

## SCHRIFTFLEITUNG

Wiss. Ass.

Dr. iur. Karsten Gaede

Bucerius Law School

Jungiusstraße 6

20355 Hamburg

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

## REDAKTION

Ulf Buermeyer, Dr. iur. Karsten

Gaede, Stephan Schlegel (Web-

master)

## STÄNDIGE MITARBEITER

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

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

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

Dr. Antje du Bois-Pedain, MJur

(Oxon), (Univ. Cambridge); Prof.

Dr. Diethelm Kleszczewski (Univ.

Leipzig); Prof. Dr. Hans Kudlich

(Univ. Erlangen-Nürnberg); RA

Wiss. Ass. Dr. Frank Meyer, LL.M.

(Yale), Univ. Bonn; RA Tilo Mühl-

bauer (Dresden); RA Dr. Ralf Neu-

haus (Dortmund); RA Markus

Rübenstahl, mag. iur. (Flick Gocke

Schaumburg, Frankfurt a.M.); Prof.

Dr. Frank Saliger (Bucerius Law

School Hamburg); RA Dr. Hellen

Schilling, (Frankfurt aM); Prof. Dr.

Christoph Sowada (Univ. Rostock);

RA Klaus-Ulrich Ventzke (Ham-

burg) und Prof. Dr. Wolfgang Woh-

lers (Univ. Zürich)

## Publikationen

Wiss. Ang. *Dominik Brodowski*, LL.M. (UPenn), Univ. Freiburg – **Strafrechtliche Bekämpfung politischer Korruption und das Erfordernis einer verwerflichen Mittel-Zweck-Relation** S. 277

*Robert Kilian*, Köln – **Zur Strafbarkeit von Ponzi-schemes – Der Fall Madoff nach deutschem Wettbewerbs- und Kapitalmarktstrafrecht** S. 285

Dr. *Milan Kuhl*, M.A., Univ. Frankfurt aM – **Die Anforderungen an die Ermächtigung zu Rechtsmittelrücknahme oder –verzicht gemäß § 302 II StPO** S. 290

RA *Daniel Holzinger*, Berlin – **Die Anrechnung verfahrensfremder Untersuchungshaft auf zeitige Freiheitsstrafe** S. 292

Die Ausgabe umfasst fünf Rezensionen zu strafrechtlichen Publikationen.

## Entscheidungen

- BVerfG **Bestimmtheitsgrundsatz und Gefährdungsschaden bei der Untreue**
- BVerfG **Strafbarkeit von „Hacker-Tools“**
- BVerfG **Durchgeknallter Staatsanwalt nicht stets eine strafbare Beleidigung**
- BGHSt **Erlöschen des Zeugnisverweigerungsrechts des Angehörigen eines Beschuldigten im Verfahren gegen einen Mitbeschuldigten**
- BGHSt **Beweiswert einer mitochondrialen DNA-Analyse**
- BGHSt **Ende der Zuständigkeit der Strafvollstreckungskammer**
- BGH **Recht auf effektive Verteidigung auch bei peinlichen Fragen**
- BGHSt **Strafzumessung bei fingierten Ketten- oder Karussellgeschäften**
- BGHSt **Verdrängung von § 263 StGB durch §§ 352, 353 StGB**
- BGH **Ausnutzungsbewusstsein bei der Heimtücke**

Die Ausgabe umfasst 94 Entscheidungen.

# HRRS

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

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

**SCHRIFTLICHTUNG**  
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); RA Wiss. Ass. Dr. Lutz Eidam, LL.M. (Bucerius Law School); Prof. Dr. Diethelm Kleszczewski (Univ. Leipzig); Prof. Dr. Hans Kudlich (Univ. Erlangen-Nürnberg); RA Wiss. Ass. Dr. Frank Meyer, LL.M. (Yale), Univ. Bonn; RA Tilo Mühlbauer (Dresden); RA Dr. Ralf Neuhaus (Dortmund); RA Markus Rübenstahl, mag. iur. (Kanzlei Flick Gocke Schaumburg, Frankfurt a.M.); Prof. Dr. Frank Saliger (Bucerius Law School Hamburg); RA Dr. Hellen Schilling (Frankfurt aM); Prof. Dr. Christoph Sowada (Univ. Rostock); RA Klaus-Ulrich Ventzke (Hamburg) und Prof. Dr. Wolfgang Wohlers (Univ. Zürich).

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

7

Rechtsprechung

## Strafrechtliche/strafverfahrensrechtliche Entscheidungen des EGMR/BVerfG

### 558. BVerfG 2 BvR 1980/07 (2. Kammer des Zweiten Senats) – Beschluss vom 10. März 2009 (BGH/LG Kiel)

„Nachteil“ beim Untreuetatbestand (schadensgleiche Vermögensgefährdung: Kriterien zur Eingrenzung; Gefährdungsschaden; Vorsatz); Bestimmtheitsgebot (Erkennbarkeit des Risikos); Analogieverbot; Anspruch auf den gesetzlichen Richter (zulässiges Unterlassen einer Vorlage an den Großen Senat für Strafsachen); BGH 3 StR 207/07.

Art. 103 Abs. 2 GG; § 266 Abs. 1 StGB; § 263 StGB; § 15 StGB; Art. 101 Abs. 1 Satz 2 GG; § 132 Abs. 2 VVG

1. Art. 103 Abs. 2 GG steht einer zu weiten Auslegung des Nachteilsbegriffs in § 266 Abs. 1 StGB entgegen. Die

Abgrenzungen, welche die Rechtsprechung zur Bestimmung der schadensgleichen Vermögensgefährdung entwickelt hat, halten die Auslegung jedoch grundsätzlich noch im zulässigen Rahmen. Diese Abgrenzungen sind jedoch bei der Anwendung des § 266 StGB stets strikt zu beachten, um einer weiteren Aufweichung der Konturen des Nachteilsbegriffs entgegenzuwirken.

2. Da Art. 103 Abs. 2 GG sicherstellen soll, dass die abstrakt-generellen Voraussetzungen der Strafbarkeit durch den Gesetzgeber bestimmt werden, muss bei der Auslegung von § 266 Abs. 1 StGB beachtet werden, dass es sich nach der gesetzlichen Ausgestaltung des Untreuetatbestands um ein Verletzungsdelikt, nicht um ein Gefährdungsdelikt handelt, und der Tatbestand keine Versuchsstrafbarkeit enthält. Eine zu weite Einbeziehung von

Gefährdungslagen als Vermögensnachteil könnte zu einer Vorverlagerung der Strafbarkeit in den Versuchsbereich führen, die der Gesetzgeber gerade nicht vorgesehen hat.

3. Bei der Untreue hängt die Strafbarkeit von der Annahme eines (vollendeten) Nachteils im Rahmen des § 266 Abs. 1 StGB ab. Da der Tatbestand der Untreue im Gegensatz zum Betrug nicht das einschränkende subjektive Tatbestandsmerkmal der Bereicherungsabsicht enthält, bewegt sich gerade bei der Anwendung des Nachteilsbegriffs auf Vermögensgefährdungen die Auslegung an den äußersten noch zulässigen Grenzen (vgl. BGHSt 51, 100, 121).

4. Der Vermögensnachteil ist durch einen Vergleich des Vermögens, das der Geschädigte vor der Untreuehandlung hatte, mit dem Vermögen, über das er infolge der Untreuehandlung verfügt, festzustellen. Zum Vermögen gehört dabei nach der hierfür maßgeblichen wirtschaftlichen Betrachtungsweise alles, was in Geldwert messbar ist. Bleibt danach der Vermögensstand nach der treuwidrigen Handlung hinter dem ursprünglichen Vermögensstand zurück, so liegt ein Vermögensnachteil im Sinne des § 266 StGB vor. Nach allgemeiner Meinung entspricht der Begriff des Nachteils in § 266 StGB dem des Schadens in § 263 StGB (vgl. BGHSt 15, 342, 343).

5. Nach ständiger Rechtsprechung des Bundesgerichtshofs kann ein Nachteil im Sinne des § 266 Abs. 1 StGB auch dann vorliegen, wenn Vermögenswerte konkret gefährdet sind, so dass nach wirtschaftlicher Betrachtungsweise bereits eine Verschlechterung der gegenwärtigen Vermögenslage eingetreten ist (vgl. BGHSt 44, 376, 384; 48, 354, 357; 51, 100, 113 f.; „schadensgleiche Vermögensgefährdung“ oder „Gefährdungsschaden“). Zum Betrugstatbestand des § 263 StGB wurde zuerst nach der gebotenen wirtschaftlichen Betrachtungsweise ein Vermögensschaden nicht nur im tatsächlichen Verlust eines Vermögenswertes, sondern schon in der konkreten Gefährdung vermögenswerter Positionen gesehen (vgl. BVerfG NJW 1998, 2589, 2590; BGHSt 21, 112, 113; 23, 300, 303). Der Gefährdungsschaden wird dem endgültigen Schaden in § 266 Abs. 1 StGB wie in § 263 StGB grundsätzlich gleichgestellt (vgl. BGHSt 51, 100, 120).

6. Die Rechtsprechung hat entsprechend den verfassungsrechtlichen Vorgaben Kriterien zur Abgrenzung zwischen einer bloß abstrakten Gefährdungslage und einer konkreten, schadensgleichen Vermögensgefährdung entwickelt, um zu bestimmen, wann eine Gefahrensituation eine solche Intensität erreicht hat, dass sie einer endgültigen Vermögenseinbuße gleichgestellt werden kann. Die erforderliche „Konkretheit“ der Gefahr wird in mehrerer Hinsicht präzisiert. In zeitlicher Hinsicht muss mit dem alsbaldigen Eintritt eines entsprechenden endgültigen Schaden zu rechnen sein (vgl. BGHSt 40, 287, 296). Ein weiteres Kriterium setzt an der Vermeidbarkeit des potentiell Geschädigten an. Es muss eine vom Berechtigten nicht mehr zu kontrollierende und nur noch im Belieben des Täters stehende Möglichkeit des endgültigen Vermögensverlustes bestehen (vgl. BGHSt 51, 100, 113). Eine schadensgleiche Vermögensgefährdung kann auch nur dann bejaht werden, wenn die sie begründenden Tatsachen feststehen, nicht aber schon dann, wenn

sie nur wahrscheinlich oder gar möglicherweise vorliegen (vgl. BGH StV 1995, 24 zu § 263 StGB).

7. Der weitgesteckte Rahmen des äußeren Tatbestands des § 266 StGB soll nach der Rechtsprechung eine besonders sorgfältige Feststellung des inneren Tatbestands erforderlich machen (vgl. BGHSt 3, 23, 25; BGH wistra 2003, 463, 464). Das soll vor allem gelten, wenn lediglich bedingter Vorsatz in Betracht kommt oder der Täter nicht eigennützig gehandelt hat (vgl. BGH NJW 1975, 1234, 1236; BGH NJW 1983, 461; BGHSt 47, 295, 302; BGH wistra 2003, 463, 464).

8. Für die Prüfung einer Verletzung des Bestimmtheitsgrundes ist letztlich entscheidend, ob das Risiko strafgerichtlicher Verfolgung auf der Grundlage eines objektiven Maßstabs, nämlich aus Sicht des Bürgers nicht wirklich zweifelhaft sein konnte.

### 560. BVerfG 2 BvR 2233/07 (2. Kammer des Zweiten Senats) – Beschluss vom 18. Mai 2009 (-)

Strafbarkeit des Vorbereitens des Ausspähens und Abfangens von Daten (Computerprogramme; dual use tools; „Hacker-Tools“; Entwicklung oder Modifikation mit der Absicht zur Begehung von Straftaten; Beschaffung oder Weitergabe zum Zweck von Sicherheitsüberprüfungen; Vorsatzfeststellung Vorsatz).; Zulässigkeit der Verfassungsbeschwerde gegen ein Gesetz.

§ 202c Abs. 1 Nr. 2 StGB; § 202a StGB; § 202b StGB; § 90 Abs. 1 BVerfGG

1. Tatobjekt des § 202c Abs. 1 Nr. 2 StGB kann nur ein Programm sein, dessen Zweck die Begehung einer Straftat nach § 202a StGB (Ausspähen von Daten) oder § 202b StGB (Abfangen von Daten) ist. Danach muss das Programm mit der Absicht entwickelt oder modifiziert worden sein, es zur Begehung der genannten Straftaten einzusetzen. Diese Absicht muss sich ferner objektiv manifestiert haben. Für die Bestimmung des Zwecks eines Computerprogramms allein auf dessen Eignung oder auch spezifische Eignung abzustellen, würde dem Wortlaut der Norm und dem Willen des Gesetzgebers widersprechen und stellte damit gleichzeitig einen Verstoß gegen Art. 103 Abs. 2 GG dar. Mithin werden auch so genannte dual use tools nicht vom objektiven Tatbestand des § 202c Abs. 1 Nr. 2 StGB erfasst.

2. § 202c Abs. 1 Nr. 2 StGB erfordert (Eventual-)Vorsatz zur Begehung von Computerstraftaten nach § 202a oder § 202b StGB. Daher dürfen zum Zweck der Sicherheitsüberprüfung von Computersystemen im Einverständnis mit dem jeweiligen Verfügungsberechtigten grundsätzlich auch Schadprogramme, deren objektiver Zweck in der Begehung von Computerstraftaten liegt, beschafft oder weitergegeben werden – und zwar auch dann, wenn aufgrund der Herkunft der Programme, etwa aus zweifelhaften Internetforen, der Verdacht nahe liegt, dass andere Nutzer der gleichen Quelle keine lauterer Absichten verfolgen.

3. Die Zulässigkeit einer Verfassungsbeschwerde gegen ein Gesetz setzt nach der ständigen Rechtsprechung des Bundesverfassungsgerichts voraus, dass der Beschwerde-

führer selbst, gegenwärtig und unmittelbar durch die angegriffenen Rechtsnormen in seinen Grundrechten betroffen ist (vgl. nur BVerfGE 1, 97, 101 ff.). Eine unmittelbar aus dem Gesetz folgende Beschwer hat das Bundesverfassungsgericht unter anderem anerkannt, wenn das Gesetz den Betroffenen schon vor Erlass eines Vollzugsaktes zu entscheidenden Dispositionen veranlasst, die er nach dem späteren Gesetzesvollzug nicht mehr nachholen oder korrigieren könnte (vgl. BVerfGE 90, 128, 136; 97, 157, 164), und wenn er erst das Risiko eines Bußgeld- oder Strafverfahrens eingehen müsste, um Rechtsschutz vor den Fachgerichten erwirken zu können (vgl. BVerfGE 20, 283, 290; 46, 246, 256; 81, 70, 82 f.; 97, 157, 165).

4. Das Risiko einer Bestrafung besteht bereits dann, wenn ein grundrechtlich geschütztes Verhalten vom Wortlaut einer Strafnorm noch erfasst sein kann (vgl. BVerfGE 75, 329 341), also unter Zugrundelegung einer möglichen, nicht ganz fernliegenden Auslegung des Tatbestands unter diesen fällt. An einer unmittelbaren Beschwer durch eine Strafnorm fehlt es dagegen, wenn ein verfassungsrechtlich geschütztes Betätigungsfeld von der angegriffenen Norm nach deren Wortlaut, Entstehungsgeschichte und Systematik eindeutig nicht betroffen ist (BVerfGE 8, 75, 76); denn eine im Wege der Auslegung vorgenommene Anwendung von Strafbestimmungen über deren Wortlaut hinaus wäre wegen Art. 103 Abs. 2 GG verfassungswidrig und braucht deshalb nicht in die Zumutbarkeitserwägungen einbezogen zu werden (BVerfGE 97, 157, 168).

### **557. BVerfG 1 BvR 2272/04 (1. Kammer des Ersten Senats) – Beschluss vom 12. Mai 2009 (KG Berlin/AG Tiergarten)**

Meinungsfreiheit („durchgeknallter Staatsanwalt“; Beleidigung; Schmähung; Kontext von Werturteilen; Abwägungserfordernis bei Kritik an der Ausübung staatlicher Gewalt; Vermutung freier Rede).

Art. 5 Abs. 1 GG; Art. 10 EMRK; § 185 StGB

1. In der öffentlichen Auseinandersetzung, insbesondere im politischen Meinungskampf, muss auch Kritik hingekommen werden, die in überspitzter und polemischer Form geäußert wird, weil andernfalls die Gefahr einer Lähmung oder Verengung des Meinungsbildungsprozesses drohte (vgl. BVerfGE 54, 129, 137 f.; 82, 272, 281 f.). Bei herabsetzenden Äußerungen allerdings, die sich als Formalbeleidigung oder Schmähung erweisen, tritt die Meinungsfreiheit regelmäßig hinter den Ehrenschutz zurück (vgl. BVerfGE 82, 43, 51; 99, 185, 196).

2. Eine Meinungsäußerung wird nicht schon wegen ihrer herabsetzenden Wirkung für Dritte zur Schmähung. Hinzukommen muss vielmehr, dass die persönliche Kränkung das sachliche Anliegen völlig in den Hintergrund drängt. Die Beurteilung dieser Frage erfordert regelmäßig, den Anlass und den Kontext der Äußerung zu beachten (vgl. BVerfGE 93, 266, 303).

3. Eine isolierte Betrachtung eines einzelnen Begriffs kann allenfalls ausnahmsweise dann die Annahme einer der Abwägung entzogenen Schmähung tragen, wenn dessen diffamierender Gehalt so erheblich ist, dass der Ausdruck

in jedem denkbaren Sachzusammenhang als bloße Herabsetzung des Betroffenen erscheint und daher unabhängig von seinem konkreten Kontext stets als persönlich diffamierende Schmähung aufgefasst werden muss, wie dies möglicherweise bei Verwendung besonders schwerwiegender Schimpfwörter - etwa aus der Fäkalsprache - der Fall sein kann (vgl. BVerfG NJW 2009, 749, 750).

4. Der Begriff „durchgeknallt“ hat unabhängig von seiner Deutung ehrverletzenden Charakter.

5. Zur Notwendigkeit einer Abwägung zwischen der Meinungsfreiheit und dem Persönlichkeitsrecht im Falle der Bezeichnung eines Staatsanwalts als „durchgeknallt“ anlässlich einer Diskussionsrunde im Fernsehen zum Zwecke der Kritik am Umgang des Betroffenen mit den Persönlichkeitsrechten eines Beschuldigten.

### **561. BVerfG 2 BvR 247/09 (2. Kammer des Zweiten Senats) – Beschluss vom 13. Mai 2009 (BGH/LG Rostock)**

Versagung der Strafmilderung nach § 106 JGG (Beachtung des Resozialisierungsgebotes; lebenslange Freiheitsstrafe; Mord; abgeschlossene Reifeentwicklung; fehlende Formbarkeit durch zeitigen Strafvollzug); Anspruch auf den gesetzlichen Richter (Unabhängigkeit und Unparteilichkeit; Willkürfreiheit; Befangenheit; spontane Äußerungen des Erstaunens); BGH 4 StR 358/08.

Art. 2 Abs. 1 GG; Art. 1 Abs. 1 GG; Art. 3 Abs. 1 GG; Art. 101 Abs. 1 S. 2 GG; Art. 6 Abs. 1 Satz 1 EMRK; § 106 JGG; § 211 StGB

1. Über die Anwendung von § 106 Abs. 1 JGG ist nach pflichtgemäßem Ermessen zu entscheiden. Die Strafmilderung nach § 106 JGG hat jedoch nach dem Willen des Gesetzgebers Ausnahmecharakter. Bei der Entscheidung sollen die etwa noch vorhandene Entwicklungsfähigkeit des Angeklagten und seine mögliche (Wieder-) Eingliederung in die Gesellschaft gegen Sicherungs- und Vergeltungsbelange der Allgemeinheit abgewogen werden, ohne dass der Sühnegeranke gegenüber den Belangen der Wiedereingliederung überbewertet werden darf.

2. Zur verfassungsrechtlich unbedenklichen Verhängung einer lebenslangen Freiheitsstrafe gegen einen 20-Jährigen wegen Mordes im Fall einer abgeschlossenen Reifeentwicklung zum Zeitpunkt der Tat.

3. Es ist im Hinblick auf den Grundsatz des gesetzlichen Richters (Art. 101 Abs. 1 S. 2 GG) verfassungsrechtlich nicht zu beanstanden, wenn nach fachgerichtlicher Auffassung der Ausdruck spontanen Erstaunens des Richters über die Äußerung eines Zeugen (Lachen und wegwerfenden Handbewegung mit der Aussage „unglaublich“) nicht die Besorgnis der Befangenheit begründet, solange der Richter mit seiner Äußerung nicht bereits eine abschließende Wertung der Zeugenaussage vornimmt.

### **559. BVerfG 2 BvR 2202/08 (2. Kammer des Zweiten Senats) – Beschluss vom 18. Mai 2009 (OLG Bamberg/LG Bamberg/AG Forchheim)**

Verwenden von Kennzeichen verfassungswidriger Organisationen („die Fahnen hoch“; „Horst-Wessel-Lied“; Gesamtbetrachtung; Kontext des Verwendens); Bestimmtheitsgebot (Analogieverbot); Meinungsfreiheit.  
Art. 5 GG; Art. 103 Abs. 2 GG; § 86a Abs. 1 Nr. 1 StGB; § 86a Abs. 2 Satz 2 StGB

Es ist im Hinblick auf das Bestimmtheitsgebot (Art. 103 Abs. 2 GG) verfassungsrechtlich unbedenklich, wenn die Wortkombination „die Fahnen hoch“ – welche bis auf die Verwendung des Plurals dem Titel und dem Textbeginn des Horst-Wessel-Liedes entspricht – als „zum Verwechseln ähnlich“ (§ 86a Abs. 2 Satz 2 StGB) zu Kennzeichen einer ehemaligen nationalsozialistischen Organisation (§ 86a Abs. 1 Nr. 1 StGB) angesehen wird und das Tragen eines T-Shirts mit diesen Worten in Frakturschrift im Vorfeld einer Versammlung der Nationaldemokratischen Partei Deutschlands als den Tatbestand des § 86a StGB erfüllend erachtet wird.

**555. BVerfG 1 BvR 2251/08 (2. Kammer des Ersten Senats) – Beschluss vom 4. Mai 2009 (LG Chemnitz/AG Hainichen)**

Verweigerung der Festsetzung und Auszahlung der Pflichtverteidigervergütung (vorherige Aufrechnung nach Antrag auf Festsetzung der Wahlverteidigergebühren); Berufsfreiheit.  
Art. 12 Abs. 1 GG; § 141 StPO; § 49 Abs. 1 BRAO; § 52 RVG; § 43 RVG

1. Nimmt der Staat für Aufgaben, deren ordentliche Wahrnehmung im öffentlichen Interesse liegt, Staatsbürger beruflich in Anspruch, stellt dies einen Eingriff in die freie wirtschaftliche Betätigung im Sinne einer Berufsausübungsregel dar (vgl. BVerfGE 114, 196, 244 ). Dabei erweist es sich als übermäßige, durch keine Gründe des Gemeinwohls gerechtfertigte Einschränkung der

freien Berufsausübung, wenn den derart Belasteten eine angemessene Entschädigung für ihre berufliche Inanspruchnahme vorenthalten wird.

2. Es verletzt das Grundrecht auf Berufsfreiheit, wenn einem als Pflichtverteidiger beigeordneten Anwalt im Falle des Freispruchs seines Mandanten die Festsetzung und Auszahlung der Pflichtverteidigervergütung verweigert wird, weil der Anwalt zunächst die Festsetzung und Auszahlung von Wahlverteidigergebühren beantragt hatte, hierzu aber zuvor von der Staatskasse gegenüber dem Mandanten die Aufrechnung erklärt worden war.

**554. BVerfG 1 BvQ 26/09 (1. Kammer des Ersten Senats) – Beschluss vom 17. Juni 2009 (-)**

(Erfolgsloser) Antrag auf einstweilige Anordnung; allgemeines Persönlichkeitsrecht (Verfilmung „Rothenburg“; Intimsphäre; Recht am eigenen Bild); „Kannibale von Rotenburg“.  
Art. 2 Abs. 1 GG; Art. 1 Abs. 1 GG; § 32 BVerfGG

1. Der Begriff der „schweren Nachteile“ i.S.d. § 32 BVerfGG setzt voraus, dass ohne Ergehen der einstweiligen Anordnung im Verfassungsbeschwerdeverfahren Folgen eintreten würden, die erstens für sich genommen hinreichend gewichtig sind und zweitens gegenüber den Nachteilen, die einträten, wenn die einstweilige Anordnung erlassen würde, die noch mögliche Verfassungsbeschwerde aber keinen Erfolg hätte, überwiegen.

2. Zum Fehlen „schwerer Nachteile“ für den Beschwerdeführer („Kannibale von Rotenburg“) im Falle der Aufführung eines Horrorfilms über seine Tat und Person wegen der Umstände des Falles, ihrer Bekanntheit und der Bekanntheit des Bildes des Beschwerdeführers in der Öffentlichkeit.

# Hervorzuhebende Entscheidungen des BGH

## I. Materielles Strafrecht – Allgemeiner Teil

**626. BGH 3 StR 243/08 - Beschluss vom 24. Juli 2008 (LG Düsseldorf)**

Schwerer Bandendiebstahl (Mittäterschaft; Beihilfe); Versuch (Tateinheit).  
§ 244a StGB; § 25 Abs. 2 StGB; § 27 StGB; § 22 StGB; § 23 StGB; § 52 StGB

1. Sind an einer Deliktserie mehrere Personen als Mittäter, mittelbare Täter, Anstifter oder Gehilfen beteiligt, so ist die Frage, ob die einzelnen Straftaten tateinheitlich oder tatmehrheitlich zusammentreffen, für jeden der Beteiligten gesondert zu prüfen und zu entscheiden.

2. Hat ein Gehilfe, der an der unmittelbaren Ausführung der Taten nicht beteiligt war, einen mehrere Einzeldelikte fördernden einheitlichen Tatbeitrag erbracht, so werden ihm die jeweiligen Taten der Haupttäter (nur) als tateinheitlich begangen zugerechnet, weil sie in seiner Person durch den einheitlichen Tatbeitrag zu einer Handlung im Sinne des § 52 Abs. 1 StGB verknüpft werden. Demgegenüber ist ohne Belang, ob die Haupttäter die ihnen zurechenbaren Taten ihrerseits ebenfalls tateinheitlich oder vielmehr tatmehrheitlich begangen haben.

## II. Materielles Strafrecht – Besonderer Teil

**589. BGH 2 StR 470/08 - Urteil vom 29. April 2009 (LG Aachen)**

Mord (Voraussetzungen der Heimtücke: Feststellung und Ablehnung des Ausnutzungsbewusstseins; Beweiswürdigung; Vortatverhalten; Nachtatverhalten).

§ 211 Abs. 2 StGB; § 261 StPO

1. Für das bewusste Ausnutzen von Arg- und Wehrlosigkeit genügt es, dass der Täter die Arg- und Wehrlosigkeit in ihrer Bedeutung für die hilflose Lage des Angegriffenen und die Ausführung der Tat in dem Sinne erfasst, dass er sich bewusst ist, einen durch seine Arglosigkeit gegenüber einem Angriff schutzlosen Menschen zu überraschen (vgl. BGH, Urt. vom 20. Juli 2004 - 1 StR 145/04; NStZ 2005, 688, 689).

2. Wenn das Tatgericht meint, Zweifel nicht überwinden zu können, obwohl die subjektiven Merkmale der Heimtücke auf Grund des äußeren Tathergangs nahe liegen, müssen bei der Beweiswürdigung alle wesentlichen Tatumstände in die Betrachtung einbezogen werden, die gegen diese Zweifel sprechen können (vgl. u. a. BGH, Urt. vom 17. August 2001 - 2 StR 159/01; NStZ 2005, 688, 689; BGHR StGB § 211 Abs. 2 Heimtücke 11). Insbesondere ist in die Prüfung auch ein überaus umsichtiges Tat- und Nachtatverhalten des Angeklagten einzubeziehen.

3. Für das Ausnutzungsbewusstsein ist es nicht erforderlich, dass der Täter die erkannte Arg- und Wehrlosigkeit für die Tatausführung instrumentalisiert.

4. Heimtückisch handelt, wer in feindlicher Willensrichtung die Arg- und Wehrlosigkeit des Tatopfers bewusst zur Tötung ausnutzt. Wesentlich ist, dass der Mörder sein Opfer, das keinen Angriff erwartet, also arglos ist, in einer hilflosen Lage überrascht und dadurch daran hindert, dem Anschlag auf sein Leben zu begegnen oder ihn wenigstens zu erschweren. Das Opfer muss gerade auf Grund seiner Arglosigkeit wehrlos sein. Maßgebend für die Beurteilung ist die Lage bei Beginn des ersten mit Tötungsvorsatz geführten Angriffs (BGHSt 32, 382, 383 f.; BGH NJW 1991, 1963; Urteil vom 20. Juli 2004 - 1 StR 145/04).

**645. BGH 5 StR 187/09 - Beschluss vom 27. Mai 2009 (LG Berlin)**

Diebstahl (Wegnahme mehrerer Sachen in unmittelbarem zeitlichen und räumlichen Zusammenhang; Tateinheit; natürliche Handlungseinheit); Strafzumessung (Schuldprinzip; Grundsatz schuldangemessenen Strafs).

§ 242 StGB; § 52 StGB; § 46 StGB; Art. 20 Abs. 3 GG

Bildet ein einzelner Diebstahlsakt bei natürlicher Betrachtungsweise nur einen unselbständigen Teilakt eines Gesamtdiebstahls (hier: Diebstahl des Fahrzeugschlüssels im Verhältnis zum Fahrzeugdiebstahl), wobei er in einem sehr engen zeitlichen und räumlichen Zusammenhang mit den nachfolgenden Diebstahlhandlungen steht, liegt nur ein Diebstahl im Rechtssinne vor. Ferner entspricht es der ständigen Rechtsprechung des Bundesgerichtshofs, dass nur ein Diebstahl gegeben ist, wenn der Täter seinem – gegebenenfalls während der Tatausführung erweiterten – Tatplan entsprechend mehrere Sachen entwendet (vgl. BGHSt 22, 350, 351).

**596. BGH 4 StR 10/09 - Beschluss vom 26. Mai 2009 (LG Essen)**

Besonders schwerer Fall des Betruges (gewerbsmäßiges Handeln bei mittelbaren Vorteilen).

§ 263 Abs. 1, Abs. 3 Nr. 1 StGB

Für gewerbsmäßiges Handeln reicht es aus, wenn sich der Täter mittelbare Vorteile aus den Tathandlungen verspricht, insbesondere wenn die Vermögensvorteile an eine von ihm beherrschte Gesellschaft fließen. Insoweit ist erforderlich, dass der Täter ohne weiteres auf diese Vorteile zugreifen kann (BGH, Beschluss vom 5. Juni 2008 - 1 StR 126/08).

**598. BGH 4 StR 18/09 - Beschluss vom 12. Mai 2009 (LG Bochum)**

Tenorierung beim „gewerbsmäßigen Betrug“ (Vermögensschaden durch die Übertragung von Besitz; Schadenswiedergutmachung).

§ 263 Abs. 3 Nr. 1 StGB; § 260 Abs. 4 StPO

Mietet der Täter ein Fahrzeug in der Absicht an, dieses ins Ausland zu verschieben, entsteht dem getäuschten Vermieter mit der Übertragung des Besitzes ein Vermögensschaden, durch den der Betrug vollendet ist (vgl. BGHR StGB § 263 Abs. 1 Täuschungshandlung 1; BGH, Beschluss vom 15. Mai 2002 - 3 StR 124/02). Sieht der Täter später von der Verschiebung ab und bringt er das Fahrzeug zurück, stellt dies lediglich eine Schadenswiedergutmachung dar.

**629. BGH 3 StR 475/08 - Beschluss vom 5. Mai 2009 (LG Düsseldorf)**

Betrug (Täuschung über das Bestehen, den Wert oder die Verwertbarkeit einer vertraglich vereinbarten Sicherheit); Strafzumessung (Berücksichtigung von Untersuchungshaft).

§ 263 StGB; § 46 StGB; § 51 StGB; § 15 StGB

In der Täuschung über das Bestehen, den Wert oder die Verwertbarkeit einer vertraglich vereinbarten Sicherheit

kann eine das Vermögen des Darlehensgebers schädigende Betrugshandlung liegen. Trotz Vorspiegelung einer solchen Sicherheit entsteht aber kein Vermögensschaden, wenn der Rückzahlungsanspruch auch ohne die Sicherheit aufgrund der Vermögenslage des Darlehensnehmers oder sonstiger Umstände, die den Gläubiger vor der Beschädigung seines Vermögens schützen, wirtschaftlich

sicher ist; für die Annahme des Schädigungsvorsatzes gilt dementsprechend das Erfordernis, dass der Täter im Zeitpunkt der Kreditgewährung die Minderwertigkeit des Rückzahlungsanspruchs im Vergleich zu dem erhaltenen Geldbetrag gekannt hat (vgl. BGH NStZ-RR 2001, 328 m. w. N.).

## Rechtsprechung

## III. Strafzumessungs- und Maßregelrecht

**601. BGH 4 StR 99/09 - Beschluss vom 5. Mai 2009 (LG Rostock)**

Rechtsfehlerhafte Ablehnung der Anordnung einer Unterbringung des Angeklagten in einer Entziehungsanstalt (fehlende Therapiemotivation und gebotener Versuch der Weckung einer Therapiebereitschaft; Aufhebung des Strafauspruchs).

§ 64 StGB; § 5 Abs. 3 JGG

Zwar kann die fehlende Therapiemotivation bei Abwägung aller Umstände ein Indiz für die mangelnden Erfolgsaussichten einer Therapie gemäß § 64 StGB sein (BGH NStZ 1996, 274). Geprüft werden muss aber, ob die konkrete Aussicht besteht, dass eine Therapiebereitschaft für eine erfolgversprechende Behandlung geweckt werden kann (BGH NStZ-RR 2007, 171, 172). Auf die Frage, ob nicht mit therapeutischen Bemühungen eine positive Beeinflussung des Angeklagten zu erreichen wäre (vgl. BGHR StGB § 64 Abs. 1 Erfolgsaussicht 7). Dafür besteht insbesondere dann Anlass, wenn die Suchterkrankung des Angeklagten bislang nicht behandelt wurde.

**644. BGH 5 StR 184/09 - Beschluss vom 28. Mai 2009 (LG Bremen)**

Nachträgliche Bildung der Gesamtstrafe; Härteausgleich; besondere Schwere der Schuld; Vollstreckungslösung.

§ 51 StGB; § 55 StGB; § 57a StGB

1. Auch bei Verhängung einer lebenslangen Freiheitsstrafe kommt ein Härteausgleich für eine grundsätzlich einbeziehungs-fähige, aber bereits vollstreckte Strafe in Betracht, indem der Tatrichter eine bestimmte Zeitspanne der lebenslangen Freiheitsstrafe für vollstreckt erklärt (BGHSt [GS] 52, 124, 136).

2. Ein Härteausgleich im Sinne der „Vollstreckungslösung“ ist jedoch nicht zu gewähren, wenn es bei gemeinsamer Verhandlung und Entscheidung beider Sachen oder bei nachträglicher Gesamtstrafenbildung (§ 55 StGB) aufgrund des dann mit zu berücksichtigenden Unrechts- und Schuldgehalts derjenigen Tat, für die die bereits vollstreckte Strafe verhängt wurde, auf der Hand gelegen hätte, die besondere Schwere der Schuld (§ 57a StGB) festzustellen.

**597. BGH 4 StR 102/09 - Beschluss vom 12. Mai 2009 (LG Rostock)**

Verfall von Wertersatz (gesamtschuldnerische Haftung; Voraussetzung der Mitverfügungsgewalt auch bei Mit-täterschaft; Revisionserstreckung).

§ 73 StGB; § 73a StGB; § 73b StGB; § 25 Abs. 2 StGB; § 357 Satz 1 StPO

„Erlangt“ im Sinne von §§ 73 Abs. 1 Satz 1, 73 a Satz 1 StGB ist ein Vermögensvorteil nur dann, wenn der Täter oder Teilnehmer die faktische Verfügungsgewalt über den Gegenstand erworben hat (BGH NStZ 2003, 198, 199; Senatsbeschluss vom 1. März 2007 – 4 StR 544/06). Bei mehreren Tatbeteiligten am unerlaubten Handeltreiben mit Betäubungsmitteln kommt eine Zurechnung nach den Grundsätzen der Mittäterschaft gemäß § 25 Abs. 2 StGB mit der Folge einer gesamtschuldnerischen Haftung nur in Betracht, wenn sich die Beteiligten darüber einig waren, dass dem jeweiligen Mittäter zumindest Mitverfügungsgewalt über die Rauschgifterlöse zukommen sollte und er diese auch tatsächlich hatte (BGH aaO; vgl. auch BGH NStZ-RR 2007, 121). Die bloße Annahme mittäterschaftlichen Handelns vermag die fehlenden Darlegungen des tatsächlichen Geschehens hierzu nicht zu ersetzen (BGH, Urteil vom 26. März 2009 – 3 StR 579/08).

**616. BGH 3 StR 153/09 - Beschluss vom 7. Mai 2009 (LG Hannover)**

Strafzumessung (verminderte Schuldfähigkeit; straf-schärfende Berücksichtigung der Art und Weise der Tatbegehung; Vorwerfbarkeit).

§ 46 StGB; § 21 StGB; § 267 Abs. 3 StPO

1. Tatmodalitäten dürfen einem Angeklagten nur dann zur Last gelegt werden, wenn sie vorwerfbar sind, nicht aber, wenn ihre Ursache in einer von ihm nicht zu verantwortenden geistig-seelischen Beeinträchtigung liegt.

2. Steht die Art und Weise der Tatausführung in einem untrennbaren Zusammenhang mit Umständen, die zu einer erheblichen Verminderung der Schuldfähigkeit des Angeklagten geführt haben, so kann sie dem Angeklagten jedenfalls nicht uneingeschränkt, sondern allenfalls nach dem Maß seiner geminderten Schuld angelastet werden.

3. Die Urteilsgründe müssen ergeben, dass sich der Tatrichter dessen bewusst war.

**603. BGH 4 StR 148/09 - Beschluss vom 26. Mai 2009 (LG Bielefeld)**

Aussetzung der Vollstreckung einer Maßregel zur Bewährung; Auslegung eines Beweisantrages und Wahrunterstellung (eigenes Beweisantragsrecht des Verteidigers; Prüfung der Ablehnungsgründe im Freibeweisverfahren und Befragung des Angeklagten zu Beweisanträgen des Verteidigers).

§ 67b Abs. 1 Satz 1 StGB; § 244 Abs. 3 StPO

1. Nach § 67b Abs. 1 Satz 1 StGB ist die Aussetzung des Vollzugs der Unterbringung geboten, wenn besondere Umstände die Erwartung rechtfertigen, dass der Zweck der Maßregel auch ohne deren Vollzug erreicht werden kann. Bei dieser Prüfung sind zwar auch die Umstände zu berücksichtigen, dass der Angeklagte keine Krankheitseinsicht zeigt, eine Therapie ablehnt (vgl. BGH, Beschluss vom 15. November 2001 - 4 StR 385/01) und nicht gewillt ist, sein derzeitiges soziales Umfeld zu verlassen. Jedoch ist auch zu erörtern, ob sich die vom Angeklagten ausgehende Gefahr insbesondere durch die Begründung eines Betreuungsverhältnisses nach §§ 1896 ff. BGB (vgl. BGH NStZ 2002, 367; BGH NStZ-RR 1997, 290 f.) und durch geeignete Weisungen im Rahmen der Bewährung (§ 268a Abs. 2 StPO) und der mit ihr verbundenen Führungsaufsicht (§§ 67b Abs. 2, 68b StGB) abwenden oder jedenfalls so stark abschwächen lässt, dass ein Verzicht auf den Vollzug der Maßregel gewagt werden kann.

2. Zwar ist es zulässig, im Frei- oder Strengbeweisverfahren zu klären, ob Gründe für die Ablehnung eines Be-

weisantrags vorliegen. Befragungen des Angeklagten dürfen aber nicht dazu führen, dass dem Verteidiger sein selbstständiges und vom Willen des Angeklagten unabhängiges Beweisantragsrecht genommen wird, mit dem er mit dem Vorbringen des Angeklagten nicht notwendigerweise deckende Behauptungen unter Beweis stellen kann (vgl. Fischer in KK StPO 6. Aufl. § 244 Rdn. 73, 97).

3. Durch die Auslegung eines Beweisantrags darf die Beweisbehauptung nicht eingeengt, verschoben oder sonst geändert werden.

**602. BGH 4 StR 130/09 - Beschluss vom 12. Mai 2009 (LG Dortmund)**

Rechtsfehlerhafte nachträgliche Gesamtstrafenbildung (besonderes Begründungsgebot bei auffällender Entfernung von der Einsatzstrafe und unzulässiger Verweis auf außerhalb des Urteils liegende Erkenntnisquellen).

§ 55 StGB; § 46 StGB

1. Die Bemessung der Gesamtstrafe bedarf einer eingehenden Begründung, wenn sie sich auffallend von der Einsatzstrafe entfernt (vgl. BGHR StGB § 54 Abs. 1 Bemessung 8; BGH, Beschluss vom 18. Februar 2009 - 2 StR 593/08).

2. Das Tatgericht darf auch bei der Strafzumessung nicht auf Erkenntnisquellen außerhalb des eigenen Urteils verwiesen (vgl. BGH NStZ-RR 2002, 137; BGHR StGB § 55 Abs. 1 Satz 1 Strafen, einbezogene 1; BGH, Beschluss vom 9. Januar 2007 - 5 StR 489/06).

Rechtsprechung

IV. Strafverfahrensrecht mit GVG

**570. BGH 1 StR 745/08 - Beschluss vom 30. April 2009 (LG Augsburg)**

BGHSt; Erlöschen des Zeugnisverweigerungsrechts des Angehörigen eines Beschuldigten im Verfahren gegen einen Mitbeschuldigten bei Abschluss des Verfahrens gegen den Beschuldigten auch bezüglich eingestellter Tatvorwürfe; Schutz des Familienfriedens und Abwägung mit dem Gebot effektiver Rechtspflege (Funktionstüchtigkeit der Strafrechtspflege; Vertrauensschutz); Auskunftsverweigerungsrecht.

§ 52 Abs. 1 Nr. 3, Abs. 3 Satz 1 StPO; § 154 Abs. 1 und 2 StPO; § 252 StPO; Art. 20 Abs. 3 GG; Art. 6 GG; Art. 6 EMRK; § 55 StPO

1. Das Zeugnisverweigerungsrecht, das der Angehörige eines Beschuldigten im Verfahren gegen einen Mitbeschuldigten hat, erlischt, wenn das gegen den angehörig Bescheidigten geführte Verfahren rechtskräftig abge-

schlossen wird, auch bezüglich solcher Tatvorwürfe, hinsichtlich deren das Verfahren gemäß § 154 Abs. 1 oder Abs. 2 StPO eingestellt worden ist (im Anschluss an BGHSt 38, 96 sowie BGHR StPO § 52 Abs. 1 Nr. 3 Mitbeschuldiger 7 und 9). (BGHSt)

2. Ein Zeuge ist nach ständiger Rechtsprechung des Bundesgerichtshofs hinsichtlich aller Beschuldigte zur Verweigerung des Zeugnisses gemäß § 52 Abs. 1 StPO berechtigt und hierüber auch zu belehren, wenn sich ein einheitliches Verfahren gegen mehrere Beschuldigte richtet und der Zeuge jedenfalls zu einem von ihnen in einem von § 52 Abs. 1 StPO erfassten Angehörigenverhältnis steht, sofern der Sachverhalt, zu dem er aussagen soll, auch seinen Angehörigen betrifft (vgl. BGHR StPO § 52 Abs. 1 Nr. 3 Mitbeschuldiger 12 m.w.N.). Nach überkommener Rechtsprechung erlischt dieses Zeugnisverweigerungsrecht selbst dann nicht, wenn der Angehö-

rige des Zeugen später aus dem Verfahren gegen den Angeklagten ausscheidet (vgl. nur BGHSt 34, 138, 139). Ob hieran festzuhalten ist oder ob das Zeugnisverweigerungsrecht des Zeugen nur solange Bestand haben kann, wie das Verfahren auch gegen einen seiner Angehörigen geführt wird, und daher auch nur insoweit als Rechtsreflex nicht-angehörige Beschuldigte begünstigt (vgl. dazu BGHSt 38, 96, 99), braucht der Senat nicht zu entscheiden. (Bearbeiter)

3. Nach der Rechtsprechung besteht ein Zeugnisverweigerungsrecht in dem Verfahren gegen den nichtangehörigen Beschuldigten jedenfalls dann nicht mehr, wenn das zwischen den Angehörigen eines früheren Mitbeschuldigten und dem jetzigen Beschuldigten geknüpfte Band so schwach geworden ist, dass es den empfindlichen Eingriff, den die Zeugnisverweigerung für den noch vor Gericht stehenden Beschuldigten bedeutet, nicht mehr rechtfertigt (vgl. BGHSt 38, 96, 101; BGHR StPO § 52 Abs. 1 Nr. 3 Mitbeschuldigter 9). Als Fallgruppen sind in der Rechtsprechung anerkannt die Fälle des endgültigen Abschlusses des Verfahrens gegen den Mitbeschuldigten durch dessen rechtskräftige Verurteilung (vgl. BGHSt 38, 96, 101), seinen rechtskräftigen Freispruch (vgl. BGHR StPO § 52 Abs. 1 Nr. 3 Mitbeschuldigter 9) oder seinen Tod (vgl. BGHR StPO § 52 Abs. 1 Nr. 3 Mitbeschuldigter 7). (Bearbeiter)

4. Die Möglichkeit der Wiederaufnahme eines durch Gerichtsbeschluss nach § 154 Abs. 2 StPO eingestellten Verfahrens ist bereits aus Gründen des verfassungsrechtlich gebotenen Vertrauensschutzes (Art. 20 Abs. 3 GG) erheblich eingeschränkt (vgl. § 154 Abs. 3 und 4 StPO). Je umfangreicher die Möglichkeiten für eine Ermittlung des Schuldvorwurfs und je ausgeprägter die Sicherungen für eine sachgerechte Entscheidung waren, umso mehr Vertrauen darf der Angeklagte in den Bestand und die Endgültigkeit der getroffenen behördlichen Entscheidung setzen. Ein erneutes Aufgreifen des gerichtlich eingestellten Verfahrens durch die Staatsanwaltschaft kommt daher nur bei einem deutlich erhöhten Schuldgehalt in Betracht, wenn sich die Tat nachträglich als Verbrechen darstellt. (Bearbeiter)

5. Auch die Einstellung des Verfahrens durch die Staatsanwaltschaft gemäß § 154 Abs. 1 StPO schafft für den Beschuldigten regelmäßig eine Vertrauensgrundlage. Nach der Einstellung kann der Beschuldigte darauf vertrauen, dass der von der Einstellung erfasste Tatvorwurf in einem anderen Verfahren nicht ohne ausdrücklichen gerichtlichen Hinweis und ohne prozessordnungsgemäße Feststellung des betreffenden Tatgeschehens zu seinem Nachteil berücksichtigt wird (vgl. BGHR StPO § 154 Abs. 2 Hinweispflicht 4 m.w.N.). Darüber hinaus haben der Beschuldigte und die Allgemeinheit ein schutzwürdiges Interesse an dem Bestand und der Verlässlichkeit der von der Staatsanwaltschaft getroffenen Entscheidung. Die Wiederaufnahme eines durch die Staatsanwaltschaft eingestellten Verfahrens darf nicht willkürlich, sondern nur bei Vorliegen eines sachlichen Grundes erfolgen (vgl. BGHSt 37, 10, 13), um das Vertrauen des Beschuldigten und der Allgemeinheit in den Bestand des Verfahrensabschlusses nicht zu gefährden. (Bearbeiter)

### 568. BGH 1 StR 597/08 - Urteil vom 26. Mai 2009 (LG Landshut)

BGHSt; Revisibilität der Beweiswürdigung bei einer Vergewaltigung (Beweiswert einer mitochondrialen DNA-Analyse, ggf. in Kombination mit dem Ergebnis der Analyse von Kern-DNA; Produktregel).

§ 261 StPO; § 177 Abs. 2 StGB

1. Zum Beweiswert einer mitochondrialen DNA-Analyse, ggf. in Kombination mit dem Ergebnis der Analyse von Kern-DNA. (BGHSt)

2. Für ein belastendes Indiz ist es nicht erforderlich, dass es schon für sich allein dem Richter die volle Gewissheit verschafft, weil für die gerichtliche Überzeugung bei mehreren auf die entscheidungserhebliche Tatsache hindeutenden Indizien die Gesamtschau aller be- und entlastenden Umstände maßgebend ist (vgl. BGH NJW 2008, 2792, 2794). Für diese können auch Umstände, die nur eine gewisse Wahrscheinlichkeit für eine entscheidungserhebliche Tatsache begründen, herangezogen werden (vgl. BGH JR 1975, 34). (Bearbeiter)

3. Zwar bedarf es bei ständig wiederkehrenden Sachverständigenfragen, die wegen ihrer Häufigkeit in der gerichtlichen Praxis allen Beteiligten geläufig sind, regelmäßig keiner näheren Erörterung, sofern – wie beispielsweise bei der Daktyloskopie, der Blutalkoholanalyse oder bei der Bestimmung von Blutgruppen – standardisierte Untersuchungsmethoden verwendet werden. Um eine solche handelt es sich aber bei der mitochondrialen DNA-Analyse bislang nicht, so dass die Anknüpfungstat-sachen nachvollziehbar mitzuteilen sind (vgl. BGH NSTz 2000, 106, 107 m.w.N.). (Bearbeiter)

### 593. BGH 2 ARs 98/09 (2 AR 70/09) - Beschluss vom 6. Mai 2009 (AG Göttingen; AG Bremen)

BGHSt; Zuständigkeit für die Bewährungsüberwachung bei Einbeziehung einer durch Ersatzfreiheitsstrafe vollstreckten Geldstrafe in eine zur Bewährung ausgesetzten Gesamtfreiheitsstrafe (Ende der Zuständigkeit der Strafvollstreckungskammer).

§ 462a Abs. 1 und 2 StPO; § 453 StPO; § 454 StPO; § 454a StPO; § 462 StPO; § 14 StPO

1. Die Zuständigkeit der Strafvollstreckungskammer endet, wenn eine Geldstrafe, die im Wege der Ersatzfreiheitsstrafe vollstreckt wird, vom erkennenden Gericht in eine zur Bewährung ausgesetzte Gesamtfreiheitsstrafe einbezogen und der Verurteilte mit Urteilsverkündung aus der Straftat entlassen wird. (BGHSt)

2. Zuständig für die nach §§ 453, 454, 454 a und 462 StPO zu treffenden Entscheidungen ist dann das Gericht des ersten Rechtszuges. (BGHSt)

3. Die Zuständigkeit der Strafvollstreckungskammer endet, wenn die Vollstreckung der Freiheitsstrafe - durch Verbüßung, Erlass, Vollstreckungsverjährung - endgültig erledigt ist. (Bearbeiter)

**633. BGH 5 StR 126/09 - Beschluss vom 26. Mai 2009 (LG Potsdam)**

Recht auf effektive Verteidigung und Verletzung des Fragerechts (Zurückweisung einer Frage als nicht zum „Beweisthema“ gehörend; sachfremde Frage; indizielle Bedeutung für die Glaubwürdigkeit des Zeugen; Konfrontationsrecht).

§ 241 Abs. 2 StPO; § 338 Nr. 8 StPO; Art. 6 Abs. 1, Abs. 3 lit. d EMRK

1. Allein der Umstand, dass dem Zeugen die Beantwortung einer Frage peinlich sein mag, rechtfertigt nicht die Zurückweisung einer Frage gemäß § 241 Abs. 2 StPO. Einzelfall einer unberechtigten Zurückweisung einer Frage der Verteidigung beim Vorwurf des sexuellen Missbrauchs widerstandsunfähiger Personen, die für die Überprüfung der Zuverlässigkeit der Angaben eines Belastungszeugen indiziell bedeutsam und damit nicht sachfremd im Sinne des § 241 Abs. 2 StPO ist.

2. Der Beschluss, mit dem die Zurückweisung einer Frage durch die Vorsitzende bestätigt wird, ist zu begründen (vgl. BGHSt 2, 284, 286 ff.; BGH NStZ-RR 2001, 138).

3. Bei der Prüfung, ob den Begründungsanforderungen des § 344 Abs. 2 Satz 2 StPO bei einer Verfahrensrüge entsprochen wurde, kann das Revisionsgericht auch die Urteilsgründe ergänzend berücksichtigen (vgl. BGHSt 36, 384, 385; 45, 203, 204 f.; BGH, Beschluss vom 18. Juli 2007 – 1 StR 296/07).

**564. BGH 1 StR 209/09 - Beschluss vom 13. Mai 2009 (LG München)**

Vergewaltigung (Fragerecht; Konfrontationsrecht; Berücksichtigung von Opferinteressen).

Art. 6 Abs. 3 lit. d EMRK; § 240 StPO; § 177 Abs. 2 StGB

Das Tatgericht ist verpflichtet, bei seiner Entscheidung über den Umfang der Beweisaufnahme Opferinteressen zu berücksichtigen (BGH NStZ 2005, 579, 580). Insbesondere Beweiserhebungen zum Privat- und Intimleben eines Zeugen sind nur nach sorgfältiger Prüfung ihrer Unerlässlichkeit statthaft. Denn auch im Rahmen seiner vorrangigen Verpflichtung zur Wahrheitsermittlung hat das Gericht auf die Achtung der menschlichen Würde eines Zeugen, wie sie sich letztlich aus dem Rechtsstaatsprinzip ergibt, Bedacht zu nehmen (BGH NJW 2005, 1519, 1520 m.w.N., namentlich unter Bezugnahme auf den Rahmenbeschluss der Europäischen Union über die Stellung des Opfers im Strafverfahren vom 15. März 2001). Hierauf hat auch die Staatsanwaltschaft – auch in der Hauptverhandlung – hinzuwirken.

**646. BGH 5 StR 191/09 - Beschluss vom 28. Mai 2009 (LG Hamburg)**

Beweisantrag (Individualisierung eines Beweismittels); Nichtbescheidung eines Beweisantrages (Widerspruchsobliegenheit; Präklusion; Verwirkung).

Art. 6 EMRK; § 244 StPO; § 344 Abs. 2 Satz 2 StPO

1. Es ist grundsätzlich nicht ausreichend, in einem Beweisantrag – neben einer Beweisbehauptung – den Zeugen, dessen Anhörung begehrt wird, lediglich mit Vor- und Nachnamen zu bezeichnen. Vielmehr bedarf es regelmäßig der Angabe der genauen ladungsfähigen Anschrift des Zeugen, denn alle Fakten zur Individualisierung eines Beweismittels sind grundsätzlich in dem in der Hauptverhandlung gestellten Beweisantrag zu bezeichnen.

2. Dies mag im Einzelfall entbehrlich sein, wenn die Individualisierungsfakten dem Tatgericht eindeutig bekannt sind, beispielsweise wenn der benannte Zeuge mit ladungsfähiger Anschrift in der Anklageschrift bezeichnet ist, wenn das Gericht ihn in dem Verfahren zuvor bereits geladen hat oder wenn es sich um eine Person handelt, die sich - prozessbekannt - unter der Adresse eines Prozessbeteiligten oder eines bereits vernommenen bzw. geladenen Zeugen aufhält. Dass es sich so verhalten habe, ist gemäß § 344 Abs. 2 Satz 2 StPO bei einer Rüge der Verletzung des Beweisantragsrechts gegenüber dem Revisionsgericht vollständig vorzutragen, um zu belegen, dass ein formgerechter Beweisantrag gestellt worden war.

3. Der Senat hält – nicht tragend – für nicht fernliegend, dass eine auf eine Verletzung des § 244 Abs. 6 StPO gestützte Verfahrensrüge wegen Nichtbescheidung eines Beweisantrags jedenfalls bei einer Vielzahl gestellter Beweisanträgen dann versagt, wenn die Verteidigung in der Hauptverhandlung der Feststellung des Strafkammervorsitzenden nicht entgegentritt, es seien sämtliche Beweisanträge „beschieden bzw. anderweitig erledigt worden“.

**639. BGH 5 StR 65/09 - Urteil vom 8. April 2009 (LG Hamburg)**

Beweiswürdigung (Rechtsfehler; Einlassung; Verteidigungsvorbringen; Äußerungen kurz nach der Tat; gleichzeitige Berufung auf Notwehr und Provokation); Mord (Heimtücke; Angriff von hinten).

§ 261 StPO; § 211 StGB; § 32 StGB

1. Ein Rechtsfehler bei der Beweiswürdigung kann auch darin liegen, dass der Tatrichter einer Einlassung kritiklos gefolgt ist oder dass entlastende Angaben eines Angeklagten, für die keine zureichenden Anhaltspunkte bestehen und deren Wahrheitsgehalt fraglich ist, mit anderen Beweismitteln in Bezug gesetzt worden sind, deren Beweiswert ihrerseits nach unzutreffenden Maßstäben oder lückenhafter oder wertungsfehlerhafter Würdigung bestimmt worden ist.

2. Äußerungen eines Täters unmittelbar nach der Tat mögen weniger von Verteidigungsinteressen geprägt gewesen sein. Deswegen wohnt ihnen eine höhere Wahrscheinlichkeit inne, mit der Wirklichkeit übereinzustimmen, als dies für eine viele Monate später erfolgte Einlassung in der Hauptverhandlung anzunehmen ist.

3. Auch wenn sich ein Angriff und eine Provokation durch dasselbe Opfer nicht zwingend gegenseitig ausschließen müssen, so werden doch die tatsächlichen

Grundlagen dieser Verteidigungsvarianten eher selten zusammentreffen. Zumindest ist nach Widerlegung einer Variante die Plausibilität der Einlassung insgesamt zu prüfen.

**638. BGH 5 StR 57/09 - Beschluss vom 26. Mai 2009 (LG Hamburg)**

Blutalkoholkonzentration (ungenauere Trinkangaben; Schätzung; Widerlegung einer Einlassung); lückenhafte Beweiswürdigung; Urteilsgründe.

§ 261 StPO; § 20 StGB; § 21 StGB; § 267 Abs. 3 StPO

1. Von einer Berechnung der Blutalkoholkonzentration ist das Tatgericht nicht schon dann entbunden, wenn die Angaben des Angeklagten zum konsumierten Alkohol nicht exakt sind. Vielmehr ist diese Berechnung aufgrund von Schätzungen unter Berücksichtigung des Zweifelsatzes auch dann vorzunehmen, wenn die Einlassung des Angeklagten sowie gegebenenfalls die Bekundungen von Zeugen zwar keine sichere Berechnungsgrundlage ergeben, jedoch eine ungefähre zeitliche und mengenmäßige Eingrenzung des Alkoholgusses ermöglichen.

2. Die Urteilsgründe müssen dem Revisionsgericht die Prüfung ermöglichen, welche Angaben des Angeklagten zum Alkoholkonsum dem Tatgericht glaubhaft erschienen oder jedenfalls nicht zu widerlegen waren und ob vor diesem Hintergrund rechtsfehlerfrei von einer Berechnung der Blutalkoholkonzentration abgesehen werden durfte.

3. Ob die Angaben des Angeklagten zu seinem Trinkverhalten glaubhaft sind, hat das Tatgericht – gegebenenfalls mit sachverständiger Hilfe – zu klären. Es muss die Einlassung eines Angeklagten, für deren Richtigkeit oder Unrichtigkeit es keine unmittelbaren Beweise gibt, nicht ohne weiteres als unwiderlegt hinnehmen, sondern kann Trinkmengenangaben – auch durch sachverständige Hilfe – als unglaubhaft einzustufen, wenn es dafür durch die Beweisaufnahme gewonnene Gründe hat, welche seine Auffassung argumentativ tragen.

**607. BGH 4 StR 544/08 - Beschluss vom 28. April 2009 (LG Rostock)**

Hinweispflicht zur Anordnung der Unterbringung in einer Entziehungsanstalt (keine Entbehrlichkeit auf Grund des staatsanwaltlichen Schlussantrages und eines Gutachtenergebnisses) und Aufhebung einer verbundenen Anordnung der Sicherungsverwahrung.

§ 64 StGB; § 66 Abs. 3 StGB; § 265 Abs. 1 und 2 StPO

Der gebotene Hinweis auf die Möglichkeit einer Unterbringung in einer Entziehungsanstalt wird nicht ohne weiteres dadurch entbehrlich, dass der in der Hauptverhandlung gehörte Sachverständige einen Hang des Angeklagten im Sinne des § 64 StGB bejaht hat. Ebenso wenig kann die Pflicht des Gerichts zu einem rechtlichen Hinweis durch den Schlussantrag des Staatsanwalts oder durch die Erörterung der bloßen Möglichkeit einer Maßregelanordnung erfüllt werden (vgl. BGH StV 2008, 344 m.N.).

**586. BGH 2 StR 168/09 - Beschluss vom 27. Mai 2009 (LG Erfurt)**

Adhäsionsverfahren; Herabsetzung eines Schmerzensgeldanspruches entsprechend des Klägerantrages (ne ultra petita).

§ 404 StPO; § 308 ZPO

Das Verbot des § 308 Abs. 1 ZPO, einer Partei zuzusprechen, was nicht beantragt ist, gilt auch im Adhäsionsverfahren, und ein Verstoß gegen dieses Verbot ist im Revisionsverfahren von Amts wegen zu beachten (vgl. BGHR StPO § 404 Abs. 1 Entscheidung 2). Zugleich kann im Revisionsverfahren die Beschränkung des Urteilsauspruchs unter Beseitigung dessen, was nicht beantragt war, erfolgen (BGH aaO; BGHR StPO § 404 Abs. 1 Antragstellung 2).

**580. BGH 2 StR 123/09 - Beschluss vom 13. Mai 2009 (LG Trier)**

Wirksamer Rechtsmittelverzicht nach qualifizierter Belehrung (Anforderung an die Protokollierung; Behauptung unzulässiger Willensbeeinflussung durch den Verteidiger; Recht auf konkreten und wirksamen Verteidigerbeistand).

Art. 6 Abs. 3 lit. c EMRK; § 273 StPO; § 302 Abs. 1 Satz 1 StPO

Nachdem der Große Senat für Strafsachen des Bundesgerichtshofs durch Beschluss vom 3. März 2005 (BGHSt 50, 40) entschieden hat, dass das Gericht - das im Rahmen einer Urteilsabsprache auf einen Rechtsmittelverzicht nicht hinwirken darf - nach jedem Urteil, dem eine Verfahrensabsprache zugrunde liegt, den Rechtsmittelberechtigten neben der Rechtsmittelbelehrung nach § 35a Satz 1 StPO stets auch „qualifiziert“ darüber belehren muss, dass er ungeachtet der Absprache in seiner Entscheidung frei ist, Rechtsmittel einzulegen, wird der Begriff „qualifizierte Rechtsmittelbelehrung“ in der juristischen Literatur und in Entscheidungen als Kurzbezeichnung für eine den Vorgaben des Großen Senats entsprechende zusätzliche Belehrung zur allgemeinen Rechtsmittelbelehrung verstanden und verwendet. Dementsprechend reicht es für eine wirksame Protokollierung, die zusätzliche Belehrung mit dem Zusatz „qualifiziert“ zu umschreiben, ohne ihren Inhalt im Einzelnen mitzuteilen. Der Inhalt der qualifizierten Belehrung muss ebenso wenig protokolliert werden wie der Inhalt der Rechtsmittelbelehrung als solcher. Desgleichen muss im Protokoll nicht festgehalten werden, dass die Rechtsmittelbelehrung dem Angeklagten übersetzt wurde.

**576. BGH 2 StR 85/09 - Urteil vom 20. Mai 2009 (LG Limburg)**

Grenzen der Revisibilität der Beweiswürdigung bei der Verneinung eines Tötungsvorsatzes; Begriff der Tat im prozessualen Sinne (Gewalteinwirkung und anschließendes mögliches Tötungsdelikt durch Unterlassen; bloßes Indiz der materiellrechtlichen Tateinheit).

§ 261 StPO; § 13 StGB; § 15 StGB; § 212 StGB; § 264 StPO

Die einheitliche prozessuale Tat im Sinne des § 264 Abs. 1 StPO umfasst den gesamten von der Anklage und vom erkennbaren Verfolgungswillen der Staatsanwaltschaft erfassten Lebenssachverhalt, soweit er sich als einheitlicher Lebensvorgang darstellt (vgl. BGHSt 23, 141, 145;

32, 215, 216; 45, 211, 212; BGH NStZ 1983, 87; 1995, 351). Auch wenn ein auf einem neuen Tatentschluss sowie gegebenenfalls auf Verdeckungsabsicht beruhender (bedingter) Vorsatz, das Tatopfer sterben zu lassen, materiellrechtlich als selbständige Tat eines versuchten Totschlags oder Mordes zu werten wäre, kann dieser Vorgang mit einer früheren Gewalteinwirkung auf das Tatopfer in prozessualer Tateinheit stehen.

**572. BGH 2 StR 103/09 - Beschluss vom 27. Mai 2009**

## Rechtsprechung

## V. Wirtschaftsstrafrecht und Nebengebiete

**565. BGH 1 StR 342/08 - Urteil vom 30. April 2009 (LG Gießen)**

BGHSt; Steuerhinterziehung durch fingierte Ketten- und Karussellgeschäfte (Strafzumessung nach dem aus dem Gesamtsystem erwachsenen Gesamtschaden; verschuldete Auswirkungen der Tat); Aussetzung der Freiheitsstrafe zur Bewährung (Verteidigung der Rechtsordnung bei komplexem und aufwändigem Täuschungssystem zur systematischen Verschleierung von Sachverhalten über einen längeren Zeitraum); Untreue (Strafantragserfordernis; Verfahrenshindernis); unzulässiges Selbstleungsverfahren (Beruhen).

§ 370 Abs. 1 und Abs. 4 AO; § 46 Abs. 2 StGB; § 56 Abs. 3 StGB; § 266 StGB; § 247 StGB; § 337 StPO

1. In Fällen fingierter Ketten- oder Karussellgeschäfte, die auf Hinterziehung von Steuern angelegt sind, ist bei der Strafzumessung der aus dem Gesamtsystem erwachsene deliktische Schaden als verschuldete Auswirkung der Tat zu Grunde zu legen, soweit den einzelnen Beteiligten die Struktur und die Funktionsweise des Gesamtsystems bekannt sind (im Anschluss an BGHSt 47, 343). (BGHSt)

2. Werden durch ein komplexes und aufwändiges Täuschungssystem, das die systematische Verschleierung von Sachverhalten über einen längeren Zeitraum bezweckt, in beträchtlichem Umfang Steuern verkürzt, kann sich die Vollstreckung einer Freiheitsstrafe zur Verteidigung der Rechtsordnung als notwendig erweisen. (BGHSt)

3. Bei der Ausstellung einer Scheinrechnung mit gesondert ausgewiesener Umsatzsteuer ist eine Gefährdung des Steueraufkommens jedenfalls dann gegeben, wenn diese Rechnung zum Vorsteuerabzug benutzt werden kann und der Rechnungsaussteller die gesondert ausgewiesene Umsatzsteuer nicht an das Finanzamt abgeführt hat (BGH NStZ 2001, 380, 381). (Bearbeiter)

4. Durch Rechnungen, in denen Umsatzsteuer ausgewie-

sen wird, wird dem Rechnungsempfänger eine weitere Möglichkeit der Steuerhinterziehung eröffnet. Wenn sich die mit der Scheinrechnung verbundene Gefahr dann aber realisiert, hat diese verschuldete Auswirkung der Tat für die Strafzumessung Bedeutung. Es ist zu berücksichtigen, dass die Verkürzung, die aus den unrichtigen Erklärungen eines Zwischenhändlers resultiert, den schon durch das Unterlassen der Umsatzsteuervoranmeldungen bzw. -jahreserklärung durch den Erstankäufer verursachten Steuerschaden fortsetzt und allenfalls vergrößert. Damit ist das Steueraufkommen zwar nicht in der Summe der beiden Hinterziehungen, aber im Umfang des jeweils höheren Hinterziehungsbetrages gefährdet (BGH NStZ 2003, 268). (Bearbeiter)

Beiordnung im Adhäsionsverfahren (fortwirkende Beistandsbestellung) und Prozesskostenhilfeantrag der Nebenklägerin im Adhäsionsverfahren (gesonderte Entscheidung).

§ 397a Abs. 1 Satz 1 StPO; § 404 Abs. 5 Satz 1 StPO;

§ 199 Abs. 1 Satz 1 ZPO

Die Bestellung als Beistand umfasst nicht das Adhäsionsverfahren (vgl. BGH NJW 2001, 2486; StraFo 2008, 131).

5. Bei Steuerhinterziehungen beträchtlichen Umfangs ist auch von Gewicht, die Rechtstreue der Bevölkerung auf dem Gebiet des Steuerrechts zu erhalten. Die Vollstreckung einer Freiheitsstrafe zur Verteidigung der Rechtsordnung ist insbesondere dann geboten, wenn eine Aussetzung der Strafe zur Bewährung im Hinblick auf schwerwiegende Besonderheiten des Einzelfalls für das allgemeine Rechtsempfinden unverständlich erscheinen müsste und dadurch das Vertrauen der Bevölkerung in die Unverbrüchlichkeit des Rechts erschüttert werden könnte (vgl. BGHSt 24, 40, 46; BGHR StGB § 56 Abs. 3 - Verteidigung 15; BGH wistra 2000, 96, 97). (Bearbeiter)

6. Besondere Umstände, die die Verhängung einer unbedingten Freiheitsstrafe gebieten könnten, liegen insbesondere dann vor, wenn durch Umsatzsteuerhinterziehungen große Steuerausfälle verursacht werden und sich der Angeklagte an einem komplexen und aufwändigen Täuschungssystem beteiligt, das die systematische Verschleierung von Sachverhalten über einen längeren Zeitraum bezweckte (vgl. BGH NJW 2009, 533). Erforderlich ist eine dem Einzelfall gerecht werdende Abwägung, bei der Tat und Täter umfassend zu würdigen sind (BGHSt 24, 40, 46; BGHR StGB § 56 Abs. 3 - Verteidigung 5, 6 und 16; NStZ-RR 1998, 7, 8). (Bearbeiter)

**647. BGH 5 StR 394/08 - Beschluss vom 9. Juni 2009 (LG Berlin)**

BGHR; Berliner Stadtreinigung; BSR; Betrug (konkludente Täuschung; Inanspruchnahme von Vertrauen; Erwartung des Rechtsverkehrs; Prüfungsmöglichkeiten; Vermögensverfügung; Dreiecksbetrug); Gebührenübererhebung; Abgabenübererhebung; Spezialität; Privilegierung; Strafzumessung (Berücksichtigung der Schadenshöhe; gesicherte Schadenswiedergutmachung infolge Kostendeckungsprinzips); mittelbare Täterschaft.

§ 352 StGB; § 353 StGB; § 263 StGB; § 25 StGB; § 46 StGB

1. Verdrängung von § 263 StGB durch §§ 352, 353 StGB. (BGHR)

2. Ein Irrtum im Sinne des § 263 StGB liegt schon dann vor, wenn der Anspruchsverpflichtete tatsächlich davon ausgeht, eine Abrechnung sei ordnungsgemäß vollzogen worden, auch wenn er deren Grundlagen nicht kennt. (BGHR)

3. Die Privilegierungstatbestände der §§ 352, 353 StGB stehen zwar im Rahmen ihres tatbestandlichen Anwendungsbereichs im Verhältnis der Spezialität zu § 263 StGB. Daraus folgt jedoch nicht, dass Täuschungshandlungen im Zusammenhang mit Gebühren und öffentlichen Abgaben nur unter den dort benannten Tatbestandsvoraussetzungen überhaupt strafbar wären. Vielmehr stehen auch solche Zahlungsverpflichtungen unter dem strafrechtlichen Schutz des § 263 StGB, wenn sich die Täuschungshandlung auf sie bezieht. Denn die Strafbarkeit einer täuschungsbedingten Schädigung des Vermögens Dritter entfällt nicht deshalb, weil für Sonderformen des Betrugs in §§ 352, 353 StGB überkommene Privilegierungstatbestände zugunsten einzelner Berufsgruppen fortbestehen. (Bearbeiter)

4. Eine Täuschung im Sinne des § 263 Abs. 1 StGB kann auch konkludent erfolgen, indem der Täter die Unwahrheit zwar nicht expressis verbis zum Ausdruck bringt, sie aber nach der Verkehrsanschauung durch sein Verhalten miterklärt. Welcher Inhalt der Erklärung zukommt, bestimmt sich ganz wesentlich durch den Empfängerhorizont und die Erwartungen der Beteiligten. (Bearbeiter)

5. Der Verkehr erwartet im Zusammenhang mit der Geltendmachung eines zivilrechtlichen Anspruchs vor allem insoweit eine wahrheitsgemäße Darstellung, als die dargestellten Tatsachen wesentlich für die Beurteilung des geltend gemachten Anspruchs sind und der Adressat sie aus seiner Situation nicht ohne weiteres überprüfen kann, sodass der Erklärende zwangsläufig sein Vertrauen in Anspruch nimmt. (Bearbeiter)

**608. BGH 3 StR 107/09 - Beschluss vom 21. April 2009 (LG Duisburg)**

Unerlaubtes Handeltreiben mit Betäubungsmitteln (Mittäterschaft; Beihilfe).

§ 29a BtMG; § 25 StGB; § 27 StGB

1. Als Handeltreiben mit Betäubungsmitteln sind alle Tätigkeiten anzusehen, die auf den Umsatz von Rausch-

gift gerichtet sind; als tatbestandliche Handlungen sind damit im Grundsatz auch Tätigkeiten mit primär unterstützendem Charakter erfasst (st. Rspr.; vgl. BGHSt 50, 252, 256 ff.).

2. Trotz dieser weiten Begriffsbestimmung richtet sich die Abgrenzung von (Mit-)Täterschaft und Beihilfe indes nach den allgemeinen Regeln der §§ 25, 27 StGB (vgl. BGHSt 51, 219, 221). Danach ist Mittäter, wer nicht nur fremdes Tun fördert, sondern einen eigenen Beitrag dergestalt in eine gemeinschaftliche Tat einfügt, dass dieser als Teil der Tätigkeit des anderen und umgekehrt dessen Tun als Ergänzung seines eigenen Tatanteils erscheint. Ob ein Beteiligter ein so enges Verhältnis zur Tat hat, ist nach den gesamten Umständen, die von seiner Vorstellung umfasst sind, in wertender Betrachtung zu beurteilen (vgl. BGH NStZ 2007, 531). Wesentliche Anhaltspunkte können der Grad des eigenen Interesses am Taterfolg, der Umfang der Tatbeteiligung und die Tatherrschaft oder wenigstens der Wille zur Tatherrschaft sein; Durchführung und Ausgang der Tat müssen somit zumindest aus der subjektiven Sicht des Tatbeteiligten maßgeblich auch von seinem Willen abhängen. Dabei deutet eine ganz untergeordnete Tätigkeit schon objektiv darauf hin, dass der Beteiligte nur Gehilfe ist (st. Rspr.; vgl. BGH NStZ 2005, 228).

3. Wenn auch nach der neueren Rechtsprechung des Bundesgerichtshofs die Entscheidung, ob die Tätigkeit eines an einem Rauschgiftumsatz Beteiligten als Beihilfe oder (Mit-)Täterschaft beim Handeltreiben zu bewerten ist, nicht allein davon abhängig gemacht werden darf, ob er unmittelbar am Erwerb oder Absatz der Betäubungsmittel beteiligt ist (vgl. BGH NStZ 2008, 40, 41), so fällt doch ins Gewicht, wenn die Tätigkeiten des Angeklagten insgesamt nur dem Transport des Rauschgifts nach Deutschland dienen sollten und damit lediglich einen Teilbereich des von Hintermännern geplanten Geschäfts betrafen.

4. Die Vollendung des Handeltreibens setzt nicht voraus, dass die zum Umsatz bestimmten Betäubungsmittel vorhanden sind, objektiv zur Verfügung stehen oder gar sich schon im Besitz des Täters befinden. Sieht der Täter eine reelle Chance, sich die Drogen beschaffen zu können, so ist die Tat vielmehr bereits mit der ernsthaft getroffenen Abrede vollendet, die Betäubungsmittel sodann gewinnbringend weiter zu veräußern; hieran ändert es nichts, wenn die Erwartung des Täters später fehlschlägt.

**637. BGH 5 StR 55/09 - Beschluss vom 9. Juni 2009 (LG Dresden)**

Schädliche Neigungen (Vorliegen zum Zeitpunkt des Urteils; Beweiswürdigung); Jugendstrafe.

§ 17 Abs. 2 JGG; § 261 StPO

1. Schädliche Neigungen sind erhebliche Anlage- oder Erziehungsmängel, die ohne längere Gesamterziehung des Täters die Gefahr weiterer Straftaten begründen. Sie können in der Regel nur bejaht werden, wenn erhebliche Persönlichkeitsmängel schon vor der Tat, wenn auch verborgen, angelegt waren.

2. Die Verhängung von Jugendstrafe wegen Vorliegens schädlicher Neigungen setzt voraus, dass diese noch zum

Urteilszeitpunkt bestehen und weitere Straftaten befürchten lassen.

### Aufsätze und Anmerkungen

# Strafrechtliche Bekämpfung politischer Korruption und das Erfordernis einer verwerflichen Mittel-Zweck-Relation

Dominik Brodowski, LL.M. (UPenn)\*

Die Korruptionsvorwürfe gegen den Gouverneur des amerikanischen Bundesstaates Illinois, Milrod „Rod“ R. Blagojevich, seine Festnahme am 9. Dezember 2008 und die am 29. Januar 2009 erfolgte Amtsenthebung sind zwar zunächst ein politischer, inneramerikanischer Skandal. Im Lichte dieses Falles zeigt sich allerdings, dass die bisher diskutierten Restriktionen für den Einsatz des Strafrechts zur Bekämpfung politischer Korruption Schwächen aufweisen und durch das Erfordernis einer verwerflichen Mittel-Zweck-Relation ersetzt werden sollten.

## I. Die Vorwürfe gegen Blagojevich

In der Strafanzeige (*criminal complaint*) nebst Haftbefehl vom 7. Dezember 2008 wird dem amerikanischen Staatsbürger und damaligen Gouverneur des Bundesstaates Illinois Blagojevich vorgeworfen, gegen die Delikte des 18 U.S.C. §§ 1341, 1343 und 1346 i.V.m. 1349 verstoßen zu haben.<sup>1</sup> Diese Strafnormen unterliegen der Jurisdiktion der USA und nicht der einzelnen Bundesstaaten<sup>2</sup> und stellen – einschließlich des Versuchs und der Verschwörung (18 U.S.C. § 1349) – unter anderem Verhaltensweisen unter Strafe, durch die jemandem das „immaterielle

Recht zur redlichen Dienstaussübung“ entzogen wird.<sup>3</sup> Die Anklageschrift (*indictment*) vom 2. April 2009 bekräftigte im Wesentlichen die Vorwürfe.<sup>4</sup> Weder auf die Strafbarkeit nach amerikanischem Recht noch auf die Stichhaltigkeit der Vorwürfe soll an dieser Stelle näher eingegangen werden,<sup>5</sup> wohl aber sollen die am konkretesten umrissenen, Blagojevich im Ermittlungsverfahren vorgeworfenen Verhaltensweisen kurz aufgezeigt werden, auch um die Strafbarkeit vergleichbarer Verhaltensweisen nach deutschem Recht analysieren zu können:

Erstens wird Blagojevich zur Last gelegt, er habe im Oktober und November 2008 versucht, über Mittelsmänner einem Vorstand eines Kinderkrankenhauses auszurichten, dass er bereits bewilligte Staatszuweisungen in Höhe von 8 Mio. US-\$ zurückziehen werde (was, so Blagojevich, in seinem Ermessen stehe<sup>6</sup>), wenn dieser nicht 50.000 US-\$ an Wahlkampfspenden an ihn leiste.<sup>7</sup> Zweitens habe er über Mittelsmänner den Eigentümer eines Konzerns informiert, dass Staatshilfen im Wert von über 100 Mio. US-\$ aus einem Rettungsfonds, an denen sich der Konzern interessiert zeigte, höchstens dann verfügbar seien, wenn ein ihm missliebiger Redakteur einer dem Konzern gehörenden Tageszeitung entlassen werde.<sup>8</sup> Drittens habe er sich zu Nutzen machen wollen, dass allein in seinem Ermessen stand, den infolge der Wahl Barack Obamas zum 44. Präsidenten der USA freigewordenen<sup>9</sup> Senatorensitz neu zu besetzen. In Gesprächen mit

\* Verf. ist Wiss. Ang. am Lehrstuhl für Europäisches Strafrecht und Strafprozessrecht der Eberhard Karls Universität Tübingen, Prof. Dr. Joachim Vogel, RiOLG.

<sup>1</sup> United States v. Blagojevich, Criminal Complaint, S. 1 sowie das Affidavit des FBI-Agenten Cain (im Folgenden: Cain Aff.), S. 2, 75 f. Diese Dokumente sind aufgrund des anderen Öffentlichkeitsverständnisses des amerikanischen Strafprozessrechts unter [http://www.usdoj.gov/usao/iln/pr/chicago/2008/pr1209\\_01a.pdf](http://www.usdoj.gov/usao/iln/pr/chicago/2008/pr1209_01a.pdf) verfügbar (Stand 03.07.2009). Gleichzeitig wurde auch gegen den Stabschef von Blagojevich, John Harris, vorgegangen; im Folgenden soll jedoch lediglich das Verfahren gegen Blagojevich gegenständlich sein.

<sup>2</sup> Die verfassungsrechtliche Kompetenz des Bundes zu diesen Strafnormen ergibt sich aus der „Commerce Clause“ in Art. 1 Abs. 8 der amerikanischen Verfassung. Aus diesem Grunde ist die Anwendbarkeit der Normen auf Sachverhalte begrenzt, in denen zur Deliktsbegehung irgendwelche Kommunikation zwischen zwei oder mehr Einzelstaaten erfolgte.

<sup>3</sup> “[I]ntangible right of honest services”, 18 U.S.C. § 1346.

<sup>4</sup> United States v. Blagojevich, Grand Jury Indictment, verfügbar unter [http://www.usdoj.gov/usao/iln/pr/chicago/2009/pr0402\\_01a.pdf](http://www.usdoj.gov/usao/iln/pr/chicago/2009/pr0402_01a.pdf) (Stand 03.07.2009).

<sup>5</sup> Vgl. hierzu allerdings United States v. Blagojevich, Cain Aff. (Fn. 1), S. 75 f.

<sup>6</sup> United States v. Blagojevich, Cain Aff. (Fn. 1), S. 37 f. (“total discretion”); als Grund können, so Blagojevich, Finanzierungsschwierigkeiten (“budgetary concerns”), genannt werden (aaO).

<sup>7</sup> United States v. Blagojevich, Cain Aff. (Fn. 1), S. 34 ff.

<sup>8</sup> United States v. Blagojevich, Cain Aff. (Fn. 1), S. 41 ff.

<sup>9</sup> Nach der Wahl am 4. November 2008 legte Obama mit Wirkung vom 16. November 2008 sein Mandat als Senator

mehreren möglichen Kandidaten habe er unter anderem folgende Gegenleistungen für deren Ernennung ins Spiel gebracht oder bringen wollen: seine Ernennung zum Gesundheits- oder Energieminister im Kabinett *Obamas*, da es sich hierbei um finanziell lukrative Ministerämter handele, seine Ernennung zum Botschafter, da mit einer solchen Tätigkeit günstige Verdienstaussichten verbunden seien,<sup>10</sup> die Berufung seiner Frau, einer Maklerin, in hochdotierte Aufsichtsratsposten in oder als Lobbyistin für Unternehmen, deren Leitung mit *Obama* befreundet sei,<sup>11</sup> oder auch die Beschaffung von Wahlkampfspenden in Höhe von mehreren hunderttausend US-\$.<sup>12</sup>

Umschrieben wurden gerade die zuletzt genannten Vorwürfe als „pay to play“, also als finanzielle Unterstützung für einen Politiker, sei es direkt (vermittelt durch hochdotierte Tätigkeiten nach der Amtszeit), sei es indirekt (vermittelt durch Parteispenden) als Gegenleistung für die – zumindest wohlwollende – Berücksichtigung bei politischen oder administrativen Entscheidungen.<sup>13</sup>

## II. Strafrechtliche Korruptionsbekämpfung in Deutschland

Doch inwieweit sind solche Verhaltensweisen auf Deutschland übertragbar? Sicherlich ist der Wahlkampf hierzulande weit weniger kommerzialisiert, auch da dieser weitgehend von den Parteien und nicht von den Kandidaten selbst getragen wird<sup>14</sup> und die Parteienfinanzierung zu größeren Anteilen aus Mitgliedsbeiträgen und staatlichen Zuschüssen erfolgt.<sup>15</sup> Sicherlich ist das Verhalten, wie es *Blagojevich* vorgeworfen wird, auch von einer einzigartigen, außerordentlichen Dreistigkeit, das geradezu nach dem Einsatz des Strafrechts ruft und nicht nach Restriktionen. Gerade deshalb bietet dieser Fall aber Anlass zur auch in Deutschland nicht nur theoretischen

Frage<sup>16</sup>, wann Wahlkampfspenden<sup>17</sup> oder sonstige Zuwendungen an Politiker<sup>18</sup> noch legitim sind, und wann eine strafrechtliche Reaktion zu verlangen ist. Zudem weist der Fall *Blagojevich* die Besonderheit eines strafrechtlichen Vorgehens gegen ein Mitglied der Gubernative auf, was freilich auch hierzulande vorkommt,<sup>19</sup> aber dennoch besondere Implikationen mit sich bringt.

Die deutsche Kriminalpolitik kennt zwei Regelungsmodelle<sup>20</sup> zur Korruptionsbekämpfung. Einerseits sind dies die völkerrechtlich<sup>21</sup> und europarechtlich<sup>22</sup> überformten

von Illinois zurück. Vgl. *United States v. Blagojevich*, *Cain Aff.* (Fn. 1), S. 54.

<sup>10</sup> Diese könnten sich auch mittelbar – beispielsweise durch Vortragseinladungen – ergeben; vgl. *United States v. Blagojevich*, *Cain Aff.* (Fn. 1), S. 74 f.

<sup>11</sup> All diese Gegenleistungen, welche durchaus ein Mitwirken *Obamas* vorausgesetzt hätten, soll *Blagojevich* gefordert haben, wenn er eine Beraterin *Obamas* zur Senatorin ernenne; vgl. *United States v. Blagojevich*, *Cain Aff.* (Fn. 1), S. 54 ff.

<sup>12</sup> *United States v. Blagojevich*, *Cain Aff.* (Fn. 1), S. 72 f.

<sup>13</sup> Vgl. nur *United States v. Blagojevich*, *Cain Aff.* (Fn. 1), S. 12, 72 sowie *Diana H. Jeffrey* *New Jersey Lawyer* 253 (2008) 27, 28; *Biddle/Tomasic/Chase* *PLI Corporate Law and Practice Course Handbook Series* 1689 *PLI/Corp* 427.

<sup>14</sup> Zur Unterscheidung von Partei- und Direktspenden vgl. nur *Zöller GA* 2008, 151, 158 ff.

<sup>15</sup> Zusammengerechnet machen diese in Deutschland ca. 70 % der Parteienfinanzierung aus (vgl. *Katz*, *Grundkurs Staatsrecht*, 17. Aufl. [2007], Rdn. 287), während staatliche Wahlkampffinanzierung in den USA einschließlich der meisten Einzelstaaten bislang nur in eng begrenztem Umfang üblich ist. Prominentestes Beispiel ist die fakultative Co-Finanzierung des Präsidentschaftswahlkampfes, auf die *Obama* verzichtete und so – im Gegensatz zu *John McCain* – nicht einer Ausgabenhöchstgrenze unterworfen war.

<sup>16</sup> Vgl. nur *Bannenber*, *Korruption in Deutschland und ihre strafrechtliche Kontrolle* (2005), S. 330 f.; *Peek ZStW* 120 (2008) 785, 785; *Schaupensteiner* *NStZ* 1996, 409.

<sup>17</sup> Vgl. nur *BGHSt* 49, 275 = *HRRS* 2004 Nr. 959 m. Anm. *Kargl JZ* 2005, 503; *Korte* *NStZ* 2005, 512; *Saliger/Sinner* *NJW* 2005, 1073; s. ferner *BGH NJW* 2007, 3446 = *HRRS* 2007 Nr. 813 sowie *Zöller GA* 2008, 151.

<sup>18</sup> Vgl. nur *BGH NJW* 2008, 3580 („WM-Tickets“) = *HRRS* 2008 Nr. 896 mit Anm. *Hettinger JZ* 2009, 370; *Trüg* *NJW* 2009, 196 und zuvor *LG Karlsruhe NStZ* 2008, 407 m. Anm. *Paster/Sättele* *NStZ* 2008, 366.

<sup>19</sup> So zuletzt die Verurteilung des thüringischen Ministerpräsidenten *Dieter Althaus* wegen fahrlässiger Tötung durch das Bezirksgericht *Irdning*, Österreich am 03. März 2009; vgl. hierzu nur <http://www.zeit.de/online/2009/10/althausprozess> (Stand 03.07.2009). Zuvor und dem politischen Wirken zuzurechnen sind insbesondere die Verfahren gegen den Bundeskanzler a.D. *Helmut Kohl* (Einstellung gem. § 153a StPO, s. *LG Bonn* *Beschl.* vom 28.02.2001, 27 *AR* 2/01), den Bundesminister a.D. *Manfred Kanther* sowie gegen die frühere Justizministerin Baden-Württembergs *Corinna Werwigg-Hertneck*.

<sup>20</sup> Zu den Regelungsmodellen zur Bekämpfung der Wirtschaftskorruption s. *Vogel*, in: *Festschrift für Ulrich Weber* (2004), S. 395.

<sup>21</sup> Vgl. das (OECD-)Übereinkommen vom 17. Dezember 1997 über die Bekämpfung der Bestechung ausländischer Amtsträger im internationalen Geschäftsverkehr, *BGBI.* 1998 II S. 2327, in Deutschland ratifiziert und umgesetzt durch das Gesetz zu dem Übereinkommen vom 17. Dezember 1997 über die Bekämpfung der Bestechung ausländischer Amtsträger im internationalen Geschäftsverkehr (Gesetz zur Bekämpfung internationaler Bestechung – *Int-BestG*), sowie das von Deutschland zwar gezeichnete, bis dato aber weder ratifizierte noch umgesetzte Übereinkommen der Vereinten Nationen gegen Korruption (*UNCAC*).

<sup>22</sup> Vgl. einerseits das von Deutschland ebenfalls nur gezeichnete, aber nicht ratifizierte, im Rahmen des Europarats ausgearbeitete Strafrechtsübereinkommen über Korruption (*ETS* Nr. 173), andererseits die Rechtsinstrumente der Europäischen Union, so zuletzt den Beschluss 2008/852/JI des Rates vom 24. Oktober 2008 über ein Kontaktstellennetz zur Korruptionsbekämpfung, *AbIEU* Nr. L 301 vom 12.11.2008, S. 38, den Beschluss des Rates vom 25. September 2008 über den Abschluss – im Namen der Europäischen Gemeinschaft – des Übereinkommens der Vereinten Nationen gegen Korruption, *AbIEU* Nr. L 287 vom 29.10.2008, S. 1, sowie grundlegend den Rahmenbeschluss 2003/568/JI des Rates vom 22. Juli 2003 zur Bekämpfung der Bestechung im privaten Sektor, *AbIEU* Nr. L 192 vom 31.07.2003, S. 54, das Übereinkommen aufgrund von Artikel K.3 Absatz 2 Buchstabe c) des Vertrags über die Europäische Union über die Bekämpfung der Bestechung, an der Beamte der Europäischen Gemeinschaften oder der Mitgliedstaaten der Europäischen Union beteiligt sind, *AbIEG* Nr. C 195 vom 25.06.1997, S. 2, sowie das Übereinkommen aufgrund von Artikel K.3 des Vertrags über die Europäische Union über den Schutz der finanziellen Interessen der Europäischen Gemeinschaften, *AbIEG* Nr. C 316 vom

Delikte mit einem spezifischen Bezug zu einer bestimmten Personengruppe, etwa die auf Begehung durch oder gegenüber einem Amtsträger, Richter oder Schiedsrichter zugeschnittenen §§ 331 ff. StGB, die Abgeordnetenbestechung gem. § 108e StGB – Gegenstand intensiver rechtspolitischer Diskussion<sup>23</sup> – und § 2 IntBestG<sup>24</sup>, oder den Korruption zwischen Wirtschaftsakteuren betreffenden und daher hier nur am Rande relevanten § 299 StGB.<sup>25</sup> Andererseits aber – und der Rechtspraxis zufolge der eher erfolgreiche Weg zur Bekämpfung korruptiven Verhaltens<sup>26</sup> – kann auch ein Rückgriff auf §§ 266, 240 und § 253 StGB sowie ggf. auf weitere Normen des Kernstrafrechts erfolgen.

## 1. Korruptionsdelikte und unspezifische Tatbestände

### a) Zum Amtsträgerbegriff

Innerhalb der erstgenannten Kategorie spezieller Korruptionsdelikte stellt sich bei politischer Korruption vorrangig eine Abgrenzungs- und Zuordnungsfrage zwischen den weitaus schärferen, amtsträgerbezogenen Delikten der §§ 331 ff. StGB und dem *de lege lata*<sup>27</sup> eng begrenzten Verbot des Stimmenkaufs gem. § 108e StGB. Hierfür als Ausgangspunkt entscheidend ist der für den Anwendungsbereich der §§ 331 ff. StGB relevante und in § 11 Abs. 1 Nr. 2 StGB legal definierte Schlüsselbegriff des *Amtsträgers*.<sup>28</sup> Dieser erfasst ohne Weiteres die der Gu-

bernative zuzuordnenden Bundesminister sowie den Bundeskanzler,<sup>29</sup> Landesminister und Ministerpräsidenten<sup>30</sup> sowie auch (parlamentarische) Staatssekretäre<sup>31</sup> – mithin die exekutiv tätige politische Spitze des (deutschen) Staates, nicht jedoch rein parlamentarisch tätige Abgeordnete. Lediglich auf kommunaler Ebene war streitig, ob Gemeinde- oder Stadtratsmitglieder ebenfalls Amtsträger sind. Unter Beigabe geradezu erfrischender rechtspolitischer Kritik an § 108e StGB verneinte dies der 5. Strafsenat des BGH insbesondere unter Verweis auf die Systematik, welche sich aus der (abschließenden) Sonderstrafnorm für Abgeordnete ergebe, und auf die Teleologie, da Amtsausübung etwas anderes als eine (freie) Mandatsausübung sei.<sup>32</sup> Wie aber mit der Ungleichheit umzugehen ist, dass Amtsträger, die zugleich ein legislatives (Wahl-)Amt ausüben – wie ein Bundesminister, der zugleich Mitglied des Bundestages ist, oder ein Bürgermeister, der zugleich Mitglied des Stadtrats ist – im Vergleich zu ihren politischen Konkurrenten<sup>33</sup> dem strengeren Regime der §§ 331 ff. StGB unterworfen sind und daher weniger Möglichkeiten zur Einwerbung von Wahlkampfspenden haben, wird noch zu klären sein.<sup>34</sup>

### b) Tatbestände der §§ 331 ff.

Betrachtet man das *Blagojevich* zur Last gelegte Verhalten hypothetisch nach deutschem Recht, so fällt die Bejahung aller Tatbestandsmerkmale zumindest in einigen Konstellationen nicht schwer: so sind die Entlassung eines missbilligten Journalisten, die Geldzahlungen und die höher dotierte Beschäftigung seiner eigenen Person als *Vorteile*<sup>35</sup> und damit als Zuwendungen zu sehen, auf die er keinen Anspruch hat und die seine wirtschaftliche, rechtliche oder auch nur persönliche Lage in zudem objektiv messbarer Weise verbessern.<sup>36</sup> Doch auch die

27.11.1995, S. 49, nebst dessen Zusatzprotokollen und der Ratifikation und Umsetzung in Deutschland durch das Gesetz zu dem Protokoll vom 27. September 1996 zum Übereinkommen über den Schutz der finanziellen Interessen der Europäischen Gemeinschaften (EU-Bestechungsgesetz – EUBestG), zuletzt geändert durch Artikel 6 Abs. 1 des Gesetzes vom 21. Juli 2004 (BGBl. I S. 1763).

<sup>23</sup> S. hierzu die noch anhängigen Gesetzesinitiativen BT-Drs. 16/6726 (Bündnis 90/Die Grünen) sowie 16/8979 (DIE LINKE), während der die Umsetzung mehrerer internationaler Rechtsakte (s. bereits Fn. 21 sowie Fn. 22) betreffende und ebenfalls noch anhängige Gesetzesentwurf der Bundesregierung BT-Drs. 16/6558 diesen Aspekt ausklammert. Aus dem Schrifttum vgl. ferner *Möhrenschlager*, in: Festschrift U. Weber (Fn. 20), S. 218, *Peek ZStW* 120 (2008) 785, sowie von *Armin NVwZ* 2006, 249.

<sup>24</sup> Vgl. hierzu bereits o. Fn. 21 sowie *Dann wistra* 2008, 41; *Tinkl wistra* 2006, 126, *Zieschang NJW* 1999, 105.

<sup>25</sup> Diesbezüglich die internationalen Aspekte aufarbeitend *Schuster/Rübenstahl wistra* 2008, 201.

<sup>26</sup> So ist erst in neueren Verfahren § 108e StGB gegenständlich geworden, was sicher auch der zu engen Formulierung des Tatbestandes zu schulden ist. Nennenswert sind insb. BGHSt 51, 44 = HRRS 2006 Nr. 486; BGH NStZ 2007, 36 = HRRS 2006 Nr. 690 sowie BGH wistra 2008, 218 = HRRS 2008 Nr. 295. Hingegen erfolgte beispielsweise die strafrechtliche Aufarbeitung des sog. CDU-Spendenskandals weitgehend im Wege des § 266 StGB; vgl. nur *Wolf KJ* 2000, 531 sowie LG Bonn, Beschl. vom 28.02.2001, 27 AR 2/01.

<sup>27</sup> S. hierzu bereits oben bei und mit Fn. 23.

<sup>28</sup> Die weiteren von §§ 331 ff. erfassten Alternativen des für den öffentlichen Dienst besonders Verpflichteten (vgl. § 11 Abs. 1 Nr. 4) und des Richters und Schiedsrichters (vgl. § 11 Abs. 1 Nr. 3 StGB) sind für die hier gegenständliche politische Korruption von untergeordneter Bedeutung.

<sup>29</sup> § 1 Bundesministergesetz; vgl. hierzu *Hilgendorf*, in: Leipziger Komm. (LK-)StGB, 12. Aufl. (2007), § 11 Rdn. 31; *Radtke*, in: MünchKommStGB (2003), § 11 Rdn. 28.

<sup>30</sup> BGH NJW 2008, 3580 = HRRS 2008 Nr. 896; s. zudem nur § 1 MinG Baden-Württemberg sowie *Radtke*, in: MünchKommStGB (Fn. 29), § 11 Rdn. 28.

<sup>31</sup> § 1 Abs. 3 ParlStG; vgl. zudem *Hilgendorf*, in: LK-StGB (Fn. 29), § 11 Rdn. 31; *Fischer*, StGB, 56. Aufl. (2009), § 11 Rdn. 16.

<sup>32</sup> BGHSt 51, 44, 49 ff. m.w.N. = HRRS 2006 Nr. 486 m. Anm. *Feinendegen* NJW 2006, 2014; *Niehaus ZIS* 2008, 49; entgegen LG Wuppertal, Urt. vom 11.08.2004 – 835 Js 19/01 – 31/03 – VI – 26 KLS; a.A. zudem LG Köln NStZ-RR 2003, 364.

<sup>33</sup> Nur soweit diese politischen Konkurrenten, beispielsweise aus der Opposition, bereits Abgeordnete sind, sind diese ebenfalls § 108e StGB unterworfen. Allerdings sind auch für diese – wie auch für bloße Kandidaten – unter anderem die Untreue, § 266 StGB, zu berücksichtigen. Vgl. ferner den Entwurf eines § 108e Abs. 3 StGB-E in BT-Drucks. 16/6726, S. 3 (s. bereits oben Fn. 23), welcher eine Gleichstellungsklausel für „Bewerber“ auf Mandate vorsieht.

<sup>34</sup> S. unten 2. c).

<sup>35</sup> Hierbei können ebenfalls vorhersehbare und zumindest vom Täter in seinen Vorsatz aufgenommene Leistungen von dritter Seite – wie Honorare für Vortragseinladungen, die vorhersehbar mit der Tätigkeit in einem bestimmten Amt verbunden sind – berücksichtigt werden.

<sup>36</sup> Vgl. nur *Fischer* (Fn. 31), § 331 Rdn. 11 ff.; *Lackner/Kühl*, StGB, 26. Aufl. (2007), § 331 Rdn. 4 m. umfangr. Nachw.

Beschäftigung seiner Frau ist seit dem KorrBG<sup>37</sup> als Drittverteil erfasst. Rein als exekutive Handlungen zu beurteilende Verhaltensweisen, wie die Androhung der Rückforderung von Staatszuweisungen oder die Verwaltung eines Rettungsfonds stellen zudem unproblematisch Dienstaustübungen dar<sup>38</sup>; in den im Fall *Blagojevich* gegenständlichen Konstellationen wird ihm auch zur Last gelegt, gerade „für die Dienstaustübung“ (im Sinne einer – „gelockerten“ – Unrechtsvereinbarung) Gegenleistungen eingefordert zu haben, die ohnehin über eine bloße „Klimapflege“ oder ein „Anfüttern“ hinausgehen.<sup>39</sup> Soweit sich die Forderung auf künftige Handlungen bezieht – so die im Ermessen stehende Berücksichtigung bei einem Rettungsfonds – kann zudem im Rahmen dieser „pay to play“-Schemata auf die Qualifikation des § 332 Abs. 1 i.V.m. Abs. 3 StGB verwiesen werden: durch die Berücksichtigung nur derjenigen „Player“, die zahlen („pay“), zeigt sich der Amtsträger offensichtlich bereit, sich von diesem Vorteil beeinflussen zu lassen; eine solche Unrechtsvereinbarung reicht auch aus, da es auf die tatsächliche Pflichtwidrigkeit oder Ermessensfehlerhaftigkeit der Entscheidung gerade nicht ankommt.<sup>40</sup>

### c) Untreue, § 266 StGB

In Fällen politischer Korruption kommt eine Untreue zum Nachteil einer Partei in Betracht, wenn Parteispenden einem Vermögensbetreuungspflichtigen „erkennbar in Erwartung oder als Gegenleistung eines bestimmten wirtschaftlichen oder politischen Vorteils gewährt“ wurden, entgegen § 25 Abs. 2 Nr. 7, Abs. 4 PartG nicht an den Präsidenten des Deutschen Bundestages weitergeleitet wurden und daher die Partei einer unter Umständen erheblichen Sanktion ausgesetzt ist (§ 31c PartG).<sup>41</sup>

### d) Delikte gegen die Willensfreiheit

Im Fall *Blagojevich* dürfen auch die Nötigungsaspekte nicht übersehen werden: so ist in den gegenständlichen Verhaltensweisen zumindest ein Tatentschluss zu einem Nötigungserfolg enthalten – sei es die Zahlung von Partei- oder Wahlkampfspenden, sei es die Entlassung eines Journalisten, oder sei es die Ernennung seiner Person in ein Ministeramt. In der erstgenannten Variante ist zudem der Tatentschluss zu einer Vermögensverfügung des Opfers enthalten, um sich oder eine Partei – also einen Dritten – zu bereichern, so dass insoweit über den versuchten besonders schweren Fall des § 240 Abs. 1, Abs. 4 Nr. 3 StGB hinausgehend auch ein Versuch des § 253 StGB in Betracht kommt. Da auch die Drohung mit einer rechtmäßigen Nicht-Besserstellung, wie der Nicht-

Ernennung zum Senator,<sup>42</sup> nach der h.M. tatbestandsmäßig sein kann,<sup>43</sup> ist höchstens zu diskutieren, ob von den Drohungsadressaten – immerhin Vorstandsvorsitzende und hochrangige Amtsträger – erwartet werden kann, in *besonnener Selbstbehauptung* beispielsweise der Forderung nach Ernennung einer bestimmten Person zu einem Botschafter standzuhalten. Allerdings dient dieses Merkmal vorrangig dazu, übermäßig empfindliche Reaktionen auszuschließen.<sup>44</sup> Als rein nötigungsspezifisches Merkmal, das zudem die Notwendigkeit strafrechtlichen Schutzes gerade für diejenigen Opfer verkennt, die zu schwach sind, besonnene Selbstbehauptung zu üben, und das zudem kaum Raum lässt für einen fehlgeschlagenen Versuch einer Nötigung (§ 240 Abs. 3), bietet es zudem auch keinen generell brauchbaren Ansatz für eine Restriktion betreffend Wahlkampfspenden oder politischer Aktionen.

### e) Anknüpfungspunkt für Restriktionen

Rechtlich besonders interessant und im Kontext politischen Handelns zu betrachten sind Konstellationen, in denen Wahlkampfspenden (unten 2.) oder politische Leistungen und Gegenleistungen gegenständlich sind (unten 3.), namentlich *gubernative* Tätigkeiten, wie die zuvörderst politisch zu bewertende Ernennung eines Senators, in Ministerämter oder zum Botschafter, oder auch – hypothetisch – die Einbringung eines einem Unternehmen günstigen Gesetzesentwurfs nur dann, wenn dieses einen Vorteil leistet. Um auf die verschiedenen einschlägigen und sich nicht verdrängenden<sup>45</sup> Tatbestän-

<sup>37</sup> Korruptionsbekämpfungsgesetz vom 13.08.1997, BGBl. 1997 I S. 2038.

<sup>38</sup> *In concreto* läge die Dienstaustübung im Unterlassen des Zurückforderns des Geldes, was aber der Ausübung einer Diensthandlung gleichzustellen ist (§ 336 StGB).

<sup>39</sup> Vgl. zu diesen Merkmalen nur *Fischer* (Fn. 31), § 331 Rdn. 24; *Lackner/Kühl* (Fn. 36), § 331 Rdn. 10a m.w.N.

<sup>40</sup> Statt vieler *Fischer* (Fn. 31), § 332 Rdn. 9; *Lackner/Kühl* (Fn. 36), § 332 Rdn. 4 m.w.N.

<sup>41</sup> Zu dieser rechtlichen Konstruktion vgl. nur *Saliger*, Parteiengesetz und Strafrecht (2005), sowie noch unten 2. a).

<sup>42</sup> Einzig problematisch bei diesem Tatbestandsmerkmal scheint, ob eine Drohung mit einem empfindlichen Übel gegenüber *Obama* vorliegt, soweit ein von ihm missbilligter Kandidat zu seinem Nachfolger als Senator von Illinois bestellt wird. Dies dürfte in der konkreten Situation, da hiermit nur allgemeine politische Schwierigkeiten bei der Verwirklichung von Gesetzesvorhaben *Obamas* verknüpft wären, zu verneinen sein. Nicht nur hypothetisch denkbar sind jedoch Konstellationen mit Drohungen eines Politikers gegenüber einem (politischen) Amtsträger, die ein empfindliches Übel darstellen, so die Drohung mit der Preisgabe von Privatgeheimnissen an die Presse o.Ä.

<sup>43</sup> Zum Problem der Drohung mit einem Unterlassen vgl. nur *Fischer* (Fn. 31), § 240 Rdn. 50 f.; *Eser*, in: Schönke/Schröder, StGB, 27. Aufl. (2006), § 240 Rdn. 10.

<sup>44</sup> Zutr. *Eser*, in: Schönke/Schröder (Fn. 43), § 240 Rdn. 9; i.E. ebenso *Fischer* (Fn. 31), § 240 Rdn. 32a a.E.

<sup>45</sup> Innerhalb der Korruptionsdelikte entfaltet § 108e StGB keine Sperrwirkung, wenn ein Mandatsträger zugleich Amtsträger ist, da seine Pflichtenstellung als Amtsträgers seine engere korruptionsstrafrechtliche Bindung rechtfertigt, vgl. *Eser*, in: Schönke/Schröder (Fn. 43), § 108e Rdn. 15; *Fischer* (Fn. 31), § 108e Rdn. 14 (Spezialität der §§ 331 ff.); *Wohlers*, in: Nomos-Kommentar (NK-)StGB, 2. Aufl. (2008), § 108e Rdn. 10 (Tateinheit); zur engeren Bindung der Amtsträger vgl. nur BGHSt 49, 275, 292 f. = HRRS 2004 Nr. 959. Zwischen § 266 StGB und den Korruptionsdelikten aus §§ 331 ff. StGB kann wegen der unterschiedlichen Schutzrichtungen ohne Weiteres Idealkonkurrenz angenommen werden, ebenso in Drohungsfällen mit Erpressung, § 253 StGB; vgl. nur *Heine*, in: Schönke/Schröder (Fn. 43), § 331 Rdn. 55. Da in der Zahlung von Partei- oder Wahlkampfspenden hingegen keine mandatsbezogene Tätigkeit zu sehen ist, scheidet insoweit die Anwendbarkeit von § 106 StGB – der Nötigung des Bundespräsidenten

de gleichermaßen anwendbar zu sein, müssen diese Restriktionen sich aber richtigerweise auf den gesamten Tatbestand oder auf die Rechtswidrigkeit des Verhaltens beziehen und nicht auf einzelne Tatbestandsmerkmale.<sup>46</sup>

## 2. Partei- und Wahlkampfspenden

Im Rahmen der Korruptionsbekämpfung nicht unbekannt ist die Schwierigkeit, nur illegitime Wahlkampf- und Parteispenden<sup>47</sup> auch strafrechtlich zu verfolgen. Hierfür werden verschiedene Ansätze – „Regelungsmodelle“<sup>48</sup> – diskutiert:

### a) Verwaltungssanktionenakzessorietät

Ein erstes Regelungsmodell, welches zur Aufarbeitung des sog. CDU-Spendenskandals Anwendung fand, stellt auf den Vermögensschaden ab, der einer Partei durch parteirechtliche Sanktionen (§ 31c PartG) entsteht, sofern parteirechtswidrige Spenden einbehalten oder verschleiert wurden (§ 25 Abs. 2, Abs. 4 PartG).<sup>49</sup> Zwar hat dieses Modell den Charme, dass hier zunächst ein grundsätzlich politischer Akteur – wenn auch verwaltungsrechtlich gebunden –, nämlich der Präsident des Deutschen Bundestages tätig werden muss. Doch auch die Nachteile dieses Weges liegen auf der Hand: Als Sonderdelikt ist § 266 StGB lediglich auf gegenüber der Partei Vermögensbetreuungspflichtige anwendbar. Dieses Regelungsmodell ist nicht auf Korruptions- und Willensfreiheitsdelikte übertragbar, da diese nicht als Vermögensdelikte ausgestaltet sind. Zudem erfasst es nur Parteien und nicht kommunale Wählervereinigungen oder personen- gebundene Direktspenden.

### b) Parteienrechtsakzessorietät

Ein weiteres Regelungsmodell sieht eine parteirechtlich zulässige Spende als gerechtfertigt an.<sup>50</sup> Wenn aber beispielsweise – wie *Blagojevich* zur Last gelegt – ein § 25 Abs. 2 Nr. 7 PartG widersprechendes Gegenseitigkeitsverhältnis vorliegt, scheidet eine solche Restriktion der Strafbarkeit aus, und das bezogen nicht nur auf die Korruptions- sondern auch auf die Willensfreiheitsdelikte. Dieser Aspekt gefällt ebenso wie die Möglichkeit, durch spezielle parteirechtliche Regelungen den Besonderheiten

oder von Mitgliedern eines Verfassungsorgans – hingegen generell aus.

<sup>46</sup> So auch *Lackner/Kühl* (Fn. 36), § 331 Rdn. 4.

<sup>47</sup> Nicht ausgeschlossen wäre eine rein öffentlich-rechtliche Parteienfinanzierung, die sich allerdings – um auch neuen Parteien eine adäquate Chance zu eröffnen – nicht auf eine Verteilung von Mitteln anhand bisheriger Wahlergebnisse beschränken dürfte. Im Folgenden wird jedoch von dem derzeitigen Grundkonsens ausgegangen, dass es einen legitimen Anwendungsbereich für Wahlkampf- und Parteispenden gibt; ob dieser tatsächlich „verfassungsrechtlich erwünscht“ ist, wie BGHSt 49, 275, 285 = HRRS 2004 Nr. 959 postuliert, kann an dieser Stelle offen bleiben.

<sup>48</sup> Zum Konzept des Regelungsmodells, wenn auch auf die Tatbestandsebene bezogen, *Vogel*, in: *Festschrift U. Weber* (Fn. 20), S. 395, 398 f.

<sup>49</sup> Vgl. hierzu bereits oben bei und mit Fn. 26 und Fn. 41.

<sup>50</sup> LG Wuppertal NJW 2003, 1405; *Zöller* GA 2008, 151, 163 f.

ten dieses Regelungsgebiets gerecht zu werden. Allerdings ist rechtsgrundsätzlich allein darauf zu verweisen, dass durch eine strenge Verwaltungsrechtsakzessorietät die gebotene Beschränkung des Strafrechts auf strafbedürftiges Unrecht – Strafrecht als *ultima ratio* – nicht gewährleistet werden kann.<sup>51</sup> Auch wird die korruptionsrechtlich relevante *individuelle* Beziehung zwischen dem Spender und dem Amtsträger bei den bestehenden Publizitätspflichten nicht hinreichend offengelegt, so dass der Heimlichkeitscharakter der § 331 ff. StGB nicht aufgehoben wird.<sup>52</sup> Zudem ist das Parteienrecht nicht anwendbar auf Einzelkandidaten oder kommunale Wählervereinigungen, so dass Spenden an diese nur *analog* der Vorschriften des Parteiengesetzes gerechtfertigt werden könnten. Doch sind beispielsweise die Transparenz- und Berichtspflichten nicht ohne Weiteres auf diese Konstellationen übertragbar.

### c) Passive Wahlgleichheit

Solche Aspekte der Ungleichbehandlung bewegen auch den 3. *Strafsenat des BGH*, eine Rechtfertigungslösung zu verwerfen und statt dessen – auf das grundgesetzlich geschützte Recht auf passive Wahlgleichheit gestützt<sup>53</sup> – eine tatbestandliche Reduktion lediglich des § 331 StGB vorzunehmen, nicht aber des § 332 StGB. Eine Förderung sei demnach nicht tatbestandsmäßig, soweit diese nur erfolge, damit ein sich um Wiederwahl<sup>54</sup> bewerbender Amtsträger „nach erfolgreicher Wahl das wiedererlangte Wahlamt in einer Weise ausübt, die den allgemeinen wirtschaftlichen oder politischen Vorstellungen des Vorteilsgebers entspricht“,<sup>55</sup> zudem sei eine strafrechtliche Sanktion nur dann vorzunehmen, wenn diese „Grenze eindeutig überschritten“ sei.<sup>56</sup> Gegen diesen Lösungsweg wurde insbesondere vorgebracht, dass allgemeine politische Vorstellungen gerade im kommunalen Bereich oftmals eng mit vorhersehbaren, konkreten Maßnahmen und damit mit einer strafbaren Erwartung einer Gegenleistung zusammenhängen können.<sup>57</sup> Zudem verdient dieser rein materiell-rechtliche Ansatz Kritik, da er den – vom BGH in derselben Entscheidung hervorgehobenen – Heimlichkeitscharakter auch des § 331 StGB nicht durch flankierende prozedurale Bestimmungen wie Publizitätspflichten aufzuheben vermag.<sup>58</sup> Diskussionswürdig wäre

<sup>51</sup> Zu Einschränkungen und zur Kritik vgl. allein die Nachweise bei *Lenckner*, in: *Schönke/Schröder* (Fn. 43), vor § 32 Rdn. 61.

<sup>52</sup> BGHSt 49, 275, 287 f. = HRRS 2004 Nr. 959.

<sup>53</sup> Dennoch verbliebe eine Ungleichbehandlung. Diese noch weitergehend einzuschränken versucht § 108e Abs. 4 StGB-E (BT-Drucks. 16/6726, S. 3; vgl. hierzu bereits Fn. 23), welcher eine Gleichstellung der Strafbarkeit nach § 108e StGB auch für „Bewerber“ vorsieht.

<sup>54</sup> Richtigerweise wird dies auch auf andere Wahlen auszuweiten sein, beispielsweise wenn sich ein Landesminister um ein Bundestagsmandat bewirbt.

<sup>55</sup> BGHSt 49, 275, 294 = HRRS 2004 Nr. 959.

<sup>56</sup> BGHSt 49, 275, 295 = HRRS 2004 Nr. 959.

<sup>57</sup> So das instruktive Beispiel von *Saliger/Sinner* NJW 2005, 1073, 1076: Wahlkampfspende eines Bauunternehmers wegen der familien- und kinderfreundlichen Politik – allgemeine Förderung oder strafbare Erwartung einer bestimmten Maßnahme, beispielsweise wenn der Bauunternehmer zugleich einen Bauauftrag für eine Kindertagesstätte erstrebt?

<sup>58</sup> *Fischer* (Fn. 31), § 331 Rdn. 28a.

jedoch, auch an den Tathandlungen der §§ 331 ff. StGB anzusetzen und in der *Forderung* oder dem *Sich-Versprechenlassen* eine von politischen Amtsträgern eher zu missbilligende Verhaltensweise zu sehen als die bloße *Entgegennahme* von Spenden.

#### d) Verwerflichkeitsprüfung

Manche Schwächen des parteirechtsakzessorischen Regelungsmodells vermag ein Verweis auf die Verwerflichkeitsprüfung auszugleichen, die ohnehin bei den im Raume stehenden Konstellationen betreffend §§ 240, 253 StGB zu erfolgen hat, *de lege ferenda* auch über § 108e Abs. 3 StGB-E Einzug in die Korruptionsdelikte finden soll<sup>59</sup> und als grundsätzlicher Rechtsgedanke bei diesen auch generell Berücksichtigung finden kann. Die Verwerflichkeit – gleich ob man sie als Tatbestandskorrektiv oder als speziellen Rechtfertigungsgrund auffasst – kann sich erstens isoliert aus dem Vorteil ergeben, beispielsweise wenn Publizitätspflichten oder Spendenverbote missachtet werden. Auch eine isoliert betrachtete verwerfliche Gegenleistung ist denkbar, wenn beispielsweise diese eine Dienstpflichtverletzung i.S.d. § 332 Abs. 1 StGB darstellt.<sup>60</sup> Doch bei der Mittel-Zweck-Relation stößt man auf eine Besonderheit: verwerflich sollen gerade diejenigen Konstellationen sein, bei denen eine *enge* inhaltliche Verknüpfung zwischen Vorteil und Gegenleistung existiert, während herkömmlich das *Fehlen* einer Verknüpfung als Indiz für die Verwerflichkeit der Relation angesehen wird.<sup>61</sup> Insofern ist auf die *rechtliche Missbilligung* einer derartigen Verknüpfung abzustellen, wobei die Wertungen und Leitlinien des Parteiengesetzes herangezogen und diese auch auf personenbezogene Spenden und kommunale Wählervereinigungen angewendet werden können. In diese offene Wertung kann zudem auch der Aspekt der passiven Wahlgleichheit Einfluss finden, so dass die Kritik des BGH an der parteirechtsakzessorischen Lösung nicht übertragbar ist.

Doch ist die Verwerflichkeitslösung auch für „pay to play“-Konstellationen geeignet? In solchen Konstellationen wird zuweilen eine Gegenleistung gefordert, andernfalls der Täter eine reine Begünstigung (so die Ernennung zum Senator) ohne „Verschlechterungsmoment“ in rechtmäßiger Weise zu unterlassen droht. Eine solche (zumindest konkludente) Drohung mit einem rechtmäßigen Unterlassen einer reinen Besserstellung unterfällt augenscheinlich einer Restriktion des § 240 Abs. 2 StGB.<sup>62</sup> Allerdings liefert für Korruptionsdelikte, wie bereits gezeigt,<sup>63</sup> § 332 Abs. 3 StGB einen Ausweg für diese Problematik auf Tatbestandsebene; dieser Rechtsgedanke indiziert zudem die *rechtliche Missbilligung* einer solchen Verknüpfung einer an sich rechtmäßigen Drohung und einer an sich rechtmäßigen Parteispende und

führt daher zur Verwerflichkeit der Mittel-Zweck-Relation.

#### e) Transnationale Sachverhalte

Charme gewinnt die hier vertretene Verwerflichkeitsprüfung auch bei transnationalen Sachverhalten wie der Zahlung von Parteispenden an eine ausländische Partei. Eine Anwendung deutschen Parteienrechts auf ausländische Parteien oder eine akzessorische Duldung einer nach ausländischem Parteienrecht zulässigen Parteispende mutet gleichermaßen unpassend an, wie sich auch aus § 299 Abs. 3 StGB für die vergleichbare Konstellation bei Korruption im geschäftlichen Verkehr ergibt. Über die auf Verwirklichung größtmöglicher passiver Wahlgleichheit gestützte tatbestandsrestriktive Auslegung hinaus vermag es aber die Verwerflichkeitslösung, im Rahmen der Gesamtbewertung sowohl *evidente, absichtliche* Verstöße gegen das fremde Parteispendenrecht ebenso zu berücksichtigen wie – auch international<sup>64</sup> – *rechtlich missbilligte* Verknüpfungen zwischen Geldzahlung und Gegenleistungen.

#### f) Bewertung

Die notwendige Restriktion strafrechtlicher Verantwortlichkeit bei Partei- und Wahlkampfspenden erweist sich als vielschichtig: prozedurale Aspekte wie die einer Transparenz, makrosystematische Erwägungen wie die einer größtmöglichen Nähe zu parteirechtlichen Vorschriften, grundgesetzliche Aspekte wie die einer passiven Wahlgleichheit und eine isolierte Betrachtung einzelner Tatbestände führen in der Theorie wie auch in der Rechtspraxis zu divergierenden Regelungsmodellen, die aber allesamt unvollständig und mit Schwierigkeiten behaftet sind. Eine an § 240 Abs. 2 StGB orientierte Klausel, welche die Verwerflichkeit des Vorteils, der Gegenleistung *und* der Relation berücksichtigt, ist am ehesten geeignet, die genannten Aspekte einfließen zu lassen; eine analoge Anwendung dieser strafrechtsrestriktiven Klausel auf andere Tatbestände ist ohne Weiteres möglich. Mithin mag dieses Regelungsmodell auch für andere korruptionsrechtlich relevante Konstellationen eine systematisch schlüssige Lösung erlauben, wie bei den bisher über die Sozialadäquanz ausgeschiedenen geringwertigen Zuwendungen oder auch bei der Drittmittelinwerbung durch Hochschullehrer.

### 3. Political Questions

Wenig diskutiert ist allerdings bislang die Frage, welche Einschränkungen sich insbesondere für die Korruptionsdelikte, aber auch für die – nach ganz h.M. § 240 StGB, nicht aber §§ 331 ff. StGB verdrängenden<sup>65</sup> – §§ 105, 106

<sup>59</sup> BT-Drucks. 16/6726, S. 3 (Fn. 23).

<sup>60</sup> Insofern erfolgt hier bezogen auf § 332 StGB eine zum Regelungsmodell der passiven Wahlgleichheit äquivalente Bewertung.

<sup>61</sup> Vgl. nur Eser, in: Schönke/Schröder (Fn. 43), § 240 Rdn. 23 m.w.N.

<sup>62</sup> Vgl. zu diesem Problem Eser, in: Schönke/Schröder (Fn. 43), § 240 Rdn. 20.

<sup>63</sup> S. oben II. 1. b).

<sup>64</sup> Als Indiz der internationalen Missbilligung kann u.a. die Zeichnung der UNCAC (Fn. 21) durch inzwischen 140 Staaten (vgl. <http://www.unodc.org/unodc/en/treaties/CAC/signatories.html>, Stand 03.07.2009) herangezogen werden.

<sup>65</sup> Für das Verhältnis zu § 240 StGB vgl. nur Lackner/Kühl (Fn. 36), § 105 Rdn. 7, § 106 Rdn. 2; Fischer (Fn. 31), § 105 Rdn. 5; § 106 Rdn. 3; Eser, in: Schönke/Schröder (Fn. 43),

StGB daraus ergeben, wenn auf beiden Seiten, also als Täter und notwendiger Teilnehmer respektive Opfer, politisch Aktive, Mandatsträger oder (gubernative) Amtsträger involviert sind. Bei Partei- oder Wahlkampfspenden mutet eine über das Erörterte<sup>66</sup> hinausgehende Einschränkung eher fremd an, doch bietet der Fall *Blagojevich* weitere Konstellationen, so die Forderung nach Ernennung seiner Person in ein höheres Staatsamt bzw. zum Botschafter. Hierbei handelt es sich um einen genuin politischen Bereich, der aber dennoch – z.B. durch höhere Besoldung – mit einem Vorteil für *Blagojevich* verbunden gewesen wäre. Ihm wird zudem vorgeworfen, diese Forderung mit seiner anderweitigen Amtsausübung – hier der Ernennung einer bestimmten Person zum Senator – verknüpft zu haben, so dass die Tatbestände der §§ 331, 332 Abs. 1, Abs. 3 StGB erfüllt scheinen.

Wäre zu diesem Zeitpunkt *Obama* bereits Präsident gewesen, so wäre die Stellung des Adressaten<sup>67</sup> mancher Drohungen<sup>68</sup> der des § 106 StGB (Nötigung des Bundespräsidenten und von Mitgliedern eines Verfassungsorgans) vergleichbar, der einem *individuellen* Nötigungsoffer wegen der Erfassung auch von Drohungen einen besseren Schutz bietet als § 105 StGB (Nötigung von Verfassungsorganen) *kollektiven* Nötigungsoffern. Man mag im Rahmen solcher Fallgestaltungen zwar argumentieren, dass hochrangige Amtsträger solchen Drohungen in besonnener Selbstbehauptung standhalten und standhalten müssen, doch überzeugt dieser Ansatz – wie bereits dargelegt<sup>69</sup> – nicht.

Eine Restriktion für § 106 StGB, aber auch für die §§ 331 ff. StGB, ist erneut im Rahmen einer Verwerflichkeitsprüfung<sup>70</sup> zu suchen: eine verwaltungsrechtsakzessorische Prüfung führt hier nicht weiter, und auch geht es hier nicht um die „allgemeinen wirtschaftlichen oder politischen Vorstellungen des Vorteilsgebers“<sup>71</sup>, sondern um handfeste politische „Deals“. Hierbei dürften allerdings die gewährten Vorteile (so die Ernennung in hochrangige oder hoch dotierte Positionen und die damit z.T. auch nur mittelbar verbundenen Erwerbsaussichten, Unterstützung bei auch persönlich bedeutsamen Abstimmungen, aber auch – nach nicht unumstrittener Rechtsprechung – Maßnahmen zur Förderung der Ehre<sup>72</sup>) und auch die Gegenleistungen (etwa Abstimmungsverhalten, Steuerung des Informationsflusses) in aller Regel rechtmäßig sein; entscheidend ist daher die Mittel-Zweck-Relation.

Dabei ist zunächst zu fragen, ob es wirklich eine Domäne des Strafrechts ist, wenn ein Abgeordneter einem Bundeskanzler droht, bei einer Vertrauensfrage anlässlich eines Auslandseinsatzes der Bundeswehr gegen ihn zu stimmen, die wegen einer knappen Mehrheit daher scheitern könnte (Drohung mit dem empfindlichen Übel des Verlusts des Amtes, im Umkehrschluss stellt der Verbleib im Amt einen Vorteil dar<sup>73</sup>), wenn dieser ihn nicht bei einem anderen, innenpolitischen Vorhaben unterstütze (Nötigungserfolg, zugleich bedingtes Angebot des Vorteils)? Wenn ein einflussreicher Ministerpräsident einen Landesminister mit dem Anreiz auf einen hochdotierten Posten in einer internationalen Organisation lockt, seinen Widerstand gegen eine Reform aufzugeben und „freiwillig“ von seinem Posten zurückzutreten, andernfalls er ihn aber auf das „politische Abstellgleis“ schieben werde? Wenn ein Abgeordneter einem Landesminister droht, einen rechtmäßigen, aber dennoch zweifelhaften Beratervertrag bloßzustellen, wenn nicht der Minister seinen Einfluss zu einer Modifikation eines Gesetzgebungsverfahrens nutzt?

Bei alledem handelt es sich um hochpolitische Fragen. Einem politischen Idealbild zufolge sollte es bei allem nur um Sachfragen gehen, also um die sinnvollste Lösung eines politischen Problems oder um die Suche nach dem Qualifiziertesten für ein politisches Amt.<sup>74</sup> Doch steht hierbei eine Vielzahl von Wertungen im Vordergrund, auch wegen einer unklaren Entscheidungsgrundlage, und auch wegen einer Vielzahl von Zielkonflikten. Insofern ist die zwar oft zu Frustration und Verdrossenheit führende, aber dennoch in gewissem Rahmen notwendige Praxis die eines Werbens um Mehrheiten, des Findens von Kompromissen, Koalitionen und wechselnden Bündnissen – und dabei der Verknüpfung thematisch verschiedenster Aspekte, einem Tauschhandel gleich. Dies schließt den Versuch von Politikern ein, selbst in möglichst einflussreiche Positionen zu gelangen, um so ihre Wertvorstellungen, und auch ihre – subjektiv wahrgenommene oder objektiv gegebene – Expertise zielgerichtet einsetzen zu können. Insofern sind auch solche *politischen* Vorteile, selbst wenn sie mit persönlichen Vorteilen wie höherer Besoldung verbunden sind, nicht a priori zu verdammen.

Doch selbst wenn finanzielle Gesichtspunkte – wie bei dem *Blagojevich* zugeschriebenen Wunsch nach einem Ministerposten – im Vordergrund stehen sollten, stellt sich die Frage, ob die Strafgerichtsbarkeit der geeignete *Akteur* zur Beurteilung eines solchen Verhaltens ist. Dann und nur dann ist die Justiz zudem von dem Vorwurf eines „judicial activism“ freizusprechen.<sup>75</sup> Mag in einem evidenten Fall, insbesondere bei unzweifelhaften Aussagen über die zugrunde liegenden Motive, die in überwachten Telefongesprächen getätigt werden, eine solche

§ 106 Rdn. 5; *Bauer/Gmel*, in: LK-StGB (Fn. 29), § 106 Rdn. 8.

<sup>66</sup> Zu den gebotenen Einschränkungen vgl. bereits oben II. 2.

<sup>67</sup> Zwar sind direkte Kontakte mit *Obama* den Ermittlungsergebnissen zufolge nicht erfolgt, wohl aber Kontakte zu engen Beratern, die insoweit als Boten aufgefasst werden können.

<sup>68</sup> Vgl. aber oben bei und mit Fn. 42.

<sup>69</sup> Oben II. 2. d)

<sup>70</sup> Für § 106 StGB ergibt sich dieses Erfordernis auch nur implizit und aus der Systematik; vgl. *Eser*, in: *Schönke/Schröder* (Fn. 43), § 105 Rdn. 10, § 106 Rdn. 3; *Bauer/Gmel*, in: LK-StGB (Fn. 29), § 106 Rdn. 6.

<sup>71</sup> BGHSt 49, 275, 294 = HRRS 2004 Nr. 959.

<sup>72</sup> Vgl. *Fischer* (Fn. 31), § 331 Rdn. 11c.

<sup>73</sup> *Fischer* (Fn. 31), § 331 Rdn. 11d m.w.N.

<sup>74</sup> In diesem Zusammenhang sei darauf hingewiesen, dass *auch* für hochrangige Staatsämter – etwa Minister, Staatssekretäre, Wehrbeauftragte – das in Art. 33 Abs. 2 GG verbürgte Leistungsprinzip gilt, das also der am besten geeignete Kandidat auszuwählen sei. Der politische Gestaltungs- und Beurteilungsspielraum verwehrt aber eine juristische Überprüfung dieser Besetzungen.

<sup>75</sup> Grundlegend *Kermit Roosevelt III*, *The Myth of Judicial Activism*, 2006, S. 37 ff.

Bewertung ausnahmsweise auch durch den Akteur Strafjustiz möglich sein, so ist zumindest die nationale Strafgerichtsbarkeit grundsätzlich dafür ungeeignet. Erstens zeigt sich dies an den zur Strafverfolgung Berufenen: sei es bei dem speziellen Delikt des § 106 StGB gem. § 142a GVG die Bundes- oder Generalstaatsanwaltschaft, die in einem gewissen Näheverhältnis zu der Ministerialverwaltung stehen,<sup>76</sup> seien es bei den ggf. auch gegenständlichen §§ 331 ff. StGB Staatsanwaltschaften im Tagesgeschäft der Korruptionsbekämpfung – allesamt sind sie einer erfreulicherweise in praxi nur wenig genutzten, aber gerade in politisch brisanten Konstellationen als bedenklich zu erachtenden Weisungsbefugnis unterworfen. Zweitens ist zur Bestimmung der verfassungsrechtlichen Legitimität von Verhaltensweisen politischer Mandatsträger und Gremien eher das BVerfG – im Rahmen seiner Zuständigkeit – berufen, dessen paritätische Besetzung und auch dessen Verfahrensarten dem politischen Charakter besser gerecht werden kann.<sup>77</sup>

Infolgedessen ist bei der Prüfung der Verwerflichkeit in diesen Fallgruppen jedenfalls dann Zurückhaltung geboten, wenn es sich um ein legitimes Mittel und einen legitimen Zweck handelt. Sofern nicht private Vorteile *evident* das überragende Motiv und eine Förderung des politischen Programms *evident* nur nachrangiges Motiv sind, wird man eine politische Verknüpfung auch höchst unterschiedlicher Materien (straf-)rechtlich nicht missbilligen können.

#### 4. Immunität und Strafverfolgung

Zudem darf man die eine Strafverfolgung flankierenden Bestimmungen nicht übersehen: einerseits ermöglichen es spezielle Ausprägungen des Opportunitätsprinzips bei § 106 StGB, eine Strafverfolgung zu beenden,<sup>78</sup> andererseits aber genießen Mandatsträger in Bundes- (Art. 46 GG) und Landesparlamenten vollständige Immunität und Indemnität, auch wenn sie zugleich in der Gubernative tätig sind.<sup>79</sup> Zur Restriktion des Strafrechts sind diese aber nur unzureichend geeignet: erstens wirken sie nur auf solche Amtsträger, die zugleich ein Mandat innehaben, zweitens ist der Schutz der Immunität abhängig von den jeweiligen Mehrheiten im Parlament, und drittens ist die ratio dieser Normen – der Schutz der Funktionsfähigkeit des Parlaments<sup>80</sup> – gerade bei Korruptionssachverhalten weniger einschlägig denn bei den oben 3. angesprochenen politischen Fragestellungen.

<sup>76</sup> Beendet ist hingegen die bisherige Praxis, die Leitung der Generalstaatsanwaltschaft einem politischen Beamten zu übertragen.

<sup>77</sup> Man beachte in diesem Zusammenhang auch die besonderen Ausprägungen des Opportunitätsprinzips in §§ 153d, 153e StPO, die Anwendung jedoch erneut nur bei § 106 StGB, nicht aber bei §§ 331 ff. StGB finden können.

<sup>78</sup> Vgl. bereits oben bei und mit Fn. 77.

<sup>79</sup> Vgl. nur *Magiera*, in: Sachs (Hrsg.), Grundgesetz, 5. Aufl. (2009), Art. 46 Rdn. 12.

<sup>80</sup> Statt vieler *Magiera*, in: Sachs, GG (Fn. 79), Art. 46 Rdn. 1, 11.

### III. Bewertung

Aus *normativer* Sicht betrachtet ist das deutsche Strafrecht gut aufgestellt zur Bekämpfung gubernativer und exekutiver Korruption, auch bei „pay to play“-Konstellationen. Die notwendigen Restriktionen zum Ausschluss strafrechtlicher Verantwortlichkeit bei legitimen Wahlkampf- und Parteispenden und bei legitimen politischen „Deals“ können durch eine Prüfung der Verwerflichkeit des Zwecks, des Mittels und der Mittel-Zweck-Relation auch bei den Korruptionsdelikten erfolgen. Eine Reform erscheint allerdings bei der Pönalisierung der Abgeordnetenbestechung für erforderlich; diese kann sich ebenfalls an der hier vertretenen Verwerflichkeitsprüfung orientieren.

*Faktisch* ist die Bekämpfung der politischen Korruption für die Strafverfolgung ein diffiziles Feld: so gilt es, legitime politische Verhaltensweisen wie legitime Wahlkampf- und Parteispenden zu erkennen und von einer strafrechtlichen Verantwortlichkeit auszuschließen; so mögen die potentiellen Täter auch auf Strafverfolgungsbehörden erheblichen Einfluss haben, so dass dies zu großer Zurückhaltung durch die *nationalen* zur Ausübung der Strafverfolgung bestimmten Akteure führen könnte.

Der Fall *Blagojevich* zeigt aber auch hier einen Ausweg: nicht die Behörden von Illinois, sondern die amerikanischen Bundesbehörden führten die Ermittlungen und klagten *Blagojevich* wegen Verstößen gegen bundesgesetzliche Normen an. Ein solches strafrechtliches – vertikales – Mehrebenensystem, wie es in Deutschland allein von der Strafverfolgung völkerrechtlicher Verbrechen und dem Komplementaritätsprinzip zwischen dem IStGH und nationaler Strafverfolgung bekannt ist,<sup>81</sup> umgeht Weisungsverhältnisse und begrenzt die politisch mögliche Einflussnahme. Insofern ist ein solches Mehrebenensystem auch für die Korruptionsbekämpfung auf europäischer Ebene zu diskutieren, und dies über die Bekämpfung der Korruption zum Nachteil der Europäischen Union hinaus.<sup>82</sup> Freilich: wo mehrere Akteure tätig werden können, ergeben sich Zuständigkeitskonflikte, der Beschuldigte mag sich mehreren, parallelen Ermittlungsverfahren ausgesetzt sehen, und als Korrektiv ist zumindest das „ne bis in idem“-Prinzip umfassend zu gewährleisten. Die erforderlichen Grundlagen wurden<sup>83</sup> und werden<sup>84</sup> jedoch auf europäischer Ebene geschaffen, wenn auch vorerst allein bezogen auf die – horizontalen – Parallelsysteme der nationalen Kriminaljustizsysteme der Mitgliedstaaten der Europäischen Union.

<sup>81</sup> Zur Frage, ob durch dieses Mehrebenenmodell Völkerstrafrecht als *global governance* fungiert, vgl. *Burchard FriedensWarte* 83 (2008) 73, 83 ff.

<sup>82</sup> Nicht nur EuGHE 1989, 2965 („Griechischer Mais“) verdeutlichte den Bedarf für eine Alternative zu bloß nationaler Strafverfolgung, da diese sich nicht stets willens sahen, effektive Strafverfolgung zu betreiben. Vgl. zudem EuGH JZ 2005, 997 („Berlusconi“) m. Anm. *Satzger* JZ 2005, 998.

<sup>83</sup> Vgl. nur das in Art. 54 SDÜ verwirklichte „ne bis in idem“.

<sup>84</sup> Siehe nur den Vorschlag für einen Rahmenbeschluss des Rates zur Vermeidung und Beilegung von Kompetenzkonflikten in Strafverfahren (Ratsdok. 8338/09), über den der Rat der Europäischen Union – Justiz und Inneres – auf seiner 2936. Sitzung am 7. April 2009 zu einer allgemeinen Ausrichtung gelangte (Ratsdok. 8478/09).

# Zur Strafbarkeit von Ponzi-schemes – Der Fall Madoff nach deutschem Wettbewerbs- und Kapitalmarktstrafrecht

Von Robert Kilian\*, Köln

Der aktuelle Fall des US-amerikanischen Börsenmaklers Madoff (Vgl. FAZ vom 30. Juni 2009) zeigt die immensen Auswirkungen der hier thematisierten so genannten Ponzi-schemes. Seltsamerweise wird der Begriff in der deutschen Fachliteratur bislang kaum genannt. Dies verwundert angesichts der Häufigkeit und Tragweite derartiger Systeme. Beleg für die Existenz auch auf dem deutschen Finanzmarkt ist der jüngst ergangene Beschluss des BGH vom 18. Februar 2009, Az.: 1 StR 731/08 = BGH HRRS 2009 Nr. 318. Im Folgenden wird zunächst eine Einordnung des Begriffs vorgenommen, bevor das System in seinen unterschiedlichen Facetten einer strafrechtlichen Analyse unterzogen werden soll.

## I. Ponzi-Schemes

Geläufiger als der Begriff des „Ponzi-scheme“ ist, obwohl nicht synonym verwendbar, der des so genannten Schneeballsystems. In unterschiedlicher Form existent ist damit ein Modell gemeint, bei dem der Veranstalter einen Vertrag über die Abnahme von Waren, Dienstleistungen oder Rechten mit den von ihm unmittelbar erworbenen Erstkunden und sodann mit den durch deren Vermittlung erworbenen weiteren Kunden abschließt.<sup>1</sup> Der Vorteil für den Kunden erfüllt sich, wenn weitere Personen gleiche Abschlüsse mit dem Veranstalter tätigen.<sup>2</sup> Dabei wird in der Gesellschaft unter einem solchem Schneeballsystem sowohl die Variante verstanden, dass der Neukunde selbst weitere Teilnehmer sucht, als auch die Form, dass der Organisator zur Funktionstüchtigkeit des Systems selbst immer neue Kunden benötigt und dementsprechend anwirbt. Viele Neukunden glauben daran, dass der Organisator die Struktur des Systems durchschaut und vertrauen auf eine sonst am Markt eher unübliche Rendite. Der Veranstalter oder der Neukunde ist in der Pflicht immer neue Teilnehmer für das System zu gewinnen. Damit entsteht ein Tätigkeitsanreiz, welcher im Ganzen

gesehen zu einer extremen Progressivität des Systems führt.

Das so genannte „Ponzi-scheme“, auch „Ponzi-Trick“ genannt, wird gelegentlich als die Urform aller Schneeballsysteme bezeichnet. Trotz dieser Auszeichnung findet sich im Gegensatz zu der wirtschaftswissenschaftlichen Literatur unter diesem Stichwort bislang fast keinerlei Untersuchung aus juristischer Sicht. Einzig Schorsch erwähnt die Ponzi-Schemes in einem Aufsatz von 2007<sup>3</sup> und erläutert die Herkunft sowie die Arten derartiger Systeme im Kontext neuer Erscheinungsformen von Wirtschaftskriminalität. Eine strafrechtliche Analyse dieser Modelle, findet sich – soweit ersichtlich – derzeit nicht. Diese Ausspargung verwundert angesichts der Häufigkeit und Tragweite<sup>4</sup> derartiger Verhaltensweisen auf den Finanzmärkten dieser Welt.

Der Begriff selbst geht zurück auf den italienischen Einwanderer *Charles Ponzi*, welcher in den zwanziger Jahren des letzten Jahrhunderts auf der Suche nach einem Einkommen auf eine bis dahin weitläufig unbekannt Form der Vermögensverwaltung kam: Er fand heraus, dass internationale Antwortschreiben, also Wertkuponen, welche in Ländern innerhalb des Weltpostvereins gegen den Wert des Portos eines bis zu 20 Gramm schweren Luftpostbriefes ins Ausland eingetauscht werden können, nach anfänglicher Koppelung an die Währung, mittlerweile von unterschiedlichem Wert auf den einzelnen Kontinenten waren. So konnte man theoretisch eine kleine Gewinnmarge abschöpfen, sofern man das Antwortschreiben in Europa kaufte und dann in Amerika wieder verkaufte. Angesichts der doch recht hohen Begleitkosten für Transport und Personal und sich daraus ergebene sehr geringe Gewinne, war *Ponzi* gezwungen mit neuem frischen Kapital die Investitionssumme zu erhöhen und das Vorhaben auf diese Weise rentabel zu gestalten. Das System fand mit Hilfe hoher Renditeversprechen Ponzis großen Anklang in der Bevölkerung und eine beträchtliche Anzahl von Personen investierten ihr Geld in das nunmehr aufgestellte Vermögensmodell.

\* Der Autor ist Doktorand an der Universität zu Köln.

<sup>1</sup> Hefermehl/Köhler/Bornkamm, UWG, 27. Auflage (2009), § 16 Rdnr. 32; Raube, Strafrechtliche Probleme der progressiven Kundenwerbung (1995), S. 7.

<sup>2</sup> Otto Jura 1999, 97, 98; Vgl. auch die Ausführungen zum Bundeslagebild Wirtschaftskriminalität 2004 abzurufen unter: [http://www.bka.de/lageberichte/wi/wikri\\_2004.pdf](http://www.bka.de/lageberichte/wi/wikri_2004.pdf).

<sup>3</sup> Schorsch Kriminalistik 2007, 236, 237 f.

<sup>4</sup> Vgl. nur den aktuellen Beschluss des BGH vom 18. Februar 2009, Az.: 1 StR 731/08 = BGH HRRS 2009 Nr. 318 = NSStZ 2009, 330 f.

Wollte einer der Teilnehmer nach einiger Zeit seinen Gewinn ausbezahlt haben, war dies für *Ponzi* in den Anfangszeit des Systems noch kein Problem. Überstieg jedoch die Summe der Gewinnauszahlung an den auscheidenden Teilnehmer seine finanziellen Möglichkeiten innerhalb der hierfür eigens gegründeten Firma „Securities Exchange Company“ war er nach einiger Zeit gezwungen die Gewinne mit dem Geld anderer neuer Teilnehmer des Systems zu bezahlen. Zu einer Gewinnauszahlung aus einem von der Firma tatsächlich erwirtschafteten Gewinn im Rahmen der internationalen Antwortschreiben kam es nicht mehr. Da die meisten Kunden ohnehin aufgrund der hohen Rendite ohne Auszahlungswunsch direkt wieder bei dem Unternehmer reinvestierten, bedurfte es zunächst auch nicht sehr häufig dieser Methode. Nach einigen Turbulenzen und ersten Fällen der Aufdeckung machten immer mehr Personen die Auszahlung der Gewinne geltend. Es kam wie es kommen musste: Die Gewinnsumme (also der Anfangsbetrag plus die versprochene Rendite) konnte nicht mehr ausgezahlt werden, da nach der oben stehenden Methode immer mehr neue Teilnehmer hätten partizipieren müssen, um das System aufrechtzuerhalten und die anstehenden Gewinnsummen auch tatsächlich ausbezahlen zu können. Aufgrund der negativen Schlagzeilen fanden sich hingegen keine neuen Teilnehmer mehr, womit das System zusammenbrach. *Ponzi* wurde im Bundesstaat New York zu einer mehrjährigen Haftstrafe verurteilt.

Ist dieser Anfang auch achtzig Jahre her, so bleibt die Vorgehensweise doch weiterhin aktuell. Es handelt sich um eine speziell im Finanzsektor vorzufindende Ausprägung des in vielen Facetten existenten so genannten Schneeballsystems.<sup>5</sup> Im jüngst aufgedeckten Fall des Börsenmaklers *Bernard Madoff* wurde nach Grundlage des dargestellten Modells eine Anlagesumme von insgesamt 64, 8 Milliarden Dollar vorgegaukelt.<sup>6</sup> *Madoff* hatte zunächst mit dem Wertpapierhandel eine Anlagestrategie für seine Kundengelder, die dann im Laufe der Jahre aber scheiterte. Wenigstens in den letzten Jahren soll er fast gar keine Transaktionen mehr ausgeführt haben. Die Renditezahlungen an seine Altkunden bewerkstelligte er – ganz nach oben genanntem *Ponzi-Scheme* - mit dem Geld von Neukunden.

Damit wird deutlich, dass sich an dem Grundmodell über die Jahre nichts geändert hat: Der vermeintliche Täter verwendet angesichts kaum realisierbarer Renditeerwartungen die von Neuteilnehmern einbezahlten Summen zur Befriedigung der Gewinnerwartung der bereits teilnehmenden Personen. Angesichts der Rendite vergrößert sich mit der steigenden Anzahl der Neuteilnehmer die Gefahr, dass der Organisator nicht mehr in der Lage ist, die anstehenden Gewinnsummen auszuzahlen. Solange die Investoren die einbezahlte und vermeintlich mit Renditen versehene Summe allerdings im System reinvestieren, wird der Schwindel nicht aufgedeckt. Problematisch ist an diesem Modell vor allem die sich entwickelnde Progressivität. Die am Ende der Investition aus-

zuzahlende Summe übersteigt die Summe der Einzahlung erheblich. Gerade diese große Rendite macht das System im Anfangsstadium so interessant und zieht die Investoren an. Der Organisator ist allerdings gezwungen immer mehr Investoren zu finden, um bereits am System teilhabende Personen ausbezahlen zu können. Wie bei allen Schneeballsystemen kommt es daher zwangsläufig zu einem gewissen Zeitpunkt zum Zusammenbruch des Systems.

Der nachfolgende Abschnitt der Untersuchung soll die Strafbarkeit dieser nach ihrem „Entdecker“ benannten Methode im Allgemeinen und den Fall *Madoff* übertragen ins deutsche Recht im Besonderen analysieren. Dabei ergeben sich vielfältige Normanknüpfungspunkte sowohl aus dem Wettbewerbs- wie auch dem Kapitalmarktstrafrecht. Denkbar ist eine Sanktionierung nach §§ 263, 264a, 266 und 284 StGB, sowie nach dem vom Gesetzgeber speziell für bestimmte Schneeballsysteme vorgesehenen § 16 II UWG.

## II. Strafbarkeit

Die dargestellten Verhaltensweisen verursachen einen enormen Schaden bei den betroffenen Teilnehmern und stellen damit ein strafwürdiges und strafbedürftiges Verhalten dar. Im Fall *Ponzi* stellte sich heraus, dass Anleger in den zwanziger Jahren des letzten Jahrhunderts bis zum Zusammenbruch des Systems 15 Millionen Dollar gezahlt hatten. Im Fall *Madoff* wird bislang von einem Schaden in Höhe von weit über 50 Milliarden Dollar ausgegangen.<sup>7</sup> Bei einem derartigen Verhalten, welches in einer solchen Erheblichkeit auftritt, drängt sich angesichts der enormen sozialschädlichen Wirkung<sup>8</sup> die Frage einer Strafbarkeit geradezu auf.

### 1. § 263 StGB

Möglicherweise erfüllt die beschriebene Methode den Straftatbestand des Betruges gemäß § 263 StGB. Neben einer Täuschung und einem darauf basierenden Irrtum des Opfers würde dies eine Vermögensverfügung und einen Vermögensschaden voraussetzen.

#### a) Täuschungshandlung

Eine Täuschung ist ein zur Irreführung bestimmtes und damit der Einwirkung auf die Vorstellung eines anderen Menschen dienendes Gesamtverhalten.<sup>9</sup> Bei einem Ponzi-scheme gibt der Organisator gegenüber seinen Kunden vor, dass mit der vorliegenden Anlage eine meist über dem Marktniveau liegende Rendite realisierbar sei. Abweichend bleibt in dem Vorstellungsbild der Opfer der Eindruck, die Rendite sei mit dem System jederzeit zu wiederholen beziehungsweise überhaupt einmalig zu realisieren. In selteneren Fällen hat der Täter von vornherein nicht vor, das erhaltene Geld tatsächlich in eine Anlage zu investieren, also wenigstens den Versuch zu

<sup>5</sup> Vgl. auch *Schorsch* Kriminallistik, 2007, 236, 238.

<sup>6</sup> Vgl. FAZ vom 13. März 2009, Seite 23; Siehe zudem die Hinweise des Vereins zum Schutz der Kapitalanleger unter: <http://www.sdk.org/pressemittteilung.php?action=detail&pmID=515>.

<sup>7</sup> Vgl. FAZ vom 13. März 2009, Seite 23.

<sup>8</sup> Vgl. *Wessels/Beulke*, Strafrecht Allgemeiner Teil, 38. Auflage (2008), Rn.9.

<sup>9</sup> *Lackner/Kühl*, StGB, 26. Auflage (2007), § 263 Rn.6; *Fischer*, StGB, 55. Auflage (2008), § 263 Rn.10.

starten, den versprochenen Gewinn über ein gewinnträchtiges Geschäftsmodell zu erwirtschaften. Bei diesen Konstellationen ist die Bestimmung der Täuschungshandlung verhältnismäßig einfach vorzunehmen: Die Täuschung liegt in der Vorspiegelung über das Investitionsmodell selbst.<sup>10</sup> Weiters häufiger wird jedoch, wie oben dargestellt, anfangs noch in ein Anlagemodell investiert und auch die Gewinnsumme komplett ausgezahlt, womit eine Täuschung über die tatsächliche Existenz des Systems nicht in Betracht kommt. Dahingehend muss also ein anderer Anknüpfungspunkt für die Täuschungshandlung gefunden werden.

Der Täter verschweigt die Progressivität des Systems und die damit einhergehende Gefahr des schnellen Zusammenbruchs. Zudem wird verschwiegen, dass die ausbezahlte Summe nicht aus der Investierung in das Anlageprodukt stammt, sondern aus dem neuen Einsatz weiterer erst später in das System eingetretener Teilnehmer.

Diesem ersten Ansatz folgend bilden sich zwei denkbare Anknüpfungspunkte für eine Täuschung im Sinne des § 263 StGB heraus: Zum einen die Täuschung über den sicheren Zusammenbruch des Systems, zum anderen die Täuschung über den Einsatz des investierten Geldes. Dabei soll betont werden, dass diese Täuschungen grundsätzlich erst in Betracht kommen, wenn das System schon installiert ist und einige Teilnehmer bereits partizipieren. Ausgangslage ist dann die Situation, dass ein Neukunde an den Organisator herantritt und Letzterer dann entsprechend falsche Vorstellungen in dem Opfer hervorruft.

aa) Zunächst zu der Täuschung über den sicheren Zusammenbruch des Systems. Es ergibt sich die Problematik, dass auch der neue Teilnehmer bei einer Kapitalanlage nicht grundsätzlich davon ausgehen kann, dass die Geldsumme risikofrei investiert ist. Selbst die sichersten Geldanlagen tragen ein gewisses Restrisiko in sich. Ob dieses Risiko nun darin besteht, dass das System aufgrund der Progressivität kollabiert oder aber aufgrund einer möglicherweise anderweitigen Pleite des Organisators ist für die Untersuchung in diesem Abschnitt ohne Belang. Einzig die *Risikohöhe* bei Vertragsschluss mit dem Neukunden ist ausschlaggebend. Damit ist entscheidend, ob es ab einem gewissen Grad an Risiko eine Aufklärungspflicht des Verkäufers gibt, den bestehenden hohen Faktor des Zusammenbruchs zu berücksichtigen. Schließlich geht es im Fall der Ponzi-schemes nicht um einen Spielvertrag oder eine Sportwette. Bei diesen Geschäften wird konkludent das Vorliegen des jeweils spezifischen Risikos miterklärt.<sup>11</sup> Bei einer Kapitalanlage ist das Risikobewusstsein bei den Opfern aber erheblich geringer als bei einem Glücksspiel oder einer Wette.

Das Kapitalmarktrecht kennt grundsätzlich umfangreiche Aufklärungspflichten des Täters.<sup>12</sup> Dementsprechend hat

der BGH bereits eine Täuschung durch Unterlassen bejaht, wenn der Täter sich darauf beschränkt, die Aufschläge zu verschweigen, die er auf die Londoner Optionsprämie nimmt.<sup>13</sup> Des Weiteren ist ein Fall entschieden worden, bei dem der Anschein erweckt wurde, das gesamte Kundengeld werde ohne Abzug an der Börse angelegt.<sup>14</sup> Waren diese Fälle zwar auch anders gelagert, so wird doch deutlich, dass die Rechtsprechung durchaus bereit ist, Aufklärungspflichten anzunehmen, wenn die neuen Teilnehmer bei einer Kapitalanlage nicht über die gesamte Struktur und den Investitionsgang der Anlage informiert worden sind. Dementsprechend kann eine Aufklärungspflicht auch bei den Ponzi-Schemes angenommen werden. Folglich führt allein schon das Vorspiegeln eines vermeintlich stabilen Systems zur Bejahung des Merkmals der Täuschung.

bb) Hinsichtlich des Einsatzes des investierten Geldes versucht der Täter bei den Ponzi-Schemes mittels einer Umlagerung den Altkunden weiß zu machen, das System funktioniere mit einer derart hohen Rendite tatsächlich. Dieses neugeschöpfte Vertrauen wird für die Anwerbung neuer Kunden genutzt. Die Täuschungshandlung könnte also auch darin bestehen, dass den Neukunden vorgespiegelt wird, ihr eingebrachtes Geld werde tatsächlich in das System investiert. Keinesfalls muss diese Tatsache dem Opfer ausdrücklich beigebracht werden. Vielmehr ist in Literatur und Rechtsprechung zu § 263 StGB anerkannt, dass die Täuschung auch in einem schlüssigen Vorspiegeln liegen kann.<sup>15</sup> Damit bedarf es nicht des Rekurses auf eine mögliche Strafbarkeit durch Unterlassen, welche unter der Voraussetzungshürde der Garantstellung weitere Erörterungen erforderlich machen würde. Vielmehr kann bereits in der Annahme eines entsprechenden Vertrages durch den Täter die stillschweigende Erklärung liegen, er würde das neu eingeworbene Kapital in das System setzen. Damit steht dieses Modell der oben kurz angedeuteten und jüngst vom BGH entschiedenen Konstellation nahe, bei der von Anfang an gar kein Anlagemodell vorliegt und das Geld ausschließlich dazu genutzt wird, sich zu bereichern und/oder bereits von Altkunden geforderte Gewinnauszahlungen zu tätigen. In der Praxis werden sich häufig extreme Schwierigkeiten zeigen, wenn dem Täter die Organisation und der Geldfluss in beschriebener Methode nachgewiesen werden soll.

Allerdings könnte man, den Begriff der Kapitalanlage weit verstanden, auch wirklich annehmen, dass das Geld dem System als solchem zugute kommt. Schließlich ist der Kern des Ponzi-Scheme die Umlagerung des Geldes der Neukunden als Gewinn für die Altkunden. Bei einem solch weiten Verständnis müsste eine Täuschung verneint werden. Entscheidend ist jedoch, dass die neuen Teilnehmer nicht nur ohne Interesse in das System einzahlen, sondern ihre Investition im Finanzmarkt in aller Regel gut durchdacht haben. Dieses Mitdenken setzt auch voraus, dass die Opfer sich über den Ablauf der Investition informieren. Hat der Täter ohnehin wahr-

<sup>10</sup> So in dem Beschluss des BGH vom 18. Februar 2009, Az.: 1 StR 731/08 = HRRS 2009 Nr. 318.

<sup>11</sup> Vgl. Fischer, a.a.O. (Fn.9), § 263, Rn.10; Kindhäuser, in: Nomos Kommentar StGB, 2. Auflage (2005), § 263 Rn. 133.

<sup>12</sup> Vgl. Zieschang, in: Park, Kapitalmarkt Strafrecht, 2. Auflage (2008), S. 58 ff.

<sup>13</sup> BGHSt 30, 177, 181f.

<sup>14</sup> BGHSt 30, 388ff.

<sup>15</sup> Fischer, a.a.O. (Fn.9), § 263, Rn. 10a; Wessels/Hillenkamp, Strafrecht BT 2, 31. Auflage (2008), Rn.498; Lackner/Kühl, a.a.O. (Fn.9), § 263, Rn. 9 m.w.N.

heitswidrig in Prospekten oder Gesprächen behauptet, er werde das Geld in eine bestimmte Anlage investieren, liegt unproblematisch eine Täuschung durch positives Tun und damit in der Regel auch ein Betrug vor. Dieses Ergebnis lässt sich aber unter dem Gesichtspunkt des schlüssigen Vorspiegelns selbst dann noch erzielen, wenn keine genauen Aussagen zu dem Investitionsablauf gemacht worden sind. Denn der Neukunde darf sicher erwarten, dass das investierte Geld nicht zum „Stopfen von Löchern“ bei Altkunden verwendet wird. Damit ist auch in dem zweiten Anknüpfungspunkt eine Täuschung im Sinne des § 263 StGB zu bejahen.

**b) Irrtum, Vermögensverfügung und Vermögensschaden**

Durch die Täuschungshandlung muss zudem ein Irrtum einer anderen Person erregt oder unterhalten werden. Der Irrtum ist dabei jeder Widerspruch zwischen einer subjektiven Vorstellung und der Wirklichkeit.<sup>16</sup> Im Rahmen der hier vorgestellten Konstellation liegt der Irrtum in dem Auseinanderfallen der subjektiven Vorstellung, das Geld werde in eine sichere Geldanlage investiert und der tatsächlichen Verwendung als Auszahlung des Gewinns an Altkunden. Als ungeschriebenes Tatbestandsmerkmal setzt der Betrug zudem eine Vermögensverfügung voraus. Eine solche ist gegeben bei jedem Tun oder Unterlassen, welches sich unmittelbar vermögensmindernd auswirkt.<sup>17</sup>

Ein Vermögensschaden ist gegeben, wenn der wirtschaftliche Gesamtwert des Vermögens durch die Verfügung des Getäuschten vermindert wird.<sup>18</sup> Im Fall der hier besprochenen Unterart der Schneeballsysteme ist ein Schaden entstanden, wenn der Neukunde weder seinen eingezahlten Betrag noch seinen versprochenen Zugewinn erhält. Ist es zu einer solchen Feststellung der mangelnden Realisierbarkeit noch nicht gekommen, bleibt eine Bejahung über die Figur der schadensgleichen Vermögensgefährdung.<sup>19</sup> Danach reicht bereits die konkrete Gefährdung des Vermögens aus.<sup>20</sup>

In dem bereits oben erwähnten Beschluss<sup>21</sup> hat der BGH festgestellt, dass der mit der Vermögensverfügung unmittelbar eingetretene Vermögensschaden durch das Verlustrisiko zum Zeitpunkt der Vermögensverfügung bestimmt sei und sich damit ein Schaden bereits zu diesem frühen Zeitpunkt ergeben könne.

Unter Rekurs auf die Konstruktion der konkreten Vermögensgefährdung müsste die Möglichkeit des Verlusts

eines Vermögensbestandteils zum Zeitpunkt der täuschungsbedingten Verfügung so groß sein, dass dies bereits dann eine objektive Minderung des Gesamtvermögenswerts bedeutet.<sup>22</sup> Dem in seinem Vermögen Bedrohten dürfte keine Möglichkeit mehr offenstehen, den Umschlag der Gefahr in einen entgeltigen Verlust zu vermeiden.<sup>23</sup> Dies muss unter Berücksichtigung der Tatsache, dass in vielen Fällen der Ponzi-Schemes die Aussicht auf eine Gewinnauszahlung annähernd unmöglich ist, jedenfalls für die Fälle bejaht werden, bei denen das System bereits fortgeschritten ist und es dem Organisator angesichts der krassen Progressivität des Modells nicht mehr möglich ist Gewinne auszubezahlen.

Nach der dargestellten Argumentation kann jedenfalls bereits der Abschluss eines unter Vorspiegelung von Leistungsfähigkeit erschlichenen Vertrages im Einzelfall dazu führen, dass der Vermögensschaden im Sinne des Betruges insgesamt zu bejahen ist.<sup>24</sup> Danach ist auch bei den so genannten Ponzi-schemes ein Vermögensschaden zumindest dann zu bejahen, wenn der Organisator bei Abschluss eines Vertrages mit dem Neukunden bereits nicht mehr in der Lage ist, die versprochene Mindestrendite zu erbringen. Erst recht zu bejahen ist ein Schaden, soweit der Organisator von vornherein beabsichtigt das entsprechende Kundengeld gar nicht zurückzuzahlen.<sup>25</sup>

**c) Weitere Voraussetzungen**

Weiterhin bedarf es des Vorsatzes des Täters. Es dürfen keine Rechtfertigungsgründe eingreifen und die Tat muss schuldhaft begangen worden sein. Es gelten insoweit die allgemeinen Grundsätze. Sofern all die genannten Voraussetzungen gegeben sind bleibt im Zwischenergebnis festzustellen, dass die meisten Fälle der Ponzi-schemes nach deutschem Recht strafbar sind. Gerade im Fall *Madoff* dürfte – auf Grundlage des derzeitigen Informationsstandes – eine Verurteilung auch nach deutschem Recht (gemäß § 263 StGB) wahrscheinlich sein.<sup>26</sup>

**2. § 264a StGB**

Grundsätzlich kommt zudem eine Strafbarkeit wegen Kapitalanlagebetrugs gemäß § 264a StGB in Betracht. Dies setzt allerdings voraus, dass ein entsprechender Geschäftsgegenstand gegeben ist: § 264a StGB ist auf Handlungen im Zusammenhang mit bestimmten Anlageobjekten und bestimmten Zielen beschränkt.<sup>27</sup> Zum einen ist damit der in § 264a I Nr. 1 StGB normierte Vertrieb von Wertpapieren, Bezugsrechten oder Anteilen, die eine Beteiligung an dem Ergebnis eines Unterneh-

<sup>16</sup> Fischer, a.a.O. (Fn.9), § 263, Rn. 33; Perron, in: Schönke/Schröder, StGB, 27. Auflage (2006), § 263 Rn. 33.  
<sup>17</sup> BGH BB 1991, 713; Fischer, a.a.O. (Fn.9), § 263, Rn. 40.  
<sup>18</sup> Lackner/Kühl, a.a.O. (Fn.9), § 263, Rn. 36; Kindhäuser, in Nomos Kommentar StGB, 2. Auflage (2005), § 263 Rn. 226.  
<sup>19</sup> Vgl. zu dieser Konstellation generell BGHSt 33, 244, 246; 47, 160, 167.  
<sup>20</sup> BGHSt 34, 394, 395; Cramer, in: Schönke/Schröder, StGB, 27. Auflage (2006), §263 Rn. 143; Kindhäuser, a.a.O. (Fn.17), § 263 Rn. 297.  
<sup>21</sup> Siehe BGH vom 18.Februar 2009, Az.: 1 StR 731/08 = HRRS 2009 Nr. 318.

<sup>22</sup> Fischer, a.a.O. (Fn.9), § 263, Rn. 94.  
<sup>23</sup> Wessels/Hillenkamp, a.a.O. (Fn.15), Rn. 571 m.w.N.  
<sup>24</sup> Fischer, a.a.O. (Fn.9), § 263 Rn. 97.  
<sup>25</sup> Vgl. auch Fischer, a.a.O. (Fn.9), § 263 Rn. 99; So wohl auch die Absicht des Täters in dem Beschluss des BGH vom 18.Februar 2009, Az.: 1 StR 731/08 = HRRS 2009 Nr. 318.  
<sup>26</sup> In Bezug auf die Strafbarkeit derartiger Systeme auch BGH Beschluss vom 18. Februar 2009, Az.: 1 StR 731/08 = HRRS 2009 Nr. 318.  
<sup>27</sup> Fischer, a.a.O. (Fn.9), § 264a, Rn. 4.

mens gewähren sollen<sup>28</sup> gemeint. Zum anderen sind aber auch die in Nr. 2 genannten Erhöhungsangebote erfasst. Angebote in diesem Sinne können nur an Personen gerichtet sein, welche bereits Anteile im Sinne der Nr. 1 erworben haben.

Des Weiteren ist zu beachten, dass der Kapitalanlagebetrug nur für die Fälle der Ponzi-schemes in Betracht kommt, bei denen der Organisator in Prospekten oder in Darstellungen oder Übersichten über den Vermögensstand hinsichtlich der für die Entscheidung über den Erwerb oder die Erhöhung erheblichen Umstände unrichtige Angaben macht. Nur diese Tatgegenstände sind erfasst.<sup>29</sup> In der Regel werden heutzutage aber alle Anlagen mit entsprechenden Prospekten beworben, so dass diese Voraussetzung meist gegeben sein wird. Mithin ist eine Strafbarkeit nach § 264a StGB für die hier vorliegende Konstellation grundsätzlich denkbar. Im Falle des Eingreifens des § 264a StGB neben dem einfachen Betrug tritt der Kapitalanlagebetrug aber im Wege der Gesetzeskonkurrenz zurück.<sup>30</sup>

### 3. § 266 StGB

Neben den Betrugsdelikten kommt im Falle der Ponzi-Schemes grundsätzlich auch die Prüfung des Untreuetatbestands in Betracht. Regelmäßig wird der Organisator als Vermögensverwalter eine Vermögensbetreuungspflicht inne haben. Hinsichtlich der Pflichtwidrigkeit der Tathandlung ergibt sich die Einordnung in die bereits bestehende Fallgruppe der Risikogeschäfte.<sup>31</sup> Grundsätzlich ist gerade bei Finanzgeschäften anerkannt, dass ein gewisses Risiko des Verlustes nicht zu Lasten des Vermögensverwalters gehen soll.<sup>32</sup> Allerdings ist die Pflichtverletzung jedenfalls dort zu sehen, wo nach dem Inhalt des Treueverhältnisses entweder formelle oder materielle Grenzüberschreitungen das Eingehen eines Risikos als unvertretbar erscheinen lassen. Legt der Vermögensverwalter bei den Ponzi-Schemes das Geld nicht in der beworbenen Investition an, sondern verwendet die Gelder zur Bezahlung von Gewinnen von Altkunden ist in jedem Fall eine unvertretbare Überschreitung des Risikos anzuerkennen. Zudem kann ein Vermögensnachteil nach den oben bei § 263 StGB genannten Maßstäben bejaht werden. Mithin zeigt sich, dass grundsätzlich auch eine Strafbarkeit wegen Untreue anfangs beschriebenes Verhalten sanktionieren kann.

### 4. §§ 284 ff. StGB

Eine Strafbarkeit wegen Unerlaubter Veranstaltung eines Glücksspiels nach § 284 StGB würde voraussetzen, dass es sich bei den Ponzi-schemes um Glücksspiele handelt. Unter einem solchen Spiel ist ein nach bestimmten Regeln verlaufendes Spielen um Gewinn oder Verlust zu

verstehen.<sup>33</sup> Ein in diesem Sinne gefordertes *Spielen* ist im Fall des Ponzi-Tricks aber eben gerade nicht gegeben. Der Anleger will nicht unter größtem Verlustrisiko mit seinem Geld handeln, sondern mit hoher Rendite den Ausgangsbetrag planvoll steigern. Keinesfalls rechnet der Neukunde ernsthaft mit dem potentiell möglichen völligen Verlust seines Einsatzes. Genau dieses Risiko ist aber Teil des Glücksspiels. Demnach scheidet eine Strafbarkeit nach § 284 StGB aus. Auch eine Strafbarkeit wegen unerlaubter Veranstaltung einer Lotterie oder einer Ausspielung scheidet aus. Beide Systeme sind Sonderformen des Glücksspiels<sup>34</sup> und damit entsprechend aus dargestellten Gründen nicht übereinstimmend mit den Ponzi-Schemes.

### 5. § 16 II UWG

Möglicherweise greift aber neben dem Betrug und der Untreue eine spezielle Strafnorm aus dem Nebenstrafrecht: § 16 II UWG erfasst Arten so genannter progressiver Kundensysteme. Darunter fallen neben den Pyramidensystemen auch Schneeballsysteme.

Allerdings müsste es sich bei den Ponzi-Schemes auch um die Art von Schneeballsysteme handeln, welche mit § 16 II UWG erfasst werden sollten. Gerade in der Tagespresse werden oftmals Konstellationen als Schneeballsystem deklariert, die diesen Namen nach dem im UWG zugrunde gelegten Verständnis gar nicht verdient hätten. Die strafbare progressive Kundenwerbung erfasst nur solche Verhaltensweisen, bei denen ein Verbraucher gerade durch das Versprechen motiviert wird, sie würden vom Veranstalter besondere Vorteile erlangen, wenn sie andere zum Abschluss gleichartiger Geschäfte veranlassen. Der Teilnehmer erhält die besonderen Vorteile also nur dann, wenn er andere zum Abschluss gleichartiger Geschäfte bewegt, die ihrerseits nach dem dargestellten Muster verfahren.<sup>35</sup> Ein solches Lockmittel wird in der Regel bei den so genannten Ponzi-Schemes aber nicht gegeben sein, denn Werbemittel für den Eintritt in das System ist meist nicht die Gewährung besonderer Vorteile für versprechensveranlasste Neukundengeschäfte. Beispielhaft sei dazu noch einmal der Fall *Madoff* aufgegriffen. Hier war es dem US-amerikanischen Börsenmakler gelungen viele Kunden dazu zu überreden, seiner Firma große Geldsummen zukommen zu lassen, um diese Summen im Sinne einer erfolversprechenden Vermögensverwaltung nach einiger Zeit mit hoher Rendite zurück zu überweisen. Entgegen dem oben genannten Anwendungsfall des § 16 II UWG hatten die Mitarbeiter von *Madoff* aber nicht mit dem Versprechen geworben, dass sich ein bestimmter Vorteil aus der weiteren Anwerbung von Teilnehmern ergebe. Damit scheidet in diesem Fall – den Sachverhalt entsprechend auf das deutsche Recht übertragen – eine Strafbarkeit wegen progressiver Kundenwerbung nach § 16 II UWG aus.

<sup>28</sup> Damit sind zum Beispiel partiarische Darlehen gemeint, vgl. für weitere Anwendungsfälle: *Fischer*, a.a.O. (Fn.9), § 264a, Rn. 8.

<sup>29</sup> *Lackner/Kühl*, StGB, a.a.O. (Fn.9), § 264a, Rn. 10.

<sup>30</sup> *Lackner/Kühl*, a.a.O. (Fn.9), § 264a Rn. 17; *Hellmann*, in *Nomos Kommentar StGB*, 2. Auflage (2005), § 264a Rn. 82

<sup>31</sup> Vgl. zur Fallgruppe der Risikogeschäfte *Lenckner/Perron*, in: *Schönke/Schröder*, StGB, 27. Auflage (2006), § 263 Rn. 33; *Fischer*, a.a.O. (Fn.9), § 266 Rn. 42 und 72b.

<sup>32</sup> Vgl. *Fischer*, a.a.O. (Fn.9), § 266 Rn. 42 und 72b.

<sup>33</sup> *Fischer*, a.a.O. (Fn.9), § 284 Rdnr. 4; *Kindhäuser*, a.a.O. (Fn.17), § 284 Rn. 7.

<sup>34</sup> Vgl. *Lackner/Kühl*, a.a.O. (Fn.9), § 284 Rn. 4; *Eser/Heine*, in: *Schönke/Schröder*, StGB, 27. Auflage (2006), § 287 Rn. 1.

<sup>35</sup> Vgl. *Hefermehl/Köhler/Bornkamm*, a.a.O. (Fn.1), § 16, Rn. 41; *Brammsen*, in: *Münchener Kommentar zum Lauterkeitsrecht*, (2006), § 16 Rn. 95.

### III. Fazit

Als Ergebnis bleibt mithin festzuhalten, dass die Ponzi-Schemes kein Phänomen vergangener Zeiten sind, sondern auch weiterhin als Teil des tagesaktuellen Geschehens präsent sind. Terminologisch stellt das Ponzi-Scheme dabei den präziseren Begriff im Vergleich zum Ausdruck „Schneeballsystem“ dar. Der letztgenannte sehr weit reichende Begriff wird gerade in Abgrenzung zu den von § 16 II UWG erfassten Systemen oft missverständlich gebraucht.

In der hier beschriebenen Form stellt die Installation und das Betreiben eines Ponzi-Schemes strafbares Unrecht dar. Es wurde gezeigt, dass mit §§ 263, 264a StGB und der Untreue gemäß § 266 StGB Normen aus dem Haupt-

strafrecht greifen. Der wettbewerbsrechtliche § 16 II UWG erfasst diese Form der Finanzdienstleistung aufgrund aufgezeigter Gründe hingegen nicht. Ein Schneeballsystem im Sinne der nach dem UWG strafbaren progressiven Kundenwerbung liegt damit nicht vor. Es wäre grob falsch zu behaupten, derartige Systeme seien – wie das Beispiel *Madoff* – Ausprägungen der Finanzwelt der Vereinigten Staaten von Amerika und in Deutschland nicht existent. Zum einen beweist gerade dieser Fall, dass angesichts der wachsenden Vernetzung der internationalen Finanzmärkte, niemals nur ein Staat betroffen ist. Zum anderen haben, wie anhand von Beispielen aus der Judikative aufgezeigt, auch Wirtschaftskriminelle in Deutschland derartige Verfahrensmuster entdeckt. In Anbetracht des zunehmenden Gefährdungspotentials sollte demnach die rechtspolitische Diskussion um die vorgeannten Systeme weiter forciert werden.

#### Aufsätze und Anmerkungen

## Die Anforderungen an die Ermächtigung zu Rechtsmittelrücknahme oder –verzicht gemäß § 302 II StPO

Zugleich Anmerkung zu KG (Schiffsobergericht Berlin),  
Beschluss vom 19. Januar 2009 – 3 Ws 474/08

Dr. jur. Milan Kuhli, M.A., Assessor, Wissenschaftlicher Mitarbeiter an der  
Johann Wolfgang Goethe-Universität Frankfurt am Main

### I. Einleitung

Mit dem hier zu besprechenden Beschluss<sup>1</sup> des Berliner Kammergerichts liegt eine weitere obergerichtliche Entscheidung vor, mit der zu den Anforderungen an einen durch einen Verteidiger erklärten Rechtsmittelverzicht<sup>2</sup> Stellung genommen wird. Im Einzelnen geht es hierbei um die Frage, wie konkret die Ermächtigung sein muss,

<sup>1</sup> Abgedruckt in: NJW 2009, 1686f.

<sup>2</sup> Genau genommen handelt es sich bei einem Einspruch gegen einen Strafbefehl nach § 410 I 1 StPO um einen förmlichen Rechtsbehelf, der kein Rechtsmittel ist. Gleichwohl wird an dieser Stelle entsprechend den Ausführungen des Kammergerichts auch von *Rechtsmittelrücknahme* und *-verzicht* gesprochen. Dies ist deshalb unschädlich, da die hier gemachten Ausführungen zu §§ 302 II, 410 I 2 StPO entsprechend auch für Rechtsmittel gelten. Dogmatisch sauberer wäre es aber sicherlich, im vorliegenden Fall durchgängig von *Rechtsbehelfsrücknahme* und *-verzicht* zu sprechen.

derer der Verteidiger zur Rechtsmittelrücknahme bzw. zum Rechtsmittelverzicht nach § 302 II StPO bedarf.

### II. Zum Sachverhalt

Die Anwaltschaft Berlin legte dem Angeklagten zur Last, sich wegen fahrlässiger Trunkenheit im Verkehr strafbar gemacht zu haben. Im Zustand alkoholbedingter Fahruntauglichkeit soll er am 17. August 2007 mit einem Motorboot öffentliche Wasserstraßen befahren haben. Das Amtsgericht Tiergarten in Berlin ließ die Anklage durch Beschluss vom 26. März 2008 zu und setzte Termin zur mündlichen Verhandlung auf den 27. Mai 2008 fest. Da der Angeklagte nicht erschien, ging das Gericht auf Antrag der Anwaltschaft in das Strafbefehrsverfahren über und erließ einen dem Anklagevorwurf entsprechenden Strafbefehl. Diesen verkündete es im Termin in Anwesenheit der Verteidigerin des Angeklagten, die im Anschluss daran im Namen des Angeklagten auf Rechtsmittel verzichtete. Mit Schreiben vom 10. Juni 2008 legte der Angeklagte gleichwohl Einspruch ein.

Dieser wurde vom Amtsgericht im Hinblick auf den erklärten Rechtsmittelverzicht durch Beschluss vom 29. Juli 2008 als unzulässig verworfen. Das KG hatte in der hier vorliegenden Entscheidung über die gegen den Beschluss des Amtsgerichts gerichtete, fristgerecht eingelegte sofortige Beschwerde zu entscheiden.

### III. Zur Problematik

Der Entscheidung des Kammergerichts war der Erlass eines Strafbefehls nach § 407 I 1 StPO vorausgegangen. Zu diesem hatte sich das Amtsgericht entschieden, nachdem der Angeklagte in der mündlichen Verhandlung nicht erschienen war. Gegen einen solchen Strafbefehl ist nach § 410 I 1 StPO der Einspruch statthafter Rechtsbehelf, allerdings bestanden im vorliegenden Fall hinsichtlich der Zulässigkeit eines solchen Einspruchs deshalb Bedenken, da die Verteidigerin des Angeklagten, die – anders als dieser – in der Hauptverhandlung anwesend gewesen war, im Anschluss an die Verkündung des Strafbefehls im Namen des Angeklagten auf Rechtsmittel verzichtet hatte. Aus diesem Grund verwarf das Amtsgericht den Einspruch des Angeklagten durch Beschluss nach § 411 I 1 StPO als unzulässig. Hierüber hatte nun das Kammergericht zu entscheiden.

Grundsätzlich gilt, dass ein Verzicht auf den Einspruch gegen einen Strafbefehl auch durch den Verteidiger des Angeklagten erklärt werden kann, allerdings bedarf es hierfür nach § 302 II StPO einer ausdrücklichen Ermächtigung. Diese Bestimmung gilt zwar unmittelbar nur für die *Zurücknahme eines Rechtsmittels*, jedoch wird sie erstens über § 410 I 2 StPO auch auf den Einspruch gegen einen Strafbefehl für anwendbar erklärt und zweitens über ihren Wortlaut hinaus auch auf die Prozesshandlung des Verzichts erstreckt.<sup>3</sup> Im vorliegenden Fall war problematisch, ob die von § 302 II StPO aufgestellte Voraussetzung einer *ausdrücklichen Ermächtigung* gegeben war. Einigkeit besteht insoweit, dass die Einhaltung einer bestimmten Form hierfür nicht erforderlich ist, so dass die Ermächtigung nach § 302 II StPO auch mündlich erfolgen kann.<sup>4</sup> Umstritten ist in der Literatur und Rechtsprechung demgegenüber, ob die Ermächtigung zum Verzicht oder zur Rücknahme auf einen bestimmten Rechtsbehelf bezogen sein muss oder auch allgemein erklärt werden kann. Das Kammergericht nennt in der vorliegenden Entscheidung insoweit diejenige Ansicht, die eine allgemeine Ermächtigung ausreichen lässt, und diejenige, derzufolge für eine wirksame Ermächtigung i.S.d. § 302 II StPO grundsätzlich eine genaue Bezeichnung des betreffenden Rechtsbehelfs erforderlich ist.<sup>5</sup> Zwar werden innerhalb der Rechtsprechung beide Ansichten vertreten, doch lässt sich insoweit eine gewisse Entwicklung zugunsten der zweiten Auffassung verzeichnen. Mit der vorliegenden Entscheidung hat das Kammergericht einen Beitrag in Richtung dieser Entwicklung geleistet.

<sup>3</sup> RGSt 64, 164, 165.

<sup>4</sup> BGH NStZ 1995, 357; BGH NStZ 2005, 583; Hanack, in: Löwe-Rosenberg, StPO, 25. Aufl. (2003), § 302 Rn. 67.

<sup>5</sup> Vgl. KG NJW 2009, 1686, 1687.

### IV. Zur Entscheidung des Kammergerichts

Im Ergebnis folgt das Kammergericht der Ansicht des Bundesgerichtshofs, derzufolge sich die Ermächtigung des Verteidigers auf einen bestimmten Rechtsbehelf beziehen muss.<sup>6</sup> Zur Begründung bezieht sich das Kammergericht vor allem auf das Erfordernis einer restriktiven Auslegung des § 302 II StPO, die das Gericht aus der besonderen Tragweite eines Rechtsmittelverzichts herleitet:

„Ausdrücklich' i.S. des § 302 II StPO erfordert daher entweder die genaue Bestimmung des Rechtsmittels in der Vollmachtsurkunde oder, sofern die Ermächtigung zur Rücknahme allgemein erteilt worden ist, das Vorliegen konkreter Umstände, nach denen sich die Ermächtigung nur auf ein bestimmtes Rechtsmittel beziehen kann.“<sup>7</sup>

Da nach Ansicht des Kammergerichts im vorliegenden Fall demnach keine nach § 302 II StPO wirksame Ermächtigung zur Erklärung eines Verzichts vorlag, war die Verzichtserklärung der Verteidigerin unwirksam.

Diese Auslegung des Begriffs der ausführlichen Ermächtigung i.S.d. § 302 II StPO ist sachgerecht, wenngleich die weiteren Ausführungen des Kammergerichts nicht in sämtlichen Punkten zu überzeugen vermögen. Sachgerecht und geboten ist die restriktive Auslegung des § 302 II StPO deshalb, da sie dem Schutz des Angeklagten dient, dem diejenigen Konsequenzen vor Augen gehalten werden sollen, die seine gegenüber dem Verteidiger abgegebenen Erklärungen hinsichtlich seiner eigenen Rechtsschutzmöglichkeiten haben. Dem Schutzbereich des § 302 II StPO würde sicherlich kaum entsprochen, wenn eine so wichtige Erklärung wie die eines Rechtsmittelverzichts gleichsam formularmäßig und ohne Bezug zu einem konkreten Rechtsbehelf abgegeben werden könnte.<sup>8</sup> Dies muss auch dann gelten, wenn man auf der anderen Seite berücksichtigt, dass eine formularmäßige Ermächtigung zur Erklärung eines Rechtsmittelverzichts in gewisser Weise der Rechtsklarheit dient, da das Vorliegen einer solchen Erklärung des Angeklagten vergleichsweise eindeutig zu klären ist. Der Aspekt des Angeklagten schutzes überwiegt hier nämlich den der Rechtssicherheit.

Vor diesem Hintergrund ist auch die vom Kammergericht vertretene *Einschränkung der Einschränkung* akzeptabel, wonach auch eine allgemein gehaltene Ermächtigung *ausdrücklich* i.S.d. § 302 II StPO sein kann, wenn sich die Konkretisierung der Ermächtigung auf einen einzigen Rechtsbehelf ohne weiteres aus den näheren Umständen ergibt. Legt man diesen vergleichsweise hohen Maßstab zugrunde, sind keine Gefahren der Überrumpelung des Angeklagten ersichtlich. Wenn aus der Perspektive eines verständigen Angeklagten klar ist, welcher Rechtsbehelf als Einziger in Betracht kommt, so kann es keine Bedeutung haben, wenn in der Ermächtigungserklärung kein konkreter Rechtsbehelf in Bezug genommen worden ist.

<sup>6</sup> BGH NStZ 2000, 665.

<sup>7</sup> KG NJW 2009, 1686, 1687.

<sup>8</sup> Hanack, in: Löwe-Rosenberg, StPO, 25. Aufl. (2003), § 302 Rn. 70.

Jedoch vermögen die Ausführungen des Kammergerichts zur Subsumtion dieser eben genannten *Einschränkung der Einschränkung* im vorliegenden Fall nicht vollumfänglich zu überzeugen. Keinerlei Einwände bestehen insoweit hinsichtlich des Ergebnisses des Kammergerichts, wonach im vorliegenden Fall keine konkreten Umstände ersichtlich sind, denen zufolge sich die Verzichtsermächtigung durch den Angeklagten allein auf den Einspruch nach § 410 I 1 StPO beziehen konnte. Allerdings verlässt das Kammergericht für die Begründung dieses Ergebnisses den hohen Maßstab, den es sich zuvor selbst auferlegt hat. So führt es aus:

„Von dem Erlass des Strafbefehls, an dessen Verkündung sich der Rechtsmittelverzicht unmittelbar anschloss, hatte der Angekl. keinerlei Kenntnis, weil er an der Hauptverhandlung nicht teilgenommen hat. Dass er vor dem Hauptverhandlungstermin die Möglichkeit des Übergangs in das Strafbefehlsverfahren und die Bedingungen für einen Rechtsmittelverzicht mit seiner Verteidigerin erörtert oder ihn diese nach Verkündung des Strafbefehls und vor Abgabe der Verzichtserklärung kontaktiert hat, ist nicht ersichtlich. Es fehlt daher an der zur Abgabe der Verzichtserklärung wirksamen Bevollmächtigung.“<sup>9</sup>

<sup>9</sup> KG NJW 2009, 1686, 1687.

Dass eine Kontaktierung des Angeklagten durch die Verteidigerin unmittelbar vor Abgabe der Verzichtserklärung zu einer wirksamen Ermächtigung führen kann, bedarf keiner näheren Erläuterung. Jedoch ist nicht einsehbar, warum es für sich genommen ausreichen soll, wenn die Verteidigerin mit dem Angeklagten vor dem Hauptverhandlungstermin die Möglichkeit des Übergangs in das Strafbefehlsverfahren erörtert hätte. Denn auch, nachdem sich der Angeklagte entschlossen hatte, nicht zur mündlichen Verhandlung zu erscheinen, hatte noch die Möglichkeit bestanden, dass seine Vorführung angeordnet wird (§ 230 II Alt. 1 StPO) und es letztlich doch noch zu einem Urteil mit den entsprechenden Rechtsmitteln kommt. Mithin ist festzuhalten, dass auch für den Fall, dass die Verteidigerin mit dem Angeklagten die Möglichkeit des Erlasses eines Strafbefehls erörtert hätte, für eine wirksame Ermächtigung nach §§ 302 II, 410 I 2 StPO weiterhin erforderlich gewesen wäre, dass der Angeklagte diese ausdrücklich auf den Einspruch gegen einen Strafbefehl bezieht. Eine nicht näher umschriebene Ermächtigung zum Verzicht auf Rechtsbehelfe dürfte auch nach Erörterung der Möglichkeit des Erlasses eines Strafbefehls nicht ausreichend i.S.d. § 302 II StPO sein. Mit dieser Einschränkung hinsichtlich der Begründung ist dem Beschluss des Kammergerichts im Ergebnis zuzustimmen.

## Aufsätze und Anmerkungen

# HRRS-Praxishinweis: Die Anrechnung verfahrensfremder Untersuchungshaft auf zeitige Freiheitsstrafe

Von Rechtsanwalt Daniel Holzinger, Berlin

## I. Einleitung

Fragen und Unsicherheiten im Hinblick auf die Anrechnung von Untersuchungshaft auf eine erkannte zeitige Freiheitsstrafe oder Geldstrafe sind ein immer wieder feststellbares Phänomen in der strafrechtlichen Praxis. Der Gesetzgeber hat in § 51 Abs. 1 StGB geregelt, dass auf zeitige Freiheitsstrafe oder Geldstrafe erlittene Untersuchungshaft oder eine andere Freiheitsentziehung angerechnet wird. Diese Vorschrift wird ergänzt durch § 39 StrVollstrO. Nach dem Wortlaut des § 51 Abs. 1 S. 1 StGB ist für eine Anrechnung notwendig, dass die Untersuchungshaft oder eine andere Freiheitsentziehung „aus Anlass einer Tat“ erfolgte, die „Gegenstand des Verfahrens ist oder gewesen ist“. Trotz des vermeintlich eindeutigen Wortlauts der Norm wird seit langem in der obergerichtlichen Rechtsprechung darüber gestritten, ob oder in welchen Fällen auch verfahrensfremde Untersu-

chungshaft angerechnet werden kann.<sup>1</sup> Das Bundesverfassungsgericht und der Bundesgerichtshof haben durch mehrere Entscheidungen versucht, etwas Klarheit zu schaffen.<sup>2</sup> In der Praxis hat die Frage der Anrechenbarkeit von Untersuchungshaft auf eine ausgerichtete Geldstrafe, vor allem aber im Hinblick auf eine ausgerichtete Freiheitsstrafe erhebliche Bedeutung. Gerade bei der Frage der Anrechenbarkeit verfahrensfremder Untersuchungshaft herrscht dabei oft große Unsicherheit. Der nachfolgende Beitrag soll daher in die Problematik einführen und den aktuellen Meinungsstand wiedergeben. Der Beitrag soll sich dabei auf die Anrechenbarkeit von „verfahrensrechtlicher“ Untersuchungshaft im Allgemeinen und

<sup>1</sup> Pro: OLG Nürnberg NStZ 1990, 406; OLG Naumburg NStZ 1997, 1291; contra: OLG Celle NStZ 1985, 168; OLG Hamburg NStZ 1993, 204.

<sup>2</sup> BVerfG NStZ 1994, 607; NStZ 1999, 24; NStZ 2000, 277; NStZ 2001, 501 und BGH NStZ 1998, 135.

„verfahrensfremder“ Untersuchungshaft im Besonderen auf zeitige Freiheitsstrafe beschränken.

## II. Sinn und Zweck der Vorschrift

Der Gesetzgeber trägt durch die Vorschrift des § 51 StGB der Tatsache Rechnung, dass durch den Vollzug von angeordneter Untersuchungshaft erheblich in die Grundrechte des Betroffenen, insbesondere in die in Art. 2 Abs. 2 GG verfassungsrechtlich garantierte Freiheit der Person eingegriffen wird.<sup>3</sup> Es handelt sich dabei um die schwerste Zwangsmaßnahme im Strafverfahren. Untersuchungshaft wird von den Betroffenen regelmäßig als stärker belastend empfunden als der Regelstrafvollzug, da die Betroffenen in der Untersuchungshaft stärkeren Restriktionen unterworfen sind. Der mit der Untersuchungshaft verbundene Freiheitsentzug dient dabei allein der Sicherung des Verfahrens bzw. der effektiven Strafrechtspflege.<sup>4</sup> Der Betroffene muss dadurch einen Verlust seiner verfassungsmäßig garantierten Freiheit erdulden, mithin ein Sonderopfer für die Allgemeinheit erbringen. Dieser Eingriff in den Freiheitsanspruch des Betroffenen steht aber im Spannungsverhältnis zu der grundsätzlich zu beachtenden Unschuldsvermutung i.S.d. Art. 6 Abs. 2 MRK. Letztendlich ist die Untersuchungshaft Freiheitsberaubung gegenüber einem (noch) Unschuldigen.<sup>5</sup> Daher muss bereits die Anordnung von Untersuchungshaft unter strenger Beachtung der Verfassung, insbesondere des aus dem Rechtsstaatsprinzip resultierenden Verhältnismäßigkeitsgrundsatzes erfolgen.<sup>6</sup> Der Freiheitsanspruch des Betroffenen muss mit den Erfordernissen einer wirksamen Strafrechtspflege abgewogen werden.<sup>7</sup>

Ist mithin bereits die Anordnung von Untersuchungshaft wegen der massiven Eingriffswirkung in die Grundrechte des Betroffenen immer unter Beachtung des Verhältnismäßigkeitsgrundsatzes zu treffen, so muss konsequenterweise bei einer späteren Verurteilung des Betroffenen wegen einer Tat, die Anlass zum Vollzug von Untersuchungshaft bot, der erlittenen Freiheitsentzug auf die zu vollstreckende zeitige Freiheitsstrafe angerechnet werden. Dafür streiten sowohl der Aufopferungsgedanke<sup>8</sup> als auch allgemeine Gerechtigkeitsabwägungen.<sup>9</sup> Die Vorschrift des § 51 StGB verfolgt daher den Zweck, den zur Absicherung des Verfahrens erlittenen Freiheitsentzug nachträglich auszugleichen. Daneben besteht die Möglichkeit, eine finanzielle Entschädigung nach dem StrEG zu verlangen.

<sup>3</sup> KK-Graf, 6. Auflage (2008), Vor § 112, Rn. 6.

<sup>4</sup> KMR-Wankel, Stand: Juni 2007, Vor § 112, Rn. 3; Meyer-Gößner, 51. Auflage (2008), Vor § 112, Rn. 4.

<sup>5</sup> Hassemer StV 1984, 40.

<sup>6</sup> BVerfG NJW 1991, 2821; BVerfG NJW 2006, 668 f.; KK-Graf, a.a.O. (Fn. 3), Vor § 112, Rn. 6.

<sup>7</sup> BVerfGE 53, 158.

<sup>8</sup> Denker MDR 1971, 627; KK-Graf, a.a.O. (Fn. 3), Vor § 112 Rn. 13; MünchKomm-StGB-Franke, 1. Auflage (2003), § 51 Rn. 1.

<sup>9</sup> BVerfG NStZ 2000, 278.

## III. Anrechnung im Wege des Grundsatzes der Verfahrenseinheit

Nach dem Wortlaut des § 51 Abs. 1 S. 1 StGB wird grundsätzlich nur die tatsächlich bis zu Rechtskraft des Urteils vollzogene Untersuchungshaft i.S.d. §§ 112 ff. StPO angerechnet, die „aus Anlass einer Tat“, die Gegenstand des (jetzigen) Verfahrens ist oder gewesen ist, angeordnet wurde. Die Zeit, in welcher der Haftbefehl z.B. nach § 116 StPO ausgesetzt war, ist nicht anrechenbar.<sup>10</sup> Es gilt formal zunächst der so genannte „Grundsatz der Verfahrenseinheit“.<sup>11</sup> Dieser besagt, dass ein die Untersuchungshaft rechtfertigender Zusammenhang immer dann besteht, wenn die Tat, wegen der Untersuchungshaft angeordnet wurde, Gegenstand des jetzigen Verfahrens gewesen ist.<sup>12</sup> Gegenstand des Verfahrens sind grundsätzlich alle Taten, über die in der Hauptverhandlung zu befinden ist, sei es, dass sie bereits in die Anklageschrift aufgenommen oder erst später durch Nachtragsanklage einbezogen wurden.<sup>13</sup> Eine die Anrechnung von Untersuchungshaft rechtfertigende Verfahrenseinheit liegt daher unproblematisch dann vor, wenn der Betroffene wegen der abgeurteilten Straftat Untersuchungshaft erlitten hat.<sup>14</sup> Die Untersuchungshaft wird aber auch dann angerechnet, wenn jemand wegen mehrerer Taten angeklagt und in Untersuchungshaft genommen wurde, am Ende aber nur wegen einer Tat verurteilt wird, für die nicht Untersuchungshaft angeordnet war.<sup>15</sup>

Die Anwendbarkeit der Vorschrift ist aber nicht nur auf die vorbenannten Fälle beschränkt. Vielmehr soll unter Berücksichtigung des Grundsatzes der Verfahrenseinheit vollzogene Untersuchungshaft z.B. auch dann anrechenbar sein, wenn sie im Zusammenhang mit einer Tat erfolgte, die in irgendeiner Phase Gegenstand des Verfahrens gewesen ist.<sup>16</sup> Ob die Tat aus dem Verfahren durch z.B. Freispruch oder Einstellung zu irgendeinem Zeitpunkt ausgeschieden ist, soll für die Frage der Anrechenbarkeit der damit verbundenen Untersuchungshaft irrelevant sein.<sup>17</sup> Es reicht mithin auch eine auch nur vorübergehende Verfahrenseinheit, z.B. die Verbindung zweier Verfahren für wenige Tage.<sup>18</sup>

## IV. Anrechnung im Wege des funktionalen Zusammenhangs

Obwohl der Wortlaut der Norm die Anrechenbarkeit scheinbar eindeutig auf Untersuchungshaft begrenzt, die aus „Anlass“ der Tat erlitten wurde, hat die Rechtsprechung den Anwendungsbereich des § 51 StGB erheblich erweitert.

<sup>10</sup> NK-Lemke, 2. Auflage (2005), § 51 Rn. 6; Schönke/Schröder-Stree, 27. Auflage (2007), § 51 Rn. 4.

<sup>11</sup> LK-Theune, 12. Auflage (2006), § 51 Rn. 9.

<sup>12</sup> Schönke/Schröder-Stree, a.a.O. (Fn. 10), § 51 Rn. 10.

<sup>13</sup> Isak/Walter, 7. Auflage (2004), Rn. 161.

<sup>14</sup> LK-Theune, a.a.O. (Fn. 11), § 51 Rn. 9.

<sup>15</sup> OLG Frankfurt MDR 1988, 794; Fischer, 56. Auflage (2009), § 51 Rn. 6 m.w.N.

<sup>16</sup> LK-Theune, a.a.O. (Fn. 11), § 51 Rn. 9.

<sup>17</sup> OLG Karlsruhe MDR 1975, 250.

<sup>18</sup> Fischer, a.a.O. (Fn. 15), § 51 Rn. 6.

Das Bundesverfassungsgericht hat in mehreren Beschlüssen zu einer erweiterten Anwendung des § 51 StGB Stellung genommen.<sup>19</sup> Zunächst hat es im Zusammenhang mit der Auslegung des § 51 StGB ausdrücklich darauf hingewiesen, dass bei der Anwendung einfachgesetzlicher Vorschriften die Wertordnung der Grundrechte genügend erwogen werden müsse.<sup>20</sup> Dies betrifft bei der Frage der Anwendung des § 51 StGB vor allem das Freiheitsgrundrecht des Art. 2 GG. In einem weiteren Beschluss<sup>21</sup> hat das Bundesverfassungsgericht ausgeführt, dass ein sich lediglich auf den Wortlaut der Vorschrift berufendes, formalistisches Verständnis des § 51 Abs. 1 StGB der Bedeutung und Tragweite des Freiheitsgrundrechts nicht genüge. Es sei vielmehr erforderlich, die der Rechtsvorschrift zugrunde liegende Wertung aus der gesetzgeberischen Vorgeschichte, Untersuchungshaft, soweit sie überhaupt in einem Zusammenhang mit einer verhängten Strafe steht, möglichst umfassend anzurechnen, bei ihrer Auslegung zugrunde zu legen. Nur so könne das Freiheitsgrundrecht zu besonderer Wirkung gelangen. Danach soll von einer die Anrechnung von erlittener Untersuchungshaft rechtfertigenden Verfahrenseinheit auch dann auszugehen sein, wenn ein „funktionaler Zusammenhang“ zwischen den Verfahren besteht oder ein irgendwie gearteter sachlicher Bezug vorhanden ist.

Diese Auffassung vertritt auch der Bundesgerichtshof. Der Bundesgerichtshof stellt in einer bemerkenswerten Entscheidung ausdrücklich klar, dass der Grundsatz der Verfahrenseinheit nicht zwingend mit einer formalen, gegebenenfalls durch förmliche Verbindung hergestellten Verfahrenseinheit gleichzusetzen ist, vielmehr genüge eine „funktionale Verfahrenseinheit“.<sup>22</sup> Das Erfordernis des Zusammenhangs bzw. sachlichen Bezuges stelle dabei die Grenze der Auslegung der Vorschrift dar, um eine uferlose Anrechnung, die mit der ratio der Norm nicht mehr vereinbar wäre, auszuschließen.<sup>23</sup>

Trotz der die Anrechnung begrenzenden Erfordernisse des „funktionalen Zusammenhangs“ bzw. des „sachlichen Bezuges“ ist festzustellen, dass die höchstrichterliche Rechtsprechung nunmehr grundsätzlich auch die Anrechnung von (scheinbar) verfahrensfremder Untersuchungshaft auf die nunmehr zu vollstreckende zeitige Freiheitsstrafe über den Wortlaut der Vorschrift hinaus zugunsten des Abgeurteilten ermöglicht. Maßgeblich bei der Entscheidung ist somit, ob zwischen dem Verfahren, in dem Untersuchungshaft vollzogen worden ist und der zur Verurteilung führenden Tat ein sachlicher Bezug vorhanden ist, der mit Blick auf das Freiheitsgrundrecht des Betroffenen nicht außer Acht gelassen werden darf. Der Begriff der „funktionalen Verfahrenseinheit“ ist bisher jedoch noch nicht abschließend definiert worden. Der Bundesgerichtshof scheint aber von einer funktionalen Verfahrenseinheit dann auszugehen, wenn sich die in einem formal getrennt geführten Verfahren erlittene

Untersuchungshaft auf den Gang oder Abschluss des zur Verurteilung führenden Verfahrens ausgewirkt hat.<sup>24</sup>

Die Rechtsprechung hat bereits bestimmte Fallkonstellationen herausgearbeitet, in denen eine Anrechnung verfahrensfremder Untersuchungshaft im Wege der „funktionalen Verfahrenseinheit“ bzw. eines „sachlichen Zusammenhangs“ erfolgen soll:

- Notierung von Überhaft,<sup>25</sup>
- das Verfahren, in dem Untersuchungshaft verbüßt wurde, ist nach § 154 Abs. 2 StPO im Hinblick auf das zur Verurteilung führende Verfahren eingestellt worden,<sup>26</sup>
- nachträgliche Gesamtstrafenbildung, § 55 StPO bzw. §§ 460, 462 StPO,<sup>27</sup>
- potentielle Gesamtstrafenfähigkeit,<sup>28</sup>
- die verfahrensfremde Untersuchungshaft hat sich auf das zur Verurteilung führende Verfahren nützlich ausgewirkt.<sup>29</sup>

## V. Verfahrensfragen

Die Anrechnung von erlittener Untersuchungshaft auf zu vollstreckende zeitige Freiheitsstrafe gehört zur Strafvollstreckung und fällt daher in den Aufgabenbereich der Strafvollstreckungsbehörde.<sup>30</sup>

Nach dem Wortlaut des § 51 Abs. 1 S. 1 StGB hat der Gesetzgeber die Anrechnung von aus Anlass der Tat erlittener Untersuchungshaft oder anderer Freiheitsentziehung auf zeitige Freiheitsstrafe oder Geldstrafe als den Regelfall vorgesehen („wird ...angerechnet“). Der Wortlaut der Norm eröffnet – mit Ausnahme des § 51 Abs. 1 S. 2 und Abs. 4 S. 2 StGB - kein Ermessen, so dass beim Vorliegen der in § 51 StGB genannten Voraussetzungen eine Anrechnung durch die Strafvollstreckungsbehörde zu erfolgen hat.<sup>31</sup> Es handelt sich zudem um eine von Gesetzes wegen angeordnete Anrechnung, so dass es einer entsprechenden richterlichen Anordnung in der Urteilsformel nicht bedarf.<sup>32</sup> Sollte der Tatrichter dennoch zu der Anrechnung von Untersuchungshaft in der Urteilsformel Stellung nehmen, so beeinflusst diese Entscheidung die gesetzlich gebotene Anrechnung durch die Strafvollstreckungsbehörde grundsätzlich nicht, sie hat rein deklaratorische Wirkung.<sup>33</sup>

Einer gerichtlichen Anordnung in der Urteilsformel bedarf aber der gesetzliche Ausnahmefall im Sinne des § 51

<sup>19</sup> BVerfG NStZ 1994, 607; NStZ 1999, 24; NStZ 2000, 277; NStZ 2001, 501.

<sup>20</sup> BVerfG 2 BvR 2232/94, Beschluss v. 28.09.1998 = NStZ 1999, 24.

<sup>21</sup> BVerfG 2 BvR 1447/99, Beschluss v. 15.12.2000.

<sup>22</sup> BGH NStZ 1998, 135.

<sup>23</sup> BGH NStZ 1998, 136; KG StV 1998, 562.

<sup>24</sup> BGH NStZ 1998, 136.

<sup>25</sup> BGHSt 43, 122 und OLG Saarbrücken wistra 1996, 70; OLG Düsseldorf StV 2001, 517.

<sup>26</sup> KG StV 1998, 562; BGHSt 43, 112; BVerfG NStZ 1999, 24; NStZ 1999, 125; a. A Stree NStZ 1998, 137.

<sup>27</sup> BGHSt. 22, 297.

<sup>28</sup> BVerfG NStZ 2000, 277 und NStZ 2001, 501.

<sup>29</sup> OLG Braunschweig MDR 1994, 1032; BGHSt 43, 120.

<sup>30</sup> Schönke/Schröder-Stree, a.a.O. (Fn. 10), § 51 Rn. 1.

<sup>31</sup> MünchKomm-StGB-Franke, a.a.O. (Fn. 8), § 51 Rn. 2; Lackner/Kühl, 26. Auflage (2007), § 51 Rn. 4.

<sup>32</sup> BGHR StGB § 51 Abs. 1 Anrechnung 2; Schönke/Schröder-Stree, a.a.O. (Fn. 10), § 51 Rn. 1.

<sup>33</sup> BGH NStZ 1983, 524; Lackner/Kühl a.a.O. (Fn. 31), § 51 Rn. 4.

Abs. 1 S. 2 StGB. Die Anrechnung kann nämlich – ausnahmsweise – dann unterbleiben, wenn das Gericht eine entsprechende Anordnung aufgrund des Verhaltens des Verurteilten nach der Tat trifft.<sup>34</sup> Die Nichtanrechnung der Untersuchungshaft ist dann im Urteilstenor ausdrücklich auszusprechen.<sup>35</sup> Eine gerichtliche Entscheidung ist aber auch dann erforderlich, wenn auf Geldstrafe und Freiheitsstrafe erkannt wurde. Das Gericht muss dann eine Entscheidung darüber treffen, auf welche der beiden Strafen eine Anrechnung erfolgen soll.<sup>36</sup>

Eine Anrechnung von Untersuchungshaft erfolgt auf die erkannte zeitige Freiheitsstrafe. Die tatsächlich erlittene Freiheitsentziehung bildet dabei die Obergrenze der Anrechnung.<sup>37</sup> Übersteigt die anzurechnende Untersuchungshaft die erkannte Strafe, so kann die Untersuchungshaft nur in deren Höhe zur Anrechnung herangezogen werden.<sup>38</sup> Nach § 39 Abs. 2 S. 1 StVollstrO ist die gesamte während des Verfahrens erlittene Untersuchungshaft bis zur Rechtskraft des Urteils anzurechnen. Die Anrechnung erfolgt gemäß § 39 Abs. 4 StVollstrO in vollen Tagen im Verhältnis 1 : 1. Ist neben der ausgeteilten Freiheitsstrafe auch auf eine Geldstrafe erkannt worden, so erfolgt die Anrechnung zunächst auf die Frei-

<sup>34</sup> BGHSt. 23, 307.

<sup>35</sup> NK-Lemke, a.a.O. (Fn. 10), § 51 Rn. 20.

<sup>36</sup> BGHSt 24, 30; MünchKomm-StGB/Franke, a.a.O., § 51 Rn. 4.

<sup>37</sup> NK-Lemke, a.a.O. (Fn. 10), § 51 Rn. 8.

<sup>38</sup> Schönke/Schröder-Stree, a.a.O. (Fn. 10), § 51 Rn. 11.

heitsstrafe, sofern sich aus der Entscheidung nichts anderes ergibt.<sup>39</sup> Sollte der Verurteilte für die verfahrensfremde Untersuchungshaft bereits eine Entschädigung nach dem StrEG erhalten haben, steht dies einer Anrechnung der Untersuchungshaft nicht entgegen.<sup>40</sup>

## VI. Fazit

Die Frage, ob und wann verfahrensfremde Untersuchungshaft auf zeitige Freiheitsstrafe angerechnet werden kann, ist noch nicht abschließend geklärt. Insgesamt ist die vom Bundesverfassungsgericht und dem Bundesgerichtshof eingeschlagene Richtung, durch extensive Auslegung des § 51 StGB bzw. eine Analogie zugunsten des Betroffenen eine möglichst weitgehende Anrechnung von Untersuchungshaft vorzunehmen, zu begrüßen. Der Betroffene muss durch den Vollzug von Untersuchungshaft einen erheblichen Eingriff in sein Freiheitsgrundrecht des Art. 2 Abs. 2 GG erdulden. Insofern sprechen bereits allgemeine Gerechtigkeitserwägungen dafür, eine Anrechnung – auch von verfahrensfremder Untersuchungshaft – auf die erkannte Strafe in möglichst weitem Umfang zu ermöglichen. Im Vordergrund der Betrachtung muss aber der Eingriff in das Freiheitsgrundrecht stehen, den es im Rahmen der Strafvollstreckung so weit wie möglich auszugleichen gilt.

<sup>39</sup> Isak/Walter, a.a.O. (Fn. 13), Rn. 158 mit Beispiel.

<sup>40</sup> BVerfG NStZ 2000, 277.

### Dokumentation

## Verfahrensdokumentation

In dieser Ausgabe kein Eintrag.

### Schrifttum

## Schrifttum

**Bernd Josef Fehn (Hrsg.): Schwarzarbeitsbekämpfungsgesetz, Nomos Verlag, 306 Seiten, 59,00 EUR, Baden Baden 2006.**

Die Existenz ist unbestritten. Der Umfang ist empirisch und kriminologisch schwierig zu bestimmen, die Dunkelziffer ist quasi Teil ihres Namens und wird allgemein

hoch eingeschätzt. In Zeiten der Rezession blüht sie nach allgemeinem Verständnis besonders auf. Sie zu bekämpfen ist seit geraumer Zeit ein nachhaltiges Ziel der Beschäftigungspolitik auf EU-Ebene. Die Bundesregierung hat sie 2004 legal definiert und zur „Intensivierung“ ihrer Bekämpfung eigens ein Gesetz erlassen. Die Rede ist von der Schwarzarbeit. Das Gesetz zur Bekämpfung der Schwarzarbeit und illegalen Beschäftigung (Schwarz-

arbeitsbekämpfungsgesetz - SchwarzArbG) stärkt die Ermittlungsrechte der Zollverwaltung und sanktioniert in § 9 SchwarzArbG das Erschleichen von Sozialleistungen im Zusammenhang mit der Erbringung von Dienst- oder Werkleistungen spezialgesetzlich strafbewehrt, so dass ein „Sozialleistungsbetrug“ auch ohne den Nachweis der Bereicherungsabsicht mit Freiheitsstrafe bis zu drei Jahren oder mit Geldstrafe bestraft werden kann.

Die von *Fehn* herausgegebene und unter Mitwirkung von *Berwanger*, *Lenz* und *Wamers* erstellte Kommentierung zum Schwarzarbeitsbekämpfungsgesetz ist die einzige umfassende Erläuterung zu dem 2004 in Kraft getretenen und zuletzt mit Jahresbeginn 2009 geänderten Gesetz. Zielgruppe des 306 Seiten umfassenden Werks ist der Rechtsanwender. Den Autoren gelingt es dabei, den umfassenden Bedürfnissen der Praxis gerecht zu werden. Das Gesetz wendet sich nicht nur an die Zollverwaltung, Strafverfolgungsbehörden und die Justiz, sondern an zahlreiche weitere Behörden - so benennt § 2 Abs. 2 SchwarzArbG elf Behörden, welche die Zollverwaltung bei ihrer Tätigkeit unterstützen. Bei der Anwendung des Schwarzarbeitsbekämpfungsgesetzes entstehen für die Praxis aus strafrechtlicher Sicht zum Teil schwierige Abgrenzungsfragen. Es sei nur auf die Problematik der Abgrenzung zwischen Prüfungstätigkeit und strafrechtlichen Ermittlungen hingewiesen. Zu Recht weist *Berwanger* in diesem Zusammenhang bei der Kommentierung von § 2 SchwarzArbG auf die Schattenseiten der ausgeprägten Prüfungskompetenz des Zolls nach § 2 SchwarzArbG hin und zögert auch mit einer Wertung nicht, indem er feststellt, dass der Gesetzgeber über das grundsätzlich aner kennenswerte Ziel der Schaffung von Strukturen einer effektiven Schwarzarbeitsbekämpfung hinaus geschossen sei (§ 2, Rn. 15). Der Gesetzgeber dürfe sich über undifferenzierte Vorschriften nicht die Möglichkeiten schaffen, einem pauschalen Generalverdacht gegenüber vielen Bürgern nachgehen zu können. Zu Recht wird darauf hingewiesen, dass insoweit Prüfungen nach dem SchwarzArbG die Dimension von (unzulässigen) strafrechtlichen Vorermittlungen erreichen können. Die Kommentierung beschränkt sich damit nicht auf eine Darstellung der gesetzlichen Regelungen, sondern zeigt den Rechtsanwendern auch die Schwachstellen des Gesetzes auf. Insoweit ist auch dem Gesetzgeber die Lektüre zu empfehlen.

Die „handwerkliche“ Seite des Werks reiht sich in der gewohnt hohen Qualität der Nomos-Handkommentare ein. Ein sehr ausführliches, 31 Seiten umfassendes Stichwortverzeichnis, gut strukturierte Randnummern und Hervorhebungen von Schlagwörtern im Primärtext ermöglichen den schnellen und zielgenauen Zugriff des Lesers. Das Werk ist daher insgesamt uneingeschränkt empfehlenswert, ihm ist eine Folgeauflage zu wünschen.

Dr. **Gerwin Moldenhauer**, Staatsanwalt, Hamburg/Karlsruhe

\*\*\*

**Lars Ischebeck. Vorenthalten von Sozialversicherungsbeiträgen i.S.v. § 266a StGB während der materiellen Insolvenz der GmbH; 207 Seiten, No-**

**mos Verlag (Titelnummer 978-3-8329-3991-5), 44,00 EUR, Baden-Baden 2009.**

**I.** Die „schwer erträgliche Unsicherheit“ in der (Beratungs-)Praxis (vgl. *Rönnau*, *wistra* 2007, 81, 85), welche aus der gegensätzlichen Rechtsprechung des 5. Strafsenats und des 2. Zivilsenats des BGH zum Verhältnis des Beitragsabführungsgebots des § 266a Abs. 1 StGB zum Zahlungsverbot des § 64 Abs. 2 GmbHG resultierte, ist durch das „Einlenken“ des 2. Zivilsenats in seiner Entscheidung vom 14.05.2007 (II ZR 48/06) zumindest vorerst beseitigt. Allerdings zeigt beispielsweise die Rechtsprechung des Brandenburgischen Oberlandesgerichts, welches in seiner Entscheidung vom 26.09.2007 (4 U 70/07) – bei Fehlen der tatsächlichen Voraussetzungen eines Normkonflikts – explizit hat offen stehen gelassen, ob der neuen Rechtsprechung des 2. Zivilsenats zu folgen ist, dass neben der massiven Kritik in der Literatur auch von der Rechtsprechung selbst weiterhin ein kritischer Umgang mit der Thematik erwartet (oder zumindest erhofft) werden kann.

**II.** In der Einleitung seines Werks zur Nichtabführung von Sozialversicherungsbeiträgen in der Insolvenz der GmbH konstatiert *Ischebeck*, dass die Frage des Konkurrenzverhältnisses von § 266a Abs. 1 StGB zu § 64 Abs. 2 GmbHG „trotz der Dauer des Streits und der nunmehr geltenden Fiktion (scil.: des § 28e Abs. 1 S. 2 SGB IV) noch nicht zufriedenstellend beantwortet worden“ sei. Der Autor nennt drei Hauptkritikpunkte an den bisher vertretenen Lösungsansätzen, welche zugleich auch die Herangehensweise im Rahmen seiner eigenen Untersuchung vorgeben: Erstens die jeweils sehr einseitige Perspektive der Diskussionsteilnehmer, die entweder zu stark gesellschaftsrechtlich oder aber zu strafrechtlich geprägt sei, zweitens die nur sehr rudimentäre Befassung mit den Wurzeln des postulierten Widerspruchs zwischen § 266a Abs. 1 StGB und § 64 Abs. 2 GmbHG in einem atypischen Regelungssystem, in welchem der Geschäftsführer der GmbH ähnlich einem Treuhänder zur Wahrung der Interessen Dritter eingesetzt werde sowie schließlich das Fehlen einer auf fundierten verfassungsrechtlichen oder normtheoretischen Erwägungen basierenden Auseinandersetzung mit der Beziehung des Strafrechts zur übrigen Rechtsordnung insgesamt.

Im Ergebnis lehnt *Ischebeck* – soviel sei vorweggenommen – eine Strafbarkeit des Geschäftsführers nach § 266a Abs. 1 StGB während der materiellen Insolvenz der GmbH grundsätzlich ab, und stellt sich damit gegen die aktuelle (einheitliche) Rechtsprechung des 5. Strafsenats und des 2. Zivilsenats des BGH, welche nur während der dreiwöchigen Insolvenzantragsfrist des § 64 Abs. 1 GmbHG eine Aufhebung des Vorrangs der Pflicht zur Abführung der Arbeitnehmerbeiträge annehmen.

**III.** Im ersten Teil des Werkes erfolgt eine knappe Darstellung der Problematik und der bisher vertretenen Lösungen (S. 23 – 53). Der Verfasser wirft zu Recht die Frage auf, warum sich der 2. Zivilsenat trotz grundsätzlich abweichender Rechtsauffassung im Mai 2007 der Rechtsprechung des 5. Strafsenats angeschlossen hat, ohne den grundgesetzlich eröffneten Weg der Vorlage der Rechtsfrage an die Vereinigten Großen Senate zu wählen

(S. 33). Dieser Frage komme gerade vor dem Hintergrund eine besondere Bedeutung zu, dass nach Auffassung des 9. Zivilsenats die strafbewehrte Beitragspflicht jedenfalls nicht per se den (insolvenzrechtlichen) Grundsatz der Gleichbehandlung aller Gläubiger durchbrechen kann (S. 37). In einem Überblick werden sodann die in der Literatur erörterten Lösungswege dargestellt, die teils vom absoluten Vorrang der einer der beiden Normen ausgehen, zum Teil differenzierende Lösungen vorschlagen (S. 39 – 51).

**IV.** In Teil 2, dem Hauptstück des Werkes (S. 55 – 192), entwickelt *Ischebeck* seine Lösung des Konkurrenzverhältnisses der beiden Normen:

1. Besonderes Gewicht misst der Verfasser der Fragestellung zu, ob überhaupt ein Konflikt zwischen § 266a Abs. 1 StGB und § 64 Abs. 2 GmbHG besteht. Zutreffend weist er darauf hin, dass ein solcher nicht die Rechtsfolgen der beiden Normen betrifft, sondern vielmehr die vorgelagerten Verhaltensnormen. In diesem Zusammenhang seien insbesondere die Historie und der Regelungszweck der beiden Vorschriften näher zu betrachten. Die Frage der Derogation einer Norm im Konfliktfall setze zwingend die genaue Kenntnis des Inhalts und der Funktionsweise in ihrem jeweiligen Regelungssystem voraus. Es bedürfe „bildlich gesprochen [...] erst der Kenntnis der Statik des gesamten Bauwerks, bevor entschieden werden kann, welche einzelnen Steine aus ihm entfernt werden können, ohne dass zugleich das gesamte Bauwerk einstürzt“ (S. 55). Nach einer Analyse zu Inhalt, Regelungszweck, Historie und systematischer Einbettung von § 266a Abs. 1 StGB und § 64 Abs. 2 GmbHG gelangt der Autor zu dem Schluss, dass § 64 Abs. 2 S. 2 GmbHG die Zahlung der Arbeitnehmerbeiträge in der Insolvenz bei Ausblendung des strafrechtlichen Zahlungsgebots grds. nur dann zulasse, wenn ausnahmsweise der Zahlung des Bruttolohns unterm Strich keine masseschmälernde Wirkung zukomme, und die Gläubigerinteressen folglich nicht beeinträchtigt seien; dies sei eine Frage des Einzelfalls (eine nähere Erläuterung oder ein Beispielfall finden sich in dem Werk bedauerlicherweise nicht). „In Anbetracht der Historie des § 266a StGB, seiner Funktion im Sozialversicherungssystem und der Friktion mit der übrigen Rechtsordnung (sei) fraglich, ob der Normbefehl [...] bei materieller Insolvenz der GmbH überhaupt gilt“. Daher sei eine weitergehende Untersuchung der konkreten Reichweite von § 266a Abs. 1 StGB notwendig (S. 101).

2. Überzeugend lehnt *Ischebeck* sodann eine Auflösung des Konflikts allein durch die Fiktion des § 28e Abs. 1 S. 2 SGB IV ab, wonach abgeführte Arbeitnehmerbeiträge dem Vermögen der Arbeitnehmer zuzuordnen sind, und nicht dem Gesellschaftsvermögen. Die Norm dürfe zwar für die Frage der Insolvenzanfechtung von nicht unerheblicher Bedeutung sein, betrifft aber – auch wenn ihr möglicherweise eine Indizfunktion hinsichtlich der Position des Gesetzgebers insoweit zukommt – als Fiktion für den Fall der tatsächlich bereits erbrachten (!) Zahlung nicht unmittelbar die Verhaltensnormen § 266a Abs. 1 StGB und § 64 Abs. 2 GmbHG (S. 102 – 111).

3. Im Bemühen um eine Systematisierung stuft der Verfasser den Widerspruch zwischen § 266a Abs. 1 StGB

und § 64 Abs. 2 GmbHG unter Heranziehung der Ansätze von *Engisch* und *Canaris* als sog. Normkonflikt ein (S. 112 ff): bei einer vollständigen Ausblendung des § 266a StGB verböte das Gesellschaftsrecht grundsätzlich eine Abführung von Arbeitnehmerbeiträgen in der Insolvenz (abgesehen von der o.g. Ausnahme). Für diese normtheoretische Einordnung sei es unerheblich, ob sich am Ende der Untersuchung herausstelle, dass bloß ein scheinbarer Normkonflikt vorliegt, der sich durch eine Konfliktauflösungsregel vermeiden lässt.

4. Unter dem Gesichtspunkt der Einheit der Rechtsordnung – der Autor bevorzugt den Begriff der „Widerspruchsfreiheit“ – sucht er sodann nach einer Auflösung des festgestellten Normwiderspruchs. Aus seiner Sicht lässt sich weder aus der Verfassung ein Rangverhältnis zwischen Zivil- und Strafrecht ableiten (S. 120 ff), noch ist nach seiner Auffassung einer der in Konflikt stehenden Normen ein Vorrang als *lex superior*, *posterior* oder *specialis* einzuräumen (S. 124 ff). Einen Lösungsansatz sieht *Ischebeck* jedoch in der Auflösung des (vermeintlichen) Widerspruchs durch (norm)akzessorische Auslegung. Zunächst stellt er zutreffend fest, dass eine (allgemein anerkannte) generelle Akzessorietät des Strafrechts nicht besteht. Sodann präsentiert er einzelne Straftatbestände, deren Auslegung anerkanntermaßen nicht unwesentlich durch vorhandene außerstrafrechtliche Regelungssysteme geprägt sind (S. 130 ff), wobei insbesondere die Ausführungen zu der von *Dierlamm* postulierten Einschränkung der Strafbarkeit nach § 266 StGB im Falle einer unklaren Zivilrechtslage Zustimmung verdienen. Der Autor schließt sich in seinem Zwischenergebnis der Auffassung *Lüderssens* an, dass eine strafrechtliche Verhaltensnorm dann akzessorisch auszulegen sei, wenn sie kein genuines Verbot aufstelle, sondern einen Lebensbereich betreffe, der bereits differenziert geregelt sei (S. 142).

5. Anschließend untersucht *Ischebeck* den Bezugspunkt einer etwaigen Akzessorietät (S. 143 ff), den er sowohl im Sozialrecht als auch (mittelbar) im Gesellschaftsrecht sieht. Seiner Ansicht nach stellt eine daran ausgerichtete normakzessorische Auslegung die Verhältnismäßigkeit von § 266a Abs. 1, § 14 Abs. 1 StGB sicher und dient der Vermeidung eines Systembruchs (S. 150 ff). Sodann widmet sich der Autor möglichen Einwänden gegen das gefundene Ergebnis (S. 157 – 178). Er setzt sich in diesem Rahmen mit den in Teil 1 vorgestellten Lösungsansätzen und Argumenten in Rechtsprechung und Literatur auseinander – bedauerlicherweise in relativ knappen Ausführungen –, und postuliert zum Abschluss einen uneingeschränkten Vorrang des § 64 Abs. 2 GmbHG (scil.: der nur dann nicht zum Tragen kommen soll, wenn die sozialversicherungspflichtige Weiterbeschäftigung von Mitarbeitern für den Werterhalt der Masse insgesamt erforderlich ist, s. o.).

6. Die Untersuchung schließt mit einer Analyse der strafrechtlichen Konsequenzen dieses Ergebnisses. *Ischebeck* lehnt im Fall des Unterlassens der Insolvenzantragsstellung die Begründung einer Strafbarkeit nach § 266a Abs. 1 StGB über die Rechtsfigur der *omissio libera in ommittendo* ab. Für den Fall verbleibender Zweifel am Vorliegen der Insolvenzreife verneint er unter Hinweis auf die unterschiedlichen Schutzrichtungen

beider Normen die Möglichkeit einer Wahlfeststellung zwischen § 266a Abs. 1 StGB und § 84 Abs. 1 Nr. 2 GmbHG – der nach der Lösung des Autors den Tatbestand der Beitragsvorenthaltung „fast nahtlos ab(löst)“ (S.179 – 190).

**V.** Der Problematik der (vermeintlichen?) Pflichtenkollision des GmbH-Geschäftsführers in der Insolvenz ist bereits eine Dissertation von *Schmitt* aus dem Jahre 2001 gewidmet; angesichts der Entwicklung der Rechtsprechung und der Gesetzgebung sowie des vollkommen unterschiedlichen Lösungsansatzes hat die vorliegende Arbeit aber unzweifelhaft ihre Berechtigung. *Ischebeck* hat sich in seinem Werk einer wissenschaftlich interessanten und komplexen Thematik angenommen, der gerade angesichts der aktuellen Wirtschaftslage auch eine besonders große praktische Relevanz zukommt. In seiner Einleitung hat der Verfasser konstatiert, dass es abzuwarten bleibe, ob das „Einlenken“ des 2. Zivilsenats im Jahr 2007 die wissenschaftliche Diskussion beruhigt oder zusätzlich „Öl ins Feuer“ gegossen hat. Von der vorliegenden Dissertation darf in jedem Falle letzteres erwartet werden.

Rechtsanwalt **Ulrich Leimenstoll**, Köln

\*\*\*

**Michael Pawlik. Der Terrorist und sein Recht. Zur rechtstheoretischen Einordnung des modernen Terrorismus. 51 Seiten, 26,00 €, C.H.Beck, München 2008.**

**I.** Kapitulierte das Strafrecht vor den Strategien des modernen Terrorismus oder findet es zu einem angemessenen, jedenfalls aber effektiven Umgang mit Formen extremistischer Gewalt? Diese Fragestellung hat in der fachwissenschaftlichen Diskussion der letzten Jahre zunehmend an Bedeutung gewonnen. Das liegt zum einen an dem gewandelten Selbstverständnis postnationaler Gesellschaften und insbesondere an den damit einhergehenden ideologisch oder religiös überformten Konflikten, zum anderen aber auch an den zahlreichen Aktivitäten des deutschen Gesetzgebers, man denke nur an die aktuellen Fassungen der §§ 129a und b StGB, die bevorstehende Einfügung der §§ 89a ff. StGB oder die entsprechende Novellierung des BKA-Gesetzes (zu §§ 89a ff. vgl. die Beschlussempfehlung, BT-Drs. 16/13145; zur Novelle des BKA-Gesetzes vom 25.12.2008 siehe BGBl. I Nr. 66, S. 3083) *Günther Jakobs* hat aus dieser Entwicklung geschlossen, dass man neben dem am Tat- und Schuldprinzip orientierten Bürgerstrafrecht auch ein so genanntes Feindstrafrecht anerkennen müsse. Nur letzteres werde der Tatsache gerecht, dass das Strafrecht immer öfter als Vorfeldkriminalisierungs- und Terrorbekämpfungsinstrument eingesetzt werde, dem gerade nicht das repressiv verstandene Verantwortungskonzept, sondern der polizeirechtlich begründete Gefährlichkeits- und folglich Präventionsgedanke zugrunde liege (ausdrücklich betont das *Jakobs* in: Eser, Strafrechtswissenschaft, 2000, S. 47 ff.). Vor allem wegen seiner Depersonalisierungstendenzen ist dieses Konzept in Wissenschaft und Praxis mehrheitlich auf Ablehnung gestoßen (zusammenfassend Zabel, Schuldtypisierung als Begriffsanalyse, 2007, S. 334 ff.). *Michael Pawlik* nimmt in seiner hier zu besprechenden Schrift auf die Frontstellungen dieser Diskussion Bezug, er versucht aber vor allem, die Rede vom „Terrorist als Feind“ in den Kontexten moderner Ordnungspolitik zu verorten, um daraus wiederum Konsequenzen für das (Straf-)Recht zu ziehen. Nachfolgend sollen die entscheidenden Argumentationslinien markiert (II.) und diese auf ihre Belastbarkeit hin überprüft werden (III.).

**II.** Den Ausgangspunkt der Überlegungen bildet eine Analyse der überkommenen Kriegechtslogik und -semantik (S. 7 ff.). *Pawlik* macht zunächst deutlich, dass der so genannte „gehegte Krieg“ bis in das 20. Jahrhundert hinein als Paradigma militärischer Auseinandersetzungen gelten konnte. Gegenüber standen sich souveräne Staaten, die Kriege als „politische Kunstwerke“ begriffen (Münkler) und alles daran setzten, rationale Regeln und Konventionen der Kriegsführung zu entwickeln (Kaldor). Gerade das, so *Pawlik*, änderte sich aber mit der Entstehung moderner Partisanenverbände (S. 9). Denn der Partisanenkrieg sei vornehmlich eine „Kampfweise der Schwachen“ (S. 10), die Konfrontation verlaufe nicht mehr zwischen zwei mehr oder weniger gleich organisierten Gegnern; weshalb Partisanen auch das bestehende Kriegecht unterlaufen und das Potential der Unerkennbarkeit mobilisieren würden. Vor allem darin besteht für *Pawlik* die Verbindung zu den Strategien des modernen Terrorismus (S. 11 ff.). Auch der Terrorismus fliehe den offenen Kampf und sei in diesem Sinne subversiv. Allerdings wendet er den „tellurischen Charakter“ des Kampfes (*Schmitt*) in einen symbolischen; es geht um ein Zeichen der Angst und des Schreckens, um eine „Gewalt der Plötzlichkeit“. Der Terrorismus, so *Pawlik*, ist deshalb „in erster Linie eine Kommunikationsstrategie.“ Auf dieser Grundlage komme es nicht nur zu einer Entgrenzung der jeweiligen Motive und Ziele über die politische Dimension hinaus, sondern auch zu einer medial forcierten Abkopplung von originär nationalen Ordnungsstrukturen. Das Bedrohungs- und Zerstörungspotential terroristischer Gewalt werde so zu einem omnipräsenten Code. *Pawlik* sieht darin einen völlig neuen Typus der Kriegsführung. Nicht nur, dass eine Vielzahl von Terrorgruppierungen heute über ähnliche militärische Mittel wie konventionelle Armeen verfügen, entscheidend ist vor allem, dass sie „die das 20. Jahrhundert prägende Tendenz zur Totalisierung des Krieges bruchlos fort[schreiben]“. Damit aber komme es zu einer „Rebarbarisierung der Kampfweise“ (Münkler), der die herkömmlichen Kriegsführungs- und Abschreckungsregeln nichts entgegenzusetzen haben. Es ist dieser Befund, der auch Konsequenzen für die rechtliche Einordnung des modernen Terrorismus haben müsse. *Pawlik* hält die These des Soziologen *Ulrich Beck* aber auch *Wolfgang Schäubles* für zutreffend, wonach die übliche Trennung zwischen Kriegecht, Polizeirecht und Strafrecht nicht mehr aufrechtzuerhalten sei, vielmehr neue, eben passendere Begrifflichkeiten erforderlich wären. Denn wenn der Terrorismus ein funktionales Äquivalent zum traditionellen Staatenkrieg darstelle, so könne sich auch die Bekämpfung nur an Wertungen kriegechtlicher oder kriegechtsähnlicher Provenienz orientieren, was formalrechtlich bedeute, dass auf die Prinzipien der Symmetrie und Reziprozität verzichtet werden müsse. Folge-

richtig liegt „in der Verknüpfung einer asymmetrischen normativen Grundstruktur – Verteidigung des Rechts gegen das Unrecht – mit kriegsähnlichen Mitteln [...] das spezifisch Neue des Rechtsregimes zur Bekämpfung des modernen Terrorismus.“ (S. 23). In Deutschland, so die Überzeugung *Pawliks*, wird dieser Paradigmenwechsel immer noch skandalisiert, jedoch nur, um die gleichen Strategien in die „gefälligeren äußeren Formen“ des Gefahrenabwehr- bzw. Strafrechts zu kleiden.

Welch „massive axiologische Verwerfungen“ ein solches Vorgehen im Bereich des Strafrechts nach sich zieht, versucht *Pawlik* im zweiten Teil der „rechtstheoretischen Einordnung“ zu zeigen (S. 25 ff.). Dabei liegt offen zu Tage, dass Konzepte der Spezial- bzw. Verbrechensbekämpfungsprävention, wie bei *Liszt*, auch im Strafrecht vertreten wurden. Im Kern, so *Pawlik*, geht es hier um Unschädlichmachung des Täters, eine Strategie, die dem Umgang mit dem militärischen Gegner gleicht und dort auch sein Recht habe. Im Kontext des modernen Strafrechts müsse dies aber zu Friktionen führen. Denn „konsequent durchgeführt, tendiert eine Spezialprävention á la *Liszt* zur Preisgabe sowohl des Schuld- als auch des Tatprinzips“. Deshalb würde eine Strafnorm, die vornehmlich auf die Gefährlichkeit des Täters abstelle, zwar die kriegsrechtlich opportunen Zielsetzungen realisieren, sich aber zu den Grundsätzen rechtsstaatlichen Strafens in Widerspruch setzen. „Genau dies geschieht“, so die These *Pawliks*, „in der Strafgesetzgebung zur Bekämpfung des Terrorismus“ (S. 26). Im Anschluss daran wird an Hand der §§ 129 ff. und des (geplanten) § 89a StGB der Sinngehalt der These verdeutlicht. Im Mittelpunkt stehen hier das Tat- und Schuldprinzip. Beide werden für *Pawlik* zunehmend marginalisiert: das Tatprinzip jedenfalls insoweit, als durch die eklatante Ausdehnung der Vorfeldkriminalisierung die Freiheit der Privatsphäre, insbesondere der je individuellen Lebensführung missachtet und eine differenzierte Bewertung entsprechender Verhaltensweisen kaum gewährleistet wird (S. 27 ff.). Das Schuldprinzip wird unterlaufen, indem die Sanktionsdrohung an ein mehr oder weniger diffuses Gefährdungsrecht gekoppelt sei, ohne dass damit das in Rede stehende Tatunrecht angemessen abgebildet werde (S. 31). Ähnliche Schwierigkeiten konstatiert *Pawlik* für den prozessual zu verortenden Verhältnismäßigkeitsgrundsatz. Vor allem die gravierenden Zwangsbefugnisse und forcierten Beschränkungen, erwähnt werden u.a. die Telekommunikationsüberwachung, die Schlepptzahnung oder die Untersuchungshaft ohne Haftgrund, lassen vermuten, dass die Vorschriften „zu einer verfahrensrechtlichen Überbeanspruchung des dort sanktionierten Unrechts“ führen (S. 34). In der Konsequenz sieht *Pawlik* eine Strategie der „radikalen Spezialprävention“ am Werk; mit *Jakobs* ließe sich auch sagen, dass sich das Bürgerstrafrecht im Umgang mit dem Phänomen des Terrorismus in ein Feindstrafrecht gewandelt habe. (S. 36). – Allerdings will sich *Pawlik* der Rede vom Feindstrafrecht nur bedingt anschließen. Zwar stimmt er *Jakobs* in der Radikalisierung des liberalen Leistungsgedankens zu (S. 38 f.), widersprechen möchte er aber der damit verbundenen Konfundierung von Strafrecht und Kriegsrecht (S. 40). Vielmehr müssten die Voraussetzungen der Sanktionierung eindeutig und ausschließlich auf das „Kriegsparadigma“ bezogen werden. Die Begründungslogik eines solch neuartigen Präventionsrechts

würde auch nicht zu einer Entpersonalisierung des Gegners führen, denn „der Gegner wird so genommen, wie er sich selbst präsentiert: als Person, die einer dauerhaft gefährlichen Organisation angehört“ (S. 41). Dementsprechend könnten hier auch alle Maßnahmen zur Unschädlichmachung eingesetzt werden, soweit sie sich nicht als „schlechthin unverhältnismäßig“ darstellten. Dazu gehört für *Pawlik* – neben der Tötung des Gegners – beispielsweise die Möglichkeit der vorbeugenden Inhaftierung i.S. einer Sicherungshaft resp. vorweggenommenen Sicherungsverwahrung, wofür der Gesetzgeber dann auch auf die §§ 129 ff. und 89a ff. StGB zurückgreifen dürfe (S. 43). Gleiches soll für das Prozessrecht gelten: über das herkömmliche Kriegsrecht hinaus müsse der Staat Alternativen zu bestehenden Gefahrenabwehrmethoden bekommen, ohne zwingend an die Maßstäbe des § 136a StPO gebunden zu sein (S. 46 f.). Im Ergebnis sind „weit ins Gefahrenfeld ausgreifende Ermittlungsmaßnahmen [...] unvermeidlich“, weshalb in diesen Konstellationen – jedenfalls partiell – „Gefahrenvorsorge an die Stelle der klassischen Gefahrenabwehr“ treten müsse (S. 48). *Pawlik* hält weder den Befund noch die vorgeschlagenen Strategien für schön, nur seien letztere „der einzige Weg hinaus aus der unfruchtbaren Konfrontation zwischen den Verfechtern eines wirklichkeitsentobenen Rechtsstaatsideals [...] und einer Haltung, die sich aus der „intellektuelle[n] Lust am antizipierten Ausnahmezustand“ (die *Fabio*) speist (S. 50).

**III.** *Pawliks* genealogische wie rechtstheoretische Einordnung des Terrorismus ist nicht nur eine lesenswerte Analyse der gegenwärtigen Problem- und Rechtslage, sie leistet vor allem eine überfällige Systematisierung der inzwischen vertretenen Argumente und damit einhergehender Überzeugungen. Zustimmung verdient deshalb die Klarstellung der ordnungspolitisch und gesetzlich begründeten (*Wertungs-*)*Widersprüche*. Auch die Kritik an dem jakobsschen Modell des Feindstrafrechts als „Konfundierung von Strafrecht und Kriegsrecht“ leuchtet durchaus ein. Der daraus gezogene Schluss auf ein „neuartiges Präventionsrecht mit kriegsrechtlichen Elementen“ ist insoweit nachvollziehbar. Gleichwohl hat der Rezensent Bedenken: Denn die Etablierung eines solchen Rechtsregimes, gerade jenseits *garantiert* rechtsstaatlicher Verfahrensformen, birgt eine Reihe von Unwägbarkeiten. Unklar ist bereits, mit welchen Rechtsbegriffen hier hantiert wird, mit anderen Worten, wie bürgerstrafrechtliche und kriegsrechtliche Strukturen aufeinander bezogen und wo vor allem die *Grenzen* zwischen den jeweiligen Ressorts zu ziehen sind. Die Rede davon, dass bei der Neutralisierung terroristischer Gefahren „nicht schlechthin unverhältnismäßig“ vorgegangen werden dürfe, mag als *politische* Aussage noch hinnehmbar sein, *juristisch* führt sie schon deshalb in Turbulenzen, weil nicht erkennbar ist, ob die Frage der (Un-)Verhältnismäßigkeit noch dem herkömmlichen Verfassungsrecht oder der Dogmatik des Kriegsrechts zugeschlagen oder ob sie einfach, wie bei bestimmten „Gefahrenabwehrmethoden“, pragmatisch funktionalisiert wird. Gleiches gilt für die Anwendung einzelner, in der Tat problematischer Tatbestände. – Die „Bekämpfung“ des Terrorismus, das hat *Pawlik* eindrücklich gezeigt, konfrontiert die moderne Gesellschaft mit völlig neuartigen Herausforderungen, denen sich Politik, Wissenschaft und Rechtspraxis zu stellen haben; doch zugleich, man mag es nur widerwillig zugeben,

bleibt der Feind „unsre eigne Frage als Gestalt“ (Däubler). Wie weit aber, so der entscheidende Punkt, kann eine Zivilgesellschaft die Exklusion rechtsfeindlicher Orientierungen vorantreiben, ohne den freiheitsgewährleistenden Kern der je eigenen Ordnung preiszugeben; wann also führt der „effektive“ Umgang mit Formen extremistischer Gewalt seinerseits zur Kapitulation vor der Logik einer ins Extrem gesteigerten *Gefahrenvorsorge*?

Dr. **Benno Zabel**, Leipzig

\*\*\*

**Klaus Ulsenheimer. Arztstrafrecht in der Praxis (Praxis der Strafverteidigung, Band 7); 4., neu bearbeitete und erweiterte Auflage, C.F.Müller, 724 Seiten, gebunden, € 72,-. ISBN 978-3-8114-3610-7, Heidelberg 2008.**

Das Arztstrafrecht stellt an den Bearbeiter hohe Anforderungen: Es erfordert nicht nur eine Kenntnis des einschlägigen materiellen Strafrechts mit Bezug zum ärztlichen Wirken, sondern auch umfassende Kenntnis des Arzt- und Medizinrechts, des ärztlichen Standesrechts sowie nicht zuletzt einiger in Arztstrafsachen regelmäßig zu beachtender verfahrensrechtlicher Besonderheiten. Medizinstrafrechtliche Fragen sind jedenfalls für den ausschließlich juristisch ausgebildeten Strafverteidiger ohne medizinische Vorbildung oder einschlägige Fortbildung mitunter schwer zu beantworten: Die Arbeit des Mediziners ist dem Juristen nur wenig vertraut. Daher ist es für den Strafverteidiger hilfreich, auf ein seit Jahren bewährtes Nachschlagewerk zurückgreifen zu können. Der Münchner Rechtsanwalt und Hochschullehrer Prof. Dr. Klaus Ulsenheimer bietet nunmehr in der vierten, neu bearbeiteten und erweiterten Auflage seines Werkes „Arztstrafrecht in der Praxis“ eine umfassende Darstellung der besonderen materiellen und strafprozessualen Probleme des Arztstrafrechts. Darüber hinaus wertet er aber auch die zivilrechtliche Rechtsprechung und die allgemeine medizinrechtliche Literatur ohne spezifisch strafrechtlichen Bezug aus und liefert dadurch insbesondere im Hinblick auf den im Bereich des Arztstrafrechts wohl praxisrelevantesten Komplex der ärztlichen Kunstfehler eine differenzierte und wertvolle Hilfe für die alltägliche Arbeit.

Der Verf. hat die vierte Auflage stark überarbeitet und viele Themen neu aufgenommen und aktualisiert, wie beispielsweise die Darstellung der Rechtsprechung zur Aufklärungspflicht des Arztes, die Ausführungen über Probleme der Arbeitsteilung, über Organisationsfehler und die Untreue durch Vertragsärzte. Auch das Spannungsverhältnis zwischen Kostendruck und medizinischem Standard wird ausführlich diskutiert. Von besonderer Bedeutung sind ferner die Ausführungen zur Neuregelung des Schwangerschaftsabbruchs sowie der Organtransplantation. Zudem informiert der Verf. umfangreich über den Bereich des kassenärztlichen und privatärztlichen Abrechnungsbetrugs sowie über die Vorschriften zur Vorteilsannahme und Bestechlichkeit. Hinzuweisen ist insbesondere auch auf die neue Darstellung der

Probleme der Präimplantationsdiagnostik sowie der Sterbehilfe (Patiententestament). Zu Recht wird das stetige Anschwellen des Buchumfanges im Vorwort der Herausgeber Werner Beulke und Hans-Ludwig Schreiber mit der zunehmenden praktischen Bedeutung des Arztstrafrechts gerechtfertigt.

Im Gegensatz zu anderen Bänden der Reihe „Praxis des Strafverfahrens“ wird hier das materielle Recht durch den Verf. angesichts der Schwierigkeit der Materie und dem – abgesehen von dem sich mehr als Textsammlung darstellenden „Handbuch des Medizinstrafrechts“ von Roxin und Schroth – Fehlen ähnlich umfassender Darstellungen des Arztstrafrechts besonders umfangreich behandelt. Demnach nimmt also Teil I („Das materielle Arztstrafrecht“) etwa 550 Seiten von insgesamt ca. 700 Buchseiten ein. Zunächst erörtert Ulsenheimer in § 1 seines Werkes die fahrlässige Tötung (§ 222 StGB) und die fahrlässige Körperverletzung (§ 229 StGB). Der gegenüber der Voraufgabe erheblich erweiterte Umfang dieses Kapitels von nunmehr annähernd 300 Seiten ist schon deshalb gerechtfertigt, weil diese Straftatbestände mit weitem Abstand an der Spitze der in Arztstrafverfahren zu untersuchenden Vorwürfe stehen. Dabei beschreibt der Verf. strukturiert und anschaulich die einzelnen Tatbestandsmerkmale der Fahrlässigkeitstat und geht im Rahmen dieser Darstellung detailliert auf die typischen Fehlerquellen – untergliedert in Behandlungsfehler, Aufklärungsfehler und Organisationsfehler – ein. Dem Strafrechtler wird ein guter Einblick in das zivilrechtliche Arzthaftungsrecht geboten und die Anwendung der dort entwickelten Grundsätze auf das materielle Strafrecht werden erläutert. Die umfangreiche Wiedergabe der höchstrichterlichen Rechtsprechung, aber auch unveröffentlichter Fälle aus der eigenen Praxis des Verf. bzw. seiner Kanzlei erleichtert das Verständnis. Ausführlich ist auch die Darstellung zur Frage der Kausalität zwischen Sorgfaltspflichtverletzung und Erfolg; zu Recht bemängelt der Verf. in diesem Zusammenhang, dass in der Justizpraxis vielfach „gegen die zwingenden rechtlichen Erfordernisse bei der Kausalitätsprüfung verstoßen“ wird (S. 267) und zeigt unter Bezugnahme auf die einschlägige BGH-Rechtsprechung auf, wie einer rechtsfehlerhaften Kausalitätsbegründung zu begegnen ist.

Besondere Aufmerksamkeit verdient auch die Bearbeitung der unterlassenen Hilfeleistung gem. § 323c StGB (§ 2). Zutreffend weist der Verf. auf die leider in der Praxis vermehrt festzustellende unzulässige „Umfunktionalisierung“ des § 323c StGB zu einem „Auffangtatbestand“ für (vermeintliches) ärztliches Fehlverhalten hin (S. 308 ff.). In der Praxis wird hier oftmals verkannt, dass eine Strafbarkeit nach § 323c StGB jedenfalls bedingten Vorsatz voraussetzt. Hervorzuheben sind auch die durch viele Beispiele aus der Rechtsprechung illustrierten Ausführungen zur Zumutbarkeit der Erfüllung der ärztlichen Hilfeleistung (S. 318 – 322).

Im Hinblick darauf, dass gerade die Straftatbestände, die sich speziell an den Arzt wenden, in der Praxis nur eine vergleichsweise geringe Bedeutung haben, wird hierauf vom Verf. in der gebotenen Kürze eingegangen: Hierzu zählen die ärztliche Sterbehilfe auf Verlangen des Patienten gemäß § 216 StGB (§ 3), Verstöße gegen das Transplantationsgesetz (§ 4), der Schwangerschaftsabbruch

nach § 218 StGB (§ 5), Verstöße gegen das Kastrations- (§ 6) und das Gentechnik- und Embryonenschutzgesetz (§ 7), die Verletzung der Geheimhaltungspflicht nach § 203 Abs. 1 Nr. 1 StGB (§ 8) sowie das Ausstellen unrichtiger Gesundheitszeugnisse nach § 278 StGB (§ 9). Diese Straftatbestände spielen zwar bekanntlich in der rechtspolitischen Diskussion oftmals eine bedeutende Rolle, sind aber jedenfalls im Hinblick auf die Strafverfolgungspraxis von untergeordneter Bedeutung. Ihnen kommt vielmehr – wie der Verf. in Zusammenhang mit der Darstellung zum illegalen Schwangerschaftsabbruch zutreffend anführt – eine „Appell- und Warnfunktion“ zu (S. 383).

Nur cursorisch streift der Verf. auch den Komplex der strafbaren Verschreibung, Verabreichung und Überlassung von Betäubungsmitteln (§ 10), die Strafbarkeit klinischer Arzneimittelprüfung (§ 11) sowie die strafbare Werbung und gewerbliche Betätigung des Arztes (§ 12).

Wesentlich ausführlicher kommentiert Ulsenheimer entsprechend der steigenden Bedeutung in der Praxis wiederum die Vorteilsannahme/Bestechlichkeit i. S. d. § 299 StGB und der §§ 331, 332 (§ 13) sowie den Abrechnungsbetrug gemäß § 263 StGB (§ 14). Gegenüber der Voraufgabe wurde das Werk angesichts der Entscheidung des 4. Strafsenats vom 25.11.2003 (BGHSt 49, 17 = HRRS 2004 Nr. 43) schließlich um einen weiteren Abschnitt zur (Vertragsarzt-) Untreue erweitert (§ 15). Der Verf. lehnt in Übereinstimmung mit dem wohl überwiegenden Schrifttum die Konstruktion des Vertragsarztes als „Vertreter der Krankenkassen“ und damit die Annahme einer Vermögensbetreuungspflicht mit gewichtigen Argumenten ab (S. 577 f.).

Neben der Darstellung des umfangreichen materiell-rechtlichen Teils finden die wichtigsten strafprozessualen Besonderheiten des Arztstrafrechts in Teil II („Die Anwaltstätigkeit, insbesondere die Verteidigung in Arztstrafsachen“) ausführlich Berücksichtigung. Dabei beschreibt Ulsenheimer zunächst die unterschiedlichen Funktionen des Anwalts in Arztstrafsachen, nämlich als Verteidiger des beschuldigten Arztes, als Anwalt des Verletzten bzw. der Angehörigen eines Verstorbenen oder als Rechtsbeistand eines Zeugen (§ 1). Der Verf. zeigt hier insbesondere auf, welche Ratschläge an den Arzt sich in der anwaltlichen Praxis bewährt haben. Sodann stellt der Verf. in dem strafprozessualen Teil seines Werkes die Bearbeitung eines strafrechtlichen Mandats in den verschiedenen Verfahrensabschnitten dar (§ 2), wobei er sein Augenmerk nahezu ausschließlich auf die anwaltliche Tätigkeit als Verteidiger des Arztes richtet. Hier werden vor allem die Vor- und Nachteile einer schnellen Verfahrenslösung im Wege der Einstellung gemäß § 153a StPO bzw. des Strafbefehlsverfahrens erörtert. Zutreffend weist der Verf. angesichts der stigmatisierenden Wirkung einer öffentlichen Hauptverhandlung darauf hin, dass die Vermeidung einer Anklage grundsätzlich das Hauptziel der Verteidigung sein muss (S. 635 ff.). Die von ihm nicht verkannte Problematik besteht allerdings praktisch oft darin, dass eben gerade angesichts der außerstrafrechtlichen faktischen Folgen – die von der Strafjustiz nach Ulsenheimer durchaus instrumentalisiert werden (S. 640) – Ärzte zu Ein- und Zugeständnissen bereit sind, für die aus rein rechtlicher Sicht

keine Notwendigkeit bestünde. Ferner behandelt der Verf. die Auseinandersetzung mit dem in Verfahren wegen ärztlicher Kunstfehler regelmäßig entscheidenden Sachverständigengutachten und die Problematik der Vorlage eines eigenen („Privat“-) Gutachtens (S. 629 – 634). Abschließend wird auf die Rechtsfolgen eines arztstrafrechtlichen Vergehens (§ 3) eingegangen. Hierbei erläutert der Verf. – naturgemäß nur cursorisch – zunächst das Strafmaß, geht dann auf die Verhängung eines Berufsverbots ein und beschreibt standesrechtliche Folgen. Von besonderer Bedeutung für das Arztstrafrecht sind schließlich die Erklärungen zum Widerruf bzw. Ruhen der Approbation und zum Entzug bzw. Ruhen der Kassenzulassung.

Insgesamt bleibt festzuhalten, dass Ulsenheimers Darstellung über das „Arztstrafrecht in der Praxis“ das unumstrittene Standardwerk dieser Materie darstellt, an dem niemand vorbei kommt, der sich mit diesem Rechtsgebiet befasst.

Rechtsanwalt und Fachanwalt für Strafrecht Dr. **Björn Gercke**, Köln

\*\*\*

### **Alice Wippler. Die Operative Fallanalyse als Beweismittel im Strafprozess; S. XV, 344. LIT-Verlag, Münster 2008**

Bei dem zu besprechenden Werk handelt es sich um eine von *Hillenkamp* betreute Heidelberger Dissertation. Das Buch umfasst – neben Inhalts- (S. V-XV) und Literaturverzeichnis (S. 324-344), einer Einleitung (S. 1-6) und einer Zusammenfassung nebst Ausblick (S. 312-316) sowie als Anhang dem verwandten Fragebogen (S. 317-319) und graphischen Darstellungen der Umfrageergebnisse (S. 320-323) – zwei Kapitel, und zwar „Operative Fallanalyse – Entwicklung, Forschung, Methoden und Standardisierung“ (S. 7-104) und „Die Bedeutung der operativen Fallanalyse im Strafprozess“ (S. 105-311), wobei nach Umfang und strafprozessualer Relevanz dieses Kapitels dessen Abschnitt C. dominiert, der sich mit „Nutzen und Grenzen“ (S. 142-289) befasst. Der Praxisrelevanz der Thematik entsprechend hat Verf. einzelne Antworten der von ihr schriftlich befragten strafgerichtlich Amtierenden (S. 4 f.; einer statistischen Auswertung stand u. a. die niedrige Rücklaufquote entgegen) an den jeweiligen Themenbereichen in die Abhandlung eingefügt; in gleicher Weise hat sie Darstellungen von ihr interviewter Beamter des BKA (Vorwort) wiedergegeben, deren Perspektive Verf. unbeschadet ihrer durchweg dokumentierten wissenschaftlichen Unabhängigkeit in ihren Würdigungen eher nicht zurückgestellt hat.

Bei der arbeitsökonomisch aufwändigen und hochpreisigen „operativen Fallanalyse“ (im Folgenden OFA) handelt es sich um ein Beispiel für Strategien polizeilicher Expansion, die nicht unzutreffend mit dem Bemühen um Intensivierung und Verbesserung von Aufklärungsmöglichkeiten begründet wird, zugleich aber zumindest auch dem Aquirieren zusätzlicher Beschäftigung und der Ausdehnung des Machtbereichs dient und damit zugleich

positive Funktionen von Kriminalität ausweist. Dem entspricht es, dass die Erstellung „häufig“ (*Verf.* S. 114) ohne Kenntnis der StA geschieht, ein *procedere*, das *Verf.* im Hinblick auf § 161 Abs. 1 S. 1 StPO bzw. Nr. 3 Abs. 1 S. 1 RiStBV beanstandet (S. 114 f.). Wesensgemäß hat die OFA die Funktion einer *Orientierungshilfe* im *Ermittlungsverfahren*, und zwar nur für solche vereinzelter Ausnahmefälle, in denen ein mit dem allgemeinen kriminaltechnischen Methodenarsenal nicht überwindbarer, zu Unsicherheit führender Informationsmangel vorliegt (*Verf.* S. 46 Fußn. 169: in Deutschland etwa 50-80 OFAen jährlich). Hierzu ist Voraussetzung, dass hinreichend *Spuren* vorhanden sind, die Geschehensmerkmale aufweisen. Somit wird die OFA vorzugsweise in (Ermittlungs-) Verfahren wegen (mutmaßlicher) Tötungs- oder sexualbezogener Gewaltdelikte, ggf. auch Erpressung und erpresserischen Menschenraubs, Brandstiftungen, Sprengstoffanschlägen oder terroristischen Anschläge durchgeführt. Traditionell stehen „Serientaten“ im Vordergrund, wobei inhaltlich weniger auf den *modus operandi* als vielmehr auf solche Verhaltensweisen (sogenannte individuelle „Handschrift“) abgestellt wird, die für die Durchführung der Tat nicht notwendig gewesen sind bzw. die (erwartungswidrig) fehlen (*Verf.* S. 47 ff., 61 ff., 72). Als Informationsquellen werden, obgleich ohne Möglichkeit kriminaltechnischer Feststellung und also systemfremd, ggf. auch Angaben etwa von Angehörigen des (mutmaßlich aufgrund deliktischer Einwirkung) verstorbenen Opfers z. B. zu dessen Person und Lebensgewohnheiten oder, bei dem Tatvorwurf der Vergewaltigung, solche des (mutmaßlichen) Opfers zur Person und dem Verhalten des (mutmaßlichen) Täters einbezogen (*Verf.* S. 70, 53, 180). Befasst sind vor allem Dienststellen beim BKA (gemäß § 2 Abs. 7 BKAG) und bei den *LKÄmtern*, und zwar auf Anfrage der ermittlungsführenden Polizeidienststelle. Schon wegen der Pluridisziplinarität (z. B. Rechtsmedizin, Physik, Biologie, Geographie, Kriminologie, Soziologie, Psychologie, ggf. auch Psychiatrie oder aber Linguistik) handelt es sich meist um Teamarbeit, woraus sich auch in diesem Bereich neben Vorzügen etwa bei der Hypothesenbildung (vgl. *Verf.* S. 79, 75 [„kommunikative Validierung“], 187 f.) und unbeschadet der Rolle eines Moderators (*Verf.* S. 80) gewisse ggfs. dysfunktionale Einschränkungen (etwa hinsichtlich konsensfähigem fachlichem Niveau oder [u. a. soziometrisch bedingter] Durchsetzungsfähigkeit bei Meinungsverschiedenheiten) ergeben, zumal eine einheitliche Wissenschaftssprache oder eine standardisierte Methodik nicht bestehen (*Verf.* S. 77). Neben dem primär deduktiven Vorgehen werden gewissermaßen induktiv statistische Daten der verschiedensten Sachgebiete verwandt (speziell etwa die beim BKA geführte Datenbank VICLAS [=Violent Crime Linkage Analysis System]), wobei sich (auch) hinsichtlich der OFA unterschiedliche Auffassungen bezüglich der Dominanz dieses oder jenes Vorgehens ergeben können (*Verf.* S. 93 ff.). – Mit *Verf.* (S. 87, 183 f.) ist jedoch ein *Monopol* der Polizei im Bereich OFA, dem u. a. durch die (polizeiintern für verbindlich erklärte) Auflistung einschlägiger „Qualitätsstandards“ und die Einrichtung eines Ausbildungsgangs zum „polizeilichen Fallanalytiker“ Nachdruck verliehen wurde, zu *beanstanden*: Nicht jedem Ansatz, der demjenigen des BKA nicht entspricht, darf „seine Seriosität abgesprochen werden“ (*Verf.* S. 187).

Was die *Frage* nach der *Verlässlichkeit* der OFA angeht, so stellt *Verf.* zunächst klar, dass sie nicht auf einer Wissenschaft beruht, zumal keine Ausrichtung auf die „Erlangung universalgültiger Erkenntnisse“ besteht (S. 205). Unterhalb des methodischen Anspruchs einer Wissenschaft ist am ehesten die *Tathergangsanalyse* überprüfbar, die um eine Rekonstruktion des (mutmaßlichen) äußeren Tatablaufs bemüht ist. Denn sie beruht auf Spuren, d.h. auf objektiven Tatsachen. Indes handelt es sich bei deren Ergebnissen stets nur um Wahrscheinlichkeitsaussagen bzw. *Hypothesen*, und auch Irreführungen sind nicht auszuschließen (nicht verlässlich hingegen sind mitunter beigefügte Ausführungen zum Tatmotiv, da sie methodenimmanent ein vergleichsweise hohes Fehlerpotential aufweisen, *Verf.* S. 251).

Aufbauend auf der Tathergangsanalyse bzw. den darin zum Ausdruck kommenden Hypothesen umfasst die OFA zwei andere Kategorien von Aussagen, die beide im Allgemeinen nicht hinreichend verlässlich sind. Zum einen betrifft es die *Vergleichende Beurteilung* mehrerer Einzeltaten als Teil einer *Serie*. Die wahrscheinlichkeitstheoretische Fragwürdigkeit beruht vor allem darauf, dass die Beurteilung auch auf der Interpretation interner Vorgänge bzw. der Spekulation über solche beruht. Zudem stehen empirisch begründete Einwände gegenüber jeder Form von Perseveranz – also nicht nur des *modus operandi*, sondern auch der sogenannten „Handschrift“ – entgegen (*Verf.* S. 89, 252 f.). – Zum anderen handelt es sich um die Beurteilung der *Persönlichkeit* des (mutmaßlichen) Täters, das sogenannte *Täterprofil*. Die Einwände beziehen sich zunächst wiederum auf die Unkontrollierbarkeit des Vorgehens hinsichtlich interner Vorgänge. Insbesondere ist zwar unstreitig, dass eine ausreichende abgleichungsfähige Hinweisdichte vorliegen muss (*Verf.* S. 73, 254 ff.), jedoch fehlt es an stabilen Erkenntnissen dazu, welche Informationsdichte hierzu vorliegen muss (zur Fehleranfälligkeit i. S. v. Stereotypen etwa *Dabney ua Criminal Justice&Behaviour* 33 [2006] 646 ff.).

Die Einbeziehung der Ergebnisse einer OFA auch im *gerichtlichen Verfahren* geschieht ganz überwiegend nur mittelbar bzw. „auf Umwegen“, z. B. durch Erwähnung in der *Anklageschrift*. Soweit dabei die Unterlagen - etwa aufgrund von Geheimhaltungsbelangen hinsichtlich der Kriterien einer OFA - bei den polizeilichen Akten oder den Handakten der StA verbleiben, erkennt *Verf.* dies unter Hinweis auf § 168b Abs. 1, 163 Abs. 2 bzw. § 244 Abs. 2 StPO sowie den zur Wahrung rechtlichen Gehörs unabdingbaren Grundsatz der Aktenvollständigkeit als unzulässig, d. h. die Unterlagen müssen Eingang in die Ermittlungsakten finden (S. 117-120, auch gegen Versuche partiellen Heraushaltens unter Hinweis auf § 96 StPO). Eine unmittelbare Einführung in die *Hauptverhandlung*, wie sie von *Verf.* unter anschaulicher und umsichtig würdigender Anknüpfung an bestimmte Strafprozesse vor deutschen Gerichten (S. 121-136) vor allem thematisiert wird, findet nur vergleichsweise selten statt (nach *Baurmann/Heese*, in BKA, Die operative Fallanalyse in der Hauptverhandlung, 2006 S. 184 gar nur zwischen 5 und 10 Verfahren jährlich). Aufgrund der erörterten Einschränkungen hinsichtlich verlässlicher Aussagen ist die Würdigung von *Verf.* (S. 252-254), solches komme ohnehin nicht für eine vergleichende Fallanalyse in Be-

tracht, durchaus stichhaltig; das Gleiche gilt für die Übereinstimmung eines fallbezogen gewonnenen Profils mit dem Beschuldigten, der sie „keinerlei Beweiswert“ zuerkennt (S. 254 ff.). Anders verhält es sich allein bezüglich der Tathergangsanalyse (*Verf.* S. 250 f.), aber bei dieser bleibt das Gericht, sofern es mit *Verf.* nicht schon grundsätzlich eine völlige Ungeeignetheit als Beweismittel (§ 244 Abs. 3 S. 2 StPO) verneint (ausführlich S. 197 ff., 219 ff.), wegen des nur hypothetischen Charakters und der Suggestivwirkung fallanalytischer Tathergangsmodelle zu einer besonders umsichtigen Beweiswürdigung und einer vorsichtigen Beweisverwertung verpflichtet (BGH NStZ 2009, 284 f.; *Verf.* S. 277 ff.).

Hinsichtlich der *Verfahrensrolle* des Fallanalysten in der Hauptverhandlung scheidet die Beurteilung als sachverständiger Zeuge schon gemäß der unstrittigen Voraussetzung aus, dass die Tatsachen ohne Auftrag des Gerichts, der StA oder der Polizei wahrgenommen worden sein müssen (s. verbaliter anders BGH NStZ-RR 2008, 148, 149). *Verf.* meint, bei dem Fallanalysten handle es sich um einen Sachverständigen, da er gemäß „kriminologischem und kriminalistischem Hintergrundwissen“ und „analytischen Fähigkeiten“ in der Lage sei, „die objektiven Befunde zu würdigen und aus ihnen aussagekräftige Schlussfolgerungen zu ziehen“ (S. 175, zum Unterschied gegenüber einem sachverständigen Zeugen *Verf.* S. 178, aber auch S. 171 f.), und diese Schlussfolgerungen seien, soweit sie dem Gericht nicht offen gestanden hätten, Befundtatsachen (*Verf.* S. 179). Folgerichtig erörtert sie in diesem Rahmen schon die Heranziehung (§§ 161 a Abs. 1 S. 2, 73 Abs. 1 S. 1 StPO) unter Erwähnung auch von Nr. 70 Abs. 1 RiStBV (*Verf.* S. 116 f.), die Frage der Akteneinsicht (§ 80 Abs. 2 StPO), die sie mit der Einschränkung einer Bereinigung um subjektive Daten bejaht (S. 290 ff, 295), sowie die Frage der Ablehnung wegen Befangenheit (§ 74 Abs. 1 StPO, S. 195 ff.), wozu sie im Falle der Mitwirkung ermittelnder Polizeibediensteter im OFA-Team und, unabhängig davon, bei Kompetenzüberschreitung eine Bejahung in Erwägung zieht. Ebenso erkennt sie, dass im Falle der Beauftragung einer Behörde (§ 83 Abs. 3 StPO) eine Verlesbarkeit (§ 256 Abs. 1 Nr. 1 a StPO) in Betracht kommen könnte, lehnt dies jedoch wegen des Einflusses von „Erfahrungshorizont“ und „Intuition“ auf die OFA eher ab (*Verf.* S. 193).

Ob für einen Fallanalysten die Rolle eines Sachverständigen in Betracht kommt (vgl. bej. etwa *Bruns*, in BKA aaO, 163; eher vern. etwa *Ignor*, in BKA aaO S. 93 ff) - es betrifft im Übrigen neben einer „Prestigefrage“ (*Verf.* S. 169) auch eine solche der Vergütung - , hängt davon ab, was die OFA primär anbietet: entweder die Erhebung von Befundtatsachen oder aber die Bewertung von (bereits anderweit ermittelten) Tatumständen und Schlussfolgerungen und damit Aufgaben richterlicher Beweiswürdigung (§ 261 StPO). Schon nach dem Selbstverständnis der OFA geht es – entgegen dem Beobachten, Diagnostizieren und Erklären bei empirischer oder gar naturwissenschaftlicher Gutachtenerstellung – auch bei der Tathergangsanalyse um ein *Nachvollziehen* und *Deuten* unter Einsatz nicht unerheblicher individuell-intuitiver Elemente (*Verf.* S. 204, 210, 232-237). Hierzu ist unbestritten, dass es an einer - allgemein anerkannten Methoden entsprechenden - Validierung fehlt, wozu *Verf.* klarsichtig

ausführt, dass ein Geständnis oder gar eine Verurteilung von einer OFA beeinflusst sein mögen, wogegen unabhängige, d. h. „äußere“ Validitätskriterien „kaum einmal“ vorliegen (S. 224 f.). Auch die auf die „Spurenlage“ abhebende Annahme, „der Tatort spiegele das Verhalten des Täters wider“ (*Verf.* S. 232), enthebt nicht von der Notwendigkeit einer Validierung diesbezüglicher Ergebnisse der OFA (anders wohl *Verf.* S. 232), weil es darauf ankommt, die Unbekannte von Fehlinterpretationen auszuräumen. Demgemäß handelt es sich bei den Bewertungen und Schlussfolgerungen nicht um Untersuchungsbefunde und bei deren Erstellung insoweit nicht um eine Sachverständigentätigkeit (vgl. betr. Tatserie auch BGH NStZ-RR 2008, 148[149], wonach die „eher ermittlungstechnisch eingesetzte“ OFA also „nicht als Verwertung eines methodisch näher zu erläuternden Gutachtens zu verstehen“ sei; offen gelassen in BGH NStZ 2009, 284 f.; verbaliter anders BGH NJW 2007, 92, 95), ebenso wie Bekundungen nicht solche eines sachverständigen Zeugen sind (vgl. *Nack* GA 2009, 211; s. aber auch *Boetticher*, in BKA, aaO zu drei Entscheidungen des 1. Strafsenats des BGH aus dem Jahr 2006). Auch können die Bewertungen und Schlussfolgerungen einer OFA *nicht* Gegenstand eines *Beweisantrags* im Sinne von § 244 Abs. 3, 4 StPO sein (vgl. betr. Tathergangsanalyse schon BGH NStZ 2006, 712 f.), sie sind Beweisanregungen.

Andererseits könnte eine Einordnung als Sachverständiger wegen der Vermittlung nicht allgemein gültiger, sondern nur statistischer *Erfahrungssätze* im Sinne eines zwar regelmäßigen, aber nicht zwingenden Ablaufs von Vorgängen (etwa sogenannte „typische“ Verhaltensweisen) erwogen werden (offen gelassen in BGH NStZ 2009, 284 f.), wobei es Aufgabe des Gerichts bliebe, selbst und unabhängig darüber zu entscheiden, ob die Schlussfolgerung aufgrund eines derartigen Erfahrungssatzes zu ziehen ist oder nicht (§ 261 StPO; BGH NStZ 2006, 712 f.; BGH NStZ 2009, 284 f.). Indes ist zweifelhaft, unter welchen Voraussetzungen von Erfahrungssätzen ausgegangen werden könnte (skeptisch *Nack* GA 2009, 212). Für die Tathergangsanalyse wie auch für etwaige Erfahrungssätze ergeben sich Einschränkungen der Geeignetheit nicht zuletzt daraus, dass die einordnende Beurteilung in Anlehnung an vorausgegangene strafrechtliche Würdigungen der Justiz oder der Polizei in jeweiligen Einzelfällen und zudem betreffend *selektierten Materials* geschieht. So sind z. B. im Grau- und besonders im Dunkelfeld verbliebene (mutmaßliche) Delikte nicht einbezogen, weshalb erhebliche Lücken und Verzerrungen des Informationsstandes nahe liegend sind. Im Übrigen sind die vorausgegangenen Würdigungen mit unbekannter Fehlerquote hinsichtlich partieller oder gänzlicher Fehlentscheidungen mit der Folge *falschen Materials* behaftet, wovon gerade auch zentrale Anwendungsfelder der OFA wie Tötungsdelikte gar in Zusammenhang mit sexualitätsbezogenen Umständen nicht ausgenommen sind. Dies gilt besonders dann, wenn die vorausgegangenen Bewertungen ihrerseits - konzeptionell stimmig zur OFA - gewissermaßen tatbild- und spurenfixiert gewesen sind (vgl. zur Veranschaulichung aus der Judikatur etwa BGH NStZ 2007, 522 mit Anm. Rezensent/*Schmitz* NStZ 2008, 94 oder Beschluss des BVerfG, 2. Kammer des 2. Senats, vom 4. 12. 2008 – 2 BvR 2333/08 – mit Bspr. Rezensent DRiZ 2009, Heft Juli).

Verf. hat mit ihrem Werk einen wesentlichen Beitrag zu den methodischen Grenzen einer OFA und insbesondere zu den Voraussetzungen einer Verwertbarkeit der OFA im Strafprozess geleistet. In nüchterner Abwägung hat sie Gefahren einer Überhöhung der methodischen Möglichkeiten erkannt und daraus bestimmte Konsequenzen für Fragen der Verwertbarkeit gezogen. Besonders verdienstvoll sind Hinweise auf trotz Nichtgeeignetheit vorkommende *Grenzüberschreitungen* mit Einfluss auf das Strafgericht (z. B. S. 254: „...sich das Gericht zur Überfüh-

rung ...auf den modus operandi stützte, der nach Einschätzung des Sachverständigen mit hoher Wahrscheinlichkeit für eine Täteridentität sprach“; oder S. 260 betr. Aussagen zum Täterprofil, die mit der objektiven Wahrheitsfindung nicht vereinbar sind: „...dürfte der Täter als handlungsorientiert, sozial unauffällig, jedoch nicht sozial isoliert zu beschreiben sein“).

Prof. Dr. **Ulrich Eisenberg**, Berlin

### 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.

### **554. BVerfG 1 BvQ 26/09 (1. Kammer des Ersten Senats) – Beschluss vom 17. Juni 2009 (-)**

(Erfolgloser) Antrag auf einstweilige Anordnung; allgemeines Persönlichkeitsrecht (Verfilmung „Rothenburg“; Intimsphäre; Recht am eigenen Bild); „Kannibale von Rotenburg“.

Art. 2 Abs. 1 GG; Art. 1 Abs. 1 GG; § 32 BVerfGG

### **555. BVerfG 1 BvR 2251/08 (2. Kammer des Ersten Senats) – Beschluss vom 4. Mai 2009 (LG Chemnitz/AG Hainichen)**

Verweigerung der Festsetzung und Auszahlung der Pflichtverteidigervergütung (vorherige Aufrechnung nach Antrag auf Festsetzung der Wahlverteidigergebühren); Berufsfreiheit.

Art. 12 Abs. 1 GG; § 141 StPO; § 49 Abs. 1 BRAO; § 52 RVG; § 43 RVG

### **556. BVerfG 1 BvR 2252/08 (2. Kammer des Ersten Senats) – Beschluss vom 4. Mai 2009 (LG Chemnitz/AG Hainichen)**

Verweigerung der Festsetzung und Auszahlung der Pflichtverteidigervergütung (vorherige Aufrechnung nach Antrag auf Festsetzung der Wahlverteidigergebühren); Berufsfreiheit.

Art. 12 Abs. 1 GG; § 141 StPO; § 49 Abs. 1 BRAO; § 52 RVG; § 43 RVG

1. Nimmt der Staat für Aufgaben, deren ordentliche Wahrnehmung im öffentlichen Interesse liegt, Staatsbürger beruflich in Anspruch, stellt dies einen Eingriff in die freie wirtschaftliche Betätigung im Sinne einer Berufsausübungsregel dar (vgl. BVerfGE 114, 196, 244).

Dabei erweist es sich als übermäßige, durch keine Gründe des Gemeinwohls gerechtfertigte Einschränkung der freien Berufsausübung, wenn den derart Belasteten eine angemessene Entschädigung für ihre berufliche Inanspruchnahme vorenthalten wird.

2. Es verletzt das Grundrecht auf Berufsfreiheit, wenn einem als Pflichtverteidiger beigeordneten Anwalt im Falle des Freispruchs seines Mandanten die Festsetzung und Auszahlung der Pflichtverteidigervergütung verweigert wird, weil der Anwalt zunächst die Festsetzung und Auszahlung von Wahlverteidigergebühren beantragt hatte, hierzu aber zuvor von der Staatskasse gegenüber dem Mandanten die Aufrechnung erklärt worden war.

### **557. BVerfG 1 BvR 2272/04 (1. Kammer des Ersten Senats) – Beschluss vom 12. Mai 2009 (KG Berlin/AG Tiergarten)**

Meinungsfreiheit („durchgeknallter Staatsanwalt“; Beleidigung; Schmähung; Kontext von Werturteilen; Abwägungserfordernis bei Kritik an der Ausübung staatlicher Gewalt; Vermutung freier Rede).

Art. 5 Abs. 1 GG; Art. 10 EMRK; § 185 StGB

### **558. BVerfG 2 BvR 1980/07 (2. Kammer des Zweiten Senats) – Beschluss vom 10. März 2009 (BGH/LG Kiel)**

„Nachteil“ beim Untreuetatbestand (schadensgleiche Vermögensgefährdung; Kriterien zur Eingrenzung; Gefährdungsschaden; Vorsatz); Bestimmtheitsgebot (Erkennbarkeit des Risikos); Analogieverbot; Anspruch auf den gesetzlichen Richter (zulässiges Unterlassen einer Vorlage an den Großen Senat für Strafsachen); BGH 3 StR 207/07.

Art. 103 Abs. 2 GG; § 266 Abs. 1 StGB; § 263 StGB; § 15 StGB; Art. 101 Abs. 1 Satz 2 GG; § 132 Abs. 2 GVg

**559. BVerfG 2 BvR 2202/08 (2. Kammer des Zweiten Senats) – Beschluss vom 18. Mai 2009 (OLG Bamberg/LG Bamberg/AG Forchheim)**

Verwenden von Kennzeichen verfassungswidriger Organisationen („die Fahnen hoch“; „Horst-Wessel-Lied“; Gesamtbetrachtung; Kontext des Verwendens); Bestimmtheitsgebot (Analogieverbot); Meinungsfreiheit. Art. 5 GG; Art. 103 Abs. 2 GG; § 86a Abs. 1 Nr. 1 StGB; § 86a Abs. 2 Satz 2 StGB

**560. BVerfG 2 BvR 2233/07 (2. Kammer des Zweiten Senats) – Beschluss vom 18. Mai 2009 (-)**

Strafbarkeit des Vorbereitens des Ausspähens und Abfangens von Daten (Computerprogramme; dual use tools; „Hacker-Tools“; Entwicklung oder Modifikation mit der Absicht zur Begehung von Straftaten; Beschaffung oder Weitergabe zum Zweck von Sicherheitsüberprüfungen; Vorsatzfeststellung Vorsatz); Zulässigkeit der Verfassungsbeschwerde gegen ein Gesetz. § 202c Abs. 1 Nr. 2 StGB; § 202a StGB; § 202b StGB; § 90 Abs. 1 BVerfGG

**561. BVerfG 2 BvR 247/09 (2. Kammer des Zweiten Senats) – Beschluss vom 13. Mai 2009 (BGH/LG Rostock)**

Versagung der Strafmilderung nach § 106 JGG (Beachtung des Resozialisierungsgebotes; lebenslange Freiheitsstrafe; Mord; abgeschlossene Reifeentwicklung; fehlende Formbarkeit durch zeitigen Strafvollzug); Anspruch auf den gesetzlichen Richter (Unabhängigkeit und Unparteilichkeit; Willkürfreiheit; Befangenheit; spontane Äußerungen des Erstaunens); BGH 4 StR 358/08. Art. 2 Abs. 1 GG; Art. 1 Abs. 1 GG; Art. 3 Abs. 1 GG; Art. 101 Abs. 1 S. 2 GG; Art. 6 Abs. 1 Satz 1 EMRK; § 106 JGG; § 211 StGB

**562. BGH 1 StR 134/09 - Beschluss vom 26. Mai 2009 (LG Ravensburg)**

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

**563. BGH 1 StR 208/09 - Beschluss vom 13. Mai 2009 (LG Hechingen)**

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

**564. BGH 1 StR 209/09 - Beschluss vom 13. Mai 2009 (LG München)**

Vergewaltigung (Fragerecht; Konfrontationsrecht; Berücksichtigung von Opferinteressen). Art. 6 Abs. 3 lit. d EMRK; § 240 StPO; § 177 Abs. 2 StGB

**565. BGH 1 StR 342/08 - Urteil vom 30. April 2009 (LG Gießen)**

BGHSt; Steuerhinterziehung durch fingierte Ketten- und Karussellgeschäfte (Strafzumessung nach dem aus dem Gesamtsystem erwachsenen Gesamtschaden; verschuldete Auswirkungen der Tat); Aussetzung der Freiheitsstrafe zur Bewährung (Verteidigung der Rechtsordnung bei

komplexem und aufwändigem Täuschungssystem zur systematischen Verschleierung von Sachverhalten über einen längeren Zeitraum); Untreue (Strafantragserfordernis; Verfahrenshindernis); unzulässiges Selbstleseverfahren (Beruhen).

§ 370 Abs. 1 und Abs. 4 AO; § 46 Abs. 2 StGB; § 56 Abs. 3 StGB; § 266 StGB; § 247 StGB; § 337 StPO

**566. BGH 1 StR 39/09 - Beschluss vom 22. April 2009 (LG Cottbus)**

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

**567. BGH 1 StR 479/08 - Beschluss vom 27. Mai 2009**

Berichtigungsbeschluss. § 370 Abs. 1 Nr. 2 AO

**568. BGH 1 StR 597/08 - Urteil vom 26. Mai 2009 (LG Landshut)**

BGHSt; Revisibilität der Beweiswürdigung bei einer Vergewaltigung (Beweiswert einer mitochondrialen DNA-Analyse, ggf. in Kombination mit dem Ergebnis der Analyse von Kern-DNA; Produktregel). § 261 StPO; § 177 Abs. 2 StGB

**569. BGH 1 StR 704/08 - Beschluss vom 13. Mai 2009 (LG Stuttgart)**

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

**570. BGH 1 StR 745/08 - Beschluss vom 30. April 2009 (LG Augsburg)**

BGHSt; Erlöschen des Zeugnisverweigerungsrechts des Angehörigen eines Beschuldigten im Verfahren gegen einen Mitbeschuldigten bei Abschluss des Verfahrens gegen den Beschuldigten auch bezüglich eingestellter Tatvorwürfe; Schutz des Familienfriedens und Abwägung mit dem Gebot effektiver Rechtspflege (Funktionstüchtigkeit der Strafrechtspflege; Vertrauensschutz); Auskunftsverweigerungsrecht. § 52 Abs. 1 Nr. 3, Abs. 3 Satz 1 StPO; § 154 Abs. 1 und 2 StPO; § 252 StPO; Art. 20 Abs. 3 GG; Art. 6 GG; Art. 6 EMRK; § 55 StPO

**571. BGH 1 StR 745/08 - Beschluss vom 30. April 2009 (LG Augsburg)**

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

**572. BGH 2 StR 103/09 - Beschluss vom 27. Mai 2009**

Beiordnung im Adhäsionsverfahren (fortwirkende Beistandsbestellung) und Prozesskostenhilfeantrag der Nebenklägerin im Adhäsionsverfahren (gesonderte Entscheidung). § 397a Abs. 1 Satz 1 StPO; § 404 Abs. 5 Satz 1 StPO; § 199 Abs. 1 Satz 1 ZPO

**573. BGH 2 StR 61/09 - Beschluss vom 3. Juni 2009 (LG Darmstadt)**

Besondere Schwere der Schuld bei einem Auftragsmord. § 57a Abs. 1 Satz 1 Nr. 2 StGB; § 211 StGB

**574. BGH 2 StR 79/09 - Beschluss vom 8. Mai 2009 (LG Darmstadt)**

Tenorierung beim besonders schweren Fall des Diebstahls.  
§ 243 Abs. 1 Nr. 3 StGB; § 267 StPO

**575. BGH 2 StR 81/09 - Beschluss vom 13. Mai 2009 (LG Darmstadt)**

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

**576. BGH 2 StR 85/09 - Urteil vom 20. Mai 2009 (LG Limburg)**

Grenzen der Revisibilität der Beweiswürdigung bei der Verneinung eines Tötungsvorsatzes; Begriff der Tat im prozessualen Sinne (Gewalteinwirkung und anschließendes mögliches Tötungsdelikt durch Unterlassen; bloßes Indiz der materiellrechtlichen Tateinheit).  
§ 261 StPO; § 13 StGB; § 15 StGB; § 212 StGB; § 264 StPO

**577. BGH 2 StR 87/09 - Beschluss vom 6. Mai 2009 (LG Darmstadt)**

Tenorierung bei Verstößen gegen das Waffengesetz (Ungeügen der Formulierung „wegen Verstoßes gegen das Waffengesetz“; unerlaubtes Führen einer Schusswaffe).  
§ 52 Abs. 3 Nr. 2a WaffG; § 260 Abs. 4 Satz 1 StPO

**578. BGH 2 StR 106/09 - Beschluss vom 20. Mai 2009 (LG Frankfurt am Main)**

Strafzumessung (falsche Strafrahmenwahl)  
§ 46 StGB; § 29a Abs. 1 Nr. 2 BtMG

**579. BGH 2 StR 115/09 - Beschluss vom 20. Mai 2009 (LG Frankfurt)**

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

**580. BGH 2 StR 123/09 - Beschluss vom 13. Mai 2009 (LG Trier)**

Wirksamer Rechtsmittelverzicht nach qualifizierter Belehrung (Anforderung an die Protokollierung; Behauptung unzulässiger Willensbeeinflussung durch den Verteidiger; Recht auf konkreten und wirksamen Verteidigerbeistand).  
Art. 6 Abs. 3 lit. c EMRK; § 273 StPO; § 302 Abs. 1 Satz 1 StPO

**581. BGH 2 StR 128/09 - Beschluss vom 6. Mai 2009 (LG Kassel)**

Mangelnde Feststellung zum Vorsatz bei der Beihilfe zur schweren räuberischen Erpressung gemäß §§ 253, 255, 250 Abs. 2 Nr. 1 StGB (widersprüchliche Beweiswürdigung); Strafzumessung (Doppelterwertungsverbot).  
§ 253 StGB; § 255 StGB; § 250 Abs. 1 Nr. 1 b, Abs. 2 Nr. 1 StGB; § 27 StGB; § 46 Abs. 3 StGB

**582. BGH 2 StR 147/09 - Beschluss vom 8. Mai 2009 (LG Darmstadt)**

Abfassung der Urteilsgründe.  
§ 267 StPO

**583. BGH 2 StR 150/09 - Beschluss vom 20. Mai 2009 (LG Limburg)**

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

**584. BGH 2 StR 163/09 - Beschluss vom 3. Juni 2009 (LG Frankfurt am Main)**

Erforderliche und gebotene Verteidigungshandlung bei der Notwehr (erforderliche Warnung; sozialetische Einschränkungen der Notwehr; Freispruch durch das Revisionsgericht).  
§ 32 StGB; § 354 Abs. 1 StPO

**585. BGH 2 StR 163/09 - Beschluss vom 3. Juni 2009**

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

**586. BGH 2 StR 168/09 - Beschluss vom 27. Mai 2009 (LG Erfurt)**

Adhäsionsverfahren; Herabsetzung eines Schmerzensgeldanspruches entsprechend des Klägerantrages (ne ultra petita).  
§ 404 StPO; § 308 ZPO

**587. BGH 2 StR 177/09 - Beschluss vom 27. Mai 2009 (LG Frankfurt am Main)**

Vorsatzfeststellung aus den äußeren Umständen (Eventualvorsatz; bedingter Vorsatz).  
§ 15 StGB; § 261 StPO

**588. BGH 2 StR 183/09 - Beschluss vom 3. Juni 2009 (LG Aachen)**

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

**589. BGH 2 StR 470/08 - Urteil vom 29. April 2009 (LG Aachen)**

Mord (Voraussetzungen der Heimtücke: Feststellung und Ablehnung des Ausnutzungsbewusstseins; Beweiswürdigung; Vortatverhalten; Nachtatverhalten).  
§ 211 Abs. 2 StGB; § 261 StPO

**590. BGH 2 StR 570/08 - Beschluss vom 29. April 2009 (LG Fulda)**

Unerlaubtes Handeltreiben mit Betäubungsmitteln (Konkurrenzen; Bewertungseinheit: Anwendung von in dubio pro reo).  
§ 29 BtMG; § 52 StGB; § 53 StGB; § 261 StPO

**591. BGH 2 ARs 164/09 (2 AR 90/09) - Beschluss vom 15. Mai 2009**

Unzulässiger Ablehnungsantrag (Besorgnis der Befangenheit); Anhörungsrüge.  
§ 26a Abs. 1 Nr. 2 StPO; § 356a StPO

**592. BGH 2 ARs 237/09 (2 AR 142/09) - Beschluss vom 27. Mai 2009 (AG Amberg; AG Stuttgart-Bad-Cannstatt)**

Verbindungsentscheidung durch den BGH (kein übereinstimmender Antrag auf eine auf Verfahrensverbindung abzielende Vereinbarung der beteiligten Amtsgerichte).  
§ 13 Abs. 2 StPO

**593. BGH 2 ARs 98/09 (2 AR 70/09) - Beschluss vom 6. Mai 2009 (AG Göttingen; AG Bremen)**

BGHSt; Zuständigkeit für die Bewährungsüberwachung bei Einbeziehung einer durch Ersatzfreiheitsstrafe vollstreckten Geldstrafe in eine zur Bewährung ausgesetzten Gesamtfreiheitsstrafe (Ende der Zuständigkeit der Strafvollstreckungskammer).

§ 462a Abs. 1 und 2 StPO; § 453 StPO; § 454 StPO; § 454a StPO; § 462 StPO; § 14 StPO

**594. BGH 2 ARs 250/09 (2 AR 134/09) - Beschluss vom 24. Juni 2009 (LG Münster)**

Unzulässige Beschwerde zum BGH hinsichtlich der Unzuständigkeit der nach Urteilsaufhebung verhandelnden Kammer des Landgerichts.

§ 135 Abs. 2 GVG; § 304 StPO

**595. BGH 2 ARs 257/09 (2 AR 74/09) - Beschluss vom 27. Mai 2009 (AG Schwedt/Oder)**

Rechtsfehlerhafte Abgabe eines Verfahrens gemäß § 42 Abs. 3 JGG.

§ 42 Abs. 3 JGG

**596. BGH 4 StR 10/09 - Beschluss vom 26. Mai 2009 (LG Essen)**

Besonders schwerer Fall des Betrugers (gewerbsmäßiges Handeln bei mittelbaren Vorteilen).

§ 263 Abs. 1, Abs. 3 Nr. 1 StGB

**597. BGH 4 StR 102/09 - Beschluss vom 12. Mai 2009 (LG Rostock)**

Verfall von Wertersatz (gesamtschuldnerische Haftung; Voraussetzung der Mitverfügungsgewalt auch bei Mittäterschaft; Revisionserstreckung).

§ 73 StGB; § 73a StGB; § 73b StGB; § 25 Abs. 2 StGB; § 357 Satz 1 StPO

**598. BGH 4 StR 18/09 - Beschluss vom 12. Mai 2009 (LG Bochum)**

Tenorierung beim „gewerbsmäßigen Betrug“ (Vermögensschaden durch die Übertragung von Besitz; Schadenswiedergutmachung).

§ 263 Abs. 3 Nr. 1 StGB; § 260 Abs. 4 StPO

**599. BGH 4 StR 60/09 - Urteil vom 30. April 2009 (LG Dortmund)**

Begriff der Tat im prozessualen Sinne (Brandstiftung und versuchte Anstiftung zur Brandstiftung; Kettenanstiftung).

§ 264 StPO; § 308 StGB; § 30 Abs. 1 Satz 1 2. Alt. StGB

Nach ständiger Rechtsprechung gehört zu der Tat als Prozessgegenstand im Sinne des § 264 StPO neben dem in der Anklage umschriebenen und dem Angeklagten dort zur Last gelegten Geschehensablauf, auch das gesamte Verhalten des Angeklagten, soweit es mit dem durch die Anklage bezeichneten geschichtlichen Vorwissen nach allgemeiner Lebensauffassung einen einheitlichen Vorgang bildet (BGHSt 45, 211, 212 f. m.w.N.; BGH StV 1981, 127, 128).

**600. BGH 4 StR 73/09 - Beschluss vom 12. Mai 2009 (LG Dessau-Roßlau)**

Ordnungsgemäße Ladung des weiteren Pflichtverteidigers (Beruhen).

§ 218 StPO; § 337 StPO

**601. BGH 4 StR 99/09 - Beschluss vom 5. Mai 2009 (LG Rostock)**

Rechtsfehlerhafte Ablehnung der Anordnung einer Unterbringung des Angeklagten in einer Entziehungsanstalt (fehlende Therapiemotivation und gebotener Versuch der Weckung einer Therapiebereitschaft; Aufhebung des Strafausspruchs).

§ 64 StGB; § 5 Abs. 3 JGG

**602. BGH 4 StR 130/09 - Beschluss vom 12. Mai 2009 (LG Dortmund)**

Rechtsfehlerhafte nachträgliche Gesamtstrafenbildung (besonderes Begründungsgebot bei auffällender Entfernung von der Einsatzstrafe und unzulässiger Verweis auf außerhalb des Urteils liegende Erkenntnisquellen).

§ 55 StGB; § 46 StGB

**603. BGH 4 StR 148/09 - Beschluss vom 26. Mai 2009 (LG Bielefeld)**

Aussetzung der Vollstreckung einer Maßregel zur Bewährung; Auslegung eines Beweisantrages und Wahrunterstellung (eigenes Beweisantragsrecht des Verteidigers; Prüfung der Ablehnungsgründe im Freibeweisverfahren und Befragung des Angeklagten zu Beweisanträgen des Verteidigers).

§ 67b Abs. 1 Satz 1 StGB; § 244 Abs. 3 StPO

**604. BGH 4 StR 150/09 - Beschluss vom 26. Mai 2009 (LG Saarbrücken)**

Nachgeholtte Festsetzung des Tagessatzes; Vergewaltigung (unterbliebene Prüfung einer möglichen Entkräftung der Indizwirkung des Regelbeispiels; minder schwerer Fall).

§ 177 Abs. 2 Nr. 1 StGB; § 40 Abs. 2 Satz 3 StGB; § 354 Abs. 1 StPO

**605. BGH 4 StR 168/09 - Beschluss vom 26. Mai 2009 (LG Essen)**

Verwerfung der Revision als unbegründet.

§ 349 Abs. 2 StPO

**606. BGH 4 StR 180/09 - Beschluss vom 18. Juni 2009 (LG Stendal)**

Verwerfung der Revision als unbegründet.

§ 349 Abs. 2 StPO

**607. BGH 4 StR 544/08 - Beschluss vom 28. April 2009 (LG Rostock)**

Hinweispflicht zur Anordnung der Unterbringung in einer Entziehungsanstalt (keine Entbehrlichkeit auf Grund des staatsanwaltlichen Schlussantrages und eines Gutachtenergebnisses) und Aufhebung einer verbundenen Anordnung der Sicherungsverwahrung.

§ 64 StGB; § 66 Abs. 3 StGB; § 265 Abs. 1 und 2 StPO

**608. BGH 3 StR 107/09 - Beschluss vom 21. April 2009 (LG Duisburg)**

Unerlaubtes Handeltreiben mit Betäubungsmitteln (Mitäterschaft; Beihilfe).

§ 29a BtMG; § 25 StGB; § 27 StGB

**609. BGH 3 StR 1/09 - Beschluss vom 27. Januar 2009 (LG Duisburg)**

Beweiswürdigung (fehlende Eigeninitiative eines angehörigen Zeugen zur Tätigkeit einer entlastenden Aussage).  
§ 261 StPO

**610. BGH 3 StR 123/09 - Beschluss vom 26. Mai 2009 (LG Hannover)**

Totschlag; Strafzumessung (unzulässige strafschärfende Berücksichtigung verwerflichen Vorverhaltens im Beziehungsleben gegenüber dem späteren Tatopfer).  
§ 212 StGB; § 46 StGB

**611. BGH 3 StR 142/09 - Urteil vom 7. Mai 2009 (LG Osnabrück)**

Auslegung eines Beschlusses des Revisionsgerichts (Widerspruch zwischen Tenor und Gründen; offensichtliches Schreibversehen).  
§ 260 StPO

**612. BGH 3 StR 48/09 - Beschluss vom 26. Mai 2009 (LG Hildesheim)**

Bestechung (Zahlung zwecks Zulassung zur Promotion; Ermessensspielraum; Beurteilungsspielraum).  
§ 334 StGB

**613. BGH 3 StR 61/09 - Beschluss vom 4. Juni 2009 (LG Kiel)**

Frist zur Unterbrechung der Hauptverhandlung (Förderung des Verfahrens; Darstellungsanforderungen bei der Verfahrensrüge).  
§ 229 StPO; § 344 Abs. 2 Satz 2 StPO

**614. BGH 3 StR 66/09 - Beschluss vom 4. Juni 2009 (OLG Schleswig)**

Örtliche Anwendbarkeit deutschen Strafrechts.  
§ 3 StGB; § 9 StGB

**615. BGH 3 StR 74/09 - Beschluss vom 17. März 2009 (LG Oldenburg)**

Unterbringung in einer Entziehungsanstalt (zwingende Erörterung bei Feststellung von Beschaffungskriminalität).  
§ 64 StGB; § 261 StPO

**616. BGH 3 StR 153/09 - Beschluss vom 7. Mai 2009 (LG Hannover)**

Strafzumessung (verminderte Schuldfähigkeit; strafschärfende Berücksichtigung der Art und Weise der Tatbegehung; Vorwerfbarkeit).  
§ 46 StGB; § 21 StGB; § 267 Abs. 3 StPO

**617. BGH 3 StR 170/09 - Beschluss vom 14. Mai 2009 (LG Mönchengladbach)**

Verfolgungsverjährung (gesonderte Bestimmung für tateinheitlich verwirklichte Taten); Strafzumessung (Berücksichtigung verjährter Taten).  
§ 78 StGB; § 78a StGB; § 78b StGB; § 46 StGB

**618. BGH 3 StR 172/09 - Beschluss vom 28. Mai 2009 (LG Düsseldorf)**

Freiheitsberaubung; erpresserischer Menschenraub; stabilisierte Bemächtigungslage; Zwei-Personen-Verhältnis; Beschränkung der Strafverfolgung.  
§ 239 StGB; § 239a Abs. 1 StGB; § 154a StPO

**619. BGH 3 StR 173/09 - Beschluss vom 16. Juni 2009 (LG Mönchengladbach)**

Rechtsstaatswidrige Verfahrensverzögerung (Kompensation; Vollstreckungslösung); Strafzumessung (strafmildernde Berücksichtigung der Verfahrensdauer neben Kompensation durch Vollstreckterklärung).  
§ 46 StGB; Art. 20 Abs. 3 GG; Art. 6 Abs. 1 EMRK; § 51 StGB

**620. BGH 3 StR 177/09 - Beschluss vom 26. Mai 2009 (LG Duisburg)**

Jugendstrafe (Einbeziehung früherer Verurteilungen); eigene Entscheidung des Revisionsgerichts.  
§ 31 Abs. 2 Satz 1 JGG; § 354 Abs. 1 StPO

**621. BGH 3 StR 187/09 - Beschluss vom 14. Mai 2009 (LG Düsseldorf)**

Beihilfe zum unerlaubten Handeltreiben mit Betäubungsmitteln in nicht geringer Menge (minder schwerer Fall; Erörterungsmangel; vertypter Strafmilderungsgrund).  
§ 29a BtMG; § 46 StGB; § 27 StGB; § 49 Abs. 1 StGB

**622. BGH 3 StR 191/09 - Beschluss vom 19. Mai 2009 (LG Düsseldorf)**

Sicherungsverwahrung (Vorrang milderer Maßregeln); Unterbringung in einer Entziehungsanstalt (Hang).  
§ 64 StGB; § 66 StGB; § 72 Abs. 1 StGB

**623. BGH 3 StR 193/09 - Beschluss vom 16. Juni 2009 (LG Hannover)**

Ausschluss des Angeklagten bei Zeugenvernehmung (kein Recht auf Übertragung der Vernehmung per Video; Einschränkungen des Konfrontationsrechts; Verhältnismäßigkeit).  
Art. 6 Abs. 1, Abs. 3 lit. d EMRK; § 247 StPO

**624. BGH 3 StR 229/08 - Beschluss vom 21. August 2008 (LG Osnabrück)**

Unbegründete Anhörungsrüge; rechtliches Gehör (Begründung eines Revisionsverwerfungsbeschlusses; unausgeführte Sachrüge; in Erwiderung zum Verwerfungsantrag nachgeschobene Begründung).  
§ 356a StPO; § 349 Abs. 2 StPO; Art. 103 Abs. 1 GG

**625. BGH 3 StR 238/09 - Beschluss vom 16. Juni 2009 (LG Flensburg)**

„Klageabweisung“ im Adhäsionsverfahren (Beschwer).  
§ 406 Abs. 1 StPO; vor § 296 StPO

**626. BGH 3 StR 243/08 - Beschluss vom 24. Juli 2008 (LG Düsseldorf)**

Schwerer Bandendiebstahl (Mittäterschaft; Beihilfe); Versuch (Tateinheit).  
§ 244a StGB; § 25 Abs. 2 StGB; § 27 StGB; § 22 StGB; § 23 StGB; § 52 StGB

**627. BGH 3 StR 252/08 - Beschluss vom 19. August 2008 (LG Düsseldorf)**

Täter-Opfer-Ausgleich; Widerspruchsfreiheit der Urteilsgründe; unzutreffende Tatsachengrundlage.  
§ 261 StPO; § 46a StGB

**628. BGH 3 StR 255/08 - Beschluss vom 21. August 2008 (LG Kiel)**

Totschlag; Schuldfähigkeit (Erörterungsmangel).  
§ 261 StPO; § 20 StGB; § 21 StGB; § 212 StGB

**629. BGH 3 StR 475/08 - Beschluss vom 5. Mai 2009 (LG Düsseldorf)**

Betrug (Täuschung über das Bestehen, den Wert oder die Verwertbarkeit einer vertraglich vereinbarten Sicherheit); Strafzumessung (Berücksichtigung von Untersuchungshaft).  
§ 263 StGB; § 46 StGB; § 51 StGB; § 15 StGB

**630. BGH 3 StR 579/08 - Beschluss vom 19. Mai 2009 (LG Oldenburg)**

Unbegründete Anhörungsrüge.  
§ 356a StPO

**631. BGH 3 StR 581/08 - Beschluss vom 20. Januar 2009 (LG Kleve)**

Entschädigung für erlittene Untersuchungshaft (Mitsichführen geringer Mengen von Marihuana zum Eigenkonsum; fahrlässige Verursachung einer Strafverfolgungsmaßnahme: Untersuchungshaft).  
§ 4 Abs. 1 Nr. 2 StrEG

**632. BGH 5 StR 114/09 - Beschluss vom 28. Mai 2009 (LG Bautzen)**

Nachträgliche Bildung der Gesamtstrafe (Feststellungen zu den Voraussetzungen der Einbeziehung der Strafen aus früheren Verurteilungen; Härteausgleich).  
§ 55 StGB; § 267 Abs. 3 StPO

**633. BGH 5 StR 126/09 - Beschluss vom 26. Mai 2009 (LG Potsdam)**

Recht auf effektive Verteidigung und Verletzung des Fragerechts (Zurückweisung einer Frage als nicht zum „Beweisthema“ gehörend; sachfremde Frage; indizielle Bedeutung für die Glaubwürdigkeit des Zeugen; Konfrontationsrecht).  
§ 241 Abs. 2 StPO; § 338 Nr. 8 StPO; Art. 6 Abs. 1, Abs. 3 lit. d EMRK

**634. BGH 5 StR 140/09 - Beschluss vom 27. Mai 2009 (LG Dresden)**

Unzulässige Revision.  
§ 349 Abs. 1 StPO

**635. BGH 5 StR 144/09 - Beschluss vom 27. Mai 2009 (LG Berlin)**

Teilweise Einstellung des Verfahrens.  
§ 154 StPO

**636. BGH 5 StR 146/09 - Beschluss vom 26. Mai 2009 (LG Berlin)**

Fehlerhafte Ablehnung eines Beweisantrages (Widersprüchlichkeit der Begründung).  
§ 244 Abs. 3 StPO

**637. BGH 5 StR 55/09 - Beschluss vom 9. Juni 2009 (LG Dresden)**

Schädliche Neigungen (Vorliegen zum Zeitpunkt des Urteils; Beweiswürdigung); Jugendstrafe.  
§ 17 Abs. 2 JGG; § 261 StPO

**638. BGH 5 StR 57/09 - Beschluss vom 26. Mai 2009 (LG Hamburg)**

Blutalkoholkonzentration (ungenauere Trinkangaben; Schätzung; Widerlegung einer Einlassung); lückenhafte Beweiswürdigung; Urteilsgründe.  
§ 261 StPO; § 20 StGB; § 21 StGB; § 267 Abs. 3 StPO

**639. BGH 5 StR 65/09 - Urteil vom 8. April 2009 (LG Hamburg)**

Beweiswürdigung (Rechtsfehler; Einlassung; Verteidigungsvorbringen; Äußerungen kurz nach der Tat; gleichzeitige Berufung auf Notwehr und Provokation); Mord (Heimtücke; Angriff von hinten).  
§ 261 StPO; § 211 StGB; § 32 StGB

**640. BGH 5 StR 156/09 - Beschluss vom 27. Mai 2009 (LG Hamburg)**

Aufklärungspflicht; Ablehnung eines Beweisantrags (eigene Sachkunde); Hinzuziehung eines Sachverständigen.  
§ 244 StPO

**641. BGH 5 StR 157/09 - Beschluss vom 28. Mai 2009 (LG Cottbus)**

Nachträgliche Bildung der Gesamtstrafe (gesonderte Vollstreckung einer einbezogenen Strafe).  
§ 55 StGB

**642. BGH 5 StR 164/09 - Beschluss vom 27. Mai 2009 (LG Potsdam)**

Versuchter Mord; gefährliche Körperverletzung; Konkurrenzen; Schuldfähigkeit (Ablehnung eingeschränkter Schuldfähigkeit; eigene Sachkunde).  
§ 211 StGB; § 22 StGB; § 23 StGB; § 224 StGB; § 52 StGB; § 20 StGB; § 21 StGB

**643. BGH 5 StR 166/09 - Beschluss vom 28. Mai 2009 (LG Berlin)**

Verminderte Schuldfähigkeit (Versagung der Strafraumenverschiebung; Beherrschbarkeit des Alkoholkonsums); Vorwegvollzug (dringende Behandlungsbedürftigkeit der Suchterkrankung); Widerspruchsfreiheit der Urteilsgründe.  
§ 21 StGB; § 64 StGB; § 49 Abs. 1 StGB; § 67 Abs. 1 StGB; § 267 Abs. 3 StPO

**644. BGH 5 StR 184/09 - Beschluss vom 28. Mai 2009 (LG Bremen)**

Nachträgliche Bildung der Gesamtstrafe; Härteausgleich; besondere Schwere der Schuld; Vollstreckungslösung.  
§ 51 StGB; § 55 StGB; § 57a StGB

**645. BGH 5 StR 187/09 - Beschluss vom 27. Mai 2009 (LG Berlin)**

Diebstahl (Wegnahme mehrerer Sachen in unmittelbarem zeitlichen und räumlichen Zusammenhang; Tateinheit; natürliche Handlungseinheit); Strafzumessung (Schuldprinzip; Grundsatz schuldangemessenen Strafsens).  
§ 242 StGB; § 52 StGB; § 46 StGB; Art. 20 Abs. 3 GG

**646. BGH 5 StR 191/09 - Beschluss vom 28. Mai 2009 (LG Hamburg)**

Beweisantrag (Individualisierung eines Beweismittels); Nichtbescheidung eines Beweisantrages (Widerspruchsobliegenheit; Präklusion; Verwirkung).

Art. 6 EMRK; § 244 StPO; § 344 Abs. 2 Satz 2 StPO

**647. BGH 5 StR 394/08 - Beschluss vom 9. Juni 2009 (LG Berlin)**

BGHR; Berliner Stadtreinigung; BSR; Betrug (konkludente Täuschung; Inanspruchnahme von Vertrauen; Erwartung des Rechtsverkehrs; Prüfungsmöglichkeiten; Vermögensverfügung; Dreiecksbetrug); Gebührenübererhebung; Abgabenübererhebung; Spezialität; Privilegierung; Strafzumessung (Berücksichtigung der Schadenshöhe; gesicherte Schadenswiedergutmachung infolge Kostendeckungsprinzips); mittelbare Täterschaft.

§ 352 StGB; § 353 StGB; § 263 StGB; § 25 StGB; § 46 StGB