

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

HERAUSGEBER

RA Dr. iur. h.c. Gerhard Strate  
Holstenwall 7, 20355 Hamburg  
[gerhard.strate@strate.net](mailto:gerhard.strate@strate.net)

## SCHRIFTFLEITUNG

Wiss. Ass.

Dr. iur. Karsten Gaede

Bucerius Law School

Jungiusstraße 6

20355 Hamburg

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

## REDAKTION

Ulf Buermeyer, Dr. iur. Karsten  
Gaede, Stephan Schlegel (Web-  
master)

## STÄNDIGE MITARBEITER

Ass.-Prof. Dr. Daniela Demko, LL.M.,  
(Univ. Luzern); Wiss. Ass. Dr. Lutz  
Eidam, LL.M. (Bucerius Law School);  
Dr. Antje du Bois-Pedain, M.Jur.  
(Oxon), (Univ. Cambridge); Prof.  
Dr. Diethelm Kleszczewski (Univ.  
Leipzig); Prof. Dr. Hans Kudlich  
(Univ. Erlangen-Nürnberg); RA  
Wiss. Ass. Dr. Frank Meyer, LL.M.  
(Yale), Univ. Hamburg; RA Tilo  
Mühlbauer (Dresden); RA Dr. Ralf  
Neuhaus (Dortmund); RA Markus  
Rübenstahl, mag. iur. (White &  
Case LLP, Frankfurt a.M.); Prof. Dr.  
Frank Saliger (Bucerius Law  
School Hamburg); RA Dr. Hellen  
Schilling, (Frankfurt a.M.); Prof. Dr.  
Christoph Sowada (Univ. Rostock);  
RA Klaus-Ulrich Ventzke (Ham-  
burg) und Prof. Dr. Wolfgang Woh-  
lers (Univ. Zürich)

## Publikationen

- Prof. Dr. *Gerhard Fezer*, RiOLG aD, Univ. Hamburg – **Gesetzwidrige Fristsetzung für die Stellung von Beweisanträgen** (Anmerkung zu BGH HRRS 2008 Nr. 1150) S. 17
- RA Dr. *Jan Schlösser*, Berlin – **Der Schaden der Siemens-Entscheidung** (Besprechung zu BGH HRRS 2008 Nr. 1100) S. 19
- RA *Klaus-Ulrich Ventzke*, Hamburg – **Ausschluß des absoluten Revisionsgrundes des § 338 Nr. 3 StPO im Fall ordnungsgemäßer Urteilsabsprache?** (Zugleich Anmerkung zu BGH HRRS 2009 Nr. 1) S. 28
- RA Dr. *Carsten Wegner*, Berlin – **Aktuelle Entwicklungen im Insolvenzstrafrecht** (Zugleich Besprechung zu BGH HRRS 2008 Nr. 1119) S. 32

Die Ausgabe umfasst eine Rezension zum „Kern des Strafrechts“ von *Tonio Walter*.

## Entscheidungen

- EuGH **Anwendung des Art. 54 SDÜ nach nicht unmittelbar vollstreckbarem Abwesenheitsurteil**
- BVerfG **Keine Beleidigung bei der Bezeichnung „Dummschwätzer“**
- BGHSt **Abgrenzung der Verantwortlichkeiten für einen Gebäudeeinsturz bei arbeitsteiliger Erledigung der Bauleistungen**
- BGHSt **Fahrlässige Tötung durch einvernehmliche illegale Autorennen und Beschleunigungstests**
- BGHSt **Unzulässige Befangenheitsrüge nach Verfahrensabsprache mit den zuvor als befangen abgelehnten Richtern**
- BGHSt **Gesonderte Feststellung von Besteuerungsgrundlagen als nicht gerechtfertigten Steuervorteil im Sinne von § 370 Abs. 1 AO**
- BGHSt **Anforderungen an den Umfang der Darstellung der den Mangel enthaltenden Tatsachen bei der Beanstandung einer konventionswidrigen Verzögerung**
- BGHSt **Strafzumessung bei Steuerhinterziehung und Berechnung der nach § 266a StGB vorenthaltenen Sozialversicherungsbeiträge in Fällen illegaler Beschäftigung**
- BGHR **Wahrung der Unterbrechungsfrist bei überraschend kurzem Hauptverhandlungstermin**

Die Ausgabe umfasst 127 Entscheidungen.

# HRRS

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

**HERAUSGEBER**  
RA Dr. h.c. Gerhard Strate  
Holstenwall 7, 20355 Hamburg  
[gerhard.strate@strate.net](mailto:gerhard.strate@strate.net)

**SCHRIFTLEITUNG**  
Wiss. Ass. Dr. iur. Karsten Gaede  
Bucerius Law School  
Jungiusstraße 6  
20355 Hamburg  
[karsten.gaede@strate.net](mailto:karsten.gaede@strate.net)

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

Als ständige Mitarbeiter wirken mit:

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

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

1

Rechtsprechung

## Strafrechtliche/strafverfahrensrechtliche Entscheidungen des EGMR/BVerfG

### 2. EGMR – Erfolgreicher Antrag auf Entscheidung der Großen Kammer des EGMR im Fall Gäfgen vs. Deutschland

Wie der EGMR in einer Pressemitteilung vom 15. Dezember 2008 bekannt gegeben hat, wurde der Fall Gäfgen gegen Deutschland auf den Antrag des Beschwerdeführers gemäß Art. 43 EMRK zur Entscheidung durch die Große Kammer des EGMR verwiesen. Der Zulassungsausschuss des EGMR hat am 1. Dezember 2008 die – beim EGMR nur ausnahmsweise erfolgende – Verweisung befürwortet. So wird es nun zu einer Überprüfung der Kammerentscheidung des EGMR vom 30. Juni 2008 (EGMR HRRS 2008 Nr. 627) kommen. In ihr wurde eine mangelnde Kompensation der unstreitigen Verletzung des Art. 3 EMRK durch die BRD letztlich verneint (vgl. zur Beurteilung der Entscheidung etwa *Esser* NSTz 2008, 657 ff. und *Schlegel/Streichenberg* forumpoenale 2009, 9 ff.). Kern der

erneuten Prüfung dürfte die Frage sein, ob nicht eine weitreichendere Fernwirkung des Beweisverwertungsverbots anzuerkennen ist, das bei der Erhebung von Beweismitteln unter Verstoß gegen Art. 3 EMRK besteht. Dafür bestünde nicht wenig Grund, wenn man bedenkt, dass etwa die (milde) Bestrafung der gegen Art. 3 EMRK verstoßenden staatlichen Akteure keinen eigentlichen Ausgleich *im fairen Verfahren gegen Gäfgen selbst* bedeutet. Wer davon ausgeht, dass der Ausgleich prozessualer Verstöße zur Wiederherstellung der Verfahrensfairness gerade in diesem Verfahren selbst erfolgen muss und nicht durch veränderte Rechtsfolgen erfolgen kann (vgl. dazu *Gaede*, *Fairness als Teilhabe*, 2007, S. 728 f., 804 ff.), könnte angesichts der besonderen Natur des Verstoßes gegen Art. 3 EMRK auch in diesem Fall für striktere Maßstäbe eintreten (im Ergebnis für ein insbesondere schon aus Art. 3 EMRK abgeleitetes Verwertungsverbot zum Beispiel *Esser* NSTz 2008, 657, 659, 660, 661 f.).

**3. EuGH C-297/07 (Zweite Kammer) – Urteil vom 11. Dezember 2008 (Klaus Bourquain)**

Schengener Durchführungsübereinkommen; Verbot der Doppelbestrafung (Verurteilung in Abwesenheit wegen derselben Tat; Begriff der rechtskräftigen Aburteilung; Begriff der „nicht mehr vollstreckbaren Sanktion“; zeitlicher Anwendungsbereich).  
Art. 54 SDÜ

1. Das in Art. 54 SDÜ niedergelegte Verbot der Doppelbestrafung findet auf ein Strafverfahren Anwendung, das in einem Vertragsstaat wegen einer Tat eingeleitet wird, für die der Angeklagte bereits in einem anderen Vertragsstaat rechtskräftig abgeurteilt worden ist, selbst wenn die Strafe, zu der er verurteilt wurde, nach dem Recht des Urteilsstaats wegen verfahrensrechtlicher Besonderheiten (vorliegend die Notwendigkeit eines zweiten Verfahrens bei „Wiederauftauchen“ nach einem Abwesenheitsurteil gemäß französischem Code de justice militaire pour l'armée de terre), nie unmittelbar vollstreckt werden konnte.

2. Art 54 SDÜ gebietet nicht, dass die Sanktion nach dem Recht des Urteilsstaats unmittelbar vollstreckbar gewesen sein muss, sondern verlangt nur, dass die mit einer rechtskräftigen Entscheidung verhängte Strafe „nicht mehr vollstreckt werden kann“. Die Wörter „nicht mehr“ beziehen sich auf den Zeitpunkt der Einleitung einer neuen Strafverfolgung, in Bezug auf die das zuständige Gericht im zweiten Vertragsstaat zu prüfen hat, ob die Voraussetzungen nach Art. 54 SDÜ erfüllt sind.

3. Grundsätzlich ist auch eine Verurteilung in Abwesenheit vom Anwendungsbereich des Art. 54 SDÜ erfasst und somit ein Verfahrenshindernis für die Einleitung eines neuen Verfahrens.

**4. BVerfG 1 BvR 1318/07 (1. Kammer des Ersten Senats) – Beschluss vom 5. Dezember 2008 (OLG Hamm/AG Dortmund)**

Grundrecht auf Meinungsfreiheit (Bewertung von Äußerungen; Berücksichtigung des Kontexts); Beleidigung („Dummschwätzer“; Schmähkritik; Recht auf „verbale Gegenschlag“; gerichtliche Prüfungs- und Darstellungspflichten).  
Art. 5 Abs. 1 GG; § 185 StGB; § 193 StGB

1. Eine polemische oder verletzend Formulierungen einer Aussage entzieht diese grundsätzlich nicht dem Schutzbereich des Grundrechts auf Meinungsfreiheit (vgl. BVerfGE 54, 129, 138 f.; 93, 266, 289; stRspr). Daher kann auch die Bezeichnung als „Dummschwätzer“ in den Schutzbereich des Grundrechts auf Meinungsfreiheit fallen.

2. Steht ein Äußerungsdelikt in Frage, so verlangt Art. 5 Abs. 1 Satz 1 GG vom Gericht eine Gewichtung der Beeinträchtigung, die der Meinungsfreiheit des sich Äußernden einerseits und der persönlichen Ehre des von der Äußerung Betroffenen andererseits droht (vgl. BVerfGE 93, 266, 293). Das Ergebnis dieser Abwägung ist verfassungsrechtlich nicht vorgegeben, sondern hängt wesentlich von den Umständen des Einzelfalls ab.

3. Herabsetzende Äußerungen, die sich als Formalbeleidigung oder Schmähung darstellen, lasen die Meinungsfreiheit regelmäßig hinter den Ehrenschatz zurücktreten (vgl. BVerfGE 82, 43, 51; 99, 185, 196). Der hierzu von der Fachgerichtsbarkeit entwickelte Begriff der Schmähkritik ist aber eng anzulegen. Danach macht auch eine überzogene oder ausfällige Kritik eine Äußerung für sich genommen noch nicht zur Schmähung. Erst wenn nicht mehr die Auseinandersetzung in der Sache, sondern – jenseits auch polemischer und überspitzter Kritik – die Diffamierung der Person im Vordergrund steht, hat eine solche Äußerung als Schmähung regelmäßig hinter dem Persönlichkeitsrecht des Betroffenen zurückzustehen (vgl. BVerfGE 82, 272, 283 f.; 93, 266, 294).

4. Die Qualifikation einer ehrenrührigen Aussage als Schmähkritik und der damit begründete Verzicht auf eine Abwägung zwischen Meinungsfreiheit und Ehre erfordern regelmäßig die Berücksichtigung von Anlass und Kontext der Äußerung (vgl. BVerfGE 93, 266, 303). Hier von kann allenfalls ausnahmsweise abgesehen werden, wenn es sich um eine Äußerung handelt, deren diffamierender Gehalt so erheblich ist, dass sie in jedem denkbaren Sachzusammenhang als bloße Herabsetzung des Betroffenen erscheint und daher unabhängig von ihrem konkreten Kontext stets als persönlich diffamierende Schmähung aufgefasst werden muss, wie dies möglicherweise bei der Verwendung besonders schwerwiegender Schimpfwörter – etwa aus der Fäkalsprache – der Fall sein kann. Hierzu gehört der Begriff „Dummschwätzer“ im Grundsatz nicht.

5. In die Abwägung zwischen Meinungsfreiheit und Ehre ist auch die Überlegung einzustellen, ob und in welchem Umfang ein „Recht zum verbalen Gegenschlag“ zuzustand.

**5. BVerfG 2 BvR 2369/08, 2 BvR 2380/08 (2. Kammer des Zweiten Senats) – Beschluss vom 6. Dezember 2008**

Voraussetzungen der „Scheinminderjährigkeit“ bei jugendpornographischen Schriften (kein Ausreichen bloßer Zweifel bezüglich der Volljährigkeit); Substantiierungsanforderungen bei einer Verfassungsbeschwerde gegen ein Gesetz (unmittelbare Beschwer; Darlegung eines ernsthaften Risikos für ein Bußgeld- oder Strafverfahren).  
§ 184c StGB; § 11 Abs. 3 StGB; § 23 Abs. 1 Satz 2 BVerfGG, § 92 BVerfGG

1. § 184c StGB erfasst auch das Verbreiten pornographischer Filme, an denen „Scheinjugendliche“ – also tatsächlich erwachsene Personen, die jedoch für einen objektiven Beobachter minderjährig erscheinen – mitwirken.

2. Unter Heranziehung der Rechtsprechung des Bundesgerichtshofs zu § 184b StGB alter Fassung (vgl. BGHSt 47, 55, 82) genügt es für eine Strafbarkeit nach § 184c StGB nicht, dass die Volljährigkeit der betreffenden Person für den objektiven Betrachter zweifelhaft ist; vielmehr müsste der Beobachter umgekehrt eindeutig zu dem Schluss kommen, dass jugendliche Darsteller beteiligt sind. Dies liegt jedenfalls dann nahe, wenn die in pornographischen Filmen auftretende Personen ganz offensichtlich noch nicht volljährig sind, etwa dann,

wenn sie (fast) noch kindlich wirken und die Filme somit schon in die Nähe von Darstellungen geraten, die als (Schein-)Kinderpornographie unter den Straftatbestand des § 184b StGB fallen.

3. Der Beschwerdeführer einer Verfassungsbeschwerde ist durch ein Gesetz unmittelbar beschwert, wenn er erst

das Risiko eines Bußgeld- oder Strafverfahrens eingehen müsste, um Rechtsschutz vor den Fachgerichten zu erlangen (vgl. BVerfGE 20, 283, 290; 46, 246, 256; 81, 70, 82 f.; 97, 157, 165). Diesbezüglich muss der Betroffene aber substantiiert darlegen, dass ihm ein ernsthaftes Strafbarkeitsrisiko droht.

Rechtsprechung

# Hervorzuhebende Entscheidungen des BGH

## I. Materielles Strafrecht – Allgemeiner Teil

**91. BGH 4 StR 252/08 – Urteil vom 13. November 2008 (LG Schwerin)**

BGHSt; Abgrenzung der Verantwortlichkeiten für einen Gebäudeeinsturz bei arbeitsteiliger Erledigung der Bauleistungen durch verschiedene Gewerke (Unterlassung; Fahrlässigkeit; Sorgfaltspflichtverletzung; Vertrauensgrundsatz; sekundäre Verkehrssicherungspflichten; Pflicht zur wechselseitigen Information am Bau). § 222 StGB; § 229 StGB; § 13 StGB

1. Zur Abgrenzung der Verantwortlichkeiten für einen Gebäudeeinsturz bei arbeitsteiliger Erledigung der Bauleistungen durch verschiedene Gewerke. (BGHSt)

2. Nach anerkannten Rechtsgrundsätzen hat jeder, der Gefahrenquellen schafft oder unterhält, die nach Lage der Verhältnisse erforderlichen Vorkehrungen zum Schutz anderer Personen zu treffen (st. Rspr.; BGHZ 103, 338, 340; BGHR BGB § 823 Abs. 1 Verkehrssicherungspflicht 18). Diese Sicherungspflicht wird indes nicht bereits durch jede bloß theoretische Möglichkeit einer Gefährdung ausgelöst. Sie beschränkt sich auf das Ergreifen solcher Maßnahmen, die nach den Gesamtumständen zumutbar sind und die ein verständiger und umsichtiger Mensch für notwendig und ausreichend hält, um Andere vor Schäden zu bewahren. (Bearbeiter)

3. Haftungs begründend wirkt die Nichtabwendung einer Gefahr erst dann, wenn sich vorausschauend für ein sachkundiges Urteil die nahe liegende Möglichkeit ergibt, dass Rechtsgüter anderer Personen verletzt werden können (st. Rspr.; vgl. BGHR BGB § 823 Abs. 1 Verkehrssicherungspflicht 31). Diese in der zivilrechtlichen Rechtsprechung entwickelten Grundsätze sind maßgebend auch für die Bestimmung der strafrechtlichen Anforderungen an die im Einzelfall gebotene Sorgfaltspflicht. Ausgangspunkt dafür ist jeweils das Maß der Gefahr mit der Folge, dass die Sorgfaltsanforderungen umso höher sind, je größer bei erkennbarer Gefährlichkeit einer Handlung die Schadenswahrscheinlichkeit und Schadensintensität sind. (Bearbeiter)

4. Übernimmt jemand, den Abbruch eines Gebäudes (Gebäudeteiles), so ist er verpflichtet, Dritte vor den durch den Abbruch drohenden Gefahren zu schützen und die hierzu erforderlichen Vorkehrungen zu treffen. Diese Pflicht besteht grundsätzlich nicht nur gegenüber Außenstehenden, etwa befugten Besuchern der Baustelle, sondern auch gegenüber den an dem Bau tätigen Arbeitnehmern. (Bearbeiter)

5. Nach den in der Rechtsprechung entwickelten Grundsätzen sind mehrere Personen (oder Firmen), die an einer gefahrenträchtigen Baumaßnahme beteiligt sind, untereinander verpflichtet, sich in zumutbarer Weise gegenseitig zu informieren und abzustimmen, um vermeidbare Risiken für Dritte auszuschalten. Insbesondere dann, wenn erkennbar Sicherungsmaßnahmen erforderlich sind, die vor Beginn der eigentlichen gefahrträchtigen Handlung durchgeführt werden müssen, muss sich der für die Gefahrenquelle Verantwortliche im Rahmen des ihm Zumutbaren vergewissern, dass der für die notwendige Sicherung Verantwortliche seine Aufgabe erfüllt hat, und darf nicht blindlings darauf vertrauen, dass dies auch zutrifft. (Bearbeiter)

6. Für die Begründung von Sorgfaltspflichten genügt regelmäßig bereits die tatsächliche Übernahme eines entsprechenden Pflichtenkreises (vgl. BGHSt 47, 224, 229). (Bearbeiter)

7. Bei der horizontalen Aufteilung einzelner Verantwortungsbereiche im Rahmen eines einheitlichen Arbeitsvorgangs werden die Sorgfaltspflichten durch den Vertrauensgrundsatz beschränkt (vgl. BGH (Z) NJW 1999, 1779, 1780). (Bearbeiter)

**93. BGH 4 StR 328/08 – Urteil vom 20. November 2008 (LG Konstanz)**

Fahrlässige Tötung durch illegale Autorennen und Beschleunigungstests; Abgrenzung zwischen Selbst- und einverständlicher Fremdgefährdung bei Fahrlässigkeitsdelikten (Tatherrschaft; restriktiver Täterbegriff;

Sorgfaltspflichtverletzung; Verstoß gegen Sondernormen; Schutzzweckzusammenhang; Vorhersehbarkeit bzw. Erkennbarkeit); rechtfertigende Wirkung einer Einwilligung bei gefährlichem Handeln im Straßenverkehr; Beihilfe zur Gefährdung des Straßenverkehrs (Vorsatz; Hilfeleisten).

§ 222 StGB; § 228 StGB; § 229 StGB; § 216 StGB; § 315c StGB; § 27 StGB; § 15 StGB

1. Die Abgrenzung zwischen Selbst- und einverständlicher Fremdgefährdung richtet sich bei Fahrlässigkeitsdelikten nach der Herrschaft über den Geschehensablauf. (BGHSt)

2. Zur rechtfertigenden Wirkung einer Einwilligung bei gefährlichem Handeln im Straßenverkehr. (BGHSt)

3. Liegt die Tatherrschaft über die Gefährdungs- bzw. Schädigungshandlung nicht allein beim Gefährdeten bzw. Geschädigten, sondern zumindest auch bei dem sich hieran Beteiligten, begehrt dieser eine eigene Tat und kann nicht aus Gründen der Akzessorietät wegen fehlender Haupttat des Geschädigten straffrei sein (vgl. BGHSt 19, 135, 139; 49, 34, 39; 166, 169; auch zu den gegenteiligen Ansichten in Rechtsprechung und Schrifttum BGH NJW 2003, 2326, 2327). Die Abgrenzung zwischen der Selbst- und der Fremdgefährdung nach der Herrschaft über den Geschehensablauf, kann auch beim fahrlässigen Delikt weitgehend nach den für Vorsatzdelikte zur Tatherrschaft entwickelten objektiven Kriterien erfolgen. Bei der Prüfung, wer die Gefährdungsherrschaft innehat, kommt dem unmittelbar zum Erfolgseintritt führenden Geschehen besondere Bedeutung zu. (Bearbeiter)

4. Nach der Rechtsprechung des Bundesgerichtshofs macht sich, sofern er nicht kraft überlegenen Sachwissens das Risiko besser erfasst als der sich selbst Tötende oder Verletzende, grundsätzlich nicht strafbar, wer das zu einer Selbsttötung oder Selbstverletzung führende eigenverantwortliche Handeln des Selbstschädigers vorsätzlich oder fahrlässig veranlasst, ermöglicht oder fördert (BGHSt 32, 262, 263 f.; 46, 279, 288; BGH NJW 2003, 2326, 2327). Straffrei ist ein solches Handeln regelmäßig auch dann, wenn es nicht auf die Selbsttötung oder -verletzung gerichtet war, sich aber ein entsprechendes, vom Opfer bewusst eingegangenes Risiko realisiert hat (BGHSt 32, 262, 264 f.; 46, 279, 288; BGH NJW 2003, 2326, 2327; einschränkend bei deliktischer Handlung des Täters und einsichtigem Motiv für die Selbstgefährdung: BGHSt 39, 322, 325). (Bearbeiter)

5. Eine der Selbstgefährdung gleichzustellende Fremdgefährdung bzw. -schädigung liegt jedenfalls dann nicht vor, weil es bei einem tödlichen illegalen Autorennen weitgehend vom Zufall abhing, wer im konkreten Fall Fahrer und wer Beifahrer war. Entscheidend ist vielmehr die tatsächliche Situation beim Schadenseintritt. Ob diese Grundsätze in gleicher Weise Geltung hätten, wenn die an einem riskanten Unternehmen Beteiligten ein in etwa gleiches Maß an Tatherrschaft besessen hätten (hier die beiden Fahrer der am Rennen beteiligten Fahrzeuge im Verhältnis untereinander), lässt der Senat offen. (Bearbeiter)

6. Auch bei gefährlichem Handeln im Straßenverkehr ist bei einer Einwilligung in die (vorsätzliche) Körperverletzung die Grenze zur Sittenwidrigkeit jedenfalls dann überschritten, wenn bei vorausschauender objektiver Betrachtung aller maßgeblichen Umstände der Tat der Einwilligende durch die Körperverletzungshandlung in konkrete Todesgefahr gebracht werde. (Bearbeiter)

7. Eine rechtfertigende Wirkung der Einwilligung in riskantes Verkehrsverhalten scheidet auch bei gefährlichem Handeln im Straßenverkehr nur für diejenigen Tatbestände grundsätzlich aus, die zumindest auch dem Schutz der Sicherheit des Straßenverkehrs im Allgemeinen dienen (§§ 315 b, 315 c StGB). Bezweckt eine Vorschrift dagegen ausschließlich den Schutz von Individualrechtsgütern (wie §§ 222, 229 StGB), so verliert die Einwilligung ihre (insoweit) rechtfertigende Wirkung nur dort, wo die Grenze zur Sittenwidrigkeit überschritten ist. (Bearbeiter)

8. Fahrlässig handelt ein Täter, der eine objektive Pflichtverletzung begeht, sofern er diese nach seinen subjektiven Kenntnissen und Fähigkeiten vermeiden konnte, und wenn gerade die Pflichtverletzung objektiv und subjektiv vorhersehbar den Erfolg herbeigeführt hat. Die Einzelheiten des durch das pflichtwidrige Verhalten in Gang gesetzten Kausalverlaufs brauchen dagegen nicht vorhersehbar zu sein (st. Rspr.; vgl. BGHSt 49, 166, 174 m.w.N.). (Bearbeiter)

9. Ausreichend und erforderlich für eine Beihilfehandlung ist, dass die Handlung die Haupttat zu irgendeinem Zeitpunkt zwischen Versuchsbeginn und Beendigung erleichtert oder gefördert hat (BGH NStZ 2008, 284 m.w.N.). (Bearbeiter)

10. Das Maß des tatsächlich verwirklichten Unrechts ist bei § 315 c StGB kein Umstand der Tat, der zum gesetzlichen Tatbestand gehört und daher – zur Begründung des Schuldspruchs wegen Beihilfe – vom Helfenvorsatz umfasst sein muss. Daher ist unerheblich, ob dem Gehilfen, wäre ihm der tatsächlich eingetretene Erfolg der Haupttat bewusst gewesen, dieser letztlich unerwünscht war (vgl. BGH NJW 2007, 384, 390). (Bearbeiter)

#### **61. BGH 3 StR 403/08 - Urteil vom 13. November 2008 (LG Düsseldorf)**

Verabredung, ein Verbrechen zu begehen (Tatentschluss; Tatgeneigtheit); Aufklärungspflicht; Erörterungsmangel; Vermittlung eines Vertrages über den Erwerb vom Kriegswaffen (Kampfflugzeug; Demilitarisierung); lückenhafte Beweiswürdigung (Indiztatsache).

§ 30 StGB; § 261 StPO; § 22a Abs. 1 Nr. 7 KWKG; § 4a Abs. 1 KWKG

1. Eine Verabredung, ein Verbrechen zu begehen, im Sinne von § 30 Abs. 2 StGB setzt den Entschluss von mindestens zwei Personen voraus, jeweils als Mittäter ein bestimmtes Verbrechen zu begehen. Hierfür ist zwar nicht die Festlegung aller Einzelheiten der in Aussicht genommenen Tat erforderlich; vielmehr reicht es aus, wenn diese in ihren wesentlichen Grundzügen konkretisiert ist. Notwendig ist jedoch, dass der Täter unbedingt

zur Begehung einer Straftat entschlossen ist; eine bloße Tatgeneigtheit genügt nicht.

2. Spricht der Tatrichter einen Angeklagten frei, weil er Zweifel an seiner Täterschaft nicht überwinden kann, so ist dies vom Revisionsgericht regelmäßig hinzunehmen, denn die Würdigung der Beweise ist vom Gesetz dem Tatrichter übertragen (§ 261 StPO). Es obliegt allein ihm, sich unter dem umfassenden Eindruck der Hauptverhandlung ein Urteil über die Schuld oder Unschuld des Angeklagten zu bilden. Das Revisionsgericht ist demgegenüber auf die Prüfung beschränkt, ob die Beweiswürdigung des Tatrichters mit Rechtsfehlern behaftet ist, etwa weil sie Lücken oder Widersprüche aufweist, mit den Denkgesetzen oder gesichertem Erfahrungswissen nicht in Einklang steht oder an die Überzeugung von der Schuld des Angeklagten überzogene Anforderungen stellt.

3. Die fehlende Erwähnung einer Indiztatsache in einem bestimmten Beweiszusammenhang begründet nur dann eine revisionsrechtlich relevante Lücke, wenn sie nach ihrer Beweisbedeutung zwingend ausdrücklich zu erörtern war.

#### **69. BGH 1 StR 327/08 – Urteil vom 4. Dezember 2008 (LG Freiburg)**

Überspannte Anforderungen an die richterliche Überzeugungsbildung bei Tötungsdelikten (Unterstellung von Tatvarianten nach dem Zweifelsgrundsatz; rein spekulative Annahmen); niedrige Beweggründe beim Mord (natürliche Handlungseinheit); unberechtigte Annahme eines Beweisantrages ins Blaue hinein.

§ 212 StGB; § 211 StGB; § 261 StPO; § 52 StGB; § 244 Abs. 3 StPO

1. Nach der Rechtsprechung des Bundesgerichtshofs sind höchstpersönliche Rechtsgüter verschiedener Menschen, wie etwa deren Leben, einer additiven Betrachtungsweise, wie sie der natürlichen Handlungseinheit zu Grunde liegt, nur ausnahmsweise zugänglich. Greift daher der Täter einzelne Menschen nacheinander an, um jeden von ihnen in seiner Individualität zu beeinträchtigen, so besteht sowohl bei natürlicher als auch bei rechtsethisch wertender Betrachtungsweise selbst bei einheitlichem Tatentschluss und engem räumlichem und zeitlichem Zusammenhang regelmäßig kein Anlass, diese Vorgänge rechtlich als eine Tat zusammenzufassen. Etwas anderes kann nur dann gelten, wenn eine Aufspaltung in Einzeltaten wegen eines außergewöhnlichen engen zeitlichen und situativen Zusammenhangs willkürlich und gekünstelt erschiene, wie etwa bei zeitgleich und wechselweise erfolgenden Angriffen auf mehrere Opfer (vgl. zuletzt BGH, Beschl. vom 6. Juni 2008 - 2 StR 189/08 m.w.N.).

2. Zwar hat der Tatrichter bei der Prüfung dieses Mordmerkmals einen Beurteilungsspielraum, den das Revisionsgericht nicht durch eigene Erwägungen ausfüllen kann. Rechtsfehlerhaft ist es jedoch, wenn die Prüfung dieses Mordmerkmals unterblieben ist, obwohl es nach den Umständen nahe lag. Bei Motiven wie Hass, denen

eine Bewertung als niedrig - also als nach allgemeiner Anschauung verachtenswert und auf tiefster Stufe stehend - für sich allein nicht zukommt, kommt es darauf an, ob sie ihrerseits auf niedriger Gesinnung beruhen (st. Rspr.).

3. Einem Beweisbegehren muss nicht oder nur nach Maßgabe der Aufklärungspflicht nachgegangen werden, wenn die Beweisbehauptung ohne jeden tatsächlichen Anhaltspunkt und ohne begründete Vermutung für ihre Richtigkeit aufs Geratewohl ins Blaue hinein aufgestellt wurde, so dass es sich in Wahrheit nur um einen nicht ernst gemeinten, zum Schein gestellten Beweisantrag handelt. Ob ein Beweisantrag nur zum Schein gestellt ist, ist aus der Sicht eines „verständigen“ Antragstellers auf der Grundlage der von ihm selbst nicht in Frage gestellten Tatsachen zu beurteilen (st. Rspr., vgl. zuletzt zusammenfassend BGH StraFo 2008, 246 m.w.N.).

#### **89. BGH 4 StR 233/08 - Beschluss vom 8. Oktober 2008 (LG Frankfurt)**

Rücktritt bei mehraktiven Versuchsgeschehen (unbeendeter Versuch; fehlgeschlagener Versuch: tragfähige Beweiswürdigung bei möglichen gegenteiligen Schlüssen; Freiwilligkeit; natürliche Handlungseinheit bei mehreren Tötungsversuchen); gefährlicher Eingriff in den Straßenverkehr (benutztes Fahrzeug kein Tatobjekt).

§ 212 StGB; § 22 StGB; § 24 StGB; § 52 StGB; § 315b StGB

1. Bei einem mehraktigen Geschehen ist der Rücktritt hinsichtlich des ersten Tatabschnitts dann ausgeschlossen, wenn dieser als ein bereits fehlgeschlagener Versuch zu erachten ist (vgl. BGHSt 34, 53, 55; 41, 368, 369; 44, 91, 94). Von einem solchen, auch durch spätere Handlungen nicht mehr rücktrittsfähigen fehlgeschlagenen Versuch ist - bei aktivem Tun - jedoch nur dann auszugehen, wenn der Täter nach dem Mislingen des vorgestellten Tatablaufs zu der Annahme gelangt, er könne die Tat nicht mehr ohne zeitliche Zäsur mit den bereits eingesetzten oder anderen bereitliegenden Mitteln vollenden, so dass ein erneutes Ansetzen notwendig sei, um zum gewünschten Ziel zu gelangen (BGHSt 41, 368, 369 m.w.N.).

2. Auch mehrere Einzelakte, die auf die Tötung eines Menschen gerichtet sind, können - wenn sie von einem fortbestehenden Tötungsvorsatz verbunden sind - in einem derart unmittelbaren räumlichen und zeitlichen Zusammenhang stehen, dass das gesamte Handeln des Angeklagten in diesen Handlungsabschnitten auch für einen Dritten als einheitliches zusammengehöriges Tun erscheint (vgl. BGH NStZ 2005, 263; 2007, 399, jew. m. w. N.).

3. Die Gefährdung des vom Täter geführten, ihm aber nicht gehörenden Fahrzeugs scheidet aus dem Schutzbereich des § 315b StGB aus (vgl. BGHSt 27, 40).

## II. Materielles Strafrecht – Besonderer Teil

**99. BGH 4 StR 485/08 – Beschluss vom 18. November 2008 (LG Saarbrücken)**

Mangelnde Feststellungen für einen „Kontoeröffnungsbetrug“ (Betrug mit EC-Karten und Schecks; Vermögensschaden: schadensgleiche konkrete Vermögensgefährdung, POZ-System und POS-System).  
§ 263 StGB; § 266b StGB

1. Nach der Rechtsprechung des Bundesgerichtshofs kann zwar ein vollendeter Betrug schon dann vorliegen, wenn der Täter unter Vorlage eines gefälschten Personalausweises und Täuschung über seine Zahlungswilligkeit bei einer Bank ein Konto eröffnet und ihm – antragsgemäß – eine EC-Karte (Eurocheque-Karte) und Schecks ausgehändigt werden (vgl. BGHSt 47, 160, 167 m.w.N.). Jedoch betreffen diese Entscheidungen Fälle, in denen die Kartenzahlung oder die Einlösung des Schecks von der Bank garantiert wurde oder eine Rückgabe der Lastschrift nicht möglich war (BGH aaO S. 164 f.).

2. Diese Rechtsprechung ist jedoch insoweit nicht mehr aufrechtzuerhalten, als der garantierte Scheckverkehr in seiner gebräuchlichen Form zum 31. Dezember 2001 aufgegeben wurde und EC-Karten in Zahlungssystemen wie dem POZ-System eingesetzt werden, in denen die kartenausgebende Bank regelmäßig keine Garantie für die Zahlung übernimmt. Ein etwaiger Schaden durch die Kartenbenutzung tritt in diesen Fällen nicht bei der Bank, sondern beim jeweiligen Geschäftspartner ein (BGHSt 47, 160, 171).

**105. BGH 5 StR 344/08 – Beschluss vom 13. November 2008 (LG Berlin)**

Sicherungsbetrug nach verjährter Untreue (mitbestrafte Nachtat; Strafzumessung); Strafzumessung beim Versuch.  
§ 263 StGB; § 266 StGB; § 22 StGB; § 23 Abs. 2 StGB; § 46 StGB

1. Die Straflosigkeit von Sicherungsbetrugshandlungen folgt aus ihrem Charakter als mitbestrafte Nachtat. Ist die vorangegangene Vermögensstraftat verjährt, lebt die Strafbarkeit der eigentlich straflosen mitbestraften Nachtat (hier: eines versuchten Prozessbetruges) wieder auf.

2. Ist eine Tat ihrem Charakter nach ein Sicherungsbetrug, kann dies aber ein Strafzumessungsgesichtspunkt sein. Ebenso wie nachfolgende Betrugshandlungen zur Sicherung der Tatbeute sich bei der Ahndung der Haupttat strafscharfend auswirken, kann bei der isolierten Verfolgung des Sicherungsbetrugs zu Gunsten des Täters Berücksichtigung finden, dass der Vermögensschaden bereits durch eine verjäherte Straftat vorher eingetreten war.

**22. BGH 2 StR 329/08 – Urteil vom 27. August 2008 (LG Bad Kreuznach)**

Hehlerei; Betrug; Konkurrenzen (mitbestrafte Nachtat; Sicherungsbetrug).  
§ 259 StGB; § 263 StGB; § 52 StGB; § 53 StGB

1. Eine mitbestrafte Nachtat ist eine selbständige, den Tatbestand eines Strafgesetzes erfüllende rechtswidrige und schuldhaft Handlung, durch die der Täter den Erfolg der Vortat oder die durch diese erlangte Position sichert, ausnutzt oder verwertet. Sie bleibt straflos, wenn die Bewertung des konkreten Sachverhalts ergibt, dass dieser nachfolgenden, an sich strafbaren Handlung wegen ihres inneren - funktionalen - Zusammenhangs mit der (Vor-)Haupttat kein eigener Unwertgehalt zukommt, so dass auch kein Bedürfnis besteht, sie neben der Haupttat selbständig zu bestrafen.

2. Zwischen einer Hehlerei zum Nachteil des Bestohlenen einerseits und einem (versuchten) Betrug zum Nachteil des Erwerbers des Diebesguts, der hieran wegen § 935 BGB kein Eigentum erlangt, andererseits besteht Tatmehrheit. Der (versuchte) Betrug tritt schon deswegen nicht als mitbestrafte Nachtat zurück, weil sich die Taten gegen Rechtsgüter verschiedener Geschädigter richten.

**17. BGH 2 StR 286/08 – Beschluss vom 22. Oktober 2008 (LG Meiningen)**

Gefährliche Körperverletzung (mit einem anderen Beteiligten gemeinschaftlich); Täterschaft; Beihilfe.  
§ 224 Abs. 1 Nr. 4 StGB; § 25 StGB; § 27 StGB

Zwar kann das Zusammenwirken eines Täters mit einem Gehilfen zur Erfüllung des Qualifikationsmerkmals „mit einem anderen Beteiligten gemeinschaftlich“ (§ 224 Abs. 1 Nr. 4 StGB) ausreichen. Dies besagt jedoch nicht, dass in diesen Fällen der Gehilfe wegen der gemeinschaftlichen Begehungsweise als Mittäter zu bestrafen wäre. Vielmehr sind auch bei der gefährlichen Körperverletzung nach § 224 Abs. 1 Nr. 4 StGB die Tatbeiträge nach den allgemeinen Regeln abzugrenzen. Derjenige, der nur Unterstützungshandlungen für einen anderen ausführt, macht sich lediglich der Beihilfe zur gefährlichen Körperverletzung schuldig.

**102. BGH 4 StR 500/08 – Beschluss vom 25. November 2008 (LG Detmold)**

Voraussetzungen der Tateinheit zwischen Betrug und Untreue (Treueverhältnis zum Zeitpunkt der Täuschung).  
§ 266 StGB; § 263 StGB

Betrug und Untreue können nur dann tateinheitlich zusammentreffen, wenn der Täter bereits bei Vornahme

der Täuschung in einem Treueverhältnis im Sinne des § 266 StGB zu dem Getäuschten oder zu dem zu Schädigenden stand (vgl. BGHSt 8, 254, 260; BGH GA 1971, 83, 84). Ein solches Treueverhältnis ist nicht schon deshalb gegeben, weil es sich bei Geschädigten um enge Freunde oder langjährige Bekannte der Angeklagten handelt.

**90. BGH 4 StR 235/08 – Urteil vom 30. Oktober 2008 (LG Würzburg)**

Körperverletzung mit Todesfolge (spezifischer Gefahrverwirklichungszusammenhang bei Todeseintritt durch Rettungsversuche); Unterbringung in einem psychiatrischen Krankenhaus.  
§ 227 StGB; § 63 StGB

Der für § 227 StGB erforderliche spezifische Gefahrzusammenhang zwischen Verletzungsgeschehen und Todesfolge fehlt nicht schon dann, wenn zunächst nur eine Verletzung eintritt, die - für sich genommen - nicht lebensbedrohlich erscheint, sondern erst infolge des Hinzutretens besonderer Umstände zum Tode des Verletzten führt. Liegt der tatsächliche Geschehensablauf, der Körperverletzung und Todesfolge miteinander verknüpft, nicht außerhalb jeder Lebenswahrscheinlichkeit, dann kann sich im Tod des Opfers jene Gefahr verwirklichen, die bereits der Körperverletzungshandlung anhaftete (vgl. BGHSt 31, 96, 100).

**87. BGH 4 StR 195/08 - Beschluss vom 4. November 2008 (LG Bochum)**

Schwerer Parteiverrat (dieselbe Rechtssache; tatbestandliche Handlungseinheit); Beihilfe zum Betrug (keine Beihilfe nach Beendigung; Konkurrenzen); keine einheitliche Gesamtgeldstrafe.  
§ 356 StGB; § 263 StGB; § 27 StGB; § 52 StGB; § 41 StGB

1. Ausschlaggebend für die Frage, ob ein Tätigwerden „dieselbe Rechtssache“ im Sinne des Parteiverratstatbestandes betrifft und es sich nur um eine Tat handelt, ist der sachlich-rechtliche Inhalt der durch das Mandat anvertrauten Interessen. Den maßgeblichen Anknüpfungspunkt hierfür bildet das dem Täter anvertraute materielle Rechtsverhältnis in seinem gesamten tatsächlichen und rechtlichen Gehalt. Dient der Täter in derselben Sache mehrfach pflichtwidrig derselben Partei, so liegt danach auch dann eine tatbestandliche Handlungseinheit vor, wenn der Täter in mehreren, zeitlich gestreckten Akten handelt.

2. Die Frage, ob Tatmehrheit oder Tateinheit vorliegt, ist für jeden Täter und Teilnehmer voneinander unabhängig und selbständig zu prüfen (vgl. BGHR StGB § 27 Abs. 1 Konkurrenzen 1). Danach ist der Gehilfe, der durch eine Handlung (oder Unterlassung) mehrere rechtlich selbständige Haupttaten fördert, nur einer Beihilfe im Rechtssinne schuldig.

3. Das Gesetz lässt eine einheitliche Geldstrafe als zusätzliche Sanktion für mehrere abgeurteilte Straftaten

nicht zu. Vielmehr ist, wenn neben der jeweiligen Einzel Freiheitsstrafe eine Geldstrafe verhängt werden soll, dies für jede Tat gesondert zu entscheiden; aus mehreren Einzelstrafen ist sodann eine Gesamtgeldstrafe zu bilden (BGHR StGB § 41 Geldstrafe 2).

**56. BGH 3 StR 334/08 - Beschluss vom 30. Oktober 2008 (LG Mönchengladbach)**

Gefährliche Körperverletzung (mittels eines hinterlistigen Überfalls); Unterbringung in einer Entziehungsanstalt.  
§ 224 Abs. 1 Nr. 3 StGB; § 64 StGB

1. Ein Überfall ist hinterlistig im Sinne des § 224 Abs. 1 Nr. 3 StGB, wenn der Täter planmäßig in einer auf Verdeckung seiner wahren Absicht berechneten Weise vorgeht, um dadurch dem Gegner die Abwehr des nicht erwarteten Angriffs zu erschweren und die Vorbereitung auf seine Verteidigung nach Möglichkeit auszuschließen. Dies ist etwa dann der Fall, wenn der Täter dem Opfer mit vorgetäuschter Friedfertigkeit entgegentritt oder sich vor dem Opfer verbirgt und ihm auflauert oder sich anschleicht.

2. Hingegen genügt es nicht, wenn er für den Angriff auf das Opfer das Moment der Überraschung ausnutzt, etwa indem er plötzlich von hinten angreift.

**115. BGH 5 StR 506/08 – Beschluss vom 26. November 2008 (LG Potsdam)**

Rechtsfehlerhafte Beweiswürdigung beim Vorwurf der Vergewaltigung (widersprüchliche Erwägungen; Begriff der Gewalt); Nötigung (Drohung).  
§ 177 Abs. 2 StGB; § 261 StPO

Gewalt gegen eine Person im Sinne der §§ 177, 178 StGB setzt eine nicht ganz unerhebliche, gegen den Körper des Opfers gerichtete Einwirkung voraus, die von diesem nicht nur als seelischer, sondern auch als körperlicher Zwang empfunden wird und die einen psychisch determinierten Prozess in Gang setzt; ein besonderer Kraftaufwand ist nicht erforderlich (BGHR StGB § 177 Abs. 1 Gewalt 4 m.w.N.).

**34. BGH 2 StR 385/08 - Beschluss vom 1. Oktober 2008 (LG Frankfurt am Main)**

Sexueller Missbrauch einer widerstandsunfähigen Person (Körperkontakt; Widerstandsunfähigkeit).  
§ 179 StGB a.F.

Die Feststellung der Widerstandsunfähigkeit im Sinne von § 179 Abs. 1 StGB ist eine normative Entscheidung, hinsichtlich derer sich der Tatrichter nicht ohne eigene Würdigung einem Sachverständigen anschließen darf. Die Feststellung, der Geschädigte sei „mittelschwer geistig behindert“, reicht für die Widerstandsunfähigkeit nicht aus; erst recht nicht der Umstand, dass das Opfer nicht lesen oder rechnen kann (vgl. BGH NStZ-RR 2005, 172 f.; 2005, 232, 233; BGHR StGB § 179 Abs. 1 Widerstandsunfähigkeit).



### III. Strafzumessungs- und Maßregelrecht

#### 15. BGH 2 StR 270/08 - Beschluss vom 30. Juli 2008 (LG Kassel)

Strafrahmenwahl; Totschlag in einem minder schweren Fall; Doppelmilderung; Affekt.  
§ 213 StGB; § 21 StGB; § 49 Abs. 1 StGB; § 50 StGB

1. Die Möglichkeit einer weiteren Strafrahmenmilderung nach §§ 21, 49 Abs. 1 StGB kann grundsätzlich auch neben der obligatorischen Milderung gemäß §§ 213 Alt. 1, 49 Abs. 1 StGB zu prüfen sein. Denn ein über die in dem Provokationstatbestand umschriebene Erregung hinausgehender Affekt, der zu einer von § 213 StGB gerade nicht vorausgesetzten erheblichen Verminderung der Schuldfähigkeit führt, kann gegebenenfalls eine zusätzliche Strafrahmenverschiebung rechtfertigen.

2. Die im Ermessen des Tatrichters stehende weitere Milderung gemäß §§ 21, 49 Abs. 1 StGB kann jedoch rechtsfehlerfrei mit der Erwägung abgelehnt werden, dass die zu der Provokationssituation gemäß § 213 StGB hinzutretenden Eingangsvoraussetzungen des § 21 StGB keine selbständige sachliche Grundlage hatten, sondern es sich letztlich um denselben Affekt handelte.

#### 18. BGH 2 StR 291/08 - Beschluss vom 10. September 2008 (LG Frankfurt am Main)

Unterbringung in einem psychiatrischen Krankenhaus (Gefährlichkeitsprognose).  
§ 63 StGB

1. Die grundsätzlich unbefristete Unterbringung in einem psychiatrischen Krankenhaus ist eine außerordentlich belastende Maßnahme. Deshalb darf sie nur angeordnet werden, wenn eine Wahrscheinlichkeit höheren Grades besteht, der Täter werde infolge seines fortdauernden Zustandes in Zukunft erhebliche rechtswidrige Taten begehen. Eine lediglich latente Gefahr und die bloße Möglichkeit zukünftiger Straftaten reichen nicht aus.

2. Begeht ein Täter trotz bestehenden Defekts im Sinne des § 20 StGB vor dem Anlassdelikt jahrzehntelang keine Straftaten, so ist dies ein gewichtiges Indiz gegen die Wahrscheinlichkeit künftiger gefährlicher Straftaten.

#### 101. BGH 4 StR 495/08 - Beschluss vom 6. November 2008 (LG Saarbrücken)

Sexuelle Nötigung durch konkludente Drohung, das Opfer nicht mehr gegen frühere gewaltbereite Zuhälter zu schützen (schutzlose Lage); rechtsfehlerhafte nachträgliche Gesamtstrafenbildung; Auferlegung der notwendigen Auslagen der Nebenklägerin.  
§ 177 Abs. 1 StGB; § 240 StGB; § 55 StGB; § 473 Abs. 1 Satz 2 StPO

1. Grundsätzlich hat nach Aufhebung einer Gesamtstrafe in der erneuten Hauptverhandlung die Gesamtstrafenbildung nach § 55 Abs. 1 Satz 1 StGB nach Maßgabe der Vollstreckungssituation zum Zeitpunkt der ersten Verhandlung zu erfolgen.

2. Dies gilt nicht nur in dem speziellen Fall, in dem die Urteilsaufhebung gerade wegen fehlerhaft unterbliebener nachträglicher Gesamtstrafenbildung erfolgt ist. Vielmehr ist regelmäßig so zu verfahren, damit einem Revisionsführer ein durch nachträgliche Gesamtstrafenbildung erlangter Rechtsvorteil nicht durch sein Rechtsmittel genommen wird (st. Rspr., vgl. BGH NStZ 2001, 645; BGH, Beschlüsse vom 24. Juni 1999 - 4 StR 200/99 - und vom 18. Januar 2000 - 4 StR 633/99).

#### 13. BGH 2 StR 265/08 - Beschluss vom 5. September 2008 (LG Gera)

Vorbehalt der Sicherungsverwahrung (maßgeblicher Zeitpunkt für die Gefährlichkeitsprognose); unzulässige Revision der Nebenklage (fehlende Angabe eines zulässigen Rechtsmittelziels).  
§ 66a StGB; § 67c Abs. 1 StGB; § 400 Abs. 1 StPO

1. Bei der Entscheidung über den Vorbehalt der Sicherungsverwahrung ist für die Beurteilung der Gefährlichkeit nicht der Zeitpunkt der späteren Entlassung des Angeklagten aus dem Strafvollzug maßgeblich, sondern der Zeitpunkt der Aburteilung. Zukünftige Veränderungen können hierbei berücksichtigt werden, wenn sie Haltungsänderungen erwarten lassen.

2. Eine bloße Hoffnung auf eine spätere Verringerung der Gefährlichkeit kann nicht schon ihrer aktuellen Feststellung entgegenstehen. Denkbare, nur erhoffte positive Haltungsänderungen durch den Strafvollzug bleiben regelmäßig einer Prüfung gemäß § 67c Abs. 1 StGB vorbehalten.

#### 81. BGH 1 StR 654/08 - Beschluss vom 3. Dezember 2008 (LG Baden-Baden)

Bemessung der Dauer des Vorwegvollzugs nach neuem Recht (Unmaßgeblichkeit der Wahrscheinlichkeit einer Halbstrafenentlassung).  
§ 67 Abs. 2 Satz 3, Abs. 5 Satz 1 StGB

Nach der Neuregelung des § 67 Abs. 2 Satz 3, Abs. 5 Satz 1 StGB ist die Bemessung der Dauer des Vorwegvollzugs ohne Rücksicht auf die Wahrscheinlichkeit einer bedingten Entlassung an der Möglichkeit der Halbstrafenentlassung auszurichten ist. Dies schließt es aus, bei einem prognostizierten Maßregelvollzug von einem Jahr den Vorwegvollzug der Strafe mit zweieinhalb Jahren statt

mit eineinhalb Jahren anzusetzen, um beim Angeklagten den Motivationsdruck für die Maßregel zu erhöhen.

**108. BGH 5 StR 425/08 – Urteil vom 26. November 2008 (LG Berlin)**

Rechtsfehlerhaft unterbliebene Verfallsanordnung (Wertersatz; Erlangtes; Schätzung; Sicherheitsabschläge).

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

1. Nach § 73 Abs. 1 Satz 1 StGB hat das Gericht zwingend den Verfall anzuordnen, wenn der Täter eine rechtswidrige Tat begangen und für sie oder aus ihr etwas erlangt hat. Aus der Tat sind alle Vermögenswerte erlangt, die dem Täter unmittelbar aus der Verwirklichung des Tatbestandes selbst in irgendeiner Phase des Tatablaufs zufließen (BGHR StGB § 73 Erlangtes 4 m.w.N.). Bei Rauschgifterlösen ist der gesamte Verkaufserlös erlangt (BGHR StGB § 73b Schätzung 2).

2. Wenn konkrete Feststellungen hinsichtlich des vom Angeklagten vereinnahmten Verkaufserlöses nicht getroffen werden können, ist er nach § 73b StGB zu schätzen. Dies bedeutet, dass sich das Tatgericht, ausgehend von einer aufgrund des gesamten Ergebnisses der Beweisaufnahme sicheren Schätzungsgrundlage, mit einer Wertannahme begnügen kann (BGHR StGB § 73b Schätzung 2).

**117. BGH 5 StR 513/08 – Beschluss vom 27. November 2008 (LG Bremen)**

Strafzumessung bei schwerem Raub (minder schwerer Fall; Wertungsfehler bei einer Vielzahl gewichtiger Strafmilderungsgründe; Verhältnis zur Strafe der Mitangeklagten).

§ 46 StGB; § 249 StGB; § 250 StGB

Zwar muss, auch wenn mehrere Angeklagte in einem Verfahren abgeurteilt werden, für jeden von ihnen die Strafe unter Abwägung aller in Betracht kommenden Umstände aus der Sache selbst gefunden werden (BGHR StGB § 46 Abs. 2 Wertungsfehler 23). Der Gesichtspunkt, dass gegen Mittäter verhängte Strafen auch in einem gerechten Verhältnis zueinander stehen sollten, kann aber nicht völlig unbeachtet bleiben. Deswegen müssen Unterschiede jedenfalls dann erläutert werden, wenn sie sich nicht aus der Sache selbst ergeben (BGHR StGB § 46 Abs. 2 Zumessungsfehler 1).

**11. BGH 2 StR 237/08 – Beschluss vom 5. September 2008 (LG Gera)**

Rücktritt vom Versuch (fehlgeschlagener Versuch; Aufgeben: Erreichung eines außertatbestandlichen Zieles); Vorbehalt der Unterbringung in der Sicherungsverwahrung (Gefährlichkeitsprognose: maßgeblicher Zeitpunkt); Verschlechterungsverbot; unzulässige Revision der Nebenklage (fehlende Angabe eines zulässigen Rechtsmittelziels).

§ 24 Abs. 1 StGB; § 66a StGB; § 358 Abs. 2 StPO; § 400 Abs. 1 StPO

Bei der Entscheidung über die Anordnung des Vorbehalts der Sicherungsverwahrung ist für die Beurteilung der Gefährlichkeit des Angeklagten der Zeitpunkt der Aburteilung maßgeblich. Dies gilt auch dann, wenn daneben die Unterbringung in einer Entziehungsanstalt angeordnet wird, die zuerst vollstreckt werden soll: Auch in einem solchen Fall begegnet es durchgreifenden rechtlichen Bedenken, auf den Zeitpunkt nach Beendigung der Unterbringung in einer Entziehungsanstalt abzustellen.

**65. BGH 3 StR 450/08 – Urteil vom 27. November 2008 (LG Mönchengladbach)**

Unterbringung in einem psychiatrischen Krankenhaus (Verhältnismäßigkeit); Erheblichkeit drohender Taten (Verbrechenstatbestände; Gefährlichkeitsprognose).

§ 62 StGB; § 63 StGB

1. Wegen der Schwere des Eingriffs in die persönliche Freiheit und mit Rücksicht auf den Grundsatz der Verhältnismäßigkeit (§ 62 StGB) können nur schwere Störungen des Rechtsfriedens, die zumindest in dem Bereich der mittleren Kriminalität hineinreichen, eine Unterbringung in einem psychiatrischen Krankenhaus rechtfertigen. Auch muss aufgrund einer umfassenden Würdigung von Tat und Täter eine höhere oder doch bestimmte, jedenfalls über die bloße Möglichkeit hinausreichende Wahrscheinlichkeit zu bejahen sein, dass der Täter infolge seines Zustands weitere erhebliche rechtswidrige Taten begehen wird.

2. Die Erheblichkeit drohender Taten kann sich bereits ohne weiteres aus dem Deliktstypus der Anlasstat ergeben. So ist die Erheblichkeitsschwelle bei Verwirklichung von Verbrechenstatbeständen regelmäßig überschritten. In besonders gelagerten Ausnahmefällen – etwa dann, wenn ein verwirklichter Verbrechenstatbestand als eher harmlos oder als nur belästigend wahrgenommen wird und überdies nur zu geringfügigen Beeinträchtigungen des Tatopfers geführt hat – vermag er jedoch trotz seines Deliktscharakters die in § 63 StGB vorausgesetzte Gefährlichkeitsprognose nicht zu begründen.

**1. BGH 1 StR 323/08 – Beschluss vom 22. September 2008 (LG Koblenz)**

BGHR; Beihilfe zu mehreren Taten der Steuerhinterziehung durch jeweils selbständige Unterstützungs-

handlungen Hilfe (Verhältnis zur Beihilfe zur Anbahnung des Gesamtgeschäfts; Hinterziehung von Tabaksteuer; besonders schwerer Fall beim Gehilfen); Unzulässigkeit einer Rüge der Besorgnis der Befangenheit nach zwischenzeitlicher Verfahrensabsprache (Verbot widersprüchlichen Rügeverhaltens; Rechtsschutzinteresse; Verwirkung; Missbrauchsverbot; staatliches Effizienzgebot; unzulässige Rechtsfortbildung); redaktioneller Hinweis.

Art. 19 Abs. 4, 20 Abs. 3 GG; Art. 6 EMRK; § 370 Abs. 1 Nr. 2, Abs. 3 AO; § 27 StGB; § 11 Abs. 3 TabStG; § 18 Abs. 1 Satz 1 TabStG

1. Leistet der Gehilfe zu mehreren Taten der Steuerhinterziehung durch jeweils selbständige Unterstützungshandlungen Hilfe im Sinne des § 27 Abs. 1 StGB, steht der Umstand, dass der Angeklagte bereits bei der Anbahnung des Gesamtgeschäfts, auf das die einzelnen Haupttaten zurückgehen, beteiligt war, der Annahme von mehreren im Verhältnis der Tatmehrheit (§ 53 Abs. 1 StGB) zueinander stehenden Taten der Beihilfe zur Steuerhinterziehung nicht entgegen. (BGHR)

2. Die Annahme eines besonders schweren Falles nach § 370 Abs. 3 AO setzt beim Gehilfen eine eigenständige Bewertung aller Umstände einschließlich seines Tatbeitrages voraus (vgl. BGH NStZ 1983, 217; wistra 2007, 461). (Bearbeiter)

3. Eine Befangenheitsrüge ist unzulässig, wenn der Angeklagte nach sachlicher Bescheidung des Befangenheitsantrags mit den zuvor als befangen abgelehnten Richtern eine Urteilsabsprache getroffen hat und keine Umstände vorgetragen werden, die trotz dieser Absprache ein Fortbestehen der von dem Angeklagten mit seinem Befangenheitsantrag geltend gemachten Besorgnis der Befangenheit rechtfertigen könnten. (Bearbeiter)

4. Ein vorhandenes und fortbestehendes Rechtsschutzinteresse ist eine allen Prozessordnungen gemeinsame Sachentscheidungsvoraussetzung (BVerfG - Kammer - NJW 2003, 1514, 1515 m.w.N.). Das Rechtsschutzinteresse kann fehlen, wenn die Ausübung eines an sich gegebenen Rechts zu früherem Prozessverhalten in einem unauflösbaren Selbstwiderspruch steht (BGH StV 2001, 100 und StV 2001, 101). Die Rechtsausübung kann dann auch mit dem auch im Strafprozess bestehenden Verbot des Missbrauchs prozessualer Rechte sowie dem auch für die Gerichte geltenden Grundsatz der Effizienz staatlichen Handelns (vgl. BVerfG - Kammer - NJW 2003, 1514, 1515) nicht zu vereinbaren sein. (Bearbeiter)

5. Der Senat verkennt nicht, dass bei besonderen Umständen trotz vorheriger Urteilsabsprache ein Rechtsschutzbedürfnis für die Erhebung einer Befangenheitsrüge gegeben sein kann. Dies ist etwa der Fall, wenn sich eine neue Sachlage ergibt, die dazu führt, dass das Gericht seine Zusage nicht mehr aufrechterhält. Dasselbe gilt, wenn besondere Umstände vorhanden sind, die bei verständiger Würdigung des Sachverhalts trotz der Urteilsabsprache ein fortbestehendes Misstrauen in die Unparteilichkeit des Gerichts rechtfertigen. (Bearbeiter)

### 68. BGH 1 StR 322/08 – Beschluss vom 10. Dezember 2008

BGHSt: Besetzungsrüge (Teilabordnung eines OLG-Richters an ein LG; gesetzlicher Richter; Verhinderungsfall); Begriff des Steuervorteils bei der Steuerhinterziehung (gesonderte Feststellung von Besteuerungsgrundlagen; Feststellungsbescheid als konkrete Steuerverkürzung; Steuerverkürzung; Steuerhinterziehung als Vermögensgefährdungsdelikt).

Art. 101 Abs. 1 Satz 2 GG; § 37 DRiG; § 27 Abs. 2 DRiG; § 21f Abs. 1 GVG; § 192 GVG; § 180 AO; § 370 AO

1. Die Teilabordnung eines (Vorsitzenden) Richters am Oberlandesgericht an ein Landgericht ist nach § 37 DRiG zulässig. § 27 Abs. 2 DRiG steht dem weder unmittelbar noch in analoger Anwendung entgegen. (BGHSt)

2. Vorsitzender eines Spruchkörpers bei einem Landgericht kann auch ein Vorsitzender Richter am Oberlandesgericht sein, der an das Landgericht (rück-)abgeordnet wurde. (BGHSt)

3. Scheidet ein Richter aus einem Spruchkörper aufgrund der Übertragung eines Richteramtes bei einem anderen Gericht aus, ist ein Verhinderungsfall i.S.v. § 192 Abs. 2 GVG nicht gegeben, wenn die Hauptverhandlung, die unter Beteiligung des Richters begonnen wurde, aufgrund einer Rückabordnung nach § 37 DRiG innerhalb der Fristen des § 229 StPO in der ursprünglichen Besetzung der Richterbank fortgesetzt werden kann. (BGHSt)

4. Die gesonderte Feststellung von Besteuerungsgrundlagen nach § 180 Abs. 1 Nr. 2a AO kann einen nicht gerechtfertigten Steuervorteil im Sinne von § 370 Abs. 1 AO darstellen. (BGHSt)

5. Ein unrichtiger Feststellungsbescheid bewirkt als bloßer Grundlagenbescheid keine Steuerverkürzung. (Bearbeiter)

6. Eine genaue betragsmäßige Bestimmung der bei einer späteren Umsetzung der festgestellten Besteuerungsgrundlagen in einem Folgebescheid eintretenden Steuerverkürzung ist nicht Voraussetzung für die Annahme eines Steuervorteils. (Bearbeiter)

7. Die Steuerhinterziehung ist zwar Erfolgsdelikt, jedoch nicht notwendig Verletzungsdelikt. Wie die Vorschrift des § 370 Abs. 4 Satz 1 AO zeigt, genügt z.B. für eine Steuerverkürzung schon die zu niedrige Festsetzung von Steuern, also eine konkrete Gefährdung des Steueranspruchs. (Bearbeiter)

8. Die durch eine Umsetzung der festgestellten unrichtigen Besteuerungsgrundlagen bei der Steuerfestsetzung in den Folgebescheiden bewirkte Steuerverkürzung stellt lediglich einen weitergehenden Taterfolg dar, der insbesondere für den Zeitpunkt der Tatbeendigung und damit für den Verjährungsbeginn der Steuerhinterziehung von Bedeutung ist (vgl. BGH wistra 1984, 142). (Bearbeiter)

**76. BGH 1 StR 583/08 - Beschluss vom 5. November 2008 (LG München I)**

BGHR; Wahrung der Unterbrechungsfrist nach § 229 Abs. 1 StPO (Konzentrationsmaxime; verkürzte Hauptverhandlung aufgrund unvorhersehbarer Ereignisse; Verfahrensförderung; Schiebetermine).

Art. 6 EMRK; § 228 Abs. 1 StPO; § 229 Abs. 1, Abs. 4 Satz 1 StPO

1. Zur Wahrung der Unterbrechungsfrist nach § 229 Abs. 1 StPO, wenn eine Hauptverhandlung aufgrund unvorhersehbarer Ereignisse nur in wesentlich geringerem Umfang als vorgesehen, insbesondere nur durch eine Entscheidung über die Unterbrechung des Verfahrens nach § 228 Abs. 1 StPO gefördert werden kann. (BGHR)

2. Eine Hauptverhandlung gilt dann im Sinne des § 229 Abs. 4 StPO als fortgesetzt und muss nicht wegen Überschreitung der Frist des § 229 Abs. 1 StPO ausgesetzt werden, wenn in dem Fortsetzungstermin zur Sache verhandelt und das Verfahren gefördert wird (vgl. BGHR StPO § 229 Abs. 1 Sachverhandlung 6 m.w.N.). Insofern ist auch nach der Verlängerung der Unterbrechungsfrist des § 229 Abs. 1 StPO durch das 1. Justizmodernisierungsgesetz vom 24. August 2004 (BGBl. I 2198) anerkannt, dass hierfür jedenfalls eine auch nur geringfügige Beweisaufnahme genügt. Aber auch die Erörterung von Verfahrensfragen reicht zumindest dann, wenn der Sitzungstag nicht von vornherein als sog. Schiebetermin konzipiert war. (Bearbeiter)

**107. BGH 5 StR 412/08 - Urteil vom 9. Dezember 2008 (LG Braunschweig)**

Vergewaltigung (Strafzumessung; Grenzen der Revisibilität bei milder schweren und besonders schweren Fällen, vorheriger Austausch von Zärtlichkeiten); Aufklärungsrüge (Darlegungsvoraussetzungen; Verbot der Rekonstruktion der Hauptverhandlung); Behinderungsrüge (kausaler Zusammenhang).

§ 177 Abs. 1 Nr. 1 und Nr. 3, Abs. 2 Nr. 1 StGB; § 344 Abs. 2 Satz 2 StPO; § 244 Abs. 2 StPO; § 338 Nr. 8 StPO; § 46 StGB

1. Eine unterbliebene vollständige Ausschöpfung erhobener Beweise kann nicht Gegenstand einer Aufklärungsrüge sein, weil sich das Revisionsgericht nicht über das Verbot der Rekonstruktion der Beweisaufnahme hinwegsetzen darf (vgl. BGHSt 43, 212, 214; BGH NJW 2003, 150, 152, insoweit in BGHSt 48, 34 nicht abgedruckt). Das Tatgericht ist nämlich zur umfassenden Dokumentation der Beweisaufnahme im Urteil nicht verpflichtet (vgl. BGHSt 15, 347, 348; BGH NStZ 2007, 720), sondern lediglich zur Darstellung seiner – wenn auch rational zu begründenden und tatsächengestützten (vgl. BGH, Urteil vom 18. September 2008 – 5 StR 224/08 Rdn. 16) – Beweisführung.

2. Das Gericht muss von Amts wegen Beweis erheben, wenn ihm aus den Akten oder aus dem Stoff der Verhandlung noch Umstände und Möglichkeiten bekannt oder erkennbar sind, die bei verständiger Würdigung der Sachlage begründete Zweifel an der Richtigkeit der – aufgrund der bisherigen Beweisaufnahme erlangten –

Überzeugung wecken müssen (BGHR StPO § 244 Abs. 2 Aufdrängen 6 m.w.N.).

3. Die Wertung, im Vorfeld einer Vergewaltigung ausgetauschte Zärtlichkeiten – ersichtlich auch in Verbindung mit dem weiteren vertrauten persönlichen Umgang zwischen dem Angeklagten und der Nebenklägerin – hätten dem Angeklagten Hoffnung auf einverständliche sexuelle Handlungen gemacht, ist als zulässiger Schluss des Tatgerichts (vgl. BGHSt 36, 1, 14; BGH NJW 2007, 384, 387, insoweit in BGHSt 51, 144 nicht abgedruckt) nicht zu beanstanden.

**75. BGH 1 StR 568/08 - Beschluss vom 18. November 2008 (LG Mannheim)**

Verfahrensrüge bei der rechtsstaatswidrigen Verfahrensverzögerung (Vortrag von Negativtatsachen); verfehlter doppelter Rabat; redaktioneller Hinweis.

Art. 6 Abs. 1 Satz 1 EMRK; Art. 13 EMRK; § 344 Abs. 2 Satz 2 StPO; § 46 StGB

1. Zwar dürfen die Anforderungen an den Umfang der Darstellung der den Mangel enthaltenden Tatsachen bei der Beanstandung einer konventionswidrigen Verzögerung während eines wie hier mehrere Jahre währenden Verfahrens nicht überzogen werden. Von einem Beschwerdeführer ist aber zu erwarten, dass er einen realistischen Überblick über den tatsächlichen Ablauf des Strafverfahrens gibt (BGH NJW 2008, 2451, 2452). Dieser Darstellung bedarf es deswegen, weil für die Frage der Konventionswidrigkeit das Verfahren insgesamt zu beurteilen ist, regelmäßig beginnend mit dem Zeitpunkt, in dem der Beschuldigte von der Einleitung des gegen ihn gerichteten Ermittlungsverfahrens Kenntnis erlangt.

2. Auch wenn der Angeklagte bei seiner Darstellung des Verfahrensablaufs auf den Zeitraum zwischen der Verkündung und der Zustellung des Urteils allein abstellt und damit eine verfahrensabschnittsbezogene Verletzung des Art. 6 EMRK darlegen will, muss er über den Verfahrensgang vor dieser Zeit einen Überblick geben.

**116. BGH 5 StR 511/08 - Beschluss vom 9. Dezember 2008 (LG Berlin)**

Anforderungen an die Beweiswürdigung bei der Vergewaltigung (Begründungsanforderungen bei Aussage gegen Aussage; Darlegungen zur Einstellung eines ähnlichen Tatvorwurfs der Belastungszeugin nach § 154 StPO).

§ 177 Abs. 2 StGB; § 261 StPO; § 154 StPO

In rechtlich anspruchsvollen Konstellationen der Beweiswürdigung kann sich die Notwendigkeit ergeben, auf nach § 154 Abs. 2 StPO ausgeschiedene Straftaten im Rahmen der Beweiswürdigung näher einzugehen. Zu derartigen Sachverhalten zählen unter anderem serielle Fälle aus dem Bereich des Sexualstrafrechts, in denen Aussage gegen Aussage steht und damit die Überzeugungsbildung des Gerichts allein von der Einschätzung der Wertigkeit der Angaben des Belastungszeugen abhängt. Verhält es sich so und besteht die Möglichkeit, dass Umstände der ausgeschiedenen Straftaten Einfluss auf die Überzeugungsbildung in den abgeurteilten Fällen haben können, muss sich das Gericht gedrängt sehen,

hierauf im Urteil näher einzugehen (vgl. Senat, Beschluss vom 10. Juni 2008 – 5 StR 143/08 – [= StV 2008, 449]).

**59. BGH 3 StR 375/08 - Urteil vom 30. Oktober 2008 (LG Stade)**

Tat im prozessualen Sinne (Individualisierung der Tat bei Serienstraftaten; Umgestaltung der Strafklage); Akkusationsprinzip; Anklagegrundsatz; Tatidentität (Tatort; Begleitumstände); Strafzumessung bei Sexualstraftaten (Vergewaltigung: Gesamtwürdigung bei der Verneinung des besonders schweren Falles und Bejahung eines minder schweren Falles; schwerer sexueller Missbrauch von Kindern; Voraussetzungen der Strafschärfung bei Einbeziehung weiterer, nicht einzeln angeklagter sexuellen Handlungen in die Strafzumessung bei Serienstraftaten).

§ 264 Abs. 1 StPO; § 200 StPO; § 46 StGB; § 177 StGB; § 176a StGB

1. Gegenstand der Urteilsfindung ist die in der Anklage bezeichnete Tat im verfahrensrechtlichen Sinne (§ 264 Abs. 1 StPO). Hierzu gehört das gesamte Verhalten des Angeklagten, soweit es mit dem durch die Anklage bezeichneten geschichtlichen Vorkommnis nach der Lebensauffassung einen einheitlichen Vorgang darstellt. In diesem Rahmen muss der Tatrichter seine Untersuchung auch auf Teile der Tat erstrecken, die erst in der Hauptverhandlung bekannt werden (Umgestaltung der Strafklage).

2. Die Umgestaltung der Strafklage darf nicht dazu führen, dass das der Anklage zu Grunde liegende Geschehen vollständig verlassen und durch ein anderes ersetzt wird, mag dieses auch gleichartig sein, da es dann an der erforderlichen Tatidentität im Sinne des § 264 Abs. 1 StPO fehlt. So liegt es etwa bei einem Geschehen an einem anderen Tatort und unter anderen Begleitumständen, wenn sich der Lebenssachverhalt von den Anklagevorwürfen deutlich unterscheidet.

3. Auch bei Serienstraftaten muss der Tatrichter von jeder einzelnen individuellen Straftat überzeugt sein. Zur Vermeidung unvertretbarer Strafbarkeitslücken dürfen zwar aufgrund der Feststellungsschwierigkeiten bei oft gleichförmig verlaufenden Taten über einen langen Zeitraum zum Nachteil von Kindern und/oder Schutzbefohlenen, die in der Regel allein als Beweismittel zur Verfügung stehen, keine überzogenen Anforderungen an die Individualisierbarkeit der einzelnen Taten im Urteil gestellt werden. Der Tatrichter muss sich aber in objektiv nachvollziehbarer Weise zumindest die Überzeugung verschaffen, dass es in einem gewissen Zeitraum zu einer bestimmten Mindestzahl von Straftaten gekommen ist.

4. Die Entscheidung über die Annahme eines minder schweren Falles und - entsprechend - über das Absehen von der Regelwirkung des § 177 Abs. 2 StGB ist auf Grund einer Gesamtbetrachtung zu treffen, die alle Umstände einzubeziehen hat, die für die Wertung der Tat und des Täters bedeutsam sind, gleichgültig, ob sie der Tat selbst innewohnen, sie begleiten, ihr vorausgehen oder nachfolgen (BGHR StGB vor § 1/minder schwerer Fall, Gesamtwürdigung 8). Eine Bewertung nur des engeren Tatgeschehens ist unzulässig (BGHR StGB vor

§ 1/minder schwerer Fall, Gesamtwürdigung 5; Gesamtwürdigung, unvollständige 10). Es stellt daher einen durchgreifenden Rechtsfehler dar, wenn der Tatrichter bei der Strafraumwahl einen bestimmenden Strafzumessungsgesichtspunkt (vgl. § 267 Abs. 3 Satz 1 StPO) erkennbar außer Betracht lässt.

**119. BGH 5 StR 526/08 – Beschluss vom 27. November 2008 (LG Chemnitz)**

Hinweispflicht bei der strafschärfenden Einbeziehung aus der Hauptverhandlung ausgeschiedener Tatvorwürfe (ausnahmsweise Entbehrlichkeit).

§ 265 StPO; § 154 Abs. 2 StPO

Durch die Verfahrenseinstellung nach § 154 Abs. 2 StPO wird regelmäßig ein Vertrauen des Angeklagten darauf begründet, dass ihm der ausgeschiedene Prozessstoff nicht mehr angelastet werde. Deswegen gebieten es die faire Verfahrensgestaltung, aber auch der Gesichtspunkt des rechtlichen Gehörs, vor einer dennoch beabsichtigten nachteiligen Verwertung einen Hinweis zu erteilen, um den Vertrauenstatbestand wieder zu beseitigen (BGHSt 30, 197; BGHR § 154 Abs. 2 Hinweispflicht 4; BGH StV 2004, 162).

**113. BGH 5 StR 496/08 - Beschluss vom 27. November 2008 (LG Hamburg)**

Wahrung der einmonatigen Revisionsbegründungsfrist (Wiedereinsetzung in den vorigen Stand zur Anbringung von Verfahrensrügen; Mitwirkung des Rechtspflegers).

Art. 6 EMRK; Art. 19 Abs. 4 GG; § 44 StPO; § 345 Abs. 1 StPO

1. Das Recht eines Revisionsführers, die Revision zu Protokoll der Geschäftsstelle zu begründen, besteht nur innerhalb der normalen Dienststunden (BGH NStZ 1996, 353; BGHR StPO § 45 Abs. 1 Satz 1 Frist 1). In diesem Zusammenhang kann aber nicht erwartet werden, dass der Rechtspfleger während seiner gesamten Dienststunden für die Prüfung der vorliegenden Revisionsbegründung zur Verfügung steht.

2. Nichts anderes gilt für den Fall, in dem der Angeklagte dem Rechtspfleger eine von ihm, dem Angeklagten, verfasste umfangreiche Revisionsbegründungsschrift vorlegt, die der Rechtspfleger gewissenhaft zu prüfen hat, um dem Erfordernis einer gestaltenden Beurteilung gerecht zu werden.

3. Ein amtliches Verschulden ist auch nicht unter dem Gesichtspunkt zu erkennen, dass der Rechtspfleger bei der Vorlage dieser Revisionsbegründungsschrift gehalten gewesen wäre, den „gerichtserfahrenen“ Angeklagten während der Überprüfungszeit darüber zu informieren, dass er seine Überprüfung nicht innerhalb der Revisionsbegründungsfrist bewältigen können.

**111. BGH 5 StR 491/08 – Beschluss vom 25. November 2008 (LG Berlin)**

Beweiswürdigung bei überwiegender Belastung durch (frühere) Mitangeklagte.

§ 261 StPO

Der Bundesgerichtshof hat wiederholt entschieden, dass

ein für den Angeklagten ungünstiger Sachverhalt nicht festgestellt werden darf, wenn Umstände vorliegen oder auch nur als nicht widerlegbar zugunsten des Angeklagten angenommen werden müssen, die bei objektiver Betrachtung zu vernünftigen Zweifeln an der Zuverlässigkeit der den Angeklagten belastenden Beweismittel führen. Vernünftige Zweifel können besonders dann auftreten, wenn ein Angeklagter allein oder überwiegend durch Angaben eines (früheren) Mitangeklagten belastet wird, zumal wenn es nahe liegt, dass der (frühere) Mitangeklagte sich durch die den anderen belastende Aussage selbst entlasten will (vgl. hierzu BGHR StPO § 261 Mitangeklagte 1 und Zeuge 5; BGH StV 1990, 533; 1991, 452).

**92. BGH 4 StR 301/08 - Beschluss vom 18. November 2008 (LG Saarbrücken)**

Unzulässiges Rechtsmittel der Nebenklage nach Tod der Verletzten (Anschlussberechtigung des Nebenklägers; Existenz des Anschlussklärenden).  
§ 395 Abs. 2 Nr. 1 StPO; § 349 Abs. 1 StPO; § 402 StPO

1. Anschlussklärungen der Nebenkläger verlieren durch deren Tod ihre Wirkung. Eine Fortführung der Nebenklage durch Angehörige der Nebenkläger kommt nicht in Betracht.

2. Dem Strafverfahren als Nebenkläger anschließen kann sich nur eine existente Person. Bestehen an der Existenz des Anschlussklärenden Zweifel, so gilt nicht der Zweifelsgrundsatz, vielmehr hat sich das Gericht – grundsätzlich im Wege des Freibeweises – positiv von dessen Existenz zu überzeugen.

**98. BGH 4 StR 480/08 - Beschluss vom 11. November 2008 (LG Bielefeld)**

Mitwirkung eines befangenen oder ausgeschlossenen Richters (Besorgnis der Befangenheit: Telefonat mit dem Sachverständigen außerhalb der Hauptverhandlung; verworfenes Ablehnungsgesuch); Ausschluss des Richters bei Vernehmung als Zeuge.  
§ 338 Nr. 3 StPO; § 22 Nr. 5 StPO

§ 22 Nr. 5 StPO schließt den Richter nicht allein schon deshalb aus, weil seine Vernehmung als Zeuge zu Umständen, die im Zusammenhang mit dem Verfahren stehen, möglicherweise in Betracht kommt, falls im Einzelfall eine dienstliche Erklärung hierzu nicht ausreicht.

**83. BGH 4 StR 167/08 - Beschluss vom 14. Oktober 2008 (LG Saarbrücken)**

Sexuelle Nötigung; Nötigung (konkludente Drohung; besonders schwerer Fall); Notwendigkeit eigener neuer Feststellungen nach Urteilsaufhebung trotz Geständnisses.  
§ 177 Abs. 1, Abs. 2 StGB; § 240 Abs. 1, Abs. 4 Satz 1 und 2 Nr. 1 StGB; § 267 StPO; § 353 StPO; § 354 StPO

Wenn die Feststellungen des früheren Urteils aufgehoben worden sind, hat der neu entscheidende Tatrichter umfassende eigene Feststellungen zu treffen und in den Urteilsgründen mitzuteilen. Dies gilt auch bei einem Geständnis. Nur wenn die neue Hauptverhandlung die

Richtigkeit der Feststellungen des aufgehobenen Urteils ergeben hat, dürfen sich die neuen Feststellungen an diese anlehnen; es ist dann sogar zulässig, in dem Umfang den Text des aufgehobenen Urteils wörtlich zu übernehmen.

**74. BGH 1 StR 541/08 - Beschluss vom 18. November 2008 (LG Heilbronn)**

Unbegründete Befangenheitsanträge gegen vorbefasste Mitglieder des 1. Strafsenats nach vorheriger Aufhebung eines Freispruchs wegen unzureichender Beweiswürdigung (Recht auf ein unabhängiges und unparteiliches Gericht; Vorbefassung; Besorgnis der Befangenheit).  
Art. 101 Satz 2 GG; Art. 6 Abs. 1 Satz 1 EMRK; § 24 Abs. 2 StPO; § 26a Abs. 1 Nr. 2 StPO

1. Eine den Verfahrensgegenstand berührende Vortätigkeit eines Richters ist, soweit kein gesetzlicher Ausschließungsgrund vorliegt (vgl. § 22 Nr. 4, 5, § 23, § 148a Abs. 2 Satz 1 StPO), für sich allein nie ein Ablehnungsgrund. Auch „ein Richter, der bei einer vom Revisionsgericht aufgehobenen Entscheidung mitgewirkt hat, ist nach Zurückweisung der Sache weder kraft Gesetzes von der Mitwirkung bei der neuen Entscheidung ausgeschlossen, noch rechtfertigt seine Mitwirkung bei der früheren Entscheidung für sich allein die Ablehnung wegen Besorgnis der Befangenheit“ (BGHSt 21, 142).

2. Ein verständiger Angeklagter wird von der (zutreffenden) Erwägung ausgehen, dass ein Richter sich auf Grund der ihm nach seiner Stellung, Erziehung und Ausbildung eigenen Haltung von Befangenheit frei hält und sich nicht durch dienstliche Vorentscheidungen bei künftigen Entscheidungen, namentlich dem Urteil, beeinflussen lässt. Ein Befangenheitsantrag, der lediglich damit begründet wird, der Richter sei an einer Vorentscheidung zu Lasten des Angeklagten beteiligt gewesen, ist deshalb schon unzulässig gemäß § 26a Abs. 1 Nr. 2 StPO.

3. Hat sich ein Richter im früheren Verfahren sachlich verhalten, so rechtfertigen auch Prozessverstöße oder Fehler bei der Anwendung des materiellen Rechts grundsätzlich nicht die Annahme seiner Voreingenommenheit gegenüber dem Angeklagten (vgl. BGH, Beschl. vom 18. Mai 1994 - 3 StR 628/93). Eine andere Beurteilung ist dann geboten, wenn darüber hinaus die Unparteilichkeit eines abgelehnten, mit der Sache vorbefassten Richters aufgrund von - das Gebot der Sachlichkeit verletzenden - Äußerungen, Maßnahmen oder Verhalten in Zweifel zu ziehen ist. Ebenso können in der Sache nicht gebotene abträgliche Werturteile über den Angeklagten oder sein Verhalten in den Urteilsgründen die Ablehnung in einem späteren Verfahren rechtfertigen (BGH, Beschl. vom 27. April 1972 - 4 StR 149/72 [= BGHSt 24, 336, 338]). Auch grobe, insbesondere objektiv willkürliche oder auf Missachtung grundlegender Verfahrensrechte von Prozessbeteiligten beruhende Verstöße gegen das Verfahrensrecht können aus der Sicht eines Angeklagten die Befangenheit eines Richters begründen (BGH, Beschl. vom 4. Oktober 1984 - 4 StR 429/84).

**43. BGH 2 StR 500/08 - Beschluss vom 3. Dezember 2008 (LG Mühlhausen)**

Schriftliche Erteilung der Vollmacht zu den Akten; Wirksamkeit einer Zustellung.  
§ 145a Abs. 1 StPO

1. Das bloße Auftreten des Verteidigers in der Hauptverhandlung ohne schriftliche Erteilung der Vollmacht zu den Akten genügt nicht den Anforderungen an eine Zustellungsbevollmächtigung.
2. Eine Zustellung an einen Verteidiger ist unwirksam, wenn sich seine Vollmacht nicht bei den Akten befindet (§ 145a Abs. 1 StPO).

**121. BGH 5 StR 542/08 - Beschluss vom 10. Dezember 2008 (LG Berlin)**

Rechtsfehlerhafte Ablehnung eines Beweisantrages auf Einholung eines Sachverständigengutachtens zur Schuldfähigkeit beim Vorwurf der Vergewaltigung (mangelnde Sachkunde; besondere Umstände des Einzelfalles).  
§ 244 Abs. 4 StPO; § 177 Abs. 2 StGB; § 21 StGB

Einzelfall der unzureichenden Ablehnung eines Beweisantrages auf Einholung eines Sachverständigengutachtens zur Schuldfähigkeit des Angeklagten durch den Verweis auf die eigene Sachkunde des Gerichts nach Darlegung einer Reihe von besonderen Umständen in der Person des Angeklagten und dem Beziehungsgeflecht zur Nebenklägerin dargelegt, die geeignet gewesen sind, Bedenken hinsichtlich für § 21 StGB relevanter psychischer Befindlichkeiten zu begründen (vgl. BGHR StPO § 244 Abs. 4 Satz 1 Sachkunde 1).

**35. BGH 2 StR 394/08 - Urteil vom 19. November 2008 (LG Marburg)**

Beweiswürdigung (Aussage gegen Aussage; Gesamtwürdigung der für und gegen die Glaubhaftigkeit einer Angabe sprechenden Indizien); Doppelverwertungsverbot bei der Vergewaltigung.  
§ 177 Abs. 2 StGB; § 46 Abs. 3 StGB; § 261 StPO

1. In einem Fall, in dem Aussage gegen Aussage steht und die Entscheidung allein davon abhängt, welchen Angaben das Gericht folgt, müssen die Urteilsgründe erkennen lassen, dass der Tatrichter alle Umstände, die

die Entscheidung beeinflussen können, erkannt und in seine Überlegungen einbezogen hat. Hierbei ist das Gewicht und Zusammenspiel der einzelnen Indizien zusammenfassend zu bewerten. Das gilt in besonderem Maße, wenn die Kammer gegen die Glaubhaftigkeit der Aussage des Hauptbelastungszeugen sprechende erhebliche Indizien erörtert.

2. Bei der Beurteilung der Glaubwürdigkeit eines Tatopfers sowie der Glaubhaftigkeit seiner Angaben darf sich der Tatrichter nicht darauf beschränken, Umstände, die gegen die Zuverlässigkeit der Aussage sprechen können, gesondert und einzeln zu erörtern sowie getrennt voneinander zu prüfen, um festzustellen, dass sie jeweils nicht geeignet seien, die Glaubwürdigkeit in Zweifel zu ziehen. Selbst wenn nämlich jedes einzelne Glaubwürdigkeit oder Glaubhaftigkeit möglicherweise in Frage stellende Indiz noch keine Bedenken gegen die den Angeklagten belastende Aussage aufkommen ließe, so kann doch eine Häufung von - jeweils für sich erklärbar - Fragwürdigkeiten bei einer Gesamtschau zu durchgreifenden Zweifeln an der Richtigkeit eines Tatvorwurfs führen.

**73. BGH 1 StR 526/08 - Beschluss vom 23. Oktober 2008 (LG München)**

Strafklageverbrauch beim Handeltreiben mit Betäubungsmitteln (Zäsurwirkung eines zwischenzeitlich ergehenden Urteils; Bewertungseinheit); Anwendung des Zweifelsgrundsatzes in der Revision (Freibeweisverfahren).  
Art. 103 Abs. 3 GG; § 264 StPO; § 261 StPO

Die Anwendung des Zweifelssatzes gebietet es nach ständiger Rechtsprechung des Bundesgerichtshofs dem Tatgericht nicht, zu Gunsten des Angeklagten von Annahmen auszugehen, für deren Vorliegen das Beweisergebnis keine konkreten tatsächlichen Anhaltspunkte erbracht hat (vgl. BGH NJW 2002, 2188, 2189 m.w.N.; NStZ 2004, 35, 36; 2008, 508, 509). Nicht anders verhält es sich aber bei einer Entscheidung des Revisionsgerichts. Auch dieses kann deshalb insbesondere zur weiteren Aufklärung im Freibeweisverfahren nur bei vorhandenen realen Anknüpfungstatsachen gedrängt sein.

Rechtsprechung

V. Wirtschaftsstrafrecht und Nebengebiete

**127. BGH 1 StR 416/08 - Urteil vom 2. Dezember 2008 (LG Landshut)**

BGHSt; Vorenthalten von Sozialversicherungsbeiträgen (Vorenthalten und Veruntreuen von Arbeitsentgelt; Sozialrechtsakzessorietät; Berechnung bei illegalen Beschäftigungsverhältnissen: gezahlte Löhne als Nettoarbeitsentgelt, Schätzung, Fiktion der Nettolohnabrede);

Strafzumessung bei der Steuerhinterziehung (Steuerverkürzung großen Ausmaßes; Verhältnis zum Betrug; Vermögensverlust großen Ausmaßes; Steuerbetrug; Betragsgrenze für eine mögliche Geldstrafe; Indizwirkung und Gesamtwürdigung bei Regelbeispielen); Strafaussetzung zur Bewährung (besonders gewichtige Milderungsgründe).

§ 266a StGB; § 370 Abs. 1, Abs. 3 AO; § 14 Abs. 2 Satz 2 SGB IV; § 46 StGB; § 56 StGB; § 407 StPO; § 400 AO

1. Die Berechnung der nach § 266a StGB vorenthaltenen Sozialversicherungsbeiträge richtet sich in Fällen illegaler Beschäftigungsverhältnisse nach § 14 Abs. 2 Satz 2 SGB IV. (BGHSt)

2. Zur Strafzumessung bei Steuerhinterziehung. (BGHSt)

3. Das Merkmal „in großem Ausmaß“ des § 370 Abs. 3 Satz 2 Nr. 1 AO ist wie beim Betrug nach objektiven Maßstäben zu bestimmen. Das Merkmal „in großem Ausmaß“ liegt danach nur dann vor, wenn der Hinterziehungsbetrag 50.000 € übersteigt. (Bearbeiter)

4. Der Umstand, dass sich die Betragsgrenze von 50.000 € an denjenigen des Vermögensverlustes großen Ausmaßes im Sinne von § 263 Abs. 3 Satz 2 Nr. 2 Alt. 1 StGB orientiert, bedeutet zugleich, dass ähnlich wie beim Betrug zwischen einem schon eingetretenem Vermögensverlust und einem Gefährdungsschaden zu differenzieren ist. (Bearbeiter)

5. Die Betragsgrenze von 50.000 € kommt namentlich dann zur Anwendung, wenn der Täter ungerechtfertigte Zahlungen vom Finanzamt erlangt hat, etwa bei Steuererstattungen durch Umsatzsteuerkarusselle, Kettengeschäfte oder durch Einschaltung von sog. Serviceunternehmen. Beschränkt sich das Verhalten des Täters dagegen darauf, die Finanzbehörden pflichtwidrig über steuerlich erhebliche Tatsachen in Unkenntnis zu lassen und führt das lediglich zu einer Gefährdung des Steueranspruchs, dann kann das „große Ausmaß“ höher angesetzt werden. Der Senat hält hierbei eine Wertgrenze von 100.000 € für angemessen. (Bearbeiter)

6. Ob die Schwelle des „großen Ausmaßes“ überschritten ist, ist für jede einzelne Tat im materiellen Sinne gesondert zu bestimmen. Dabei genügt derjenige Erfolg, der für die Vollendung der Steuerhinterziehung ausreicht. Der Senat ist der Ansicht, dass bei mehrfacher tateinheitlicher Verwirklichung des Tatbestandes der Steuerhinterziehung das „Ausmaß“ des jeweiligen Taterfolges zu addieren ist. (Bearbeiter)

7. Jedenfalls bei einem sechsstelligen Hinterziehungsbetrag wird die Verhängung einer Geldstrafe nur bei Vorliegen von gewichtigen Milderungsgründen noch schuldangemessen sein. Bei Hinterziehungsbeträgen in Millioenhöhe kommt eine aussetzungsfähige Freiheitsstrafe nur bei Vorliegen besonders gewichtiger Milderungsgründe noch in Betracht (vgl. BGH NStZ-RR 2007, 176, 178). Schon deswegen wird bei der letztgenannten Fallgestaltung (Millionenbetrag) ein Strafbefehlsverfahren regelmäßig nicht geeignet erscheinen (vgl. § 400 AO i.V.m. § 407 StPO). (Bearbeiter)

8. Ein die Indizwirkung des Hinterziehungsbetrages beseitigender Milderungsgrund ist etwa gegeben, wenn sich der Täter im Tatzeitraum im Wesentlichen steuerlich verhalten hat und die Tat nur einen verhältnismäßig geringen Teil seiner steuerlich relevanten Betätigungen betrifft. Bedeutsam ist daher das Verhältnis der verkürzten zu den gezahlten Steuern. (Bearbeiter)

9. In die vorzunehmende Gesamtwürdigung ist auch die Lebensleistung und das Verhalten des Täters nach Aufdeckung der Tat einzubeziehen, etwa ein (frühzeitiges) Geständnis, verbunden mit der Nachzahlung verkürzter Steuern oder jedenfalls dem ernsthaften Bemühen hierzu. Der „Schadenswiedergutmachung“ durch Nachzahlung verkürzter Steuern kommt schon im Hinblick auf die Wertung des Gesetzgebers im Falle einer Selbstanzeige (§ 371 AO) besondere strafmildernde Bedeutung zu. (Bearbeiter)

10. Es hat strafscharfende Bedeutung, wenn der Täter besondere Unternehmensstrukturen aufgebaut hat, die auch der Bereicherung durch Steuerhinterziehung dienen sollten, wenn der Täter das Ziel verfolgt hat, das Steueraufkommen durch wiederholte Tatbegehung über einen längeren Zeitraum nachhaltig zu schädigen, wenn er andere Personen verstrickt hat, wenn er systematisch Scheingeschäfte getätigt oder Scheinhandlungen vorgenommen hat (vgl. § 41 Abs. 2 Satz 1 AO) oder wenn er in größerem Umfang buchtechnische Manipulationen vorgenommen oder gezielt durch Einschaltung von Domicilfirmen im Ausland oder Gewinnverlagerungen ins Ausland schwer aufklärbare Sachverhalte geschaffen hat. Solche Umstände sind bei anpassungsfähigen Hinterziehungssystemen, wie etwa den sog. Umsatzsteuerkarussellgeschäften, bei Kettengeschäften unter Einschaltung sog. „Serviceunternehmen“ und im Bereich der illegalen Arbeitnehmerüberlassungen regelmäßig gegeben (vgl. BGH NStZ-RR 2007, 176, 178). (Bearbeiter)

11. Auch wenn der Hinterziehungsbetrag ein bestimmender Strafzumessungsgrund für die Steuerhinterziehung ist, kann allein dessen Ausmaß für die Strafhöhenbemessung nicht in dem Sinne ausschlaggebend sein, dass die Strafe gestaffelt nach der Höhe des Hinterziehungsbetrags schematisch und quasi „tarifmäßig“ verhängt wird. Jeder Einzelfall ist vielmehr nach den von § 46 StGB vorgeschriebenen Kriterien zu beurteilen. (Bearbeiter)

12. Der Straftatbestand des § 266a StGB ist sozialrecht-sakzessorisch ausgestaltet (BGHSt 47, 318 f.; 51, 125, 128 m.w.N.; 52, 67, 70). Der Umfang der abzuführenden Beiträge bestimmt sich daher, wie die Abführungspflicht selbst, nach materiellem Sozialversicherungsrecht. Ein entgegenstehender Wille der Vertragsparteien des Beschäftigungsverhältnisses ist im Strafrecht ebenso unbeachtlich wie im Sozialversicherungsrecht. (Bearbeiter)

### 62. BGH 3 StR 409/08 - Beschluss vom 28. Oktober 2008 (LG Mönchengladbach)

Unerlaubtes Handeltreiben mit Betäubungsmitteln; unerlaubter Anbau von Betäubungsmitteln; Konkurrenz; Einziehung (Tatmittel; Beziehungsgegenstände).

§ 29a BtMG; § 30 BtMG; § 74 StGB; § 33 Abs. 2 BtMG

1. Zielt bereits die Aufzucht von Cannabispflanzen auf die spätere gewinnbringende Veräußerung des Rauschgifts, so ist der Anbau der Betäubungsmittel als unselbstständiger Teilakt des Handeltreibens anzusehen und geht darin auf.

2. Für die Einziehung von Tatmitteln bei Straftaten gegen



das Betäubungsmittelgesetz tritt § 33 Abs. 2 BtMG nicht an die Stelle des § 74 StGB; vielmehr dehnt er die Möglichkeit der Einziehung lediglich auf die Beziehungsgegenstände der Straftat aus, worunter regelmäßig insbesondere die Betäubungsmittel selbst fallen. Grundlage der Entscheidung über die Einziehung zum Aufbau und Betrieb einer Plantage benötigter Asservate ist daher § 74 Abs. 1 StGB.

#### **16. BGH 2 StR 277/08 - Beschluss vom 8. August 2008 (LG Aachen)**

Unerlaubtes Handeltreiben mit Betäubungsmitteln (Mitteilung des Mindestwirkstoffgehalts); Unterbringung in einer Entziehungsanstalt.  
§ 29a BtMG; § 267 Abs. 3 StPO; § 64 StGB

1. Der Tatrichter hat bei einer Verurteilung wegen unerlaubten Handeltreibens mit Betäubungsmitteln in nicht geringer Menge zwingend den Mindestwirkstoffgehalt der gehandelten Drogen mitzuteilen; die Einstufung der Qualität als „in der Regel durchschnittlich“ bzw. „in aller Regel gut durchschnittlich“ genügt insoweit nicht.

2. Die Unterbringung in einer Entziehungsanstalt gemäß § 64 StGB geht der vollstreckungsrechtlichen Entziehungsbehandlung gemäß § 35 BtMG vor.

#### **120. BGH 5 StR 536/08 - Beschluss vom 11. Dezember 2008 (LG Berlin)**

Betrug durch Einreichung eines abhanden gekommenen oder durch eine Straftat erlangten Schecks (Vermögensschaden; Täuschung und Irrtum; Gesamtwürdigung beim Vorliegen eines Regelbeispiels auch bei Gehilfen); Strafzumessung (Wertungsfehler bei unerklärlicher Behandlung von Tätern und Teilnehmern einer Tat).  
§ 263 Abs. 1, Abs. 3 StGB; § 46 StGB; Art. 21 ScheckG; § 27 StGB

1. Ein Abhandenkommen im Sinne des Art. 21 ScheckG liegt vor, wenn der Scheck ohne rechtswirksamen Begebensvertrag in fremde Hände gelangt ist (BGHR StGB § 263 Abs. 1 Täuschung 22 m.w.N.). Diese Vorschrift, die nach ihrem ausdrücklichen Wortlaut sowohl auf Order als auch auf Inhaberschecks Anwendung findet, legitimiert den gutgläubigen Erwerber des Papiers. Die zivilrechtliche Risikoverteilung ist sowohl für die Bestimmung des Erklärungswerts einer entsprechenden Handlung als auch – spiegelbildlich – für das Vorhandensein eines entsprechenden Irrtums bei dem Adressaten der Erklärung erheblich (vgl. BGHSt 46, 196, 198 ff.; 51, 165 Rdn. 20 ff.).

2. Bei der Einlösung eines Inhaberschecks können Zweifel an einer für die Vermögensverfügung relevanten Täuschungshandlung bestehen, da der Einreicher eines Inhaberschecks regelmäßig schon durch dessen Besitz legitimiert wird (BGH wistra 2007, 458). Jedoch gehört ein etwaiges Abhandenkommen – ebenso wie die formellen Scheckvoraussetzungen (Art. 1, 2 ScheckG) – zu den Umständen, über die sich ein Bankangestellter, der den Scheck zur Einziehung hereinnimmt (vgl. dazu BGH WM 1987, 337, 338), Gedanken macht (offen gelassen in BGHR StGB § 263 Abs. 1 Täuschung 22). Er wird näm-

lich prüfen, ob Gesichtspunkte vorliegen, die zu einer Schadensersatzpflicht der Bank führen können. Solche Ansprüche können sich gemäß §§ 989, 990 BGB i.V.m. Art. 21 ScheckG ergeben (BGHZ 108, 353, 355 ff.; BGH WM 1993, 541, 542 f.; 1988, 1296, 1297; 1987, 337, 338).

3. Nach der ständigen Rechtsprechung des Bundesgerichtshofs enthält die Vorlage eines Schecks die Behauptung, sein Inhalt entspreche dem Willen des Ausstellers. Zu dem Willen des Ausstellers gehört der Umstand, dass nur mittels eines Begebungsvertrags legitimierte Personen den Scheck einreichen, nicht aber Dritte, die in strafbarer Weise den Besitz an dem Scheck erlangt haben. Da eine Nichtbeachtung des Willens des Ausstellers für die Bank mit Regressrisiken verbunden sein kann, wird sich die Vorstellung des Bankmitarbeiters zumindest darauf beziehen müssen, dass eine Situation gegeben ist, die Regressansprüche nicht befürchten lässt. Mit der Vorspiegelung falscher Tatsachen durch den Einreicher korrespondiert eine entsprechende Fehlvorstellung auf der Seite der den Scheck annehmenden Bankmitarbeiter. (Bearbeiter)

4. Auch bei Gehilfen muss das Tatgericht im Fall der Bewirkung eines Vermögensverlusts großen Ausmaßes (§ 263 Abs. 3 Satz 2 Nr. 2 StGB) bedenken, ob von der Indizwirkung abzugehen und dann der Strafraum des § 263 Abs. 1 i.V.m. § 27 Abs. 2 Satz 2, § 49 Abs. 1 StGB zugrunde zu legen wäre. Dies gilt besonders, wenn durchaus gewichtige Strafmilderungsgründe (hier insbesondere Geständnis, untergeordneter Tatbeitrag, geringe Entlohnung) vorliegen, nach denen die Verneinung der Indizwirkung nicht fern gelegen hätte.

5. Zwar muss, auch wenn mehrere Angeklagte in einem Verfahren abgeurteilt werden, für jeden von ihnen die Strafe unter Abwägung aller in Betracht kommenden Umstände aus der Sache selbst gefunden werden (BGHR StGB § 46 Abs. 2 Wertungsfehler 23). Der Gesichtspunkt, dass gegen Haupttäter und Teilnehmer verhängte Strafen auch in einem gerechten Verhältnis zueinander stehen sollten, kann aber nicht völlig außer Betracht bleiben. Deswegen müssen Unterschiede jedenfalls dann erläutert werden, wenn sie sich nicht selbst aus der Sache ergeben (BGHR StGB § 46 Abs. 2 Zumessungsfehler 1).

#### **97. BGH 4 StR 434/08 - Beschluss vom 11. November 2008 (LG Saarbrücken)**

Täterschaftliche unerlaubte Einfuhr von Betäubungsmitteln in nicht geringer Menge (erforderliche Feststellungen für Mittäterschaft; bloße Vermutung; erhöhtes Tatinteresse als Begründungsmerkmal der Mittäterschaft).  
§ 29 BtMG; § 25 Abs. 2 StGB; § 27 StGB; § 261 StPO

Besteht die Mitwirkung eines Beteiligten allein darin, dass er den Täter bei der Einfuhr zum Beispiel als Beifahrer begleitet, etwa um diesem dadurch das Gefühl der Sicherheit zu vermitteln, rechtfertigt dies nicht bereits die Annahme von Mittäterschaft (vgl. BGHR BtMG § 29 Abs. 1 Nr. 1 Einfuhr 33 m.w.N.). Zwar ist in einem solchen Fall die Annahme mittäterschaftlichen Handelns

nicht generell ausgeschlossen, sie bedarf jedoch besonderer Rechtfertigung durch weitere Gesichtspunkte von Gewicht, beispielsweise durch einen bestimmenden Einfluss bei der Vorbereitung der Tat oder durch ein erhöhtes Tatinteresse (BGH aaO).

**125. BGH 5 StR 561/08 - Beschluss vom 9. Dezember 2008 (LG Potsdam)**

Strafzumessung beim Betäubungsmittelhandel (wesentliche Strafmilderung bei lückenloser Observation des Tatgeschehens).

§ 29 BtMG; § 46 StGB

Die lückenlose Observation des Tatgeschehens ist beim Betäubungsmittelhandel ein wesentlicher Strafmilderungsgrund (vgl. BGH StV 2000, 555; BGH, Beschlüsse vom 31. März 2004 – 5 StR 78/04 – und vom 22. Mai 2006 – 5 StR 177/06).

**112. BGH 5 StR 495/08 - Beschluss vom 27. November 2008 (LG Berlin)**

Bemessung der Jugendstrafe (Kompensation wegen rechtsstaatswidriger Verfahrensverzögerung).

§ 18 JGG; § 46 StGB; Art. 6 EMRK

1. Die Bemessung der Jugendstrafe wegen Schwere der Schuld richtet sich grundsätzlich in erster Linie nach erzieherischen Erfordernissen, während der äußere Unrechtsgehalt der Tat insoweit keine selbständige Bedeutung hat. Die Urteilsgründe müssen in jedem Fall erkennen lassen, dass dem Erziehungsgedanken die ihm zukommende Beachtung geschenkt worden ist (vgl. BGHR JGG § 18 Abs. 2 Erziehung 8).

2. Einzelfall der Anwendung der Vollstreckungslösung auf eine Jugendstrafe.

Aufsätze und Anmerkungen

## Gesetzeswidrige Fristsetzung für die Stellung von Beweisanträgen

Anmerkung zu BGH 1 StR 484/08 – Beschluss vom 23. September 2008 (BGH HRRS 2008 Nr. 1150).

Von Prof. Dr. Gerhard Fezer, Richter am OLG a.D., Hamburg

### I.

Eine „Auslegung“ des § 244 Abs. 3 S. 2 StPO im Sinne der vorgenannten Entscheidung findet sich bereits in einem obiter dictum des 1. Senats vom 9.5.2007 (BGHSt 51, 333, 334 f.). Der Senat war offenbar bestrebt, diesen sehr knappen Ausführungen so schnell wie möglich eine Grundsatzentscheidung folgen zu lassen. Leider hatte er nicht die Geduld, auf ein „passendes“ Ausgangsverfahren zu warten. Die verfahrensrechtliche Konstellation des konkreten Falles hat den Senat gezwungen, seine wesentliche Auslegungsarbeit in einem (mehrsseitigen) obiter dictum zu entwickeln. Da im konkreten Fall die ganz zentrale Rüge der Verletzung des § 244 Abs. 3-6 i.V.m. Abs. 2, 3 StPO unzulässig war, sah der Senat sich veranlasst, sich hypothetisch mit der Begründetheit zu befassen.<sup>1</sup> Die Rüge der Verletzung des § 246 StPO ist dann zwar zulässig, so dass insoweit die Ausführungen des

<sup>1</sup> Warum der Senat die Beurteilung der Begründetheit vornehmen konnte, obwohl er den für eine solche Prüfung notwendigen Tatsachenvortrag des Revisionsführers vermisst, bleibt sein Geheimnis.

Senats zur Begründetheit entscheidungserheblich sind. Da es jedoch zwischen beiden Verfahrensrügen innere Zusammenhänge gibt, ist das Ausmaß der tragenden Erwägungen nicht einfach zu bestimmen. Das könnte ein künftiges Divergenzverfahren belasten.

### II.

Aber das sind allenfalls Schönheitsfehler, die gegenüber einem zentralen inhaltlichen Mangel kaum ins Gewicht fallen. Dieser liegt in der in Leitsatz I ausdrücklich hervorgehobenen Auffassung, eine Fristsetzung sei mit § 246 I StPO vereinbar. Das Gegenteil ist der Fall. Diese Vorschrift hat einen klaren Inhalt: Sie verbietet dem Gericht, einen Beweisantrag mit der Begründung abzulehnen, er sei zu spät gestellt. Dem Antragsteller darf eine Verspätung deswegen nicht vorgehalten (und die Beweiserhebung etwa „wegen verspäteten Vorbringens“ deswegen nicht abgelehnt werden) werden, weil es im Gesetz eine Verspätung für Beweisvorbringen und damit eine Verpflichtung zur „Rechtzeitigkeit“ nicht gibt. Erst der Beginn der Urteilsverkündung bildet eine zeitliche Grenze. Bis dahin ist jeder Beweisantrag „rechtzeitig“, d.h. nicht „verspätet“, auch wenn der Antragsteller –

objektiv gesehen – den Antrag längst hätte stellen können. Daraus folgt weiter, dass dem Antragsteller ein Zeitpunkt für einen Beweisantrag nicht vorgeschrieben werden darf und dass er auch nicht begründen muss, warum er einen Antrag nicht früher gestellt hat. Wenn nun der BGH dem Vorsitzenden gestattet, den Verfahrensbeteiligten eine Frist zu setzen, dann gibt es allein wegen dieser Frist objektiv gesehen „rechtzeitige“ und „zu späte“ Beweisanträge, je nachdem ob sie vor oder nach Fristablauf gestellt worden sind. Erst die Fristsetzung schafft also die Möglichkeit einer Bewertung („zu <spät“), die das Gesetz gerade verbietet.

Diesen Widerspruch zum Regelungsgehalt des § 246 I StPO versucht der 1. Senat dadurch zu vermeiden, dass er die Fristversäumnis in Beziehung bringt zum Ablehnungsgrund der Verschleppungsabsicht: Die Fristsetzung selbst führe nicht zur Präklusion, bei Versäumnis seien vielmehr „Indizien“ einer Verschleppungsabsicht gegeben, wenn der Antragsteller die Gründe für eine verspätete Antragstellung nicht „nachvollziehbar und substantiiert darlegen könne“. Es liegt auf der Hand, dass auf diese Weise der Widerspruch zu § 246 I StPO nicht vermieden werden kann. Auch wenn die Fristversäumnis „lediglich“ im Rahmen der Verschleppungsabsicht berücksichtigt wird, führt dies dazu, dass der Antragsteller gezwungen wird, einen bestimmten Zeitpunkt für die Antragstellung zu beachten und dass er sich rechtfertigen muss, wenn er die Frist versäumt hat. Ganz offensichtlich ist aber der Widerspruch zu § 246 I, wenn der Senat schreibt (Rn. 16): „Verspätete Stellung eines Beweisantrags kann allein schon für Verschleppungsabsicht sprechen (BGH NStZ 1990, 350, 351)“.<sup>2</sup>

Ein weiteres Argument lautet: Die Frist sei keine Ausschlussfrist, den Verfahrensbeteiligten bleibe es freigestellt, auch nach der gesetzten Frist Beweisanträge zu stellen. Diese Erwägungen sind nicht verständlich. Einen verfristeten Beweisantrag noch einmal zu stellen, wäre sinnlos. Mit anderen Beweisanträgen gerät der Antragsteller in einen Rechtfertigungszwang, der vom Gesetz nicht gedeckt ist. Dass das Gericht auch „verspätete“ Beweisanträge entgegen nehmen muss (so ein zusätzlicher Gesichtspunkt des Senats), hilft auch nicht weiter.

### III.

Dem Senat war offensichtlich klar, dass er auf die bisher geschilderte Weise den Verstoß gegen § 246 I StPO nicht vermeiden kann. Deshalb sieht er sich wohl veranlasst, zusätzlich noch eine „Befugnis“ zur Fristsetzung zu konstruieren, die aus dem Recht und der Pflicht des Vorsitzenden zur Sachleitung des Verfahrens folge. Diesem erwachse daraus die Befugnis, den Gang der Hauptverhandlung, insbesondere auch die zeitliche Reihenfolge der einzelnen Beweiserhebungen zu bestimmen. „Daraus folgt auch die Befugnis, durch eine Fristsetzung für evtl. Beweisanträge die weitere Gestaltung der Beweisaufnahme zu fördern“ (wenn das Gericht im Hinblick auf

<sup>2</sup> In dieser vom 1. Senat zitierten Entscheidung des 4. Senats (NStZ 1990, 350) kommt ein solcher Satz nicht vor. Das Zitat ist also zumindest irreführend: Es täuscht eine Übereinstimmung der beiden Senate vor, die es nicht gibt.

§ 244 II StPO die gebotene Beweiserhebung abgeschlossen habe). Hier geschieht etwas Abenteuerliches, ja bisher Unvorstellbares: Eine solche Fristsetzung wird gleichgestellt mit der organisatorischen Gestaltung der Beweisaufnahme, was zur Folge hat, dass eine Maßnahme der „Sachleitung“ auch darin bestehen kann, das Recht der Beweisaufnahme inhaltlich zu begrenzen. Wenn dann noch die Fristsetzung „im Hinblick auf den Beschleunigungsgrundsatz“ mit einer „straffen Verhandlungsführung“ in Verbindung gebracht wird, dann ist die Gefährlichkeit dieser Konstruktion evident. Wird die inhaltliche Gestaltung der Beweisaufnahme der Sachleitungsbefugnis des Vorsitzenden unterstellt, dann geraten auch andere Beweiserhebungsvorschriften oder Verfahrensrechte der Verfahrensbeteiligten ohne weiteres in den Sog der „straffen Verhandlungsführung“, einen Sog, der durch den Rückgriff auf den allgemeinen Beschleunigungsgrundsatz noch einmal verstärkt wird. Ohnedies war in letzter Zeit zu beobachten, dass einzelne Strafsenate den Beschleunigungsgrundsatz dazu verwenden, die verfahrensverlängernden Auswirkungen des geltenden Verfahrensrechts (etwa der Amtsaufklärungspflicht, des Beweisantragsrechts, des Instituts der Beweiskraft des Protokolls, des Rechts auf Beteiligung) zu begrenzen.<sup>3</sup> Solche Maßnahmen sind indes dem Gesetzgeber vorbehalten.

### IV.

Vorliegend greift der 1. Strafsenat mit der Einführung einer Beweisantragsfrist ebenfalls in die Kompetenz des Gesetzgebers ein. Nun ist überhaupt keine Frage, dass die Verfahrensbeteiligten durch eine Vielzahl von Beweisanträgen und auch durch eine späte Antragsstellung ein Verfahren erheblich verzögern und die Strafrechtspflege zusätzlich belasten können. Ob solche Folgen als unvermeidliche Auswirkungen des Beweisantragsrechts hingenommen werden müssen oder ob und auf welche Weise die Strafgerichtsbarkeit geschützt werden muss, ist eine Entscheidung, die der Gesetzgeber aufgrund umsichtiger Abwägungen zu treffen hat. Dass in den letzten 25 Jahren rechtspolitische Anläufe, das Beweisantragsrecht gegen Missbrauch gesetzlich zu schützen,<sup>4</sup> immer wieder gescheitert sind, ist kein Zufall, sondern Ausdruck der immensen Regelungsschwierigkeiten. Das gilt insbesondere auch für den Vorschlag, das Beweisantragsrecht gesetzlich einer Befristung zu unterwerfen. Die Unbekümmertheit, mit der ein Strafsenat des BGH nun selbst den Schutz der Strafrechtspflege in die Hand nimmt, macht Sorge. Hinzu kommt folgendes: Ein obiter dictum des 5. Strafsenats aus dem Jahre 2005,<sup>5</sup> der ebenfalls (in Extremfällen) dem Vorsitzenden gestatten will, eine Frist für weitere Beweisanträge zu bestimmen (mit der Folge, dass verspätete Beweisanträge erst im Urteil beschieden werden müssen), stieß im Schrifttum, viel-

<sup>3</sup> Vgl. dazu näher die Beiträge von Fezer, Pfordte, Piel und Rahlf in FS Widmaier (2008).

<sup>4</sup> Vgl. dazu z.B. Frister, SK-StPO, 59. Lfg. (2008), § 246 Rn. 2 ff.; zusammenfassend Schatz, Das Beweisantragsrecht in der Hauptverhandlung: Reformgeschichte und Reformproblematik (1999).

<sup>5</sup> BGH NJW 2005, 2466.

fach auf Bedenken („mit § 246 StPO nicht vereinbar“).<sup>6</sup> Aber auch das eigene obiter dictum des 1. Senats in BGHSt 51, 333, 334 f. wird kritisiert.<sup>7</sup> Von alledem ist im

vorliegenden Beschluss in keiner Weise die Rede. Die abweichenden Auffassungen werden schlichtweg ignoriert.

<sup>6</sup> Vgl. z.B. *Dahs* StV 2006, 116; *Duttge* JZ 2005, 1012; *Gössel* JR 2006, 128; *Ventzke* HRRS 2005, 233; *Frister* SK-StPO (Fn. 4), § 246 Rn. 5; *KK-Fischer*, 6. Aufl. (2008), § 244 Rn. 113.

<sup>7</sup> *Beulke/Ruhmannseder* NStZ 2008, 300, 302; *Meyer-Göfner*, StPO, 51. Aufl. (2008), § 244, Rn. 69b; *Tepperwin*, FS Widmaier (2008), S. 583, 587 f.

Der 1. Strafsenat sollte den Eindruck der Selbstherrlichkeit vermeiden.

Aufsätze und Anmerkungen

## Der Schaden der Siemens-Entscheidung

### Zum Begriff des endgültigen Schadens bei der Untreue durch Führung verdeckter Kassen im Bereich privater Unternehmungen – Zugleich Besprechung von BGH, Urteil vom 29. August 2008 – 2 StR 587/07 (BGH HRRS 2008 Nr. 1100)

Von Rechtsanwalt Dr. Jan Schlösser, Berlin\*

#### I. Einleitung

Mittlerweile liegen die Gründe der ersten Siemens-Entscheidung des BGH vor.<sup>1</sup> Es ist eine Grundsatzentscheidung des 2. Senats und das bedeutendste höchstrichterliche Judikat zu verdeckten Kassen im Bereich privater Unternehmungen. Ihr wichtigster Teil bezieht sich auf die Untreue und enthält umfangreiche Ausführungen zu den Bereichen Pflichtwidrigkeit, Einwilligung und Schaden. Die interessantesten Aussagen betreffen dabei den Aspekt des Schadens. In diesem Zusammenhang ist insbesondere bedeutsam, dass der 2. Senat an seiner Rechtsprechung zur Restriktion des Vermögensgefährdungsvorsatzes festhält,<sup>2</sup> er zudem davon ausgeht, dass der Wert einer schadensgleichen Vermögensgefährdung berechnet werden muss, folglich nicht mit ihrem Nennwert identisch ist<sup>3</sup> und die dauerhafte Führung einer verdeckten Kasse nicht nur – wie vom 2. Senat bislang angenommen – eine schadensgleiche Vermögensgefährdung, sondern einen endgültigen Vermögensschaden

begründet. Aufgegriffen wird von diesen drei Aspekten im Folgenden allein der letzte, der nicht zuletzt vor dem Hintergrund der Kontroverse zwischen dem 1. und dem 2. Senat zur Vorsatzrestriktion bei der schadensgleichen Vermögensgefährdung eine besondere Brisanz besitzt: Im Konkreten, weil bei Annahme einer schadensgleichen Vermögensgefährdung die angeklagten Siemensmanager wohl hätten freigesprochen werden müssen.<sup>4</sup> Im Allgemeinen, weil diese Rechtsprechung eine Ausdehnung der Untreuestrafbarkeit bedeutet und damit – einem Salto-Rückwärts gleichkommend – die sich abzeichnende Tendenz einer Einschränkung der schadensgleichen Vermögensgefährdung in der BGH-Rechtsprechung nicht nur umgegangen, sondern geradezu konterkariert wird. Im Folgenden soll deshalb der dogmatischen Konsistenz dieser nicht nur für die Strafrechtswissenschaft, sondern auch für die Praxis gewichtigen Annahme nachgegangen werden.

#### II. Sachverhalt

Nach den vom Landgericht getroffenen Feststellungen ist die „Power Generation“ (im Folgenden Siemens-PG) ein Geschäftsbereich der Siemens AG.<sup>5</sup> Dort existierte ein etabliertes System zur Leistung von Bestechungsgeldern

\* Der Autor ist Strafverteidiger in Berlin.

<sup>1</sup> BGH 2 StR 587/07 – Urteil vom 29. August 2008, HRRS 2008 Nr. 1100 – (Siemens-Entscheidung); mit zustimmender Anmerkung von *Ransiek* NJW 2009, 95 f., kritisch *Jahn* JuS 2009 (erscheint demnächst).

<sup>2</sup> BGH 2 StR 587/07 – Urteil vom 29. August 2008, HRRS 2008 Nr. 1100 – Rn 42; vgl. auch *Schlösser* NStZ 2008, 397 f. m. w. N.

<sup>3</sup> BGH 2 StR 587/07 – Urteil vom 29. August 2008, HRRS 2008 Nr. 1100 – Rn 48; vgl. auch *Schlösser* StV 2008, 547 ff. m. w. N.

<sup>4</sup> BGH 2 StR 587/07 – Urteil vom 29. August 2008, HRRS 2008 Nr. 1100 – Rn 42.

<sup>5</sup> BGH 2 StR 587/07 – Urteil vom 29. August 2008, HRRS 2008 Nr. 1100 – Rn 8.

(so genannten nützlichen Aufwendungen).<sup>6</sup> Zu diesem Zweck gab es zum einen ein Geflecht von Nummernkonten bei diversen liechtensteinischen Banken, die in den Jahren 2000 und 2001 aufgelöst und deren Guthaben nach Dubai in den Vereinigten Arabischen Emiraten auf ein Firmenkonto überführt wurden.<sup>7</sup> Zum anderen bestand eine verdeckte Kasse in der Schweiz, deren Gelder auf ein Girokonto, ein Festgeldkonto und ein Wertpapierdepot verteilt waren und im Jahre 1999 auf das Konto einer Stiftung in Liechtenstein überwiesen wurden.<sup>8</sup> Die ursprünglich liechtensteinischen Gelder stammten aus zuvor durchgeführten Projekten und waren dort nicht aufgebraucht worden, die ursprünglich schweizerischen Gelder rührten von der früheren KWU AG her, die von der Siemens AG übernommen und in den Geschäftsbereich der Siemens-PG integriert wurde.<sup>9</sup> Die Existenz beider Kassen war neben einem Bereichsvorstand der Siemens-PG mehreren Mitarbeitern dieses Geschäftsbereiches bekannt, nicht jedoch, so die Feststellungen, dem Zentralvorstand der Siemens AG.<sup>10</sup> Die Gelder dieser Kassen fanden in der offiziellen Buchhaltung der Siemens AG keinen Niederschlag.<sup>11</sup>

Im Jahre 1999 schrieb das italienische Unternehmen ENEL Power S. p. A. einen Auftrag zur Lieferung von Gasturbinen europaweit aus.<sup>12</sup> Auf die Ausschreibung gab die Siemens-PG in einem Konsortium mit einem italienischen Unternehmen im November 1999 ein Angebot ab.<sup>13</sup> Darauf wandte sich im Dezember 1999 der Geschäftsführer der ENEL Produzione S. p. A. – die ebenfalls wie die ENEL Power S. p. A. eine hundertprozentige Tochter der ENEL S. p. A. ist und für die die von ENEL Power S. p. A. ausgeschriebenen Gasturbinen letztendlich bestimmt sein sollten – an einen Mitarbeiter der Siemens-PG und verdeutlichte diesem, dass er auf die Auftragsvergabe, die für die Siemens-PG einen Auftragswert von etwa 132, 5 Mio. € repräsentierte, zu Gunsten des Konsortiums Einfluss nehmen könne, dafür aber eine Schmiergeldzahlung in Millionenhöhe erwarte.<sup>14</sup> Daraufhin wurde bei einem Gesprächstermin im Januar 2000 eine Zahlung in Höhe von 2,65 Mio. € von Siemens-PG an den Geschäftsführer der ENEL Produzione S. p. A. und ein geschäftsführendes Mitglied des Verwaltungsrates der ENEL Power S. p. A. vereinbart.<sup>15</sup> Nachdem dem Konsortium unter Beteiligung der Siemens-PG der Auf-

trag im Februar 2000 erteilt wurde, erfolgte im Juli 2000 die Schmiergeldzahlung.<sup>16</sup>

Im Juni 2000 schrieb ENEL Power S. p. A. erneut die Lieferung von Gasturbinen für Stromerzeugungsanlagen für ENEL Produzione S. p. A. europaweit aus.<sup>17</sup> Für diesen Auftrag, der für die Siemens-PG einen Auftragswert von 205,6 Mio. € hatte, gab wiederum der Geschäftsbereich der Siemens-PG in einem Konsortium mit einem italienischen Unternehmen ein Angebot ab.<sup>18</sup> Nach erneutem Hinweis des Geschäftsführers der ENEL Produzione S. p. A. auf die Notwendigkeit von Schmiergeldzahlungen zur Auftragserrlangung stimmte der Bereichsvorstand der Siemens-PG entsprechenden Zahlungen in Höhe von 2.987.000 € und 483.990 US-\$ an den Geschäftsführer der ENEL Produzione S. p. A. und ein geschäftsführendes Mitglied des Verwaltungsrates der ENEL Power S. p. A. zu.<sup>19</sup> Vereinbarungsgemäß erhielt das Konsortium unter Beteiligung der Siemens-PG im August 2001 den Auftrag zur Lieferung der Gasturbinen.<sup>20</sup> Daraufhin erfolgten August 2001 bis Januar 2002 die entsprechenden Schmiergeldzahlungen mit den ursprünglich in der Schweiz befindlichen Geldern.<sup>21</sup>

Die Siemens AG erwirtschaftete aus den beiden Aufträgen einen Gesamtgewinn in Höhe von 103,8 Mio. € vor Steuern.<sup>22</sup> In Folge und unter dem Druck der wegen der Bestechungszahlungen in Italien eingeleiteten strafrechtlichen Ermittlungen hatte sich die Siemens AG 2003 mit der ENEL S. p. A. auf Ausgleichszahlungen in Höhe von 113 Mio. € geeinigt.<sup>23</sup> Gegenüber der Siemens AG wurde im Jahre 2006 wegen Unterlassens der Einführung und wirksamen Umsetzung von Organisations- und Managementmodellen zur Verhinderung solcher Straftaten ferner eine Geldstrafe von 500.000 € und ein Verbot des Vertragsschlusses mit der öffentlichen Verwaltung für die Dauer von einem Jahr verhängt. Zugleich wurde gegen sie die Abschöpfung eines Gewinns in Höhe von 6.121.000 € angeordnet.<sup>24</sup>

### III. Rechtliche Würdigung

Im Rahmen der rechtlichen Würdigung des vorangehend dargestellten Sachverhalts werden, ausgehend von einer Darstellung des bisherigen Meinungsstandes (1.), die wesentlichen vom 2. *Senats* zur Begründung eines endgültigen Schadens angegebenen Argumente dargelegt

<sup>6</sup> BGH 2 StR 587/07 – Urteil vom 29. August 2008, HRRS 2008 Nr. 1100 – Rn 9.

<sup>7</sup> BGH 2 StR 587/07 – Urteil vom 29. August 2008, HRRS 2008 Nr. 1100 – Rn 9 f.

<sup>8</sup> BGH 2 StR 587/07 – Urteil vom 29. August 2008, HRRS 2008 Nr. 1100 – Rn 11 f.

<sup>9</sup> BGH 2 StR 587/07 – Urteil vom 29. August 2008, HRRS 2008 Nr. 1100 – Rn 9, 11.

<sup>10</sup> BGH 2 StR 587/07 – Urteil vom 29. August 2008, HRRS 2008 Nr. 1100 – Rn 9.

<sup>11</sup> BGH 2 StR 587/07 – Urteil vom 29. August 2008, HRRS 2008 Nr. 1100 – Rn 9, 11.

<sup>12</sup> BGH 2 StR 587/07 – Urteil vom 29. August 2008, HRRS 2008 Nr. 1100 – Rn 16.

<sup>13</sup> BGH 2 StR 587/07 – Urteil vom 29. August 2008, HRRS 2008 Nr. 1100 – Rn 17.

<sup>14</sup> BGH 2 StR 587/07 – Urteil vom 29. August 2008, HRRS 2008 Nr. 1100 – Rn 13, 17.

<sup>15</sup> BGH 2 StR 587/07 – Urteil vom 29. August 2008, HRRS 2008 Nr. 1100 – Rn 17.

<sup>16</sup> BGH 2 StR 587/07 – Urteil vom 29. August 2008, HRRS 2008 Nr. 1100 – Rn 18.

<sup>17</sup> BGH 2 StR 587/07 – Urteil vom 29. August 2008, HRRS 2008 Nr. 1100 – Rn 19.

<sup>18</sup> BGH 2 StR 587/07 – Urteil vom 29. August 2008, HRRS 2008 Nr. 1100 – Rn 19.

<sup>19</sup> BGH 2 StR 587/07 – Urteil vom 29. August 2008, HRRS 2008 Nr. 1100 – Rn 19.

<sup>20</sup> BGH 2 StR 587/07 – Urteil vom 29. August 2008, HRRS 2008 Nr. 1100 – Rn 19.

<sup>21</sup> BGH 2 StR 587/07 – Urteil vom 29. August 2008, HRRS 2008 Nr. 1100 – Rn 20.

<sup>22</sup> BGH 2 StR 587/07 – Urteil vom 29. August 2008, HRRS 2008 Nr. 1100 – Rn 20.

<sup>23</sup> BGH 2 StR 587/07 – Urteil vom 29. August 2008, HRRS 2008 Nr. 1100 – Rn 23.

<sup>24</sup> BGH 2 StR 587/07 – Urteil vom 29. August 2008, HRRS 2008 Nr. 1100 – Rn 22.

(2.), um diese dann einer kritischen Würdigung unterziehen zu können (3.).

## 1. Bisheriger Meinungsstand zur schadensrechtlichen Bewertung verdeckter Kassen

Bei der Darstellung, wie bis zum Judikat des 2. *Senats* in der Siemens-Entscheidung die Führung verdeckter Kassen im Hinblick auf das Tatbestandsmerkmal „Nachteil“ im Sinne von § 266 StGB bewertet wurde, soll zwischen der höchstrichterlichen Rechtsprechung (a)) und der in der Literatur vertretenen Auffassung (b)) unterschieden werden.

### a) Höchststrichterliche Rechtsprechung

Die vorliegende Siemens-Entscheidung gehört zu den ersten höchstrichterlichen Urteilen zu verdeckten Kassen im Bereich der Privatwirtschaft.<sup>25</sup> Der vermögensrechtlichen Beurteilung des BGH unterlagen bislang in erster Linie verdeckte Kassen auf dem Gebiet öffentlicher Haushalte<sup>26</sup> und politischer Parteien<sup>27</sup>.

In der BND-Entscheidung aus dem Jahre 1994 führt der 2. *Senat* aus, dass bereits durch eine pflichtwidrige Überweisung von Haushaltsmitteln innerhalb eines Rechtsträgers die Annahme einer schadensgleichen Vermögensgefährdung begründet sein kann. Eine solche Gefährdung komme in Frage, wenn der Mitteltransfer im Einvernehmen der Beteiligten dazu dienen sollte und diene, dem BND die Möglichkeit zu verschaffen, nach seinem Gutdünken eigenmächtig und unkontrolliert über die überwiesenen Gelder zu verfügen und sie beispielsweise nach Art einer schwarzen Kasse zeitweise als geheimen, keiner Zweckbindung unterliegenden Dispositionsfonds zu nutzen, aus dem, je nach selbsteingeschätztem Bedarf, künftig Mittel für erst noch zu bestimmende Zwecke entnommen werden könnten.<sup>28</sup> Unter solchen Umständen habe die Gefahr nahe gelegen, dass mit der vorhandenen Verfügungsmasse Ausgaben auch unter Vernachlässigung des Gebots wirtschaftlicher und sparsamer Verwaltung ohne zwingenden Grund gemacht werden

würden.<sup>29</sup> Ferner sei bewirkt worden, dass die transferierten Mittel an anderer Stelle fehlten, also nicht für diejenigen Zwecke verfügbar waren, für die sie sonst hätten eingesetzt werden können und müssen.<sup>30</sup>

Die Kanther-Entscheidung ebenfalls des 2. *Senats* aus dem Jahre 2006 betrifft den Bereich politischer Parteien. Das Gericht geht hier unter Bezugnahme auf die BND-Entscheidung davon aus, dass ein Vermögensnachteil im Sinne von § 266 Abs. 1 StGB dadurch entstanden sei, dass die Täter sich die Möglichkeit verschafften, die vor dem Vermögensinhaber verborgenen Vermögenswerte als geheimen, keiner tatsächlich wirksamen Zweckbindung unterliegenden und jeder Kontrolle durch den Berechtigten entzogenen Dispositionsfonds zu nutzen.<sup>31</sup> Dadurch sei eine konkrete, vom Berechtigten nicht zu kontrollierende und nur noch im Belieben der Täter stehende Möglichkeit des endgültigen Vermögensverlustes eingetreten.<sup>32</sup> Die Entziehung von Vermögenswerten über einen langen Zeitraum zu dem tatsächlich auch erreichten Zweck, dem Berechtigten diese Teile seines Vermögens vorzuhalten und sie nach Maßgabe eigenen Gutdünkens und vorgeblich besserer Beurteilung zur Förderung von Zwecken einzusetzen, welche den Tätern im Einzelfall als förderungswürdig erschienen, mindere den objektiven wirtschaftlichen Wert der Forderungen für den Berechtigten und begründe daher einen Vermögensschaden in der Form einer konkreten Vermögensgefährdung.<sup>33</sup> Erst durch die ohne rechtliche Grundlage erfolgte Zuwendung von Vermögensteilen an einen vermögensrechtlich selbständigen und damit außenstehenden Dritten habe sich die konkrete Gefahr eines Vermögensverlustes dann realisiert.<sup>34</sup>

### b) Literatur

Nach der herrschenden Meinung in der Literatur ist mit der Führung einer verdeckten Kasse nicht per se schon die Annahme einer schadensgleichen Vermögensgefährdung begründet. Vielmehr differenziert diese weiter und fragt nach dem *Verwendungszweck* des sich in der Kassen befindlichen Geldes.<sup>35</sup> Soll dieses zu Gunsten des Vermö-

<sup>25</sup> Nach *Seier* in: HWSt (2. Aufl.) 2007, Kap. V 2 Rn 191; *Bernsmann* GA 2007, 219, 231 Fn 76, ist die Siemens-Entscheidung wohl sogar die erste zu verdeckten Kassen im Bereich der privaten Wirtschaft; vgl. aber auch *RG*, Urteil vom 23. Mai 1941 – 1 D 158/41 – in: RGSt 75, 227 ff.; *BGH*, Beschluss vom 27. Mai 1992 – 2 StR 94/92 – in: wistra 1992, 266 f.; Beschluss vom 14. Dezember 1999 – 5 StR 520/99 – in: wistra 2000, 136, 137.

<sup>26</sup> *RG*, Urteil vom 11. März 1937 – 2 D 572/36 – in: RGSt 71, 155 ff.; *BGH*, Urteil vom 31. August 1955 – 2 StR 110/55 – in: GA 1956, 121, 122 f.; Urteil vom 15. Dezember 1955 – 2 StR 213/55 – in: GA 1956, 154 f.; Urteil vom 1. August 1984 – 2 StR 341/84 – in: NStZ 1984, 549 f.; Urteil vom 21. Oktober 1994 – 2 StR 328/94 – in: BGHSt 40, 287 ff. (BND-Entscheidung); Urteil vom 14. Dezember 2000 – 5 StR 123/00 – in: NStZ 2001, 248, 251; vgl. auch die weiteren Nachweise bei *Hübner*, LK (10. Aufl.) 1988, § 266 Rn 98, zu unveröffentlichten Entscheidungen des BGH.

<sup>27</sup> *BGH*, Urteil vom 18. Oktober 2006 – 2 StR 499/05 – in: BGHSt 51, 100 ff. (Kanther-Entscheidung) = HRRS 2007 Nr. 2.

<sup>28</sup> *BGH*, Urteil vom 21. Oktober 1994 – 2 StR 328/94 – in: BGHSt 40, 287, 296 f.

<sup>29</sup> *BGH*, Urteil vom 21. Oktober 1994 – 2 StR 328/94 – in: BGHSt 40, 287, 296.

<sup>30</sup> *BGH*, Urteil vom 21. Oktober 1994 – 2 StR 328/94 – in: BGHSt 40, 287, 297.

<sup>31</sup> *BGH*, Urteil vom 18. Oktober 2006 – 2 StR 499/05 – in: BGHSt 51, 100, 113 Rn 43.

<sup>32</sup> *BGH*, Urteil vom 18. Oktober 2006 – 2 StR 499/05 – in: BGHSt 51, 100, 113 Rn 43.

<sup>33</sup> *BGH*, Urteil vom 18. Oktober 2006 – 2 StR 499/05 – in: BGHSt 51, 100, 113 f. Rn 43.

<sup>34</sup> *BGH*, Urteil vom 18. Oktober 2006 – 2 StR 499/05 – in: BGHSt 51, 100, 116 Rn 48.

<sup>35</sup> *Neye* NStZ 1981, 369, 372; *Hübner*, LK (10. Aufl.) 1988, § 266 Rn 98; *Riemann*, Vermögensgefährdung und Vermögensschaden (1989) S. 158 f.; *Hefendehl*, Vermögensgefährdung und Exspektanzen (1994) S. 291 f.; *Schünemann* in: LK (11. Aufl.) 1998, § 266 Rn 148; *Saliger*, Parteiengesetz und Strafrecht (2005) S. 422 ff.; *Matt* 2005, 389, 391; *Lenckner/Perron* in: Schönke/Schröder (27. Aufl.) 2006, § 266 Rn 45; *Dierlamm* in: MK-StGB (2006) § 266 Rn 218; *Bernsmann* GA 2007, 219, 232; *Seier* in: HWSt (2. Aufl.) 2007, Kap. V 2 Rn 193; *Saliger* NStZ 2007, 545, 547 f.; *Rönnau* in: FS für Tiedemann (2008) S. 731 ff.; *Saliger/Gaede* HRRS 2008, 57, 70; *Kempf* in: FS für Hamm (2008) S. 265

gensinhabers eingesetzt werden – wovon bei der Verwendung der Gelder zu Bestechungszwecken mit dem Ziel der Auftragserlangung ausgegangen werden kann –, scheidet eine konkrete schadensgleiche Vermögensgefährdung allein durch Führung einer verdeckten Kasse regelmäßig aus. Ferner wird darauf hingewiesen, dass die vom 2. Senat in der BND- und Kanther-Entscheidung entwickelten Kriterien nur vor dem Hintergrund der öffentlich-rechtlichen (Zweck-)Bindung öffentlicher Haushalte und politischer Parteien zu verstehen sind und eine unbesehene Übertragung auf den Bereich der Privatwirtschaft sich verbiete. Dies schon deshalb, weil Vorständen und leitenden Mitarbeitern im privaten Sektor ganz allgemein Dispositionsfreiheit eingeräumt wird, die nach der eigenen Einschätzung des wahrscheinlich Besten für das Unternehmen wahrzunehmen ist, so dass der dadurch – und nicht erst durch Einrichtung einer verdeckten Kasse – bewirkte Kontrollverlust sich letztendlich als eigenverantwortliche Selbstgefährdung des Vermögensinhabers darstellen lasse und deshalb keine konkrete Vermögensgefährdung begründen könne.<sup>36</sup>

## 2. Die Siemens-Entscheidung

Nach Auffassung des 2. Senats in der Siemens-Entscheidung aus dem Jahre 2008 ist durch die *dauerhafte Führung* der beiden verdeckten Kassen bei der Siemens AG ein Nachteil in der Form eines *endgültigen Vermögensschadens* in Höhe der eingezahlten Gelder entstanden.<sup>37</sup> Begründet wird dies anhand einer faktischen und einer normativen Erwägung. Faktischer Grund ist, dass die Siemens AG auf die verborgenen Vermögenswerte endgültig *keinen Zugriff* mehr nehmen konnte.<sup>38</sup> Diese Zugriffs- respektive Dispositionsmöglichkeit über das eigene Vermögen gehöre zum Kern der von § 266 StGB geschützten Rechtsposition.<sup>39</sup> Normativ geht es um das Recht des Vermögensinhabers, über die Verwendung seines Vermögens *selbst bestimmen* zu können.<sup>40</sup> Diesem Nachteil stehe auch keine schadensverhindernde unmittelbare *Kompensation* gegenüber.<sup>41</sup> Einen solchen kompensatorischen Charakter habe weder der Schadensersatzanspruch gegen den Täter noch die vage Chance oder Absicht des Täters, aufgrund des Mitteleinsatzes zu Beste-

chungszwecken später einmal einen möglicherweise im Ergebnis wirtschaftlich vorteilhaften Vertrag abzuschließen. Ebenfalls keine Rolle spielten Fragen der Zweckerreichung und Einschränkung haushaltsrechtlicher Dispositionsmacht. Die spätere Verwendung der entzogenen und auf verdeckten Konten geführten Geldmittel sei nur eine *Schadensvertiefung*, das Erlangen von Vermögensvorteilen durch eine wirtschaftlich vorteilhafte Verwendung der Gelder sei allenfalls eine *Schadenswiedergutmachung*.<sup>42</sup>

## 3. Kritische Rekonstruktion der Siemens-Entscheidung

Die nachfolgenden Überlegungen gehen der Frage nach, ob die Annahme eines endgültigen Schadens durch Führung einer verdeckten Kasse im Bereich der Privatwirtschaft plausibel ist und sich in die bislang gültige dogmatische Begriffswelt einfügen lässt. Um dies zu klären, wird zuerst das Verhältnis der Siemens-Entscheidung zum bisherigen Meinungsstand untersucht (a)) und im Weiteren festgestellt, dass die Aufhebung der Dispositionsmöglichkeit und des Bestimmungsrechts des Vermögensinhabers über sein Vermögen im Bereich verdeckter privatwirtschaftlicher Kassen durch die Siemens-Entscheidung zu den entscheidenden Kriterien der Nachteilsbegründung werden. Dies zumindest dann, wenn die Aufhebung von Dispositionsmöglichkeit und Bestimmungsrecht dauerhaft geschieht (b)). Daraus folgt wiederum, dass – wegen der fehlenden Dauerhaftigkeit der Aufhebung von Dispositionsmöglichkeit und Bestimmungsrechts durch Führung einer verdeckten Kasse – die vom 2. Senat getroffene Annahme einer endgültigen Schadensentstehung nicht begründbar ist (c)). Vielmehr führt die Führung einer verdeckten Kasse nur zu einer abstrakten Vermögensgefährdung (d)), zumal da auch durch die temporäre Aufhebung von Dispositionsmöglichkeit und Bestimmungsrecht im Fall Siemens kein strafrechtlich relevanter Schaden entstanden ist (e)). Die verdeckten Kassen waren für die Siemens AG wirtschaftlich wertvoll und zwar auch dann, wenn der faktische Vermögenswert verdeckter Kassen einer normativen Korrektur unterzogen wird (f)).

### a) Das Verhältnis der Siemens-Entscheidung zum bisherigen Meinungsstand

Der 2. Senat setzt in der Siemens-Entscheidung seine Rechtsprechung zu verdeckten Kassen fort, wenn er die Frage der Schadensentstehung durch Führung einer verdeckten Kasse *verwendungszweckunabhängig* beantwortet und sich dadurch gegenüber der herrschenden Meinung in der Literatur abgrenzt, die eine rechtliche Bewertung verdeckter Kassen unter Einbeziehung dieses Kriteriums fordert. Demgegenüber wird die noch im Jahre 2006 vom 2. Senat vertretene Auffassung, dass das bloße Führen einer verdeckten Kasse nur als eine *schadensgleiche Vermögensgefährdung* anzusehen sei, (ausdrücklich<sup>43</sup>) aufgegeben und die sich dann (wohl) auch auf die Bereiche

f.; a. A. Kindhäuser in: NK-StGB (2. Aufl.) 2005, § 266 Rn 113; Ransiek NJW 2007, 1727 f.; Fischer, StGB (55. Aufl.) 2008, § 266 Rn 72. Zum Teil argumentiert aber auch die Rechtsprechung verwendungszweckbezogen; vgl. RG, Urteil vom 23. Mai 1941 – 1 D 158/41 – in: RGSt 75, 227 ff.; BGH, Urteil vom 1. August 1984 – 2 StR 341/84 – in: NStZ 1984, 549, 550, und die weiteren Nachweise bei Hübner, LK (10. Aufl.) 1988, § 266 Rn 98, zu unveröffentlichten Entscheidungen des BGH.

<sup>36</sup> Rönnau in: FS für Tiedemann (2008) S. 722 ff., 734 ff.; Saliger/Gaede HRRS 2008, 56, 71 m. w. N.

<sup>37</sup> BGH 2 StR 587/07 – Urteil vom 29. August 2008, HRRS 2008 Nr. 1100 – Rn 42, 43, 46.

<sup>38</sup> BGH 2 StR 587/07 – Urteil vom 29. August 2008, HRRS 2008 Nr. 1100 – Rn 43.

<sup>39</sup> BGH 2 StR 587/07 – Urteil vom 29. August 2008, HRRS 2008 Nr. 1100 – Rn 47.

<sup>40</sup> BGH 2 StR 587/07 – Urteil vom 29. August 2008, HRRS 2008 Nr. 1100 – Rn 44.

<sup>41</sup> BGH 2 StR 587/07 – Urteil vom 29. August 2008, HRRS 2008 Nr. 1100 – Rn 45.

<sup>42</sup> BGH 2 StR 587/07 – Urteil vom 29. August 2008, HRRS 2008 Nr. 1100 – Rn 46.

<sup>43</sup> BGH 2 StR 587/07 – Urteil vom 29. August 2008, HRRS 2008 Nr. 1100 – Rn 46.

der Haushalts- und Parteienuntreue erstreckende Annahme eines *endgültigen Schadens* vertreten. Eine Gleichbehandlung von verdeckten Kassen in öffentlichen Haushalten, politischen Parteien und privaten Unternehmungen bedeutet, dass der 2. Senat – entgegen einer in der Literatur vertretenen Ansicht – die *phänomenologischen Unterschiede* dieser Lebensbereiche hinsichtlich der Frage einer Schadensentstehung offensichtlich für unbedeutend hält. Geändert hat sich auch die *Begründung* für eine Schadensentstehung. Lag der Schwerpunkt der Argumentation sowohl in der BND- als auch der Kanther-Entscheidung noch auf dem Aspekt, dass durch die Führung einer verdeckten Kasse die konkrete Gefahr einer pflicht- respektive zweckwidrigen *Mittelverwendung* bestand, so ändert sich der Focus durch die Siemens-Entscheidung dahingehend, dass die schadensbegründenden Umstände nunmehr in der dauerhaften Aufhebung der *Dispositionsmöglichkeit* des Vermögensinhabers und seines *Bestimmungsrechts* gesehen werden. Da im Rahmen von verdeckten Kassen die Aufhebung der Dispositionsmöglichkeit und des Bestimmungsrechts, zeitlich gesehen, der Mittelverwendung vorangehen, konnte durch diese veränderte Perspektive auf die Schadensentstehung der Vollendungszeitpunkt nach vorne verlagert und die spätere Verwendung der Geldmittel dann als Schadensvertiefung verstanden werden. Dieser zeitliche Aspekt erlaubte es auch, spätere Kompensationen, wie sie in der Auftragserrichtung durch Bestechungszahlungen gesehen werden können, als nicht mehr „unmittelbar“ erlangt einzustufen, um sie auf diesem Weg als letztendlich vage und damit irrelevante Expektanz aus der vermögensrechtlichen Betrachtung auszuschließen. So kann der einmal entstandene Schaden durch spätere Auftragsgewinne, die durch Bestechungszahlungen erzielt werden können, allenfalls wieder gut gemacht werden. Durch die Verschiebung des Bezugspunktes der Schadensentstehung von der Mittelverwendung zur Aufhebung von Dispositionsmöglichkeit und Bestimmungsrecht grenzt sich die Siemens-Entscheidung aber nicht nur gegenüber den vorangehenden Judikaten des 2. Senats ab, sondern auch gegenüber der herrschenden Lehre, die sich ebenfalls entscheidend auf den Zeitpunkt der Mittelverwendung bezieht und deswegen auch mit der Mittelverwendung unmittelbar erlangbare Aufträge bei der vermögensrechtlichen Beurteilung verdeckter Kassen berücksichtigen kann.<sup>44</sup> Diese Neuausrichtung der Schadensbegründung erfolgt aus gutem Grund. Sowohl die BND- als auch die Kanther-Entscheidung bezogen sich nämlich auf Regelungsbereiche, die entscheidend durch öffentlich-rechtliche Normen geprägt waren. Im Unterschied zur privaten Wirtschaft unterliegen diese Bereiche nicht dem Credo der Gewinnmaximierung, sondern der (politischen) Zwecksetzung und -erreicherung.<sup>45</sup> Ein Mit-

teleinsatz, der diesen politischen – auf einem bestimmten Weg der Meinungsbildung festgelegten – Zweck verfehlt und nach eigenem „Gutdünken“ erfolgt, ist nach der BND- und Kanther-Entscheidung entscheidender Grund für die Schadensentstehung. Ein Umstand, der nicht ohne weiteres auf den Bereich der Privatwirtschaft übertragbar ist.<sup>46</sup> Damit erlangt der Gesichtspunkt der Kompensation, beispielsweise durch die Erlangung von Aufträgen, in privatwirtschaftlichen Zusammenhängen eine andere, größere Bedeutung. Will man auch hier in der Führung einer verdeckten Kasse einen Nachteil im Sinne von § 266 StGB sehen, bot sich folglich eine Änderung des Bezugspunktes für die Schadensentstehung und dessen Vorverlagerung an. Damit ist die Annahme einer Schadensentstehung durch Aufhebung von Dispositionsmöglichkeit und Bestimmungsrecht der „Dreh- und Angelpunkt“ der neuen BGH-Rechtsprechung und auch der entscheidende Aspekt für die Begründung eines endgültigen Schadens durch Führung einer verdeckten Kasse.

## b) Das Verhältnis von Dispositionsmöglichkeit und Bestimmungsrecht zum Vermögensbegriff

Nach der Entscheidung des 2. Senats soll durch die dauerhafte Führung einer verdeckten Kasse bereits ein *endgültiger Vermögensschaden* eingetreten sein. Hintergrund dieser Annahme ist der Umstand, dass der 2. Senat den Bezugspunkt für die Schadensbegründung durch die Siemens-Entscheidung geändert hat und diesen nunmehr in der Aufhebung der Dispositionsmöglichkeit und des Bestimmungsrechts des Vermögensinhabers sieht. Sowohl Dispositionsmöglichkeit als auch Bestimmungsrecht sind nämlich bereits durch Führung einer verdeckten Kasse aufgehoben. Diese „Realisierung“ – nach der BGH-Rechtsprechung das Kriterium für die Annahme eines endgültigen Schadens<sup>47</sup> – ist aber nur dann auch ein realisierter beziehungsweise endgültiger Vermögensschaden, wenn der Begriff des Vermögens mit der Dispositionsmöglichkeit und dem Bestimmungsrecht des Vermögensinhabers über sein Vermögen identisch ist. Dies ist nach ständiger höchstrichterlicher Rechtsprechung jedoch nicht der Fall. Vielmehr soll die allgemeine Dispositionsfreiheit und –befugnis des Treugebers gerade nicht geschützt sein. § 266 StGB schützt als ein Vermögensdelikt nur das Vermögen – das heißt einen *wirtschaftlichen (Geld-)Wert* – des Geschäftsherrn und Treugebers als Ganzes, nicht seine Dispositionsbefugnis.<sup>48</sup> Durch die Untreue wurden bislang bloße Kompetenzüberschreitun-

<sup>44</sup> Vgl. auch BGH, Urteil vom 27. Februar 1975 – 4 StR 571/74 – in: NJW 1975, 1234, 1235 f.; OLG Frankfurt, Beschluss vom 26. Februar 2004 – 2 Ws 73/03 – in: NStZ-RR 2004, 244, 245; Seier in: HWSt (2. Aufl.) 2007, Kap. V 2 Rn 360.

<sup>45</sup> Vgl. dazu auch BGH, Beschluss vom 18. Juli 1963 – 1 StR 130/63 – in: BGHSt 19, 37, 45; Urteil vom 1. August 1984 – 2 StR 341/84 – in: NStZ 1984, 549, 550; Urteil vom 21. Oktober 1994 – 2 StR 328/94 – in: BGHSt 40, 287, 295 f.; Urteil vom 4. November 1997 – 1 StR 273/97 – in: BGHSt 43, 293, 297 f.; Urteil vom 14. Dezember 2000 – 5 StR 123/00 – in: NStZ 2001, 248, 251; Urteil vom 8. April

2003 – 5 StR 448/02 – in: NJW 2003, 2179, 2181; Urteil vom 18. Oktober 2006 – 2 StR 499/05 – in: BGHSt 51, 100, 113 f. Rn 43; Fischer, StGB (55. Aufl.) 2008, § 263 Rn 80 ff.

<sup>46</sup> Vgl. in diesem Zusammenhang auch BGH 2 StR 587/07 – Urteil vom 29. August 2008, HRRS 2008 Nr. 1100 – Rn 45; Rönna in: FS für Tiedemann (2008) S. 714 f. m. w. N.

<sup>47</sup> BGH, Urteil vom 15. Dezember 2006 – 5 StR 181/06 – in: BGHSt 51, 165, 177 Rn 34 (Hoyzer-Entscheidung) = HRRS 2007 Nr. 1.

<sup>48</sup> BGH, Urteil vom 4. November 1997 – 1 StR 273/97 – in: BGHSt 43, 293, 297 (Haushaltsuntreue-Entscheidung); Urteil vom 14. Dezember 2000 – 5 StR 123/00 – in: NStZ 2001, 248, 251; Urteil vom 23. Mai 2002 – 1 StR 372/01 – in: BGHSt 47, 295, 301; Fischer, StGB (55. Aufl.) 2008, § 266 Rn 56 m. w. N.



gen nicht unter Strafe gestellt.<sup>49</sup> Hintergrund dieser Annahme ist, dass sich Kompetenzüberschreitungen aus dem Innenverhältnis zwischen Treugeber und Treunehmer bemessen und von daher, wollte man die Überschreitung der Dispositionsbefugnis zum Kriterium der Schadenseinstellung machen, ein unzulässiger Schluss vom Handlungs- (Pflichtwidrigkeit) zum Erfolgswert (Nachteil) vorläge.<sup>50</sup>

Erscheinen die Begriffe „Vermögensschaden“ und „Dispositionsmöglichkeit“ respektive „Bestimmungsrecht“ somit auf den ersten Blick als Gegensätze, so stehen sie auf einen zweiten Blick dennoch nicht unverbunden nebeneinander. Dies wird deutlich, wenn man zu einem (an-)erkennt, dass auch die Dispositionsmöglichkeit und das Bestimmungsrecht über ein Vermögen einen wirtschaftlichen Wert haben, und zum anderen sieht, dass beispielsweise die dauerhafte Wegnahme einer Sache oder das Erlöschen einer Forderung – beides Umstände, die unstreitig einen Vermögensschaden begründen – ebenfalls zur Aufhebung von Dispositionsmöglichkeit und Bestimmungsrecht führen. Diese Brücke zwischen den Begriffen wird auch durch den 2. Senat in der Siemens-Entscheidung geschlagen. Der Brückenschlag führt so weit, dass die Begriffe sogar identisch sein sollen, wenn Dispositionsmöglichkeit und Bestimmungsrecht *endgültig* aufgehoben werden.<sup>51</sup> Dann soll nach Ansicht des 2. Senats nämlich ein Vermögensschaden in Höhe der in der verdeckten Kasse vorenthaltenen Mittel entstehen. Die endgültige Aufhebung von Dispositionsmöglichkeit und Bestimmungsrecht führt zu einer Wertvernichtung, so dass der 2. Senat zu der Feststellung kommen konnte, dass die Möglichkeit zur Disposition über das eigene Vermögen zum Kern der von § 266 StGB geschützten Rechtsposition gehört.

### c) Der wirtschaftliche Wert verdeckter Kassen für den Vermögensinhaber

Folgt man der These, dass auch Dispositionsmöglichkeit und Bestimmungsrecht über ein Vermögen Wertgesichtspunkte sind, ist die Annahme eines endgültigen Schadens durch Führung einer verdeckten Kasse begründbar. Dies jedoch dann nicht, wenn man – wie der 2. Senat – eine *dauerhafte* Entziehung der Verfügungsmöglichkeit fordert. Der Begriff der Dauerhaftigkeit besagt, dass die Zeit, innerhalb derer die Dispositionsmöglichkeit und das Bestimmungsrecht aufgehoben sind, nicht bemessen sein darf, sondern „endgültig“ sein muss.<sup>52</sup> Dies trifft auf verdeckte Kassen ersichtlich nicht zu, werden diese doch mit dem Ziel geführt, die darin enthaltenen Geldwerte für den Vermögensinhaber zu „investieren“.<sup>53</sup> Die Mittelverwendung ist der soziale Sinn – ein von Fischer in diesem Zusammenhang gebrauchtes Krite-

rium<sup>54</sup> – einer verdeckten Kasse. Dauerhaft ist der Ausschluss des Vermögensinhabers von der Dispositionsmöglichkeit und dem Bestimmungsrecht vor diesem Hintergrund nur dann, wenn die „Investition“ scheitert. Gelingt sie aber, und es kommt zu einem wirtschaftlich vorteilhaften Vertragsschluss, erlangt der Vermögensinhaber seine vollständige Rechtsposition zurück. So konnte die Siemens AG durch Bestechungszahlungen in Höhe von ca. 6 Mio. € einen Gesamtgewinn vor Steuern von 103,8 Mio. € erzielen. Vor diesem Hintergrund gefährdet die Führung einer verdeckten Kasse allenfalls das Vermögen des Vermögensinhabers, zumal da der Einsatz des in den verdeckten Kassen befindlichen Geldes, da mit diesem spezielle (Investitions-)Risiken verbunden sind, als *Risikogeschäft* bezeichnet werden kann. Riskiertes Vermögen ist aber kein verlorenes, sondern allenfalls ein gefährdetes Vermögen.<sup>55</sup> Dies gilt dann aber erst recht für ein Vermögen, das noch nicht riskant eingesetzt und nur für einen solchen Einsatz „zurückgelegt“ wurde. Realisiert hat sich die Gefahr eines dauerhaften Ausschlusses des Vermögensinhabers von seiner Dispositionsmöglichkeit und seinem Bestimmungsrecht durch Führung der Kasse – da zu dieser Zeit noch keine Aussage über die Dauerhaftigkeit getroffen werden kann – damit noch nicht. Gelingt der Mitteleinsatz und fließt das Geld an den Vermögensinhaber in der Form von Auftragsgewinnen zurück, zeigt sich zudem, dass die Führung einer verdeckten Kasse mit einer Sachwegnahme oder einem Forderungserlöschen nicht vergleichbar ist, sondern regelmäßig eher einer vorübergehenden unbefugten Gebrauchsanmaßung (*furtum usus*) entspricht.<sup>56</sup>

Macht man die Dauerhaftigkeit zum Kriterium des Vermögensverlustes, scheidet die Annahme eines endgültigen Schadens durch Führung einer verdeckten Kasse somit jedenfalls dann aus, wenn man Kompensationsmöglichkeiten mit in die Betrachtung einbezieht. Zwar wird gerade dies vom 2. Senat abgelehnt und behauptet, dass die Absicht, die Geldmittel bei späterer Gelegenheit im Interesse der Treugeberin einzusetzen, insbesondere um durch verdeckte Bestechungszahlungen Aufträge für sie zu akquirieren und ihr so mittelbar zu einem Vermögensgewinn zu verhelfen, belanglos und kein gegenwärtiger Vermögensvorteil sei.<sup>57</sup> Diese nicht nur gegen die Entscheidung des OLG Frankfurt aus dem Jahre 2004, sondern wohl auch gegen das Urteil des 4. Senats in der Bundesliga-Entscheidung aus dem Jahre 1975 gerichtete und nicht weiter begründete Annahme überzeugt jedoch nicht und bleibt als reine Behauptung stehen. Unterschlägt sie doch den Umstand, dass die Siemens AG schon mit Einrichtung respektive Führung der verdeckten Kassen – und nicht erst mit der zeitlich unbestimmten späteren Auftragserrlangung – unmittelbar respektive gleichzeitig etwas, nämlich die Absicht, die Geldmittel bei späterer Gelegenheit im Interesse der Treugeberin einzusetzen, zurück erhielt und diese *Verwendungsabsicht eine Exspektanz begründete, die unter wirtschaftlichen Gesichtspunkten sehr werthaltig war* und eine äquivalente Chance

<sup>49</sup> BGH, Urteil vom 4. November 1997 – 1 StR 273/97 – in: BGHSt 43, 293, 299.

<sup>50</sup> Saliger, Parteiengesetz und Strafrecht (2005) S. 420 f.

<sup>51</sup> BGH 2 StR 587/07 – Urteil vom 29. August 2008, HRRS 2008 Nr. 1100 – Rn 47.

<sup>52</sup> BGH 2 StR 587/07 – Urteil vom 29. August 2008, HRRS 2008 Nr. 1100 – Rn 43, 47.

<sup>53</sup> Vgl. auch Ransiek NJW 2007, 1727, 1728; Kempf in: FS für Hamm (2008) S. 267: „Die Beeinträchtigung seiner Dispositionsfreiheit ist ein Durchgangsstadium ...“.

<sup>54</sup> Fischer, StGB (55. Aufl.) 2008, § 266 Rn 72.

<sup>55</sup> Fischer, StGB (55. Aufl.) 2008, § 266 Rn 62 m. w. N.

<sup>56</sup> A. A. Ransiek NJW 2007, 1727, 1728.

<sup>57</sup> BGH 2 StR 587/07 – Urteil vom 29. August 2008, HRRS 2008 Nr. 1100 – Rn 43, 45.

auf Rückfluss der Gelder eröffnete<sup>58</sup> – dies nicht zuletzt auch deshalb, weil die Siemensmanager in vermögensrechtlicher Hinsicht, anders als die „klassischen“ Treuenehmer im Rahmen von § 266 StGB, keine „Feinde im Inneren“ waren und auch der durch eine Bestechung erlangte Auftrag vor dem Hintergrund von §§ 134, 138 BGB letztendlich nichts anderes begründet als die Absicht des Vertragspartners, seiner „Verpflichtung“ auch nachzukommen.<sup>59</sup> Sind die durch Bestechungen erlangten Aufträge aber auch dann werthaltig, wenn sie nicht einklagbar sind – wovon ersichtlich auch der 2. Senat ausgeht –, so gilt dies erst recht für Gelder in verdeckten Kassen. Erst recht deshalb, weil die Gelder sich dann noch im Herrschaftsbereich des Vermögensinhabers befinden und immer auch die Möglichkeit besteht, dass das Ziel der Auftragerlangung durch Bestechungen vom Treuenehmer aufgegeben und die verdeckten Kassen wieder „aufgedeckt“ werden.

Dass verdeckte Kassen für den Vermögensinhaber werthaltig sind, zeigt nicht zuletzt auch die Kehrseite der Annahme des 2. Senats. Wäre es richtig, dass verborgenes Vermögen wertlos ist, dann könnte dieses straflos „veruntreut“ werden, weil dem Vermögensinhaber durch diese Handlung dann kein (weiterer) Schaden entstehen würde. Damit wäre aber Vermögen, von dem der Vermögensinhaber nichts (mehr) weiß – beispielsweise eine unbekannte Erbschaft –, generell einem strafrechtlichen Schutz entzogen. Dies überzeugt nicht.

Der Gesichtspunkt, dass verdecktes Vermögen entwertetes Vermögen sein soll, leitet über zu einer weiteren Säule der Siemens-Entscheidung und bringt diese ins Wanken. Dies deshalb, weil dem angeklagten Siemensmanager ein Unterlassen (§ 13 StGB) vorgeworfen wird. Er habe es nämlich unterlassen, die von ihm vorgefundenen, auf verdeckten, nicht unter dem Namen der Treugeberin geführten Konten verborgenen Geldmittel seiner Arbeitgeberin zu offenbaren.<sup>60</sup> Damit fand dieser aber verborgenes und damit – nach der Auffassung des 2. Senats – bereits entwertetes Vermögen vor.<sup>61</sup> Entgegen der Auffassung des 2. Senats sind der Siemens AG somit nicht „durch“ das Unterlassen des angeklagten Siemensmanagers Vermögensnachteile „entstanden“. Vielmehr bestanden diese bereits, so dass die Annahme der (Quasi-)Kausalität zwischen dem Unterlassen der Aufdeckung der verdeckten Gelder und der Schadensentstehung nicht trägt.<sup>62</sup>

<sup>58</sup> Dieser Aussage liegt also die Annahme zugrunde, dass Exspektanzen respektive Aussichten durch Absichten begründet werden können. Zur Werthaltigkeit der Verwendungsabsicht, vgl. auch Rönnau in: FS für Tiedemann (2008) S. 732 f.; allgemein zur kompensatorischen Bedeutung von Exspektanzen im Rahmen von § 266 StGB vgl. Triffterer NJW 1975, 612, 613 f.

<sup>59</sup> Zur Unwirksamkeit der vertraglichen Beziehung nach §§ 134, 138 BGB, wenn der Vertragsschluss auf einer Bestechungszahlung beruht vgl. Rönnau ZStW 119 (2007) 887, 921 m. w. N.

<sup>60</sup> BGH 2 StR 587/07 – Urteil vom 29. August 2008, HRRS 2008 Nr. 1100 – Rn 37.

<sup>61</sup> Dazu, dass bereits verborgenes Vermögen vorgefunden wurde, vgl. auch BGH 2 StR 587/07 – Urteil vom 29. August 2008, HRRS 2008 Nr. 1100 – Rn 9, 27, 34, 38.

<sup>62</sup> BGH 2 StR 587/07 – Urteil vom 29. August 2008, HRRS 2008 Nr. 1100 – Rn 42. Auch unter dem Gesichtspunkt der

Vor diesen Hintergründen muss die zeitliche Unbestimmtheit, wann die Gelder zu Bestechungszwecken eingesetzt werden, in ihrer normativen Bedeutung zurücktreten und kann nicht zu einem Ausschluss der Kompensation führen. *Allein die unbestimmte Zeit bis zur Mittelverwendung macht eine Erwerbchance nicht zu einer in kompensatorischer Hinsicht bedeutungslosen, vagen Chance.* Der 2. Senat verwechselt Unbestimmtheit mit Dauerhaftigkeit und grenzt darüber den wirtschaftlichen Wert verdeckter Kassen für den Vermögensinhaber aus. Unbestimmtheit bedeutet aber nicht Dauerhaftigkeit.<sup>63</sup>

So gesehen werden dem Treugeber die Mittel in den verdeckten Kassen nicht „endgültig“ entzogen, so dass nach dem eigenen Maßstab des 2. Senats eine „bloße“ Einschränkung der Dispositionsmöglichkeit vorliegt<sup>64</sup> – die nur dann eine Untreue bedeuten könnte, wenn man § 266 StGB von einem Vermögens- in ein Dispositionsschutzdelikt umwidmet.<sup>65</sup> Da dies schon aufgrund des Wortlautes der Norm<sup>66</sup> nicht möglich ist, dürfte der 2. Senat selbst unter Zugrundelegung der eigenen Kriterien eigentlich nur zu dem Ergebnis einer, wie sich im Weiteren zeigen wird, abstrakten Vermögensgefährdung durch Führung einer verdeckten Kasse gelangen.

Hier zeigt sich zudem, dass der 2. Senat, wenn er die Dauerhaftigkeit der Kassenführung zum Abgrenzungskriterium erhebt, *verwendungszweckbezogen argumentieren* muss. Wird die verdeckte Kasse vor ihrer Verwendung nämlich entdeckt, ist die Zeit zwischen Einrichtung einer verdeckten Kasse und ihrer justiziellen Aufarbeitung

Pflicht des Treuenehmers zur Vermögensmehrung kann vorliegend keine Schadensentstehung durch Führung einer verdeckten Kasse begründet werden, da dies eine gesicherte Aussicht auf einen Vermögenszuwachs voraussetzen würde, die nach der Auffassung des 2. Senats – da verborgenes Vermögen entwertetes Vermögen sein soll – aber gerade nicht besteht; zu den Voraussetzungen, unter denen ein Verstoß gegen die Pflicht zur Vermögensmehrung einen Vermögensschaden begründen kann, vgl. nur Fischer, StGB (55. Aufl.) 2008, § 266 Rn 60 m. w. N.

<sup>63</sup> Hier liegt wohl der Kern der Wertung, die zu einem endgültigen Schaden führt. Das diffizile Problem ist vor allem darin begründet, dass eine unbestimmte Zeit interpretati-  
onssoffen ist. Es kann in seinen Extremen „sofort“ oder „nie“ bedeuten. Der 2. Senat bezieht sich offenbar auf das letztere Extrem und kommt so zur Dauerhaftigkeit der Aufhebung von Dispositionsmöglichkeit und Bestimmungsrecht und darüber zu einem endgültigen Schaden durch Führung einer verdeckten Kasse. Er wählt damit eine den Bereich der Strafbarkeit ausdehnende Begründung, die schon im Hinblick auf das ultima-ratio-Prinzip abzulehnen ist.

<sup>64</sup> BGH 2 StR 587/07 – Urteil vom 29. August 2008, HRRS 2008 Nr. 1100 – Rn 47.

<sup>65</sup> BGH, Urteil vom 18. Oktober 2006 – 2 StR 499/05 – in: BGHSt 51, 100, 113 Rn 43: „... nicht allein die Dispositionsbefugnis des Berechtigten betroffen, deren Beschränkung für sich allein die Feststellung eines Vermögensschadens nicht begründen könnte ...“; vgl. aber auch Seier in: HWSt (2. Aufl.) 2007, Kap. V 2 Rn 195; Saliger NStZ 2007, 545, 547, die schon hinsichtlich der Kanther-Entscheidung die Frage aufwerfen, ob die Untreue durch dieses Judikat nicht zu einem Dispositionsdelikt umfunktioniert wird.

<sup>66</sup> Vgl. dazu BGH, Urteil vom 4. November 1997 – 1 StR 273/97 – in: BGHSt 43, 293, 297.

immer begrenzt, so dass nur die subjektive Zwecksetzung – ähnlich wie die Zueignungsabsicht im Hinblick auf die Wegnahme im Rahmen von § 242 StGB – letztendlich Aufschluss über die (geplante) „Dauerhaftigkeit“ ihrer Führung geben kann. Denn nur der Zweck, die Gelder nach einer bestimmten Zeit nicht mehr unmittelbar an den Vermögensinhaber zurückzuführen, sondern diese beispielsweise zu zukünftigen Bestechungszwecken einzusetzen, rechtfertigt wohl nach Ansicht des 2. *Senats* die Annahme einer dauerhaften Aufhebung von Dispositionsmöglichkeit und Bestimmungsrecht.

#### d) Begründung einer abstrakten Vermögensgefahr durch Führung verdeckter Kassen zu Bestechungszwecken

Verneint man vor diesem Hintergrund unter wirtschaftlichen Gesichtspunkten eine endgültige Schadensentstehung, stellt sich die Frage, ob durch Einrichtung beziehungsweise Führung einer verdeckten Kasse zumindest das Vermögen gefährdet wurde und, wenn ja, ob diese Gefährdung noch abstrakt oder schon konkret war.

Eine Vermögensgefährdung ist abstrakt, wenn der Eintritt wirtschaftlicher Nachteile nicht überwiegend wahrscheinlich ist; sie ist konkret, wenn ernstlich mit wirtschaftlichen Nachteilen zu rechnen ist.<sup>67</sup> Ob hiernach eine Gefährdung abstrakt oder konkret ist, lässt sich jedoch nicht generell beantworten, sondern ist immer eine Frage des *Einzelfalles*. Letztendlich geht es – wie bei einem Risikogeschäft auch – um eine *Wahrscheinlichkeitsprognose* auf der Grundlage einer einzelfallbezogenen *Gesamtwürdigung* des Sachverhaltes anhand bestimmter Kriterien. Mit in die Beurteilung einzubeziehen sind bei zu Bestechungszwecken geführten verdeckten Kassen beispielsweise die Gewinnchance, die Gewinnspanne, das Entdeckungsrisiko und der Zeitpunkt der Bestechungszahlung.<sup>68</sup>

Vor diesem Hintergrund scheint im Fall Siemens durch Führung verdeckter Kassen allenfalls eine abstrakte Gefährdung des in den Kassen befindlichen Vermögens begründbar.<sup>69</sup> Dies schon deshalb, weil sowohl die Gewinnchance als auch die Gewinnspanne – wie sich an den Vertragsschlüssen mit der ENEL Power S. p. A. letztlich auch zeigte – äußerst hoch waren und der Zeitpunkt der Bestechungszahlung jeweils nach Auftragsvergabe lag. Die angeklagten Siemensmanager handelten nicht „nach der Art eines Spielers“, sondern wohl kalkuliert, so dass die verdeckten Kassen für die Siemens AG wirtschaftlich realistische und hohe Gewinnerwartungen bargen und deshalb allenfalls von einer *abstrakten Vermögensgefährdung*

durch die Führung der verdeckten Kassen ausgegangen werden kann.<sup>70</sup>

Gegen die Annahme einer lediglich abstrakten Vermögensgefährdung durch Einrichtung einer verdeckten Kasse kann ebenfalls nicht eingewandt werden, dass wegen der Heimlichkeit einer verdeckten Kasse die Möglichkeit bestand, allein zum wirtschaftlichen Nachteil der Siemens AG über die Gelder zu verfügen. Auch diese Gefahr erscheint nämlich allenfalls abstrakt, zumal da neben dem Bereichsvorstand auch einige Mitarbeiter der Siemens-PG von den verdeckten Kassen Kenntnis hatten, so dass offenbar eine gewisse Kontrolle über die Mittelverwendung bestand und zudem allein die Potenzialität der Verwendung eines Vermögens zum wirtschaftlichen Nachteil des Vermögensinhabers noch nicht die Konkretheit einer Gefahr zu begründen vermag.<sup>71</sup> Sonst wäre jeder Kassenbestand, über dessen Höhe der Vermögensinhaber keine Kenntnis besitzen kann, beispielsweise in den Händen einer Kassiererin, die immer auch die Möglichkeit einer pflichtwidrigen Geldentnahme besitzt, schon konkret gefährdet. Eine Person in diesem Sinne unter strafrechtlichen Gesichtspunkten als Gefahrenherd einzustufen, ginge aber zu weit und wäre mit einer freiheitlichen Rechtsordnung nicht vereinbar. Im vorliegenden Fall wäre dies aber auch deshalb kontrainuitiv, weil die angeklagten Siemensmanager offensichtlich allein mit dem Ziel einer wirtschaftlichen Besserstellung der Siemens AG handelten.

#### e) Der wirtschaftliche Wert einer temporären Aufhebung von Dispositionsmöglichkeit und Bestimmungsrecht

Der einzige Umstand, der sich bereits durch Führung einer verdeckten Kasse zu Bestechungszwecken auch unter wirtschaftlichen Gesichtspunkten *bereits realisiert* hat, ist der *temporäre Entzug* der Dispositionsmöglichkeit und des Bestimmungsrechts des Vermögensinhabers über sein Vermögen.<sup>72</sup> Zu Fragen ist deshalb, ob unter

<sup>70</sup> Zur Frage, unter welcher Voraussetzung eine Gewinnerwartung zum Vermögenswert wird, vgl. auch BGH, Urteil vom 20. Februar 1962 – 1 StR 496/61 – in: BGHSt 17, 147 ff.; Fischer, StGB (55. Aufl.) 2008, § 263 Rn 56 ff., § 266 Rn 56 m. w. N.

<sup>71</sup> Anders der 2. Senat in der Kanther-Entscheidung, der offensichtlich allein aus der Missbrauchsgefahr die Annahme einer konkreten Vermögensgefährdung ableitet, BGH, Urteil vom 18. Oktober 2006 – 2 StR 499/05 – in: BGHSt 51, 100, 113 Rn 43: „Wie nahe liegend diese Gefahr war, macht nicht zuletzt der Umstand deutlich, dass nach den Feststellungen des Landgerichts mehrfach, im abgeurteilten Zeitraum jedenfalls im Jahr 1995 erhebliche Beträge pflichtwidrig Dritten zugewandt wurden.“; vgl. auch Urteil vom 21. Oktober 1994 – 2 StR 328/94 – in: BGHSt 40, 287, 296: „Eine solche Gefährdung käme in Frage, wenn der Mitteltransfer im Einvernehmen der Beteiligten dazu dienen sollte und diente, dem BND die Möglichkeit zu verschaffen, nach seinem Gutdünken eigenmächtig und unkontrolliert über die überwiesenen Gelder zu verfügen ...“; OLG Frankfurt, Beschluss vom 26. Februar 2004 – 2 Ws 73/03 – in: NStZ-RR 2004, 244, 245.

<sup>72</sup> Dazu, dass bei einer nicht nur temporären, sondern auf Ewigkeit angelegten verdeckten Kasse von einem Vermögensschaden auszugehen ist, vgl. Saliger NStZ 2007, 545, 548.

<sup>67</sup> BGH, Urteil vom 15. Dezember 2006 – 5 StR 181/06 – in: BGHSt 51, 165, 177 Rn 38.

<sup>68</sup> Weitere Beurteilungskriterien finden sich bei BGH, Urteil vom 27. Februar 1975 – 4 StR 571/74 – in: NJW 1975, 1234, 1235 f.; Matt NJW 2005, 389, 391; Saliger NStZ 2007, 545, 547; Rönnau ZStW 119 (2007) 887, 921; Saliger/Gaede HRRS 2008, 56, 70.

<sup>69</sup> Im Ergebnis so auch Kempf in: FS für Hamm (2008) S. 266; Rönnau in: FS für Tiedemann (2008) S. 735; Saliger/Gaede HRRS 2008, 57, 70.

diesem Gesichtspunkt dem Vermögensinhaber respektive der Siemens AG ein wirtschaftlicher Nachteil entstanden ist. Um dies bewerten zu können, liegt es nahe – weil eine wirtschaftliche Bewertung dieses Umstandes sehr schwierig und nicht ein Schaden in der Höhe des verdeckten Vermögens entstanden ist<sup>73</sup> – sich auf die vom 1. Senat in der Haushaltsuntreue-Entscheidung im Anschluss an die Melkmaschinen-Entscheidung des 4. Senats aus dem Jahre 1961 aufgestellten Kriterien sinngemäß zu beziehen.<sup>74</sup> So scheint es unter Heranziehung der Gesichtspunkte eines individuellen Schadenseinschlages möglich, auch den Wert der Dispositionsmöglichkeit über ein Vermögen unter ökonomischen Gesichtspunkten zu fassen.<sup>75</sup> Danach ist in diesem Zusammenhang bedeutsam, ob der Vermögensinhaber aufgrund des temporären Entzuges der Dispositionsmöglichkeit über sein Vermögen mangels ausreichender Liquidität in Zahlungsschwierigkeiten geriet, die erforderlichen Mittel durch eine hoch zu verzinsende Kreditaufnahme erlangen musste oder sonst in seiner wirtschaftlichen Bewegungsfreiheit weitgehend beeinträchtigt wurde.<sup>76</sup> Aspekte, die in Bezug auf die Siemens AG ersichtlich keine Rolle spielen und die Annahme eines endgültigen Schadens – der dann im Zweifel ohnehin sehr viel geringer wäre, als der Nennwert des in den Kassen befindlichen Geldes – nicht zu begründen vermögen.

#### f) Normative Entwertung des wirtschaftlichen Wertes verdeckter Kassen?

Begründet werden kann ein endgültiger Schaden durch Führung einer verdeckten Kasse zu Bestechungszwecken gegebenenfalls aber noch unter drei weiteren Gesichtspunkten. Zum einen kann gefragt werden, ob Vermögen, das zur Begehung von Straftaten, wie beispielsweise zu Bestechungszwecken, eingesetzt werden soll, noch von der Rechtsordnung anerkannt ist und ihrem Schutz untersteht. Wäre dies – quasi als Ausdruck eines *juristisch-ökonomischen* Vermögensbegriffes – zu verneinen, so könnte gegebenenfalls bereits in der Führung einer verdeckten Kasse eine „Enteignung“ des Vermögensinhabers gesehen werden. Entsprechendes könnte dann auch für die durch Bestechungen erlangten Aufträge gelten, so dass diese für die Siemens AG gegebenenfalls keinen

wirtschaftlichen Wert darstellten. Zum anderen kann eine normative Entwertung des wirtschaftlichen Wertes verdeckter Kassen unter Umständen darin gesehen werden, dass der für die Siemens AG bestehende Wert der verdeckten Kassen insbesondere durch (zukünftige) Bestechungszahlungen begründet war und diese ausweislich der eigenen Compliance Vorschriften der Siemens AG ausdrücklich nicht gewünscht respektive statthaft waren. Der Siemens AG wird damit unter Ausschluss des Bestimmungsrechts aufoktroiert, wie sie Aufträge akquiriert und dadurch Gewinne erzielt. Diese nicht statthafte Verwendung von Geldern ist folglich gegebenenfalls mit einer zweckwidrigen Mittelvergabe vergleichbar, das heißt einer Weggabe von Geldern, die an sich schon einen Schaden begründen kann.

Im Ergebnis können aber auch diese drei Erwägungen die Annahme eines endgültigen Schadens nicht begründen. Der zuletzt genannte Aspekt schon deshalb nicht, weil die Mittelvergabe mit dem Ziel erfolgte, Aufträge für die Siemens AG zu erhalten und der Erhalt von Aufträgen für die Siemens AG zweckentsprechend ist.<sup>77</sup> Aus der Unzulässigkeit des beschrittenen Weges kann nicht die Unzulässigkeit des erreichten Zieles abgeleitet werden. Oder anders ausgedrückt: Ein Verstoß gegen Compliance Vorschriften kann allein die Pflichtwidrigkeit einer Handlung begründen. Damit zugleich einen Schaden begründen zu wollen, liefe letztendlich auf eine unzulässige Vermischung der Tatbestandsmerkmale Pflichtwidrigkeit und Schaden hinaus. Aber auch die beiden zuerst genannten Aspekte können nicht zu einer normativen Entwertung des wirtschaftlichen Wertes verdeckter Kassen führen, zumal in der Rechtsprechung des BGH anerkannt ist, dass sowohl deliktisch eingesetztes als auch deliktisch erlangtes Vermögen im Sinne des § 266 StGB ist und dem Schutze der Rechtsordnung untersteht.<sup>78</sup> So liegt auch unter normativen Gesichtspunkten durch Führung einer verdeckten (Schmiergeld-)Kasse kein endgültiger Schaden vor.

## 4. Ergebnis

Die Siemens-Entscheidung pflügt an entscheidenden Stellen das Begriffsfeld der Schadensdogmatik um und bestellt es neu. Ergebnis und Begründung dieses Judikates überzeugen nicht. Das Ergebnis nicht, weil es unplausibel anmutet, ein Verhalten, dass nach dem Willen der Akteure dem wirtschaftlichen Vorteil des Vermögensinhabers dienen sollte und tatsächlich dann auch diente, als Vermögensstraftat zu bezeichnen. Die Begründung nicht, weil sie den wirtschaftlichen Wert, den die verdeckten Kassen für die Siemens AG hatten, unterschlägt.

<sup>73</sup> A. A. Ransiek NJW 2007, 1727, 1728: „Wenn der Vermögensinhaber, gegebenenfalls über die zuständigen Gremien, faktisch nicht mehr über die ihm zustehenden Gelder verfügen kann, da er nichts von ihnen weiß, wird ihm wirtschaftlich der Vermögenswert entzogen.“

<sup>74</sup> BGH, Urteil vom 4. November 1997 – 1 StR 273/97 – in: BGHSt 43, 293, 299; Beschluss vom 16. August 1961 – 4 StR 166/61 – in: BGHSt 16, 321, 325 ff. (Melkmaschinen-Entscheidung).

<sup>75</sup> Fischer, StGB (55. Aufl.) 2008, § 263 Rn 72: „Nicht ausreichend ist eine nicht quantifizierbare Einbuße an wirtschaftlicher Freiheit, insb. der Dispositionsfreiheit.“; Saliger/Gaede HRRS 2008, 57, 70 Fn 113 m. w. N. Allgemein zum individuellen Schadenseinschlag vgl. Fischer, StGB (55. Aufl.) 2008, § 263 Rn 85 ff.

<sup>76</sup> Im Zusammenhang mit dem letzten Gesichtspunkt steht auch die Frage, welchen Anteil das entzogene Vermögen zum Gesamtvermögen des Vermögensinhabers hat; vgl. dazu auch BGH, Urteil vom 18. Oktober 2006 – 2 StR 499/05 – in: BGHSt 51, 100, 113 Rn 43; Saliger NSTZ 2007, 545, 548.

<sup>77</sup> A. A. offenbar Kindhäuser in: NK-StGB (2. Aufl.) 2005, § 266 Rn 113.

<sup>78</sup> Zu deliktisch eingesetztem Vermögen, vgl. BGH, Urteil vom 7. August 2003 – 3 StR 137/03 – in: BGHSt 48, 322, 330; speziell bei zu Bestechungszwecken eingesetztem Vermögen vgl. BGH, Urteil vom 2. Juli 1980 – 3 StR 201/80 – in: BGHSt 29, 300, 305; ferner Fischer, StGB (55. Aufl.) 2008, § 266 Rn 56 in Verbindung mit § 263 Rn 66 m. w. N. Zu Vermögen, das durch Bestechungen erlangt wurde vgl. BGH, Urteil vom 27. Februar 1975 – 4 StR 571/74 – in: NJW 1975, 1234, 1235; Seier in: HWSt (2. Aufl.) 2007, Kap. V 2 Rn 360.

Dieser wirtschaftliche Wert bestand darin, dass mit den in den verdeckten Kassen befindlichen Geldern die Aussicht bestand, lukrative Aufträge für die Siemens AG zu akquirieren und diese Aussicht unter vermögensrechtlichen Gesichtspunkten auch werthaltig war. Die mit der Führung einer verdeckten Kasse begründete Verwendungsabsicht des Trenehmers stellt somit eine unmittelbare Kompensation für die Aufhebung von Dispositionsmöglichkeit und Bestimmungsrecht dar und macht sie für den Treugeber zu einer temporären, die für sich gesehen einen Vermögensschaden im Sinne von § 266 StGB nicht zu begründen vermag. Allein der Umstand, dass die Zeit bis zur Verwendung der Gelder unbestimmt

war, ändert hieran nichts – sie bleibt bemessen, wenn auch nicht abgemessen. Ob diese dogmatisch zweifelhafte Entscheidung, die – nicht zuletzt um möglichen Schutzbehauptungen hinsichtlich der Verwendungsabsicht den „Weg abzuschneiden“<sup>79</sup> – vor allem auch kriminalpolitisch motiviert sein dürfte, sich in Zukunft durchsetzen und welche weitergehenden Folgen, nicht zuletzt für die Dogmatik des Betruges, sie auslösen wird, bleibt abzuwarten.

<sup>79</sup> BGH 2 StR 587/07 – Urteil vom 29. August 2008, HRRS 2008 Nr. 1100 – Rn 44.

Aufsätze und Anmerkungen

## Ausschluß des absoluten Revisionsgrundes des § 338 Nr. 3 StPO im Fall ordnungsgemäßer Urteilsabsprache?

Zugleich Anmerkung zu BGH 1 StR 323/08 vom 22.09.2008 = HRRS 2009 Nr. 1.

Von Rechtsanwalt Klaus-Ulrich Ventzke, Hamburg\*

### I.

Daß ein Strafverfahren nach 25 – wie eng auch immer terminierten - Hauptverhandlungstagen einer auf ein Geständnis gestützten verfahrensbeendenden Absprache zugeführt wird, dürfte nicht eben selten sein, und zwar selbst dann, wenn das Verfahren zuvor – etwa durch die Stellung von Ablehnungsgesuchen noch am 19. Hauptverhandlungstag – eher verbissen geführt worden war. Die Gründe für eine derartige Kehrtwende können mannigfaltig sein, regelmäßig deutet sie auf allseitige Ermattung hin, die rein pragmatischen Erwägungen Raum schafft: Der Staatsanwaltschaft wird möglicherweise deutlich geworden sein, daß die Sache schlecht ausermittelt war und die verfahrens- und materiellrechtlichen Probleme des Verfahrens von ihr allzu optimistisch gesehen worden waren. Angeklagtem und Verteidigung mag angesichts der Belastung (der ideellen wie materiellen Ressourcen) des Angeklagten durch die andernfalls drohende Fortführung der Hauptverhandlung und einer

realistischen Prognose der revisionsrechtlichen Erfolgsaussichten<sup>1</sup> die resignative Zuflucht zu einem derartigen Verfahrensende als die schadensmindernde Verteidigungsmethode der Wahl erscheinen, zumal wenn der Tatrichter zuvor kontinuierlich in nicht angreifbarer Weise explizit oder verdeckt die Spannweite der Sanktions-schere ins Spiel gebracht oder sonst durch vergeblich mit einem Ablehnungsgesuch angegriffene Äußerungen<sup>2</sup> seine Sicht der Dinge verdeutlicht hatte.

<sup>1</sup> Vgl. zuletzt Barton, in: Festschrift für Fezer (2008), S. 333 ff. m.w.N.

<sup>2</sup> Vgl. anschaulich als Fall einer derartigen (in der Revisionsinstanz erfolgreich gerügten) tatrichterlichen Prozeßführung BGH HRRS 2004 Nr. 298; Rn. 4: „Der Strafkammervorsitzende reagierte mit folgender Bemerkung: `Es wird Ihnen nahe gelegt, über den gestrigen Tag nachzudenken. Es gab keinen Zeugen, der Sie entlastet hat. Die Glaubwürdigkeit der Zeugin ... (die Geschädigte) wird wohl auch durch die Sachverständigen bestätigt werden. Frau Dr. W. wird die Aussage Ihrer Ehefrau noch stützen, insbesondere wird sie darlegen, wie der psychische Knick Ihrer Frau zustande gekommen ist. Der Karren, den Sie vor sich herschieben, ist Ihnen wohl entglitten, Sie werden ihn nicht unter Kontrolle kriegen, er ist auf Bergabfahrt und wird wohl gegen die Wand fahren. Ihre Landsleute legen sehr ungern Geständnisse ab. Wenn sie verurteilt werden, fangen sie das Weinen und Zähneknirschen an. Jetzt haben Sie

\* Die Entscheidung wurde erst am 22.12.2008 auf der Homepage des BGH - mit einem allein die steuerstrafrechtliche Problematik betreffenden amtlichen Leitsatz für BGHR - veröffentlicht.

Machte der Angeklagte – etwa nach einem Verteidigerwechsel oder einer geänderten Einschätzung der Verfahrenslage – gleichwohl von jenem Recht zur Urteilsanfechtung Gebrauch, über das er zuvor qualifiziert belehrt worden war, und berief er sich alsdann zur Begründung seines Rechtsmittels formgerecht auch auf den Revisionsgrund des § 338 Nr. 3 StPO, war eine derartige Verteidigungsstrategie vor allem zweierlei Einwänden ausgesetzt (gewesen): Im Fall eines vorläufigen Erfolgs in der Revisionsinstanz wäre das weitere Verfahren jedenfalls atmosphärisch mit der Tatsache des im Rahmen der ordnungsgemäß durchgeführten Verständigung abgelegten Geständnisses befrachtet. Vor allem aber: Schon die Chancen einer auf eine – gar die Verletzung des § 24 Abs. 2 StPO geltend machende – Verfahrensrüge gestützten Revision waren von vornherein eher überschaubar. Freilich wäre niemand ernsthaft auf den Einwand verfallen, der absolute Revisionsgrund des § 338 Nr. 3 StPO könne wegen der Urteilsabsprache nicht mehr in zulässiger Weise geltend gemacht werden, weil just dieser Verfahrensabschluß belege, daß aus Sicht des Angeklagten jedenfalls im nachhinein dieser Verfahrensmangel in Fortfall geraten sei.

## II.

Wieder einmal ist es der 1. Strafsenat des Bundesgerichtshofes, der in Fortführung seiner bereits länger andauernden, eher gesetzestwortlautfernen anmutenden Bemühungen des Umbaus, genauer: des Abrisses der überkommenen Strukturen des Strafverfahrens<sup>3</sup> zu einer anderen Beurteilung der Rechtslage gelangt.

1. Freilich hatte der Große Senat des Bundesgerichtshofes in seiner Entscheidung vom 03.03.2005 eher vorsichtig die Frage angesprochen, ob eine verfahrensbeendende Urteilsabsprache Auswirkungen auf den Umfang der späteren revisionsrechtlichen Rügemöglichkeiten haben könnte:

„Mit Blick auf das Rechtsmittelverfahren stellen sich nicht nur die von der Vorlage aufgeworfe-

es noch in der Hand, etwas zu beeinflussen. Nicht mehr, wenn alle Zeugen gehört sind. Sie haben bereits zehn Stunden verhandeln lassen, allein vier Stunden das Opfer vernehmen lassen und wenn erst die letzte Zeugin gehört wird, die aller Wahrscheinlichkeit nach ihre Aussage wiederholen wird, ist es schon zu spät. Pflegen Sie nicht Ihren selbstmitleidigen Zustand, sondern nutzen Sie die Zeit; reden Sie vielleicht mit Ihrer Anwältin über den gestrigen Tag.“

<sup>3</sup> Erinnt sei nur beispielhaft an die Entscheidungen dieses Senats zur Rügeverkümmern (HRRS 2006 Nrn. 185, 858; 2007 Nr. 838; dazu: *Ventzke* HRRS 2008, 180 ff.), zum extensiven Verständnis der sog. Widerspruchslösung (HRRS 2006 Nr. 473, Rn. 26 ff. mit Anm. *Fezer* HRRS 2006, 239; Nr. 900, Rn. 20 ff., m. abl. Anm. *Gaede* HRRS 2007, 402, 405 f.), zur – in derselben Besetzung einen Tag später erfolgten – Umgestaltung des Beweisanzugsrechts (HRRS 2008 Nr. 1150, m. abl. Anm. *Fezer* in diesem Heft, in Fortführung von HRRS 2007 Nr. 602) sowie zum Beschleunigungsgrundsatz (z.B. BGH HRRS 2006 Nr.625, Rn.1 ff.; 2008 Nr. 522, Rn. 25 ff., Nr. 894; vgl. auch *Fezer*, in: Festschrift für Widmaier (2008), S. 177 ff.).

nen Fragen des Rechtsmittelverzichts; zu beantworten ist etwa auch, ob und in welchem Maße im Revisionsverfahren – mit Blick auf die Besonderheiten des Abspracheverfahrens, etwa unter dem Gesichtspunkt widersprüchlichen Verhaltens – bestimmte Verfahrensrügen, namentlich Aufklärungsrügen ausgeschlossen sein können.“<sup>4</sup>

Damit wurden Überlegungen des 5. Strafsenats des Bundesgerichtshofes<sup>5</sup> aus dem jenem Beschluß vorhergehenden Anfrageverfahren aufgegriffen:

„Der Senat merkt im übrigen zur Folgeproblematik des Anfragebeschlusses an, daß er es für dringend bedenkenswert hält, ob und inwieweit bei einer nach einer Absprache stets zulässigen Revision die Statthaftigkeit bestimmter verfahrensrechtlicher, aber auch sachlichrechtlicher Einwände infolge der Mitwirkung des Revisionsführers an der Absprache zu verneinen wäre (offengeblieben im Verfahren 5 StR 286/03, vgl. Senatsurteil vom 13. August 2003). Es erscheint zweifelhaft, ob in solchen Fällen wesentlich mehr als die Frage nach Einhaltung der Grenzen einer zulässigen Verständigung zur revisionsgerichtlichen Prüfung zu stellen ist.“

2. In der Folgezeit spielte diese Problematik in der höchstrichterlichen Rechtsprechung allerdings keine wesentliche Rolle. Zwar reagierte der 1. Strafsenat des Bundesgerichtshofes wieder einmal<sup>6</sup> relativ harsch auf von ihm als selbstwidersprüchlich empfundenen Verteidigungsverhalten nach einer Urteilsabsprache:

„Da das Geständnis des Angeklagten durch die geständige Einlassung eines Mitangeklagten hinsichtlich eines Teils der verurteilten Taten bestätigt wurde, brauchte sich das Landgericht auch nach den Maßstäben, die der Große Senat für Strafsachen (BGHSt 50, 40, 49) für die Prüfung eines aufgrund einer Urteilsabsprache abgelegten Geständnisses aufgestellt hat, nicht zu einer weiteren Sachaufklärung gedrängt zu sehen. Zudem befremdet es, dass der Verteidiger das von ihm selbst in der Hauptverhandlung verlesene Geständnis der Sache nach dahingehend anzweifelt, es sei zu Lasten des Angeklagten unzutreffend.“<sup>7</sup>

<sup>4</sup> HRRS 2005 Nr. 310, Rn. 45.

<sup>5</sup> 5 ARs 61/03 vom 29.10.2003, in: HRRS-Datenbank, Rn. 9, m. abl. Bespr. *Gaede/Rübenstahl* HRRS 2004, 342/353 ff. Das in Bezug genommene Urteil vom 13.03.2003 erschöpft sich in der Mitteilung, daß die Mitwirkung an der Urteilsansprache die Revision nicht unzulässig mache und dahinstehen könne, ob dies auch für erhobene Verfahrensrügen gelte (UA, S. 4; bei HRRS nicht erfaßt).

<sup>6</sup> Vgl. *Ventzke*, in: Festschrift für Fezer (2008), S. 477 ff. m.w.N.

<sup>7</sup> HRRS 2008 Nr. 1097, Rn. 1; vgl. auch BGH HRRS 2008 Nr. 325, Rn.13: „Der Senat bemerkt jedoch, dass das Vorbringen des Verteidigers Rechtsanwalt D. aus M., wonach das verhängte Strafmaß mit einer Freiheitsstrafe von drei Jahren und drei Monaten in keiner Weise verhältnismäßig sei (RB Rechtsanwalt D. vom 6. Dezember 2007 S.

Lediglich der 5. Strafsenat des Bundesgerichtshofes kam indes – angesichts seines Hanges, mit dem Institut des Rechtsmißbrauchs zu argumentieren<sup>8</sup>, nicht eben überraschend – zuletzt wenige Tage vor der besprochenen Entscheidung auf diese Fragestellung zurück:

„Es liegt nahe, dass Revisionsrügen nach § 338 Nr. 1 und Nr. 4 StPO nach einer Vereinbarung mit den nach dem Beschwerdevorbringen unzuständigen Richtern als unstatthaft zu bewerten sind. Nichts anderes gilt im Ergebnis für Rügen wegen angeblich rechtsstaatswidriger Verzögerung des Verfahrens vor einer getroffenen Vereinbarung. Dies bedarf angesichts der Unzulässigkeit und Unbegründetheit der Rügen hier keiner tragenden Entscheidung.“<sup>9</sup>

18), befremdet. Die von der Kammer verhängte Freiheitsstrafe ist identisch mit dem Antrag des Verteidigers in seinem Schlussvortrag (EA S. 522). Es erscheint fraglich, ob es mit der Stellung eines Verteidigers noch vereinbar ist, wenn dieser sich an einer verfahrensbeendenden Absprache beteiligt und Anträge stellt, die er selbst für `in keiner Weise verhältnismäßig` erachtet. Vgl. zur Problematik aber instruktiv *Salditt*, in: Festschrift für Widmaier (2008), S. 54 ff.

<sup>8</sup> Z.B. BGH HRRS 2008 Nr. 571 m. Anm. *Ventzke* StV 2009 i.E.; vgl. auch BGH HRRS 2008 Nr. 611, Rn.15 (dazu *Fezer* HRRS 2008, 457 ff.).

<sup>9</sup> HRRS 2008 Nr. 990; dieser Beschluß wird prompt in der Entscheidung vom 22.09.2008 (Rn. 5, 7) zur Darlegung einer angeblichen Rechtsprechungskontinuität bemüht. Die weiter zitierten Entscheidungen desselben Senats, auf die zum selben Zweck Bezug genommen wird, enthalten keine weitergehenden Erkenntnisse. BGH HRRS 2006 Nr. 226, Rn. 6: „Diese Rügen, die an Verfahrensvorgänge aus einer früheren ausgesetzten Hauptverhandlung anknüpfen, wären nach Maßgabe von BGHSt 31, 15 statthaft. Der Senat hält die Fortschreibung dieser Rechtsprechung allerdings nicht für geboten. Es erscheint sachgerecht, aus § 25 Abs. 1 StPO herzuleiten, dass der Angeklagte Ablehnungsgründe, die er bereits in einer ausgesetzten Hauptverhandlung erfolglos zum Gegenstand eines Befangenheitsantrags gemacht hat, zur Erhaltung einer Revisionsrüge nach § 338 Nr. 3 i.V.m. § 28 Abs. 2 Satz 2 StPO zu Beginn der neuen Hauptverhandlung in der in § 25 Abs. 1 Satz 2 StPO vorgeschriebenen konzentrierten Form ausdrücklich nochmals benennen muss. Dies stünde im Einklang mit der Regelung in §§ 222b, 338 Nr. 1 StPO und dem Erfordernis der Erhebung eines Widerspruchs in der Hauptverhandlung als Voraussetzung für bestimmte Verfahrensrügen. Zudem wäre so Klarheit in der Frage gewonnen, ob der Angeklagte überhaupt noch die Besorgnis einer Befangenheit des früher abgelehnten Richters hegt, was - namentlich in Fällen eines längeren Verfahrensfortgangs - durchaus zweifelhaft sein kann. Nach Veröffentlichung dieser Entscheidung sähe sich der Senat künftig - vorbehaltlich eines Verfahrens nach § 132 GVG - nicht gehindert, entsprechende Rügen nach § 338 Nr. 3 StPO als unzulässig anzusehen.“ BGH HRRS 2007 Nr. 117, Rn. 2: „Der Senat kann es dahingestellt sein lassen, ob im Wege richterlicher Rechtsfortbildung vorliegend ein Rügeverlust der Angeklagten deshalb in Betracht kommt, weil sie sich nach sachlicher Verbescheidung ihres jeweils gestellten Befangenheitsantrags mit der Strafkammer unter dem Vorsitz des zuvor abgelehnten Richters auf eine verfahrensverkündende Absprache eingelassen haben (vgl. BGHSt 50, 40, 52; BGHR StPO § 338 Nr. 3 Revisibilität 4).“

In der rechtspolitischen Diskussion wurde – angestoßen durch den Appell des Großen Senats des Bundesgerichtshofes vom 03.03.2005 (a.a.O. Rn. 53, 81) an den Gesetzgeber zur Regelung der Urteilsabsprache - diese Problematik erörtert, wobei trotz aller Differenzen auch innerhalb der Anwaltschaft<sup>10</sup> das Konsens war, was Senge aus staatsanwaltschaftlicher Sicht mit der gebotenen Deutlichkeit formuliert hatte:

„Die absoluten Revisionsgründe des § 338 StPO müssen daneben wegen ihrer grundsätzlichen Bedeutung für ein geordnetes rechtsstaatliches Verfahren bestehen bleiben, wie auch die Möglichkeit, das aufgrund einer verfahrensbeendenden Absprache ergangene Urteil einer sachlich-rechtlichen Kontrolle zu unterziehen.“<sup>11</sup>

Hintergrund dieser Diskussionen war – wie ebenfalls in der Entscheidung des Großen Senats des Bundesgerichtshofes vom 03.03.2005 (a.a.O. Rn. 38, 41) angedeutet - vor allem die kontrovers verhandelte Frage, ob und in welchem Umfang allein der Konsens der Verfahrensbeteiligten geeignet sein könnte, den Radius der Beweisaufnahme mit einer die *diesbezüglichen* Einschränkungen der Rügeoptionen im Revisionsverfahren legitimierenden Weise zu bestimmen.<sup>12</sup>

3. Nun durfte man bei einem Senat, der aus seiner Abneigung gegen (ohnein in der Praxis relativierte<sup>13</sup>) absolute Revisionsgründe keinen Hehl gemacht hatte<sup>14</sup>, nicht ohne weiteres erwarten, daß er seine Rechtsanwendung an einem derartigen Konsens ausrichten würde. Freilich hätte es professionellem Standard eines Revisionsgerichts entsprochen, diese Ansicht dogmatisch herzuleiten und zumindest die erwähnte Diskussion<sup>15</sup> in den Blick zu nehmen.<sup>16</sup> Nichts davon geschieht: „Vorhandenes und

<sup>10</sup> Vgl. Strafrechtsausschuß des DAV StraFo 2006, 89/97 f.

<sup>11</sup> In: Schriftenreihe der Strafverteidigervereinigungen Band 30, S. 369/379.

<sup>12</sup> Vgl. nur *Weßlau* StraFo 2007, 1 ff.; *dies.*, in: Festschrift für Egon Müller (2008), S. 779 ff., jeweils m.w.N.

<sup>13</sup> Vgl. zuletzt *Kudlich*, in: Festschrift für Fezer (2008), S. 435 ff. m.w.N.

<sup>14</sup> BGH HRRS 2004 Nr. 298, Rn. 18 f.: „Das Ablehnungsgesuch durfte nach allem nicht zurückgewiesen werden. Deshalb liegt der absolute Revisionsgrund des § 338 Nr. 3 StPO vor. Dies zwingt den Senat nach dem Willen des Gesetzgebers, das angefochtene Urteil mit den Feststellungen aufzuheben. Es kommt demnach nicht mehr darauf an, ob das Urteil in der Sache auf dem Mangel der Mitwirkung des zu recht abgelehnten Vorsitzenden beruhen kann und ob es sachlich-rechtlich bedenkenfrei ist.“

<sup>15</sup> Daß sie rechtspolitischer Natur war, ändert hieran nichts, da ihr ersichtlich die sich ohnein aufdrängende Annahme zugrundelag, daß es Sache des Gesetzgebers wäre, derartige weitreichende, gleichwohl hinter der Senatsentscheidung zurückbleibende Eingriffe in das Revisionsrecht – etwa im Zusammenhang mit der Schaffung eines spezifischen Abspracheverfahrens - vorzunehmen (vgl. den Überblick etwa bei *Weichbrodt*, Das Konsensprinzip strafprozessualer Absprachen, 2006, Kap. 4).

<sup>16</sup> *Mosbacher* (in: Festschrift für Widmaier [2008], S. 339 ff.) und *Schneider* (in: KK, StPO, 6. Aufl. [2008], § 238, Rn. 28 ff., 33 ff.) betreiben demgegenüber immerhin nicht unerheblichen (und ernstzunehmenden) argumentativen Aufwand, um ihr anspruchsvolles Projekt zu begründen, das Revisionsverfahren über § 238 Abs. 2 StPO aufzurollen.

fortbestehendes Rechtsschutzinteresse (als) allen Prozessordnungen gemeinsame Sachentscheidungsvoraussetzung“, „Verbot des Missbrauchs prozessualer Rechte“ und der „auch für Gerichte geltende Grundsatz der Effizienz staatlichen Handelns“ (Rn. 6) – das sind die als Begründungssurrogat schlagwortartig nebeneinandergestellten Argumentationsfiguren, die es aus Sicht des Senats legitimieren sollen, nicht in die Prüfung der Frage einzutreten, ob das vor der Urteilsabsprache angebrachte Ablehnungsgesuch zu Unrecht verworfen worden war (§ 338 Nr. 3 StPO). Alle weiteren Erwägungen des Senats sind auf einer Ebene angesiedelt, deren argumentativer Status schon nicht recht deutlich wird: Handelt es sich um empirisch gemeinte Beschreibungen des Verteidigerungsverhaltens des Beschwerdeführers oder um dessen normativ zu verstehende Bewertung durch den Senat? Der Senat (a.a.O. Rn. 8) führt nämlich aus, „bei einer einvernehmlichen Beendigung des Strafverfahrens aufgrund einer Absprache (brächten) die Verfahrensbeteiligten grundsätzlich zum Ausdruck, daß für sie ein Grund für ein Misstrauen in die Unparteilichkeit des Richters nicht (mehr) besteht.“ Wie gelangt der Senat zu dieser z.B. angesichts des eingangs geschilderten typischen Szenarios, vor allem aber seiner den von ihm entschiedenen Fall betreffenden Feststellung, der Beschwerdeführer habe aus Anlaß der Urteilsabsprache nur die Beweisanteile, nicht aber den Befangenheitsantrag zurückgenommen (a.a.O. Rn. 4), recht fernliegend anmutenden Einschätzung? Die Antwort ist ernüchternd: Er verweigert eine Begründung, wie sich zwanglos ergibt, wenn man die von ihm (a.a.O. Rn. 9 ff.) angestellten Erwägungen Revue passieren läßt:

- Der Senat (a.a.O. Rn. 9) referiert zutreffend die überkommenen Maßstäbe zur Anwendung des § 24 Abs. 2 StPO und ruft in Erinnerung, daß durch eine dienstliche Erklärung eines abgelehnten Richters die Besorgnis der Befangenheit nachträglich zerstreut werden kann. Für die Frage der Unzulässigkeit der vorliegend erhobenen Rüge besagt dies nichts, dies schon deshalb nicht, weil nichts darüber mitgeteilt wird, daß der Tatrichter im Kontext der Urteilsabsprache Erklärungen abgegeben hatte, die sich in dieser Weise auf den geltend gemachten Befangenheitsgrund<sup>17</sup> bezogen hatten.
- Der Senat verweist darauf, bei der Prüfung der Rüge sei „auf den Zeitpunkt der Entscheidung des nach § 27 StPO zuständigen Gerichts abzustellen“ (a.a.O. Rn.10). Dieses Argument erhöht freilich eher die Begründungsanforderungen an den Senat, der argumentativ gerade an späteres Geschehen anknüpft.
- Der Senat entledigt sich dieser Aufgabe, indem er die gerade zu begründende Eingangsthese (a.a.O. Rn. 8) schlicht wiederholt, dann, wenn der Angeklagte im Rahmen einer Urteilsabsprache ein Geständnis ablege, sei dies „dahin zu

verstehen, dass er die zuvor geäußerte Besorgnis in die Unparteilichkeit des Gerichts nicht mehr hegt“ (a.a.O. Rn. 11). Das ist unhelflich, da redundant.

- Der Senat (a.a.O. Rn.12) variiert diese Spekulation, indem er dieses Prozeßverhalten als Indiz für eine „veränderte Einschätzung“ der Unbefangenheit durch den Angeklagten begreift, da – so die von ihm ernstgemeinte Argumentation – „das zu erwartende Urteil seiner Verteidigungsstrategie (entspreche)“ und „mit dem Gericht im Wesentlichen `abgesprochen` (sei)“. Explizite Vorbehalte hinsichtlich geltend gemachter Befangenheitsgründe seien unbeachtlich, weil – so der Senat kreisschlüssig weiter – „der Angeklagte mit dem Eingehen auf die Absprache zu erkennen gegeben hat, dass seine Besorgnis entfallen ist“.
- Deshalb – so die kurzschlüssige Argumentation des Senats (a.a.O. Rn. 13) – fehle dem Beschwerdeführer „das Rechtsschutzbedürfnis für die Beanstandung einer Zwischenentscheidung, welche die Frage der Besorgnis der Befangenheit der erkennenden Richter in einem früheren Verfahrensstadium zu(m) Gegenstand hatte“.
- Ohne irgendwelche Kriterien auch nur zu andeuten, hält der Senat (Rn. 14) immerhin bei Vorliegen „besonderer Umstände“ eine andere Sichtweise der Dinge für möglich, um zugleich zu verdeutlichen, selbst die Erklärung des Angeklagten und seines Verteidigers bei Abgabe des Geständnisses, auf Verfahrensrügen nicht verzichten zu wollen, sei unbeachtlich, da einer derartigen Erklärung „nicht entnommen werden könne, dass er – auch angesichts der Verständigung – nach wie vor Voreingenommenheit der Richter besorgte“.<sup>18</sup>

<sup>18</sup> Die handwerkliche Mangelhaftigkeit der - zudem Sinn und Zweck der einzuhaltenden Formalien des Urteilsabspracheverfahrens vernachlässigenden - Beschlußbegründung wird auch dadurch belegt, daß letztlich offen bleibt, welche weiteren Rügen einer vergleichbaren Behandlung zugeführt werden sollen. Nur beispielhaft: Geständnisbasierte Urteilsabsprache als Verzicht auf die Einhaltung des § 275 Abs. 1 StPO (§ 338 Nr. 7 StPO)? Weiter zugespitzt: Indiziert nicht erst recht das in jeder Hinsicht professionellen Ansprüchen genügende „streitige“ Weiterverhandeln vor einem erfolglos abgelehnten Richter in der Logik dieser Entscheidung (wiedergewonnenes) Vertrauen des Angeklagten und seines Verteidigers in just jenes Gericht?

<sup>17</sup> Umstritten war, ob der Tatrichter das Beschleunigungsgebot beachtet und im Rahmen eines Haftbeschwerdeverfahrens hierauf bezogen unzutreffende Behauptungen aufgestellt hatte (a.a.O. Rn. 4).



- Dieser „Rügeverlust“ sei auch nicht etwa „Folge eines Rechtsmittelverzichts, sondern des Wegfalls des Rechtsschutzinteresses nach einer Urteilsabsprache für die Beanstandung bestimmter Verfahrensverstöße vor der verfahrensbeendenden Absprache“ (a.a.O. Rn.15).<sup>19</sup>

<sup>19</sup> Dieser nicht eben klare Gedanke – von einem Rechtsmittelverzicht war vorliegend nie die Rede – soll wohl den antizipierten Einwand parieren, die Entscheidung vereinbare sich mit der Intention der Entscheidung des Großen Senats des Bundesgerichtshofes vom 03.03.2005 (a.a.O. Rn. 56, 80), gemeinschaftlichen Bemühungen der Beteiligten der Tatsacheninstanz entgegenzuwirken, das der Revisionsgerichtsbarkeit unterbreitete Fallmaterial auf diesem Weg zu reduzieren.

Daß der Senat hilfsweise die Unbegründetheit der Rüge darzulegen versucht (a.a.O. Rn.16 f.)<sup>20</sup>, ändert an dem befremdlichen Niveau der Entscheidungsbegründung nichts. Freilich verwundert derartiges nicht, wenn man bedenkt, daß jüngst ein „Kleines Strafrichterbrevier“<sup>21</sup> prominent editiert wurde, in dem dem Leser folgendes auf den Weg gegeben wird:

„Freisprüche sind materiell nahezu stets Fehlurteile.“

<sup>20</sup> Warum stellt er dann ohne Not gerade im Verfahren gem. § 349 Abs. 2 StPO derartige grundsätzliche Erwägungen an?

<sup>21</sup> *Basdorf/Harms/Mosbacher*, Kleines Strafrichterbrevier von Friedrich-Karl Föhrig, 2008, S. 101.

Aufsätze und Anmerkungen

## Aktuelle Entwicklungen im Insolvenzstrafrecht

Zugleich Besprechung von BGH, Beschluss vom 28.10.2008 – 5 StR 166/08 = BGH HRRS 2008 Nr. 1119

Von Rechtsanwalt Dr. Carsten Wegner, Berlin\*

Die Entscheidung des BGH vom 28.10.2008 lenkt den Blick auf einen Bereich des Wirtschaftsstrafrechts, dem in der alltäglichen Praxis der Strafverfolgungsbehörden und der spezialisierter Verteidiger enorme Bedeutung zukommt,<sup>1</sup> der in der Gesetzgebungspraxis allerdings immer nur als Annex zum dominieren Insolvenz- oder Zivilrecht wahrgenommen wird. So finden sich z.B. in den Materialien zur einschneidenden Jahrhundertreform des Konkursrechts, die zum 1.1.1999 zur Einführung der Insolvenzordnung führte, keine Hinweise auf das Strafrecht; insbesondere die Frage, ob die insolvenzrechtlichen Krisenmerkmale der Überschuldung und Zahlungsunfähigkeit verbindlich durch das Insolvenzrecht vorgegeben sind, blieb ungeklärt.<sup>2</sup> Auch im Rahmen der aktu-

ellen Reformdiskussion zum MoMiG<sup>3</sup> wurden kein strafrechtlicher Sachverstand hinzugezogen, wie etwa zutreffend von *Bittmann*<sup>4</sup> beklagt wird. Diese stiefmütterliche Behandlung sowie die vorbezeichnete Entscheidung des BGH sollen Anlass sein, auf einige aktuelle praxisrelevante Punkte im Insolvenzstrafrecht hinzuweisen.<sup>5</sup>

### 1. Akzessorietät der insolvenzrechtlichen Krisenbegriffe

Mit der zum 1.1.1999 in Kraft getretenen Insolvenzordnung (InsO) hat der 24. Abschnitt des StGB die Überschrift „Insolvenzstraftaten“ erhalten. Obwohl eine Reform des Konkursstrafrechts ausweislich der Gesetzgebungsmaterialien nicht beabsichtigt war, hat die InsO weder das kernstrafrechtliche Insolvenzstrafrecht der §§ 283 ff. StGB noch das Insolvenzstrafrecht i.w.S. unberührt gelassen. Da die Voraussetzungen für die Eröffnung eines Insolvenzverfahrens aufgrund der seinerzeit neu geschaffenen Definitionen in (§§ 17 – 19 InsO) früher und leichter gegeben sind, als es zuvor für ein Konkurs-

\* Der Autor ist für die Kanzlei *Krause – Lammer – Wattenberg* tätig und Lehrbeauftragter der Martin-Luther-Universität Halle-Wittenberg.

<sup>1</sup> Siehe nur die Zahlen in der Polizeilichen Kriminalitätsstatistik (PKS) bzw. dem Zweiten Periodischen Sicherheitsbericht (2006) – abrufbar unter [www.bka.de](http://www.bka.de).

<sup>2</sup> Zur damit einhergehenden Diskussion siehe statt aller: *Achenbach*, Zivilrechtsakzessorietät der insolvenzstrafrechtlichen Krisenmerkmale, in: *GS Schlüchter* (2002), S. 257; *Bittmann*, Zahlungsfähigkeit und Überschuldung nach der Insolvenzordnung, *wistra* 1998, 321; 1999, 10; *Erdmann*, Die Krisenbegriffe der Insolvenzstraftatbestände (§§ 283 ff. StGB), (2007); *Penzlin*, Strafrechtliche Auswirkungen der Insolvenzordnung (2000) jeweils m.w.N.

<sup>3</sup> Gesetz zur Modernisierung des GmbH-Rechts und zur Bekämpfung von Missbräuchen v. 28.10.2008, BGBl. I, S. 2026.

<sup>4</sup> Leitender Oberstaatsanwalt in Dessau-Roßlau und Herausgeber des Handbuchs *Insolvenzstrafrecht* (2004).

<sup>5</sup> Siehe auch die Rechtsprechungsübersicht zum Insolvenzstrafrecht von *Rönnau* *NStZ* 2003, 525.

verfahren der Fall war, könnte z.B. die objektive Strafbarkeitsbedingung des § 283 Abs. 6 StGB eher und häufiger erfüllt sein und somit zu einer Vorverlagerung der strafrechtlichen Verantwortlichkeit führen. Darüber hinaus bestand die Gefahr, dass mit den gegenüber dem bisherigen Verständnis weitergehenden Legaldefinitionen der Insolvenzgründe in §§ 17 ff. InsO eine Ausweitung der strafrechtlichen Verantwortlichkeit verbunden ist; dies betraf insbesondere die seinerzeit in den einzelnen gesellschaftsrechtlichen Gesetzen geregelten Tatbestände der Insolvenzverschleppung.

In der Rechtsprechung des BGH entspann sich zu dieser – unter dem Stichwort „Akzessorietät der insolvenzrechtlichen Krisenmerkmale – geführten Diskussion auf den ersten Blick ein Streit zwischen dem 1. und 5. Strafsenat des BGH.<sup>6</sup> Denn während der 5. Strafsenat in einem die Jahre 1999/2000 betreffenden Verfahren darauf hinwies, dass Zahlungsunfähigkeit nach der Rechtsprechung des BGH „das nach außen in Erscheinung tretende, auf dem Mangel an Zahlungsmitteln beruhende, voraussichtlich dauernde Unvermögen des Unternehmens, seine sofort zu erfüllenden Geldschulden noch im Wesentlichen zu begleichen (BGHR GmbHG § 64 Abs. 1 Zahlungsunfähigkeit 1)“ bedeute und damit ausdrücklich auf die zur Konkursordnung entwickelte Definition abstellte, erachtet der 1. Strafsenat ausdrücklich die Legaldefinitionen in §§ 17 ff. InsO auch für das Strafrecht für maßgeblich.<sup>7</sup> So sei nach § 17 Abs. 2 InsO derjenige Schuldner zahlungsunfähig, der nicht in der Lage ist, die fälligen Zahlungspflichten zu erfüllen. Auf die Merkmale der „Dauer“ und der „Wesentlichkeit“ habe der Gesetzgeber der InsO bei der Umschreibung der Zahlungsunfähigkeit bewusst verzichtet, um der unter Geltung des alten Rechts (§ 102 KO) verbreiteten Neigung zu begegnen, den Begriff der Zahlungsunfähigkeit stark einzuengen und damit eine über Wochen oder sogar Monate fortbestehende Illiquidität zur rechtlich unerheblichen Zahlungsstockung zu erklären.

Ohne auf die Widersprüche zwischen den beiden Entscheidungen einzugehen oder diese gar ausdrücklich hervorzuheben, hat sich mit der hier zu besprechenden Entscheidung vom 28.10.2008 nunmehr auch der 5. Strafsenat dieser insolvenz-akzessorischen Lösung angeschlossen („Die Zahlungsunfähigkeit im Sinne des § 17 Abs. 2 InsO (vgl. dazu BGHR GmbHG § 64 Abs. 1 Zahlungsunfähigkeit 2) ist hier ausreichend – auch mit Blick auf das Geständnis des sachkundigen Angeklagten – durch die vom Landgericht angeführten „wirtschaftskriminalistischen Beweisanzeichen“ (vgl. dazu ...) für den Zeitraum ab Ende Juli 2001 belegt.“). Ob dem ein anderer Strafsenat des BGH noch einmal entgegnet wird, scheint zweifelhaft.

## 2. Neuer alter Überschuldungsbegriff – Rettungsanker nur in der Finanzkrise?

Bewegung in die in den letzten Jahren sich mehr und mehr verfestigende Diskussion zu den insolvenzrechtlichen Krisenmerkmalen ist durch die aktuelle Krise auf

dem Finanzmarkt gekommen, die zu erheblichen Wertverlusten insbesondere bei Aktien und Immobilien geführt hat. Dies hätte bei Unternehmen, die von diesen Verlusten besonders stark betroffen sind, zu einer bilanziellen Überschuldung i.S.v. § 19 InsO und somit auch zu insolvenzstrafrechtlichen Risiken führen können. Denn hätten diese Verluste nicht durch sonstige Vermögenswerte ausgeglichen werden können, wären die Geschäftsführer bzw. Vorstände nach dem bis zum 17.10.2008 geltenden Recht verpflichtet gewesen, unverzüglich, spätestens aber innerhalb von drei Wochen nach Eintritt dieser (rechnerischen) Überschuldung einen Insolvenzantrag zu stellen. Bei einem Unterlassen hätten auch sanktionsrechtliche Risiken gedroht.

Einer solchen insolvenzstrafrechtlichen Bewertung hätten auch nicht entgegengehalten werden können, dass für das Unternehmen eine positive Fortführungsprognose gestellt werden konnte und sich eine Besserung („Turnaround“) bereits in wenigen Monaten abzeichnete. Denn mit der Insolvenzrechtsreform des Jahres 1999 hatte sich der Gesetzgeber von dem bis dato praktizierten Überschuldungsbegriff<sup>8</sup> verabschiedet. Auch der BGH (Z)<sup>9</sup> weist daher in seiner inzwischen gesicherten Rechtsprechung da-rauf hin, dass für das neue Recht der zur Konkursordnung ergangenen Rechtsprechung des BGH zum sog. zweistufigen Überschuldungsbegriff „die Grundlage entzogen (ist)“. Aus dem Aufbau der Norm des § 19 Abs. 2 InsO „folgt ohne weiteres, dass die Überschuldungsprüfung nach Liquidationswerten in Satz 1 den Regelfall und die nach Fortführungswerten in Satz 2, der eine positive Fortbestehensprognose voraussetzt, den Ausnahmefall darstellt“.<sup>10</sup>

Nach dem – aufgrund der aktuellen Finanzkrise neu gebildeten – Willen des Gesetzgebers sollen Unternehmen demgegenüber künftig nicht mehr nach den o.a. strengen Regeln verpflichtet sein, sofort einen Insolvenzantrag zu stellen. Seit dem 18.10.2008 sieht § 19 InsO i.d.F. des Finanzmarktstabilisierungsgesetzes<sup>11</sup> nunmehr wieder vor, dass eine Überschuldung (nur) vorliegt, „wenn das Vermögen des Schuldners die bestehenden Verbindlichkeiten nicht mehr deckt, es sei denn, die Fortführung des Unternehmens ist nach den Umständen überwiegend wahrscheinlich“<sup>12</sup>. Die strenge Normstruktur, wie sie etwa in BGH ZIP 06, 2171 zum Ausdruck gekommen ist, ist damit hinfällig. Das prognostische Element (Fortführungsprognose) und das exekutorische Element (Bewertung des Schuldnervermögens nach Liquidationswerten) stehen künftig wieder gleichwertig nebeneinander. Dies führt dazu, dass eine – auch strafrechtlich relevante – Überschuldung dann nicht gegeben ist, wenn nach überwiegender Wahrscheinlichkeit die Finanzkraft des Unter-

<sup>8</sup> BGHZ 119, 201, 214.

<sup>9</sup> DB 2007, 790.

<sup>10</sup> ZIP 2006, 2171.

<sup>11</sup> Gesetz für Umsetzung eines Maßnahmenpakets zur Stabilisierung des Finanzmarktes (Finanzmarktstabilisierungsgesetz – FMStG) v. 17.10.2008, BGBl. I, S. 1982.

<sup>12</sup> Näher dazu auch K. Schmidt, Überschuldung und Insolvenzantragspflicht nach dem Finanzmarktstabilisierungsgesetz, DB 2008, 2467 ff.; Hirte/Knopf/Mock, Überschuldung und Finanzmarktstabilisierungsgesetz, ZInsO 2008, 1217 ff.; Holzer, Die Änderung des Überschuldungsbegriffs durch das Finanzmarktstabilisierungsgesetz, ZIP 2008, 2108.

<sup>6</sup> Beschluss vom 23.5.2007 – 1 StR 88/07, HRRS 2007 Nr. 603 = wistra 2007, 312; Urteil vom 19.4.2007 – 5 StR 505/06, HRRS 2007 Nr. 560 = wistra 2007, 308.

<sup>7</sup> Kritisch hierzu Wegner wistra 2007, 386.

nehmens mittelfristig zur Fortführung ausreicht.<sup>13</sup> In strafrechtlicher Hinsicht wird es sogar schon ausreichen müssen, dass eine solche Wahrscheinlichkeit nicht sicher ausgeschlossen werden kann.

Bemerkenswert an dieser gesetzgeberischen „Rolle rückwärts“ ist nicht nur die Tatsache als solche, sondern vielmehr deren Begründung. Man wolle das „ökonomisch völlig unbefriedigende Ergebnis“ vermeiden, dass auch Unternehmen, bei denen eine überwiegende Wahrscheinlichkeit besteht, dass sie weiter erfolgreich am Markt operieren können, zwingend ein Insolvenzverfahren zu durchlaufen haben. Dieses Dilemma besteht jedoch – was verkannt wird – nicht erst seit der Finanzkrise des Jahres 2008; es wird auch absehbar wieder deutlicher in den Blick treten, denn in Art. 7 des Finanzmarktstabilisierungsgesetzes ist geregelt, dass der zwischen dem 1.1.1999 und 31.10.2008 geltende und gerade erst abgelöste Überschuldungsbegriff ab dem 1.1.2011 wieder zu beachten ist. Alte Streitfragen und Probleme stellen sich dann wieder neu.

### 3. Auswirkung auf Altverfahren

Nicht geregelt hat der Gesetzgeber die Frage, ob die beschuldigtenfreundlichen Maßstäbe des reformierten § 19 InsO auch auf solche Fälle anzuwenden sind, die zeitlich an sich unter dem alten – strengeren – Recht gelaufen und nun zeitlich nachgelagert in einem Ermittlungsverfahren aufzubereiten sind. Diese Frage ist nicht nur von dogmatischem Interesse; sie ist vor allem für diejenigen Betroffenen von erheblichem praktischem Interesse, die bislang – unzweifelhaft – gegen die sie verpflichtende Regelung verstoßen haben, einen Insolvenzantrag zu stellen, deren Handlungspflicht über die positive Fortführungsprognose seit dem 18.10.2008 aber entfallen ist. Sollte durch die Neuregelung – was nahe liegt – rückwirkend die an sich bereits einmal begründete insolvenzstrafrechtliche Strafbarkeit entfallen, so stellt sich zudem für die Strafverfolgungsbehörden die äußerst praxisrelevante Frage, welchen Wert in mühevoller Arbeit erstellte Gutachten der Wirtschaftsreferenten der Staatsanwaltschaft für anhängige Altfälle haben, in denen dem Aspekt der Fortführungsprognose nicht die (heute) notwendige Bedeutung beigemessen wurde. Es bedarf nicht viel Phantasie vorherzusagen, dass Verfahren, in den allein auf das Krisenmerkmal der Überschuldung abgestellt wird, in den kommenden Monaten vermehrt Lösungen nach den Opportunitätsgrundsätzen der §§ 153 ff. StPO zugeführt werden.

Aber selbst für die Fälle, in denen „nur“ der Vorwurf der Insolvenzverschleppung wegen Zahlungsunfähigkeit im Raum steht, muss die Frage gestattet sein, welche Legitimation ein staatlicher Strafanspruch hat, über den – und sei es auch aus gesamtwirtschaftlichen Gründen – in einer für die meisten Abgeordneten inhaltlich kaum nachzuvollziehenden Nacht- und Nebelaktion disponiert wird und der bei einigen Betroffenen möglicherweise den Eindruck entstehen lässt: „Die Kleinen hängt man, die Großen lässt man laufen.“ Auch dies sollte in den Blick genommen werden, wenn in den kommenden Monaten

<sup>13</sup> BT-Drucks. 16/10600, S. 21.

entschieden werden muss über Unternehmer, die in der wirtschaftlichen Krise vielleicht ihre Jahresabschlüsse um einige Monate verspätet aufgestellt oder Lohnzahlungen nicht um den sozialversicherungsrechtlichen Anteil gekürzt an ihre Arbeitnehmer ausgezahlt haben.

### 4. Strafrechtlicher Überschuldungsstatus – zur Bedeutung immaterieller Vermögenswerte

Hinzuweisen ist im Zusammenhang mit dem aktuellen Reformvorhaben durch das FMStG auf einen auf den ersten Blick etwas unscheinbaren Nebensatz, der allerdings eine immer wieder anzutreffende Kontroverse in der ermittlungsbehördlichen Praxis betrifft. Denn zwar ist unbestritten, dass sich die Frage einer vermögensrechtlichen Überschuldung i.S.v. § 19 InsO nur durch die Gegenüberstellung von sämtlichen Aktiva und Passiva zu einem bestimmten Stichtag beantworten lässt und deshalb regelmäßig eine spezielle Überschuldungsbilanz zu erstellen (sog. Überschuldungsstatus)<sup>14</sup> ist. In der strafrechtlichen Verfolgungspraxis wird allerdings vielfach in Abrede gestellt, dass in die vermögensrechtliche Betrachtung nicht nur die allgemein anerkannten stillen Reserven einzubeziehen sind, sondern auch ein „Firmenwert“ sowie ein sog. „good will“; hiervon geht nun ganz ausdrücklich selbst der Gesetzgeber aus.<sup>15</sup>

Stellungnahmen der Verteidigung sollten diesen Bereich – in geeigneten Fällen – nicht scheuen, aufzugreifen. Denn wie schwer sich Ermittlungsbehörden mit komplexen Bewertungsfragen tun, wird deutlich an der Kritik *Bittmanns*<sup>16</sup> an den geplanten Änderungen im Zusammenhang mit dem Bilanzmodernisierungsgesetz (BilMOG).

### 5. Bewertungsspielraum in der wirtschaftlichen Krise

Aus dem Bereich der zivilgerichtlichen Rechtsprechung zu den insolvenzrechtlichen Krisenbegriffen ist eine jüngere Entscheidung des BGH<sup>17</sup> hervorzuheben, in der darauf hingewiesen wird, dass im Hinblick auf die gravierenden Sanktionen – Strafbarkeit einer, ggf. auch nur fahrlässigen, Insolvenzverschleppung sowie zivilrechtliche Schadensersatzpflicht – und die Unsicherheit prognostischer Einschätzungen dem Vorstand oder Geschäftsführer bei der Feststellung der Überschuldung „ein gewisser Beurteilungsspielraum zuzubilligen (ist)“. Keinesfalls dürfe die Vermögenssituation des Unternehmens aus der Rückschau beurteilt werden, sondern es ist auf die Erkenntnismöglichkeiten des verantwortlichen Funktionsträgers in der konkreten Situation abzustellen.

Die Grenzen unternehmerischer Sorgfalt werden demgegenüber sehr deutlich aufgezeigt in einer aktuellen –

<sup>14</sup> BGH HRRS 2005 Nr. 230 = StV 2005, 330.

<sup>15</sup> BT-Drucks. 16/10600, S. 21.

<sup>16</sup> wistra 2008, 441, BilMOG: Bilanzrechtsmodernisierung oder Gesetz zur Erleichterung von Bilanzmanipulationen.

<sup>17</sup> ZIP 2007, 276.

zivilrechtlichen – Entscheidung des OLG Oldenburg.<sup>18</sup> Bei Anzeichen einer wirtschaftlichen und finanziellen Krise einer GmbH habe ihr Geschäftsführer die Pflicht, sich durch Aufstellung eines Vermögensstatuts einen Überblick über den Vermögensstand zu verschaffen und notfalls unter fachkundiger Prüfung zu entscheiden, ob eine positive Fortbestehungsprognose besteht. Verstoße er gegen diese Pflicht und habe er deswegen keine Kenntnis von der Überschuldung, handele er bezüglich der Unterlassung der Insolvenzantragspflicht mit bedingtem Vorsatz.

## 6. Neuer Tatbestand der Insolvenzverschleppung

Anknüpfend an diese allgemeinen Grundlagen zum Insolvenzstrafrecht gewinnt ein weiteres gesetzliches Reformvorhaben an Interesse: das MoMiG.<sup>19</sup> Mit diesem seit dem 1.11.2008 in Kraft befindlichem Gesetz wurde in § 15a Abs. 1 InsO die Handlungspflicht zur Antragstellung auf Eröffnung des Insolvenzverfahrens rechtsformübergreifend normiert; gleichzeitig wurden alle einzelgesetzlichen Regelungen zur Insolvenzverschleppung gestrichen. Verpflichtet sind künftig „die Mitglieder des Vertretungsorgans“. Im Fall der Führungslosigkeit (vgl. § 10 Abs. 2 S. 2 InsO) einer GmbH ist ferner jeder Gesellschafter, im Fall der Führungslosigkeit einer AG oder einer Genossenschaft auch jedes Mitglied des Aufsichtsrats zur Stellung des Antrags verpflichtet, es sei denn, diese Person oder dieses hat von der Zahlungsunfähigkeit und der Überschuldung oder der Führungslosigkeit keine Kenntnis (§ 15a Abs. 3 InsO). Anknüpfend daran sanktionieren § 15a Abs. 4 und 5 InsO die Insolvenzverschleppung, so dass künftig unter bestimmten Voraussetzungen auch solche Personen in den Fokus der Ermittlungsbehörden gelangen können, die bislang nicht als tauglicher Täter einer Insolvenzverschleppung in Betracht gekommen sind.

Bestraft wird nach § 15a Abs. 4 und 5 InsO, wer einen Insolvenzantrag „nicht, nicht richtig oder nicht rechtzeitig“ stellt, so dass künftig auch Formfehler sanktioniert werden können. Ob dem allerdings tatsächlich eine praktische Relevanz zukommen wird, bleibt abzuwarten. Bedeutung gewinnen wird diese geänderte – und erweiterte – Legaldefinition tauglicher Tathandlungen aber sicherlich im Zusammenhang mit den gesellschaftsrechtlichen Sperrgründen (näher dazu Ziff. 8).

## 7. Besonderheiten rund um die Insolvenzantragspflicht

Die aktuelle Entscheidung des BGH vom 28.10.2008 betrifft die Frage, ob und unter welchen Voraussetzungen ein Verantwortlicher verpflichtet ist, die Eröffnung des Insolvenzverfahrens zu beantragen. Soweit das Gericht entschieden hat, dass der Liquidator nicht nach § 84 Abs. 1 Nr. 2 GmbHG<sup>20</sup> strafbar ist, wenn er nach Ablehnung

<sup>18</sup> V. 24.4.2008 – 8 U 5/08.

<sup>19</sup> S.o. Fn. 3.

<sup>20</sup> Die Entscheidung lässt sich ohne weiteres auf § 15a InsO übertragen.

der Eröffnung des Insolvenzverfahrens mangels Masse die Stellung eines Insolvenzantrags unterlässt, obwohl der in Liquidation befindlichen Gesellschaft mittlerweile neue Vermögenswerte zugefallen sind, die allerdings nicht ausreichen, die Insolvenzlage zu beseitigen, betrifft dies – abweichend vom insolvenzrechtlichen Normalfall – keine verschlechterte, sondern eine verbesserte Vermögenssituation des Insolvenzschuldners. Daran anknüpfend ist die streng am Wortlaut der Norm ausgerichtete Argumentation des BGH überzeugend, wonach nur dann eine Strafbarkeit entsteht, wenn Überschuldung bzw. Zahlungsunfähigkeit eintritt und der Liquidator die Stellung eines Insolvenzantrags unterlässt, nicht aber dann, wenn eine solche Antragspflicht allein aus vermögensrechtlichen Gründen wieder auflebt.<sup>21</sup> Zweifelhafte ist demgegenüber, ob die verfahrensrechtlichen Instrumente der InsO es angezeigt sein lassen, den Schuldner auch dann noch unter Strafbewehrung zur Antragstellung anzuhalten, wenn bereits ein Gläubiger einen entsprechenden Antrag gestellt hat.<sup>22</sup>

## 8. Ausschlussgründe der Geschäftsführungstätigkeit (sog. Inhabilität)

Weitere einschneidende Änderungen ergeben sich für eine Phase, die erst an die wirtschaftliche Krise bzw. deren insolvenzstrafrechtliche Aufbereitung anknüpft: die Ausschlussgründe in den gesellschaftsrechtlichen Gesetzen (vgl. z.B. § 6 Abs. 2 GmbHG). Schädlich sind künftig folgende Verurteilungen:

- Insolvenzverschleppung (§ 15a InsO)
- falsche Angaben gegenüber dem Registergericht (§ 82 GmbHG bzw. § 399 AktG)
- unrichtige Darstellung (§ 400 AktG, § 331 HGB, § 313 UmwG, § 17 PublG)
- Betrug (§ 263 StGB)
- Computerbetrug (§ 263a StGB)
- Subventionsbetrug (§ 264 StGB)
- Kapitalanlagebetrug (§ 264a StGB)
- Kreditbetrug (§ 265b StGB)
- Untreue (§ 266 StGB)
- Beitragsvorenthaltung (§ 266a StGB)

Diese Tatbestände treten zu den bislang normierten Ausschlussgründen der §§ 283 bis 283d StGB hinzu und erweitern so das unternehmerische Risiko für Betroffene nicht unerheblich. Für den Betroffenen wirkt sich demgegenüber aus, dass abweichend von der bisherigen Regelung Verurteilungen wegen Fahrlässigkeit nicht in den Anwendungsbereich der Sperrregelung fallen.

Das sperrende Mindestmaß einer Freiheitsstrafe von mindestens einem Jahr greift nur für die in § 6 Abs. 2 Nr. 3 lit. e GmbHG angeführten Delikte (§§ 263 ff. StGB);<sup>23</sup>

<sup>21</sup> Die vom Autor in Achenbach/Ransiek, Hdb. Wirtschaftsstrafrecht, 2. Aufl. (2008), VII 2 Rdn. 41 vertretene Gegenansicht wird ausdrücklich aufgehoben.

<sup>22</sup> Näher dazu demnächst Beckemper in einer Anmerkung zu dieser Entscheidung, die in der GmbHHR veröffentlicht werden wird. Siehe auch Wegner in: Achenbach/Ransiek, Hdb. Wirtschaftsstrafrecht, 2. Aufl. (2008), VII 2 Rdn. 43.

<sup>23</sup> Weyand PStR 2008, 193, 194.

im Übrigen ist jede Verurteilung ausreichend, ohne dass es auf das Strafmaß ankommt.

Nichts entnommen werden kann den Materialien zum Gesetzgebungsverfahren, ob Gesamtstrafen, die das Mindestmaß des § 6 Abs. 2 Nr. 3 lit. e GmbHG überschreiten, Sperrwirkung entfalten können. Zwingend ausgeschlossen erscheint eine solche Sperre, wenn sie nur aus einem Zusammentreffen von sperrenden (z.B. §§ 263, 266a StGB) und nicht sperrenden (z.B. § 370 AO) Tatbeständen erreicht wird. Streit ist aber vor allem dann vorprogrammiert, wenn die Einzelstrafen an sich „sperrgeneigter“ Tatbestände in der Summe die Mindeststrafe von einem Jahr übersteigen, die Festsetzung des Strafmaßes sich aber im Einzelnen nicht auflösen lässt. Erst recht zweifelhaft scheint eine Sperre dann, wenn als (höchste) Einsatzstrafe ein Delikt herangezogen wurde, das nicht in den Anwendungsbereich von Nr. 3 lit. e) fällt (z.B. die Steuerhinterziehung).

Unklar bleibt trotz des mehrjährigen Gesetzgebungsverfahrens auch, warum der Sperrgrund des § 6 Abs. 2 Nr. 3 lit. a GmbHG an das „Unterlassen der Stellung des Antrags auf Eröffnung des Insolvenzverfahrens (Insolvenzverschleppung)“ anknüpft, § 15a Abs. 4 und 5 jedoch sanktioniert, wenn ein Antrag „nicht, nicht richtig oder nicht rechtzeitig“ gestellt wurde. Hieraus kann – anknüpfend an den Wortlaut der Norm – nur folgen, dass Verurteilungen wegen einer (bloß) verspäteten Insolvenzverschleppung – und mag diese auch noch so lange angedauert haben – keine gesellschaftsrechtliche Inhabilität auslösen kann, sondern nur das (vollständige) Unterlassen des Antrags.

## 9. Insolvenzstrafrecht und Korruptionsregister

Verfahrenseinstellungen nach § 153a StPO oder §§ 154, 154a StPO lösen keine Sperre aus. Insoweit unterscheiden sich diese Regelungen von denen des z.B. Berliner Korruptionsregisters, das endgültige Einstellung nach § 153a StPO dafür heranzieht, dass der „erforderliche Nachweis des jeweiligen Rechtsverstoßes ... als erbracht (gilt)“. Eine vergleichbare – verfassungswidrige, da mit dem Grundsatz der Unschuldsvermutung nicht zu vereinbarende – Regelung findet sich auch in dem Entwurf eines Gesetzes zur Errichtung eines Korruptionsregisters auf Bundesebene.<sup>24</sup> Aus sanktionsrechtlicher Hinsicht ist zu beachten, dass der Katalog tauglicher Anknüpfungstaten im Berliner Korruptionsregister zwar deutlich über das hinausgeht, was üblicherweise als „Korruption“ erfasst wird;<sup>25</sup> insolvenzstrafrechtliche Tatbestände werden dort aber gegenwärtig noch nicht herangezogen. Anderes ist auf Bundesebene geplant; dort sollen – sperrende – Daten auch erhoben werden über „Verstöße gegen § 331 Nr. 1 des Handelsgesetzbuchs (Bilanzfälschung), § 64 Abs. 1 des Gesetzes betreffend die Gesellschaften mit beschränkter Haftung, § 92 des Aktiengesetzes (Insolvenzverschleppung)“<sup>26</sup>. Das Insolvenzstrafrecht würde um eine weitere Facette reicher werden.

<sup>24</sup> BT-Drucks. 16/9780.

<sup>25</sup> Z.B. §§ 266a, 266, 265b, 264, 261 StGB, § 370 AO, §§ 15, 15a, 16 AÜG, §§ 5, 6 AEntG, §§ 8 bis 11 SchwarzArbBekG.

<sup>26</sup> Dies wäre – da der Entwurf vom 25.6.2008 datiert – anzupassen auf die aktuelle Reform durch das MoMiG.

## 10. Änderungen im Baugesetzbuch

Ein letzter gesetzgeberischer Akt, auf den an dieser Stelle aus insolvenzstrafrechtlicher Sicht hingewiesen werden soll, betrifft das FoSiG<sup>27</sup> vom 28.10.2008. Das – ehemals so genannten – Gesetz zur Sicherung von Bauforderungen (GSB)<sup>28</sup> ist vor 100 Jahren entstanden und stellte eine Reaktion auf die Erfahrungen der Gründer- und Nachgründerzeit dar. Namentlich Bauhandwerker litten seinerzeit unter unsoliden Verhältnissen auf dem Bauproduktmarkt. Sie waren gemäß § 641 Abs. 1 BGB vorleistungspflichtig, jedoch ohne nennenswerte Möglichkeit, ihre Werklohnforderung im Voraus absichern zu lassen. Auch § 648 BGB (Bauhandwerkersicherungshypothek) erwies sich als nicht ausreichend. Verwendete der Bauherr das ihm von Banken oder sonstigen Darlehensgebern zur Verfügung gestellte Geld anderweitig, blieben die Ansprüche der Handwerker vielfach nicht durchsetzbar. Das GSB kompensierte das Fehlen eines gesetzlichen Pfandrechts im Architekten- und Bauvertragsrechts und schaffte einen Ausgleich für den regelmäßig gemäß § 946 BGB erfolgenden Eigentumsverlust am Baumaterial an den Grundstückseigentümer.<sup>29</sup>

Die praktische Bedeutung des GSB bzw. des nunmehr Bauforderungssicherungsgesetz (BauFordSiG) liegt darin, in der Insolvenz des Baugeldempfängers eine deliktische Haftung des Bestellers oder seiner Vertreter zu begründen. §§ 1, 5 GSB a.F. bzw. § 1, 2 BauFordSiG n.F. eröffnen als Schutzgesetz i.S.v. § 823 Abs. 2 BGB<sup>30</sup> eine Art Durchgriffshaftung, wenn ein Auftragnehmer mit seiner Bauforderung ausfällt. Zwar ist der zivilrechtliche Anspruch dann wertlos, wenn z.B. der GmbH-Geschäftsführer und –Gesellschafter das finanzielle Schicksal des Unternehmens teilt; Erfahrungen in der Praxis zeigen jedoch, dass dies vielfach nicht der Fall ist. Das GSB gibt den betroffenen Bauunternehmen daher ein Druckmittel, ihre an sich gegen ein rechtlich selbständiges Unternehmen gerichtete Forderung durchzusetzen.

Bis zum 31.10.2008 waren neben den beiden Straftatbeständen (§§ 5, 6 GSB) nur noch die §§ 1 bis 3 GSB anwendbar. § 1 GSB verpflichtete den Empfänger von Baugeld, dieses ordnungsgemäß zur Befriedigung solcher Personen zu verwenden, die an der Herstellung des Baues aufgrund eines Werk-, Dienst- oder Liefervertrages beteiligt sind (Abs. 1 S. 1); Verstöße gegen die Baugeldverwendungspflicht wurden durch § 5 GSB sanktioniert. §§ 2, 3 GSB verpflichteten denjenigen zur Führung eines Baubuchs, der die Herstellung eines Neu- oder Umbaus unternimmt und entweder Gewerbetreibender ist oder sich für den Neu- oder Umbau Baugeld gewähren lässt; Verstöße gegen die Buchführungspflicht wurden durch § 6 GSB sanktioniert.<sup>31</sup>

<sup>27</sup> Gesetz zur Forderung von Werkunternehmeransprüchen und zur verbesserten Durchsetzung von Forderungen (Forderungssicherungsgesetz), BGBl. I, S. 2022.

<sup>28</sup> RGBl. I (1909), S. 449.

<sup>29</sup> Schulze-Hagen NJW 1986, 2403, 2404; Lemme wistra 1998, 41, 43.

<sup>30</sup> St. Rspr. RGZ 84, 188, 190; BGH BauR 1991, 237, 238; OLG Dresden BauR 2002, 1871.

<sup>31</sup> Näher zu all dem Wegner in: Achenbach/Ransiek, Hdb. Wirtschaftsstrafrecht, 2. Aufl. (2008), VII 3 Rdn. 7 ff.

Die insolvenzstrafrechtlichen Bezüge des GSB ergaben sich daraus, dass eine Strafbarkeit gemäß § 5 neben der vorsätzlichen pflichtwidrigen Verwendung voraussetzte, dass der Baugeldempfänger seine Zahlungen eingestellt hat oder über sein Vermögen das Insolvenzverfahren eröffnet worden ist. Darüber hinaus mussten die Baugläubiger zum Zeitpunkt dieser sich manifestierenden wirtschaftlichen Krise benachteiligt sein. Von der Systematik her handelt sich bei diesen Merkmalen um eine objektive Bedingung der Strafbarkeit, wie sie aus §§ 283 ff. StGB bekannt ist. Teilweise wurde im Gesetzgebungsverfahren sogar erörtert, anstelle der §§ 5,6 GSB folgender § 283e StGB-E (Benachteiligung von Baugläubigern) zu schaffen und diesen ins Kernstrafrecht einzuführen:

(1) Mit Freiheitsstrafe bis zu fünf Jahren oder mit Geldstrafe wird bestraft, wer als Empfänger von Baugeld bei Überschuldung oder bei drohender oder eingetretener Zahlungsunfähigkeit entgegen § 648b Abs. 1 Satz 1, auch in Verbindung mit Abs. 2 und 3, des

Bürgerlichen Gesetzbuchs Baugeld nicht zur Befriedigung seiner Baugeldgläubiger verwendet.  
(2) § 283 Abs. 6 gilt entsprechend.

Abweichend vom alten – und neuen (§ 2 BauFordSiG) – Recht war ein Handeln in der wirtschaftlichen Krise vorgesehen, so dass sich sämtliche Probleme und Streitfragen, die im Rahmen der Bankrottdelikte auftreten können, auch hier gestellt hätten stellen. Dieser Entwurf konnte sich aber nicht durchsetzen.

Künftig sind die strafrechtlichen Risiken in § 2 BauFordSiG (nur) durch die begriffliche Erweiterung des Baugeldbegriffs im Vergleich zur bisherigen Regelung in § 5 GSB ausgedehnt. Ob dies zu einer wahrnehmbaren Ausweitung entsprechender Ermittlungsverfahren führt oder ob die Anwendung der Normen auch weiterhin vor allem den Zivilgerichten vorbehalten bleibt, wird abzuwarten sein.

### Dokumentation

## Verfahrensdokumentation

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

zum weiteren Ausbau der Dokumentationsrubrik beizutragen.

### Schrifttum

## Schrifttum

**Tonio Walter. Der Kern des Strafrechts; Die allgemeine Lehre vom Verbrechen und die Lehre vom Irrtum, 481 Seiten, Mohr Siebeck, Tübingen 2006.**

Wenn der Titel eines Buches „Der Kern des Strafrechts“ lautet, darf der geneigte strafrechtsinteressierte Leser einiges erwarten und freut sich auf seine Lektüre. Im hiesigen Fall steht hinter diesem Titel die gekürzt veröffentlichte Freiburger Habilitation von *Tonio Walter*, die von *Tiedemann* betreut wurde. Sie ist vergleichsweise untypisch für eine Habilitation angelegt, durchmisst sie doch zugleich die allgemeine Lehre vom Verbrechen, „Einzelfragen“ wie zum Beispiel die Deliktseinteilungen oder den Vorsatzbegriff im Detail sowie schließlich die

Irrtumslehre, die besonders eingehend behandelt wird. So wie Unkonventionalität allgemein kein Sacheinwand ist, verhindert diese Anlage auch hier nicht, dass ein sehr lesenswertes Buch entstanden ist. Nur streift und behandelt die Arbeit damit auch so viele Fragen, dass ein Rezensent von vornherein gezwungen ist, sich bei der Wiedergabe seiner Eindrücke auf einige wesentliche, offenbar auch für *Walter* besonders wichtige Fragestellungen zu konzentrieren. Die in vielem beachtlichen Positionierungen *Walters* können hier deshalb bei weitem nicht alle aufgeführt werden (was wiederum dafür spricht, das Buch selbst in die Hand zu nehmen!).

Im ersten Teil seiner Abhandlung (S. 9 bis 214) behandelt *Walter* die allgemeine Lehre vom Verbrechen, also

den Delikttaufbau, der für ihn – so das Vorwort im Anschluss an *Tiedemann* – gemeinsam mit der Irrtumslehre den Kern des Strafrechts ausmacht. Darin positioniert sich *Walter* insbesondere zum Erfolg, als einem bei jedem Delikt vorhandenen strafrechtlichen Erfordernis (S. 16 ff. – mit beachtlicher Kritik gegen das Tätigkeitsdelikt), zum Handlungsbegriff (S. 25 ff. – Handlung als willensgetragenes Verhalten, das ein materielles Sorgfaltserfordernis verletzt) und zur Bedeutung des Tatbestandes im Vergleich zur Rechtswidrigkeit (S. 51 ff., mit der Maßgabe, dass das Strafrecht sich auf die Verletzung „gesellschaftswesentlicher Regeln“ zu beschränken habe, S. 53). Anschließend legt er dar, was für ihn Unrecht (S. 81 ff.) und Schuld (S. 108 ff.) bedeuten. *Walter* betont gegen die heute dominierende Auffassung im Anschluss an eine Formulierung *Bindings* (S. 84), dass es ohne Schuld kein Unrecht gebe, da Unrecht ohne Schuld nur ein Naturereignis sein könne; die bisherigen Lehren hätten dies grundlegend verkannt (S. 80 ff., 123 ff. mit einer sehr zustimmungswürdigen Kritik der Lehre von den „speziellen Schuldmerkmalen“). Im Rahmen seiner Schuldbeurteilung setzt er sich kritisch mit der Strafbarkeit der Fahrlässigkeit auseinander (S. 128 ff.), die mit der von Natur aus fehlsamen „*condition humaine*“ mindestens bei der leichten Fahrlässigkeit nicht zu vereinbaren sein soll (siehe aber auch in einem erklärungsbedürftig funktionalistischen Gegensatz S. 162, 311 f.). Im Anschluss an *Roxin* erkennt *Walter* ferner schuldunabhängige Strafausschlussgründe insbesondere in den §§ 33, 35 StGB, für die er in seinem Verbrechensmodell die Kategorie der „Opportunitätsregeln“ schafft (S. 134 ff.). Die Abgrenzung von Vorsatz und Fahrlässigkeit behandelt *Walter* sodann, um sich der Möglichkeitstheorie anzuschließen, nach der es eine bewusste Fahrlässigkeit nicht geben kann (S. 171 ff. – Vorsatz als Fahrlässigkeit plus geistiger Vorwegnahme des Erfolges).

Zusammenfassend entwirft *Walter* am Ende dieses ersten Teiles sein Verbrechensmodell (vgl. S. 196 ff. mit tabellarischem Überblick auf S. 211 ff.). Eine bessere und gerechtere Lösung als sie der *status quo* eröffne, liege darin, die Kategorien von Unrecht und Schuld zu fusionieren und folgendes, von ihm als das postfinalistische bezeichnete Verbrechensmodell zu verfolgen: Zunächst müsse und könne der Gesetzgeber Tatbestands- und Rechtfertigungsregelungen treffen, die dem Bürger strafrechtliche Verhaltenspflichten aufstellen (Stufe A. Unrecht und Schuld – 1. Tatbestand, 2. Rechtfertigung). Diese müsse der Bürger steuerungsfähig und bewusst missachten, um eine vorsätzliche Straftat zu begehen (Stufe A. Unrecht und Schuld – 3. Unrechtsbewusstsein und Steuerungsfähigkeit), wobei Rücktritt und tätige Reue *Schuld und Unrecht* ausschließen können sollen. Damit ist im Modell *Walters* der Vorsatz mit dem Unrechtsbewusstsein zu identifizieren, der klassische subjektive Tatbestand also aufzugeben. Besondere subjektive Unrechtsmerkmale sollen aber weiter im Tatbestand zu prüfen sein (S. 197, 201 ff.). Unter der Stufe B. seien die Opportunitätsregeln zu prüfen, die u.a. den (nicht länger) entschuldigenden Notstand und Fälle der Tatprovokation umfassen sollen. Soweit Opportunitätsregeln auf menschliche Schwäche Rücksicht nehmen, sollen Irrtümer nach dem Modell des § 35 Abs. 2 StGB beachtlich sein. Hinzu komme eine Prozessrechtsstufe (Stufe C.), die vor allem Verfahrenshindernisse umfassen soll.

Der zweite Teil der Abhandlung behandelt „Die Lehre vom Irrtum“ (S. 217 ff.). Eingangs greift *Walter* sprachliche, gegenständliche und systematische Vorfragen der Irrtumslehre auf. Sodann behandelt er die Lehre vom Tatbestandsirrtum im Sinne des § 16 StGB (S. 241 ff.). Dabei werden insbesondere der „Irrtum mit Bezug auf Vorfeldnormen“ (S. 253 ff.) und der Irrtum über den Kausalverlauf (S. 276 ff.) kritisch erörtert. Es folgt dann vor allem die Behandlung des Verbotsirrtums gemäß § 17 StGB (S. 302 ff.), bei der *Walter* insbesondere die oft verfehlt Annahme der Vermeidbarkeit durch die Rechtsprechung gut begründet rügt. Als Teil der Irrtumslehre sieht und behandelt die Arbeit auch die Strafbarkeit des Versuchs, bei der *Walter* die Geltung des „Umkehrprinzips“ gegen Einwände verteidigt (S. 368 ff.). Zentrale Bedeutung haben die beiden letzten Kapitel: Besonders im vorletzten Kapitel bestreitet *Walter* die Abgrenzbarkeit von Tatbestands- und Verbotsirrtum (S. 389 ff.). Er sieht in ihr bzw. in der ihr zugrunde liegenden Schuldtheorie und in den sie ausprägenden Gesetzen §§ 16 und 17 StGB „den Kern des Strafrechts verfehlt“ (S. 403). Er kritisiert § 16 StGB als „zu mild“ (S. 407 ff.), weil er gänzlich unfähig sei, auf verschuldete, „hanebüchene“ Irrtümer differenzierend zu reagieren, soweit er Straflosgkeit auslöse. Die Regelung des Verbotsirrtums in § 17 StGB sei schließlich aus mehreren Gründen und gerade im Vergleich zu § 16 StGB „zu hart“ (S. 410 ff.). Die besseren Abgrenzungsversuche *de lege lata*, an deren Spitze für ihn offenbar die Lehre seines Lehrers *Tiedemann* stehe (S. 427 f.), seien entweder nicht bestimmt genug oder durch das Gesetz unangemessen begrenzt, das letztlich einer unbegründeten Besserstellung von Wahrnehmungsirrtümern folge.

Folgerichtig schlägt *Walter* in seinem letzten Kapitel neue Lösungen vor, die zugleich sein Verbrechensmodell zur Umsetzung bringen, in dem keine Trennung zwischen Vorsatz und Unrechtsbewusstsein existiert. Er entwirft eine für den Rechtsanwender – wie er teilweise einräumt (S. 449) – sehr anspruchsvoll differenzierte Neuregelung der §§ 15 ff. StGB. Dabei schlägt er unter anderem – auch dies als Umsetzung von Erkenntnissen aus dem ersten Teil seiner Abhandlung – eine anschlusswürdige Strafrahmenherabsetzung für den *dolus eventualis* vor. Zum Irrtumsproblem schlägt *Walter* in seinem neuen § 17 StGB eine einheitliche Irrtumsregelung vor, die an ein Modell *Tiedemanns* für die EU-Verwaltungssanktionen anknüpft. Es soll nicht mehr länger nach dem Ursprung des Irrtums auf Tatbestands- oder Unrechtsebene oder nach Tat- oder Rechtsirrtum differenziert werden. Vielmehr soll bei der sog. Irrtumsfahrlässigkeit jeder mindestens mittelschwer fahrlässige Irrtum zu einer Strafbarkeit nach dem halbierten Vorsatzstrafrahmen führen (S. 446 ff.). Irrtumsfahrlässigkeit sieht *Walter* im Gegensatz zur sog. Erfolgsfahrlässigkeit als gegeben an, wenn dem Täter fahrlässig das Bewusstsein fehlt, Unrecht zu tun, obwohl er die äußeren Folgen seines Verhaltens vorausieht, welche die Merkmale eines Straftatbestandes erfüllen (S. 444, vgl. auch S. 173 ff.: der Täter kennt die möglichen Folgen seines Tuns, begreift sie aber aktuell nicht als tatbestandliches Ereignis). Erfolgsfahrlässigkeit meint Fälle, in denen dem Täter die Verursachung tatbestandlicher äußerlicher Folgen aktuell nicht bewusst ist. Damit wird also § 17 StGB *de lege ferenda* im Gegensatz zur derzeitigen Praxis gelockert, zu den Fällen des § 16 StGB

indes eine nicht unerhebliche Fahrlässigkeitsstrafbarkeit neu geschaffen (dies verteidigend vgl. S. 438 ff., 448 ff.). Mit letzterem greift *Walter* deliktsbezogen das u.a. von *Binding* erwogene *crimen culpae* abgewandelt auf (S. 438 ff.). So könnte etwa der Mord einmal vorsätzlich mit seinem üblichen Strafraumen begangen werden, zum anderen aber auch irrtumsfahrlässig mit einem geminderten Strafraumen, wenn der Täter z.B. verkennt, dass auch die Tötung eines Schlafenden Heimtücke begründen kann (S. 444). Für die Erfolgsfahrlässigkeit seien im Übrigen weiter – soweit vorhanden – die besonderen Tatbestände des Besonderen Teils und des Nebenstrafrechts heranzuziehen.

Die Arbeit *Walters* ist sehr leserfreundlich geschrieben, was angesichts der von ihm veröffentlichten, – ebenfalls empfehlenswerten – Anregungen zu einer leserfreundlichen und effektvollen Textabfassung (Kleine Stilfibel für Juristen, 2002) auch nicht überrascht. Die Schrift ist auch inhaltlich sehr anregend. Sie ist sehr meinungsfreudig, nimmt kein Blatt vor den Mund und zeugt dabei auch „im Umgang mit großen Namen“ von einem gerüttelt Maß an Selbstvertrauen und Angriffslust. Dies könnte freilich dazu beitragen, dass etwaige Schwachpunkte der Arbeit *Walters* gerade von den Betroffenen ebenso deutlich angesprochen werden. Es finden sich zunächst im Einzelnen viele scharfsinnige Erörterungen, für die stellvertretend für viele neben den bereits bemerkten etwa die Kritik an der *Jakobsschen* Schuld- und vor allem Vorsatzlehre (S. 113 ff.) und an der Legitimation der heutigen Strafbarkeit auch einfacher Fahrlässigkeit (S. 128 ff.) zu nennen sind. Die Arbeit weiß in ihren analytischen Teilen besonders darin zu gefallen, dass sie Schwächen der herrschenden Abgrenzung von § 16 und 17 StGB gerade mit Blick auf Blankette und das Nebenstrafrecht schonungslos benennt (vgl. etwa S. 241 ff., 389 ff.). Dem vernichtenden Urteil der völlig fehlenden Abgrenzbarkeit der §§ 16 und 17 StGB (vgl. zur Abgrenzung nun auch näher LK/*Vogel*, 12. Aufl. [2006], § 16 Rn. 31 ff., 36 ff.; *Gaede*, Kommentierung der §§ 16, 17 StGB in: *Matt/Renzikowski*, StGB, im Erscheinen) vermag sich der Rezensent indes auch vor dem Hintergrund der von *Walter* zentral vorgeschlagenen aber noch kaum ausreichend abgesicherten Abgrenzung von Irrtums- und Erfolgsfahrlässigkeit doch nicht anzuschließen. Dabei erstaunt besonders, dass *Walter*, der letztlich die Bedenken an der Vereinbarkeit des § 17 StGB mit dem verfassungsmäßigen Schuldgrundsatz teilt und sogar eine aufhebende Entscheidung des BVerfG prognostiziert (S. 429), die Möglichkeiten einer verfassungskonformen Auslegung nicht selbst explizit auslotet und nur allgemein auf den insoweit mehrdeutig bleibenden Istzustand des geltenden Rechts verweist.

Skeptisch ist auch die neue Verbrechenslehre *Walters* im Übrigen zu betrachten: Die Fusion von Unrecht und Schuld bei *Walter* tendiert dazu, Differenzierungsleistungen der bisherigen Unterscheidung gerade auch mit Blick auf die Bewertung schuldlos begangener Handlungen Preis zu geben, an die auch das geltende Recht nicht unbegründet anschließt (vgl. etwa §§ 26, 27, 32, 34/35, 69, 323a StGB). Da auch die bisher ganz herrschende Meinung willensgetragenes, vorsätzliches oder fahrlässiges menschliches Verhalten im Unrecht voraussetzt, trifft die Kritik, die vorherrschenden Verbrechensmodelle

würden das Unrecht allein als Naturereignis erfassen, in dieser Härte ihren „Gegner“ wohl nicht. Teilt man die These der unmöglichen Abgrenzung von Vorsatz und Unrechtsbewusstsein nicht, ist auch die ermöglichte „Wiedervereinigung“ dieser beiden Straftatkonstituenten kein zwingendes Argument für die vorgeschlagene Neuausrichtung. Auch soweit *Walter* zum Beispiel § 35 StGB als Opportunitätsregel deutet (etwa S. 213), der Rücktritt nun Schuld und Unrecht aufheben können soll (etwa S. 212) erwachsen Zweifel, ob das dem zugrunde Schuld- und Unrechtsverständnis wirklich zu überzeugen vermag. Sicher konnte *Walter* bei einem so umfassenden Neuentwurf nicht jedes Phänomen in jedem Detail in seinen Sinngebungen untersuchen. Es ist aber zum Beispiel zu bezweifeln, dass die „*condition humaine*“ bei der Fahrlässigkeit zu Recht Unrecht und Schuld begrenzen soll, während die „Nachsicht mit menschlicher Schwäche“ im Übrigen nur eine Frage der – den Gesetzgeber nicht bindenden – Opportunität außerhalb des Schuld- und Unrechtszusammenhangs darstellen soll. Die knappe Einordnung von Rücktritt und tätiger Reue als Schuld- und Unrechtsausgleich ohne nähere, überzeugende Diskussion der Sinngebungen von Rücktritt und tätiger Reue (S. 161, 202) wappnet sich ebenfalls nicht gegen Zweifel an der Stimmigkeit der im Einzelnen vorgeschlagenen Lösungen, die sich in der Summe auch gegen das Gesamtkonzept richten.

Hinsichtlich der Neuregelung der Irrtümer ist zu differenzieren. Ein relevanter Vorschlag liegt in der Neuregelung, soweit sie als Ersatz für § 17 StGB dient. Insoweit ist sie eine nähere Überprüfung durchaus wert, die sich um eine praktikabilitätserhöhende Verschlinkung bemühen sollte. Dies gilt etwa deshalb, weil sich die Praxis gegen die Kritik an der Überstrenge des § 17 StGB schon lange überwiegend resistent zeigt (vgl. aber nun z.B. auch OLG Stuttgart NJW 2008, 243 ff.). Der Vorschlag könnte wie die bereits berichtete Strafraumenverschiebung bei Fällen des *dolus eventualis* einen Vorteil gegenüber der heutigen Rechtslage darstellen. Nach ihr wird über die strenge Vermeidbarkeitsprüfung vieles von dem wieder gekappt, was durch die Grundlagenentscheidung BGHSt GS 2, 194 für das Schuldstrafrecht prinzipiell gewonnen wurde.

Soweit *Walter* aber die Rechtslage zu § 16 StGB mit der Folge einer Ausweitung der Fahrlässigkeitsstrafbarkeit ändern will, kann ich mich dem nicht anschließen. Zu Recht ist die Fahrlässigkeitstrafe in § 15 StGB zunächst als Ausnahme behandelt (vgl. trotz der anderen Praxis im Umwelt- und Nebenstrafrecht richtig Münch-Komm/*Duttge*, StGB, Band 1, 2003, § 15 Rn. 30 f.). Wenn § 16 Abs. 1 Satz 1 StGB auch bei leichtfertigen Irrtümern und einem fehlenden Fahrlässigkeitstatbestand zur Straflosigkeit führt, bleibt ein im Einzelfall diskutables Unrecht doch immer ein Fahrlässiges. Es muss auch bei der sog. Irrtumsfahrlässigkeit nicht deshalb geradezu automatisch bestraft werden, weil der Vorsatz knapp aber letztlich eben doch nicht zu begründen war. Die gewünschte *regelmäßige* Freistellung von Wahrnehmungsfehlern korrigiert diese Logik allein nicht. Schnell müsste auch der Ruf nach der Bestrafung der mittelschweren und schweren Erfolgsfahrlässigkeit laut werden, hängt doch das Maß an Fahrlässigkeit nicht notwendig daran, ob unbewusste oder bewusste Fahrlässigkeit (nach *Walter*



im Wesentlichen die sog. Irrtumsfahrlässigkeit) vorliegt. Maßvoller ist hier der von *Walter* letztlich abgelehnte Vorschlag zugunsten einer Bestrafung leichtfertiger Tatbestandsirrtümer bei Verbrechen von *Hörnle* ZStW 112 (2000), 356 ff., wenn man ihn auf den Tatbestand des § 177 StGB beschränkt. Bei § 177 StGB erlangt die sog. Irrtumsfahrlässigkeit eine spezifische Bedeutung, und hier ist ein hohes Unrecht auch im Fahrlässigkeitsfall anzuerkennen. Der Vorschlag *Walters* würde hingegen eine beschränkte fahrlässige Sachbeschädigung und eine beschränkte fahrlässige Untreue schaffen, obgleich zum Beispiel bei der Untreue der Versuch straflos ist. Das überzeugt auch deshalb nicht, weil die bei *Walter* eingrenzende gedachte Abgrenzung zwischen mittelschwerer und leichter Fahrlässigkeit ebenfalls noch sehr klärungsbedürftig ist. Sie wird Betroffene kaum vor strafrechtlichen Ermittlungsverfahren in Fällen schützen, die sich am Ende als straflos erweisen mögen. Wenn *Walter* maßgebliche Bestimmtheitsprobleme seiner praktisch nicht erprobten Abgrenzung von Irrtumsfahrlässigkeit und Erfolgsfahrlässigkeit verneint, indem er insbesondere auf die geringere Bestimmtheit anderer Vorschläge verweist (S. 448), ist ihm einzuwenden, dass sein „Gegner“ hier weniger andere und vielleicht weniger bestimmte Theorien sind. Er tritt vielmehr gegen das bisherige Gesetz an, soweit dieses beim Tatbestandsirrtum – zu dem es zweifelsfreie und sehr umfangreiche Fallgruppen gibt – bislang jenseits der BT-Tatbestände klar die Straflosigkeit verbürgt! Wer Strafbarkeit in erheblichem Umfang neu schaffen will, sollte doch höhere Maßstäbe an sich anlegen, als *Walter* sie in diesem Fall akzeptieren möchte.

Die zuletzt geäußerten Einschätzungen könnten den Eindruck hervorrufen, der Rezensent hätte die Arbeit

*Walters* letztlich eher mit Bedenken als mit Gewinn aufgenommen. Dies aber wäre weit gefehlt! Die ambitionierte Arbeit legt Finger in Wunden, die sich – wie etwa die Rechtslage rund um den § 16 StGB – zunehmend durch kritische Beiträge öffnen. Den aufgeworfenen Problemen wird man sich in Zukunft mit (weiteren) Argumenten stellen müssen. Schon heute wird zum Beispiel *de lege lata* (!) vorgeschlagen, auf die aktuelle Tatumsstandkenntnis unter Umständen auch für die Vorsatzstrafe (!) zu verzichten (vgl. *Jakobs* ZStW 114 [2002], 584 ff. und unabhängig von seiner Lehre z.B. *Rinck*, Der zweistufige Delikttaufbau [2000], S. 381 ff.). Selbst die Trennung von Unrecht und Schuld ist nicht gleichsam sakrosankt (vgl. etwa auch die differenzierenden Überlegungen von *Pawlik*, FS Otto, S. 133 ff. und *Renzikowski*, in: *Matt/Renzikowski* aaO, Vor § 13 Rn. 39 f. im Erscheinen). Die sehr gut lesbare Studie *Walters* ist zu diesen und zu anderen Fragen über den gesamten Straftataufbau hinweg und besonders zu Irrtumsfragen in hohem Maße anregend. Sie befördert das Denken über Schuld und Unrecht beträchtlich, gerade weil sie hinsichtlich des aktuellen Meinungsstandes überaus kundig geschrieben ist und in vielem über ihn hinausgeht. Und sollten tatsächlich noch Fragen zu Unrecht, Schuld und Irrtümern nach *Walter* offen geblieben sein, dann hat dies gewiss auch etwas Beruhigendes, kann sich der interessierte strafrechtliche Leser doch weiterhin auch selbst auf die spannende Suche nach dem „Kern des Strafrechts“ begeben.

Wiss. Ass. Dr. **Karsten Gaede**, Bucerius Law School Hamburg

\*\*\*

## Rechtsprechung

# Vollständige Rechtsprechungsübersicht

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

### 1. BGH 1 StR 323/08 - Beschluss vom 22. September 2008 (LG Koblenz)

BGHR; Beihilfe zu mehreren Taten der Steuerhinterziehung durch jeweils selbständige Unterstützungshandlungen Hilfe (Verhältnis zur Beihilfe zur Anbahnung des Gesamtgeschäfts; Hinterziehung von Tabaksteuer; besonders schwerer Fall beim Gehilfen); Unzulässigkeit einer Rüge der Besorgnis der Befangenheit nach zwischenzeitlicher Verfahrensabsprache (Verbot widersprüchlichen Rügeverhaltens; Rechtsschutzinteresse; Verwirkung; Missbrauchsverbot; staatliches Effizienzge-

bot; unzulässige Rechtsfortbildung); redaktioneller Hinweis.

Art. 19 Abs. 4, 20 Abs. 3 GG; Art. 6 EMRK; § 370 Abs. 1 Nr. 2, Abs. 3 AO; § 27 StGB; § 11 Abs. 3 TabStG; § 18 Abs. 1 Satz 1 TabStG

### 2. EGMR – Zulassung zur Großen Kammer des EGMR im Fall Gäfgen vs. Deutschland

### 3. EuGH C-297/07 (Zweite Kammer) – Urteil vom 11. Dezember 2008 (Klaus Bourquain)

Schengener Durchführungsübereinkommen; Verbot der Doppelbestrafung (Verurteilung in Abwesenheit wegen derselben Tat; Begriff der rechtskräftigen Aburteilung; Begriff der „nicht mehr vollstreckbaren Sanktion“; zeitlicher Anwendungsbereich).

Art. 54 SDÜ

**4. BVerfG 1 BvR 1318/07 (1. Kammer des Ersten Senats) – Beschluss vom 5. Dezember 2008 (OLG Hamm/AG Dortmund)**

Grundrecht auf Meinungsfreiheit (Bewertung von Äußerungen; Berücksichtigung des Kontexts); Beleidigung („Dummschwätzer“; Schmähkritik; Recht auf „verbalen Gegenschlag“; gerichtliche Prüfungs- und Darstellungspflichten).

Art. 5 Abs. 1 GG; § 185 StGB; § 193 StGB

**5. BVerfG 2 BvR 2369/08, 2 BvR 2380/08 (2. Kammer des Zweiten Senats) – Beschluss vom 6. Dezember 2008**

Voraussetzungen der „Scheinminderjährigkeit“ bei jugendpornographischen Schriften (kein Ausreichen bloßer Zweifel bezüglich der Volljährigkeit); Substantiierungsanforderungen bei einer Verfassungsbeschwerde gegen ein Gesetz (unmittelbare Beschwerde; Darlegung eines ernsthaften Risikos für ein Bußgeld- oder Strafverfahren). § 184c StGB; § 11 Abs. 3 StGB; § 23 Abs. 1 Satz 2 BVerfGG, § 92 BVerfGG

**6. BGH 2 StR 167/08 - Beschluss vom 14. Mai 2008 (LG Aachen)**

Gesamtstrafenbildung (starke Erhöhung der Einsatzstrafe; Begründung); Wirkstoffgehalt von Betäubungsmitteln (Schätzung; Angabe des angenommenen Wirkstoffgehalts).

§ 54 StGB; § 267 Abs. 3 StPO

**7. BGH 2 StR 19/08 - Beschluss vom 6. August 2008 (LG Frankfurt am Main)**

Unbegründete Anhörungsrüge.

§ 356a StPO

**8. BGH 2 StR 206/07 - Beschluss vom 8. August 2008 (LG Koblenz)**

Anhörungsrüge (Feststellung einer Verletzung des rechtlichen Gehörs; fehlende Entscheidungserheblichkeit).

§ 356a StPO

**9. BGH 2 StR 230/08 - Urteil vom 16. Juli 2008 (LG Aachen)**

Tateinheit (natürliche Handlungseinheit; Zäsur); schwere Vergewaltigung (subjektiver Tatbestand; Beweiswürdigung).

§ 52 StGB; § 177 Abs. 3 StGB; § 261 StPO

**10. BGH 2 StR 234/08 - Beschluss vom 30. Juli 2008**

Anhörungsrüge (Abwarten einer Gegenerklärung nach Fristablauf).

§ 356a StPO; § 349 Abs. 3 StPO

**11. BGH 2 StR 237/08 - Beschluss vom 5. September 2008 (LG Gera)**

Rücktritt vom Versuch (fehlgeschlagener Versuch; Aufgeben: Erreichung eines außertatbestandlichen Zieles); Vorbehalt der Unterbringung in der Sicherungsverwahrung (Gefährlichkeitsprognose: maßgeblicher Zeitpunkt); Verschlechterungsverbot; unzulässige Revision der Nebenklage (fehlende Angabe eines zulässigen Rechtsmittelziels).

§ 24 Abs. 1 StGB; § 66a StGB; § 358 Abs. 2 StPO; § 400 Abs. 1 StPO

**12. BGH 2 StR 260/08 - Beschluss vom 27. August 2008 (LG Koblenz)**

Wiedereinsetzung in die Frist zur Begründung der Revision (Einsicht in das Protokoll der Hauptverhandlung; Frist für die Nachholung der Begründung); Ablehnung eines Befangenheitsgesuchs (Verschleppungsabsicht).

§ 44 StPO; § 45 StPO; § 26a Abs. 1 Nr. 3 StPO

**13. BGH 2 StR 265/08 - Beschluss vom 5. September 2008 (LG Gera)**

Vorbehalt der Sicherungsverwahrung (maßgeblicher Zeitpunkt für die Gefährlichkeitsprognose); unzulässige Revision der Nebenklage (fehlende Angabe eines zulässigen Rechtsmittelziels).

§ 66a StGB; § 67c Abs. 1 StGB; § 400 Abs. 1 StPO

**14. BGH 2 StR 267/08 - Beschluss vom 27. August 2008 (LG Kassel)**

Doppelverwertungsverbot; (besonders) schwere Brandstiftung (Entwidmung eines Wohngebäudes).

§ 306a StGB; § 306b StGB

**15. BGH 2 StR 270/08 - Beschluss vom 30. Juli 2008 (LG Kassel)**

Strafrahmenwahl; Totschlag in einem minder schweren Fall; Doppelmilderung; Affekt.

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

**16. BGH 2 StR 277/08 - Beschluss vom 8. August 2008 (LG Aachen)**

Unerlaubtes Handeltreiben mit Betäubungsmitteln (Mitteilung des Mindestwirkstoffgehalts); Unterbringung in einer Entziehungsanstalt.

§ 29a BtMG; § 267 Abs. 3 StPO; § 64 StGB

**17. BGH 2 StR 286/08 - Beschluss vom 22. Oktober 2008 (LG Meiningen)**

Gefährliche Körperverletzung (mit einem anderen Beteiligten gemeinschaftlich); Täterschaft; Beihilfe.

§ 224 Abs. 1 Nr. 4 StGB; § 25 StGB; § 27 StGB

**18. BGH 2 StR 291/08 - Beschluss vom 10. September 2008 (LG Frankfurt am Main)**

Unterbringung in einem psychiatrischen Krankenhaus (Gefährlichkeitsprognose).

§ 63 StGB

**19. BGH 2 StR 298/08 - Beschluss vom 18. Juli 2008 (LG Köln)**

Nachträgliche Bildung der Gesamtstrafe (Zäsurwirkung).

§ 55 StGB

**20. BGH 2 StR 317/08 - Beschluss vom 6. August 2008 (LG Bonn)**

Rücktritt vom Versuch (Rücktrittshorizont; Vorstellung des Täters nach Ausführung der letzten Tathandlung).  
§ 24 Abs. 1 StGB

**21. BGH 2 StR 326/08 - Beschluss vom 17. September 2008 (LG Frankfurt am Main)**

Unzulässige Rüge der rechtsstaatswidrigen Verzögerung (fehlende Mitteilung bedeutsamer Verfahrenstatsachen).  
§ 344 Abs. 2 Satz 2 StPO; Art. 6 Abs. 1 EMRK; Art. 20 Abs. 3 GG

**22. BGH 2 StR 329/08 - Urteil vom 27. August 2008 (LG Bad Kreuznach)**

Hehlerei; Betrug; Konkurrenzen (mitbestrafte Nachtat; Sicherheitsbetrug).  
§ 259 StGB; § 263 StGB; § 52 StGB; § 53 StGB

**23. BGH 2 StR 332/08 - Beschluss vom 13. August 2008 (LG Köln)**

Unterbringung in einer Entziehungsanstalt (zwingende Ausübung des tatrichterlichen Ermessens; Darlegung in den Urteilsgründen).  
§ 64 StGB; § 267 StPO

**24. BGH 2 StR 333/08 - Beschluss vom 17. September 2008 (LG Frankfurt am Main)**

Unbegründete Revision; Verschleppungsabsicht (zahlreiche Ablehnungsanträge).  
§ 349 Abs. 2 StPO

**25. BGH 2 StR 337/08 - Beschluss vom 8. August 2008 (LG Frankfurt am Main)**

Unterbringung in einer Entziehungsanstalt (hinreichend konkrete Aussicht auf einen Therapieerfolg; Aufdrängen der Prüfung; Vorrang vor vollstreckungsrechtlicher Therapie).  
§ 64 StGB; § 35 BtMG

**26. BGH 2 StR 347/08 - Beschluss vom 29. Oktober 2008 (LG Bonn)**

Verfall von Wertersatz (Absehen; Ermessen).  
§ 73a StGB; § 73c StGB

**27. BGH 2 StR 351/08 - Beschluss vom 15. Oktober 2008 (LG Fulda)**

Vorwegvollzug (Halbstrafenzeitpunkt; Zwei-Drittel-Zeitpunkt).  
§ 67 Abs. 2 StGB

**28. BGH 2 StR 352/08 - Beschluss vom 15. Oktober 2008 (LG Aachen)**

Unerlaubtes Handeltreiben mit Betäubungsmitteln (Cannabisplantage: mehrere Ernten, Tatmehrheit; Wirkstoffgehalt: Schätzung).  
§ 29a BtMG; § 53 StGB

**29. BGH 2 StR 355/08 - Beschluss vom 12. November 2008 (LG Köln)**

Strafzumessung; sexueller Missbrauch von Kindern (Schuldgehalt: Einverständnis, Folgenlosigkeit); Gesamtstrafenbildung (Serienstraftaten über lange Zeiträume); Unterbringung in der Sicherungsverwahrung (Gefährlichkeitsprognose).

§ 46 StGB; § 54 StGB; § 176 StGB

**30. BGH 2 StR 360/08 - Beschluss vom 1. Oktober 2008 (LG Koblenz)**

Unerlaubtes Handeltreiben mit Betäubungsmitteln (teilweiser Eigenverbrauch; Feststellung der gehandelten Teilmenge); Unterbringung in einer Entziehungsanstalt.  
§ 29a BtMG; § 64 StGB

**31. BGH 2 StR 366/08 - Beschluss vom 17. September 2008 (LG Frankfurt am Main)**

Unzulässige Revision (Frist); unzulässiger Antrag auf Wiedereinsetzung in den vorigen Stand.  
§ 341 Abs. 1 StPO; § 44 StPO; § 45 StPO

**32. BGH 2 StR 368/08 - Beschluss vom 21. November 2008 (LG Bonn)**

Unbegründete Revision.  
§ 349 Abs. 2 StPO

**33. BGH 2 StR 375/08 - Beschluss vom 5. September 2008 (LG Frankfurt am Main)**

Unerlaubtes Handeltreiben mit Betäubungsmitteln; unerlaubte Einfuhr von Betäubungsmitteln, Kurier; Konkurrenzen.  
§ 29a BtMG; § 52 StGB

**34. BGH 2 StR 385/08 - Beschluss vom 1. Oktober 2008 (LG Frankfurt am Main)**

Sexueller Missbrauch einer widerstandsunfähigen Person (Körperkontakt; Widerstandsunfähigkeit).  
§ 179 StGB a.F.

**35. BGH 2 StR 394/08 - Urteil vom 19. November 2008 (LG Marburg)**

Beweiswürdigung (Aussage gegen Aussage; Gesamtwürdigung der für und gegen die Glaubhaftigkeit einer Angabe sprechenden Indizien); Doppelverwertungsverbot bei der Vergewaltigung.  
§ 177 Abs. 2 StGB; § 46 Abs. 3 StGB; § 261 StPO

**36. BGH 2 StR 396/08 - Beschluss vom 17. September 2008 (LG Frankfurt am Main)**

Unbegründete Revision.  
§ 349 Abs. 2 StPO

**37. BGH 2 StR 437/08 - Beschluss vom 21. November 2008 (LG Frankfurt am Main)**

Nachträgliche Anordnung der Sicherungsverwahrung.  
§ 66b StGB

**38. BGH 2 StR 441/08 - Beschluss vom 28. November 2008 (LG Köln)**

Beistandsbestellung (Fortwirkung über die jeweilige Instanz hinaus bis zum rechtskräftigen Abschluss des Verfahrens; Erstreckung auf die Revisionsinstanz einschließlich der Revisionshauptverhandlung).  
§ 397a Abs. 1 StPO

**39. BGH 2 StR 442/08 - Beschluss vom 15. Oktober 2008 (LG Aachen)**

Rücknahme der Revision (mündliche Ermächtigung des Verteidigers durch den Angeklagten).  
§ 302 StPO

**40. BGH 2 StR 488/08 - Beschluss vom 19. November 2008 (LG Bonn)**

Nachträgliche Bildung der Einheitsjugendstrafe (neuerliche Einbeziehung früherer Verurteilungen, die bereits zuvor einbezogen worden waren).

§ 31 Abs. 2 JGG

**41. BGH 2 StR 489/08 - Beschluss vom 10. Dezember 2008 (LG Frankfurt am Main)**

Kompensation für einen Verstoß gegen Art. 36 WÜK (Belehrung über das Recht auf konsularischen Beistand). Art. 36 WÜK

**42. BGH 2 StR 493/08 - Beschluss vom 27. November 2008 (LG Bonn)**

Unterbringung in einem psychiatrischen Krankenhaus (Gefährlichkeitsprognose).

§ 63 StGB

**43. BGH 2 StR 500/08 - Beschluss vom 3. Dezember 2008 (LG Mühlhausen)**

Schriftliche Erteilung der Vollmacht zu den Akten; Wirksamkeit einer Zustellung.

§ 145a Abs. 1 StPO

**44. BGH 2 StR 507/08 - Beschluss vom 21. November 2008 (LG Fulda)**

Doppelverwertungsverbot (Strafzumessung bei „nicht geringer Menge“ gehandelten Betäubungsmittels).

§ 46 Abs. 3 StGB; § 29a BtMG

**45. BGH 2 StR 513/08 - Beschluss vom 27. November 2008 (LG Erfurt)**

Unerlaubtes Handeltreiben mit Betäubungsmitteln (Konkurrenzen; Tateinheit); teilweise Einstellung des Verfahrens.

§ 29a BtMG; § 52 StGB; § 154a StPO

**46. BGH 2 ARs 406/08 / 2 AR 207/08 - Beschluss vom 22. Oktober 2008 (OLG Frankfurt am Main)**

Ausschließung eines Verteidigers; Verdacht der Begünstigung.

§ 138c StPO; § 138d StPO; § 138a StPO

**47. BGH 2 ARs 315/08 / 2 AR 184/08 - Beschluss vom 22. August 2008 (OLG Brandenburg)**

Ausschließung eines Verteidigers (hinreichender Tatverdacht gegen den Verteidiger; umfangreiche und detaillierte Beweiswürdigung).

§ 138a Abs. 1 Nr. 3 StPO; § 138c Abs. 1 StPO; § 138d StPO

**48. BGH 2 ARs 315/08 / 2 AR 184/08 - Beschluss vom 25. September 2008**

Rubrumskorrektur; Antrag auf Nachholung des rechtlichen Gehörs.

§ 33a StPO

**49. BGH 2 ARs 315/08 / 2 AR 184/08 - Beschluss vom 30. September 2008**

Antrag auf Nachholung des rechtlichen Gehörs.

§ 33a StPO

**50. BGH 2 ARs 406/08 / 2 AR 207/08 - Beschluss vom 22. Oktober 2008 (OLG Frankfurt am Main)**

Ausschließung eines Verteidigers; Verdacht der Begünstigung.

§ 138c StPO; § 138d StPO; § 138a StPO

**51. BGH 2 ARs 467/08 / 2 AR 248/08 - Beschluss vom 29. Oktober 2008 (AG Hamburg)**

Zuständigkeitsbestimmung; Befugnis des Oberlandesgerichts als Beschwerdegericht zur Weitergabe einer Sache an das Amtsgericht.

§ 14 StPO; § 300 StPO; § 348 StPO

**52. BGH 2 ARs 536/08 / 2 AR 309/08 - Beschluss vom 9. Dezember 2008**

Fehlender Wohnsitz; Bestimmung der zuständigen Gerichts.

§ 8 Abs. 2 Alt. 2 StPO; § 13a StPO

**53. BGH 3 StR 236/08 - Urteil vom 2. Oktober 2008 (LG Hannover)**

Mittäterschaft (subjektiver Tatbestand; Zurechnung fremder Körperverletzungshandlungen; Vorhersehbarkeit eines tödlichen Ausgangs); Beteiligung an einer Schlägerei (Tateinheit mit Körperverletzungsdelikten und Tötungsdelikten).

§ 25 Abs. 1 StGB; § 224 StGB; § 227 StGB; § 231 StGB

**54. BGH 3 StR 272/08 - Beschluss vom 2. Oktober 2008**

Unzulässige Anhörungsrüge.

§ 356a StPO

**55. BGH 3 StR 318/08 - Beschluss vom 19. August 2008 (LG Duisburg)**

Teilweise Einstellung des Verfahrens; Aufrechterhaltung der Gesamtstrafe (Beruhen).

§ 337 StPO

**56. BGH 3 StR 334/08 - Beschluss vom 30. Oktober 2008 (LG Mönchengladbach)**

Gefährliche Körperverletzung (mittels eines hinterlistigen Überfalls); Unterbringung in einer Entziehungsanstalt.

§ 224 Abs. 1 Nr. 3 StGB; § 64 StGB

**57. BGH 3 StR 338/08 - Beschluss vom 4. Dezember 2008 (LG Kleve)**

Anhörungsrüge (Vorrang gegenüber dem Antrag auf Nachholung rechtlichen Gehörs; Mitteilung des Zeitpunkts der Kenntniserlangung).

§ 33a StPO; § 356a StPO

**58. BGH 3 StR 359/08 - Beschluss vom 8. Oktober 2008 (LG Duisburg)**

Unerlaubtes Handeltreiben mit Betäubungsmitteln (Tateinheit; teilweise identische Rauschgiftmenge).

§ 29a BtMG; § 52 StGB

**59. BGH 3 StR 375/08 - Urteil vom 30. Oktober 2008 (LG Stade)**

Tat im prozessualen Sinne (Individualisierung der Tat bei Serienstraftaten; Umgestaltung der Strafklage); Akkusa-

tionsprinzip; Anklagegrundsatz; Tatidentität (Tatort; Begleitumstände); Strafzumessung bei Sexualstraftaten (Vergewaltigung; Gesamtwürdigung bei der Verneinung des besonders schweren Falles und Bejahung eines minder schweren Falles; schwerer sexueller Missbrauch von Kindern; Voraussetzungen der Strafschärfung bei Einbeziehung weiterer, nicht einzeln angeklagter sexuellen Handlungen in die Strafzumessung bei Serienstraftaten).  
§ 264 Abs. 1 StPO; § 200 StPO; § 46 StGB; § 177 StGB; § 176a StGB

**60. BGH 3 StR 397/08 - Beschluss vom 30. Oktober 2008 (LG Osnabrück)**

Unerlaubtes Handeltreiben mit Betäubungsmitteln (Täterschaft; Teilnahme; Kurier).  
§ 25 Abs. 2 StGB; § 27 StGB; § 29a BtMG

**61. BGH 3 StR 403/08 - Urteil vom 13. November 2008 (LG Düsseldorf)**

Verabredung, ein Verbrechen zu begehen (Tatentschluss; Tatgeneigtheit); Aufklärungspflicht; Erörterungsmangel; Vermittlung eines Vertrages über den Erwerb von Kriegswaffen (Kampfflugzeug; Demilitarisierung); lückenhafte Beweiswürdigung (Indiztatsache).  
§ 30 StGB; § 261 StPO; § 22a Abs. 1 Nr. 7 KWKG; § 4a Abs. 1 KWKG

**62. BGH 3 StR 409/08 - Beschluss vom 28. Oktober 2008 (LG Mönchengladbach)**

Unerlaubtes Handeltreiben mit Betäubungsmitteln; unerlaubter Anbau von Betäubungsmitteln; Konkurrenzen; Einziehung (Tatmittel; Beziehungsgegenstände).  
§ 29a BtMG; § 30 BtMG; § 74 StGB; § 33 Abs. 2 BtMG

**63. BGH 3 StR 425/08 - Beschluss vom 10. November 2008 (OLG Frankfurt am Main)**

Doppelverwertungsverbot (Vorwurf der Begehung der Tat, statt von ihr Abstand zu nehmen).  
§ 46 Abs. 3 StGB

**64. BGH 3 StR 433/08 - Beschluss vom 10. November 2008 (LG Kleve)**

Anklagegrundsatz; Akkusationsprinzip; Identität der Tat; teilweise Einstellung des Verfahrens.  
§ 206a Abs. 1 StPO; § 260 StPO; § 200 StPO

**65. BGH 3 StR 450/08 - Urteil vom 27. November 2008 (LG Mönchengladbach)**

Unterbringung in einem psychiatrischen Krankenhaus (Verhältnismäßigkeit); Erheblichkeit drohender Taten (Verbrechenstatbestände; Gefährlichkeitsprognose).  
§ 62 StGB; § 63 StGB

**66. BGH 3 StR 461/08 - Beschluss vom 2. Dezember 2008 (LG Itzehoe)**

Aufklärungspflicht; Adhäsionsverfahren (Absehen von einer Entscheidung statt Abweisung der Klage).  
§ 406 Abs. 1 Satz 3 StPO; § 244 StPO

**67. BGH 3 StR 514/08 - Beschluss vom 9. Dezember 2008 (LG Kiel)**

Unzulässige Revision der Nebenklage (fehlende Angabe eines zulässigen Rechtsmittelziels).  
§ 400 Abs. 1 StPO

**68. BGH 1 StR 322/08 - Beschluss vom 10. Dezember 2008**

BGHSt: Besetzungsrüge (Teilabordnung eines OLG-Richters an ein LG; gesetzlicher Richter; Verhinderungsfall); Begriff des Steuervorteils bei der Steuerhinterziehung (gesonderte Feststellung von Besteuerungsgrundlagen; Feststellungsbescheid als konkrete Steuergefährdung; Steuerverkürzung; Steuerhinterziehung als Vermögensgefährdungsdelikt).  
Art. 101 Abs. 1 Satz 2 GG; § 37 DRiG; § 27 Abs. 2 DRiG; § 21f Abs. 1 GVG; § 192 GVG; § 180 AO; § 370 AO

**69. BGH 1 StR 327/08 - Urteil vom 4. Dezember 2008 (LG Freiburg)**

Überspannte Anforderungen an die richterliche Überzeugungsbildung bei Tötungsdelikten (Unterstellung von Tatvarianten nach dem Zweifelsgrundsatz; rein spekulative Annahmen); niedrige Beweggründe beim Mord (natürliche Handlungseinheit); unberechtigte Annahme eines Beweisantrages ins Blaue hinein.  
§ 212 StGB; § 211 StGB; § 261 StPO; § 52 StGB; § 244 Abs. 3 StPO

**70. BGH 1 StR 372/08 - Urteil vom 18. November 2008 (LG Konstanz)**

Strafrahmenverschiebung bei Täter-Opfer-Ausgleich.  
§ 46a Nr. 1 StGB; § 49 Abs. 1 StGB

**71. BGH 1 StR 375/08 - Urteil vom 2. Dezember 2008 (LG Wuppertal)**

Steuerhinterziehung (Berechnungsdarstellung bei der Körperschaftsteuer: Anrechnungsverfahren bei verdeckter Gewinnausschüttung, Ausschüttungsbelastung, verwendbares Eigenkapital; Beruhen).  
§ 370 AO; § 337 StPO; § 27 Abs. 1 KStG aF; § 27 Abs. 3 Satz 2 KStG aF

**72. BGH 1 StR 510/08 - Beschluss vom 4. Dezember 2008**

Unbegründete Anhörungsrüge.  
§ 356a StPO

**73. BGH 1 StR 526/08 - Beschluss vom 23. Oktober 2008 (LG München)**

Strafklageverbrauch beim Handeltreiben mit Betäubungsmitteln (Zäsurwirkung eines zwischenzeitlich ergehenden Urteils; Bewertungseinheit); Anwendung des Zweifelsgrundsatzes in der Revision (Freibeweisverfahren).  
Art. 103 Abs. 3 GG; § 264 StPO; § 261 StPO

**74. BGH 1 StR 541/08 - Beschluss vom 18. November 2008 (LG Heilbronn)**

Unbegründete Befangenheitsanträge gegen vorbefasste Mitglieder des 1. Strafsenats nach vorheriger Aufhebung eines Freispruchs wegen unzureichender Beweiswürdigung (Recht auf ein unabhängiges und unparteiliches Gericht; Vorbefassung; Besorgnis der Befangenheit).  
Art. 101 Satz 2 GG; Art. 6 Abs. 1 Satz 1 EMRK; § 24 Abs. 2 StPO; § 26a Abs. 1 Nr. 2 StPO

**75. BGH 1 StR 568/08 - Beschluss vom 18. November 2008 (LG Mannheim)**

Verfahrensrüge bei der rechtsstaatswidrigen Verfahrensverzögerung (Vortrag von Negativtatsachen); verfehelter doppelter Rabat; redaktioneller Hinweis.  
Art. 6 Abs. 1 Satz 1 EMRK; Art. 13 EMRK; § 344 Abs. 2 Satz 2 StPO; § 46 StGB

**76. BGH 1 StR 583/08 - Beschluss vom 5. November 2008 (LG München I)**

BGHR; Wahrung der Unterbrechungsfrist nach § 229 Abs. 1 StPO (Konzentrationsmaxime; verkürzte Hauptverhandlung aufgrund unvorhersehbarer Ereignisse; Verfahrensförderung; Schiebeterminale).  
Art. 6 EMRK; § 228 Abs. 1 StPO; § 229 Abs. 1, Abs. 4 Satz 1 StPO

**77. BGH 1 StR 593/08 - Beschluss vom 19. November 2008 (LG Landshut)**

Unbegründete Anhörungsrüge (Zurechnung von Verteidigerverschulden: falsch adressierte Gegenerklärung der Verteidigung; Verspätung).  
Art. 103 Abs. 1 GG; § 356a StPO; § 349 Abs. 3 Satz 2 StPO

**78. BGH 1 StR 608/08 - Beschluss vom 4. Dezember 2008 (LG Offenburg)**

Unbegründete Anhörungsrüge.  
§ 356a StPO

**79. BGH 1 StR 615/08 - Beschluss vom 3. Dezember 2008 (LG Ellwangen)**

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

**80. BGH 1 StR 621/08 - Beschluss vom 18. November 2008 (LG Heilbronn)**

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

**81. BGH 1 StR 654/08 - Beschluss vom 3. Dezember 2008 (LG Baden-Baden)**

Bemessung der Dauer des Vorwegvollzugs nach neuem Recht (Unmaßgeblichkeit der Wahrscheinlichkeit einer Halbstrafenentlassung).  
§ 67 Abs. 2 Satz 3, Abs. 5 Satz 1 StGB

**82. BGH 1 StR 670/08 - Beschluss vom 11. Dezember 2008 (LG Frankfurt)**

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

**83. BGH 4 StR 167/08 - Beschluss vom 14. Oktober 2008 (LG Saarbrücken)**

Sexuelle Nötigung; Nötigung (konkludente Drohung; besonders schwerer Fall); Notwendigkeit eigener neuer Feststellungen nach Urteilsaufhebung trotz Geständnisses.  
§ 177 Abs. 1, Abs. 2 StGB; § 240 Abs. 1, Abs. 4 Satz 1 und 2 Nr. 1 StGB; § 267 StPO; § 353 StPO; § 354 StPO

**84. BGH 4 StR 172/08 - Beschluss vom 20. November 2008 (LG Saarbrücken)**

Teilweise Einstellung des Verfahrens (Aufrechterhaltung des Gesamtstrafenausspruchs).  
§ 154 StPO; § 337 StPO

**85. BGH 4 StR 172/08 - Beschluss vom 14. Oktober 2008 (LG Saarbrücken)**

Sexuelle Nötigung; Nötigung (konkludente Drohung; besonders schwerer Fall); Notwendigkeit eigener neuer Feststellungen nach Urteilsaufhebung trotz Geständnisses.  
§ 177 Abs. 1, Abs. 2 StGB; § 240 Abs. 1, Abs. 4 Satz 1 und 2 Nr. 1 StGB; § 267 StPO; § 353 StPO; § 354 StPO

Wenn die Feststellungen des früheren Urteils aufgehoben worden sind, hat der neu entscheidende Tatrichter umfassende eigene Feststellungen zu treffen und in den Urteilsgründen mitzuteilen. Dies gilt auch bei einem Geständnis. Nur wenn die neue Hauptverhandlung die Richtigkeit der Feststellungen des aufgehobenen Urteils ergeben hat, dürfen sich die neuen Feststellungen an diese anlehnen; es ist dann sogar zulässig, in dem Umfang den Text des aufgehobenen Urteils wörtlich zu übernehmen.

**86. BGH 4 StR 172/08 - Beschluss vom 14. Oktober 2008 (LG Saarbrücken)**

Sexuelle Nötigung; Nötigung (konkludente Drohung; besonders schwerer Fall); Notwendigkeit eigener neuer Feststellungen nach Urteilsaufhebung trotz Geständnisses.  
§ 177 Abs. 1, Abs. 2 StGB; § 240 Abs. 1, Abs. 4 Satz 1 und 2 Nr. 1 StGB; § 267 StPO; § 353 StPO; § 354 StPO

Wenn die Feststellungen des früheren Urteils aufgehoben worden sind, hat der neu entscheidende Tatrichter umfassende eigene Feststellungen zu treffen und in den Urteilsgründen mitzuteilen. Dies gilt auch bei einem Geständnis. Nur wenn die neue Hauptverhandlung die Richtigkeit der Feststellungen des aufgehobenen Urteils ergeben hat, dürfen sich die neuen Feststellungen an diese anlehnen; es ist dann sogar zulässig, in dem Umfang den Text des aufgehobenen Urteils wörtlich zu übernehmen.

**87. BGH 4 StR 195/08 - Beschluss vom 4. November 2008 (LG Bochum)**

Schwerer Parteiverrat (dieselbe Rechtssache; tatbestandliche Handlungseinheit); Beihilfe zum Betrug (keine Beihilfe nach Beendigung; Konkurrenzen); keine einheitliche Gesamtgeldstrafe.  
§ 356 StGB; § 263 StGB; § 27 StGB; § 52 StGB; § 41 StGB

**88. BGH 4 StR 196/08 - Beschluss vom 4. November 2008 (LG Bochum)**

Beihilfe zum schweren Parteiverrat (tatbestandliche Handlungseinheit; Akzessorietät der Beihilfe); Betrug (Sicherungsbetrug; mitbestrafte Nachtat); Verbot der Doppelverwertung; unzureichende Versagung der Versuchsmilderung.  
§ 356 StGB; § 263 StGB; § 27 StGB; § 52 StGB; § 46 Abs. 3 StGB; § 23 Abs. 2 StGB; § 49 Abs. 1 StGB

**89. BGH 4 StR 233/08 - Beschluss vom 8. Oktober 2008 (LG Frankfurt)**

Rücktritt bei mehraktiven Versuchsgeschehen (unbeendeter Versuch; fehlgeschlagener Versuch; tragfähige Beweiswürdigung bei möglichen gegenteiligen Schlüssen; Freiwilligkeit; natürliche Handlungseinheit bei mehreren

Tötungsversuchen); gefährlicher Eingriff in den Straßenverkehr (benutztes Fahrzeug kein Tatobjekt).  
§ 212 StGB; § 22 StGB; § 24 StGB; § 52 StGB; § 315b StGB

**90. BGH 4 StR 235/08 – Urteil vom 30. Oktober 2008 (LG Würzburg)**

Körperverletzung mit Todesfolge (spezifischer Gefahrverwirklichungszusammenhang bei Todeseintritt durch Rettungsversuche); Unterbringung in einem psychiatrischen Krankenhaus.  
§ 227 StGB; § 63 StGB

**91. BGH 4 StR 252/08 – Urteil vom 13. November 2008 (LG Schwerin)**

BGHSt; Abgrenzung der Verantwortlichkeiten für einen Gebäudeeinsturz bei arbeitsteiliger Erledigung der Bauleistungen durch verschiedene Gewerke (Unterlassung; Fahrlässigkeit; Sorgfaltspflichtverletzung; Vertrauensgrundsatz; sekundäre Verkehrssicherungspflichten; Pflicht zur wechselseitigen Information am Bau).  
§ 222 StGB; § 229 StGB; § 13 StGB

**92. BGH 4 StR 301/08 - Beschluss vom 18. November 2008 (LG Saarbrücken)**

Unzulässiges Rechtsmittel der Nebenklage nach Tod der Verletzten (Anschlussberechtigung des Nebenklägers; Existenz des Anschlussklärenden).  
§ 395 Abs. 2 Nr. 1 StPO; § 349 Abs. 1 StPO; § 402 StPO

**93. BGH 4 StR 328/08 – Urteil vom 20. November 2008 (LG Konstanz)**

Fahrlässige Tötung durch illegale Autorennen und Beschleunigungstests; Abgrenzung zwischen Selbst- und einverständlicher Fremdgefährdung bei Fahrlässigkeitsdelikten (Tatherrschaft; restriktiver Täterbegriff; Sorgfaltspflichtverletzung; Verstoß gegen Sondernormen; Schutzzweckzusammenhang; Vorhersehbarkeit bzw. Erkennbarkeit); rechtfertigende Wirkung einer Einwilligung bei gefährlichem Handeln im Straßenverkehr; Beihilfe zur Gefährdung des Straßenverkehrs (Vorsatz; Hilfeleisten).  
§ 222 StGB; § 228 StGB; § 229 StGB; § 216 StGB; § 315c StGB; § 27 StGB; § 15 StGB

**94. BGH 4 StR 380/08 - Beschluss vom 18. November 2008 (LG Hagen)**

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

**95. BGH 4 StR 414/08 - Beschluss vom 25. November 2008 (LG Neubrandenburg)**

Zuständigkeit für sofortige Beschwerden gegen die dem Angeklagten in dem Urteil zugesprochene Entschädigung und die dort getroffene Kostenentscheidung.  
§ 464 Abs. 3 Satz 3 StPO; § 8 Abs. 3 Satz 2 StrEG; § 121 Abs. 1 Nr. 2 GVG

**96. BGH 4 StR 430/08 - Beschluss vom 27. November 2008 (LG Landau)**

Rüge der Verletzung des Anwesenheitsrechts (Verhandlung zur Sache; Betroffenheit; Ausschluss).  
§ 231c Satz 1 letzter Halbsatz StPO

**97. BGH 4 StR 434/08 – Beschluss vom 11. November 2008 (LG Saarbrücken)**

Täterschaftliche unerlaubte Einfuhr von Betäubungsmitteln in nicht geringer Menge (erforderliche Feststellungen für Mittäterschaft; bloße Vermutung; erhöhtes Tatinteresse als Begründungsmerkmal der Mittäterschaft).  
§ 29 BtMG; § 25 Abs. 2 StGB; § 27 StGB; § 261 StPO

**98. BGH 4 StR 480/08 - Beschluss vom 11. November 2008 (LG Bielefeld)**

Mitwirkung eines befangenen oder ausgeschlossenen Richters (Besorgnis der Befangenheit: Telefonat mit dem Sachverständigen außerhalb der Hauptverhandlung; verworfenes Ablehnungsgesuch); Ausschluss des Richters bei Vernehmung als Zeuge.  
§ 338 Nr. 3 StPO; § 22 Nr. 5 StPO

**99. BGH 4 StR 485/08 – Beschluss vom 18. November 2008 (LG Saarbrücken)**

Mangelnde Feststellungen für einen „Kontoeröffnungsbruch“ (Betrug mit EC-Karten und Schecks; Vermögensschaden: schadensgleiche konkrete Vermögensgefährdung, POZ-System und POS-System).  
§ 263 StGB; § 266b StGB

**100. BGH 4 StR 486/08 - Beschluss vom 18. November 2008 (LG Saarbrücken)**

Mangelnde Feststellungen für einen „Kontoeröffnungsbruch“ (Betrug mit EC-Karten und Schecks; Vermögensschaden: schadensgleiche konkrete Vermögensgefährdung, POZ-System und POS-System).  
§ 263 StGB; § 266b StGB

1. Nach der Rechtsprechung des Bundesgerichtshofs kann zwar ein vollendeter Betrug schon dann vorliegen, wenn der Täter unter Vorlage eines gefälschten Personalausweises und Täuschung über seine Zahlungswilligkeit bei einer Bank ein Konto eröffnet und ihm – antragsgemäß – eine EC-Karte (Eurocheque-Karte) und Schecks ausgehändigt werden (vgl. BGHSt 47, 160, 167 m.w.N.). Jedoch betreffen diese Entscheidungen Fälle, in denen die Kartenzahlung oder die Einlösung des Schecks von der Bank garantiert wurde oder eine Rückgabe der Lastschrift nicht möglich war (BGH aaO S. 164 f.).

2. Diese Rechtsprechung ist jedoch insoweit nicht mehr aufrechtzuerhalten, als der garantierte Scheckverkehr in seiner gebräuchlichen Form zum 31. Dezember 2001 aufgegeben wurde und EC-Karten in Zahlungssystemen wie dem POZ-System eingesetzt werden, in denen die kartenausgebende Bank regelmäßig keine Garantie für die Zahlung übernimmt. Ein etwaiger Schaden durch die Kartenbenutzung tritt in diesen Fällen nicht bei der Bank, sondern beim jeweiligen Geschäftspartner ein (BGHSt 47, 160, 171).

**101. BGH 4 StR 495/08 - Beschluss vom 6. November 2008 (LG Saarbrücken)**

Sexuelle Nötigung durch konkludente Drohung, das Opfer nicht mehr gegen frühere gewaltbereite Zuhälter zu schützen (schutzlose Lage); rechtsfehlerhafte nachträgliche Gesamtstrafenbildung; Auferlegung der notwendigen Auslagen der Nebenklägerin.

§ 177 Abs. 1 StGB; § 240 StGB; § 55 StGB; § 473 Abs. 1 Satz 2 StPO

**102. BGH 4 StR 500/08 - Beschluss vom 25. November 2008 (LG Detmold)**

Voraussetzungen der Tateinheit zwischen Betrug und Untreue (Treueverhältnis zum Zeitpunkt der Täuschung).

§ 266 StGB; § 263 StGB

**103. BGH 4 StR 509/08 - Beschluss vom 25. November 2008 (LG Detmold)**

Unzulässiger Antrag auf Wiedereinsetzung in den vorigen Stand zur Ergänzung von nicht gemäß § 344 Abs. 2 Satz 2 StPO erhobenen Verfahrensrügen.

§ 44 StPO; § 344 Abs. 2 Satz 2 StPO

**104. BGH 5 StR 114/08 - Beschluss vom 12. Dezember 2008 (LG Hamburg)**

Verwerfung der Revision als unbegründet.

§ 349 Abs. 2 StPO

**105. BGH 5 StR 344/08 - Beschluss vom 13. November 2008 (LG Berlin)**

Sicherungsbetrug nach verjährter Untreue (mitbestrafte Nachtat; Strafzumessung); Strafzumessung beim Versuch.

§ 263 StGB; § 266 StGB; § 22 StGB; § 23 Abs. 2 StGB; § 46 StGB

**106. BGH 5 StR 96/08 - Urteil vom 27. November 2008 (LG Cottbus)**

Verfahrensrüge (Darstellungsanforderungen bei Verletzung des Beweisantragsrechts); Betrug (Vermögensschaden; konkrete Vermögensgefährdung); Untreue.

§ 263 StGB; § 266 StGB; § 244 Abs. 3 StPO; § 344 Abs. 2 Satz 2 StPO

**107. BGH 5 StR 412/08 - Urteil vom 9. Dezember 2008 (LG Braunschweig)**

Vergewaltigung (Strafzumessung: Grenzen der Revisibilität bei minder schweren und besonders schweren Fällen, vorheriger Austausch von Zärtlichkeiten); Aufklärungsrüge (Darlegungsvoraussetzungen; Verbot der Rekonstruktion der Hauptverhandlung); Behinderungsrüge (kausaler Zusammenhang).

§ 177 Abs. 1 Nr. 1 und Nr. 3, Abs. 2 Nr. 1 StGB; § 344 Abs. 2 Satz 2 StPO; § 244 Abs. 2 StPO; § 338 Nr. 8 StPO; § 46 StGB

**108. BGH 5 StR 425/08 - Urteil vom 26. November 2008 (LG Berlin)**

Rechtsfehlerhaft unterbliebene Verfallsanordnung (Wertersatz; Erlangtes; Schätzung; Sicherheitsabschläge).

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

**109. BGH 5 StR 426/08 - Beschluss vom 9. Dezember 2008 (LG Göttingen)**

Unbegründete Anhörungsrüge; Begründungsanforderungen an eine letztinstanzliche Revisionsentscheidung vor dem Hintergrund des Antragsverfahrens (rechtliches Gehör; faires Verfahren).

Art. 6 EMRK; Art. 103 Abs. 1 GG; § 356a StPO

**110. BGH 5 StR 440/08 - Beschluss vom 26. November 2008 (LG Chemnitz)**

Beihilfe zur Untreue (Strafrahmenverschiebung bei strafbegründenden besonderen persönlichen Merkmalen: Vermögensbetreuungspflicht).

§ 266 StGB; § 27 StGB; § 28 Abs. 1 StGB

**111. BGH 5 StR 491/08 - Beschluss vom 25. November 2008 (LG Berlin)**

Beweiswürdigung bei überwiegender Belastung durch (frühere) Mitangeklagte.

§ 261 StPO

**112. BGH 5 StR 495/08 - Beschluss vom 27. November 2008 (LG Berlin)**

Bemessung der Jugendstrafe (Kompensation wegen rechtsstaatswidriger Verfahrensverzögerung).

§ 18 JGG; § 46 StGB; Art. 6 EMRK

**113. BGH 5 StR 496/08 - Beschluss vom 27. November 2008 (LG Hamburg)**

Wahrung der einmonatigen Revisionsbegründungsfrist (Wiedereinsetzung in den vorigen Stand zur Anbringung von Verfahrensrügen; Mitwirkung des Rechtspflegers).

Art. 6 EMRK; Art. 19 Abs. 4 GG; § 44 StPO; § 345 Abs. 1 StPO

**114. BGH 5 StR 500/08 - Beschluss vom 25. November 2008 (LG Potsdam)**

Rechtsfehlerhafter Ausschluss einer alkoholbedingten verminderten Steuerungsfähigkeit des Angeklagten (Strafrahmenverschiebung bei lebenslanger Freiheitsstrafe).

§ 212 StGB; § 21 StGB; § 49 StGB; § 261 StPO

**115. BGH 5 StR 506/08 - Beschluss vom 26. November 2008 (LG Potsdam)**

Rechtsfehlerhafte Beweiswürdigung beim Vorwurf der Vergewaltigung (widersprüchliche Erwägungen; Begriff der Gewalt); Nötigung (Drohung).

§ 177 Abs. 2 StGB; § 261 StPO

**116. BGH 5 StR 511/08 - Beschluss vom 9. Dezember 2008 (LG Berlin)**

Anforderungen an die Beweiswürdigung bei der Vergewaltigung (Begründungsanforderungen bei Aussage gegen Aussage; Darlegungen zur Einstellung eines ähnlichen Tatvorwurfs der Belastungszeugin nach § 154 StPO).

§ 177 Abs. 2 StGB; § 261 StPO; § 154 StPO

**117. BGH 5 StR 513/08 - Beschluss vom 27. November 2008 (LG Bremen)**

Strafzumessung bei schwerem Raub (minder schwerer Fall; Wertungsfehler bei einer Vielzahl gewichtiger Straf-milderungsgründe; Verhältnis zur Strafe der Mitangeklagten).

§ 46 StGB; § 249 StGB; § 250 StGB

**118. BGH 5 StR 514/08 - Beschluss vom 27. November 2008 (LG Berlin)**

Verwerfung der Revision als unbegründet.

§ 349 Abs. 2 StPO



**119. BGH 5 StR 526/08 – Beschluss vom 27. November 2008 (LG Chemnitz)**

Hinweispflicht bei der strafschärfenden Einbeziehung aus der Hauptverhandlung ausgeschiedener Tatvorwürfe (ausnahmsweise Entbehrlichkeit).

§ 265 StPO; § 154 Abs. 2 StPO

**120. BGH 5 StR 536/08 – Beschluss vom 11. Dezember 2008 (LG Berlin)**

Betrug durch Einreichung eines abhanden gekommenen oder durch eine Straftat erlangten Schecks (Vermögensschaden; Täuschung und Irrtum; Gesamtwürdigung beim Vorliegen eines Regelbeispiels auch bei Gehilfen); Strafzumessung (Wertungsfehler bei unerklärlicher Behandlung von Tätern und Teilnehmern einer Tat).

§ 263 Abs. 1, Abs. 3 StGB; § 46 StGB; Art. 21 ScheckG; § 27 StGB

**121. BGH 5 StR 542/08 – Beschluss vom 10. Dezember 2008 (LG Berlin)**

Rechtsfehlerhafte Ablehnung eines Beweisantrages auf Einholung eines Sachverständigengutachtens zur Schuldfähigkeit beim Vorwurf der Vergewaltigung (mangelnde Sachkunde; besondere Umstände des Einzelfalles).

§ 244 Abs. 4 StPO; § 177 Abs. 2 StGB; § 21 StGB

**122. BGH 5 StR 545/08 – Beschluss vom 10. Dezember 2008 (LG Berlin)**

Verjährter Tatvorwurf des Beischlafs zwischen Verwandten (Inzest; Aufhebung des Strafausspruchs; Wertungsfehler bei der Strafzumessung).

§ 173 StGB; § 52 StGB; § 46 StGB

**123. BGH 5 StR 551/08 – Beschluss vom 10. Dezember 2008 (LG Chemnitz)**

Anordnung des Vorwegvollzugs der Maßregel (Maßgeblichkeit der Halbstrafenentlassung und Erledigung durch Untersuchungshaft).

§ 67b Abs. 2 Satz 3, Abs. 5 Satz 1 StGB

**124. BGH 5 StR 556/08 (alt: 5 StR 543/07) – Beschluss vom 26. November 2008 (LG Chemnitz)**

Strafzumessung beim Betrug (erneute Aufhebung des Strafausspruchs; gleiche Strafe trotz Fortfall eines Regelbeispiels); unzureichende Begründung der Versagung einer Bewährung.

§ 46 StGB; § 263 StGB; § 56 StGB; § 354 Abs. 2 Satz 1 zweite Alternative StPO

**125. BGH 5 StR 561/08 – Beschluss vom 9. Dezember 2008 (LG Potsdam)**

Strafzumessung beim Betäubungsmittelhandel (wesentliche Strafmilderung bei lückenloser Observation des Tatgeschehens).

§ 29 BtMG; § 46 StGB

**126. BGH 5 StR 570/08 – Beschluss vom 12. Dezember 2008 (LG Berlin)**

Verwerfung der Revision als unbegründet.

§ 349 Abs. 2 StPO

**127. BGH 1 StR 416/08 – Urteil vom 2. Dezember 2008 (LG Landshut)**

BGHSt; Vorenthalten von Sozialversicherungsbeiträgen (Vorenthalten und Veruntreuens von Arbeitsentgelt: Sozialrechtsakzessorietät; Berechnung bei illegalen Beschäftigungsverhältnissen: gezahlte Löhne als Nettoarbeitsentgelt, Schätzung, Fiktion der Nettolohnabrede); Strafzumessung bei der Steuerhinterziehung (Steuerverkürzung großen Ausmaßes; Verhältnis zum Betrug; Vermögensverlust großen Ausmaßes; Steuerbetrug; Betragsgrenze für eine mögliche Geldstrafe; Indizwirkung und Gesamtwürdigung bei Regelbeispielen); Strafaussetzung zur Bewährung (besonders gewichtige Milderungsgründe).

§ 266a StGB; § 370 Abs. 1, Abs. 3 AO; § 14 Abs. 2 Satz 2 SGB IV; § 46 StGB; § 56 StGB; § 407 StPO; § 400 AO