Case LLP, Frankfurt a.M.); Prof. Dr. *Frank Saliger* (Bucerius Law School Hamburg); Prof. Dr. *Christoph Sowada* (Univ. Rostock); RA *Klaus-Ulrich Ventzke* (Hamburg) und Prof. Dr. *Wolfgang Wohlers* (Univ. Zürich).

7. Jahrg., Januar 2007, Ausgabe **1**

Strafrechtliche/strafverfahrensrechtliche Entscheidungen des EGMR/BVerfG

4. BVerfG 2 BvR 2342/06 (3. Kammer des Zweiten Senats) – Beschluss vom 29. November 2006 (OLG Stuttgart/LG Stuttgart)

Freiheit der Person; Untersuchungshaft; Haftverschonungsbeschlusses (mittelbarer Widerruf durch Erlass eines neuen Haftbefehls; neu hervorgetretene Umstände: hohe Freiheitsstrafe, erhebliche Abweichung von der Straferwartung, „noch dringenderer Tatverdacht“).

Art. 2 Abs. 2 S. 2 GG; Art. 104 Abs. 1 S. 1 GG; § 112 StPO; § 116 Abs. 4 Nr. 3 StPO

1. Das in § 116 Abs. 4 StPO zum Ausdruck kommende Gebot, die Aussetzung des Vollzuges eines Haftbefehls durch den Richter nur dann zu widerrufen, wenn sich die Umstände im Vergleich zu der Beurteilungsgrundlage zur Zeit der Gewährung der Verschonung verändert haben gehört zu den bedeutsamsten (Verfahrens-)Garantien, deren Beachtung Art. 104 Abs. 1 Satz 1 GG fordert und mit grundrechtlichem Schutz versieht.

2. Ist ein Haftbefehl einmal unangefochten außer Vollzug gesetzt worden, so ist jede neue haftrechtliche Entscheidung, die den Wegfall der Haftverschonung zur Folge hat, nur unter den einschränkenden Voraussetzungen des § 116 Abs. 4 StPO möglich.

3. Ein nach der Haftverschonung ergangenes (nicht rechtskräftiges) Urteil oder ein hoher Strafantrag der Staatsanwaltschaft können zwar geeignet sein, den Widerruf einer Haftverschonung und die Invollzugsetzung eines Haftbefehls als neue Tatsache rechtfertigen. Dies setzt jedoch voraus, dass von der Prognose des Haftrichters bezüglich der Straferwartung der Rechtsfolgenauspruch des Haftrichters oder die von der Staatsanwaltschaft beantragte Strafe erheblich zum Nachteil des Angeklagten abweicht und sich die Fluchtgefahr dadurch ganz wesentlich erhöht.

4. Die Widerrufsvoraussetzungen einer Haftverschonungsentscheidung können nicht dadurch umgangen werden, dass kurzerhand ein neuer Haftbefehl erlassen wird.

5. Neu hervorgetretene Umstände im Sinne des § 116 Abs. 4 StPO können sich dagegen nicht auf den (dringenden) Tatverdacht beziehen, der bereits Grundvoraussetzung für Erlass und Aufrechterhaltung jeden Haftbefehls ist. Demgemäß ist ohne Bedeutung, dass sich der dem Haftbefehl oder der Anklage zugrunde gelegte dringende Tatverdacht auf Grund der Beweisaufnahme in der

Hauptverhandlung bestätigt hat und damit noch „dringender“ geworden ist.

6. Vor dem Hintergrund, dass Inhalt und Reichweite freiheitsbeschränkender Gesetze so auszulegen und anzuwenden sind, dass sie eine der Bedeutung des Grundrechts der persönlichen Freiheit angemessene Wirkung entfalten (vgl. BVerfGE 65, 317, 322 f.; 96, 68, 97; 105, 239, 247), fordert die Anwendung des § 116 Abs. 4 Nr. 3 StPO nachvollziehbare Feststellungen dazu, von welcher Straferwartung der Beschuldigte im Zeitpunkt der Außervollzugsetzung des Haftbefehls ausging.

3. BVerfG 2 BvR 722/06 (1. Kammer des Zweiten Senats) – Beschluss vom 7. Dezember 2006 (OLG München)

Anspruch auf rechtliches Gehör (ausdrückliche Bescheidung zentralen Vorbringens in den Entscheidungsgründen; Gutachten); Entschädigungspflicht nach Vollzug der Untersuchungshaft (Vorwurf grob fahrlässiger widersprüchlicher Angaben im Verfahren).

Art. 103 Abs. 1 GG; Art. 6 Abs. 1 Satz 1 EMRK; § 2 Abs. 1 StrEG; § 5 Abs. 2 StrEG

1. Art. 103 Abs. 1 GG verpflichtet das entscheidende

Gericht, die Ausführungen der Prozessbeteiligten zur Kenntnis zu nehmen und in Erwägung zu ziehen (vgl. BVerfGE 11, 218, 220; 96, 205, 216). Hingegen gewährt Art. 103 Abs. 1 GG keinen Schutz gegen Entscheidungen, die den Sachvortrag eines Beteiligten aus Gründen des formellen oder materiellen Rechts teilweise oder ganz unberücksichtigt lassen (vgl. BVerfGE 21, 191, 194; 96, 205, 216). Grundsätzlich ist davon auszugehen, dass ein Gericht das von ihm entgegengenommene Vorbringen der Beteiligten auch zur Kenntnis genommen und in Erwägung gezogen hat. Die Gerichte brauchen nicht jedes Vorbringen der Beteiligten in den Gründen der Entscheidung ausdrücklich zu bescheiden.

2. Eine Verletzung des Rechtes auf rechtliches Gehör liegt bei einer fehlenden Bescheidung des Vorbringens jedenfalls dann vor, wenn das Gericht in seinen Entscheidungsgründen nicht auf einen vorgebrachten Umstand eingeht, der nach den besonderen, auch durch die Verfahrensgeschichte belegten Umständen des Falles erkennbar von zentraler Bedeutung ist. Ein solches Vorbringen darf nicht allein mit dem pauschalen Hinweis abgetan werden, der entsprechende Schriftsatz habe vorgelegen.

Hervorzuhebende Entscheidungen des BGH

I. Materielles Strafrecht

1. Schwerpunkt Allgemeiner Teil des StGB

50. BGH 4 StR 374/06 – Beschluss vom 14. November 2006 (LG Paderborn)

Beihilfe zur versuchten schweren räuberischen Erpressung; Rücktritt vom Versuch bei der Beteiligung mehrerer (ernsthaftes Bemühen in Form der List).

§ 27 StGB; § 255 StGB; § 253 StGB; § 22 StGB; § 24 Abs. 2 StGB

1. Die Beihilfe erfordert einen die Tatbegehung objektiv fördernden Beitrag. Zwar kann auch das bloße Dabeisein die Tat eines anderen im Sinne aktiven Tuns fördern oder erleichtern (BGH StV 1982, 517; BGHR StGB § 27 Abs. 1 Hilfeleisten 13, 14, 18 m.w.N.). Es bedarf aber bei solchen Fallgestaltungen sorgfältiger und genauer Feststellungen dazu, dass und wodurch die Tatbegehung in ihrer konkreten Gestaltung objektiv gefördert oder erleichtert wurde (BGHR StGB § 27 Abs. 1 Hilfeleisten 12, 15).

2. Ein freiwilliges und ernsthaftes Bemühen, die Vollen- dung der Tat zu verhindern, kann auch in einer List erblickt werden. Ein solches Bemühen würde auch dann zur Strafbefreiung führen, wenn die Tat nicht dadurch, sondern wegen der energischen Abwehr des Opfers nicht vollendet wurde.

11. BGH 2 StR 430/06 - Beschluss vom 22. November 2006

Verminderte Schuldfähigkeit (Einsichtsfähigkeit; Unrechtseinsicht im konkreten Fall); Unterbringung in einem psychiatrischen Krankenhaus.

§ 63 StGB; § 20 StGB; § 21 StGB

1. Eine lediglich verminderte Einsichtsfähigkeit ist strafrechtlich erst dann von Bedeutung, wenn sie das Fehlen der Einsicht auch tatsächlich zur Folge hat. Der Täter, der trotz generell verminderter Einsichtsfähigkeit im konkreten Fall die Einsicht in das Unrecht seiner Tat gehabt hat, ist - sofern nicht seine Steuerungsfähigkeit erheblich vermindert ist - voll schuldfähig.

2. Fehlt bei der konkreten Tat die Unrechtseinsicht infolge generell verminderter Einsichtsfähigkeit, so ist für § 21 StGB nur Raum, wenn dies dem Täter vorzuwerfen ist. Der Täter handelt hingegen unter diesen Umständen ohne Schuld (§ 20 StGB), wenn ihm das Fehlen der Unrechtseinsicht nicht vorzuwerfen ist.

3. Solange die Verminderung der Einsichtsfähigkeit nicht das Fehlen der Einsicht ausgelöst und dadurch zu Straftaten geführt hat, ist auch die Sicherung der Allgemeinheit durch Unterbringung in einem psychiatrischen Krankenhaus nicht veranlasst.

2. Schwerpunkt Besonderer Teil des StGB

1. BGH 5 StR 181/06 – Urteil vom 15. Dezember 2006 (LG Berlin)

BGHSt; Betrug durch manipulierte Fußballwetten (konkludente Täuschung; Aufklärungspflicht; Vermögensschaden bei Sportwetten: Eingehungsbetrug, schadensgleiche Vermögensgefährdung, Kausalität, Schädigung ausländischer Wettanbieter, Quotenschaden, Schadensrealisierung, Vermögensbegriff; besonders schwerer Fall der Gewerbsmäßigkeit: Gesamtwürdigung und Täterbezogenheit; Beihilfe); Strafzumessung und angemessene Rechtsfolge beim Betrug durch manipulierte Sportwetten; redaktioneller Hinweis.

§ 263 Abs. 1, Abs. 3 Satz 2 Nr. 1 1. Alt. StGB; § 27 StGB; § 28 Abs. 2 StGB analog; § 3 StGB; § 9 StGB; § 46 StGB; § 354 Abs. 1a StPO

1. Dem Angebot auf Abschluss eines Sportwettenvertrages ist in aller Regel die konkludente Erklärung zu entnehmen, dass der in Bezug genommene Vertragsgegenstand nicht vorsätzlich zum eigenen Vorteil manipuliert ist (im Anschluss an BGHSt 29, 165). (BGHSt)

2. Zur Schadensfeststellung beim Sportwettenbetrug. (BGHSt)

3. Dass der Wettanbieter bei einer Manipulation des Sportereignisses nicht an den Wettvertrag gebunden bleibt, ergibt sich schon aus der gravierenden Verletzung vertraglicher Nebenpflichten durch den Wettenden. Bei einer arglistigen Manipulation der Vertragsgrundlage bedarf es keiner AGB, um ein Ablehnungs- oder Anfechtungsrecht des Wettanbieters zu statuieren. Dies ergibt sich bereits aus allgemeinen zivilrechtlichen Grundsätzen. (Bearbeiter)

4. Die allgemeine Erwartung, der andere werde sich redlich verhalten, reicht für die Annahme entsprechender konkludenter Erklärungen nicht aus. Die Erwartung, dass keine vorsätzliche sittenwidrige Manipulation des Vertragsgegenstandes durch einen Vertragspartner in Rede steht, ist aber unverzichtbare Grundlage jeden Geschäftsverkehrs und deshalb zugleich miterklärter Inhalt entsprechender rechtsgeschäftlicher Erklärungen. Dem Angebot auf Abschluss eines Vertrages ist demnach in aller Regel die konkludente Erklärung zu entnehmen, dass der in Bezug genommene Vertragsgegenstand nicht vorsätzlich zum eigenen Vorteil manipuliert wird. (Bearbeiter)

5. Die Erklärung der Manipulationsfreiheit muss sich nicht auf eine bereits endgültig durchgeführte, sondern kann sich auch auf eine beabsichtigte Manipulation beziehen. Eine Täuschung ist jedenfalls dann anzunehmen, wenn zu dem konkreten Plan der Manipulation des zukünftigen Sportereignisses die konkrete Einflussnahme tritt, etwa durch die vorherigen Abreden mit Teilnehmern an dem Sportereignis, die ihre Manipulationsbereitschaft zugesagt haben. (Bearbeiter)

6. Die für übliche Austauschgeschäfte entwickelte Rechtsprechung zum Vermögensschaden beim Eingehungsbetrug bedarf bei Sportwetten, bei denen zur Eingehung der vertraglichen Verpflichtungen der Austausch von Einsatz und Wettschein hinzukommt, der Anpassung: Bei so genannten Oddset-Wetten stellt die angesichts der Manipulation anzunehmende „Quotendifferenz“ bereits bei jedem Wettvertragsabschluss einen nicht unerheblichen Vermögensschaden dar. Dieser ähnelt infolge des für Wetten typischen Zusammenhangs zwischen Wettchance und realisiertem Wettisiko der schadensgleichen Vermögensgefährdung. (Bearbeiter)

7. Ein derartiger Quotenschaden muss nicht beziffert werden. Es reicht aus, wenn die insoweit relevanten Risikofaktoren gesehen und bewertet werden. Kommt es zur Auszahlung von Wettgewinnen auf manipulierte Spiele, schlägt das mit dem Eingehungsbetrug verbundene erhöhte Verlustrisiko in einen endgültigen Vermögensverlust der jeweiligen Wettanbieter in Höhe der Differenz zwischen Wetteinsatz und Wettgewinn um. Der Quotenschaden stellt dann einen erheblichen Teil des beabsichtigten endgültigen Schadens bei dem Wettanbieter dar. (Bearbeiter)

8. Ein Gefährdungsschaden ist für die Strafzumessung nicht mit dem darüber hinaus erstrebten endgültigen Schaden gleichzusetzen (vgl. BGH wistra 1999, 185, 187). Es ist aber strafscharfend zu berücksichtigen, wenn sich der Vorsatz über den durch Eingehung der Wetten bereits vollendeten Schadenseintritt hinaus auf eine ganz erhebliche Gewinnsumme bezog und damit das vom Vorsatz umfasste Handlungsziel den als „Durchgangsschaden“ erfassten Quotenschaden des Wettanbieters jeweils ganz erheblich überstieg (vgl. auch BGHSt 43, 270, 276; BGH NSTz 2000, 38, 39). (Bearbeiter)

9. In der Strafzumessung wegen Betruges, der zulasten eines Wettanbieters durch die Manipulation eines Fußballspiels begangen worden ist, kann strafscharfend berücksichtigt werden, dass die Beteiligten vorsätzlich durch die Tat auch einer Vielzahl Unbeteiligter ganz erhebliche Schäden zugefügt haben (den Mannschaften und Zuschauern entgangenes faires Spiel, wirtschaftliche Schäden für unterlegene Mannschaften und [entlassene] Trainer, Rufschaden für den gesamten professionellen Fußballsport, etc.). (Bearbeiter)

10. Bei der besonders pflichtwidrigen Ausnutzung der Stellung als unparteiische Schiedsrichter liegt die Annahme eines unbenannten besonders schweren Falls nach § 263 Abs. 3 Satz 1 StGB auf der Hand. (Bearbeiter)

2. BGH 2 StR 499/05 - Urteil vom 18. Oktober 2006 (LG Wiesbaden)

BGHSt; CDU-Parteispenden-Skandal (schwarze Kasse; „jüdische Vermächtnisse“; „Fall Kanther“; Parteieinge-

setz 1994); Untreue (Gefährdungsschaden; konkrete Möglichkeit des endgültigen Vermögensverlusts; bedingter Vorsatz; Billigung des tatsächlichen Schadenseintritts; Vorverlagerung der Strafbarkeit); Beweisantizipation; Befangenheit des Richters (unmittelbare Betroffenheit; Mitgliedschaft in geschädigter Partei); Tateinheit (natürliche Handlungseinheit; wiederholtes Verschweigen).

§ 266 StGB; § 244 Abs. 3 StPO; § 22 Nr. 1 StPO; § 16 StGB; § 52 StGB; PartG 1994

1. Ein Richter ist nicht deshalb als Verletzter einer Untreue gemäß § 22 Nr. 1 StPO von der Entscheidung ausgeschlossen, weil die angeklagte Vermögensstraftat sich gegen eine als nichtrechtsfähiger Verein organisierte politische Partei richtete, deren Mitglied er ist. (BGHSt)

2. Das pflichtwidrige Entziehen und Vorenthalten erheblicher Vermögenswerte unter Einrichtung einer treuhänderisch verwalteten „schwarzen Kasse“ durch Verantwortliche einer politischen Partei führt auch dann zu einem Nachteil im Sinne von § 266 Abs. 1 StGB, wenn durch Einsatz der vorenthaltenen Mittel unter Umgehung der satzungsgemäßen Organe politische oder sonstige Zwecke der Partei nach dem Gutdünken des Täters gefördert werden sollen (im Anschluss an BGHSt 40, 287). (BGHSt)

3. Zu den Voraussetzungen des bedingten Vorsatzes eines Gefährdungsschadens bei der Untreue. (BGHSt)

4. Der Tatbestand der Untreue ist in Fällen, in denen der Nachteil lediglich in einer schadensgleichen Vermögensgefährdung besteht, im subjektiven Bereich dahingehend zu begrenzen, dass der bedingte Vorsatz eines Gefährdungsschadens nicht nur die Kenntnis des Täters von der konkreten Möglichkeit eines Schadenseintritts und das Inkaufnehmen dieser konkreten Gefahr voraussetzt, sondern darüber hinaus eine Billigung der Realisierung dieser Gefahr, sei es auch nur in der Form, dass der Täter sich mit dem Eintritt des ihm unerwünschten Erfolgs abfindet. (Bearbeiter)

5. Der Ausschluss eines Richters von der Mitwirkung gemäß § 22 Nr. 1 StPO setzt voraus, dass er durch die Straftat, die Gegenstand des Verfahrens ist, persönlich unmittelbar in seinen Rechten betroffen ist (BGHSt 1, 298; BGHR StPO § 22 Verletzter 1). Die Vorschrift ist eng auszulegen. (Bearbeiter)

57. BGH 5 StR 182/06 – Urteil vom 15. Dezember 2006 (LG Berlin)

Beihilfe zum Betrug (manipulierte Sportwetten: Zusage des Sichzurückhaltens durch Fußballspieler; besonders schwerer Fall der Gewerbsmäßigkeit: Gesamtwürdigung und Täterbezogenheit); angemessene Rechtsfolge.

§ 263 Abs. 1, Abs. 3 Satz 2 Nr. 1 1. Alt. StGB; § 27 StGB; § 28 Abs. 2 StGB analog; § 46 StGB; § 354 Abs. 1a StPO

1. Der Wettabschluss unter Verschweigen eigener Beteiligung an einer Manipulation des Wettgegenstandes stellt

einen Betrug gegenüber dem Wettanbieter dar. Zu diesem Betrug wird Beihilfe geleistet, wenn ein Fußballspieler mit Blick auf eine Spielwette zusagt, sich zurückzuhalten und er den Wettenden so zum betrügerischen Abschluss des Wettvertrages veranlasst.

2. Das täterbezogene Merkmal der Gewerbsmäßigkeit kann nur demjenigen Tatbeteiligten angelastet werden kann, der dieses Merkmal selbst aufweist.

3. In der Strafzumessung wegen Beihilfe zum Betrug, der zulasten eines Wettanbieters durch die Manipulation eines Fußballspiels begangen worden ist, kann strafschärfend berücksichtigt werden, dass der Angeklagte durch seine pflichtwidrige Spielzurückhaltung nicht nur zum Betrug der Wettanbieter Beihilfe geleistet, sondern auch die zahlenden Zuschauer und seinen eigenen Verein um ein faires Fußballspiel gebracht und dem professionellen Fußballsport insgesamt einen erheblichen Rufschaden beigebracht hat.

64. BGH 5 StR 457/06 – Beschluss vom 11. Dezember 2006 (LG Leipzig)

Totschlag (mehrfache Strafrahmenschiebung bei Provokation: kein Ausschluss bei mehraktigen Geschehen; Beleidigung; minder schwerer Fall: vorschnelle Berücksichtigung des vertypten Milderungsgrundes der verminderten Schuldfähigkeit).

§ 212 StGB; § 213 1. Alt. StGB; § 49 Abs. 1 StGB; § 21 StGB; § 50 StGB

Liegen die Voraussetzungen des § 213 1. Alt. StGB vor, ist die Strafmilderung nach dieser Vorschrift zwingend und unabhängig davon geboten, ob die Steuerungsfähigkeit des Angeklagten erheblich vermindert war (BGHR StGB § 213 Alt. 1 Misshandlung 4). § 50 StGB steht dann einer weiteren Milderung nach den §§ 21, 49 Abs. 1 StGB nicht prinzipiell entgegen. Allerdings hängt die auf einer krankhaften seelischen Störung des Angeklagten beruhende hochgradige affektive Erregung mit dem Ausmaß der zur Tatbegehung eingesetzten massiven Gewalt eng zusammen. Unter diesen Voraussetzungen wäre eine weitere im tatrichterlichen Ermessen stehende Strafrahmenschiebung nicht zwingend (vgl. BGHR StGB § 213 Alt. 1 Beleidigung 5 und 8).

65. BGH 5 StR 468/06 – Beschluss vom 11. Dezember 2006 (LG Hamburg)

Heimtückemord (erforderliche Feststellungen zur Arglosigkeit und der darauf beruhenden Wehrlosigkeit; Ausnutzungsbewusstsein bei vorheriger Ankündigung).

§ 211 Abs. 2 StGB

Kündigt der Angeklagte den gewalttätigen Übergriff unmittelbar zuvor an und führt er ihn entsprechend aus, bedarf die Annahme des notwendigen Ausnutzungsbewusstseins ganz besonderer Umstände.

66. BGH 4 StR 393/06 – Beschluss vom 19. Oktober 2006 (LG Paderborn)

Mangelnde Feststellungen zur Mitgliedschaft in einer Bande (Verbindungen; schwerer Bandendiebstahl; be-

sonderes persönliches Merkmal); Tateinheit und Tateinheit bei der Beihilfe.

§ 244a Abs. 1 StGB; § 244 StGB; § 242 StGB; § 28 Abs. 2 StGB; § 27 StGB; § 52 StGB; § 53 StGB

Da das Tatbestandsmerkmal „als Mitglied einer Bande“ als ein besonderes persönliches Merkmal im Sinne des § 28 Abs. 2 StGB zu betrachten ist, findet der qualifizierte Tatbestand des § 244 a Abs. 1 StGB auf einen Tatbeteiligten, der nicht als Bandenmitglied gehandelt hat, keine Anwendung (vgl. BGHSt 46, 120, 128). Ein Tatbeteiligter, der ein strafschärfendes persönliches Merkmal nicht aufweist ist nur der Beteiligung an dem Grunddelikt schuldig zu sprechen (vgl. BGH StV 1994, 17; BGHR StGB § 28 Abs. 2 Merkmal 1).

52. BGH 4 StR 446/06 – Beschluss vom 14. November 2006 (LG Bamberg)

Tateinheit zwischen vorsätzlicher Straßenverkehrgefährdung und gefährlichem Eingriff in den Straßenverkehr (Schädigungsvorsatz; natürliche Handlungseinheit). § 315 c Abs. 1 StGB; § 315 b Abs. 1 StGB; § 52 StGB

Zwar wird § 315 c Abs. 1 StGB bei gleichzeitiger Verwirklichung beider Straftatbestände grundsätzlich von § 315 b Abs. 1 StGB verdrängt. Dies gilt jedoch nicht, wenn das Tatgeschehen als natürliche Handlungseinheit aufzufassen ist und einzelne der Teilakte nur den Tatbestand des § 315 c Abs. 1 Nr. 2 StGB erfüllen, nicht aber auch – wie das Zufahren auf den Polizeibeamten mit Schädigungsvorsatz und das Rammen eines Fahrzeugs, um es beiseite zu schieben (vgl. BGHSt 48, 233, 236/237) – den des § 315 b Abs. 1 Nr. 3 StGB. Dies ist insbesondere gegeben, wenn der Angeklagte sein Kraftfahrzeug in Teilen der Fahrt lediglich als Fluchtmittel zu „Verkehrszwecken“ und damit nicht bewusst zweckwidrig in verkehrsfeindlicher Einstellung eingesetzt hat und mithin insoweit nicht in der Absicht handelte, den Verkehrsvorgang zu einem Eingriff in die Sicherheit des

Straßenverkehrs zu „pervertieren“ (vgl. BGH aaO S. 237).

53. BGH 4 StR 459/06 – Beschluss vom 21. November 2006 (LG Hamburg)

Gefährdung des Straßenverkehrs (Gefahrverwirklichungszusammenhang bei unübersichtlichen Stellen bzw. Straßeneinmündungen).

§ 315c Abs. 1 Nr. 2 lit. d StGB

Nach dem Tatbestandsaufbau des § 315c Abs. 1 Nr. 2 lit. d StGB muss die herbeigeführte Gefahr in einem inneren Zusammenhang mit den Risiken stehen, die bei dieser Tatbestandsalternative u.a. von unübersichtlichen Stellen bzw. Straßeneinmündungen typischerweise ausgehen. Dass der Gefahrerfolg nur gelegentlich des zu schnellen Fahrens eintritt, reicht damit nicht aus. Einen solchen Gefahrverwirklichungszusammenhang zwischen dem Unfallgeschehen und der Situation an der Einmündung hat das Landgericht jedoch gerade nicht festgestellt.

48. BGH 4 StR 354/06 – Beschluss vom 26. Oktober 2006 (LG Bielefeld)

Vollendete besonders schwere sexuelle Nötigung; Aufhebungsumfang bei Feststellungsmängeln; Rücktritt (keine Forderung sittlich billiger Motive).

§ 177 Abs. 1 StGB; § 24 Abs. 1 StGB; § 353 StPO

Der Tatbestand des § 177 Abs. 1 StGB erfasst nur sexuelle Handlungen des Täters oder eines Dritten „am“ Opfer bzw. solche, die das Opfer „am“ Täter oder einem Dritten vornimmt, was jeweils einen unmittelbaren Körperkontakt voraussetzt (vgl. BGH NSTZ 1992, 433 m.w.N.; NSTZ 1996, 31, 32). Dass der Angeklagte während der Nötigungshandlung den Nacken der Nebenklägerin umfasst hielt, reicht zur Tatbestandsverwirklichung nicht aus, wenn und weil das Festhalten, auch in Verbindung mit dem weiteren Verhalten des Angeklagten, nicht die sexuelle Handlung, sondern lediglich das Mittel zu deren Vornahme ist (vgl. BGH NSTZ 1992, 433).

II. Strafzumessungs- und Maßregelrecht

14. BGH 2 StR 475/06 - Beschluss vom 1. Dezember 2006 (LG Trier)

Nachträgliche Sicherungsverwahrung (neue Tatsache; Hang; Gewaltphantasien im Vollzug; Ernsthaftigkeit); Unterbringung in einem psychiatrischen Krankenhaus. § 66b StGB; § 63 StGB

1. Neue Tatsachen im Sinne von § 66b Abs. 1 StGB können auch innere Tatsachen, also Umstände und Veränderungen in der Persönlichkeit, der psychischen Stabilität, der Lebensplanung oder Motivation des Verurteilten sein.

2. Die Maßregel des § 66b StGB ist eine auf Ausnahmefälle zu beschränkende Maßnahme. Sie dient nicht dazu, unklare Gefährdungslagen „vorsorglich“ abzuwenden.

3. Eine Umgehung der Grenzen des § 63 StGB auf dem Weg über die Anordnung nachträglicher Sicherungsverwahrung ist nicht zulässig. Eine „nachträgliche“ Unterbringung in einem psychiatrischen Krankenhaus kennt das Gesetz nicht; dies darf nicht dadurch umgangen werden, dass die psychische Störung eines Verurteilten ohne Weiteres in einen Hang im Sinne von § 66 Abs. 1 Nr. 3 StGB umgedeutet wird.

III. Strafverfahrensrecht (mit GVG)

39. BGH 1 StR 493/06 – Beschluss vom 29. November 2006 (LG München I)

BGHSt; Konfrontationsrecht im Ermittlungsverfahren (Fragezeit: wesentliche Bedeutung der Aussage eines Belastungszeugen, Unerreichbarkeit; faires Verfahren; Verteidigerbestellung und [versehentliche] Benachrichtigung; Einwirkung der EMRK auf deutsches Prozessrecht; Beweismittelprüfung); Beschuldigtenbegriff; redaktioneller Hinweis.

Art. 6 Abs. 3 lit. d, Abs. 3 lit. c, Abs. 1 EMRK; § 168c StPO; § 55 StPO

1. Zum Recht auf konfrontative Befragung nach Art. 6 Abs. 3 Buchst. d MRK (in Fortführung von BGHSt 46, 93). (BGHSt)

2. Davon, ob eine unterbliebene konfrontative Befragung eines Zeugen der Justiz zuzurechnen ist, ist nach der Rechtsprechung des EGMR der Beweiswert der Angaben dieses Zeugen abhängig. Insbesondere bei Vorliegen von Verfahrensfehlern ist bereits dann ein Konventionsverstoß anzunehmen, wenn sich die Verurteilung zwar nicht allein, aber in einem entscheidenden Ausmaß auf Angaben eines solchen Zeugen stützt. (Bearbeiter)

3. Verletzungen der Benachrichtigungspflicht des § 168c Abs. 5 Satz 1 StPO sind auch dann Verfahrensfehler, die den Ausschlag für einen geringeren Beweiswert des Zeugen geben, wenn die Verletzung nicht absichtlich, sondern versehentlich oder unter Verkennung der gesetzlichen Voraussetzungen erfolgte.

4. Bei der Anwendung des deutschen Strafprozessrechts ist die MRK in der Auslegung, die sie durch Rechtsprechung des EGMR erfahren hat, zu berücksichtigen (BVerfG NJW 2004, 3407; BGHSt 45, 321, 328 f.). Daher gilt für die tatrichterliche Beweiswürdigung: Ist die unterbliebene konfrontative Befragung eines Zeugen der Justiz zuzurechnen, kann eine Verurteilung auf dessen Angaben nur gestützt werden, wenn diese durch andere gewichtige Gesichtspunkte außerhalb der Aussage bestätigt werden (BGHSt 46, 93, 106; BGH NStZ 2005, 224, 225). (Bearbeiter)

5. Hinsichtlich der gewichtigen Gesichtspunkte außerhalb der Aussage sind strenge Maßstäbe anzuwenden. Bei der Aussageanalyse ist insbesondere zu bedenken gewesen, dass gerade den Merkmalen, dass die Angaben „detailliert“ und „in einen vielschichtigen Kontext eingebunden“ sind, infolge des Fehlens einer kontradiktorischen Erörterung ein geringeres Gewicht zukommt. (Bearbeiter)

47. BGH 4 StR 278/06 – Urteil vom 30. November 2006 (LG Magdeburg)

Gesamtstrafenbildung (fehlerhafte Einbeziehung einer Strafe: Wegfall der Aussetzung zur Bewährung; Korrektur durch das Revisionsgericht).

§ 55 Abs. 1 StGB; § 354 Abs. 1 b StPO

§ 354 Abs. 1 b StPO findet nicht nur bei den Angeklagten beschwerenden, sondern auch bei ihnen begünstigten, auf Revision der Staatsanwaltschaft zu berücksichtigenden Rechtsfehlern Anwendung (vgl. zu Absatz 1 a der Vorschrift Senatsurteil vom 16. März 2006 – 4 StR 536/05).

37. BGH 1 StR 474/06 – Beschluss vom 9. November 2006 (LG Landshut)

Recht auf konkrete und wirksame Verteidigung (fares Verfahren; Wahlverteidigung: Wahrnehmung von Fortbildungsveranstaltungen; „Beschleunigungsgebot in Haftsachen“ und Verpflichtung des Rechtsanwalts zur Fortbildung; ordnungsgemäße Verteidigung durch einen vom Angeklagten abgelehnten Pflichtverteidiger); Ablehnung des Aussetzungsantrags am letzten Verhandlungstag (Darlegungsanforderungen: Negativtatsachen); Unterbrechungsfrist.

Art. 6 Abs. 1, Abs. 3 lit. c EMRK; § 265 Abs. 4 StPO; § 137 Abs. 1 Satz 1 StPO; § 229 StPO; § 43a Abs. 6 BRAO; § 15 Fachanwaltsordnung

1. Das Gericht - der Vorsitzende – muss bei der Terminbestimmung ernsthaft versuchen, dem Recht des Angeklagten, sich in einem Strafverfahren von einem Rechtsanwalt seines Vertrauens verteidigen zu lassen, soweit wie möglich Geltung zu verschaffen (BGH NStZ 1999, 527; StV 1992, 53).

2. Nicht jede Verhinderung eines Verteidigers kann zur Folge haben, dass eine Hauptverhandlung nicht durchgeführt werden kann, sondern ausgesetzt werden muss (§ 228 Abs. 2 StPO; vgl. BGH NStZ 1999, 527; NStZ 1998, 311, 312). Allerdings ist der Vorsitzende gehalten, über Anträge auf Verlegung eines Termins nach pflichtgemäßem Ermessen unter Berücksichtigung der eigenen Terminplanung, der Gesamtbelastung des Spruchkörpers, des Gebots der Verfahrensbeschleunigung und den berechtigten Interessen der Prozessbeteiligten zu entscheiden (BGH NStZ-RR 2006, 271, 272; NStZ 1998, 311, 312). Bei der danach gebotenen Abwägung kommen dem aus dem Rechtsstaatsprinzip (Art. 20 GG) und aus Art. 6 Abs. 1 Satz 1 MRK folgenden Gebot, über eine strafrechtliche Anklage in angemessener Zeit zu verhandeln, und dem in Hinblick auf Art. 2 Abs. 2 Satz 2 und 3 GG (vgl. auch 17 § 121 Abs. 1 StPO; Art. 5 Abs. 3 Satz 1 Halbs. 2 MRK) zu beachtenden besonderen Beschleunigungsgebot in Haftsachen hohes Gewicht zu (vgl. BVerfG - Kammer - StV 2006, 251; NJW 2006, 1336; NJW 2006, 672; NStZ 2006, 47).

3. Zu einem Einzelfall, in dem die Rücksichtnahme auf eine geplante Fortbildungsveranstaltung des Wahlverteidigers durch eine bloße Terminverschiebung nach der Belastung der Kammer unmöglich war und nur eine Aussetzung in Betracht kam.

34. BGH 1 StR 421/06 – Beschluss vom 8. November 2006 (LG Ulm)

Verwertung von polizeilichen Vernehmungen unter Mitwirkung ausländischer Beamter (Hinzuziehung von Hilfspersonen; Verwertbarkeit bei Überschreitung der Rechtshilfebewilligung).

§ 163a StPO; Art. 3 Abs. 1 EuRhÜbk; Art. 39 SDÜ; Art. 4 EuRhÜbk

1. Bei einer von einem deutschen Ermittlungsbeamten geleiteten, in Deutschland durchgeführten Vernehmung handelt es sich ungeachtet der Teilnahme ausländischer Ermittlungsbeamter um keine ausländische Vernehmung. Die Vornahme der Untersuchungshandlung richtet sich nach deutschem Prozessrecht als Recht des ersuchten Staats.

2. Die Hinzuziehung von Hilfspersonen zu polizeilichen Vernehmungen ist unschädlich, solange dadurch nicht die für die polizeiliche Vernehmung geltenden Schutzvorschriften (§§ 136 f., 163a SPO) umgangen werden.

3. Der Angeklagte ist bei einer Rechtshilfevernehmung jedenfalls dann nicht in dem Vertrauen geschützt, dass seine Angaben in einem deutschen Strafverfahren nicht verwendet werden können, wenn das deutsche Verfahren gegen ihn bereits eingeleitet ist und - wie ihm bekannt - in offensichtlichem Zusammenhang mit dem Gegenstand der Vernehmung steht.

4. Ein Verwertungsverbot ließe sich auch aus einer Überschreitung der Rechtshilfebewilligung zur Teilnahme an einer deutschen Vernehmung nicht herleiten: Die deutschen Strafverfolgungsbehörden könnten einer Verwertung des Beweisergebnisses im Ausland nachträglich zustimmen (vgl. BGHSt 34, 334, 343 f.).

36. BGH 1 StR 454/06 – Beschluss vom 8. November 2006 (LG München I)

Verwertungsverbot bei mangelnder Belehrung über das Schweigerecht (freibeweisliche Feststellung der ausgebliebenen Belehrung).

§ 136 Abs. 1 Satz 2 StPO; § 163a Abs. 4 Satz 2 StPO; Art. 6 Abs. 1 Satz 1 EMRK; Nr. 45 Abs. 1 RiStBV

Liegen bezüglich einer Beschuldigtenvernehmung keine hinreichend verlässlichen Anhaltspunkte für eine erfolgte Belehrung vor, und kommt hinzu, dass ein Aktenvermerk im Sinne von Nr. 45 Abs. 1 RiStBV nicht gefertigt wurde, dürfen Äußerungen, die der Beschuldigte in dieser Vernehmung gemacht hat, nicht verwertet werden.

46. BGH 4 StR 251/06 – Beschluss vom 19. Oktober 2006 (LG Dortmund)

Rechtsfehlerhaft floskelhafte Ablehnung eines Beweisantrages (Bedeutungslosigkeit; Begründungsobliegenheit).

§ 244 Abs. 3 Satz 2 StPO

Nach der ständigen Rechtsprechung des Bundesgerichtshofs muss der Beschluss, mit dem ein Beweisantrag wegen Bedeutungslosigkeit der behaupteten Tatsache abgelehnt wird, die Erwägungen anführen, aus denen der

Tatrichter ihr keine Bedeutung für den Schuld- oder Rechtsfolgenausspruch beimisst, soweit diese nicht auf der Hand liegen (vgl. BGHSt 2, 184, 186; BGH NStZ 1981, 401; BGHR StPO § 244 Abs. 3 Satz 2 Bedeutungslosigkeit 15 m. w. N.). Geht es um die Glaubwürdigkeit eines Zeugen, bedarf es daher der Begründung, warum die zu beweisende Tatsache das Gericht auch im Falle ihres Nachweises unbeeinflusst lassen würde. Die erforderliche Begründung entspricht grundsätzlich den Begründungserfordernissen bei der Würdigung von durch Beweisaufnahme gewonnenen Indiztatsachen in den Urteilsgründen.

30. BGH 1 StR 307/06 – Urteil vom 7. November 2006 (LG Stuttgart)

Beweiswürdigung zum Tötungsvorsatz bei gefährlichen Gewalthandlungen (Messerstich in den Oberkörper ohne Ausweichmöglichkeiten; Darlegungsanforderungen beim Freispruch; bloß denktheoretische Zweifel versus bloß lebensfremde Feststellungen); versuchter Totschlag; Strafzumessung (mildernde Berücksichtigung in fremder Rechtsordnung wurzelnder Verhaltensmuster).

§ 261 StPO; § 212 StGB; § 15 StGB; § 46 StGB

1. Kann der Tatrichter nicht die erforderliche Gewissheit gewinnen und zieht hieraus die gebotene Konsequenz, so hat das Revisionsgericht dies regelmäßig hinzunehmen. Die Beweiswürdigung ist Sache des Tatrichters. Es kommt nicht darauf an, ob das Revisionsgericht angefallene Erkenntnisse anders gewürdigt oder Zweifel überwunden hätte. Daran ändert sich nicht einmal dann etwas, wenn eine vom Tatrichter getroffene Feststellung „lebensfremd erscheinen“ mag.

2. Ein Messerstich in den Oberkörper ist eine äußerst gefährliche Gewalthandlung, der die Annahme einer Tötungsabsicht regelmäßig nahe liegt. Dies gilt umso mehr, wenn, das – auch überraschte – Opfer wegen der räumlich beengten Verhältnisse praktisch keine Chance hat, die Wirkung des Stichs durch Ausweichbewegungen oder sonst in irgendeiner Weise abzumildern.

3. Allenfalls denktheoretische Zweifel können regelmäßig eine im Übrigen nahe liegende Schlussfolgerung nicht in Frage stellen. Der Grundsatz, dass keine Veranlassung besteht, fern liegende Möglichkeiten zu unterstellen, gilt umso mehr, wenn die möglichen ungewöhnlichen Besonderheiten, die eine Überzeugung hindern sollen, nicht nur nicht bewiesen, sondern „naturgemäß“ auch kaum beweisbar sind.

4. In einer fremden Rechtsordnung wurzelnde Verhaltensmuster, Vorstellungen und Anschauungen können regelmäßig nur dann strafmildernd berücksichtigt werden, wenn sie im Einklang mit der fremden Rechtsordnung stehen.

29. BGH 1 StR 298/06 – Beschluss vom 22. September 2006 (LG Ravensburg)

Inbegriffsrüge (Darlegungsanforderungen: keine Glaubhaftmachung, hier Protokollvortrag bei der Verlesung eines Sachverständigengutachtens; Beruhen bei Erörte-

rung des Gutachtens, des Schriftstücks in der Hauptverhandlung).

§ 261 StPO; § 344 Abs. 2 Satz 2 StPO; § 337 StPO

1. Ist der Inhalt eines Schriftstücks in der Hauptverhandlung erörtert und ist auch nicht bestritten worden, dass das Schriftstück diesen Inhalt hat so kann schon deshalb das Urteil regelmäßig nicht darauf beruhen, dass das Schriftstück nicht verlesen worden ist (vgl. BGH, Urteil vom 6. Juni 1957 - 4 StR 165/57).

2. Grundsätzlich genügt es für die Zulässigkeit einer Verfahrensrüge, dass die den Mangel begründenden Tatsachen vollständig vorgetragen werden. Dagegen ist ihre Glaubhaftmachung, etwa durch die Angabe von Beweismitteln und Aktenstellen, aus denen sich diese Tatsachen ergeben, nicht erforderlich (BGH NSTZ-RR 2003, 334 <LS>). Der Vortrag, eine Urkunde sei nicht verlesen worden, ist vollständig. Zur Prüfung seiner Schlüssigkeit - nicht: seiner Richtigkeit - bedarf es des Rückgriffs auf das Protokoll nicht. Besondere Umstände können gleichwohl weitergehende Ausführungen unerlässlich machen könnten, sind nicht erkennbar.

33. BGH 1 StR 392/06 – Urteil vom 21. November 2006 (LG Nürnberg)

Lückenhafte Beweiswürdigung beim Vorwurf des sexuellen Missbrauchs von Gefangenen in Tateinheit mit Vergewaltigung (Darlegungsanforderungen beim Freispruch; Würdigung der Aussagegenese); Inbegriffsrüge (Unschädlichkeit der Geltendmachung über die Sachrüge: Maßgeblichkeit der wirklichen rechtlichen Bedeutung einer Rüge).

§ 261 StPO; § 344 Abs. 2 Satz 2 StPO; § 174a StGB

1. Bei einem Freispruch aus tatsächlichen Gründen muss der Tatrichter zunächst darlegen, welchen Sachverhalt er als festgestellt erachtet (st. Rspr., BGHR StPO § 267 Abs. 5 Freispruch 7 m.w.N.). Die Wiedergabe allein von Bekundungen der vernommenen Zeugen genügt der Begründungspflicht nicht (BGHR aaO m.w.N.).

2. Das Urteil muss erkennen lassen, dass der Tatrichter solche Umstände, die geeignet sind, die Entscheidung zu Gunsten oder zu Ungunsten des Angeklagten zu beeinflussen, erkannt und in seine Überlegungen einbezogen hat (BGHR StPO § 261 Beweiswürdigung 11). Insbesondere sind die Beweise auch erschöpfend zu würdigen (BGHSt 29, 18, 20).

22. BGH 3 StR 407/06 - Beschluss vom 21. November 2006 (LG Kleve)

Revisionsantrag (Revisionsbegründung; konkludenter Antrag; schlüssiger Antrag; allgemeine Sachrüge; Anfechtung des Urteils insgesamt); Antrag auf Entscheidung des Revisionsgerichts.

§ 344 Abs. 1 StPO; § 352 Abs. 1 StPO; § 346 StPO

1. Eines besonders hervorgehobenen Revisionsantrags bedarf es nicht, wenn das Begehren des Beschwerdeführers sich aus der Revisionsbegründung ergibt.

2. In der Erhebung der uneingeschränkten allgemeinen Sachrüge durch den Angeklagten ist regelmäßig die Erklärung zu sehen, dass das Urteil insgesamt angefochten werden soll.

32. BGH 1 StR 388/06 – Beschluss vom 9. November 2006 (LG Coburg)

Urteilsabsetzungsfrist (absoluter Revisionsgrund; zu den Akten bringen des Urteils; Darlegungsanforderungen bei der Verfahrensrüge: Negativtatsachen).

§ 275 Abs. 1 Satz 2 StPO; § 338 Nr. 7 StPO; § 344 Abs. 2 Satz 2 StPO

Die in § 275 Abs. 1 Satz 1 StPO gebrauchte Formulierung „zu den Akten zu bringen“ ist nicht wörtlich zu nehmen. Es genügt, wenn das vollständige Urteil innerhalb der im Gesetz genannten Frist auf den Weg zur Geschäftsstelle gebracht ist (BGHSt 29, 43, 45).

IV. Wirtschaftsstrafrecht und Nebengebiete

16. BGH 2 ARs 428/06 / 2 AR 242/06 - Beschluss vom 25. Oktober 2006

BGHSt; nachträgliche Entscheidung über einheitliche Festsetzung von Maßnahmen oder Jugendstrafe; Absehen von der Einbeziehung der rechtskräftig abgeurteilten Straftaten (Sperrwirkung); Einheit zwischen Schuld- und Strafspruchrichter; Schuldfeststellung.

§ 27 JGG; § 30 JGG; § 31 JGG; § 62 JGG; § 66 JGG; § 14 StPO

1. Die Sperrwirkung des § 66 Abs. 1 Satz 2 JGG tritt nur ein, wenn der Richter in früheren Entscheidungen ausdrücklich aus erzieherischen Gründen auf die Einbeziehung der rechtskräftig abgeurteilten Straftaten verzichtet hat. (BGHSt)

2. Die Schuldfeststellung nach § 27 JGG ist keine noch nicht vollständig erledigte Entscheidung im Sinne des § 66 Abs. 1 Satz 1 JGG. (BGHSt)

3. Bei Zusammentreffen einer Schuldfeststellung (§ 27 JGG) und einer anderen rechtskräftigen Entscheidung hat grundsätzlich der im Verfahren nach §§ 30, 62 JGG zuständige Richter zu prüfen, ob die Voraussetzungen für den Ausspruch einer Jugendstrafe vorliegen. (BGHSt)

4. Die Sperrwirkung des § 66 Abs. 1 Satz 2 JGG tritt nicht ein, wenn nach den Urteilsgründen nicht auszuschließen ist, dass die Möglichkeit der einheitlichen

Festsetzungen einer Rechtsfolge lediglich übersehen worden ist. (Bearbeiter)

5. Ist in einer späteren Entscheidung über die Frage der einheitlichen Rechtsfolgenentscheidung durch Einbeziehung früherer Entscheidungen (§ 31 Abs. 2 JGG) nicht ausdrücklich entschieden worden, so ist für diese Frage grundsätzlich wieder der sachnähere Richter gemäß §§ 30, 62 JGG zuständig, der seinerseits die spätere Entscheidung einbeziehen kann. (Bearbeiter)

60. BGH 5 StR 324/06 – Urteil vom 29. November 2006 (LG Köln)

Steuerhinterziehung (Umsatzsteuer; Verschleierung von „Kolonnenschiebern“); überhöhte Kompensation nach rechtsstaatswidriger Verfahrensverzögerung (Recht auf Verfahrensbeschleunigung; Konventionsbeschwerde; Besonderheiten des Wirtschaftsstrafverfahrens; bewährungsfähige Strafe); Strafzumessung bei Kettengeschäften unter Einschaltung von Serviceunternehmen im Bereich der illegalen Arbeitnehmerüberlassung („Steuerhinterziehung als Gewerbe“); keine Bindungswirkung von Absprachen ohne die Staatsanwaltschaft (Rügepflicht der Staatsanwaltschaft; Aufhebungsumfang bei unwirksamen Absprachen); keine Aufhebung von Urteilsfeststellungen. Vor § 1 StPO; § 370 Abs. 3 Satz 2 Nr. 1 AO; Art. 6 Abs. 1 Satz 1 EMRK; Art. 13 EMRK; § 46 StGB; § 333 StPO; § 353 Abs. 2 StPO

1. Kettengeschäfte unter Einschaltung von Serviceunternehmen im Bereich der illegalen Arbeitnehmerüberlassungen sind dadurch geprägt, dass zumindest die Betrei-

ber der Firmen allein von dem Handel mit Scheinrechnungen leben und damit die „Steuerhinterziehung als Gewerbe“ betreiben. In derartigen Fällen ist es äußerst fraglich, ob eine zur Bewährung aussetzungsfähige Freiheitsstrafe noch dem Unrechtsgehalt einer Steuerhinterziehung gerecht werden kann, wenn der Hinterziehungsschaden deutlich im Millionenbereich liegt und nicht erhebliche Strafmilderungsgründe vorhanden sind.

2. Einen gerechten Schuldausgleich stellen Freiheitsstrafen bis zu zwei Jahren jedenfalls dann grundsätzlich nicht mehr dar, wenn die Täter mit einem auf Dauer angelegten, gut organisierten und an veränderte Umstände anpassungsfähigen kriminellen Hinterziehungssystem jahrelang die Auszahlung hoher Geldbeträge bewirken und damit dem Fiskus Schäden in Millionenhöhe zufügen.

3. Eine erhebliche strafmildernde Wirkung des Zeitfaktors als Folge justizieller Mängel widerstreitet generell den Zielen effektiver Verteidigung der Rechtsordnung; dies gilt namentlich im Bereich schwerer, zudem sozial-schädlicher Wirtschaftskriminalität (vgl. BGHSt 50, 299, 308 f.). Besonders misslich ist es, wenn das zu einer Strafmilderung verpflichtete Tatgericht durch eigenes unsachgemäßes Verhalten maßgebliche Ursachen für die rechtsstaatswidrige Verfahrensverzögerung gesetzt hat. Gerade vor diesem Hintergrund darf das Revisionsgericht einen überzogenen Strafabschlag, nicht hinnehmen.

4. Einzelfall einer aus Sicht des Revisionsgerichts überhöhten Reduzierung der Einzelstrafen.

Aufsätze und Entscheidungsanmerkungen

„Missbrauch“ durch bewusste Berufung auf ein unrichtiges Hauptverhandlungsprotokoll?

Zugleich Besprechung des Urteils BGH 3 StR 284/05 vom 11.8.2006 (HRRS 2006 Nr. 713 [Ausgabe 10/2006]¹).

Von Prof. Dr. Hans Kudlich, Univ. Erlangen.

I. Das Urteil des BGH führt zwei Themen zusammen, die mit bisher eher abweichenden Schwerpunkten² bereits die strafprozessrechtliche bzw. strafprozessrechtspolitische Diskussion beschäftigt haben: den Missbrauch von

Verfahrensbefugnissen auf der einen,³ die Beschränkung der formellen Beweiskraft des Hauptverhandlungsprotokolls für Revisionsrügen – hier vor allem unter dem Stichwort der Rügeverkümmernung – auf der anderen Seite.⁴ Der Zusammenhang zwischen beiden Fragestel-

³ Vgl. insoweit zur Diskussion nur aus den letzten Jahren die monographischen Untersuchungen von *Abdallah*, Die Problematik des Rechtsmissbrauchs im Strafverfahren (2002, dazu *Kudlich*, GA 2003, 852 ff.), *Eschenhagen*, Der Mißbrauch des Beweisantragsrechts (2001, dazu *Kudlich*, JA 2002, 580 ff.), *Fahl* (Fn. 2), *Grüner*, Über den Mißbrauch von Mitwirkungsrechten und die Mitwirkungspflichten des Verteidigers im Strafprozeß (2000), sowie *Spiekermann*, Der Mißbrauch des Beweisantragsrechts (2001 – dazu nochmals *Kudlich*, JA 2002, 580 ff.); ferner aus der jüngeren Vergangenheit die Beiträge von *Fezer*, *Weber-FS* (2004), S. 475 ff., sowie *Senge*, *NSZ* 2002, 225 ff.

⁴ Vgl. dazu insbesondere den Anfragebeschluss des 1. Strafsenats in *NSZ-RR* 2006, 112 = *StV* 2006, 287 = *HRRS* 2006, 91 sowie dazu auch die Reaktionen der übrigen Strafsenate in *HRRS* 2006, 235 f. und nunmehr auch den Vorlagebeschluss des 1. Strafsenats vom 23.8.2006 AZ: 1 StR 466/05 abrufbar auf <http://www.bundesgerichtshof.de> = *HRRS* 2006 Nr. 858 mit Bespr. *Gaede*, *HRRS* 2006, 409 ff. Zum

¹ *NJW* 2006, 3579. Vgl. hierzu bereits *Jahn*, *JuS* 2007, 91 und im Erscheinen auch *Gaede*, *StraFo* 2007 Heft 1; *Hollaender* und *Fahl* in *JR* 2007, Heft 1.

² Zur Betrachtung der unwahren Verfahrensrüge unter dem Missbrauchsblickwinkel aber bereits *Fahl*, *Rechtsmissbrauch im Strafprozeß* (2004), S. 681 ff.

lungen aber liegt auf der Hand:⁵ Wird eine Rüge wegen Missbrauchs bereits als unzulässig zurückgewiesen, kommt es auf die Frage nach der Zulässigkeit einer Protokollberichtigung nicht an, da das (bei einem unrichtigen Protokoll gewissermaßen nach § 274 StPO fingierte) „Vorliegen“ eines Verfahrensfehlers nicht mehr geprüft wird; wird umgekehrt das Protokoll nachträglich berichtigt und der darauf gestützten Revision damit der Boden entzogen, ist die (seit jeher und auch für andere Konstellationen immer etwas argwöhnisch beäugte⁶) Lösung über den Missbrauchsgedanken nicht erforderlich, da auch eine zulässige Rüge erfolglos ist.

Die Bedeutung der vorliegenden Entscheidung nun liegt im Ergebnis⁷ m.E. eher in den „allgemeinen“ Fragen einer „strafprozessualen Missbrauchsdogmatik“, die vom Senat zwar nicht wirklich entwickelt wird (was für die Rechtsprechung auch nach der wichtigen Entscheidung BGHSt 38, 111 noch aussteht⁸), aber doch auf dem bisherigen Stand bestätigt und zumindest gegen einen zentralen Einwand (aus meiner Sicht auch: überzeugend) verteidigt (vgl. sogleich II.) wird. Ob freilich für die konkrete Situation der „unwahren Verfahrensfrage“ das Missbrauchsargument tatsächlich zu angemessenen Lösungen führt, erscheint mir dagegen fragwürdig (vgl. im Anschluss III.).

II. Die einschlägige Diskussion um den strafprozessualen Missbrauch ist – trotz weiter zurückreichender Wurzeln⁹ und immer wieder aktueller Stellungnahmen¹⁰ – insbe-

Anfragebeschluss vgl. *Bosch*, JA 2006, 578 ff. sowie *Jahn/Widmaier*, JR 2006, 166 ff.

⁵ Vgl. auch die Verwunderung *Jahns* (JuS 2007, 91, 92) darüber, dass der 3. Senat „trotz des laufenden, durch den 1. Strafsenat in Gang gesetzten Anfrageverfahrens“ ohne Eingehen auf die Frage einer Rügeverkümmierung die Lösung im Missbrauchsargument sieht.

⁶ Statt vieler plakativ nur *Schulz*, StV 1991, 354, 362, wonach ein strafprozessuales „Verfahrensrecht, das nicht mißbraucht werden kann, (...) den Namen nicht (verdient)“; ferner *Gaede*, HRRS 2003, 93 ff.; zur Frage nach „Recht oder Missbrauch des Rechtsmissbrauchs“ auch bereits *Christensen/Kudlich* in: *Feldner/Forgó* (Hrsg.) Norm und Entscheidung (2000), S. 189 ff.

⁷ Nicht in der Qualität der Entscheidungsbegründung, die zu den grundsätzlichen Fragen knapp gehalten ist, zum speziellen Fall dagegen beachtliche Argumente vorbringt! Insgesamt kritischer („im Ganzen nicht überzeugen[d]“ dagegen *Jahn*, JuS 2007, 91, 93).

⁸ In dieser Entscheidung (vgl. dazu auch die Besprechungen von *Hamm*, NJW 1993, 289 ff.; *Maatz*, NStZ 1992, 513 ff.; *Scheffler*, JR 1993, 170 ff., sowie *Widmaier*, NStZ 1992, 519 ff.) wird die Geltung eines allgemeinen Missbrauchsverbots recht besehen eher postuliert als begründet, was gerade für das voraussetzungsvolle Missbrauchsargument (vgl. nochmals *Christensen/Kudlich* [Fn. 6], S. 202 ff.) methodisch bedauerenswert ist. Vgl. zum Versuch, eine allgemeine Missbrauchsdogmatik zu begründen und zu konturieren *Fahl* (Fn. 2), S. 68 ff. sowie insbesondere *Kudlich*, Strafprozeß und allgemeines Mißbrauchsverbot (1998), S. 60 ff.

⁹ Vgl. etwa die Entscheidungen RGSt 18, 365; 38, 57, sowie später *Weber*, GA 1975, 289 ff.

¹⁰ Vgl. aus jüngerer Zeit etwa die Entscheidungen BayObLG NStZ 2004, 647 = StV 2005, 12 = HRRS 2005, 7 f. m. Anm. *Kudlich*, HRRS 2005, 10 ff., BGH NJW 2005, 2466 m. Anm.

sondere ein Thema in der Mitte der 90-er Jahre des 20. Jahrhunderts gewesen.¹¹ Reibungspunkte für viele Beiträge waren auf der einen Seite die Leitentscheidung BGHSt 38, 111, in der die Geltung eines ungeschriebenen Missbrauchsverbots grundsätzlich bejaht wurde, andererseits aber auch die wechselseitigen Klagen über angeblich verfahrensboykottierende Verteidigungsstrategien (auf Seiten der Justiz) bzw. umgekehrt über die zunehmende Aushöhlung von Verfahrensrechten durch den Gesetzgeber (auf Seiten der Verteidigung). Schon diese kurze Einordnung zeigt – nebenbei bemerkt –, dass es sich bei den „unwahren Verfahrensfragen“ um ein Phänomen handelt, das in einem deutlich anderen Kontext steht als der Ausgestaltung der Hauptverhandlung.

Als wichtige Strukturfragen einer allgemeinen Missbrauchsdogmatik wurden in dieser Zeitschrift vor noch nicht all zu langer Zeit bereits drei Aspekte benannt:¹² „Kann ein ‚Missbrauchsverbot‘ überhaupt begründet und insbesondere mit Blick auf den Vorbehalt des Gesetzes legitimiert werden? Bejahendenfalls: Was sind seine Voraussetzungen? Und: Welche Rechtsfolgen kann es (auch in welcher formalen Weise) nach sich ziehen?“

1. Stark vergrößernd¹³ sprechen wohl die besseren Gründe dafür, ein ungeschriebenes Missbrauchsverbot auch im Strafprozessrecht jedenfalls nicht von vorneherein für ausgeschlossen zu halten, soweit es dadurch nicht im konkreten Einzelfall zu einem klaren Überspielen des Wortlauts bei einer deutlich als abschließend beabsichtigten Regelung kommt, was jedenfalls in dieser Allgemeinheit für das Strafverfahrensrecht nicht angenommen werden kann. Freilich muss dafür in der konkreten Situation dargetan werden, dass die Zweckwidrigkeit – und zwar nicht gemessen am Zweck des Strafverfahrens als Institution oder am Zweck des Strafverfahrensrechts insgesamt, sondern am Zweck der *jeweils betroffenen Befugnis* – ein Maß erreicht, das es gerechtfertigt erscheinen lässt, als Ausnahme von der gesetzlichen Regelanordnung die Ausübung einer prozessualen Befugnis als unzulässig anzusehen¹⁴ oder sie für die Zu-

Kudlich, JuS 2005, 852, sowie auch BGH NJW 2006, 2421 m. Anm. *Jahn*, JuS 2006, 760.

¹¹ So waren Aspekte des Themas kurz nacheinander Gegenstand der strafrechtlichen Abteilung des 60. Deutschen Juristentags 1994, des 20. Strafverteidigertages 1996 sowie des 6. Strafrechtsfrühjahrssymposiums des DAV 1996. Umfangreiche Nachweise zur Diskussion in dieser Zeit (statt aller nur *Fischer*, NStZ 1997, 212 ff.; *Kempf*, StV 1996, 507 ff.; *Kröpil* DRiZ 1996, 448 ff.; *ders.*, ZRP 1997, 9 ff.; *ders.*, JuS 1997, 355 ff.; *ders.*, JR 1997, 315 ff.; *ders.*, JZ 1998, 135 f. *Kühne*, StV 1996, 684 ff.; *Niemöller*, StV 1996, 501 ff.; *Rüping*, JZ 1997, 865 ff.) in den Monographien von *Jahn*, Konfliktverteidigung und Inquisitionsmaxime (1998) und *Kudlich* (Fn. 8).

¹² Vgl. *Kudlich*, HRRS 2005, 10 (12); zu diesen Strukturfragen auch bereits ausführlicher *ders.* (Fn. 8), passim, insb. S. 189 ff., 248 ff., sowie *ders.*, NStZ 1998, 588 ff.

¹³ Ausführlicher *Kudlich*, HRRS 2005, 10 (12 f.); vgl. ferner vertiefend *Kudlich* (Fn. 8), S. 60 ff., zusf. 249 ff., sowie *Fahl* (Fn. 2), S. 68 ff.

¹⁴ So etwa im (zutreffend entschiedenen) Fall BGHSt 40, 287 m. Anm. *Kudlich*, JuS 1997, 507 ff. (missbräuchliche Verknüpfung zwischen Bedingung und Antragsinhalt beim Hilfsbeweis-antrag).

kunft sogar völlig zu entziehen bzw. einzuschränken. Dabei ist durchaus zu berücksichtigen, dass der Gesetzgeber mit der Einräumung bestimmter prozessualer Befugnisse bewusst in Kauf genommen hat, dass durch sie z.B. der Verfahrensabschluss erschwert wird. Bei der Frage nach der Missbrauchsreaktion ist zwischen der – untechnisch bzw. allgemein gesprochen – Zurückweisung der vorgenommenen Prozesshandlung und der Untersagung einer zukünftigen Ausübung einer prozessualen Befugnis zu unterscheiden. Vorliegend freilich stellt sich – auch dies wieder eine abweichende Besonderheit gegenüber dem Standardbeispiel prozessualer Befugnisse in der Hauptverhandlung – diese Frage nicht wirklich, da es bei dem singulären Akt einer einzelnen Revisionsrüge von vorneherein nur um die (dort allerdings mangels anderweitiger Wiederholbarkeit der Verfahrenshandlung auch besonders gravierende) Behandlung als unzulässig gehen kann.

2. Die grundsätzliche Auseinandersetzung mit der Frage nach einem ungeschriebenen Missbrauchsverbot verläuft in zwei Schritten:

a) Zur Bestärkung seiner Auffassung, dass auch im Strafprozessrecht ein allgemeines Missbrauchsverbot gelten müsse, verweist der BGH auf einzelne gesetzlich geregelte Missbrauchsfälle in der StPO (insb. §§ 26a, 138a, 241 und 244 III Mod. 6 StPO)¹⁵, denen der Senat offenbar einen verallgemeinerungsfähigen Grundgedanken entnehmen möchte. Freilich bringt die Auflistung solcher speziell geregelter Fälle nicht viel mehr als die Erkenntnis, dass ein Missbrauchsverbot dem Strafverfahrensrecht nicht a priori und uneingeschränkt systemfremd ist und dass trotz der geregelten Fälle Schutzlücken gegen den Missbrauch offen bleiben.¹⁶ Ob diese Lücken damit aber im Sinne eines darüber hinausgehenden allgemeinen Missbrauchsverbots geschlossen werden müssen, ist damit allein noch nicht entschieden; vielmehr hängt einer Entscheidung das Problem jeder systematischen Argumentation an, ob eher analogisch oder eher im Wege eines Gegenschlusses argumentiert werden muss.¹⁷ M.a.W.: dass über die geregelten Fälle hinaus auch ein allgemeines ungeschriebenes Missbrauchsverbot besteht, wäre durchaus eigenständig zu begründen gewesen.¹⁸

b) Im Anschluss nimmt der Senat zu einem durchaus gewichtigen (aber eben keinesfalls dem einzigen) Einwand gegen ein allgemeines Missbrauchsverbot Stellung, nämlich dem „Missbrauch des Rechtsmissbrauchsarguments“. Hierzu führt er zutreffend aus, „dass seit der

¹⁵ Zur Bedeutung *materiell*-strafrechtlicher Grenzen, die inzi- dent auch das Verfahrensrecht beeinflussen können, vgl. *Abdallah* (Fn. 3), S. 22 f., 186 ff., der freilich nicht hinreichend herausstellt, dass die Grenze einer prozessualen Reaktion durchaus nicht identisch mit der einer strafrechtlichen Verantwortlichkeit verläuft – anderenfalls müsste bei jedem Beweis- oder Ablehnungsantrag, der zurückgewiesen wird, unmittelbar über eine Strafbarkeit nach § 258 StGB nachgedacht werden.

¹⁶ Vgl. auch *Kudlich* (Fn. 8), S. 42 ff.

¹⁷ Vgl. dazu *Christensen/Kudlich*, Theorie richterlichen Begründens, 2001, S. 366.

¹⁸ Vgl. dazu nochmals die Nachweise in Fußn. 11.

grundlegenden Anerkennung eines allgemeinen Missbrauchsverbotes durch die Rechtsprechung des Bundesgerichtshofs in BGHSt 38, 111 nunmehr fast 15 Jahre vergangen sind, ohne dass sich diese Befürchtung bestätigt hätte. Die sehr seltenen Entscheidungen, in denen davon Gebrauch gemacht worden ist, belegen eine ausgesprochene Zurückhaltung der Praxis.“

Diesem (vom Verfasser im Übrigen schon vor rund 10 Jahren optimistisch prognostizierten¹⁹) Befund ist im Grundsatz ohne Zweifel zuzustimmen: Weder hat – soweit in der veröffentlichten Rechtsprechung ersichtlich – der Rückgriff der Tatgerichte auf das Hilfsmittel eines allgemeinen Missbrauchsverbots ein bedrohliches Ausmaß erreicht; noch haben die Obergerichte, soweit sie sich mit entsprechenden Fällen zu befassen hatten, ihre Kontrollpflicht vernachlässigt.²⁰

3. Weitere in der Diskussion zu verzeichnende generelle Einwände gegen ein ungeschriebenes Missbrauchsverbot werden vom Senat dagegen nicht aufgegriffen (wozu in einer Entscheidung, die sich letztlich darauf beruft, naturgemäß mehr Anlass bestanden hätte²¹ als etwa in einer im Ergebnis eine Missbrauchsreaktion mangels hinreichender Voraussetzungen ablehnenden Entscheidung wie der des BayObLG vom 5.3.2004²²).

a) Dabei lassen sich m.E. einige der verbreiteten Einwände aus der Diskussion der letzten Jahre relativ einfach ausräumen:

aa) Häufig wird darauf hingewiesen, dass im Strafverfahren der Maßstab des § 242 BGB als der wohl wirkungsmächtigsten Missbrauchsvorschrift im Zivilrecht nicht gelten könne, da jedenfalls für Angeklagten und Verteidiger keine vergleichbaren Solidaritätspflichten angenommen werden können, wie sie sich als Nebenpflichten aus einem Schuldverhältnis ergeben können.²³ Doch so zutreffend dieser Befund ist, so wenig steht er einem anders als über wechselseitige Solidaritätspflichten – und namentlich über den Gedanken des Institutionenmissbrauch beim zweckwidrigen Einsatz von Befugnissen²⁴ – notwendig entgegen.

¹⁹ Vgl. *Kudlich* (Fn. 8), S. 359 f.

²⁰ Vgl. deutlich etwa nochmals BayObLG NStZ 2004, 647 = HRRS 2005, 7 f. m. Anm. *Kudlich*, HRRS 2005, 10 ff. („[E]ine Anerkennung dieses Instituts in engen Grenzen [ist] kein Grund [...], das drohende Ende eines rechtsstaatlichen Strafverfahrens anzumahnen.“; krit. allerdings *Bünger*, NStZ 2006, 305 ff.; *Duttge*, JZ 2005, 1012 ff.; *Ventzke*, HRRS 2005, 233 ff. zu BGH NJW 2005, 2466.

²¹ Dies gilt um so mehr, wenn der Senat das Argument „drohender Missbrauch eines Missbrauchsverbots“ mit dem Attribut „dogmatisch ohnehin wenig gewichtig“ versieht – dass dann die stärker dogmatisch fundierten Gegenargumente nicht einmal angesprochen werden, erstaunt doch etwas.

²² Vgl. nochmals BayObLG NStZ 2004, 647 = HRRS 2005, 7 f.

²³ Vgl. nur *Jahn* (Fn. 11), S. 50 m.w.N.; *Spiekermann* (Fn. 3), S. 22 ff., 140.

²⁴ Vgl. bereits die Darstellung bei *Jahn* (Fn. 11), S. 51 ff. (freilich selbst ablehnend) sowie zur Begründung näher *Kudlich* (Fn. 8), S. 113 ff., 249 ff., 366 ff. und *Fahl* (Fn. 2), S. 117 ff., 124 ff.

bb) Ebenfalls kein ernsthafter Einwand gegen ein ungeschriebenes Missbrauchsverbot können die mögliche Schwierigkeit beim Nachweis eines (soweit zutreffend²⁵ gefordert) subjektiven Missbrauchselements²⁶ sowie die weiteren Schwierigkeiten bei der Anwendung eines solchen Verbotes²⁷ sein. Denn ein solcher Nachweis muss (dort sogar im Strengbeweisverfahren) von den Strafgerichten auch hinsichtlich subjektiver Tatbestandsmerkmale einzelner Tatbestandsmerkmale getroffen werden, deren Vorliegen sich im Einzelfall deutlich schwerer beurteilen lassen mag, da das Verhalten des Täters, dem ein entsprechender subjektiver Befund zugeschrieben werden soll, weit weniger unmittelbar miterlebt wird.

Auch die Tatsache, dass zumindest regelmäßig²⁸ mit dem Prozessgericht dieselbe Instanz über das Vorliegen des Missbrauchs (vorläufig²⁹) entscheidet, die von dem Verhalten „negativ betroffen“ ist,³⁰ sollte letztlich nicht entscheidend gegen die Möglichkeit einer innerprozessualen Missbrauchsreaktion sprechen. Auf den ersten Blick scheint man es sich zwar zu einfach zu machen, wenn man nur die Frage stellt, wer denn sonst (wenn nicht das Tatgericht) zuständig sein sollte. Aber völlig außer Acht gelassen werden darf die praktische Umsetzbarkeit des Entscheidungsvorgangs über den Verfahrensablauf gewiss ebenso wenig. Und ein näheres Nachdenken zeigt, dass es sich insoweit um kein Sonderproblem etwaiger Missbrauchsreaktionen handelt, sondern dass ja auch die Zuständigkeit der Verhandlungsführung im Übrigen (die für den Angeklagten ebenfalls unerfreulich verlaufen kann) beim Vorsitzenden bzw. (über den Zwischenrechtsbehelf des § 238 II StPO) beim Tatgericht liegt – und dabei über § 305 StPO ebenfalls einer Überprüfung außerhalb des Angriffs des Urteils durch die Revision entzogen ist. Zuletzt sei darauf hingewiesen, dass interessanterweise gerade bei der Behandlung von Ablehnungsanträgen nach § 26a StPO, der sich jedenfalls in seiner Nummer 3 als Ausprägung des Missbrauchsverbots darstellt, der Gesetzgeber dem unmittelbar betroffenen Richter abweichend von allgemeinen Regeln im Richterablenkungsrecht eine Mitentscheidung zugesteht.³¹

²⁵ Vgl. dafür auch bereits *Kudlich* (Fn. 8), S. 39, 97 ff., 266 f.

²⁶ Vgl. dazu *Spiekermann* (Fn. 3), S. 142 sowie – freilich in etwas anderem Kontext – *Jahn* (Fn. 11), S. 266.

²⁷ Vgl. dazu *Spiekermann* (Fn. 3), S. 145.

²⁸ Auch insoweit liegt vorliegend eine Ausnahmekonstellation vor.

²⁹ Wenn eine ausgesprochene Missbrauchsreaktion auf den Verfahrensausgang irgendeine Auswirkung haben kann, wird sie immer denkbarer Gegenstand einer Verfahrensrüge sein, über deren Begründetheit dann letztlich das Revisionsgericht zu entscheiden hat.

³⁰ Zutreffend hervorgehoben von *Jahn* (Fn. 11), S. 269 ff., der insoweit auch auf § 27 StPO hinweist.

³¹ Zuzugestehen ist dabei zwar, dass die jüngere Rechtsprechung die Anwendung der Norm auf „Formalentscheidungen“ reduziert, die in ihrer Komplexität kaum mit dem Missbrauchsproblem zu vergleichen sind; allerdings gilt dies vorrangig für Tendenzen einer erweiterten Anwendung des § 26a I Nr. 2 StPO, während in Nr. 3 das Gesetz selbst Fallgruppen benennt, die mit ähnliche Wertungen verlangen wie das Missbrauchsverbot.

cc) Vergleichsweise einfach widerlegen lässt sich schließlich das *argumentum e contrario* zu explizit niedergeschriebenen Missbrauchsregelungen in der StPO, das einen ergänzenden Rückgriff auf ein allgemeines Prinzip sperren soll.³² Denn gleichsam spiegelbildlich zur o.g. Kritik an der apodiktischen „Ableitung“ eines allgemeinen Prinzips aus den Einzelausprägungen durch den BGH gilt natürlich auch umgekehrt, dass die bloße Behauptung eines Gegenschlusses (statt eines analogischen Schlusses) letztlich eine bloße *petitio principii* ist: Dass es sich gerade um eine „abschließende“ Regelung handelt, müsste näher belegt werden, was in diesem Zusammenhang regelmäßig nicht erfolgt, und wenn man der Frage nachzugehen versucht, sprechen sogar die besseren Gründe *dagegen*.³³

b) Größere Schwierigkeiten machen zwei andere Einwände: Zum einen die Schwierigkeit der Bestimmung der „Dysfunktionalität“ mit Blick auf die durchaus heterogenen Zwecke, die mit dem Strafverfahren verfolgt werden und über die zudem im Detail und in der Rangfolge auch keineswegs Einigkeit besteht.³⁴ Zum anderen und vor allem die verfassungsrechtliche Zulässigkeit derartiger Missbrauchsreaktionen mit Blick auf den Vorbehalt des Gesetzes.³⁵

aa) Hinsichtlich der Zweckfrage ist zunächst zuzugestehen, dass sich der Zweck des Strafverfahren(srechts) weder stets explizit aus dem Normtext ergibt noch unbestritten wäre. Allerdings ist es dem Richter auch sonst keine fremde (um nicht zu sagen: seine typische) Aufgabe, diesen Zweck zu ermitteln.³⁶ Berücksichtigt man ferner, dass angesichts der teilweise widerstreitenden Ziele des Strafverfahrens (exemplarisch nur: Rechtsfrie-

³² Vgl. dazu *Jahn* (Fn. 11), S. 268; *Spiekermann* (Fn. 3), S. 144. Etwas anders – nicht methodisch mittels Gegenschlusses argumentierend, sondern unter Einbeziehung weiterer Maßnahmen, insbesondere der Strafdrohung des § 258 StGB und der Verhandlungsleitung des § 238 StPO ein Bedürfnis für weitere Missbrauchsreaktionen weitgehend bestreitend – *Abdallah* (Fn. 3), S. 147 ff., 205 ff.

³³ Vgl. *Kudlich* (Fn. 8), S. 42 ff., 77 ff., sowie dann zu einzelnen Fallgruppen S. 281, 293 f., 302, 317 f. Betont sei insoweit noch einmal: Die Tatsache, dass wohl keine abschließenden Ausprägungen vorliegen, lässt ein allgemeines Missbrauchsverbot nur grundsätzlich einmal zu – ob es tatsächlich besteht, ist damit noch nicht gesagt.

³⁴ *Jahn* (Fn. 11), S. 51 ff., 266 ff.; *Abdallah* (Fn. 3), S. 90 ff.

³⁵ Vgl. *Jahn* (Fn. 11), S. 268, der zu Recht auch die Frage nach einer etwa erforderlichen Diskontinuität in der Rechtsprechung des BGH gegenüber den Äußerungen des RG nach Inkrafttreten des GG aufwirft; *Spiekermann* (Fn. 3), S. 139 (freilich mit einer mir wenig einsichtigen Differenzierung auf S. 139, dort bei Fußnote 37); in diesem Kontext weniger klar trotz des das Verfassungsrecht besonders betonenden Untertitels seiner Arbeit *Abdallah* (Fn. 3), passim.

³⁶ Ähnlich im Übrigen, wie er bei realistischer Einschätzung vom Bindungspotential eines Gesetzestextes seine Entscheidungsnorm ohnehin nie als im Normtext „Vorvollzogenes“ im Wege eines Erkenntnisaktes nur nachvollziehen kann, sondern unter Berücksichtigung des selben seine Entscheidung selbst treffen muss, vgl. nur *Christensen/Kudlich* (Fn. 6), passim, insb. S. 176 ff.

den vs. Einzelfallgerechtigkeit) nicht von „dem“ Ziel des Strafverfahrens, sondern immer nur von einer Vielfalt von Zielen (einschließlich auftretender Zielkonflikte und abgestufter „Zwischenziele“) gesprochen werden kann³⁷ und dass deswegen für das Zweckwidrigkeitsurteil jeweils auf die konkrete Verfahrensbefugnis und ihren Regelungskontext abgestellt werden muss, lichtet sich der Nebel weiter: Der Richter muss also nicht mehr und nicht weniger tun als festzustellen, welche Zwecke mit einer bestimmten Regelung bzw. einer prozessualen Befugnis erreicht werden sollen und ob sich im konkreten prozessualen Verhalten „nur“ die Folgen widerspiegeln, die mit der Einräumung dieser Befugnis zwangsläufig verbunden sind, oder aber ob das handelnde Prozesssubjekt es allein auf diese Folgen „anlegt“, ohne den ursprünglich mit der Befugniseinräumung verbundenen Zweck zu verfolgen.

bb) Die schwierigste Frage ist deshalb die verfassungsrechtliche Zulässigkeit einer ungeschriebenen Missbrauchsreaktion.³⁸ Prozessuale Befugnisse sind regelmäßig Ausprägungen grundrechtlicher Garantien (etwa aus den Art. 19 IV, 101, 103 GG). Wenn in diese eingegriffen wird, so bedarf es dafür im Ausgangspunkt wegen des Grundsatzes vom Vorbehalt des Gesetzes (welcher in seiner allgemeinen Form selbstverständlich auch im Strafverfahrensrecht gilt³⁹) einer gesetzlichen Grundlage. Die strikte Annahme, ein ungeschriebenes Missbrauchsverbot lasse sich damit nicht vereinbaren, ist jedenfalls nicht ohne weiteres von der Hand zu weisen; dann freilich muss man auch die Konsequenz einer *keinerlei Missbrauchskontrolle unterworfenen Befugnisausübung* (welche – als zugegebenermaßen eher theoretisches, aber vielleicht anschauliches Beispiel – auch den Fall decken würde, dass der Angeklagte im Rahmen seines letzten Wortes u.a. die Heilige Schrift komplett vorzulesen denkt) zu tragen bereit sein.⁴⁰

Nicht nur wegen des (in dieser Konsequenz auch kaum einmal als wünschenswert postulierten) Ergebnisses, sondern auch mit Blick auf die üblichen methodischen Standards ist freilich ein so puristischer Standpunkt nicht zwingend geboten: Unabhängig davon, ob eher als „gesetzübersteigende Rechtsanwendung extra legem, sed intra ius“, als „teleologische Reduktion“ oder noch als „teleologische Auslegung“ (bzw. je nach konkretem Fall unterschiedlich) bezeichnet, wird auch sonst im Strafprozessrecht nicht jedes restriktive Verständnis prozessualer Befugnisse als Verletzung des Gesetzesvorbehalts

³⁷ Ausführlicher *Kudlich* (Fn. 8), S. 333 ff.

³⁸ Vgl. zum Folgenden auch näher *Kudlich* (Fn. 8), S. 116 ff.

³⁹ Dagegen ist nach h.M. der spezielle Gesetzesvorbehalt des Art. 103 II GG jedenfalls nicht generell im Strafverfahrensrecht einschlägig, vgl. näher m.w.N. zur Diskussion *Kudlich* (Fn. 8), S. 133 ff.

⁴⁰ Inkonsequent wäre es dagegen – wie in der Literatur zum Teil vorgeschlagen –, eine Missbrauchskontrolle dann durch die entsprechende Anwendung von § 34 StGB oder eine erweiternde Anwendung des § 238 StPO ermöglichen zu wollen. Einem wahrhaft puristischen Verständnis eines prozessualen Gesetzesvorbehalts könnten diese Grundlagen nicht genügen.

gebrandmarkt.⁴¹ Dies ist vielfach schon deswegen auch verständlich und zutreffend, weil die gesetzlichen Regeln so eindeutig gar nicht sind, sondern auch ungeschriebene Strafprozessdogmatik beinhalten (etwa zum Beweisantragsrecht, aber auch zu Wirkkategorien wie der „Zulässigkeit“). Hinzu kommt, dass es bei den prozessualen Befugnissen (anders als etwa im ebenfalls sehr grundrechtsrelevanten Bereich der Zwangsmaßnahmen im Ermittlungsverfahren) nicht um den Eingriff in bereits vor dem Strafverfahren existente und mehr oder weniger klar konturierte Rechtspositionen (z.B. Eigentum, Wohnung etc.) geht, sondern dass die naturgemäß überhaupt erst durch die konkrete Verfahrensgestaltung exakt gezogenen Grenzen von Verfahrensgarantien in Frage stehen. Ungeachtet selbstverständlich zu beachtender (in den Missbrauchsfällen aber nicht ernsthaft in Frage stehender!) Minimalstandards handelt es sich also vielfach um Garantien, auf die das Bild „normgeprägter“ – und man könnte hier sogar noch schärfer sagen: zusätzlich „verfahrensgeprägter“ – Grundrechte passt.

III. Damit ist allerdings noch nicht entschieden, dass der Senat im konkreten Fall zu Recht auf das allgemeine Missbrauchsverbot abstellt. Zwar ist – im Ergebnis in Übereinstimmung mit dem BGH – ein solches tatsächlich anzuerkennen. Die allgemeinen Überlegungen dazu haben aber verdeutlicht, dass seine Voraussetzungen im Einzelfall sehr genau geprüft und in der Entscheidungsbegründung dargelegt werden müssen: Einer genauen Erörterung bedürfen zumindest⁴² die Fragen nach

- dem (tatsächlichen) Zweck der angeblich missbrauchten Vorschrift,
- der Nichtverfolgung dieses Zwecks sowie nach
- einer Beeinträchtigung des Verfahrens durch das prozessuale Handeln in einer Weise, die mit der Einräumung der Befugnis als solchen nicht mehr oder weniger notwendig verbunden ist.

1. Hält man sich dies in einem ersten Schritt nur einmal ganz grob vor Augen, so scheint sich Folgendes zu ergeben:

Der Zweck der hier in Rede stehenden – nur in ihrem Zusammenspiel angemessen zu beurteilenden – Befugnisse bzw. Vorschriften liegt darin, dass der beschwerte Verfahrensbeteiligte ein Urteil durch das Revisionsgericht mit dem Ziel der Aufhebung überprüfen lassen kann und dass er sich dabei im Rahmen des Beweises von Verfahrensfehlern grundsätzlich auf das (mit Beweiskraft ausgestattete, vgl. § 274 StPO) Hauptverhandlungsprotokoll berufen kann.

⁴¹ Das gilt selbst in Fällen, in denen in der Sache das restriktive Verständnis durchaus umstritten ist. Exemplarisch: Das mögliche Entfallen des Rechtsschutzbedürfnisses in Fällen prozessualer Überholung; Beschränkungen der absoluten Revisionsgründe auf bestimmte Fälle aus dem vom Wortlaut theoretisch erfassbaren Anwendungsbereich (z.B. unzulässige Erweiterungen der Öffentlichkeit).

⁴² Ferner wäre darzulegen, dass bei der Missbrauchsreaktion auch der Grundsatz der Verhältnismäßigkeit gewahrt wird, vgl. *Kudlich* (Fn. 8), S. 163.

Genau diese Zwecke – nämlich Überprüfung und Aufhebung des Urteils und Beweis eines behaupteten Verfahrensfehlers – werden durch das prozessuale Verhalten vorliegend verfolgt.

Die Beeinträchtigung des Verfahrens in Gestalt einer „Verlängerung“ bei einem erfolgreichen Rechtsmittel ist durch das Rechtsmittelrecht als solches sicher eingeplant; auch dass Rechtsmittel erfolgreich sein können, obwohl sich bei einem späteren Urteil in der Sache nichts ändert, sind – jedenfalls bei den hier ja betroffenen, § 338 Nr. 5 StPO – absoluten Revisionsgründen ebenfalls systemimmanent angelegt; und dass schließlich die Statuierung einer nur schwer widerlegbaren formellen, positiven wie negativen Beweiskraft ein Beweis für materiell unwahre Vorgänge bestehen kann, liegt ebenfalls in der Natur der Sache und ist damit institutionell verankert.

Beschränkt man sich auf diese Betrachtung, scheint alles dafür zu sprechen, dass der Senat zu Unrecht auf das allgemeine Missbrauchsverbot abgestellt hat. Als wesentlichen Unterschied etwa zu den bekannten Fällen eines Missbrauchs des Beweisantrags- oder Fragerechts könnte man dies auch leicht damit erklären, dass in diesen Fällen nicht die „eigentlichen“ (Teilhabe an der Wahrheitsfindung), sondern verfahrensfremde (bloße [!] Verfahrensverzögerung) Ziele verfolgt werden, während vorliegend gerade diese „eigentlichen“ Ziele in Gestalt der Urteilsanfechtung und der Beweisführung mit dem Protokoll angestrebt werden.

2a) Argumentativ hier stehen zu bleiben, hieße aber wohl, es sich zu leicht zu machen und der ausführlichen Argumentation des Senats auch nicht gerecht zu werden. Dieser stellt nämlich vorrangig und in mehreren „Begründungsschleifen“ darauf ab,⁴³ dass es sich eben gerade um eine bewusst unwahre Rüge handelt. Dies sei beachtlich, weil

- die Möglichkeit der Verfahrensrüge und damit auch § 274 StPO nur der Korrektur *tatsächlich* geschehener Verfahrensfehler diene,
- die Beweisregel des § 274 StPO keine eigene „prozessuale Wahrheit“ schaffe, sondern nur den Beweis regele, d.h. die Beweisbarkeit einer Behauptung nichts über deren Zulässigkeit aussage und
- § 274 StPO eben nicht die bewusst unwahre Rüge „institutionell einplane“.

Auf das bloße Abzielen auf „objektiv unwahre“ Ergebnisse kann es dabei freilich nicht entscheidend ankommen. Das zeigt etwa ein Vergleich mit dem – in der Missbrauchsdiskussion bisher eine dominierende Rolle spielenden – Beweisantragsrecht. Es dürfte unstrittig sein, dass grundsätzlich ein Beweisantrag gestellt werden darf, dessen Ergebnis die Anklage erschüttert, obwohl

⁴³ Die Überlegungen des Senats zu praktischen Schwierigkeiten, zur Umgehbarkeit sowie zum Kräfteverhältnis zwischen Gericht und Verteidigung seien hier außer Betracht gelassen.

diese im Ergebnis „objektiv“ zutreffend ist;⁴⁴ wenn dies selbst für eine Befugnis gilt, die genuin der Teilhabe an der prozessualen Wahrheitsfindung dient, muss dies erst Recht für die Rechte im Zusammenhang mit dem Angriff auf ein Urteil in der Revision gelten.

b) Indes mag man gegen diesen Vergleich einwenden, dass dem Verteidiger nach ganz herrschender Auffassung durchaus untersagt ist zu lügen.⁴⁵ Insoweit könnte man die von der Angabe des Beweismittels zu unterscheidende *Behauptung* des Verfahrensverstößes eben nicht nur mit Blick auf das spätere „objektiv unwahre Ergebnis“⁴⁶ (d.h. die Annahme eines Verfahrensverstößes durch das Revisionsgericht), sondern auch mit Blick auf die „auch subjektiv unwahre Aussage“⁴⁷ in den Blick nehmen. Dem entspricht auch die vom Senat zitierte verbreitete Auffassung, jenseits des Anwendungsbereichs des § 274 StPO bewusst unwahre Rügen jedenfalls als unzulässig zu behandeln.

Damit verengt sich unser Problem letztlich auf die Frage, inwieweit durch die Beweisregel des § 274 StPO zugleich ein „eigener Realitätsbegriff“⁴⁸ für das Revisionsrecht geschaffen wird oder – mit dem Senat – die strikte Trennung zwischen tatsächlicher bzw. behaupteter Wahrheit und ihrer Beweisbarkeit aufrecht erhalten werden muss. Nun ist dem Senat sicher darin zuzustimmen, dass Behauptung nicht durch ihre prozessuale Beweisbarkeit „wahr“ wird und dass deshalb aus der Beweisbarkeit nicht *zwingend* auch die Zulässigkeit einer (materiell unwahren) Behauptung folgt. Umgekehrt ist damit aber auch noch nicht ausgemacht, dass wegen der *Möglichkeit einer gedanklichen Trennung* von „Wahrheit“, „Behauptbarkeit“ und „Beweisbarkeit“ Letzteres *strafprozessrechtlich* keinesfalls auf die ersten beiden Kategorien zurückwirken würde. Vielmehr spricht wohl mehr gegen diese strikte Trennung.

c) Dies beginnt damit, dass feste Beweisregeln (wie § 274 StPO im Grundsatz eine ist) allgemein zu einer Stärkung der formellen Bewertung führt.⁴⁹ Es geht eben nicht nur um die „übliche Beweisbarkeit“: Nach allge-

⁴⁴ Also exemplarisch: Ein Beweisantrag, der auf die generelle Unzuverlässigkeit eines im konkreten Fall den Angeklagten zu Recht belastenden Zeugen mit der Folge abzielt, dass das Gericht diesem Zeugen keinen Glauben schenkt; vgl. auch Widmaier-Müller, MAH Strafverteidigung, 2006, § 55 Rn. 20 sowie bereits Kudlich, HRRS 2005, 10 (14).

⁴⁵ Vgl. nur ausführlich KK/StPO-Laufhütte, 5. Aufl. (2003), Vor § 137, Rn. 7; Meyer-Göfner, 49. Auflage (2006), Vor § 137, Rn. 2 mit zahlreichen w.N.; nur im Hinblick auf die bewusste Verbreitung von Unwahrheit hingegen Lüderssen-LR/StPO, 25. Aufl. (Stand März 2002); Vor § 137, Rn. 1170. Näher zur Wahrheitspflicht allgemein Widmaier-Müller (Fn. 44), § 55 Rn. 18 ff. Zu den Grenzen im Beweisantragsrecht auch Herdegen, NSStZ 2000, 1, 3

⁴⁶ Als Pendant zur Beweiswürdigung auf Grund eines Beweisantrags der in Fn. 41 genannten Art.

⁴⁷ Als Pendant zur Lüge eines Verteidigers während der Hauptverhandlung.

⁴⁸ Vgl. – noch vor der hier besprochenen Entscheidung des BGH – Widmaier-Müller (Fn. 44), § 55 Rn. 34.

⁴⁹ In diesem Sinne wohl auch Jahn, JuS 2007, 91, 92.

meinen Regeln „beweisbar“ ist auch eine Behauptung, für die nur ein diese Behauptung betuernder Zeuge benannt werden kann. Bestätigt dieser die Behauptung, sagt dies aber noch nichts darüber aus, ob das Gericht ihm Glauben schenken wird. Dagegen steht die „Glaubwürdigkeit“ des Hauptverhandlungsprotokolls, abgesehen von den Fällen einer Berichtigung, einer Fälschung oder einer ausnahmsweisen Durchbrechung der Beweiskraft (Widersprüche etc.), an sich gerade nicht zur Disposition des Gerichts.⁵⁰

Dass eine formelle Bewertung auch i.S. eines „eigenen Realitätsbegriffs“ trotz des Grundsatzes der materiellen Wahrheit im Strafverfahren jedenfalls für die Revision durchaus kein Fremdkörper ist, lässt sich zwanglos an anderen Konstellationen zeigen: So kann sich etwa ein Angeklagter bei einer für ihn zu Unrecht günstigen Sachverhaltsfeststellung mit gleichzeitig rechtsfehlerhaften Ausführungen zu seiner Strafbarkeit bei seiner Revision ohne weiteres auf die Erhebung der Sachrüge beschränken, die dann möglicherweise *auf der Grundlage der fehlerhaften Feststellungen* einen ungerechtfertigten Freispruch zur Folge hat. Noch deutlicher wird dies, wenn der Revisionsführer sich bei einer ihn fehlerhaft „begünstigenden“ Feststellung und einem fehlerhaft unvollständigen Schuldspruch auf einen Angriff der zu strengen Strafzumessung beschränkt. Auch hier müsste das Revisionsgericht (mittlerweile freilich auf Grund von § 354 Ia StPO und dessen unangemessen weiter Anwendung durch die Rechtsprechung⁵¹ nur noch in stark eingeschränktem Umfang) trotz eines bewussten Ausnutzens fehlerhafter Grundlagen für diese Strafzumessung der Rüge zum Erfolg verhelfen. Auf die Idee eines „Missbrauchs des Eintretenlassens der horizontalen Teilrechtskraft“ käme ernstlich niemand, obwohl die Auswirkungen – Erfordernis eines Freispruchs bzw. der Aufhebung des Strafausspruchs – in gewisser Weise sogar noch weiter gehen, als wenn die Feststellungen aufgehoben werden und bei einer neuen Verhandlung in der Sache ein mehr oder weniger identisches Ergebnis herauskommt.

Schließlich steht der Annahme einer „eigenen Revisionsrealität“, die durch die Anträge und die zum Beweis der Anträge zugelassenen Beweismittel geprägt wird, auch die grundsätzliche Wahrheitspflicht des Verteidigers nicht notwendig entgegen: So ist bereits die im Gesetz

⁵⁰ Insofern hat die Argumentation (jedenfalls gemessen am üblichen Verständnis der Beweiskraft des Protokolls) durchaus etwas Zirkuläres, wenn eine Berufung auf das Protokoll deswegen als missbräuchlich angesehen wird, weil das Revisionsgericht außerhalb der bislang anerkannten Fallgruppen dem Inhalt des Protokolls keinen Glauben schenken will.

⁵¹ Vgl. dazu kritisch *Jahn/Kudlich*, NSStZ 2006, 340 ff.

nirgends explizit statuierte Wahrheitspflicht keinesfalls deutlicher ausgeprägt als der durch § 274 StPO zumindest auf den ersten Blick entstehende Anschein einer „formellen Revisionswahrheit“, so dass insoweit kein Vorrang feststellbar ist. Ferner kann die aus Ermittlungs- und Hauptverfahren bekannte Wahrheitspflicht kaum eins zu eins auf das Revisionsvorbringen übertragen werden, da es nicht mehr um die *Rekonstruktion* der dem Beschuldigten *vorgeworfenen Tat*, sondern um die *Überprüfung des Urteils* geht.

3. Aus all dem ergibt sich: Eine klare Zweckbestimmung dahingehend, dass § 274 StPO nur Beweiskraft hinsichtlich tatsächlich stattgefundener oder solcher unrichtig protokollierter Vorgänge entfaltet, die ohne Kenntnis der Unrichtigkeit gerügt werden, kann nicht begründet werden. Vielmehr sprechen gerade die strenge Formalisierung des Beweisrechts hinsichtlich der Geschehnisse in der Hauptverhandlung sowie die auch sonst in der Revision erfolgende „Schaffung einer eigenen prozessualen Wirklichkeit“ dafür, dass § 274 StPO in der Tat die Möglichkeit unrichtiger Rügen auf jeden Fall und wohl auch die Möglichkeit bewusst unwahrer Protokollrügen institutionell „mit einplant“. Berücksichtigt man ferner, dass der Revisionsführer mit seiner Verfahrensrüge und der Beweisführung mittels des Protokolls sowohl die Prozessbefugnis der Rechtsmitteleinlegung als auch das Institut der Beweiskraft des Protokolls zu den Zwecken gebraucht, zu denen sie geschaffen sind, fällt die Annahme eines Missbrauchs i.S. einer so evidenten Zweckwidrigkeit schwer, dass von der gesetzlichen Regelanordnung ausnahmsweise abgewichen werden muss.

4. Abschließend muss man sich freilich eines vergegenwärtigen: Dass die Konsequenz einer Aufhebung des Urteils mit den Feststellungen im folgenden Fall angesichts des umfangreichen Verfahrens und der scheinbar glasklaren Ergebnisse im Rahmen der eingeholten Stellungnahmen dem Senat mehr als misslich vorkommen musste, ist unschwer nachvollziehbar. Und auch wenn man eine Lösung über ein ungeschriebenes Missbrauchsverbot (jedenfalls auf dem Boden der gegenwärtigen Missbrauchsdogmatik) bezweifeln muss, „drohen“ als alternative Lösungsmöglichkeiten – *de lege lata et ferenda* – die Rügeverkümmern durch Protokollberichtigung, ein generelles Zurückstutzen der (das Problem der unwahren Rüge ja erst in voller Schärfe zutage treten lassenden) absoluten Revisionsgründe oder aber eine generelle Aufweichung der Beweiskraft des Protokolls. Wahrscheinlich würden der Verteidigung mit all diesen Möglichkeiten Steine statt Brot gegeben.

Betrug durch den Abschluss manipulierter Fußballwetten: Das Hoyzer-Urteil als Sündenfall der Ausdehnung des Betrugstatbestandes?

Anmerkung zu BGH 5 StR 181/06, Urteil vom 15. Dezember 2006 = HRRS 2007 Nr. 1.

Von **Karsten Gaede**, Bucerius Law School (Hamburg)*.

Als „Fall Hoyzer“ wird das Hauptstrafverfahren um die manipulierten Fußballwetten typisch bezeichnet, unter das der BGH mit seinem Urteil einen Schlusstrich gezogen hat. Nun ist das Urteil verfügbar und damit die Bestätigung der Verurteilung der Angeklagten wegen Betruges bzw. wegen Beihilfe zum Betrug im Detail nachzulesen. Auf insgesamt 28 Umdruckseiten befasst sich der 5. Strafsenat eingehend mit den Tatbestandsmerkmalen des Betruges, aber auch mit der gebotenen Strafzumessung.

Absehbar ist dieses Urteil für die Anwendung des Betruges nicht nur bei Sportwetten höchst bedeutsam. Es stellt eine strafrechtliche Pflichtlektüre dar. In der NJW wurde das mit dem Urteil bestätigte Verfahren indes schon dahingehend kritisiert, es hinterlasse „einen Faden Beigeschmack“. ¹ Auch der Vertreter der Bundesanwaltschaft hatte zugunsten der Angeklagten Freispruch gefordert. Man stellt sich so die Frage, ob der BGH hier den Betrug überstrapaziert haben mag, der möglicherweise erhalten musste, um verbreitete Strafwürdigkeitsintuitionen zu befriedigen und die etwa vom DFB energisch bekämpfte Straflosigkeit der Manipulationen zu vermeiden. So lädt das Urteil zu ersten Anmerkungen ein, welche die umfassende dogmatische Aufarbeitung noch nicht ersetzen, ² wohl aber der Frage nachgehen, ob hier auch *rechtlich* ein „Fall Hoyzer“ geschaffen wurde, um die empörte Öffentlichkeit strafrechtlich zu besänftigen.

I. Ob die vom BGH bejahte konkludente Täuschung durch den Wettabschluss im Wissen um die bevorstehende Manipulation vorlag, war eine der zentralen Fragen dieses Falles. Auch die Bundesanwaltschaft sah die Tat gerade hier nicht belegt. Bei aller berechtigten Vorsicht vor fiktiv unterstelltem konkludenten Verhalten ³ verdient die Auffassung des BGH doch alle Zustimmung, zumal

* Für eine kritische Durchsicht, die für diesen Beitrag auch inhaltlich sehr wertvoll gewesen ist, dankt der Verfasser ganz herzlich Herrn *Tilo Mühlbauer*, Dresden.

¹ Vgl. so *Meyer-Lohkamp* NJW-Editorial Heft 52/2006.

² Viele (Detail-)Fragen auch prozessualer Natur bleiben folglich außer Betracht. So ist die verfassungsrechtlich hoch problematische Anwendung des § 354 Ia StPO ebenso erörterungswürdig wie es materiellrechtlich zum Beispiel der vom BGH implizit bejahte Vermögensschutz für rechtlich nicht anerkanntes Vermögen wäre, vgl. im Urteil II. 2. d und im Überblick *Tröndle/Fischer*, StGB, 54. Aufl. (2007), § 263 Rn. 64 ff.

³ Vgl. aus dem Urteil etwa krit. *Schlösser* NStZ 2005, 423, 425 f.; *Schild* ZfWG 2006, 213, 215 ff.

sie nicht neu ist, sondern an BGHSt 29, 165 ff. anzuknüpfen vermochte. Wie der BGH insbesondere im Anschluss an *Fischer*⁴ aufzeigt, lässt sich der tatsächliche Bedeutungsgehalt einer Kommunikation nicht losgelöst vom Empfängerhorizont des Erklärungsempfängers bestimmen, der insbesondere über die legitimen Rechtserwartungen der Beteiligten mitgeformt wird. So geschieht es, dass man *zur Feststellung* der konkludenten Täuschung und damit einer Tatfrage⁵ auch auf rechtliche Wertungen zurückgreifen darf und muss, welche den Erklärungswert eines tatsächlichen Verhaltens mindestens bei dem hier vorliegenden rechtsgeschäftlichen Handeln dominierend mitbestimmen. Beim Geschäftstyp der Wette überzeugt es vor diesem Hintergrund, einem Antrag zum Abschluss eines Vertrages (wie auch seiner Annahme!) nach dem objektiven Empfängerhorizont⁶ prinzipiell die Erklärung zu entnehmen, dass der Vertragsgegenstand nicht manipuliert werde (wurde).

Soweit dies die Bedeutung strafrechtlicher Garantstellungen minimiert, folgt daraus nur scheinbar ein Gegenargument.⁷ Tatsächlich wird die strafrechtliche Dogmatik hinnehmen müssen, dass der Rechtsverkehr den Aussagegehalt einer tatsächlichen Erklärung stets normativ über die Auslegung gewinnt.⁸ Ausgesprochene Selbstverständlichkeiten sind so rationell der konkludenten Erklärung zugewiesen, weil man diese zwar verbindlich voraussetzt und so erwartet, nicht aber zwingend auch explizit ausspricht. Man kann nicht gleichsam fordern, die rechtsgeschäftliche Kommunikation habe sich zu beschränken, um dem Betrug durch Unterlassen einen bestimmten Anwendungsraum bzw. seiner Dogmatik ein breites Entscheidungsfeld zu lassen. Die oft kritisch wahrgenommene Nähe zwischen der Täuschung durch konkludentes Tun und der Täuschung durch Unterlassen wird insoweit heute nicht zufällig oft damit erklärt, dass die stillschweigende Miterklärung gerade entsteht, weil der Erklärungsempfänger eine Richtigstellung des Erklä-

⁴ Vgl. *Tröndle/Fischer* (Fn. 2), § 263 Rn. 12; siehe auch *MüKo-Hefendehl*, Bd. 4 (2006), § 263 Rn. 113, 88; schlichter Auslegungsbedarf; *Schönke/Schröder-Cramer/Perron*, StGB, 27. Aufl. (2006), § 263 Rn. 14/15, 16e. Zum Wettvertrag auch z.B. schon m.w.N. *Pawlik*, Das unerlaubte Verhalten beim Betrug (1999), S. 170 f. und die Lehre von *LK-Lackner*, StGB, 10. Aufl. (1988), § 263 Rn. 28 ff. und 43.

⁵ Siehe *NK-Kindhäuser*, StGB, 2. Aufl., § 263 Rn. 124; auch m.w.N. zu anderen Ansichten *SK-Hoyer*, StGB, 7. Aufl. (2004), § 263 Rn. 30 ff. Vgl. auch Fn. 6 und 8.

⁶ Vgl. *Palandt/Heinrichs*, BGB, 66. Aufl. (2007), § 133 Rn. 7, 9; *Bork*, AT BGB, 2. Aufl. (2006), Rn. 527 ff.

⁷ Vgl. aber krit. *Schlösser* NStZ 2005, 423, 426 f.; *Schild* ZfWG 2006, 213, 216.

⁸ Vgl. *Palandt/Heinrichs* (Fn. 6), § 133 Rn. 5, 7, 29: *normative* Auslegung nach Feststellung des Erklärungsaktes; *Bork*, AT BGB (Fn. 6), Rn. 527 ff., 549 f.: Einbeziehung außerhalb der Erklärung liegender Umstände. Weil sich der Erklärungsgehalt äußerlich gleiches Verhalten so doch unterscheiden kann, geht die Kritik von *Schlösser* NStZ 2005, 423, 425 am BGH fehl. Vgl. auch *MüKo-Hefendehl* (Fn. 4), § 263 Rn. 88 f. Sollte den Erklärenden die normative, rechtsgeschäftliche Deutung seines Handelns tatsächlich einmal überraschen, so wäre dies strafrechtlich eine Frage des Vorsatzes.

renden für den Fall objektiv *erwarten* darf, dass er nicht auf die Miterklärung schließen soll.⁹

Richtig ist allerdings, dass die Gefahr besteht, die Feststellung der konkludenten Erklärung über den Verweis auf schlechthin und beiderseits vorausgesetzte „Geschäftsgrundlagen“ zu überdehnen, indem man annimmt, jeder für einen Vertragspartner bedenkliche bzw. unvorteilhafte Umstand werde mit erklärt. Es muss sich tatsächlich um regelmäßig mitgedachte und daher über das rechtsgeschäftliche Handeln mitzukommunizierende „Geschäftsgrundlagen“ wie das hier einschlägige Fehlen einer Manipulation des Geschäftsgegenstandes handeln. Auf Besonderheiten des konkreten Erklärungsbildes, die den angelegten Schluss hindern könnten, muss weiter geachtet werden.¹⁰ Die Überdehnungsgefahr ist aber jedenfalls bei der vorliegenden Manipulation des Geschäftsgegenstandes nicht einschlägig. Und der BGH sieht die Gefahr. So betont er, dass der Schluss auf eine konkludente Erklärung nicht schon jeder Erwartung redlichen Verhaltens entnommen werden darf. Gerade daher hält er treffend die Spätwettenentscheidung aufrecht. In ihr bestand keine schon aus dem Vertragsgegenstand bzw. aus „Geschäftsgrundlagen“ herzuleitende objektive Erwartung des Empfängers, der Antragende werde sich über seine Kenntnis vom Spielausgang erklären.¹¹ So bleibt das Fazit, dass die Täuschung mit Recht bestätigt wurde. Eine Überdehnung des Betruges zugunsten der öffentlichen Meinung ist nicht auszumachen.

II. Der BGH sah auch einen Irrtum über die Manipulationsfreiheit des Wettgegenstandes. Auch dies leitet er im Anschluss an eingeführte Dogmatik her, deren Einschränkung jedenfalls nicht aus Anlass der vorliegenden Konstellation geboten war¹²: Nach der Figur des „sachgedanklichen Mitbewusstseins“ war eine Fehlvorstellung der getäuschten Mitarbeiter über die Manipulationsfreiheit im Gegensatz zu einer mangelnden Vorstellung plausibel. Auch hier kann nicht vorschnell ein Fiktionsvorwurf erhoben werden: Dass Mitarbeiter der Wettanbieter Wetten nicht in der erwirkten Vorstellung annehmen, es handele sich bei dem gewetteten Spiel um eine für beide Seiten nicht unlauter beeinflusste Veranstaltung, die für den Wettanbieter folglich seinerseits akzeptable Gewinnchancen bietet, wäre ihrerseits eine eher

⁹ Siehe etwa *S/S-Cramer/Perron* (Fn. 4), § 263 Rn. 14/15: naturgemäße unmögliche Unterscheidung; vgl. auch *Mü-Ko-Hefendehl* (Fn. 4), § 263 Rn. 87 f. und von einer Wahrheitspflicht ausgehend *Pawlik* (Fn. 4), S. 65 ff., 97 ff.; krit. m.w.N. *Schlösser* NSStZ 2005, 423, 426.

¹⁰ Auch der BGH sieht die konkludente Erklärung daher nur „in aller Regel“ als gegeben an!

¹¹ Siehe nur BGHSt 16, 120 ff. Dabei ist anzumerken, dass die strafrechtliche Begriffsbildung mit der Bezeichnung „Geschäftsgrundlage“ (so etwa BGHSt 29, 165, 167 f.) ohne Not von der zivilrechtlichen abweicht, die den verabredeten Vertragsgegenstand und die Rechte etwa zur Vertragsabstandnahme bei Manipulationen § 313 BGB nicht unterfallen lässt, vgl. *Palandt/Heinrichs* (Fn. 6), § 313 Rn. 4.

¹² Vgl. zur Abgrenzung von Fehlvorstellung und mangelnder Vorstellung *Tröndle/Fischer* (Fn. 2), § 263 Rn. 34, treffend Rn. 35: regelmäßiger Gleichlauf der Beurteilung mit derjenigen zur konkludenten Täuschungshandlung.

fern liegende Deutung des Geschehens, denn die Manipulationsfreiheit ist dem Wettanbieter keineswegs und in der Regel auch seinen Mitarbeitern nicht egal. Freilich ist das tatsächliche Handeln des Mitarbeiters mit dem jeweiligen unrichtigen „sachgedanklichen Mitbewusstsein“ als Tatfrage auch für jeden Einzelfall festzustellen, was indes abermals kein spezielles Problem des „Hoyzer Falles“ darstellt.

III. Den Vermögensschaden sieht der BGH u.a. in einem „Quotenschaden“ begründet, der als solcher nicht genau zu beziffern sei und der im Fall einer Gewinnauszahlung durch den endgültigen Vermögensverlust konsumiert werde. Dieser „Quotenschaden“ soll nun der „schadensgleichen Vermögensgefährdung“ nur ähnlich sein. Gerade die – soweit ersichtlich – in dieser Form noch nicht da gewesene Anerkennung eines Schadens, der der „schadensgleichen Vermögensgefährdung“ ähnele und die einleitende Bemerkung des Senats, die „für übliche Austauschgeschäfte entwickelte Rechtsprechung“ zum Eingehungsbetrug“ bedürfe „der Anpassung an die Besonderheiten der hier gegenständlichen Sportwetten“, scheint die Spur zu einer Betrugsausdehnung zu legen, mit der allein der Wettskandal erfasst werden soll. Hat der BGH etwa nun „für Hoyzer“ vor dem Hintergrund einschränkender Ansätze¹³ eine dritte Form des Schadens neben dem „Normalschaden“ und der „schadensgleichen Vermögensgefährdung“ geschaffen?

Man wird dies verneinen können. Zunächst hat der BGH berechtigt keine „schadensgleiche Vermögensgefährdung“ bezüglich des Gewinns schon bei Vertragsabschluss anerkannt und damit die jüngst intensivste Forderung nach einer „konkreten Gefahr“ bestätigt. Hinsichtlich des „Quotenschadens“ hat er betont an die Prinzipien des Eingehungsbetrugs angeschlossen, die freilich seit langem – und damit unabhängig vom „Fall Hoyzer“ – schon für sich genommen eine beträchtliche Eindämmung des Versuchs zugunsten einer eher großzügigen Vollendungsbegründung bedeuten.¹⁴ Diese Prinzipien hat der BGH auf den Vertragstyp der Oddset-Sportwette konkretisierend angewendet. Der wirtschaftliche Vergleich der für eine bestimmte Quote *bezahlten* Gewinnchance und der *tatsächlich bereits erworbenen* Gewinnchance zeigt beim Austausch von Wettschein und Einsatz im Fall einer bereits vorbereiteten erheblichen Manipula-

¹³ Vgl. etwa den vom BGH abgelehnten Ansatz von *Kutznier* JZ 2006, 712, 716 ff.; vgl. auch die Stimmen, die im Ergebnis dem BGH nahe stehen, aber den Eingehungsbetrug durchweg sogleich als Fall der „schadensgleichen Vermögensgefährdung“ begreifen, was jedenfalls der BGH – wie seine jetzigen Ausführungen zeigen – tatsächlich nicht automatisch als Schadensform des Eingehungsbetruges sieht (vgl. im Kontrast aber z.B. BGHSt 45, 1, 4 f.), *Valerius* SpuRt 2005, 90, 93; *Fasten/Oppermann* JA 2006, 69, 72, 73; *Hartmann/Niehaus* JA 2006, 432, 434; vgl. auch etwa *LK-Lackner* (Fn. 4), § 263 Rn. 223, 152, 244.

¹⁴ Vgl. zum Problem etwa schon krit. *Schröder* JZ 1965, 513, 516; *LK-Lackner* (Fn. 4), § 263 Rn. 152, 223, 244; siehe aber auch *MüKo-Hefendehl* (Fn. 4), § 263 Rn. 490 f., der zwar das angelegte Gefährdungsmoment des Eingehungsbetrugs benennt (z.B. Rn. 591), aber gegen zu weitgehende Versuchslösungen eintritt.

tion in der Regel eine beträchtliche Erwerbsdifferenz zulasten des Wettanbieters auf. Diese lässt sich zwar in der Tat schon dem Gegenstand nach nicht ohne weiteres in eine konkrete Ziffer fassen, wohl aber durch Bewertungen jedenfalls nachvollziehbar (ein-) schätzen. Sie kann so auch betragsmäßig ausgewiesen werden, worauf schon für die Strafzumessung nicht zu verzichten ist. Allerdings liest man dazu im Urteil des BGH wenig, zumal kein Rückgriff auf Sachverständige erfolgte und der *objektive* Wert der manipulierten Gewinnchance auch nicht denkwürdig den Betrag des gezahlten Einsatzes erreichen muss.¹⁵ Der Ansatz des BGH ist so als Ausdifferenzierung des Eingehungsbetruges rechtlich grundsätzlich plausibel, für die konkreten Schuldsprüche indes im Tatsächlichen auf eine bedenklich knappe Bewertung gestützt.

Dass der BGH die „Gefährdungsähnlichkeit“ des über den Eingehungsbetrag¹⁶ begründeten „Quotenschadens“ besonders betont, erstaunt dabei eher, weil der Gefährdungsschaden die angestammte Form des über den Eingehungsbetrag begründeten Schadens sein dürfte. Allein der Wettanbieter hat in der Vertragsschlussphase die tatsächliche Leistung der Einsätze erhalten. Wenn der 5. Strafsenat nun bemerkt, der Schaden beim Wettabschluss ähnele angesichts der Bezogenheit auf das Wettisiko (= den ungewissen Spielausgang) dem heute gebilligten Gefährdungsschaden und realisiere sich endgültig erst in der Auszahlung eines Gewinns, zeigt der BGH ein allgemein im Eingehungsbetrag angelegtes¹⁷ Phänomen auf, das bei der Wette zusätzlich besonders ausgeprägt nicht aber prinzipiell neu ist: Eine juristisch schon bestehende Verbindlichkeit muss nicht stets durch ihre Erfüllung in einen tatsächlichen Vermögensverlust umschlagen. Dennoch wird ihr schlichtes Bestehen selbst bei noch bedingten¹⁸ Ansprüchen heute in der Regel bei der anzustellenden Saldierung zum Zeitpunkt des Vertragsabschlusses als schadensbegründend aufgefasst, obschon die erfolgreiche Anspruchsgeltendmachung nicht stets zu erwarten oder gar sicher sein muss.¹⁹ Sie kann *aus ver-*

¹⁵ Dazu, dass der Verkaufspreis nicht stets den objektiven Gegenwert ausmachen muss, vgl. nur BGHSt 16, 220, 224 f. Schlicht den Verkaufspreis zu nehmen und sodann die Manipulation als Wertsteigerung schlicht zu addieren, kann daher bei den Ausführungen des BGH nicht gemeint sein.

¹⁶ Es ist vielleicht auch eine Deutung nicht ausgeschlossen, dass der BGH tatsächlich einen „ersten Erfüllungsschaden“ angenommen hat, der bei der Leistung von Einsatz und Wertschein (= erhöhte Gewinnchance) eingetreten ist. Für einen Erfüllungsschaden wäre die „Gefährdungsähnlichkeit“ tatsächlich bemerkenswert. Der BGH schließt selbst aber erklärtermaßen gerade an den Eingehungsbetrag an.

¹⁷ Vgl. auch den BGH selbst im Fall: „das mit dem Eingehungsbetrag verbundene erhöhte Verlustrisiko“.

¹⁸ Vgl. BGHSt 8, 289, 291: Schaden durch geringere Gewinnchance, auch wenn deren Realisierung stets von einer Bedingung abhing; *Fasten/Oppermann* JA 2006, 69, 72; *MüKo-Hefendehl* (Fn. 4), § 263 Rn. 392. Freilich wird auch beim Eingehungsbetrag schon heute etwa bei bestehenden Sicherungen der Schaden verneint, vgl. BGHSt 34, 199 ff.; BGH HRRS 2006 Nr. 745 m.w.N.

¹⁹ Siehe aber auch zu bereits anerkannten bzw. diskutierten Einschränkungsfällen m.w.N. *NK-Kindhäuser* (Fn. 5), § 263 Rn. 318 ff.; *Tröndle/Fischer* (Fn. 2), § 263 Rn. 102 f. Etwa die

schiedensten Gründen weniger wahrscheinlich sein, der Schaden wirtschaftlich so einer eher abstrakten Realisierungsgefahr entsprechen. Wird die Verbindlichkeit tatsächlich geltend gemacht, schlägt sich in ihrer Erfüllung eine Schadensvertiefung nieder; das mit Ansprüchen belastete Vermögen ist endgültig verloren, die eingegangene Verbindlichkeit erscheint rückblickend als konsumierter „Durchgangsschaden“. Die Wettkonstellation offenbart dies nur besonders deutlich, weil die Realisierung der Verbindlichkeit durch tatsächliche Vermögensflüsse hier noch mehr als in anderen Fällen in Frage gestellt ist, nämlich sogar noch in beträchtlichem Umfang vom Zufall abhängt.

So wird man festhalten dürfen, dass gegen die Annahme eines vollendeten Betruges im „Fall Hoyzer“ keine durchgreifenden Bedenken bestehen, soweit man den Eingehungsbetrag trotz des in ihm angelegten Gefährdungsmoments konsequent teilt. In einigen Fällen war die Schadensbegründung schließlich auch über die aus manipulierten Spielen gezogenen Gewinne möglich. Allerdings wird man hinzufügen müssen: Die Vollendung durch den „Quotenschaden“ bezieht sich nun zwar nur auf einen geringeren Schadensbetrag als ihn das Landgericht über die „schadensgleiche Vermögensgefährdung“ annahm. Sie basiert aber noch immer auf einer Begründung, die scheinbar „nicht einmal“ für eine „schadensgleiche Vermögensgefährdung“ gereicht hätte, sondern die *allein* aus dem Begriff des Eingehungsbetruges gefolgert wird, ohne sich zur Konkretheit des „Quotenschadens“ auch im Blick auf die Gesamtkalkulationen des bereits bereicherten Wettanbieters zu verhalten. Hierin deutet sich ein Wertungswiderspruch an, der die Vollendungsbegründung über den Eingehungsbetrag in Frage stellt, die offenbar leichter als diejenige über die „schadensgleiche Vermögensgefährdung“ zu haben sein soll. Das Verhältnis zwischen „schadensgleicher Vermögensgefährdung“ und Eingehungsbetrag scheint in der Rechtsprechung jedenfalls unklar zu sein bzw. klärungsbedürftig geworden zu sein.²⁰ Der „Fall Hoyzer“ hätte zudem wegen des bei der Wette noch hinzu kommenden Zufallsmoments, das die Konkretheit des Gefährdungsschadens in Frage stellt, ein treffender Anlass dafür sein können, den Eingehungsbetrag einer Prüfung auf nötige Einschränkungen zu unterziehen.²¹ Ob die Vollendungsbegründung über den Eingehungsbetrag und/bzw. die „schadensgleiche Vermögensgefährdung“²² *in ihrer heutigen Weite* zulasten eines etwaigen Versuchs Bestand

reine Anfechtbarkeit eines Vertrages begründet aber *noch* keine Einschränkung, vgl. BGHSt 21, 384 f. und m.w.N. krit. *Tröndle/Fischer* (Fn. 2), § 263 Rn. 103.

²⁰ Siehe im Kontrast zur hier vorgenommenen Ableitung allein aus dem Eingehungsbetrag etwa BGHSt 45, 1, 4 f. Dort wird auch beim Eingehungsbetrag die „schadensgleiche Vermögensgefährdung“ geprüft und konstitutiv bejaht.

²¹ Vgl. auch schon *Schröder* JZ 1965, 513, 516; *S/S-Cramer/Perron* (Fn. 4), § 263 Rn. 129/130; *SK-Hoyer* (Fn. 5), § 263 Rn. 234 f.; *Valerius* SpuRt 2005, 90, 93; siehe aber auch *MüKo-Hefendehl* (Fn. 4), § 263 Rn. 490 f.

²² Zur Kritik vgl. etwa *SK-Hoyer* (Fn. 5), § 263 Rn. 230 ff.: unumkehrbarer Vermögensverlust erforderlich; siehe auch *Tröndle/Fischer* (Fn. 2), § 263 Rn. 94 und 96: „erhebliche Ausweitung“ des Tatbestandes.

haben sollten, bleibt auch infolge der zu beobachtenden Friktionen bei der Strafzumessung²³ fraglich. Bei ihr führt man möglicherweise durch Differenzierungen oft nur wieder ein, was man dem Angeklagten schon durch die Versuchsstrafbarkeit hätte zugestehen müssen. Auch bei der Untreue hat man jüngst am Fall Kanther sehen müssen, dass die – bei § 266 StGB versuchsersetzende?²⁴ – „schadensgleiche Vermögensgefährdung“ Folgeprobleme etwa zum Vorsatz hervorruft,²⁵ die mindestens für eine Überdehnung derselben Indizien sein dürften. Sowohl die „schadensgleiche Vermögensgefährdung“ als auch der vermeintliche „gefährdungsähnliche Vermögensschaden des Eingehungsbetruges“ verdienen eine vermehrt kritische Betrachtung.

IV. Bemerkungen verdienen auch die Ausführungen des BGH zur Strafzumessung, mit denen er – nach seinen Darlegungen nicht tragend – ergänzend auch die gesellschaftlichen Gesamtfolgen des Fußballwettskandals zulasten der Angeklagten heranzieht. Auf den ersten Blick denkt man hierzu gleichsam als „billig und gerecht denkender Fußballfan“, dass der BGH das erstaunliche Manko der Landgerichtsentscheidung zutreffend korrigiert, in der – wie der BGH mitteilt – die gesamten weiteren Folgen der Taten insbesondere für den deutschen Profifußball „nicht einmal umfassend ausdrücklich bedacht“ worden sind. Liest man das Urteil in Hamburg, mag – außerhalb St. Paulis – im Einzelnen etwa der Hinweis des BGH auf die Folgen für den HSV und seinen damaligen Trainer wohl tun. Manch einer wird Genugtuung empfinden, weil die bisweilen erstaunlichen und bis auf den Betrug am Wettanbieter *gescheiterten* Versuche, alle Leidtragenden des Skandals durch die Anerkennung einer Straftat zu ihren Lasten zu befriedigen, nun durch den BGH über die Strafzumessung gleichsam zum Erfolg geführt worden sind.²⁶

Und doch löst das Erstaunen über das Landgericht die verblüffte Frage auf, wie es eigentlich kommen konnte, dass sich das Landgericht auf den Betrug konzentrierte. Die Frage lohnt und es gibt eine Antwort, welche die geschilderten Intuitionen dann doch beträchtlich auf die Probe stellt oder stellen sollte: Was haben die Erwägungen um den deutschen Profifußball eigentlich genau genommen mit der Vermögensschädigung eines Wettveranstalters zu tun, die das einzig vorgeworfene Tatunrecht ausmacht? Welcher Konnex besteht zum Beispiel zwischen enttäuschten Zuschauern und der pönalisierten Selbstschädigung des kommerziellen Wettanbieters? Nach § 46 II 2 StGB dürfen dem Angeklagten verschul-

dete Tatauswirkungen angelastet werden. Am Verschulden bestehen auch keine Zweifel. Der heutige vorherrschende Meinungsstand ist indes derjenige, dass nur solche außertatbestandlichen Tatauswirkungen Strafschärfungen nach sich ziehen dürfen, die vom Schutzzweckzusammenhang der zur Strafzumessung Anlass gebenden Tat umfasst sind.²⁷ Bedenkt man auch dies, so erscheint die Strafzumessung des BGH in einem anderen Licht: Sie wirft den Angeklagten Folgen vor, die sich mit der Vermögensstrafat gegen den Wettanbieter selbst nur kausal, nicht aber auch nach dem Schutzzweck des Betruges verbinden lassen, denn es geht nicht um ein Sonderdelikt des Sportbetruges, sondern um ein schlichtes Vermögensdelikt. Nun weiß man zwar, dass § 46 II 2 StGB keinen abschließenden Katalog an Strafzumessungstatsachen enthält. So wird auch *im Allgemeinen* die Ergänzung der benannten Strafzumessungskriterien zugelassen.²⁸ Für die verschuldeten Auswirkungen der Tat wird aber – allerdings in der Rechtsprechung nicht einheitlich²⁹ – bislang gerade die Grenze des Schutzzweckzusammenhangs gezogen.³⁰

Nimmt man dies zur Kenntnis, hat der BGH im „Fall Hoyzer“ den § 46 II StGB in jedem Falle sehr weit gehandhabt. Das ist mit der herrschenden Auffassung im Schrifttum als problematisch zu werten, denn führt man sich die Weite der heute mehrheitlich als bestimmt akzeptierten Strafraumen vor Augen (hier bei § 263 III Nr. 1 StGB: sechs Monate bis zehn Jahre Freiheitsstrafe!), macht der BGH im Grunde etwaige Sonderdelikte zum Schutz des Sports, seiner Vereine, der Zuschauer, der Verbände etc. zu einem Gutteil überflüssig: Ist irgendein Strafgesetz anwendbar, soll offenbar ein gesellschaftlich bedeutsames Geschehen nach allen Seiten auch strafschärfend gewürdigt werden dürfen, obschon vielleicht schon ein *substantiell anderer Unrechtsvorwurf* zum Ausgangspunkt genommen wird. Jedenfalls dann, wenn man tatsächlich über den offen formulierten § 46 II StGB geradezu ein weiteres, nicht positiviertes Delikt zu Strafbegründung heran zöge, wäre dies nicht hinzunehmen. Straftatbestände unterliegen *einschließlich der nach ihnen möglichen Rechtsfolgen* Art. 103 II GG; sie müssen also zur Tatzeit bestimmt geregelt worden sein.³¹ Auch über die Strafzumessung darf so nicht tatsächlich ein anderer Unrechtskern geschaffen und abgeurteilt werden, als ihn der Gesetzgeber zur Tatzeit strafrechtlich vertyppt hatte. Um diese Vorsicht systematisch wahren zu

²³ Vgl. die vom BGH in Bezug genommene Entscheidung BGH wistra 1999, 185, 187, die festhält, dass kein tatsächlicher Schaden vorhanden gewesen sei, was nicht nur eine missverständliche Formulierung sein muss.

²⁴ Vgl. krit. mit diversen Nachweisen *Saliger HRRS* 2006, 10, 12 ff.; *MüKo-Dierlamm* (Fn. 4), § 266 Rn. 186.

²⁵ Siehe BGH HRRS 2007 Nr. 2 und schon *Tröndle/Fischer* (Fn. 2), § 266 Rn. 63a.

²⁶ Vgl. nur den Überblick über diskutierte und öffentlich erwogene Strafbarkeiten bei *v. Komorowski/Bredemeier SpuRt* 2005, 181 ff.; 227 ff.; *Hartmann/Niehaus JA* 2006, 432 ff. (z.B. „Betrag zum Nachteil der [Fernseh-]Zuschauer“, „Untreue gegenüber dem DFB und den Vereinen“).

²⁷ So m.w.N. *Schäfer*, *Praxis der Strafzumessung*, 3. Aufl., Rn. 324, 326; *Tröndle/Fischer* (Fn. 2), § 46 Rn. 34; *NK-Streng* (Fn. 5), § 46 Rn. 58 m.w.N.; unklar nun aber *S/S-Stree* (Fn. 4), § 46 Rn. 18.

²⁸ Vgl. *Tröndle/Fischer* (Fn. 2), § 46 Rn. 56; *NK-Streng* (Fn. 5), § 46 Rn. 82, 92 f. m.w.N.

²⁹ Vgl. wie hier krit. auf der einen Seite BGHR StGB § 46 Abs. 2 Tatauswirkungen 6; OLG Düsseldorf StV 2001, 233; a.A. aber explizit BGH StV 2003, 442 m. Anm. *Meier*.

³⁰ So auch ausdrücklich m.w.N. zur Judikatur *Schäfer* (Fn. 27), Rn. 324, 326; *NK-Streng* (Fn. 5), § 46 Rn. 58; *Berz NStZ* 1986, 86, 87: keine Aufgabe des Gewinns der Zurechnungslehre über die Strafzumessung.

³¹ Vgl. m.w.N. BGH HRRS 2003, 157 f., 251 f.; BVerfG, 2 BvR 794/95 vom 20.3.2002, Nr. 66 ff.; m.w.N. *Tröndle/Fischer* (Fn. 2), § 1 Rn. 6; *Gaede HRRS* 2004, 165, 169.

können, spricht vieles für die Begrenzung durch den Schutzzweckzusammenhang, der derartigen Tendenzen entgegensteht und der auch gewährleistet, dass Rationalitätsgewinne durch strafrechtliche Zurechnungsprinzipien nicht bei der Strafzumessung zum Großteil wieder verloren gehen.

Im „Fall Hoyzer“ dürfte der BGH die Grenze des Schutzzweckzusammenhangs nicht gewahrt haben, was indes in der Rechtsprechung – wie gesagt – nicht ohne Beispiel ist. Dass der BGH richtiggehend ein anderes Delikt mit abgeurteilt hätte, kann ihm aber bei seiner Hilfsbegründung über § 354 Ia StPO noch nicht vorgehalten werden. Er hat jedoch ein Beispiel dafür geboten, dass hier ein Problem liegt, über das nicht einheitlich judiziert wird und zu dem der BGH durchaus einige begründende Bemerkungen anhand des § 46 II StGB hätte ausführen können.

V. Zusammenfassend ist dem BGH keine „Causa Hoyzer“ vorzuhalten. Die Annahme eines vollendeten Betruges überstrapaziert nicht die Betrugsdogmatik, nur um den Fußballskandal mit einer „strafrechtlichen Erfolgsmeldung“ zu beenden. Die Ausführungen des BGH liegen rechtlich auf der Linie der tradierten Rechtsprechung, während sie im Tatsächlichen zum „Quotenschaden“ angreifbar sind. Zugleich räumt die Entscheidung aber auch nicht die Probleme aus, die zum Eingehungsbetrug und zur „schadensgleichen Vermögensgefährdung“ ganz allgemein bestehen dürften. Soweit der BGH hilfsweise die Folgen für Dritte und für den deutschen Fußball in der Strafzumessung heran zieht, ist dies rechtlich zweifelhaft. Der Fall regt an, die Grenzen einer bestimmten Strafzumessung nach § 46 StGB insoweit besser als bislang auszuloten. Die Bewertung, das Verfahren oder das Urteil hinterließen „einen faden Beigeschmack“, rechtfertigt dies aber bei weitem nicht.

Prozessdokumentation

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

zum weiteren Ausbau der Dokumentationsrubrik beizutragen.

Schrifttum

Hans Achenbach; Ransiek, Andreas: Handbuch Wirtschaftsstrafrecht (HWSt); bearbeitet von Ulrich Bente u.a.; 1084 Seiten, C.F.Müller, Heidelberg 2004; 110,- €; ISBN 3-8114-2974-4.

Der anhaltende Boom des Wirtschaftsstrafrechts hat in den letzten Jahren zu einer ganzen Reihe von Publikationen geführt, die sich diesem Thema gesamthaft in Lehr- oder Handbüchern widmen. So umstritten, wie der Begriff des Wirtschaftsstrafrechts selbst ist, so sehr unterscheiden sich auch die thematischen Zuschnitte der Publikationen. Das hier besprochene „Osnabrücker Handbuch“, das von *Achenbach* und *Ransiek* herausgegeben wird, die auch für den Magisterstudiengang im Wirtschaftsstrafrecht an der Universität Osnabrück verantwortlich zeichnen, stellt sich partiell als Neuauflage des „Beraterhandbuchs zum Steuer- und Wirtschaftsstrafrecht“ dar. Es wählt nach der eigenen Darstellung „die zentralen Materien des Wirtschaftsstrafrechts unter Einschluss der als Ordnungswidrigkeiten ausgestalteten Tatbestände“ als Inhalte des Wirtschaftsstrafrechts aus, ohne den Begriff des Wirtschaftsstrafrechts im Übrigen näher zu beleuchten. Ausgeklammert bleiben das Steuerstrafrecht und das Umweltstrafrecht, welche die Herausgeber als selbstständige Materien eigener Prägung verstehen. Nach der Konzeption des Handbuches werden zunächst die Querschnittsmaterien der Sanktionierung von Unternehmen, die Zurechnung unternehmensbezo-

genen Handelns und die strafrechtliche Produkthaftung in zwei ersten Kapiteln erörtert. Im Anschluss folgen weitere elf Kapitel in denen sich Kommentierungen verschiedenster Tatbestände bzw. Tatbestandsgruppen finden, die sich aus gutem Grund als wirtschaftsstrafrechtlich bedeutsam bezeichnen lassen. So werden etwa unter dem Titel Kapitalmarktdelikte die Tatbestände des BörsG und des WpHG dargestellt (Kap. X), zugleich aber auch allgemeine Vermögensdelikte wie Betrug und Untreue (Kap. V) behandelt. Den Herausgebern gelingt es so, diejenigen Delikte zu integrieren, welche die „großen“ Wirtschaftsstrafverfahren mehr dominieren als die Delikte des Nebenstrafrechts oder die wenig praktischen §§ 264, 264a, 265a StGB. In vergleichsweise knapper Form widmet sich das letzte Kapitel XIV sodann noch der in praxi enorm bedeutsamen Vermögensabschöpfung und der Zurückgewinnungshilfe.

Das Handbuch will „dazu beitragen, die Zusammenhänge zwischen den Strafnormen und den Bezugsnormen des vorgelagerten Zivil- oder Verwaltungsrechts sowie die Bezüge zum Europarecht zu erhellen“. Es will die Strukturen des behandelten Stoffes herausarbeiten und zugleich in die Anwendungspraxis einführen. Hierzu orientieren sich die ausgewogen aus Rechtslehre, Anwalts-, Behörden- und Justizpraxis stammenden 24 Autoren an einem „Prinzip der mittleren Dichte“. Es soll praxisgerecht einerseits mehr als eine „karge Einführung oder Übersicht“ gegeben werden, ohne „jedoch andererseits die Detailfreude eines Großkommentars anzustre-

ben“. Zu diesen Zielen haben die Herausgeber fraglos eine ganze Reihe speziell im Wirtschaftsstrafrecht ausgewiesener Autoren gewonnen, die nach den selbst gesteckten Zielen das Handbuch bearbeitet haben. Nun sollen nicht ermüdend alle Deliktcommentierungen aufgezählt und scheinbar erschöpfend dargestellt werden. Folgendes soll aber zu Kapiteln des Werks exemplarisch bemerkt sein, um Eindrücke von den behandelten Themen und von der Art und Weise ihrer Behandlung zu vermitteln.

Achenbach bewältigt zu Beginn des Werks die Zurechnungsprobleme in und die Sanktionen gegenüber Unternehmen. Hierbei widmet er sich ergänzend zum letzten Buchkapitel auch dem Verfall. *Kuhlen* stellt in einem sehr informativen und zugleich prägnanten Kapitel die strafrechtliche Produkthaftung auf nur 24 Seiten dar, wobei er auch die bislang prägenden bisherigen Anwendungsfälle zur Anschauung bringt und ein Beispiel dafür bietet, dass in dem Handbuch die Verzahnung mit zivilrechtlichen Bezügen geleistet wird. Im Rahmen der „Delikte gegen die staatliche Wirtschaftslenkung“ wird neben denjenigen des Wirtschaftsstrafgesetzes insbesondere der Subventionsbetrug behandelt. Auf insgesamt 28 Seiten unterbreitet *Wattenberg* eine Kommentierung, welche die zahlreichen streitigen Anforderungen dieser eher wenig praktizierten Norm dem Leser näher bringt. *Wattenberg* spart trotz der praktischen Orientierung des Handbuchs nicht mit Kritik an der in ihrer Legitimation vor allem bei Leichtfertigkeit zweifelhaften Vorschrift. Dagegen, dass dabei die Untersuchung des geschützten Rechtsguts tatsächlich wenig ergiebig ist, wie *Wattenberg* festhält (Kap. IV 2 Rn. 11 f.), möchte der Rezensent jedoch – bezieht man die Art und Weise seines Schutzes in die Untersuchung gleichbedeutend mit ein – weiter Zweifel anmelden (vgl. *Gaede*, in: Die Rechtsgutstheorie [2003], hrsg. von Hefendehl/von Hirsch/Wohlers, S. 183 ff.; siehe dann auch Kap. IV 2 Rn. 48 f.).

Zu den allgemeinen Vermögensdelikten finden sich neben dem Wucher vor allem der Betrug und die Untreue kommentiert. *Gallandi* kritisiert dabei die Rechtsprechung zum Betrug als „ausufernd“, was er etwa am Vermögensschaden festmacht, der bei der Anstellung von Beamten mit verschwiegener Stasi Vergangenheit vorliegen soll (vgl. Kap. V 1 Rn. 4, 11 ff.). Allgemein stellt sich der Abschnitt *Gallandis* zum Betrug als eine sehr kritische und ambitionierte Kommentierung dar, die sich zum Beispiel auch mit dem „kommunizierenden Menschen als Zentralfigur des Betrugstatbestandes“ befasst. *Seier* behandelt in einem 80 Seiten umfassenden Kapitel die Untreue, deren wirtschaftsstrafrechtliche Bedeutsamkeit sich jedem sofort erschließt. Etwa die nun heiß diskutierte Einstellung im Mannesmann-Verfahren wird in der Kommentierung schon als typische Art und Weise des Umgangs mit dem schwierigen Untreuevorwurf beschrieben (vgl. Kap. V 2 Rn. 18 ff. und zur ausgewogenen Einordnung der Untreue m.w.N. *Saliger* HRRS 2006, 10 ff.; zur „ausnahmsweisen Anwendung“ vgl. auch BGH HRRS 2007 Nr. 2 – Fall Kanther). Aufgenommen ist ein weiterführendes „Lexikon besonderer

Untreue-Konstellationen im Wirtschaftsleben“ (vgl. Kap. V 2 Rn. 195 ff.).

Gesellschaftsrechtliche Bilanz-, Prüfer- und Falschangabedelikte werden zusammenhängend von *Ransiek* im Kapitel VIII besprochen. Die in verschiedenen Gesetzen befindlichen Vorschriften werden systematisiert und eingehend erschlossen. *Ransiek* stellt dabei natürlich auch die Rechtsprechungskreation des faktischen Geschäftsführers dar, die er indes als verfassungswidrig ablehnt (vgl. Kap. VIII 1 Rn. 26 ff.). Unter dem Titel Kapitalmarktdelikte (Kap. X) finden sich nach einer Darstellung des § 264a StGB insbesondere sorgfältige Kommentierungen der Tatbestände des BörsG, des KWG und des WpHG durch *Schröder*. Angemessen großen Raum nimmt der zentrale Tatbestand der Börsen- und Marktpreismanipulation nach § 20a WpHG ein. Im Rahmen dieser Kommentierung wird deutlich, dass bestehende europäische Bezüge im Handbuch von *Achenbach/Ransiek* tatsächlich aufgearbeitet werden. Diese im Bereich des WpHG noch zunehmende und vielgestaltige europäische Einwirkung (vgl. auch BGHSt 48, 373 ff. und *Gaede/Mühlbauer* wistra 2005, 9 ff. zu § 20a WpHG), wird von *Schröder*, einem hier besonders ausgewiesenen Rechtslehrer, prägnant und mit der nötigen Kritik gerade gegenüber einer unbedacht unkritischen Europäisierung geleistet (vgl. etwa Kap. X 2 Rn. 4 f., 26, streitbar aber zur Bestimmtheit Rn. 51 ff., siehe *Gaede/Mühlbauer* aaO).

Das hin und wieder schon als besonderes Nebengebiet angesehene „Arbeitsstrafrecht“ findet im Osnabrücker Handbuch auf gut 100 Seiten statt, die mit einem Gesamtüberblick *Achenbachs* beginnen. *Bente* bespricht sodann knapp den wichtigen Tatbestand des Vorenthaltes und Veruntreuens von Arbeitsentgelt (Kap. XII 2). Die illegale Arbeitnehmerüberlassung bringt *Kaul* dem Leser unter hilfreicher Einbeziehung der arbeitsrechtlichen Ausgangspunkte näher (Kap. XII 3). Mindestens vom Umfang her als Kernstück des „arbeitsstrafrechtlichen Teils“ des Handbuchs stellt sich die Abhandlung *Mosbachers* dar, der die praktisch bedeutsame illegale Beschäftigung von Ausländern behandelt (Kap. XII 4). Er bewältigt dies als Kenner der Materie mit Kommentierungen auf hohem Informationsniveau unter Einbeziehung der sozialversicherungs- und ausländer(aufenthalts-)rechtlichen Vorschriften und unveröffentlicher Rechtsprechung. Auch hier sind die europarechtlichen und völkerrechtlichen Bezüge selbstverständlich erörtert.

Das Osnabrücker Handbuch des Wirtschaftsstrafrechts von *Achenbach/Ransiek* bietet mithin anregende und praxisnahe Kommentierungen. Es deckt wesentliche Themenbereiche des Wirtschaftsstrafrechts nicht nur oberflächlich ab. Da es für wirtschaftsstrafrechtliche Publikationen zudem einen erträglichen Preis aufweist, erhält ein Käufer – auch wenn man die zwischenzeitlichen Fortentwicklungen einbezieht – für seine Investition einen guten Gegenwert. Dem Rezensenten stellt sich allein die Frage, ob die Entscheidung, fast gänzlich auf Ausführungen zu einem „Allgemeinen Teil des Wirt-

schaftsstrafrechts“ zu verzichten, wirklich aus praktischer Sicht so zwingend ist. Eine Einrahmung durch die zusammengefasste Erörterung allgemeinerer Problemstellungen des Wirtschaftsstrafrechts, wie zum Beispiel der Behandlung von Scheingeschäften oder der Irrtumslehre könnte durchaus praktische Einsichten vermitteln, zumal die Autoren kaum bei jedem Einzeltatbestand gleichermaßen stets auch AT-Fragestellungen in „mittlerer Dichte“ darstellen konnten. Freilich leisten *Achenbachs* Einführungen zur Zurechnung unternehmensbezogenen Handelns dies bereits weitgehend mit Blick auf die Täterschaftslehre. In einem „Allgemeinen Teil des Wirtschaftsstrafrechts“ hätte aber auch auf manch andere wirtschaftsstrafrechtliche Besonderheit hingewiesen werden können, die etwa bei der Verfahrensrechtspraxis besteht. Dessen ungeachtet liegt aber – wie bereits gesagt – ein bedeutsames und empfehlenswertes Kompendium zu wirtschaftsstrafrechtlichen Tatbeständen vor, das den Weg in die Praxis zu recht bereits gefunden hat und dem Folgeauflagen zu wünschen sind. Vor allem durch die Einbeziehung der allgemeinen Vermögensdelikte Untreue und Betrug, ebenso aber durch die Erfassung wirtschaftsbezogener Ordnungswidrigkeitstatbestände wird eine für die Praxis hilfreiche Arbeitsgrundlage geboten.

Karsten Gaede, Bucerius Law School (Hamburg)

Uwe Murmann: Die Selbstverantwortung des Opfers im Strafrechts, Springer-Verlag, Berlin/Heidelberg 2005, 597 S., geb., 119,95 EUR.

Das Opfer hat Konjunktur in der neueren deutschen Strafrechtsdogmatik. Diese trägt damit dem Umstand Rechnung, daß strafrechtliches Unrecht nicht angemessen erfaßt wird, wenn man es auf den sich in einer gleichsam freischwebenden Rechtsgutsverletzung äußernden Ungehorsam des Täters gegenüber einer Norm verkürzt. Nicht einer selbstgenügsamen Macht- oder Rechtsgüterordnung gebührt die Gehorsamsverpflichtung der einzelnen Bürger; es ist vielmehr allein das Freiheitsrecht von Personen, wodurch sich das Mitwirkungsverlangen der Rechtsgemeinschaft gegenüber ihren einzelnen Mitgliedern legitimiert. Der einzige Grund, aus dem die Rechtsgemeinschaft von dem einzelnen Bürger verlangen darf, als Ausdruck seiner Loyalität ihr gegenüber ein bestimmtes Verhalten zu unterlassen, besteht deshalb darin, daß dieses Verhalten die Realbedingungen der Freiheit anderer Personen zu beeinträchtigen droht. In diesem Sinne sind sämtliche Straftaten Delikte gegen die Person. Diese Einsicht hat weitreichende dogmatische Konsequenzen, etwa für die Interpretation des aus der Lehre von der objektiven Zurechnung bekannten Begriffs der Selbstverantwortung des Opfers. Ihrer Erforschung widmet sich Uwe Murmann in seiner Freiburger Habilitationsschrift. Freilich will Murmann sich nicht damit begnügen, ein bereits hinlänglich bekanntes Material aus Rechtsprechung und Literatur ein weiteres Mal umzuwenden und topoihafte Fallgruppen aneinanderzureihen. Sein Anliegen ist ein grundsätzliches: Er will die Diskussion über die Selbstverantwortung in einen umfassenden

rechtsphilosophischen Begründungskontext einbetten und so die hierzulande nach wie vor dominierende positivistische Engführung des strafrechtsdogmatischen Denkens überwinden helfen.

Murmanns zentrale These ist ebenso einfach wie radikal: Eine Rechtsordnung, in der sich Freiheit unter Gleichen verwirkliche, müsse das Selbstbestimmungsrecht eines jeden ihrer Angehörigen anerkennen und ihm aus diesem Grund die selbstverantwortliche Regelung seiner eigenen Angelegenheiten überlassen. „Eine rechtlich notwendige Verantwortung für selbstverfügende Entscheidungen trägt die Person bei dieser Sichtweise jedenfalls deshalb und insoweit, wie diese Entscheidungen zum Selbstbestimmungsrecht der Person gehören und demnach rechtlich den anderen nichts angehen.“ Nicht maßgeblich sei die Art und Weise, in der die selbstverfügende Entscheidung umgesetzt werde. „Es kommt also nicht darauf an, ob das Opfer an fremdes Verhalten nur anknüpft, sich fremder Hilfe bedient oder den Vollzug der Handlung insgesamt dem Außenstehenden überläßt.“ Das Recht zu selbstverfügendem Verhalten hat deshalb laut Murmann erstens zur Folge, daß der Täter einer eigenverantwortlichen Selbstschädigung oder Selbstgefährdung dafür die alleinige Verantwortung trägt. Verhaltensverbote an einem Außenstehenden, die allein darauf gestützt werden, daß die inkriminierte Verhaltensweise das Risiko solcher selbstverfügenden Entscheidungen schafft oder erhöht, sind demnach unzulässig. Es fehle schon an einer rechtlich mißbilligten Gefahrschaffung. Zweitens müsse der einzelnen Person von Rechts wegen auch die Möglichkeit offenstehen, ihr Verhältnis zu einem Außenstehenden dahingehend umzugestalten, daß sie diesem eine ihm sonst nicht zustehende Verhaltensoption eröffne. Eine solche Umgestaltung nehme dem Verhalten des von dieser Option Gebrauch machenden Außenstehenden seinen Charakter als Unrecht in Richtung auf das jeweilige Individualrechtsgut; das ursprüngliche Verhaltensverbot verliere in diesem Fall seine Legitimationsgrundlage. In der Terminologie der vertrauten dogmatischen Kategorien sei die von einer Einwilligung gedeckte Fremdschädigung bzw. Fremdgefährdung gerechtfertigt.

Für Einschränkungen der Verfügungsbefugnis, wie sie insbesondere in den §§ 216, 228 StGB vorgesehen sind, hat der Ansatz Murmanns weitreichende Auswirkungen. Danach ist es nämlich ausgeschlossen, Grenzen der Verfügungsbefugnis mit dem Schutz der ohne Defizit über sich verfügenden Person vor sich selbst zu legitimieren. Bei den Grenzen der Selbstverfügungsfreiheit könne es vielmehr nur gehen „entweder um defizitäre Entscheidungen (und so gesehen überhaupt nicht um die vorausgesetzte Freiheitsausübung) oder um Beeinträchtigungen der Rechte anderer (und so gesehen nicht um die Gefahren der Selbstverfügung als solcher, sondern um diese bzw. ihrer rechtlichen Freigabe anhaftende andere Gefahren).“

Dies ist eine ehrenwerte liberale Konzeption. Jedoch macht Murmann sich bei ihrer Begründung das Leben unnötig schwer. Seine Untersuchung sei, so erklärt er, dem Ansatz Kants in besonderer Weise verpflichtet. Die

Deutung, die Murmann im Anschluß an die E. A.-Wolff-Schule der kantischen Rechtsphilosophie angedeihen läßt, ist indessen höchst anfechtbar. Murmann versucht, zwei Dinge zusammenzubringen, die nicht zusammenpassen: einen methodischen Individualismus und das Bekenntnis zur Vernunftnatur des Rechts. Einerseits bekennt er sich zu der von ihm etwas zu pauschal (Rousseau!) als aufklärerisch titulierten Position, wonach die Rechtfertigung des Staates und seiner Institutionen „nur vom Individuum her geleistet werden kann“. Andererseits stellt er klar, daß er die Individuen nicht in ihren jeweiligen Besonderheiten, sondern „als Vernünftige“ in den Blick zu nehmen gedenkt. Diese beiden Anliegen faßt Murmann zusammen, indem er die „Vernunft des Einzelnen“ als die Instanz benennt, vor der rechtliche Regelungen ihre Legitimität erweisen müssen. Aber was ist das, die Vernunft des Einzelnen? Der kantischen Vernunft ist es eigentümlich, daß sie, losgelöst von ihrem jeweiligen Träger, stets dieselbe (und eben darum verbindend) ist; vor der Allgemeinheit der Vernunft verschwindet die Individualität ihrer einzelnen Träger. Im Rahmen einer kantisch ansetzenden Vernunftrechtsbegründung ist der Verweis auf den Einzelnen und seine Vernünftigkeit also überflüssig, ja irreführend. In welch unnötige Schwierigkeiten Murmann sich mit seinem Ansatz verstrickt, wird besonders deutlich, wo er es mit Individuen zu tun hat, die den Status einer vernünftigen Person (noch) nicht beanspruchen können (Kinder und Geisteskranke). Selbst in diesen Fällen will Murmann den Grundsatz autonomer Rechtsbegründung zur Geltung bringen. Als Maßstab für die rechtliche Beachtlichkeit einer selbstverfügenden Entscheidung komme deshalb auch hier nur der Betroffene selbst in Betracht, freilich „unter Absehen von dessen konstitutionellen Mängeln“. Damit handelt es sich aber gerade nicht mehr um den Betroffenen in seiner realen Verfaßtheit, sondern um eine fiktive Kunstfigur. Wenn Murmann zugunsten seiner Lösung geltend macht, sie stelle sicher, daß auch in diesem Fall die betroffene Person nicht einem für sie fremden Maßstab unterstellt werde, sondern einer Vernunft, „die prinzipiell auch die ihre als eines Menschen ist“, so ist dies nicht anderes als ein terminologischer Gewaltakt. Aufgrund einer selbstverhängten Sprachregelung auch dort nicht von Fremdbestimmung sprechen zu wollen, wo diese wohlbegründet und unvermeidlich ist, ist kein Freiheitsdenken mehr, sondern eine Wirklichkeitsverleugnung mit nachgerade ideologischen Zügen. Auch den antipaternalistischen Furor kann man übertreiben.

Weitaus heikler als dieser Punkt ist der Rechtsbegriff, den Murmann aus seinem Ansatz ableitet. Wenn Murmann das Rechtsverhältnis als ein gegenseitiges Anerkennungsverhältnis definiert, „in dem sich die Beteiligten als in ihrer Freiheit Gleiche wissen und folglich ihre eigenen Handlungsmöglichkeiten durch den Begriff der Freiheit der anderen beschränken“, so mißachtet er den Umstand, daß Kant von mir in meiner Rolle als Rechtsperson „ganz und gar nicht erwartet, noch weniger fordert, daß ich ... meine Freiheit auf jene Bedingungen [diejenigen des allgemeinen Rechtsgesetzes, M. P.] selbst einschränken *solle*“. Die Vernunft sage vielmehr nur, daß meine Freiheit „in ihrer Idee darauf eingeschränkt *sei* und

von andern auch tötlich eingeschränkt werden dürfe“ (Metaphysik der Sitten, Weischedel-Ausgabe, S. 338). Mit dem letzten Halbsatz verweist Kant auf das dem Recht eigentümliche Moment der Befugnis zu physischem Zwang. Wie Kersting gezeigt hat, ist es maßgeblich die Zwangsbefugnis, die für die spezifische Ausgestaltung von Kants Rechtsbegriff verantwortlich ist: Nur der Zweck der äußerlichen Kompatibilisierung von Handlungsräumen legitimiert danach den Einsatz von Zwangsgewalt. Erstaunlicherweise fällt dieses Moment bei Murmann fast gänzlich unter den Tisch. Dafür zahlt er, wie sich zeigt, allerdings einen hohen Preis: Mit der Unterscheidung zwischen der ethischen und der juristischen Gesetzgebung gerät eines der zentralen freiheitsverbürgenden Lehrstücke Kants bei ihm ins Schwimmen.

Noch gravierender sind die Einwände gegen eine andere Ableitung Murmanns. Aus dem Ansatz bei der „Vernunft des Einzelnen“ ergibt sich Murmann zufolge, daß das Recht die Grenze seiner legitimen Begründbarkeit dort finde, „wo ein allgemein gültiges Vernunfturteil nicht gefällt werden kann“. Ins Positive gewendet: Das Recht sei auf Bereiche zu beschränken, „die allgemeiner Einsicht zugänglich sind“. Murmann will damit den zur Begründung seiner Position zentralen Satz begründen, daß Selbstverfügungen in den Bereich des persönlichen Glücks gehörten, in dem die Person in ihrer Individualität das Maß aller Dinge sei. „Rechtliche Vorgaben zur Definition dieses Glücks oder dessen Verfolgung können nicht mit übergreifender Verbindlichkeit begründet werden und sind folglich gegenüber dem Einzelnen eine Anmaßung, die nicht mit seiner eigenen Vernunft in Zusammenhang gebracht werden kann und folglich Ausdruck heteronomer Willkür wäre.“ Nimmt man Murmanns Begründung beim Wort, so führt sie jedoch zu erheblich weiter reichenden und gänzlich inakzeptablen Konsequenzen. Sie besagt nichts Geringeres, als daß es eine eigenständige vernunftgestützte Tugendlehre nicht geben kann, denn (angebliche) Tugendpflichten wären danach ja dadurch definiert, daß sie der allgemeinen Einsicht nicht zugänglich und somit unvernünftig wären. Dieser Befund hat eine nicht weniger bedeutsame Kehrseite: Das spezifische Profil von Kants Rechtsbegriff läßt sich von Murmanns Ausführungen her nicht hinlänglich begründen; denn eine jede kantische Tugendpflicht, die heute noch einsichtig erscheint, müßte Murmann nach der Logik seines Ansatzes als Rechtspflicht qualifizieren. Kurzum: Murmann verwischt nicht nur die Unterscheidung zwischen ethischer und juristischer Gesetzgebung, sondern auch jene zwischen Rechtslehre und Tugendlehre. Damit aber bricht der wichtigste Pfeiler von Murmanns Argumentation zusammen: Er beweist zu viel, bei Lichte besehen also nichts. Seine Thesen über die Unantastbarkeit des Selbstbestimmungsrechts hängen somit, rechtsphilosophisch gesehen, in der Luft.

Dieser Befund soll die Leistung Murmanns keineswegs schmälern. Murmann hat ein gehaltvolles, anregendes und in vielen seiner Einzelanalysen überzeugendes Buch vorgelegt, zweifellos eine der besten Habilitationsschriften der letzten Jahre. Seinen zentralen Anspruch aber – die Ankündigung, das Institut der Opferselbstverantwortung

tung auf ein tragfähiges rechtsphilosophisches Fundament zu stellen – hat er nicht einlösen können. Die in den Schlaf der positivistischen Halbvernunft versunkene Lehre von der Selbstverantwortung des Opfers muß auf einen anderen Siegfried warten.

Prof. Dr. **Michael Pawlik** (LL.M. Cantab.), Univ. Regensburg

Vollständige Rechtsprechung des BGH

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.

1. BGH 5 StR 181/06 – Urteil vom 15. Dezember 2006 (LG Berlin)

BGHSt; Betrug durch manipulierte Fußballwetten (konkludente Täuschung; Aufklärungspflicht; Vermögensschaden bei Sportwetten: Eingehungsbetrag, schadensgleiche Vermögensgefährdung, Kausalität, Schädigung ausländischer Wettanbieter, Quotenschaden, Schadensrealisierung, Vermögensbegriff; besonders schwerer Fall der Gewerbsmäßigkeit: Gesamtwürdigung und Täterbezogenheit; Beihilfe); Strafzumessung und angemessene Rechtsfolge beim Betrug durch manipulierte Sportwetten; redaktioneller Hinweis.

§ 263 Abs. 1, Abs. 3 Satz 2 Nr. 1 1. Alt. StGB; § 27 StGB; § 28 Abs. 2 StGB analog; § 3 StGB; § 9 StGB; § 46 StGB; § 354 Abs. 1a StPO

2. BGH 2 StR 499/05 - Urteil vom 18. Oktober 2006 (LG Wiesbaden)

BGHSt; CDU-Parteispenden-Skandal (schwarze Kasse; „jüdische Vermächtnisse“; „Fall Kanther“; Parteiengesetz 1994); Untreue (Gefährdungsschaden; konkrete Möglichkeit des endgültigen Vermögensverlusts; bedingter Vorsatz; Billigung des tatsächlichen Schadenseintritts; Vorverlagerung der Strafbarkeit); Beweisantizipation; Befangenheit des Richters (unmittelbare Betroffenheit; Mitgliedschaft in geschädigter Partei); Tateinheit (natürliche Handlungseinheit; wiederholtes Verschweigen).

§ 266 StGB; § 244 Abs. 3 StPO; § 22 Nr. 1 StPO; § 16 StGB; § 52 StGB; PartG 1994

3. BVerfG 2 BvR 722/06 (1. Kammer des Zweiten Senats) – Beschluss vom 7. Dezember 2006 (OLG München)

Anspruch auf rechtliches Gehör (ausdrückliche Bescheidung zentralen Vorbringens in den Entscheidungsgründen; Gutachten); Entschädigungspflicht nach Vollzug der Untersuchungshaft (Vorwurf grob fahrlässiger widersprüchlicher Angaben im Verfahren).

Art. 103 Abs. 1 GG; Art. 6 Abs. 1 Satz 1 EMRK; § 2 Abs. 1 StrEG; § 5 Abs. 2 StrEG

4. BVerfG 2 BvR 2342/06 (3. Kammer des Zweiten Senats) – Beschluss vom 29. November 2006 (OLG Stuttgart/LG Stuttgart)

Freiheit der Person; Untersuchungshaft; Haftverschonungsbeschlusses (mittelbarer Widerruf durch Erlass eines neuen Haftbefehls; neu hervorgetretene Umstände;

hohe Freiheitsstrafe, erhebliche Abweichung von der Straferwartung, „noch dringenderer Tatverdacht“).

Art. 2 Abs. 2 S. 2 GG; Art. 104 Abs. 1 S. 1 GG; § 112 StPO; § 116 Abs. 4 Nr. 3 StPO

5. BGH 2 StR 256/06 - Beschluss vom 21. November 2006 (LG Erfurt)

Teilweise Einstellung des Verfahrens; Aufhebung der Gesamtstrafenentscheidung.

§ 154 Abs. 2 StPO; § 349 Abs. 4 StPO

6. BGH 2 StR 341/06 - Beschluss vom 21. November 2006 (LG Gießen)

Klarstellung des Tenors (Gesamtstrafenbildung; Regelbeispiele).

§ 260 Abs. 4 StPO

7. BGH 2 StR 356/06 - Beschluss vom 27. Oktober 2006 (LG Aachen)

Anrechnungsmaßstab für in Belgien erlittene Untersuchungshaft.

§ 51 Abs. 4 Satz 2 StGB

8. BGH 2 StR 373/03 - Beschluss vom 22. November 2006

Rechtliches Gehör.

Art. 103 Abs. 1 GG

9. BGH 2 StR 396/06 - Beschluss vom 31. Oktober 2006 (LG Köln)

Unerlaubtes Handeltreiben mit Betäubungsmitteln (Täterschaft; Teilnahme; Kurierdienste); Festsetzung der Rechtsfolge durch das Revisionsgericht.

§ 354 Abs. 1a StPO; § 25 StGB; § 27 StGB; § 29a BtMG

10. BGH 2 StR 55/06 - Beschluss vom 29. November 2006

Einstellung des Verfahrens (fehlendes öffentliches Interesse an der Strafverfolgung); unerlaubtes gewerbsmäßiges Glückspiel (verfassungsrechtliche Bedenken; europarechtliche Bedenken); Dienstleitungsfreiheit; allgemeine Handlungsfreiheit; eingerichteter und ausgeübter Gewerbebetrieb.

§ 153 Abs. 2 StPO; § 284 StGB; Art. 2 Abs. 1 GG; Art. 14 GG; Art. 49 EG

11. BGH 2 StR 430/06 - Beschluss vom 22. November 2006

Verminderte Schuldfähigkeit (Einsichtsfähigkeit; Unrechtseinsicht im konkreten Fall); Unterbringung in einem psychiatrischen Krankenhaus.

§ 63 StGB; § 20 StGB; § 21 StGB

12. BGH 2 StR 433/06 - Beschluss vom 22. November 2006 (LG Frankfurt)

Nachträgliche Bildung der Gesamtstrafe; Härteausgleich.
§ 53 Abs. 2 Satz 2 StGB; § 55 StGB

13. BGH 2 StR 458/06 - Beschluss vom 15. November 2006 (LG Frankfurt)

Unerlaubtes Handeltreiben mit Betäubungsmitteln (Mitäterschaft; Beihilfe); Aufrechterhaltung des Strafausspruchs.

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

14. BGH 2 StR 475/06 - Beschluss vom 1. Dezember 2006 (LG Trier)

Nachträgliche Sicherungsverwahrung (neue Tatsache; Hang; Gewaltphantasien im Vollzug: Ernsthaftigkeit); Unterbringung in einem psychiatrischen Krankenhaus.

§ 66b StGB; § 63 StGB

15. BGH 2 StR 484/06 - Beschluss vom 1. Dezember 2006 (LG Aachen)

Mord (Doppelverwertungverbot; Vernichtungswille).

§ 46 Abs. 3 StGB

16. BGH 2 ARs 428/06 / 2 AR 242/06 - Beschluss vom 25. Oktober 2006

BGHSt; nachträgliche Entscheidung über einheitliche Festsetzung von Maßnahmen oder Jugendstrafe; Absehen von der Einbeziehung der rechtskräftig abgeurteilten Straftaten (Sperrwirkung); Einheit zwischen Schuld- und Strafspruchrichter; Schuldfeststellung.

§ 27 JGG; § 30 JGG; § 31 JGG; § 62 JGG; § 66 JGG; § 14 StPO

17. BGH 2 ARs 463/06 / 2 AR 252/06 - Beschluss vom 12. Dezember 2006

Unzulässige Anhörungsrüge.

§ 33a StPO

18. BGH 2 ARs 515/06 / 2 AR 279/06 - Beschluss vom 29. November 2006

Verfahrensverbindung (Sachdienlichkeit).

§ 2 StPO; § 3 StPO; § 4 StPO

19. BGH 3 StR 204/06 - Beschluss vom 16. November 2006 (LG Duisburg)

Teilweise Einstellung des Verfahrens; Angemessenheit des Rechtsfolge.

§ 154 Abs. 2 StPO; § 354 Abs. 1a StPO

20. BGH 3 StR 351/06 - Beschluss vom 21. November 2006 (LG Wuppertal)

Tateinheit; Tatmehrheit; Beihilfe; Aufrechterhaltung einer Gesamtstrafe als Einzelstrafe.

§ 52 StGB; § 53 StGB; § 27 StGB; § 354 Abs. 1 StPO

21. BGH 3 StR 380/06 - Beschluss vom 21. November 2006 (LG Lübeck)

Verfall (Vorrang der Opferansprüche: keine Geltendmachung).

§ 73 Abs. 1 Satz 2 StGB

Allein die Tatsache, dass die Geschädigten bisher keine Ersatzansprüche geltend gemacht haben und dies auch künftig nicht zu erwarten ist, ermöglicht die Verfallsanordnung gegen den Täter nicht.

22. BGH 3 StR 407/06 - Beschluss vom 21. November 2006 (LG Kleve)

Revisionsantrag (Revisionsbegründung; konkludenter Antrag; schlüssiger Antrag; allgemeine Sachrüge; Anfechtung des Urteils insgesamt); Antrag auf Entscheidung des Revisionsgerichts.

§ 344 Abs. 1 StPO; § 352 Abs. 1 StPO; § 346 StPO

23. BGH 3 StR 415/06 - Beschluss vom 14. November 2006 (LG Oldenburg)

Rechtsmittelverzicht; Wiedereinsetzung in den vorigen Stand.

§ 302 Abs. 1 Satz 1 StPO; § 44 StPO

24. BGH 3 StR 417/06 - Urteil vom 7. Dezember 2006 (LG Lüneburg)

Zurückweisung eines Beweisantrages (Glaubwürdigkeit; eigene Sachkunde).

§ 244 Abs. 4 StPO

25. BGH 3 StR 420/06 - Beschluss vom 5. Dezember 2006 (LG Mönchengladbach)

Teilweise Einstellung des Verfahrens; Angemessenheit der Rechtsfolge.

§ 154 Abs. 2 StPO; § 354 Abs. 1a StPO

26. BGH 3 StR 441/06 - Beschluss vom 5. Dezember 2006 (LG Düsseldorf)

Richterliche Vernehmung (Bestellung eines Pflichtverteidigers; Einführung in die Hauptverhandlung).

§ 140 StPO; § 168c StPO; § 254 Abs. 1 StPO; § 261 StPO

27. BGH 3 StR 456/06 - Beschluss vom 5. Dezember 2006 (LG Duisburg)

Unerlaubtes Handeltreiben mit Betäubungsmitteln (Täterschaft; Beihilfe); Änderung des Schuldspruchs; Aufrechterhaltung des Strafausspruchs (Beruhen).

§ 30 Abs. 1 BtMG; § 25 Abs. 2 StGB; § 27 StGB; § 349 Abs. 4 StPO; § 337 StPO

28. BGH 1 StR 180/06 – Beschluss vom 22. November 2006

Nachholung rechtlichen Gehörs (Anhörungsrüge bei Urteilen des Revisionsgerichts und kein Einsatz, um unstatthafte Befangenheitsanträge zu stellen).

§ 356a StPO; § 25 Abs. 2 Satz 2 StPO

29. BGH 1 StR 298/06 – Beschluss vom 22. September 2006 (LG Ravensburg)

Inbegriffsrüge (Darlegungsanforderungen: keine Glaubhaftmachung, hier Protokollvortrag bei der Verlesung eines Sachverständigengutachtens; Beruhen bei Erörterung des Gutachtens, des Schriftstücks in der Hauptverhandlung).

§ 261 StPO; § 344 Abs. 2 Satz 2 StPO; § 337 StPO

30. BGH 1 StR 307/06 – Urteil vom 7. November 2006 (LG Stuttgart)

Beweiswürdigung zum Tötungsvorsatz bei gefährlichen Gewalthandlungen (Messerstich in den Oberkörper ohne Ausweichmöglichkeiten; Darlegungsanforderungen beim Freispruch; bloß denktheoretische Zweifel versus bloß lebensfremde Feststellungen); versuchter Totschlag; Strafzumessung (mildernde Berücksichtigung in fremder Rechtsordnung wurzelnder Verhaltensmuster).

§ 261 StPO; § 212 StGB; § 15 StGB; § 46 StGB

31. BGH 1 StR 360/06 – Beschluss vom 9. November 2006

Anhörungsüge; nachträgliche Gewährung rechtlichen Gehörs.

§ 33a StPO; § 356a StPO

32. BGH 1 StR 388/06 – Beschluss vom 9. November 2006 (LG Coburg)

Urteilsabsetzungsfrist (absoluter Revisionsgrund; zu den Akten bringen des Urteils; Darlegungsanforderungen bei der Verfahrensrüge: Negativtatsachen).

§ 275 Abs. 1 Satz 2 StPO; § 338 Nr. 7 StPO; § 344 Abs. 2 Satz 2 StPO

33. BGH 1 StR 392/06 – Urteil vom 21. November 2006 (LG Nürnberg)

Lückenhafte Beweiswürdigung beim Vorwurf des sexuellen Missbrauchs von Gefangenen in Tateinheit mit Vergewaltigung (Darlegungsanforderungen beim Freispruch; Würdigung der Aussagegenese); Inbegriffsrüge (Unschädlichkeit der Geltendmachung über die Sachrüge: Maßgeblichkeit der wirklichen rechtlichen Bedeutung einer Rüge).

§ 261 StPO; § 344 Abs. 2 Satz 2 StPO; § 174a StGB

34. BGH 1 StR 421/06 – Beschluss vom 8. November 2006 (LG Ulm)

Verwertung von polizeilichen Vernehmungen unter Mitwirkung ausländischer Beamter (Hinzuziehung von Hilfspersonen; Verwertbarkeit bei Überschreitung der Rechtshilfebewilligung).

§ 163a StPO; Art. 3 Abs. 1 EuRhÜbk; Art. 39 SDÜ; Art. 4 EuRhÜbk

35. BGH 1 StR 434/06 – Beschluss vom 9. November 2006 (LG Ravensburg)

Inbegriffsrüge (bezüglich der Strafzumessungsfeststellungen; Beruhen); negative Beweiskraft des Sitzungsprotokolls.

§ 46 StGB; § 261 StPO; § 274 StPO; § 337 StPO

36. BGH 1 StR 454/06 – Beschluss vom 8. November 2006 (LG München I)

Verwertungsverbot bei mangelnder Belehrung über das Schweigerecht (freibeweisliche Feststellung der ausgebliebenen Belehrung).

§ 136 Abs. 1 Satz 2 StPO; § 163a Abs. 4 Satz 2 StPO; Art. 6 Abs. 1 Satz 1 EMRK; Nr. 45 Abs. 1 RiStBV

37. BGH 1 StR 474/06 – Beschluss vom 9. November 2006 (LG Landshut)

Recht auf konkrete und wirksame Verteidigung (fares Verfahren; Wahlverteidigung: Wahrnehmung von Fortbildungsveranstaltungen; „Beschleunigungsgebot in Haftsachen“ und Verpflichtung des Rechtsanwalts zur Fortbildung; ordnungsgemäße Verteidigung durch einen vom Angeklagten abgelehnten Pflichtverteidiger); Ablehnung des Aussetzungsantrags am letzten Verhandlungstag (Darlegungsanforderungen: Negativtatsachen); Unterbrechungsfrist.

Art. 6 Abs. 1, Abs. 3 lit. c EMRK; § 265 Abs. 4 StPO; § 137 Abs. 1 Satz 1 StPO; § 229 StPO; § 43a Abs. 6 BRAO; § 15 Fachanwaltsordnung

38. BGH 1 StR 477/06 – Beschluss vom 21. November 2006 (LG Landshut)

Vorgaben zur Protokollierung (Einheitlichkeit bei gleichartigen Vorgängen; auszugsweise Verlesung einer Urkunde).

§ 274 StPO

39. BGH 1 StR 493/06 – Beschluss vom 29. November 2006 (LG München I)

BGHSt; Konfrontationsrecht im Ermittlungsverfahren (Fragerecht: wesentliche Bedeutung der Aussage eines Belastungszeugen, Unerreichbarkeit; fares Verfahren; Verteidigerbestellung und [versehentliche] Benachrichtigung; Einwirkung der EMRK auf deutsches Prozessrecht; Beweiswürdigungslösung); Beschuldigtenbegriff; redaktioneller Hinweis.

Art. 6 Abs. 3 lit. d, Abs. 3 lit. c, Abs. 1 EMRK; § 168c StPO; § 55 StPO

40. BGH 1 StR 499/06 – Beschluss vom 6. Dezember 2006

Unzulässiger Wiedereinsetzungsantrag.

§ 45 StPO

41. BGH 1 StR 532/06 – Beschluss vom 6. Dezember 2006

Rechtliches Gehör und Anhörungsüge (verspätetes Eintreffen der angekündigten weiteren Ausführung der Sachrüge nach vorheriger Bitte um Mitteilung einer Frist; irreführendes Verhalten; fares Verfahren; Zurechnung von Verteidigerverschulden).

§ 356a StPO; Art. 103 I GG; Art. 19 IV GG; Art. 6 EMRK

42. BGH 1 StR 558/06 – Beschluss vom 24. November 2006 (LG Traunstein)

Verwerfung der Revision als unbegründet.

§ 349 Abs. 2 StPO

43. BGH 1 StR 561/06 – Beschluss vom 5. Dezember 2006 (LG Freiburg)

Verwerfung der Revision als unbegründet; obiter-Rüge einer zu milden Strafe.

§ 349 Abs. 2 StPO

44. BGH 1 StR 572/06 – Beschluss vom 5. Dezember 2006

Fortwirkung der Bestellung eines Rechtsanwalts als Beistand (gegenstandsloser Antrag auf Bewilligung von Prozesskostenhilfe; Erstreckung auf die Revisionsinstanz).

§ 397a Abs. 1 Satz 1 StPO; § 395 Abs. 1 Nr. 2 StPO

45. BGH 4 StR 33/06 – Beschluss vom 23. November 2006 (LG Frankenthal)

Konfrontationsrecht (fehlerhafte Annahme der Unerreichbarkeit von Auslandszeugen: unterlassene Prüfung, ob eine kommissarische oder audiovisuelle Vernehmung erreicht werden konnte); Verfolgungsbeschränkung.

Art. 6 Abs. 3 lit. d EMRK; § 244 Abs. 2, Abs. 3 Satz 2, Abs. 5 Satz 2 StPO; § 154a StPO

46. BGH 4 StR 251/06 – Beschluss vom 19. Oktober 2006 (LG Dortmund)

Rechtsfehlerhaft floskelhafte Ablehnung eines Beweisantrages (Bedeutungslosigkeit: Begründungsobliegenheit).

§ 244 Abs. 3 Satz 2 StPO

47. BGH 4 StR 278/06 – Urteil vom 30. November 2006 (LG Magdeburg)

Gesamtstrafenbildung (fehlerhafte Einbeziehung einer Strafe: Wegfall der Aussetzung zur Bewährung; Korrektur durch das Revisionsgericht).

§ 55 Abs. 1 StGB; § 354 Abs. 1 b StPO

48. BGH 4 StR 354/06 – Beschluss vom 26. Oktober 2006 (LG Bielefeld)

Vollendete besonders schwere sexuelle Nötigung; Aufhebungsumfang bei Feststellungsmängeln; Rücktritt (keine Forderung sittlich billiger Motive).

§ 177 Abs. 1 StGB; § 24 Abs. 1 StGB; § 353 StPO

49. BGH 4 StR 355/06 – Urteil vom 7. Dezember 2006 (LG Bielefeld)

Minder schwerer Fall beim räuberischen Angriff auf Kraftfahrer und beim schweren Raub (Grenzen der Revisibilität); wirksame Beschränkung der Revision.

§ 316 a Abs. 2 StGB; § 250 Abs. 3 StGB; § 318 StPO

50. BGH 4 StR 374/06 – Beschluss vom 14. November 2006 (LG Paderborn)

Beihilfe zur versuchten schweren räuberischen Erpressung; Rücktritt vom Versuch bei der Beteiligung mehrerer (ernsthafte Bemühen in Form der List).

§ 27 StGB; § 255 StGB; § 253 StGB; § 22 StGB; § 24 Abs. 2 StGB

51. BGH 4 StR 415/06 – Beschluss vom 28. November 2006 (LG Bochum)

Unzulässige Revision des Nebenklägers (Gesetzesverletzung).

§ 400 Abs. 1 StPO

52. BGH 4 StR 446/06 – Beschluss vom 14. November 2006 (LG Bamberg)

Tateinheit zwischen vorsätzlicher Straßenverkehrgefährdung und gefährlichem Eingriff in den Straßenverkehr (Schädigungsvorsatz; natürliche Handlungseinheit).

§ 315 c Abs. 1 StGB; § 315 b Abs. 1 StGB; § 52 StGB

53. BGH 4 StR 459/06 – Beschluss vom 21. November 2006 (LG Hamburg)

Gefährdung des Straßenverkehrs (Gefahrverwirklichungszusammenhang bei unübersichtlichen Stellen bzw. Straßeneinmündungen).

§ 315c Abs. 1 Nr. 2 lit. d StGB

54. BGH 4 StR 464/06 – Beschluss vom 21. November 2006 (LG Detmold)

Bedenkliche, floskelhafte Strafzumessungserwägung der strafschärfenden Berücksichtigung des gesamten Tatbildes.

§ 46 StGB

55. BGH 4 StR 485/06 – Beschluss vom 21. November 2006 (LG Frankenthal)

Verwerfung der Revision als unbegründet.

§ 349 Abs. 2 StPO

56. BGH 4 StR 527/06 – Beschluss vom 12. Dezember 2006 (LG Dortmund)

Verwerfung der Revision als unbegründet.

§ 349 Abs. 2 StPO

57. BGH 5 StR 182/06 – Urteil vom 15. Dezember 2006 (LG Berlin)

Beihilfe zum Betrug (manipulierte Sportwetten: Zusage des Sichzurückhaltens durch Fußballspieler; besonders schwerer Fall der Gewerbsmäßigkeit: Gesamtwürdigung und Täterbezogenheit); angemessene Rechtsfolge.

§ 263 Abs. 1, Abs. 3 Satz 2 Nr. 1 1. Alt. StGB; § 27 StGB; § 28 Abs. 2 StGB analog; § 46 StGB; § 354 Abs. 1a StPO

58. BGH 5 StR 211/06 – Urteil vom 13. Dezember 2006 (LG Hamburg)

Vorwurf fahrlässiger Tötung bei intensivierter Krebstherapie durch Bestrahlung („Sandwich-Methode“; Regeln der ärztlichen Kunst; Pflichtwidrigkeit: Aufgabendelegation und Methodendarlegung durch Ärzte; Kausalität); fahrlässige Körperverletzung; unzulässige Aufklärungsrüge (Darlegungsanforderungen; keine Rüge der mangelnden Ausschöpfung eines Beweismittels durch Fragen oder Vorhalte; alternative Rüge in Ausnahmefällen); Beweswürdigung (vermeintliche Widersprüche).

§ 222 StGB; § 229 StGB; § 244 Abs. 2 StPO; § 344 Abs. 2 Satz 2 StPO; § 261 StPO

59. BGH 5 StR 275/06 – Beschluss vom 29. November 2006

Unbegründete Anhörungsrüge (scheinbar erforderlicher Revisionsvortrag).

Art. 103 Abs. 1 GG; § 356a StPO

60. BGH 5 StR 324/06 – Urteil vom 29. November 2006 (LG Köln)

Steuerhinterziehung (Umsatzsteuer; Verschleierung von „Kolonnenschiebern“); überhöhte Kompensation nach rechtsstaatswidriger Verfahrensverzögerung (Recht auf Verfahrensbeschleunigung; Konventionsbeschwerde; Besonderheiten des Wirtschaftsstrafverfahrens; bewährungsfähige Strafe); Strafzumessung bei Kettengeschäften unter Einschaltung von Serviceunternehmen im Bereich der illegalen Arbeitnehmerüberlassung („Steuerhinterziehung als Gewerbe“); keine Bindungswirkung von Absprachen ohne die Staatsanwaltschaft (Rügepflicht der Staatsanwaltschaft; Aufhebungsumfang bei unwirksamen Absprachen); keine Aufhebung von Urteilsfeststellungen. Vor § 1 StPO; § 370 Abs. 3 Satz 2 Nr. 1 AO; Art. 6 Abs. 1 Satz 1 EMRK; Art. 13 EMRK; § 46 StGB; § 333 StPO; § 353 Abs. 2 StPO

61. BGH 5 StR 329/06 – Beschluss vom 29. November 2006 (LG Neuruppin)

Keine Revisionsbegründung über neue Erkenntnisse; Verletzung der Aufklärungspflicht (gebotene Hinzuziehung eines psychiatrischen Sachverständigen: Persönlichkeitsentwicklung mit Blick auf einen schwelenden und sodann offen ausbrechenden Beziehungskonflikt; Schuldunfähigkeit; verminderte Schuldfähigkeit: kein Ausschluss bei planvollem Handeln). § 244 Abs. 2 StPO; § 337 StPO; § 20 StGB; § 21 StGB

62. BGH 5 StR 395/06 – Urteil vom 13. Dezember 2006 (LG Hamburg)

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

63. BGH 5 StR 455/06 – Beschluss vom 29. November 2006 (LG Berlin)

Verwerfung der Revision als unbegründet.

§ 349 Abs. 2 StPO

64. BGH 5 StR 457/06 – Beschluss vom 11. Dezember 2006 (LG Leipzig)

Totschlag (mehrfache Strafrahmenschiebung bei Provokation: kein Ausschluss bei mehraktigen Geschehen; Beleidigung; minder schwerer Fall: vorschnelle Berücksichtigung des vertypen Milderungsgrundes der verminderten Schuldfähigkeit).

§ 212 StGB; § 213 1. Alt. StGB; § 49 Abs. 1 StGB; § 21 StGB; § 50 StGB

65. BGH 5 StR 468/06 – Beschluss vom 11. Dezember 2006 (LG Hamburg)

Heimtückemord (erforderliche Feststellungen zur Arglosigkeit und der darauf beruhenden Wehrlosigkeit; Ausnutzungsbewusstsein bei vorheriger Ankündigung).

§ 211 Abs. 2 StGB

66. BGH 4 StR 393/06 – Beschluss vom 19. Oktober 2006 (LG Paderborn)

Mangelnde Feststellungen zur Mitgliedschaft in einer Bande (Verbindungen; schwerer Bandendiebstahl; besonderes persönliches Merkmal); Tateinheit und Tateinheit bei der Beihilfe.

§ 244a Abs. 1 StGB; § 244 StGB; § 242 StGB; § 28 Abs. 2 StGB; § 27 StGB; § 52 StGB; § 53 StGB

67. BGH 5 StR 475/06 – Beschluss vom 28. November 2006 (LG Leipzig)

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

68. BGH 5 StR 493/06 – Beschluss vom 13. Dezember 2006 (LG Berlin)

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