

SCHRIFTFLEITUNG

Wiss. Ass.

Dr. iur. Karsten Gaede

Bucerius Law School

Jungiusstraße 6

20355 Hamburg

karsten.gaede@strate.net

REDAKTION

Ulf Buermeyer, Dr. iur. Karsten

Gaede, Stephan Schlegel (Web-

master)

STÄNDIGE MITARBEITER

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. Mit. Dr. *Christian Becker*, Bucerius Law School, Hamburg – **Paradigmenwechsel in der Schadensdogmatik oder „Viel Lärm um nichts“?** S. 334Von Wiss. Mit. *Alexandra Schwarz*, Univ. Bonn – **Die Aufgabe der Interessenformel des BGH – Alte Besen kehren gut?** S. 341Prof. Dr. *Joachim Renzikowski*, Univ. Halle – **Eigenverantwortliche Selbstgefährdung, einverständliche Fremdgefährdung und ihre Grenzen** S. 347Von Oberstaatsanwalt *Dirk Lemme*, Halle (Saale) – **Zur Feststellung des gewerbsmäßigen Handeltreibens bei Kleindealern gem. § 29 Abs. 3 S. 2 Nr. 1 BtMG** S. 355Von Wiss. Mit. *Thomas Grosse-Wilde*, Univ. Bonn – **Eine normentheoretische Rekonstruktion der Strafzumessungsentscheidung und die Unterscheidung von Rechts- oder Tatfrage** S. 363Von Rechtsanwalt *Michael Gerke*, Ratingen – **Hypnose als Straftat** S. 373Von Rechtsanwalt Dr. *Carsten Wegner*, Berlin – **Abgrenzung der Verantwortlichkeiten auf dem Bau** S. 381

Die Ausgabe umfasst sechs Rezensionen zu strafrechtlichen Publikationen.

Entscheidungen

EGMR (*Mooren vs. Deutschland*) Unrechtmäßige Untersuchungshaft

BVerfG Beschlagnahme von E-Mails trotz Schutz durch Art. 10 GG

BVerfG Einstweilige Anordnung gegen die Vollstreckung einer Freiheitsstrafe wegen Hinterziehung von Umsatzsteuer

BGH Vorlage an den EuGH zum Missbrauch bei der Umsatzsteuer

BGHSt Amtsträgereigenschaft bei Tätigkeit für das RA-Versorgungswerk

BGHSt Grenzen der Protokollberichtigung

BGHSt Fall Berliner Stadtreinigung – Garantstellung beim Betrug

BGHR Feststellung und Beweiswürdigung in steuerstrafrechtlichen Urteilen

BGHR Leitungs- und Kontrollbefugnis der StA

Die Ausgabe umfasst 159 Entscheidungen.

HRRS

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

HERAUSGEBER

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

SCHRIFTLEITUNG

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

REDAKTION

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

Als ständige Mitarbeiter wirken mit:

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, August/September 2009,
Ausgabe

8/9

Rechtsprechung

Strafrechtliche/strafverfahrensrechtliche Entscheidungen des EGMR/BVerfG

649. EGMR Nr. 11364/03 – Urteil vom 9. Juli 2009 (Mooren v. Germany)

Rechtmäßigkeit der Untersuchungshaft (rechtsfehlerhafter Haftbefehl; Recht auf eine zügige Entscheidung über die Rechtmäßigkeit; Bedingungen einer Heilung; Prinzip der Rechtssicherheit: Ausnahmen gegenüber dem Wortlaut einer prozessrechtlichen Norm; willkürliche Zurückweisung der Entscheidung im Rahmen der Beschwerde; abweichendes Sondervotum Rozakis u.a.); Recht auf Akteneinsicht (Waffengleichheit in der Haftprüfung, Haftbeschwerde: Ungenügen einer mündlichen oder schriftlichen Zusammenfassung; Anforderungen an eine Heilung; Gefährdung des Untersuchungserfolges) und Recht auf ein faires Verfahren; Zulässigkeit der Individualbeschwerde (Ausschöpfung nationaler Rechtsbehelfe: Präklusion des Einwandes der Regierung; Effektivität nationaler Rechtsbehelfe; Verlust der Opferstellung).

Art. 5 Abs. 1, Abs. 2, Abs. 4, Abs. 5 EMRK; Art. 6 Abs. 1, Abs. 3 lit. b, lit. c EMRK; Art. 34 EMRK; Art. 35

EMRK; § 147 StPO; § 114 Abs. 2 StPO; § 117 Abs. 1 StPO; § 309 Abs. 2 StPO

1. Nicht jeder formelle Fehler in einem nationalen Haftbefehl macht eine vollzogene Untersuchungshaft im Sinne des Art. 5 Abs. 1 EMRK rechtswidrig (Verneinung einer rechtswidrig bzw. willkürlich vollzogenen Untersuchungshaft gemäß Art. 5 Abs. 1 lit. c EMRK bei einem national als fehlerhaft aber wirksam betrachteten Haftbefehl mit neun zu acht Stimmen).

2. Zum Begriff der „willkürlichen Freiheitsentziehung“ gemäß Art. 5 Abs. 1 lit. c EMRK.

3. Das von Art. 5 Abs. 4 EMRK gewährte Haftprüfungsverfahren muss dem Recht auf Gehör entsprechen und die Waffengleichheit unter den Beteiligten wahren. Die Waffengleichheit ist nicht gewährleistet, wenn dem Verteidiger des Inhaftierten der Zugang zu den Dokumenten der Verfahrensakte verweigert wird, die für eine effektive

Verteidigung gegen die Inhaftierung erforderlich sind. Das Bedürfnis zu einer effektiven Strafverfolgung darf auch im Ermittlungsverfahren nicht um den Preis erheblicher Einschränkungen der Verteidigungsrechte verfolgt werden. Informationen, die für die Beurteilung der Rechtmäßigkeit einer Inhaftierung erforderlich, sind dem Verteidiger des Beschuldigten auf eine angemessene Art und Weise zugänglich zu machen.

4. Diesen Anforderungen genügt es auch in Steuerstrafverfahren nicht, wenn dem Verteidiger eine schriftliche Zusammenfassung der für die Beurteilung der Rechtmäßigkeit wesentlichen Informationen aus der Verfahrensakte vorgelegt wird, die von der Staatsanwaltschaft (BuStra/StraBu) verfasst worden ist und die zugrunde liegenden Beweismittel nicht angibt. Dies gilt selbst dann, wenn dem Beschuldigten - nicht aber zugleich dem Verteidiger - Teile der zugrunde liegenden Beweismittel bekannt sein dürften. Auch mündliche Zusammenfassungen zu den angenommenen Fakten und Beweismitteln seitens des Gerichts genügen den Anforderungen nicht.

5. Eine spätere Anerkennung durch ein Gericht, dass das Recht auf Akteneinsicht zunächst verletzt wurde, auf Grund derer die Akteneinsicht nachträglich gewährt wurde, heilt den Verstoß jedenfalls dann nicht, wenn sie selbst nicht zügig erfolgt: Der Schutz der Rechte des Art. 5 EMRK kann nur effektiv sein, wenn seinen Garantien zügig entsprochen wird.

6. Art. 5 Abs. 4 EMRK garantiert ein Recht auf eine zügige Entscheidung über die Rechtmäßigkeit einer Inhaftierung und eine zügige Anordnung der Freilassung, wenn sich die Inhaftierung als rechtswidrig erweist. Die Frage, wann das Recht auf eine zügige Entscheidung respektiert worden ist, muss unter Einbeziehung der gesamten Umstände des einzelnen Falles beantwortet werden und anhand eines Standards entschieden werden, der angesichts der Betroffenheit der persönlichen Freiheit strikt sein muss. Zum Einzelfall einer Verletzung, die wesentlich durch eine verzögerte Rückverweisung an das zuständige Gericht entstanden ist.

7. Berufte sich eine Regierung auf die Nichtausschöpfung nationaler Rechtsmittel hat sie den EGMR zu überzeugen, dass die betroffenen Rechtsmittel zur fraglichen Zeit theoretisch und praktisch zugänglich waren, realistische Erfolgsaussichten hatten und hinsichtlich der Beschwerden des Beschwerdeführers Abhilfe hätten schaffen können. Zum Ungenügen des Verfahrens nach § 147 Abs. 5 StPO hinsichtlich einer Beschwerde wegen der Rechtswidrigkeit einer Untersuchungshaft.

800. BVerfG 2 BvR 902/06 (Zweiter Senat) – Beschluss vom 16. Juni 2009 (LG Braunschweig)

Beschlagnahme von E-Mail beim Provider in einem strafrechtlichen Ermittlungsverfahren (Anwendbarkeit der strafprozessualen Beschlagnahmenvorschriften); Schutzbereich des Fernmeldegeheimnisses (Abgrenzung zu anderen Grundrechten); Verhältnismäßigkeit; Zitiergebot; Anforderungen an Anordnung und Durchführung der Maßnahme (Vermeidung überschießender

Datenerhebungen; Schutz des Kernbereichs privater Lebensgestaltung; Unterrichtungspflichten; keine Kennzeichnungspflichten; verfassungskonforme Auslegung im Einzelfall).

Art. 10 Abs. 1 GG; Art. 1 Abs. 1 GG; Art. 2 Abs. 1 GG; Art. 13 Abs. 1 GG; Art. 19 Abs. 1 Satz 2 GG; Art. 8 EMRK; § 94 StPO; § 98 StPO; § 99 StPO; § 100a StPO; § 110 StPO; § 147 StPO; § 385 Abs. 3 StPO; § 397 Abs. 1 S. 2 StPO; § 406e StPO; § 475 StPO; § 483 StPO; § 489 StPO; § 491 StPO; § 19 BDSG

1. Die Sicherstellung und Beschlagnahme von E-Mails auf dem Mailserver des Providers sind am Grundrecht auf Gewährleistung des Fernmeldegeheimnisses aus Art. 10 Abs. 1 GG zu messen. §§ 94 ff. StPO genügen den verfassungsrechtlichen Anforderungen, die an eine gesetzliche Ermächtigung für solche Eingriffe in das Fernmeldegeheimnis zu stellen sind. (BVerfG)

2. Das Fernmeldegeheimnis schützt die unkörperliche Übermittlung von Informationen an individuelle Empfänger mit Hilfe des Telekommunikationsverkehrs (vgl. BVerfGE 115, 166, 182; 120, 274, 306 f.). Die Reichweite des Grundrechts erstreckt sich ungeachtet der Übermittlungsart und Ausdrucksform auf sämtliche Übermittlungen von Informationen mit Hilfe verfügbarer Telekommunikationstechniken (vgl. BVerfGE 106, 28 36; 115, 166, 182 f.), auch auf Kommunikationsdienste des Internet (vgl. BVerfGE 120, 274, 307). (Bearbeiter)

3. Art. 10 Abs. 1 GG folgt nicht dem rein technischen Telekommunikationsbegriff des Telekommunikationsgesetzes, sondern knüpft an den Grundrechtsträger und dessen Schutzbedürftigkeit aufgrund der Einschaltung Dritter in den Kommunikationsvorgang an. (Bearbeiter)

4. In seinem Anwendungsbereich verdrängt Art. 10 Abs. 1 GG als spezielle Garantie die allgemeine Gewährleistung des Rechts auf informationelle Selbstbestimmung (vgl. BVerfGE 100, 313, 358; 115, 166, 188 f.) und das Grundrecht auf Gewährleistung der Vertraulichkeit und Integrität informationstechnischer Systeme (vgl. BVerfGE 120, 274, 302 ff.). (Bearbeiter)

5. Die Sicherstellung, Beschlagnahme oder Maßnahmen nach § 110 StPO unterfallen, auch wenn sie Resultat einer Wohnungsdurchsuchung sind, nicht mehr dem Schutzbereich des Art. 13 Abs. 1 GG (vgl. BVerfGE 113, 29, 45), sondern sind in der Regel bei körperlichen Gegenständen an Art. 14 GG (vgl. BVerfGK 1, 126, 133) und - sofern Daten betroffen sind - am Recht auf informationelle Selbstbestimmung gemäß Art. 2 Abs. 1 in Verbindung mit Art. 1 Abs. 1 GG (vgl. BVerfGE 113, 29, 44 f.) zu messen. (Bearbeiter)

6. Ein Eingriff in das Fernmeldegeheimnis liegt nicht erst in der Kenntnisnahme staatlicher Stellen vom Inhalt des fernmeldetechnisch vermittelten Kommunikationsvorgangs und in seiner Aufzeichnung, sondern bereits in der Anordnung des Zugriffs (vgl. BVerfGE 100, 313, 366; 107, 299, 313). (Bearbeiter)

7. Aus der systematischen Stellung von § 94 StPO und den Vorschriften über die Postbeschlagnahme (§ 99

StPO), die Überwachung der Telekommunikation (§ 100a StPO) und die Erhebung und Auskunftserteilung über Verkehrsdaten (§ 100g StPO) ist nicht der Schluss auf ein gesetzgeberisches Regelungskonzept zu ziehen, wonach nur aufgrund von § 99, § 100a und § 100g StPO in Art. 10 GG eingegriffen werden könnte. (Bearbeiter)

8. Soweit für eine Beschlagnahme von E-Mail beim Provider § 99 StPO herangezogen wurde (vgl. dazu BGH, Beschluss vom 31. März 2009 - 1 StR 76/09), wird dadurch die Anwendbarkeit der §§ 94 ff. StPO nicht in Frage gestellt. (Bearbeiter)

9. Die Schwere eines Eingriffs erhöht sich, wenn er heimlich erfolgt (vgl. BVerfGE 107, 299, 321; 120, 274, 325, 342). Ein längerfristiger Eingriff in einen laufenden Telekommunikationsvorgang wiegt schwerer als eine einmalige und punktuelle Datenerhebung, da Umfang und Vielfältigkeit des Datenbestands erheblich größer sind (vgl. BVerfGE 120, 274, 323 f.). Geht es hingegen um eine aus einer Durchsuchung folgende, offene und durch den Ermittlungszweck begrenzte Maßnahme außerhalb eines laufenden Kommunikationsvorgangs - wie die Sicherstellung und Beschlagnahme von E-Mails, die auf dem Mailserver des Providers gespeichert sind - verlangt das Übermaßverbot angesichts des Gewichts des staatlichen Strafverfolgungsinteresses nicht, die Sicherstellung und Beschlagnahme von auf dem Mailserver des Providers gespeicherten E-Mails nur bei der Verfolgung einer besonders schweren Straftat (wie § 100c StPO), einer schweren Straftat (wie § 100a StPO) oder einer Straftat von erheblicher Bedeutung (wie § 100g StPO) zuzulassen. Greifen Strafverfolgungsbehörden - wie bei Sicherstellungen und Beschlagnahmen - mit Kenntnis des Betroffenen, außerhalb eines laufenden Kommunikationsvorgangs auf Kommunikationsinhalte zu, kann der auch sonst im strafprozessualen Ermittlungsverfahren erforderliche Anfangsverdacht einer Straftat genügen.

10. Auf die E-Mails darf nur zugegriffen werden, wenn ein konkret zu beschreibender Tatvorwurf vorliegt, also mehr als nur vage Anhaltspunkte oder bloße Vermutungen (vgl. BVerfGE 44, 353, 371 f.; 115, 166, 198). Beim Zugriff auf die bei dem Provider gespeicherten E-Mails ist auch die Bedeutung der E-Mails für das Strafverfahren sowie der Grad des Auffindeverdachts zu bewerten. Im Einzelfall können die Geringfügigkeit der zu ermittelnden Straftat, eine geringe Beweisbedeutung der zu beschlagnehmenden E-Mails sowie die Vagheit des Auffindeverdachts der Maßnahme entgegenstehen. (Bearbeiter)

11. Dem Schutz des Fernmeldegeheimnisses muss bereits in der Durchsuchungsanordnung, soweit die konkreten Umstände dies ohne Gefährdung des Untersuchungszwecks erlauben, durch Vorgaben zur Beschränkung des Beweismaterials auf den tatsächlich erforderlichen Umfang Rechnung getragen werden, etwa durch die zeitliche Eingrenzung oder die Beschränkung auf bestimmte Kommunikationsinhalte. (Bearbeiter)

12. Bei dem Vollzug von Durchsuchung und Beschlagnahme - insbesondere beim Zugriff auf umfangreiche elektronisch gespeicherte Datenbestände - sind die ver-

fassungsrechtlichen Grundsätze zu gewährleisten, die der Senat in seinem Beschluss zur Durchsuchung und Beschlagnahme eines umfangreichen elektronischen Datenbestands (vgl. BVerfGE 113, 29, 52 ff.) entwickelt hat. Hierbei ist vor allem darauf zu achten, dass die Gewinnung überschüssender, für das Verfahren bedeutungsloser Daten nach Möglichkeit vermieden wird. Die Beschlagnahme sämtlicher gespeicherter Daten und damit des gesamten E-Mail-Verkehrs wird regelmäßig nicht erforderlich sein. (Bearbeiter)

13. Bestehen im konkreten Fall tatsächliche Anhaltspunkte für die Annahme, dass ein Zugriff auf gespeicherte Telekommunikation Inhalte erfasst, die zum Kernbereich privater Lebensgestaltung zählen, ist er insoweit nicht zu rechtfertigen und hat insoweit zu unterbleiben (vgl. BVerfGE 113, 348, 391 f.). Es muss sichergestellt werden, dass Kommunikationsinhalte des höchstpersönlichen Bereichs nicht gespeichert und verwertet werden, sondern unverzüglich gelöscht werden, wenn es ausnahmsweise zu ihrer Erhebung gekommen ist (vgl. BVerfGE 113, 348, 392). (Bearbeiter)

14. Werden in einem Postfach auf dem Mailserver des Providers eingegangene E-Mails sichergestellt, ist zum Schutz des Postfachinhabers, in dessen Recht auf Gewährleistung des Fernmeldegeheimnisses durch die Sicherstellung eingegriffen wird, zu fordern, dass er im Regelfall zuvor von den Strafverfolgungsbehörden unterrichtet wird, damit er jedenfalls bei der Sichtung seines E-Mail-Bestands seine Rechte wahrnehmen kann. (Bearbeiter)

15. Die Durchsicht gemäß § 110 StPO bezweckt die Vermeidung einer übermäßigen und auf Dauer angelegten Datenerhebung und damit eine Verminderung der Intensität des Eingriffs in das Fernmeldegeheimnis. Zur Wahrung der Verhältnismäßigkeit kann es im Einzelfall von Verfassungen wegen geboten sein, den Inhaber der sichergestellten E-Mails in die Prüfung der Verfahrenserheblichkeit einzubeziehen. (Bearbeiter)

16. Der begrenzte Zweck der Datenerhebung gebietet grundsätzlich die Rückgabe oder Löschung aller nicht zur Zweckerreichung benötigten kopierten E-Mails (vgl. BVerfGE 100, 313, 362; 113, 29, 58). (Bearbeiter)

17. Die Vorgaben zur Auswertung großer Datenmengen bei betroffenen Vertrauensverhältnissen und zur Wahrung des absolut geschützten Kernbereichs privater Lebensgestaltung braucht ein Beschluss nicht näher auszuformulieren. Die Ermittlungsbehörden haben diese Vorgaben nicht erst aufgrund des richterlichen Beschlusses zu beachten. Die Beschränkungen ergeben sich aus dem Grundsatz der Verhältnismäßigkeit und sind bei der Rechtsanwendung ohne weiteres zu beachten. (Bearbeiter)

656. BVerfG 2 BvR 542/09 (2. Kammer des Zweiten Senats) - Beschluss vom 23. Juli 2009 (BGH)

Einstweilige Anordnung; Bestimmtheitsgebot (Anwendung auf Blanketttatbestände; Auslegung von § 6a UStG; keine steuerfreie innergemeinschaftliche Liefere-

lung bei kollusiver Vortäuschung einer Lieferung an einen Zwischenhändler; BGH 1 StR 354/08).

Art. 103 Abs. 2 GG; § 32 BVerfGG; § 6a UStG; § 370 Abs. 1 Nr. 1 AO

Einzelfall eines erfolgreichen Antrages auf einstweilige Anordnung im Verfassungsbeschwerdeverfahren gegen eine Verurteilung wegen Steuerhinterziehung auf Grund der Auslegung des § 6a Abs. 1 Satz 1 Nr. 1 UStG durch den BGH dahingehend, dass die Lieferung von Gegenständen an einen Abnehmer im übrigen Gemeinschaftsgebiet keine steuerfreie innergemeinschaftliche Lieferung im Sinne des § 6a UStG darstellt, wenn der inländische Unternehmer in kollusivem Zusammenwirken mit dem tatsächlichen Abnehmer die Lieferung an einen Zwischenhändler vortäuscht, um dem Abnehmer die Hinterziehung von Steuern zu ermöglichen (vgl. BGH 1 StR 354/08, Beschl. v. - 20. November 2008 = HRRS 2009 Nr. 178).

650. BVerfG 2 BvR 1119/05 (1. Kammer des Zweiten Senats) – Beschluss vom 9. Juli 2009 (LG Hannover/AG Hannover)

Durchsuchungsbeschluss (Unanwendbarkeit von § 284 StGB vor dem 28. März 2006; Verfassungswidrigkeit des Niedersächsischen Lotteriegesetzes; Oddset-Sportwetten); Prüfung von Europarecht; Anspruch auf effektiven Rechtsschutz (Unterlassen der Prüfung der Anwendbarkeit einer Strafnorm wegen Verstoßes gegen europäisches Recht; Vorrang des Gemeinschaftsrechts); fehlendes Rechtsschutzbedürfnis bei Verfassungsbeschwerde gegen die Beschlagnahmeentscheidung (mangelnde Schwere des Grundrechtseingriffs).

Art. 13 Abs. 1 GG; Art. 13 Abs. 2 GG; Art. 12 Abs. 1 GG; Art. 2 Abs. 1 GG; Art. 14 Abs. 1 GG; Art. 19 Abs. 4 GG; Art. 43 EG; Art. 49 EG § 284 StGB; § 102 StPO; § 105 StPO; § 94 StPO; § 98 StPO

1. Zur Verfassungswidrigkeit einer Durchsuchungsanordnung wegen eines Anfangsverdachts der unerlaubten Veranstaltung von Glücksspielen gemäß § 284 StGB i.V.m. dem Niedersächsischen Lotteriegesetz (Oddset-Sportwetten) in der Zeit vor Erlass des Urteils des Bundesverfassungsgerichts vom 28. März 2006 (BVerfGE 115, 276).

2. Das Bundesverfassungsgericht ist zur Entscheidung der Frage, ob eine innerstaatliche Norm des einfachen Rechts mit einer vorrangigen Bestimmung des europäischen Gemeinschaftsrechts unvereinbar und daher nicht anwendbar ist, nicht zuständig; eine Entscheidung über diese Normenkollision ist der umfassenden Prüfungs- und Verwerfungskompetenz der zuständigen Gerichte überlassen (vgl. BVerfGE 31, 145, 174 f.; 82, 159, 191; 115, 276, 299 f.).

3. Es verletzt den Anspruch auf effektiven Rechtsschutz (Art. 19 Abs. 4 GG), wenn das mit der Überprüfung einer Durchsuchungsanordnung betraute Gericht nicht prüft, ob die dem Durchsuchungsbeschluss zugrunde liegende Strafnorm wegen Verstoßes gegen europäisches Gemeinschaftsrecht nicht anwendbar ist, obwohl das Gericht selbst erkennt und auch dies vom Beschwerdeführer vorgetragen wird, dass erheblichen Zweifel an der ge-

meinschaftsrechtlichen Vereinbarkeit der Strafnorm bestehen (vorliegend § 284 StGB).

4. Die für Durchsuchungen geltenden Maßstäbe zum Fortbestand des Rechtsschutzinteresses nach Erledigung sind auf Maßnahmen, die – wie Beschlagnahmeanordnungen – noch vor ihrer Erledigung gerichtlich überprüft werden können, nicht ohne Weiteres übertragbar (vgl. BVerfGK 1, 65, 66).

648. BVerfG 2 BvR 2225/08 – Beschluss vom 2. Juli 2009 (OLG Hamburg, LG Hamburg)

Unverletzlichkeit der Wohnung (Schutz bei Wohngemeinschaften; rechtswidrige Wohnungsdurchsuchung; Verhältnismäßigkeit; Tatverdacht; Zufallsfunde); Recht auf ein faires Verfahren (Verwertbarkeit rechtswidrig erlangter Beweismittel); redaktioneller Hinweis.

Art. 13 GG; Art. 2 Abs. 1, Art. 20 Abs. 3 GG; Art. 6 EMRK; § 102 StPO

1. Auch bei Wohngemeinschaften besteht der volle Schutz des Art. 13 Abs. 1 GG. Grundrechtsträger des Art. 13 Abs. 1 GG ist jedoch jeder Inhaber oder Bewohner eines Wohnraums, unabhängig davon, auf welchen Rechtsverhältnissen die Nutzung des Wohnraums beruht (vgl. BVerfGE 109, 279, 326).

2. Die Gewährleistung des Art. 13 Abs. 1 GG umfasst den Schutz der räumlichen Privatsphäre vor staatlichen Eingriffen und erstreckt sich auch auf den Gebrauch, der von den durch das Eindringen in die Wohnung erlangten Kenntnissen gemacht wird (vgl. BVerfGE 109, 279, 325 f.). Die Verwertung der bei einer rechtswidrigen Durchsuchung gewonnenen Beweismittel im Strafverfahren verstößt aber nicht stets gegen Art. 13 Abs. 1 GG. Auch bei der Frage eines Beweisverwertungsverbots wegen Mängeln der Durchsuchungsanordnung ist eine Abwägung des Strafverfolgungsinteresses mit dem betroffenen Individualinteresse erforderlich. Die Strafprozessordnung stellt kein grundsätzliches Beschlagnahmeverbot für Fälle fehlerhafter Durchsuchungen auf, die zur Sicherstellung von Beweisgegenständen führen. Ein Beweisverwertungsverbot ist grundsätzlich nur dann Folge einer fehlerhaften Durchsuchung, wenn die zur Fehlerhaftigkeit der Ermittlungsmaßnahme führenden Verfahrensverstöße schwerwiegend waren oder bewusst oder willkürlich begangen wurden.

3. Es besteht kein Rechtssatz des Inhalts, dass im Fall einer rechtsfehlerhaften Beweiserhebung die Verwertung der gewonnenen Beweise stets unzulässig wäre (vgl. BVerfGK 9, 174, 196; BVerfG NStZ 2000, 489, 490). Die Beurteilung der Frage, welche Folgen ein möglicher Verstoß gegen strafprozessuale Verfahrensvorschriften hat und ob hierzu insbesondere ein Beweisverwertungsverbot zählt, obliegt in erster Linie den zuständigen Fachgerichten (vgl. BVerfGK 4, 283, 285; 9, 174, 196; BVerfG NJW 2008, 3053, 3054).

4. Ein Beweisverwertungsverbot bedeutet eine Ausnahme, die nur nach ausdrücklicher gesetzlicher Vorschrift oder aus übergeordneten wichtigen Gründen im Einzelfall anzuerkennen ist (vgl. BGHSt 44, 243, 249; 51, 285, 290). Insbesondere die willkürliche Annahme von Gefahr im Verzug oder das Vorliegen eines besonders schwer

wiegenden Fehlers können - müssen indes nicht in jedem Fall - danach ein Verwertungsverbot nach sich ziehen (vgl. BGHSt 51, 285, 292; BGH NStZ 2004, 449, 450).

654. BVerfG 2 BvR 2186/07 (3. Kammer des Zweiten Senats) – Beschluss vom 27. Juli 2009 (OLG Saarbrücken/LG Saarbrücken)

Briefüberwachung in der Untersuchungshaft (freie Entfaltung der Persönlichkeit; Beleidigung; Vertrauenssphäre; keine Beschränkung auf familiäre Kontakte; Verzicht auf Vertraulichkeit).

Art. 2 Abs. 1 GG; Art. 1 Abs. 1 GG; Art. 5 Abs. 1 S. 1 GG; § 119 Abs. 3 StPO; § 185 StGB; § 186 StGB; § 193 StGB

1. Zu den Bedingungen der Persönlichkeitsentfaltung gehört es, dass der Einzelne einen Raum besitzt, in dem er unbeobachtet sich selbst überlassen ist oder mit Personen seines besonderen Vertrauens ohne Rücksicht auf gesellschaftliche Verhaltenserwartungen und ohne Furcht vor staatlichen Sanktionen verkehren kann (BVerfGE 90, 255, 260). Ein solcher Kommunikationsraum muss von Verfassungs wegen auch dem Gefangenen erhalten bleiben, der der Überwachung seiner Post unterliegt (vgl. BVerfG, a.a.O., S. 261).

2. Der grundrechtliche Schutz der Vertrauenssphäre geht nicht dadurch verloren, dass der Staat sich im Rahmen der Briefkontrolle (§ 119 Abs. 3 StPO) Kenntnis auch von vertraulich gemachten Äußerungen verschafft. Vielmehr wirkt sich der Grundrechtsschutz gerade darin aus, dass der vertrauliche Charakter der Mitteilung trotz der staatlichen Überwachung gewahrt bleibt (BVerfGE 90, 255, 261 f.). Dies betrifft auch beleidigende Äußerungen von besonders roher und grober Art.

3. Dieser grundrechtliche Schutz der vertraulichen Kommunikation ist nicht auf familiäre Kontakte beschränkt, sondern erstreckt sich auch auf andere in der Nähebeziehung vergleichbare - einschließlich rein freundschaftlicher - Vertrauensverhältnisse (vgl. BVerfGE 90, 255, 262; BVerfGK 9, 442, 445 f.). Ein derartiges besonderes Näheverhältnis kann auch zwischen Menschen bestehen, die als Mitglieder einer Gruppe Gleichgesinnter mit gemeinsamen Freizeitgewohnheiten („Clique“) befreundet sind.

4. Der besondere grundrechtliche Schutz greift nicht ein, wenn der sich Äußernde selbst die Vertraulichkeit aufhebt (vgl. BVerfGE 90, 255, 262). Dies kann dadurch geschehen, dass der Briefverfasser ausdrücklich – und im Sinne einer Anregung – gestattet, den Brief anderen Personen zu zeigen, zu denen nicht eine solch geschützte Vertrauensbeziehung besteht.

657. BVerfG 2 BvR 703/09 (3. Kammer des Zweiten Senats) – Beschluss vom 6. Juli 2009 (OLG Frankfurt am Main/LG Marburg)

Anspruch auf faires Verfahren (Voraussetzungen für eine notwendige Verteidigung im Verfahren der jährlichen Überprüfung der Unterbringung in einem psychiatrischen Krankenhaus).

Art. 20 Abs. 3 GG; Art. 2 Abs. 1 GG; § 463 StPO; § 67d Abs. 2, § 67e Abs. 2 StGB

1. Die Vorschriften der Strafprozessordnung über die notwendige Verteidigung und die Bestellung eines Verteidigers (§§ 140 ff. StPO) stellen sich als Konkretisierung des Rechtsstaatsprinzips in seiner Ausgestaltung als Gebot fairer Verfahrensführung dar. Die Verfassung will sicherstellen, dass der Beschuldigte auf den Gang und das Ergebnis des gegen ihn geführten Strafverfahrens Einfluss nehmen kann (vgl. BVerfGE 70, 297, 322 f.; BVerfGK 6, 326, 331). Dies gilt auch für den Vollzug der Unterbringung in einem psychiatrischen Krankenhaus.

2. Verfassungsrechtlich ist die Beiordnung eines Pflichtverteidigers jedenfalls dann geboten, wenn es nach der konkreten Fallgestaltung wegen Besonderheiten und Schwierigkeiten im Diagnose- und Prognosebereich evident erscheint, dass der Untergebrachte sich angesichts seiner Erkrankung nicht selbst verteidigen kann (vgl. BVerfGE 70, 297, 322 f.; BVerfGK 6, 326, 331). Es ist von Verfassungs wegen aber auch im Hinblick auf die komplexe Regelung des § 463 StPO nicht zu beanstanden, wenn nicht jedem Untergebrachten für die Überprüfungsentscheidung, soweit dies nicht von § 463 Abs. 4 Satz 5 StPO angeordnet ist, ein Verteidiger bestellt wird. Vielmehr ist es geboten, aber auch ausreichend, von Fall zu Fall zu entscheiden, ob die Bestellung erforderlich ist.

Rechtsprechung

Hervorzuhebende Entscheidungen des BGH

I. Materielles Strafrecht – Allgemeiner Teil

717. BGH 5 StR 263/08 – Urteil vom 9. Juli 2009 (LG Hamburg)

BGHSt; Amtsträger; Bestechlichkeit; Befangenheitsgesuch wegen Fristsetzung zur Stellung weiterer Beweisangebote (Präklusion; gesetzlicher Richter; Ankündigung einer überschießend offensiven Verteidigung);

Recht auf ein faires Verfahren (Beeinträchtigung der effektiven Verteidigung); Behörde; sonstige Stelle; Bestellung zur Wahrnehmung von Aufgaben der öffentlichen Verwaltung; rechtsfehlerhafte Strafzumessung (Abwertung des Angeklagten jenseits des festgestellten Tatunrechts); Verschleppungsabsicht; Pflichtwidrigkeit

(Ermessensentscheidung); Herausgabe von Bestechungslohn; Untreue (Kick-Back; Exspektanz; Vermögensnachteil trotz unterlassener aber gebotener Schätzung der konkreten Höhe); redaktioneller Hinweis.

§ 11 Abs. 2 StGB; § 24 StPO; § 338 Nr. 3 StPO; § 332 StGB; § 81 Abs. 2 Satz 4 VAG; § 46 StGB; § 338 Nr. 8 StPO; § 244 Abs. 3 StPO; § 246 Abs. 1 StPO; § 15 StGB; § 16 Abs. 1 Satz 1 StGB

1. Ein Mitglied des Leitungsorgans eines Rechtsanwaltsversorgungswerks ist Amtsträger im Sinne des § 11 Abs. 1 Nr. 2 StGB. (BGHSt)

2. Die Fristsetzung für die Stellung von Beweisanträgen, die nach Verstreichen der gesetzten Frist unter erleichterten Voraussetzungen wegen Verschleppungsabsicht abgelehnt werden können, steht nicht im Widerspruch zu § 246 Abs. 1 StPO. Sie billigt nicht die Ablehnung beantragter Beweiserhebungen allein aufgrund später Beweisantragstellung oder gar die Ablehnung der Entgegennahme von Beweisanträgen nach Fristablauf. (Bearbeiter)

3. Die Fristsetzung für die Stellung von Beweisanträgen steht in einem Spannungsfeld zur grundlegenden Bedeutung des Beweisantragsrechts für eine effektive aktive Verteidigung und zum Fehlen einer gesetzlichen Präklusionsregelung für die Stellung von Beweisanträgen. Daher versteht es sich von selbst, dass die so entwickelte Verfahrensweise vorsichtiger und zurückhaltender Handhabung bedarf. Sie wird regelmäßig erst nach zehn Hauptverhandlungstagen und nicht vor Erledigung des gerichtlichen Beweisprogramms in Betracht zu ziehen sein. (Bearbeiter)

4. Anlass für die Fristsetzung für die Stellung von Beweisanträgen wird nur bei bestimmten Anzeichen für Verschleppungsabsicht im bisherigen Verteidigungsverhalten gegeben sein, die vom Vorsitzenden im Zusammenhang mit der entsprechenden Anordnung ausdrücklich zu bezeichnen sind (§ 273 Abs. 3 StPO).

5. Eine sonstige Stelle (§ 11 Abs. 1 Nr. 2 lit. c StGB) ist eine behördenähnliche Institution, die rechtlich befugt ist, bei der Ausführung von Gesetzen und bei der Erfüllung öffentlicher Aufgaben mitzuwirken, ohne dabei selbst Behörde im verwaltungsrechtlichen Sinne zu sein. Ihrer Organisationsform kommt dabei regelmäßig keine entscheidende Aussagekraft zu. Steht im Einzelfall eine Körperschaft des öffentlichen Rechts in Rede, so ist dieser Organisationsform jedoch eine erhebliche indizielle Bedeutung beizumessen, denn nach dem Willen des Gesetzgebers sollen vor allem Körperschaften des öffentlichen Rechts das Merkmal der sonstigen Stelle erfüllen können. (Bearbeiter)

6. Ein Rechtsanwaltsversorgungswerk nimmt Aufgaben der öffentlichen Verwaltung wahr. Die berufsständische Versorgung der „klassischen“ verkammerten Berufe ist traditionell Teil des gegliederten Systems der sozialen Sicherung in der Bundesrepublik Deutschland. Durch sie wird die sozialstaatlich gebotene Grundversorgung ihrer Pflichtmitglieder und deren Familienangehöriger im Bereich der Alters-, Berufsunfähigkeits- sowie Hinterbliebenenversorgung gewährleistet und mithin ein Teil

der Daseinsvorsorge für diesen Personenkreis wahrgenommen. (Bearbeiter)

7. Das Merkmal der Bestellung zur Wahrnehmung von Aufgaben der öffentlichen Verwaltung setzt keinen förmlichen Akt voraus. Die Bestellung ergibt sich vielmehr aus der Art der übertragenen Aufgaben. Sie ist in der Heranziehung zur Erfüllung öffentlicher Aufgaben zu sehen, wenn diese mit einer auf eine gewisse Dauer angelegten Eingliederung verbunden ist. (Bearbeiter)

8. Eine Rechtswidrigkeit oder Anfechtbarkeit des Bestellsaktes ist für die Amtsträgerstellung nach § 11 Abs. 1 Nr. 2 StGB ohne Bedeutung. Entscheidend ist vielmehr die tatsächliche Übernahme der Erfüllung übertragener öffentlicher Aufgaben. (Bearbeiter)

9. Bei Ermessensentscheidungen handelt der Amtsträger pflichtwidrig, wenn er sachwidrig entscheidet, aber auch schon dann, wenn er sich nicht ausschließlich von sachlichen Gesichtspunkten leiten, sondern sich durch den Vorteil beeinflussen lässt, diesen also mit in die Waagschale legt. Ausreichend ist bereits, dass sich der Täter seinem Partner gegenüber bereit zeigt, sich bei der Ausübung seines Ermessens durch den Vorteil beeinflussen zu lassen (vgl. § 332 Abs. 3 Nr. 2 StGB). (Bearbeiter)

10. Ansprüche auf Herausgabe von Bestechungslohn nach den Grundsätzen des Auftragsrechts sollen die Interessen des Geschäftsherrn kompensieren und unterfallen grundsätzlich der Vorrangbestimmung des § 73 Abs. 1 Satz 2 StGB. (Bearbeiter)

11. Für den Vorsatz bezüglich der Amtsträgerstellung reicht es grundsätzlich nicht aus, wenn der Betreffende nur um die seine Amtsträgerstellung begründenden Tatsachen weiß. Vielmehr muss er auch eine Bedeutungskennntnis gerade von seiner Funktion als Amtsträger haben (BGHR StGB § 11 Abs. 1 Nr. 2 Amtsträger 14). (Bearbeiter)

12. Grundsätzlich gilt, dass bei der Auftragsverlangung durch Bestechung im geschäftlichen Verkehr der auf den Preis aufgeschlagene Betrag, der lediglich der Finanzierung des Schmiergelds dient, regelmäßig die Mindestsumme des beim Auftraggeber entstandenen Vermögensnachteils im Sinne von § 266 Abs. 1 StGB bildet. (Bearbeiter)

658. BGH 3 StR 131/09 - Beschluss vom 2. Juli 2009 (LG Dresden)

Maßstab der Prüfung durch das Revisionsgericht (Urteilsgründe; verwiesene Abbildungen); sukzessive Mittäterschaft (abgeschlossenes Tatgeschehen; Schadenszurechnung beim Betrug).

§ 263 StGB; § 337 StPO; § 267 Abs. 1 Satz 3 StPO; § 25 Abs. 2 StGB

1. Sukzessive Mittäterschaft liegt vor, wenn sich eine Person einer zunächst fremden Tat nach deren Beginn und vor ihrer Beendigung als Mittäter in Kenntnis und unter Billigung des bisherigen Tatablaufs anschließt und ihr Handeln noch Einfluss auf den Eintritt des tatbestandsmäßigen Erfolgs hat.

2. Das Einverständnis des später Hinzutretenden mit früherem Tatgeschehen führt aber nicht dazu, dass ihm auch dasjenige Tatgeschehen zugerechnet werden könnte, das schon vollständig abgeschlossen war. Deshalb darf ihm ein bereits endgültig eingetretener Schaden bei der Strafzumessung nicht angelastet werden.

796. BGH 4 StR 164/09 - Beschluss vom 9. Juni 2009 (LG Magdeburg)

Körperverletzung mit Todesfolge (Zurechnung mittäterschaftlichen Handelns; Ausschluss der sukzessiven Mittäterschaft); Unterbringung in einer Entziehungsanstalt (symptomatischer Zusammenhang).

§ 227 StGB; § 25 Abs. 2 StGB; § 64 StGB

1. Wegen gemeinschaftlicher Körperverletzung kann für deren Todesfolge, die ein anderer unmittelbar herbeigeführt hat, auch derjenige bestraft werden, der die Verletzung nicht mit eigener Hand ausführt, jedoch aufgrund eines gemeinschaftlichen Tatentschlusses mit dem Willen zur Tatherrschaft zum Verletzungserfolg beiträgt, sofern die Handlung des anderen im Rahmen des beiderseitigen ausdrücklichen oder stillschweigenden Einverständnisses lag und dem Täter hinsichtlich des Erfolges Fahrlässigkeit zur Last fällt (Senatsurteil NStZ 1994, 339 m.w.N.).

2. Kann der Hinzutretende die weitere Tatausführung nicht mehr fördern, weil für die Herbeiführung des tatbestandsmäßigen Erfolges schon alles getan ist und bleibt deshalb sein eigenes Handeln ohne Einfluss auf den späteren Tod des Geschädigten, kommt eine Zurechnung nach den Grundsätzen der (sukzessiven) Mittäterschaft und eine Mitwirkung an einem Verbrechen des § 227 StGB trotz Kenntnis, Billigung und Ausnutzung der durch einen Anderen geschaffenen Lage nicht in Betracht (BGH NStZ 1984, 548, 549; Senatsurteil NStZ 1994, 339).

3. § 64 Abs. 1 StGB setzt einen symptomatischen Zusammenhang zwischen dem festgestellten Hang zum übermäßigen Alkohol- bzw. Drogenkonsum und der zukünftigen Gefährlichkeit des Täters voraus (vgl. nur BGHR StGB § 64 Zusammenhang, symptomatischer 1). Ein solcher Zusammenhang zwischen den begangenen und den künftig zu befürchtenden Straftaten einerseits und dem Hang zum übermäßigen Alkoholkonsum andererseits ist auch dann zu bejahen, wenn der Hang zum Alkoholkonsum – neben anderen Umständen – mit dazu beigetragen hat, dass der Täter erhebliche rechtswidrige Taten begangen hat und dies bei unverändertem Suchtverhalten auch für die Zukunft zu besorgen ist (BGH NStZ-RR 1997, 231; BGH NStZ 2000, 25). Der Zusammenhang kann grundsätzlich nicht allein deswegen verneint werden, weil außer der Sucht noch weitere Persönlichkeitsmängel eine Disposition für die Begehung von Straftaten begründen (BGHR aaO).

747. BGH 2 StR 103/09 - Urteil vom 10. Juni 2009 (LG Köln)

Körperverletzung mit Todesfolge bei Mittäterschaft (Zurechnung; Vorhersehbarkeit; Kausalität); gebotene Prüfung des Tötungsvorsatzes bei besonders brutalen Gewalthandlungen; Beteiligung an einer Schlägerei

(von mehreren verübter Angriff; Tateinheit mit Tötungsdelikt).

§ 212 StGB; § 227 StGB; § 15 StGB; § 231 Abs. 1 2. Alt. StGB

1. Bereits in mittäterschaftlichen Gewalthandlungen, die den – späteren nicht allen Mittätern zurechenbaren – Messerstichen vorangingen, kann die spezifische Gefahr einer Eskalation mit tödlichem Ausgang angelegt sein. Waren diese für die Mittäter einer Körperverletzung vorhersehbar, kommt § 227 StGB in Betracht. Dies gilt besonders, wenn es sich bei der mittäterschaftlichen Tat um einen heimtückischen Überfall in Überzahl und Verwendung von Schlagwerkzeugen handelt. Der hinsichtlich der qualifizierenden Tatfolge erforderlichen Vorhersehbarkeit steht es dabei nicht entgegen, dass die Angeklagten nichts von dem Mitführen eines Messers gewusst hatten. Für die Erfüllung der subjektiven Fahrlässigkeitskomponente reicht es aus, wenn der Täter die Möglichkeit des Todeserfolgs im Ergebnis hätte voraussehen können. Einer Voraussehbarkeit aller Einzelheiten des zum Tode führenden Geschehensablaufs bedarf es nicht (BGH NStZ 2008, 686 m.w.N.).

2. Auch wenn zugefügte Verletzungen nicht derartig schwerwiegend sind, dass sie ohne Berücksichtigung eines tödlichen Messerstichs eine Lebensgefahr nach sich gezogen hätten, können diese den Sterbevorgang beschleunigt haben und damit für den Todeserfolg in seiner konkreten Gestalt unmittelbar ursächlich geworden sein (BGHR StGB vor § 1/Kausalität, Angriffe, mehrere 1).

797. BGH 4 StR 186/09 - Urteil vom 25. Juni 2009 (LG Saarbrücken)

Annahme der Körperverletzung mit Todesfolge beim Schütteln eines Kleinkindes (Vorsatzfeststellung und Darlegungsanforderungen; voluntatives Vorsatzelement; Körperverletzungsvorsatz; Tötungsvorsatz).

§ 15 StGB; § 227 StGB; § 212 StGB

Auch wenn sich eine Strafkammer ausdrücklich nur mit dem Wissenselement des Körperverletzungsvorsatzes befasst, kann dem Urteil zu entnehmen sein, dass die Strafkammer vom Vorliegen auch des voluntativen Vorsatzelements überzeugt war. Dies gilt jedenfalls dann, wenn die Darlegungen zum fehlenden Tötungsvorsatz keinen Zweifel daran zulassen, dass sich der Angeklagte bei seinem Handeln nach der Überzeugung der Strafkammer zwar mit dem Tod des Kindes innerlich nicht abgefunden und diesen nicht akzeptiert hat, dass er aber erkannt und gebilligt hat, dass es durch die „Gewaltanwendung“ körperlich misshandelt und an der Gesundheit geschädigt wird.

724. BGH 1 StR 191/09 - Urteil vom 23. Juni 2009 (LG Konstanz)

Beweiswürdigung und Anforderungen an den bedingten Vorsatz (Eventualvorsatz; gefährliche Gewalthandlungen; Indizien der hochgradigen Alkoholisierung, des Nachtatverhaltens und eines vorherigen allgemeinen „wut- und aggressionsbedingten Erregungszustandes“).

§ 15 StGB; § 212 StGB; § 261 StPO

1. Bedingt vorsätzliches Handeln setzt voraus, dass der Täter den Eintritt des tatbestandlichen Erfolges als möglich und nicht ganz fern liegend erkennt, ferner, dass er ihn billigt oder sich um des erstrebten Zieles willen mit der Tatbestandsverwirklichung zumindest abfindet. Vor der Annahme bedingten Vorsatzes müssen beide Elemente der inneren Tatseite, also sowohl das Wissens- als auch das Wollenselement, geprüft und durch tatsächliche Feststellungen belegt werden (vgl. BGHSt 36, 1, 9 f.; BGH NStZ 2003, 603; BGHR StGB § 212 Abs. 1 Vorsatz, bedingter 24, 33). Nach der ständigen Rechtsprechung des Bundesgerichtshofs liegt es bei äußerst gefährlichen Gewalthandlungen nahe, dass der Täter mit der Möglichkeit, das Opfer könne durch diese zu Tode kommen, rechnet und, weil er gleichwohl sein gefährliches Handeln fortsetzt, auch einen solchen Erfolg billigend in Kauf nimmt. Deshalb ist in derartigen Fällen ein Schluss von der objektiven Gefährlichkeit der Handlungen des Täters auf bedingten Tötungsvorsatz möglich. Dabei ist in der Regel ein Vertrauen des Täters auf das Ausbleiben des tödlichen Erfolges dann zu verneinen, wenn der von ihm vorgestellte Ablauf des Geschehens einem tödlichen Ausgang so nahe kommt, dass nur noch ein glücklicher Zufall diesen verhindern kann (st. Rspr.; vgl. nur BGHR StGB § 212 Abs. 1 Vorsatz, bedingter 38). Es ist jedoch auch in Betracht zu ziehen, dass der Täter im Einzelfall die Gefahr der Tötung nicht erkannt hat oder jedenfalls darauf vertraut haben könnte, ein solcher Erfolg werde nicht eintreten (vgl. BGHR StGB § 212 Abs. 1 Vorsatz, bedingter 50). Insbesondere bei spontanen, unüberlegten, in affektiver Erregung ausgeführten Handlungen kann aus dem Wissen um den möglichen Erfolgseintritt nicht stets geschlossen werden, dass auch das - selbständig neben dem Wissenselement stehende - voluntative Vorsatzelement gegeben ist (vgl. BGH NStZ 2003, 603, 604; BGHR StGB § 15 Vorsatz, bedingter 4).

2. Die revisionsgerichtliche Prüfung der Beweiswürdigung ist darauf beschränkt, ob dem Tatgericht Rechtsfehler unterlaufen sind. Das ist in sachlich-rechtlicher Hinsicht der Fall, wenn die Beweiswürdigung widersprüchlich, unklar oder lückenhaft ist, gegen Denkgesetze oder gesicherte Erfahrungssätze verstößt (st. Rspr.; vgl. BGHR StPO § 261 Beweiswürdigung 2, 16; BGH StV 1994, 580). Konnte sich das Tatgericht von der Täterschaft oder vom Vorsatz des Angeklagten nicht überzeugen, prüft das Revisionsgericht auch, ob das Tatgericht zu hohe Anforderungen an die Überzeugungsbildung gestellt hat (BGHR StPO § 261 Überzeugungsbildung 25 und Beweiswürdigung 5). Liegen derartige Rechtsfehler nicht vor, hat das Revisionsgericht die Beweiswürdigung selbst

dann hinzunehmen, wenn eine andere Überzeugungsbildung möglich gewesen wäre oder sogar nahe gelegen hätte.

700. BGH 5 StR 141/09 - Beschluss vom 25. Juni 2009 (LG Leipzig)

Einschränkung des Notwehrrechts (Notwehrprovokation; Zusammenhang zwischen Provokation und abgewehrtem Angriff); Erforderlichkeit der Notwehrhandlung.

§ 32 StGB

Eine schuldhafte Provokation kann zur Einschränkung des Notwehrrechts führen, wenn bei vernünftiger Würdigung der gesamten Umstände des Einzelfalls der Angriff als adäquate und voraussehbare Folge der Pflichtverletzung des Angegriffenen erscheint (vgl. BGHR StGB § 32 Abs. 2 Verteidigung 11 und 18 jeweils m.w.N.).

789. BGH 2 StR 576/08 - Urteil vom 20. Mai 2009 (LG Bad Kreuznach)

Totschlagsversuch; Rücktritt (fehlgeschlagener Versuch; Anwendung des Zweifelsgrundsatzes).

§ 212 StGB; § 211 StGB; § 22 StGB; § 23 StGB; § 24 StGB; § 261 StPO

1. Der Zweifelsatz bedeutet nicht, dass von der dem Angeklagten jeweils (denkbar) günstigsten Fallgestaltung auch dann auszugehen ist, wenn hierfür keine Anhaltspunkte bestehen (std. Rspr., vgl. BGH StV 2001, 666, 667; NStZ-RR 2003, 166, 168). Unterstellungen zugunsten eines Angeklagten sind vielmehr nur dann rechtsfehlerfrei, wenn der Tatrichter hierfür reale Anknüpfungspunkte hat (vgl. BGH NStZ-RR 2002, 243; BGHR StPO § 261 Überzeugungsbildung 18).

2. Anwendung auf die Annahme eines noch nicht fehlgeschlagenen Versuchs.

736. BGH 1 StR 241/09 - Beschluss vom 17. Juni 2009 (LG München I)

Konkurrenzen zwischen der gefährlichen Körperverletzung in der Qualifikationsform der lebensgefährdenden Behandlung und der verursachten schweren Körperverletzung.

§ 224 Abs. 1 Nr. 5 StGB; § 226 StGB; § 52 StGB

Die gefährliche Körperverletzung in der Qualifikationsform der lebensgefährdenden Behandlung steht in Tateinheit mit der durch die Tathandlung verursachten schweren Körperverletzung (vgl. BGH NJW 2009, 863).

Rechtsprechung

II. Materielles Strafrecht – Besonderer Teil

805. BGH 4 StR 610/08 – Urteil vom 25. Juni 2009 (LG Saarbrücken)

Fahrlässige Tötung (Sorgfaltspflichtverletzung und Sondernormen: Anforderungen an die Beförderung ge-

fährlicher Güter; Pflichtwidrigkeitszusammenhang und Schutzzweckzusammenhang; Unterlassen: Fürsorgepflicht des Arbeitgebers als Garantenpflicht); unerlaubter Umgang mit gefährlichen Abfällen; unerlaubter Umgang mit gefährlichen Stoffen und Gütern (grobe Verletzung verwaltungsrechtlicher Pflichten; Zusammenhang mit der Beförderung).

§ 222 StGB; § 13 StGB; § 330 Abs. 2 Nr. 2 StGB; § 326 Abs. 1 Nr. 3 StGB; § 328 Abs. 3 Nr. 2 StGB; Nr. 11 der TR Abfälle 002 und Ausnahme 20 Ziff. 2.11 der GGAV 2002

1. Nach der Grundregel des § 4 Abs. 1 Satz 1 GGVSE sind die an der Beförderung gefährlicher Güter Beteiligten verpflichtet, die nach Art und Ausmaß der vorhersehbaren Gefahren erforderlichen Vorkehrungen zu treffen, um Schadensfälle zu verhindern. Nach § 4 Abs. 1 Satz 2 GGVSE haben sie „jedenfalls“ die für sie jeweils geltenden Bestimmungen der Verordnung einzuhalten. Die Vorschriften des ADR enthalten daher lediglich Mindestanforderungen („jedenfalls“) an die Beförderung gefährlicher Güter. Nichts anderes gilt für die Bestimmungen der GGAV 1999 und 2002, deren Einhaltung nicht von der allgemeinen Sicherungspflicht des § 4 Abs. 1 Satz 1 GGVSE entbindet, sondern es lediglich gestattet, in bestimmten Fällen von den Regelungen des ADR abzuweichen.

2. Zur Bestimmung der Pflichten beim Gefahrguttransport ist daher nicht allein auf die Regelungen in der TR Abfälle 002 abzustellen. Besteht bei herkömmlichen Schutzkappen für Spraydosen die Gefahr, dass sie sich beim Transport in einem Fass lösen und sich dadurch in diesem ein zündfähiges Gasgemisch bildet, so verbietet sich deren Transport ohne Beigabe von inerten Füllstoffen von vorneherein.

3. Die Fürsorgepflicht des Arbeitgebers gemäß §§ 618 Abs. 1 BGB, 14 Abs. 1 Nr. 1 StGB ist eine Garantenpflicht im Sinne des § 13 StGB (vgl. auch OLG Naumburg NStZ-RR 1996, 229, 230 ff.).

4. Der Anwendung des § 328 Abs. 3 Nr. 2 StGB steht es nicht entgegen, dass die Beförderung bereits abgeschlossen ist. Bei der Bestimmung des Schutzbereichs der die Beförderung gefährlicher Güter regelnden verwaltungsrechtlichen Vorschriften darf nicht allein auf den eigentlichen Beförderungsvorgang abgestellt werden. Miterfasst werden auch solche Vorgänge, die – wie die Entgegennahme und das Auspacken der Sendung – hierzu in einem unmittelbaren zeitlichen, sachlichen und funktionalen Zusammenhang stehen.

725. BGH 1 StR 201/09 - Beschluss vom 24. Juni 2009 (LG Stuttgart)

Rechtsbeugung durch Verletzung von Verfahrensvorschriften (Einschränkung auf den Rechtsbruch; systematischer Verzicht auf die persönliche Anhörung in Betreuungssachen zur „Freizeitoptimierung“ bei freiheitsentziehenden Maßnahmen; Abgrenzung von Tun und Unterlassen).

§ 339 StGB; § 1906 Abs. 1 bzw. Abs. 4 BGB; § 70c FGG; § 13 StGB

1. Rechtsbeugung kann auch durch den Verstoß gegen Verfahrensvorschriften begangen werden (vgl. BGHSt 42, 343, 344; BGHR StGB § 339 Rechtsbeugung 6; jew. m.w.N.). Allerdings ist nicht jeder Rechtsverstoß als „Beugung“ des Rechts anzusehen, vielmehr enthält dieses Tatbestandsmerkmal ein normatives Element und soll nur Verstöße gegen die Rechtspflege erfassen, bei denen sich der Täter bewusst und in schwerer Weise zugunsten oder zum Nachteil einer Partei von Recht und Gesetz entfernt (vgl. BGHSt aaO m.w.N.).

2. Die gesetzlich vorgeschriebene Anhörungspflicht aus § 70c FGG verfolgt nicht nur den Zweck, dass der Betroffene in den Entscheidungsprozess einbezogen wird, indem ihm rechtliches Gehör im allgemeinen Sinne gewährt wird; vielmehr soll die Vorschrift auch sicherstellen, dass das Gericht in Unterbringungssachen und Betreuungssachen seiner Kontrollfunktion gegenüber Zeugen und Sachverständigen besser gerecht werden kann. Das Gericht darf bei derart wichtigen Angelegenheiten, die die Freiheitsgrundrechte der von den jeweiligen Maßnahmen Betroffenen berühren, keine Entscheidungen ohne eigene Anschauungsgrundlage nur auf Grund von Beweismitteln treffen. Nach der Rechtsprechung des Bundesverfassungsgerichts ist zudem unverzichtbare Voraussetzung für ein rechtsstaatliches Verfahren, dass Entscheidungen, die den Entzug der persönlichen Freiheit betreffen, auf zureichender richterlicher Sachaufklärung beruhen und eine in tatsächlicher Hinsicht genügende Grundlage haben, die der Bedeutung der Freiheitsgarantie entspricht (vgl. BVerfG NJW 1998, 1774). Demnach haftet einer Unterbringungsmaßnahme, die unter Verstoß gegen das Gebot vorheriger persönlicher Anhörung ergeht, der Makel einer rechtswidrigen Freiheitsentziehung an, der rückwirkend nicht mehr zu heilen ist (BVerfG NJW 1990, 2309, 2310 m.w.N.).

671. BGH 3 StR 204/09 - Beschluss vom 7. Juli 2009 (LG Mönchengladbach)

Mord mit gemeingefährlichen Mitteln (Unterlassen); Heimtücke.

§ 211 StGB; § 13 StGB

1. Ein Mord in Form einer mit gemeingefährlichen Mitteln begangenen Tötung durch Unterlassen ist grundsätzlich nicht möglich, denn der Täter muss das gemeingefährliche Mittel einsetzen. Es genügt nicht, wenn er eine bereits vorhandene gemeingefährliche Situation nutzt, unabhängig davon, ob die Gefahr zufällig entstanden, von einer dritten Person verursacht oder von ihm selbst ohne Tötungsvorsatz herbeigeführt worden ist.

2. Hingegen kommt eine Tötung mit gemeingefährlichen Mitteln durch Unterlassen dann in Betracht, wenn der Täter bereits bei der Schaffung der Gefahr mit Tötungsvorsatz handelt.

3. Zwar erkennt der Senat durchaus bedenkenswerten Einwände gegen die Rechtsprechung zum Mord mit gemeingefährlichem Mittel durch Unterlassen, sieht jedoch keinen Anlass, im entschiedenen Fall von ihr abzuweichen.

806. BGH 4 StR 645/08 - Beschluss vom 10. Juni 2009 (LG Saarbrücken)

Rechtsfehlerhafte Verurteilung eines Mittäters wegen Mordes aus niedrigen Beweggründen (Abgrenzung von Totschlag und Mord bei Mittäterschaft).

§ 211 StGB; § 212 StGB; § 27 StGB; § 28 StGB

Bei dem Merkmal der niedrigen Beweggründe handelt es sich um ein persönliches Mordmerkmal; deswegen kann nur derjenige als Mittäter eines Mordes aus niedrigen Beweggründen verurteilt werden, der selbst aus derartigen Beweggründen handelt. Fehlt es an diesem Merkmal, so kommt nur eine Verurteilung wegen in Mittäterschaft begangenen Totschlages in Betracht (vgl. BGHSt 36, 231 ff.). Anderes kann gelten, wenn sich der Angeklagte die niedrigen Beweggründe des Mittäters zu eigen gemacht hat (zu diesem Sonderfall vgl. BGHSt 47, 128, 131 m.w.N.). Allein die Tatsache, dass der Täter in Kenntnis der niedrigen Beweggründe seines Mittäters an der Verwirklichung des Tatplans mitwirkte, reicht hierfür nicht aus.

669. BGH 3 StR 194/09 - Beschluss vom 18. Juni 2009 (LG Kiel)

Nötigung (Vollendung); räuberische Erpressung (Nötigungselement); Versuch.

§ 240 StGB; § 253 StGB; § 255 StGB; 22 StGB; § 23 StGB; § 265 StPO

1. Die - als Teilelement auch in der räuberischen Erpressung enthaltene - Nötigung setzt zu ihrer vollständigen Verwirklichung voraus, dass das Opfer durch die Zwangswirkung des Nötigungsmittels zu der vom Täter erstrebten Handlung bewegt, also der Wille des Opfers gebeugt wird.

2. An einem für die Vollendung von Nötigung und räuberischer Erpressung vorausgesetzten Handeln unter dem Druck der Nötigungsmittel fehlt es, wenn das Opfer sich dem Druck des Täters gerade nicht beugen will und nicht zumindest auch aufgrund der ausgeübten Gewalt oder aus Furcht vor der Verwirklichung der Drohung handelt, sondern nur deshalb, weil die Polizei oder ein sonstiger Dritter ihm dies rät, beispielsweise aus ermittlungstaktischen Gründen zur Überführung der Täter.

680. BGH 3 StR 223/09 - Beschluss vom 7. Juli 2009 (LG Hannover)

Sexuelle Nötigung (schutzlose Lage).

§ 177 Abs. 1 Nr. 3 StGB

1. Von § 177 Abs. 1 Nr. 3 StGB werden diejenigen Fälle erfasst, in denen zwar weder Gewalt ausgeübt noch mit gegenwärtiger Gefahr für Leib oder Leben des Opfers gedroht wird, dieses aber aus Furcht vor möglichen Einwirkungen des Täters auf einen ihm grundsätzlich möglichen Widerstand verzichtet, weil es sich in einer hilflosen Lage befindet und ihm Widerstand gegen den überlegenen Täter aussichtslos erscheint.

2. Erforderlich ist dabei, dass sich das Opfer aus Angst vor körperlicher Beeinträchtigung, also vor Körperverletzungs- oder gar Tötungshandlungen, nicht gegen den Täter zur Wehr setzt. Es genügt nicht, dass es dies aus Furcht vor der Zufügung anderer Übel unterlässt.

659. BGH 3 StR 132/09 - Beschluss vom 7. Juli 2009 (LG Duisburg)

Schwerer Menschenhandel (Anwerben); Gewerbsmäßigkeit (besonderes persönliches Merkmal); Zuhälterei.

§ 232 StGB; § 181 Abs. 1 StGB a.F.; § 28 Abs. 2 StGB; § 181a StGB

1. Das Tatbestandsmerkmal „Anwerben“ im Sinne der Vorschrift des schweren Menschenhandels (§ 232 StGB) ist einengend auszulegen und setzt voraus, dass der Täter massiv und nachdrücklich auf die Willensbildung des Tatopfers einwirkt.

2. Der Qualifikationstatbestand des § 181 Abs. 1 Nr. 3 StGB a.F. kann auf den Gehilfen nur angewendet werden, wenn dieser selbst gewerbsmäßig gehandelt hat. Die Gewerbsmäßigkeit ist ein strafscharfendes besonderes persönliches Merkmal im Sinne des § 28 Abs. 2 StGB, weil in dieser Vorschrift das Gewinnstreben des Täters im Vordergrund steht.

Rechtsprechung

III. Strafzumessungs- und Maßregelrecht

701. BGH 5 StR 149/09 - Urteil vom 23. Juni 2009 (LG Braunschweig)

BGHSt; Unterbringung in einem psychiatrischen Krankenhaus; nachträgliche Bildung der Gesamtstrafe; Brandstiftung (Vorsatz).

§ 55 StGB; § 63 StGB; § 306a StGB

1. Ist der Angeklagte rechtskräftig bestraft und im psychiatrischen Krankenhaus untergebracht worden, so ist bei einer Verurteilung wegen einer zuvor begangenen Tat,

die zur nachträglichen Gesamtstrafbildung nach § 55 StGB führt, allein die Aufrechterhaltung der Maßregel geboten, hingegen die erneute Anordnung der Unterbringung nach § 63 StGB nicht zulässig (im Anschluss an BGHSt 30, 305). (BGHSt)

2. Dies folgt bereits aus der Erwägung, dass der Täter - auch insoweit - entsprechend dem Grundgedanken des § 55 StGB so gestellt werden soll, wie er bei gleichzeitiger Aburteilung aller Taten gestanden hätte, wo auch nur

einheitlich auf eine Unterbringung erkannt worden wäre. (Bearbeiter)

753. BGH 2 StR 76/09 - Beschluss vom 10. Juni 2009 (LG Aachen)

BGHR; Wertersatzverfall (Voraussetzungen der unbillige Härten beim Verfall und Verhältnis zum gesetzlichen Bruttoprinzip).

§ 73c Absatz 1 Satz 1 StGB; § 73b StGB

1. Eine unbillige Härte i.S. von § 73 c Abs. 1 Satz 1 StGB kann nicht auf die vom Gesetzgeber mit der Einführung des Bruttoprinzips beabsichtigte Konsequenz gestützt werden, dass Aufwendungen für ein rechtswidriges Geschäft in den Verfallsbetrag fallen. (BGHR)

2. Zwar ist die Anwendung der Härtevorschrift des § 73 c StGB Sache des Tatrichters. Die Gewichtung der für das Vorliegen einer unbilligen Härte im Sinne des § 73 c Abs. 1 Satz 1 StGB maßgeblichen Umstände ist daher der inhaltlichen revisionsrechtlichen Überprüfung nicht zugänglich. Mit der Revision kann jedoch eine rechtsfehlerhafte Auslegung des Tatbestandsmerkmals „unbillige Härte“ beanstandet werden. Eine solche ist etwa gegeben, wenn die Bejahung dieses Merkmals auf Umstände gestützt wird, die bei seiner Prüfung nicht zum Tragen kommen können (vgl. BGH wistra 2003, 424, 425; 2009, 23, 24). (Bearbeiter)

3. Die Ausübung des dem Tatrichter durch § 73 c Abs. 1 Satz 2 1. Alternative StGB eingeräumten Ermessens erfordert eine Gegenüberstellung des Wertes des aus den Straftaten Erlangten mit dem Wert des noch vorhandenen Vermögens. (Bearbeiter)

4. Der Senat weist vorsorglich darauf hin, dass eine unbillige Härte i. S. des § 73 c Abs. 1 Satz 1 StGB nach ständiger Rechtsprechung nur dann in Betracht kommt, wenn die Anordnung des Verfalls schlechthin ungerecht wäre und das Übermaßverbot verletzt würde. Sie liegt nicht schon dann vor, wenn der Verfallsbetrag nicht beigetrieben werden kann oder der Betroffene vermögenslos geworden und unfähig ist, die Mittel für seinen Unterhalt aufzubringen (vgl. BGH Urteil vom 26. März 2009 – 3 StR 579/08). (Bearbeiter)

788. BGH 2 StR 386/08 - Urteil vom 10. Juni 2009 (LG Frankfurt am Main)

Einschränkung des Härteausgleichs bei der Gesamtstrafenbildung in Fällen ausländischer Verurteilungen; Rahmenbeschluss 2008/675/JI des Rates vom 24. Juli 2008 zur Berücksichtigung der in anderen Mitgliedstaaten der Europäischen Union ergangenen Verurteilungen in einem neuen Strafverfahren.

§ 55 StGB; § 7 Abs. 2 Nr. 2 StGB

1. In Fällen, in denen eine Gesamtstrafe nach § 55 StGB mit Strafen aus ausländischen Urteilen nicht gebildet werden kann und in denen eine gemeinsame Aburteilung aller Taten in Deutschland allenfalls theoretisch nach § 7 Abs. 2 Nr. 2 StGB möglich gewesen wäre, ist ein Härteausgleich oder die Anwendung des Rechtsgedankens des Härteausgleichs weder rechtlich zulässig noch aus allgemeinen Erwägungen angezeigt.

2. Grundgedanke des § 55 StGB ist, dass Taten, die bei gemeinsamer Aburteilung nach §§ 53, 54 StGB behandelt worden wären, auch bei getrennter Aburteilung dieselbe Behandlung erfahren sollen, so dass der Täter im Endergebnis weder besser noch schlechter gestellt ist, als wenn alle Taten in dem zuerst durchgeführten Verfahren abgeurteilt worden wären (BGHSt 7, 180, 181; 15, 66, 69; 17, 173, 174 f.; 32, 190, 193).

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

4. Fehlt es dagegen an einem ausgleichsbedürftigen Nachteil, etwa wenn die Vollstreckung der früheren Strafe zur Bewährung ausgesetzt war und nach Ablauf der Bewährungszeit erlassen wurde, kommt ein Härteausgleich nicht in Betracht (BGH NStZ-RR 1996, 291; NStZ-RR 2004, 330; StV 2007, 82). In der Rechtsprechung des Bundesgerichtshofs haben sich verschiedene Fallgruppen herausgebildet, in denen außer in den vorgenannten Fällen ebenfalls ein Härteausgleich für eine nicht mögliche Gesamtstrafenbildung zu gewähren ist (vgl. Senatsbeschluss in dieser Sache vom 29. Oktober 2008).

5. Auch der Rahmenbeschluss 2008/675/JI des Rates vom 24. Juli 2008 zur Berücksichtigung der in anderen Mitgliedstaaten der Europäischen Union ergangenen Verurteilungen in einem neuen Strafverfahren (ABl. L 220 vom 15. August 2008) geht davon aus, dass eine nachträgliche Gesamtstrafenbildung mit einer Vorverurteilung aus einem anderen Staat ein unzulässiger Eingriff in dessen Urteil bzw. dessen Vollstreckung wäre (vgl. Art. 3 Abs. 3 und 4 der Richtlinie). Im Erwägungsgrund Nr. 6 des Rahmenbeschlusses ist zudem ausdrücklich klargestellt, dass er nicht bezweckt, dass in einem Mitgliedstaat gerichtliche Entscheidungen vollstreckt werden, die in anderen Mitgliedstaaten ergangen sind, was bei einer nachträglichen Gesamtstrafenbildung gemäß § 55 StGB der Fall wäre.

722. BGH 5 ARs 3/09 - Beschluss vom 11. März 2009

Anfrageverfahren; bei fiktiver Aburteilung im Inland gesamtstrafenfähige Verurteilungen im In- und Ausland (Härteausgleich; bestimmende Berücksichtigung des Gesamtstrafübels bei der inländischen Strafzumessung); Schuldprinzip.

§ 55 StGB; § 46 StGB; § 250 StGB; § 132 Abs. 2 und 3 GG; Art. 54 SDÜ; Art. 20 Abs. 3 GG; Art. 2 Abs. 1 GG

1. Das besondere Gesamtstrafübel ist auch beim Zusammentreffen in- und ausländischer Verurteilungen ein wesentlicher Strafmilderungsgrund.

2. Zwar kommt in diesen Fällen die unmittelbare Anwendung der Grundsätze zum Härteausgleich wegen der mangelnden Vergleichbarkeit der verwirkten Strafen und deren Vollstreckung nicht in Betracht. Um die Schuldan-

gemessenheit des Gesamtstrafübels dennoch zu gewährleisten, müssen die Auswirkungen der gegen den Täter verhängten Verurteilungen für sein künftiges Leben im Rahmen der Strafzumessung besonders ins Gewicht fallen. Dies gilt unabhängig davon, ob ein Gerichtsstand in Deutschland gegeben war und eine einheitliche Aburteilung möglich gewesen wäre.

3. Die Nichtanwendung des Gedankens des Gesamtstrafübels bei gesamtstrafenfähigen Verurteilungen im Aus- und Inland lässt sich nicht mit dem gewandelten Verständnis der Anerkennung ausländischer Erkenntnisse vereinbaren, zumal solcher der Mitgliedstaaten der Europäischen Union, wie sie in entsprechenden völker- und gemeinschaftsrechtlichen Verpflichtungen der Bundesrepublik Deutschland zum Ausdruck kommt. Denn dies würde zu einer massiven Schlechterstellung des Angeklagten mit in- und ausländischen Verurteilungen gegenüber demjenigen führen, der nur im Inland Straftaten gleichen Schuldgehalts begangen hat. Das wäre vor dem Hintergrund zunehmender gemeinschaftsrechtlicher Integration auch auf dem Gebiet des Strafrechts sachlich kaum zu rechtfertigen.

4. Da die Auswirkungen der im Ausland verhängten Strafen wegen möglicher anderer Vollstreckungsregelungen nicht allein an der zeitlichen Dauer der Strafe gemessen werden können, wird das Tatgericht die hierfür relevanten Umstände, insbesondere abweichende Regelungen über Strafmaßreduktionen, Strafaussetzung und Amnestien zu ermitteln und die im Ausland verhängten Strafen entsprechend zu gewichten haben.

764. BGH 2 StR 180/09 - Beschluss vom 17. Juni 2009 (LG Bonn)

Rechtsfehlerhafte nachträgliche Gesamtstrafenbildung (Erörterungsmangel; Zäsurwirkung).
§ 55 StGB

Grundgedanke des § 55 StGB ist, dass Taten, die bei gemeinsamer Aburteilung nach den §§ 53, 54 StGB behandelt worden wären, auch bei getrennter Aburteilung dieselbe Behandlung erfahren sollen, so dass der Täter im Endergebnis weder besser noch schlechter gestellt ist. Ausschlaggebend für die Gesamtstrafenbildung darf deshalb nicht die (zufällige) äußere Verfahrensgestaltung, sondern muss die materielle Rechtslage sein (BGHSt 32, 190, 192 f.; 35, 243, 245). Der Tatrichter, dem sich die Frage nachträglicher Gesamtstrafenbildung stellt, muss sich in die Lage des Richters versetzen, dessen Entscheidung für eine nachträgliche Einbeziehung in Frage kommt. Für ihn ist deshalb maßgeblich, wie der frühere Richter bei richtiger Rechtsanwendung weitere Vorentscheidungen hätte berücksichtigen müssen (BGHR StGB § 55 Abs. 1 Satz 1 Zäsurwirkung 13).

807. BGH 4 StR 647/08 - Beschluss vom 16. Juni 2009 (LG Dessau)

Strafzumessung bei der Vergewaltigung (Strafmilderung wegen der vorherigen Opferverhaltens; Erfolgzurechnung bei der Strafzumessung).
§ 177 Abs. 2 S. 2 Nr. 1 StGB; § 46 StGB

1. Bleibt das Opfer einer Vergewaltigung, dass sich dem Angeklagten am Vortrag sexuell genähert und mit dem Täter einvernehmlichen Geschlechtsverkehr hatte, nach einer Party freiwillig mit dem alkoholisierten Angeklagten allein, obwohl er sich ihr gegen ihren Willen sexuell zu nähern versuchte, ist dies strafmildernd zugunsten des Angeklagten zu berücksichtigen.

2. Tatfolgen einer Vergewaltigung sind dem Angeklagten nicht undifferenziert zuzurechnen. Insbesondere ist zu berücksichtigen, wenn psychische Folgen bereits auf einen vorherigen freiwilligen Geschlechtsverkehr mit dem Angeklagten beruhen.

761. BGH 2 StR 170/09 - Beschluss vom 24. Juni 2009 (LG Darmstadt)

Strafzumessung bei Freiheitsstrafen unter sechs Monaten (Beruhen); Unterbringung in einer Entziehungsanstalt (Bedeutung der mangelnden Therapiewilligkeit; Zurückstellung der Strafvollstreckung gemäß § 35 BtMG); Ausspruch der Einziehung in der Urteilsformel oder mithilfe einer Anlage.
§ 46 StGB; § 47 StGB; § 64 StGB; § 260 Abs. 4 StPO

1. Das Fehlen von Therapiewilligkeit steht einer Anordnung nach § 64 StGB grundsätzlich nicht entgegen (BGH bei Holtz MDR 1996, 880; NStZ-RR 2004, 263). Dies kann lediglich ein gegen die Erfolgsaussicht sprechendes Indiz sein (BGH NJW 2000, 3015 f.). In einem solchen Fall hat der Tatrichter zu prüfen, ob die konkrete Aussicht besteht, dass die Therapiebereitschaft für eine Erfolg versprechende Behandlung geweckt werden kann (vgl. BGH NStZ-RR 2007, 171, 172; Beschl. vom 5. Mai 2009 - 5 StR 99/09).

2. Der Hinweis auf eine Zurückstellung der Strafvollstreckung gemäß § 35 BtMG ist in diesem Zusammenhang unerheblich. Denn die Unterbringung nach § 64 StGB geht dieser dem Vollstreckungsverfahren vorbehaltenen Maßnahme vor; von der Anordnung der Unterbringung darf daher nicht abgesehen werden, weil eine Entscheidung nach § 35 BtMG ins Auge gefasst ist (vgl. BGHR StGB § 64 Ablehnung 7 und 8; BGH StraFo 2003, 100; StV 2008, 405, 406). Hieran hat sich durch die Neufassung des § 64 StGB durch das Gesetz zur Sicherung der Unterbringung in einem psychiatrischen Krankenhaus und in einer Entziehungsanstalt vom 16. Juli 2007 (BGBl I 1327) grundsätzlich nichts geändert.

3. Ist die Einziehung von Gegenständen anzuordnen, sind diese in der Urteilsformel, oder sofern es sich um eine Vielzahl von Gegenständen handelt, jedenfalls in einer Anlage hierzu (vgl. BGHSt 9, 88, 90) so konkret zu bezeichnen, dass für die Beteiligten und die Vollstreckungsbehörde Klarheit über den Umfang der Einziehung geschaffen ist (st. Rspr.). Der bloße Hinweis auf die „sichergestellten Betäubungsmittel und Betäubungsmittelutensilien“ lässt jede individualisierende Bezeichnung der Einziehungsgegenstände vermissen.

697. BGH 3 StR 569/08 - Beschluss vom 12. Februar 2009 (LG Mönchengladbach)

Vorwegvollzug (Bemessung); Halbstrafenzeitpunkt.
§ 67 StGB

1. Nach § 67 Abs. 2 Satz 3 StGB ist der vorweg zu vollstreckende Teil der Freiheitsstrafe so zu bemessen, dass nach seiner Vollziehung und einer anschließenden Unterbringung eine Entlassung zum Halbstrafenzeitpunkt (§ 67 Abs. 5 Satz 1 StGB) möglich ist. Ein Beurteilungsspielraum für den Tatrichter besteht nicht.

2. Zur Bemessung des Vorwegvollzugs ist deshalb auch eine Prognose darüber notwendig, wie lange die Unterbringung in der Maßregel voraussichtlich erforderlich sein wird. Die voraussichtlich notwendige Therapiedauer ist dann von der Hälfte erkannten Freiheitsstrafe abzuziehen, um die Dauer des Vorwegvollzugs zu berechnen.

776. BGH 2 StR 227/09 - Beschluss vom 8. Juli 2009 (LG Meiningen)

Erörterungsmangel hinsichtlich der naheliegenden Unterbringung des Angeklagten in einer Entziehungsanstalt (Hang; Bedeutung der Sollvorschrift).
§ 64 StGB

Dass § 64 StGB durch das Gesetz zur Sicherung der Unterbringung in einem psychiatrischen Krankenhaus und in einer Entziehungsanstalt vom 16. Juli 2007 (BGBl I 1327) von einer Muss- in eine Sollvorschrift umgestaltet worden ist, macht die Prüfung der naheliegenden Anwendung des § 64 StGB durch den Tatrichter nicht entbehrlich. Dieser muss vielmehr das Ermessen tatsächlich ausüben und die Ermessensentscheidung für das Revisi-

onsgericht nachprüfbar machen (vgl. BGH NStZ-RR 2008, 73 f.).

675. BGH 3 StR 214/09 - Beschluss vom 2. Juli 2009 (LG Verden)

Totschlag (Kindstötung; minder schwerer Fall; Doppelverwertungsverbot; Fehlen von Milderungsgründen); Unterlassen (Schwerpunkt der Vorwerfbarkeit); Rechtsfolgenentscheidung des Revisionsgerichts.
§ 212 StGB; § 213 StGB; § 13 StGB; § 354 Abs. 1a StPO

Das Fehlen von Milderungsgründen darf nicht strafscharfend berücksichtigt werden.

673. BGH 3 StR 206/09 - Beschluss vom 16. Juli 2009 (LG Lübeck)

Sicherungsverwahrung (Hang bei verschiedene Rechtsgüter betreffenden Vortaten; Symptomcharakter einer Vortat).
§ 66 StGB; § 261 StPO

Zwar können auch Taten, die verschiedene Rechtsgüter verletzen, als Symptomtaten herangezogen werden, um die formellen Voraussetzungen der Sicherungsverwahrung zu begründen. Jedoch ist in diesem Fall ihr Indizwert für einen verbrecherischen Hang des Täters besonders sorgfältig zu prüfen und zu begründen.

Rechtsprechung

IV. Strafverfahrensrecht mit GVG

745. BGH 1 StR 701/08 - Urteil vom 29. April 2009 (LG Kempten)

BGHSt; Verwertungsverbot aus dem Recht auf ein faires Verfahren bei der heimlichen Überwachung von Ehegattengesprächen in einem eigens dafür zugewiesenen separaten Besuchsraum in der Untersuchungshaft ohne die übliche erkennbare Überwachung; Schutz des grundrechtlichen Kernbereichs im Strafverfahren; Überwachung des nicht öffentlich gesprochenen Wortes außerhalb von Wohnungen (Haftraum; Besuchsraum; Befristung); Täuschungsverbot (Zulassung der kriminalistischen List auch in der Untersuchungshaft); redaktioneller Hinweis.
Art. 2 Abs. 1, Art. 1 Abs. 1 GG; Art. 2 Abs. 1 GG; Art. 20 Abs. 3 GG; Art. 6 GG; Art. 6 EMRK; § 100f StPO; § 100c IV StPO; § 100a StPO

1. Zur Frage der Zulässigkeit einer heimlichen Überwachung von Ehegattengesprächen in einem eigens dafür zugewiesenen separaten Besuchsraum in der Untersuchungshaft ohne die übliche erkennbare Überwachung. (BGHSt)

2. Die Anwendung einer kriminalistischen List ist auch bei Ermittlungsmaßnahmen in der Haftanstalt nicht von

vornherein unzulässig. Es darf aber nicht bewusst eine von den üblichen Abläufen in der Untersuchungshaft erheblich abweichende, überwachte Besuchssituation geschaffen werden, in der ein Beschuldigter, der keine anderen Möglichkeiten zu vertraulichen Gesprächen besitzt, geradezu annehmen muss, dass er mit seiner Ehefrau ein unüberwachtes Gespräch führen kann. (Bearbeiter)

3. Eine Verletzung des Art. 6 EMRK kann auch daraus herzuleiten sein, dass zugleich mehrere unverzichtbare rechtsstaatliche Grundsätze tangiert werden, auch wenn die einzelnen Grundsätze – jeweils für sich isoliert betrachtet – noch nicht in einem Ausmaß verletzt sind, dass allein schon aus dem jeweils einzelnen Grundsatz ein Verwertungsverbot abzuleiten wäre. Es ist auch eine Bewertung und Betrachtung des Verfahrens als Ganzes erforderlich. (Bearbeiter)

4. Ob die Kernbereichsregelungen des § 100c oder des § 100a StPO entsprechend auf die Überwachung der Kommunikation in einem Besuchsraum in der Untersuchungshaft anzuwenden sind, bleibt offen. Zur Ablehnung einer für die entsprechende Anwendung ausschlaggebenden Verletzung des Kernbereichs im Einzelfall (Bearbeiter)

5. Der Besuchsraum der Haftanstalt ist keine Wohnung im Sinne des Art. 13 GG. Bereits Hafträume einer Justizvollzugsanstalt werden vom Schutzbereich des Art. 13 GG nicht umfasst, da das Hausrecht der Anstalt die Befugnis der Vollzugsbediensteten beinhaltet, die Hafträume jederzeit unabhängig vom Einverständnis der dort untergebrachten Gefangenen zu betreten (BVerfG NStZ 1996, 511). (Bearbeiter)

752. BGH 2 StR 54/09 - Beschluss vom 8. Juli 2009 (LG Köln)

BGHSt; Grenzen der Protokollberichtigung mit der Folge einer „Rügeverkümmerung“ (Kenntnisnahme vom Wortlaut der Urkunden im Selbsteseverfahren; Beruhen); keine Beweisaufnahme durch Mitschriften eines erkennenden Richters; Vorteilsannahme; Bestechlichkeit; Vorteilsgewährung; Bestechung. § 249 Abs. 2 StPO; § 43 DRiG; § 274 StPO; § 331 StGB; § 333 StGB

1. Eine Protokollberichtigung mit der Folge einer „Rügeverkümmerung“ ist nicht möglich, wenn in der Hauptverhandlung Feststellungen über die Kenntnisnahme vom Wortlaut der Urkunden im Selbsteseverfahren unterblieben sind. (BGHSt)

2. Die Mitschriften, die ein nunmehr als Zeuge vernommener Richter in einer früheren Hauptverhandlung als erkennender Richter angefertigt hat, sind einer Beweisaufnahme nicht zugänglich. (BGHSt)

3. Die Grundsätze, welche der 3. Strafsenat des Bundesgerichtshofs in den Urteilen vom 28. Oktober 2004 (3 StR 301/03 = BGHSt 49, 275) und vom 28. August 2007 (3 StR 212/07 = NJW 2007, 3446) für eine einschränkende Auslegung der §§ 331, 333 StGB bei Einwerbung von Wahlkampfspenden für einen Amtsträger aufgestellt hat, sind nur anwendbar, wenn es sich um eine grundsätzlich zulässige Spende mit dem Ziel allgemeiner politischer „Klimapflege“ handelte und nicht um eine unzulässige Einflussspende mit dem Ziel, ein bestimmtes, dem Spender wirtschaftlich vorteiliges dienstliches Verhalten des Amtsträgers als Gegenleistung zu erlangen (§ 332 Abs. 1 S. 1, Abs. 3 Nr. 2 StGB; vgl. BGHSt 49, 275, 286 f.). (Bearbeiter)

699. BGH 5 AR (VS) 10/09 - Beschluss vom 23. Juni 2009 (OLG Karlsruhe)

BGHSt; Zuständigkeit; Abwendung der Vollstreckung von Ersatzfreiheitsstrafe durch gemeinnützige Arbeit; landesrechtliche Ausgestaltung; keine bundeseinheitliche Entscheidung zum Rechtsweg. § 459h StPO; § 23 EGGVG; § 458 Abs. 2 StPO; § 459e StPO; § 29 EGGVG

1. Keine Zuständigkeit des Bundesgerichtshofs in Vorlegungsverfahren zur Frage des Rechtswegs für die Anfechtung nach Landesrecht zu treffender Entscheidungen der Vollstreckungsbehörde über die Abwendung der Vollstreckung von Ersatzfreiheitsstrafe durch gemeinnützige Arbeit. (BGHSt)

2. Die Anwendung der §§ 459e, 459h StPO auf die Entscheidungen der Vollstreckungsbehörde zur Abwendung

der Vollstreckung der Ersatzfreiheitsstrafe durch gemeinnützige Arbeit ist davon abhängig, wie die in diesem Zusammenhang zu treffenden Entscheidungen im Einzelnen ausgestaltet sind. Hierfür ist das jeweilige (unterschiedliche) Landesrecht maßgeblich (vgl. Art. 293 EGGVG), so dass sich die Bestimmung des zulässigen Rechtswegs einer bundeseinheitlichen Festlegung entzieht. (Bearbeiter)

3. Gesetzgebungsgeschichte und -systematik wie auch Gründe der Praktikabilität sprechen im Ergebnis für eine Anwendbarkeit des § 459h StPO jedenfalls in erweiternder Auslegung (nicht tragend). (Bearbeiter)

719. BGH 5 StR 460/08 - Beschluss vom 10. März 2009

Anfrageverfahren; Abwesenheit des Angeklagten bei der Verhandlung über die Entlassung eines Zeugen; Präklusion (Beanstandung; Zwischenrechtsbehelf); Begriff der Vernehmung; Konfrontationsrecht. § 247 StPO; § 338 Nr. 5 StPO; § 132 Abs. 2 und 3 GVG; § 238 Abs. 2 StPO; § 171a GVG; § 172 GVG; Art. 6 Abs. 3 lit. d EMRK

1. Der Senat beabsichtigt zu entscheiden, dass die fort-dauernde Abwesenheit des nach § 247 StPO während einer Zeugenvernehmung entfernten Angeklagten bei der Verhandlung über die Entlassung des Zeugen nicht den absoluten Revisionsgrund des § 338 Nr. 5 StPO begründet.

2. Der Senat möchte dem Begriff der „Vernehmung“ im Sinne des § 247 StPO bei entsprechenden Rügen nach § 338 Nr. 5 StPO den Inhalt geben, den er bei Rügen nach § 338 Nr. 6 StPO hat, mit denen ein zu weit gehender Ausschluss der Öffentlichkeit beanstandet wird, wenn dieser gemäß § 171a bis § 172 GVG für die Dauer einer Vernehmung erfolgt ist. Dort wird „die Vernehmung“ im Sinne des entsprechenden Verfahrensabschnitts verstanden. Hierzu rechnen alle Verfahrensvorgänge, die mit der eigentlichen Vernehmung eng in Zusammenhang stehen oder sich aus ihr entwickeln.

3. Mit Rücksicht auf eine effektive Wahrung des Frage-rechts des Angeklagten (§ 240 Abs. 2 StPO) ist es – un-abhängig vom Gegenstand des Anfrageverfahrens – nicht sachgerecht, wenn der Vorsitzende den Angeklagten erst nach Entlassung des in seiner Abwesenheit vernommenen Zeugen über den Inhalt seiner Aussage unterrichtet. Gleichwohl erscheint es nicht gerechtfertigt, eine durch solches Vorgehen möglicherweise verursachte Beeinträchtigung des Fragerechts des Angeklagten durch Eingreifen des absoluten Revisionsgrundes des § 338 Nr. 5 StPO zu schützen.

4. Eine ohne Rücksicht auf das Fragerecht des Angeklagten erfolgte vorzeitige Entlassung des Zeugen hindert das Gericht, den Angeklagten zum Zwecke der Befragung des Zeugen auf den Weg des Beweis- oder Beweisermittlungsantrags zu verweisen.

759. BGH 2 ARs 138/09 - Beschluss vom 17. Juni 2009

Anfrageverfahren (fortdauernde Abwesenheit des wäh-

rend einer Zeugenvernehmung entfernten Angeklagten bei der Verhandlung über die Entlassung des Zeugen; Fragerecht des Angeklagten; absoluter Revisionsgrund).

§ 247 StPO; § 338 Nr. 5 StPO

1. Die beabsichtigte Entscheidung des anfragenden 5. Strafsenats (5 StR 530/08 vom 10. März 2009) widerspricht der Rechtsprechung des 2. Strafsenats, der an dieser festhält.

2. Die fortdauernde Abwesenheit des nach § 247 StPO während einer Zeugenvernehmung entfernten Angeklagten bei der Verhandlung über die Entlassung des Zeugen begründet den absoluten Revisionsgrund des § 338 Nr. 5 StPO.

720. BGH 5 StR 530/08 - Beschluss vom 10. März 2009

Anfrageverfahren; Ausschluss des Angeklagten; Begriff der Vernehmung; Augenscheinseinnahme; Unterrichtung des Angeklagten; Vorzeigen des Augenscheinobjekts; Heilung; Protokollierung (wesentliche Förmlichkeit).

§ 132 Abs. 2 und 3 GVG; § 247 StPO; § 338 Nr. 5 StPO; § 273 StPO

1. Der Senat beabsichtigt zu entscheiden: Erfolgt nach Entfernung des Angeklagten während einer Zeugenvernehmung gemäß § 247 StPO in seiner andauernden Abwesenheit eine förmliche Augenscheinseinnahme, die mit der Vernehmung in engem Sachzusammenhang steht, so ist dem Angeklagten bei seiner Unterrichtung nach § 247 Satz 4 StPO das in seiner Abwesenheit in Augenschein genommene Objekt vorzuzeigen. Dies ist im Zusammenhang mit der Unterrichtung zu protokollieren. Bei einer so gestalteten Unterrichtung ist der absolute Revisionsgrund des § 338 Nr. 5 StPO nicht erfüllt.

2. Der Senat möchte dem Begriff der Vernehmung im Sinne des § 247 StPO bei entsprechenden Rügen nach § 338 Nr. 5 StPO den Inhalt geben, den er bei Rügen nach § 338 Nr. 6 StPO hat, mit denen ein zu weit gehender Ausschluss der Öffentlichkeit beanstandet wird, wenn dieser gemäß § 171a bis § 172 GVG für die Dauer einer Vernehmung erfolgt ist. Dort wird „die Vernehmung“ im Sinne des entsprechenden Verfahrensabschnitts verstanden. Hierzu rechnen alle Verfahrensvorgänge, die mit der eigentlichen Vernehmung eng in Zusammenhang stehen oder sich aus ihr entwickeln.

3. Zur Vermeidung eines unakzeptablen Informationsdefizits des Angeklagten bei Augenscheinseinnahmen während seiner Abwesenheit bedarf es nicht des weitgehenden Schutzes des Angeklagten über den absoluten Revisionsgrund des § 338 Nr. 5 StPO. Seine umfassenden Informationsrechte sind vielmehr durch eine anderweitige vollständige Information über den in seiner fortdauernden Abwesenheit erhobenen Sachbeweis zu wahren. Hierfür stellt ein Vorzeigen des in seiner Abwesenheit besichtigten Augenscheinobjekts (oder ein nochmaliges Vorlesen – bei Einvernehmen auch Lesenlassen – einer in seiner Abwesenheit verlesenen Urkunde) sofort nach

seiner Wiederzulassung zur Hauptverhandlung einen vollwertigen Ersatz dar.

4. Unterbleibt die gebotene Unterrichtung, so kann der Angeklagte das mit der Revision – nicht anders als bei einer Verletzung des § 247 Satz 4 StPO – als relativen Revisionsgrund rügen.

760. BGH 2 ARs 138/09 - Beschluss vom 17. Juni 2009 (5. Strafsenat)

Augenscheinseinnahme während einer Vernehmung unter Ausschluss des Angeklagten (Heilung durch Unterrichtung und Wiederholung; Anfrageverfahren; absoluter Revisionsgrund).

§ 247 StPO; § 338 Nr. 5 StPO

Wird anlässlich der Vernehmung eines Zeugen unter Ausschluss des Angeklagten aus der Hauptverhandlung eine Augenscheinseinnahme durchgeführt, so muss sie nach Rückkehr des Angeklagten in die Hauptverhandlung in seiner Anwesenheit wiederholt werden. Dies erfordert nicht eine „vollständige“ Wiederholung des Verfahrensvorganges.

704. BGH 5 StR 181/09 - Beschluss vom 24. Juni 2009 (LG Berlin)

Unzulässige Beschränkung der Verteidigung in einem wesentlichen Punkt (Versagung hinreichender Terminvorbereitung; Ablehnung eines Aussetzungsantrags; Ablehnung einer Unterbrechung der Hauptverhandlung); Anspruch auf konkrete und wirksame Verteidigung (genügende Vorbereitung der Hauptverhandlung); Terminverlegungsantrag; kompromissbereiter Verteidiger.

§ 338 Nr. 8 StPO; Art. 6 Abs. 3 lit. c EMRK; Art. 20 Abs. 3 GG; Art. 2 Abs. 1 GG

1. Für die Zulässigkeit einer auf die Versagung von Unterbrechung oder Aussetzung der Hauptverhandlung gestützten Verfahrensrüge (§§ 338 Nr. 8, 344 Abs. 2 Satz 2 StPO) ist nicht zu fordern, dass zur Illustration der mangelnden Vorbereitung(-smöglichkeit) des Pflichtverteidigers der Akteninhalt näher dargelegt wird. Dies zu fordern liefe auf eine Überspannung der Zulässigkeitsanforderungen hinaus, denn ob ein Verteidiger für die Erfüllung seiner Aufgabe hinreichend vorbereitet ist, hat er in erster Linie selbst zu beurteilen. Es ist grundsätzlich nicht Sache des Gerichts, dies nachzuprüfen; als unabhängiges Organ der Rechtspflege hat der Rechtsanwalt die Verteidigung selbstständig zu führen.

2. Der Tatrichter hat es bei der Entscheidung über die Aussetzung oder Unterbrechung der Hauptverhandlung (§§ 228, 265 Abs. 4 StPO) in tatsächlicher Hinsicht hinzunehmen, wenn sich der Verteidiger aus von ihm dargelegten tatsächlichen Gründen nachvollziehbar darauf beruft, ihm sei bis zum Beginn der Hauptverhandlung eine sachgerechte Vorbereitung der Verteidigung noch nicht möglich. Das Gericht ist grundsätzlich nicht dazu berufen, aus seiner Sicht anstelle des Verteidigers entsprechend seiner Auffassung von den Schwierigkeiten der Verteidigungsaufgabe eine angemessene Vorbereitungszeit festzusetzen.

3. Selbst wenn der Verteidiger eine ausreichende Vorbereitungszeit mutwillig nicht genutzt hat, so fehlt es an seiner Fähigkeit, die Verteidigung zu führen. Auch dies steht einer Fortführung der Verhandlung entgegen und ermöglicht allenfalls ein Vorgehen gemäß § 145 Abs. 1 und 4 StPO.

4. Zwar steht die Terminierung grundsätzlich im pflichtgemäßen Ermessen des Vorsitzenden. Dabei geht es jedoch nicht allein darum, Terminswünsche des Wahlverteidigers zu bedenken, sondern um das Recht des Angeklagten, sich von einem Rechtsanwalt seines Vertrauens verteidigen zu lassen. Es muss daher seitens des Richters bei der Planung der Hauptverhandlung wenigstens ernsthaft versucht werden, diesem Recht Geltung zu verschaffen. Dies verbietet es in der Regel, Terminsnöte zumal kompromissbereiter Wahlverteidiger ohne weiteres zu übergehen.

730. BGH 1 StR 99/09 - Beschluss vom 27. Mai 2009 (LG Augsburg)

BGHR; zur Leitungs- und Kontrollbefugnis der Staatsanwaltschaft im Ermittlungsverfahren insbesondere bei Tötungsdelikten (Beweisverwertungsverbote im Ermittlungsverfahren; Vorwirkung oder Frühwirkung); Gebot der qualifizierten Belehrung nach Verstößen gegen die Belehrungspflicht.

§ 161 Abs. 1 Satz 2 StPO; § 152 Abs. 1 GVG; § 136 Abs. 1 StPO; § 163a Abs. 4 Satz 2 StPO

1. Zur Leitungs- und Kontrollbefugnis der Staatsanwaltschaft im Ermittlungsverfahren insbesondere bei Tötungsdelikten. (BGHR)

2. Es ist nicht erst Sache der Hauptverhandlung und des Revisionsverfahrens, der immer größer werdenden praktischen Bedeutung der Beweisverwertungsverbote gerecht zu werden. Diese Aufgabe beginnt vielmehr bereits bei Einleitung des staatsanwaltschaftlichen Ermittlungsverfahrens. Die Staatsanwaltschaft leitet das Ermittlungsverfahren und trägt die Gesamtverantwortung für eine rechtsstaatliche, faire und ordnungsgemäße Durchführung des Verfahrens, auch soweit es durch die Polizei geführt wird. Aufgrund dieser umfassenden Verantwortung steht der Staatsanwaltschaft gegenüber ihren Ermittlungspersonen ein uneingeschränktes Weisungsrecht in Bezug auf ihre auf die Sachverhaltserforschung gerichtete strafverfolgende Tätigkeit zu, vgl. § 161 Abs. 1 Satz 2 StPO, § 152 Abs. 1 GVG. (Bearbeiter)

3. Bereits mit Blick auf mögliche Beweisverwertungsverbote wegen fehlender oder nicht rechtzeitiger Belehrung als Beschuldiger nach § 136 Abs. 1 Satz 2, § 163a Abs. 4 StPO (vgl. dazu BGHSt 51, 367 ff.) oder mangels „qualifizierter“ Belehrung nach zunächst zu Unrecht erfolgter Vernehmung als Zeuge (vgl. dazu BGH NStZ 2009, 281 f.) erfordert die der Staatsanwaltschaft zugewiesene Verantwortlichkeit, dass sie die ihr zustehenden Leitungs- und Kontrollbefugnisse auch effektiv ausübt. Dazu genügt es nicht, wenn sie lediglich Richtung und Umfang der von der Polizei vorzunehmenden Ermittlungen ganz allgemein vorgibt. (Bearbeiter)

4. Jedenfalls in Fällen der vorliegenden Art, bei denen es um die Aufklärung und Verfolgung von Tötungsdelikten geht, hat daher die Staatsanwaltschaft, der derartige Fälle sofort anzuzeigen sind, insbesondere den Status des zu Vernehmenden als Zeuge oder Beschuldiger klarzustellen und durch allgemeine Weisungen im Voraus oder durch konkrete Einzelweisungen eine ordnungsgemäße, rechtzeitige Beschuldigtenbelehrung gemäß § 136 Abs. 1 Satz 2, § 163a Abs. 4 StPO sicherzustellen. Wird ein Tatverdächtiger dennoch zu Unrecht als Zeuge vernommen, so hat sie wegen des Belehrungsverstoßes darauf hin zu wirken, dass dieser bei Beginn der nachfolgenden Vernehmung als Beschuldiger auf die Nichtwertbarkeit der früheren Angaben hingewiesen wird („qualifizierte Belehrung“ - vgl. dazu BGH NStZ 2009, 281 f.). (Bearbeiter)

665. BGH 3 StR 89/09 - Urteil vom 18. Juni 2009 (LG Hannover)

Gesetzlicher Richter; Besetzung der Großen Strafkammer; Zweierbesetzung; Dreierbesetzung; unzulässige Beschränkung der Verteidigung in einem für die Entscheidung wesentlichen Punkt (Verletzung des Akteneinsichtsrechts; effektive Verteidigung; faires Verfahren); Beschränkung der Revision (Angriff gegen die Entscheidung über die Kompensation einer rechtsstaatswidrigen Verzögerung); Berechnung der Dauer einer rechtsstaatswidrigen Verzögerung; redaktioneller Hinweis.

Art. 101 Abs. 1 Satz 2 GG; § 76 Abs. 2 GVG; § 338 Nr. 3 StPO; § 338 Nr. 8 StPO; § 147 StPO; Art. 6 Abs. 1 Satz 1 EMRK; Art. 2 Abs. 1 GG; Art. 20 Abs. 3 GG; Art. 5 Abs. 3 EMRK

1. Gemäß § 76 Abs. 2 Satz 1 GVG beschließt die große Strafkammer bei der Eröffnung des Hauptverfahrens, dass sie in der Hauptverhandlung mit nur zwei Berufsrichtern einschließlich des Vorsitzenden besetzt ist, es sei denn, nach dem Umfang oder der Schwierigkeit der Sache erscheint die Mitwirkung eines dritten Berufsrichters erforderlich. Hierbei steht ihr kein Ermessen zu; sie hat die Dreierbesetzung zu beschließen, wenn dies nach Umfang oder Schwierigkeit der Sache notwendig erscheint.

2. Zwar ist der großen Strafkammer bei der Auslegung der gesetzlichen Merkmale des § 76 Abs. 2 Satz 1 GVG ein weiter Beurteilungsspielraum eröffnet. Bei dessen Ausfüllung sind allerdings die Umstände des Einzelfalles zu berücksichtigen. Maßgebend für die Bewertung des Umfangs der Sache sind etwa die Zahl der Angeklagten, Verteidiger und erforderlichen Dolmetscher, die Zahl der dem oder den Angeklagten vorgeworfenen Straftaten, die Anzahl der Zeugen und anderen Beweismittel, die Notwendigkeit von Sachverständigengutachten, der Umfang der Akten sowie die voraussichtliche Dauer der Hauptverhandlung.

3. In Zweifelsfällen verdient die Dreierbesetzung den Vorzug.

4. Nicht jeder Verstoß gegen § 76 Abs. 2 Satz 1 GVG begründet eine durchgreifende Besetzungsrüge nach

§ 338 Nr. 1 StPO. Dies ist vielmehr nur dann der Fall, wenn die Strafkammer ihre Entscheidung auf sachfremde Erwägungen gestützt oder den ihr eingeräumten Beurteilungsspielraum in unvertretbarer Weise überschritten hat, so dass die Besetzungsreduktion objektiv willkürlich erscheint.

5. Geht die große Strafkammer zum Zeitpunkt der Entscheidung nach § 76 Abs. 2 Satz 1 GVG davon aus, das Verfahren durch eine Absprache einverständlich und damit kurzfristig erledigen zu können, so kann dies eine Besetzungsreduktion allenfalls dann rechtfertigen, wenn die Kammer nach dem bisherigen Verfahrensgang konkrete tatsächliche Anhaltspunkte dafür hat, dass sich der Angeklagte in der Hauptverhandlung geständig zeigen werde und daher eine deutliche Beschränkung der ansonsten anstehenden Beweisaufnahme zu erwarten sei.

6. Das Akteneinsichtsrecht nach § 147 Abs. 1 StPO bezieht sich auf die dem Gericht vorliegenden oder ihm im Falle der Anklage gemäß § 199 Abs. 2 Satz 2 StPO vorzuliegenden Akten. Das sind die nach objektiven Kriterien (vgl. § 160 Abs. 2 StPO) als entscheidungserheblich dem Gericht zu präsentierenden Unterlagen. Dazu gehören zwar nur diejenigen, die durch die Identität der Tat und des Täters konkretisiert werden („formeller Aktenbegriff“). Jedoch muss jedenfalls das gesamte vom ersten Zugriff der Polizei (§ 163 StPO) an gesammelte Beweismaterial einschließlich etwaiger Bild- und Tonaufnahmen nebst hiervon gefertigter Verschriftungen zugänglich gemacht werden, das gerade in dem gegen den Angeklagten gerichteten Ermittlungsverfahren angefallen ist.

7. Werden von abgehörten fremdsprachlichen Telefonaten Kurzübersetzungen ins Deutsche und inhaltliche Zusammenfassungen in deutscher Sprache erstellt und gespeichert, so stellen diese Auswertungen gewonnenen Beweismaterials dar und sind als solche selbst potentielle Beweismittel.

8. Eine Ausnahme vom Akteneinsichtsrecht gilt nur für Unterlagen oder Daten, denen eine allein innerdienstliche Bedeutung zukommt. Dies können etwa polizeiliche Arbeitsvermerke im Fortgang der Ermittlungen unter Bewertung der bisherigen Ermittlungsergebnisse oder sonstige rein interne polizeilichen Hilfs- oder Arbeitsmittel nebst entsprechender Dateien sein. Im Bereich der Justizbehörden sind vom Akteneinsichtsrecht ausgenommen etwa entsprechende Bestandteile der staatsanwaltschaftlichen Handakten, Notizen von Mitgliedern des Gerichts während der Hauptverhandlung oder so genannte Senatshefte.

9. Die Revision kann grundsätzlich wirksam auf einen Angriff gegen die Entscheidung über die Kompensation einer rechtsstaatswidrigen Verfahrensverzögerung beschränkt werden, da die Strafzumessungs- und die Kompensationsentscheidung nach der Vollstreckungslösung getrennt zu treffen sind. Im Einzelfall kann sich eine Untrennbarkeit jedoch im Tatsächlichen ergeben, wenn die Feststellungen zur Verfahrensdauer sowohl der Strafzumessung als auch der Entscheidung über die Kompensation zugrunde liegen.

10. Ein rein rechnerischer Maßstab ist zur Feststellung einer rechtsstaatswidrigen Verfahrensverzögerung und ihres Ausmaßes nicht geeignet. Vielmehr beurteilt sich die Angemessenheit der Frist, innerhalb derer über eine strafrechtliche Anklage gegen einen - ggf. in Untersuchungshaft einsitzenden - Angeklagten verhandelt werden muss und ein Urteil zu ergehen hat (Art. 5 Abs. 3 Satz 1 2. Halbs., Art. 6 Abs. 1 Satz 1 MRK), nach den besonderen Umständen des Einzelfalles, die in einer umfassenden Gesamtwürdigung gegeneinander abgewogen werden müssen. Zu berücksichtigen sind dabei namentlich der durch die Verzögerungen der Justizorgane verursachte Zeitraum der Verfahrensverlängerung, die Gesamtdauer des Verfahrens, Umfang und Schwierigkeit des Verfahrensgegenstands, Art und Weise der Ermittlungen sowie das Ausmaß der mit dem Andauern des schwebenden Verfahrens für den Betroffenen verbundenen besonderen Belastungen. Keine Berücksichtigung finden hingegen Verfahrensverzögerungen, die der Beschuldigte selbst, sei es auch durch zulässiges Prozessverhalten, verursacht hat. Nicht eingerechnet werden auch die Zeiträume, die bei zeitlich angemessener Verfahrensgestaltung beansprucht werden durften (vgl. BGH NStZ 2008, 478). Zu beachten ist ferner, dass eine Verzögerung während eines einzelnen Verfahrensabschnitts für sich allein keinen Verstoß gegen das Beschleunigungsgebot begründet, wenn das Strafverfahren insgesamt in angemessener Zeit abgeschlossen wurde (vgl. BGH StraFo 2008, 513 m. w. N.).

744. BGH 1 StR 665/08 - Beschluss vom 27. Mai 2009 (LG Hildesheim)

Verfahrensvoraussetzung der wirksamen Anklageschrift und des wirksamen Eröffnungsbeschlusses bei der Steuerhinterziehung (Umgrenzungsfunktion; Informationsfunktion; Berechnungsdarstellung; nemo tenetur-Grundsatz; Selbstbelastungsfreiheit; Kausalität der unrichtigen Angaben und Zurechnungszusammenhang); strafbefreiende Selbstanzeige.

§ 370 AO; § 371 AO; § 200 StPO; Art. 1 Abs. 1, 2 Abs. 1 GG; Art. 6 EMRK; § 78 StGB

1. Durch die Benennung der Daten der Steuererklärungen, der Steuerarten und der Veranlagungszeiträume wird bezüglich § 370 Abs. 1 Nr. 1, 2, Abs. 4 S. 1 Hs. 1 AO eine Unterscheidung von anderen denkbaren strafbaren Verhaltensweisen gewährleistet. Weitere Sachverhaltsangaben sind ausschließlich für die Informationsfunktion der Anklage relevant. Insbesondere bedarf es keiner Berechnungsdarstellung der Steuerverkürzung im konkreten Anklagesatz (BayObLG wistra 1991, 195; 1992, 238; OLG Karlsruhe wistra 1994, 319; a.A. OLG Düsseldorf wistra 1982, 159; 1991, 32; NJW 1989, 2145).

2. Zur Tat als Prozessgegenstand gehört das gesamte Verhalten des Angeklagten, soweit es mit dem durch die Anklage bezeichneten geschichtlichen Vorkommnis nach der Auffassung des Lebens einen einheitlichen Vorgang bildet. Im Steuerstrafrecht wird der Umfang und die Reichweite der prozessualen Tat neben der einschlägigen Blankettvorschrift maßgeblich durch die sie ausfüllenden Normen des Steuerrechts bestimmt (BGHSt 49, 359;

BGH wistra 2005, 145; 2008, 22). Zur Bezeichnung der angeklagten Tat ist es nicht erforderlich, in der Anklageschrift die Einkunftsarten anzugeben, bei denen der Verdacht der Hinterziehung von Einkommensteuer bestand.

3. Der Schuldgehalt einer Tat kann nicht teilweise verjähren kann. Auch eine Steuerhinterziehung kann nicht nur hinsichtlich der verkürzten Steuern einer bestimmten Einkunftsart verjähren.

4. Die strafbewehrte Pflicht zur Abgabe einer Einkommensteuererklärung wird nach der Rechtsprechung des Bundesgerichtshofs nicht bereits durch die – dem Täter nicht bekannte – Verfahrenseinleitung, sondern erst dann suspendiert, wenn dem Steuerpflichtigen die Einleitung des Steuerstrafverfahrens bekannt gegeben wird (BGH NStZ 2002, 437). Denn bis zu diesem Zeitpunkt befindet sich der Täter regelmäßig nicht in einer Zwangslage; er kann durch eine Selbstanzeige gemäß § 371 AO, die auch in einer wahrheitsgemäßen Steuererklärung liegen kann, Straffreiheit erlangen (vgl. auch BGH, Beschl. vom 17. März 2009 - 1 StR 479/08).

5. Nach der Rechtsprechung des Bundesgerichtshofs kann in der unzutreffenden Feststellung von Besteuerungsgrundlagen bereits ein Steuervorteil liegen (BGH NJW 2009, 381, 383).

803. BGH 4 StR 461/08 - Beschluss vom 9. Juni 2009 (LG Berlin)

Folgen des Ausfalls des Konfrontationsrechts (Fragerecht; Konflikt mit der Selbstbelastungsfreiheit; Gesamtwürdigung; Verfahrensfairness; Zurechenbarkeit; besonders vorsichtige Beweiswürdigung); willkürliche Entziehung des gesetzlichen Richters (Darlegungsvoraussetzungen; Verwerfung eines Ablehnungsgesuchs als unzulässig; Besorgnis der Befangenheit; Prüfung in der Revision nach Beschwerdegrundsätzen; Verletzung rechtlichen Gehörs); redaktioneller Hinweis.

Art. 6 Abs. 3 lit. d, Abs. 1 Satz 1 EMRK; Art. 2 Abs. 1, Art. 20 Abs. 3 GG; Art. 103 Abs. 1 GG; § 338 Nr. 3 StPO; § 27 StPO; § 26a StPO; § 344 Abs. 2 Satz 2 StPO

1. Bei der Prüfung, ob insgesamt ein faires Verfahren vorlag, kommt es insbesondere darauf an, ob der Umstand, dass der Angeklagte keine Gelegenheit zur konfrontativen Befragung hatte, der Justiz zuzurechnen ist.

2. Zwar muss die Justiz auch aktive Schritte unternehmen, um einen Angeklagten in die Lage zu versetzen, einen Mitangeklagten durch seinen Verteidiger (§ 240 Abs. 2 Satz 2 StPO) befragen zu lassen. Es gibt aber keine Verpflichtung, Unmögliches zu leisten. Den Bemühungen um eine Sicherstellung des Konfrontationsrechts sind vielmehr von vornherein Grenzen gesetzt, wenn das Konfrontationsrecht scheitert, weil der Belastungszeuge i.S. des Art. 6 Abs. 3 lit. d EMRK von seinem Recht auf Selbstbelastungsfreiheit Gebrauch macht (vgl. BGHSt 52, 11, 17 m. N.). Das Tatgericht ist nicht gehalten, „unter Hinweis auf die besondere Bedeutung des Befragungsrechts der anderen Angeklagten über deren Verteidiger“ an den Mitangeklagten zu „appellieren“, deren Fragen zu beantworten, nachdem dieser durch seinen Verteidiger

hatte erklären lassen, Fragen der anderen Verteidiger nicht beantworten zu wollen.

3. Eine Prüfung des Revisionsvorbringens unter dem rechtlichen Gesichtspunkt, ob dem Beschwerdeführer im Ablehnungsverfahren der gesetzliche Richter (Art. 101 Abs. 1 Satz 2 GG) durch eine willkürliche Anwendung der Zuständigkeitsregelungen der §§ 26a, 27 StPO entzogen worden ist (vgl. BVerfG NJW 2005, 3410; NJW 2006, 3129; BGH NStZ 2006, 50; Senatsbeschluss vom 10. April 2008 – 4 StR 443/07), kann dem Revisionsgericht verwehrt sein. Kommen mehrere Verfahrensmängel in Betracht, muss vom Beschwerdeführer die Angriffsrichtung der Rüge deutlich gemacht und dargetan werden, welcher Verfahrensmangel geltend gemacht wird (vgl. BGH NStZ 1998, 636; 1999, 94). Dass mit der Verfahrensrüge (auch) eine Verletzung des Art. 101 Abs. 1 Satz 2 GG im Ablehnungsverfahren geltend gemacht werden soll, lässt sich dem Revisionsvorbringen jedoch nicht entnehmen. Eine so verstandene Rüge hätte zudem nur dann den Anforderungen des § 344 Abs. 2 StPO genügt, wenn vorgetragen worden wäre, dass die Strafkammer über das Ablehnungsgesuch unter Mitwirkung des abgelehnten Richters (§ 26a Abs. 2 Satz 1 StPO) entschieden hat.

4. Unmutsäußerungen eines abgelehnten Richters dürfen nicht isoliert, sondern müssen in dem Zusammenhang, in dem sie gefallen sind, betrachtet werden (vgl. BGH NStZ 2000, 325). Sie sind nur Grund, die Befangenheit eines Richters zu besorgen, wenn sie auch aus der Sicht eines verständigen Angeklagten (vgl. BGHSt 21, 334, 341) geeignet sind, Misstrauen gegen die Unparteilichkeit des abgelehnten Richters zu rechtfertigen. Erst im Verfahren entstandene Spannungen zwischen Gericht und Verteidigern begründen in aller Regel nicht die Besorgnis der Befangenheit (vgl. BGH NStZ 2005, 218 m. N.). Diese kann sich allerdings aus Reaktionen des Richters ergeben, die in keinem vertretbaren Verhältnis zu dem sie auslösenden Anlass stehen (vgl. BGHR StPO § 24 Abs. 2 Befangenheit 8).

740. BGH 1 StR 268/09 - Beschluss vom 7. Juli 2009 (LG München II)

Entscheidung über die Vereidigung von Zeugen als wesentliche Förmlichkeit (keine Protokollierungspflicht; Zwischenrechtsbehelf für die Verfahrensrüge).

§ 59 StPO; § 238 Abs. 2 StPO

1. Die Entscheidung über die Vereidigung eines Zeugen ist keine wesentliche Förmlichkeit, die zu protokollieren wäre (Aufgabe von BGHR StPO § 59 Abs. 1 Entscheidung 1 und Rügevoraussetzungen 1).

2. Fehlen besondere Umstände, ist einer Entlassungsverfügung des Vorsitzenden konkludent zu entnehmen, er habe die Voraussetzungen, vom regelmäßigen Verfahrensgang des § 59 Abs. 1 StPO abzuweichen, nicht als gegeben angesehen (vgl. BGHSt 50, 282, 283). Die Zulässigkeit einer sich hiergegen richtenden Verfahrensrüge setzt voraus, dass diese Entscheidung in der Hauptverhandlung beanstandet und gemäß § 238 Abs. 2 StPO ein gerichtlicher Beschluss herbeigeführt worden ist (vgl. BGHR StPO § 59 Abs. 1 Rügevoraussetzungen 1).

732. BGH 1 StR 218/09 - Beschluss vom 27. Mai 2009 (LG Landshut)

Rechtsfehlerhaft wegen völliger Ungeeignetheit abgelehnter Beweisantrag (Erinnerungsfähigkeit des Zeugen; Begriff des Beweisantrages: konkrete Beweistatsache, Verbescheidungsspflicht).

§ 244 Abs. 3, Abs. 6 StPO

1. Als völlig ungeeignet im Sinne des § 244 Abs. 3 Satz 2 StPO ist ein Beweismittel nur dann einzustufen, wenn das Gericht ohne jede Rücksicht auf das bisher gewonnene Beweisergebnis sagen kann, dass sich mit diesem Beweismittel das im Beweisantrag in Aussicht gestellte Ergebnis nach sicherer Lebenserfahrung nicht wird erzielen lassen (vgl. BGHR StPO § 244 Abs. 3 Satz 2 Ungeeignetheit 12 und 15). Die absolute Untauglichkeit muss sich aus dem Beweismittel im Zusammenhang mit der Beweisbehauptung selbst ergeben. Bei der Annahme, die Erhebung eines Beweises erscheine von vornherein gänzlich nutzlos, ist ein strenger Maßstab anzulegen.

2. Dies gilt vor allem für die Annahme, ein Zeuge sei deswegen ein völlig ungeeignetes Beweismittel, weil er sich wegen des Zeitablaufs voraussichtlich an die Beweistatsache nicht mehr erinnern könne (vgl. BGH NStZ 2004, 508). Insofern kommt es darauf an, ob Umstände vorliegen, die eindeutig dagegen sprechen, er könne im Falle einer Aussage vor Gericht etwas zur Sachaufklärung beitragen (vgl. BGHR StPO § 244 Abs. 3 Satz 2 Ungeeignetheit 12 m.w.N.), oder ob der Vorgang, zu dem er aussagen soll, für ihn bedeutsam gewesen ist, sein Interesse geweckt hat und er sich auf Erinnerungshilfen stützen kann (vgl. BGHR StPO § 244 Abs. 3 Satz 2 Ungeeignetheit 23). Ergibt diese Prüfung einen lediglich geminderten, geringen oder zweifelhaften Beweiswert, so darf dieser nicht mit völliger Ungeeignetheit gleichgesetzt werden.

679. BGH 3 StR 219/09 - Beschluss vom 2. Juli 2009 (LG Hannover)

Aufklärungspflicht (Vernehmung eines Zeugen); Aufklärungsrüge (Begründungsanforderungen; Darlegungsvoraussetzungen); Verfallsanordnung (Feststellung des Entgegenstehens von Ansprüchen Verletzter; Auffangrechtserwerb; keine Rückwirkung).

§ 244 Abs. 2 StPO; § 344 Abs. 2 Satz 2 StPO; § 73 StGB; § 73a StGB; § 111i Abs. 2 StPO; § 2 StGB

1. Kern und Ausgangspunkt der Aufklärungspflicht (§ 244 Abs. 2 StPO) ist es, die Wahrheit in Bezug auf die zu beurteilende Tat zu erforschen und deren Unrechtsgehalt festzustellen. Diese Verpflichtung des Gerichts ist auch dann verletzt, wenn bei verständiger Würdigung der Sachlage durch das Tatgericht die Verwendung einer Aufklärungsmöglichkeit den Schuldvorwurf möglicherweise widerlegt, in Frage gestellt oder als begründet erwiesen hätte.

2. Die Begründung einer Aufklärungsrüge wegen unterlassener Vernehmung eines Zeugen muss nicht ausführen, warum es sich aufgedrängt habe, der Zeuge werde im Falle seiner Vernehmung in einem bestimmten Sinne aussagen.

663. BGH 3 StR 6/09 - Beschluss vom 16. Juni 2009 (LG Oldenburg)

Unerlaubtes Handeltreiben mit Betäubungsmitteln (einheitliche Rauschgiftmenge; Tateinheit); Prüfung der Verwertbarkeit von Erkenntnissen aus einer Durchsuchung (kein Vorrang des unmittelbar gegen die Durchsuchung gerichteten Rechtsschutzes).

§ 29a BtMG; § 98 Abs. 2 StPO; § 52 StGB; § 53 StGB

1. Nicht tragend bemerkt der Senat, dass das erkennende Gericht auch dann nicht von der grundsätzlichen Pflicht entbunden ist, die Verwertbarkeit der durch eine Durchsuchung gewonnenen Beweise zu prüfen, wenn der Angeklagte die Rechtsschutzmöglichkeit entsprechend § 98 Abs. 2 Satz 2 StPO nicht genutzt hat. Ein Stufenverhältnis oder ein Vorrang dieses Rechtsbehelfs besteht nicht.

2. Nach ständiger Rechtsprechung bilden mehrere Akte des Betäubungsmittelumsatzes eine einheitliche Tat des Handeltreibens, wenn sie dieselbe Rauschgiftmenge betreffen. Dabei ist es unerheblich, ob eine einheitlich von einem Lieferanten zum Zwecke des sukzessiven Weiterverkaufs erworbene oder eine in einem Akt angebaute und zum Handeltreiben hergestellte Menge von Betäubungsmitteln in Rede steht.

763. BGH 2 StR 178/09 - Beschluss vom 17. Juni 2009 (LG Frankfurt)

Beweiswürdigung beim Vorwurf des sexuellen Missbrauchs einer Schutzbefohlenen (Bedeutung mangelnder Aussagekonstanz; Erörterungsmangel).

§ 176 StGB; § 261 StPO

In einem Fall, in dem das Tatgericht selbst die Hinzuziehung eines Sachverständigen zur Beurteilung der Glaubwürdigkeit der wesentlichen Belastungszeugin für geboten erachtet und in dem die Aussagen dieser Zeugin offensichtlich voneinander abweichen, ist es erforderlich, die verschiedenen Angaben der Zeugin näher darzulegen, um dem Revisionsgericht die Nachprüfung zu ermöglichen, ob die Abweichungen erheblich sind und insbesondere, ob sie das Kerngeschehen betreffen. Das Tatgericht darf sich nicht darauf beschränken, mitzuteilen, dass die Aussagen im Kerngeschehen „weitgehend“ konstant waren und es nur bei Nebensächlichkeiten zu Inkonstanzen kam, ohne dies im Einzelnen nachvollziehbar darzulegen.

794. BGH 4 StR 124/09 - Beschluss vom 9. Juli 2009 (LG Saarbrücken)

Rechtsfehlerhafte Beweiswürdigung zulasten des Angeklagten (Aussage gegen Aussage; gebotene Gesamtwürdigung).

§ 261 StPO

In einem solchen Falle, in dem Aussage gegen Aussage steht, müssen die Urteilsgründe erkennen lassen, dass der Tatrichter alle Umstände, welche die Entscheidung zugunsten oder zulasten des Angeklagten zu beeinflussen geeignet sind, erkannt, in seine Überlegungen einbezogen und rechtsfehlerfrei gewürdigt hat (vgl. BGHR StPO § 261 Beweiswürdigung 23; Beweiswürdigung, unzureichende 19; BGH, Beschluss vom 8. Oktober 2002 - 4 StR 166/02).

V. Wirtschaftsstrafrecht und Nebengebiete

718. BGH 5 StR 394/08 - Urteil vom 17. Juli 2009 (LG Berlin)

BGHSt; Berliner Stadtreinigung; BSR; Betrug durch Unterlassen (Irrtumsbegriff); Garantienstellung (Ingenieur; Übernahme eines Pflichtenkreises; Dienstvertrag; Corporate Compliance; Obhutspflichten); Untreue (mittelbarer Nachteil durch Ersatzansprüche und Prozesskosten); Beihilfe; Bezugspunkt des Verbotsirrtums. § 13 StGB; § 263 StGB; § 266 StGB; § 27 StGB; § 17 StGB

1. Den Leiter der Innenrevision einer Anstalt des öffentlichen Rechts kann eine Garantienpflicht treffen, betrügerische Abrechnungen zu unterbinden. (BGHSt)
2. Durch die Übernahme eines Pflichtenkreises kann eine rechtliche Einstandspflicht im Sinne des § 13 Abs. 1 StGB begründet werden. Die Entstehung einer Garantienstellung folgt hier aus der Überlegung, dass denjenigen, dem Obhutspflichten für eine bestimmte Gefahrenquelle übertragen sind, dann auch eine „Sonderverantwortlichkeit“ für die Integrität des von ihm übernommenen Verantwortungsbereichs trifft. (Bearbeiter)
3. Maßgeblich für die Garantienstellung ist die Bestimmung des Verantwortungsbereichs, den der Verpflichtete tatsächlich übernommen hat. Dabei kommt es nicht auf die Rechtsform der Übertragung an, sondern darauf, was Inhalt der Pflichtenbindung ist. (Bearbeiter)
4. Die Übernahme von Überwachungs- und Schutzpflichten kann auch durch Dienstvertrag erfolgen. Dabei reicht der bloße Vertragsschluss nicht aus; maßgebend für die Begründung einer Garantienstellung ist die tatsächliche Übernahme des Pflichtenkreises. Hinzutreten muss regelmäßig ein besonderes Vertrauensverhältnis, das den Übertragenden gerade dazu veranlasst, dem Verpflichteten besondere Schutzpflichten zu übertragen. (Bearbeiter)
5. Für Inhalt und Umfang der Garantienpflicht kommt es entscheidend auf die Zielrichtung der Beauftragung an, also darauf, ob sich die Pflichtenstellung des Beauftragten allein darin erschöpft, die unternehmensinternen Prozesse zu optimieren und gegen das Unternehmen gerichtete Pflichtverstöße aufzudecken und zu verhindern, oder ob der Beauftragte auch vom Unternehmen ausgehende Rechtsverstöße zu beanstanden und zu unterbinden hat (sog. Corporate Compliance). (Bearbeiter)
6. Beauftragte, denen die Corporate Compliance anvertraut ist, wird regelmäßig strafrechtlich eine Garantienpflicht im Sinne des § 13 Abs. 1 StGB treffen, solche im Zusammenhang mit der Tätigkeit des Unternehmens stehende Straftaten von Unternehmensangehörigen zu

verhindern. Dies ist die notwendige Kehrseite ihrer gegenüber der Unternehmensleitung übernommenen Pflicht, Rechtsverstöße und insbesondere Straftaten zu unterbinden (nicht tragend). (Bearbeiter)

7. In den möglichen Ersatzansprüchen und Prozesskosten nach Aufdeckung eines zum Vorteil des Treugebers begangenen Betrugs liegt kein Nachteil des Treugebers im Sinne des Untreuetatbestands (§ 266 StGB). Denn solcher Schaden ist nicht unmittelbar, er setzt nämlich mit der Aufdeckung der Tat einen Zwischenschritt voraus. Der für die Nachteilsfeststellung notwendige Gesamtvermögensvergleich hat aber auf der Grundlage des vom Täter verwirklichten Tatplans zu erfolgen. (Bearbeiter)

728. BGH 1 StR 41/09 - Beschluss vom 7. Juli 2009

Vorlage zur Vorabentscheidung durch den EuGH (richtlinienkonforme Auslegung); Behandlung von Umsatzsteuerkarussellen (steuerfreie innergemeinschaftliche Lieferung; tatsächliche Lieferung; Differenzbesteuerung; gezielter Missbrauch gemeinschaftsrechtlicher Regeln; gemeinsamer Binnenmarkt); Steuerhinterziehung; Bestimmtheitsgrundsatz.

Art. 103 Abs. 2 GG; Art. 234 Abs. 3 EG; Art. 28c Teil A Buchstabe a der Sechsten Richtlinie 77/388/ EWG des Rates zur Harmonisierung der Rechtsvorschriften der Mitgliedstaaten über die Umsatzsteuern; § 6a UStG; § 25a UStG; § 370 AO

1. Dem Gerichtshof der Europäischen Gemeinschaften wird nach Art. 234 Abs. 3 EG folgende Frage zur Vorabentscheidung betreffend Art. 28c Teil A Buchstabe a der Sechsten Richtlinie 77/388/ EWG des Rates zur Harmonisierung der Rechtsvorschriften der Mitgliedstaaten über die Umsatzsteuern - Gemeinsames Mehrwertsteuersystem: einheitliche steuerpflichtige Bemessungsgrundlage (im Folgenden: Sechste Richtlinie) vorgelegt:

Ist Art. 28c Teil A Buchstabe a der Sechsten Richtlinie in dem Sinne auszulegen, dass einer Lieferung von Gegenständen im Sinne dieser Vorschrift die Befreiung von der Mehrwertsteuer zu versagen ist, wenn die Lieferung zwar tatsächlich ausgeführt worden ist, aber aufgrund objektiver Umstände feststeht, dass der steuerpflichtige Verkäufer

a) wusste, dass er sich mit der Lieferung an einem Warenumsatz beteiligt, der darauf angelegt ist, Mehrwertsteuer zu hinterziehen,

oder

b) Handlungen vorgenommen hat, die darauf abzielten, die Person des wahren Erwerbers zu verschleiern, um

diesem oder einem Dritten zu ermöglichen, Mehrwertsteuer zu hinterziehen?

2. Art. 28c Teil A Buchstabe a der Sechsten Richtlinie ist dahingehend auszulegen, dass für alle Beteiligten eines oder mehrerer Umsatzgeschäfte, die auf die Hinterziehung von Steuern gerichtet sind, die für die einzelnen Geschäfte grundsätzlich vorgesehenen Steuervorteile zu versagen sind, wenn der jeweilige Steuerpflichtige die missbräuchliche oder betrügerische Praktik kennt und sich daran beteiligt.

3. Die Entscheidung des Gerichtshofs in der Rechtssache Collée versteht der Senat dahin, dass Art. 28c Teil A Buchstabe a Unterabs. 1 der Sechsten Richtlinie in dem Sinn auszulegen ist, dass er der Finanzverwaltung eines Mitgliedstaats verwehrt, die Befreiung einer tatsächlich ausgeführten innergemeinschaftlichen Lieferung von der Mehrwertsteuer allein mit der Begründung zu versagen, der Nachweis einer solchen Lieferung sei nicht rechtzeitig erbracht worden. Er entnimmt derselben Entscheidung des Gerichtshofs aber auch, dass eine betrügerische oder missbräuchliche Berufung auf das Gemeinschaftsrecht nicht erlaubt ist und die Anwendung des Gemeinschaftsrechts nicht so weit gehen kann, dass Umsätze gedeckt werden, die zu dem Zweck getätigt wurden, missbräuchlich in den Genuss von im Gemeinschaftsrecht vorgesehenen Vorteilen zu kommen.

746. BGH 1 StR 718/08 - Urteil vom 12. Mai 2009 (LG Gießen)

BGHR; Anforderungen an die Feststellung und die Beweiswürdigung von Besteuerungsgrundlagen in steuerstrafrechtlichen Urteilen (Steuerhinterziehung; Berechnungsdarstellung; Beruhen); Verfahrenseinstellung wegen Strafverfolgungsverjährung bei Steuerhinterziehung trotz angeklagter Tateinheit (Prozesshindernis; Tatmehrheit); keine Anrechnung der Überwachung mit einer elektronischen Fußfessel bei der Strafbemessung (Strafmilderung); Konkurrenzen beim gleichzeitigen unerlaubten Ausüben der tatsächlichen Gewalt über mehrere Waffen oder Waffenteile bzw. Munition.

§ 370 AO; § 267 Abs. 1 StPO; § 260 Abs. 3 StPO; § 337 StPO; § 46 StGB; § 52 WaffG; § 62a WaffG; § 53 WaffG

1. Zu den Anforderungen an die Feststellung und die Beweiswürdigung von Besteuerungsgrundlagen in steuerstrafrechtlichen Urteilen. (BGHR)

2. Bei der Steuerhinterziehung bildet die Blankettnorm des § 370 AO und die sie ausfüllenden steuerrechtlichen Vorschriften zusammen die maßgebliche Strafvorschrift (BGH NStZ 2007, 595). Die Strafvorschrift des § 370 AO wird materiellrechtlich ausgefüllt durch die im Einzelfall anzuwendenden steuerrechtlichen Vorschriften, aus denen sich ergibt, welches steuerlich erhebliche Verhalten im Rahmen der jeweiligen Abgabenart zu einer Steuerverkürzung geführt hat (vgl. BGH NStZ-RR 1997, 374, 375; NStZ 2001, 201). Die sachlich-rechtliche Prüfung der rechtlichen Würdigung durch das Revisionsgericht setzt bei einer Verurteilung wegen Steuerhinterziehung voraus, dass die steuerlich erheblichen Tatsachen festgestellt sind. Dazu gehören insbesondere diejenigen Para-

meter, die maßgebliche Grundlage für die Steuerberechnung sind (Besteuerungsgrundlagen). (Bearbeiter)

3. Die Steuerhinterziehung nach § 370 Abs. 1 Nr. 1 AO ist einerseits Erklärungsdelikt. Der Tatbestand wird dadurch verwirklicht, dass gegenüber den Finanzbehörden über steuerlich erhebliche Tatsachen unrichtige oder unvollständige Angaben gemacht werden. Daher ist festzustellen, wann der Angeklagte welche Steuererklärungen mit welchem Inhalt abgegeben hat (BGHR StPO § 267 Abs. 1 Satz 1 Sachdarstellung 4). (Bearbeiter)

4. Die Steuerhinterziehung ist darüber hinaus Erfolgsdelikt, da § 370 Abs. 1 AO voraussetzt, dass durch die unrichtigen oder unvollständigen Angaben über steuerlich erhebliche Tatsachen Steuern verkürzt oder nicht gerechtfertigte Steuervorteile erlangt worden sind. Steuern sind dabei namentlich dann verkürzt, wenn sie nicht, nicht in voller Höhe oder nicht rechtzeitig festgesetzt werden (§ 370 Abs. 4 Satz 1 AO). Insoweit bedarf es einerseits der Feststellung, welche Steuern seitens der Finanzbehörden zu welchem Zeitpunkt festgesetzt wurden (sog. Ist-Steuer). Weiter ist erforderlich, dass zum einen der tatsächliche Sachverhalt festgestellt wird, aus dem die von Gesetzes wegen geschuldete Steuer folgt (sog. Soll-Steuer). Daneben ist die Soll-Steuer als solche festzustellen. Aus der Gegenüberstellung von Soll- und Ist-Steuer ergibt sich dann die verkürzte Steuer. (Bearbeiter)

5. Von der Feststellung der Besteuerungsgrundlagen, also der steuerrechtlich erheblichen Tatsachen, zu unterscheiden ist die Frage, in welchem Umfang die festgestellten Tatsachen gewürdigt werden müssen (Beweiswürdigung). Für einen geständigen und zudem verteidigten Angeklagten gilt grundsätzlich: Räumt der Angeklagte die Besteuerungsgrundlagen ein und hat sich der Tatrichter erkennbar von der Richtigkeit des Geständnisses überzeugt, dann genügt eine knappe Würdigung der so gefundenen Überzeugung. Jedenfalls, soweit es um das „reine Zahlenwerk“ - etwa den Umsatz, die Betriebseinnahmen oder die Betriebsausgaben - geht, wird regelmäßig davon ausgegangen werden können, dass auch ein steuerrechtlich nicht versierter Angeklagter diese Parameter aus eigener Kenntnis bekunden kann. Der Tatrichter kann seine Überzeugung insoweit auch auf verlässliche Wahrnehmungen von Beamten der Finanzverwaltung zu den tatsächlichen Besteuerungsgrundlagen stützen. Angaben von Beamten der Finanzverwaltung zu tatsächlichen Gegebenheiten können - wie bei sonstigen Zeugen auch - taugliche Grundlage der Überzeugung des Tatrichters sein. (Bearbeiter)

6. Die auf den so festgestellten Besteuerungsgrundlagen aufbauende Steuerberechnung ist Rechtsanwendung und daher Aufgabe des Tatrichters (vgl. BGHR AO § 370 Abs. 1 Berechnungsdarstellung 9; BGH NStZ 2001, 200, 201). Dieses ist zwar nicht gehalten, den eigentlichen Berechnungsvorgang als Teil der Subsumtion im Urteil darzustellen, sofern dieser vom Revisionsgericht selbst durchgeführt werden kann. Freilich empfiehlt sich eine solche Berechnungsdarstellung bereits deshalb, weil sie die Nachvollziehbarkeit des Urteils erleichtert. Zudem bietet

die Berechnungsdarstellung die Möglichkeit zu kontrollieren, ob die steuerlich erheblichen Tatsachen im angefochtenen Urteil festgestellt sind. Den der Berechnungsdarstellung zukommenden Aufgaben kann nicht durch Bezugnahmen auf Betriebs- oder Fahndungsprüfungsberichte entsprochen werden. Im Urteil muss zweifelsfrei erkennbar sein, dass das Tatgericht eine eigenständige - weil ihm obliegende Rechtsanwendung - Steuerberechnung durchgeführt hat. (Bearbeiter)

7. Zwar bedarf es einer förmlichen Einstellung nicht, wenn sich ein Prozesshindernis nur auf eine tateinheitlich begangene Gesetzesverletzung bezieht (BGHSt 7, 305, 306). Der Bundesgerichtshof hat jedoch andererseits entschieden, dass in Fällen, in denen sich die Annahme von Tateinheit schon aufgrund des der Anklage zu Grunde liegenden Sachverhalts als verfehlt darstellt, ein Teilfreispruch zu erfolgen hat, wenn eine der in Betracht kommenden selbständigen Taten nicht nachzuweisen ist (BGH NJW 1993, 2125, 2126). Ein Fall, in dem die Verurteilung wegen Vorliegens eines Verfolgungshindernisses nicht erfolgen kann, ist diesen Fällen vergleichbar. Auch insoweit ist zur erschöpfenden Erledigung des angeklagten Prozessstoffes eine Teileinstellung auszusprechen, wenn sich die Annahme von Tateinheit in der Anklage und dem Eröffnungsbeschluss als verfehlt erweist. (Bearbeiter)

8. Die Überwachung des Aufenthalts des Angeklagten mittels einer elektronischen Fußfessel stellt keine haftgleiche Freiheitsentziehung, sondern vielmehr nur eine Freiheitsbeschränkung dar. Eine wie auch immer geartete Anrechnung auf die verhängte Strafe ist nicht erforderlich. Vielmehr handelt es sich nur um einen allgemeinen Strafzumessungsgrund zu Gunsten des Angeklagten. (Bearbeiter)

9. Das gleichzeitige unerlaubte Ausüben der tatsächlichen Gewalt über mehrere Waffen oder Waffenteile bzw. Munition, auch wenn sie nicht unter dieselbe Strafbestimmung fallen, gilt als nur ein Verstoß gegen das Waffenrecht (st. Rspr., vgl. BGHR WaffG § 52 Konkurrenzen 1; BGH NStZ-RR 2003, 124 f.; BGHR WaffG § 52a Abs. 1 Konkurrenzen 1 m.w.N.; BGH, Beschl. vom 13. Januar 2009 - 3 StR 543/08 jeweils m.w.N.). Dies gilt auch dann, wenn der Täter mehrere Waffen besitzt und lediglich eine davon führt (BGHR WaffG § 53 Abs. 3a Konkurrenzen 2; BGH NStZ 2001, 101). Hieran hält der Senat fest, auch wenn in Fällen, bei denen durch das Führen einer der Waffen eine besonders gefährliche Manifestation des Willens zur Gewaltausübung gegeben ist, eine andere Beurteilung nicht weniger überzeugend erscheint. (Bearbeiter)

733. BGH 1 StR 229/09 - Beschluss vom 24. Juni 2009 (LG Mannheim)

Hinterziehung von Umsatzsteuer, Körperschaftsteuer, Gewerbesteuer und Einkommensteuer durch Scheinrechnungen (Vorspiegelung tatsächlich nicht vorhandener Betriebsausgaben; Verschleierung verdeckter Gewinnausschüttungen); Berechnungsdarstellung bei der Beihilfe (Erfassung der individuellen Tatschuld); Verfolgungsverjährung (Verjährungsunterbrechung).
§ 370 AO; § 27 StGB; § 78 StGB; § 78c StGB

1. Beim Delikt der Steuerhinterziehung finden sich die Merkmale der Straftat in der Blankettstrafnorm des § 370 AO und den im Einzelfall anzuwendenden steuerrechtlichen Normen, aus denen sich ergibt, welches steuerlich erhebliche Verhalten im Rahmen der jeweiligen Abgabenart zu einer Steuerverkürzung geführt hat (st. Rspr.; vgl. zuletzt BGH, Urt. vom 12. Mai 2008 - 1 StR 718/08 m.w.N.). Um dem Revisionsgericht die sachlichrechtliche Überprüfung der vom Tatgericht vorgenommenen Rechtsanwendung zu ermöglichen, ist es bei einer Verurteilung wegen Steuerhinterziehung erforderlich, dass alle steuerlich erheblichen Tatsachen festgestellt sind. Dazu gehören jedenfalls die Tatsachen, die den staatlichen Steueranspruch begründen, und diejenigen Tatsachen, die für die Höhe der geschuldeten und der verkürzten Steuern von Bedeutung sind.

2. Bei Beihilfe zur Steuerhinterziehung ist für die Bemessung der Strafe des Gehilfen das im Gewicht seines Tatbeitrages zum Ausdruck kommende Maß seiner Schuld maßgeblich; dabei ist auch zu berücksichtigen, inwieweit Umfang und Folgen der Haupttat ihm zuzurechnen sind (vgl. BGH wistra 2000, 463 m.w.N.). Denn die Strafe jedes einzelnen Tatbeteiligten einer Steuerhinterziehung bestimmt sich nach dem Maß seiner individuellen Schuld. Hieraus folgt, dass sich im Falle der Verurteilung wegen Beihilfe zur Steuerhinterziehung aus dem Urteil auch ergeben muss, in welcher Höhe die eingetretene Steuerverkürzung vom Gehilfen gefördert wurde, wenn der Haupttäter vom Gehilfenbeitrag unabhängig weitere Steuern verkürzt hat, das Ausmaß der vom Haupttäter verkürzten Steuern aber beim Gehilfen strafscharfend gewertet werden soll.

3. Bei Beihilfe zur Hinterziehung von Ertragsteuern durch Verschaffung von Scheinrechnungen müssen in steuerstrafrechtlichen Urteilen grundsätzlich nicht nur Feststellungen zu den dem Haupttäter überlassenen Scheinrechnungen und der Höhe der von diesem verkürzten Steuern getroffen werden. Vielmehr sind in den Urteilsgründen sämtliche steuerlich erheblichen Tatsachen anzugeben, die erforderlich sind, damit das Revisionsgericht die Berechnung der Höhe der vom Haupttäter verkürzten Steuern nachvollziehen kann. Bestehen Anhaltspunkte, dass der Haupttäter Steuern auch unabhängig von Unterstützungsbeiträgen des Gehilfen hinterzogen hat, muss zudem erkennbar sein, ob sich die Hilfeleistung des Gehilfen auf die gesamte Steuerverkürzung des Haupttäters oder nur auf einen näher zu bestimmenden Teil bezogen hat. Als Hilfeleistung in diesem Sinne ist grundsätzlich jede Handlung anzusehen, die die Herbeiführung des Taterfolges durch den Haupttäter objektiv fördert oder erleichtert; dass sie für den Eintritt dieses Erfolges in seinem konkreten Gepräge in irgendeiner Weise kausal wird, ist nicht erforderlich (vgl. BGHR § 27 Abs. 1 Hilfeleisten 21, 27).

795. BGH 4 StR 134/09 - Beschluss vom 26. Mai 2009 (LG Essen)

BGHR; Geltung des Vorwegvollzuges auch bei der Verhängung von Jugendstrafe; Prüfung der Entbehrlichkeit der Jugendstrafe bei der Verhängung von Maßregeln.
§ 67 Abs. 2 Satz 2 StGB; § 7 Abs. 1 JGG; § 5 Abs. 3 JGG; § 17 JGG

1. § 67 Abs. 2 Satz 2 StGB in der Fassung des Gesetzes zur Sicherung der Unterbringung in einem psychiatrischen Krankenhaus und in einer Entziehungsanstalt vom 16. Juli 2007 gilt gem. § 7 Abs. 1 JGG in Verb. m. § 61 Nr. 2 StGB auch bei der Verhängung von Jugendstrafe. (BGHR)

2. Bei schuldhaft begangenen Straftaten eröffnet § 5 Abs. 3 JGG die Möglichkeit, von der an sich erforderlichen Verhängung von Jugendstrafe abzusehen, wenn sie als zusätzliche erzieherische Maßnahme wegen der Maßregelanordnung nicht erforderlich ist, und trägt damit dem Gedanken der Einsparigkeit freiheitsentziehender Maßnahmen im Jugendstrafrecht Rechnung (BGHSt 39, 92, 95). Eine entsprechende Prüfung und Entscheidung muss einem einschlägigen Urteil zu entnehmen sein.

723. BGH 1 StR 150/09 - Beschluss vom 8. Juli 2009 (LG Landshut)

Vorenthalten und Veruntreuen von Arbeitsentgelt („Spesenzahlungen“ als sozialversicherungspflichtiges Entgelt; Schätzung und Feststellung der Schätzungsgrundlagen); unzulässiger Wiedereinsatzantrag.
§ 266a StGB; § 45 Abs. 1 StPO

1. Nach § 14 Abs. 1 SGB IV sind alle Einnahmen des Arbeitnehmers, die diesem in ursächlichem Zusammenhang mit einer Beschäftigung zufließen, Arbeitsentgelt und daher der Berechnung der Sozialversicherungsbeiträge zu Grunde zu legen sind (vgl. § 226 Abs. 1 Satz 1 Nr. 1 SGB V; § 162 Nr. 1 SGB VI; § 82 Abs. 1 Satz 1 SGB VII; § 342 SGB III; § 57 Abs. 1 Satz 1 SGB XI i.V.m. § 226 Abs. 1 Satz 1 Nr. 1 SGB V; BSGE 64, 110, 111 f.). Die Legaldefinition des § 14 Abs. 1 SGB IV wird jedoch – zur Tatzeit dieses Falles – durch § 1 Arbeitsentgeltverordnung (nachfolgend: ArEV) konkretisiert. Danach gilt, dass einmalige Einnahmen, laufende Zulagen, Zuschläge, Zuschüsse sowie ähnliche Einnahmen, die zusätzlich zu Löhnen oder Gehältern gewährt werden, nicht dem Arbeitsentgelt zuzurechnen sind, soweit sie lohnsteuerfrei sind und sich aus §§ 2, 3 ArEV nichts Abweichendes ergibt.

2. Gemäß § 14 Abs. 1 SGB IV soll es nicht zur Disposition der Parteien eines Arbeitsverhältnisses stehen, welcher Teil der Zahlungen des Arbeitgebers der Beitragspflicht unterliegt. Vielmehr sollen diejenigen Zahlungen, die als Gegenleistung für die erbrachte Arbeitsleistung anzusehen sind, der Bemessung der Sozialversicherungsbeiträge zu Grunde liegen. Die als Ausnahme vorgesehe-

ne Beitragsbefreiung, die die Vorschriften der ArEV im Wesentlichen aus betriebswirtschaftlichen Gründen vorsieht kann daher nicht dann gewährt werden, wenn das Erfordernis der zusätzlichen Gewährung des § 1 ArEV lediglich in formeller Hinsicht erfüllt ist, tatsächlich aber die Zulagen oder Zuschüsse i.S.v. § 1 ArEV sich als umgewandeltes geschuldetes Arbeitsentgelt darstellen.

727. BGH 1 StR 214/09 - Beschluss vom 8. Juli 2009 (LG Saarbrücken)

Konkurrenzen bei der Steuerhinterziehung durch Erfindung von Steuerpflichtigen und Erstattungsansprüchen (Beurteilungsspielraum; natürliche Handlungseinheit); Untreue durch Finanzbeamte.
§ 370 AO; § 266 StGB; § 53 StGB

Nimmt ein Mitarbeiter des Finanzamts falsche Dateneingaben in die EDV-Anlage in kurzer zeitlicher Abfolge für mehrere fingierte Steuerpflichtige vor, um unrichtige Steuererstattung zu erlangen, kann darin nicht ohne weiteres *eine* einheitliche Untreuehandlung gesehen werden (Einschränkung von BGHSt 51, 356). Tathandlung ist hier sowohl hinsichtlich der Untreue wie auch hinsichtlich der Steuerhinterziehung jeweils die „Freigabe zur Datenverarbeitung“. In ihr liegt auch bei rascher Folge jeweils ein neuer Tatentschluss.

779. BGH 2 StR 240/09 - Beschluss vom 22. Juli 2009 (LG Kassel)

Verhältnis von Jugendstrafe und Unterbringung in einem psychiatrischen Krankenhaus.
§ 63 StGB; § 5 Abs. 3 JGG; § 17 JGG

Wird aus Anlass der Straftat eines nach Jugendstrafrecht zu beurteilenden Heranwachsenden gemäß § 63 StGB dessen Unterbringung in einem psychiatrischen Krankenhaus angeordnet, so ist grundsätzlich zu prüfen, ob die angeordnete Maßregel die Ahndung mit Jugendstrafe entbehrlich macht (§ 5 Abs. 3 JGG; vgl. Senat BGH NStZ-RR 2003, 186; NStZ 2002, 186).

754. BGH 2 StR 84/09 - Beschluss vom 1. Juli 2009 (LG Limburg)

Beisichführen eines Totschlägers (Teleskopschlagstock).
Anlage 2 zu § 2 Abs. 2 bis 4 WaffG

Bei einem Teleskopschlagstock handelt es sich nicht um einen Totschläger im Sinne der Anlage 2 zu § 2 Abs. 2 bis 4 WaffG (BGH NStZ 2004, 111).

Paradigmenwechsel in der Schadensdogmatik oder „Viel Lärm um nichts“?

Zur aktuellen Kontroverse um die sog. „schadensgleiche Vermögensgefährdung“

Von wiss. Mitarbeiter Dr. Christian Becker, Bucerius Law School, Hamburg

I. Einleitung

„Das Alte sagt: So wie ich bin, bin ich seit je. Das Neue sagt: Bist du nicht gut, dann geh“. So heißt es in *Bertold Brechts* Stück „Das Leben des Galilei“. ¹ Dieses handelt vom Kampf des berühmten Gelehrten gegen die Kirche, die sich weigert, eine Falsifizierung ihres überkommenen Weltbildes durch neue, rational begründbare Erkenntnisse zuzulassen. Angesichts der jüngsten Entwicklungen in der Dogmatik zum Vermögensschaden bei der Untreue bzw. auch beim Betrug könnte man den 1. Strafsenat des BGH in einem ähnlichen Fahrwasser vermuten, stellt dieser doch die Existenzberechtigung einer Rechtsfigur in Frage, die „zum feststehenden Arsenal der Betrugsdogmatik“ ² gehört bzw. aus dieser „nicht mehr wegzudenken ist“ ³. Die Rede ist von der Vermögensgefährdung, die wahlweise mit den Adjektiven *konkret* bzw. *schadensgleich* versehen wird und mal auch schlicht als *Gefährdungsschaden* daherkommt. ⁴ Steht sie somit im *Brechtschen* Sinne für „das Alte“, so ist der Beschluss des 1. Strafsenats vom 18. Februar 2009 ⁵ bereits die zweite Entscheidung jenes Spruchkörpers ⁶, die demgegenüber scheinbar „das Neue“ repräsentiert. Denn dort heißt es: „Der Begriff der konkreten Vermögensgefährdung [...] ist entbehrlich“ ⁷, was zum Ausdruck bringt, dass der Senat die zwar umstrittene, im Grundsatz aber doch anerkan-

te Rechtsfigur offenbar für inhaltlich bedeutungslos und überflüssig hält. Ist demnach die seit Jahrzehnten mit der Thematik beschäftigte Strafrechtswissenschaft ⁸ ebenso von einem *ptolemäischen Weltbild* ausgegangen wie die Rechtsprechung, in der die Vermögensgefährdung als Unterfall des Vermögensschadens seit den Zeiten des Reichsgerichts ⁹ anerkannt ist? Bedurfte es des 1. Strafsenats, um all dies innerhalb weniger Entscheidungen zu falsifizieren, so wie Galilei durch seine Beobachtungen und Berechnungen nicht nur *Claudius Ptolemäus*, sondern zudem noch die heilige Schrift falsifizierte?

Ziel dieses kurzen Beitrags ist es, ein wenig Klarheit in diese scheinbare Kontroverse zwischen „alt“ und „neu“ in der Schadensdogmatik zu bringen. Gegenstand der Erörterung ist dabei in erster Linie § 263 StGB, während § 266 StGB nur am Rande eine Rolle spielt. ¹⁰ Allerdings kann der Untreuetatbestand nicht völlig ausgeblendet werden, wenn zunächst eine Chronologie der aktuellen Diskussion erstellt wird (II). Im Anschluss daran gilt es, einige begriffliche und sachliche Unklarheiten aufzuarbeiten (III), die bei diesem Thema wie sonst selten in der Dogmatik miteinander verknüpft sind. ¹¹ Im Zuge dieser „Bereinigung“ kommt schnell der wesentliche Kern des Problems zum Vorschein, i.e. die Frage nach der Abgrenzung von tatbestandsmäßiger und tatbestandsloser Vermögensgefährdung. Diese wird vom 1. Strafsenat weder in völlig neuer noch in gänzlich überzeugender Weise beantwortet (IV).

¹ Gesammelte Werke, Edition Suhrkamp, Band 3 (1967), S. 1261.

² So *Naucke* StV 1985, 187, dem zufolge „nicht erforscht“ ist, wer den Begriff der Vermögensgefährdung eigentlich erfinden habe.

³ *Riemann*, Vermögensgefährdung und Vermögensschaden (1989), S. 49 f.

⁴ Zu den Begrifflichkeiten *Hefendehl*, MK-StGB, Bd. 4 (2006), § 263 Rn. 566 m.w.N., der selbst von der „schädigenden Vermögensgefährdung“ spricht.

⁵ BGH HRRS 2009 Nr. 318 = NStZ 2009, 330 = NJW 2009, 2390 m. krit. Anm. *Rübenstahl*; ferner *Brüning* ZJS 2009, 300. Die Entscheidung war Gegenstand eines Beitrags in der Rubrik *NJW-Spezial* (NJW 2009, 248), was man als Beleg für die Bedeutung der aktuellen Debatte werten mag.

⁶ Vgl. zunächst BGH HRRS 2008 Nr. 522 = NStZ 2008, 457 m. krit. Anm. *Beulke/Witzigmann* JR 2008, 430 und *Klötzer/Schilling* StraFo 2008, 305.

⁷ NJW 2009, 2390, 2391.

⁸ Grundlegend etwa *Cramer*, Vermögensbegriff und Vermögensschaden (1968), *Hefendehl*, Vermögensgefährdung und Exspektanzen (1993); *Lenckner* JZ 1971, 320 ff.; *Riemann*, a.a.O. (Fn. 3); aus jüngerer Zeit etwa *Baumanns* JR 2005, 227 ff.

⁹ Ausführliche Aufarbeitung der Rechtsprechung zum Vermögensschaden bei *Riemann*, a.a.O. (Fn. 3), S. 28 ff.

¹⁰ Bekanntlich wird allgemein davon ausgegangen, dass der Nachteil i.S.v. § 266 StGB und der Vermögensschaden i.S.d. Betrugstatbestandes im Wesentlichen identisch sind. Dazu *pars pro toto* *Fischer*, StGB, 56. A. (2009), § 266 Rn. 59.

¹¹ Vgl. bereits *Schmidhäuser*, BT, 2. A. (1982), 11/26.

II. Chronologie der Entwicklung seit der „Kanter-Entscheidung“

Die Debatte, die mit dem aktuellen Beschluss zum Betrug ihren – aller Voraussicht nach nur vorläufigen – Höhepunkt erreicht hat, begann mit der die Untreue betreffenden „Kanter – Entscheidung“ des 2. Strafsenats.¹² Dort verlangte das Gericht, dass sich das voluntative Element des Eventualvorsatzes in Fällen der schadensgleichen Vermögensgefährdung nicht nur auf die Gefährdung, sondern auch auf den endgültigen Vermögensverlust erstrecken müsse.¹³ Dies war zwar neu¹⁴, ex ante betrachtet aber dennoch nicht unbedingt geeignet, die Entwicklung anzustoßen, die nun in der durch den 1. Strafsenat propagierten gänzlichen Abschaffung des Gefährdungsschadens gipfelt. Man konnte darin eine begrüßenswerte Konkretisierung der bis dahin geläufigen Formel von den „strengen Anforderungen“ an die Vorsatzfeststellung sehen und im Übrigen – was im Schrifttum auch geschah – kritisieren, dass der 2. Strafsenat einen Restriktionsansatz auf subjektiver Ebene gewählt und so die Untreue *contra legem* in ein Delikt mit überschießender Innentendenz verwandelt hat, anstatt die seit langem geforderte Begrenzung des Schadensbegriffs im objektiven Tatbestand vorzunehmen.¹⁵ Wohl kaum jemand hätte vermutet, dass die vor allem im Untreuebereich seit jeher forcierte Einschränkung bzw. sogar Abschaffung der schadensgleichen Vermögensgefährdung¹⁶ einmal eher strafbarkeitserweiternd als einschränkend wirken würde, indem die bisher als Fälle der Vermögensgefährdung gehandhabten Konstellationen zu solchen des „endgültigen Schadens“ erklärt werden.

Mit diesem Ansatz trat dann aber gut anderthalb Jahre nach „Kanter“ erstmals der 1. Strafsenat auf den Plan, als er in einem *obiter dictum* seine Missbilligung nicht nur bzgl. des vom 2. Strafsenat gewählten subjektiven Ansatzes, sondern bzgl. der Figur der schadensgleichen Vermögensgefährdung insgesamt zum Ausdruck brachte.¹⁷ In der so entstandenen offenen Kontroverse, die von den Senatsmitgliedern *Fischer* und *Nack* literarisch fortgeführt

wurde¹⁸, schloss sich wenig später der 5. Strafsenat dem in der „Kanter – Entscheidung“ entwickelten Ansatz an.¹⁹ Mit der jüngsten Entscheidung beweist der 1. Strafsenat also seine Standhaftigkeit trotz wachsender Gegnerschaft und er dehnt die Problematik erstmals explizit auf § 263 StGB aus. Dabei gilt, wie schon bei der ersten, die Untreue betreffenden Entscheidung des Senats, dass der zugrundeliegende Sachverhalt eigentlich „ohne jede Grundsatzdiskussion“ hätte entschieden werden können.²⁰ Im aktuellen Verfahren ging es um einen Angeklagten, der Investoren eine bankgarantierte, hochrentierliche Geldanlage ohne Verlustrisiko vorgaukelte, in Wahrheit aber im Wege des nicht erst seit dem Fall *Maddoff* bekannten „Schneeballsystems“²¹ vorging, also die einbezahlten Gelder vor allem zur Befriedigung von Altinvestoren verwendete. Dass die Anleger bei einem solchen Risikogeschäft²² einen Vermögensschaden erleiden, weil der gegen den Angeklagten erworbene Anspruch aufgrund des Schneeballsystems die Zahlung des Anlagekapitals nicht kompensiert, hätte sich bereits nach allgemeinen Grundsätzen²³ durchaus plausibel begründen lassen. Der Senat sah sich jedoch dazu veranlasst, seine scheinbare Neuorientierung in der Vermögensschadensdogmatik voranzutreiben, weshalb er die schadensgleiche Vermögensgefährdung kurzerhand für entbehrlich erklärte. Um diese Aussage einzuordnen, bedarf es zunächst einer Klärung dessen, was in der Sache gemeint ist, wenn von dieser Rechtsfigur die Rede ist.

¹⁸ Siehe *Fischer* StraFo 2008, 269 einerseits und *Nack* StraFo 2008, 277 andererseits.

¹⁹ BGH HRRS 2008 Nr. 568 = BGHSt 52, 182; offenbar hat sich kurz vor Abgabe dieses Manuskripts der 3. Strafsenat (3 StR 576/08) in einem mündlichen Hinweis nach der Urteilsverkündung dem 1. Strafsenat angeschlossen, vgl. SZ v. 14.08.2009, S. 21. Sah *Schünemann* (NStZ 2008, 430, 431) zunächst noch eine Entscheidung durch den großen Strafsenat sich lediglich „am Horizont abzeichnen“, so nimmt diese bevorstehende Entwicklung damit nun deutlich schärfere Konturen an.

²⁰ So für den Beschluss aus dem Jahr 2008 *Klötzer/Schilling* StraFo 2008, 305.

²¹ Vgl. dazu jüngst *Kilian* HRRS 2009, 285 ff.

²² Allg. dazu instruktiv (im Untreuekontext) *Hillenkamp* NStZ 1981, 161 ff.

²³ Bei spekulativen Geldanlagen liegt ein vollendeter Betrug i.d.R. vor, wenn der Rückgewähranspruch der Investoren aufgrund besonderer Umstände – jenseits eines vertragsimmanenten Spekulationsrisikos – von Anfang an gefährdet war, etwa weil der Täter beabsichtigte, das Anlagekapital selbst zu verbrauchen, vgl. OLG Köln NStZ 2000, 481 f. m.w.N. Die Existenz des „Schneeballsystems“ ist ein solcher Umstand, denn dadurch wird eine über das „normale“ Spekulationsrisiko hinausgehende Gefährdung des Rückzahlungsanspruchs begründet. Ob die Ansprüche gegen den Angeklagten allerdings tatsächlich völlig wertlos waren, wie der 1. Strafsenat meint, ist durchaus fraglich, vgl. *Rübenstahl* NJW 2009, 2392.

¹² BGH HRRS 2007 Nr. 2 = BGHSt 51, 100 = BGH NStZ 2007, 583 m. Bespr. *Saliger* NStZ 2007, 545.

¹³ BGH NStZ 2007, 583, 586 f.

¹⁴ *Kempf*, in: FS für Volk (2009), S. 231 spricht von einer „bahnbrechenden Erkenntnis“.

¹⁵ *Saliger* NStZ 2007, 545, 550 f.; *Bernsmann* GA 2007, 219, 230; *Ransiek* NJW 2007, 1727, 1729; zum Ganzen ferner *Schünemann* NStZ 2008, 430 ff. Vom Standpunkt dieser durchaus berechtigten Kritik lässt sich angesichts des aktuellen Diskussionsstandes sagen, dass ein systematisch fragwürdiger Ansatz für Restriktionsbemühungen heute der geringste Grund für Beunruhigung ist.

¹⁶ Trotz der prinzipiell anerkannten Identität der Taterfolge bei den §§ 263, 266 StGB werden im Untreuekontext seit jeher besondere Restriktionen gefordert, v.a. weil dort im Gegensatz zum Betrug sowohl die Versuchsstrafbarkeit als auch besondere subjektive Merkmale fehlen, vgl. nur *Saliger* ZStW 112 (2000), 563 ff. Erst kürzlich hat das BVerfG (NJW 2009, 2370 ff.) eine Auslegung des Nachteilsbegriffs, die die schadensgleiche Vermögensgefährdung in den Tatbestand der Untreue einbezieht, als verfassungsgemäß gewertet, zugleich aber ein besonderes Restriktionsbedürfnis bei § 266 StGB anerkannt.

¹⁷ A.a.O. (Fn. 6).

III. Gefährdung *und* Schaden? Gefährdung *oder* Schaden? Gefährdung *als* Schaden? Zur Klärung begrifflicher und sachlicher Missverständnisse

Zur Vereinfachung wird im Folgenden – aus dem eingangs dargestellten „Fundus“ gebräuchlicher Bezeichnungen²⁴ – ausschließlich der Begriff des *Gefährdungsschadens* verwendet, obwohl auch dieser insofern missverständlich ist, als sich Gefährdung und Schaden – bezogen auf dasselbe Rechtsgut – bei einem Verletzungsdelikt eigentlich ausschließen.²⁵ Inhaltlich lässt sich die Rechtsfigur dagegen recht knapp umschreiben: Die Gefahr eines zukünftigen Verlustes von Vermögenssubstanz führt zu einem Schaden, wenn sie bei wirtschaftlicher Betrachtung zu einer aktuellen Minderung des Gesamtvermögens führt.²⁶ Da nun aber ein Vermögensschaden i.S.d. § 263 StGB wiederum nichts anderes ist als eine nicht kompensierte Vermögensminderung (sog. *Prinzip der Gesamtsaldierung*), m.a.W. ein Vermögensverlust²⁷, besagt die vorstehende Umschreibung im Grunde: Eine Vermögensgefährdung ist ein Schaden, wenn sie zu einem Schaden führt. Diese Tautologie ist letztlich Ausdruck einer „Selbstverständlichkeit“²⁸: Der Gefährdungsschaden ist – auf der Basis eines wirtschaftlichen bzw. wirtschaftlich-juristischen Vermögensbegriffs²⁹ – ein „echter“ und „endgültiger“ Schaden³⁰, der lediglich nicht aus einem Substanzverlust³¹, sondern aus der negativen Prognose bzgl. der Realisierbarkeit des vollständigen Wertes eines Vermögensobjekts folgt.

Diese Schadensform generell abzulehnen hieße zu bestreiten, dass eine Verlustgefahr den Wert von Vermö-

gensgegenständen aktuell mindern kann; eine insbesondere bei der Forderungsbewertung letztlich unhaltbare Auffassung. Sie würde zu einem binär reduzierten Vermögensverständnis führen, bei dem eine Forderung nur den Wert „0“ (Totalausfall) oder „1“ (Nennwert) haben könnte. Dies ist zur Erfassung wirtschaftlicher Realitäten völlig ungeeignet. Denn wer eine vermeintlich bankgarantierte Forderung zum Preis ihres Nennwertes erwirbt, obwohl es sich tatsächlich um eine ungesicherte Forderung gegen einen Schuldner mit durchschnittlicher Bonität handelt, der erleidet einen aktuellen Vermögensverlust³², da er für die unterhalb ihres Nennwerts (dem Wert „1“) anzusetzende Forderung „zu viel“ bezahlt. Dass die Erfüllung noch möglich ist, die Forderung also nicht bereits den Wert „0“ hat, ändert daran nichts.³³ Müsste sich das Opfer auf die mögliche Erfüllung verweisen lassen, so bliebe vom Vermögen als „geronnene Freiheit“³⁴ nicht viel übrig, denn die Forderung wäre – weil der vom Erwerber aufgebrachte Nennwert als Verkaufserlös nicht erzielbar ist – als Tauschobjekt „gesperrt“. Vor diesem Hintergrund ist die Annahme, das Vermögen des Forderungskäufers sei aktuell geschädigt, konsequent und letztlich zwingend, auch wenn die Forderung noch erfüllt werden kann und womöglich auch erfüllt werden wird.³⁵ Die zweifelhafte Realisierbarkeit des Gegenleistungsanspruchs führt demnach auch beim Risikogeschäft zu einem aktuellen Vermögensverlust, nicht lediglich zu einer „bloßen Gefährdung“³⁶. Beim Kreditbetrug³⁷ gilt dasselbe, wenn etwa täuschungsbedingt ein ungesicherter Kredit an einen Schuldner mit nur mittelmäßiger Bonität vergeben wird.³⁸

Von diesem Ausgangspunkt lässt sich der Anwendungsbereich des Gefährdungsschadens veranschaulichen: Ein solcher liegt vor, wenn sich der Wert eines Vermögensobjekts auf einer gedachten Wertskala vom Wert „100“ (Substanz- bzw. Nennwertwert) auf den Wert „0“ (Total-

²⁴ Riemann (a.a.O. [Fn. 3], S. 7) schlägt den Begriff der *schadensdarstellenden Vermögensgefährdung* vor.

²⁵ Fischer StraFo 2008, 269, 271. Auf eine eigene, möglicherweise weniger missverständliche Begriffsschöpfung wird hier verzichtet.

²⁶ Vgl. bereits RGSt 16, 1, 11; seither – mit begrifflichen Ungenauigkeiten – st. Rspr., jüngst etwa BGH HRRS 2007 Nr. 1 = BGHSt 51, 165; aus der Lit. i. Erg. ebenso Lackner/Kühl, StGB, 26. A. (2007), § 263 Rn. 40; Perron, in: Schönke/Schröder, StGB, 27. A. (2006), § 263 Rn. 45; Tiedemann, in: LK-StGB, 11. A. (1999), § 263 Rn. 172; Arzt, in: Arzt/Weber/Heinrich/Hilgendorf, BT, 2. A. (2009), § 20 Rn. 97; krit. Naucke StV 1985, 187 f.; diff. Kindhäuser, in: NK-StGB, Bd. 2, 2. A. (2005), § 263 Rn. 301 ff.

²⁷ Vgl. Fischer, a.a.O. (Fn. 10), § 263 Rn. 71 m.w.N.; ders. StraFo 2008, 269, 271; zum Vermögensschaden beim Betrug jüngst instruktiv Satzger Jura 2009, 518 ff.

²⁸ Fischer StraFo 2008, 269, 271.

²⁹ Zuf. zum Vermögensbegriff Samson JA 1989, 510 ff.; Fehling/Faust/Rönmau JuS 2006, 18, 22 ff.; - jew. m.w.N.; umfassend Hefendehl, a.a.O. (Fn. 4), Rn. 294 ff.

³⁰ Vgl. Arzt, a.a.O. (Fn. 26), § 20 Rn. 97; Tiedemann, a.a.O. (Fn. 26), § 263 Rn. 168; Lenckner JZ 1971, 320, 321; Cramer, a.a.O. (Fn. 7), S. 125; Satzger Jura 2009, 518, 524; besonders prägnant jüngst Fischer NSTz – Sonderheft 2009, 8, 11.

³¹ Das Begriffspaar „Substanzverlust/Gefährdungsschaden“ ist deutlich präziser, als dem Gefährdungsschaden einen „endgültigen“ oder „effektiven“ Schaden gegenüberzustellen. Zu beachten ist aber, dass auf der Ebene der Vermögensminderung auch in den Gefährdungsfällen i.d.R. ein Substanzverlust vorliegt und dass die Schwierigkeiten meist bei der möglichen Kompensation liegen.

³² Und zwar in Höhe der Differenz zwischen Nennwert und dem Restwert der Forderung. Damit ist grundsätzlich richtig, dass zwischen dem sog. „endgültigen Schaden“ und dem Gefährdungsschaden kein qualitativer, sondern nur ein quantitativer Unterschied besteht, vgl. Lackner, in: LK-StGB, 10. A. (1979), § 263 Rn. 152; Tiedemann, a.a.O. (Fn. 26), § 263 Rn. 168, Fischer, a.a.O. (Fn. 10), § 263 Rn. 103.

³³ Offenbar anders aber Beulke/Witzigmann JR 2008, 430, 433.

³⁴ Vgl. Arzt, a.a.O. (Fn. 26), § 1 Rn. 29 u. § 11 Rn. 1.

³⁵ Zweifelnd insofern allerdings Fischer NSTz – Sonderheft 2009, 8, 12 f.

³⁶ Man darf der h.M. wohl unterstellen, dass sie nur „echte“ Gefährdungsschäden, bei denen das Vermögen effektiv gemindert wird, in den Tatbestand einbeziehen will und keine Gefährdungen ohne Vermögensrelevanz, auch wenn die Formulierungen bisweilen einem begrifflichen Wirrwarr gleichen. Alles andere wäre aber ein offener Verstoß gegen Art. 103 II GG. Zutrg. zum Ganzen Fischer StraFo 2008, 269, 270 f.

³⁷ Der Kreditbetrug ist ein – praktisch bedeutsamer – Unterfall des Eingehungsbetruges, der wiederum eine Art „Grundfall“ des Gefährdungsschadens darstellt, vgl. dazu alle. Cramer, a.a.O. (Fn. 26), § 263 Rn. 125 ff.

³⁸ Insofern zw. Beulke/Witzigmann JR 2008, 430, 433, wonach das Vermögen durch die Auszahlung der Valuta „lediglich gefährdet“ würde. Die Auszahlung mindert das Vermögen aber ersichtlich (vgl. oben [Fn. 31]), weshalb ein Schaden von einer möglichen Kompensation, also dem Wert des Rückzahlungsanspruchs abhängt.

verlust) zu bewegt, ohne diesen zu erreichen.³⁹ Diese Schadensart ist als notwendige Folge eines wirtschaftlichen Vermögensbegriffs zu Recht seit jeher Bestandteil der Schadensdogmatik und insofern keineswegs überflüssig. Zugleich ist ein Gefährdungsschaden gegenüber dem „echten“ Vermögensschaden kein *aliud*. Wollte der 1. Strafsenat letzteres zum Ausdruck bringen, so kann dem nicht widersprochen werden.⁴⁰ Es handelte sich hierbei freilich dann tatsächlich um die Betonung einer „Selbstverständlichkeit“⁴¹, was die entstandene Kontroverse als „Viel Lärm um nichts“ erscheinen ließe.

Da somit klar ist, was in diesem Themenkomplex vernünftigerweise *nicht* diskutiert werden muss, kann der Fokus auf das eigentliche Problem gerichtet werden: die Abgrenzung von effektiv vermögensmindernden, tatbestandsmäßigen Gefährdungen und solchen, die nicht unmittelbar vermögensrelevant sind. Hierbei – und darin liegt der berechtigte Kern des Unbehagens vieler Strafrechtler im Umgang mit dem Gefährdungsschaden – ergeben sich für das an Art. 103 Abs. 2 GG gebundene Strafrecht tatsächlich schwierige Abgrenzungsprobleme. Der diesbezüglich vom 1. Strafsenat jüngst beschrittene Weg ist im Folgenden einer kritischen Prüfung zu unterziehen.⁴² Er ist das eigentlich Interessante an den viel diskutierten Entscheidungen. Neu ist er allerdings nicht.

IV. Bilanzrechtliche Wertberichtigung = Strafrechtliche Vermögensminderung?

Der Senat formuliert in seinem aktuellen Beschluss im Zusammenhang mit der Schadensfeststellung, dass der Minderwert des im Synallagma Erlangten (also des Zahlungsanspruchs der Investoren gegen den Kläger) „wie im Falle einer Einzelwertberichtigung“ zu bewerten sei. Einer Einzelwertberichtigung in der Handelsbilanz unterliegen Forderungen, bei denen aufgrund einer – im Einzelnen anhand differenzierter Kriterien zu ermittelnden – hinreichenden Wahrscheinlichkeit mit einem Zins- oder Tilgungsausfall zu rechnen ist.⁴³ Solche Forderungen dürfen nicht mit ihrem Nennwert bilanziert werden. Aller Voraussicht nach völlig uneinbringliche Forderungen sind dagegen abzuschreiben. Zudem besteht im Handelsrecht die Möglichkeit einer Pauschalwertberichtigung zur Abbildung eines allgemeinen Kreditrisikos,

dessen Anerkennung darauf beruht, dass erfahrungsgemäß auch solche Forderungen zu einem gewissen Prozentsatz ausfallen, die keiner Einzelwertberichtigung unterliegen.⁴⁴ Der Senat will nun also offenbar bei der Schadensfeststellung solche bilanzrechtlichen Bewertungskriterien – jedenfalls die Grundsätze der Einzelwertberichtigung⁴⁵ – anwenden⁴⁶, die strafrechtliche Vermögenssaldierung also bilanzrechtsakzessorisch vornehmen.

1. Bilanzrechtsakzessorietät oder „Modellcharakter des Bilanzrechts“?

Dieser scheinbar bilanzrechtsakzessorische Ansatz ist nun gewiss nicht revolutionär, sondern vielmehr die Fortführung bzw. Zuspitzung einer mehr oder weniger an der bilanzrechtlichen Vermögensbewertung orientierten Schadensfeststellung, wie sie von einigen Autoren bereits vor der jüngsten Entwicklung vertreten wurde.⁴⁷ Vereinzelt Anleihen aus dem Bilanzrecht finden sich in Rechtsprechung und Schrifttum seit jeher, wenngleich dies nicht immer ausdrücklich benannt wird.⁴⁸ Eine solche *Orientierung* am Bilanzrecht, jenseits strenger Akzessorietät, hat auch eine beachtliche Überzeugungskraft, was häufig übersehen wird, wenn entsprechende Vorstöße etwas übereilt einer Pauschalwertberichtigung unterzogen werden.⁴⁹ Denn auch im Strafrecht ist eine stichtagsbezogene Bewertung von Forderungen notwendig, und zwar bezogen auf den Zeitpunkt der Vermögensverfügung.⁵⁰ Rückgriffe

³⁹ Ähnlich Perron GA 2009, 219, 227 f.; Fischer NSTz – Sonderheft 2009, 8, 11.

⁴⁰ Warum aber die in der Sache klar voneinander zu trennenden Schadensarten nur deshalb nicht weiterhin unterschiedlich bezeichnet werden sollten, weil sie auf einer höheren Ebene unter einem einheitlichen Oberbegriff zusammengefasst werden können, ist nicht ersichtlich. Dies ist vielmehr der wissenschaftlichen Klarheit und Präzision förderlich.

⁴¹ Vgl. auch Fischer StraFo 2008, 269, 271.

⁴² Die unterschiedlichen Ansätze des Schrifttums, von denen sich bislang keiner entscheidend durchsetzen konnte, bleiben hier – dem aktuellen Anlass des Beitrags sowie seinem Rahmen geschuldet – außer Betracht. Vgl. insofern die eingehende Darstellung und Kritik der einzelnen Positionen bei Hefendehl, a.a.O. (Fn. 4), Rn. 540 ff.

⁴³ Vgl. die Darstellung möglicher Kriterien für die Annahme einer Einzelwertberichtigung von Forderungen bei v. Heynitz/Jörg BC 2003, 97, 98; Winnefeld, in: Winnefeld, Bilanzrechts-Handbuch, 4. A. (2006), Rn. 1229 m.w.N.

⁴⁴ Winnefeld, a.a.O. (Fn. 43), Rn. 444; Wimmer/Kusterer DStR 2006, 2046, 2051; Böcking/Löw/Wohlmannstetter, in: MK-HGB, 2. A. (2008), § 340e Rn. 38 ff.

⁴⁵ Die Pauschalwertberichtigung kann im Strafrecht dagegen keine Rolle spielen, denn ein unbestimmtes „allgemeines Ausfallrisiko“ ist ersichtlich keine tatbestandsmäßige Gefährdung, vgl. auch Hefendehl, in: Schönemann/Tiedemann (Hrsg.), Strafrechtssystem und Betrug (2002), S. 185, 244. Letztlich bringt die Pauschalwertberichtigung zum Ausdruck, wie unsicher schon die Voraussetzungen einer Einzelwertberichtigung sind, denn ihr liegt ja gerade der Gedanke zugrunde, dass diese nicht alle eigentlich zu berichtigenden Forderungen erfasst. Grds. krit. zur Pauschalwertberichtigung Wimmer/Kusterer DStR 2006, 2046, 2051 f.

⁴⁶ Die Belege des Senats aus dem handelsrechtlichen Schrifttum stammen z.T. aus unterschiedlichen Kontexten, insbesondere aus dem deutschen Handelsrecht einerseits und dem US-Amerikanischen Bilanzrecht andererseits, denen keineswegs identische Prinzipien zugrunde liegen, vgl. Rübenstahl NJW 2009, 2392, 2393.

⁴⁷ Insbesondere seit jeher vom Vorsitzenden des 1. Strafsenats Nack, zuletzt in: Müller-Gugenberger/Bieneck, Wirtschaftsstrafrecht, 4. A. (2006), § 48 Rn. 25 ff. und § 50 Rn. 69 ff.; umfassend Hefendehl, Vermögensgefährdung, der den Begriff „Modellcharakter des Bilanzrechts“ (ders., a.a.O. [Fn. 4], Rn. 450) geprägt hat; zust. Schönemann, in: LK-StGB, 11. A., § 266 Rn. 134.

⁴⁸ Beispiele bei Hefendehl, Vermögensgefährdung (Fn. 8), S. 166 ff.

⁴⁹ Vgl. Kempf, a.a.O. (Fn. 13), S. 242, dessen Vorwurf, § 266 StGB werde „zum Bilanzdelikt umfunktioniert“, so nicht haltbar ist. Es geht nicht um Verstöße gegen Bilanzrichtlinien als Vermögensschaden, sondern um die Anwendung bilanzrechtlicher Kriterien bei der Vermögenssaldierung.

⁵⁰ Vgl. zum maßgeblichen Zeitpunkt für die Vermögenssaldierung Tiedemann, a.a.O. (Fn. 26), § 263 Rn. 161; Hefen-

auf bilanzrechtliche Kriterien und Instrumente zur Durchführung solcher Bewertungen sind daher sogar naheliegend.⁵¹ Das Bilanzrecht ermöglicht außerdem die Umrechnung sämtlicher Vermögenswerte in die „homogene Ertragskategorie des Geldes“⁵², und schafft somit die Basis für eine Vermögenssaldierung und damit für die Verwirklichung eines Grundprinzips der Schadensdogmatik.⁵³ Doch besteht ein großer Unterschied zwischen der Aussage, das Bilanzrecht habe „Modellcharakter“ bzw. sei ein „heuristisches Konkretisierungshilfsmittel“⁵⁴ bei der Schadensfeststellung, und einer bilanzrechtsakzessorischen Vermögensbewertung im Strafrecht. Sofern der Senat letzteres anstrebt, gibt es gute Gründe, dem entgegenzutreten.

Bekannt ist insofern das Argument der Inkompatibilität strafrechtlicher und bilanzrechtlicher Prinzipien.⁵⁵ Dies gilt insbesondere für den Grundsatz der vorsichtigen Bewertung (§ 252 Abs. 1 Nr. 4 HGB), der bei verschiedenen Bewertungsmöglichkeiten zur Annahme der ungünstigsten Variante zwingt, ohne dabei die unbegründete Annahme des niedrigsten Schätzwertes jenseits konkreter Risiken zu erlauben.⁵⁶ Dass dies zu Friktionen im Hinblick auf den *in dubio pro reo* – Grundsatz führt, wenn die mögliche Kompensation handelsrechtlich „im Zweifel“ nicht mit ihrem vollen Wert anzusetzen ist und so zu Lasten des Angeklagten ein Vermögensschaden bejaht wird, ist nicht von der Hand zu weisen.⁵⁷ Auch bieten handelsrechtliche Bewertungen dem Bilanzierungspflichtigen zahlreiche Ermessensspielräume, die er in gewissem Umfang zulässigerweise zur Bildung sog. *stiller Reserven* durch gezielt zurückhaltende Vermögensbewertungen nutzen kann.⁵⁸ Die danach abgebildete „relative Bilanzwahrheit“⁵⁹ ist als Basis der Feststellung eines Tatbestandsmerkmals kaum tragfähig.

Nun ließe sich trotz dieser scheinbar fundamentalen Gegensätze zunächst doch womöglich so etwas wie eine *modifizierte* oder *bedingte* Akzessorietät begründen, etwa indem das Vorsichtsprinzip für das Strafrecht insoweit außer Kraft gesetzt wird, dass unter mehreren noch zulässigen Wertansätzen stets derjenige zu wählen ist, der - zu Gunsten des Angeklagten - zur höchstmöglichen Bewertung führt.⁶⁰ Zudem könnte statt handelsrechtlicher Bewertungen auf die Wertermittlung im Überschuldungsstatus abgestellt werden, für die eine Orientierung am objektiven Verkehrswert charakteristisch ist.⁶¹ Aber auch bei der Überschuldungsprüfung gibt es derart viele Unsicherheiten, dass bisweilen schon der Begriff „Bewertung“ als irreführend bezeichnet wird.⁶² Hierin deutet sich der eigentliche Grund für die Untauglichkeit des Bilanzrechts als im Strafrecht akzessorisch zu übernehmender Maßstab bei der Vermögensbewertung an. Denn es kann mit seiner Vielzahl an Bewertungsmethoden⁶³ den wirtschaftlichen Wert eines Vermögensbestandteils nicht darstellen, jedenfalls nicht in einer Art. 103 Abs. 2 GG genügenden Bestimmtheit. Mehr noch: *Den* objektiven wirtschaftlichen Wert eines Vermögensbestandteils i.S. einer mathematisch präzise berechenbaren Größe gibt es nicht. Die Zuordnung eines Wertes zu einem Vermögensgegenstand – jenseits von Geld und anderen Nominalwertgütern – hängt vielmehr von unterschiedlichen Kriterien und Variablen ab, die i.d.R. jedenfalls teilweise zur Disposition des Bewertenden stehen.⁶⁴

Existiert aber schon kein stringent objektiver Wert einer Forderung, dann kann es erst recht kein abstraktes Kriterium zur Abgrenzung von „noch“ mit dem Nennwert anzusetzenden und „schon“ minderwertigen Forderungen geben. Die Suche nach einer klaren Trennlinie zwischen „bloßer Gefährdung“ und „echtem Schaden“ ist daher von vornherein aussichtslos.⁶⁵ Da aber die grundsätzliche Existenz eines Vermögensschadens jenseits des Substanzverlustes ohne die Aufgabe eines wirtschaftlich geprägten Vermögensbegriffs nicht bestritten werden kann, löst der oft vorschnelle Rückgriff auf Art. 103

dehl, a.a.O. (Fn. 4), Rn. 454; zutr. zum Ganzen *Nack* StraFo 2008, 277, 278 und bereits oben unter III.

⁵¹ So auch *Tiedemann*, a.a.O. (Fn. 26), § 263 Rn. 172. Dass es sich bei entsprechenden Bewertungen „nur“ um Prognosen und nicht um „Feststellungen in der Vergangenheit liegender Tatsachen“ handelt (*Kempf*, a.a.O. [Fn. 13], S. 240), ist insofern kein Argument für die Unvereinbarkeit mit dem Strafrecht. Denn eine Prognose bzgl. der Realisierbarkeit einer Forderung ist auch dort zur notwendigen Ermittlung des aktuellen Wertes im Zeitpunkt der Vermögensverfügung unentbehrlich. I. Ü. gibt – wie gleich noch zu zeigen ist – es *den* Wert von Vermögen i.S. einer *Tatsache* nicht.

⁵² *Hefendehl*, a.a.O. (Fn. 4), Rn. 450.

⁵³ M.a.W.: Ein Vermögensschaden ist ein Verlust an Vermögen, also eine Minderung des Tauschwertes. Das Bilanzrecht ermöglicht für jeden Vermögensgegenstand die Darstellung dieses Tauschwertes.

⁵⁴ *Hefendehl*, Straftaftsystem (Fn. 45), S. 248.

⁵⁵ Sehr krit. daher *Kempf*, a.a.O. (Fn. 13), S. 240 f.

⁵⁶ Vgl. *Merkt*, in: *Baumbach/Hopt*, HGB, 33. A. (2008), § 252 Rn. 10; *Wiedmann*, in: *Ebenroth/Boujong/Joost/Strohn*, HGB, 2. A. (2008), § 252 Rn. 25 ff.

⁵⁷ Vgl. zu dieser Inkompatibilität von handels- und strafrechtlichem „Zweifelssatz“ *Kempf*, a.a.O. (Fn. 13), S. 240 f.

⁵⁸ Zusf. m.w.N. *Merkt*, a.a.O. (Fn. 56), § 253 Rn. 25 ff., auch zur Unterscheidung zwischen zulässigen stillen Reserven i.w.S. und den umstr. stillen Reserven i.e.S., also der bewussten Unterbewertung durch den Bilanzierungspflichtigen jenseits des gesetzlich zulässigen Buchwertes.

⁵⁹ *Tiedemann*, a.a.O. (Fn. 26), § 265b Rn. 73

⁶⁰ Dies meint der Senat womöglich, wenn er in der Entscheidung zur Untreue (NStZ 2008, 457 a.E.) davon spricht, dass „verbleibende Unwägbarkeiten zugunsten des Angeklagten berücksichtigt werden müssen“.

⁶¹ Vgl. *Tiedemann*, a.a.O. (Fn. 26), § 265b Rn. 73; eindringlich zur Harmonisierung von Bilanzrecht und Strafrecht *Hefendehl*, Vermögensgefährdung (Fn. 8), S. 173 ff., der neben dem Überschuldungsstatus v.a. die Grundsätze der Unternehmensbewertung („Substanzwert“) heranzieht.

⁶² Nachweise bei *Tiedemann*, a.a.O. (Fn. 26), Vor § 283 Rn. 158.

⁶³ Vgl. zu den Methodenwahlrechten in der Handelsbilanz *Winnefeld*, a.a.O. (Fn. 43), Rn. 325; zu aktuellen Entwicklungen durch das „BilMoG“ *Zündorf*, in: *Küting/Pfitzer/Weber*, Das neue deutsche Bilanzrecht (2008), S. 83 ff.; zur Unternehmensbewertung *K. Schmidt*, in: *MK-HGB*, 2. A. (2006), § 131 Rn. 140 ff.; zum Überschuldungsstatus *Förschle/Hoffmann*, in: *Budde/Förschle/Winkeljohann*, Sonderbilanzen, 4. A. (2008), Kap. P. Rn. 90 ff., - jew. m.w.N.

⁶⁴ Vgl. *Winnefeld*, a.a.O. (Fn. 43), Rn. 325: „keinen absolut richtigen Wert“; ferner *Thiel/Lüdtke-Handjery*, Bilanzrecht, 5. A. (2005), Rn. 506, wonach die Bewertung „kein Erkenntnisprozess“, sondern „ein zweck- und zielgerichteter Entscheidungsprozess“ ist.

⁶⁵ Vgl. bereits *Lenckner* JZ 1971, 320, 321.

Abs. 2 GG das Problem nicht. Die Grenze zwischen Schaden und Nichtschaden muss stattdessen für jeden Einzelfall neu vermessen werden, wobei das „Definitionsminimum“⁶⁶ der *gegenwärtigen Vermögensminderung bei wirtschaftlicher Betrachtungsweise* der einzig gesicherte Ausgangspunkt bleibt⁶⁷; ein wenig befriedigendes, angesichts der unüberschaubaren Vielgestaltigkeit der in Frage kommenden Sachverhalte und der Relativität ökonomischer Vermögensbewertungen aber durchaus nicht überraschendes Ergebnis.⁶⁸ Die Erkenntnis, dass das Bilanzrecht ein großes Reservoir an „Handwerkszeug“ für die Schadensermittlung im Strafrecht bietet, ist einer der Verdienste eines bilanzrechtsorientierten Ansatzes, was oft unterzugehen droht, wenn eine tatsächlich oder vermeintlich gewollte Bilanzrechtsakzessorietät – im Ergebnis zu Recht – kritisiert wird.

2. Evidenter Vermögensverlust als Vermögensschaden

Wie lässt sich nun auf der einen Seite ein sinnvoller und notwendiger „Modellcharakter“ des Bilanzrechts bei der Vermögensbewertung wahren, ohne dabei in eine inakzeptable Akzessorietät „abzugleiten“? Hier bietet sich eine Parallele zu anderen Berührungspunkten zwischen Strafrecht und Bilanzrecht an. Notwendige Anleihen im Bilanzrecht werden strafrechtlich oft unter Rückgriff auf das *Evidenz-* bzw. *Unvertretbarkeitskriterium* begrenzt, das ursprünglich die strafrechtliche Geltung von unbestimmten Rechtsbegriffen oder von Generalklauseln aus dem Zivilrecht einschränken sollte⁶⁹ und heute v.a. im Kontext des Pflichtwidrigkeitsmerkmals i.S.v. § 266 StGB weit verbreitet ist.⁷⁰ In bilanzrechtlichen Zusammenhängen, z.B. bei der *Unrichtigkeit* einer Bilanz i.S.d. § 265b StGB⁷¹ oder der *unrichtigen Darstellung* i.S.d. § 331 HGB⁷², folgt daraus, dass nur eine offenkundige Unrichtigkeit als tatbestandsmäßig angesehen wird. Auch Überschuldung im insolvenzstrafrechtlichen Sinne wird erst bejaht, wenn

alle anerkannten Berechnungsmethoden zu dem Ergebnis kommen, dass die Passiva die Aktiva übersteigen.⁷³

Macht man den dahinterstehenden Gedanken⁷⁴ im vorliegenden Kontext fruchtbar, so ergibt sich daraus, dass die aktuelle Minderung des Opfervermögens bei einem möglichen Gefährdungsschaden aufgrund konkreter Tatsachen eindeutig feststehen muss.⁷⁵ Dabei kommt es aber nicht auf die Perspektive eines Bilanzsachverständigen an, für den Wertberichtigungen bereits *evident* sein mögen, die dies aus der Sicht eines Strafrichters nicht sind. Denn der Beurteilungsmaßstab eines Sachverständigen würde im Ergebnis wieder einen Schritt hin zur hier abgelehnten Akzessorietät bedeuten. Maßgeblich ist daher die Perspektive eines Nichtsachverständigen mit profunden wirtschaftlichen Kenntnissen, wie es ein Strafrichter idealtypischerweise ist.⁷⁶ Ist eine Vermögensminderung dagegen nicht ohne die Mitwirkung eines Sachverständigen feststellbar, so ist dies ein Indiz dafür, dass keine strafrechtlich relevante, i.e. keine *eindeutige* Werteinbuße anzunehmen ist.⁷⁷ Steht allerdings umgekehrt nach nur einer *wissenschaftlich anerkannten* Bewertungsmethode fest, dass *keine* Wertminderung vorliegt, so ist zu Gunsten des Angeklagten ein Vermögensschaden ausgeschlossen.⁷⁸ In Anlehnung an eine bekannte Formulierung zur Zivilrechtsakzessorietät der Untreue ließe sich somit sagen: nicht alles, was eine bilanzrechtliche Einzelwertberichtigung begründet, ist schon ein Vermögensschaden, aber wo es schon an den Voraussetzungen einer Einzelwertberichtigung fehlt, ist ein Vermögensschaden ausgeschlossen.

Diese Betrachtung steht im Einklang mit der ganz herrschenden personalen Unrechtslehre⁷⁹, weil auf diese Weise durch § 263 StGB nur solche Vermögensschädigungen als verboten gelten, die mindestens für den durchschnittlichen Normadressaten auch ex ante als solche erkennbar sind.⁸⁰ Der objektive Tatbestand des Vermögensbeschädigungsdelikts *Betrug* bleibt auf Fälle beschränkt, in denen eine Wertminderung eindeutig und

⁶⁶ Vgl. Hefendehl, Straftatsystem (Fn. 45), S. 197.

⁶⁷ Beulke/Witzigmann (JR 2008, 430, 434) bemängeln insofern zu Recht eine geringe Aussagekraft, räumen aber ebenfalls ein, dass in der bisherigen Diskussion keine überzeugenden Kriterien entwickelt wurden.

⁶⁸ Vgl. Tiedemann, a.a.O. (Fn. 26), § 263 Rn. 172 a.E., der den einzelfallorientierten Ansatz der Rechtsprechung im Grundsatz für zutreffend hält. Umso bedeutender ist die ausführliche Herausarbeitung von Fallgruppen, vgl. insbesondere Hefendehl, Vermögensgefährdung (Fn. 8), S. 256 ff.; ferner etwa Samson/Günther, in: SK-StGB, 5. A., 37. Lfg. [Juni 1996], § 263 Rn. 167a ff. und 178 ff.; Cramer, a.a.O. (Fn. 26), § 263 Rn. 143 ff. Hierdurch wird oft ein plausibler Weg zur richtigen Entscheidung vorgegeben, ohne dass die erneute Bewertung des Einzelfalles unter Berücksichtigung der jeweiligen Umstände obsolet würde.

⁶⁹ Demnach erfordert ein strafrechtlich relevanter Verstoß ein völlig unvertretbares Verhalten, das den gesicherten Kernbereich des jeweiligen Rechtsbegriffs berührt. Ausführlich Tiedemann, in: FS für Dünnebier (1982), S. 519, 530 ff.; ders., in: FS für Lackner (1987), S. 737, 746 f.; ders., in: FS für Tröndle (1989), S. 319, 327 ff.

⁷⁰ Zusp. Rönnau ZStW 119 (2007), 887, 912 m.w.N.

⁷¹ Vgl. Fischer, a.a.O. (Fn. 10), § 265b Rn. 28 m.w.N., auch zu abweichenden Ansätzen; ferner Tiedemann, in: FS für U. Weber (2004), S. 319, 325 f.

⁷² Dazu Tiedemann, GmbH-Strafrecht, 4. A. (2002), Vor §§ 82 ff. Rn. 74 m.w.N.

⁷³ So Radtke, in: MK-StGB, Bd. 4 (2006), Vor §§ 283 ff. Rn. 62; Tiedemann, a.a.O. (Fn. 26), Vor § 283 Rn. 158, – jew. m.w.N.

⁷⁴ Und zwar die im Hinblick auf Art. 103 Abs. 2 GG eingeschränkte Übertragbarkeit von Elementen aus anderen Rechtsgebieten in das Strafrecht.

⁷⁵ Ähnlich bereits Lenckner JZ 1971, 320, 321 a.E.: „sollte auf einen engen, wenigstens relativ eindeutigen Kernbereich“ reduziert werden.

⁷⁶ Ob die Anwendungspraxis bei den Instanzgerichten diesem Idealtypus in der Vergangenheit immer gerecht geworden ist, steht freilich auf einem anderen Blatt.

⁷⁷ Aus den Urteilsgründen muss klar hervorgehen, aufgrund welcher tatsächlichen Umstände ein evident erkennbarer Vermögensverlust angenommen wurde. Die Plausibilität einer solchen Annahme ist dann revisionsgerichtlich überprüfbar.

⁷⁸ Vgl. zur Bedeutung eines „Expertenurteils“ im Kontext von Ratingagenturen im Bankwesen – zu § 266 StGB – jüngst Brüning/Samson ZIP 2009, 1089, 1092.

⁷⁹ Vgl. dazu Lenckner/Eisele, a.a.O. (Fn. 26), Vor §§ 13 ff. Rn. 52 ff. m.w.N.

⁸⁰ Vgl. auch Gribbohm ZGR 1990, 1, 27, der – im Untreuekontext – kritisiert, die Strafbarkeit dürfe nicht vom Ergebnis einer unter Zuziehung von Sachverständigen ermittelten Bilanzierung abhängen.

erheblich ist.⁸¹ Beispiele für in diesem Sinne *evidente* Wertminderungen sind etwa der Erwerb einer vermeintlich garantierten Forderung gegen einen Schuldner mit in Wahrheit geringer Bonität oder die Vergabe eines nicht ausreichend besicherten Kredits an einen ebensolchen Schuldner.⁸² In weiteren – jenseits des Eingehungsbetruges in seinen unterschiedlichen Facetten – paradigmatischen Fällen des Gefährdungsschadens, wie etwa dem Beweismittelbetrug⁸³ oder dem gutgläubigen Erwerb⁸⁴, lassen sich kaum verallgemeinerungsfähige Beispiele bilden. Jedenfalls wird in beiden Fallgruppen ein nach hiesigem Verständnis evidenter Vermögensverlust nur in absoluten Ausnahmefällen in Betracht kommen, weil eine Prognose dahingehend, dass ein noch bevorstehender bzw. laufender Prozess *offenkundig* zu Lasten des potentiellen Betrugsopfers enden wird, kaum einmal nachvollziehbar zu begründen sein dürfte.⁸⁵

V. Fazit

Die aktuelle Kontroverse kann – in Anlehnung an die im Titel zugespitzte Frage – wie folgt bewertet werden: Die

⁸¹ Ähnlich für die Überschuldung im Strafrecht *Tiedemann*, a.a.O. (Fn. 26), Vor § 283 Rn. 158: „qualifizierte, eindeutige und erhebliche Überschuldung“.

⁸² *Nack* (StraFo 2008, 277, 280) spricht vom Erfordernis eines „signifikanten Ausfallrisikos“, was in der Sache dem hier befürworteten Evidenzkriterium durchaus nahe stehen dürfte.

⁸³ *Cramer*, a.a.O. (Fn. 26), § 263 Rn. 146 f. m.w.N.

⁸⁴ *Samson/Günther*, a.a.O. (Fn. 68), § 263 Rn. 179 f. m.w.N.

⁸⁵ Denkbar wäre dies für den Beweismittelbetrug etwa, wenn der Täter sich ein mit dem materiellen Recht nicht übereinstimmendes Schriftstück erschleicht, dass eine unmittelbare Anspruchsdurchsetzung gegenüber dem Opfer – z.B. im Wege des Urkundsprozesses – ermöglicht und aufgrund aller Umstände des Einzelfalles feststellbar ist, dass die prozessuale Verteidigung dagegen von vornherein praktisch aussichtslos ist.

jüngste Rechtsprechung des 1. Strafsenats ist weder geeignet, eine kopernikanische Wende in der Schadensdogmatik auszulösen, noch hat der Senat das Problem des Gefährdungsschadens als „Scheinproblem“ entlarvt und damit das bisherige Verständnis falsifiziert, wie Galilei einst das geozentrische Weltbild. Die aktuelle Debatte sollte sich weniger auf die scheinbar weitreichenden Aussagen des Senats bzgl. der Entbehrllichkeit des Gefährdungsschadens konzentrieren, sondern auf das dahinterstehende – im modernen Wirtschaftsleben an Bedeutung zunehmende⁸⁶ – Sachproblem: die Abgrenzung von tatbestandslosen und tatbestandsmäßigen Vermögensgefährdungen. Diesbezüglich hat sich gezeigt, dass eine bilanzrechtsorientierte Herangehensweise durchaus ihre Berechtigung hat, während der vom 1. Strafsenat angedeutete Schritt hin zur Bilanzrechtsakzessorietät abzulehnen ist. Jenseits aller Kontroversen ist die Bewertung von Vermögensgegenständen im Strafrecht ein bislang ungelöstes Problem. Kohärente Antworten auf diese Sachfragen zu finden, bleibt jenseits zugespitzter Kontroversen die entscheidende Aufgabe von Dogmatik und Rechtsprechung. Der hier befürwortete Ansatz – das verhehlt der Verfasser nicht – führt kaum zu einer abstrakt-begrifflichen Restriktion des Tatbestandsmerkmals *Vermögensschaden*. Vielmehr bleibt es bei einer Einzelfallbetrachtung. Dies ist aber keine Kapitulation, sondern der rechtlich zu erfassenden Materie geschuldet. Das – sicher auch „dehnbare“ – Evidenzkriterium mag angesichts dessen als zusätzliche Mahnung für den Richter zur Zurückhaltung, als eine besondere Hürde vor der Annahme eines Gefährdungsschadens dienen. Bis auf weiteres bleibt an dieser Stelle nur die Quintessenz, dass ein guter Anwender der Rechtsfigur des Gefährdungsschadens nur sein kann, wer dabei ein schlechtes Gewissen hat.

⁸⁶ Vgl. *Hefendehl*, Straftatsystem (Fn. 44), S. 186 f.

Die Aufgabe der Interessenformel des BGH – Alte Besen kehren gut?

Zugleich Anmerkung zu BGH 3 StR 372/08 – Beschluss vom 10. Februar 2009 (BGH HRRS 2009 Nr. 529)

Von Wiss. Mit. Alexandra Schwarz, Univ. Bonn

Die Frage, unter welchen Umständen sich der Vertreter¹ einer natürlichen oder juristischen Person wegen eines Sonderdelikts, dessen täterqualifizierendes Merkmal lediglich der Vertretene aufweist, strafbar machen kann, beschäftigt Rechtsprechung und Literatur seit nunmehr über einem Jahrhundert.² Nach umfangreichen gesetzgeberischen Bestrebungen, die Organ- und Vertreterhaftung positiv-rechtlich zu gestalten,³ insbesondere innerhalb straf- und zivilrechtlicher Nebengesetze,⁴ wurde schließlich 1968⁵ eine einheitliche Regelung als § 50a in das StGB eingefügt. Später erkannte man, dass es sich bei der Organ- und Vertreterhaftung nicht um ein Teilnahmeproblem handelt, so dass es einer Änderung des systematischen Standorts bedurfte. Daraufhin wurde die Norm an ihre heutige Stelle als § 14 StGB in den Abschnitt über die Grundlagen der Strafbarkeit verschoben.⁶

§ 14 StGB verlangt für eine strafrechtliche Haftung des Vertreters (unter anderem), dass dieser als solcher gehandelt haben muss. Wann ein Handeln als Vertreter vorliegt, hat bis heute keine endgültige Klärung erfahren. Die Rechtsprechung hat zur Auslegung dieses Tatbestandsmerkmals die sogenannte Interessenformel entwickelt. Nachdem diese mittlerweile als gefestigt galt,⁷ hat

der BGH jüngst die Aufgabe seiner bisherigen Rechtsprechung in Aussicht gestellt.

I. Die Entscheidung

1. Sachverhalt

Ausgangspunkt der Entscheidung war die Strafbarkeit wegen Beihilfe zum Bankrott. Ihr lag folgender Sachverhalt zugrunde: Eine in wirtschaftlichen Schwierigkeiten befindliche Unternehmensgruppe (eine GmbH & Co. KG unter der mehrere Tochtergesellschaften mbH betrieben wurden) bestellt, nachdem sich die Liquiditätsslage mehr und mehr verschlechtert, auf Empfehlung eines Rechtsanwalts einen Geschäftsführer für zwei ihrer Gesellschaften. Der neue Geschäftsführer soll – nicht zuletzt aufgrund der schlechten Liquiditätsslage – erfolgsabhängig entlohnt werden. Da er aber selbst über keinerlei Erfahrung verfügt, kommt es lediglich zu einem provisionspflichtigen Geschäftsabschluss mit einem Volumen von 1,67 Mio. €, woraus der Geschäftsführer einen Anspruch auf eine Provision in Höhe von knapp 200.000 € erwirbt. Infolge sich verstärkender Liquiditätsprobleme kündigt die Bank sämtliche Geschäftsverbindungen auf und stellt die Verbindlichkeiten aller Gesellschaften, insgesamt 23 Mio. €, fällig. Nachdem der Geschäftsführer den Banken gegenüber die Verwertung von Sicherungsgut in Aussicht stellt und eine Inaugenscheinnahme des Sicherungsguts durch Bankmitarbeiter verweigert, stellt die Bank am 26. März 2004 Insolvenzantrag gegen die gesamte Unternehmensgruppe.

In der darauffolgenden Zeit, namentlich im Zeitraum vom 31. März bis zum 7. April 2004, stellt der Geschäftsführer – in Absprache und nach Vereinbarung mit den

¹ Wobei hiermit auch Organe juristischer Personen gemeint sind. Lediglich der Übersichtlichkeit halber wird im Folgenden stets die Bezeichnung Vertreter verwendet.

² Vgl. zur Rechtsprechung: RGSt 12, 78; 33, 261; 42, 278; 60, 234; 73, 68; 73, 117; BGHSt 6, 314; 28, 371; 30, 127; 34, 221; 34, 379; zur Literatur: v. Sarwey/Boßert, Die Konkurs-Ordnung für das Deutsche Reich, 4. Auflage (1901), § 244 Rn. 1; Bruns DJ 1934, 1589; ders. JZ 1954, 12; ders. GA 1982, 1; Labsch wistra 1985, 9 und 59; Rogall in: Amelung (Hrsg.), Individuelle Verantwortung und Beteiligungsverhältnisse bei Straftaten in bürokratischen Organisationen des Staates, der Wirtschaft und der Gesellschaft (2000), S. 145 ff.

³ Vgl. die Zusammenstellung bei Rogall a.a.O. (Fn. 2), S. 145 ff.

⁴ Zu den verschiedenen Regelungen vgl. BT-Drs. IV/650, 127.

⁵ Durch das EGOWiG vom 24.05.1968, BGBl. I, 503.

⁶ Durch das 2. StrRG vom 04.07.1969, BGBl. I, 717.

⁷ Auch hat der Gesetzgeber die Rechtsprechung des BGH anerkannt, indem er durch das MoMiG das Berufsverbot des § 6 Abs. 2 GmbHG um Verurteilungen wegen Untreue

erweitert hat, „weil nach der Rechtsprechung des Bundesgerichtshofs typische Bankrottstraftaten eines Geschäftsführers dem § 266 StGB unterfallen, wenn dieser in eigenem Interesse gehandelt hat.“ BT-Drs. 16/6140, 77; vgl. auch den Befund bei Tiedemann NJW 1986, 1842, 1845 und Hager, Der Bankrott durch Organe juristischer Personen (2007), S. 215.

zwei einzigen Gesellschaftern (denen aufgrund dieses Verhaltens eine Beihilfe zum Bankrott zur Last gelegt wird) – drei Rechnungen über insgesamt fast 2 Mio. € aus und vereinnahmt diesen Betrag aus dem Gesellschaftsvermögen. Mit seiner Rechnung beansprucht der Geschäftsführer eine erfolgsunabhängige Provision sowie Erfolgsprovisionen für tatsächlich nicht zustande gekommene Geschäfte. Schließlich wird über das Vermögen der Gesellschaften das Insolvenzverfahren eröffnet.

2. Entscheidungsgründe

Die Vorinstanz, das Landgericht Oldenburg, ging davon aus, dass der Geschäftsführer durch die Vereinnahmung der Gesellschaftsgelder Vermögensbestandteile der Gesellschaft i.S.v. § 283 Abs. 1 Nr. 1 StGB entgegen den Grundsätzen ordnungsgemäßer Wirtschaft beiseite geschafft hat. Die Wirtschaftswidrigkeit sollte sich daraus ergeben, dass die in Rechnung gestellten Beträge, abgesehen von dem tatsächlich entstandenen Provisionsanspruch in Höhe von knapp 200.000 €, nicht geschuldet waren. Für die ausschlaggebende Frage, nämlich der Möglichkeit der Täterschaft des Geschäftsführers, brachte das Landgericht Oldenburg die Interessenformel des BGH zur Anwendung, wonach für eine Strafbarkeit des Vertreters wegen Bankrotts gemäß §§ 283 Abs. 1 Nr. 1, 14 Abs. 1 Nr. 1 StGB erforderlich sei, dass er zumindest auch im Interesse des Geschäftsherrn handele. Lügen dagegen ausschließlich eigennützige Motive vor, komme lediglich eine Strafbarkeit gemäß § 266 StGB in Betracht.⁸ Das LG Oldenburg ging davon aus, dass die Bezahlung der, aufgrund der ursprünglichen Vereinbarung nicht geschuldeten, Beträge im Interesse der Gesellschaft lag, da der Geschäftsführer seine weitere Tätigkeit von dieser Zahlung abhängig gemacht hatte und gelangte somit zu einer Strafbarkeit des Geschäftsführers wegen Bankrotts und einer Beihilfe der Gesellschafter hierzu.

Dem ist der BGH zunächst entgegengetreten, indem er darauf hinwies, dass das LG die Interessenformel falsch zur Anwendung gebracht habe. Ob eine Handlung im Interesse des Vertretenen liege, bestimme sich nach der bisherigen Rechtsprechung des BGH ausschließlich unter Heranziehung einer wirtschaftlichen Betrachtungsweise. Die Entlohnung eines Geschäftsführers, der in dieser Höhe ihm nicht zustehende Vergütungen verlange, liege gerade nicht im wirtschaftlichen Interesse der Gesellschaft. Eine solche Zahlung stelle sich vielmehr als die Begleichung unberechtigter Forderungen dar und könne nur als ein Handeln aufgrund eigennütziger Motive gesehen werden, welches der Gesellschaft wirtschaftlich schade. Das Einverständnis der Gesellschafter hielt der BGH in diesem Fall nicht für geeignet, den Interessenwiderstreit zwischen Geschäftsführer und Gesellschaft aufzuheben.⁹ Damit lag kein Handeln im Interesse der Gesellschaft vor, so dass eine Bankrottstrafbarkeit des

Geschäftsführers ausscheiden musste. Einer Strafbarkeit wegen Untreue stand indessen das tatbestandsausschließende Einverständnis der Gesellschafter entgegen. Da sich die Annahme einer Strafbarkeit des Geschäftsführers wegen Bankrotts aus Sicht des BGH auch aus anderen Gründen als fehlerhaft darstellte (es waren keine ausreichenden Feststellungen zur drohenden Zahlungsunfähigkeit der Gesellschaften getroffen), verwies er die Sache zur Entscheidung zurück; nicht jedoch ohne in einem obiter dictum zur Zukunft der Interessenformel Stellung zu nehmen.

Als Folge der Auseinandersetzung mit den gegen die Interessenformel in der Literatur vorgebrachten Argumenten neigt der BGH dazu, von der bisherigen Rechtsprechung abzuweichen und für die Zurechnung der Schuldnerereignis über § 14 StGB nunmehr ein Handeln des Vertreters im Geschäftskreis des Vertretenen zu fordern. Dieses soll bei rechtsgeschäftlichem Handeln gegeben sein, wenn der Vertreter entweder im Namen des Vertretenen auftritt oder Letzteren wegen der bestehenden Vertretungsmacht im Außenverhältnis die Rechtswirkungen des Geschäfts unmittelbar treffen.¹⁰ Gleiches soll gelten, wenn sich der Vertretene zur Erfüllung seiner außerstrafrechtlichen – aber strafbewehrten – Pflichten eines Vertreters bedient. Bei faktischem Handeln soll die Zustimmung des Vertretenen, unabhängig von der Rechtsform in der dieser agiert, stets, dass heißt ohne Betrachtung der wirtschaftlichen Auswirkungen, dazu führen, dass der Vertreter im Geschäftskreis des Vertretenen handelt.¹¹ Damit soll häufiger als bisher Tateinheit zwischen Bankrott und Untreue möglich sein.¹²

II. Würdigung

1. Kritik an der Interessenformel

Haupteinwand gegen die bisher von der Rechtsprechung vertretene Interessenformel ist die Verkürzung des Anwendungsbereichs der Insolvenzdelikte; führt doch die Interessenformel dazu, dass bei einer gezielten Unternehmensaushöhlung bzw. einem gezielten Herbeiführen der Insolvenz einer Gesellschaft die – sachlichsten – Insolvenzdelikte nicht zur Anwendung kommen, da ein solches Handeln (naturgemäß) nie im wirtschaftlichen Interesse der Gesellschaft liegt.¹³ Wenngleich derartige Handlungen nicht straffrei bleiben, sondern als Untreue zum Nachteil der Gesellschaft bestraft werden können, ist das Ergebnis dennoch nicht frei von Friktionen. So soll die Gefährdung der Vermögensinteressen der Gläu-

⁸ Ständige Rechtsprechung: BGHSt 28, 371, 372; BGH NJW 1969, 1494; BGHSt 30, 127, 128; 34, 221, 223; BGH NStZ 87, 279, 280; OLG Karlsruhe NJW 2006, 1364, 1365 für § 14 Abs. 2 Nr. 1 StGB; OLG Hamm wistra 1985, 158, 159; a.A. AG Halle-Saalkreis NJW 2002, 77.

⁹ BGH HRRS 2009 Nr. 529 Rn. 16; im Gegensatz zu einem Einverständnis des einzigen Komplementärs einer Personengesellschaft, vgl. BGHSt 34, 221, 223 f.

¹⁰ Anders noch BGHSt 30, 127, 129. So auch Perron in Schönke/Schröder, Kommentar zum Strafgesetzbuch 27. Auflage (2006), § 14 Rn. 26; Radtke in Münchener Kommentar zum StGB 1. Auflage (2003), § 14 Rn. 63; Rogall a.a.O. (Fn. 2), S. 174.

¹¹ So auch Radtke a.a.O. (Fn. 10) § 14 Rn. 64.

¹² BGH HRRS 2009 Nr. 529 Rn. 22 ff.

¹³ Hager a.a.O. (Fn. 7), S. 166 f.; Hoyer in Systematischer Kommentar zum Strafgesetzbuch, 7. Auflage (2002), Stand 54. Lfg., § 283 Rn. 103; Kasiske wistra 2005, 81, 85; Kindhäuser in Nomos Kommentar, 2. Auflage (2005), Vor § 283 ff. Rn. 52; Tiedemann in Leipziger Kommentar, 11. Auflage (2005), Vor § 283 Rn. 80.

biger einem Delikt unterfallen, welches das Vermögen zu Gunsten seines Inhabers schützt. Der Tatbestand der Untreue wird dadurch in ein Delikt zum mittelbaren Schutz der Gläubigerinteressen umgedeutet.¹⁴ Dies bringt beim Vorliegen eines Einverständnisses des Vermögensinhabers erhebliche Probleme mit sich: Das Einverständnis führt zum Tatbestandsausschluss, so dass der Vertreter in diesen Fällen nicht wegen einer Untreue bestraft werden kann. Die eigentlichen Opfer – die Gläubiger – haben der Handlung des Vertreters freilich nicht zugestimmt.¹⁵ Die Beschränkung des Anwendungsbereichs der Insolvenzdelikte führt so dazu, dass der bezweckte Gläubigerschutz leerläuft,¹⁶ was vor allem im Hinblick auf die besonders insolvenzanfällige GmbH problematisch ist, schließlich kommt hier überhaupt nur der Geschäftsführer für eine Bankrottstrafbarkeit in Frage.¹⁷ Auch geben die unterschiedlichen Tatbestandsvoraussetzungen des Bankrotts einerseits und der Untreue andererseits Anlass, an der Erfassung von Bankrotthandlungen durch § 266 StGB zu zweifeln. Eine Bestrafung wegen Bankrotts setzt den Eintritt der objektiven Bedingung der Strafbarkeit gemäß § 283 Abs. 6 StGB voraus. Die Tat ist nur dann strafbar, wenn der Täter seine Zahlungen eingestellt hat oder über das Vermögen das Insolvenzverfahren eröffnet oder der Eröffnungsantrag mangels Masse abgewiesen worden ist. Ein solches Korrektiv, was sicherstellt, dass abstrakt gläubigergefährdende Handlungen erst dann strafrechtlich erfasst werden, wenn die Gefährdung einen gewissen Grad erreicht hat, fehlt im Tatbestand der Untreue. Auch ergeben sich Differenzen, wenn die Tat im Versuchsstadium stecken bleibt (der Versuch des Bankrotts ist gemäß Abs. 3 strafbar, während der Versuch einer Untreue straflos ist) sowie bei fahrlässigem Verhalten (in § 283 Abs. 4, 5 StGB sind auch bestimmte Formen fahrlässiger Begehung erfasst, während § 266 StGB ein reines Vorsatzdelikt ist). Darüber hinaus ist nach überwiegender Auffassung eine Strafbarkeit gemäß § 266 StGB ausgeschlossen, wenn der Handelnde ständig flüssige Mittel zum Ausgleich des Nachteils bereithält.¹⁸ Ergibt die Sachverhaltsermittlung also, dass der Vertreter ausgleichswillig und -fähig war, entfielen eine Strafbarkeit gemäß § 266 StGB, obwohl die Vermögensinteressen der Gläubiger durch die Handlung des Vertreters möglicherweise massiv gefährdet oder sogar irreversibel verletzt wurden.¹⁹ Vorgebracht wird zudem, dass die Interessenformel zu einer nicht sachgerechten Privilegierung des Vertreters im Vergleich zum Einzelkaufmann führt. Für die strafrechtliche Haftung des Einzelkaufmanns ist nämlich unerheblich, ob er mit

seiner Handlung eigene wirtschaftliche Interessen verfolgt, so dass es für die Haftung des Vertreters nun schwerlich darauf ankommen kann.²⁰ Zu guter Letzt ist die Interessenformel dem beachtlichen Einwand ausgesetzt, für eine wichtige Gruppe der i.S.v. §§ 283 ff. StGB tatbestandsmäßigen Handlungen, nämlich den Formaldelikten, kein taugliches Kriterium zu liefern.²¹ So ist es überhaupt nicht vorstellbar, wie das Unterlassen der Buchführung bzw. das mangelhafte Führen der Bücher im wirtschaftlichen Interesse des Vertretenen liegen soll. Dies führt zu erheblichen Strafbarkeitslücken, die nicht – wie bei den bestandsbezogenen Bankrotthandlungen – mit einem Rückgriff auf § 266 StGB geschlossen werden können, schließlich führen die Formaldelikte selten zu einem nachweisbaren (!) Vermögensnachteil.²²

2. Begegnung der Kritik durch den BGH

Für die Frage, ob der Richtungswechsel des BGH dieser vorgebrachten Kritik begegnen kann, ist es lohnenswert, die Entwicklung der Interessenformel durch die Rechtsprechung nachzuzeichnen.

a) Rechtsprechungsentwicklung

Die Entwicklung der Interessenformel hat schon weit vor der Einführung des § 14 in das StGB begonnen. Ausgangspunkt waren deswegen auch andere, in der Sache aber gleichlautende Regelungen, namentlich § 83 GmbHG a.F. und § 244 KO a.F. § 83 GmbHG a.F. erklärte die Strafvorschriften der §§ 239 bis 241 KO a.F., die modifiziert in den heutigen §§ 283 ff. StGB wiederzufinden sind, auch auf den Geschäftsführer einer GmbH, welche ihre Zahlungen eingestellt hat oder über deren Vermögen das Konkursverfahren eröffnet worden ist, für anwendbar, wenn er in dieser Eigenschaft die mit Strafe bedrohte Handlung begangen hat. Gemäß § 244 KO a.F. finden die Strafvorschriften der §§ 239 bis 241 KO a.F. gegen die Mitglieder des Vorstandes einer Aktiengesellschaft oder eingetragenen Genossenschaft und gegen die Liquidatoren einer Handelsgesellschaft oder eingetragenen Genossenschaft, welche ihre Zahlungen eingestellt hat oder über deren Vermögen das Konkursverfahren eröffnet worden ist, Anwendung, wenn sie in dieser Eigenschaft die mit Strafe bedrohten Handlungen begangen haben. Die in diesen Vorschriften genannte Voraussetzung eines Handelns *in dieser Eigenschaft* ist mit dem von § 14 StGB geforderten Handeln *als* Vertreter inhaltlich gleichbedeutend, so dass die Rechtsprechung, die sich auf diese Normen bezieht, problemlos auf den heutigen § 14 StGB übertragen werden kann.²³

¹⁴ Einen solchen mittelbaren Gläubigerschutz befürwortet Reiß wistra 1989, 81, 85. Offengelassen von BGHSt 34, 379, 386.

¹⁵ Arloth NSTz 1990, 570, 573; Deutscher/Körner wistra 1996, 8, 13; Labsch wistra 1985, 1, 8.

¹⁶ Deutscher/Körner wistra 1996, 8, 12; Hoyer a.a.O. (Fn. 13) § 283 Rn. 103; Tiedemann a.a.O. (Fn. 13) Vor § 283 Rn. 80.

¹⁷ Dies hat zu dem Problem geführt, inwiefern die Zustimmung von GmbH-Gesellschaftern Grenzen unterworfen ist, vgl. hierzu BGHSt 34, 379, 387 ff. m.w.N.

¹⁸ BGHSt 15, 342, 344 m. zust. Anm. Schröder JR 61, 268; BGH NSTz 1982, 331, 332; StV 95, 302, 303; NSTz-RR 2004, 54; KG NJW 72, 218, 219; LK-Schünemann (Fn. 13) § 266 Rn. 139 m.w.N.

¹⁹ Vgl. Labsch wistra 1985, 1, 9; Winkelbauer wistra 1986, 17, 18.

²⁰ Arloth NSTz 1990, 570, 572; Tiedemann a.a.O. (Fn. 13) Vor § 283 Rn. 80.

²¹ Biletzki NSTz 1999, 537, 539; Deutscher/Körner wistra 1996, 8, 12; Tiedemann a.a.O. (Fn. 13) Vor § 283 Rn. 80; ders. NJW 1986, 1842, 1844.

²² Vgl. Tiedemann a.a.O. (Fn. 13) Vor § 283 Rn. 84.

²³ Vgl. BT-Drs. V/1319, 65; so auch BGH NJW 1969, 1494; BayObLG NJW 1969, 1495, 1496 jew. noch zu § 50a StGB; BGHSt 28, 371, 373; BGH GA 1979, 311, 313; Bruns GA 1982, 1, 26; a.A. ohne Begründung Deutscher/Körner wistra 1996, 13.

aa) RGSt 42, 278

In der ersten Entscheidung zu diesem Problemkreis – es ging um einen GmbH-Geschäftsführer, der der Gesellschaft unter dem Titel Gehalt etc. Gelder entnommen und diese für private Zwecke verbraucht hatte – stellte das RG fest, dass ein Handeln in dieser Eigenschaft i.S.v. § 83 GmbHG a.F. dann vorliegt, wenn die Handlung des Vertreters mit Bezug auf das Vermögen und den Geschäftsbetrieb der Gesellschaft vorgenommen wird, so dass all diejenigen Handlungen ausscheiden, die sich auf das Privatvermögen bzw. den privaten Geschäftsbetrieb des handelnden Vertreters beziehen.²⁴ Anschließend wandte sich der Senat der Frage zu, inwiefern die Entnahme der Gelder von dem Tatbestandsmerkmal „Betreiben von Aufwand“ i.S.v. § 240 Nr. 1 KO a.F. erfasst werden kann. Als Aufwand,²⁵ so das RG, kann nur dasjenige in Betracht kommen, was der Gesellschaft mit Rücksicht auf den Geschäftsbetrieb in unmittelbarem oder doch mittelbarem Zusammenhang mit diesem und zur Verwendung im Interessenkreise der Gesellschaft entnommen wird. Die rechtswidrige Zueignung von Vermögenswerten durch den Geschäftsführer kann jedenfalls nicht als Aufwand betrachtet werden.²⁶ Anschließend fügt der Senat noch die Feststellung hinzu, dass bei einer rechtswidrigen Zueignung von Vermögenswerten auch der für ein Handeln in dieser Eigenschaft erforderliche Bezug zum Geschäftsbetrieb der Gesellschaft fehle.²⁷ Damit hat das Reichsgericht in dieser Entscheidung das Erfordernis eines Handelns in dieser Eigenschaft zumindest negativ begrenzt: reine Privathandlungen des Vertreters sollen ebenso wenig hierunter fallen wie die rechtswidrige Zueignung von Schuldnervermögen durch den Vertreter.

bb) RGSt 73, 68

Nachdem diese Rechtsprechung des 3. Senats zunächst durch den gleichen Senat des Reichsgerichts bestätigt wurde²⁸, wich der 2. Senat hiervon ausdrücklich ab. Der Geschäftsführer einer GmbH hob vom Gesellschaftskonto 103 RM ab und verbrauchte diese für eigene Zwecke. Der Senat war der Auffassung, dass gerade in der rechtswidrigen Aneignung die schwerere Rechtsverletzung gegenüber den Gläubigern liege, so dass solche Handlungsweisen nicht aus dem Anwendungsbereich der Insolvenzstraftaten ausscheiden dürften.²⁹ Unter Betonung eines besonderen Schutzbedürfnisses der Gläubiger sollte für ein Handeln in dieser Eigenschaft ausreichend sein, wenn der Geschäftsführer unter Ausnutzung seiner tatsächlichen Machtstellung, die er als Organ der Gesellschaft innehat, und der ihm dadurch eingeräumten Möglichkeiten gehandelt habe.³⁰

²⁴ RGSt 42, 278, 280.

²⁵ Durch das erste WiKG geändert in „unwirtschaftliche Ausgabe“, ohne dass damit inhaltliche Änderungen verbunden sein sollten. Sonderausschuss BT-Drucks. 7/3441, 34; amtl. Begründung BT-Drucks. 7/5291, 18.

²⁶ RGSt 42, 278, 282.

²⁷ RGSt 42, 278, 282.

²⁸ RGSt 60, 234, 236.

²⁹ RGSt 73, 68, 70.

³⁰ RGSt 73, 68, 71.

cc) RGSt 73, 117

Kurz darauf hatte das Reichsgericht ein weiteres Mal über den Verbrauch von Gesellschaftsgeldern zu entscheiden. Für die Frage, ob durch den AG-Vorstand das Merkmal des Betriebens von Aufwand verwirklicht wurde, griff der Senat zwar die innerhalb der Rechtsprechung bestehenden Differenzen auf, nahm aber hierzu keine Stellung, da es in dem abweichenden Urteil RGSt 73, 68 um die Tatbestandsalternative des Beiseiteschaffens von Vermögensgegenständen ging, im vorliegenden Fall aber bereits der Begriff des Aufwandes dazu führe, die Worte *in dieser Eigenschaft* im Sinne der älteren Rechtsprechung (RGSt 42, 278) auszulegen.³¹

dd) BGHSt 6, 314

In der ersten Entscheidung des BGH zu diesem Problemkreis (der stellvertretende Geschäftsführer einer Baugesellschaft mbH hob wöchentlich Gelder zur Entlohnung der Arbeiter ab und behielt regelmäßig einen gewissen Betrag für sich) ging der BGH mit Blick auf die bisherige Rechtsprechung davon aus, dass der Geschäftsführer dann in seiner Eigenschaft als solcher handelt, wenn er in Bezug auf das Vermögen und den Geschäftsbetrieb der Gesellschaft sowie in deren Interesse tätig wird.³² Ein Handeln im Interesse der Gesellschaft sollte dann nicht vorliegen, wenn sich der Täter eigennützig Gesellschaftsgelder im Wege der Untreue aneignet.³³

ee) BGH 4 StR 27/69

Im Folgenden konkretisierte der BGH das Erfordernis eines Handelns im Gesellschaftsinteresse weitergehend. Der Geschäftsführer einer GmbH hatte, um sich in der Insolvenz der Gesellschaft einen Vorteil gegenüber anderen Gläubigern zu verschaffen, zur Sicherung eines Darlehens bzw. anderer Ansprüche gegen die Gesellschaft Vermögensgegenstände an sich bzw. seine Ehefrau übereignet. Trotz des eigennütigen Verhaltens des Geschäftsführers sollte hier nach Auffassung des BGH ein Handeln im Gesellschaftsinteresse vorliegen, da insoweit allein eine wirtschaftliche Betrachtungsweise maßgebend sei. Damit sah der BGH das Handeln im Interesse der Gesellschaft als Gegenteil zur Herbeiführung eines Nachteils i.S.v. § 266 StGB an.³⁴

ff) BGHSt 28, 371

Die darauffolgende Entscheidung, in der der BGH erstmals kritisch der vergangenen Rechtsprechung gegenübertrat, betraf einen GmbH Geschäftsführer, der u.a. Vermögen dadurch beiseite geschafft hat, indem er Forderungen der Gesellschaft auf das Privatkonto seiner Ehefrau einziehen ließ und diese Gelder teilweise für die Zahlung von Schmiergeldern verwandte. Der BGH stellte hier fest, dass sich eine rechtswidrige Schädigung der Gesellschaft und ein Handeln als Geschäftsführer nicht zwingend ausschließen. Die Annahme eines Exklusivi-

³¹ RGSt 73, 117, 119 f.

³² BGHSt 6, 314, 316.

³³ BGHSt 6, 314, 316.

³⁴ BGH NJW 1969, 1494.

tätsverhältnisses zwischen einem i.S.v. § 266 StGB tatbestandlichen Nachteil und einem Handeln als Vertreter könne zu Schwierigkeiten führen, wenn der Geschäftsführer die Gesellschaft durch eine in ihrem Geschäftskreis liegende Tätigkeit wirtschaftlich schädigt.³⁵ Aus diesem Grund modifizierte der BGH die Interessenformel dergestalt, dass ausreichend sein sollte, wenn der Vertreter zumindest *auch* im Interesse des Vertretenen handelt. Damit sollte nun ein Nebeneinander von Insolvenzdelikten und Untreue dann möglich sein, wenn der Vertreter mit seiner Handlung sowohl wirtschaftliche Interessen der Gesellschaft verfolgt als auch eigennützig gehandelt hat.³⁶ Mit dieser Entscheidung hat die Interessenformel ihr heutiges Gesicht bekommen.³⁷

b) Würdigung der Rechtsprechungsentwicklung

Die Rechtsprechung kann auf eine scheinbar konsistente Entwicklung zurückblicken. Allerdings werden bei näherem Hinsehen Brüche deutlich. Während das Reichsgericht in seiner ersten Entscheidung (RGSt 42, 278) für ein Handeln in dieser Eigenschaft lediglich verlangte, dass die Handlung einen Bezug zum Geschäftsbetrieb der Gesellschaft aufweisen muss, wurde dieser Bezug in der Folgezeit dahingehend konkretisiert, dass der Vertreter im Interesse der Gesellschaft gehandelt haben muss. Das Kriterium des Gesellschaftsinteresses stammt allerdings aus der Definition des Tatbestandsmerkmals Betreiben von Aufwand i.S.v. § 240 Nr. 1 KO a.F. und hat mit dem Erfordernis eines Handelns in dieser Eigenschaft nichts zu tun.³⁸ Dass das Reichsgericht im Weiteren nicht mehr sorgfältig zwischen beiden Merkmalen differenziert, zeigt sich in der folgenden Gegenüberstellung: „...entweder wären dem Angeklagten Mittel von der AG als Gehalt oder aus einer sonstigen Veranlassung im Zusammenhange mit dem Geschäftsbetrieb der AG zugeflossen; dann würde es nicht an einer Beziehung zu dem Geschäftsbetriebe fehlen, die außer Zweifel stellen würde, dass der Angeklagte dabei in seiner Eigenschaft als Verwaltungsratsmitglied aufgetreten wäre. Oder aber der Angeklagte hätte sich ohne solche Beziehung lediglich mit Hilfe der Machtstellung, die er in der AG hatte, Gesellschaftsmittel angeeignet; dann wäre das eine Untreue gegenüber der Gesellschaft gewesen; aber es läge darin kein Aufwand“³⁹. Diese nicht sachgerechte Vermischung der Begrifflichkeiten schritt immer weiter voran, so dass bald schon nicht mehr hinterfragt wurde, dass das Handeln in dieser Eigenschaft ein Handeln im Interesse der Gesellschaft voraussetzt.

Und ein Weiteres fällt auf: Die Rechtsprechung hat wiederholt das Handeln als Vertreter der rechtswidrigen Zueignung von Vermögensgegenständen im Wege der Untreue gegenübergestellt und betont, dass bei der rechtswidrigen Zueignung von Vermögensgegenständen

ein Handeln in der Eigenschaft als Vertreter nicht vorliegen könne.⁴⁰ So entwickelte sich schließlich auch die Auffassung, das Interesse sei durch eine wirtschaftliche Betrachtungsweise zu bestimmen. Freilich legt diese Gegenüberstellung die Exklusivität eines Handelns als Vertreter einerseits und der Herbeiführung eines i.S.v. § 266 StGB tatbestandsmäßigen Nachteils andererseits und damit eine wirtschaftliche Betrachtungsweise nahe. Die Begründung dieser Exklusivität beruht indessen auf einer unzulässigen Verallgemeinerung: Nur, weil ein Handeln als Vertreter bei einer eigennützig motivierten Schädigung der Gesellschaft durch den Geschäftsführer ausgeschlossen ist, heißt dies nicht auch, dass stets bei Vorliegen einer rechtswidrigen Schädigung der Gesellschaft ein Handeln als Vertreter ausgeschlossen ist. Dies erkennt auch der BGH, wenn er feststellt, dass es durchaus denkbar ist, dass der Geschäftsführer die Gesellschaft durch eine in ihrem Geschäftskreis liegende Handlung schädigt.⁴¹ Damit ist die Annahme eines Exklusivitätsverhältnisses von Insolvenzdelikten und Untreue nicht haltbar und zudem auch nicht sachgerecht, schließlich dienen beide Delikte dem Schutz völlig anderer Rechtsgüter.⁴² Dass die Rechtsprechung diesen Irrweg einschlägt, mag dem Umstand geschuldet sein, dass sie nicht ein Handeln als Vertreter und die Herbeiführung eines Vermögensnachteils gegenüberstellt, sondern offensichtlich immer einen eigennützig handelnden Geschäftsführer vor Augen hat. Gerade die Eigennützigkeit der Handlung ist jedoch keine Voraussetzung für eine Strafbarkeit wegen Untreue.

Sowohl die Forderung nach einem Handeln im Interesse der Gesellschaft als auch das wirtschaftliche Verständnis dieses Interesses stellen letztlich unbegründete Einschränkungen des grundsätzlich erforderlichen Zusammenhangs mit dem Geschäftsbetrieb der Gesellschaft dar.

c) Schlussfolgerung

Nach alledem kann es kaum mehr überraschen, dass die gegen die Interessenformel vorgebrachte Kritik im Wesentlichen ihren Ursprung in genau diesen aufgezeigten Brüchen findet. So liegt gerade in der Einführung des wirtschaftlich verstandenen Interessenkriteriums der Grund für die Zurückdrängung der Insolvenzdelikte und die Erfassung von Bankrothandlungen durch den Tatbestand der Untreue. Überdies verwundert es bei der Betrachtung der Rechtsprechungsentwicklung nicht, dass die Interessenformel für die Formaldelikte untauglich ist, schließlich wurde sie ausschließlich mit Blick auf die Entnahme von Vermögensgegenständen entwickelt.

d) Die Aufgabe der Interessenformel

Will nun der BGH seine bisherige Rechtsprechung aufgeben und stattdessen für die Zurechnung der Schuldner-eigenschaft darauf abstellen, ob der Vertreter im Geschäftskreis des Vertretenen tätig geworden ist, stellt dies

³⁵ BGHSt 28, 371, 374.

³⁶ BGHSt 28, 371, 373 f.

³⁷ In der Folgezeit stellten sich der Rechtsprechung noch weitere Probleme in diesem Zusammenhang; so, ob die Interessenformel auch auf rechtsgeschäftliche Handlungen anwendbar sei (BGHSt 30, 127) und wie sich ein Einverständnis des persönlich haftenden Gesellschafters einer KG auswirkt (BGHSt 34, 221).

³⁸ So auch Hager a.a.O. (Fn. 7), S. 147.

³⁹ RGSt 73, 117, 120.

⁴⁰ RGSt 42, 278, 282; 73, 117, 120; BGHSt 6, 314, 316; BGH NJW 1969, 1494.

⁴¹ BGHSt 28, 371, 374.

⁴² Kindhäuser a.a.O. (Fn. 13) Vor § 283 ff. Rn. 53; Ransiek Unternehmensstrafrecht, 1996, S. 91; so nun auch BGH HRRS 2009 Nr. 529 Rn. 24.

weniger eine Rechtsprechungswende als vielmehr eine Rückkehr zu den Anfängen der Auseinandersetzung mit der strafrechtlichen Organ- und Vertreterhaftung dar. Das Reichsgericht hatte in seiner ersten Entscheidung (RGSt 42, 278) für eine Zurechnung der Schuldneigenschaft zum Vertreter verlangt, dass die Handlung des Vertreters einen Bezug zum Vermögen und zum Geschäftsbetrieb der Gesellschaft aufweisen muss. Nichts anderes verlangt jüngst der BGH, wenn er es für maßgeblich hält, dass der Vertreter im Geschäftskreis des Vertretenen gehandelt hat. Dieses vom BGH vorgeschlagene Kriterium taucht bereits in älteren Entscheidungen auf, und zwar synonym für ein Handeln mit Bezug zum Geschäftsbetrieb der Gesellschaft.⁴³ Dieser Rückschritt des BGH ist zu begrüßen, beseitigt er doch die Fehlentwicklungen der Vergangenheit, die vielfach Anlass zur Kritik gegeben haben.

So ist der Anwendungsbereich der Insolvenzdelikte künftig nicht mehr durch die sachwidrigen Erfordernisse der Interessenformel begrenzt und eine Verurteilung wegen tateinheitlicher Verwirklichung von Insolvenzdelikten einerseits und Untreue andererseits wird häufiger als bisher in Betracht kommen. Damit ist der Notwendigkeit Rechnung getragen, das verwirklichte Unrecht im Schuldspruch angemessen zum Ausdruck zu bringen, indem hier berücksichtigt werden kann, dass durch die rechtswidrige Schädigung des Vermögensinhabers auch die Vermögensinteressen der Gläubiger gefährdet wurden und umgekehrt.⁴⁴ Insbesondere muss künftig die Untreue nicht mehr als Delikt zum mittelbaren Schutz der Gläubigerinteressen zweckentfremdet werden. So lässt sich auch die tatbestandsausschließende Wirkung eines Einverständnisses des Vermögensinhabers problemlos einpassen.

Auch für den Fall, dass der Vertreter die Bücher des Vertretenen nicht ordnungsgemäß oder gar nicht führt, hält der BGH eine überzeugende Lösung bereit. Hier darf eine Strafbarkeit des Vertreters weder von den wirtschaftlichen Auswirkungen noch von dem verfolgten Interesse abhängen. Es muss allein entscheidend sein, dass der Vertreter die Erledigung der Buchführung übertragen bekommen hat.⁴⁵

Nach Auffassung des BGH soll die künftige Rechtsprechung auch dazu beitragen, Ungleichbehandlungen der strafrechtlichen Haftung des Vertreters im Vergleich zur Haftung eines Einzelkaufmanns zu vermeiden.⁴⁶ Insoweit ist jedoch zu bedenken, dass mit dem Erfordernis eines

Handelns als Vertreter all diejenigen Handlungen aus dem Anwendungsbereich des § 14 StGB ausgeschlossen werden sollen, die der privaten Sphäre des Vertreters zuzurechnen sind, da eine Ausdehnung des Sonderdelikts auf derartige Handlungen nicht sachgerecht wäre.⁴⁷ Aus diesem Grund ist bei einem Vertreterhandeln immer eine Abgrenzung der verschiedenen Verantwortungsbereiche, nämlich des privaten und des vertreterbezogenen, erforderlich. Der Einzelkaufmann hingegen handelt stets im gleichen Verantwortungsbereich, nämlich seinem eigenen, so dass es hier einer solchen Abgrenzung nicht bedarf. Damit ist eine unterschiedliche Behandlung des Vertreters und des Einzelkaufmanns immanent, schließlich muss es den Vertreter zwingend entlasten, wenn dessen Handlung seinem privaten Bereich zuzuordnen ist. Freilich will § 14 StGB erreichen, dass der Vertreter bei seinen Handlungen in gleicher Weise wie der eigentlich Pflichtige der strafrechtlichen Haftung unterworfen wird. Eine solche Gleichheit der strafrechtlichen Haftung kann jedoch erst *dann* angestrebt werden, wenn zunächst festgestellt ist, dass der Vertreter tatsächlich als solcher gehandelt hat. Damit darf die Frage, *wann* ein Handeln als Vertreter vorliegt, nicht schon unter der Prämisse beantwortet werden, dass die Haftung des Vertreters der eines Einzelkaufmanns entsprechen muss. Künftig sollte also ein Augenmerk darauf gerichtet werden, nur denjenigen Kritikpunkten wirksam zu begegnen, die in der Sache berechtigt sind. Denn obwohl das Urteil des BGH auf den ersten Blick wirkt, als wären alle Unklarheiten beseitigt, leidet die Entscheidung an einem Manko, das nicht übersehen werden darf: Wenn der BGH ausführt, unter welchen Umständen bei den einzelnen in Frage kommenden Bankrott-handlungen von einem Handeln des Vertreters im Geschäftskreis der Gesellschaft auszugehen ist, unterschlägt er gerade diejenigen Bankrott-handlungen, deren Behandlung bei der Vornahme durch den Vertreter die größten Probleme bereitet: Vermögensminderungen durch faktisches Handeln, welches nicht von einem ausdrücklichen Einverständnis des Vertretenen getragen ist. Wann genau der Vertreter bei einer faktischen Vermögensminderung im Geschäftskreis des Vertretenen handeln soll, ist und bleibt ungeklärt.

Gerade deswegen bleibt zu hoffen, dass sich der BGH seines Rückschritts bewusst ist und diesen „Neubeginn“ nutzt, um die Anwendung der Insolvenzdelikte auf Vertreter in sämtlichen Tatbestandsalternativen sachgerecht zu ermöglichen.

⁴³ RGSt 73, 117, 119; BGHSt 28, 371, 374.

⁴⁴ Vgl. auch *Labsch* wistra 1985, 1, 9; *Lampe* GA 1987, 241, 252; *Ransiek* a.a.O. (Fn. 41), S. 91; *Tiedemann* a.a.O. (Fn. 13) Vor § 283 Rn. 85; *Wehleit*, Die Abgrenzung von Bankrott und Untreue (1985), S. 71.

⁴⁵ BGH HRRS 2009 Nr. 529 Rn. 23; so auch *Deutscher/Körner* wistra 1996, 8, 13; *Perron* a.a.O. (Fn. 10) § 14 Rn. 26; *Radtke* a.a.O. (Fn. 10) § 14 Rn. 64; *Rogall* a.a.O. (Fn. 2), S. 174; *Schäfer* wistra 1990, 81, 85.

⁴⁶ BGH HRRS 2009 Nr. 529 Rn. 24; Zu diesem Erfordernis vgl. *Hoyer* a.a.O. (Fn. 13) § 283 Rn. 103; *Kasiske* wistra 2005, 81, 85; *Radtke* a.a.O. (Fn. 10) § 14 Rn. 64; *Wehleit*, a.a.O. (Fn. 42), S. 91.

⁴⁷ Vgl. BT-Drs. V/1319, 65.

Eigenverantwortliche Selbstgefährdung, einverständliche Fremdgefährdung und ihre Grenzen

Besprechung zu BGH v. 20. 11. 2008 – 4 StR 328/08 (BGH HRRS 2009 Nr. 93)

Prof. Dr. Joachim Renzikowski, Univ. Halle

I. Einleitung

„Denn sie wissen nicht, was sie tun.“ Dieser Titel eines berühmten Filmes mit James Dean in der Hauptrolle trifft auch auf die Veranstalter eines illegalen Autorennens mit tödlichem Ausgang für einen Beteiligten zu. Ein derartig leichtsinniges und unverantwortliches Verhalten, welches auch andere gefährdet, verlangt geradezu nach Strafe. Betrachtet man den Sachverhalt und das Urteil des vierten Strafsenats des BGH vom 20. 11. 2008¹ genauer, so zeigt sich, dass die strafrechtliche Beurteilung nicht so eindeutig ist.

Der Entscheidung lag – kurz gefasst – folgender Sachverhalt zugrunde: A, B, C und D verabredeten sich zu einem Autorennen auf einer vierspurig ausgebauten Bundesstraße. A sollte dabei mit dem Beifahrer B in seinem frisierten Golf gegen C mit dem Beifahrer D in einem Porsche antreten. Hierzu sollten B und D das Startzeichen geben und die Fahrzeuge bei dem Rennen wechselseitig filmen. Während des Rennens beschleunigten beide Fahrzeuge auf eine Geschwindigkeit von über 200 km/h, ungeachtet einer Geschwindigkeitsbeschränkung auf 120 km/h. Auch als vor ihnen auf der rechten Fahrspur ein anderes Fahrzeug auftauchte, setzten sie das Wettrennen unbekümmert fort. Der andere Fahrzeugführer konnte einen Unfall nur dadurch vermeiden, dass er sein Fahrzeug auf die äußerste rechte Seite steuerte. Beim Überholvorgang befanden sich alle drei Fahrzeuge für kurze Zeit auf der zweispurigen Fahrbahn nebeneinander. Dabei geriet der Golf mit dem linken Reifen auf den Grünstreifen. Bei dem Versuch, gegenzusteuern, verriß A das Fahrzeug; es kam ins Schleudern und überschlug sich. Die nicht angeschnallten A und B wurden aus dem Wagen geschleudert, wobei sich B tödliche Verletzungen zuzog. Auch A wurde schwer verletzt; C und D passierte nichts.

¹ BGH, NJW 2009, 1155 ff. m. Anm. Kühl = HRRS 2009 Nr. 93.

In erster Instanz wurden A und C wegen vorsätzlicher Straßenverkehrsgefährdung nach § 315 c Abs. 1 StGB und D wegen Beihilfe hierzu verurteilt. Auf die Revision der Staatsanwaltschaft und der Mutter von B als Nebenklägerin befand der BGH A und C einer fahrlässigen Tötung für schuldig. Dabei lehnte der BGH einen Ausschluss der Zurechnung des Todes nach den Grundsätzen der eigenverantwortlichen Selbstgefährdung ab (s. dazu II.) und ging weiterhin davon aus, dass B nicht rechtswirksam in die Lebensgefahr eingewilligt habe (s. dazu III.).

II. Die Abgrenzung der eigenverantwortlichen Selbstgefährdung von der einverständlichen Fremdgefährdung

1. Der Sinn der Differenzierung

Von eigenverantwortlicher Selbstgefährdung spricht man, wenn jemand unter bestimmten Voraussetzungen, eben eigenverantwortlich, eine Handlung vornimmt, die ihn selbst gefährdet, zum Beispiel einen Berglauf.² Kommt es zu einer Verletzung, so soll sie nach h.L. dem Veranlasser oder Unterstützer der Selbstgefährdung (z.B. dem Veranstalter des Berglaufs) nicht objektiv zurechenbar sein, weil der eingetretene Erfolg nicht unter die Reichweite des Tatbestands falle. Die einschlägigen Delikte (insbes. §§ 222, 229 StGB) erfassten nämlich nur Fremdgefährdungen, nicht jedoch die Förderung von eigenverantwortlichen Selbstgefährdungen.³ Demgegenüber liegt eine einverständliche Fremdgefährdung vor, wenn sich jemand der gefährlichen Handlung eines anderen in vollem Bewusstsein des Risikos aussetzt.⁴ Die Straflosigkeit des Gefährdenden soll sich auch hier aus dem Gesichtspunkt

² S. dazu Kuhl HRRS 2008, 385 ff.

³ So insbesondere Roxin, Strafrecht. AT-1, 4. Aufl. (2006), § 11 Rn. 106, 110.

⁴ Roxin, FS Gallas (1973), S. 241, 249 f.; Dölling GA 1984, 71, 80.

des fehlenden Schutzbereichs des Tatbestands ergeben.⁵ Andere verweisen auf die Regeln der rechtfertigenden Einwilligung.⁶ Vielfach wird jedoch der Nutzen dieser Differenzierung bezweifelt. Die Gegenansicht kritisiert „die relative Willkürlichkeit der phänomenologischen Konstellationen“ und bestimmt die Strafbarkeit jeweils danach, ob der eingetretene Erfolg auf ein sorgfaltswidriges Verhalten zurückgeführt werden kann.⁷

Vom Boden eines extensiven Täterbegriffs bei den fahrlässigen Delikten, wie er von der h.L. angenommen wird⁸, ist die Unterscheidung zwischen Selbst- und Fremdgefährdung in der Tat unplausibel. Da aufbauend auf der äquivalenten Kausalität jedes Setzen einer unerlaubten Gefahr als rechtlich gleichwertig bewertet wird, kann es nicht darauf ankommen, wer was getan hat, sofern das fragliche Verhalten nur als sorgfaltswidrig qualifiziert werden kann. Daher erweist sich auch der Erst-recht-Schluss von der Straflosigkeit der vorsätzlichen Teilnahme an einer Selbsttötung auf die Straflosigkeit der fahrlässigen Ermöglichung einer Selbsttötung⁹ und weiter auf die Straflosigkeit der fahrlässigen Förderung einer fremden Selbstgefährdung¹⁰ als Fehlschluss. Solange man die Beteiligungsformen der §§ 25 ff. StGB auf vorsätzliche Delikte beschränkt, kann die – fehlende – Akzessorität der Haupttat im Bereich fahrlässigen Verhaltens keine Rolle spielen.¹¹ Die Unterscheidung zwischen Selbst- und Fremdgefährdung setzt also einen restriktiven Täterbegriff auch für die Fahrlässigkeitsdelikte voraus.

Für eine solche begriffliche Unterscheidung spricht zunächst der Begriff der Handlung. Durch die Redeweise von Handlungen individualisieren wir Urheber von Erfolgen. Handeln bedeutet nicht Verursachen im Sinne einer äquivalenten Kausierung, andernfalls wäre der Handlungsbegriff leer. Die Vorstellung, dass der Flügel-schlag eines Schmetterlings in Brasilien einen Wirbel-

sturm in Texas verursacht¹², mag ein nettes Bild für die Chaosforschung sein, ist aber für die Zurechnung völlig ungeeignet. – Beispiel: Wenn A dem B eine Säge zur Verfügung stellt, damit B mit ihr seinen Schrank zu Kleinholz verarbeiten kann und B das auch tut, so kann man eben nicht sagen, dass A den Schrank des B zerstört hätte. Es besteht ein Unterschied zwischen dem Zur-Verfügung-Stellen der Säge und dem Zersägen selbst, und dieser Unterschied hängt nicht davon ab, ob B seinerseits seinen eigenen Schrank oder den Schrank des C zersägt. Für diese Unterscheidung spielt es auch keine Rolle, ob B ohne die Säge nicht hätte entsprechend tätig werden können, und es kommt ebenso wenig darauf an, ob das Überlassen von Sägen verboten ist oder nicht.¹³ Dieser Unterschied wird durch die unbegründete Behauptung der rechtlichen Gleichwertigkeit aller Ursachen – in diesem Kontext auch Handlungen – negiert. Daran ändert sich auch nichts dadurch, dass bestimmte Handlungen gemeinsam vorgenommen werden, so z.B. die Handlung „Geschlechtsverkehr haben“.¹⁴ Es soll hier dahinstehen, ob allein diese – ganz banale – begriffliche Differenzierung zwischen einer Handlung und ihrer Ermöglichung oder Veranlassung logisch möglich ist oder ob man sich auch ein anderes begriffliches Modell ausdenken könnte.¹⁵ Jedenfalls wird sie von wesentlichen Grundannahmen unserer Verfassung impliziert: Das Bild vom Menschen als eigenverantwortliches Individuum steht im Widerspruch zu der Vorstellung, jemandem all das als eigenes Werk zuzurechnen, wozu er eine Ursache im Sinne der Äquivalenztheorie gesetzt hat. Vielmehr verwirklicht sich eine Person in ihrem Handeln selbst und wird nicht von anderen verwirklicht. Ohne diese Individualisierung wäre übrigens ein Grundrecht auf Handlungsfreiheit (Art. 2 Abs. 1 GG) überhaupt nicht denkbar.¹⁶

Weiterhin bildet dieser Handlungsbegriff den Begriff des subjektiven Rechts ab. Subjektive Rechte beschreiben dreistellige Relationen zwischen zwei Rechtssubjekten und einem bestimmten Bezugsgegenstand, aufgrund

⁵ So Roxin, AT-1, § 11 Rn. 123; ebenso OLG Zweibrücken JR 1994, 519 f. m. krit. Anm. Dölling; Hellmann, FS Roxin (2001), 271, 282 ff.

⁶ Vgl. Murmann, Die Selbstverantwortung des Opfers im Strafrecht (2005), S. 427 ff.; Beulke, FS Otto (2007), S. 207, 214 ff.; Fischer, StGB, 56. Aufl. (2009), Vor § 13 Rn. 37; abl. Hellmann, FS Roxin, S. 274 ff.

⁷ Frisch, Tatbestandsmäßiges Verhalten und Zurechnung des Erfolges (1988), S. 116 f., 149 f. et passim; Cancio Meliá, ZStW 111 (1999), 357, 375 ff.; M.-K. Meyer, Ausschluss der Autonomie durch Irrtum (1984), S. 141 ff.; Dach NSTZ 1985, 24 f.; Otto, FS Tröndle (1989), S. 157, 170 ff.; Puppe ZIS 2007, 247, 249 f.

⁸ S. Botke, Täterschaft und Gestaltungsherrschaft (1992), S. 23 ff.; Puppe in: NK-StGB, 2. Aufl. (2005), Vor § 13 Rn. 178 ff.; Roxin, AT-1, § 24 Rn. 27. Trotz gegenteiliger Beteuerung läuft auch die Ansicht von Cramer/Heine in: Schönke/Schröder, StGB, 27. Aufl. (2006), Vorbem §§ 25 ff. Rn. 7 a, 112 f. auf einen extensiven Täterbegriff hinaus.

⁹ BGHSt 24, 342, 343 f.; ebenso Dölling GA 1984, 76; Cramer/Sternberg-Lieben in: Schönke/Schröder, § 15 Rn. 165; Kühl, Strafrecht, AT, 6. Aufl. (2008), § 4 Rn. 87.

¹⁰ BGHSt 32, 262, 264 f.; Schünemann NSTZ 1982, 60, 62; Dölling GA 1984, 77; Cramer/Sternberg-Lieben in: Schönke/Schröder, § 15 Rn. 165; Roxin NSTZ 1984, 411; ders., AT-1, § 11 Rn. 107.

¹¹ S. auch Puppe ZIS 2007, 249; Renzikowski, Restriktiver Täterbegriff und fahrlässige Beteiligung (1997), 192 f. m.w.N.

¹² Vgl. Lorenz, Deterministic Nonperiodic Flow, in: Journal of the Atmospheric Sciences 20 (1963), 130 ff.: „Does the flap of a butterfly’s wings in Brazil set off a tornado in Texas?“ Um dem Einwand zu entgehen, dass Tiere nicht handeln, mag man sich an Stelle des Schmetterlings eine Frau denken, die sich bei tropischer Hitze mit einem Fächer Kühlung verschaffen möchte.

¹³ Für die Überlassung einer Schusswaffe an einen Selbstmörder – vgl. BGHSt 24, 342 ff. – der einen Killer (die schon per se nach den Regelungen des WaffG grundsätzlich verboten ist), gilt diese begriffliche Unterscheidung ganz genauso. Gegen die Schutzzwecküberlegungen von Puppe ZIS 2007, 250 ff. spricht das Verbot der Beihilfe (§ 27 StGB): Welchen Zweck sollte es sonst verfolgen als zu verhindern, dass die jeweilige Haupttat erleichtert wird? Aber dennoch hat der Gehilfe nicht getötet, s. auch Renzikowski (Fn. 11), S. 123 ff.

¹⁴ S. etwa BayObLG NJW 1990, 132 m. Anm. Dölling JR 1990, 474 ff. zur Selbstgefährdung bei einverständlichem Geschlechtsverkehr mit einem HIV-Infizierten.

¹⁵ S. etwa Jakobs, FS Lampe, (2003), S. 561, 568 f. m. Fn. 22: Der restriktive Täterbegriff kenne „nur ‚ich‘ und ‚er‘, aber nicht ‚wir‘.“ Noch drastischer Lesch, Das Problem der sukzessiven Beihilfe, S. 197: „Der restriktive Täterbegriff ist ein Irrtum.“

¹⁶ Näher zu den Grundlagen des restriktiven Täterbegriffs Renzikowski (Fn. 11), S. 67 ff.

dessen ein Rechtssubjekt die Rechtsmacht besitzt, die anderen Rechtssubjekte kraft seines Willens aus seinem Rechtskreis auszuschließen. Eine solche Rechtsposition formuliert § 903 S. 1 BGB in vorbildlicher Klarheit: „Der Eigentümer einer Sache kann ... mit der Sache nach Belieben verfahren und andere von jeder Einwirkung ausschließen.“ Diese doppelte Befugnis, nämlich zur Disposition über einen bestimmten Gegenstand und zum Ausschluss Unbefugter kennzeichnet jede Rechtsposition. Nutzungs- und Ausschlussfunktion sind somit verschiedene Beschreibungen ein und desselben Rechtsverhältnisses, einmal aus der Perspektive des Berechtigten, andermal aus der Perspektive des Nichtberechtigten.¹⁷ Die den einzelnen Deliktstatbeständen zugrunde liegenden Verhaltensnormen sind entsprechend der Ausschlussfunktion des subjektiven Rechts zu bilden: Sie untersagen die Einwirkung auf die geschützte Rechtssphäre.¹⁸ – Um noch einmal das obige Beispiel aufzugreifen: Wenn A auf Wunsch des B dessen Schrank zersägt, so trifft auf sein Verhalten die Beschreibung „Beschädigung einer fremden Sache“ zu. Dieses Verhalten wird grundsätzlich durch die § 303 StGB zugrunde liegende Verbotsnorm untersagt, vorliegend jedoch durch die Einwilligung des B gerechtfertigt. Stellt A dem B dagegen eine Säge zur Verfügung, damit B sein Mobiliar selbst zersägen kann, liegt darin keine Einwirkung auf das Eigentum des B, auch wenn B sich dieses Angebot verbitet. Ja selbst wenn A den B geradezu mit Sägen überhäufen würde, könnte das allenfalls eine Belästigung sein; einen Verstoß gegen die Norm „Du sollst fremde Sachen nicht beschädigen!“ stellt das Verleihen von Sägen nicht dar.

Damit ist freilich noch nicht gesagt, dass das Zersägen des Schrankes durch B nicht unter bestimmten Voraussetzungen auch dem A als eigene Handlung zugerechnet werden kann. Entsprechende Zurechnungskriterien enthalten die Regeln über mittelbare Täterschaft und Mittäterschaft (§ 25 Abs. 1 und 2 StGB). So ist etwa anerkannt, dass die Nötigung mittelbare Täterschaft des Nötigenden über den Genötigten begründen kann.¹⁹ Ebenfalls kann mittelbare Täterschaft vorliegen, wenn der Vordermann nicht weiß, was er tut, und der Hintermann für die fehlende Vorstellung verantwortlich ist.²⁰ Hier liegt der zutreffende Kern der Ansicht, das Opfer einer Selbstgefährdung müsse das Risiko ebenso gut überblicken wie der Veranlasser. Wenn der Veranlasser dagegen die Gefahr aufgrund überlegenen Sachwissens besser erfasse als das Opfer, insbesondere weil er zusätzliche Risikofaktoren kenne, könne von einer eigenverantwortlichen Selbstgefährdung nicht mehr gesprochen

werden.²¹ Wer gefährliche Gegenstände in den Verkehr bringt, muss die Empfänger über die Gefahren und den sicheren Umgang mit diesen Gegenständen informieren. Es liegt dann allein in der Verantwortung des Empfängers, ob er die Bedienungsanleitung beachtet.²²

Es zeigt sich freilich – und das ist den Gegnern einer Unterscheidung von Selbst- und Fremdgefährdung zuzugeben –, dass beides zusammengehört: Wer einem anderen die Einwirkung auf seine Rechtssphäre gestattet, disponiert zugleich darüber. Ausschlussfunktion und Nutzungsfunktion verhalten sich eben wie die zwei Seiten einer Medaille. Fraglich und noch längst nicht geklärt ist jedoch, ob sich die Eigenverantwortlichkeit in beiden Fallgruppen nach unterschiedlichen Kriterien beurteilt. Eine derartige Differenzierung legt etwa die „Exkulpationslösung“ nahe, wonach sich die Eigenverantwortlichkeit bei der Selbstgefährdung nach dem Maßstab der §§ 20, 35 StGB, d.h. nach den Kriterien der mittelbaren Täterschaft bestimmt, während das Einverständnis in eine Fremdgefährdung nach den Regeln der rechtfertigenden Einwilligung beurteilt wird.²³

2. Die Tatherrschaft als Abgrenzungskriterium

Der vierte Senat unterscheidet im Einklang mit Stimmen aus der Wissenschaft Eigen- und Fremdgefährdung nach dem Kriterium der Tatherrschaft.²⁴ Das ist zunächst insofern erstaunlich, als der BGH in ständiger Rechtsprechung Täterschaft und Teilnahme nicht nach dem objektiven Kriterium der Tatherrschaft, sondern nach dem subjektiv eingefärbten „Willen zur Tatherrschaft“ abgrenzt. Um das „normativ offene Wertungsproblem“ zu lösen, zieht die Rechtsprechung anhand der gesamten Umstände des festgestellten Sachverhalts verschiedene objektive und subjektive Gesichtspunkte heran wie den Einfluss des Betroffenen auf die Planung und Vorbereitung der Tat, das Mitbeherrschen des Ob und Wie des Geschehensablaufs, die Innehabung der Tatherrschaft, Art und Gewicht des eigenen Tatbeitrags sowie das eigene Interesse am Taterfolg.²⁵ Dieser „normativen Kombinationstheorie“²⁶ wird seit ehedem vorgehalten, dass sie

¹⁷ Grundlegend Haas, Kausalität und Rechtsverletzung, (2002), S. 56 f.

¹⁸ Vgl. Haas in: Kaufmann/Renzikowski (Hrsg.), Zurechnung als Operationalisierung von Verantwortung, (2004), S. 193, 220: Tat als Verhaltensweise, bei der die Rechtsmacht des beeinträchtigen subjektiven Rechts hinreichend ist, um dem Täter den Vollzug der Handlung zu untersagen.

¹⁹ Zur „Nötigungsherrschaft“ vgl. Roxin, Strafrecht. AT-2 (2003), § 25 Rn. 47 ff. m.w.N.

²⁰ Zur „Irrtumsherrschaft“ s. Roxin, AT-2, § 25 Rn. 63 ff. m.w.N.

²¹ Vgl. BGHSt 32, 265; 36, 1, 17; 49, 34, 39; BayObLG, NJW 2003, 371, 372; Frisch (Fn. 6), S. 211 f.; Fischer, StGB, Vor § 13 Rn. 36; Roxin, AT-1, § 11 Rn. 113.

²² S. dazu auch Renzikowski (Fn. 11), S. 272 ff.; etwas anderes gilt natürlich im Hinblick auf Personen, die aus welchen konstitutionellen Gründen auch immer von vornherein nicht in der Lage sind, mit diesen gefährlichen Gegenständen umzugehen (z.B. Kinder).

²³ Zur „Exkulpationslösung“ vgl. Roxin NSTz 1984, 71 f.; Dölling GA 1984, 78 f.; Charalambakis GA 1986, 485, 498 ff.; krit. Eser in: Schönke/Schröder, Vorbem §§ 211 ff. Rn. 36; Jähnke in: LK, 11. Aufl. (2002), Vor § 211 Rn. 26; Kühl, AT, § 4 Rn. 88; s. auch Renzikowski (Fn. 11), S. 94 ff. m.w.N.

²⁴ BGH NJW 2009, 1156; Walther, Eigenverantwortlichkeit und strafrechtliche Zurechnung (1991), S. 172 ff.; Duttge, FS Otto, S. 227, 244; Fischer, StGB, Vor § 13 Rn. 37; Wessels/Beulke, Strafrecht. AT, 38. Aufl. (2008), Rn. 190.

²⁵ Vgl. BGHSt 8, 393, 396 ff.; 28, 346, 349; 38, 32, 33; 48, 52, 56; NSTz 1993, 137, 138; 2006, 94; 2008, 273, 275; s. ferner Fischer, StGB, Vor § 25 Rn. 4 m.w.N.

²⁶ Roxin, AT-2, § 25 Rn. 22.

zu beliebigen Ergebnissen führe.²⁷ Abgesehen von dieser Kritik ist jedoch bemerkenswert, dass die Rechtsprechung ihre subjektiv geprägte Abschtung von Täterschaft und Teilnahme auf eine bestimmte Konstellation nie angewendet hat: Für die Differenzierung zwischen strafbarer Tötung auf Verlangen (§ 216 StGB) und strafloser Förderung eines Suizids soll seit jeher die – materiell-objektive – Tatherrschaft maßgeblich sein.²⁸ Der Grund dafür ist ebenso vordergründig wie klar: Da die Privilegierung nach § 216 StGB voraussetzt, dass der Täter durch das ernstliche Verlangen des Opfers zur Tötung bestimmt worden ist, kann die Abgrenzung zwischen Fremdtötung auf Verlangen und Förderung des Selbstmordes eines anderen nicht nach subjektiven Kriterien erfolgen. Der bereits angesprochene Widerspruch ist offensichtlich: Es kann für die Frage, wer was getan hat, nicht darauf ankommen, ob der Handelnde sich selbst oder einen anderen verletzt – für die Frage, ob die betreffende Handlung verboten ist, dagegen schon.

Auffällig ist weiterhin die recht unbekümmerte Verwendung der „Tatherrschaft“ – allerdings im Einklang mit früherer Rechtsprechung²⁹ – im Bereich fahrlässigen Verhaltens, denn die fast einhellige Ansicht hält das Tatherrschaftskriterium für ungeeignet, verschiedene Beteiligungsformen beim fahrlässigen Delikt zu unterscheiden.³⁰ Gerade deshalb soll ja im Fahrlässigkeitsbereich nur ein Einheitstäterbegriff möglich sein.

Eine detaillierte Auseinandersetzung mit der Tatherrschaftslehre ist an dieser Stelle nicht erforderlich.³¹ Es soll lediglich auf einige Missverständnisse der h.L. hingewiesen werden. So behauptet etwa *Puppe*, dass „über das Unrecht des fahrlässigen Erfolgsdelikts, die Verursachung des Erfolges durch das sorgfaltswidrige Handeln, (...) keiner, der nur fahrlässig handelt, eine tätergleiche Herrschaft“ hat. Deswegen böte sich an Stelle der Herrschaft über den Kausalprozess zum Erfolg die Herrschaft über die unerlaubte Gefahrsetzung an. „Aber die unerlaubte Gefahr ist nur ein mehr oder weniger großer Ausschnitt aus dem Kausalprozess, und jeder, der diesen unerlaubt mitverursacht, setzt schon für sich allein eine unerlaubte Gefahr.“³² Dieses Argument setzt aber gerade voraus, was es zu beweisen vorgibt, nämlich die Identität zwischen Sorgfaltspflichtverletzung und (fahrlässiger) Täterschaft. Diese Identität wird jedoch schon durch die §§ 26, 27 StGB widerlegt, denn der Teilnehmer handelt unerlaubt, was sonst? Die Schaffung einer unerlaubten Gefahr ist zunächst nichts anderes als der in jedem Deliktstatbestand vorausgesetzte Verhaltensnormverstoß.

²⁷ Statt vieler *Kühl*, AT, § 20 Rn. 35; *Roxin*, AT-2, § 25 Rn. 25.
²⁸ BGHSt 19, 135, 138 ff.; NJW 1987, 1092; OLG München, NJW 1987, 2940; s. auch *Fischer*, StGB, § 216 Rn. 4a, sowie – krit. – *Schneider* in: MüKo-StGB, Bd. 3, (2003), § 216 Rn. 42 ff.
²⁹ Vgl. BGHSt 49, 34, 39; 166, 169 m. Anm. *Stree*, NStZ 2005, 40 f.
³⁰ *Bottke* (Fn. 8), S. 32 f.; *Schlehofer*, FS Herzberg (2008), S. 355, 370 ff.; *Lackner/Kühl*, StGB, 26. Aufl. (2007), Vor § 25 Rn. 2; *Stratenwerth/Kuhlen*, Strafrecht. AT I, 5. Aufl. (2004), § 15 Rn. 77.
³¹ Grundlegend jüngst *Haas*, Die Theorie der Tatherrschaft und ihre Grundlagen (2008), S. 21 ff.
³² So pointiert in der ersten Auflage *Puppe* in: NK-StGB, Vor § 13 Rn. 163, 226.

Täter und Teilnehmer verstoßen aber gegen unterschiedliche Verhaltensnormen.³³ Davon geht übrigens auch die h.L. aus, weil sie die §§ 26, 27 StGB gerade nicht nur als Strafzumessungsregeln behandelt.³⁴ Das nachfolgende Handeln eines Zweiten ist eben im Verhältnis zum Ersthändler kein bloßer Kausalfaktor wie andere „natürliche Ursachen“ oder „Zufälle“.³⁵ Es ist auch kein Einwand, dass mehrere Beteiligte an einem Fahrlässigkeitsdelikt nicht nach dem Kriterium der Tatherrschaft unterschieden werden könnten, weil keiner von ihnen den Kausalverlauf beherrscht.³⁶ Dieses Argument spielt mit der Mehrdeutigkeit des Ausdrucks „Herrschaft“. In einem naturalistischen Sinn „beherrscht“ auch derjenige den Kausalverlauf, der durch sein Einschreiten die Tat verhindern könnte, ohne dass er dadurch schon zum Täter wird.³⁷ Aber die Tatherrschaft versteht sich als normativer Sammelbegriff für die Zuweisung der Täterschaft in bestimmten Konstellationen aufgrund einer rechtlichen Wertung³⁸, und die angebliche Unmöglichkeit einer vergleichbaren Differenzierung im Fahrlässigkeitsbereich ist nicht mehr als eine wenn auch altehrwürdige *petitio principii*.

Bemerkenswert ist, wie im vorliegenden Fall das Kriterium der Tatherrschaft angewendet wird. Tatherrschaft wandelt sich von der Herrschaft über die Tatbestandsverwirklichung (einschließlich des Erfolges) zur Herrschaft über die konkrete gefährliche Handlung, m.a.W. als „Gefährdungsherrschaft“. Maßgeblich dafür ist das „unmittelbar zum Erfolg führende Geschehen“.³⁹ Mit dem Bild des Täters als „Zentralgestalt des Handlungsgeschehens“⁴⁰ ist dieser Bezug auf die unerlaubt gefährliche Handlung indes nicht von vornherein unvereinbar. Eine so verstandene „Gefährdungsherrschaft“ lässt sich ohne weiteres verallgemeinern und für eine Beteiligungsdogmatik beim Fahrlässigkeitsdelikt fruchtbar machen – wenn dieses Kriterium überhaupt eine Bedeutung haben soll. Es wäre also damit prinzipiell möglich, fahrlässige mittelbare Täterschaft, fahrlässige Mittäterschaft sowie straflose fahrlässige Teilnahme an einer anderen Tat voneinander zu unterscheiden.⁴¹ Allein diese logisch zwingende Konsequenz zieht die h.L. bis heute nicht. „Wenn ich mir widerspreche, warum widersprechen Sie mir?“ (*Egon Friedell*).

³³ Näher dazu *Renzikowski* (Fn. 11), S. 123 ff.
³⁴ S. statt vieler *Jescheck/Weigend*, Lehrbuch des Strafrechts. AT, 5. Aufl. (1996), S. 651; *Roxin*, AT-2, § 25 Rn. 4; anders etwa *Frisch* (Fn. 7), S. 215 (m. Fn. 235), 302 f.
³⁵ So aber *Puppe* ZIS 2007, 248 f.
³⁶ *Puppe* ZIS 2007, 249.
³⁷ Vgl. *Roxin*, Täterschaft und Tatherrschaft, 8. Aufl. (2006), S. 311 f., 463 f.
³⁸ Das betont auch *Roxin*, AT-2, § 25 Rn. 12, 27.
³⁹ BGH NJW 2009, 1156; ebenso bereits BGH NJW 2003, 2326, 2327.
⁴⁰ *Roxin*, AT-2, § 25 Rn. 10.
⁴¹ In diese Richtung *Renzikowski* (Fn. 11), S. 261 ff.; grundsätzlich zustimmend *Luzon Peña/Diaz y Garcia*, FS Roxin, S. 575, 598 ff.

3. Die Zurechnung im Hinblick auf den Fahrer des anderen Fahrzeugs und seinen Beifahrer

Zunächst kann A unproblematisch der Tod des B zugerechnet werden, denn er hat in den Worten des BGH die gefährliche Handlung vorgenommen bzw. durch sein Fahrverhalten unmittelbar auf die Rechtssphäre des B eingewirkt. Zwar hat B dadurch zu seiner tödlichen Verletzung beigetragen, dass er sich nicht angeschnallt hat. Aber das Nicht-Anlegen eines Sicherheitsgurts hat für sich genommen regelmäßige keine tödlichen Folgen.

Problematisch ist dagegen die Zurechnung auch zum Verhalten des C, des Fahrers des anderen Fahrzeugs. Hierzu sagt die Urteilsbegründung zu wenig. Anknüpfungspunkt für die Zurechnung ist gemäß der ständigen Rechtsprechung eine Pflichtverletzung, die für den Erfolg kausal geworden sein muss. Als Pflichtverletzung stellt der BGH auf das unerlaubte Autorennen ab, in dessen Rahmen es zu einem ebenfalls unerlaubten Überholvorgang bei Überschreitung der zulässigen Höchstgeschwindigkeit kam. Bei C wird außerdem der unerlaubte Fahrstreifenwechsel als Ursache behandelt. Damit allerdings bewegt sich der vierte Senat ganz auf der Linie von BGHSt 7, 112. Dieser Entscheidung lag ein ähnlicher Sachverhalt zugrunde: Zwei Motorradfahrer veranstalteten auf einer öffentlichen Straße ein unerlaubtes Wettrennen. Dabei stürzte der eine unglücklich und kam ums Leben. Der BGH bestrafte den anderen wegen fahrlässiger Tötung, weil er den tödlichen Unfall dadurch verursacht habe, dass er das verbotene Wettrennen überhaupt mitgefahren sei.⁴² Nach der eingangs dargestellten Differenzierung würde man diesen Fall heute dagegen als ein typisches Beispiel einer eigenverantwortlichen Selbstgefährdung ansehen und anders entscheiden.⁴³ Die frühere Entscheidung verdeutlicht aber noch einmal die Zurechnungsproblematik: Wenn jede Setzung einer unerlaubten Gefahr rechtlich gleichwertig (äquivalent) ist, dann benötigt man besondere Gründe, um den sorgfaltswidrig verursachten Erfolg ausnahmsweise doch nicht zuzurechnen. So argumentiert auch der BGH, indem er die eigenverantwortliche Selbstgefährdung als Ausnahme von diesem Grundsatz behandelt. Die herrschende Lehre von der objektiven Zurechnung, die in einem extensiven Täterbegriff wurzelt, benachteiligt somit den Verursacher eines Schadens – obwohl nach dem Grundsatz „casum sentit dominus“ besondere Gründe dafür aufgezeigt werden müssten, dass ein anderer für den beim Rechtsinhaber eingetretenen Schaden verantwortlich ist.

Demgegenüber verschiebt der restriktive Täterbegriff die Begründungslast zu Gunsten des vermeintlichen Täters: Wenn sein Verhalten nicht als Einwirkung auf die geschützte Rechtssphäre im Sinne einer Missachtung der Ausschlussfunktion dargestellt werden kann, bedarf es zusätzlicher Regeln – nämlich entsprechend § 25 StGB –, um ihm den Erfolg trotzdem zuzurechnen.⁴⁴ An einer

derartigen Einwirkung fehlt es aber. Dazu hätte C beispielsweise das Fahrzeug des A rammen müssen.

Eine Begründung könnte etwa an die Konstellation der mittelbaren Täterschaft anknüpfen, in der der Hintermann den Vordermann nötigt. Eine Nötigung wäre hier zu bejahen, wenn C durch seine Fahrweise den A auf den Grünstreifen gedrängt hätte. Nach dem Sachverhalt betrug der Abstand zwischen den beiden Fahrzeugen während des Überholvorgangs immerhin nur 30 cm, und das bei einer Geschwindigkeit von über 200 km/h! Indes hat die erstinstanzliche Strafkammer des LG Konstanz die für § 315 c Abs. 1 StGB erforderliche konkrete Gefährdung nicht auf Seiten der Tatbeteiligten und ihrer Fahrzeuge, sondern auf Seiten des überholten dritten Fahrzeugs gesehen, und der BGH stellt diese Ansicht nicht in Frage.⁴⁵ Entscheidend ist jedoch, dass sich die Annahme einer Nötigung durch C nicht mit der Zurechnung des Todes zur Fahrweise des A verträgt. Bei A würde es dann nämlich an einer freiwilligen Handlung fehlen. Aber nach dem Sachverhalt drängt sich nicht die Annahme auf, dass A keine andere Verhaltensalternative hatte: Hätte er nicht die Geschwindigkeit vermindern und das Rennen abbrechen können? Stattdessen hat A den tödlichen Unfall dadurch verschuldet, dass er sich auf das gefährliche Überholmanöver einließ, weil er die Wettfahrt unbedingt gewinnen wollte.

Eine alternative Argumentation könnte, wie im Motorradfall, daran anschließen, dass C immerhin das Wettrennen mit veranstaltet hat, denn zu einem Rennen gehören immer mindestens zwei. Hier ist es jedoch noch nicht mit dem Hinweis getan, dass C durch seine Fahrweise die gefährliche und unfallursächliche Fahrweise des A provoziert habe. Ein schlechtes Beispiel allein begründet noch keine (Mit-)Verantwortlichkeit für das Verhalten des anderen. Die einschlägige Zurechnungsregel ist hier § 25 Abs. 2 StGB und so findet die Figur der fahrlässigen Mittäterschaft zunehmende Anerkennung.⁴⁶ C und A haben gemeinsam ein gefährliches Handlungsprojekt unternommen, nämlich das Autorennen, und die damit verbundene Lebensgefahr hat sich im Tod des B realisiert. Diese Überlegung klingt in einer beiläufigen Bemerkung des vierten Senats an, der davon spricht, dass die beiden Fahrer der am Rennen beteiligten Fahrzeuge im Verhältnis untereinander „ein in etwa gleiches Maß an Tatherrschaft besessen hätten“.⁴⁷

Bei – fahrlässiger – Mittäterschaft richtet sich der Fokus aber auch auf D, den Beifahrer von C. D trug insofern zu dem gemeinsamen Wettrennen bei, als er das Startzeichen gab und das Wettrennen von seiner Position aus filmte. Offensichtlich waren die Filmaufnahmen ein wesentlicher Bestandteil des Wettrennens, um den „Kick“ später noch einmal nachzuerleben und in der Szene damit zu prahlen. Freilich hat D nicht in die Steuerung des Fahrzeugs eingegriffen. Daran scheidet eine Mittäter-

⁴² BGHSt 7, 112, 114 f.

⁴³ Vgl. Puppe ZIS 2007, 247.

⁴⁴ Renzikowski GA 2007, 561, 574 unter Berufung auf Haas (Fn. 17), S. 280 f.; s. auch dens. (Fn. 31), S. 141 ff.

⁴⁵ Der unausgesprochene Grund hierfür könnte indes auch darin liegen, dass nach BGHSt 27, 340, 343; BGH NStZ 1992, 233; NStZ-RR 1998, 150 Tatbeteiligte nicht in den Schutzbereich des § 315 c StGB fallen.

⁴⁶ S. dazu Renzikowski, FS Otto, S. 423 ff. m.w.N.; abl. jüngst Gropp, GA 2009, 265 ff.

⁴⁷ BGH NJW 2009, 1157.

schaft jedoch noch nicht. Zwar kann nach § 315 c Abs. 1 StGB nur derjenige Täter sein, der selbst ein Fahrzeug im Straßenverkehr geführt hat. Mittäterschaft des Beifahrers scheidet demzufolge grundsätzlich aus.⁴⁸ Dies liegt aber am Charakter des § 315 c StGB als (eigenhändiges) Pflichtdelikt; für § 222 StGB gilt diese Einschränkung nicht. Daher kommt es nicht darauf an, ob ein Mittäter in eigener Person ein Tatbestandsmerkmal erfüllt, denn die Pointe des § 25 Abs. 2 StGB liegt in der wechselseitigen Zurechnung der jeweiligen Tatbeiträge als eigene Handlung. Das zugerechnete Verhalten muss lediglich in der Person des Zurechnungsadressaten tatbestandsmäßig sein. Fraglich ist somit, ob der Beitrag des D für eine mittäterschaftliche Zurechnung des Todes des B nach § 25 Abs. 2 StGB ausreicht.⁴⁹

Die Rechtsprechung stellt insofern keine hohen Anforderungen. Es soll jede auch noch so geringfügige Vorbereitungs- oder Unterstützungshandlung genügen, die sich auch in einer „intellektuellen Mitwirkung“ in Form eines Rates oder einer Bestärkung des Tatentschlusses erschöpfen kann.⁵⁰ Gelegentlich hat der BGH schon die Beteiligung an der Tatverabredung ausreichen lassen.⁵¹ Diese Anforderungen hat D erfüllt. Für seine gleichberechtigte Stellung spricht zudem der Umstand, dass derartige Wettrennen schon häufiger stattgefunden und dabei die Rollen als Fahrer und Beifahrer zwischen den Beteiligten gewechselt hatten.

Gegen Mittäterschaft des D könnte man jedoch einwenden, dass er durch sein Verhalten die Gefahr des Überholungsmanövers nicht gesteigert hat. Hätte er nicht mehr gefilmt, so hätte C gleichwohl die Wettfahrt mit A noch zu Ende führen können. Ähnlich argumentiert der BGH: Die Herrschaft über das Geschehen während des Überholvorgangs habe allein bei den Fahrzeugführern A und C gelegen; die Beifahrer seien demgegenüber nicht in der Lage gewesen, ihre Gefährdung durch eigene Handlungen abzuwenden. Diese Begründung entspricht ganz der Tatherrschaftslehre. Mangels eines Einflusses auf die Fahrweise des C hat D die Wettfahrt weder positiv, noch negativ „beherrscht“.⁵² Die Bedeutung des Ausdrucks „beherrschen“ ist jedoch auch hier unklar. Denn allein die Verabredung oder die Leistung des eigenen Beitrags zur Verwirklichung des gemeinsamen Plans ändert nichts daran, dass der Komplize immer noch selbst bestimmt, ob er seine Handlung vornimmt oder nicht. Ebenfalls kommt es nicht darauf an, ob ein Mittäter durch die Verweigerung seines Einsatzes den Deliktsplan zum Scheitern bringen könnte, denn schon die Unterscheidung zwischen Täterschaft und Teilnahme hängt nicht

davon ab, ob ein Beitrag unerlässlich ist oder nicht.⁵³ Strengere Maßstäbe legt ebenfalls an, wer die wechselseitige Zurechnung auf die besondere Gefährlichkeit der Mittäterschaft stützt, die gerade aus dem arbeitsteiligen Zusammenwirken im Ausführungsstadium der Tat resultiert.⁵⁴ Aber die besonders gefährliche Begehungsweise durch das Zusammenwirken mehrerer vor Ort findet sich als spezifisches Qualifikationsmerkmal in bestimmten Deliktsbeschreibungen des BT (vgl. §§ 124, 125, 176 a Abs. 2 Nr. 2, 224 Abs. 1 Nr. 4, 244 Abs. 1 Nr. 2, 250 Abs. 1 Nr. 2 StGB). Es ist jedoch weitgehend anerkannt, dass die Mittäterschaft nicht mit diesen sog. „Kumulationsdelikten“ zusammenfallen muss.⁵⁵ Versteht man dagegen unter Mittäterschaft Tatzuständigkeit – statt Tatherrschaft – aufgrund wechselseitiger Repräsentanz⁵⁶, dann liegt eine Mitverantwortlichkeit des D für den Tod des B nahe.

Ungeachtet dieser Streitfragen würde Mittäterschaft des D freilich dann ausscheiden, wenn das gefährliche Überholmanöver des C nicht mehr von der gemeinsamen Absprache gedeckt gewesen wäre.⁵⁷ Dabei erstreckt sich die generelle Zustimmung zu dem Rennen nicht ohne weiteres auf die konkrete Situation bei Beginn des Überholmanövers mit den sich deutlich abzeichnenden Gefahren. In diesem Fall handelte es sich um einen Exzess des Mittäters, der dem Komplizen nicht mehr über § 25 Abs. 2 StGB zugerechnet werden kann.⁵⁸ Genauere Feststellungen in diese Richtung enthält die Entscheidung jedoch nicht. Denn dem zugrunde liegenden Sachverhalt ist nicht zu entnehmen, ob D auch beim Auftauchen des anderen Fahrzeugs auf der rechten Spur etwa „Brems!“ oder „Gib Gas!“ gerufen hätte. Die Unterstellung mangelnden Risikobewusstseins⁵⁹ ist jedenfalls vor dem Hintergrund des Zweifelsgrundsatzes problematisch.

Nimmt man Mittäterschaft des D an, so würde die Begründung – mutatis mutandis – auch auf B zutreffen. B wäre – sein Einverständnis gegeben – sein Tod demnach selbst zuzurechnen. Dadurch entfällt allerdings nicht von selbst die Zurechnung seines Todes zum Verhalten des A und gegebenenfalls der anderen Beteiligten an der Wettfahrt.⁶⁰ Da A auf die Rechtssphäre des B eingewirkt hat, muss diese Einwirkung erklärt werden. Fraglich ist also, ob und inwieweit die Beteiligung des B die Verhaltenspflichten von A (und den anderen) modifiziert hat.

⁴⁸ Vgl. BGHSt 18, 6; Wohlers, ZStR 116 (1998), 95, 108 ff.; Cramer/Sternberg-Lieben in: Schönke/Schröder, § 315 c Rn. 45 m.w.N.

⁴⁹ In diese Richtung etwa Kühl NJW 2009, 1159.

⁵⁰ Vgl. BGHSt 11, 268, 271; 16, 12, 14; 39, 381, 386; BGH GA 1977, 306; NStZ 1995, 285.

⁵¹ S. BGHSt 28, 346, 348; 37, 289, 291 ff.; BGH StV 1986, 384 (m. abl. Anm. Roxin); NStZ 1995, 122.

⁵² Vgl. Roxin (Fn. 37), S. 277 ff.; ders., AT-2, § 25 Rn. 188; Rudolphi, FS Bockelmann (1979), S. 369, 373 f.; die „negative“ Tatherrschaft betonen etwa Küper JZ 1979, 775, 786; Ingelfinger JZ 1995, 704, 709 f.

⁵³ S. dazu auch Kindhäuser, FS Hollerbach, 2001, S. 627, 632. An anderer Stelle führt auch Roxin (Fn. 37, S. 40 f.) aus, dass es für die Unterscheidung zwischen Täterschaft und Teilnahme nicht darauf ankommt, ob der Beitrag für die Tatbestandsverwirklichung unerlässlich ist.

⁵⁴ Puppe NStZ 1991, 571, 572; Lampe, ZStW 119 (2007), 471, 499 f. Zur Kritik s. Haas (Fn. 31), S. 116 ff.

⁵⁵ Vgl. Deutscher NStZ 1990, 125, 127 f.; Küper GA 1997, 301, 307 ff.; ders., GA 2003, 363, 378 f.

⁵⁶ So Jakobs, FS Lampe, S. 569 Fn. 25 im Anschluss an Kindhäuser, FS Hollerbach, S. 645; s. ferner Haas (Fn. 31), S. 112 ff.

⁵⁷ So auch die Andeutung von Roxin JZ 2009, 402.

⁵⁸ Vgl. Roxin, AT-2, § 25 Rn. 194 f.

⁵⁹ So Roxin JZ 2009, 402 im Hinblick auf B.

⁶⁰ So aber Roxin JZ 2009, 403. Auch der BGH NJW 2009, 1157 deutet die Möglichkeit eines Zurechnungsausschlusses bei gleicher Tatherrschaft an.

III. Grenzen der Einwilligung in eine Lebensgefährdung

Bekanntlich setzt das Strafrecht der Disposition über die eigene Rechtssphäre Grenzen. Während Selbstverletzungen oder Selbsttötungen das Recht schon deshalb grundsätzlich nichts angehen, weil dadurch keine Rechtsbeziehung zu einem anderen berührt werden, ist das für die Einwirkung auf eine fremde Rechtssphäre anders. § 216 StGB enthält eine Einwilligungssperre für die Einwirkung auf fremdes Leben, § 228 StGB entsprechend für bestimmte Einwirkungen auf die körperliche Unversehrtheit eines anderen. Auch wenn der Tod oder die Körperverletzung in vielen Fällen entsprechend der Regel der Mittäterschaft dem Opfer zugerechnet werden kann, ändert sich nichts daran, dass seine Zustimmung die gleichwohl vorliegende Fremdeinwirkung nicht rechtfertigt.⁶¹ Der vorliegende Fall wirft jedoch die Frage auf, ob und inwieweit diese Einwilligungsschranken auch im Bereich der §§ 222, 229 StGB gelten.

Diese Frage bedarf zunächst einer Präzisierung, die sich aus dem Wesen der fahrlässigen Delikte ergibt. Den Verletzungsdelikten liegen bekanntlich Bestimmungsnormen zugrunde, die die Einwirkung auf eine fremde Rechtssphäre verbieten.⁶² Die Konkretisierung der Bestimmungsnorm im jeweiligen Einzelfall muss indes jeder Normadressat selbst leisten. So lässt sich etwa aus dem Tötungsverbot die situative Verhaltensnorm ableiten, nicht mit einem Fahrzeug eine andere Person zu überfahren. Neben solchen situativen Verhaltensnormen stehen generelle Verhaltensnormen, die entweder das Schaffen einer Gefahr verbieten (z.B. das Verbot des Führens eines Fahrzeugs im Straßenverkehr bei fehlender Fahrerlaubnis, § 21 Abs. 1 StVG) oder das Vorhalten bestimmter Gefahrenabwehrmöglichkeiten gebieten (z.B. die Einhaltung einer bestimmten Geschwindigkeit, um bei einem Hindernis anhalten zu können, vgl. § 3 StVO). Schließlich werden die situativen und generellen Verhaltensnormen durch sekundäre Erkenntnisnormen ergänzt, die von den Normadressaten verlangen, die jeweilige Situation zu beurteilen und die situative Verhaltensnorm richtig abzuleiten bzw. die generelle Verhaltensnorm zu kennen. Die Zurechnung der Verletzung einer Bestimmungsnorm setzt voraus, dass die betreffende Person zumindest eine dieser abgeleiteten Verhaltensnormen nicht beachtet hat.⁶³ Die Einwilligung bei einem Fahrlässigkeitsdelikt bezieht sich nun genau auf diese abgeleiteten Verhaltensnormen. Anders ausgedrückt: Der Inhaber der geschützten Rechtssphäre ist damit einverstanden, dass eine bestimmte Gefahr für sein Recht geschaffen wird bzw. er verzichtet auf das Vorhalten bestimmter Gefahrenabwehrmöglichkeiten. Dagegen willigt er – wie

hier⁶⁴ – nicht in den tatbestandsmäßigen Erfolg ein⁶⁵, sondern er vertraut auf einen guten Ausgang. Insofern ist die Einordnung der einverständlichen Fremdgefährdung als Zurechnungsproblem verständlich, denn die Zurechnung der Verletzung einer Bestimmungsnorm entfällt, wenn die abgeleitete Verhaltensnorm suspendiert wird. Ohne Handlungsunwert gibt es aber auch keinen Erfolgsunwert, denn ein Schaden ist strafrechtlich ohne Belang, wenn er nicht auf einem pflichtwidrigen Verhalten beruht.⁶⁶ Es wäre ungereimt, wenn sich der Rechtsinhaber, der sich bewusst auf ein Risiko eingelassen und dabei verspekuliert hat, darauf berufen könnte, dass er das so aber nicht gewollt habe. Indes gelten für das tatbestandsausschließende Einverständnis zunächst dieselben Erfordernisse wie für eine rechtfertigende Einwilligung auch: Ein wirksames Einverständnis setzt mindestens voraus, dass die betreffende Person die Tragweite ihrer Zustimmung überblickt hat. Der Schaden wird also dann nicht zugerechnet, wenn er die Folge des bewusst und freiwillig eingegangenen Risikos ist.⁶⁷ Wer demgegenüber behauptet, dass die Einwilligung des Rechtsinhabers die Sorgfaltswidrigkeit des Verhaltens, verstanden als Schaffung einer unerlaubten Gefahr, nicht betreffe⁶⁸, ignoriert den Ableitungszusammenhang aus den generellen Verhaltensnormen. Sofern diese Verhaltensnormen ein bestimmtes subjektives Recht schützen, gilt dies für die davon abgeleiteten sekundären Normen auch.

Immerhin aber ist die Konsequenz der Tod eines anderen Menschen. Aus diesem Grund hat die frühere Rechtsprechung unter Berufung auf § 216 StGB kategorisch eine wirksame Zustimmung zu einer Lebensgefährdung abgelehnt und den fahrlässigen Verursacher nach § 222 StGB bestraft.⁶⁹ Der BGH zieht nunmehr die Grenze bei einer konkreten Todesgefahr. Aus dem Normzweck der §§ 216, 228 StGB leitet er die gesetzgeberische Wertung ab, dass sich das Interesse der Allgemeinheit am Erhalt des Lebens gegen den aktuellen Willen des Betroffenen durchsetze, wenn der Einwilligende durch die Tat in eine konkrete Todesgefahr gebracht werde. Hier sei unabhängig von der tatsächlich eingetretenen Verletzung die Grenze zur Sittenwidrigkeit überschritten, wenn für die Gefährdung kein vernünftiger Grund ersichtlich sei.⁷⁰ Damit steht die Lösung des Falles fest: Da Wettrennen auf öffentlichen Straßen hochgradig unvernünftig sind und der Überholvorgang mit einer massiven Lebensgefahr verbunden war, entlastet die Zustimmung des B die anderen Beteiligten nicht.

Nach dem BGH bezieht sich die Disposition des Opfers einer einverständlichen Fremdgefährdung auf die gefährliche Handlung, nicht auf den Erfolg. Demzufolge hätten A und C (gegebenenfalls auch D) ebenfalls bestraft wer-

⁶¹ Vgl. auch Fischer, StGB, § 216 Rn. 4; Lackner/Kühl, § 216 Rn. 3; Schneider in: MüKo-StGB, § 216 Rn. 49.

⁶² Zu dem Zusammenhang zwischen primären Verhaltensnormen und sekundären Sanktionsnormen näher Renzikowski, FS Gössel (2002), S. 3 ff.

⁶³ Grundlegend dazu Ast, Normentheorie und Strafrecht (erscheint demnächst); s. auch Haas (Fn. 18), S. 219 ff.; näher zur Fahrlässigkeit als Fall der außerordentlichen Zurechnung Hruschka, Strafrecht nach logisch-analytischer Methode, 2. Aufl. (1988), S. 322 ff.; Kindhäuser GA 1994, 197, 204 ff.; Renzikowski (Fn. 11), S. 224 ff.

⁶⁴ Zu einem Sonderfall sogleich.

⁶⁵ Eine derartige Einwilligung wäre, worauf auch Roxin JZ 2009, 400 hinweist, wegen § 216 StGB unbeachtlich.

⁶⁶ Vgl. Jakobs, Strafrecht, AT, 2. Aufl. (1991), 6/76; Murmann (Fn. 6), S. 431 f.; krit. gegenüber diesem Argument Duttge, FS Otto, S. 232 ff.; Rönnau in: LK, Bd. 2, 12. Aufl. (2006), Vor § 32 Rn. 168.

⁶⁷ S. auch Hellmann, FS Roxin, S. 284; Otto, FS Tröndle, S. 174; Roxin, AT-1, § 11 Rn. 124.

⁶⁸ So Roxin, JZ 2009, 400; Hellmann, FS Roxin, S. 275 ff.

⁶⁹ S. BGHSt 4, 88, 93; 7, 112, 114.

⁷⁰ BGH NJW 2009, 1157.

den müssen, wenn B lediglich einen Körperverletzungsschaden erlitten hätte. Dagegen bezieht sich die „klassische“ Einwilligung immer auf den Erfolg. Der BGH bestätigt damit die Sichtweise derjenigen, die die einverständliche Fremdgefährdung als Zurechnungsproblem ansehen.

Mit der Betonung einer konkreten Gefahr liegt der BGH ganz auf der Linie anderer neuerer Judikate. Nach § 222 StGB strafbar waren danach eine tödlich endende Heroininjektion bei einem gesundheitlich vorgeschädigten Drogenkonsumenten⁷¹ oder eine Strangulation im Rahmen sadomasochistischer Sexualpraktiken.⁷² Auch die Literatur hat verschiedentlich Sympathie für diesen Ansatz erkennen lassen.⁷³ In diese Reihe gehören weiter zwei eher skurrile Fälle eines „Selbstmordes in mittelbarer Täterschaft“. Hier hatten die Opfer die Täter dazu gebracht, lebensgefährliche Handlungen an ihnen vorzunehmen, wobei sie ihnen vorspiegelten, dass sie diese Situationen überleben würden. Die Täter wurden jeweils wegen fahrlässiger Tötung verurteilt, weil sie die Opfer in konkrete Lebensgefahr versetzt hätten. Die Risikoeinwilligung der Opfer war daher unwirksam, weil unvernünftig. Dass die Opfer auf diese trickreiche Weise ihren eigenen Selbstmord geplant hatten, war ohnehin wegen § 216 StGB unbeachtlich.⁷⁴

Nicht näher erläutert wird jedoch das Kriterium der „konkreten Todesgefahr“. Damit schließt der BGH an den Begriff der konkreten Gefahr an, wie er etwa in den §§ 315 ff. StGB verwendet wird.⁷⁵ Die Rechtsprechung verlangt, dass sich aus der Würdigung aller Umstände aufgrund einer objektiv-nachträglichen Prognose im Sinn einer ex-ante-Beurteilung⁷⁶ ergibt, dass ein Schadenseintritt in so bedrohliche Nähe gerückt ist, dass sich seine Vermeidung nur noch als Zufall darstellt.⁷⁷ Dabei bedeutet das Zufallsmoment nicht, dass die Vermeidung des Schadens jeglicher Einflussnahme des Täters oder des Gefährdeten entzogen ist, sondern es geht darum, inwieweit unter den konkreten Umständen erwartet werden konnte, dass sich die Gefahr nicht verwirklicht. Der in diesem Zusammenhang ebenfalls verwendete Ausdruck „Beinaheunfall“⁷⁸ verdeutlicht, dass der Unterschied zwischen einer Verletzungshandlung und einer Gefährdungshandlung graduell ist. Von daher ist es verständlich, dass die Rechtsprechung die Grenzen der Dispositionsfreiheit im Interesse des Lebensschutzes weit

zieht. Die Frage ist jedoch, ob das Gesetz diese Ausdehnung hergibt.⁷⁹ Eine gezielte Tötung ist nämlich etwas anderes als eine bloße Lebensgefährdung. Warum aber eine Lebensgefährdung gegen die guten Sitten i.S.v. § 228 StGB verstoßen soll, wird vom BGH nicht näher erläutert.⁸⁰ Mehr als der generalklauselartige Verweis auf die guten Sitten steht auch nicht im Gesetz.⁸¹ Wenn aber die Einwilligungssperre des § 216 StGB aus hier nicht zu diskutierenden Gründen auf die Verursachung einer konkreten Lebensgefahr ausgedehnt werden soll, dann dürfte hierfür doch primär der Gesetzgeber zuständig sein.

Die Entscheidungsbegründung deutet lediglich an, dass nicht jede konkrete Lebensgefährdung sittenwidrig sein soll, sondern nur dann, wenn sie „unvernünftig“ ist. Im Gegenschluss muss es also auch „vernünftige“ Lebensgefährdungen geben, die nicht sittenwidrig sind. Vorstellbar wäre etwa ein gefährlicher Rettungseinsatz der Bergwacht, bei dem ein Retter aus einem Hubschrauber an der Longline abgelassen wird. Eine Windböe könnte den Hubschrauber oder den Retter gegen die Felswand schleudern. Oder bei einer schweren Krankheit bietet eine lebensgefährliche Operation die einzige Chance auf Heilung.⁸² Aber wer soll darüber entscheiden und nach welchem Maßstab? Nahe liegt eine entsprechende Anwendung des § 34 StGB. In diesem Sinn hat bereits das OLG Düsseldorf im Autosurfer-Fall darauf abgestellt, ob der Wert der mit der Gefährdung verfolgten Zwecke den in der Lebensgefährdung liegenden Unwert überwiegt.⁸³ Damit wird freilich die Autonomie des Einzelnen überspielt, denn nicht er, sondern die Gerichte entscheiden darüber, welcher Grund für eine Lebensgefährdung „vernünftig“ ist. In der Sache läuft diese Abwägungslösung auf die Entscheidung des BGHSt 7, 112 hinaus, in der bereits betont wird, dass eine Wettfahrt auf einer öffentlichen Straße keinen vernünftigen Sinn hat. Dort verlangen die Richter ebenfalls eine Einzelfallabwägung, bei der es auf das Einverständnis voll verantwortlicher Personen mit der klar erkannten Gefahr, Anlass und Zweck des Unternehmens, etwaige Vorsichtsmaßnahmen sowie das Maß der Sorglosigkeit und der Größe der Gefahr ankommen soll.⁸⁴ Im vorliegenden Fall beruft sich der BGH zwar vordergründig nicht auf den Verstoß gegen § 1 Abs. 2 StVO, weil hier – ebenso wie bei den §§ 315 b und c StGB – der Schutz der Allgemeinheit bezweckt werde, während es bei den §§ 222, 229 StGB um den Schutz des Individuums gehe. Jedoch ist es gerade der Verstoß gegen ein gesetzliches Gefährdungsverbot, der die Lebensgefährdung prima facie „unvernünftig“ macht.

⁷¹ BGHSt 49, 34 ff. m. abl. Bespr. *Sternberg-Lieben* JuS 2004, 954 ff.

⁷² BGHSt 49, 166, 173 f. m. Anm. *Hirsch* JR 2004, 475 ff. und *Arzt*, JZ 2005, 103 f.

⁷³ *S. Lenckner* in: Schönke/Schröder, Vorbem §§ 32 ff. Rn. 104; *Roxin*, AT-1, § 13 Rn. 41 f.; *Walter* in: LK, Bd. 1, 12. Aufl. (2007), Vor § 13 Rn. 129.

⁷⁴ BGH, NJW 2003, 2326 ff.; OLG Nürnberg, NJW 2003, 454 f. m. abl. Anm. *Engländer* JZ 2003, 747 f.; abl. auch *Roxin*, FS Otto, S. 441 ff.; dagegen den Entscheidungen zust. *Herzberg* NSStZ 2004, S. 1 ff. und *Küpper* JuS 2004, 757, 759 f.

⁷⁵ Zu dem methodischen Problem eines Gefahrenurteils s. *Börger*s, Studien zum Gefahrurteil im Strafrecht (2008), S. 27 ff.; *Küper*, Strafrecht. BT, 7. Aufl. (2008), S. 155 ff.

⁷⁶ BGH NJW 1985, 1036; 1995, 3131; s. auch *Gallas*, FS Heinitz (1972), S. 171, 177 ff.; *Steinberg* GA 2008, 516, 522 ff.

⁷⁷ S. BGHSt 22, 341, 344 f.; BGH NJW 1985, 1036; NSStZ-RR 1997, 18; *Steinberg* GA 2008, 525 f.

⁷⁸ BGH NJW 1995, 3131 f.; 1996, 329, 330.

⁷⁹ Das wird etwa bezweifelt von *Hardtung* in: MüKo-StGB, Bd. 3 (2003), § 228 Rn. 8 f. und *Duttge*, FS Otto, S. 231.

⁸⁰ Ebenso *Kühl* NJW 2009, 1159.

⁸¹ Zu den Bedenken gegen § 228 StGB vor dem Hintergrund des Bestimmtheitsgrundsatzes s. *Sternberg-Lieben*, Die objektiven Schranken der Einwilligung im Strafrecht (1997), S. 162; *ders.*, FS Amelung (2009), S. 332 ff.; *Paeffgen* in: NK-StGB, § 228 Rn. 44, 53.

⁸² Vgl. *Hardtung* in: MüKo-StGB, § 218 Rn. 26, 37.

⁸³ OLG Düsseldorf NSStZ-RR 1997, 325, 327 m. Bespr. *Saal* NZV 1998, 49 ff.; ebenso *Dölling* GA 1984, 71, 90 ff.; *ders.*, FS Gössel, S. 209, 213 ff.; krit. *Duttge*, FS Otto, S. 227, 230 ff.; *Roxin*, AT-1, § 11 Rn. 134 f.

⁸⁴ BGHSt 7, 112, 115.

Eine abschließende Würdigung des Urteils des BGH fällt schwer. Mag man auch der Verurteilung von A und C im

Ergebnis zustimmen, so wirft die Begründung doch mehr Fragen auf, als vom Gericht beantwortet werden.

Aufsätze und Anmerkungen

Zur Feststellung des gewerbsmäßigen Handeltreibens bei Kleindealern gem. § 29 Abs. 3 S. 2 Nr. 1 BtMG

Von Oberstaatsanwalt Dirk Lemme, Halle (Saale)

A. Kleinhandel

I. Bedeutung

Die erfolgreiche strafrechtliche Verfolgung der Drogengeschäfte von Großhändlern dürfte eher die Ausnahme sein. Professionelle Tarnung, ethnische Abschottung der Tätergruppen und die dezentrale Struktur bei Großhandel und Import erschweren die Strafverfolgung.¹ In der täglichen Praxis der Strafverfolgungsbehörden spielt dagegen die kriminelle Tätigkeit der so genannten Kleindealer auf der unteren Handelsebene eine größere Rolle.² Als Kleindealer werden hier jene Betäubungsmittelhändler bezeichnet, welche die Drogenkonsumenten - zum Beispiel im Straßenhandel - direkt mit Rauschgift versorgen.³ Mit der Strafzumessungsregel des § 29 Abs. 3 S. 2 Nr. 1 BtMG soll erreicht werden, dass sich in der illegalen Drogenszene keine Betäubungsmittelhändler etablieren, die durch wiederholte Verstöße gegen das BtMG einen Teil ihres Lebensunterhaltes zu bestreiten beabsichtigen.⁴ Der erhöhte Strafraum des § 29 Abs. 3 S. 2 Nr. 1 BtMG (1 – 15 Jahre) hat in der Praxis der Strafverfolgungsbehörden beim Kleinhandel mit geringen Mengen von Betäubungsmitteln eine erhebliche Bedeutung für die Strafzumessung.⁵ Nachfolgend soll insbesondere untersucht werden, wann von einem Nachweis des gewerbsmäßigen Handeltreibens ausgegangen werden kann, wenn ein Kleindealer zu den Tatvorwürfen schweigt oder diese bestreitet.

II. Erscheinungsformen

Bei dem Kleinhandel mit Drogen kann in grober Kategorisierung anhand der Motivation der Verkäufer zwischen *Freundschafts- bzw. Gefälligkeitsdealern*, *Konsumentendealern*,

und *Profitdealern* unterschieden werden,⁶ wobei zu beachten ist, dass die Übergänge fließend sind.⁷ Für den *Freundschafts- oder Gefälligkeitshändler* stehen zunächst überwiegend soziale und nicht finanzielle Motive im Vordergrund. Dazu gehören zum Beispiel jene Konsumenten, die bisweilen für ihren Freundeskreis die Drogen beschaffen und ohne Gewinnorientierung weiterverkaufen, weil sie einfach über die beste „Connection“ verfügen.⁸ Der *Konsumentendealer* will dagegen aus dem Gewinn seiner Handelstätigkeit seinen eigenen Drogenbedarf finanzieren,⁹ während es dem nicht drogenabhängigen *Profitdealer* auf den Gewinn als Erwerbsquelle ankommt.¹⁰

Der Einzelhandel weist je nach gehandelter Substanz große Unterschiede auf, die mit den sehr unterschiedlichen Verbrauchsgewohnheiten der Konsumenten zusammenhängen. Bei dem Kleinhandel mit Cannabis, Kokain, Heroin oder mit synthetischen Drogen können deshalb bei dem Verkauf der Betäubungsmittel die sozialen Beziehungen und die ökonomischen Interessen der Beteiligten je nach Konsumentenszene stark variieren.¹¹ Eine Übereinstimmung in den einzelnen Bereichen des Drogen-Einzelhandels ist jedoch in dem engen Zusammenhang von Handels- und Freundschaftsbeziehungen zu sehen. Händler und Verbraucher versuchen das Risiko der Entdeckung so gering wie möglich zu halten, wobei viele Kleindealer nur einen weitgehend konstanten Kreis von Stammkunden versorgen.¹² Bei der entgeltlichen Weitergabe von Cannabis und anderen Drogen stellen befreundete Personen die hauptsächliche Quelle dar.¹³ Es gibt aber auch gewinnorientiert handelnde Täter, bei denen die Beschränkung auf das Handeln im Freundeskreis nur dazu dient eine Entdeckung zu erschweren.¹⁴

¹ Hess, in: Werse (Hrsg.), Drogenmärkte (2008), S. 35.
² Dörrlamm, in: Werse (Hrsg.), Drogenmärkte (2008), S. 257.
³ Kreuzer, Handbuch des Betäubungsmittelstrafrechts (1998), § 4 Rn. 194.
⁴ Körner, BtMG, 6. Aufl. (2007), § 29 Rn. 1988.
⁵ Körner, a.a.O. (Fn.4), § 29 Rn. 2008.

⁶ Ähnlich Endriß StV 1993, 249 f.; vgl. auch Genterczewsky, in: Werse (Hrsg.), Drogenmärkte (2008), S. 156 ff.
⁷ Vgl. Genterczewsky, a.a.O. (Fn. 6), S. 156 f.
⁸ So Genterczewsky, a.a.O. (Fn. 6), S. 159 für den Handel mit Kokain.
⁹ Vgl. Endriß StV 1993, 249, 250; Hess, a.a.O. (Fn. 1), S.26.
¹⁰ Vgl. Endriß StV 1993, 249, 250.
¹¹ Werse, in: Werse (Hrsg.), Drogenmärkte (2008), S.9.
¹² Werse, a.a.O. (Fn. 11), S.10.
¹³ Werse, a.a.O. (Fn. 11), S.124.
¹⁴ Werse, a.a.O. (Fn. 11), S.124.

III. Zweck des Regelbeispiels

Die für die strafrechtliche Einordnung entscheidende Motivation des Dealers wird sehr häufig in Mischformen vorkommen (der Kleindealer will z.B. einen Freundschaftsdienst erweisen und nebenbei auch einen Gewinn erzielen), so dass schon die Einschätzung, ob überhaupt ein Handeltreiben im Sinne von § 29 Abs. 1 Nr.1 BtMG vorliegt, oftmals schwierig ist. Der Tatbestand des Handeltreibens setzt voraus, dass der Täter aus eigennützigen (eigensüchtigen) Gründen den Umsatz von Betäubungsmitteln ermöglicht oder fördert.¹⁵ Eigennützig ist eine solche Tätigkeit nur, wenn das Handeln des Täters vom Streben nach Gewinn geleitet wird oder er sich irgendeinen anderen persönlichen Vorteil verspricht, durch den er materiell oder immateriell besser gestellt wird.¹⁶ Ein immaterieller Vorteil kommt bei der gebotenen zurückhaltenden Auslegung nur in Betracht, wenn er einen objektiv messbaren Inhalt hat und den Empfänger in irgendeiner Weise tatsächlich besser stellt.¹⁷ Ein solches eigennütziges, auf Betäubungsmittelumsatz gerichtetes Handeln ist z.B. nicht schon im bloßen (gemeinsamen) Einkauf größerer Mengen für den Eigenbedarf mehrerer Drogenkonsumenten zu sehen, auch wenn dadurch ein besonders günstiger Einkaufspreis erzielt wird. Nur wenn der Täter mit der Absicht handelt, das Betäubungsmittel ganz oder teilweise mit Gewinn oder gegen einen sonstigen Vorteil¹⁸ weiterzuveräußern, erfüllt er den Tatbestand.¹⁹ Die ohnehin oftmals schwierige Einordnung, ob überhaupt ein Handeltreiben gem. § 29 Abs. 1 Nr.1 BtMG vorliegt, wird auf der untersten Handelsebene noch zusätzlich verkompliziert, wenn geklärt werden muss, ob der Täter gewerbsmäßig handelte, indem er beabsichtigte, sich eine fortlaufende Einnahmequelle im Sinne von § 29 Abs. 3 S. 2 Nr.1 BtMG zu verschaffen. Die Bedeutung dieser Einordnung liegt darin, dass Handeltreiben gem. § 29 Abs. 1 Nr. 1 BtMG mit einer Freiheitsstrafe bis zu 5 Jahren oder Geldstrafe bestraft wird, während bei gewerbsmäßigen Handeltreiben grundsätzlich ein deutlich angehobener Strafraum von 1 – 15 Jahren anzunehmen ist. Veräußerungen auf der untersten Handelsebene werden vielfach durch den Absatz von wenigen Konsumeinheiten und kleinen Mengen gegen Zahlung entsprechend geringer Geldbeträge geprägt, wobei sowohl „einfaches“ als auch gewerbsmäßiges Handeltreiben vorliegen kann.²⁰ Eine fortlaufende Gewinnerzielungsabsicht von einigem Umfang und einiger Dauer, wie sie die Annahme der Gewerbsmäßigkeit erfordert, ist bei dem Kleinhandel oft darauf gerichtet, durch ein intensiveres Handeltreiben und eine größere-

re Zahl von Einzelverkäufen Einkommen zu erzielen. Dabei ist häufig ein hohes Maß an Professionalisierung durch Nutzung von Tarnidentitäten, Telekommunikation, Internet sowie durch Verdeckung der Geschäfte im Freundeskreis oder durch Mobilität bei der Durchführung der einzelnen Verkäufe festzustellen.²¹ Angehörige dieser Tätergruppe bestreiten die Tatvorwürfe häufig oder machen von ihrem Schweigerecht Gebrauch. Gerade zur effektiven Bekämpfung dieser professionellen Art des Handeltreibens ist es jedoch wichtig, dass der Nachweis eines gewerbsmäßigen Handeltreibens gem. § 29 Abs. 3 Satz 2 Nr. 1 BtMG gelingt. Aufgrund der geschickten Verdeckung der Geschäftstätigkeit, des häufigen Wechsels der Telekommunikationseinrichtungen und der Handelsörtlichkeiten, der fehlenden Bereitschaft von Drogenkonsumenten ihren Dealer zu benennen bzw. ihres durch intensiven Konsum verursachten Unvermögens, bestimmten Händlern einzelne konkrete Verkäufe unter Benennung von Zeit, Ort, Menge und Preis zuzuordnen, können auch Intensivtäter des Öfteren nur wegen weniger Taten angeklagt werden. Nur wenn in diesen Fällen ein gewerbsmäßiges Handeltreiben mit dem erhöhten Strafraum von 1 –15 Jahren angenommen werden kann, ist die Ausurteilung von Freiheitsstrafen durchsetzbar. Geht das Tatgericht bei wenigen Fällen und Kleinstumsätzen dagegen nur von einem „einfachen“ Handeltreiben und dem Strafraum des § 29 Abs. 1 Nr. 1 BtMG aus, so werden die Täter – auch wegen der relativ hohen Anforderungen an die Verurteilung zu kurzen Freiheitsstrafen gem. § 47 StGB²² – regelmäßig nur zu Geldstrafen verurteilt,²³ die kaum abschreckend sind und die Bemühungen von Polizei und Staatsanwaltschaft zur Eindämmung des intensiven Einzelhandels in diesen Fällen als wirkungslos erscheinen lassen. Auf der anderen Seite gilt es diejenigen, die nur gelegentlich, aus Gefälligkeit oder Angeberei, aber eben nicht mit Gewinnerzielungsabsicht gemäß § 29 Abs. 3 S. 2 Nr. 1 BtMG Betäubungsmittel verkaufen vor der Ausurteilung von zu hohen Strafen aufgrund des Regelbeispiels zu schützen.

B. Gewerbsmäßigkeit gem. § 29 Abs. 3 Satz 2 Nr. 1 BtMG

Gewerbsmäßig gem. § 29 Abs. 3 Satz 2 Nr. 1 BtMG handelt der Kleindealer, der sich eine fortlaufende Einnahmequelle von einiger Dauer und einigem Umfang durch wiederholte Tatbegehung verschaffen will.²⁴

I. Fortlaufende Einnahmequelle

Der Handel mit Betäubungsmitteln muss nicht die Haupteinnahmequelle sein.²⁵ Es ist ausreichend, wenn mit dem Betäubungsmittelhandel ein Nebenerwerb von einigem Gewicht und einigem Umfang angestrebt wird.²⁶ Es kommt für die Annahme des Regelbeispiels auch nicht darauf an, dass der Kleindealer einen ständigen Geldfluss

¹⁵ St. Rspr., vgl. BGHSt 31, 145, 147 f.

¹⁶ BGHR BtMG § 29 Abs. 1 Nr. 1 Handeltreiben 34.

¹⁷ BGHR BtMG § 29 Abs. 1 Nr. 1 Handeltreiben 41.

¹⁸ Der Wunsch eine Liebesbeziehung aufrechtzuerhalten ist jedoch nicht ausreichend - BGHR BtMG § 29 Abs. 1 Nr. 1 Handeltreiben 34.

¹⁹ BGH StV 1984, 248.

²⁰ Handeltreiben mit Betäubungsmitteln in nicht geringer Menge wird allein vom Verbrechenstatbestand des § 29a Abs. 1 Nr. 2 BtMG erfaßt, hinter den der Grundtatbestand des Handeltreibens mit Betäubungsmitteln zurücktritt (BGH NStZ 1994, 39). Das Merkmal der Gewerbsmäßigkeit im Sinne des § 29 Abs. 3 Satz 2 Nr. 1 BtMG kann bei der Strafzumessung zu Lasten des Angeklagten Berücksichtigung finden.

²¹ Körner, a.a.O. (Fn.4), § 29 Rn. 2008.

²² OLG Frankfurt StV 1997, 252, 253 f.

²³ Körner, a.a.O. (Fn.4), § 29 Rn. 2008.

²⁴ BGHR BtMG § 29 Abs. 3 Nr.1 Gewerbsmäßigkeit 5.

²⁵ Weber, BtMG, 3. Aufl. (2009), § 29 Rn. 1711.

²⁶ BGH StV 1986, 385.

oder eine Umsetzung von Bargeld als Einnahmequelle anstrebt.²⁷ Es genügt, wenn er geldwerte Vermögensvorteile erhalten oder Aufwendungen einsparen will.²⁸ Der Gewerbsmäßigkeit steht grundsätzlich nicht entgegen, dass ein Kleindealer, der selbst drogenabhängig ist, sich durch seine Geschäftstätigkeit Mittel zur Befriedigung seiner Sucht in Form von Betäubungsmitteln oder in Form von Geld beschaffen will.²⁹ Es ist dagegen nicht ausreichend, wenn sich der Täter keine fortlaufende Einnahmequelle verschaffen will sondern lediglich eine fortlaufende Konsumquelle. Der Bezug von Betäubungsmitteln zu günstigen Bedingungen für den laufenden Eigenkonsum mag eine Kostenersparnis bedeuten. Er ist jedoch keine Einnahmequelle.³⁰

II. Einige Dauer

Das Erfordernis einer (gesuchten) Tätigkeit von einiger Dauer bedeutet nicht, dass der Kleindealer unbegrenzte Zeit, monate- oder jahrelang, den Betäubungsmittelhandel betrieben haben muss.³¹ Diese Anforderung soll das Verharren im unerlaubten Drogenhandel umschreiben und Augenblickstaten davon abgrenzen.³²

III. Einiger Umfang

Ein außergewöhnlicher Umfang, besondere Verwerflichkeit, ein ausgeprägt nachhaltiges Handeln, ein übersteigertes Erwerbsstreben oder eine Gewinnsucht des Kleindealers ist nicht vorausgesetzt.³³ Die Gewerbsmäßigkeit erfordert nicht, dass der Täter seinen Erwerb in einem ungewöhnlichen, ungesunden oder sittlich anstößigen Maße betätigt.³⁴ Es ist nicht erforderlich, dass er vorhat, aus seinem Tun ein kriminelles Gewerbe zu machen³⁵ oder im Rahmen eines Gewerbes handelt.³⁶ Wenn solche Umstände nicht vorliegen, wird dies grundsätzlich auch die Regelwirkung der Vorschrift nicht außer Kraft setzen können.³⁷ Die Gewerbsmäßigkeit liegt auf der Hand, wenn der Kleindealer keine anderen Einkünfte hatte oder der Handel mit Betäubungsmitteln seine Haupteinnahmequelle gewesen ist. Im Allgemeinen sind die Einkünfte aus dem Einzelhandel mit Betäubungsmitteln allerdings nicht gerade üppig.³⁸ Die Frage, wie hoch die erstrebten beziehungsweise erzielten Gewinne sein müssen, um von einer fortlaufenden Einnahmequelle von einigem Umfang oder einigem Gewicht ausgehen zu können, unterliegt der tatrichterlichen Beweiswürdigung im Einzelfall.³⁹

²⁷ Körner, a.a.O. (Fn.4), § 29 Rn. 1993.

²⁸ Körner, a.a.O. (Fn.4), § 29 Rn. 1993 m.w.N.

²⁹ BGH, StV 1983, 281; Körner, a.a.O. (Fn. 4), § 29 Rn. 1993.

³⁰ Körner, a.a.O. (Fn.4), § 29 Rn. 1994.

³¹ Körner, a.a.O. (Fn.4), § 29 Rn. 1996.

³² BGHSt 1, 383; Körner, a.a.O. (Fn. 4), § 29 Rn. 1996.

³³ BGH StV 1983, 281.

³⁴ BGH StV 1983, 281.

³⁵ BGHSt 1, 383; BGH NStZ 1995, 85

³⁶ Malek, Betäubungsmittelstrafrecht, 3. Aufl. (2008), S. 167.

³⁷ Franke/Wienroeder Betäubungsmittelgesetz, 3. Aufl. (2008), § 29 Rn. 222.

³⁸ Kreuzer, a.a.O. (Fn. 3), § 4 Rn. 189.

³⁹ BGH StV 1986, 385.

IV. Wiederholungsabsicht

Die Wiederholungsabsicht erfordert nicht, dass bereits mehrere Taten begangen worden sind.⁴⁰ Bereits das erstmalige Handelstreiben kann die Annahme der Gewerbsmäßigkeit rechtfertigen, wenn es die Absicht des Täters war, die Tat zur Schaffung einer fortlaufenden Einnahmequelle durch Betäubungsmittelgeschäfte zu wiederholen.⁴¹ Entwickelt der Täter, z.B. ein drogensüchtiger Kleindealer, den Willen zur wiederholten Durchführung dieser Geschäfte nicht von Anfang an, sondern lediglich nach der ersten Absatzhandlung notgedrungen und schrittweise, so kann bei der ersten Tat von der Absicht, sich eine fortlaufende Einnahmequelle von einiger Dauer zu verschaffen dagegen nicht gesprochen werden.⁴²

Die Absicht der wiederholten Tatbegehung muss auf mehrere Handlungen im natürlichen Sinn gerichtet sein.⁴³ Mehrere Willensbetätigungen eines Täters, z.B. beim Absatz von Betäubungsmitteln im Straßenhandel an verschiedene Konsumenten in einem engen örtlichen und zeitlichem Zusammenhang, bei denen die Voraussetzungen der natürlichen Handlungseinheit anzunehmen sind, genügen nicht zur Annahme der Gewerbsmäßigkeit.⁴⁴ Die Zusammenfassung mehrerer Handlungen im natürlichen Sinn im Rahmen einer Bewertungseinheit schließt die Gewerbsmäßigkeit indes nicht aus.⁴⁵ Auch bei einem Kleindealer, der Betäubungsmittel in einem einzigen Vorgang erlangt und beabsichtigt, es portionsweise weiter zu verkaufen, um sich eine fortlaufende Einnahmequelle zu verschaffen, ist gewerbsmäßiges Handeln gegeben.⁴⁶ Dies wurde dagegen nicht angenommen, wenn er zunächst nur vorhatte, das Rauschgift in einem Vorgang zu veräußern.⁴⁷

C. Feststellung der Gewerbsmäßigkeit

I. Allgemeine Darlegungsobliegenheiten

1. Feststellungen im Urteil

Liegt nach der Auffassung des Tatrichters das Regelbeispiel des gewerbsmäßigen Handelns vor, müssen hierzu im Urteil Feststellungen getroffen werden. Zumindest müssen in diesem Zusammenhang Einzelheiten zur (beabsichtigten) Vorgehensweise des Täters mitgeteilt

⁴⁰ BGH NStZ 1995, 85; OLG Düsseldorf NStZ-RR 1999, 310 f.

⁴¹ BGH NStZ 1985, 85; OLG Düsseldorf NStZ-RR 1999, 310 f.

⁴² BGHR BtMG § 29 Abs. 3 Nr. 1 Gewerbsmäßig Nr. 3.

⁴³ Weber, a.a.O. (Fn. 25), § 29 Rn. 1705.

⁴⁴ Weber, a.a.O. (Fn. 25), § 29 Rn. 1705.

⁴⁵ BGHR BtMG § 29 Abs. 3 Nr. 1 Gewerbsmäßig 4 - eine entsprechende Rechtsprechung galt im Falle der Annahme einer fortgesetzten Handlung - BGHSt 26, 4; Weber, a.a.O. (Fn. 25), § 29 Rn. 1706; a.A. Franke/Wienroeder, a.a.O. (Fn. 37), § 29 Rn. 221.

⁴⁶ Vgl. BGHR BtMG § 29 Abs. 3 Nr. 1 Gewerbsmäßig 4; Weber, a.a.O. (Fn. 25), § 29 Rn. 1707.

⁴⁷ So BGHR BtMG § 29 Abs. 3 Nr. 1 Gewerbsmäßig 3; Franke/Wienroeder, a.a.O. (Fn. 37), § 29 Rn 221; a.A. Weber, a.a.O. (Fn. 25), § 29 Rn. 1708; Endriß StV 1993, 249 f.

werden.⁴⁸ Eine bloß formelhafte Behandlung der Frage durch einfache Wiedergabe der Definition der Gewerbsmäßigkeit ist nicht hinreichend. Auch die Angabe nur weniger für die Gewerbsmäßigkeit sprechender Beweisanzeichen genügt nicht den Anforderungen, wenn sich außergewöhnliche Umstände aus den Feststellungen ergeben und sich das Urteil nicht mit den gegen eine Gewinnerzielungsabsicht sprechenden Anzeichen auseinandersetzt.⁴⁹ Andererseits kann auch bei nur wenigen nachgewiesenen Taten mit Kleinstumsätzen das Regelbeispiel nicht abgelehnt werden, wenn eine Gesamtabwägung aller Indizien für die Gewerbsmäßigkeit spricht.⁵⁰

2. Indizwirkung des Regelbeispiels

Die Annahme gewerbsmäßigen Handeltreibens mit Betäubungsmitteln hat nicht zwingend die Anwendung des erhöhten Strafrahmens des § 29 Abs. 3 Satz 2 Nr. 1 BtMG zur Folge.⁵¹ Die indizielle Bedeutung des Regelbeispiels wird vielmehr dann entkräftet, wenn in der Tat oder in der Person des Täters besondere Umstände festgestellt worden sind, die das Unrecht oder seine Schuld deutlich vom Regelfall abheben und deshalb im Einzelfall die Anwendung des erschwerten Strafrahmens nicht angemessen erscheinen lassen.⁵² Diese können beispielsweise in der Persönlichkeit des Angeklagten (Drogenabhängigkeit, Neigung zum Alkohol- und Tablettenmissbrauch, fehlende Vorstrafen) zu sehen sein oder in der geringeren Menge des gehandelten Rauschgifts.⁵³ Eine Erörterung in den Urteilsgründen, ob die Indizwirkung des Regelbeispiels entkräftet wird, ist nur dann nicht erforderlich, wenn die Anwendung des normalen Strafrahmens fern liegt.⁵⁴

Ob der Strafrahmen des Regelbeispiels Anwendung findet, kann der Tatrichter erst nach einer umfassenden Abwägung aller Umstände im Rahmen einer Gesamtwürdigung entscheiden.⁵⁵ Ein Urteil, dem nicht zu entnehmen ist, ob sich der Tatrichter bei Annahme der Gewerbsmäßigkeit der Notwendigkeit einer solchen Gesamtwürdigung bewusst war, kann im Rechtsfolgenanspruch aufgehoben werden.⁵⁶

II. Periodengewinn

1. Kleinhandel als Einnahmequelle

Es ist sicherlich zutreffend, dass die Frage, wie hoch die erzielten beziehungsweise erstrebten Gewinne für die Annahme der Gewerbsmäßigkeit sein müssen, der tat-

richterlichen Beweiswürdigung im Einzelfall unterliegt.⁵⁷ Diese Rechtsprechung gibt dem Praktiker bei der Feststellung der Gewerbsmäßigkeit allerdings keine Orientierungshilfe. Die vorgegebene Definition der Gewerbsmäßigkeit, als das sich durch eine wiederholte Tatbegehung (beabsichtigte) Verschaffen einer fortlaufenden (Neben)Einnahmequelle von einiger Dauer und einigem Umfang erfordert die Feststellung eines Periodengewinns, also der Feststellung des Erfolgs der kriminellen wirtschaftlichen Tätigkeit des Kleinhandlers als Unterschied zwischen Aufwand und Ertrag in einer bestimmten Rechnungsperiode. Denn es wird mit dem relativen Erfordernis einer auf „einige Dauer“ und „einigen Umfang“ gerichteten Absicht verlangt, einen zeitlichen und quantitativen Vergleich zu anderen Einnahmen anzustellen. Insoweit dürfte sich beim Kleinhandel ein Vergleich der Einnahmen aus den Drogengeschäften mit dem für den jeweiligen Beschuldigten zum Tatzeitpunkt unter Berücksichtigung seiner sozialen Situation erwartbaren legalen monatlichen Einkommen anbieten. Im Regelfall verfügen die betreffenden Kleindealer jedenfalls über ein Einkommen aus der Sozialhilfe.⁵⁸ Bei der Frage, ob das aus dem Drogengeschäft zu erzielende Einkommen nach der Vorstellung des Täters „einigen Umfang“ im Gegensatz zu einem geringfügigen Nebeneinkommen erreichen sollte, muss es darauf ankommen, ob die erwarteten Einkünfte für den individuellen Täter bedeutend gewesen sind. Insoweit dürften regelmäßig schon beabsichtigte Einkünfte aus dem Drogenhandel, die 20 bis 25 % der dem Täter monatlich legal zur Verfügung stehenden Geldmittel ausmachen, für ihn „einigen Umfang“ im Sinne von § 29 Abs. 3 S. 2 Nr. 1 BtMG darstellen. Für Kleindealer, die kein eigenes Einkommen haben, sondern ihren Lebensunterhalt mit nur wenigen hundert Euro an staatlicher Unterstützung im Monat bestreiten, könnte demnach schon die Absicht der Einnahme von relativ gering erscheinenden Beträgen als gewerbsmäßig anzusehen sein.⁵⁹ Für die Bejahung des Erfordernisses einer auf "einige Dauer" ausgerichteten Tätigkeit dürfte es notwendig sein, dass sich die (beabsichtigten) Verkäufe auf mehrere Rechnungsperioden (Monate) erstrecken sollten.

2. Gewinnermittlung in der Praxis

Die Feststellung des für die Annahme des Regelbeispiels ausschlaggebenden Gewinns ergibt sich demnach aus der Menge des gehandelten Rauschgiftes, der Differenz aus den Einkaufs- und Verkaufspreisen unter Abzug der Kosten sowie der Zahl der Verkäufe innerhalb einer bestimmten Zeit (Periodengewinn).

Keine Schwierigkeiten bereitet diese Feststellung, wenn der Täter auf entsprechende Befragung glaubhaft einräumt, dass er sich durch eine Vielzahl von Kleinverkäufen längerfristig eine für ihn erhebliche Verdienstquelle verschaffen wollte und dabei Angaben zu seinen Ein-

⁴⁸ OLG Hamm 2 Ss 769/02, Beschluss v. 16. September 2002.

⁴⁹ Vgl. BGH NStZ-RR 2008, 212 f. = HRRS 2008 Nr. 414.

⁵⁰ Siehe Ausführungen unter C.III.

⁵¹ Franke/Wienroeder, a.a.O. (Fn. 37), § 29 Rn. 219.

⁵² BGHR § 29 Abs. 3 Strafrahmenwahl 5; Weber, a.a.O. (Fn. 25), § 29 Rn. 1732 – 1735.

⁵³ BGHR § 29 Abs. 3 Strafrahmenwahl 5, 7.

⁵⁴ Weber, a.a.O. (Fn. 25), § 29 Rn. 1744.

⁵⁵ Körner, a.a.O. (Fn. 4), § 29 Rn. 2006 f.

⁵⁶ OLG Schleswig SchlHA 2003, 215.

⁵⁷ BGH StV 1986, 385.

⁵⁸ Vgl. zur Finanzierung beim Heroinhandel Müller, in: Werse (Hrsg.), Drogenmärkte (2008), S. 287.

⁵⁹ Hatte der Täter gar keine legale Einnahmequelle, so drängt sich die Absicht gewerbsmäßigen Handelns jedenfalls dann auf, wenn die Einnahmen Bagatelbeträge überschreiten sollten.

kaufs- und Verkaufspreisen, seinen Kosten und seinen sonstigen finanziellen Verhältnissen macht. Vielfach wird der Tatvorwurf jedoch bestritten, der Täter schweigt oder macht nur wenige, ungenügende oder unglaubliche Angaben.⁶⁰ Ob er in diesen Fällen die Absicht hatte, sich auf Dauer eine Einnahmequelle von einigem Gewicht zu verschaffen, kann dann nur in einer Gesamtschau aller ermittelten Umstände, aus Zeugenaussagen und insbesondere durch Rückschlüsse aus dem äußeren Tatgeschehen festgestellt werden.⁶¹ Dabei stellt sich die Frage anhand welcher Umstände das gewerbsmäßige von dem einfachen Handeltreiben abgegrenzt werden kann, welches Gewicht diese Indizien im Regelfall haben und wann dazu nähere Darlegungen erforderlich sind.

III. Beweisanzeichen

Als Umstände, die für oder gegen ein gewerbsmäßiges Handeln sprechen können, kommen unter anderen die nachfolgenden Beweisanzeichen in Betracht:

Anzahl der nachgewiesenen Fälle,⁶² Zeitabstand zwischen den Taten,⁶³ gehandelte Menge,⁶⁴ Höhe des Gewinns⁶⁵ und Art der Zuwendung,⁶⁶ Vorgehensweise⁶⁷ (Handelsumfeld – insbesondere Straßenhandel,⁶⁸ Verkaufsutensilien und andere sichergestellte Gegenstände,⁶⁹ Tarnidentität/Händlername,⁷⁰ Aufzeichnungen über den Betäubungsmittelhandel,⁷¹ Auswertungen der Telekommunikation, Depothaltung, etc.), Verhältnis zwischen Kleindealer und Konsumenten,⁷² soziale und familiäre Situation,⁷³ einschlägige Vorstrafen.⁷⁴

1. Anzahl der Fälle

a) Will das Tatgericht bei wenigen Taten die Gewerbsmäßigkeit annehmen, so wird dies regelmäßig mit erhöhten Darlegungs- und Begründungsanforderungen verbunden sein, wenn der Täter in Anbetracht von Abgabemenge und -preis nur einen geringen Gewinn aus dem

Betäubungsmittelgeschäft erwarten kann.⁷⁵ Der Nachweis der Absicht wiederholter Tatbegehung ist nur sehr schwer zu führen, wenn lediglich eine Straftat vorliegt und keine entsprechende Einlassung oder belastende Zeugenaussagen gegeben sind.⁷⁶ So ist eine gewerbsmäßige Begehung bei einem ersten Rauschgiftgeschäft mit dem geringen Umfang von 3 Gramm Kokain eher fern liegend.⁷⁷ Trifft das Urteil hier keine weiteren Feststellungen zu der Frage, ob sich der Angeklagte Einnahmen von "einigem Umfang" verschaffen wollte, lässt dies besorgen, dass sich der Tatrichter der Notwendigkeit dieser Würdigung nicht bewusst war und gefährdet den Bestand des Urteils. Geht das Tatgericht in solchen Fällen dennoch von Gewerbsmäßigkeit aus, so soll es erforderlich sein, Einkaufspreis und die Gewinnspanne mitzuteilen.⁷⁸ Auch bei 2 Fällen des Handeltreibens mit kleineren Heroinmengen dürfte ein gewerbsmäßiges Handeltreiben eher schwer zu begründen sein.⁷⁹ Gewerbsmäßigkeit soll in der Regel ausscheiden, wenn ein Straßendealer aus 3 kleinen Haschischverkäufen nur einen Gesamtgewinn von 10 bis 25 € erzielt hat.⁸⁰ Die Feststellung, ein Angeklagter habe bei 4 Verkäufen in der Absicht gehandelt, sich damit eine zusätzliche Einnahmequelle von einigem Umfang und einiger Dauer zu verschaffen, ist nicht ausreichend belegt, wenn der Täter in Anbetracht von Abgabemenge und -preis (jeweils 0,3 Gramm Kokain für 20 €) nur einen geringen Gewinn aus dem Betäubungsmittelgeschäft erwarten konnte.⁸¹ Bei 9 Verkäufen von einzelnen Heroin-Konsumeinheiten innerhalb eines längeren Zeitraums werden von der Rechtsprechung genauere Darlegungen zu der Gewerbsmäßigkeit gefordert.⁸² Auch bei einer Anzahl von 12 Verkäufen hat der Bundesgerichtshof besondere Darlegungsobliegenheiten festgestellt, wenn das Tatgericht von Gewerbsmäßigkeit ausgeht, obwohl nur geringfügige Verkaufsmengen von jeweils 3 bis 4 Gramm der "weichen Droge" Marihuana gegeben waren.⁸³

b) Eine nicht geringe Anzahl von Fällen, - die nähere Darlegungen verlangt, warum keine Gewerbsmäßigkeit vorliegen soll - ist dagegen anzunehmen, wenn in 14 Fällen jeweils mindestens 7 bis 10 g Heroin mit einem Wirkstoffgehalt von ca. 3 % zu einem Preis von ca. 60 € pro Gramm verkauft worden sind.⁸⁴ Auch bei 27 Fällen des Verkaufs von Haschisch mit Gewinnerzielungsabsicht ist die Gewerbsmäßigkeit nicht in Frage gestellt worden.⁸⁵ Bei 100 Fällen des Verkaufes von Cannabis (Gewinnspanne 2 € pro Gramm, Wirkstoffgehalt 5 % THC)

⁶⁰ Viele Täter können die Höhe ihrer Einnahmen tatsächlich gar nicht einschätzen –vgl. *Bucerius*, in: *Werse* (Hrsg.), *Drogenmärkte* (2008), S. 226.

⁶¹ Vgl. *Lackner/ Kühl*, StGB 24. Aufl. (2007), § 15 Rn. 25 m. w. N.

⁶² Vgl. BGHR BtMG § 29 Abs. 3 Nr. 1 Gewerbsmäßig 5; BGH NStZ-RR 2008, 212 f.; BGH StV 2003, 81.

⁶³ BGH NStZ-RR 2008, 212 f.

⁶⁴ Siehe unten C.III.3)

⁶⁵ BGH NStZ-RR 2008, 212 f.; BGH StV 2001, 461, OLG Naumburg 2 Ss 46/08, Beschluss v. 21. Mai 2008; OLG Hamm 2 Ss 769/02, Beschluss v. 16. September 2002.

⁶⁶ BGH StV 2001, 461.

⁶⁷ Vgl. *Körner*, a.a.O. (Fn. 4), § 29 Rn. 2008.

⁶⁸ Vgl. *Körner*, a.a.O. (Fn. 4), § 29 Rn. 2008.

⁶⁹ Vgl. BGH NStZ-RR 2008, 212 f.

⁷⁰ Vgl. OLG Naumburg 2 Ss 46/08, Beschluss v. 21. Mai 2008.

⁷¹ Vgl. OLG Hamm 2 Ss 769/02, Beschluss v. 16. September 2002.

⁷² BGH NStZ-RR 2008, 212 f.; BGHR BtMG § 29 Abs. 3 Nr. 1 Gewerbsmäßig 5.

⁷³ BGH NStZ-RR 2008, 212 f.; BGH StV 2003, 81.

⁷⁴ BGH StV 2003, 81; OLG Düsseldorf NStZ-RR 1999, 310 f.

⁷⁵ Vgl. BGHR BtMG § 29 Abs. 3 Nr. 1 Gewerbsmäßig 5; BGH NStZ-RR 2008, 212 f.

⁷⁶ *Körner*, a.a.O. (Fn. 4), § 29 Rn. 1998; vgl. OLG Düsseldorf NStZ-RR 1999, 310 f.; OLG Frankfurt StV 1997, 252 ff.

⁷⁷ BGH StV 2001, 461.

⁷⁸ Vgl. BGH StV 2001, 461.

⁷⁹ BGHR BtMG § 29 Abs. 3 Nr. 1 Gewerbsmäßig 5.

⁸⁰ *Körner*, a.a.O. (Fn. 4), § 29 Rn. 1995 (die dort angegebenen Geldbeträge lauten auf 20 – 50 DM).

⁸¹ BGH NStZ-RR 2008, 212 f.

⁸² OLG Naumburg 2 Ss 46/08, Beschluss v. 21. Mai 2008.

⁸³ Vgl. BGH HRRS 2006 Nr. 403.

⁸⁴ Vgl. BGH StV 2003, 81 (der dort angegebene Geldbetrag lautet auf 125 DM).

⁸⁵ Allerdings hatte der Angeklagte in diesem Fall eingeräumt sich eine Erwerbquelle von einiger Dauer und einigem Umfang verschaffen zu wollen, BGH 4 StR 222/97, Urteil v. 24. Juli 1997.

aus zwei Verkaufsvorräten - woraus der Angeklagte insgesamt innerhalb eines Zeitraums von ca. 1 Jahr nur geringe Gewinne von rund 450 € erzielte - hat der Bundesgerichtshof die Gewerbsmäßigkeit bei den (wegen der Bewertungseinheiten anzunehmenden) 2 Straftaten bejaht, obwohl das entsprechende Verhalten der Angeklagten innerhalb der Bandbreite gewerbsmäßigen Handelns deutlich am unteren Rand einzuordnen gewesen ist.⁸⁶

c) Diesen Urteilen dürfte die Tendenz zu entnehmen sein, dass die Darlegungsobliegenheiten umso höher sind je geringer die Anzahl der Taten und die Menge des gehandelten Betäubungsmittels ist, weil damit die potentiellen Gewinnchancen entsprechend gering erscheinen. Grundsätzlich kann dagegen bei einer hohen Anzahl von nachgewiesenen Verkaufshandlungen davon ausgegangen werden, dass der Schluss auf die Gewinnerzielungsabsicht näher liegt, wenn nicht Anhaltspunkte für ein ausschließlich altruistisches Handeln oder eine andersgertete Motivationslage gegeben sind.

2. Zeitabstand zwischen den Taten

Hat der Täter innerhalb kurzer Zeit eine Vielzahl von Kleinstverkäufen durchgeführt, so dürfte dies ein Anhalt für die Gewerbsmäßigkeit sein.⁸⁷ Ist die Anzahl der Taten dagegen überschaubar und deren Abfolge nicht näher feststellbar, so ist zu Gunsten des Angeklagten von nicht unerheblichen Zeitabständen zwischen den einzelnen Transaktionen auszugehen, die regelmäßig gegen ein gewerbsmäßiges Handeln sprechen.⁸⁸

3. Gelegenheitsbezogene Zuwendungen

Erhält der Täter als „Bezahlung“ lediglich wiederholt Zuwendungen, die üblicherweise gelegentlichsbezogen gewährt werden, wie Speisen, Getränke und Zigaretten, dann spricht dies nicht für die Absicht, sich eine fortlaufende Einnahmequelle von einiger Dauer und einigem Umfang zu verschaffen.⁸⁹ Will man bei solchen Zuwendungen dennoch die Gewerbsmäßigkeit bejahen, dürfte es notwendig sein, deren Menge, Häufigkeit und Wert näher darzulegen.⁹⁰

4. Stückgewinn

Es wird von der Rechtsprechung z.T. gefordert, die Annahme der Gewerbsmäßigkeit durch Angabe von Einkaufs- und Verkaufspreisen zu untermauern.⁹¹ Das Tatgericht soll sich mit einer niedrigen Gewinnspanne auseinandersetzen. Dabei sind auch die Kosten des Verkäufers zu berücksichtigen.⁹² Kann der Täter in Anbetracht von Abgabemenge und -preis nur einen geringen Gewinn aus dem Betäubungsmittelgeschäft erwarten, bedarf die An-

nahme von Gewerbsmäßigkeit einer eingehenden Begründung.⁹³ Dies hat der Bundesgerichtshof in einem Fall angenommen, in dem der Täter an mehrere Abnehmer jeweils nur 1 g Heroin zu einem niedrigen Preis verkauft hat, obwohl er auch höhere Preise hätte erzielen können.⁹⁴ Damit wird die Feststellung des Stückgewinns verlangt. Der Stückgewinn ist der Gewinn pro abgesetzter Leistungseinheit (Konsumeinheit), also die Differenz zwischen Stückerlösen und Stückkosten. Ein niedrigerer Gewinn pro Einzelverkauf spricht dabei gegen die Gewerbsmäßigkeit.⁹⁵ Erzielt der Kleindealer jedoch z.B. durch Verschneiden und Preisaufschläge pro Konsumeinheit einen hohen Stückgewinn, so kann dies ein Beweisanzeichen für die Absicht sein, sich eine erhebliche Einnahmequelle verschaffen zu wollen. Den jeweiligen Stückgewinn wird man aufgrund der Zeugenaussagen der Abnehmer über Verkaufspreis und die Qualität der Drogen und anhand von polizeilichen Erkenntnissen über die zu der Zeit üblichen Preise schätzen können.⁹⁶ Schon die notwendige Schätzung und Feststellung des mutmaßlichen Wirkstoffgehalts ist im Regelfall mit Unsicherheiten behaftet,⁹⁷ da das gehandelte Betäubungsmittel nicht mehr untersucht werden kann.⁹⁸ Lediglich mit erheblichen Abweichungen und Ungenauigkeiten können Durchschnittswerte angegeben werden.⁹⁹ Bei Kleinstmengen ist daher zu Gunsten des Angeklagten von einer schlechten Konzentration auszugehen.¹⁰⁰ Der Preis des jeweiligen Betäubungsmittels soll ungeeignet sein, die Wirkstoffmenge zu bestimmen,¹⁰¹ und das Gleiche soll für Gewichtsangaben gelten.¹⁰² Diese Faktoren können auch keine Aussagekraft im Hinblick auf den Stückgewinn entfalten. Schätzungen zum Gewinn sind wegen der sich ständig ändernden Marktgegebenheiten wenig verlässlich.¹⁰³ Die Einkaufs- und Verkaufspreise schwanken nicht nur aufgrund von ökonomischen Prinzipien wie Angebot und Nachfrage ganz erheblich. Der Gewinn wird zusätzlich auch durch psychologische und situative Faktoren bestimmt, weil Kleindealer ihre Preise auch nach Sympathie regulieren.¹⁰⁴ Im Straßenhandel können sich die Preise innerhalb von Stunden ändern, ohne dass die handelnden Personen darauf Einfluss hätten.¹⁰⁵ Bei einem bestreitenden oder schweigenden

⁹³ Vgl. BGHR BtMG § 29 Abs. 3 Nr. 1 Gewerbsmäßig 5; BGH StV 2001, 461.

⁹⁴ BGHR BtMG § 29 Abs. 3 Nr. 1 Gewerbsmäßig 5.

⁹⁵ BGHR BtMG § 29 Abs. 3 Nr. 1 Gewerbsmäßig 5.

⁹⁶ Vgl. hierzu die früher notwendige Feststellung des Gewinns bei Verfallanordnungen gem. §§ 73, 73 b StGB aufgrund des Nettoprinzip; Körner BtMG, 4. Aufl., § 33 Rn. 39 f.; Eberbach NStZ 1985, 298.

⁹⁷ Vgl. hierzu Malek, a.a.O. (Fn. 36), S. 135 m.w.N.

⁹⁸ Franke/Wienroeder, a.a.O. (Fn. 37), § 29 Rn. 233.

⁹⁹ Dörrlamm, a.a.O. (Fn. 2), S. 254.

¹⁰⁰ LG Berlin StV 1992, 77,78; Franke/Wienroeder, a.a.O. (Fn. 37), § 29 Rn. 233.

¹⁰¹ Franke/Wienroeder, a.a.O. (Fn. 37), § 29 Rn. 232; a.A. BayObLG NJW 1973, 669 und 2258.

¹⁰² Franke/Wienroeder, a.a.O. (Fn. 37), § 29 Rn. 232; OLG Koblenz NJW 1975, 1471.

¹⁰³ Franke/Wienroeder, a.a.O. (Fn. 37), § 29 Rn. 232 ff.; a.A. BayObLG NJW 1973, 669 und 2258; Bucerius, a.a.O. (Fn. 60), S. 225, 238 f., 243.

¹⁰⁴ Genterczewsky, a.a.O. (Fn. 6), S. 160, Fn. 69 berichtet für den Kokainhandel, dass die Gewinnmarge pro Gramm Kokain zwischen 10 und 100 % liegen kann.

¹⁰⁵ Dörrlamm, a.a.O. (Fn. 2), S. 254.

⁸⁶ Vgl. BGH NStZ-RR 2008, 288 f. = HRRS 2007 Nr. 1121.

⁸⁷ Vgl. Körner, a.a.O. (Fn. 4), § 29 Rn. 2008 für eine „Serie von 5 oder mehr kleinen Straßengeschäften“.

⁸⁸ BGH NStZ-RR 2008, 212 f.

⁸⁹ BGH StV 2001, 461.

⁹⁰ BGH StV 2001, 461.

⁹¹ BGH StV 2001, 461; OLG Naumburg 2 Ss 46/08, Beschl. v. 21.5.2008; OLG Hamm 2 Ss 769/02, Beschluss v. 16. September 2002.

⁹² BGHR BtMG § 29 Abs. 3 Nr. 1 Gewerbsmäßig 5.

Kleindealer wird sich daher auch bei einer größeren Anzahl von Verkäufen über den geschätzten Gewinn pro verkaufter Konsumeinheit ein Periodengewinn, der Rückschlüsse auf eine gewichtige Gewinnerzielungsabsicht des Täters ermöglicht, nur mit erheblichen Schwierigkeiten und Unsicherheiten feststellen lassen. Eine noch geringere Aussagekraft entfaltet der durch Schätzung festgestellte Stückgewinn für ein beabsichtigtes gewerbsmäßiges Handeln, wenn nur wenige Verkäufe von Kleinstmengen nachgewiesen werden können. Die Forderung der Rechtsprechung nach Feststellung des Stückgewinns gerade in diesen Fällen erscheint deshalb fraglich. Für die Frage der Annahme der Gewerbsmäßigkeit wird insbesondere bei wenigen nachgewiesenen Straftaten des schweigenden oder bestreitenden Kleindealers deshalb den übrigen Beweisanzeichen, wie der professionellen Vorgehensweise, dem Verhältnis zum Konsumenten oder der sozialen Situation des Angeklagten ein höherer Beweiswert zukommen als dem lediglich durch höchst unsichere Schätzungen feststellbaren Stückgewinn.

5. Vorgehensweise

Insbesondere bei Straßenhändlern, die ihre Ware beliebigen Passanten und ihnen unbekanntem Kunden anbieten, dürfte der Schluss auf die Gewerbsmäßigkeit auch bei nur wenigen Taten nahe liegen.¹⁰⁶ Bei diesen Kleindealern sind als wesentliche Einkommensquellen oftmals Sozialhilfe und Drogengeschäfte festzustellen.¹⁰⁷ Die Abwicklung auf der offenen Drogenszene beinhaltet für die Beteiligten ein erhöhtes Aufdeckungsrisiko und birgt für die Käufer die Gefahr, eine schlechte Qualität zu hohen Preisen (oder gar Scheindrogen) zu erwerben.¹⁰⁸ Der Handel auf dem offenen Drogenmarkt wird daher allgemein als besonders stigmatisierend empfunden¹⁰⁹ und ist somit ein Anhalt für eine besondere Motivation und finanzielle Bedürftigkeit des Täters. Deshalb kann Gewerbsmäßigkeit angenommen werden, wenn es z.B. durch Observation gelingt, fünf oder mehr Kleinstverkäufe auf dem offenen Drogenmarkt nachzuweisen.¹¹⁰ Es spricht für die Absicht, sich auf Dauer eine erhebliche Einkommensquelle zu verschaffen, wenn sich ein Angeklagter täglich mehrere Stunden auf der offenen Drogenszene aufgehalten und Passanten angesprochen hat.¹¹¹

Sichergestellte Gegenstände (Feinwaagen, eine größere Anzahl von Portionierungstüchchen, größere Mengen an Verschnittstoffen etc.) können eine gewichtige Gewinnerzielungsabsicht nahe legen.¹¹² Das gleiche gilt, wenn der Täter in einer Art Buchführung Aufzeichnungen über Käufe und Verkäufe gemacht hat, wobei diese dann in dem Urteil jedoch näher darzulegen sind.¹¹³ Eine auf

Täuschung und Verdeckung ausgerichtete „professionelle“ Tauschführung,¹¹⁴ wie z.B. häufiger Wechsel der Handelsörtlichkeit, Handeln in öffentlichen Verkehrsmitteln,¹¹⁵ Benutzung einer Vielzahl von Telefonkarten oder von Zetteln mit Telefonnummern als einer Art „Visitenkarte“, Verschleierung der Handelstätigkeit durch besondere Tarnidentitäten/Händlernamen,¹¹⁶ zahlreiche Telefonate oder SMS mit dem für den Betäubungsmittelhandel üblichen konspirativen Inhalt über Verabredungen unter Verwendung von Tarnbegriffen oder eine Depothaltung (Bunker)¹¹⁷ kann den Rückschluss auf gewerbsmäßiges Handeln ermöglichen, weil sich der darin zum Ausdruck kommende Aufwand regelmäßig nur bei der Absicht, sich auf Dauer eine lukrative Einkommensquelle verschaffen zu wollen, rechtfertigen dürfte. Eine Indizwirkung für gewerbsmäßiges Handeln entfalten auch höhere Bargelddbeträge in so genannter „szenetypischer Stückelung“, die sich durch eine legale Herkunft nicht erklären lassen.¹¹⁸ Das gewerbsmäßige Handeltreiben liegt auf der Hand, wenn das von dem Kleindealer verkaufte Rauschgift aus eigenem Anbau in einer aufwändigen „Indoor-Anlage“ stammt.¹¹⁹

6. Menge und Art des Rauschgiftes

Es liegt auf der Hand, dass bei demjenigen, der mehrfach Mengen absetzt, die deutlich über die „geringe Menge“ oder die „normale Menge“ hinausgehen, eher von einem professionellen Ansatz auszugehen sein wird, als bei einem Täter, der jeweils nur wenige Konsumeinheiten verkauft. Abgesehen davon, dass sich dies schon im Umkehrschluss aus der oben angeführten Rechtsprechung ergibt, die ein gewerbsmäßiges Vorgehen bei wenigen natürlichen Handlungen mit Kleinstmengen als eher fern liegend ansieht, spricht für eine solche Indizwirkung, dass bei Einkauf größerer Mengen regelmäßig günstigere Preise erzielt werden¹²⁰ und dementsprechend ein Verkauf mit höherer Gewinnspanne möglich ist. Des Weiteren erfordert der Einkauf größerer Mengen den Einsatz höherer Geldbeträge, wobei sich eine professionellere Planung hinsichtlich des Vorhaltens des Geldes und des Absatzes des Rauschgiftes erforderlich macht.¹²¹ Die Annahme gewerbsmäßigen Handeltreibens dürfte deshalb grundsätzlich trotz weniger nachgewiesener Fälle umso näher liegen, je mehr sich die konkret gehandelte Menge der von der Rechtsprechung definierten „nicht geringen Menge“ annähert. Liegt allerdings Handeltreiben mit einer „nicht geringen Menge“ vor, so wird dies allein vom Verbrechenstatbestand des § 29a Abs. 1 Nr. 2 BtMG erfasst, hinter den der Grundtatbestand des Handeltreibens mit Betäubungsmitteln zurücktritt.¹²² Das

¹⁰⁶ Allerdings kann nicht eine einzige Tat allein den Schluss auf eine „professionelle“ Vorgehensweise rechtfertigen - vgl. OLG Frankfurt StV 1997, 252 ff.

¹⁰⁷ Müller, a.a.O. (Fn. 58), S. 287.

¹⁰⁸ Werse, a.a.O. (Fn. 11), S. 125.

¹⁰⁹ Vgl. Bucerius, a.a.O. (Fn. 60), S. 233.

¹¹⁰ Vgl. Körner, a.a.O. (Fn. 4), § 29 Rn. 2008.

¹¹¹ Vgl. Körner, a.a.O. (Fn. 4), § 29 Rn. 2008.

¹¹² BGH NSTZ-RR 2008, 212 f.

¹¹³ Vgl. OLG Hamm 2 Ss 769/02, Beschluss v. 16. September 2002.

¹¹⁴ Vgl. Körner, a.a.O. (Fn. 4), § 29 Rn. 2008.

¹¹⁵ Dörrlamm, a.a.O. (Fn. 2), S. 259.

¹¹⁶ OLG Naumburg 2 Ss 46/08, Beschluss v. 21. Mai 2008.

¹¹⁷ Vgl. hierzu Bucerius, a.a.O. (Fn. 60), S. 240 ff.

¹¹⁸ Vgl. OLG Hamm 2 Ss 769/02, Beschluss v. 16. September 2002.

¹¹⁹ Insoweit dürfte dann allerdings regelmäßig kein Kleinhandel mehr gegeben sein - vgl. LG Arnsberg 2 KLS 262 Js 775/07, Urteil v. 6. Juni 2008; siehe aber auch die Beschreibung eines Kleindealers, der eine „Indoor-Anlage“ betreibt von Werse, a.a.O. (Fn. 11), S. 131 ff.

¹²⁰ Vgl. Bucerius, a.a.O. (Fn. 60), S. 238.

¹²¹ Vgl. Genterczewsky, a.a.O. (Fn. 11), S. 168 ff.

¹²² BGH NSTZ 1994, 39.

Merkmal der Gewerbsmäßigkeit im Sinne des § 29 Abs. 3 Satz 2 Nr. 1 BtMG kann dann allerdings bei der Strafzumessung zu Lasten des Angeklagten Berücksichtigung finden.

Aus der Art des gehandelten Betäubungsmittels allein wird sich regelmäßig kein Rückschluss darauf ergeben, dass der Täter sich eine fortlaufende Einnahmequelle von einiger Dauer und einigem Umfang erschließen will.¹²³

7. Verhältnis Kleindealer - Konsument

Waren Täter und der Käufer der Drogen freundschaftlich verbunden und sind Anhaltspunkte dafür gegeben, dass der Verkäufer (auch) in dem Bestreben handelte, menschliche Kontakte herzustellen und aufrechtzuerhalten, kann dies gegen das Motiv der Erschließung einer nicht ganz unbedeutenden Einnahmequelle sprechen, so dass sich die Urteilsgründe grundsätzlich dazu verhalten sollten.¹²⁴ Gegen die Absicht, sich eine Einnahmequelle von einigem Umfang und einiger Dauer bei der Abwicklung von einzelnen Rauschgiftgeschäften zu verschaffen, spricht insbesondere, wenn der Täter zu jedem einzelnen Rauschgiftgeschäft "gedrängt und überredet" werden musste.¹²⁵

Eine fehlende Nähebeziehung zu den Konsumenten ist dagegen zunächst ein Anhalt für einen geschäftsmäßigen Hintergrund des Verkaufes von Drogen. Fraglich erscheint jedoch, ob der Verkauf von Betäubungsmitteln an eine fremde Person ein Indiz dafür sein kann, sich eine erhebliche Einkommensquelle zu verschaffen. Angesichts des Umstandes, dass Drogengeschäfte überwiegend mit bekannten oder befreundeten Personen abgeschlossen werden¹²⁶ und der Handel mit Fremden einem erhöhten Entdeckungsrisikos unterliegt, wäre es ungewöhnlich, dass ein Täter die Gefahr eingeht, mit unbekanntem Personen ein strafbares Geschäft abzuschließen, wenn der Verkauf von Kleinstmengen nicht mit einem für ihn erheblichen Vorteil verbunden ist. Dieser Vorteil kann allerdings kaum in dem sich aus dem jeweiligen Geschäft regelmäßig ergebenden nur geringem Stückgewinn liegen. Der nicht durch Zufall oder andere Umstände erklärbare Verkauf von einzelnen Konsumeinheiten an Fremde kann deshalb ein Anhalt dafür sein, dass der Täter sich eine Einkommensquelle verschaffen wollte, die über die Einnahmen aus wenigen Verkäufen hinausgeht. Dies dürfte bei dem Handel mit so genannten „harten Drogen“ noch eher anzunehmen sein, da auch in der Drogenszene gegenüber diesem Handelsbereich besondere Vorbehalte bestehen und eine Beteiligung als stigmatisierend empfunden wird.¹²⁷ Ob diese Einkommensquelle allerdings von „einigem Umfang“ und „einiger Dauer“

sein sollte, wird sich nur im Zusammenhang mit anderen Beweisanzeichen feststellen lassen.

8. Persönliche Situation

Es spricht gegen ein gewerbsmäßiges Handeln, wenn ein Angeklagter in familiär, wirtschaftlich und sozial geordneten Verhältnissen lebt und keine Umstände, die ein Motiv für die Schaffung einer fortlaufenden Einnahmequelle durch Rauschgifthandel, sei es auch nur als Nebenerwerb, darstellen, erkennbar sind.¹²⁸ Angespante wirtschaftliche Verhältnisse können dagegen eine nachhaltige Gewinnerzielungsabsicht von einigem Gewicht, die sich auch auf die Erlangung von Nebeneinnahmen beziehen kann¹²⁹, nahe legen. Die wirtschaftlichen Verhältnisse sind dann allerdings in der Regel im Urteil näher darzulegen.¹³⁰ Allein die Äußerung eines sich in einer schlechten finanziellen Situation befindlichen Angeklagten, jede Tätigkeit anzunehmen, die Geld bringt, ist jedoch kein ausreichendes Beweisanzeichen für gewerbsmäßiges Handeln.¹³¹ Auch aus früheren Ermittlungsvorgängen und dem Vorliegen oder Fehlen einschlägiger Vorstrafen können Rückschlüsse für bzw. gegen ein gewerbsmäßiges Handeltreiben zulässig sein.¹³²

D. Zusammenfassung

Die Strafzumessungsregel des § 29 Abs. 3 S. 2 Nr. 1 BtMG hat im Bereich des Kleinhandels mit Betäubungsmitteln eine erhebliche Bedeutung. Auch ein intensiv tätiger Kleindealer, der mit dem Verkauf von einzelnen Konsumeinheiten keine hohen Einzelgewinne realisiert, kann gewerbsmäßig handeln. Die Feststellung der von dem Täter beabsichtigten Einnahmen von "einigem Umfang" ergibt sich aus der Menge des gehandelten Rauschgiftes, der Differenz aus den Einkaufs- und Verkaufspreisen unter Abzug der Kosten sowie der Zahl der Verkäufe innerhalb einer bestimmten Zeit (Periodengewinn). Bei der Frage, wann das aus dem Drogengeschäft zu erzielende Einkommen nach der Vorstellung des Täters „einigen Umfang“ im Gegensatz zu einem geringfügigen Nebeneinkommen erreicht, kommt es darauf an, ob die aus dem Betäubungsmittelhandel erwarteten Einkünfte für den individuellen Täter im Verhältnis zu seinem legalen Einkommen im Tatzeitraum bedeutend gewesen sind. Für die Bejahung des Erfordernisses einer auf "einige Dauer" ausgerichteten Tätigkeit ist es notwendig, dass sich die (beabsichtigten) Verkäufe auf mehrere Rechnungsperioden (Monate) erstrecken sollten.

Vielmehr wird der Tatvorwurf bestritten, der Täter schweigt oder macht nur wenige, ungenügende oder unglaubliche Angaben. Hat der Täter eine Vielzahl von eigennützigem Kleinstverkäufen durchgeführt, so wird ein gewerbsmäßiges Handeln grundsätzlich nahe liegen, wenn nicht besondere Umstände gegen eine auf Dauer

¹²³ Auch wenn potentiell wohl für Cannabis die Gewinnspanne am niedrigsten und für Kokain am höchsten zu sein scheint – *Werse*, a.a.O. (Fn. 11), S. 126.

¹²⁴ BGH NStZ-RR 2008, 212f.; BGHR BtMG § 29 Abs. 3 Nr. 1 Gewerbsmäßig 5.

¹²⁵ BGH StV 2003, 81; BGHR BtMG § 29 Abs. 3 Nr. 1 Gewerbsmäßig 5.

¹²⁶ *Werse*, a.a.O. (Fn. 11), S. 9 f.

¹²⁷ In diesen Fällen dürfte sich – verglichen mit Cannabis – auch ein höherer Gewinn erzielen lassen – vgl. *Werse*, a.a.O. (Fn. 11), S. 126.

¹²⁸ BGH StV 2003, 81.

¹²⁹ BHG NStZ-RR 2008, 212 f.

¹³⁰ BGH NStZ-RR 2008, 212 f.

¹³¹ BGHR BtMG § 29 Abs. 3 Nr. 1 Gewerbsmäßig Nr. 2.

¹³² BGH StV 2003, 81; vgl. OLG Düsseldorf NStZ-RR 1999, 310 f.

ausgerichtete gewichtige Einnahmeabsicht sprechen. Der von der Rechtsprechung zum Teil geforderten Feststellung des konkreten (Stück)Gewinns kommt - insbesondere bei nicht geständigen Tätern - mangels einer verlässlichen Einschätzungsgrundlage regelmäßig nur ein sehr eingeschränkter Beweiswert zu. Insoweit erscheint es sinnvoller, den übrigen Beweiszeichen ein größeres Gewicht beizumessen. Bei einer sorgfältigen Abwägung dieser Beweiszeichen, wie z.B. der Anzahl der nachgewiesenen Fälle, des Zeitabstands zwischen den Taten, der Menge des verkauften Rauschgiftes, der konkreten Vorgehensweise, des Verhältnisses zwischen Kleindealer und

Konsumenten sowie der konkreten sozialen und wirtschaftlichen Situation des Kleinhändlers wird auch in diesen Fällen die Gewerbsmäßigkeit im Urteil zutreffend angenommen oder abgelehnt werden können.

Entscheidend ob Gewerbsmäßigkeit vorliegt oder nicht, ist stets das Gesamtbild des konkreten Falles, wobei zu betonen ist, dass auch bei Bejahung des Regelbeispiels geprüft werden muss, ob nicht Umstände vorliegen, die eine Anwendung des erhöhten Strafrahmens gem. § 29 Abs. 3 S.2 Nr. 1 BtMG fraglich erscheinen lassen.

Aufsätze und Anmerkungen

Eine normentheoretische Rekonstruktion der Strafzumessungsentscheidung und die Unterscheidung von Rechts- oder Tatfrage

Zugleich eine Besprechung von BGHSt 52, 84 = HRRS 2008 Nr. 115.

Wiss. Mit. Thomas Grosse-Wilde, Universität Bonn

1979 erblickten zwei Habilitationen das Licht der juristischen Welt, die zum Besten gehören, was eine der analytischen Philosophie verpflichtete Methodik für die Rechtswissenschaft geleistet hat: *Hans-Joachim Kochs* Werk „Unbestimmte Rechtsbegriffe und Ermessensermächtigungen im Verwaltungsrecht – Eine logische und semantische Studie zur Gesetzesbindung der Verwaltung“ sowie *Ingeborg Puppes* „Idealkonkurrenz und Einzelverbrechen – Logische Studien zum Verhältnis von Tatbestand und Handlung“.¹ Es sind zwei verwandte genialische und zugleich (wie so oft) einfache² Gedanken zur Normenstruktur des verwaltungsrechtlichen Ermessens bzw. zur richterlichen Strafzumessung, die (neben der Ähnlichkeit der methodischen Herangehensweise und demselben Erscheinungsjahr) beide Werke verbinden und die weiterhelfen werden, die problematische Ent-

scheidung BGHSt 52, 84³ zu analysieren (dazu näher unter III.).

Eine tiefere Untersuchung dieses – um es vorwegzunehmen – abzulehnenden Beschlusses des 4. Strafsenats ist bisher nicht unternommen worden⁴ und soll hier – teilweise kursorisch, da so viele Fundamentalfragen des Prozess- und materiellen Rechts in Rede stehen – nachgeholt werden. Thematisch vorrangig sind die Abgrenzung von Tat- und Rechtsfrage in der Revision der Strafzumessung und die normative Valenz des Tatschuldprinzips bei Bagatelldelikten von notorischen Wiederholungstätern. Zur Lösung der aufgeworfenen Probleme wird ein normentheoretischer Exkurs notwendig sein.

I. Die Entscheidung

Die zwei Fragen, die das OLG Naumburg im Wege des Divergenzvorlageverfahrens gemäß § 121 Abs. 2 GVG dem BGH stellte, weil es sich durch zwei Beschlüsse

¹ Eine Zuordnung dieser Wissenschaftler zur „analytischen Philosophie“ erscheint mir sachgerecht, wenn auch nicht mehr als eine grobe Orientierung.

² Vgl. *John L. Austin*, *Zur Theorie der Sprechakte*, Deutsche Bearbeitung von *Eike von Savigny* (2002), S. 25: „Ich habe nichts Schwieriges und schon gar nichts Anspruchsvolles zu sagen; als einziges Verdienst möchte ich dafür in Anspruch nehmen, dass es stimmt – wenigstens teilweise. Die Erscheinung, um die es geht, ist sehr verbreitet und liegt ganz offen zutage; hier und da müssen andere sie bemerkt haben. Aber ich habe niemanden gefunden, der sich richtig darum gekümmert hat.“

³ = HRRS 2008 Nr. 115.

⁴ Siehe aber die Anmerkung von *Jahn* JuS 2008, 371; siehe weiterhin *Schäfer/Sander/van Gemmeren*, *Praxis der Strafzumessung*, 4. Auflage (2008), Rn. 313; *Fischer*, StGB, 56. Auflage (2009), § 46 Rn. 149a; § 47 Rn. 6a und (kritisch) *Alwart* JZ 2009, 478, 479 (in Fn. 1) sowie *NK/StGB-Streng*, 3. Auflage (2009), § 47 Rn. 7, die die Entscheidung erwähnen.

anderer Obergerichte an der beabsichtigten eigenen Entscheidung gehindert sah,⁵ lauteten wie folgt:

„Stehen das Übermaßverbot und das Gebot schuldangemessenen Strafens der Verhängung einer Freiheitsstrafe von mehr als einem Monat unabhängig von der strafrechtlichen Vergangenheit des Täters stets entgegen,

wenn der Täter einer Erschleichung der Beförderung durch ein Verkehrsmittel ein Entgelt von nicht mehr als 1,10 Euro nicht entrichten wollte?“

sowie ferner (der erste Satzteil lautet wie oben)

„...wenn der Täter eines durch die Wegnahme zweier Bierflaschen aus einem Supermarkt begangenen Diebstahls einen Schaden von nicht mehr als 0,62 Euro verursacht hat?“

Ähnliche Fragen im Rahmen von Bagatellkriminalität der §§ 242, 265a, aber auch § 27 Abs.1 Satz 1 Nr.3 BtMG, haben zu mannigfaltigen, teilweise divergierenden Revisionsentscheidungen vieler Oberlandesgerichte geführt und werden wohl auch zu weiteren führen,⁶ da der 4. Strafsenat des BGH hierin für die Divergenzvorlage unzulässige Tatfragen sah. Mit dieser Letztentscheidungsverweigerung hat der BGH eine Chance zur Herstellung von Rechtseinheit und Fortentwicklung des maßgeblich richterrechtlich geprägten Strafzumessungsrechts vertan.

Von einem Teil der Oberlandesgerichte werden Freiheitsstrafen über das gesetzliche Minimum von einem Monat (§ 38 Abs. 2 StGB) hinaus für Straftaten, bei denen der Erfolgsunwert gegen Null strebt⁷, der Täter aber vielfach vorbestraft ist, als Verstoß gegen das Tatschuldprinzip und das Übermaßverbot angesehen,⁸ während andere eine solche Kopplung an die Schadenshöhe als „dem Wesen der Strafzumessung nicht gerecht“ werdende

⁵ OLG Braunschweig NStZ-RR 2002, 75 sowie OLG Stuttgart NJW 2006, 1222.

⁶ Ohne Anspruch auf Vollständigkeit (siehe auch die Übersicht bei van Gemmeren JR 2007, 215): BayObLG JZ 1989, 696 (mit abl. Anm. Köhler); NJW 2003, 2936; KG Berlin StV 1998, 427; StV 2004, 383; StV 2007, 35; OLG Brandenburg NStZ-RR 2009, 205; OLGSt StGB § 47 Nr. 14; LG Kleve NJW-Spezial 2008, 570; Münster NStZ 1991, 191; OLGe Braunschweig NStZ-RR 2002, 75; Celle NStZ-RR 2004, 142; Düsseldorf NStZ 1986, 512; Frankfurt StV 2004, 382; Hamburg NStZ-RR 2004, 72; JR 2007, 212; Hamm StraFo 2003, 99; Jena OLGSt StGB § 47 Nr. 12; Karlsruhe NStZ-RR 1997, 248; NJW 2003, 1825; StV 2005, 275; Naumburg StV 2008, 472; Nürnberg StraFO 2006, 502; Oldenburg StraFo 2008, 297; NdsRpfl 2008, 347; Stuttgart NJW 2002, 3188; NJW 2006, 1222.

⁷ Etwa beim Diebstahl sog. „absolut geringwertiger Sachen“ - dabei werden unterschiedliche Grenzwerte genannt. Das OLG Oldenburg hat in einer aktuellen Entscheidung seine Rechtsprechung dahingehend präzisiert, es gehe um Beutewerte nicht über 1/3 des Höchstwertes einer geringwertigen Sache im Sinne von § 248a StGB (derzeit nach ständiger Rechtsprechung des Senats 30 Euro) – OLG Oldenburg NdsRpfl 2008, 347.

⁸ Etwa OLGe Braunschweig NStZ-RR 2002, 74 (Beutewert 5 DM); Stuttgart NJW 2002, 3188 (Beutewert 0,50 DM); NJW 2006, 1222 (Leistungsererschleichung in Höhe von 1,65 Euro); Oldenburg StraFo 2008, 297 (Beutewert 5,08 Euro).

„Schematisierung“ ablehnen.⁹ Letztere Wendung sollte aufhorchen lassen, denn auf das Wesen von etwas zu rekurren, ersetzt keine tragfähige Begründung.¹⁰

II. Zur rechtstheoretischen Abgrenzung von Tat- und Rechtsfrage

Jeder Beitrag zur Scheidung von Tat- und Rechtsfrage beginnt mit dem Hinweis auf die Myriaden von Abgrenzungsversuchen, so auch dieser, allerdings verbunden mit einem klaren Bekenntnis: In Übereinstimmung mit dem Urteil *Kuhlen* halte ich dieses Problem in *rechtstheoretischer* Hinsicht für grundsätzlich gelöst,¹¹ und zwar durch einen Aufsatz von *Rüssmann* aus dem Jahre 1976, der zuerst über Jahre weitgehend unbeachtet blieb¹², nunmehr aber zu einem Klassiker mit zahlreichen Anhängern avanciert ist;¹³ was freilich nicht die teleologische Frage beantwortet, ob sich das Revisionsrecht strikt an eine solche *rechtstheoretische* Scheidung halten sollte.¹⁴

Grundüberlegung ist, dass es beim Verhältnis von Tat- und Rechtsfrage nicht um eine Abgrenzung von *Begriffen* geht (denn eine abstrakte, kontextunabhängige Unterscheidung von „Rechts-“, und „Alltags-/Sozialbegriffen“ ist undurchführbar), sondern von *Sätzen*: Einerseits von singulären empirischen Sätzen über die außersprachliche Realität (Tatfrage), andererseits von logischen Allsätzen, die eine Regel ausdrücken, also Rechtssätzen und Sätzen über die Sprache der Rechtssätze (Rechtsfrage).¹⁵ Damit ist grundsätzlich¹⁶ ein trennscharfes Kriterium ausgemacht, mittels dessen entschieden werden kann, ob ein Satz eine Regel oder eine singuläre Sachverhaltsbeschreibung

⁹ Etwa OLG Nürnberg StraFo 2006, 502, 504; ebenso OLG Celle NStZ-RR 2004, 142 und BayObLG NJW 2003, 2926.

¹⁰ Vgl. *Scheuerle*, Das Wesen des Wesens, AcP 163 (1964), 429, 430 „Kryptoargument, das gebraucht wird, um anderes zu verbergen“.

¹¹ *Kuhlen*, Die Unterscheidung von Rechts- und Tatfrage und ihre Bedeutsamkeit für das Strafprozessrecht, in: Alexy/Koch/Kuhlen/Rüssmann (Hrsg.), Elemente einer juristischen Begründungslehre (2003), 323, 325.

¹² *Kuhlen* sprach noch 1985 davon, er habe in der „juristischen Literatur keinerlei Resonanz gefunden“, a.a.O. (Fn. 11).

¹³ *Rüssmann*, Zur Abgrenzung von Rechts- und Tatfrage, in: H.-J. Koch (Hrsg.), Juristische Methodenlehre und analytische Philosophie, S. 242, 256 f. Zustimmung und diesen Ansatz weiter ausbauend etwa *Kuhlen*, a.a.O. (Fn. 11); *Neumann* GA 1988, 387 ff.; *derselbe*, in: Festschrift für Androulakis (2003), S. 1091, 1096; *derselbe*, in: Festschrift für Hamm (2008), S. 525, 526 ff.; *Schroth* JR 1990, 93, 95 f. Im Zivilprozessrecht, der eigentlichen „Heimat“ des Autors, scheint dagegen sein Aufsatz noch nicht allzu oft rezipiert zu sein.

¹⁴ So auch *Kuhlen*, a.a.O. (Fn. 11) 323 (328 f.) u. schon zuvor *Engisch*, Logische Studien zur Gesetzesanwendung, 3. Aufl. (1963), S. 83 f.

¹⁵ *Rüssmann*, a.a.O. (Fn. 13) S. 256 ff.

¹⁶ Von pathologischen Fällen (die hier nicht einschlägig sind), bei denen die Instanzgerichte von der weiter zu beachtenden Regel, dass ihre Sachverhaltsschilderung informativ sein muss (und nicht durchwegs zur „Sachverhaltsbeschreibung“ die im anzuwendenden Rechtssatz enthaltenen Begriffe verwenden), abweichen, kann hier abgesehen werden (siehe dazu näher *Rüssmann*, a.a.O. [Fn. 13] S. 257 ff.; *Kuhlen* a.a.O. [Fn. 11] S. 326 ff.; siehe auch SK-StPO-Frisch [2004] § 337 Rn. 15).

bung formuliert. In der Revisionsinstanz überprüfbar sind die im Urteil des Tatrichters herangezogenen Regeln, nicht die singulären Feststellungen zu dem zu beurteilenden Sachverhalt.¹⁷

Aus semantischer Sicht ist eine Zuordnung der vom OLG Naumburg vorgelegten Fragen damit eindeutig: Beide Fragen sind keine singulären Sätze über Ereignisse, sondern implizieren Regeln für bestimmte Klassen von Straftaten, die zwar am zu beurteilenden Fall *orientiert* sind (denn sie müssen für die beabsichtigte Entscheidung erheblich sein) - Beförderungerschleichung in Höhe von 1,10 Euro, Diebstahl von zwei Bierflaschen aus einem Supermarkt mit einem Schaden von 0,62 Euro -, aber für *alle* Fälle („stets“) einer Beförderungerschleichung bis 1,10 Euro, für *alle* Fälle des Diebstahls von Getränken bei einer Schadenssumme bis 0,62 Euro¹⁸ aus einem Supermarkt gelten sollen, unabhängig davon, wie die Täterpersönlichkeit beschaffen ist (vgl. die Wendung „unabhängig von der strafrechtlichen Vergangenheit des Täters“). Sie enthalten also ausschließlich Allquantoren und keine Individuenkonstanten, stellen damit abgeleitete Regeln des Tatschuldprinzips dar¹⁹, die man für richtig oder falsch halten, zumindest aus rechtstheoretischer Sicht aber nicht als „Tatfragen“ umklassifizieren kann.

¹⁷ Neumann GA 1988, 387, 393.

¹⁸ Soweit wird man die in der Frage implizierte Regel mindestens verallgemeinern können – dass es sich gerade um zwei Bierflaschen handelt, spielt für die Tatschuld keine Rolle (dass es sich um *alkoholische* Getränke handelt, könnte unter dem Aspekt des Suchtdrucks höchstens schuldmindernd relevant sein, vgl. § 21).

¹⁹ Das OLG Naumburg wie auch andere Obergerichte nennen Übermaßverbot, also Verhältnismäßigkeitsprinzip (*diese* Begriffe sind synonym, s. *Hufen*, Staatsrecht II, 2. Aufl. [2009], § 9 Rn. 14) und Tatschuldprinzip in einem Atemzug, ohne das genaue Verhältnis zueinander zu klären; dies kann auch hier nicht geleistet werden. Jedenfalls muss das Tatschuld“prinzip“ hinsichtlich der Strafobergrenze die normativ stärkere *Regel* sein (so auch *Roxin* AT 1, 4. Aufl. [2006], § 3 Rn. 52, 58; *H.A. Wolff* AÖR 124 [1999], 55, 69), denn auch die Maßregeln sind an das das Verhältnismäßigkeitsprinzip gebunden, § 62 StGB). Sowohl Tatschuld- als auch Verhältnismäßigkeits“prinzip“ sind keine Prinzipien im *Alexyschen* Sinne, sondern Regeln (siehe *derselbe*, Theorie der Grundrechte, 2. Auflage [1994], S. 100, 3. Kapitel Fn. 84; *NK/StGB-Paeffgen*, 3. Auflage [2009] vor § 32 Rn. 207). Übermaßverbot und Tatschuld“prinzip“ sind jedoch beide ein normatives *Mehr* gegenüber dem bloßen Willkürverbot. Auch die gleichmäßig exekutierte Todesstrafe für Sexualverbrecher wäre nicht willkürlich, aber unverhältnismäßig und nicht schuldangemessen. Das Willkürverbot ist bloß der „operationable(n) Minimalgehalt des allgemeinen Gleichheitssatzes“ (*Sachs* JuS 1997, 124, 125); Art. 3 I GG ist durch die sog. „neue Formel“ aber gerade mit höheren Anforderungen angereichert worden, die tlw. vom BVerfG und Schrifttum mit dem Verhältnismäßigkeitsgrundsatz verglichen werden (vgl. *Sachs* JuS 1997, 124, 129; *Brüning* JZ 2001, 669 ff.) anders aber *Jakobs*, AT, 2. Auflage (1991), 17/29 f., der im Schuldgrundsatz nicht mehr als ein Willkürverbot sieht, „Auch für das Strafmaß bringt der Schuldgrundsatz nichts über das Willkürverbot hinaus.“ Siehe zum Ganzen auch noch Fn. 62.

III. Normentheoretische Rekonstruktion der Strafzumessung

Unterstützung dieser Zuordnung als Regeln erfährt dieses Zwischenergebnis durch eine normentheoretische Rekonstruktion der richterlichen Strafzumessungsentscheidung, die *Puppe* in ihrer Habilitation entworfen hat; es handelt sich dabei, soweit erkennbar, um die einzige (freilich bisher in der Literatur praktisch ignorierte!²⁰) normentheoretische Konzeption zur Strafzumessung, die über dunkle Wendungen wie diejenige des BGH, dass die Strafmaßentscheidung „zugleich tatrichterlicher Wertungsakt und Rechtsanwendung auf einen bestimmten Strafzumessungssachverhalt unter vom Gesetzgeber formulierte Strafzumessungskriterien und –leitlinien“²¹ sei, hinausgeht.

Puppe unterscheidet drei Phasen der Anwendung eines Strafgesetzes auf einen Einzelfall: Erstens die Feststellung der *Anwendbarkeit* eines Strafgesetzes auf einen Einzelfall, zweitens die Konkretisierung der Norm dieses Strafgesetzes im Hinblick auf den Unrechts- und Schuldgehalt der betreffenden Tat als Verwirklichung des Strafgesetzes und drittens die *Anwendung* der so konkretisierten Norm auf den in Rede stehenden Einzelfall.²² Während Schritt 1 und Schritt 3 in der Sache vertraut wirken (sie sind nichts als eine andere Form der Darstellung von Subsumtionsvorgängen²³), liegt das Revolutionäre in der zweiten Phase, in der der Tatbestand nicht als eine Norm, die Einzelfälle regelt,²⁴ sondern als eine *Norm- bzw. Satzfunktion* erscheint, die Leerstellen für weitere Strafzumessungstatsachen enthält.²⁵ „Die zweite Phase, die die richterli-

²⁰ So wird sie in der Habilitation von *Krahl*, Tatbestand und Rechtsfolge – Untersuchungen zu ihrem strafrechtsdogmatisch-methodologischen Verhältnis“ (1999) nicht einmal erwähnt; anders etwa *Erhard*, Strafzumessung bei Vorbestraften unter dem Gesichtspunkt der Strafzumessungsschuld (1992), S. 179 f., der sich knapp mit *Puppes* Konzeption auseinandersetzt. Bei *Jakobs*, AT, 1. Auflage (1983), 31/11 und AT, 2. Auflage (1991), ebenda, finden sich gewisse Parallelen. Als gedanklichen Vorläufer der *Puppischen* Konzeption kann man eine knappe Einlassung *Frischs* sehen, NJW 1973, 1345, 1346: „Jeder Verhängung einer bestimmten Strafgröße geht ... gedanklich ein an bestimmten rechtlichen Kriterien (Strafzwecke, Strafzumessungsmaßstäbe) ausgerichteter Prozess des Zuordnens einer bestimmten Strafgröße zu einer bestimmten Konstellation von Tat- und Täterfaktoren (Strafzumessungssachverhalt) voraus. Das meist gar nicht recht bewusst werdende Ergebnis dieser Zuordnung ist eine konkrete Bemessungsregel, ein vom Richter für alle Sachverhalte mit (nur) diesen Tat- und Täterfaktoren für richtig gehaltener, also insoweit generell gedachter Obersatz“.

²¹ BGHSt 52, 84, 87.

²² *Puppe*, Idealkonkurrenz und Einzelverbrechen, S. 68 ff.

²³ Nach *Puppe*, a.a.O. (Fn. 22), S. 75 seien beide sogar „unproblematisch“; da allerdings durch Schritt 3 die Rechtsfolgenentscheidung als Subsumtionsvorgang und damit in ein syllogistisches Schlussverfahren eingestellt wird, ist sie rechtstheoretisch keineswegs unproblematisch (siehe zur Kritik unten IV.).

²⁴ In dieser zweiten Phase wird die Verhaltensregel der ersten Stufe in eine Zurechnungsregel transformiert, um ein anderes Vokabular in Anschluss an *Hruschka* zu benutzen, vgl. *derselbe* Rechtstheorie 22 (1991), 449 ff.

²⁵ *Puppe*, a.a.O. (Fn. 22), S. 61 ff. – Diese Strafzumessungstatsachen legt dabei § 46 Abs. 2 fest, der freilich nicht abschließend formuliert ist und dessen einzelnen Gesichts-

che Schuldbestimmung und die Strafzumessung umfasst, soweit sie an die Tatschuld und damit an das einzelne Strafgesetz gebunden ist, hat die Aufstellung einer im Vergleich zum Strafgesetz inhaltsreicheren und ihrer Rechtsfolge hinreichend bestimmten Norm zum Ziele. Hier geht es darum, weitere Bedingungen der Rechtsfolge in den Kontext der Strafnorm selbst einzuführen. (...) Das Ergebnis dieser Phase ist eine abstrakte Norm, die ihrer Form nach Allgemeingültigkeit beansprucht, obwohl sie auf den Einzelfall hin konzipiert ist. (...) Auf der Tatbestandsseite enthält diese Norm Beschreibungen von Klassen von Tatbestandsverwirklichungen, die sich in Unrecht und Schuld vollständig gleichen.“

Dieser normentheoretische Entwurf der richterlichen Strafzumessungsentscheidung hat nun frappierende Ähnlichkeit mit einem Vorschlag zur Normstruktur des Verwaltungsermessens von H.-J. Koch,²⁶ der freilich anders als Puppes Ideen mehr Beachtung in der verwaltungsrechtlichen Literatur gefunden hat²⁷: „Für Ermessensnormen ist charakteristisch, daß sie zur Ergänzung des gesetzlichen Tatbestandes ermächtigen. In den Tatbestand, der die Bedingungen enthält, bei deren Erfüllung die Rechtsfolge gilt, gehören auch diejenigen Bedingungen, die eine Behörde in Wahrnehmung einer Ermessensermächtigung und in Bindung an den Zweck der Ermessensermächtigung selbst entwickelt. Die Berechtigung zur Wahl einer Rechtsfolge (...) ist lediglich eine Funktion der Ermächtigung zur Tatbestandsergänzung.“²⁸ Puppe wie Koch bevorzugen es also, Normen mit nicht hinreichend bestimmter Rechtsfolge als Einräumung einer Tatbestandsergänzungsbefugnis verbunden mit einer bestimmten Rechtsfolge zu interpretieren. Dabei unterscheiden sich Verwaltungsermessens und richterliche Strafzumessung u. a. darin, dass die Tatbestandsergänzungsaufgabe im Verwaltungsrecht an die jeweilige(n) allgemeine(n) Normzwecke gebunden ist (die häufig nicht näher gesetzlich fixiert sind²⁹), während § 46 Abs. 2

bereits die entscheidenden Aspekte (wenn auch nicht erschöpfend) dem Strafrichter vorgibt.

Der grundlegende staatsrechtliche Unterschied zwischen Verwaltungsermessens und richterlichem Ermessen in der Strafzumessung, dass bei ersterem eine Normkonkretisierungsmächtigung der Exekutive, bei letzterem der Judikative jeweils von der Legislative eingeräumt wird,³⁰ kann hier nicht näher beleuchtet werden, ändert aber nichts an der normstrukturellen Parallele.

Nimmt man freilich die Strafzumessungsentscheidung noch etwas genauer unter die Lupe, so hat man die vom Richter zu bildenden Strafzumessungsnorm noch nicht adäquat erfasst, wenn man sie als ein bloßes „Zusammenlesen“ des BT-Tatbestandes mit den Merkmalen des § 46 Abs. 2 versteht, etwa bspw. „Wer eine andere Person aus verwerflicher Gesinnung körperlich misshandelt oder an der Gesundheit schädigt, wird mit einer Mindeststrafe von X bestraft“³¹; denn bei den Begriffen des § 46 Abs. 2 handelt es sich ausnahmslos um unbestimmte Rechtsbegriffe, die jeweils weiterer Konkretisierung bedürfen, um „subsumtionsfähig“ zu werden, etwa derart: „Wer eine andere Person aus Rassenhass körperlich misshandelt, ...“.³² Folglich könnte man prima vista als eigentliches verwaltungsrechtliches Analogon zur richterlichen Strafzumessungsnorm die sog. Koppelungsvorschriften betrachten, die als gesetzliche Normen definiert werden, die zugleich eine Ermessensermächtigung ausdrücken und im gesetzgeberischen Tatbestand mindestens einen unbestimmten Rechtsbegriff enthalten. Indes hinkt dieser Vergleich, da bei Koppelungsvorschriften der gesetzgeberische Tatbestand notwendig bereits einen unbestimmten Rechtsbegriff enthält und damit dieser über die Anwendbarkeit der Rechtsfolge mitentscheidet, während die strafrechtlichen Normen des Besonderen Teils erst durch das „Zusammenlesen“ mit § 46 mit unbestimmten Rechtsbegriffen aufgefüllt werden, solche jedoch im gesetzlichen Tatbestand nicht notwendig, wenn auch regelmäßig enthalten.³³ Damit stellen sich bei den Koppelungsvorschriften andere Probleme als bei der richterli-

punkte nicht für jeden Straftatbestand relevant sein müssen, Puppe S. 102 mit Fn. 14.

²⁶ Gewisse Parallelen des Kochschen und Puppischen Normenmodells zu Fikentschers Theorie der Fallnorm (derselbe, Methoden des Rechts in vergleichender Darstellung, Band IV [1977] S. 129 ff.) drängen sich auf, können aber hier nicht näher behandelt werden.

²⁷ Zustimmend etwa Herdegen JZ 1991, 747, 748 f.; Jestaedt, in: Erichsen/Ehlers, Allgemeines Verwaltungsrecht, 13. Auflage (2006), § 10 Rn. 18*. – Paeffgen, in: Festschrift für Peters II (1984), S. 61, 66 ff. hat wohl erstmals für das Straf(prozess)recht die Koch'sche Untersuchung fruchtbar gemacht.

²⁸ So prägnant Koch, in: derselbe/Rüssmann, Juristische Begründungslehre S. 88 f.; in der Sache genauso schon in derselbe, Unbestimmte Rechtsbegriffe und Ermessensermächtigungen im Verwaltungsrecht, S. 126 ff.; erstmals W. Schmidt, Gesetzesvollziehung durch Rechtsetzung (1969), S. 100 ff., insb. S. 103 und S. 157 (allerdings beschränkt auf das Entschließungs-, nicht das Auswahlmessen, S. 156 - jedoch ist auch das Auswahlmessen [die Strafzumessung ist eine Form des Auswahlmessens etwa derart: Wenn B₁ und B₂ und B₃ realisiert sind, dann muss R₁ oder R₂ oder R₃ usw. angeordnet werden] als Tatbestandsergänzungsaufgabe rekonstruierbar, Koch, Unbestimmte Rechtsbegriffe und Ermessensermächtigungen im Verwaltungsrecht S. 138 ff.).

²⁹ Ausnahme bspw. § 1 V, VI BauGB zum Planungsermessens bei der Aufstellung von Bauleitplänen – vgl. auch dort die

Ähnlichkeit (keine abschließende Aufzählung der baurechtlichen Belange) zu § 46 Abs. 2 StGB.

³⁰ Wobei die Frage der adäquaten Kontrolldichte der exekutiven Normkonkretisierung durch die Judikative und diejenige der tatrichterlichen Normkonkretisierung durch die Revisionsgerichte unterschiedliche sind.

³¹ Dies wäre ein Zusammenlesen des Merkmals der Gesinnung aus § 46 Abs. 2 und § 223 Abs. 1 – ob es sich dabei um eine sachgerechte Strafzumessungserwägung handelt, sei hier dahingestellt, der Wortlaut des § 46 Abs. 2 ließe sie jedenfalls zu.

³² Auch hier sei dahingestellt, ob es sich um eine für § 223 adäquate Strafzumessungserwägung handelt, im Rahmen des § 211 ist Rassenhass als niedriger Beweggrund jedenfalls anerkannt, siehe die Nachweis bei Fischer, a.a.O. (Fn. 4), § 211 Rn. 27. In Österreich bspw. sind rassistische Beweggründe allgemeine Erschwerungsgründe, § 33 Nr. 5 ÖStGB. Bisher fehlen in Deutschland spezielle Strafzumessungsvorgaben für „hate crimes“ – siehe aber zu einer entsprechenden Gesetzesinitiative der Länder Brandenburg und Sachsen-Anhalt BR-Drs. 572/07 und dazu Stegbauer NJ 2008, 108.

³³ Bspw. enthält 303 Abs. 1, die Sachbeschädigung, keinen unbestimmten Rechtsbegriff.

chen Strafzumessung,³⁴ sodass man eher beim allgemeinen Vergleich zu Verwaltungsermessens-Normen bleiben sollte.

Alle Konsequenzen, die man aus dieser normentheoretischen Rekonstruktion des Strafzumessungsvorganges ableiten kann, können hier nicht dargestellt werden, eine ist aber für das in Rede stehende Problem entscheidend: Die Annahme des BGH, es sei in der Regel davon auszugehen, „dass sich die Rechtsausführungen der Obergerichte zu den Grenzen schuldangemessenen Strafens nur auf den der Entscheidung zu Grunde liegenden Einzelfall beziehen“³⁵, ist aus Sicht einer solchen Strafzumessungskonstruktion inakzeptabel: In den Entscheidungen über den Einzelfall sind die von den Gerichten selbst aus der tatbestandlichen Satzfunktion entwickelten konkretisierten Normsätze enthalten, die Allgemeingültigkeit beanspruchen. Sie entsprechen also genau dem oben dargestellten, rechtstheoretischen Regel-Kriterium zur Klassifizierung als Rechtsfrage.

IV. Einwände gegen ein solches Modell

Nun ist Kochs Modell einer deduktiven Begründungsstruktur des Verwaltungsermessens i.e.S. und auch des sog. „Planungsermessens“ auf erbitterten Widerstand eines Teils der rechtstheoretischen und verwaltungsrechtlichen Literatur gestoßen,³⁶ und die richterliche Strafzumessung in ein deduktives Schema zu „pressen“,

würde bei vielen Autoren wahrscheinlich auf noch größeren Widerstand stoßen (wäre Puppes Vorschlag registriert worden...), gilt doch dieses Rechtsgebiet als das Paradebeispiel für eine umfassende Würdigung des Einzelfalls und der Täterpersönlichkeit, für die sich nicht ein juristischer Syllogismus, sondern vielmehr bspw. eine topische Herangehensweise, ein (wie auch immer geartetes) Denken in „Typen“ oder ein „Finalprogramm“ (Spezial-/Generalprävention) eignet.³⁷

Nur, eine solche Kritik bringt erstens den Unterschied zwischen der Möglichkeit deduktiver Begründungsstruktur und der Möglichkeit einer Deduktion aus dem Gesetz selbst durcheinander³⁸ (denn Puppe und Koch behaupten gerade nicht, dass eine Ableitung der Strafzumessungs- bzw. Verwaltungsermessensentscheidung aus dem Gesetz möglich wäre, vielmehr erkennen sie die gewissermaßen rechtsschöpferische Aufgabe des Richters bzw. der Verwaltung ausdrücklich an³⁹).

Zweitens wird die Möglichkeit verkannt, mithilfe sog. *Prima facie*-Regeln den Besonderheiten des Einzelfalls Rechnung tragen zu können: Nimmt man normtheoretisch an, dass die in der 2. Phase gebildete, konkretisierte Norm eine unbestimmte Anzahl von Variablen/Leerstellen enthält⁴⁰ oder – um es anschaulicher auszudrücken – immer eine „Angstklausel“ / *Ceteris paribus*-Bedingung vorsieht,⁴¹ so verbleibt dem Strafrichter hinreichend Spielraum, allen Besonderheiten des Einzelfalles voll Rechnung zu tragen.⁴² In der Sache sind solche *Prima facie*-Regeln im Strafzumessungsrecht auch schon längst bekannt, allerdings nur bei der Strafraumenänderung, nämlich in Gestalt der benannten Regel-

³⁴ Namentlich, ob bei gewissen unbestimmten Rechtsbegriffen wie „öffentliche Belange“ (vgl. etwa § 35 Abs. 2 BauGB) noch Raum für eine Ermessensausübung auf der Rechtsfolgenseite verbleibt, siehe Koch, a.a.O. (Fn. 28), S. 182 ff. Im Strafrecht dagegen gibt es keine unbestimmten Rechtsbegriffe des gesetzlichen Tatbestandes, die die Strafzumessungsentscheidung schon antizipieren würden (außer bei Tatbeständen mit absoluten Strafdrohungen).

³⁵ BGHSt 52, 84, 87. – Diese Auffassung des BGH korrespondiert mit einem Ausspruch des ehemaligen Richters am US-Supreme Court, David Souter: „Ein Richter muß den dem Gericht vorgelegten Fall entscheiden. Doch die vorgelegte Sache selbst sollte die Reichweite des Prinzips bestimmen, auf das die Entscheidung zu gründen ist.“ (zitiert nach Lüderssen ARSP Beiheft 45 [1992] 129, 130). Das ist selbstwidersprüchlich: Ein Prinzip, dessen Reichweite auf den zu entscheidenden Fall beschränkt ist, ist keines (siehe dazu auch noch Fn. 96).

³⁶ So etwa bei Neumann, Juristische Argumentationslehre (1986), S. 19 ff., der die Rekonstruktion der Gesetzesanwendung im deduktiven Modell für zirkulär und trivial hält und ein Argumentationsschema, das Toulmin entworfen hat (The Uses of Argument, 1958), präferiert; die Diskussion kann hier nicht im einzelnen nachgezeichnet werden, kritisch gegenüber Neumann etwa Bung, Subsumtion und Interpretation (2004), 147 ff.; Hilgendorf, Argumentation in der Jurisprudenz (1991), S. 67 ff. Günther ARSP Beiheft 45 (1992), 36 (40) hält indes den ganzen Streit für unfruchtbar. Auf den Trivialitätsvorwurf wird man mit Puppe immerhin entgegnen können (dieselbe, Kleine Schule des juristischen Denkens [2008], S. 126): „Jeder logische Schluss ist eine Tautologie. Was ist er dann überhaupt wert? Auch eine numerische Gleichung ist nichts anderes als eine Tautologie. 2×6 ist dasselbe wie 12 , 3×4 ist dasselbe wie 2×6 und dasselbe wie 12 , und 4×3 ist ebenfalls dasselbe. Dass 443556 dasselbe ist wie 8214×54 und dasselbe wie 666^2 , erkennt allenfalls ein Rechenkünstler auf Antrieb, andere benötigen dazu einen Computer. Deshalb lässt sich nicht bestreiten, dass dies eine Erkenntnis ist. [...]“.

³⁷ Siehe stellvertretend etwa Hassemer ZStW 90 (1978), 64, 93 f., der einen deduktiven Begründungsstil in der Strafzumessung als „scheinrational“ ausmacht und eine „diskursive“ Herangehensweise des Tatrichters anregt.

³⁸ Vgl. Koch/Rüssmann, a.a.O. (Fn. 28) S. 97. – Neumann trifft diese Replik freilich nicht, er sieht klar die Trennung von Deduktivitätspostulat und Gesetzesbindung, a.a.O. (Fn. 36), S. 17.

³⁹ Siehe das Zitat von Koch oben bei Fn. 28 („diejenigen Bedingungen, die eine Behörde [...] in Bindung an den Zweck der Ermessensermächtigung selbst entwickelt“); Puppe, a.a.O. (Fn. 22), S. 63: „Es geht um die Präzisierung des Norminhalts selbst, also des Satzes, der bei der klassischen Darstellung der Subsumtion des *modus ponens* als Obersatz des Schlusses erscheint. Diesen Teil der Normbestimmung hat der Gesetzgeber für die Strafgesetze selbst dadurch an den Richter delegiert, dass er in seinen Strafgesetzen Rechtsfolgen angeordnet hat, die er selbst in § 38 ff. für nicht vollständig bestimmt erklärt.“ S. 65: „Man kann sagen, daß jeder Tatbestand eine Vielzahl solcher Normen in unvollständiger Form enthält oder auch daß er eine Anleitung für den Richter enthält, solche Normen zu bilden, Die Bildung dieser hinreichend bestimmten Norm zur Anwendung auf den Einzelfall ist der Inhalt der richterlichen Strafzumessung.“.

⁴⁰ Puppe, a.a.O. (Fn. 22), S. 107 f.

⁴¹ *Prima facie*-Regeln zeichnen sich dadurch aus, dass sie keine „strikte“ Wenn-Dann-Verknüpfung darstellen, sondern durch eine „Es-sei-denn“-Klausel bzw. „*Ceteris paribus*“-Bedingung („unter sonst [im wesentlichen] gleich Umständen“) aufgelockert werden, siehe näher zur Struktur von *Prima facie*-Regeln Kuhlen, a.a.O. (Fn. 11), S. 346 ff.

⁴² Die „Es-sei-denn“-Klausel entspricht im Toulmin-Schema den Ausnahmenbedingungen („rebuttal“), siehe derselbe, a.a.O. (Fn. 36) S. 92 f. und S. 127 f.

beispiele.⁴³ Jede *Prima facie*-Regel hat aber einen erheblich höheren Informationsgehalt und eine erheblich größere Steuerungswirkung als der diffuse Verweis auf die umfassende Würdigung aller Umstände,⁴⁴ denn will der Richter von der Ausnahmeklausel Gebrauch machen und damit von der *Prima facie*-Regel abweichen (etwa: trotz Erfüllung eines benannten Regelbeispiels nicht zu einer Strafrahmenänderung zu gelangen), bürdet man ihm eine entsprechende Argumentationslast auf.⁴⁵

Drittens werden die Vorzüge eines deduktiven Begründungsmodells unterschätzt: Das Modell verlangt zunächst die Angabe einer universellen, bedingten Norm, die den Rahmen für jegliche weitere Begründungstätigkeit absteckt und durch die Angabe hinreichender Bedingungen für eine Rechtsfolgenanordnung Gleichbehandlung und Rechtssicherheit leistet.⁴⁶

Und schließlich spielt die Imponderabilie „Täterpersönlichkeit“, zu deren „Vermessung“⁴⁷ generell-abstrakte Normsätze sicherlich inadäquat erscheinen,⁴⁸ auf dem

Boden der herrschenden Meinung (Stichwort: Spielraum-/Schuldrahmentheorie) für unsere Frage (Bildung von *Prima facie*-Regeln für die Schuldobergrenze) eine geringere Rolle: Der in Betracht kommende „Schuldrahmen“ wird von der *Tatschuld* bestimmt, nicht von einer wie auch immer gearteten Charakter-/Lebensführungsschuld (wobei freilich eine sachgerechte Erklärung der Strafschärfung wegen Rückfalls wohl das Grundproblem aller *Tatschuld*lehren darstellt – siehe dazu noch unten VII.),⁴⁹ spezialpräventive Aspekte spielen nur innerhalb dieses Rahmens eine Rolle.

Hinzu kommt: Erklärt man jede Tat und jede Strafzumessung im Einzelfall angesichts der Einmaligkeit des jeweiligen Täters und seiner Schuld für einzigartig, senkt man die Normvalenz von Art. 3 Abs. 1 GG im Rahmen der Strafzumessung auf Null und erklärt ein Divergenzvorlageverfahren im Strafzumessungsrecht für denklogisch unmöglich – ein offensichtlich unhaltbares Ergebnis.⁵⁰

V. Eine teleologische Klassifizierung von Tat- und Rechtsfrage im Revisionsrecht

Ist damit der rechtstheoretische Regelcharakter der vom OLG Naumburg vorgelegten Fragen eindeutig, so ist noch nicht entschieden, ob es sinnvoll ist, dass der BGH über deren Gültigkeit im Rahmen des Divergenzvergleichsverfahrens entscheiden soll. Denn der BGH zeigt eine restriktive Haltung, über Divergenzvorlagefragen zu entscheiden (das sog. „horror pleni“⁵¹), und behandelt dasjenige als „Tatfrage“, was gerade der Entscheidung des Tatrichters überlassen werden soll,⁵² auch wenn es eindeutig um die rechtliche Bewertung geht. So hat der BGH in einem vergleichbaren Fall zur Bemessung der Höhe von Tagessätzen bei der Geldstrafe die Vorlagefrage mit der Begründung als Tatfrage zurückgewiesen, es ließen sich „keine starren Regeln aufstellen“.⁵³ Unabhängig davon, dass das Gericht hier wiederum verkennt, dass es zwischen starren Ja/Nein-Regeln und dem Verweis in die Beliebigkeit („Gesamtwürdigung aller Umstände“) noch ein Drittes gibt, hat die Aufstellung von *Prima facie*-Regeln zugegebenermaßen bei solchen „überkomplexen Fallkonstellationen“ keinen Sinn, bei denen aufgrund der Komplexität der zu berücksichtigenden Aspekte nicht einmal prognostiziert werden kann, ob in der Mehrzahl der zu entscheidenden Fälle die Regel noch ihre Steue-

⁴³ So ausdrücklich auch *Kindhäuser*, in: Festschrift für Triffterer (1998), S. 123, 125.

⁴⁴ Vgl. dazu *Horn*, in: A. Kaufmann-GS (1989), S. 573, 594: „Der Hinweis auf die Notwendigkeit einer Gesamtwürdigung ist immer dubios. Damit wird nämlich entweder etwas ganz Selbstverständliches verlangt: daß alle Umstände des konkreten Einzelfalles für die Subsumtion unter das jeweils in Rede stehende Tatbestandsmerkmal zu berücksichtigen und zu verwerten seien. Oder aber – und das ist viel schlimmer – der Adressat dieses Hinweises (der Tatrichter) wird dazu ermuntert, rechtlich im Trüben zu fischen.“

⁴⁵ *Kuhlen*, a.a.O. (Fn. 11), S. 349 ff.

⁴⁶ *Koch/Rüssmann*, a.a.O. (Fn. 28) S. 113 f.; ebenso *Alexy*, Theorie der juristischen Argumentation, 2. Auflage (1991), S. 280 („Sicherung der Universalisierbarkeit“); siehe auch *Bung*, Subsumtion und Interpretation (2004), S. 33 f. (Integrierung der Strafzumessungsentscheidung in ein deduktives Modell sichert hinreichende Begründung).

⁴⁷ Sollte man ein solches Ansinnen in einem säkulären Strafprozess eines liberalen Staates angesichts der umfassenden Schweigerechte des Beschuldigten zur eigenen Person überhaupt für möglich halten. Der totalitäre Zugriff auf die Täterpersönlichkeit mag im Jugendstrafrecht noch angehen, im Interaktionsverhältnis mündiger Bürger zwischen Richter und Angeklagten – solange die Schuldfähigkeit nicht in Rede steht – ist er aber hochproblematisch und insbesondere bei Bagatellkriminalität unangemessen.

⁴⁸ In der Evaluierung der Täterpersönlichkeit mag das Residuum des „Unaussprechlichen“ und Nichtverbalisierbaren und damit auch Nichtrevisiblen im Strafzumessungsrecht liegen – eine grundsätzlich jedoch befremdende Art der Rechtsanwendung – vgl. die diesbezüglichen Ausführungen des BVerfGE 118, 212, 233: „Es kommt hinzu, dass die tatsächlichen Grundlagen einer Strafzumessungsentscheidung sich zum Teil nicht mit der Genauigkeit und Vollständigkeit verschriftlichen lassen wie andere Merkmale strafrechtlicher Sachverhalte. Auf dieser Erkenntnis fußen die alten Lehren des Strafprozessrechts, die die Strafzumessung für eine Arbeit am „Tatsächlichen“ gehalten und sie deshalb der „Domäne“ des Tatrichters zugewiesen haben (...). Daran bleibt richtig, dass die Umstände, aus denen auf die Angemessenheit einer bestimmten Strafe zu schließen ist, nicht nur durch das Lesen von Texten, sondern auch aufgrund unmittelbarer Beobachtung erkennbar werden. Im Zentrum dieser Umstände steht die Person des Verurteilten, seine Vergangenheit und absehbare Zukunft, sein damaliges und jetziges Verhältnis zur Tat, seine Glaubwürdigkeit und seine Orientierung. (...) Diese tatsächlichen Grundlagen einer Strafzumessungsentscheidung sind einem Dritten, der sie nicht selbst unmittelbar beobachtet hat, nur unter Ver-

lust von Informationen vermittelbar.“ Grundsätzlich sollten alle Regeln, die den Schuldrahmen der Tat determinieren, revisibel sein.

⁴⁹ Wobei zuzugeben ist, dass das Strafzumessungsschuldverständnis in der Rechtsprechung teilweise noch atavistische Züge einer diffusen Charakterschuld trägt, siehe dazu krit. *Hörnle* JZ 1999, 1080, 1083 ff.

⁵⁰ Treffend *Koch/Rüssmann*, a.a.O. (Fn. 28) S. 234: „Der Jurist darf einen Fall nicht ... als einzigartiges Ereignis behandeln. Wegen des Gleichbehandlungsgebots hat der Jurist jeden Fall als Exemplar einer Gattung von Fällen gleicher Art zu betrachten.“

⁵¹ Zur Praxis des BGH im Strafzumessungsrecht siehe etwa die Nachweise bei *Schroth* JR 1990, 93 ff.

⁵² Vgl. die Nachweise bei *Neumann*, in: Festschrift für Androulakis (2003), S. 1091, 1092.

⁵³ BGHSt 27, 212.

rungsfunktion behält:⁵⁴ Greift nämlich empirisch in der Überzahl der Fälle die Ausnahmeklausel, liegt ja in Wahrheit gar kein Regel-Ausnahmeverhältnis mehr vor und das Regelleitbild verkommt zu einem Lippenbekenntnis, von dem in fast jeder Entscheidung aufgrund der „besonderen Umstände des Einzelfalles“ abgewichen werden muss. Hier ist es in der Tat nicht angebracht, dass der BGH solcherlei Rechtsfragen beantwortet und unvollständige Normen bestätigt oder verwirft, die in Wahrheit nichts regeln. Damit muss entschieden werden, ob es sich bei der Strafzumessung der zu entscheidenden „Falltypen“ Ladendiebstahl bzw. Leistungserschleichung mit minimalem Schaden um solche „überkomplexe Fallkonstellationen“ handelt, bei denen eine *Prima facie*-Regelbildung nicht sinnvoll ist.

Dies erscheint mir höchst zweifelhaft: Zum einen ist das Ausmaß des Erfolgsunrechts in diesen Fällen mit dem Preis der Ware bzw. Leistung zwar u.U. nicht vollständig, aber nahezu vollständig beschrieben⁵⁵, jedenfalls sind sonstige Folgeschäden der individuellen Tat praktisch ausgeschlossen.⁵⁶ Denn das jeweilige Opfer, die juristi-

sche Person in Gestalt der Supermarktkette bzw. der Verkehrsbetriebe, hat keinen über den Warenpreis (ggfls. plus eventuell ausgelobter Fangprämie) hinausgehenden Schaden.⁵⁷ Ob dagegen die gestohlenen Waren bei der Festnahme des Beschuldigten schon verzehrt worden sind, ist kein spezifischer unrechtssteigernder Aspekt des Nachtatverhaltens.⁵⁸

Daneben kommen etwa Unrechtssteigerungen in Anlehnung an die § 243 Abs. 1 Nr. 1-7 (die formal über § 243 Abs. 2 ausgeschlossen sind⁵⁹) bei diesen Falltypen praktisch nicht vor.⁶⁰ Ansonsten erschöpft sich dann das jeweilige Handlungsunrecht - die Rückfallkomponente bleibt ausgeklammert - in einer Spiegelung des (minimalen) Erfolgsunrechts, spezifische Steigerungen des Handlungsunrechts könnten sich höchstens einmal durch besondere Täuschungsintensität bei § 265a oder beim Trickdiebstahl ergeben.⁶¹ Mithin handelt es sich keineswegs um „überkomplexe“ Fallkonstellationen, bei denen eine Regelbildung nicht möglich ist. Vielmehr ist der jeweilige Preis die entscheidende Komponente sowohl des Erfolgs- wie Handlungsunrechts.

VI. Weitere Voraussetzungen der Divergenzvorlage

Der Bundesgerichtshof meint weiterhin, die Vorlagevoraussetzungen deshalb verneinen zu können, weil die Auslegung der Vorentscheidungen durch das OLG Naumburg mit der Rechtsprechung des Bundesverfassungsgerichts nicht im Einklang stünde. Nun hat in der Tat das Bundesverfassungsgericht 1979 die Abschaffung des (privilegierenden) Mundraubtatbestandes (§ 370 a.F.) und damit die Eröffnung des allgemeinen Strafrahmens des § 242 für solcherlei Bagatelldiebstähle als mit dem Schuldprinzip vereinbar angesehen, aber damit natürlich

sung demnächst Grosse-Wilde, Erfolgszurechnung in der Strafzumessung.

⁵⁴ Vgl. zu diesem Problemfeld auch Neumann, in: Festschrift für Meyer-Goßner (2001), S. 683, 701 ff.

⁵⁵ Da ggfls. nach - freilich bis heute hoch umstrittener - zivilrechtlicher Rechtsprechung - noch eine pauschalierte Fangprämie (1979: 50 DM) als Schaden addiert werden dürfte. Ob damit vom reinen Schaden der *Einzeltat* abgegangen und mittelbar ein Teil des *Gesamtschadens* aufgeklärter und nichtaufgeklärter Ladendiebstähle verbotenerweise zugerechnet wird, ist die kruziale Frage. Jedenfalls sonstige Vorsorgekosten für Überwachungskameras, Schadensermittlungskosten etc. dürfen nicht verrechnet werden, vgl. dazu den BGH NJW 1980, 119, 121: „Die grundsätzliche Erstattungs-fähigkeit der Fangprämie darf nicht dazu führen, den Schadensumfang über das durch den konkreten Eingriff in das Eigentum festgelegte Ausgleichsinteresse des Geschädigten hinaus zu erhöhen, um den Ladendieb von künftigen Diebereien abzuschrecken oder andere hiervon abzuhalten, oder um gar auf diesem Wege doch Ersatz für die Mühewaltung bei der Bearbeitung des Schadensfalls zu erhalten. Ein über den Schadensausgleich hinausgehender Zuschlag zur Erhöhung der Abschreckungswirkung wird durch den zivilrechtlichen Schadenersatz nicht, auch nicht bei vorsätzlicher Schädigung, gedeckt. Ebenso ist, wie ausgeführt, bei der Bemessung des erstattungsfähigen Aufwands dem Grundsatz Rechnung zu tragen, daß der ertappte Warendieb nicht für die Erscheinung des Warendiebstahls als eines Massendelikts, sondern nur für den eigenen Tatbeitrag einzustehen hat.“ Für absolute Bagateltaten (eine genaue Grenze wurde nicht festgesetzt) hat der BGH der Fangprämienersatzung ganz verboten, BGH a.a.O.: „Jedoch kann auch eine derart nach oben begrenzte Pauschale nicht erstattet verlangt werden in Fällen, in denen wegen des sehr geringfügigen Werts der entwendeten Ware die Zusage einer pauschalierten Fangprämie außer Verhältnis zu dem im konkreten Fall bestehenden Haftungszweck erscheint. Die durch die Aufgabe des Haftungsrechts gezogene Grenze wäre überschritten, wenn eine am Durchschnittsfall orientierte Prämienpauschale auch bei Entwendung von Waren von ganz unbedeutendem Wert, zB bei der Entwendung geringwertiger Süßigkeiten durch Jugendliche, dem Schädiger in Rechnung gestellt werden würde.“ Siehe zum Ganzen mit Nw. Ebert, Pönale Elemente im deutschen Privatrecht (2004), S. 560 ff.

⁵⁶ Dass das Ausmaß des Erfolgsunrechts des Diebstahls von Waren kontextabhängig und mit dem jeweiligen Marktpreis nicht immer erschöpfend zu beschreiben ist (Bsp. A stiehlt dem Wanderer B seine letzte Wasserflasche in der Wüste), dürfte einleuchtend sein. Siehe zur Erfolgsunrechtsbeschreibung und -zurechnung in der Strafzumessung

⁵⁷ Ob es dagegen für die Quantifizierung des Erfolgs- oder Handlungsunrechts einen Unterschied macht, den notleidenden „Tante-Emma-Laden“ zu bestehen, erscheint mir von der Ausnahme der Ausnutzung eines besonderen Vertrauensverhältnisses zwischen Täter und Opfer als nicht sachgerechte Moralisierung in der Strafzumessung.

⁵⁸ Denn zum Verzehr sind Lebensmittel nun einmal bestimmt - der aufgehobene Mundraubtatbestand § 370 Abs. 1 Nr. 5 a.F. StGB besaß gerade die entsprechende überschießende Innentendenz „zum alsbaldigen Verbrauch bestimmt“ - eine Verwertung verstieße somit gegen den Rechtsgedanken des § 46 Abs. 3.

⁵⁹ Was tlw. rechtspolitisch - meiner Meinung nach zu Unrecht, da der Wert des Diebstahlobjekts entscheidende Determinante sowohl des Erfolgs- wie Handlungsunrechts des § 242 ist - kritisiert worden ist, siehe die Nachweise bei Eisele, Die Regelbeispielmethode im Strafrecht (2004), S. 325 ff.; für eine Analogiefähigkeit des § 243 Abs. 2 sogar für die §§ 249, 252, 255 (was Mindermeinung geblieben ist) dagegen Burkhardt NJW 1975, 1687.

⁶⁰ Es könnte höchstens einmal § 243 Abs. 1 Nr. 6 (etwa: während die Kassiererin einen Schwächeanfall erleidet) vorliegen.

⁶¹ Dass dagegen etwa eine Maskierung des Täters vorliegt, ist kriminologisch bei einem Ladendiebstahl eher unwahrscheinlich, da es dem Täter auf die Heimlichkeit der Wegnahme ankommt, anders als beim Raub.

nicht den Tatschuld-Spielraum der einzelnen Bagatelldat auf den gesamten Strafraumen ausgedehnt. Zwar hat eine Kammer 1994 eine (vollstreckbare) Gesamtfreiheitsstrafe von 3 Monaten für 2 Bagatelldaten (Gesamtschaden 15 DM) als dem Gebot schuldangemessenen Strafens entsprechend deklariert⁶², allerdings handelt es sich, wie der BGH geflissentlich unterschlägt, dabei um einen Nichtannahmebeschluss, für den die Bindungswirkung des § 31 BVerfGG nicht gilt, ja der nicht einmal materielle Rechtskraft hat.⁶³ Ebenso wenig kommt den Entscheidungen des Gerichts zur Vereinbarkeit der Rückfallbestimmung des § 48 (der sogar eine Mindeststrafe von 6 Monaten, auch im Falle von Bagatelldaten, vorsah!) mit dem Schuldprinzip Bindungswirkung zu,⁶⁴ da § 48 im Jahre 1986 aufgehoben wurde.⁶⁵ Daher hat sich etwa das OLG Oldenburg kurz nach der Entscheidungsverweigerung des BGH auch nicht daran gehindert gesehen, einen zur Kammerentscheidung des Bundesverfassungsgerichts konträren Normsatz der Form aufzustellen, dass bei einer Tatbeute bis zum Wert von 10 Euro eine Freiheitsstrafe über das gesetzliche Mindestmaß von einem Monat schlechterdings gegen das Schuldprinzip verstößt.⁶⁶ Solange also über die Vorlagefrage nicht nach § 31 BVerfGG entschieden worden ist, ist ein Vorlageverfahren weiterhin sinnvoll.⁶⁷

VII. Tatschuld und Rückfall

Damit sind alle Hindernisse aus dem Weg geräumt, die der BGH selbst aufgetürmt hat, um in der Sache nicht entscheiden zu müssen. Die Sache betrifft dabei eine der „ewigen“ Aporien für ein Tatschuld-Strafrecht (und auch für die „moderne“ Variante der Tatproportionalitätsleh-

ren⁶⁸), nämlich ob und ggfls. wie stark rechtskräftig abgeurteilte Taten die Strafe bzw. Schuld der Wiederholungstat erhöhen können.⁶⁹ Obwohl die allgemeine Rückfallvorschrift (§ 48) gestrichen wurde,⁷⁰ gehört die Vorstrafenbelastung weiterhin zu den wichtigsten Strafzumessungsaspekten und wird über die Wendung „das Vorleben des Täters“ in § 46 Abs.2 in die Strafzumessungsentscheidung eingestellt.

Es ist bemerkenswert, dass die Obergerichte in den in Rede stehenden Entscheidungen von einer *Erhöhung des Handlungsunrechts* durch den Rückfall sprechen⁷¹ und damit wenigstens begrifflich nicht erst von einer Erhöhung der *Strafzumessungsschuld* – etwa aufgrund einer (wie auch immer psychologisch oder normativ vorstellbaren) Überwindung von Hemmimpulsen der Vorstrafe ausgehen –,⁷² sondern schon von einer Erhöhung des Unrechts. Dabei dürften psychologische Erklärungsversuche einer isolierten Schulderrhöhung im Sinne einer Überwindung von Hemmschwellen und intensiverer „krimineller Energie“⁷³ oder „verschärfter Verbotskenntnis“⁷⁴ „naturalistische Missverständnisse normativer Daten“

⁶² BVerfG(K) 2 BvR 710/94, Nichtannahmebeschluss v. 09.06.1994; wenigstens verbal rückt die Kammer das Tatschuldprinzip aber in die Nähe eines bloßen Willkürverbots, was nicht richtig ist (s.o. Fn. 19), vgl. BVerfG: „Die verhängte Strafe übersteigt auch unter Berücksichtigung der geringen Schadenshöhe nicht die Schuld des Beschwerdeführers und verletzt somit nicht das Gebot schuldangemessenen Strafens aus Art. 1 Abs. 1, Art. 2 Abs. 1 GG in Verbindung mit dem Rechtsstaatsprinzip. Aus diesem Gebot ergibt sich nicht, daß die Verhängung einer kurzen Freiheitsstrafe gemäß § 47 StGB erst ab einer bestimmten Schadenshöhe in Betracht kommt. Die Verhängung einer Freiheitsstrafe gegen den Beschwerdeführer ist angesichts seiner vielfachen, überwiegend einschlägigen Vorstrafen nachvollziehbar, jedenfalls nicht sachfremd oder willkürlich im Sinne des Art. 3 Abs. 1 GG. (...)“

⁶³ Eichberger in: Umbach/Clemens/Dollinger, BVerfGG, 2. Auflage (2005), § 93b Rn. 18; Schlaich/Korioth, BVerfG, 7. Auflage (2007), Rn. 268 – die sogar empfehlen: „Die Wissenschaft und die öffentliche Diskussion sollten darauf verzichten, Nichtannahmeentscheidungen, d.h. in erster Linie Kammerbeschlüsse, in die Diskussion mit einzubeziehen“ (- was vielleicht überzogen ist, jedenfalls sollten die einfachen Gerichte in ihren Entscheidungen nicht voreiligen Gehorsam gegenüber ad hoc Meinungen von 3 Richtern - die ggfls. mittlerweile schon gar nicht mehr dem Senat angehören - üben).

⁶⁴ BVerfGE 50, 125; BVerfGE 65, 180.

⁶⁵ Art.1 Nr.1 des 23. Strafrechtsänderungsgesetzes, BGBl I 1986, 393.

⁶⁶ OLG Oldenburg NdsRpfl 2008, 347.

⁶⁷ Die Erledigung eines Vorlageverfahrens tritt nur bei „§ 31er“ BVerfG-Entscheidungen ein, siehe BGH NJW 1977, 686.

⁶⁸ Die Ideenverwandtschaft beider Lehren betont auch Frisch, in: derselbe/von Hirsch/Albrecht (Hrsg.): Tatproportionalität (1999), S. 18 f.

⁶⁹ Der selbständige Problembereich der Strafschärfung früherer Einstellungen und Freisprüche soll hier außen vor bleiben, siehe dazu instruktiv Stuckenberg StV 2007, 655. Es geht auch nicht um die *bloß materielle Tatwiederholung*, diese richtet sich nach den allgemeinen Konkurrenzregeln (Asperationsprinzip des § 53), vgl. Mir Puig ZStW 86 (1974), 175 (177).

⁷⁰ Siehe oben Fn. 65; die Geschichte der Rückfallvorschriften im StGB ist recht wechselhaft, § 48 als § 13 a.F. wurde erst 1970 ins StGB eingefügt, und löste damit die vier speziellen Rückfalltatbestände im BT (§§ 244, 250 Abs. 1 Nr. 5, 261, 264 a.F.) ab. – In Österreich wirkt der Rückfall weiterhin ausdrücklich straferschwerend, einmal als allgemeiner Straferschwerungsgrund (§ 33 Nr. 2 ÖStGB) innerhalb des normalen Strafraumens, dann als Strafraumenänderungsgrund bei zumindest teilweise verbüßter Freiheitsstrafe (§ 39 ÖStGB – eine interessante Differenzierung). Der Schweizer Gesetzgeber hat die selbständige Rückfallnorm Art. 67a a.F. SchwStGB im Zuge der AT-Totalrevision 2006 gestrichen.

⁷¹ Etwa OLG Hamburg NStZ-RR 2004, 72: „Der Handlungsunwert wird u.a. bestimmt durch das Vorleben des Täters, insbesondere schon frühere - einschlägige - Straftaten und Missachtung von Warneffekten durch Vorstrafen (...). Die (personale) Handlungskomponente und die (tatbezogene) Erfolgskomponente der Strafzumessungsschuld können nicht getrennt betrachtet werden (...), sondern sind einer Gesamtwürdigung zu unterziehen, in der ein Weniger an Erfolgsunrecht (hier: Beutewert) durch ein Mehr an Handlungsunrecht (hier: Neigung zu einschlägigen Taten, Nichtbeachtung diverser einschlägiger Strafen, Tatbegehung in laufender Bewährungszeit kurz nach letzter Verurteilung zu Freiheitsstrafe wegen gleichartiger Tat) ausgeglichen werden kann.“

⁷² So wohl die klassische Sicht (freilich findet sich auch schon in älteren Urteilen die Wendung von der Erhöhung des Handlungsunrechts, etwa BGHSt 25, 64; BGH StV 1991, 64) die auch vom Wortlaut der allgemeinen Rückfallverschärfung des § 48 a.F. (der 1986 aufgehoben wurde) genährt wurde, siehe ausführlich hierzu Erhard, a.a.O. (Fn. 20), S. 60 ff.

⁷³ Etwa Horstkotte JZ 1970, 152, 153; BVerfGE 50, 125, 134.

⁷⁴ Hettinger GA 1974, 208, 215; Hacker/Hoffmann JR 2007, 453.

sein,⁷⁵ für die es keinerlei empirisch valide Grundlage gibt.

Eine Unrechtslozierung erscheint mir grundsätzlich sachgerecht, man vermeidet dadurch insbesondere die zumindest problematische Annahme, dass es isoliert strafzumessungsschuld-steigernde Merkmale über die Vollform der Strafbegründungsschuld hinaus (die man bereits bejaht hat) gibt und sich damit der Strafzumessungsschuldvorwurf in seiner Quantifizierung nach oben hin abkoppelt von dem jeweiligen Unrechtsvorwurf.⁷⁶ Zu diesem (Miss-)Verständnis mag eventualiter auch der schillernde Begriff der Schuld selbst beitragen, der der Objektsprache angehört und damit steigerungsfähig ist, während andere Begriffe wie „Verantwortlichkeit“ oder „Zurechenbarkeit“ metasprachlicher Natur sind und nicht steigerungsfähig sind,⁷⁷ ergo keine Assoziationen isolierter Aggravation wecken, sondern lediglich zu Anschlussfragen herausfordern wie: „Verantwortlich wofür? Was soll zugerechnet werden?“ (diese Fragen lenken sofort den Blick zurück auf das Unrecht).

Vice versa ändert sich damit das Unrechtsverständnis, das den Rückfall integrieren will. Frisch spricht von einem mehr ideellen Unrechtsverständnis,⁷⁸ zu Recht - denn etwa eine rein viktimologische, am Leid des Opfers orientierte Unrechtsbeschreibung i.S.e. „Einschnitts in die Lebensqualität“ des Opfers⁷⁹ für das Erfolgsrecht und eines reziproken Handlungsunrechts scheidet schon daran, den Strafraum von Sachbeschädigung zum Diebstahl zu erklären.⁸⁰ Eine immerhin schöne - bisher aber im Schrifttum nicht wieder aufgegriffene - Metapher für eine (Handlungs-)Unrechtsverstärkung des Rückfalls hat Erhard formuliert, indem der Vorbestrafte zu einem „(Überwacher-)Garant seiner selbst“ durch die Erstverurteilung werde.⁸¹ Damit beinhaltet die Wiederho-

lungstat einen doppelten Pflichtenverstoß ähnlich den unechten Amtsdelikten.⁸²

Ohne die Legitimationsdebatte hier weiter zu vertiefen, bleibt festzuhalten, dass es plausible Ansätze dafür gibt, im Rückfall grundsätzlich eine Verstärkung des Unrechts der Wiederholungstat und darüber vermittelt der Tatschuld zu sehen.

VIII. Numerische Strafobergrenzen aus dem Tatschuldprinzip?

Damit ist die entscheidende Frage aufgeworfen, wie stark der Rückfall die Schuld der Anschlussstat steigern kann. Zwei Aspekte sollte man berücksichtigen: Zum einen wird die Tatschuld durch den Rückfall nicht kontinuierlich mit jeder neuen Tat gesteigert, sondern man kommt irgendwann zu einer „Sättigung“: Ob der habituelle Wiederholungstäter nun zehn oder 20 Vorstrafen hat, spielt für die Schuld der Rückfalltat keine Rolle mehr. Zum anderen muss es nach dem Tatschuldprinzip und der „Spielraumtheorie“ irgendeine gedachte Schuldobergrenze der individuellen Tat geben, auch wenn es diese Grenze als genauen Fixpunkt nicht gibt.⁸³

Was es aber gibt, sind - wie bei unbestimmten Rechtsbegriffen auch - positive, negative und neutrale Kandidaten der Strafmaßbestimmung,⁸⁴ die den vertretbaren Spielraum der Tatschuld eingrenzen. Und entscheidend ist, ob der BGH eine numerische Strafobergrenze für die negativen Kandidaten des in Rede stehenden Falltypus bestimmen soll oder nicht. - Meiner Meinung sollte er dies zugunsten von Rechtssicherheit und Rechtsanwendungsgleichheit tun - diesen „Schmerz der Grenze“ muss ein Gericht nun einmal aushalten, und an anderer Stelle hält es ihn auch aus,⁸⁵ zumal er abgemildert wird durch

⁷⁵ Jakobs, AT, 2. Auflage (1991), 17/26; zustimmend Stuckenberg StV 2007, 655, 656.

⁷⁶ Gegen schuldsteigernde Merkmale über die Vollform der Strafbegründungsschuld hinaus die beachtenswerte Meinung von Hörnle, Tatproportionale Strafzumessung (1999), S. 151 ff.; dieselbe JZ 1999, 1080, 1087 ff. - Gegen diese Auffassung spricht allerdings weiterhin die *lex lata*, die in § 46 Abs. 2 die Gesinnung, die aus der Tat spricht, nennt.

⁷⁷ Vgl. NK/StGB-Puppe, 3. Auflage (2009), vor § 13 Rn. 7; vgl. auch Achenbach, Historische und dogmatische Grundlagen der strafrechtssystematischen Schuldlehre (1974) S. 218 f.; siehe zur Geschichte des Schuldbegriffs zum strafrechtlichen Systembegriff auch Stübinger, Schuld, Strafrecht und Geschichte (2000), S. 378 ff.

⁷⁸ Frisch, in: Festschrift für Müller-Dietz (2001), S. 237, 251 ff.

⁷⁹ So grundsätzlich Hörnle, Tatproportionale Strafzumessung (1999), S. 221 ff.

⁸⁰ Die Zerstörung einer Sache und die Wegnahme mit verwirklichter dauerhafter Enteignung bewirken aus Opferseite denselben Schaden, werden aber (zu Recht) mit unterschiedlichen Strafraum belegt (die sich immerhin generalpräventiv leicht erklären lassen - der Anreiz, eine Sache für sich zu besitzen und zu nutzen, ist normalerweise größer als diese zu zerstören); vgl. dazu auch Lampe, Das personale Unrecht (1967), S. 67 sowie Lenckner NJW 1967, 1890, 1894 f.

⁸¹ Erhard, a.a.O. (Fn. 20) S. 266. - Allerdings lehnt er im Ergebnis diese Erklärung der Rückfallverschärfung ab, da Garantstellungen und Amtsdelikte nur in Bezug auf bestimmte Rechtsgüter vorhanden seien; dies stimmt für Ga-

rantenstellungen, aber auch für die Strafschärfung aufgrund des Missbrauchs einer Amtsstellung nicht, denn die Anzahl der (unechten) Amtsdelikte und entsprechenden Regelbeispiele im StGB ist kontingent, in Österreich bspw. ist die Ausnutzung einer Amtsstellung allgemeiner Strafschärfungsgrund für jedes vorsätzliches Delikt (siehe § 313 ÖStGB). Durch das 6. Strafrechtsreformgesetz taucht die Amtsträgereigenschaft als Regelbeispiel wieder vermehrt auf, aber ohne Systematik: In § 263 Abs. 3 Nr. 4 wird sie genannt, in § 243 nicht. Hinzu kommt, dass die Erstverurteilung den Täter nicht für jedwedes spätere Delikt zum „Garanten seiner selbst“ macht, sondern nur für kriminologisch verwandte Straftaten.

⁸² Die Idee zweier Pflichtwidrigkeiten ist an sich altherwürdig und findet sich schon bei Armin Kaufmann, Lebendiges und Totes in Bindings Normentheorie (1954) S. 211 f. - dort allerdings zur Erklärung des alten § 20a mit Charakter-schuld-Vokabular (hinter § 20a stehe ein „Gebot zu wertorientierter Charakterbildung“).

⁸³ Vgl. Neumann, in: FS für Spindel (1992), S. 435, 441 f.

⁸⁴ Vgl. zu diesen Begriffen näher Koch, a.a.O. (Fn. 28), S. 33 ff.

⁸⁵ Beim Regelbsp. des „Vermögensverlustes großen Ausmaßes“ in § 263 Abs. 3 Nr. 2 hat BGHSt 48, 360, 361 insoweit eine Grenze dezisionistisch festgelegt, als dass jedenfalls der Wert von 50.000 Euro nicht unterschritten werden darf. Diese Rechtsprechung hat der BGH neuerdings für das entsprechende Regelbeispiel in § 370 Abs. 3 Nr. 1 AO parallelisiert, BGH NJW 2009, 528, 532 und weitere nume-

die Einbettung in eine *Prima facie*-Regel, von der in Ausnahmefällen immer noch abgewichen werden darf.⁸⁶ Insofern hat die Festsetzung von negativen Kandidaten nichts mit einer „Schematisierung“ zu tun, die „dem Wesen der Strafzumessung nicht gerecht“ würde.⁸⁷

Welches aber sind nun die „eindeutigen“ negativen Kandidaten: Diese lassen sich zwar nicht logisch ableiten, aber ein Argument, das von mehreren Obergerichten verwendet worden ist, sollte zum Nachdenken anregen: Von 1871 bis 1974 lag die Strafobergrenze des Mundraubs bei 6 Wochen Haft (§ 370 Abs.1 Nr. 5 a.F. iVm. § 18 Abs. 1 a.F.⁸⁸), ohne dass die Normgeltung des Diebstahlverbots irgendeinen Schaden genommen hätte. Auch wenn man die Vollzugswirklichkeit im Kaiserreich mit der heutigen nicht vergleichen kann, bleibt doch frappierend, dass sich eine autoritäre Monarchie mit einem Punitivitätsniveau begnügte, das offenbar vielen Gerichten der parlamentarischen Demokratie nicht mehr genügt. Insofern könnte man bei *ca. 2 Monaten Freiheitsstrafe bzw. bei dem gegenwärtigen Umrechnungsmodus von 1:1 ca. 60 Tagessätzen*⁸⁹ eine dezisionistische Grenze für Bagatelldiebstähle ziehen.⁹⁰ Hierbei geht es nicht, wie *van Gemmeren* bereits zu Recht etwa gegen das OLG Nürnberg (siehe Fn. 87) eingewandt hat, um eine „Entkriminalisierung“ oder das Verbot einer bestimmten Strafart,⁹¹ sondern darum, dem Tatschuldprinzip überhaupt eine greifbare normative Valenz zu verleihen. Dafür ist der in Rede stehende Falltyp ein Lackmustest. Andererseits soll mit dieser Strafobergrenze auch nicht gesagt werden, dass die vollstreckbare Freiheitsstrafe die spezialpräventiv richtige für notorische Wiederholungstäter ist, wahrscheinlich

rische Grenzen für die Formulierung von *Prima facie*-Strafzumessungsregeln aufgestellt.

⁸⁶ Rechtsvergleichend erscheint in diesem Zusammenhang interessant, dass das ÖStGB bspw. numerische Wertgrenzen für Strafschärfungen in 33 (!) Tatbeständen (nicht nur für Vermögens-, sondern auch etwa für Amts-, Geldfälschungs-, Korruptions- und Umweltdelikte) kennt, ohne dass ein Sturm der Entrüstung aufgrund eines solchen „Schematismus“ aufgekommen wäre, siehe instruktiv *Hochmayr*, in: FS für Szwarz (2009), 235 ff.

⁸⁷ So aber OLG Nürnberg StraFo 2006, 502, 504.

⁸⁸ Die Strafschärfung für gefährliche Gewohnheitsverbrecher, § 20a a.F., galt nicht für Übertretungen, vgl. § 20a Abs. 1 Satz 2 a.F. Im Preußischen Strafgesetzbuch von 1851 findet sich in § 349 Nr. 3 bereits eine ähnliche Regelung zu § 370 Abs. 1 Nr. 5 a.F. StGB.

⁸⁹ Kritisch dazu etwa *Hörnle*, Tatproportionale Strafzumessung (1999), S. 171 ff.; *Schott* JR 2003, 315.

⁹⁰ Diese Grenze hätte angesichts der unbändigen Straflust vieler Untergerichte (etwa: AG Wittmund, Urt. v. 27.11.2007 – 4 Monate Freiheitsstrafe gegen einen 74 Jahre alten Angeklagten für einen Diebstahl von Waren im Wert von 5,08 Euro – aufgehoben durch das OLG Oldenburg StraFo 2008, 297) auch durchaus praktische Bedeutung.

⁹¹ JR 2007, 214, 216; ebenso LG Kleve NJW Spezial 2008, 570; ein kategorisches Verbot einer nicht zur Bewährung ausgesetzten Freiheitsstrafe ist mit § 47 in der Tat nicht vereinbar.

hat unser Sanktionenrecht gar keine⁹², aber § 47 erlaubt auch spezialpräventiv sinnlose Strafen.⁹³

IX. Fazit

Die Dogmatik des Strafzumessungsrechts ist durch bahnbrechende Urteile in Bewegung geraten: Dazu gehören die Entscheidung des Großen Senats zur „Vollstreckungslösung“⁹⁴ und etwa diejenige des 1. Senats zum Strafmaß bei der Steuerhinterziehung, die eine größere Steuerungswirkung haben wird als einige Beobachter ihr zubilligen wollen.⁹⁵ Der hier analysierte Beschluss des 4. Strafsenats reiht sich leider nicht in diese Judikatur ein. Das Strafzumessungsrecht mit seinem immer wiederkehrenden Postulat der umfassenden Würdigung des Einzelfalls entbindet nicht von der ehernen Regel, dass man die *Maximen* angeben muss, nach denen man entscheidet.⁹⁶ Und diese sollten, gerade wenn sie für die Rechtswirklichkeit so eminent wichtig sind wie das Strafmaß für Rückfalltäter von Bagatelldiebstählen, revisibel sein. Schließlich lässt sich die Strafzumessung für diese Falltypen mithilfe von *Prima facie*-Regeln harmonisieren, was aber freilich den Mut voraussetzt, einen Grundsatz mit Leben zu füllen, der bisweilen nicht mehr als ein Lippenbekenntnis ist: das Tatschuldprinzip.

⁹² Die Geldstrafe wird regelmäßig in einer Ersatzfreiheitsstrafe enden; das recht neue Mittel der gemeinnützigen Arbeit (vgl. Art. 293 EGStGB) mag bei manchem Wiederholungstäter ein spezialpräventiv wirksames Mittel sein.

⁹³ Solange die „Verteidigung der Rechtsordnung“, also generalpräventive Bedürfnisse, eine Freiheitsstrafe unerlässlich macht.

⁹⁴ BGHSt (GS) 52, 124; siehe dazu etwa die Besprechung von *Gaede* JZ 2008, 422.

⁹⁵ BGH NJW 2009, 528; eher zurückhaltend *Volk*, in: DER SPIEGEL 50/2008, 44; anders *Bilsdörfer* NJW 2009, 476; *Joecks* JZ 2009, 531. Die Kritik von *Schaefer* NJW-Spezial 2009, 88, 89, die Instanzgerichte seien durch die rechtlichen Vorgaben des BGH nur „in den engen Grenzen des § 358 StPO gebunden“, insoweit streite für diese Art. 97 GG, ist dagegen abwegig (was hat Art. 97 GG mit der verbindlichen Entscheidung von Rechtsfragen durch Revisionsgerichte zu tun?!). – Ob in der Sache die Anleihen beim Betrugstatbestand sachgerecht sind, steht auf einem anderen Blatt.

⁹⁶ Vgl. *Jakobs* JZ 1986, 1063, 1064: „Eine noch so sehr um Einzelfallgerechtigkeit bemühte Rechtsprechung kommt nicht darum herum, die *Maximen* zu nennen, nach denen der Einzelfall entschieden werden soll. Geschieht dies, so erfolgt nicht etwa die Gewichtung des Einzelfalls pauschal, sondern die Gewichtungsgrundsätze werden offen und generell, wie es sich rechtsstaatlich gehört. Allein dem Einzelfall kann man die Entscheidungskriterien nur dann ablauschen, wenn man diesen zuvor vom bloßen Fall zur konkreten Ordnung stilisiert.“ Vgl. auch *Paeffgen*, in: BGH-FS IV (2000) 695, 703 in Fn. 43: „Rechtsanwendung heißt: Entscheiden nach Grundsätzen“.

Hypnose als Straftat

Die Strafbarkeit antisozialer Suggestionen

Von Rechtsanwalt Michael Gerke, Ratingen

Durch Hypnose¹ wird das Bewusstsein derart modifiziert, dass der Proband nur den Suggestionen² des Hypnotiseurs folgt. Wird der Hypnotisierte durch Suggestionen zu antisozialen Handlungen missbraucht,³ hängt die strafrechtliche Relevanz von der juristischen Bewertung der Bewusstseinsveränderung ab. Dies bereitet besondere Schwierigkeiten, da in der Medizin bzw. Psychoanalyse das Bewusstsein Gegenstand der Untersuchungen ist, während im Strafrecht der Schwerpunkt auf der Willensentschließung bzw. Willensbildung liegt.

1. Teil: Strafbare Handlungen an Hypnotisierten

I. Körperverletzung gem. § 223 Abs. 1 StGB

Bereits durch das Einleiten der Hypnose kann der Hypnotiseur den Tatbestand der Körperverletzung erfüllen. Es wird hier also nur die Frage untersucht, ob die Hypnotisierung selbst eine Körperverletzung ist. Davon wären die Fälle zu unterscheiden, in denen der Hypnotiseur den speziellen Zustand der Wehrlosigkeit des Opfers während der Hypnose ausnutzt, um es zu misshandeln.

1) Körperliche Misshandlung

Von den beiden Tatmodalitäten der körperlichen Misshandlung – die nicht nur unerhebliche Beeinträchtigung

entweder des körperlichen Wohlbefindens oder der körperlichen Unversehrtheit⁴ – kommt bei der Hypnose nur die Beeinträchtigung des körperlichen Wohlbefindens infrage, da sie durch Worte und beruhigende, gleichförmige Bewegungen eingeleitet wird, sodass es am erforderlichen Körperlichkeitsbezug fehlt.⁵ Im Unterschied zur körperlichen Unversehrtheit kommt es beim Wohlbefinden auf eine Beeinträchtigung des subjektiven Empfindens des Verletzten an.⁶ Allerdings muss jede Misshandlung körperlich sein, weswegen eine bloße psychische Misshandlung den Tatbestand nicht erfüllt. Notwendige Voraussetzung ist, dass das Opfer in einen pathologischen, somatisch objektivierbaren Zustand versetzt wurde.⁷ Die Einleitung einer Hypnose führt zu keiner pathologischen Veränderung des Opfers. Im Zustand der Hypnose sind sowohl die Ansprechbarkeit des Unbewussten als auch die Konzentration auf eine bestimmte Sache stark erhöht. Die Kritikfähigkeit des Bewusstseins ist im gleichen Maße reduziert. Dadurch können bestimmte Phänomene verstärkt oder überhaupt erst wahrgenommen werden.⁸ Die Wahrnehmung ist eingengt, und die Konzentration des Bewusstseins ist auf eine bestimmte Sache gerichtet. Dieser spezielle Bewusstseinszustand entspricht aber nicht einem pathologischen Zustand. Zu einem anderen Ergebnis kann man freilich dann kommen, wenn die Versetzung in die Hypnose fehlerhaft war und das Opfer unter einem schweren Schock leidet.⁹

¹ Als Hypnose wird entweder das Verfahren zum Erreichen einer hypnotischen Trance bezeichnet, die durch vorübergehend geänderte Aufmerksamkeit und meist tiefe Entspannung gekennzeichnet ist. Oder der Begriff bezeichnet den Zustand der hypnotischen Trance, der durch eine hypnotische Induktion erreicht wird. Die Begriffe Hypnose und Trance werden häufig synonym verwendet, wobei Trance nur für den Zustand steht, Hypnose hingegen den Zustand sowie das Verfahren bezeichnen kann.

² Die Beeinflussung von Denk-, Willens- und Handlungsabläufen eines Menschen wird als Suggestion (vom lateinischen „suggere“ – unterschieben, eingeben) bezeichnet. Nach Bernheim ist Suggestion „im weitesten Sinne der Vorgang, durch welchen eine Vorstellung in das Gehirn eingeführt und von ihm angenommen wird“. Bernheim H., Die Suggestion und ihre Heilwirkung, in Wilhelm Engelmann (1888).

³ Die grundsätzliche Möglichkeit, antisoziale Handlungen zu suggerieren, ist in der Literatur anerkannt, vgl. Gerhard Schütz, Hypnose in der Praxis (1997), S. 45, 92.

⁴ Wessels/Hettinger, Strafrecht, Besonderer Teil, Bd. 1, 32. Aufl. (2008), Rn. 255; Fischer, Strafgesetzbuch und Nebengesetze, Kommentar, 56. Aufl. (2009), § 223 Rn. 3a.

⁵ Siehe zum Körperlichkeitsbezug Eser, in: Schönke/Schröder, Strafgesetzbuch, Kommentar, 27. Aufl. (2006), § 223 Rn. 4.

⁶ Fischer a.a.O. (Fn. 4), § 223 Rn. 4.

⁷ Lillie, in: Jähnke/Laufhütte/Odersky (Hrsg.), Strafgesetzbuch, Leipziger Kommentar, Bd. 6, 11. Aufl. (2005), § 223 Rn. 8.

⁸ Siehe zur sog. „Wachsuggestibilität“ Dirk Revenstorf, Klinische Hypnose (1990), S. 73 ff.; siehe allgemein zum hypnotischen Zustand Jeannot Hoareau, Klinische Hypnose (1996), S. 58 ff.

⁹ Vgl. körperliche Misshandlung durch schweren Schock nach Verkehrsunfall: Stuttgart NJW 1959, 831; KG VRS 35, 353; Koblenz VRS 42, 29; Hamm DAR 72, 190. Zu Gesundheitsschäden durch Hypnose Revenstorf a.a.O. (Fn. 8), S. 438, sowie Hans-Christian Kossak, Lehrbuch Hypnose, 4. Aufl. (2004), S. 184.

2) Gesundheitsbeschädigung

Eine Gesundheitsbeschädigung liegt bei einer positiven Abgrenzung dann nicht vor, wenn alle menschlichen Organe in normaler Weise ihre Funktionen ausüben.¹⁰ Durch die Hypnose folgt der Körper des Hypnotisierten nicht mehr seinem eigenen Bewusstsein. Er gehorcht vielmehr der Suggestion des Hypnotiseurs.¹¹ Die Tätigkeit des Gehirns des Hypnotisierten und auch seiner Glieder ist der normalen Bestimmbarkeit entzogen. Allerdings liegt eine Gesundheitsbeschädigung bei einer bloßen psychischen Beeinträchtigung grundsätzlich nicht vor.¹² Eine Ausnahme besteht nur dann, wenn durch die psychische Beeinträchtigung der Körper in einen krankhaften Zustand (somatologischer Krankheitsbegriff), z. B. nervlicher Art, versetzt wird.¹³ In der medizinischen Literatur finden sich überwiegend zwei Ansätze, über die Entstehung von Hypnose.

a) Physische Ursachen

Ein Ansatz geht von körperlichen Ursachen aus, weswegen er Hypnose als ein rein physiologisches Phänomen versteht. Hypnose ist das Ergebnis von spezifischer und unspezifischer Aktivität verschiedener Regionen des Gehirns. Genannt werden die Bereiche der Exzitation (Erregung), Inhibition (Hemmung) und die Tätigkeit des allgemeinen Weckzentrums (formatio reticularis).¹⁴ Dieser Ansicht nach führt eine Hypnose zu einer Störung der normalen körperlichen Funktionen. Die Tätigkeit des Gehirns des Hypnotisierten und auch seiner Glieder ist der normalen Bestimmung entzogen. Nach *Iwan Petrowitsch Pawlow* war die Hypnose ein „partieller Schlaf“, ein Zustand zwischen dem Wachzustand und dem Schlaf.¹⁵

b) Psychologische Ursachen

Ein anderer Ansatz stellt die psychologischen Ursachen in den Mittelpunkt seiner Untersuchungen. Psychologisch fundierte Theorien sehen die Hypnose mehr als Ergebnis eines komplexen Rollenspiels zwischen Hypnotiseur und Probanden, als kognitiv-behaviorales Verhalten oder als kognitiv-sozialpsychologische Reaktion.¹⁶ Das hypnotische Verhalten wird beim kognitiv-behavioralen Ansatz auf imaginative Fähigkeiten und selektive Aufmerksamkeit zurückgeführt. Hierzu wendet der Hypnotisand verschiedene kognitive Strategien an. Hypnose basiert beim kognitiv-sozialpsychologischen Ansatz auf verschiedenen sozialpsychologischen Fakto-

¹⁰ *Lilie*, in: Leipziger Kommentar, Strafgesetzbuch (Fn. 7), § 223 Rn. 13.

¹¹ *Mezger ZStW* 1912, 847, 851.

¹² *Lilie*, in: Leipziger Kommentar, Strafgesetzbuch (Fn. 7), § 223 Rn. 15.

¹³ RGSt 73, 316, 319; *Maurach/Schroeder/Maiwald*, Strafrecht, Besonderer Teil, Bd. 1, 9. Aufl. (2003), I § 9 Rn. 2; *Stree*, in: Schönke/Schröder (Fn. 5), § 225 Rn. 12.

¹⁴ Vgl. *Revenstorff* a.a.O. (Fn. 8), S. 84.

¹⁵ Vgl. *Hoareau* a.a.O. (Fn. 8), S. 21 ff.; siehe insbesondere zu dem von Pawlow entwickelten Modell der neuro-physiologischen Inhibition *Kossak* a.a.O. (Fn. 9), S. 50 f.

¹⁶ Vgl. *Hoareau* a.a.O. (Fn. 8), S. 23 ff.; *Revenstorff* a.a.O. (Fn. 8), S. 40 ff.

ren, u. a. muss der Proband gewillt sein, eine „gute Versuchsperson“ zu sein.¹⁷

c) Juristische Auslegung

In der juristischen Literatur finden sich nur wenige Quellen, die sich mit der Hypnose befassen. Es scheint aber so, als ob der Zustand der Hypnose als eine tief greifende, nicht krankhafte Bewusstseinsstörung verstanden wird.¹⁸ Betrachtet man diese Aussage zusammen mit dem Ansatz, der auf die psychologischen Ursachen der Hypnose abstellt, so liegt weder eine psychische Beeinträchtigung noch ein dadurch verursachter krankhafter Zustand vor. Einzig die Wahrnehmung und das Bewusstsein sind verändert. Eine Hypnose führt nicht zu einer Störung der normalen körperlichen Funktionen.

II. Aussetzung gem. § 221 Abs. 1 Nr. 1 StGB

Verlässt der Hypnotiseur sein Opfer, ohne die Hypnose aufzulösen, ist an eine Strafbarkeit wegen Aussetzung gem. § 221 StGB zu denken. Von den beiden Tathandlungen des § 221 StGB hat der Hypnotiseur sein Opfer in eine hilflose Lage versetzt. Auf eine Veränderung des Aufenthaltsortes kommt es nach der Neufassung nicht mehr an.¹⁹ Durch die Hypnose wirkt der Täter derart auf sein Opfer ein, dass es auf die Reize der Umwelt nicht mehr reagieren kann und nur noch auf die Suggestionen fixiert ist. Das Opfer kann sich selbst nicht mehr helfen, weswegen der Hypnotiseur es seinem Schicksal überlässt, wenn er die Hypnose nicht auflösen würde.

Die hilflose Lage des hypnotisierten Opfers lässt sich zwar auf ein Verhalten des Täters zurückführen, als Folge des Versetzens muss aber eine konkrete Gefahr des Todes oder einer schweren Gesundheitsbeschädigung für das Opfer wahrscheinlich sein.²⁰ Das ist vom Einzelfall abhängig und Tatfrage. Bleibt das hypnotisierte Opfer auf einer stark befahrenen Straße zurück oder im Winter bei Schneefall auf einer Bank, würde sich seine Lage verschlechtern. Eine weitere Verschlechterung seiner Lage droht ihm aber dann nicht, wenn der Hypnotiseur sein Opfer im hypnotisierten Zustand in einer sicheren Umgebung zurücklässt. Allein aus der Hypnose lässt sich eine schwere Gesundheitsbeschädigung nicht ableiten. Es müssen noch weitere, hypnosefremde Umstände hinzutreten.

III. Freiheitsberaubung gem. § 239 Abs. 1 StGB

Geschütztes Rechtsgut des § 239 StGB ist die persönliche Bewegungsfreiheit.²¹ Damit wird nicht nur die Verwirklichung des auf einer Ortsveränderung gerichteten Wil-

¹⁷ Vgl. *Revenstorff* a.a.O. (Fn. 8), S. 87 ff.

¹⁸ *Lackner/Kühl*, Strafgesetzbuch, Kommentar, 26. Aufl. (2007), § 20 Rn. 7.

¹⁹ *Hörnle Jura* 1998, 177; *Küpper ZStW* 111, 42; *Fischer* a.a.O. (Fn. 4), § 221 Rn. 6; *Wessels/Hettinger* a.a.O. (Fn. 4), Rn. 199.

²⁰ *Eser*, in: Schönke/Schröder (Fn. 5), § 221 Rn. 4; *Fischer* a.a.O. (Fn. 4), § 221 Rn. 10.

²¹ *Wessels/Hettinger* a.a.O. (Fn. 4), 370.

lensentschlusses geschützt, sondern auch die bloße Möglichkeit des Ortswechsels.²² Der hypnotische Zustand beschränkt das Opfer in seiner Bewegungsfreiheit bzw. er behindert es sogar völlig, da es sich nicht mehr eigenverantwortlich bewegen kann, sondern auf die Suggestionen des Hypnotiseurs fixiert ist. Der Tatbestand erfordert das Einsperren eines Menschen oder die sonstige Beraubung seiner persönlichen Freiheit.²³ Im Fall der Hypnose ist die Tatmodalität des Einsperrens nicht einschlägig, da es an den für das Einsperren notwendigen räumlichen Gebilden fehlt. Allerdings ist Einsperren als häufigste Begehungsform nur ein hervorgehobenes Beispiel.²⁴ Durch die Hypnose kann das Opfer auf andere Weise der Freiheit beraubt werden. Dies ist u. a. dann der Fall, wenn es durch die Suggestion daran gehindert wurde, sich räumlich fortzubewegen. Eine Freiheitsentziehung liegt daher sicherlich dann vor, wenn der Hypnotiseur dem Opfer befiehlt, einen Raum nicht zu verlassen. Zum gleichen Ergebnis kommt man wohl auch bei Suggestionen, bei denen der Hypnotisierte zwar den Raum verlassen darf, in seiner Bewegungsfreiheit aber dadurch eingeschränkt wird, dass er ganz bestimmte Straßen, Plätze oder Orte aufsuchen soll. Anders läge der Fall, wenn der Hypnotiseur seinem Opfer die Bewegungsfreiheit lässt und ihm ein mit der Bewegungsfreiheit vereinbartes Verhalten suggeriert.²⁵

Bedenken gegen die Anwendung des § 239 StGB bestehen aber insofern, da Opfer einer Freiheitsberaubung nach ganz herrschender Meinung nur derjenige sein kann, der seiner Konstitution nach in der Lage ist, einen Fortbewegungswillen zu fassen und seinen Aufenthaltsort willkürlich zu verändern.²⁶ Untaugliches Tatobjekt sind folglich solche Personen, bei denen generell der natürliche Fortbewegungswille ausgeschlossen ist, wie z. B. bei Kleinstkindern²⁷ und sinnlos Betrunknen und Schlafenden.²⁸ Allerdings haben psychisch Schwerkranke und auch hochgradig Schwachsinnige die Fähigkeit zur Willensbildung, es sei denn, ihre geistige Tätigkeit steht der eines Kleinstkindes gleich.²⁹

Steht in der Jurisprudenz die Fähigkeit zur Willensbildung im Vordergrund, wird in der Psychologie und Medizin eine andere Einteilung und Terminologie verwendet. Die medizinischen Untersuchungen stellen auf den Bewusstseinszustand des Probanden ab.³⁰ Die Hypnose ist ein besonderer Wachzustand mit eingeschränkter, fokussierter Wahrnehmung. Durch eine suggestive Einleitung

wird die Aufmerksamkeit auf das Unterbewusstsein gelenkt, das kritische und selbstbewusste Denken tritt in den Hintergrund.³¹ Wahrgenommen werden dann besonders körperliche und emotionale Reize, aber auch einfache kognitive Leistungen sind in diesem Zustand möglich.³² Das sinnliche Erfassen der äußeren Umwelt ist je nach Tiefe und Intension weitgehend eingeschränkt. Die hypnotische Trance ist grundsätzlich vom Wachzustand und vom Schlaf zu unterscheiden, allerdings sind die Übergänge fließend.³³ Im Gegensatz zur schamanischen Trance liegt die Aufmerksamkeit meist auf unmittelbaren und praktischen Zusammenhängen und Wahrnehmungen und ist deutlich eingeschränkt.³⁴

Für die Frage der Freiheitsberaubung bedeutet das, dass das Opfer kein eigenes Wachbewusstsein mehr hat und nur auf die Suggestionen fixiert ist. Dem Opfer bleiben keine eigenen Handlungsmöglichkeiten. Es ist nur für die Suggestionen empfänglich und kann nicht mehr seine eigenen Handlungen reflektieren. Eser vergleicht daher den Zustand der Hypnose mit dem eines Bewusstlosen. Nach ihm sind daher hypnotisierte Personen der Fähigkeit der Willensentschließung beraubt,³⁵ sodass eine hypnotisierte Person nach diesen Erwägungen nicht der Freiheit beraubt werden kann.

IV. Nötigung gem. § 240 Abs. 1 StGB

Nötigung kommt nicht bereits durch das Versetzen in den hypnotischen Zustand infrage, wohl aber durch Suggestionen, wenn das Opfer unter deren Einfluss dem Willen des Hypnotiseurs entsprechende Handlungen, Duldungen oder Unterlassungen vornehmen muss.

1) Drohung

Von den beiden Nötigungsmitteln sind hypnotische Befehle nur in Ausnahmefällen eine Drohung. Mit Drohung bezeichnet man das Inaussichtstellen eines Übels, dessen Verwirklichung davon abhängen soll, dass der Bedrohte nicht nach dem Willen des Täters reagiert.³⁶ Ein Hypnotiseur braucht seinem Opfer nicht zu drohen. Er ist bereits durch die Hypnose in der Lage, die Handlungen zu bestimmen. Es widerspräche dem Wesen der Hypnose, wenn zusätzlich zur Hypnose der Täter dem Opfer droht. Ein hypnotischer Zustand kann weder durch Drohen mit einer gegenwärtigen Gefahr für Leib oder Leben eingeleitet werden, noch braucht dem Opfer während der Hypnose mit einer solchen Gefahr gedroht zu werden. Im Wege der Suggestion hat der Täter die volle Kontrolle über das Opfer.

²² Rengier, Strafrecht, Besonderer Teil, Bd. 2, 9. Aufl. (2008), § 22 Rn. 2; Eser, in: Schönke/Schröder (Fn. 5), § 239 Rn. 4.

²³ Fischer a.a.O. (Fn. 4), § 239 Rn. 2.

²⁴ Lackner/Kühl a.a.O. (Fn. 18), § 239 Rn. 3; Wessels/Hettinger a.a.O. (Fn. 4), Rn. 372; Eser, in: Schönke/Schröder (Fn. 5), § 239 Rn. 6.

²⁵ Vgl. Eser, in: Schönke/Schröder (Fn. 5), § 239 Rn. 6, danach soll bereits eine psychisch vermittelte Schranke eine Freiheitsberaubung sein, wenn sie in der Vorstellung des Opfers eine Ortsveränderung unmöglich macht.

²⁶ BGHSt 14, 314, 316; 32, 183, 188; Fischer a.a.O. (Fn. 4), § 239 Rn. 3; Eser, in: Schönke/Schröder (Fn. 5), § 239 Rn. 4.

²⁷ BayObLG JZ 1952, 237.

²⁸ Eser, in: Schönke/Schröder (Fn. 5), § 239 Rn. 3.

²⁹ RGSt 62, 160; BGHSt 32, 183, 187 f.

³⁰ Hoareau a.a.O. (Fn. 8), S. 32 ff.

³¹ Kossak a.a.O. (Fn. 9), S. 79.

³² Kossak a.a.O. (Fn. 9), S. 80.

³³ Die für den Schlaf typischen REM-Phasen fehlen in der Hypnose, vgl. Kossak a.a.O. (Fn. 9), S. 183.

³⁴ Revenstorff a.a.O. (Fn. 8), S. 73 ff.

³⁵ Eser, in: Schönke/Schröder (Fn. 5), vor § 234 Rn. 3. Das Reichsgericht hat die Hypnose noch undifferenziert als einen Zustand der Willenseinschränkung und Widerstandslosigkeit beschrieben, vgl. RGSt 64, 113, 115.

³⁶ Wessels/Hettinger a.a.O. (Fn. 4), Rn. 402; BGHSt 16, 386, 387.

Einem Hypnotisierten kann aber auch aus einem zweiten Grund nicht gedroht werden: Eine Drohung setzt weiterhin voraus, dass das Opfer fähig ist, das Übel einzusehen und demgemäß sein Handeln auszurichten.³⁷ Folgt man der bisherigen Argumentation, dass durch Hypnose die Fähigkeit zur Kritikbildung und zu reflektiertem Handeln ausgeschlossen wird, kann das Opfer nicht in der Lage sein, das Übel einzusehen.

2) Gewalt

Es erscheint unsachgemäß, Hypnose mit der Entfaltung körperlicher Kraft gleichzusetzen. Der Hypnotiseur ist vielmehr seinem Opfer geistig überlegen und kann es durch Techniken der Entspannung und Fixierung auf einen Gegenstand in die Hypnose versetzen. Hypnose ist daher eher eine psychische Form der Zwangerzeugung als eine physische. Will man Hypnose unter § 240 StGB subsumieren, ergibt sich das Problem der Definition des Gewaltbegriffs.

a) RG

Das RG definierte den Gewaltbegriff über das Ausmaß der körperlichen Kraftentfaltung auf Täterseite.³⁸ Die Anwendung von Hypnose wurde nicht als Gewalt bewertet, weil sie ohne Rücksicht auf das Maß der körperlichen Anstrengung des Täters lediglich eine rein psychische Beeinflussung des anderen darstellt.³⁹

b) BGH

Der BGH bestimmt den Gewaltbegriff nicht von der Kraftentfaltung auf der Täterseite, sondern er sieht den Schwerpunkt des Gewaltbegriffs in der Zwangswirkung beim Opfer. Das physische Element des Gewaltbegriffs verlagerte sich weg vom Angriffsverhalten des Täters hin zur Auswirkung des Zwangsmittels beim Opfer.⁴⁰ Deswegen war nun auch das gewaltlose Beibringen von betäubenden Mitteln Gewaltanwendung.⁴¹ Gewalt liegt danach vor, wenn der Täter durch (nicht notwendig erhebliche) körperliche Handlungen die Ursache dafür setzt, dass der wirkliche oder erwartete Widerstand des Angegriffenen durch ein unmittelbar auf dessen Körper einwirkendes Mittel gebrochen oder verhindert wird. Dabei hat der BGH herausgestellt, dass die körperliche Zwangswirkung beim Opfer entscheidend sei, ob diese jedoch mittels Muskelkraft, z. B. durch einen betäubenden Schlag, erfolgt oder durch Beibringen eines Narkotikums, ist unerheblich.⁴² Die Hypnose kann man mit einem Narkotikum vergleichen. Beiden ist gemein, dass die Willensbetätigung des Opfers ausgeschaltet wird. Bei der Hypnose kommt nur der Umstand hinzu, dass der Täter sich Zugang auf die Willensbildung seines Opfers verschafft. Es besteht aber kein Unterschied im körperli-

chen Befinden des Opfers. Sowohl bei der Hypnose als auch bei einer Narkose verliert das Opfer die Kontrolle über seinen Körper, verbunden mit einer Erinnerungslücke. Es ist dabei unerheblich, ob das Opfer die Suggestionen als „Gewalt“ empfunden hat. Nach der Ansicht des BGH liegt Gewalt gegen eine Person auch dann vor, wenn diese sie nicht als solche empfindet.⁴³

c) Laepple-Urteil des BGH

Der BGH hat in seinem „Laepple-Urteil“ die Körperlichkeit des Zwangs als Voraussetzung des Gewaltbegriffs gänzlich aufgegeben.⁴⁴ Nach dem sog. vergeistigten Gewaltbegriff setzt Gewalt eine – nicht notwendig erhebliche – Kraftentfaltung voraus, durch die entweder physischer oder psychischer Zwang ausgelöst wird, den das Opfer als körperlichen Zwang empfindet.⁴⁵ Körperlich wird ein psychischer Zwang empfunden, wenn das Opfer ihm gar nicht, nur mit erheblicher Kraftentfaltung oder in unzumutbarer Weise begegnen kann.⁴⁶ Das Opfer kann im Zustand der Hypnose dem durch die Suggestion vermittelten Zwang nicht ausweichen. Sein Wille wird derart ausgeschaltet, dass es sich nicht selbst aus der Hypnose befreien kann.

d) BVerfG

Nach der Entscheidung des BVerfG zu den Fällen der Sitzblockade ist fraglich, inwiefern an dem sog. vergeistigten Gewaltbegriff noch festgehalten werden kann.⁴⁷ Das BVerfG hat die erweiternde Auslegung des Gewaltbegriffs in § 240 StGB als Verstoß gegen den Bestimmtheitsgrundsatz in Art. 103 Abs. 2 GG für verfassungswidrig erklärt.⁴⁸ Das BVerfG betonte, dass die Zwangswirkungen, die nicht auf dem Einsatz körperlicher Kraft, sondern auf geistig-seelischem Einfluss beruhen, unter Umständen die Tatbestandsalternative der Drohung, nicht jedoch die der Gewaltanwendung erfüllen.⁴⁹ Nach der Auffassung des Gerichts soll dem Merkmal der körperlichen Kraftentfaltung aufseiten des Täters wieder verstärkt Bedeutung zukommen, sodass psychische Einwirkungen wohl kaum noch zur Annahme von Gewalt berechtigen dürften. Das vom BVerfG wieder aufgegriffene Kriterium der Kraftentfaltung auf Täterseite ist in der Literatur auf Unverständnis gestoßen.⁵⁰ Kritisiert wird u. a., dass eine Kraftentfaltung weder aus historischen noch grammatikalischen Gründen notwendigerweise im Gewaltbegriff enthalten sei.⁵¹

³⁷ Wessels/Hettinger a.a.O. (Fn. 4), Rn. 417; Fischer a.a.O. (Fn. 4), § 240 Rn. 43.

³⁸ RGSt 56, 87, 88; 64, 113, 115.

³⁹ RGSt 64, 133.

⁴⁰ Vgl. Gropp/Sinn, in: Joecks/Miebach (Hrsg.), Münchener Kommentar zum Strafgesetzbuch, (2005), § 240 Rn. 33.

⁴¹ BGHSt 1, 145, 147.

⁴² BGHSt 1, 145, 147.

⁴³ BGHSt 4, 210, 211; 16, 341, 343; 25, 237, 238.

⁴⁴ BGHSt 23, 46.

⁴⁵ Vgl. Gropp/Sinn, in Münchener Kommentar zum Strafgesetzbuch (Fn. 40), § 240 Rn. 34.

⁴⁶ BGHSt 23, 126, 127; BayObLG NJW 1990, 59; BayObLG NJW 1993, 212.

⁴⁷ Schröder JuS 1995, 875, 877; Amelung NJW 1995, 2589; BGH NJW 1995, 2862; OLG Stuttgart NJW 1995, 2647; Krey JR 1995, 265.

⁴⁸ BVerfG NJW 1995, 1141.

⁴⁹ BVerfG NJW 1995, 1141, 1142.

⁵⁰ Lesch JA 1995, 889, 894; Scholz NSStZ 1995, 417, 420.

⁵¹ Schroeder JuS 1995, 875, 878.

e) Inhaltliche Reichweite

Die inhaltliche Reichweite dieser Entscheidung wird unterschiedlich beurteilt.⁵² Zwar hat nach § 15 Abs. 1 BVerfGG die Entscheidung für alle Gerichte und Behörden bindende Wirkung, jedoch halten nun einige jede über den engen Gewaltbegriff hinausgehende Interpretation für nicht mehr vertretbar.⁵³ Die Strafgerichte erkennen dem Beschluss des BVerfG nur eine begrenzte Bindungswirkung zu. Sie beschränken auch weiterhin den Begriff der Gewalt nicht auf Fälle der körperlichen Kraftentfaltung. Nur dann, wenn das Verhalten des Täters allein in der körperlichen Anwesenheit bestehe und die Zwangswirkung auf das Opfer nur psychischer Natur sei, könne Nötigung nicht mehr angenommen werden.⁵⁴ Legt man diese Auslegung des Gewaltbegriffs zugrunde, dann kommt man zu dem Ergebnis, dass die Suggestion eines Hypnotiseurs keine Gewalt ist. Der Hypnotiseur wirkt nicht physisch auf das Opfer ein. Er hat sein Opfer nur durch Worte bzw. beruhigende Bewegungen in einen Zustand der Willenseinschränkung und Widerstandslosigkeit versetzt. Auch die Suggestionen während der Hypnose wirken nicht körperlich auf den Hypnotisierten ein. Die Suggestionen sind nur Worte, mit denen der Hypnotiseur auf den Willen des Hypnotisierten Einfluss nehmen will. Damit ist sowohl das Versetzen in die Hypnose als auch die Suggestion in der Hypnose nach der neueren Rechtsprechung keine Gewalt im Sinne des § 240 Abs. 1 StGB.

V. Diebstahl gem. § 242 Abs. 1 StGB

Nimmt sich der Hypnotiseur während des hypnotischen Zustandes Geld vom Probanden, ist ein Diebstahl zu diskutieren. Anknüpfungspunkt für die weitere Untersuchung ist die Frage, ob eine hypnotisierte Person noch Gewahrsamsträger sein kann.

1) Gewahrsam

Gewahrsam ist das tatsächliche Herrschaftsverhältnis einer Person über eine Sache, aufgrund dessen die Sache der Person derart zugänglich ist, dass diese ihren Herrschaftswillen über die Sache nach den Gepflogenheiten des täglichen Verkehrs ausüben kann.⁵⁵ Für den Gewahrsam genügt ein natürlicher Beherrschungswille.⁵⁶ Hierfür reicht es aus, dass die Personen zur Bildung eines natürlichen Willens fähig sind.⁵⁷ Geschäfts- oder deliktstfähig muss das Opfer nicht sein, wohl aber setzt der natürliche Wille die Vorstellung und das Verständnis des Handelnden voraus. Nach der Rechtsprechung behält folglich auch ein Geisteskranker oder eine bewusstlose Person weiterhin den Gewahrsam an ihren Sachen, da eine vo-

rübergehende Verhinderung an der Ausübung des Herrschaftswillens den Gewahrsam nicht beendet.⁵⁸ Ein natürlicher Herrschaftswille wird aber in Fällen abgelehnt, in denen das Opfer zu keiner eigenen Gedankenarbeit und selbstständiger Willensbildung mehr fähig ist.⁵⁹ Der Gewahrsamswille wird durch die Hypnose nicht ohne Weiteres beseitigt. Bei einem Hypnotisierten besteht der allgemeine Wille, über die Sachen zu verfügen, weiter. Er ist durch die Hypnose nur gelähmt, ihm in einer entsprechenden körperlichen Betätigung Ausdruck zu verleihen. Obwohl eine hypnotisierte Person rein tatsächlich nicht die Möglichkeit hat, über die Sachen zu verfügen, kann daraus jedoch nicht der Rückschluss gezogen werden, dass sie den Gewahrsam verloren hat. Ein Gewahrsamsverlust tritt vielmehr erst dann ein, wenn das den Gewahrsam beseitigende Ereignis nicht nur vorübergehend ist. Das RG hat in mehreren Entscheidungen hervorgehoben, entscheidend für das Bestehenbleiben des Gewahrsams sei immer nur die Fortdauer der Möglichkeit für den Eigentümer, die tatsächliche Gewalt auszuüben.⁶⁰ Ähnlich wie bei einem Schlafenden bleibt die Möglichkeit, die tatsächliche Gewalt weiter auszuüben, auch bei einem Hypnotisierten weiter bestehen.⁶¹

2) Gewahrsamsbruch

Der Hypnotiseur kann durch die Suggestionen sein Opfer dazu veranlassen, dass es die Wegnahme seiner Gegenstände duldet. Damit stellt sich die Frage, ob das Opfer durch die Hypnose in den Gewahrsamswechsel einwilligen kann. Die tatsächliche Herrschaftsmacht muss ohne den Willen des bisherigen Gewahrsamsinhabers aufgehoben werden.⁶² Ist sich das Opfer im Zeitpunkt des Verlustes der tatsächlichen Herrschaft darüber bewusst, dass es den Gewahrsam nicht nur lockert, sondern völlig preisgibt, liegt rechtlich darin ein Einverständnis vor.⁶³ Der natürliche Wille reicht hierfür aus, weswegen auch Betrunkene in den Gewahrsamswechsel einwilligen können.⁶⁴ Ein Einverständnis setzt aber stets voraus, dass der Gewahrsamswechsel durch den Berechtigten wahrgenommen und geduldet wird.⁶⁵ Hieran fehlt es bei einem Hypnotisierten. Als Folge der Hypnose kann das Opfer die Handlungen des Täters nicht mehr reflektieren und kritisch hinterfragen. Es lässt mit sich bloß geschehen, was ihm suggeriert wird. In dem rein passiven Verhalten des Opfers kann aber kein willensgesteuertes Einverständnis gesehen werden.⁶⁶

⁵² Gropp/Simm, in Münchener Kommentar zum Strafgesetzbuch (Fn. 40), § 240 Rn. 38 ff. mwN.
⁵³ Hruschka NJW 1996, 160, 161; Lesch StV 1996, 152, 154; Wessels/Hettinger a.a.O. (Fn. 4), Rn. 392.
⁵⁴ BGH NJW 1995, 2643; 1996, 203, 205; OLG Zweibrücken NJW 1996, 867.
⁵⁵ Schmitz, in Münchener Kommentar zum Strafgesetzbuch (Fn. 40), § 242 Rn. 46; Eser, in: Schönke/Schröder (Fn. 5), § 242 Rn. 24; BGHSt 16, 273; 22, 182.
⁵⁶ Eser, in: Schönke/Schröder (Fn. 5), § 242 Rn. 29.
⁵⁷ RGSt 2, 334.

⁵⁸ BGHSt 4, 210, 211; Hamburg MDR 1947, 35.
⁵⁹ Ruß, in: Leipziger Kommentar, Strafgesetzbuch (Fn. 7), § 242 Rn. 24.
⁶⁰ RGSt 38,44; 48, 384; 50, 183; 53, 175.
⁶¹ Vgl. BGHSt 4, 211 wonach auch ein Bewusstloser den Gewahrsam an seinen Sachen behält.
⁶² Rengier, Strafrecht, Besonderer Teil, Bd. 1, 10. Aufl. (2008), Rn. 31; Eser, in: Schönke/Schröder (Fn. 5), § 242 Rn. 35.
⁶³ Eser, in: Schönke/Schröder (Fn. 5), § 242 Rn. 36; Fischer (Fn. 4), § 242 Rn. 22.
⁶⁴ RG JW 1939, 224; Eser, in: Schönke/Schröder (Fn. 5), § 242 Rn. 36.
⁶⁵ Eser, in: Schönke/Schröder (Fn. 5), § 242 Rn. 36.
⁶⁶ Im Ergebnis so auch Ruß, in: Leipziger Kommentar, Strafgesetzbuch (Fn. 7), § 242 Rn. 35.

VI. Betrug gem. § 263 Abs. 1 StGB

Aus dem Bereich der Vermögensdelikte ist an eine Strafbarkeit des Hypnotiseurs wegen Betruges zum Nachteil des Hypnotisierten zu denken. Vorstellbar sind hier Fälle, in denen der Hypnotiseur sein Opfer durch Suggestion dazu veranlasst, ihm Geld auszuhändigen. Der objektive Tatbestand des Betruges erfordert eine Täuschungshandlung, auf der eine Irrtumserregung beruht und eine irrumsbedingte Vermögensverfügung des Getäuschten.

Eine Täuschung ist ein irreführendes Verhalten, durch das auf das Vorstellungsbild des Opfers eingewirkt wird.⁶⁷ Hieran fehlt es. Der Täter kann auf das Vorstellungsbild des hypnotisierten Opfers nicht mehr einwirken. Es befindet sich in einer tiefen Trance. Damit geht ein Verlust der Kritikfähigkeit des Wachbewusstseins einher. Ein eigenes Vorstellungsbild, auf das eingewirkt werden könnte, ist bereits durch die Hypnose ausgeschaltet. Das vom Täter suggerierte Verhalten basiert daher nicht auf einer Täuschungshandlung, sondern auf einer durch die Hypnose bedingten Kritiklosigkeit des Bewusstseins.

VII. Erpressung gem. § 253 Abs. 1 StGB

Eine Strafbarkeit des Hypnotiseurs wegen Erpressung scheidet aus, da objektive Strafbarkeitsvoraussetzung der Einsatz einfacher Nötigungsmittel iSd § 240 StGB ist, an denen es fehlt.⁶⁸ Entsprechend den zu § 240 StGB gemachten Ausführungen setzt Gewalt den Einsatz von physischer Kraft voraus. Allerdings beruht der durch Hypnose vermittelte Zwang nur auf einer Veränderung des Bewusstseins, sodass es bereits an dem Merkmal der Gewalt fehlt.

Diese Argumentation schließt im weiteren Verlauf der Prüfung die klassische Streitfrage aus, wie die Opferreaktion bei der Erpressung beschaffen sein muss. Als Opferreaktion kommt nach Ansicht der Literatur nur ein Verhalten infrage, das eine bewusste Vermögensverfügung darstellt, da sie von der Einordnung des Betrugs und der Erpressung als Selbstschädigungsdelikt einerseits und des Diebstahls als Fremdschädigungsdelikt andererseits argumentiert und wie beim Betrug eine Vermögensverfügung verlangt.⁶⁹ Eine bewusste Vermögensverfügung ist im Fall der Hypnose wegen des Fehlens eines reflektierten Handelns nicht mehr möglich.

Nach der Rechtsprechung ist eine Vermögensverfügung des Genötigten nicht erforderlich, sodass auch eine eigenmächtige Vornahme der schädigenden Handlung durch den Täter nach Ausschaltung des Opfers (vis absoluta) Erpressung sein kann.⁷⁰ Damit sind die Fälle gemeint, in denen das Opfer durch absoluten Zwang daran

⁶⁷ Lackner/Kühl a.a.O. (Fn. 18), § 263 Rn. 6.

⁶⁸ Der Begriff der Drohung hat in § 253 I denselben Inhalt wie in § 240 I, vgl. BGHSt 31, 195, 198.

⁶⁹ Wessels/Hillenkamp, Strafrecht, Besonderer Teil, Bd. 2, 31. Aufl. (2008), Rn. 733; Eser, in: Schönke/Schröder (Fn. 5), § 253 Rn. 8.

⁷⁰ BGHSt 7, 252, 254; 14, 386, 390; 25, 225, 228; 41, 123, 124; 42, 196, 199.

gehindert wird, einen Entschluss zu fassen oder einen gefassten Entschluss zu verwirklichen. Die Strafbarkeit wird dabei nicht ausgeschlossen, wenn der Zwang das Verhalten des Opfers bestimmt und es sich lediglich ohne inneres Widerstreben mit der Situation abfindet.⁷¹ Durch die Hypnose erlangt der Hypnotiseur die Kontrolle über das Verhalten des Opfers, das sich den Suggestionen nicht widersetzen kann. Damit wäre nach Ansicht der Rechtsprechung Hypnose ein geeigneter Zustand zur Verwirklichung einer Erpressung.

VIII. Raub gem. § 249 Abs. 1 StGB

Der Tatbestand des Raubes besteht aus einer qualifizierten Nötigung und einem Diebstahl.⁷² Der Täter muss den vollen Tatbestand des Diebstahls verwirklichen und dabei Gewalt oder Drohung als Mittel der Brechung fremden Gewahrsams einsetzen. An einem Hypnotisierten kann zwar ein Diebstahl begangen werden, entsprechend dem zu § 240 StGB Gesagten fehlt es aber an den Raubmitteln der Gewalt gegen eine Person oder Drohungen mit gegenwärtiger Gefahr für Leib oder Leben.

2. Teil: Strafbare Handlungen durch Hypnotisierte

I. Unmittelbare Täterschaft gem. § 25 Abs. 1 Alt. 1 StGB

Suggestiert der Hypnotiseur seinem Opfer strafbare Handlungen und wird es so zu einem sozialschädlichen Verhalten missbraucht, stellt sich die Frage, ob er sich im Zustand der Hypnose strafbar machen kann. Voraussetzungen für eine Strafbarkeit sind, dass der Täter – hier der Hypnotisierte – den objektiven Tatbestand vorsätzlich, rechtswidrig und schuldhaft verwirklicht hat. Dem liegt implizit die Annahme einer Handlung zugrunde. Der strafrechtliche Handlungsbegriff erlangt im Rahmen der Strafbarkeit eines Hypnotisierten Bedeutung. In einem zweiten Schritt stellt sich das Problem des vorsätzlichen Handelns und der Schuldfähigkeit.

1) Handlung

Ein einheitlicher Handlungsbegriff hat sich in der Literatur bisher nicht gebildet.⁷³ Allen Definitionen ist gemein, dass der Begriff der Handlung negativ von durch Menschen verursachten Geschehensabläufen abgegrenzt wird, die nicht in das Blickfeld des Rechts als eine menschliche Verhaltensordnung geraten können.⁷⁴ Würden die Handlungen in der Hypnose dem Opfer rechtlich nicht perso-

⁷¹ Vgl. zur Unterscheidung zwischen Willen und Empfindung des Opfers OLG Stuttgart NJW 1989, 1620.

⁷² Rengier a.a.O. (Fn. 62) § 7 Rn. 1.

⁷³ Vgl. Stratenwerth/Kuhlen, Strafrecht, Allgemeiner Teil, Bd. 1, 5. Aufl. (2004), § 6 Rn. 3; vgl. zu den verschiedenen Handlungslehren Lenckner, in: Schönke/Schröder (Fn. 5), vor § 13 Rn 25 ff.

⁷⁴ Jescheck, in: Laufhütte/Rissing-van Saan/Tiedemann (Hrsg.), Strafgesetzbuch, Leipziger Kommentar, Bd. 1, 12. Aufl. (2007), vor § 13 Rn. 25; Lenckner, in: Schönke/Schröder (Fn. 5), vor § 13 Rn. 37.

nal zurechenbar sein, wären die Geschehensabläufe von vornherein eine irrelevante Nichthandlung. Nach der Rechtsprechung und mit Zustimmung der Literatur sind Körperbewegungen im Zustand der Bewusstlosigkeit keine Handlungen.⁷⁵ Abscheidungsmerkmal zur bloßen Bewusstseinsstörung ist der völlig ausgeschaltete geistige Steuerungsapparat. Dieser wird bei einem tiefen Schlaf, Ohnmacht oder auch Narkose angenommen.⁷⁶ Hypnose wird häufig mit einem Schlafenden verglichen.⁷⁷

Der Vergleich soll die gesteigerte körperliche und geistige Ruhe, die Abnahme der eigenen Bewegungsimpulse, den Verlust der Gedanken und die Abnahme der Aufnahme-fähigkeit gegenüber der Außenwelt bei gleichzeitiger gesteigerter Fixierung auf die Suggestionen des Hypnotiseurs erklären. Keine Handlungen im strafrechtlichen Sinne liegen vor, wenn die Beherrschbarkeit durch den Willen vollständig ausgeschlossen ist. Daher nimmt *Jescheck* zu Recht bei einer tiefen Hypnose keine Handlung an,⁷⁸ da das Opfer das erzwungene Verhalten nicht reflektieren kann und es für ihn nicht beherrschbar ist.

2) Vorsatz

Darüber hinaus wäre Voraussetzung für eine unmittelbare Täterschaft des Hypnotisierten, dass er vorsätzlich handeln würde. In der Literatur hat sich die Aufspaltung des Vorsatzes in ein intellektuelles und ein voluntatives Element durchgesetzt.⁷⁹ Das intellektuelle Vorsatzelement stellt darauf ab, dass der Täter im Augenblick der Tat die Merkmale des Tatbestandes in seinem Vorstellungsbild aufgenommen hat.⁸⁰ An einem aktuellen Bewusstsein der Tatumstände fehlt es aber dann, wenn ein Wahrnehmungsprozess nicht stattfinden kann und der Täter kein Täterbewusstsein entwickelt.⁸¹ Werden das Vorstellungsbild und die Fähigkeit zur Willensentschließung gänzlich ausgeschaltet, so kann diese Person die Bedeutung ihres Verhaltens nicht reflektieren. Ein Wahrnehmungsprozess, wie ihn das intellektuelle Vorsatzelement beschreibt, fehlt einer hypnotisierten Person.

Das voluntative Element stellt darauf ab, dass der Täter nicht nur in einer Wissens-, sondern auch in einer Willensbeziehung zu seiner Tat steht. Hierfür muss ein persönlichkeitsadäquater Impuls zum Handeln vorliegen.⁸² Setzt der Täter zur Erreichung seines Ziels die notwendigen Mittel aufgrund seines Kausalwissens ein, ist das Willenselement unproblematisch gegeben. Anders liegt der Fall jedoch dann, wenn der Impuls zur Tat nicht die rational kontrollierenden Ebenen der höheren Bewusst-

seinschichten durchläuft, sondern in tieferen Schichten der Persönlichkeit liegt.⁸³ Sicherlich handelt das hypnotisierte Opfer nicht aufgrund seines Kausalwissens, da es durch die Hypnose ausgeschlossen ist. Allerdings ist der Fall auch nicht mit einer Affekttat vergleichbar, bei der diskutiert wird, ob der Impuls zur Handlung aus einer tieferen Schicht der Persönlichkeit herrührt. Grund für das Handeln des Hypnotisierten sind die Suggestionen des Hypnotiseurs. Eine eigene Fähigkeit, Impulse zu generieren, hat er nicht mehr, sodass eine hypnotisierte Person auch ohne voluntatives Element handelt.

3) Schuldfähigkeit

Eine unmittelbare Täterschaft des Hypnotisierten scheidet letztlich auch an dessen Schuldunfähigkeit, da der hypnotische Zustand einer tief greifenden, nicht krankhaften Bewusstseinsstörung entspricht, die zu einer Schuldunfähigkeit nach § 20 StGB führt.⁸⁴

II. Mittelbare Täterschaft gem. § 25 Abs. 1 Alt. 2 StGB

Nachdem eine unmittelbare Täterschaft eines Hypnotisierten nicht möglich ist, stellt sich die Frage, ob eine Person unter dem Einfluss der hypnotischen Suggestion zur Ausführung von strafbaren Handlungen benutzt werden kann. Die Literatur geht wohl von der grundsätzlichen Möglichkeit aus, wenn auch bisher kein Fall eines hypnotischen Verbrechens nachgewiesen ist.⁸⁵

Geht man von der Möglichkeit aus, dass der Hypnotiseur dem Hypnotisierten strafbare Handlungen suggerieren kann, so kann die Handlung des Hypnotisierten dem Hypnotiseur nur dann als eigenes Werk gem. § 25 Abs. 1, 2. Alt StGB zugerechnet werden, wenn er die Erfolgsherrbeiführung im Rechtssinne beherrscht hat. Der für eine Zurechnung notwendige Verursachungsbeitrag liegt darin, dass er den Hypnotisierten durch die Einleitung in die Hypnose und die anschließenden Suggestionen zu den Handlungen veranlasst hat.

Nach der Literatur muss der mittelbare Täter objektiv die Tatherrschaft besitzen.⁸⁶ Diese Tatherrschaft wird durch

⁷⁵ RGSt 64, 353; BGHSt 1, 126, 127; *Jescheck*, in: Leipziger Kommentar Strafgesetzbuch (Fn. 73), vor § 13 Rn. 37.

⁷⁶ *Lenckner*, in: Schönke/Schröder (Fn. 5), vor § 13 Rn. 39.

⁷⁷ *Revenstorff* a.a.O. (Fn. 8), S. 26, spricht von „Ermüdungsphasen“. Zum grundsätzlichen Unterschied zwischen Schlaf und Hypnose *Kossak* a.a.O. (Fn. 9), S. 183.

⁷⁸ *Jescheck*, in: Leipziger Kommentar Strafgesetzbuch (Fn. 73), vor § 13 Rn. 37.

⁷⁹ *Wessels/Beulke*, Strafrecht, Allgemeiner Teil, 38. Aufl. (2008), Rn. 203.

⁸⁰ *Fischer* a.a.O. (Fn. 4), § 15 Rn. 4; *Wessels/Beulke* a.a.O. (Fn. 78), Rn. 238.

⁸¹ *Cramer/Sternberg-Lieben*, in: Schönke/Schröder (Fn. 5), § 15 Rn. 50.

⁸² *Stratenwerth/Kuhlen* a.a.O. (Fn. 72), § 8 Rn. 100.

⁸³ *Cramer/Sternberg-Lieben*, in: Schönke/Schröder (Fn. 5), § 15 Rn. 61.

⁸⁴ *Lackner/Kühl* a.a.O. (Fn. 18), § 20 Rn. 7.

⁸⁵ *Gustav Aschaffenburg*, Handbuch der gerichtlichen Psychotherapie, Hrsg. von Alfred Hoche, 3. Aufl. (1934), S. 25 – 27, der aus dem fehlenden Nachweis die Möglichkeit eines hypnotischen Verbrechens verneint. Anders jedoch *Forel*, für den sicher ist, dass „ein sehr guter Somnambuler im hypnotischen Schlaf durch Suggestion schwere Verbrechen begehen und unter Umständen nachher nichts mehr davon wissen könnte“; *August Forel*, Der Hypnotismus oder die Suggestion und die Psychotherapie (1923), S. 326; so auch *Albert Moll*, Der Hypnotismus, 5. Aufl. (1924), S. 522; *Mezger ZStW* 1912 S. 847, 880; *Leopold Löwenfeld*, Der Hypnotismus: Handbuch der Lehre von der Hypnose und der Suggestion (1901), S. 444; *Ludwig Mayer*, Das Verbrechen in Hypnose und seine Aufklärungsmethoden (1937), S. 49 ff. und S. 82 ff. auf denen er insgesamt 21 Fälle strafbarer Handlungen unter hypnotischen Einfluss recherchierte.

⁸⁶ *Cramer/Heine*, in: Schönke/Schröder (Fn. 5), vor § 25 Rn. 62; *Wessels/Beulke* a.a.O. (Fn. 78), Rn. 537.

einen Strafbarkeitsmangel des Vordermannes indiziert.⁸⁷ Diese ist u. a. gegeben, wenn das Werkzeug objektiv tatbestandslos handelt.⁸⁸ Folgt man der Ansicht, dass im Zustand der Hypnose keine Handlungen im strafrechtlichen Sinne möglich sind, hat der Hintermann die Herrschaft über den Hypnotisierten. Geht man jedoch davon aus, dass auch Handlungen unter Hypnose strafrechtlich relevant sind, so fehlt es dem Hypnotisierten am Vorsatz. Handelt der Vordermann objektiv, aber nicht subjektiv tatbestandsmäßig, besitzt der die Tat veranlassende Hintermann regelmäßig kraft überlegenen Wissens die Tatherrschaft.⁸⁹

Auch die Rechtsprechung, die im Rahmen des Vorsatzes nach dem Täterwillen fragt,⁹⁰ kommt zu keinem anderen Ergebnis. Nach ihr ist Täter, wer mit animus auctoris handelt und die Tat als eigene will, während Teilnehmer ist, wer mit animus socii handelt und die Tat als fremde will.⁹¹

III. Selbstschädigung in mittelbarer Täterschaft

Auf die Fälle der Selbstschädigung in mittelbarer Täterschaft muss an dieser Stelle gesondert eingegangen werden. Denkbar sind Fälle, in denen der Hypnotiseur seinem Opfer z. B. suggeriert, ihm opfereigenes Geld zu übergeben. Eine Strafbarkeit wegen Betruges scheidet aus, weil bei einer hypnotisierten Person nicht auf das Vorstellungsbild durch eine Täuschungshandlung eingewirkt werden kann, sodass eine Strafbarkeit wegen eines Diebstahls in mittelbarer Täterschaft gem. §§ 242 Abs. 1, 25 Abs. 1, 2. Alt. StGB möglich ist.

Der Hypnotisierte schädigt sich selbst, wenn er dem Hypnotiseur sein Geld aushändigt. Dieser Erfolg kann dem Hypnotiseur als eigenes Werk nur zugerechnet werden, wenn er die Erfolgsherbeiführung im Rechtssinne beherrscht hat, weil sein Opfer nicht eigenverantwortlich handelte. Strittig ist, nach welchen Maßstäben über die eigenverantwortliche Selbstschädigung zu entscheiden ist.

1) Exkulpationslösung

Nach der sog. Exkulpationslösung soll die Eigenverantwortlichkeit einer Selbstschädigung nach den gleichen Kriterien bestimmt werden wie die strafrechtliche Verantwortlichkeit für eine Fremdverletzung.⁹² Wäre der Handelnde in einer Lage, die seine strafrechtliche Verantwortlichkeit als Vorsatztäter ausschliesse, so ist der

Tatveranlasser mittelbarer Täter.⁹³ Solche Situationen bestehen, wenn der Vordermann über den selbstschädigenden Charakter seines Handelns getäuscht wird (§ 16 StGB) oder wenn die Selbstschädigung u. a. durch Geistesranke (§ 20 StGB) erfolgt.⁹⁴ Der hypnotische Zustand entspricht einer tief greifenden, nicht krankhaften Bewusstseinsstörung, die zu einer Schuldunfähigkeit nach § 20 StGB führt.⁹⁵ Hätte das Opfer nicht sich selbst, sondern einen Dritten geschädigt, wäre seine strafrechtliche Verantwortlichkeit als Vorsatztäter nach § 20 StGB ausgeschlossen. Der Hypnotiseur ist als Tatveranlasser des Diebstahls nach den Vertretern der Exkulpationslösung mittelbarer Täter.

2) Einwilligungsprinzip

Die Vertreter des sog. Einwilligungsprinzips bestimmen die Eigenverantwortlichkeit anhand der Regeln der rechtfertigenden Einwilligung.⁹⁶ Sie dehnen den Bereich des unfreien Handelns und damit die Möglichkeit der mittelbaren Täterschaft weiter aus. Besitzt der sichselbst Schädigende nicht die erforderliche Einwilligungsfähigkeit oder war sein Entschluss nicht frei von Zwang oder wesentlichen Willensmängeln, so ist der Tatveranlasser mittelbarer Täter.⁹⁷ Der Entschluss, sich hypnotisieren zu lassen, muss immer frei von Zwang sein. Eine Hypnose setzt einen gewissen Grad an Hypnotisierbarkeit voraus, weswegen eine Hypnose gegen den Willen des Probanden nicht möglich ist. Diese medizinische Notwendigkeit bedeutet für die strafrechtliche Relevanz, dass der Proband rechtfertigend in die Hypnose einwilligt. Stellt man allerdings auf den Entschluss der Selbstschädigung in Form der Aushändigung des Geldes ab, kommt man zu einem anderen Ergebnis. Zu diesem Zeitpunkt war das Opfer bereits hypnotisiert und konnte seine Entscheidungen nicht mehr frei treffen, sondern war ausschließlich auf die Suggestionen fixiert. Durch die bestehende Hypnose hat das Opfer nicht die notwendige Einwilligungsfähigkeit, sodass auch nach den Vertretern des Einwilligungsprinzips der Tatveranlasser mittelbarer Täter ist.

3. Teil: Ergebnis

Hypnose ist in der Medizin seit langem anerkannt, ihre Ursachen und genauen Gründe sind jedoch bis heute nicht abschließend geklärt. Im Mittelpunkt der medizinischen Untersuchungen steht ein verändertes Bewusstsein, das auf Suggestionen reduziert ist und reflektierte Handlungen umgeht. Bei der Analyse der Strafbarkeit des Hypnotiseurs durch Handlungen am Hypnotisierten steht man vor dem Problem, das medizinische Verständnis des Bewusstseins auf die juristische Terminologie zu übertragen, bei der die Willensbetätigung und -bildung

⁸⁷ Cramer/Heine, in: Schönke/Schröder (Fn. 5), vor § 25 Rn. 62; Jescheck/Weigend, Strafrecht, Allgemeiner Teil, 5. Aufl. (1996), § 62 II 1; Wessels/Beulke a.a.O. (Fn. 78), Rn. 537.

⁸⁸ BGHSt 32, 38; Jescheck/Weigend a.a.O. (Fn. 86), § 62 II 1.

⁸⁹ Cramer/Heine, in: Schönke/Schröder (Fn. 5), § 25 Rn. 8, 15; Wessels/Beulke a.a.O. (Fn. 78), Rn. 537; BGHSt 2, 170; 11, 271.

⁹⁰ RGSt 28, 109, 110; 39, 37, 39.

⁹¹ RGSt 37, 58; 74, 84; BGHSt 2, 170; 11, 271.

⁹² Vgl. Schneider, in Münchener Kommentar zum Strafgesetzbuch (Fn. 40), vor § 211 Rn. 38.

⁹³ Dölling GA 1984, 71, 76, 78; Hirsch JR 1979, 429, 432; Jakobs, Strafrecht, Allgemeiner Teil, 2. Aufl. (1993), § 21 Rn. 97 f.; Stratenwerth/Kuhlen a.a.O. (Fn. 72), § 11 Rn. 68 – 72.

⁹⁴ BGHSt 32, 38, 41.

⁹⁵ Lackner/Kühl a.a.O. (Fn. 18), § 20 Rn. 7.

⁹⁶ Vgl. Schneider, in Münchener Kommentar zum Strafgesetzbuch (Fn. 40), vor § 211 Rn. 39.

⁹⁷ Jähnke in LK vor § 211 Rn. 26; Lackner/Kühl (Fn. 18), vor § 211 Rn. 13.

von zentraler Bedeutung sind. Eine kunstgerecht durchgeführte Hypnose ist nur eine vorübergehende Beeinträchtigung der normalen Wahrnehmung, weswegen sie keine Körperverletzung ist. Insofern fehlt es an einem krankhaften Zustand. Davon unberührt bleiben die Fälle einer fehlerhaft durchgeführten (Spontan- und Bühnen-)Hypnose, die zu einem dem schweren Schock vergleichbaren Zustand führen können. Der Strafbarkeit des Hypnotiseurs steht in diesen Fällen auch eine mögliche Einwilligung des Opfers nicht entgegen, da diese wohl nur in das Vertrauen auf eine ordnungsgemäße Hypnose erteilt wurde. Daher ist der Hypnotiseur auch dann nicht gerechtfertigt, wenn er sein Opfer im Zustand der Hypnose in einer Lage zurücklässt, in der ihm eine schwere Gesundheitsbeschädigung droht, wodurch der Tatbestand der Aussetzung einschlägig ist.

Die Tatbestandsverwirklichung einer Freiheitsberaubung hängt von der Frage ab, ob eine hypnotisierte Person überhaupt einen natürlichen Fortbewegungswillen haben kann, da Schutzgut einer Freiheitsberaubung die Freiheit der Willensbildung ist. Durch die Hypnose wird jedes eigene kritische Reflektieren von Handlungen ausgeschaltet und durch die Suggestionen des Hypnotiseurs ersetzt, sodass der Hypnotisierte keine eigene Fähigkeit zur Willensentschließung mehr hat und der Tatbestand der Freiheitsberaubung nicht erfüllt ist.

Eine Nötigung hat bereits das RG verneint, da die Hypnose eine reine psychische Beeinflussung des Opfers ist. Die Rechtsprechung hat aber im Laufe der Zeit das Merkmal der Körperlichkeit der Zwangswirkung nahezu vollständig aufgegeben, sodass auch Hypnose durchaus den Tatbestand der Nötigung verwirklichen kann. Allerdings ist das BVerfG der Rechtsprechung des BGH entgegengetreten und hat wieder die körperliche Kraftentfaltung in den Mittelpunkt gestellt, weswegen die nur psychisch wirkende Hypnose kein Nötigungsmittel iSd § 240

StGB ist. Lehnt man bereits die Voraussetzungen eines Nötigungsmittels ab, so scheidet folgerichtig auch eine Strafbarkeit wegen Erpressung und Raub aus.

Dagegen kann sich der Hypnotiseur wegen eines Diebstahls strafbar machen, denn der Hypnotisierte hat auch während der Hypnose weiterhin Gewahrsam an seinen Sachen. Dieses Ergebnis steht auch nicht im Widerspruch zu der Aussage, dass der Hypnotisierte keine eigene Fähigkeit zur Willensentschließung im Rahmen des Tatbestandes der Freiheitsberaubung hat, da der Gewahrsam nicht durch ein nur vorübergehendes Ereignis aufgehoben werden kann. Rechtlich ist die suggerierte Duldung in den Gewahrsamsbruch keine Einwilligung in den Gewahrsamswechsel, da das Opfer den Gewahrsamswechsel wahrnehmen und dulden muss. Hieran fehlt es, weil das Opfer das eigene Handeln nicht mehr reflektieren und rechtlich – wenn auch nur in seiner Laienssphäre – würdigen kann. Aus diesem Grund scheidet eine Strafbarkeit wegen Betruges aus. Der Täter kann nicht auf das Vorstellungsbild des Hypnotisierten einwirken, da dieser gar keines mehr hat.

Entsprechend der fehlenden Fähigkeit zur eigenen Willensentschließung kann sich der Hypnotisierte selbst nicht strafbar machen, da dessen geistiger Steuerungsapparat ausgeschaltet ist und er so keine Handlungen im strafrechtlichen Sinne vornehmen kann. Zusätzlich würde er vorsatzlos handeln. Der Strafbarkeitsmangel des Vordermannes führt aber zu einer Strafbarkeit des Hypnotiseurs in mittelbarer Täterschaft, wenn dieser strafbare Handlungen durch den Hypnotisierten begeht. Dabei stellt sich das Problem der rechtlichen Beurteilung einer Selbstschädigung. Wegen des Verlustes zu einem reflektierten Handeln und der eigenen Willensentschließung wird die Selbstschädigung dem Hypnotiseur als eigenes Werk zugerechnet.

Aufsätze und Anmerkungen

Abgrenzung der Verantwortlichkeiten auf dem Bau

Zugleich Besprechung von BGH, Urteil vom 13.11.2008 – 4 StR 252/08 = BGH HRRS 2009 Nr. 91

Von Rechtsanwalt Dr. Carsten Wegner, Berlin*

Das Urteil des BGH vom 13.11.2008 dokumentiert in anschaulicher Weise, wie sehr wirtschaftsstrafrechtliche Sachverhalte – zu denen auch das Baustrafrecht gehört (Greve/Leipold, Baustrafrecht, 2004, S. V.) – durch das Zusammentreffen unterschiedlichster rechtlicher Materien gekennzeichnet sind, die im jeweiligen Einzelfall aufbereitet werden müssen, um sodann die Frage zu beantworten, ob ein strafrechtlich relevantes Fehlverhal-

ten gegeben ist und falls ja, durch wen. Die Entscheidung des 4. Strafsenats gewinnt ihr Interesse daher nur vordergründig aus der umfangreichen Herleitung einer Verkehrssicherungspflicht aus „anerkannten Rechtsgrundsätzen“, die der Senat der zivilgerichtlichen Rechtsprechung entnimmt und sodann auf den konkret vor ihm zu entscheidenden Sachverhalt anwendet. Sie wirft vor allem die allgemeine Frage nach der straf- und buß-

geldrechtlichen Verantwortung der an einem Bauvorhaben beteiligten Personen bzw. Unternehmen auf.

1. Primäre Verantwortlichkeit: Bauherr

Primär verantwortlich ist zunächst einmal stets der Bauherr, d.h. derjenige, der auf seine Verantwortung eine bauliche Anlage vorbereitet oder ausführt oder vorbereiten oder ausführen lässt. Die Verantwortlichkeit des Bauherrn gründet darin, dass er mit dem von ihm in Auftrag gegebenen Bauvorhaben eine Gefahrenquelle geschaffen hat. Diese verpflichtet ihn, alles Erforderliche zu tun, Gefahren von Dritten (z.B. Passanten, aber auch auf der Baustelle tätigen Arbeitern) fernzuhalten. Da das Strafrecht regelmäßig an die Verantwortlichkeit natürlicher Personen anknüpft (vgl. §§ 222, 229, 319 StGB), sind die § 14 StGB bzw. § 9 OWiG zu beachten, wenn ein Unternehmen als Bauherr auftritt und die Frage zu klären ist, wer individuell für bestimmte Abläufe verantwortlich zeichnet, die an sich das Unternehmen verpflichteten. Eine Sanktionierung des Unternehmens ermöglicht allein § 30 OWiG, der dann an die Straftat oder Ordnungswidrigkeit einer für das Unternehmen verantwortlich handelnden Leistungsperson anknüpft.

In der Praxis wird es das Ziel eines jeden Bauherrn sein, die ihn treffende Pflicht zur Verkehrssicherung zu übertragen auf Dritte. Dies kann z.B. geschehen durch die Bestellung eines Bauleiters oder indem die Ausführung der Baumaßnahme auf einen Generalunternehmer übertragen wird. Den Vorwurf eines pflichtwidrigen Fehlverhaltens wird sich der Bauherr daher nur dann entgegenhalten lassen müssen, wenn ihn bei der Auswahl der von ihm hinzugezogenen Spezialisten – wozu auch Architekten und Bauunternehmen gehören – ein Auswahlverschulden trifft. Da dem Bauherrn regelmäßig bereits aus eigenem Interesse daran gelegen sein wird, nur mit qualifiziertem Personal zusammen zu arbeiten und er seine Auswahl – soweit er dies überhaupt selbst bewerten kann – anhand sachgerechter Kriterien getroffen hat, sollte einem Ausschluss der strafrechtlichen Verantwortlichkeit des Bauherrn in der Praxis nichts entgegenstehen, denn Sinn und Zweck entsprechender Verträge ist es gerade, dass *sämtliche* Pflichten, die sich aus einem Bauvorhaben ergeben, auf einen fachlich kompetenteren Dritten zu übertragen (für einen „gesteigerten Koordinierungsbedarf“ des Bauherrn jedenfalls bei Bauvorhaben größeren Ausmaßes spricht sich *Duttge* HRRS 2009, 145, 147 aus). Anderes gilt nur dann, wenn der Bauherr im Rahmen der Bauausführung erkennt, dass es zu sich auch einem Laien aufdrängende Pflichtverletzungen kommt oder der Bauherr in Eigenregie Arbeiten ausführt und hierbei selbst gegen Sicherheitsvorschriften verstößt.

Neben die kernstrafrechtlichen Risiken, die sich aus der Verletzung von Verkehrssicherungspflichten ergeben, treten – bußgeldrechtlich relevante – Verantwortlichkeiten nach den Bauordnungen der Länder. Entsprechende, nach dem klassischen Modell der Verweisungsketten aufgebaute Tatbestände ermöglichen die Festsetzung von

Geldbußen bis zu 500.000 EUR (vgl. § 83 Abs. 3 BauO Bln).

Praxisrelevant ist in sanktionsrechtlicher Hinsicht ferner die Baustellenverordnung (BaustellenV). Sie zielt auf die Verbesserung der Sicherheit und Ordnung der Beschäftigten auf Baustellen ab (§ 1 Abs. 1). So sind z.B. bei der Planung der Ausführung eines Bauvorhabens, insbesondere bei der Einteilung der Arbeiten, die gleichzeitig oder nacheinander durchgeführt werden, und bei der Bemessung der Ausführungszeiten für diese Arbeiten, die allgemeinen Grundsätze nach § 4 ArbSchG zu berücksichtigen (§ 2 Abs. 1). Für jede Baustelle, bei der die voraussichtliche Dauer der Arbeiten mehr als 30 Arbeitstage beträgt und auf der mehr als 20 Beschäftigte gleichzeitig tätig werden (Abs. 2 Nr. 1), oder der Umfang der Arbeiten voraussichtlich 500 Personentage überschreitet (Abs. 2 Nr. 2) ist der zuständigen Behörde spätestens zwei Wochen vor Einrichtung der Baustelle eine Vorankündigung zu übermitteln. Verstöße können gemäß § 7 Abs. 1 Nr. 1 BaustellenV i.V.m. § 25 Abs. 1 Nr. 1 ArbSchG als Ordnungswidrigkeit geahndet werden. Wer durch eine im § 2 Abs. 1 bezeichnete vorsätzliche Handlung Leben oder Gesundheit eines Beschäftigten gefährdet, ist sogar nach § 26 Nr. 2 ArbSchG strafbar. Die Strafbarkeit ist damit in das Vorfeld der Erfolgsdelikte der §§ 222, 229 StGB verlagert; es bestehen insoweit Parallelen zur Baugeschäftigung in § 319 StGB. Auffällig an der BaustellenV ist, dass die Verpflichtung nach § 3, unter bestimmten Voraussetzungen einen Koordinator (SiGe-Koordinator) zu bestellen, nicht als Ordnungswidrigkeit geahndet wird.

Schließlich treffen den Bauherrn die sanktionsrechtlich unterlegten Pflichten nach dem BauGB (vgl. § 213) sowie die – mit jedem Bauvorhaben einhergehenden – Risiken nach den umweltschutzrechtlichen Bestimmungen, die über §§ 324 ff. StGB sanktionsrechtlich abgesichert sind. Praxisrelevant – und nicht unmittelbar im Fokus eines jeden Bauherrn – sind darüber hinaus auch die sich aus dem SGB VII ergebenden sowie von den Berufsgenossenschaften erlassenen Unfallverhütungsvorschriften.

2. Verantwortlichkeit bauausführender Unternehmen

In den Fokus der Ermittlungsbehörden treten – wie die Entscheidung des BGH vom 13.11.2008 zeigt – darüber hinaus vor allem die bauausführenden Unternehmen selbst. Ihr Pflichtenkreis richtet sich nach den vertraglichen Regelungen; auch konkludent übernommene Pflichten sind jedoch denkbar. Da sich der Bauherr – anknüpfend an § 4 BaustellenV (Beauftragung) – regelmäßig der ihn primär treffenden Pflichten entledigen will, treffen Bauunternehmen und die für sie verantwortlichen Handelnden Personen aufgrund dieser Überwälzung des Pflichtenkreises in der Praxis die größten sanktionsrechtlichen Risiken. Beschränkt werden diese Pflichten nur durch die eigenverantwortliche Selbstgefährdung Dritter auf der Baustelle oder durch die weitere Pflichtdelegation auf andere Bauunternehmer (Nachunternehmer).

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

Praxisrelevant sind für Unternehmen neben den sich aus dem Bauvorhaben selbst ergebenden Aufgaben und deren Umsetzung insbesondere solche Pflichten, die sich aus dem Arbeitsschutz ergeben. Der Schutz der Gesundheit und der Sicherheit für Beschäftigte hat höchste Relevanz und wird etwa in Berlin durch das Landesamt für Arbeitsschutz, Gesundheitsschutz und technische Sicherheit (LAGeSi) mehr und mehr kontrolliert, aber auch geahndet. Sanktionsrechtliche Risiken entstehen in diesem Zusammenhang nicht erst durch das o.a. Kernstrafrecht. In den kaum überschaubaren Regelungen zum Arbeitsschutzrecht finden sich selbst zahllose eigene Sanktionsvorschriften bzw. Regelungen, die auf solche verweisen. Allein aus Gründen des Selbstschutzes sollte jeder Unternehmer bzw. verantwortlich handelnde Betriebsinhaber darauf achten, dass die arbeitsschutzrechtlichen Bestimmungen auf der Baustelle eingehalten und beschäftigte Mitarbeiter regelmäßig über entsprechenden Vorschriften unterrichtet werden, um sich so im Unglücksfall selbst exkulpieren zu können, indem er nach-

weisen kann, dass er seinen persönlichen Pflichten nachgekommen ist.

3. Übertragung von Verkehrssicherungspflichten auf Dritte

Nichts anders gilt im Ergebnis auch für Bauleiter und SiGe-Koordinatoren. Ihnen werden in ihrem Aufgabenbereich (erhebliche) Teile der Verkehrssicherungspflichten übertragen. Unglücksfälle, die auf die von ihnen zu verantwortende Gefahrenquelle zurückgehen, können eine Garantenverantwortlichkeit nach § 13 StGB begründen. Sie sollten daher nicht erst dann aktiv werden, wenn sie konkrete Gefahren bzw. Fehlverhaltensweisen erkennen; auch ihnen sollte an einer präventiv ausgerichteten Ausübung ihres Aufgabenbereichs gelegen sein. Sie würden hierdurch sich und anderen helfen.

Dokumentation

Verfahrensdokumentation

In dieser Ausgabe kein Eintrag.

Schrifttum

Schrifttum

Basdorf/Harms/Mosbacher (Hrsg.): Kleines Strafrichter-Brevier von Friedrich-Karl Föhrig; 136 Seiten, 14,90 Euro, C.H.Beck, München 2008.

Kein Gebetbuch

Von Friedrich-Karl Föhrig gab es mit Ausnahme einiger Judikate nichts Schriftliches, obwohl er einer der einflussreichsten und zweifelsohne auch gescheitesten Berliner Straf-Richter war. Keine Mitarbeit an einem Kommentar, keine Festschriftbeiträge, keine Überflutung juristischer Zeitschriften mit Aufsätzen und Urteilsanmerkungen etwa als Vorbereitung zum Sprung nach Karlsruhe oder Leipzig. Einer, dem es genügte Vorsitzen-

der einer Moabiter Strafkammer zu sein. Ein Mann, der über Mangel an Selbstbewusstsein nicht zu klagen hatte. Einer, der im Gespräch wirkte, im Netzwerk zahlreicher Richter, die er beraten, mit denen er diskutiert und deren Karrieren er beeinflusst hatte. Als er sich vor vier Jahren in den ungeliebten Ruhestand verabschiedete, machte ihm nahezu der gesamte Leipziger Senat seine Aufwartung.

Auch die hier zu besprechende Schrift trägt illustre Namen: Ein Geleitwort von Monika Harms („Föhrig wird nicht aufgehoben“ (Föhrig IV) -informelle Maxime beim Leipziger Strafsenat -), eine biografische Notiz von Clemens Basdorf, die freundschaftlich zurückhaltend ausfiel und leider den interessantesten Teil der gemeinsamen

Biographie nicht thematisierte, nämlich Föhrigs maßgeblichen, informell-diskursiven Anteil an den Veränderungen des Revisionsrechts, die sich mit dem Namen Basdorfs (StV 95, 310 ff. und 97, 488 ff.) und der Judikatur des fünften Strafsenats in den neunziger Jahren verbanden. Die editorische Arbeit schließlich verrichtete Andreas Mosbacher: Föhrig, der nach kurzer Zeit im Ruhestand 2007 verstarb, hatte ein Manuskript hinterlassen, das uns nunmehr - um an ihn zu erinnern - als „Kleines Strafrichter-Brevier“ angeboten wird.

Um es gleich vorweg zu sagen: Ein Brevier im katholischen Sinne, also eine Sammlung vom Priester in jeder freien Stunde immer wieder zu lesender Erbauungsgebete, kann dieses Werk nicht sein. Dazu ist es zu richterlich-autoritär und alles andere als erbaulich. Und im Sinne eines kurzen Diensthandbuchs, ähnlich dem „Brevier“ für den Unteroffizier der Schweizer Armee, eignet es sich ebenfalls nicht, weil es nicht gerade sachlich daherkommt und im Kopf weniger rechtsstaatlich gefestigter Richtercharaktere bloß Unheil anrichtet. Das Werk gehört eher in die Kategorie der Mutmacherepisteln, die auch Strafverteidiger mitunter nicht ungern goutieren, sofern sie dort *ihre* berufsspezifischen Vorurteile in ansprechenden Formulierungen wieder finden. Das Brevier ist in einem Ton gehalten, den ich im geselligen Abend auf der Richterakademie verorten würde (Stellungnahmen der Verteidigung gemäß § 201 Strafprozessordnung beispielsweise heißen bei Föhrig „Benörgelung der Anklage“ (Föhrig, S. 7)).

Das Buch ist interessant für all diejenigen, die wissen wollen, wie ein Richter relativ ungeschützt denkt. Es beschäftigt sich primär mit der Frage, wie kann ich als Richter die bei mir eingehenden Fälle zügig aburteilen und dabei stets die Oberhand behalten? Wie kann ich meine Energien zur richtigen Zeit so einsetzen, dass ich keine unnütze Arbeit verrichten muss? Welche Konflikte muss ich ausfechten und welchen kann ich aus dem Wege gehen? Nützliche zeitsparende Tipps finden sich in dem Büchlein ebenso wie Darlegungen, welche Behandlung Personengruppen verdienen, auf die ein Vorsitzender herabschaut.

Zu letzterem einige Kostproben:

- Wie gehe ich mit törichten und widerständigen Menschen (hauptsächlich Verteidigern) um? „Ist der Anwalt beratungsresistent und/oder in seiner Kanzlei eher entbehrlich, also frei, sich wie die Axt im Walde aufzuführen, mag Altmodisches überraschende Wirkung zeitigen: Man protokolliere sein Verhalten - oh nein, nicht in spontanem offenen Diktat! Nichts als Gebrüll und Affentanz um jedes Wort wäre die Folge. Stilles Mitschreiben, spätere Gesamtformulierung und prompte Übersendung dieses Protokolls an die Anwaltskammer (Achtung Dienstweg! Über den eigenen Präsidenten!) dagegen verursacht Ärger dort, wo er hingehört“ (Föhrig, S. 53)
- Wie beende ich die Ausübung ihres Fragerechts, wenn sie mir zu sehr auf die Nerven

geht? „Der Vorsitzende kann eine sinnlose Frage ironisieren und deren Albernheit so lange mit dem Anwalt diskutieren, bis der sie vergessen hat oder einer wie immer ausfallenden Antwort jede Wirkung genommen ist“ (a.a.O., S. 55).

- Wie bestrafe ich einen Verteidiger, der in meinen Augen zu weit gegangen ist? „Ein Verteidiger, der ohne Studium der Fakten eine ganze Kammer wegen des Verbrechens der Rechtsbeugung angezeigt hatte, verließ den Sitzungssaal nach Wochen völliger Ausgrenzung - keine Begrüßung, keine Anrede, keine Reaktion auf seine Beiträge - den Tränen mehr als nahe. Mobbing (neudeutsch) ist die feine Art nicht. Aber es hatte ja auch keinen Feinen getroffen“ (a.a.O., S. 60)
- Wie verhalte ich mich als Vorsitzender gegenüber den regelmäßig vollkommen überflüssigen, manchmal sogar richtig lästigen Schöffen? „Wenn der anglo-amerikanische Anwalt es vermag, eine ganze Jury zu überzeugen (manipulieren?), ist der deutsche Richter fehl am Platze, misslingt ihm dies mit bloßen zwei Amateuren.“ (a.a.O., S. 86).
- Warum wegen der Annahme verminderter Schuldfähigkeit streiten, wenn man durch faktische Nichtauswirkung dieser Strafmilderungsmöglichkeit zum vorher angepeilten Ziel gelangen kann (a.a.O., S. 75)?

Und so fort.

Das in der Schrift deutlich werdende Ressentiment gegen Strafverteidiger wird übrigens nicht dadurch gemildert, dass stets betont wird, dass die Mehrzahl der Angehörigen dieser Zunft ordentlich ihrer Arbeit als Organe der Rechtspflege nachginge. Dass die meisten Strafverteidiger unter dem Blickwinkel der Examensnoten überwiegend zum Bodensatz der jungen Assessoren gehörten und dass solche, die besser abschnitten, sich für den freien Beruf vermutlich des Geldes wegen entschieden hätten, gehört seit über hundert Jahren zu den Grundpfeilern richterlichen Selbstwertgefühls. Diese Stereotype dürfen leider auch bei Föhrig nicht fehlen. Es erstaunt in diesem Zusammenhang, dass Alexander Ignor, immerhin Vorsitzender des Strafrechtausschusses des Bundesrechtsanwaltskammer, dem Büchlein in NJW 2008, 3406 jovial applaudierte.

Alle in diesem Opusculum aufgeworfenen Fragen werden übrigens mit Handlungsrezepten und Anekdoten beantwortet, denen eines gemeinsam ist: Sieg des Vorsitzenden auf ganzer Linie gepaart mit totaler Abwesenheit von Demut gegenüber anderen Verfahrensbeteiligten.

Es steht zu vermuten, dass den Herausgebern ein Manuskript vorlag, an das Föhrig infolge seiner Erkrankung letzte Hand nicht anlegen konnte. Man hätte es wohl besser nicht veröffentlichen und mit derart identifikatorischen Vorworten versehen sollen, weil Föhrigs Text einen unerfreulichen Eindruck hinterlässt und als Handrei-

chung für angehende Richter schon wegen seines penetranten Überlegenheitsgestus' vollkommen ungeeignet ist. Föhrig war besser als dieses Brevier.

Hätten sich die Herausgeber die Mühe gemacht Föhrgs reales Wirken in eigenen Aufsätzen nachzuzeichnen, hätte daraus ein interessantes Gedächtnisbuch werden können über einen Mann, der nur durch das gesprochene Wort wirkte, der in Diskussionszirkeln eine geheime Revolte der Instanzrichter gegen die teilweise als weltfremd empfundene Revisionsrechtsprechung des fünften Strafsenats unter Sarstedt und Hermann mit anzettelte, der mit der Zurückdrängung der formellen Rüge massiv die Machtverhältnisse zwischen Gericht und Verteidigung in der Hauptverhandlung verschob und dessen Verzicht auf Positionen und Insignien, die seiner realen Macht entsprochen hätten, nicht nur seine Freunde beeindruckt hat.

Rechtsanwalt **Nicolas Becker**, Berlin.

Dr. Erich Göhler. Gesetz über Ordnungswidrigkeiten, 15. Aufl., Verlag C.H. Beck, ISBN 978-3-406-58490-9, 1722 S., 62,00 EUR, München 2009.

Drei Jahre nach der erfolgreichen 14. Auflage des Kommentars zum Ordnungswidrigkeitengesetz kommt in diesem Jahr der Beck-Verlag mit einer neu bearbeiteten Ausgabe des Göhler auf den Markt. Auch in dieser neuesten Auflage des bewährten Kurzkomentars in der Beck-Reihe zeichnet sich das Werk durch übersichtliche, prägnante und zügig fassbare Erläuterungen aus. Berücksichtigt wurden vom Autorenteam die Änderungen des OWiG durch das 41. StrÄndG zur Bekämpfung der Computerkriminalität, das 2. Justizmodernisierungsgesetz und das Bundesschuldenwesenmodernisierungsgesetz.

Als Kurzkomentar ist das Buch wieder Richtern, Staatsanwälten und Verwaltungsbehörden gewidmet. Wobei Letztgenannte besonderes Interesse an den neu aufgenommenen Kommentierungen zur Fassung von (Anwalts) Vollmachten haben werden. Denn dort stellt der Göhler-Kommentator *Seitz* dar, wie die Gerichte auf die inhaltlichen Varianten der Anwaltsvollmachten der letzten Monate reagierten. Hatten doch die Verkehrs-Owi-Rechtler gerade in den letzten Monaten trickreich die Vollmachtsformulierungen „überarbeitet“ und sich selbständig neue Verhaltensalternativen im Bußgeldverfahren eröffnen wollen.

Mit der 15. Auflage des Kommentars wird den Verwaltungsbehörden zudem eine Übersicht von Entscheidungen an die Hand gegeben, um auf diese variantenreichen Vollmachtskreationen reagieren zu können. Eine Zusammenfassung zur Entwicklung und aktuelle Tipps, wann im Strafverfahren eine schriftliche Vollmacht vorgelegt werden soll und wie sie zu formulieren ist, liefern brandaktuell *Meyer-Lohkamp* und *Venn* in StraFo 7/2009, Seiten 265 ff.

Erfreulicherweise ist im Göhler nun endlich auch der Bereich der Compliance im Bereich der OWiGs, der bei § 130 OWiG seine Bedeutung entfaltet, aktualisiert und vervollständigt worden. Mehr als je zuvor greift *Gürtler* in seiner Kommentierung auf wirtschaftsstrafrechtliche Literatur zurück; gibt der neuen § 130 – Kommentierung eine längst fällige „Code of conduct/ Operate Compliance- Note“. Allesamt werden hier Entscheidungen und Quellen aus den Jahren 2007 und 2008 eingearbeitet, was die Aktualität der Kommentierung noch einmal verdeutlicht.

Seit der letzten Auflage hat das BVerfG auch Entscheidungen zur Ordnungsmäßigkeit von Untersuchungen nach § 81a StPO iVm § 46 OWiG getroffen. Die eigentlich restriktive Rechtsprechung, die besagt, dass eine Anordnung des originär zuständigen Richters erlangt werden soll, bevor die Eilzuständigkeit in Anspruch genommen wird, wird von *Seitz* wiederum restriktiv kommentiert: „Das BVerfG <...> bejaht im Übrigen auch bei der Blutentnahme in Fällen der nichtrichterlichen Eilanordnung Dokumentations- und Begründungspflichten, die eine umfassende und eigenständige nachträgliche gerichtliche Überprüfung ermöglichen sollen; bezieht man dies auch auf den Sachverhalt der Eilanordnung zur BAK-Feststellung im Straßenverkehr <...>, erscheint dies eher formalistisch, weil in diesem besonderen Fall zumindest faktisch ganz überwiegend Gefahr im Verzug vorliegen wird <...>; nach BVerfG <...> ist es verfassungsrechtlich aber nicht zu beanstanden, wenn allein der Verstoß gegen Dokumentations- und Begründungspflichten bei der Ausübung der Eilkompetenz kein Beweisverwertungsverbot nach sich zieht <...> (§ 46 Rn. 27).“

Dass sich das Werk vorwiegend an Richter, Staatsanwälte und Verwaltungsbehörden wendet, wird neben dieser zitierten Stelle auch an anderen Passagen mehr als deutlich. So halten die Autoren dahingehend die Fahne hoch, als eine Verwertung von Geschwindigkeitskontrollen, die unter Missachtung einschlägiger Kontrollvorschriften durchgeführt worden sei, nicht automatisch unzulässig sei (§ 46 Rn. 10d). Nicht zuletzt aus diesem Grunde ist der Göhler ein Pflichtbuch auch in der Rechtsanwaltskanzlei um ggf. dem Mandanten bereits im Vorfeld gegenwärtigen zu können, wie die Erfolgsaussichten gegen einen Owi-Vorwurf aussehen.

Abschließend bleibt noch festzuhalten: Der Göhler bleibt das Maß der Dinge für diejenigen Verwaltungsbehörden, die für den Erlass von Bußgeldbescheiden zuständig sind. Weil schließlich der Göhler nicht Teil des neuen online-Angebots Strafrecht plus des Beck-Verlages ist, wird er auch weiterhin unentbehrliches gedrucktes Werk in der Bibliothek des Strafrechtlers sein.

Rechtsanwalt **Roman G. Weber**, LL.M. Wirtschaftsstrafrecht, Detmold

Theresia Höynck: Das Opfer zwischen Parteirechten und Zeugenpflichten. Eine rechtsvergleichende Untersuchung zur Rolle des Opfers im Strafverfahren in Deutschland, der Schweiz und England. Diss. Berlin, Humboldt-Univ. 2005, 224 Seiten, 34 €; Baden-Baden 2005.

I. Die vorliegende Arbeit ist klar gegliedert in eine Einleitung, eine Bestandsaufnahme und einen Rechtsvergleich und mündet dann in Ergebnisse und Vorschläge für das deutsche Recht. Die Autorin erkennt zunächst, dass es angesichts der Fülle der Literatur zur Opferstellung einer Rechtfertigung für eine weitere Arbeit bedarf; sie findet sie – zu Recht – darin, dass das Feld noch keineswegs „geklärt“ ist: Der Verletzte als selbständiger Prozessbeteiligter „ist bislang weitgehend Fiktion geblieben“ (S. 13). Aber ein klares Reformkonzept fehlt. Höynck beklagt, dass Opfer „nach gängigem dogmatischem Verständnis als solche gar nicht im Blickfeld des Strafrechts sind“ und dass deshalb Forderungen nach einem „besonderen Umgang“ mit Opfern „oftmals ins Leere“ gehen (S. 17). Dabei erkennt Höynck aber nicht nur die dogmatischen Probleme, sondern auch die faktisch-empirischen: Sie konstatiert, dass die Bedürfnisse des Opfers gar nicht auf einen Nenner zu bringen sind, und dass der Wunsch nach einer aktiven Teilnahme am Strafverfahren nicht verallgemeinert werden kann. Vor diesem Hintergrund soll es Gegenstand der Arbeit sein, eine „rechtsvergleichende Betrachtung der Rolle des Opfers vor, während und nach dem Strafverfahren“ durchzuführen. Der Schwerpunkt soll dabei – konzentriert auf das Strafverfahren - in einer „sich in der Zusammenschau der Einzel-elemente zeigenden Gesamtkonstruktion der Opferrolle“ liegen (S. 20). Bei der Konzentration auf das Strafverfahren hat Höynck die „kommunikative Dimension“ und die „expressive Funktion“ des Strafverfahrens vor Augen (S. 21). Die Auswahl der Schweiz und Englands als Vergleichsländer rechtfertigt die Verfasserin unter anderem damit, dass in der Schweiz eine neue gesamtschweizerische Strafprozessordnung bevorstand (Vorentwurf einer Schweizerischen Strafprozessordnung Stand Juni 2001 [inzwischen Schweiz. StPO vom 5. Oktober 2007, BBl. 2007, 6977; in Kraft tretend am 1.1.2011]), in welcher eine „Maximierung der Opferberücksichtigung“ angestrebt werde. Auch im englischen Recht hat eine rege Reformdiskussion um die Rolle des Opfers stattgefunden, und Höynck sieht in der im common law begründeten „Andersartigkeit in zentralen Strukturelementen“ durchaus eine Chance zur „notwendigen Perspektivenerweiterung“ (S. 23). Was die Methodik der Rechtsvergleichung betrifft, so verfolgt die Autorin eine doppelte Zielsetzung: Zum einen soll ein „Lösungsvorrat“ gesucht werden, zum anderen sollen die dem deutschen Recht zugrunde liegenden Strukturen erhellt werden (S. 25). Methodisch führt dies zur Notwendigkeit eines – partiellen - Strukturvergleichs. Höynck entwickelt sodann neun einzelne Elemente eines Vergleichsschemas: 1. Ausgangslage, Gesetzgebungsstand, 2. Zentrale Merkmale und Gesamtcharakter des Strafrechtssystems, 3. Konzeption der Opferrolle im Rechtssystem, 4. Staatliche Strafe, entgegenstehende Opferbedürfnisse und individuelle Genugtuungsinteressen des Opfers, 5. Informationsrechte, 6. Mitwirkungsrechte, 7. Betreuung, Fürsorge und

Schutz im Strafverfahren, 8. Schadensersatz durch den Täter im Rahmen des Strafverfahrens und 9. Staatliche Entschädigung (S. 27 f.). Dabei will Höynck stets die Frage im Blick haben, „ob das Opfer Hauptbeteiligter (Partei?) eines dann dreipolig zu verstehenden Verfahrens ist bzw. sein sollte“ (S. 29).

II. In der Bestandsaufnahme (S. 32 ff.) zeichnet Höynck die Rolle des Opfers im deutschen Straf- und Strafverfahrensrecht einschließlich der historischen und legislativen Entwicklung, der wissenschaftlichen Bearbeitung sowie der internationalen Bezüge des Themas nach. Beklagt wird etwa die fehlende Partizipation des Opfers im Ermittlungsverfahren sowie Unzulänglichkeiten im Opfer-schutzgesetz 1986 (S. 37 ff.). Anlässlich des am 1. September 2004 in Kraft getretenen Opferrechtsreformgesetzes konstatiert Höynck als „wichtige Tendenzen“, dass „Veränderungen im Bereich der Rolle des Opfers jedenfalls derzeit nur schrittweise zu verwirklichen (sind) und die Nebenklage als Grundmodell aktiver Opferpartizipation nicht zur Disposition (steht)“ (S. 45). Bedeutsam ist auch ihr Hinweis, dass Verbesserungen der Stellung von Opfern und Zeugen „offenbar nur durchsetzbar (sind), soweit keine erheblichen Kosten damit verbunden sind und die Grundstrukturen des Verfahrens nicht verändert werden“. Insgesamt kommt Höynck zu dem Befund, dass es trotz zahlreicher Einzelverbesserungen (und eines beachtlichen empirischen und theoretischen Forschungsstandes sowie einiger internationaler Rechtsakte) immer noch an einem schlüssigen Gesamtkonzept fehlt (S. 73).

III. Der Rechtsvergleich beginnt mit einer Einführung in das oben dargestellte Vergleichsschema und wendet sich dann der Rechtslage in der Schweiz zu (auf der Grundlage des VE-StPO 2001) (S. 78 ff.). Was die Lage von Opfern betrifft, sind zunächst die Änderung der Bundesverfassung von 1984 sowie das 1993 in Kraft getretene Opferhilfegesetz (OHG) von Interesse (das inzwischen durch das umfassend revidierte OHG vom 23. März 2007 abgelöst worden ist), die Hilfe- und Entschädigungsmandate brachten. Die neue StPO-Gesetzgebung sieht im übrigen ein dem deutschen Recht „sehr ähnliches“ Modell vor. Allerdings liege – wie bereits nach den kantonalen Rechtsordnungen – der Schwerpunkt im Vorverfahren, was für die Opfer, im Hinblick auf die Transparenz des Verfahrens, auch Nachteile habe. Vergleichsgespräche oder Mediation sowie abgekürztes Verfahren nach erfolgter Wiedergutmachung oder Anerkennung der Ansprüche des Opfers spielen bei bestimmten Delikten eine Rolle. Höynck konstatiert allerdings, was die Opferrolle im Rechtssystem betrifft, dass das OHG keine „umfassende Opferstellung für das Strafverfahren“ beschreibt. Dass nunmehr in der neuen StPO-Gesetzgebung die „geschädigte Person“ (immerhin) als „anderer Verfahrensbeteiligter“ klassifiziert wird, der bei unmittelbarer Betroffenheit in eigenen Rechten die zur Wahrung seiner Interessen erforderlichen Rechte einer Partei hat (Art. 105 Schweiz. StPO), konnte von der Verf. noch nicht berücksichtigt werden. Von besonderem Interesse sind sodann die Ausführungen über das Institut der Privatklägerschaft, mit dem das individuelle Opferbedürfnis nach Bestrafung des Täters anerkannt wird (Art. 118 ff. Schweiz. StPO). Auf diese Möglichkeit hat die Staatsanwältin nach Eröffnung des Vorverfahrens hinzuweisen. Die Privatklägerschaft bringt – nur teilweise übereinstim-

mend mit dem von Höynck referierten VE-StPO – sowohl eine strafrechtliche als auch eine (adhäsive) zivilrechtliche Rolle des Geschädigten mit sich; insbesondere hat die Privatküglerschaft ein Recht auf ein Schlußplädoyer. Sie kann den Schuldspruch anfechten; nicht allerdings die verhängte Sanktion (Art. 382 Schweiz. StPO). Die Rechtslage auf dem Gebiet der Informationsrechte wird von Höynck, insbesondere bei einem Beitritt zum Verfahren, als positiv dargestellt. Im anschließenden Abschnitt über die Mitwirkungsrechte wird die Bedeutung der Privatküglerschaft im Verfahren hervorgehoben. Die Verfasserin springt dann wieder zum OHG und erläutert dessen Hauptfunktionen auf den Gebieten der Betreuung und Beratung, der Fürsorge und des Schutzes im Verfahren. Höynck kommt dann zum Thema Wiedergutmachung und konstatiert, dass diese zwar in mehrfacher Hinsicht berücksichtigt werde und dieser Trend (wie im übrigen auch das Adhäsionsverfahren) noch verstärkt werden solle, jedoch nicht als eigenständiger Strafzweck verstanden werde. Schließlich folgt ein Kapitel über die staatliche Entschädigung, wobei das OHG zwischen Entschädigung und Genugtuung (bei besonders schwerer Betroffenheit oder besonderen Umständen) unterscheidet. Interessant dabei ist, dass sich die Genugtuung, die einer Schmerzensgeldleistung entspricht, abweichend von der ursprünglichen gesetzgeberischen Intention in der Praxis zum Regelfall entwickelt hat. In ihrer Zusammenfassung zur Rechtslage in der Schweiz resümiert Höynck, dass es eine „durchaus konturierte rechtliche Rolle des Opfers“ gibt, wobei sie das Institut der Privatküglerschaft, die Stärkung des Wiedergutmachungsge-dankens sowie die Genugtuung besonders hervorhebt.

IV. Die Verfasserin wendet sich dann der Rechtslage in England/Wales zu (S. 108 ff.). Sie erwähnt zunächst verschiedene Schritte, die seit 1997 zu einer (verschärfenden) Veränderung des Strafrechts geführt haben. Opfer von Straftaten stellen seit geraumer Zeit einen ausdrücklichen Schwerpunkt der englischen Kriminalpolitik dar. Dabei geht es aber in erheblichem Maße darum, repressive Maßnahmen zu begründen. Höynck stellt sodann verschiedene Gesetzgebungsakte vor, die alle darauf abzielen, das Strafjustizsystem neu auszubalancieren, insbesondere durch systematische Stärkung der Opferstellung. Die Verfasserin stellt dann indessen die Systemmerkmale des adversarischen Verfahrens vor, in dessen Zentrum gerade nicht das Opfer, sondern der Beschuldigte und die Verteidigung stehen, und erläutert im weiteren Verlauf ihrer Arbeit, dass der Fokus in den Bereichen Fürsorge, Schutz und staatliche Entschädigung liegt, nicht aber in prozessualen Mitwirkungsrechten. Die grundsätzlich mögliche „private prosecution“ ist von praktisch sehr geringer Bedeutung. Die vieldiskutierte „restorative justice“ hat für die Mediation im Strafrecht noch keine durchschlagenden Erfolge zeitigen können. Was die Konzeption der Opferrolle im Rechtssystem betrifft, so geht sie im wesentlichen nicht über die des Anzeigerstatters sowie (natürlich) der oftmals gerade im Kreuzverhör besonders belastenden Rolle des Zeugen hinaus. Insgesamt zeichnet Höynck ein zutreffendes Bild, wonach die Opferbeteiligung im Strafverfahren untergeordnet ist. Bei den Informationsrechten gibt es allerdings Verbesserungen, insbesondere durch den (inzwischen in Kraft getretenen) Code of Practice for Victims of Crime. Von Interesse sind sodann Mitwirkungsrechte in Gestalt

von „victim personal statements“. Sie betreffen die Folgen einer Straftat und rücken in die Nähe eines formell zu berücksichtigenden Beweismittels. Was den (materiellen und immateriellen) Schadensersatz im Strafverfahren betrifft, so kennt das angelsächsische Recht kein Adhäsionsverfahren. Indessen gibt es die Compensation Order, deren Höhe sich am zivilrechtlich Geschuldeten orientiert, jedoch die Leistungsfähigkeit des Verurteilten berücksichtigt. Die Vollstreckung erfolgt vorrangig gegenüber Geldstrafen. Höynck weist allerdings auf die seltene Anwendung neben Geld- oder Freiheitsstrafe hin, obwohl die Compensation Order eine „echte strafrechtliche Sanktion“ darstellt. Schließlich berichtet die Verfasserin über das in England sehr gut ausgebaute System staatlicher Entschädigung. In ihrer Zusammenfassung stellt sie noch einmal heraus, dass das Opfer in einer – von ihr als problematisch gesehenen – Weise von einer strafprozessualen Mitwirkung ausgeschlossen ist.

V. Höynck analysiert dann das deutsche Recht auf der Grundlage ihres Vergleichsrasters (S.135 ff.). Es wird die traditionell starke Trennung zwischen Zivilrecht und Strafrecht herausgestellt. Die Struktur des deutschen Strafverfahrens wird ansatzweise in Vergleiche zur Schweiz und zu England gesetzt, soweit sie für die Rolle des Opfers relevant sind. Für Deutschland und England wird – im Unterschied zur Schweiz – die Konzentration auf Beschuldigtenrechte angeprangert. Nicht haltbar ist die Aussage der Verfasserin, in Deutschland eröffneten die §§ 153a StPO, 46a StGB, 155a StPO die Möglichkeit der Wiedergutmachung bzw. des Täter-Opfer-Ausgleichs „in allen Deliktsbereichen“ (S. 141). Dass – und vor allem, wie – für die Opfer schwerer Delikte der unterschiedliche Stellenwert der Hauptverhandlung von Bedeutung ist, wird nicht näher geklärt. Was die Gesamtkonzeption der Opferrolle im Rechtssystem betrifft, wird – wiederholend – darauf verwiesen, dass trotz der vorhandenen Instrumente wie insbesondere Privatküglage, Nebenküglage, Adhäsionsverfahren und die sonstigen Befugnisse, insbesondere Informationsrechte, eine „durchgehende eigene, kohärente Rolle“, fehlt (S. 141 ff.). Dies wird mit Blick auf die Schweiz kritisiert. Bemängelt wird im übrigen, dass Wünsche des Opfers auf Unterlassung der Strafverfolgung sowie umgekehrt an Bestrafung keine „unmittelbare Berücksichtigung“ finden (S. 147). Vorteile im schweizerischen Recht, auch des Opfers in der Zeugenrolle (namentlich ein Aussageverweigerungsrecht bei die Intimsphäre betreffenden Fragen), werden wiederum ins Feld geführt. Eine „echte Mitwirkung“ ist dem Verletzten im deutschen Strafverfahren hingegen nur als Nebenküglager möglich. Was Betreuung, Fürsorge und Schutz im Verfahren betrifft, sieht Höynck einen Schwerpunkt in der Zeugenrolle. Besonders hervorgehoben wird die Bedeutung des Zeugenbestands sowie der Videovernehmung. In diesem Zusammenhang wird rechtsvergleichend konstatiert, dass „unmittelbare Beweisnahmen in der Hauptverhandlung jedenfalls bei schwereren Fällen von zentraler Bedeutung“ sind (S. 157), jedoch in Deutschland gleichwohl vorhandene technische Schutzmaßnahmen wenig genutzt würden. Im Bereich des Schadensersatzes hebt die Verfasserin neben der Auferlegung von Wiedergutmachungsleistungen nach § 153a StPO, § 56b II Nr. 1 StGB die Gewährung von Strafzumessungs-, Strafmilderungs-, Strafabschens-, Strafaussetzungs- sowie Zahlungserleichterungsvorteilen (bei

Geldstrafe) hervor (S. 159). Daneben stehen der Täter-Opfer-Ausgleich als „dialogisches“ Verfahren, das Adhäsionsverfahren, sowie das Opferanspruchssicherungs-gesetz. Rechtsvergleichend werden die Vorzüge Englands mit seiner Compensation Order herausgestellt. Und wiederum wird, eben auch mit Blick auf die „materielle Seite“ der Straftat, die Schweiz mit ihrer Privatklägerschaft gelobt. Schließlich wird bezüglich der staatlichen Opferentschädigung festgehalten, dass in keinem der untersuchten Systeme Entschädigung für reine Sachoder Vermögensschäden geleistet wird. Die deutsche Zuordnung zum Sozialrecht wird als (nachteiliges) Spezifikum bezeichnet. Höynck favorisiert die englische und schweizerische Lösung eines Verwaltungsverfahrens, in welchem das dem Opfer zugefügte Unrecht besser thematisiert und zur Geltung gebracht werden kann („parallel justice“).

VI. Schlussendlich präsentiert Höynck ihre „Ergebnisse und Vorschläge für das deutsche Recht“ (S. 165 ff.). Mit dem Anliegen, von einem „punktuellen Vergleich“ zu „übergreifenden Fragestellungen“ zu gelangen, werden zwei Fragen herausgestellt: Das „Verhältnis“ des Opfers zum staatlichen Strafanspruch sowie die „Beziehung“ zwischen Täter und Opfer. Beide Fragen spitzen sich auf die dritte Frage zu, ob das Opfer „Partei in einem dann dreipolig zu verstehenden Strafverfahren“ sein sollte. Als alledem „vorgelagert“ wird die vierte Frage, warum der Staat sich überhaupt für das Opfer von Straftaten engagieren soll, bezeichnet (dies sollte dann auch besser die „erste“ Frage sein).

Zu diesen Fragen wird zunächst festgestellt, dass in keiner der untersuchten Rechtsordnungen (von Antragsdelikten abgesehen) der einer Strafverfolgung entgegenstehende Wille des Opfers unmittelbar berücksichtigt wird. Hinsichtlich einer Erzwingung von Strafverfolgung wird die Schweiz hervorgehoben, deren Rechtsmittelrecht alle verfahrensbeendenden Entscheidungen einschließt. Was das Interesse an der Sanktionierung des Beschuldigten betrifft, stellt Höynck wiederum England mit seinem „victim personal statement“ heraus. Richtig fragt die Verfasserin im übrigen danach, ob Opfer ein Rechtsmittelrecht im Bereich der Sanktionierung haben. Sie sieht auch die Gefahr, dass mehr Macht des Opfers über das Verfahren mit der Gefahr verbunden sein kann, einem Druck durch den Täter ausgesetzt zu sein und dass unangenehme Gefühle der Verantwortlichkeit entstehen. Resümierend in Bezug auf ihr immer wieder herausgestelltes Hauptinteresse – kann das Opfer (ungeachtet dieser Problematik) „dritte Partei“ sein – stellt sie fest, dass für Deutschland mit Blick auf Nebenklage, Adhäsionsverfahren und die Verletztenrechte nach §§ 406 d ff. StPO eine „Mischform“ eigentümlich sei. Höynck will dann allerdings –entgegen geweckter Erwartungen – doch nicht soweit gehen, die Option eines (der Schweiz nahe kommenden) Parteimodells näher zu untersuchen; dies wird sehr knapp, im Wesentlichen unter Berufung auf die „fundamentale Andersartigkeit der Rolle des Opfers insbesondere im Verhältnis zum Beschuldigten“ abgetan (S. 203). Statt dessen sollen nun bloß „Spielräume“ im geltenden Recht angedacht werden. Dabei plädiert Höynck zunächst für Verbesserungen bei konsensualer Erledigung im Hinblick auf die Einbeziehung zivilrechtlicher Ansprüche. Im „klassischen Strafverfah-

ren“ soll ein „Akteursstatus“ des Opfers in zivilrechtlicher wie strafrechtlicher Hinsicht erreicht werden, ersteres aber – sehr verengend – auch nur insofern, als weder erhebliche zusätzliche Kosten noch eine wesentliche Verfahrensverzögerung entstehen. (Auch) die spezifisch strafverfahrensrechtliche Seite soll nur „behutsam“ ausgebaut werden. Dem berechtigten Interesse des Opfers „an der Restituierung des Rechts bzw. der Anerkennung und Rehabilitation als Opfer oder der Feststellung eines widerfahrenen Unrechts“ könne auch „ohne Gestaltungsmacht“ Rechnung getragen werden (S. 206). Höynck favorisiert eine (nicht näher ausgeführte) „Beobachterrolle mit umfassenden Informations- und Äußerungsrechten“ und will sich dabei vor allem an England, aber auch an alten Vorschlägen von Meyer-Goßner, Rieß und Weigend orientieren. „Konkrete Änderungsansätze“ sieht die Verfasserin beim Ausbau der Informationsrechte, nicht dagegen in der Frage, ob dem Opfer ein Rechtsmittel bei Opportunitätseinstellungen an die Hand gegeben werden sollte (S. 208). Nicht einmal der Idee eines Anhörungsrechts will Höynck hier näher treten. In sehr beiläufiger Weise wird die Nebenklage verworfen. Die Probleme des Adhäsionsverfahrens sollen in Fällen „einfacher Art“ in „konsensualen Verfahrensbestandteilen“ gelöst werden. Für die Opferentschädigung wird unter dem Aspekt der Unrechtsanerkennung ein (nicht sozialrechtliches) „eigenes System“ gefordert, das nicht näher qualifiziert wird. Schließlich plädiert Höynck noch für Verbesserungen auf der Ebene der „Fürsorge und Dienstleistung“ für das Opfer, namentlich in Gestalt von ‚freundlichen‘ und gestaffelten Zeugenladungen, geduldigen und transparenten Vernehmungen und der Ausgabe guter Informationsmaterialien (S. 210). In einem abschließenden Ausblick möchte die Verfasserin dann (noch einmal) – mit Blick auf die „politisch-gesetzgeberische Praxis“ Verständnis einwerben dafür, dass sie nicht die Idee eines „radikalen Systemwechsels“ verfolgt hat, sondern nur ein „schrittweises Vorgehen“ propagiert.

VII. Die von Höynck vorgelegte Arbeit zeichnet sich durch den prinzipiell lobenswerten Versuch aus, anhand eines Rasters von Einzelthemen in rechtsvergleichender Weise zu klären, welche Stellung dem Deliktsoffer im jeweiligen Gesamtsystem des Strafverfahrens zukommt. Die Auswahl der Länder Schweiz und England ist für dieses Vorhaben auch geeignet. Freilich ist ein solches Thema für eine Dissertation mit einem hohen Anspruch verbunden. Und leider wird das Thema dann doch etwas zerfasert, indem auch Fragen mit einbezogen werden, die nicht spezifisch strafverfahrensrechtlich sind, wie etwa Entschädigungsfragen. Der hohe Anspruch setzt sich fort in der anfangs und dann immer wieder dem Leser schmackhaft gemachten Fragestellung, ob das Deliktsoffer in einem grundlegend veränderten System als eigenständige „Partei“ fungieren könne. Rechtsvergleichendes Material in diese Richtung bietet die Schweiz. Zu Gunsten der Verfasserin ist indessen zu sagen, dass diese Fragestellung angesichts der vielfältigen Implikationen, die mit einem solchen System verbunden wären, doch eher Stoff für eine Habilitationsschrift wäre. Gleichwohl bleibt für den Leser – angesichts der eingangs geweckten Erwartung, es werde eine „Gesamtkonstruktion der Opferrolle“ herauskommen – am Ende die Enttäuschung, dass Höynck sich nur für einige partielle, strafverfahrens-

rechtlich überwiegend recht marginale Veränderungen im geltenden Recht ausspricht. Auch werden die Einzelvorschläge nur sehr knapp, zum Teil geradezu salopp, abgehandelt, was z.B. für die (doch erheblich systemverändernde) Idee der Abschaffung der Nebenklage gilt.

Dennoch steckt in dem ausdifferenzierten (punktuellen) Rechtsvergleich einiges an Arbeit, deren Verdienste durch die enttäuschte Erwartung (wie auch durch zahlreiche Wiederholungen) nicht geschmälert werden. Auch der selbstbewusste Duktus ist für eine Dissertation, die in Zentralfragen des Strafverfahrens vordringen will, beachtlich. Insgesamt wird die Arbeit daher in der rechtsvergleichenden Literatur zur Rechtsstellung des Deliktsoffers ihren Platz behaupten.

Prof. Dr. **Susanne Walther**, LL.M., Köln

Sabit Osman Isfen, Das Schuldprinzip im Strafrecht – unter besonderer Berücksichtigung des türkischen Rechts; C.H.Beck, 248 S., 44,90 €, München 2008.

I. Der Grundsatz „Keine Strafe ohne Schuld“ ist in seiner praktischen Anwendung so selbstverständlich, wie er in seiner historischen Genese umstritten war. Aber auch der selbstverständlichste Gebrauch birgt Unwägbarkeiten und stellt das moderne Strafrecht vor diverse Probleme (siehe dazu auch die Analyse bei Zabel, Schuldtypisierung als Begriffsanalyse, 2007, S. 241 ff.). Dass diese Einsicht nicht nur für die deutsche Rechts- und Verfahrensordnung, sondern ebenso für die türkische gilt, zeigt *Sabit Osman Isfen* in seiner rechtsvergleichend angelegten und von *Claus Roxin* betreuten Dissertation. Gerade das alte türkische Strafgesetzbuch, betont der Verfasser zu Beginn seiner Überlegungen, ließ in wichtigen Teilen noch folgenreiche Ausnahmen von diesem Grundsatz zu. Erst mit der Verabschiedung des seit 1. Juni 2005 in Kraft befindlichen neuen türkischen Strafgesetzbuches wurde auf die umfassende Etablierung des Schuldprinzips geachtet. Trotz dieser Bemühungen, so die These, gäbe es auch im neuen Strafgesetz eine Vielzahl ungeklärter Punkte, was vor allem daran läge, dass sich auch „bei der grundlegenden Frage nach dem materiellen Schuldbegriff noch keine eindeutig erkennbaren Konturen in der klassisch ausgerichteten türkischen Verbrechenslehre feststellen [lassen]“. *Isfen* kontrastiert seine Bestandsaufnahme mit dem aktuellen Stand der deutschen Schuld dogmatik und öffnet so den Blick für die originäre Ausgestaltung, d.h. die Vorzüge, aber auch Defizite des je anderen Rechtskreises. Nachfolgend soll das Konzept dieser Analyse etwas genauer vorgestellt (II.) und im Anschluss daran das herausgearbeitete (Schuld-)Verständnis auf seine Plausibilität hin überprüft werden (III.).

II. Die geradezu umwälzenden Entwicklungen des türkischen Strafrechts spiegeln sich nicht nur auf verbrechens-theoretischer, sondern auch auf normpraktischer Ebene. Zur Verdeutlichung gibt *Isfen* zunächst einen kompakten Überblick über die Geschichte des türkischen Strafrechts (S. 5-15). Daran anknüpfend wird „der Schuldbegriff der

türkischen Verbrechenslehre“ analysiert (S. 17-140); was wiederum und in einem weiteren Abschnitt die „praktischen Auswirkungen des Schuldprinzips“ in den Mittelpunkt rückt (S. 141-230). – Die Ausführungen zur Geschichte des türkischen Strafrechts zeigen eine Rechtsordnung auf dem Weg in die Moderne; sie verdeutlichen das Ringen um ein kohärentes Konzept staatlicher Sanktionsmacht und die Probleme, die sich durch zeitweise autoritäre und diskriminierende Gesetzesnovellierungen, *Isfen* erwähnt hier vor allem die großen Reformen von 1933 und 1936, ein- und fortgeschrieben haben (S. 8). Inwiefern die gegenwärtige Praxis des Strafrechts von dieser Entwicklung geprägt und in welcher Weise sie sich von ihr emanzipiert hat, versucht der Autor an Hand des Schuldbegriffs in der türkischen Verbrechenslehre zu begründen. Konsequenterweise beginnt er mit dem Straftatbegriff der türkischen Dogmatik (S. 17 ff.). Letzterer werde entweder in Richtung einer formalen Definition als Verletzung einer Strafnorm mittels einer tatbestandsmäßigen, rechtswidrigen und schuldhaften Handlung, darüber hinaus als tatbestandliche Rechtsgutverletzung oder im Sinne einer materiellen Konzeption als Verletzung von Rechtswerten verstanden, die zur Gewährleistung des Fortbestandes der gesellschaftlichen Ordnung geschützt werden müssten. Herrschend ist dagegen ein vierstufiger Deliktsaufbau, wonach das Verbrechen aus dem legalen Element, dem objektiven Element, der Rechtswidrigkeit und dem subjektiven Element besteht. Diese Systematik ist jedenfalls aus Sicht der deutschen Dogmatik erstaunlich, erinnert sie doch an den „klassischen Verbrechensbegriff“ mit seiner rigorosen (formal-logischen) Trennung von objektiven und subjektiven Zurechnungskategorien. An diesem Punkt knüpft auch die kritische Analyse des Verfassers an: Das zentrale Problem liege vor allem darin, so *Isfen*, dass die türkische Lehre den *personalen* Bezugspunkt des Tatbestands allein in der willentlichen Handlung sehe und alles darüber hinaus gehende Subjekte als Elemente der Schuld behandle (S. 21). Dementsprechend umfasst das legale Element die vertypete Beschreibung des jeweiligen Strafunrechts, während das objektive Element auf die formale Verknüpfung von Handlung, Erfolg und Kausalität fokussiert. Damit werden aber auch die Friktionen offensichtlich. Denn durch die Beschränkung des Tatbestandes auf das formal-objektive Element wird nicht nur die grundlegende Unterscheidung vorsätzlicher und fahrlässiger Tatbegehung, sondern auch die damit einhergehende Stellung des Vorsatzes als *unrechtskonstitutives* Verbrechensmerkmal unterbestimmt (S. 26 ff.). *Isfen* analysiert das sehr gründlich, verweist aber zugleich darauf, dass das reformierte türkische Strafgesetz diesen paradigmatischen Wechsel schon vollzogen hat. Für diese eher seltene Konstellation einer „Vorreiterrolle“ des Gesetzes zieht der Verfasser Art. 40 Abs. 1 tStGB heran, der die limitierte Akzessorität im Rahmen der Teilnahme regelt. Hier werde deutlich, so *Isfen*, dass der Gesetzgeber die Bedeutung des tatbestandlichen Handlungsunrechts erkannt und ausdrücklich zur Geltung gebracht habe. Ähnliches kann er schließlich für die Versuchsregelung des Art. 35 Abs. 1 tStGB konstatieren (S. 32 ff.). Erfolg und Kausalitätsband vervollständigen das objektive Element. Dem Verfasser scheint es – entsprechend seiner formulierten Kritik – darauf anzukommen, der im deutschen Strafrecht inzwischen üblichen „Auf-Wertung“ des Unrechtstatbestandes auch in der türkischen Dogmatik

zum Durchbruch zu verhelfen. Insofern verwundert es nicht, dass er sich hier, abweichend von der türkischen Kausalitätsdiskussion, dem *roxinschen* Modell der objektiven Zurechnung anschließt und so eine angemessene Systematisierung der „äußeren Seite des Schuldprinzips“ erreichen will (S. 37). Im Fortgang der Strukturanalyse wendet sich *Isfen* den Deliktstufen der Rechtswidrigkeit und Schuldhaftigkeit zu (S. 42 ff.). Die türkische Dogmatik folgt – das ist nach dem bereits Dargestellten konsequent – einem objektiven Rechtswidrigkeitsmaßstab, ein subjektives Rechtfertigungselement ist demgemäß nicht erforderlich. Gewöhnungsbedürftig ist aus deutscher Sicht die *gesetzliche* Verschränkung und entsprechende Deutung der Rechtfertigungs- und Entschuldigungsnormen. So wird Art. 25 Abs. 1 tStGB als Notwehrregelung ausgewiesen, Art. 25 Abs. 2 tStGB dagegen – trotz des bestehenden Verhältnismäßigkeitserfordernisses – als Entschuldigungsgrund. Eine „in Teilen“ dem Nötigungsnotstand ähnliche Regelung enthält Art. 28 S. 1 tStGB; *Isfen* bestimmt sie als Entschuldigungsgrund, während die Gesetzesbegründung eine Qualifizierung offen lässt. Der Erlaubnistatumsirrtum wiederum ist gem. Art. 30 Abs. 3 tStGB im Sinne der „strengen Schuldtheorie“ geregelt. Der Verfasser hält diese Entscheidung des Gesetzgebers für wenig überzeugend und argumentiert deshalb für eine Auslegung der Regelung aufgrund der „eingeschränkten Schuldtheorie“. Die „innere Seite des Täters“ ist Gegenstand des subjektiven Elements, letzteres unterteilt sich in die Zurechnungsfähigkeit und Schuld. *Isfen* verweist für diese Kategorisierung (mit Bezug auf *Stratenwerth/ Kuhlen*, AT, 2004, § 10 Rn. 2) auf die Verbrechenslehre des türkischen Strafrechts. Danach ist die Zurechnungsfähigkeit deshalb als *Voraussetzung* der Schuld(-haftigkeit) zu behandeln, weil sie von der psychologischen Schuldtheorie nicht zum Spiegelbild der Tat gerechnet werden kann. Zum Spiegelbild der Tat gehören freilich die beiden Haupterscheinungsformen der Schuld, Vorsatz und Fahrlässigkeit (S. 51). Beide sind, wie der Autor zeigt, nunmehr legal definiert. Nach Art. 21 Abs. 1 tStGB ist der Vorsatz „die wissentliche und willentliche Verwirklichung der in der gesetzlichen Beschreibung der Straftat enthaltenen Merkmale“, Art. 21 Abs. 2 tStGB konkretisiert im Hinblick auf den *dolus eventualis*, indem er von der Vorhersehbarkeit der Tatbestandsverwirklichung spricht. Allerdings werden damit wohl mehr Probleme geschaffen als gelöst: So ermöglicht die Definition in Art. 21 Abs. 1 tStGB mit ihrer offenen Beschreibung des Handlungsbezuges gerade keine klare Abgrenzung zwischen Tatbestands- und Verbotsirrtum (verschärft werden diese Inkohärenzen noch durch die Regelung des Art. 30 Abs. 1 tStGB). Ähnliche Schwierigkeiten ergeben sich bei Art. 21 Abs. 2 tStGB, denn hier wird nicht deutlich, *Isfen* erkennt das zutreffend, wie mit dem Verzicht auf das voluntative Element eine distinkte Unterscheidung zwischen Eventualvorsatz und bewusster Fahrlässigkeit (in Art. 22 Abs. 2 und 3 tStGB als „objektive Sorgfaltspflichtverletzung“ bestimmt) begründet werden kann. – Für den Verfasser handelt es sich bei diesen Zuordnungs- und Bewertungsproblemen um Symptome eines nur noch eingeschränkt leistungsfähigen Schuldprinzips, weshalb das Hauptaugenmerk der Arbeit auf einer kritischen Auseinandersetzung und zugleich auf der Entwicklung einer normativen, insofern aber mit dem türkischen Strafrecht kompatiblen Schuldkonzeption liegt (S. 60 ff.). Entscheidend ist deshalb für *Isfen*, den

„inneren Grund des Schuldvorwurfs“ herauszuarbeiten; von dieser Perspektive aus ließen sich dann auch die zurechnungstheoretischen Probleme angehen. Zu diesem Zweck stellt der Verfasser das Tableau der in der türkischen Dogmatik vertretenen Positionen vor: Sie reichen von rein psychologischen, über psychologisch-normative bis hin zu dezidiert normativen Modellen. Deutlich wird dabei, dass die konzeptionellen Schwierigkeiten vor allem auf das Fehlen einer *personalen Unrechtslehre* zurückzuführen sind, verbunden mit dem Anliegen, Vorsatz und Fahrlässigkeit nicht heimatlos werden zu lassen (S. 74). Gerade aber der offensichtlich „normative Bezugspunkt“ bei der (unbewussten) Fahrlässigkeit zeige, dass ein angemessener Schuldbegriff nicht nur einer „normativen Ergänzung“, sondern einer *normativen Begründung* bedürfe (S. 89 f.). Es gehe dementsprechend, so *Isfen*, um materielle Kriterien, die dem Schuldbegriff inhaltlich Substanz verleihen. In Abgrenzung zu einem systemfunktionalen Schuldbegriff (i.S.v. *Jakobs*) favorisiert der Autor eine normativ-ontologische Theorie der Schuld, insoweit letztere „keine reine Normativität ist, sondern einen Bezugspunkt zur Realität voraussetzt“, weshalb das „personale Substrat des Schuldvorwurfs nur in dem konkret handelnden Täter erblickt werden [kann]“ (S. 97). D.h. seiner Natur nach ist der Schuldbegriff empirisch-normativ (S. 121). Anknüpfungspunkt ist das von *Noll* und *Roxin* übernommene Kriterium der normativen Ansprechbarkeit. Verwiesen wird damit auf die allen Akteuren gemeinsame – empirisch-fassbare – Erfahrung, „dass Normen und Werte bestimmend auf die menschlichen Entscheidungsprozesse wirken können“ und unter normalen Umständen von allen Menschen mit intakter Steuerungsfähigkeit erwartet werden kann, „dass sie sich von den entsprechenden Verhaltensnormen der Rechtsgemeinschaft leiten lassen“ (S. 102). Diese „erfahrungswissenschaftliche Basis“ eröffne wiederum die Möglichkeit, den Täter im Wege einer normativen Setzung als frei und insofern als selbst-bestimmt zu behandeln. Ausschlaggebend, so *Isfen*, ist dabei ein differenziertes Konzept der Verantwortungszuschreibung, wonach es notwendig sei, an das unbestrittene Freiheitsbewusstsein der Menschen, die wechselseitige Zubilligung von Freiheit unter den Mitgliedern der Rechtsgemeinschaft und das Phänomen der Verantwortung als gesellschaftliche Realität anzuknüpfen (S. 128; zur Auseinandersetzung mit kompatibilistischen Theorien, insbesondere den Lesarten des „Anders-Handeln-Könnens“ als Zurechnungserfordernis, vgl. 135 ff.). Diese Matrix der Verantwortungszuschreibung beruhe auf dem bereits von *Kant* herausgearbeiteten Postulat der praktischen Vernunft (S. 123 ff.). Jenes könne nicht nur erklären, warum das Strafrecht als praktisch-vernünftige Disziplin die Frage nach der seinsmäßigen Beschaffenheit des freien Willens offen lassen kann, ohne in jedem Falle dem Vorwurf ausgesetzt zu sein, in unzulässigerweise mit einer Fiktion zu Lasten des Täters zu arbeiten, sondern sich – jedenfalls grundsätzlich – auch gegen den „Neuro-Determinismus“ der modernen Hirnforschung behaupten (vgl. aber die Einschränkungen S. 114 ff.).

Der letzte Abschnitt dieser Arbeit beschäftigt sich dann mit den „praktischen Auswirkungen des Schuldprinzips“ (S. 141 ff.). *Isfen* will hier untersuchen, „welchen Einfluss der Satz ‚Keine Strafe ohne Schuld‘ auf die Gestaltung der strafrechtlichen Normen hat/ haben sollte“ (S. 141).

Die Problematik wird – mit Blick auf die jüngere Entwicklung des türkischen Strafrechts – an Hand von drei Themenbereichen entwickelt: dem Verbotsirrtum (S. 150 ff.), dem Koinzidenzprinzip (S. 173 ff.) sowie dem Konzept der objektiven Verantwortlichkeit (S. 204 ff.). So werden der Verbotsirrtum und dessen aktuelle (der deutschen im Wesentlichen entsprechenden) Regelung des Art. 30 Abs. 4 tStGB vom Autor zutreffend als Probestein der türkischen Gesetzgebung gesehen. Mit Bezug auf *Naucke* kann der Verfasser zeigen, dass eine ausnahmslose und insofern strikte Anwendung des „error iuris nocet“-Grundsatzes dem modernen Selbstverständnis des Staates und den damit verbundenen Normsetzungsstrategien widerspricht. Gerade die „Vermeidbarkeit als Bezugspunkt der Möglichkeit der Normkenntnis“ sei deshalb im Wege einer „kriminalpolitisch orientierte[n] Auslegung“, bezogen auf die individuellen Fähigkeiten sowie die psychologische Verfassung des Täters, zu begrenzen (S. 171 f.). Das Koinzidenzprinzip und die Ausnahmenvorschrift in Art. 34 Abs. 2 tStGB für Straftaten nach „willentlich konsumiertem Alkohol oder Rauschmittel“ diskutiert *Isfen* in rechtsvergleichender Perspektive, vor allem in Hinblick auf § 323a dStGB und die zu § 20 dStGB vertretenen Ausnahmemodelle. Der Verfasser hält die (gesetzlichen) Konzepte für weitestgehend ungeeignet und plädiert für eine restlose Streichung des Art. 34 Abs. 2 tStGB, soweit das nicht durchsetzbar sein sollte, für eine ausdrücklichen Anknüpfung an die Vorhersehbarkeit der späteren Rauschtat, i.S.d. § 18 dStGB (S. 192, 205). Die Arbeit endet mit einer Analyse zur Vereinbarkeit der objektiven Verantwortlichkeit mit dem Schuldgedanken. *Isfen* bestreitet diese zu Recht (S. 208). Die aktuelle Regelung der erfolgsqualifizierten Delikte sei aber deshalb akzeptabel, weil der Gesetzgeber inzwischen den „subjektiven Zusammenhang“ hergestellt und damit dem formellen Schuldprinzip genüge getan habe, wenngleich mit den z.T. hohen Strafandrohungen Probleme „schuldadäquater“ Sanktionierung einhergingen (S. 212 f., 216). Nicht akzeptabel sei dagegen die nach dem türkischen Pressegesetz vorgesehene Verantwortlichkeit für das Verhalten Dritter (sog. Stufen- bzw. Kaskadenhaftung), denn hier würden – jedenfalls in der bestehenden Gesetzesfassung – die schuldrelevanten Zusammenhänge völlig ausgeblendet (S. 226 ff.).

III. Mit seiner Analyse des Schuldprinzips im Strafrecht konnte *Isfen* eindrucksvoll vor Augen führen, wie wichtig eine *kohärente* Begründung staatlicher Freiheitsgewährleistung und entsprechender Sanktionsformen ist, vor allem: dass sich ein modernes wie effektives Strafrecht dieser Aufgabe nicht entziehen kann. Ebenso hat der Autor gezeigt, dass formelle und materielle Begründungsmuster systematischer Schuldzurechnung notwendig aufeinander bezogen sind (oder sein sollten) und dass gerade daran die *Rationalität* gesetzlicher Normierungen gemessen werden kann. Insofern verdient dieses Konzept uneingeschränkte Zustimmung. Einige (kritische) Anmerkungen seinen dennoch erlaubt: Wenn *Isfen* für die Defizite der türkischen Schuldlehre vor allem das Fehlen einer personalen Unrechtslehre verantwortlich macht, so hätte man erwarten können, dass gerade das *personale Element* in seiner Konzeption maßgeblich entwickelt würde. Stattdessen favorisiert er einen normativen Schuldbegriff à la *Roxin*, handelt sich damit aber auch die inzwischen bekannten Probleme ein. Besonders deutlich

wird das bei der Verknüpfung von „normativer Ansprechbarkeit“ und unterstellter Willensfreiheit. Abgesehen davon, dass für den Rezensenten nicht ersichtlich wird, wie der *Hiatus* zwischen der „erfahrungswissenschaftlichen Basis“ und der qua Rechtsordnung zugeschriebenen „Selbstbestimmungskompetenz“ überwunden werden, d.h. wie in dieser Lesart das empirische Argument überhaupt zu einer normativen Aussage berechtigen kann – ohne zirkulär zu werden, fehlt hier jeglicher Bezug zu einem belastbaren *Tat- und Handlungsbegriff*. Auch deshalb haften den Erörterungen nicht selten etwas Uneindeutiges oder Unaufgeklärtes an, so auch, wenn einerseits von einem gemeinschaftlichen Erleben der Freiheit (als praktische Realität), zugleich aber von einem reinen Zuschreibungsakt die Rede ist, der schließlich auf ein situativ vorausgesetztes „Anders-Handeln-Können“ bezogen sei. Wäre es hier nicht stimmiger gewesen, auf die personale Struktur des Rechts als *Raum von Gründen* (Sellars) zu insistieren, dem immer schon die Grenzen der (individuellen) Vernunft eingeschrieben sind? Zeigen lässt sich das auch an den „praktischen Auswirkungen“, beispielhaft am Verbotsirrtum: Auch hier ist das Handeln des Täters auf ein manifestiertes (Un-) Rechtsbewusstsein zu beziehen, das als rechtspraktisches *Interaktionsrelatum* verstanden werden muss und dem – als weiterer Zurechnungsschritt – die Vermeidbarkeitsbestimmung im Sinne einer *selbstverantworteten Praxisorientierung* des Einzelnen zugeordnet ist (dazu Zabel, GA 2008, S. 33 ff.). – Wenn damit die konzeptionellen Differenzen und unterschiedlichen Zugangsweisen angesprochen sind, so ist doch nicht zu bezweifeln, dass der Verfasser Wesentliches zum aktuellen wie rechtsübergreifenden Verständnis schuldrelevanter Fragestellung beigetragen hat. Auch aus diesem Grunde war die Lektüre für den Rezensenten von großem Gewinn.

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

Reinhold Schlothauer/Hans-Joachim Weider. Verteidigung im Revisionsverfahren; C.F. Müller Verlag, 853 Seiten, 118,00 EUR, Heidelberg 2008.

I. Mag auch im gesamten Strafrecht seit etwa 10 - 15 Jahren geradezu eine Flut von Literatur, insbesondere von Lehr- und Handbüchern sowie Kommentaren, zu verzeichnen sein - unter anderem in einem Bereich herrschte fortdauernd Ebbe: Dem des Revisionsrechts. Abgesehen von relativ knapp gehaltenen Skripten, Beiträgen zu Verteidiger-Handbüchern und den Kommentierungen war der interessierte Leser hier im Wesentlichen beschränkt auf das eher kurze, aber aktuelle Lehrbuch von Dachs/Dachs (*Die Revision im Strafprozess*, 7. Aufl. 2008) und das große Lehrbuch von Rainer Hamm, das aber seit mehr als zehn Jahren nicht mehr aktualisiert wurde (*Die Revision in Strafsachen*, zuletzt 6. Aufl. 1998; immerhin ist derzeit eine Neuauflage angekündigt). Diesem Bereich wenden sich nun in der Reihe „Praxis der Strafverteidigung“ Reinhold Schlothauer und Hans-Joachim Weider zu, die in derselben Reihe zusammen bereits ein anderes Werk veröffentlicht haben: *Die „Untersuchungshaft“* (zuletzt 3. Aufl. 2000). Von Reinhold Schlothauer stammt zudem ein weiteres Werk der Reihe,

die „Vorbereitung der Hauptverhandlung“ (zuletzt 2. Aufl. 1998). Zwei Klassiker, gegen die man letztlich nur eines einwenden kann: dass sie nämlich ebenfalls viel zu lange nicht mehr aktualisiert wurden. Da man diesen Mangel dem neuen Werk zur Revisionsverteidigung naturgemäß nicht vorwerfen kann, müssen die Autoren damit rechnen, dass die Leser ihr Werk mit großen Erwartungen aufschlagen werden. Diesen Erwartungen wird das Handbuch, soviel sei vorweg genommen, nur eingeschränkt gerecht.

II. Das neue Werk beginnt mit einer Einleitung (S. 1 - 5), die unmissverständlich mitteilt, dass die Autoren den Anspruch der Reihe erfüllen möchten, nämlich ein Handbuch vorzulegen, in dem sich Revisionsverteidiger in der Praxis möglichst zuverlässig orientieren können. „Navigation“ durch die Materie ist das Schlagwort, das die Autoren dafür verwenden, Vollständigkeit in den Rügen und den Belegen ist hingegen nicht angestrebt (Rn. 4 ff.).

1. Erfreulich ist insoweit grundsätzlich, wenn die Autoren ihr Werk durch die Homepage www.revisionshandbuch.de ergänzen, auf der sie insbesondere aktuelle Gesetzes- und Rechtsprechungsänderungen dokumentieren. Hier ist indes ein kritisches Wort angebracht: der Aufbau der Homepage, auf der lediglich einzelne Aktualisierungen als PDF-Dateien bereitgestellt werden (zurzeit drei), eignet sich nicht für den praktischen Zugriff und wird dem Konzept der „Navigation“ nicht gerecht. Wer die Homepage aufsucht, möchte wissen, ob es zu einer bestimmten Norm oder einem bestimmten Problem Neuigkeiten gibt. Mit dem gegebenen Aufbau der Homepage müssen zur Beantwortung dieser Frage sämtliche Aktualisierungen durchsucht werden. Besser wäre hier eine Paragraphen-Liste oder ein Stichwort-Register (oder beides), über die eventuelle Aktualisierungen verlinkt sind.

2. Wie sehr sich ein Handbuch-Konzept inhaltlich von einem Lehrbuch oder gar Kommentar unterscheidet, wird schon in der Einleitung deutlich. So geht es den Autoren nicht darum, systematisch das Feld der Revisionsverteidigung vollständig zu erschließen, sondern es werden schlicht die Rügemöglichkeiten abgearbeitet, die nach der höchst- und obergerichtlichen Rechtsprechung diskutabel erscheinen oder gar bereits anerkannt wurden (Rn. 5).

a. Vollständigkeit ist dagegen das Ziel bei der Frage, wie eingehend Verfahrensrügen im Hinblick auf § 344 Abs. 2 S. 2 StPO begründet werden müssen (Rn. 6). Hier arbeitet die Rechtsprechung bekanntlich mit dem strengen Obersatz, dass der Revisionsführer, der eine Verletzung des Verfahrensrechts geltend machen wolle, die den Mangel enthaltenden Tatsachen *so vollständig und so genau* angeben müsse, dass das Revisionsgericht *allein* aufgrund der Revisionsbegründung prüfen könne, ob ein Verfahrensfehler vorläge, wenn die behaupteten Tatsachen erwiesen wären (st. Rspr., vgl. aus jüngerer Zeit z.B. BGH NJW 1982, 1655; 1994, 2904, 2907; BGH bei *Kusch* NStZ 1992, 27, 29 f; BGH NStZ 1995, 462; 1999, 45 f; 2002, 216; NStZ-RR 2001, 174, 175). Man muss das Bestreben der Autoren an diesem Punkt als Ausdruck der für den Revisionsverteidiger bestehenden Notwendigkeit anse-

hen, im Interesse des Mandanten den „sichersten Weg“ zu gehen. Zwar kommt es vor, dass Revisionsgerichte großzügig über Mängel in der Begründung von Verfahrensrügen hinwegsehen (besonders eindrucksvoll OLG Nürnberg NStZ-RR 2008, 114), die Regel ist aber doch, dass die Revisionsgerichte jede noch so kleine Lücke im Vortrag der einschlägigen Verfahrenstatsachen nutzen, um die betroffene Verfahrensrüge als unzulässig zurückzuweisen (s. dazu die Nachw. bei Schlothauer/Weider Verteidigung im Revisionsverfahren 2008, Fn. 48; Dallmeyer Beweisführung im Strengbeweisverfahren, 2. Aufl. 2008, S. 101 ff.; eingehend Ritter Die Begründungsanforderungen bei der Erhebung der Verfahrensrüge 2007 m. Bespr. Dallmeyer HRRS 2008, 34 f.).

b. Den „sichersten Weg“ haben die Autoren offenbar auch im Auge bei dem Hinweis, Ausführungen zur Beruhensfrage seien immer erforderlich (Rn. 7). Wer versuchen wollte, Revisionsverteidigung auf der Grundlage von Kommentarliteratur zu führen, würde vielleicht dankbar den von Revisionsrichtern gegebenen Hinweis aufgreifen, die Revisionsbegründung brauche den ursächlichen Zusammenhang zwischen Rechtsfehler und Entscheidung im Allgemeinen nicht ausdrücklich darzulegen, es sei vielmehr grundsätzlich Sache des Revisionsgerichts, die Beruhensfrage von sich aus zu prüfen (z.B. Kuckein in: KK StPO § 344 Rn. 65). Es ist dies zwar die Leitlinie, der die Revisionsgerichte in Entsprechung zum Wortlaut des § 344 Abs. 2 S. 2 StPO zumeist folgen. Für den Revisionsverteidiger kann dies aber nicht der Maßstab sein, weil es auch Entscheidungen gibt, in denen Revisionsgerichte strengere Begründungsanforderungen gestellt haben (Überblick bei Ritter a.a.O., S. 125 ff.).

III. Die aus der Unvorhersehbarkeit der Revisionsrechtsprechung folgende Notwendigkeit, den „sichersten Weg“ zu gehen, ist allenthalben auch in dem der Einleitung folgenden Teil I zu spüren (S. 7 - 43), in dem die Autoren „Allgemeine Grundsätze des Revisionsverfahrens“ vorstellen.

1. Hier wird etwa deutlich, dass die feinsinnige Dogmatik zur Frage der Revisionsbeschränkung, die die Revisionsgerichte entwickelt haben (dazu z.B. Kuckein in: KK StPO § 344 Rn. 4 ff.), für den Revisionsverteidiger - von einer Ausnahme abgesehen (Rn. 36) - keine Bedeutung hat: Revisionsbeschränkungen empfehlen sich in aller Regel nicht, weil der Revisionsverteidiger nie sicher sein kann, ob er nicht einen materiell-rechtlichen Fehler übersehen hat, der das Revisionsgericht zur Urteilsaufhebung in vollem Umfang veranlassen könnte (Rn. 35)!

2. In scharfem Kontrast zu den entsprechenden Erörterungen in der Kommentarliteratur stehen auch die Ausführungen zum Rügeumfang bei Verfahrenshindernissen. Im Kommentar kann man dazu lesen, Staatsanwaltschaft und Gericht - auch das Revisionsgericht - hätten Verfahrenshindernisse in jeder Lage des Verfahrens von Amts wegen zu prüfen und zu beachten (Pfeiffer/Hannich in: KK StPO Einleitung Rn. 134). Die Autoren empfehlen hingegen dringend, auch eventuelle Verfahrenshindernisse zum Gegenstand einer ausgeführten Revisionsbegründung zu machen, weil in der revisionsgerichtlichen Rechtsprechung zunehmend eine Tendenz festzustellen ist, Verfahrenshindernisse nur dann zu prüfen, wenn sie

über eine den Anforderungen des § 344 Abs. 2 S. 2 StPO entsprechende Verfahrensrüge geltend gemacht wurden (Rn. 39, s. auch Rn. 114 f.).

IV. Dem schließt sich der quantitativ gewichtigste Teil II an, der ausgewählten Verfahrensrügen gewidmet ist, zu denen die Autoren auch - dem soeben erwähnten Rügeproblem folgend - Verfahrenshindernisse zählen (S. 45 - 828). Zu insgesamt 275 Rügen werden hier die einschlägigen Fragen behandelt, die der Revisionsverteidiger beachten muss. Im Zentrum der Darstellung steht dabei - mit Recht - jeweils die Frage, was der Revisionsverteidiger vortragen muss, um dem Vollständigkeitsgebot zu genügen, das die Rechtsprechung in § 344 Abs. 2 S. 2 StPO hineinliest (dazu oben II.2.a.). Dabei zeigt sich auf einen genaueren Blick, dass der Leser von dem vorliegenden Handbuch nicht erwarten kann, auch für die zukünftige Rechtsprechung stets zuverlässig über die Substantiierungsanforderungen informiert zu werden. Die hier fehlende Zuverlässigkeit gründet indes nicht in einem Mangel des Werkes, sondern in einem Mangel seines Gegenstandes - nämlich der Unvorhersehbarkeit der Revisionsrechtsprechung. Dies sei exemplarisch an zwei Rügen ausgeführt:

1. Bezüglich der Verletzung des Konfrontationsrechts des Art. 6 Abs. 3 lit. d EMRK (Rüge 101, Rn. 937 ff.) geht die Rechtsprechung davon aus, dass die Unmöglichkeit der Konfrontation des Zeugen nicht in jedem Fall eine Verletzung des Rechts darstellt, sondern dass zu fragen ist, ob das Verfahren in seiner Gesamtheit einschließlich der Art und Weise der Beweiserhebung und -würdigung fair war (s. dazu die Nachw. bei Schlothauer/Weider Verteidigung im Revisionsverfahren 2008, Fn. 1135). Da hier der Verfahrensfehler also gleichsam aus der Gesamtfairness des Verfahrens erwächst, wäre unter dem Vollständigkeitsgebot streng genommen davon auszugehen, dass der Revisionsführer sämtliche Umstände vorzutragen hat, die von Bedeutung sind für die Fairness des gesamten Verfahrens (vgl. Nack in: FS Rieß 2002, S. 373 f.). Da das für die weitaus meisten Verfahren jedoch praktisch unmöglich sein dürfte - zumal unvorhersehbar ist, was die Revisionsgerichte im Einzelfall für fairnessrelevant halten mögen - beschränkt sich die Rechtsprechung bislang darauf, die Mitteilung aller Umstände zu verlangen, die sozusagen unmittelbar mit der Frage zusammenhängen, warum die Konfrontation unterblieben ist und ob bzw. wie seitens des Tatgerichts versucht wurde, dieses Unterbleiben zu kompensieren. Daran orientieren sich auch Schlothauer und Weider in ihrer Darstellung der diesbezüglichen Substantiierungsnotwendigkeiten (Rn. 942).

2. Bezüglich der Verletzung der Belehrungspflicht des § 136 Abs. 1 S. 2 StPO (Rüge 240, Rn. 1861 ff.) geht die Rechtsprechung davon aus, dass die Frage nach dem Eingreifen eines Beweisverwertungsverbots im Wege der Abwägung zu beantworten ist (seit BGHSt 38, 214). Da hier der Verfahrensfehler der unzulässigen Verwertung also gleichsam aus der Abwägung erwächst, wäre unter dem Vollständigkeitsgebot streng genommen davon auszugehen, dass der Revisionsführer sämtliche Umstände vorzutragen hat, die von Bedeutung sind für die Abwägung (dazu schon Dallmeyer in: Heghmanns/Scheffler Handbuch zum Strafverfahren 2008, Kap. II Rn. 401). Da

das für die weitaus meisten Verfahren jedoch ebenfalls praktisch unmöglich sein dürfte - weil auch hier unvorhersehbar ist, was die Revisionsgerichte im Einzelfall für abwägungsrelevant halten mögen - beschränkt sich die Rechtsprechung bislang darauf, neben der vollständigen Darstellung des Verstoßes gegen das Beweiserhebungsverbot des § 136 Abs. 1 S. 2 StPO nur die Mitteilung bestimmter Umstände zu verlangen, die auf der Verwertungsebene relevant sind (insbesondere dass gegen die Verwertung Widerspruch erhoben wurde). Daran orientieren sich auch Schlothauer und Weider wiederum in ihrer Darstellung der diesbezüglichen Substantiierungsnotwendigkeiten (zum Beweiserhebungsverbot Rn. 1864 - 1876, zur Verwertungsebene Rn. 1863 + 1877 - 1883).

Beide Beispiele belegen, dass sich Empfehlungen, die darauf zielen, gleichsam den „sichersten Weg“ zu gehen, für Revisionsverteidiger nicht immer durchhalten lassen. Der „sicherste Weg“ läge bezüglich der beiden Verfahrensfehler darin, umfassend zur Gesamtfairness und zur Abwägung vorzutragen. Dies ist aber - wie gesagt - unmöglich; auch ein Revisionshandbuch kommt hier unvermeidlich an seine Grenzen. Diese Grenzen folgen letztlich daraus, dass § 344 Abs. 2 S. 2 StPO von einer Revisionsrechtsprechung ad absurdum geführt werden würde, die Vollständigkeit im Vortrag verlangen und zugleich mit Topoi wie „Gesamtfairness“ und „Abwägung“ arbeiten würde. Dass die Revisionsrechtsprechung dies bislang - wie gesagt - nicht tut, ist insofern zu begrüßen, aber inkonsequent.

V. Schließlich endet das Werk in Teil III mit einigen Bemerkungen zur Sachrüge (S. 829 - 832), die den Leser höchst unbefriedigt zurück lassen. Es ist nicht nachvollziehbar, wie ein Werk, das die Revisionsverteidigung insgesamt behandeln möchte, nach 784 Seiten für Verfahrensrügen die Sachrügen auf lediglich drei Seiten behandelt - einer (!) Seite zur Beweiswürdigung und zwei Seiten zur Strafzumessung. Speziell die Verteidigung gegen tatrichterliche Beweiswürdigungen ist bekanntlich ein schwieriges Feld und es ist durchaus möglich, die hier gegebenen Probleme in überschaubarem Rahmen abzuhandeln (vgl. z.B. Barton JuS 2007, S. 977 ff.). So bleibt für die zweite Auflage zu wünschen, dass in dem Werk den sachlich-rechtlichen Fragen deutlich mehr Raum eingeräumt wird, zumal die Konkurrenz die Sachrüge nicht vernachlässigt (vgl. Dahs/Dahs a.a.O., S. 178 ff. [immerhin 39 Seiten]).

Dr. **Jens Dallmeyer**, Lehrbeauftragter und Fachanwalt für Strafrecht, Frankfurt am Main

Michael Tsambikakis (Hrsg.): Freiheit, Gesetz und Toleranz. Symposium zum 75. Geburtstag von Prof. Dr. Karl Heinz Kunert. Nomos Verlagsgesellschaft, 97 Seiten, Euro 24,-, ISBN 3-8329-2146-X, Baden-Baden 2006.

Prof. Dr. Karl Heinz Kunert - Ministerialdirektor a.D., Richter am Landgericht Essen und am Oberlandesgericht Hamm, Leiter der Strafrechtsabteilung im Justizministe-

riums NRW, Träger des großen Verdienstkreuzes der Bundesrepublik Deutschland - feierte im Oktober 2005 seinen 75. Geburtstag. Zu seinen Ehren waren die Festlichkeiten in ein Symposium eingebettet, auf dem die verschiedenen Aspekte des Straf- und Strafprozessrechts aus unterschiedlichen Blickwinkeln diskutiert wurden. Im Anschluss erschien die 1. Auflage der Festschrift des Symposiums.

Auf knapp einhundert Seiten machen sechs Referenten einen Streifzug durch die verschiedenen Aspekte des Straf- und des Strafprozessrechts. Mal mehr, mal weniger interessant wird bei der Lektüre auch der breite Rahmen dessen sichtbar, was das Strafrecht an Themen beinhaltet: Es geht von der Strafrechtstheorie, über die Zusammenarbeit der europäischen Staatsanwaltschaften, die Problematik der föderalistischen Gesetzgebung und die strafrechtlichen Aspekte beim Unternehmenskauf bis hin zur Ermittlung der Staatsanwaltschaft im oder parallel zum Hauptverfahren. Die Referenten geben dabei informativ einen Überblick über ihr Spezialgebiet, zeigen Problembereiche auf und stellen ggf. Verbesserungsvorschläge zur Disposition.

Besonders hervorzuheben sind die Beiträge von Prof. Dr. Rolf Dietrich Herzberg und dem Herausgeber, Herrn Rechtsanwalt Michael Tsambikakis. Mit den „Gedanken zur finalen Handlungslehre“ gleich zu Beginn der Festschrift regt Herzberg - für eine juristische Abhandlung äußerst unterhaltsam - den Leser zu philosophischen Höchstleistungen an. Wann ist eine Handlung strafbar? Und ist eine finale Handlung gleich mit einer Absicht (Vorsatz) verbunden, die strafrechtlich relevant ist? Mit dem Ergebnis seines Aufsatzes dementiert er die These der Finalisten, dass „der „finale Handlungswille“ im Vorsatzdelikt mit dem Vorsatz „identisch“ sei.“ Er widerspricht den Finalisten nicht nur, sondern unterstellt ihnen an anderer Stelle auch, neu zur Diskussion gestellte Lehrsätze und Problemlösungen nicht weiter zu beachten bzw. zu bestätigen und sich damit neuen Erkenntnissen und Entwicklungen zu verweigern. Mit diesem mutigen Beitrag hat er erneut eine „Motivation“ in Richtung der Finalisten gegeben, ihre Thesen zu überdenken und ggf. zu überarbeiten.

Tsambikakis stellt sich dagegen dem beruflichen Werk des Jubilars und untersucht die „strafprozessualen Beweisprinzipien im Wechselspiel“ auf ihre Entwicklung seit der Antrittsvorlesung des Jubilars bis heute. Während Kunert noch in seiner Antrittsvorlesung davon sprach, dass der Richter sich für die endgültige rechtliche Entscheidung zunächst eine Kopie des Originals herstellen muss bzw. herstellen lassen muss, ist sich Tsambikakis sicher, dass über 25 Jahre später eine Disbalance zwischen den Beweisprinzipien - Beweiserhebung und Beweiswürdigung - eingetreten ist. So stellt er die Aussage des Jubilars „ein Richter, der sich einfach sagte, ich bin ja schon überzeugt, in meiner Überzeugung lasse ich

mich durch nichts und niemanden erschüttern, würde diesem Bild nicht entsprechen“ auf die Probe. Ist das heute auch noch so? Tsambikakis widerspricht dem und zeigt auf anschauliche Art und Weise die Entwicklung der Beweisprinzipien über die „Zeugen vom Hörensagen“, die Aussage eines einzelnen Belastungszeugen bis hin zu richterlichen Eigenentscheidungen ohne tatsächlich vorliegende Beweislage auf. Und zu guter letzt „gipfelt der heutige Strafprozess oftmals in einem Verfahren, in dem weder Beweise erhoben noch welche gewürdigt werden: Ich spreche vom sog. Deal.“ Tsambikakis zeigt schließlich, dass selbst innerhalb des Strafprozesses unterschiedliche Maßstäbe für die Überzeugungsbildung von Richtern und Sachverständigen gelten. Das Unbehagen hervorrufende Ergebnis: Gerichte stellen an die eigene Überzeugungsbildung geringere Anforderungen an Nachvollziehbarkeit und wissenschaftliche Logik als die von Sachverständigen. Wenn nun an dieser Stelle dem Leser ein „Warum denn das?“ in den Sinn kommt, endet auch der Autor selbst mit zwei Fragen. Dadurch wird der Raum für weitere spannende Diskussionen gegeben und der Ball, vielleicht sogar Richtung Kunert selbst, angestoßen, diese Diskussion weiter zu verfolgen.

Fazit: *Freiheit, Gesetz und Toleranz* – die Festschrift macht dem Strafrechtler Kunert alle Ehre. In seinem gleichnamigen Aufsatz von 1968 sagt er: „Das Strafrecht ist zum Schutze aller guten Bürger da. Es hat den Bestand dessen zu gewährleisten, was sie für schützenswert halten, den Bestand der Ordnung und den Bestand der pluralistischen Daseinsform, in der viele Meinungen ihr Recht suchen. Das Strafgesetz hat nicht die Aufgabe, Sittenrichter zu sein, und es hat auch nicht die Kraft, ethische Überzeugungen zu wecken.“ Die Beiträge machen deutlich, dass Strafrecht und Strafprozessrecht noch immer ein viel diskutiertes Themenfeld darstellt: Die Gesetze erfahren kontinuierlich eine Überarbeitung und Erweiterung, um sich neuen Entwicklungen wie z. B. der Zusammenarbeit auf europäischer und internationaler Ebene, dem Anstieg der Unternehmensaufkäufe aufgrund der fortschreitenden Globalisierung und die Ausweitung der föderalistischen Strukturen anzupassen. Bei der Umsetzung geht die Forderung dahin, den dem Gesetz - wie im Titel des Werkes - vorangestellte freiheitlichen Gedanken nicht aus den Augen zu verlieren.

Mein Fazit: Die Referenten geben erfolgreich einen Überblick und zum Teil dogmatisch tiefen Einblick zu strafrechtlichen und strafprozessualen Entwicklungen von der Theorie bis hin zu Fallbeispielen aus der Praxis. Ein rundum lesenswertes, oft ideenreiches Werk, welches sehr gelungene Denkanstöße gibt.

Rechtsanwalt und Fachanwalt für Strafrecht **Stephan Schneider**, LL.M., Berlin

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.

648. BVerfG 2 BvR 2225/08 – Beschluss vom 2. Juli 2009 (OLG Hamburg, LG Hamburg)

Unverletzlichkeit der Wohnung (Schutz bei Wohngemeinschaften; rechtswidrige Wohnungsdurchsuchung; Verhältnismäßigkeit; Tatverdacht; Zufallsfunde); Recht auf ein faires Verfahren (Verwertbarkeit rechtswidrig erlangter Beweismittel); redaktioneller Hinweis.

Art. 13 GG; Art. 2 Abs. 1, Art. 20 Abs. 3 GG; Art. 6 EMRK; § 102 StPO

649. EGMR Nr. 11364/03 – Urteil vom 9. Juli 2009 (Mooren v. Germany)

Rechtmäßigkeit der Untersuchungshaft (rechtsfehlerhafter Haftbefehl; Recht auf eine zügige Entscheidung über die Rechtmäßigkeit; Bedingungen einer Heilung; Prinzip der Rechtssicherheit: Ausnahmen gegenüber dem Wortlaut einer prozessrechtlichen Norm; willkürliche Zurückweisung der Entscheidung im Rahmen der Beschwerde; abweichendes Sondervotum Rozakis u.a.); Recht auf Akteneinsicht (Waffengleichheit in der Haftprüfung, Haftbeschwerde: Ungenügen einer mündlichen oder schriftlichen Zusammenfassung; Anforderungen an eine Heilung; Gefährdung des Untersuchungserfolges) und Recht auf ein faires Verfahren; Zulässigkeit der Individualbeschwerde (Ausschöpfung nationaler Rechtsbehelfe: Präklusion des Einwandes der Regierung; Effektivität nationaler Rechtsbehelfe; Verlust der Opferstellung).

Art. 5 Abs. 1, Abs. 2, Abs. 4, Abs. 5 EMRK; Art. 6 Abs. 1, Abs. 3 lit. b, lit. c EMRK; Art. 34 EMRK; Art. 35 EMRK; § 147 StPO; § 114 Abs. 2 StPO; § 117 Abs. 1 StPO; § 309 Abs. 2 StPO

650. BVerfG 2 BvR 1119/05 (1. Kammer des Zweiten Senats) – Beschluss vom 9. Juli 2009 (LG Hannover/AG Hannover)

Durchsuchungsbeschluss (Unanwendbarkeit von § 284 StGB vor dem 28. März 2006; Verfassungswidrigkeit des Niedersächsischen Lotterieggesetzes; Oddset-Sportwetten); Prüfung von Europarecht; Anspruch auf effektiven Rechtsschutz (Unterlassen der Prüfung der Anwendbarkeit einer Strafnorm wegen Verstoßes gegen europäisches Recht; Vorrang des Gemeinschaftsrechts); fehlendes Rechtsschutzbedürfnis bei Verfassungsbeschwerde gegen die Beschlagnahmeentscheidung (mangelnde Schwere des Grundrechtseingriffs).

Art. 13 Abs. 1 GG; Art. 13 Abs. 2 GG; Art. 12 Abs. 1 GG; Art. 2 Abs. 1 GG; Art. 14 Abs. 1 GG; Art. 19 Abs. 4 GG; Art. 43 EG; Art. 49 EG § 284 StGB; § 102 StPO; § 105 StPO; § 94 StPO; § 98 StPO

651. BVerfG 2 BvR 1498/05 (1. Kammer des Zweiten Senats) – Beschluss vom 29. Juni 2009 (LG Braunschweig/AG Braunschweig)

Durchsuchungsbeschluss (Unanwendbarkeit von § 284 StGB vor dem 28. März 2006; Verfassungswidrigkeit des Niedersächsischen Lotterieggesetzes; Oddset-Sportwetten); Prüfung von Europarecht.

Art. 13 Abs. 1 GG; Art. 13 Abs. 2 GG; Art. 12 Abs. 1 GG; Art. 2 Abs. 1 GG; § 284 StGB; § 102 StPO; § 105 StPO

1. Zur Verfassungswidrigkeit einer Durchsuchungsanordnung wegen eines Anfangsverdachts der unerlaubten Veranstaltung von Glücksspielen gemäß § 284 StGB i.V.m. dem Niedersächsischen Lotterieggesetz (Oddset-Sportwetten) in der Zeit vor Erlass des Urteils des Bundesverfassungsgerichts vom 28. März 2006 (BVerfGE 115, 276).

2. Das Bundesverfassungsgericht ist zur Entscheidung der Frage, ob eine innerstaatliche Norm des einfachen Rechts mit einer vorrangigen Bestimmung des europäischen Gemeinschaftsrechts unvereinbar und daher nicht anwendbar ist, nicht zuständig; eine Entscheidung über diese Normenkollision ist der umfassenden Prüfungs- und Verwerfungskompetenz der zuständigen Gerichte überlassen (vgl. BVerfGE 31, 145, 174 f.; 82, 159, 191; 115, 276, 299 f.).

652. BVerfG 2 BvR 1499/05 (1. Kammer des Zweiten Senats) – Beschluss vom 29. Juni 2009 (LG Göttingen/AG Göttingen)

Durchsuchungsbeschluss (Unanwendbarkeit von § 284 StGB vor dem 28. März 2006; Verfassungswidrigkeit des Niedersächsischen Lotterieggesetzes; Oddset-Sportwetten); Prüfung von Europarecht; fehlendes Rechtsschutzbedürfnis bei Verfassungsbeschwerde gegen die Beschlagnahmeentscheidung (fehlende Wiederholungsgefahr; Rückgabe; mangelnde Schwere des Grundrechtseingriffs).

Art. 13 Abs. 1 GG; Art. 13 Abs. 2 GG; Art. 12 Abs. 1 GG; Art. 2 Abs. 1 GG; Art. 14 Abs. 1 GG; § 284 StGB; § 102 StPO; § 105 StPO; § 94 StPO; § 98 StPO

1. Zur Verfassungswidrigkeit einer Durchsuchungsanordnung wegen eines Anfangsverdachts der unerlaubten Veranstaltung von Glücksspielen gemäß § 284 StGB i.V.m. dem Niedersächsischen Lotteriegesetz (Oddset-Sportwetten) in der Zeit vor Erlass des Urteils des Bundesverfassungsgerichts vom 28. März 2006 (BVerfGE 115, 276).

2. Das Bundesverfassungsgericht ist zur Entscheidung der Frage, ob eine innerstaatliche Norm des einfachen Rechts mit einer vorrangigen Bestimmung des europäischen Gemeinschaftsrechts unvereinbar und daher nicht anwendbar ist, nicht zuständig; eine Entscheidung über diese Normenkollision ist der umfassenden Prüfungs- und Verwerfungskompetenz der zuständigen Gerichte überlassen (vgl. BVerfGE 31, 145, 174 f.; 82, 159, 191; 115, 276, 299 f.).

3. Die für Durchsuchungen geltenden Maßstäbe zum Fortbestand des Rechtsschutzinteresses nach Erledigung sind auf Maßnahmen, die – wie Beschlagnahmeanordnungen – noch vor ihrer Erledigung gerichtlich überprüft werden können, nicht ohne Weiteres übertragbar (vgl. BVerfGE 1, 65, 66).

653. BVerfG 2 BvR 174/05 (1. Kammer des Zweiten Senats) – Beschluss vom 29. Juni 2009 (LG Memmingen/AG Memmingen)

Durchsuchungsbeschluss (Unanwendbarkeit von § 284 StGB vor dem 28. März 2006; Verfassungswidrigkeit des Gesetzes über die vom Freistaat Bayern veranstalteten Lotterien und Wetten; Oddset-Sportwetten); Prüfung von Europarecht.

Art. 13 Abs. 1 GG; Art. 13 Abs. 2 GG; Art. 12 Abs. 1 GG; Art. 2 Abs. 1 GG; § 284 StGB; § 102 StPO; § 105 StPO

1. Zur Verfassungswidrigkeit einer Durchsuchungsanordnung wegen eines Anfangsverdachts der unerlaubten Veranstaltung von Glücksspielen gemäß § 284 StGB i.V.m. dem bayerischen Staatslotteriegesetz (Oddset-Sportwetten) in der Zeit vor Erlass des Urteils des Bundesverfassungsgerichts vom 28. März 2006 (BVerfGE 115, 276).

2. Das Bundesverfassungsgericht ist zur Entscheidung der Frage, ob eine innerstaatliche Norm des einfachen Rechts mit einer vorrangigen Bestimmung des europäischen Gemeinschaftsrechts unvereinbar und daher nicht anwendbar ist, nicht zuständig; eine Entscheidung über diese Normenkollision ist der umfassenden Prüfungs- und Verwerfungskompetenz der zuständigen Gerichte überlassen (vgl. BVerfGE 31, 145, 174 f.; 82, 159, 191; 115, 276, 299 f.).

654. BVerfG 2 BvR 2186/07 (3. Kammer des Zweiten Senats) – Beschluss vom 27. Juli 2009 (OLG Saarbrücken/LG Saarbrücken)

Briefüberwachung in der Untersuchungshaft (freie Entfaltung der Persönlichkeit; Beleidigung; Vertrauenssphäre;

keine Beschränkung auf familiäre Kontakte; Verzicht auf Vertraulichkeit).

Art. 2 Abs. 1 GG; Art. 1 Abs. 1 GG; Art. 5 Abs. 1 S. 1 GG; § 119 Abs. 3 StPO; § 185 StGB; § 186 StGB; § 193 StGB

655. BVerfG 2 BvR 2211/05 (1. Kammer des Zweiten Senats) – Beschluss vom 29. Juni 2009 (LG Braunschweig/AG Braunschweig)

Durchsuchungsbeschluss (Unanwendbarkeit von § 284 StGB vor dem 28. März 2006; Verfassungswidrigkeit des Niedersächsischen Lotteriegesetzes; Oddset-Sportwetten); Prüfung von Europarecht.

Art. 13 Abs. 1 GG; Art. 13 Abs. 2 GG; Art. 12 Abs. 1 GG; Art. 2 Abs. 1 GG; § 284 StGB; § 102 StPO; § 105 StPO

1. Zur Verfassungswidrigkeit einer Durchsuchungsanordnung wegen eines Anfangsverdachts der unerlaubten Veranstaltung von Glücksspielen gemäß § 284 StGB i.V.m. dem Niedersächsischen Lotteriegesetz (Oddset-Sportwetten) in der Zeit vor Erlass des Urteils des Bundesverfassungsgerichts vom 28. März 2006 (BVerfGE 115, 276).

2. Das Bundesverfassungsgericht ist zur Entscheidung der Frage, ob eine innerstaatliche Norm des einfachen Rechts mit einer vorrangigen Bestimmung des europäischen Gemeinschaftsrechts unvereinbar und daher nicht anwendbar ist, nicht zuständig; eine Entscheidung über diese Normenkollision ist der umfassenden Prüfungs- und Verwerfungskompetenz der zuständigen Gerichte überlassen (vgl. BVerfGE 31, 145, 174 f.; 82, 159, 191; 115, 276, 299 f.).

656. BVerfG 2 BvR 542/09 (2. Kammer des Zweiten Senats) – Beschluss vom 23. Juli 2009 (BGH)

Einstweilige Anordnung; Bestimmtheitsgebot (Anwendung auf Blanketttatbestände; Auslegung von § 6a UStG; keine steuerfreie innergemeinschaftliche Lieferung bei kollusiver Vortäuschung einer Lieferung an einen Zwischenhändler; BGH 1 StR 354/08).

Art. 103 Abs. 2 GG; § 32 BVerfGG; § 6a UStG; § 370 Abs. 1 Nr. 1 AO

657. BVerfG 2 BvR 703/09 (3. Kammer des Zweiten Senats) – Beschluss vom 6. Juli 2009 (OLG Frankfurt am Main/LG Marburg)

Anspruch auf faires Verfahren (Voraussetzungen für eine notwendige Verteidigung im Verfahren der jährlichen Überprüfung der Unterbringung in einem psychiatrischen Krankenhaus).

Art. 20 Abs. 3 GG; Art. 2 Abs. 1 GG; § 463 StPO; § 67d Abs. 2, § 67e Abs. 2 StGB

658. BGH 3 StR 131/09 - Beschluss vom 2. Juli 2009 (LG Dresden)

Maßstab der Prüfung durch das Revisionsgericht (Urteilsgründe; verwiesene Abbildungen); sukzessive Mittäterschaft (abgeschlossenes Tatgeschehen; Schadenszurechnung beim Betrug).

§ 263 StGB; § 337 StPO; § 267 Abs. 1 Satz 3 StPO; § 25 Abs. 2 StGB

659. BGH 3 StR 132/09 - Beschluss vom 7. Juli 2009 (LG Duisburg)

Schwerer Menschenhandel (Anwerben); Gewerbsmäßigkeit (besonderes persönliches Merkmal); Zuhälterei.
§ 232 StGB; § 181 Abs. 1 StGB a.F.; § 28 Abs. 2 StGB; § 181a StGB

660. BGH 3 StR 133/09 - Beschluss vom 14. Juli 2009 (LG Lüneburg)

Unerlaubter Besitz von Munition; unerlaubtes Führen einer Schusswaffe (Strafzumessung).
§ 46 StGB; § 52 WaffG; § 2 WaffG

661. BGH 3 StR 137/09 - Beschluss vom 7. Juli 2009 (LG Stade)

Teilweise Einstellung des Verfahrens (Verjährung).
§ 154 StPO; § 78 StGB

662. BGH 3 StR 24/06 - Beschluss vom 13. Januar 2009 (LG Oldenburg)

Wiedereinsetzung in den vorigen Stand (Nachholung der versäumten Handlung); Durchbrechung der Rechtskraft.
§ 44 StPO; § 45 StPO; § 349 StPO

663. BGH 3 StR 6/09 - Beschluss vom 16. Juni 2009 (LG Oldenburg)

Unerlaubtes Handeltreiben mit Betäubungsmitteln (einheitliche Rauschgiftmenge; Tateinheit); Prüfung der Wertbarkeit von Erkenntnissen aus einer Durchsuchung (kein Vorrang des unmittelbar gegen die Durchsuchung gerichteten Rechtsschutzes).
§ 29a BtMG; § 98 Abs. 2 StPO; § 52 StGB; § 53 StGB

664. BGH 3 StR 77/09 - Beschluss vom 15. Juni 2009 (LG München)

Teilweise Einstellung des Verfahrens; Widerspruchsfreiheit der Feststellungen; Strafzumessung (Doppelverwertungsverbot); Gesamtstrafenbildung (Begründungsanforderungen).
§ 154 StPO; § 261 StPO; § 46 Abs. 3 StGB; § 55 StGB; § 267 StPO

665. BGH 3 StR 89/09 - Urteil vom 18. Juni 2009 (LG Hannover)

Gesetzlicher Richter; Besetzung der Großen Strafkammer; Zweierbesetzung; Dreierbesetzung; unzulässige Beschränkung der Verteidigung in einem für die Entscheidung wesentlichen Punkt (Verletzung des Akteneinsichtsrechts; effektive Verteidigung; faires Verfahren); Beschränkung der Revision (Angriff gegen die Entscheidung über die Kompensation einer rechtsstaatswidrigen Verfahrensverzögerung); Berechnung der Dauer einer rechtsstaatswidrigen Verfahrensverzögerung; redaktioneller Hinweis.
Art. 101 Abs. 1 Satz 2 GG; § 76 Abs. 2 GVG; § 338 Nr. 3 StPO; § 338 Nr. 8 StPO; § 147 StPO; Art. 6 Abs. 1 Satz 1 EMRK; Art. 2 Abs. 1 GG; Art. 20 Abs. 3 GG; Art. 5 Abs. 3 EMRK

666. BGH 3 StR 147/09 - Urteil vom 18. Juni 2009 (LG Duisburg)

Offensichtlich unbegründete Revision der Staatsanwaltschaft (Urteil).
§ 349 Abs. 2 StPO; § 349 Abs. 5 StPO

667. BGH 3 StR 171/09 - Urteil vom 18. Juni 2009 (LG Aurich)

Unerlaubtes Handeltreiben mit Betäubungsmitteln (Aufklärungshilfe); Verfall des Wertersatzes; Strafzumessung (Maßstab revisionsgerichtlicher Nachprüfung); Gesamtstrafenbildung (Serienstraftaten; Begründungsanforderungen).
§ 29a BtMG; § 31 BtMG; § 73 StGB; § 73a StGB; § 46 StGB; § 337 StPO; § 54 StGB

668. BGH 3 StR 192/09 - Beschluss vom 2. Juli 2009 (LG Mönchengladbach)

Verfall (Berechnung des Verfallsbetrages).
§ 73 StGB

669. BGH 3 StR 194/09 - Beschluss vom 18. Juni 2009 (LG Kiel)

Nötigung (Vollendung); räuberische Erpressung (Nötigungselement); Versuch.
§ 240 StGB; § 253 StGB; § 255 StGB; 22 StGB; § 23 StGB; § 265 StPO

670. BGH 3 StR 197/09 - Beschluss vom 7. Juli 2009 (LG Verden)

Letztes Wort des Erziehungsberechtigten (Volljährigkeit).
§ 67 Abs. 1 JGG; § 258 StPO

671. BGH 3 StR 204/09 - Beschluss vom 7. Juli 2009 (LG Mönchengladbach)

Mord mit gemeingefährlichen Mitteln (Unterlassen); Heimtücke.
§ 211 StGB; § 13 StGB

672. BGH 3 StR 206/09 - Urteil vom 16. Juli 2009 (LG Lübeck)

Unbegründete Revision; befremdliche Revision der Staatsanwaltschaft.
§ 349 Abs. 2 StPO; Nr. 147 RiStBV

673. BGH 3 StR 206/09 - Beschluss vom 16. Juli 2009 (LG Lübeck)

Sicherungsverwahrung (Hang bei verschiedene Rechtsgüter betreffenden Vortaten; Symptomcharakter einer Vortat).
§ 66 StGB; § 261 StPO

674. BGH 3 StR 211/09 - Beschluss vom 16. Juli 2009 (LG Kiel)

Urteilsabsetzungsfrist.
§ 275 StPO; § 338 Nr. 7 StPO

675. BGH 3 StR 214/09 - Beschluss vom 2. Juli 2009 (LG Verden)

Totschlag (Kindstötung; minder schwerer Fall; Doppelverwertungsverbot; Fehlen von Milderungsgründen); Unterlassen (Schwerpunkt der Vorwerfbarkeit); Rechtsfolgenentscheidung des Revisionsgerichts.
§ 212 StGB; § 213 StGB; § 13 StGB; § 354 Abs. 1a StPO

676. BGH 3 StR 217/09 - Beschluss vom 16. Juni 2009 (LG Düsseldorf)

Betrug (Banden- und Gewerbsmäßigkeit); Verjährung.
§ 263 Abs. 5 StGB; § 78 Abs. 3 Nr. 3 StGB

677. BGH 3 StR 218/09 - Beschluss vom 4. Juni 2009 (LG Lübeck)

Unzulässige Revision der Nebenklage (fehlende Angabe eines zulässigen Rechtsmittelziels).
§ 400 StPO; § 349 Abs. 1 StPO

678. BGH 3 StR 219/09 - Beschluss vom 2. Juli 2009 (LG Hannover)

Unzulässige Revision der Nebenklage (Beschwer).
§ 400 Abs. 1, § 395 Abs. 1 StPO

679. BGH 3 StR 219/09 - Beschluss vom 2. Juli 2009 (LG Hannover)

Aufklärungspflicht (Vernehmung eines Zeugen); Aufklärungsrüge (Begründungsanforderungen; Darlegungsvoraussetzungen); Verfallsanordnung (Feststellung des Entgegenstehens von Ansprüchen Verletzter; Auffangrechtserwerb; keine Rückwirkung).
§ 244 Abs. 2 StPO; § 344 Abs. 2 Satz 2 StPO; § 73 StGB; § 73a StGB; § 111i Abs. 2 StPO; § 2 StGB

680. BGH 3 StR 223/09 - Beschluss vom 7. Juli 2009 (LG Hannover)

Sexuelle Nötigung (schutzlose Lage).
§ 177 Abs. 1 Nr. 3 StGB

681. BGH 3 StR 241/09 - Beschluss vom 2. Juli 2009 (LG Krefeld)

Unbegründete Revision; Klarstellung.
§ 349 Abs. 2 StPO

682. BGH 3 StR 242/09 - Beschluss vom 7. Juli 2009 (LG Stuttgart)

Rechtsfehlerhafte Ablehnung eines Beweisantrages (Beruhen); Strafzumessung (Gleichbehandlung verschiedener Angeklagter in unterschiedlichen Verfahren); Wiedereinbeziehung ausgeschiedener Teile einer Tat.
§ 244 Abs. 3 StPO; § 46 StGB; § 154a Abs. 3 StPO; § 338 Nr. 8 StPO

683. BGH 3 StR 245/09 - Beschluss vom 9. Juli 2009 (LG Wuppertal)

Anrechnung in Spanien erlittener Auslieferungshaft (Verhältnis 1:1).
§ 51 Abs. 4 Satz 2 StGB

684. BGH 3 StR 251/09 - Beschluss vom 2. Juli 2009 (LG Oldenburg)

Gesamtstrafenbildung (Serienstraftaten); strafschärfende Berücksichtigung nicht abgeurteilter Taten (prozessordnungsmäßige Feststellung).
§ 54 StGB; § 46 StPO; § 261 StPO

685. BGH 3 StR 259/09 - Beschluss vom 14. Juli 2009 (LG Aurich)

Beweiswürdigung (mögliche Schlüsse; bloße Vermutungen; Zweifelssatz).
§ 261 StPO

686. BGH 3 StR 262/08 - Urteil vom 21. August 2008 (LG Hannover)

Urteilsgründe (Freispruch); Beweiswürdigung (lückenhafte; widersprüchliche; fehlende Gesamtschau von Indiztatsachen).

§ 261 StPO; § 267 Abs. 5 StPO

687. BGH 3 StR 268/09 - Beschluss vom 28. Juli 2009 (LG Oldenburg)

Unbegründete Revision; Tenorkorrektur.
§ 349 Abs. 2 StPO

688. BGH 3 StR 276/09 - Beschluss vom 14. Juli 2009 (LG Hannover)

Schwere Brandstiftung; Vorsatz (Beweiswürdigung).
§ 306a StGB; § 15 StGB; § 261 StPO

689. BGH 3 StR 288/09 - Beschluss vom 28. Juli 2009 (LG Lübeck)

Unerlaubtes Handeltreiben mit Betäubungsmitteln (Sperrwirkung der Strafraumenuntergrenze).
§ 29a BtMG; § 30a BtMG

690. BGH 3 StR 297/08 - Beschluss vom 19. August 2008 (LG Kiel)

Unterbringung in einer Entziehungsanstalt (zwingende Prüfung bei Naheliegen eines tatorsächlichen Hangs).
§ 64 StGB

691. BGH 3 StR 305/08 - Beschluss vom 21. Oktober 2008 (LG Krefeld)

Rechtsfehlerhafte Ablehnung eines Beweisantrages (Beruhen).
§ 244 Abs. 3 StPO; § 338 Nr. 8 StPO

692. BGH 3 StR 326/08 - Beschluss vom 28. August 2008 (LG Flensburg)

Strafzumessung (Doppelverwertungsverbot).
§ 46 Abs. 3 StGB

693. BGH 3 StR 396/08 - Beschluss vom 2. Oktober 2008 (LG Wuppertal)

Teilweise Einstellung des Verfahrens.
§ 154 StPO

694. BGH 3 StR 490/08 - Beschluss vom 17. Februar 2009 (LG Düsseldorf)

Urteilsgründe (Trennung von Feststellungen und Beweiswürdigung; keine Dokumentation der Beweisaufnahme); Beweiswürdigung (Selbstbelastungsfreiheit; fehlende Berufung auf entlastenden Umstand).
§ 261 StPO; § 267 Abs. 3 StPO

695. BGH 3 StR 551/08 - Beschluss vom 19. Februar 2009 (LG Krefeld)

Teilweise Einstellung des Verfahrens; Aufhebung der Gesamtfreiheitsstrafe.
§ 154 StPO; § 349 Abs. 4 StPO

696. BGH 3 StR 568/08 - Urteil vom 12. März 2009 (LG Wuppertal)

Freispruch (Beweiswürdigung; Maßstab der revisionsgerichtlichen Kontrolle).
§ 267 Abs. 5 StPO; § 337 StPO

697. BGH 3 StR 569/08 - Beschluss vom 12. Februar 2009 (LG Mönchengladbach)

Vorwegvollzug (Bemessung); Halbstrafenzeitpunkt.
§ 67 StGB

698. BGH 3 StR 577/08 - Beschluss vom 20. Januar 2009 (LG Flensburg)

Teilweise Einstellung des Verfahrens; nachträgliche Bildung der Gesamtstrafe (Beschwer; Wegfall der Strafaussetzung zur Bewährung).

§ 154 StPO; § 56 StGB

699. BGH 5 AR (VS) 10/09 - Beschluss vom 23. Juni 2009 (OLG Karlsruhe)

BGHSt; Zuständigkeit; Abwendung der Vollstreckung von Ersatzfreiheitsstrafe durch gemeinnützige Arbeit; landesrechtliche Ausgestaltung; keine bundeseinheitliche Entscheidung zum Rechtsweg.

§ 459h StPO; § 23 EGGVG; § 458 Abs. 2 StPO; § 459e StPO; § 29 EGGVG

700. BGH 5 StR 141/09 - Beschluss vom 25. Juni 2009 (LG Leipzig)

Einschränkung des Notwehrrechts (Notwehrprovokation; Zusammenhang zwischen Provokation und abgewehrtem Angriff); Erforderlichkeit der Notwehrhandlung.

§ 32 StGB

701. BGH 5 StR 149/09 - Urteil vom 23. Juni 2009 (LG Braunschweig)

BGHSt; Unterbringung in einem psychiatrischen Krankenhaus; nachträgliche Bildung der Gesamtstrafe; Brandstiftung (Vorsatz).

§ 55 StGB; § 63 StGB; § 306a StGB

702. BGH 5 StR 168/09 - Beschluss vom 22. Juni 2009 (LG Berlin)

Sexueller Missbrauch von Kindern (Streicheln an den Oberschenkeln; äußere Erheblichkeit).

§ 184g StGB; § 176 StGB

703. BGH 5 StR 174/09 - Beschluss vom 25. Juni 2009 (LG Chemnitz)

Totschlag; erheblich verminderte Schuldfähigkeit (Gesamtschau der Persönlichkeit sowie der Tatumstände; Affekt; planvolles Handeln).

§ 21 StGB; § 212 StGB

704. BGH 5 StR 181/09 - Beschluss vom 24. Juni 2009 (LG Berlin)

Unzulässige Beschränkung der Verteidigung in einem wesentlichen Punkt (Versagung hinreichender Terminvorbereitung; Ablehnung eines Aussetzungsantrags; Ablehnung einer Unterbrechung der Hauptverhandlung); Anspruch auf konkrete und wirksame Verteidigung (genügende Vorbereitung der Hauptverhandlung); Terminverlegungsantrag; kompromissbereiter Verteidiger.

§ 338 Nr. 8 StPO; Art. 6 Abs. 3 lit. c EMRK; Art. 20 Abs. 3 GG; Art. 2 Abs. 1 GG

705. BGH 5 StR 84/09 - Beschluss vom 16. Juli 2009 (LG Bremen)

Beweiswürdigung (Aussage gegen Aussage; besondere Anforderungen).

§ 261 StPO

706. BGH 5 StR 182/09 - Beschluss vom 23. Juni 2009 (LG Berlin)

Mord (Heimtücke, Drosselung); Beweiswürdigung (Lückenhaftigkeit; Widersprüchlichkeit).

§ 211 StGB; § 261 StPO

707. BGH 5 StR 189/09 - Urteil vom 23. Juni 2009 (LG Berlin)

Sexueller Missbrauch von Kindern (Strafzumessung; kriminelle Energie; Nachtatverhalten); Gesamtstrafenbildung (straffe Zusammenziehung ohne engen situativen Kontext); Strafaussetzung zur Bewährung.

§ 46 StGB; § 54 StGB; § 176 StGB; § 56 StGB

708. BGH 5 StR 195/09 - Urteil vom 23. Juni 2009 (LG Berlin)

Besonders schwerer Raub; gefährliche Körperverletzung (Zurechnung einer das Leben gefährdenden Behandlung eines Mittäters); Beweiswürdigung; Strafzumessung; Härteausgleich.

§ 250 StGB; § 224 StGB; § 261 StPO; § 46 StGB; § 55 StGB

709. BGH 5 StR 204/09 - Beschluss vom 7. Juli 2009 (LG Göttingen)

Strafzumessung (strafscharfende Berücksichtigung des Verdachts von Straftaten im Kindesalter; ambivalentes Verhalten des Opfers einer Sexualstraftat; Absehen von der Regelwirkung der Vergewaltigung).

§ 19 StGB; § 46 StGB; § 177 Abs. 2 StGB

710. BGH 5 StR 206/09 - Beschluss vom 24. Juni 2009 (LG Hamburg)

Diebstahl (Alleingewahrsam eines Angestellten am Inhalt eines Tresors des Arbeitgebers); Schuldfähigkeit (Beweiswürdigung; Trinkmengenberechnung; Hinzuziehung eines Sachverständigen).

§ 242 StGB; § 21 StGB; § 246 StPO; § 261 StPO; § 244 Abs. 2 StPO

711. BGH 5 StR 215/09 - Beschluss vom 25. Juni 2009 (LG Berlin)

Unzulässige Revision.

§ 349 Abs. 1 StPO

712. BGH 5 StR 217/09 - Beschluss vom 8. Juli 2009 (LG Berlin)

Strafzumessung; nachträgliche Bildung der Gesamtstrafe; Härteausgleich infolge Vorwegvollzugs einer nicht gesamtstrafenfähigen Freiheitsstrafe (Bezifferung der eigentlich verwirkten Strafe).

§ 46 StGB; § 55 StGB

713. BGH 5 StR 219/09 - Beschluss vom 8. Juli 2009 (LG Leipzig)

Strafzumessung (Versagung einer Strafrahmenverschiebung).

§ 250 Abs. 3 StGB; § 46 StGB

714. BGH 5 StR 225/09 - Beschluss vom 9. Juli 2009 (LG Berlin)

Beweiswürdigung (kindliche Belastungszeugin; Gründe von Gewicht für die Glaubhaftigkeit außerhalb der Aussage; Denkfehler).

§ 261 StPO

715. BGH 5 StR 234/09 - Beschluss vom 17. Juli 2009 (LG Hamburg)

Unbegründete Revision; Tenorkorrektur.
§ 349 Abs. 2 StPO

716. BGH 5 StR 239/09 - Beschluss vom 9. Juli 2009 (LG Hamburg)

Teilweise Einstellung des Verfahrens; Absehen von der Verfolgung; Herabsetzung der Gesamtfreiheitsstrafe.
§ 154 StPO; § 154a StPO; § 354a Abs. 1a StPO

717. BGH 5 StR 263/08 - Urteil vom 9. Juli 2009 (LG Hamburg)

BGHSt; Amtsträger; Bestechlichkeit; Befangenheitsgesuch wegen Fristsetzung zur Stellung weiterer Beweisanträge (Präklusion; gesetzlicher Richter; Ankündigung einer überschießend offensiven Verteidigung); Recht auf ein faires Verfahren (Beeinträchtigung der effektiven Verteidigung); Behörde; sonstige Stelle; Bestellung zur Wahrnehmung von Aufgaben der öffentlichen Verwaltung; rechtsfehlerhafte Strafzumessung (Abwertung des Angeklagten jenseits des festgestellten Tatunrechts); Verschleppungsabsicht; Pflichtwidrigkeit (Ermessensentscheidung); Herausgabe von Bestechungslohn; Untreue (Kick-Back; Expektanz; Vermögensnachteil trotz unterlassener aber gebotener Schätzung der konkreten Höhe); redaktioneller Hinweis.

§ 11 Abs. 2 StGB; § 24 StPO; § 338 Nr. 3 StPO; § 332 StGB; § 81 Abs. 2 Satz 4 VAG; § 46 StGB; § 338 Nr. 8 StPO; § 244 Abs. 3 StPO; § 246 Abs. 1 StPO; § 15 StGB; § 16 Abs. 1 Satz 1 StGB

718. BGH 5 StR 394/08 - Urteil vom 17. Juli 2009 (LG Berlin)

BGHSt; Berliner Stadtreinigung; BSR; Betrug durch Unterlassen (Irrtumsbegriff); Garantienstellung (Ingerenz; Übernahme eines Pflichtenkreises; Dienstvertrag; Corporate Compliance; Obhutspflichten); Untreue (mittelbare Nachteil durch Ersatzansprüche und Prozesskosten); Beihilfe; Bezugspunkt des Verbotsirrtums.

§ 13 StGB; § 263 StGB; § 266 StGB; § 27 StGB; § 17 StGB

719. BGH 5 StR 460/08 - Beschluss vom 10. März 2009

Anfrageverfahren; Abwesenheit des Angeklagten bei der Verhandlung über die Entlassung eines Zeugen; Präklusion (Beanstandung; Zwischenrechtsbehelf); Begriff der Vernehmung; Konfrontationsrecht.

§ 247 StPO; § 338 Nr. 5 StPO; § 132 Abs. 2 und 3 GVG; § 238 Abs. 2 StPO; § 171a GVG; § 172 GVG; Art. 6 Abs. 3 lit. d EMRK

720. BGH 5 StR 530/08 - Beschluss vom 10. März 2009

Anfrageverfahren; Ausschluss des Angeklagten; Begriff der Vernehmung; Augenscheinseinnahme; Unterrichtung des Angeklagten; Vorzeigen des Augenscheinsobjekts; Heilung; Protokollierung (wesentliche Förmlichkeit).

§ 132 Abs. 2 und 3 GVG; § 247 StPO; § 338 Nr. 5 StPO; § 273 StPO

721. BGH 5 StR 600/07 - Urteil vom 9. Juli 2009 (LG Hamburg)

Bestechung; Beihilfe zur Untreue; widersprüchliche Strafzumessung.

§ 334 StGB; § 266 StGB; § 46 StGB

722. BGH 5 ARs 3/09 - Beschluss vom 11. März 2009

Anfrageverfahren; bei fiktiver Aburteilung im Inland gesamtstrafenfähige Verurteilungen im In- und Ausland (Härteausgleich; bestimmende Berücksichtigung des Gesamtstrafübels bei der inländischen Strafzumessung); Schuldprinzip.

§ 55 StGB; § 46 StGB; § 250 StGB; § 132 Abs. 2 und 3 GVG; Art. 54 SDÜ; Art. 20 Abs. 3 GG; Art. 2 Abs. 1 GG

723. BGH 1 StR 150/09 - Beschluss vom 8. Juli 2009 (LG Landshut)

Vorenthalten und Veruntreuen von Arbeitsentgelt („Spesenzahlungen“ als sozialversicherungspflichtiges Entgelt; Schätzung und Feststellung der Schätzungsgrundlagen); unzulässiger Wiedereinsatzantrag.

§ 266a StGB; § 45 Abs. 1 StPO

724. BGH 1 StR 191/09 - Urteil vom 23. Juni 2009 (LG Konstanz)

Beweiswürdigung und Anforderungen an den bedingten Vorsatz (Eventualvorsatz; gefährliche Gewalthandlungen; Indizien der hochgradigen Alkoholisierung, des Nachtatverhaltens und eines vorherigen allgemeinen „wut- und aggressionsbedingten Erregungszustandes“).

§ 15 StGB; § 212 StGB; § 261 StPO

725. BGH 1 StR 201/09 - Beschluss vom 24. Juni 2009 (LG Stuttgart)

Rechtsbeugung durch Verletzung von Verfahrensvorschriften (Einschränkung auf den Rechtsbruch; systematischer Verzicht auf die persönliche Anhörung in Betreuungssachen zur „Freizeitoptimierung“ bei freiheitsentziehenden Maßnahmen; Abgrenzung von Tun und Unterlassen).

§ 339 StGB; § 1906 Abs. 1 bzw. Abs. 4 BGB; § 70c FGG; § 13 StGB

726. BGH 1 StR 212/09 - Beschluss vom 17. Juni 2009 (LG Nürnberg)

Verwerfung der Revision als unbegründet.

§ 349 Abs. 2 StPO

727. BGH 1 StR 214/09 - Beschluss vom 8. Juli 2009 (LG Saarbrücken)

Konkurrenzen bei der Steuerhinterziehung durch Erfindung von Steuerpflichtigen und Erstattungsansprüchen (Beurteilungsspielraum; natürliche Handlungseinheit); Untreue durch Finanzbeamte.

§ 370 AO; § 266 StGB; § 53 StGB

728. BGH 1 StR 41/09 - Beschluss vom 7. Juli 2009

Vorlage zur Vorabentscheidung durch den EuGH (richtlinienkonforme Auslegung); Behandlung von Umsatzsteuerkarussellen (steuerfreie innergemeinschaftliche Lieferung; tatsächliche Lieferung; Differenz-Besteuerung; gezielter Missbrauch gemeinschaftsrechtlicher Regeln; gemeinsamer Binnenmarkt); Steuerhinterziehung; Bestimmtheitsgrundsatz.

Art. 103 Abs. 2 GG; Art. 234 Abs. 3 EG; Art. 28c Teil A Buchstabe a der Sechsten Richtlinie 77/388/ EWG des Rates zur Harmonisierung der Rechtsvorschriften der Mitgliedstaaten über die Umsatzsteuern; § 6a UStG; § 25a UStG; § 370 AO

729. BGH 1 StR 45/09 - Beschluss vom 8. Juli 2009 (LG Landshut)

Unbegründete Anhörungsrüge.
§ 356a StPO

730. BGH 1 StR 99/09 - Beschluss vom 27. Mai 2009 (LG Augsburg)

BGHR; zur Leitungs- und Kontrollbefugnis der Staatsanwaltschaft im Ermittlungsverfahren insbesondere bei Tötungsdelikten (Beweisverwertungsverbote im Ermittlungsverfahren; Vorwirkung oder Frühwirkung); Gebot der qualifizierten Belehrung nach Verstößen gegen die Belehrungspflicht.
§ 161 Abs. 1 Satz 2 StPO; § 152 Abs. 1 GVG; § 136 Abs. 1 StPO; § 163a Abs. 4 Satz 2 StPO

731. BGH 1 StR 216/09 - Urteil vom 24. Juni 2009 (LG Regensburg)

Entkräftung der Regelwirkung der Vergewaltigung für die Annahme eines besonders schweren Falls der sexuellen Nötigung.
§ 177 Abs. 1, Abs. 2 Satz 2 Nr. 1 StGB

732. BGH 1 StR 218/09 - Beschluss vom 27. Mai 2009 (LG Landshut)

Rechtsfehlerhaft wegen völliger Ungeeignetheit abgelehnter Beweisantrag (Erinnerungsfähigkeit des Zeugen; Begriff des Beweisantrages: konkrete Beweistatsache, Verbescheidungspflicht).
§ 244 Abs. 3, Abs. 6 StPO

733. BGH 1 StR 229/09 - Beschluss vom 24. Juni 2009 (LG Mannheim)

Hinterziehung von Umsatzsteuer, Körperschaftsteuer, Gewerbesteuer und Einkommensteuer durch Scheinrechnungen (Vorspiegelung tatsächlich nicht vorhandener Betriebsausgaben); Verschleierung verdeckter Gewinnausschüttungen); Berechnungsdarstellung bei der Beihilfe (Erfassung der individuellen Tatschuld); Verfolgungsverjährung (Verjährungsunterbrechung).
§ 370 AO; § 27 StGB; § 78 StGB; § 78c StGB

734. BGH 1 StR 232/09 - Beschluss vom 17. Juni 2009 (LG Augsburg)

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

735. BGH 1 StR 237/09 - Beschluss vom 18. Juni 2009 (LG Augsburg)

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

736. BGH 1 StR 241/09 - Beschluss vom 17. Juni 2009 (LG München I)

Konkurrenzen zwischen der gefährlichen Körperverletzung in der Qualifikationsform der lebensgefährdenden Behandlung und der verursachten schweren Körperverletzung.

§ 224 Abs. 1 Nr. 5 StGB; § 226 StGB; § 52 StGB

737. BGH 1 StR 250/09 - Beschluss vom 17. Juni 2009 (LG Hechingen)

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

738. BGH 1 StR 252/09 - Beschluss vom 17. Juni 2009 (LG Kempten)

Wirksamer Rechtsmittelverzicht.
§ 302 Abs. 1 Satz 1 StPO

739. BGH 1 StR 263/09 - Beschluss vom 17. Juni 2009 (LG Ansbach)

Gesonderte Prüfung der Verfolgungsverjährung für jedes Delikt (Freiheitsberaubung).
§ 78 StGB

740. BGH 1 StR 268/09 - Beschluss vom 7. Juli 2009 (LG München II)

Entscheidung über die Vereidigung von Zeugen als wesentliche Förmlichkeit (keine Protokollierungspflicht; Zwischenrechtsbehelf für die Verfahrensrüge).
§ 59 StPO; § 238 Abs. 2 StPO

741. BGH 1 StR 292/09 - Beschluss vom 7. Juli 2009 (LG München II)

Festlegung der Dauer des Vorwegvollzugs vor der sich anschließenden Unterbringung durch das Revisionsgericht.
§ 67 Abs. 2 Satz 3, Abs. 5 Satz 1 StGB; § 354 Abs. 1 StPO analog

742. BGH 1 StR 325/09 - Beschluss vom 8. Juli 2009 (LG Stuttgart)

Wirksamer Rechtsmittelverzicht trotz Geltendmachung unzulässigen Verteidigerverhaltens.
§ 302 Abs. 1 Satz 1 StPO

743. BGH 1 StR 556/07 - Beschluss vom 24. Juni 2009 (LG München I)

Unzulässiger Antrag des Verurteilten auf Wiedereinsetzung in den vorigen Stand nach Versäumung der Frist zur Erhebung der Anhörungsrüge (Antragsfrist; Zurechnung von Verteidigerverschulden; beschränkte Aufklärungspflicht des Verteidigers; gebotene Glaubhaftmachung des Hindernisses).
§ 356a StPO; § 45 Abs. 2 Satz 1 StPO

744. BGH 1 StR 665/08 - Beschluss vom 27. Mai 2009 (LG Hildesheim)

Verfahrensvoraussetzung der wirksamen Anklageschrift und des wirksamen Eröffnungsbeschlusses bei der Steuerhinterziehung (Umgrenzungsfunktion; Informationsfunktion; Berechnungsdarstellung; nemo tenetur-Grundsatz; Selbstbelastungsfreiheit; Kausalität der unrichtigen Angaben und Zurechnungszusammenhang); strafbefreiende Selbstanzeige.
§ 370 AO; § 371 AO; § 200 StPO; Art. 1 Abs. 1, 2 Abs. 1 GG; Art. 6 EMRK; § 78 StGB

745. BGH 1 StR 701/08 - Urteil vom 29. April 2009 (LG Kempten)

BGHSt; Verwertungsverbot aus dem Recht auf ein faires Verfahren bei der heimlichen Überwachung von Ehegattengesprächen in einem eigens dafür zugewiesenen separaten Besuchsraum in der Untersuchungshaft ohne die übliche erkennbare Überwachung; Schutz des grundrechtlichen Kernbereichs im Strafverfahren; Überwachung des nicht öffentlich gesprochenen Wortes außerhalb von Wohnungen (Haftraum; Besuchsraum; Befristung); Täuschungsverbot (Zulassung der kriminalistischen List auch in der Untersuchungshaft); redaktioneller Hinweis.

Art. 2 Abs. 1, Art. 1 Abs. 1 GG; Art. 2 Abs. 1 GG; Art. 20 Abs. 3 GG; Art. 6 GG; Art. 6 EMRK; § 100f StPO; § 100c IV StPO; § 100a StPO

746. BGH 1 StR 718/08 - Urteil vom 12. Mai 2009 (LG Gießen)

BGHR; Anforderungen an die Feststellung und die Beweiswürdigung von Besteuerungsgrundlagen in steuerstrafrechtlichen Urteilen (Steuerhinterziehung; Berechnungsdarstellung; Beruhen); Verfahrenseinstellung wegen Strafverfolgungsverjährung bei Steuerhinterziehung trotz angeklagter Tateinheit (Prozesshindernis; Tatmehrheit); keine Anrechnung der Überwachung mit einer elektronischen Fußfessel bei der Strafbemessung (Strafmilderung); Konkurrenzen beim gleichzeitigen unerlaubten Ausüben der tatsächlichen Gewalt über mehrere Waffen oder Waffenteile bzw. Munition.

§ 370 AO; § 267 Abs. 1 StPO; § 260 Abs. 3 StPO; § 337 StPO; § 46 StGB; § 52 WaffG; § 62a WaffG; § 53 WaffG

747. BGH 2 StR 103/09 - Urteil vom 10. Juni 2009 (LG Köln)

Körperverletzung mit Todesfolge bei Mittäterschaft (Zurechnung; Vorhersehbarkeit; Kausalität); gebotene Prüfung des Tötungsvorsatzes bei besonders brutalen Gewalthandlungen; Beteiligung an einer Schlägerei (von mehreren verübter Angriff; Tateinheit mit Tötungsdelikt).

§ 212 StGB; § 227 StGB; § 15 StGB; § 231 Abs. 1 2. Alt. StGB

748. BGH 2 StR 16/09 - Urteil vom 18. März 2009 (LG Köln)

Widersprüchliche Strafzumessung bei der Vergewaltigung.

§ 177 Abs. 2 Satz 2 Nr. 1 StGB; § 46 StGB

749. BGH 2 StR 41/09 - Beschluss vom 24. Juni 2009 (LG Kassel)

Verwerfung der Revision als unbegründet.

§ 349 Abs. 2 StPO

750. BGH 2 StR 51/09 - Beschluss vom 24. Juni 2009 (LG Aachen)

Rechtsfehlerhafter Gesamtstrafenausspruch (Erörterungsmangel).

§ 55 StGB

751. BGH 2 StR 53/09 - Urteil vom 1. Juli 2009 (LG Frankfurt)

Grenzen der Revisibilität der Beweiswürdigung (Wiedererkennen; Bedeutung der Wahlgegenüberstellung).

§ 261 StPO

752. BGH 2 StR 54/09 - Beschluss vom 8. Juli 2009 (LG Köln)

BGHSt; Grenzen der Protokollberichtigung mit der Folge einer „Rügeverkümmern“ (Kenntnisnahme vom Wortlaut der Urkunden im Selbstleseverfahren; Beruhen); keine Beweisaufnahme durch Mitschriften eines erkennenden Richters; Vorteilsannahme; Bestechlichkeit; Vorteilsgewährung; Bestechung.

§ 249 Abs. 2 StPO; § 43 DRiG; § 274 StPO; § 331 StGB; § 333 StGB

753. BGH 2 StR 76/09 - Beschluss vom 10. Juni 2009 (LG Aachen)

BGHR; Wertersatzverfall (Voraussetzungen der unbilligen Härten beim Verfall und Verhältnis zum gesetzlichen Bruttoprinzip).

§ 73c Absatz 1 Satz 1 StGB; § 73b StGB

754. BGH 2 StR 84/09 - Beschluss vom 1. Juli 2009 (LG Limburg)

Beisichführen eines Totschlägers (Teleskopschlagstock).

Anlage 2 zu § 2 Abs. 2 bis 4 WaffG

755. BGH 2 StR 105/09 - Beschluss vom 17. Juni 2009

Unzulässige Revision der Nebenklage.

§ 390 Abs. 2 StPO

756. BGH 2 StR 113/09 - Beschluss vom 25. Juni 2009 (LG Köln)

Berechnung der Kompensation für rechtsstaatswidrig Verfahrensverzögerungen (Begründung der Annahme einer rechtsstaatswidrigen Verfahrensverzögerung); rechtsfehlerhafte Strafzumessung (Orientierung am rechnerischen Mittel des Strafrahmens).

Art. 6 EMRK; Art. 13 EMRK; § 46 StGB

757. BGH 2 StR 116/09 - Beschluss vom 1. Juli 2009 (LG Frankfurt)

Rechtsfehlerhaft gebildete Gesamtfreiheitsstrafe.

§ 46 StGB; § 54 StGB

758. BGH 2 StR 125/09 - Beschluss vom 20. Mai 2009 (LG Aachen)

Aufhebung eines Urteils wegen Verkennung des Aufhebungsumfangs (Bezugnahme auf Feststellungen des früheren, mit den Feststellungen aufgehobenen Urteils).

§ 353 StPO

759. BGH 2 ARs 138/09 - Beschluss vom 17. Juni 2009

Anfrageverfahren (fortdauernde Abwesenheit des während einer Zeugenvernehmung entfernten Angeklagten bei der Verhandlung über die Entlassung des Zeugen; Fragerecht des Angeklagten; absoluter Revisionsgrund).

§ 247 StPO; § 338 Nr. 5 StPO

760. BGH 2 ARs 138/09 - Beschluss vom 17. Juni 2009 (5. Strafsenat)

Augenscheinseinnahme während einer Vernehmung unter Ausschluss des Angeklagten (Heilung durch Unterrichtung und Wiederholung; Anfrageverfahren; absoluter Revisionsgrund).

§ 247 StPO; § 338 Nr. 5 StPO

761. BGH 2 StR 170/09 - Beschluss vom 24. Juni 2009 (LG Darmstadt)

Strafzumessung bei Freiheitsstrafen unter sechs Monaten (Beruhen); Unterbringung in einer Entziehungsanstalt (Bedeutung der mangelnden Therapiewilligkeit; Zurückstellung der Strafvollstreckung gemäß § 35 BtMG); Ausspruch der Einziehung in der Urteilsformel oder mithilfe einer Anlage.

§ 46 StGB; § 47 StGB; § 64 StGB; § 260 Abs. 4 StPO

762. BGH 2 StR 173/09 - Beschluss vom 22. Juli 2009 (LG Frankfurt)

Konkurrenz zwischen der unerlaubten sonstigen Ausübung der tatsächlichen Gewalt über eine Kriegswaffe und der Erwerb der tatsächlichen Gewalt über eine Kriegswaffe.

§ 22a KWKG; § 52 StGB

763. BGH 2 StR 178/09 - Beschluss vom 17. Juni 2009 (LG Frankfurt)

Beweiswürdigung beim Vorwurf des sexuellen Missbrauchs einer Schutzbefohlenen (Bedeutung mangelnder Aussagekonstanz; Erörterungsmangel).

§ 176 StGB; § 261 StPO

764. BGH 2 StR 180/09 - Beschluss vom 17. Juni 2009 (LG Bonn)

Rechtsfehlerhafte nachträgliche Gesamtstrafenbildung (Erörterungsmangel; Zäsurwirkung).

§ 55 StGB

765. BGH 2 StR 191/09 - Beschluss vom 22. Juli 2009 (LG Frankfurt)

Verwerfung der Revision als unbegründet.

§ 349 Abs. 2 StPO

766. BGH 2 StR 192/09 - Beschluss vom 17. Juni 2009 (BGH)

Unbegründete Anhörungsrüge.

§ 356a StPO

767. BGH 2 StR 194/09 - Beschluss vom 1. Juli 2009 (LG Frankfurt am Main)

Verbindung zu einer Bewertungseinheit durch Bandenhandel (im Rahmen ein- und desselben Güterumsatzes aufeinanderfolgende Teilakte; Erwerb; Veräußerung; Beihilfe zur Einfuhr).

§ 30a Abs. 1 BtMG; § 52 StGB; § 27 StGB

768. BGH 2 StR 195/09 - Urteil vom 17. Juni 2009 (LG Köln)

Feststellungen zur Rückgewinnungshilfe (Rückwirkungsverbot); Verfall (entgegenstehende Ansprüche).

§ 111 i Abs. 2 Satz 1 und 3 StPO; § 73 Abs. 1 Satz 2 StGB; § 73 Abs. 1 Satz 1 StGB; § 73a StGB

769. BGH 2 StR 196/09 - Beschluss vom 8. Juli 2009 (LG Koblenz)

Verwerfung der Revision als unbegründet.

§ 349 Abs. 2 StPO

770. BGH 2 StR 197/09 - Beschluss vom 17. Juni 2009 (LG Köln)

Erforderliche Feststellungen für die Verurteilung wegen Handeltreibens in nicht geringer Menge.

§ 29 BtMG; § 261 StPO; § 357 StPO

771. BGH 2 StR 198/09 - Beschluss vom 22. Juli 2009 (LG Koblenz)

Verfolgungsverjährung bei sexuellem Missbrauch einer Schutzbefohlenen (Ruhe der Verjährung und vorherige Verjährung).

§ 176 StGB; § 174 StGB; § 78b Abs. 3 Nr. 4 StGB

772. BGH 2 StR 207/09 - Beschluss vom 17. Juni 2009 (LG Hanau)

Verwerfung der Revision als unbegründet.

§ 349 Abs. 2 StPO

773. BGH 2 StR 209/09 - Beschluss vom 8. Juli 2009 (LG Bonn)

Verwerfung der Revision als unbegründet.

§ 349 Abs. 2 StPO

774. BGH 2 StR 215/09 - Beschluss vom 24. Juni 2009 (LG Gera)

Vergewaltigung; Beweiswürdigung im Fall Aussage gegen Aussage (Anforderungen an die Darstellung der Aussagekonstanz und an die Würdigung der Aussage).

§ 177 Abs. 2 Satz 2 Nr. 1 StGB; § 46 StGB; § 261 StPO

775. BGH 2 StR 218/09 - Beschluss vom 17. Juni 2009 (LG Darmstadt)

Verwerfung der Revision als unbegründet.

§ 349 Abs. 2 StPO

776. BGH 2 StR 227/09 - Beschluss vom 8. Juli 2009 (LG Meiningen)

Erörterungsmangel hinsichtlich der naheliegenden Unterbringung des Angeklagten in einer Entziehungsanstalt (Hang; Bedeutung der Sollvorschrift).

§ 64 StGB

777. BGH 2 ARs 231/09 2 AR 133/09 - Beschluss vom 24. Juni 2009 (AG Limburg)

Zuständigkeit für die Überwachung von jugendstrafrechtlichen Auflagen (Zweckmäßigkeit der Abgabe der Zuständigkeit; Vorsprache des Verurteilten; Bewährungsüberwachung).

§ 65 Abs. 1 Satz 3, Satz 5, Abs. 4 JGG; § 42 Abs. 3 Satz 2 JGG

778. BGH 2 StR 235/09 - Beschluss vom 1. Juli 2009 (LG Aachen)

Verwerfung der Revision als unbegründet.

§ 349 Abs. 2 StPO

779. BGH 2 StR 240/09 - Beschluss vom 22. Juli 2009 (LG Kassel)

Verhältnis von Jugendstrafe und Unterbringung in einem psychiatrischen Krankenhaus.

§ 63 StGB; § 5 Abs. 3 JGG; § 17 JGG

780. BGH 2 StR 246/09 - Beschluss vom 8. Juli 2009 (LG Köln)

Verwerfung der Revision als unbegründet.

§ 349 Abs. 2 StPO

781. BGH 2 StR 248/09 - Beschluss vom 23. Juli 2009 (LG Aachen)

Kompensation rechtsstaatswidriger Verfahrensverzögerung durch eine reine Feststellung: redaktioneller Hinweis.

Art. 6 EMRK; Art. 13 EMRK

782. BGH 2 StR 250/09 - Beschluss vom 22. Juli 2009 (LG Darmstadt)

Verwerfung der Revision als unbegründet.

§ 349 Abs. 2 StPO

783. BGH 2 ARs 261/09 (2 AR 155/09) - Beschluss vom 22. Juli 2009 (AG Limburg an der Lahn)

Unzweckmäßige Verfahrensabgabe nach § 42 Abs. 3 Satz 1 JGG (sich aufdrängende Verfahrensverbindung).

§ 42 Abs. 3 Satz 1 JGG

784. BGH 2 ARs 262/09 (2 AR 156/09) - Beschluss vom 22. Juli 2009 (AG Limburg an der Lahn)

Voraussetzungen für eine Abgabe der Sache gemäß § 42 Abs. 3 JGG (Wohnsitzwechsel).

§ 42 Abs. 3 JGG

785. BGH 2 StR 264/09 - Beschluss vom 29. Juli 2009 (LG Gera)

Rechtsfehlerhafte Aufrechterhaltung der Sperre nach § 69a StGB.

§ 69a StGB

786. BGH 2 ARs 288/09 2 AR 170/09 - Beschluss vom 22. Juli 2009 (AG Braunschweig; LG Essen)

Zuständigkeit für den Widerruf der zur Bewährung ausgesetzten Strafe (Befasstsein).

§ 453 StPO; § 462a Abs. 1 Satz 1 StPO

787. BGH 2 ARs 320/09 2 AR 169/09 - Beschluss vom 22. Juli 2009 (AG Quedlinburg)

Verfahrensübertragung gemäß § 12 Abs. 2 StPO.

§ 12 Abs. 2 StPO

788. BGH 2 StR 386/08 - Urteil vom 10. Juni 2009 (LG Frankfurt am Main)

Einschränkung des Härteausgleichs bei der Gesamtstrafenbildung in Fällen ausländischer Verurteilungen; Rahmenbeschluss 2008/675/JI des Rates vom 24. Juli 2008 zur Berücksichtigung der in anderen Mitgliedstaaten der Europäischen Union ergangenen Verurteilungen in einem neuen Strafverfahren.

§ 55 StGB; § 7 Abs. 2 Nr. 2 StGB

789. BGH 2 StR 576/08 - Urteil vom 20. Mai 2009 (LG Bad Kreuznach)

Totschlagsversuch; Rücktritt (fehlgeschlagener Versuch; Anwendung des Zweifelsgrundsatzes).

§ 212 StGB; § 211 StGB; § 22 StGB; § 23 StGB; § 24 StGB; § 261 StPO

790. BGH 2 StR 596/08 - Beschluss vom 11. März 2009 (LG Kassel)

Verwerfung der Revision als unbegründet.

§ 349 Abs. 2 StPO

791. BGH 4 StR 121/09 - Beschluss vom 25. Juni 2009 (LG Münster)

Unzulässige Anhörungsrüge (Gegenvorstellung).

§ 33a StPO; § 356a StPO

792. BGH 4 StR 55/09 - Beschluss vom 18. Juni 2009 (LG Siegen)

Prüfung des Gebots der Anwendung des milderen Gesetzes (konkreter Vergleich).

§ 2 Abs. 3 StGB

793. BGH 4 StR 79/09 - Beschluss vom 23. Juli 2009 (LG Halle)

Verwerfung der Revision als unbegründet.

§ 349 Abs. 2 StPO

794. BGH 4 StR 124/09 - Beschluss vom 9. Juli 2009 (LG Saarbrücken)

Rechtsfehlerhafte Beweiswürdigung zulasten des Angeklagten (Aussage gegen Aussage; gebotene Gesamtwürdigung).

§ 261 StPO

795. BGH 4 StR 134/09 - Beschluss vom 26. Mai 2009 (LG Essen)

BGHR; Geltung des Vorwegvollzuges auch bei der Verhängung von Jugendstrafe; Prüfung der Entbehrlichkeit der Jugendstrafe bei der Verhängung von Maßregeln.

§ 67 Abs. 2 Satz 2 StGB; § 7 Abs. 1 JGG; § 5 Abs. 3 JGG; § 17 JGG

796. BGH 4 StR 164/09 - Beschluss vom 9. Juni 2009 (LG Magdeburg)

Körperverletzung mit Todesfolge (Zurechnung mittäterchaftlichen Handelns; Ausschluss der sukzessiven Mittäterschaft); Unterbringung in einer Entziehungsanstalt (symptomatischer Zusammenhang).

§ 227 StGB; § 25 Abs. 2 StGB; § 64 StGB

797. BGH 4 StR 186/09 - Urteil vom 25. Juni 2009 (LG Saarbrücken)

Annahme der Körperverletzung mit Todesfolge beim Schütteln eines Kleinkindes (Vorsatzfeststellung und Darlegungsanforderungen; voluntatives Vorsatzelement; Körperverletzungsvorsatz; Tötungsvorsatz).

§ 15 StGB; § 227 StGB; § 212 StGB

798. BGH 4 StR 187/09 - Beschluss vom 2. Juli 2009 (LG Detmold)

Verwerfung der Revision als unbegründet.

§ 349 Abs. 2 StPO

799. BGH 4 StR 209/09 - Beschluss vom 2. Juli 2009 (LG Saarbrücken)

Gebotene Prüfung der Entkräftung der Regelwirkung eines Regelbeispiels bei der Vergewaltigung (besonders schwerer Fall; Gesamtwürdigung; minder schwerer Fall).

§ 177 Abs. 2 S. 2 Nr. 1 StGB

800. BVerfG 2 BvR 902/06 (Zweiter Senat) - Beschluss vom 16. Juni 2009 (LG Braunschweig)

Beschlagnahme von E-Mail beim Provider in einem strafrechtlichen Ermittlungsverfahren (Anwendbarkeit der strafprozessualen Beschlagnahmenvorschriften); Schutzbereich des Fernmeldegeheimnisses (Abgrenzung zu anderen Grundrechten); Verhältnismäßigkeit; Zitiergebot; Anforderungen an Anordnung und Durchführung der Maßnahme (Vermeidung überschießender Datenerhebungen; Schutz des Kernbereichs privater Lebensgestaltung; Unterrichtungspflichten; keine Kennzeichnungspflichten; verfassungskonforme Auslegung im Einzelfall). Art. 10 Abs. 1 GG; Art. 1 Abs. 1 GG; Art. 2 Abs. 1 GG; Art. 13 Abs. 1 GG; Art. 19 Abs. 1 Satz 2 GG; Art. 8 EMRK; § 94 StPO; § 98 StPO; § 99 StPO; § 100a StPO; § 110 StPO; § 147 StPO; § 385 Abs. 3 StPO; § 397 Abs. 1 S. 2 StPO; § 406e StPO; § 475 StPO; § 483 StPO; § 489 StPO; § 491 StPO; § 19 BDSG

801. BGH 4 StR 210/09 - Beschluss vom 4. August 2009 (LG Hagen)

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

802. BGH 4 StR 211/09 - Beschluss vom 25. Juni 2009 (LG Bielefeld)

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

803. BGH 4 StR 461/08 - Beschluss vom 9. Juni 2009 (LG Berlin)

Folgen des Ausfalls des Konfrontationsrechts (Fragegerecht; Konflikt mit der Selbstbelastungsfreiheit; Gesamtwürdigung; Verfahrensfairness; Zurechenbarkeit; besonders vorsichtige Beweiswürdigung); willkürliche Entziehung des gesetzlichen Richters (Darlegungsvoraussetzungen; Verwerfung eines Ablehnungsgesuchs als unzulässig; Besorgnis der Befangenheit; Prüfung in der Revision nach Beschwerdegrundsätzen; Verletzung rechtlichen Gehörs); redaktioneller Hinweis.

Art. 6 Abs. 3 lit. d, Abs. 1 Satz 1 EMRK; Art. 2 Abs. 1, Art. 20 Abs. 3 GG; Art. 103 Abs. 1 GG; § 338 Nr. 3 StPO; § 27 StPO; § 26a StPO; § 344 Abs. 2 Satz 2 StPO

804. BGH 4 StR 461/08 - Beschluss vom 9. Juni 2009 (LG Berlin)

Mangelnde Feststellungen zu den Vorverurteilungen bei der Anordnung der Sicherungsverwahrung.
§ 66 Abs. 1 Nr. 1 StGB

805. BGH 4 StR 610/08 - Urteil vom 25. Juni 2009 (LG Saarbrücken)

Fahrlässige Tötung (Sorgfaltspflichtverletzung und Sondernormen: Anforderungen an die Beförderung gefährlicher Güter; Pflichtwidrigkeitszusammenhang und Schutzzweckzusammenhang; Unterlassen: Fürsorgepflicht des Arbeitgebers als Garantenpflicht); unerlaubter Umgang mit gefährlichen Abfällen; unerlaubter Umgang mit gefährlichen Stoffen und Gütern (grobe Verletzung verwaltungsrechtlicher Pflichten; Zusammenhang mit der Beförderung).
§ 222 StGB; § 13 StGB; § 330 Abs. 2 Nr. 2 StGB; § 326 Abs. 1 Nr. 3 StGB; § 328 Abs. 3 Nr. 2 StGB; Nr. 11 der TR Abfälle 002 und Ausnahme 20 Ziff. 2.11 der GGAV 2002

806. BGH 4 StR 645/08 - Beschluss vom 10. Juni 2009 (LG Saarbrücken)

Rechtsfehlerhafte Verurteilung eines Mittäters wegen Mordes aus niedrigen Beweggründen (Abgrenzung von Totschlag und Mord bei Mittäterschaft).
§ 211 StGB; § 212 StGB; § 27 StGB; § 28 StGB

807. BGH 4 StR 647/08 - Beschluss vom 16. Juni 2009 (LG Dessau)

Strafzumessung bei der Vergewaltigung (Strafmilderung wegen der vorherigen Opferverhaltens; Erfolgzurechnung bei der Strafzumessung).
§ 177 Abs. 2 S. 2 Nr. 1 StGB; § 46 StGB