

Publikationen

- Dr. Jochen Bung, Frankfurt a.M. – **Feindstrafrecht als Theorie der Normgeltung und der Person** S. 63
RA Christoph Klein, Köln – **Die Zuständigkeit im weiteren Verfahren nach § 122 IV StPO** S. 71

Die Ausgabe umfasst drei Rezensionen zu strafrechtlichen Publikationen.

Entscheidungen

- EGMR (Haas v. Deutschland) – **Tatsächlich unmögliche Zeugenkonfrontation**
- BVerfG **Widerruf der Aussetzung eines Haftbefehls nur bei neuen Umständen**
- BVerfG **Außer Vollzug gesetzter Haftbefehl: besonderes Gewicht des Freiheitsanspruches mit zunehmender Dauer und staatliche Organisationspflicht**
- BGH **Rechtsmissbräuchlicher Befangenheitsantrag (BGHR)**
- BGH **Voraussetzungen des Täter-Opfer-Ausgleichs**
- BGH **Rücknahme eines Antrags auf Anordnung der nachträglichen Sicherungsverwahrung (BGHR)**
- BGH **Auslegung der gemeinschaftlichen Körperverletzung**
- BGH **Beweisantrag bei verdeckten Verfahrensabsprache (Deal zulasten Dritter)**
- BGH **Unterlassene Ladung und Verwirkung**
- BGH **Untreue im Fall Mannesmann (BGHSt)**
- BGH **Amtsträgereigenschaft bei privat-öffentlichrechtlichen Unternehmungen und strafrechtlich Einstufung von Bestechungsgeld (BGHSt)**
- BGH **Fälle des nur versuchten Handeltreibens nach dem Beschluss des Großen Senats für Strafsachen**

SCHRIFTFLEITUNG
Karsten Gaede

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

REDAKTION

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

Als ständige Mitarbeiter wirken mit:

Oberass. Dr. Daniela Demko, LL.M. (Zürich); Prof. Dr. Diethelm Kleszczewski (Univ. Leipzig); Prof. Dr. Hans Kudlich (Universität Erlangen); Tilo Mühlbauer (Dresden); RA Markus Rübenstahl, mag. iur. (Kanzlei White & Case LLP, Frankfurt a.M.); Prof. Dr. Frank Saliger (Bucerius Law School Hamburg); Prof. Dr. Christoph Sowada (Univ. Rostock); RA Klaus-Ulrich Ventzke (Hamburg) und Prof. Dr. Wolfgang Wohlers (Univ. Zürich).

Diese Ausgabe umfasst 82 Entscheidungen.

HRRS

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

HERAUSGEBER

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

SCHRIFTLEITUNG

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

REDAKTION

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

Als ständige Mitarbeiter wirken mit:

Oberass. Dr. *Daniela Demko*, LL.M. (Zürich); Prof. Dr. *Diethelm Kleszczewski* (Univ. Leipzig); Prof. Dr. *Hans Kudlich* (Univ. Erlangen); *Tilo Mühlbauer* (Dresden); RA *Markus Rübenstahl*, mag. iur. (Kanzlei White & Case LLP, Frankfurt a.M.); Prof. Dr. *Frank Saliger* (Bucerius Law School Hamburg); Prof. Dr. *Christoph Sowada* (Univ. Rostock); RA *Klaus-Ulrich Ventzke* (Hamburg) und Prof. Dr. *Wolfgang Wohlers* (Univ. Zürich).

7. Jahrgang, Februar 2006, Ausgabe **2**

Strafrechtliche/strafverfahrensrechtliche Entscheidungen des EGMR/BVerfG

63. EGMR Nr. 73047/01 – Zulässigkeitsentscheidung der 3. Kammer des EGMR vom 23. November 2005 (Haas v. Deutschland).

Konfrontationsrecht (Verwertungsverbot hinsichtlich einer entscheidenden Verwertung unkonfrontierter Aussagen; anonyme Zeugen; Mitangeklagte als Zeugen; Hörensagen; Fragerecht; verhältnismäßige Einschränkungen; erweiterte Einschränkungen bei unmöglicher Befragung; Unerreichbarkeit; besonders vorsichtige Beweiswürdigung; Hinwirkungspflichten des Staates; Rechtshilfe; Unmittelbarkeitsprinzip); Recht auf ein faires Strafverfahren (Gesamtbetrachtung und Gesamtrecht); redaktioneller Hinweis.

Art. 6 Abs. 1 Satz 1, Abs. 3 lit. d EMRK; Art. 2 Abs. 1 GG; Art. 20 Abs. 3 GG; § 96 StPO (analog); § 244 Abs. 3 Satz 2 StPO; § 251 Abs. 1 Nr. 2, Abs. 2 Nr. 1 StPO; § 261 StPO

1. Wenn eine Verurteilung nur oder in entscheidendem Ausmaß auf Aussagen beruht, die von einer Person gemacht worden sind, hinsichtlich derer der Angeklagte weder während der Ermittlungsphase noch während des gerichtlichen Hauptverfahrens eine Gelegenheit hatte, sie zu prüfen oder prüfen zu lassen, sind die Verteidigungsrechte – abgesehen vom Fall der tatsächlichen Unerreichbarkeit der Person – in einem

Ausmaß beschränkt, das mit den von Art. 6 EMRK gewährten Garantien unvereinbar ist.

2. Art. 6 Abs. 1 und Abs. 3 EMRK verlangen den Vertragsstaaten ab, aktive Schritte zu unternehmen, um den Angeklagten in die Lage zu versetzen, Belastungszeugen insbesondere durch eine in seiner Anwesenheit erfolgende Befragung prüfen zu können oder prüfen zu lassen. Allerdings verpflichtet dies nicht zu Unmöglichem; vorausgesetzt, dass den Behörden keine mangelnde Sorgfalt bei ihren Bemühungen vorgeworfen werden kann, dem Angeklagten eine Gelegenheit zur Prüfung des fraglichen Zeugen zu ermöglichen, macht es die Unerreichbarkeit des Zeugen als solche nicht erforderlich, die Strafverfolgung einzustellen. Beweismittel, die von einem Zeugen unter Bedingungen erlangt worden sind, in denen die Rechte der Verteidigung nicht im normalerweise von der Konvention geforderten Umfang gewahrt worden sind, sollten jedoch mit außergewöhnlicher Sorgfalt behandelt werden. Die Verurteilung eines Angeklagten darf – in jedem Falle – nicht allein auf den Aussagen eines solchen Zeugen beruhen.

3. Angaben, die von anonymen Informanten gemacht worden sind, können unter Umständen dann verwertet

werden, wenn die nationalen Behörden relevante und hinreichende Gründe für die Geheimhaltung ihrer Identität vorweisen. Die der Verteidigung hieraus erwachsenden Erschwernisse sind jedoch zur Wahrung der Art. 6 Abs. 1 und 3 lit. d EMRK hinreichend durch die von den Justizorganen angewendeten Verfahren auszugleichen. Bei der Prüfung, ob diese Verfahren einen hinreichenden Ausgleich darstellen, um die für die Verteidigung verursachten Erschwernisse auszugleichen, muss dem Ausmaß gebührendes Gewicht beigemessen werden, in welchem die anonymen Zeugenaussagen für die angegriffene Verurteilung entscheidend gewesen sind.

4. Alle Beweismittel müssen grundsätzlich in Anwesenheit des Angeklagten in einer öffentlichen Hauptverhandlung mit der Möglichkeit zur Erörterung durch die Prozesskontrahenten erhoben werden. Es gibt von diesem Prinzip Ausnahmen, doch dürfen diese nicht die Rechte der Verteidigung verletzen. In der Regel erfordern diese Rechte, dass der Angeklagte eine adäquate und geeignete Gelegenheit erhält, einen Belastungszeugen in Frage zu stellen und ihn zu befragen, entweder wenn er seine Aussage macht oder zu einem späteren Zeitpunkt des Verfahrens.

5. Dem Begriff des Zeugen in Art. 6 Abs. 3 lit. d kommt im Konventionssystem eine autonome Bedeutung zu. Folglich stellt eine Aussage dann, wenn sie zu einem erheblichen Grad als Grundlage für eine Verurteilung dienen kann, ein Beweismittel dar, auf das die von Art. 6 Abs. 1 und 3 lit. d EMRK eröffneten Garantien Anwendung finden, unbeschadet dessen, ob sie nach nationalem Recht von einem Zeugen in oder außerhalb des Gerichts oder von einem Mitangeklagten gemacht worden ist.

65. BVerfG 2 BvR 2056/05 (3. Kammer des Zweiten Senats) – Beschluss vom 1. Februar 2006 (HansOLG Hamburg)

Freiheit der Person; Widerruf der Aussetzung eines Haftbefehls (neue Umstände; wesentlicher Punkt; hohe Straferwartung; Strafantrag der Staatsanwaltschaft; Urteil nach Haftverschonung; nachvollziehbare Feststellungen zur Straferwartung des Beschuldigten; Prognose; Fluchtanreiz; Bestätigung des Vertrauens der Aussetzungsentscheidung); Fall El Motassadeq.

Art. 2 Abs. 2 GG; Art. 20 Abs. 3 GG; Art. 104 GG; § 116 Abs. 4 Nr. 3 StPO

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

2. Ist ein Haftbefehl einmal unangefochten außer Vollzug gesetzt worden, so ist jede neue haftrechtliche Entschei-

dung, die den Wegfall der Haftverschonung zur Folge hat, nur unter den einschränkenden Voraussetzungen des § 116 Abs. 4 StPO möglich.

3. Der erneute Vollzug des Haftbefehls durch den Richter kommt nach § 116 Abs. 4 Nr. 3 StPO nur dann in Betracht, wenn neu hervorgetretene Umstände die Verhaftung erforderlich machen. Dabei kann lediglich eine andere Beurteilung des unverändert gebliebenen Sachverhalts einen Widerruf nicht rechtfertigen.

4. „Neu“ im Sinne des § 116 Abs. 4 Nr. 3 StPO sind nachträglich eingetretene oder nach Erlass des Aussetzungsbeschlusses bekannt gewordene Umstände nur dann, wenn sie die Gründe des Haftverschonungsbeschlusses in einem so wesentlichen Punkt erschüttern, dass keine Aussetzung bewilligt worden wäre, wenn sie bei der Entscheidung bereits bekannt gewesen wären. Das maßgebliche Kriterium für den Widerruf besteht in einem Wegfall der Vertrauensgrundlage der Aussetzungsentscheidung. Ob dies der Fall ist, erfordert vor dem Hintergrund der wertsetzenden Bedeutung des Grundrechts der persönlichen Freiheit (Art. 2 Abs. 2 Satz 2 GG) eine Beurteilung sämtlicher Umstände des Einzelfalls.

5. Angesichts der Bedeutung des Grundrechts der persönlichen Freiheit (Art. 2 Abs. 2 Satz 2 GG) ist die Schwelle für eine Widerrufsentscheidung grundsätzlich sehr hoch anzusetzen. Im Rahmen der vorzunehmenden Abwägung stets zu berücksichtigen ist deshalb vor allem, dass der Angeklagte inzwischen Gelegenheit hatte, sein Verhalten gegenüber dem Strafverfahren zu dokumentieren.

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

7. War im Zeitpunkt der Aussetzungsentscheidung mit der später ausgesprochenen – auch höheren – Strafe zu rechnen und hat der Beschuldigte die ihm erteilten Auflagen gleichwohl korrekt befolgt, so liegt kein Fall des § 116 Abs. 4 Nr. 3 StPO vor.

64. BVerfG 2 BvR 1737/05 (3. Kammer des Zweiten Senats) – Beschluss vom 29. November 2005 (OLG Köln)

Freiheit der Person (keine Aufrechterhaltung eines außer Vollzug gesetzten Untersuchungshaftbefehls trotz ungewissen Verfahrensfortgangs; Abwägung; Freiheitsanspruch; wirksame Strafverfolgung; verfassungsgemäße Ausstattung der Gerichte durch den Staat); Beschleunigungsgebot (Unterbrechung der Hauptverhandlung; Mutterschutz; überobligationsmäßiger Einsatz der Richter-

bank); Haftsache (Behandlung bei Außervollzugsetzung; Verhältnismäßigkeit).

Art. 2 Abs. 2 S. 2 GG; Art. 20 Abs. 3 GG; Art. 2 Abs. 1 GG; § 116 StPO; § 120 Abs. 1 Satz 2 StPO

1. Das Gewicht des Freiheitsanspruchs vergrößert sich regelmäßig gegenüber dem Interesse an einer wirksamen Strafverfolgung mit zunehmender Dauer der Untersuchungshaft (vgl. BVerfGE 36, 264, 270; 53, 152, 159).

2. Dies gilt nicht nur für den vollstreckten Haftbefehl, sondern darüber hinaus auch für einen außer Vollzug gesetzten Haftbefehl (§ 116 StPO). Beschränkungen, denen der Beschuldigte durch Auflagen und Weisungen nach § 116 StPO ausgesetzt ist, dürfen nicht länger andauern, als es nach den Umständen erforderlich ist. Allein schon die Existenz eines Haftbefehls kann für den Beschuldigten eine erhebliche Belastung darstellen, weil sich mit ihm regelmäßig die Furcht vor einem (erneuten) Vollzug verbindet (vgl. BVerfGE 53, 152, 161).

3. Eine Haftsache ist deshalb auch dann wie eine Haftsache zu behandeln, wenn der Haftbefehl nicht vollzogen wird, weil er außer Vollzug gesetzt ist.

4. Das in Art. 2 Abs. 2 Satz 2 GG) verankerten Beschleunigungsgebot in Haftsachen verlangt, dass die Strafverfolgungsbehörden und die Gerichte alle möglichen und zumutbaren Maßnahmen ergreifen, um eine Entscheidung über den Anklagevorwurf mit der gebotenen Schnelligkeit herbeizuführen (vgl. BVerfGE 20, 45, 50); kommt es aufgrund vermeidbarer Fehler der Justizorgane zu einer erheblichen Verzögerung, so steht dies der Aufrechterhaltung des Haftbefehls regelmäßig entgegen.

5. Der inhaftierte Beschuldigte hat es nicht zu vertreten, wenn seine Strafsache nicht binnen angemessener Frist zum Abschluss gebracht werden kann, weil familiär bedingte personelle Veränderungen auf der Richterbank mit einer ordnungsgemäßen Bewältigung des Geschäftsanfalls in Haftsachen kollidieren. Es handelt sich insoweit weder um einen unvorhersehbaren Zufall noch um ein schicksalhaftes Ereignis (vgl. BVerfGE 36, 264, 275). Jede andere Beurteilung ist mit der wertsetzenden Bedeutung des Grundrechts der persönlichen Freiheit (Art. 2 Abs. 2 Satz 2 GG) unvereinbar.

6. Aufgrund der wertsetzenden Bedeutung des Grundrechts der persönlichen Freiheit (Art. 2 Abs. 2 Satz 2 GG) ist allgemein anerkannt, dass erst noch bevorstehende Verzögerungen von völlig ungewisser Dauer nicht anders behandelt werden dürfen, als bereits eingetretene. Sind Beginn, Dauer und Beendigung eines Verfahrens gegenwärtig in keiner Weise zeitlich konkret absehbar, so ist dies bei der gebotenen Abwägung zwischen dem Interesse der Rechtspflege an der Aufrechterhaltung des Haftbefehls und den nach § 116 StPO erteilten Weisungen mit dem Freiheitsrecht des Beschuldigten nicht mehr hinnehmbar und muss zur Aufhebung des Haftbefehls und des Aussetzungsbeschlusses führen.

7. Lassen sich Strafverfahren, in denen ein Haftbefehl außer Vollzug gesetzt ist, nicht in angemessener Zeit durchführen, weil der Staat der Pflicht zur verfassungsgemäßen Ausstattung der Gerichte - aus welchen Gründen auch immer - nicht nachkommt, so hat das unabweisbar die Aufhebung von Haftentscheidungen zur Folge. Hilft der Staat der Überlastung der Gerichte nicht ab, so muss er es hinnehmen und gegebenenfalls auch seinen Bürgerinnen und Bürgern erklären, dass mutmaßliche Straftäter auf freien Fuß kommen, sich der Strafverfolgung und Aburteilung entziehen oder erneut Straftaten von erheblichem Gewicht begehen.

66. BVerfG 2 BvR 2057/05 (3. Kammer des Zweiten Senats) – Beschluss vom 29. Dezember 2005 (OLG Koblenz)

Freiheit der Person; Beschleunigungsgebot in Haftsachen (Untersuchungshaft über fünf Jahre und zehn Monate; Detailprüfung; geringe Hauptverhandlungsdichte; Urteilsabsetzungsfrist; verzögerte Zustellung des Urteils; verzögerte Revisionsgegenerklärung); Beschwerdeentscheidung (Würdigung tatsächlicher Grundlagen; Abwägung; Gewicht des staatlichen Strafanspruchs; gerichtliche Verurteilung; Anrechnung der Untersuchungshaft; Strafhaft; Resozialisierung); redaktioneller Hinweis.
Art. 2 Abs. 2 Satz 2 GG; Art. 20 Abs. 3 GG; § 213 StPO; § 275 Abs. 1 StPO; § 347 Abs. 1 Satz 2 StPO

1. Nach ständiger Rechtsprechung des Bundesverfassungsgerichts verstärkt sich das Gewicht des Freiheitsanspruchs des Untersuchungsgefangenen gegenüber dem Strafverfolgungsinteresse des Staates mit zunehmender Dauer der Untersuchungshaft (vgl. BVerfGE 19, 342, 347; 53, 152, 158 f.). Vor diesem Hintergrund kommt es im Rahmen der Abwägung zwischen dem Freiheitsanspruch und dem Strafverfolgungsinteresse in erster Linie auf die durch objektive Kriterien bestimmte Angemessenheit der Verfahrensdauer an, die etwa von der Komplexität der Rechtssache, der Vielzahl der beteiligten Personen oder dem Verhalten der Verteidigung abhängig sein kann.

2. Erforderlich ist eine auf den Einzelfall bezogene Prüfung des Verfahrensablaufs. Mit zunehmender Dauer der Untersuchungshaft sind dabei stets höhere Anforderungen an das Vorliegen eines rechtfertigenden Grundes zu stellen. Entsprechend dem Gewicht der zu ahndenden Straftat können zwar kleinere Verfahrensverzögerungen die Fortdauer der Untersuchungshaft rechtfertigen. Allein die Schwere der Tat und die sich daraus ergebende Strafverurteilung vermag aber bei erheblichen, vermeidbaren und dem Staat zuzurechnenden Verfahrensverzögerungen nicht zur Rechtfertigung einer ohnehin schon lang andauernden Untersuchungshaft zu dienen.

3. Bei absehbar umfangreichen Verfahren in denen sich der Angeklagte in Untersuchungshaft befindet, fordert das Beschleunigungsgebot in Haftsachen stets eine vorausschauende, auch größere Zeiträume umgreifende Hauptverhandlungsplanung mit mehr als nur einem

durchschnittlichen Hauptverhandlungstag pro Woche.

4. Ausdruck des verfassungsrechtlichen Beschleunigungsgebotes bildet nach Ergehen eines strafrechtlichen Urteils auch die Urteilsabsetzungsfrist des § 275 Abs. 1 StPO. Diese Höchstfrist entbindet vor allem in Haftsachen das Gericht nicht von der Verpflichtung, die Urteilsgründe des bereits verkündeten Urteils unverzüglich, das heißt ohne vermeidbare justizseitige Verzögerungen, schriftlich niederzulegen. Mit dem verfassungsrechtlichen Beschleunigungsgebot in Haftsachen ist demnach eine Vorgehensweise nicht vereinbar, die die Urteilsstellung von vornherein auf das zeitlich fixierte Ende der Frist des § 275 Abs. 1 StPO ausrichtet.

5. Da die Anforderungen an den die Haftfortdauer rechtfertigenden Grund mit der Dauer der Untersuchungshaft steigen, sind in jedem Haftfortdauerbeschluss aktuelle Ausführungen zum Vorliegen eines solchen Grundes, zur Abwägung zwischen dem Freiheitsgrundrecht des Beschuldigten und dem Strafverfolgungsinteresse sowie zur Frage der Verhältnismäßigkeit geboten, weil sich die dafür maßgeblichen Umstände, vor allem angesichts der seit der letzten Entscheidung verstrichenen Zeit in ihrer Gewichtigkeit verschieben können.

6. Mit einer gerichtlichen Verurteilung vergrößert sich auch das Gewicht des staatlichen Strafanspruchs, weil aufgrund der durchgeführten Beweisaufnahme die Begehung einer Straftat durch den Verurteilten als erwiesen angesehen worden ist. Gleichwohl rechtfertigt dieser Gesichtspunkt noch nicht, dass der Verurteilte jedenfalls bis zum Zeitpunkt der Vollverbüßung der ausgesprochenen Strafe in Untersuchungshaft gehalten werden kann. Die verhängte Freiheitsstrafe stellt grundsätzlich nur ein Indiz für das Gewicht der zu verfolgenden Straftat dar. Sie kann auch deshalb nicht ohne weiteres als Maßstab für die mögliche Länge der Untersuchungshaft dienen, weil dies mit dem Resozialisierungszweck der Strafhaft in ein Spannungsverhältnis tritt.

67. BVerfG 2 BvR 2233/04 (3. Kammer des Zweiten Senats) – Beschluss vom 31. Oktober 2005 (Bay-ObLG/LG München I/AG München)

Freiheit der Person; Haftbefehl (Aufhebung; Ersetzung; Beschwerde; weitere Beschwerde; Feststellung der Rechtswidrigkeit der Untersuchungshaft von Anfang an; Zeitraum; gegenwärtige Beschwerde; Rechtsschutzbedürfnis); Feststellungsinteresse bei tief greifenden Grundrechtseingriffen (Effektivität des Rechtsschutzes; Rechtsweggarantie); Subsidiarität der Verfassungsbeschwerde (weitere Beschwerde im Falle eines aufgehobenen Haftbefehls).

Art. 2 Abs. 2 GG; Art. 19 Abs. 4 Satz 1 GG; Art. 20 Abs. 3 GG; Art. 2 Abs. 1 GG; § 310 Abs. 1 StPO; § 112 StPO

1. Das Rechtsmittelgericht darf ein von der jeweiligen Prozessordnung eröffnetes Rechtsmittel nicht ineffektiv

machen und für den Beschwerdeführer „leer laufen“ lassen (vgl. BVerfGE 78, 88, 98 f.; 104, 220, 232). Hier von muss sich das Rechtsmittelgericht bei der Antwort auf die Frage leiten lassen, ob im jeweiligen Einzelfall für ein nach der Prozessordnung statthaftes Rechtsmittel ein Rechtsschutzinteresse besteht.

2. Zwar ist es mit der durch Art. 19 Abs. 4 Satz 1 GG sowie durch Art. 20 Abs. 3 in Verbindung mit Art. 2 Abs. 1 GG verbürgten Effektivität des Rechtsschutzes grundsätzlich vereinbar, ein Rechtsschutzinteresse nur solange als gegeben anzusehen, wie eine gegenwärtige Beschwerde ausgeräumt, einer Wiederholungsgefahr begegnet oder eine fortwirkende Beeinträchtigung beseitigt werden kann. Jedoch kann ein Feststellungsinteresse vor allem bei schwerwiegenden, tatsächlich aber nicht mehr fortwirkenden Grundrechtseingriffen fortbestehen. Solche kommen vor allem bei Anordnungen in Betracht, die das Grundgesetz vorbeugend dem Richter vorbehalten hat.

3. Das Feststellungsinteresse hängt nach der neueren Rechtsprechung des BVerfG im Hinblick auf das bei Freiheitsentziehungen bestehende Rehabilitationsinteresse weder vom konkreten Ablauf des Verfahrens und dem Zeitpunkt der Erledigung der Maßnahme, noch davon ab, ob Rechtsschutz typischerweise noch vor Beendigung der (Untersuchungs-)Haft erlangt werden kann. Die Beschwerde darf in solchen Fällen nicht wegen prozessualer Überholung als unzulässig verworfen werden; vielmehr ist die Rechtmäßigkeit der zwischenzeitlich erledigten Maßnahme zu prüfen und gegebenenfalls deren Rechtswidrigkeit festzustellen (vgl. BVerfGE 96, 27, 41 f.; 104, 220, 235 f.).

4. Das Feststellungsinteresse des von der Untersuchungshaft Betroffenen umfasst dabei nicht nur den Zeitraum nach Erhebung der Haftbeschwerde, sondern auch den Zeitraum zwischen dieser und dem Erlass des Haftbefehls.

5. Rechtsweg im Sinne von § 90 Abs. 2 BVerfGG ist zunächst jeder in einer Rechtsvorschrift vorgesehene Instanzenzug, der als Rechtsweg ausgestaltet ist (BVerfGE 4, 193, 198; 42, 252 257). Der Grundsatz der Subsidiarität gebietet es, dass der Beschwerdeführer im Ausgangsverfahren alle prozessualen Möglichkeiten ausschöpft, um die geschehenen Grundrechtsverletzungen zu beseitigen (BVerfGE 81, 97, 102 f.).

6. Zwar ist strittig, ob § 310 Abs. 1 StPO auch im Falle eines aufgehobenen Haftbefehls anwendbar ist und es wird in der Rechtsprechung angenommen, dass bei mehreren aufeinander folgenden, denselben Gegenstand betreffenden Haftentscheidungen grundsätzlich nur jeweils die letzte Haftentscheidung angefochten werden kann, jedoch muss der Beschwerdeführer nach dem Grundsatz der Subsidiarität der Verfassungsbeschwerde von diesem Rechtsmittel zunächst Gebrauch machen.

Hervorzuhebende Entscheidungen des BGH

I. Materielles Strafrecht

1. Schwerpunkt Allgemeiner Teil des StGB

127. BGH 5 StR 344/05 (alt: 5 StR 94/04) – Urteil vom 30. November 2005 (LG Berlin)

Tötungsvorsatz (voluntatives Element; Billigen im Rechtssinne; hochgradig interessenwidrige Tatfolgen); Beweiswürdigung; zulässige Revision der Nebenklage (Gesetzesverletzung; konkludente Berufung; Mord (niedrige Beweggründe); Schuldspruchänderung auf Totschlag (Körperverletzung mit Todesfolge); innerprozessuale Bindung an die aufrecht erhaltenen Feststellungen.

§ 211 StGB; § 15 StGB; § 212 StGB; § 261 StPO; § 400 StPO; § 354 StPO; § 226 StGB; § 353 Abs. 2 StPO

Der Erfolg muss den Wünschen des Täters nicht entsprechen (vgl. BGHSt 7, 363, 369). Allenfalls hochgradig interessenwidrige Tatfolgen widerstreiten der Annahme einer Billigung des Erfolges durch einen in der Steuerungsfähigkeit beeinträchtigten, ohnehin überaus unüberlegt handelnden Täter.

82. BGH 3 StR 243/05 - Urteil vom 1. Dezember 2005 (LG Duisburg)

Mord (Heimtücke; Strafzumessung; Rechtsfolgenlösung); rechtfertigender Notstand (Dauergefahr); Putativnotstand; Tateinheit (natürliche Handlungseinheit); Zweifelsatz (unwiderlegliche Einlassung; Aufklärungspflicht).

§ 211 StGB; § 49 Abs. 1 StGB; § 46 StGB; § 35 Abs. 2 StGB; § 52 StGB; § 34 StGB

Eine so genannte Dauergefahr ist i.S. der §§ 34 und 35 StGB gegenwärtig, wenn sich die Wahrscheinlichkeit eines Schadenseintritts so verdichtet hat, dass die zum Schutz des bedrohten Rechtsgutes notwendigen Maßnahmen sofort eingeleitet werden müssen, um den Schaden sicher zu verhindern (BGHSt 48, 255, 259).

2. Schwerpunkt Besonderer Teil des StGB

112. BGH 4 StR 283/05 – Urteil vom 15. Dezember 2005 (LG Bochum)

Volkverhetzung (böswilliges Verächtlichmachen; Angriff auf die Menschenwürde; Behauptung der religiös bedingten Bereitschaft zum sexuellen Missbrauch Minderjähriger bei Juden; Synagogenbau; öffentlicher Friede); Meinungsfreiheit (Deutungsobliegenheiten; Recht auf Gegenschlag); vermeidbarer Verbotsirrtum (Subsumtionsirrtum; Vermeidemaßnahmen).

Art. 1 GG; Art. 5 GG; Art. 10 EMRK; § 130 Abs. 1 Nr. 2 StGB; § 17 StGB

1. Wer vor dem geschichtlichen Hintergrund der nationalsozialistischen Judenverfolgung und der damit einhergehenden systematischen Zerstörung von Synagogen in einer die NS-Ideologie befürwortenden antisemitischen Gesinnung zum Ausdruck bringt, Juden seien nicht würdig, Synagogen zu errichten, trifft diese im Kernbereich ihrer Persönlichkeit und begeht damit einen Angriff auf ihre Menschenwürde.

2. Ein „Recht auf Gegenschlag“ greift nicht beim absoluten Schutz der Menschenwürde (BVerfG NSTZ 2003, 655 f.).

114. BGH 4 StR 347/05 – Urteil vom 22. Dezember 2005 (LG Göttingen)

Beweiswürdigung (Tötungsvorsatz; Schüsse auf ein fahrendes Auto; Körperverletzungsvorsatz); gefährliche Körperverletzung (Unmittelbarkeitszusammenhang beim gefährlichen Werkzeug; gemeinschaftlich: unschädlich mangelnde Kenntnis des Tatopfers).

§ 261 StPO; § 212 StGB; § 223 StGB; § 15 StGB; § 224 StGB

1. § 224 Abs. 1 Nr. 4 StGB setzt voraus, dass mindestens zwei Personen bei der Körperverletzung bewusst zusammenwirken. Nicht erforderlich ist die eigenhändige Mitwirkung jedes einzelnen an der Verletzungshandlung. Vielmehr genügt es, dass eine am Tatort anwesende Person den unmittelbar Tatausführenden aktiv - physisch oder psychisch – unterstützt (st. Rspr.; vgl. nur BGHSt 47, 383, 386/387; BGH NSTZ 2000, 194, 195).

2. Der Annahme gemeinschaftlicher Begehungsweise steht nicht prinzipiell entgegen, dass die Tatopfer von der Beteiligung einer zweiten Person keine Kenntnis hatten. Durch den Qualifikationstatbestand des § 224 Abs. 1 Nr. 4 StGB sollen Begehungsweisen erfasst werden, bei denen durch das Zusammenwirken mehrerer eine verstärkte Gefährlichkeit der Körperverletzung für das Tatopfer begründet wird (BGHSt 47, 383, 386). Der Grad der Gefährlichkeit der Körperverletzung hängt jedoch von der konkreten Tatsituation, nicht aber von der Kenntnis des Tatopfers ab.

II. Strafzumessungs- und Maßregelrecht

86. BGH 3 StR 345/05 - Beschluss vom 3. November 2005 (LG Hannover)

Antrag auf Anordnung der nachträglichen Sicherungsverwahrung (Anforderungen; Rücknahme).

§ 275a StPO; § 303 StPO; § 66b StGB

1. Zur Rücknahme eines Antrags auf Anordnung der nachträglichen Sicherungsverwahrung sowie zu den Mindestanforderungen an einen solchen Antrag. (BGHR)

2. Der Antrag der Staatsanwaltschaft auf Anordnung der nachträglichen Sicherungsverwahrung ist - insoweit vergleichbar mit einer Anklageschrift - die Grundlage für das gerichtliche Nachverfahren, in dem es um die Anordnung einer einschneidenden Maßregel geht. Er muss deshalb die Entschließung der Staatsanwaltschaft nachvollziehbar machen, die formellen Voraussetzungen der für gegeben erachteten Variante des § 66 b StGB im Einzelnen darlegen und die Behauptung enthalten, dass die materiellen Voraussetzungen der nachträglichen Sicherungsverwahrung im weiteren Verfahren festgestellt werden, dass also eine Gesamtwürdigung des Verurteilten, seiner Taten und ergänzend seiner Entwicklung während des Strafvollzugs dessen besondere Gefährlichkeit ergeben wird. (Bearbeiter)

89. BGH 3 StR 370/05 - Beschluss vom 8. November 2005 (LG Hildesheim)

Schwere räuberische Erpressung (Vermögensnachteil); Anordnung von Sicherungsverwahrung (Urteilsgründe).

§ 253 StGB; § 255 StGB; § 250 StGB; § 66 StGB; § 267 Abs. 6 StPO

1. Die für die Anordnung von Sicherungsverwahrung erforderliche Gefährlichkeit des Täters für die Allgemeinheit im Sinne des § 66 Abs. 1 Nr. 3 StGB ist nur gegeben, wenn die bestimmte Wahrscheinlichkeit besteht, dass er auch in Zukunft Straftaten begehen wird, die eine erhebliche Störung des Rechtsfriedens darstellen. Die bloße Feststellung, dass die Begehung solcher Straftaten „wahrscheinlich“ sei, genügt nicht.

2. Für die Anordnung von Sicherungsverwahrung müssen die Gründe des Urteils jedenfalls dann im einzelnen darlegen, mit Blick auf welche Vorstrafen und Verbüßungszeiten die formellen Voraussetzungen als gegeben erachtet werden, wenn das Urteil eine Vielzahl von früheren Taten und Vorstrafen schildert und der Angeklagte mehrfach Straftat verbüßt hat.

107. BGH 1 StR 482/05 – Beschluss vom 8. Dezember 2005 (LG München)

Nachträgliche Unterbringung in der Sicherungsverwahrung (neue Tatsache: veränderte Haltung zur Tat und zur Therapie; Ausnahmevorschrift).

§ 66b Abs. 2 StGB

1. Grundlage einer nachträglichen Anordnung der Sicherungsverwahrung können nur Tatsachen sein, die erst nach einer Verurteilung erkennbar werden und auf eine erhebliche Gefährlichkeit des Verurteilten für die Allgemeinheit hinweisen. Das Verfahren nach § 66b StGB gilt insbesondere nicht der Korrektur rechtsfehlerhafter früherer Entscheidungen, die von der Staatsanwaltschaft nicht beanstandet wurden.

2. Die grundlegende Haltungsänderung des Verurteilten, der vor der Verurteilung glaubhaft schuldeinsichtig und terapiemotiviert war und nach der Verurteilung Obstruktion betrieb und den Therapieabbruch provoziert hat, kann die Voraussetzungen der erforderlichen „neuen“ Tatsache erfüllen.

121. BGH 4 StR 485/05 – Beschluss vom 12. Januar 2006 (LG Magdeburg)

Nachträgliche Sicherungsverwahrung (neue Tatsache: kombinierte Persönlichkeitsstörung mit dissozialen Merkmalen, Vollzugsverhalten, prognoserelevanter symptomatischer Zusammenhang mit der Anlassverurteilung; verfassungskonforme Auslegung; Recht auf Freiheit und Sicherheit; Anwendung auf Tatbegehungen im Beitrittsgebiet); Vertrauensschutz; Rückwirkungsverbot; redaktioneller Hinweis.

§ 66b StGB; Art. 5 EMRK; Art. 103 Abs. 2 GG; Art. 20 Abs. 3 GG

1. „Neue Tatsachen“ im Sinne des § 66 b StGB sind nur solche, die nach der letzten Verhandlung in der Tatsacheninstanz und vor Ende des Vollzugs der verhängten Freiheitsstrafe bekannt oder erkennbar geworden sind (vgl. BGH NJW 2005, 3078, 3080; NStZ 2005, 561, 562). Umstände, die dem ersten Tatrichter bekannt waren, scheiden daher in jedem Fall aus. Aber auch Tatsachen, die ein sorgfältiger Tatrichter mit Blick auf § 244 Abs. 2 StPO hätte aufklären müssen, um entscheiden zu können, ob eine Maßregel nach §§ 63, 64, 66, 66 a StGB anzuordnen ist, waren erkennbar und sind nicht neu im Sinne des § 66 b StGB. Rechtsfehler, die durch Nichtberücksichtigung solcher Tatsachen entstanden sind, können nicht durch die Anordnung einer nachträglichen Sicherungsverwahrung korrigiert werden (BGH aaO). Eine Bewertung bereits bei der Anlassverurteilung bekannter oder erkennbarer Tatsachen stellt ebenfalls keine neue Tatsache dar (vgl. Senatsbeschluss vom 9. November 2005 - 4 StR 483/05 - zum Abdruck in BGHSt bestimmt).

2. Darüber hinaus müssen die nachträglich erkennbar gewordenen Tatsachen eine „gewisse Erheblichkeitsschwelle“ überschreiten. Die Frage der Erheblichkeit der „neuen Tatsache“ für die Gefährlichkeitsprognose ist eine Rechtsfrage, die vom Gericht in eigener Verantwortung ohne Bindung an die Auffassung der gehörten

Sachverständigen zu beantworten ist. Aus der Rechtsnatur der nachträglichen Sicherungsverwahrung als einer zum Strafrecht im Sinne des § 74 Abs. 1 Nr. 1 GG gehörenden Maßnahme, die an eine Straftat anknüpft und ihre sachliche Rechtfertigung auch aus der Anlassstat bezieht (vgl. BVerfGE 109, 190, Leitsatz Ziff. 1 Buchst. a) folgt, dass die Erheblichkeit der berücksichtigungsfähigen „neuen Tatsache“ vor dem Hintergrund der bei der Anlassverurteilung bereits hervorgetretenen Gefährlichkeit beurteilt werden muss. Die „nova“ müssen daher in einem prognoserelevanten symptomatischen Zusammenhang mit der Anlassverurteilung stehen (vgl. Senatsbeschluss aaO).

102. BGH 1 StR 287/05 - Urteil vom 7. Dezember 2005 (LG Konstanz)

Voraussetzungen des Täter-Opfer-Ausgleichs (erforderlicher kommunikativer Prozess; erforderliche Feststellungen).

§ 46a StGB

1. § 46a Nr. 1 StGB verlangt, dass der Täter im Bemühen, einen Ausgleich mit dem Opfer zu erreichen, die Tat „ganz oder zum überwiegenden Teil“ wieder gutgemacht hat, wobei es aber auch ausreichend sein kann, dass der Täter dieses Ziel ernsthaft erstrebt. Nach der ständigen Rechtsprechung des Bundesgerichtshofs setzt dies grundsätzlich ein Bemühen des Täters um einen kommunikativen Prozess zwischen Täter und Opfer voraus, der auf einen umfassenden, friedensstiftenden Ausgleich der durch die Straftat verursachten Folgen angelegt sein muss. Das einseitige Wiedergutmachungsbestreben ohne den Versuch der Einbeziehung des Opfers genügt dazu nicht (BGH NStZ 1995, 492; NJW 2001, 2557; NStZ 2002, 29).

2. Wenngleich ein „Wiedergutmachererfolg“ nicht zwingende Voraussetzung ist, so muss sich doch das Opfer auf freiwilliger Grundlage zu einem Ausgleich bereit finden und sich auf ihn einlassen. Dabei reicht aber allein die Erfüllung von Schadensersatzansprüchen nicht aus; insbesondere kann dadurch nicht das Erfordernis eines kommunikativen Prozesses zwischen Täter und Opfer ersetzt werden. Lässt sich das Tatopfer - etwa weil das Delikt oder Art und Umfang der Schädigungen ihm einen Ausgleich unmöglich machen - auf einen kommunikativen Prozess nicht ein, so ist das Verfahren für die Durchführung eines Täter-Opfer-Ausgleichs nicht geeignet.

3. In gleicher Weise fehlt es an einem kommunikativen Prozess und damit an den Voraussetzungen eines Täter-Opfer-Ausgleichs, wenn das Opfer überhaupt nicht - sei es persönlich oder durch einen Vertreter bzw. Vermittler - beteiligt ist. Dass dem Opfer eine solche Beteiligung möglich gemacht wird, liegt nach der Intention der gesetzlichen Regelung im Wesentlichen im Verantwortungsbereich des Täters, das heißt, seine Bemühungen müssen naturgemäß zumindest den Versuch der Einbeziehung des Opfers in den kommunikativen Prozess enthalten.

4. Regelmäßig sind tatrichterliche Feststellungen dazu erforderlich, wie sich das Opfer zu den Bemühungen des Täters gestellt hat, wie sicher die Erfüllung einer etwaigen Schmerzensgeldzahlungsverpflichtung ist und welche Folgen diese Verpflichtung für den Täter haben wird (BGH NStZ 2002, 29; BGH, Beschluss vom 22. Januar 2002 - 1 StR 500/01).

108. BGH 1 StR 541/05 – Beschluss vom 10. Januar 2006 (LG Mannheim)

Strafzumessung (berufliche Konsequenzen: Einbeziehung als Wirkung auf das künftige Leben des Täters in der Gesellschaft, Verlust der Ruhestandsbezüge eines Beamten; Erörterungspflicht).

§ 46 StGB

Berufliche Konsequenzen einer strafgerichtlichen Verurteilung sind grundsätzlich als Wirkungen, die für das künftige Leben des Täters in der Gesellschaft zu erwarten sind, bei der Strafzumessung in Betracht zu ziehen (§ 46 Abs. 1 Satz 2 StGB). Zu diesen Konsequenzen kann auch der Verlust von Ruhestandsbezügen gehören (vgl. BGH StV 1985, 454). Ob dieser Strafzumessungsgrund ausdrücklich zu nennen ist, hängt aber davon ab, ob sich seine Erörterung als bestimmender Strafzumessungsgrund aufdrängt. Dies kann vor allem dann nahe liegen, wenn durch die Verurteilung die Grundlage für die wirtschaftliche Existenz des Täters verloren geht, wie dies bei dem Verlust der Ruhestandsbezüge eines früheren Beamten der Fall sein kann (vgl. zusammenfassend BGH NStZ 1996, 539 m. w. N.).

126. BGH 5 StR 339/05 – Urteil vom 29. November 2005 (LG Dresden)

Sicherungsverwahrung (Gefährlichkeitsprognose; Symptomtaten und Gelegenheitstaten; mangelhafte Darlegung zu den Äußerungen eines Sachverständigen im Hinblick auf § 246a StPO).

§ 66 Abs. 1 Nr. 3 StGB; § 246a StPO

1. Auch eine Gelegenheitstat kann eine Hang- bzw. Symptomtat sein kann. Die Anwendung des § 66 StGB ist lediglich ausgeschlossen, wenn eine äußere Tatsituation oder Augenblickserregung die Tat allein verursacht hat (vgl. BGH MDR 1980, 326, 327; BGHR StGB § 66 Abs. 1 Hang 7).

2. Die Frage, ob das Fehlen von Darlegungen zu den Äußerungen eines Sachverständigen im Hinblick auf die zwingende Verfahrensvorschrift des § 246a StPO (vgl. BGHR StPO § 246a Satz 1 Sicherungsverwahrung 2; BGH bei Holtz MDR 1990, 97) einen auf die Sachrüge zu beachtenden Begründungsmangel darstellt, bleibt offen.

113. BGH 4 StR 314/05 – Urteil vom 15. Dezember 2005 (LG Magdeburg)

Vergewaltigung (hilflose Lage; Gewalt; Strafschärfung bei Ansteckungsgefahr und bei Oral- und Analverkehr); keine Strafmilderung bei tatsächlich unverminderter

Unrechtseinsicht; Strafzumessung (strafschärfende Berücksichtigung der Verwirklichung mehrerer Tatbestandsalternativen); Strafrahmenverschiebung bei selbstverschuldeter Trunkenheit.

§ 177 Abs. 2 StGB; § 21 StGB; § 46 StGB; § 49 StGB

1. Zwar kann es straferschwerend wirken, wenn der Täter, auch wenn dies im Urteilstenor nicht zum Ausdruck kommt, mehrere Begehungsvarianten eines Tatbestands erfüllt (vgl. BGH NStZ 1999, 130; StV 2001, 451). Voraussetzung ist jedoch, dass hieraus auf eine erhöhte Vorwerfbarkeit zu schließen ist (vgl. BGH StV 2001, 451 f.).

2. Beruht die erhebliche Verminderung der Schuldfähigkeit auf zu verantwortender Trunkenheit, spricht dies in der Regel gegen eine solche Strafrahmenverschiebung, wenn sich auf Grund der persönlichen oder situativen Verhältnisse des Einzelfalles das Risiko der Begehung von Straftaten vorhersehbar signifikant in Folge der Al-

koholisierung erhöht hat. Ob dies der Fall ist, hat der Tatrichter in wertender Betrachtung zu bestimmen; seine Entscheidung unterliegt nur eingeschränkter revisionsgerichtlicher Überprüfung (vgl. BGHSt 49, 239 = NJW 2004, 3350).

3. Zwar kann auch dann, wenn es bei ungeschütztem Oral- bzw. Analverkehr nicht zum Samenerguss gekommen ist, die ungeschützte Vornahme solcher sexuellen Handlungen grundsätzlich strafschärfend berücksichtigt werden, wobei sich erschwerend insbesondere der Umstand auswirkt, dass eine solche Tatausführung mit der erhöhten Gefahr einer Infektion verbunden sein kann (vgl. BGHR StGB § 177 Abs. 1 Strafzumessung 14). Das Gericht muss aber die Infektionsgefahr nicht strafschärfend berücksichtigen, wenn keine konkreten Anhaltspunkte dafür bestanden, dass der Angeklagte tatsächlich unter irgendeiner ansteckenden (Geschlechts-) Krankheit leidet.

III. Strafverfahrensrecht (mit GVG)

103. BGH 1 StR 411/05 – Beschluss vom 15. Dezember 2005 (LG Mannheim)

BGHR; rechtsmissbräuchlicher Befangenheitsantrag; gesetzlicher Richter (Ablehnung eines Befangenheitsantrages als unzulässig; Verwirkung; verschuldete Versetzung in den Zustand der Verhandlungsunfähigkeit).

Art. 101 Abs. 1 Satz 2 GG; § 338 Nr. 3 StPO; § 24 Abs. 2 StPO; § 26 Nr. 3 StPO

1. Rechtsmissbräuchlicher Befangenheitsantrag. (BGHR)

2. Versetzt sich der Angeklagte vorsätzlich und schuldhaft in einen Zustand, der seine Verhandlungsunfähigkeit beeinträchtigt, ist eine Rüge, der Vorsitzende Richter habe – in Unkenntnis des wahren Sachverhalts durch seine Behandlung der vom Verteidiger geltend gemachten Verhandlungsunfähigkeit die Besorgnis der Befangenheit begründet, wegen Rechtsmissbrauchs nicht mehr in der Sache zu prüfen: Eine Revision kann in diesem Fall auf eine möglicherweise unberechtigte Ablehnung des Befangenheitsantrages gemäß § 26a Nr. 2 StPO nicht gestützt werden. (Bearbeiter)

109. BGH 4 StR 198/05 – Urteil vom 8. Dezember 2005 (LG Saarbrücken)

Recht auf ein faires Verfahren (Verfahrensabsprachen: ausgeschlossener Gegenstand der Sicherungsverwahrung; Beweisanspruch zur Aufdeckung einer rechtswidrigen Verfahrensabsprache: Offenkundigkeit, Gerichtskundigkeit, Bedeutungslosigkeit, Vernehmung eines Richters); gesetzlicher Richter (Besorgnis der Befangenheit); Urteilsgründe (unzulässige Verweisung auf eine dienstliche Stellungnahme); Beweiswürdigung (Verurteilung auf Grund von Aussagen eines Mitangeklagten, denen eine Absprache zugrunde liegt); redaktioneller Hinweis.

Art. 6 EMRK; Art. 101 Abs. 1 Satz 2 GG; Art. 2 Abs. 1 GG; Art. 20 Abs. 3 GG; § 66 StGB; § 24 StPO; § 338 Nr. 3 StPO; § 244 Abs. 3 StPO; § 261 StPO; § 267 StPO

1. Ein Beweisantrag darf mit der Begründung, die Beweiserhebung sei wegen Offenkundigkeit überflüssig, nur abgelehnt werden, wenn die Beweistatsache oder ihr Gegenteil allgemein- oder gerichtskundig ist. Gerichtskundig ist, was der Richter im Zusammenhang mit seiner amtlichen Tätigkeit zuverlässig in Erfahrung gebracht hat (BGHSt 45, 354, 357 f.). Auf den Einzelfall bezogene richterliche Wahrnehmungen, die für die Überführung eines Angeklagten von wesentlicher Bedeutung sind, dürfen grundsätzlich nicht als gerichtskundig behandelt werden (vgl. BGHSt 45, 354, 359; 47, 270, 274).

2. Dies gilt auch dann, wenn die Frage betroffen ist, ob ein Geständnis im Rahmen einer möglichen Absprache glaubhaft ist. Es kann offen bleiben, wie der Antrag zu behandeln wäre, wenn es um die (möglicherweise rechtsmissbräuchliche) Benennung erkennender Richter als Zeugen ginge (vgl. BGHSt 47, 270, 273; BGH NStZ 2003, 558, 559).

3. Zur Besorgnis der Befangenheit beim Versuch, weiteren Mitangeklagten ein Geständnis abzurufen.

4. Eine Absprache darf eine möglicherweise zu verhängende Sicherungsverwahrung nicht „wegdealen“.

5. Nach der Rechtsprechung des Bundesgerichtshofs muss bei der Verurteilung eines Angeklagten aufgrund des Geständnisses eines Mitangeklagten, das Gegenstand einer verfahrensbeendenden Absprache ist, die Glaubhaftigkeit des Geständnisses in einer für das Revisionsge-

richt nachprüfbarer Weise gewürdigt werden. Dazu gehören insbesondere das Zustandekommen und der Inhalt der Absprache (BGHSt 48, 161, 168). Einer entsprechenden Verfahrensrüge bedarf es dabei nicht (vgl. BGHSt aaO S. 162, 168).

6. In einem Urteil sind in den Gründen die speziellen Anforderungen für seine revisionsrechtliche Nachprüfung zu beachten. Die Urteilsgründe müssen klar, geschlossen, erschöpfend und aus sich heraus verständlich sein (BGHSt 30, 225, 227; BGH StV 2005, 388, 391). Die Bezugnahme auf andere Schriftstücke und Erkenntnisquellen ist deshalb grundsätzlich unzulässig (BGHSt 33, 59, 60).

141. BGH 5 StR 494/05 – Beschluss vom 13. Dezember 2005 (LG Hamburg)

Unterlassene Ladung eines Verteidigers zu den Hauptverhandlungsterminen (Entzug der Vollmacht bei mehreren Wahlverteidigern: keine Erklärung durch einen Wahlverteidiger ohne gesonderte Vertretungsvollmacht; konkludenter Verzicht bzw. Verwirkung von Verfahrensrügen bei Verfahrensabsprachen; Beruhen).

Art. 6 Abs. 3 lit. c EMRK; § 218 Satz 1 StPO; § 337 StPO; § 145a StPO; § 344 Abs. 2 Satz 2 StPO

1. Eine allgemeine Verteidigungsvollmacht des Angeklagten berechtigt nicht zur Mitwirkung bei der Bestimmung der Anzahl der Verteidiger. Die Festlegung des Verteidigungsumfangs durch die Bestimmung der Anzahl der Verteidiger bleibt sachnotwendig der Entscheidung durch den Angeklagten vorbehalten und erfordert deshalb eine neben der Verteidigungsvollmacht erforderliche Vertretungsvollmacht (vgl. BGHSt 9, 356).

2. Zwar ist in der Rechtsprechung des Bundesgerichtshofs anerkannt, dass weder in der rügelosen Einlassung noch im Unterlassen eines Aussetzungsantrags ein wirksamer Verzicht des Angeklagten auf die Anwesenheit seines gewählten Verteidigers gesehen werden kann (BGHSt 36, 259, 261; BGH NStZ 2005, 114). Ein solcher Verzicht setzt die Kenntnis des Angeklagten voraus, dass sein Verteidiger nicht geladen wurde und dass er deshalb die Aussetzung beantragen kann (BGHSt aaO m.w.N.). Anderes gilt aber dann, wenn sich der Angeklagte schon vor Beginn der Hauptverhandlung unter Inanspruchnahme nur eines Verteidigers in seiner Verteidigungstaktik durch Ausarbeitung und Vorlage eines verfahrensverkürzenden Geständnisses so umfassend festgelegt, dass eine Mitwirkung des nicht geladenen, zudem als Verteidiger nicht aktiv gewordenen Rechtsanwalts den Verteidigungsinteressen des Angeklagten nicht mehr dienen und damit dessen Verteidigungschancen auch nicht mehr erhöhen konnte.

129. BGH 5 StR 358/05 - Beschluss vom 29. November 2005 (LG Göttingen)

Vergewaltigung; verminderte Schuldfähigkeit (Ausschluss einer Strafmilderung bei Alkoholisierung; mangelnde Blutprobe; psychodiagnostische Kriterien; Ausfallerscheinungen).

§ 177 Abs. 2 StGB; § 21 StGB; § 261 StPO

In Fällen, in denen keine Blutprobe entnommen worden ist, obliegt dem Gericht die Aufgabe, sich aufgrund aller Erkenntnismöglichkeiten im Rahmen freier Beweiswürdigung eine Überzeugung von der vom Angeklagten vor der Tat genossenen Alkoholmenge zu verschaffen. Auf dieser Grundlage ist eine Tatzeit-Blutalkoholkonzentration zu errechnen, die bei der Beurteilung des möglichen Wegfalls des Einsichts- oder Steuerungsvermögens zur Tatzeit in die erforderliche Gesamtwürdigung einzubeziehen ist (vgl. BGHR StGB § 21 Blutalkoholkonzentration 22, 23; BGH StV 1993, 519). Für die Beantwortung der Frage, ob die Voraussetzungen des § 21 StGB gegeben sind, kommt es sowohl auf die Höhe der Blutalkoholkonzentration als auch auf die psychodiagnostischen Kriterien an (vgl. BGHSt 43, 66), wobei das Fehlen von Ausfallerscheinungen einer erheblichen Verminderung der Steuerungsfähigkeit nicht unbedingt entgegensteht (vgl. Tröndle/Fischer, StGB 53. Aufl. § 20 Rdn. 24 m.w.N.).

124. BGH 5 StR 268/05 – Urteil vom 2. Dezember 2005 (LG Köln)

Steuerhinterziehung (Darlegungsobliegenheiten beim Freispruch); Amtsträgerstellung (sonstige Stelle; private Mischunternehmen); Untreue (Beihilfe; Mindestvermögensnachteil bei Schmiergeldzahlungen).

§ 11 Abs. 1 Nr. 2 Buchst. c StGB; § 370 AO; § 261 StPO; § 267 StPO; § 27 StGB; § 266 StGB

1. Nach § 267 Abs. 1 Satz 1 StPO muss jedes Strafurteil aus sich heraus verständlich sein (st. Rspr., vgl. BGHSt 30, 225, 227; 33, 59, 60; BGHR StPO § 267 Abs. 1 Satz 1 Bezugnahme 1). Gebotene eigene Urteilsfeststellungen oder Würdigungen dürfen nicht durch Bezugnahmen ersetzt werden, da es ansonsten sachlichrechtlich an der Möglichkeit einer Nachprüfung durch das Revisionsgericht fehlt (vgl. BGH NStZ-RR 2000, 304). Auch durch Bezugnahme auf ein eigenes früheres Urteil können die notwendigen eigenen Darlegungen im Urteil nicht ersetzt werden.

2. Die Gleichstellung eines im Mehrheitsbesitz der öffentlichen Hand befindlichen, privatrechtlich organisierten Unternehmens mit einer Behörde liegt jedenfalls dann fern, wenn ein Privater an dem Unternehmen durch seine Beteiligung über derart weitgehende Einflussmöglichkeiten verfügt, dass er wesentliche unternehmerische Entscheidungen mitbestimmen kann. Räumt der Gesellschaftsvertrag dem Privaten aufgrund der Höhe seiner Beteiligung eine „Sperrminorität“ für wesentliche unternehmerische Entscheidungen ein, kann das Unternehmen nicht mehr als „verlängerter Arm“ des Staates und sein Handeln damit nicht mehr als unmittelbar staatliches Handeln verstanden werden.

3. Bei der Auftragserrichtung durch Bestechung im geschäftlichen Verkehr bildet 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. Die Vermögensbetreuungspflicht gebietet in diesen Fällen, dass der Treupflichtige

die Möglichkeit des vorteilhaften Vertragsschlusses im Interesse des betreuten Vermögens nutzt und den Vertrag zu dem günstigeren Preis – ohne den Schmiergeldanteil – abschließt. Inwieweit andere Anbieter noch teurere Angebote eingereicht haben, bleibt demgegenüber unerheblich. Vorzuwerfen ist dem Treupflichtigen in diesen Fällen der Abschluss des um den Schmiergeldanteil über-
 teuerten Vertrages trotz konkreter Möglichkeit eines günstigeren Abschlusses und die damit einhergehende Verlagerung der Schmiergeldzahlungen zugunsten des Geschäftsführers auf die vertretene Gesellschaft durch Vereinbarung entsprechend überhöhter Zahlungsverpflichtungen mit Dritten (vgl. BGH aaO).

115. BGH 4 StR 347/05 - Beschluss vom 22. Dezember 2005 (LG Göttingen)

Sofortige Beschwerde der Nebenklage (Kostenentscheidung; Auferlegung der notwendigen Auslagen der Nebenklage bei Verurteilung wegen eines anderen Delikts als des Nebenklagedelikts).

§ 464 Abs. 3 StPO; § 472 Abs. 1 Satz 1 StPO

§ 472 Abs. 1 Satz 1 StPO erfordert nicht, dass es zur Verurteilung wegen des Nebenklagedelikts kommt. Vielmehr liegt eine den Nebenkläger betreffende Tat stets dann vor, wenn sie denselben geschichtlichen Vorgang im Sinne des § 264 StPO betrifft, der der Nebenklage zugrunde liegt, und wenn sie sich gegen den Nebenkläger als Träger eines strafrechtlich geschützten Rechtsguts richtet (BGHSt 38, 93; BGHR StPO § 472 Nebenkläger 3).

68. BGH 2 StR 402/05 - Urteil vom 30. November 2005 (LG Fulda)

Gerichtskosten im Revisionsrechtszug (Auferlegung; Nebenkläger; Staatsanwaltschaft); Auslagen des Angeklagten.

§ 473 StPO

Bleiben sowohl die Revision der Staatsanwaltschaft als auch die der Nebenklage erfolglos, so hat der Nebenkläger außer der Revisionsgebühr auch die Hälfte der gerichtlichen Auslagen zu tragen, während die durch diese beiden Revisionen verursachten notwendigen Auslagen des Angeklagten allein die Staatskasse zu tragen hat (§ 473 Abs. 2 Satz 1 StPO). Die notwendigen Auslagen des Angeklagten werden dem Nebenkläger nur dann auferlegt, wenn dieser allein erfolglos Revision eingelegt hat,

nicht dagegen, wenn auch die Staatsanwaltschaft Rechtsmittelführerin ist.

72. BGH 2 StR 522/05 - Beschluss vom 30. November 2005 (LG Bonn)

Ermächtigung zur Rücknahme der Revision (Form; Anfechtung; Irrtum); Wiedereinsetzung in den vorigen Stand (Fristversäumnis).

§ 302 Abs. 2 StPO

1. Für die zur Rücknahme der Revision durch den Verteidiger gemäß § 302 Abs. 2 StPO erforderliche ausdrückliche Ermächtigung ist eine bestimmte Form nicht vorgeschrieben, so dass sie auch mündlich erteilt werden kann.

2. Ein Irrtum des Angeklagten über die Tragweite einer Revisionsrücknahme führt nicht zur Unwirksamkeit der Ermächtigung. Auch eine Anfechtung der Ermächtigung wegen Irrtums kommt nicht in Betracht. Zwar handelt es sich nicht um eine Prozesshandlung, doch kann auch sie im Interesse der Rechtssicherheit jedenfalls dann nicht angefochten werden, wenn der Irrtum nicht auf einer unzulässigen Willensbeeinflussung beruht.

3. Der Widerruf der Ermächtigung zur Rücknahme der Revision ist jederzeit zulässig und wird schon dann wirksam, wenn ihn der Angeklagte mündlich oder fernmündlich dem Gericht oder seinem Verteidiger gegenüber erklärt. Der Widerruf führt jedoch nur dann zur Unwirksamkeit der Rücknahmeerklärung, wenn er gegenüber dem Gericht oder dem Verteidiger erklärt worden ist, bevor die Rücknahmeerklärung bei dem Gericht eingegangen ist.

142. BGH 5 StR 507/05 - Beschluss vom 12. Dezember 2005 (LG Bremen)

Recht auf Verfahrensbeschleunigung (Konzentrationsmaxime; Ausnutzung nach der StPO eröffneter Fristen).

Art. 6 Abs. 1 Satz 1 EMRK; Art. 5 Abs. 3 Satz 1 EMRK

Mit den Fristenregelungen in §§ 229, 275 StPO wird den Anforderungen effektiver und fairer Strafrechtspflege mit gebotener zügiger Sachbearbeitung unter Berücksichtigung begrenzter, auf eine Fallvielfahl sachgerecht zu verteilender Justizressourcen generell sachgerecht Rechnung getragen. In ihrer Ausschöpfung wird allenfalls in außergewöhnlich gelagerten Einzelfällen eine beanstandenswerte Verfahrensverzögerung zu finden sein.

IV. Wirtschaftsstrafrecht und Nebengebiete

100. BGH 3 StR 470/04 - Urteil vom 21. Dezember 2005 (LG Düsseldorf)

BGHSt; Untreue (gravierende Verletzung einer Vermögensbetreuungspflicht; sicherer Vermögensnachteil; Einverständnis des Vermögensinhabers); Fall Mannesmann (Vodafone); Aktiengesellschaft (Präsidium; Aufsichtsrat; Vorstand; unternehmerische Führungs- und Gestaltungsaufgaben: Beurteilungs- und Ermessensspiel-

raum); Sonderzahlung (Anreizwirkung; Dienstvertrag; kompensationslose Anerkennungsprämie; Verschwendung); unvermeidbarer Verbotsirrtum; Beihilfe bei berufstypischen neutralen Handlungen (objektive Zurechnung; Gehilfenvorsatz).

§ 266 Abs. 1 StGB; § 87 Abs. 1 AktG; § 93 Abs. 1 Satz 1 AktG; § 112 AktG; § 116 Satz 1 AktG; § 15 StGB; § 16 StGB; § 17 StGB; § 27 StGB; § 353 StPO

1. Bewilligt der Aufsichtsrat einer Aktiengesellschaft für eine erbrachte dienstvertraglich geschuldete Leistung einem Vorstandsmitglied nachträglich eine zuvor im Dienstvertrag nicht vereinbarte Sonderzahlung, die ausschließlich belohnenden Charakter hat und dem Unternehmen keinen zukunftsbezogenen Nutzen bringt (kompensationslose Anerkennungsprämie), liegt hierin eine treupflichtwidrige Schädigung des anvertrauten Gesellschaftsvermögens. (BGHSt)

2. Die zur Erfüllung des Tatbestandes der Untreue erforderliche Verletzung der Vermögensbetreuungspflicht muss auch bei unternehmerischen Entscheidungen eines Gesellschaftsorgans nicht zusätzlich „gravierend“ sein (Klarstellung zu BGHSt 47, 148 und 187). (BGHSt)

3. Die Mitglieder des Präsidiums, das die Aktiengesellschaft gegenüber den Vorstandsmitgliedern vertritt, haben bei Entscheidungen über die inhaltliche Ausgestaltung der Dienstverträge mit den Vorstandsmitgliedern und über deren Bezüge eine Vermögensbetreuungspflicht, die aus ihrer Stellung als Verwalter des für sie fremden Vermögens der Aktiengesellschaft folgt. (Bearbeiter)

4. Für unternehmerische Führungs- und Gestaltungsaufgaben ist in der Regel ein weiter Beurteilungs- und Ermessensspielraum eröffnet, da sie regelmäßig aufgrund einer zukunftsbezogenen Gesamtabwägung von Chancen und Risiken getroffen werden, die wegen ihres Prognosecharakters die Gefahr erst nachträglich erkennbarer Fehlbeurteilungen mit sich bringt. Eine Pflichtverletzung ist daher nicht gegeben, solange die Grenzen, in denen sich ein von Verantwortungsbewusstsein getragenes, ausschließlich am Unternehmenswohl orientiertes, auf sorgfältiger Ermittlung der Entscheidungsgrundlagen beruhendes unternehmerisches Handeln bewegen muss, nicht überschritten sind. (Bearbeiter)

5. Auch bei fehlender Rechtsgrundlage im Dienstvertrag ist die Bewilligung einer nachträglichen Anerkennungsprämie zulässig, soweit dem Unternehmen gleichzeitig Vorteile zufließen, die in einem angemessenen Verhältnis zu der mit der freiwilligen Zusatzvergütung verbundenen Minderung des Gesellschaftsvermögens stehen. Dies kommt insbesondere in Betracht, wenn von der freiwilligen Sonderzahlung eine für das Unternehmen vorteilhafte Anreizwirkung ausgeht. (Bearbeiter)

6. Der allgemeine Grundsatz des Zivilrechts, dass derjenige, der fremdes Vermögen zu betreuen hat, ausschließlich und uneingeschränkt im Interesse des Vermögensinhabers handeln muss und das anvertraute Vermögen nicht nutzlos hingeben darf, gilt auch im Aktienrecht. (Bearbeiter)

7. Die Vermögensbetreuungspflicht des § 266 Abs. 1 StGB ist in der Regel nicht verletzt, wenn der Vermögensinhaber sein Einverständnis mit der Vermögensschädigung erklärt hat. Bei einer Aktiengesellschaft ist Voraussetzung für ein strafrechtlich bedeutsames Einverständnis mit einer kompensationslosen Anerkennungs-

prämie, dass es entweder von dem Alleinaktionär oder von der Gesamtheit der Aktionäre durch einen Beschluss der Hauptversammlung über die Verwendung des Bilanzgewinns erteilt worden ist, nicht gegen Rechtsvorschriften verstößt oder aus sonstigen Gründen ausnahmsweise als unwirksam zu bewerten ist. Das Einverständnis eines zukünftigen Alleinaktionärs kann allein - je nach den Umständen - als den Unrechtsgehalt erheblich mindernder Faktor die Strafzumessung beeinflussen. (Bearbeiter)

8. Eine Aufrechterhaltung an sich fehlerfreier Feststellungen kommt nicht in Betracht, wenn der Angeklagte die Tatvorwürfe bestreitet und freigesprochen wird, weil er das rechtsfehlerfreie Zustandekommen der Feststellungen in diesem Fall mangels Beschwer nicht überprüfen lassen konnte. (Bearbeiter)

9. Der Vorstandsvorsitzende einer Aktiengesellschaft als deren Geschäftsführer und Vertreter hat keine Vermögensbetreuungspflicht im Sinne des § 266 Abs. 1 StGB im Hinblick auf Entscheidungen, die die Bezüge der Vorstandsmitglieder betreffen. Denn diese werden durch das Aktiengesetz nicht nur aus der Vertretungsmacht, sondern auch aus der Geschäftsführungsbefugnis des Vorstands ausgeklammert und sind dem Präsidium (Aufsichtsrat) in ausschließlicher Zuständigkeit zugewiesen (§ 87 Abs. 1 und 2, § 112 AktG). (Bearbeiter)

10. Es kann offen bleiben, ob die Problematik der Unternehmensspenden dadurch sachgerechter gelöst werden könnte, dass die Annahme einer strafbaren Untreue nach dem Grundsatz „in dubio pro reo“ ausscheidet, solange nur ein die Spende kompensierender Nutzen für das Unternehmen möglich erscheint. (Bearbeiter)

11. Es kann offen bleiben, ob die zur Eingrenzung der Beihilfestrafbarkeit bei „berufstypischen neutralen Handlungen“ entwickelten Kriterien der Sache nach weiter führen oder ob nicht vielmehr die Strafbarkeitsbeschränkung bei sachgerechter Auslegung ausreichend nach den herkömmlichen und allgemein anerkannten Regeln etwa über die objektive Zurechnung oder den Gehilfenvorsatz erfolgen kann. (Bearbeiter)

123. BGH 5 StR 119/05 – Urteil vom 2. Dezember 2005 (LG Köln)

BGHSt; Steuerhinterziehung (Selbstbelastungsfreiheit; Versteuerung von Bestechungsgeldern); Amtsträgerstellung (sonstige Stelle; private Mischunternehmen; Sperrminorität); Untreue (Beihilfe; Mindestvermögensnachteil bei Schmiergeldzahlungen; Bestechung im geschäftlichen Verkehr; Missbrauchstatbestand; Wirksamkeit der Verpflichtung); Verfall (Erlangtes bei Bestechung); Bestechlichkeit bzw. Bestechung im geschäftlichen Verkehr; Strafaussetzung zur Bewährung (Einfluss des Rechts auf Verfahrensbeschleunigung auf die Verfolgbarkeit von Steuer- und Wirtschaftskriminalität; obiter dictum des 5. Strafsenats).

Art. 2 Abs. 1 GG; Art. 1 Abs. 1 GG; Art. 6 Abs. 1 Satz 1 EMRK; § 11 Abs. 1 Nr. 2 Buchst. c StGB; § 370 AO; § 261 StPO; § 267 StPO; § 27 StGB; § 266 StGB; § 73

Abs. 1 Satz 1 StGB; § 393 AO; § 299 StGB; § 300 StGB; § 56 StGB; § 266 StGB

1. Privatrechtlich organisierte Unternehmen im Bereich der Daseinsvorsorge sind keine „sonstigen Stellen“ im Sinne von § 11 Abs. 1 Nr. 2 Buchst. c StGB, wenn ein Privater daran in einem Umfang beteiligt ist, dass er durch eine Sperrminorität wesentliche unternehmerische Entscheidungen mitbestimmen kann. (BGHSt)

2. Bei der Auftragserlangung durch Bestechung im geschäftlichen Verkehr bildet 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. (BGHSt)

3. Durch Bestechung erlangt im Sinne von § 73 Abs. 1 Satz 1 StGB ist bei der korruptiven Manipulation einer Auftragsvergabe der gesamte wirtschaftliche Wert des Auftrags im Zeitpunkt des Vertragsabschlusses, nicht der vereinbarte Werklohn. (BGHSt)

4. Wer Bestechungsgelder erhält, muss diese versteuern. Dem steht der Grundsatz der Selbstbelastungsfreiheit auch in Fällen des § 393 Abs. 2 Satz 2 AO nicht entgegen, soweit sich die Erklärungspflicht auf die betragsmäßige Angabe der Einnahmen beschränkt und nicht deren deliktische Herkunft umfasst. (BGHSt)

5. „Sonstige Stellen“ sind – ohne Rücksicht auf ihre Organisationsform – behördenähnliche Institutionen, die zwar keine Behörden im organisatorischen Sinne sind, aber rechtlich befugt sind, bei der Ausführung von Gesetzen und bei der Erfüllung öffentlicher Aufgaben mitzuwirken (vgl. BGHSt 43, 370, 375 ff.; 49, 214, 219). Es entspricht gefestigter Rechtsprechung des Bundesgerichtshofs, dass auch als juristische Personen des Privatrechts organisierte Einrichtungen und Unternehmen der öffentlichen Hand als „sonstige Stellen“ den Behörden gleichzustellen sind, wenn bei ihnen Merkmale vorliegen, die eine Gleichstellung rechtfertigen. Dies ist insbesondere dann der Fall, wenn sie bei ihrer Tätigkeit öffentliche Aufgaben wahrnehmen und dabei derart staatlicher – gegebenenfalls auch kommunaler – Steuerung unterliegen, dass sie bei einer Gesamtbewertung der sie kennzeichnenden Merkmale als „verlängerter Arm“ des Staates erscheinen (vgl. BGHSt 49, 214, 219 m.w.N.). (Bearbeiter)

6. Nach der Erfahrung des Senats kommt es bei einer Vielzahl von großen Wirtschaftsstrafverfahren dazu, dass eine dem Unrechtsgehalt schwerwiegender Korruptions- und Steuerhinterziehungsdelikte adäquate Bestrafung allein deswegen nicht erfolgen kann, weil für die gebotene Aufklärung derart komplexer Sachverhalte keine ausreichenden justiziellen Ressourcen zur Verfügung stehen. Die seit der Tat vergangene Zeit und auch die Dauer des Ermittlungs- und Strafverfahrens (vgl. Art. 6 Abs. 1 Satz 1 MRK) werden in vergleichbaren Verfahren häufig zu derart bestimmenden Strafzumessungsfaktoren, dass die Verhängung mehrjähriger Freiheitsstrafen oder

die Versagung einer Strafaussetzung zur Bewährung nach § 56 Abs. 3 StGB namentlich wegen des Zeitfaktors ausscheidet. Dem in § 56 Abs. 3 StGB zum Ausdruck gekommenen Anliegen des Gesetzgebers, das Vertrauen der Bevölkerung in die Unverbrüchlichkeit des Rechts vor einer Erschütterung durch unangemessen milde Sanktionen zu bewahren, kann im Bereich des überwiegend tatsächlich und rechtlich schwierigen Wirtschafts- und Steuerstrafrechts nach Eindruck des Senats nur durch eine spürbare Stärkung der Justiz in diesem Bereich Rechnung getragen werden. Nur auf diese Weise – nicht durch bloße Gesetzesverschärfungen – wird es möglich sein, dem drohenden Ungleichgewicht zwischen der Strafpraxis bei der allgemeinen Kriminalität und der Strafpraxis in Steuer- und Wirtschaftsstrafverfahren entgegenzutreten und dem berechtigten besonderen öffentlichen Interesse an einer effektiven Strafverfolgung schwerwiegender Wirtschaftskriminalität gerecht zu werden. (Bearbeiter)

81. BGH 3 StR 243/02 - Urteil vom 15. Dezember 2005 (LG Mönchengladbach)

Unerlaubtes Handeltreiben mit Betäubungsmitteln (Versuch trotz „verzweifelter Bemühungen“ um ein Umsatzgeschäft mit „Drogendealern“; Vollendung; Eigenverbrauch); Recht auf Verfahrensbeschleunigung (rechtsstaatswidrige Verfahrensverzögerung; Anfrageverfahren; Großer Senat für Strafsachen).

§ 29 BtMG; § 22 StGB; § 23 StGB; § 132 GVG; Art. 6 Abs. 1 Satz 1 EMRK; Art. 2 Abs. 1 GG; Art. 20 Abs. 3 GG

Zu einem Einzelfall, in dem nach den Grundsätzen des Großen Senats für Strafsachen auch nach dem „verzweifelten Bemühen“, mit „Drogendealern“ ein konkretes Umsatzgeschäft zu tätigen, keine Vollendung angenommen wurde.

85. BGH 3 StR 61/02 - Urteil vom 15. Dezember 2005 (LG Mönchengladbach)

Unerlaubtes Handeltreiben mit Betäubungsmitteln (reine Vorbereitungshandlungen; Vorfeld eines noch nicht näher konkretisierten Drogenumsatzes); Recht auf Verfahrensbeschleunigung (rechtsstaatswidrige Verfahrensverzögerung; Anfrage- und Vorlageverfahren).

§ 29 BtMG; Art. 6 Abs. 1 Satz 1 EMRK; Art. 2 Abs. 1 GG; Art. 20 Abs. 3 GG

Zu einem Einzelfall, in dem nach den Grundsätzen des Großen Senats für Strafsachen eine reine Vorbereitungshandlung angenommen worden ist (hier: Auftrag zur Erkundung einer Telefonnummer, unter der Betäubungsmittel gekauft werden können).

74. BGH 2 StR 539/05 - Beschluss vom 21. Dezember 2005 (LG Koblenz)

Unerlaubtes Handeltreiben mit Betäubungsmitteln (Täterschaft; Teilnahme; Kurier); Aufrechterhaltung des Rechtsfolgenausspruchs trotz Schuldspruchänderung zur Beteiligungsform (Beruhen).

§ 29 BtMG; § 25 StGB; § 26 StGB; § 27 StGB; § 337 StPO; § 354 Abs. 1 StPO analog

1. Der Tatbestand des Handeltreibens mit Betäubungsmitteln ist weit auszulegen und erfasst grundsätzlich alle Tätigkeiten, soweit sie auf den späteren Umsatz des Rauschgifts gerichtet sind. Nicht jede eigennützige Förderung fremder Umsatzgeschäfte ist aber als täterschaftliches Handeltreiben zu bewerten; eine ganz untergeordnete Tätigkeit genügt in aller Regel nicht.

2. Die Tätigkeit eines Kuriers, der gegen Entlohnung selbst Betäubungsmittel transportiert, ohne selbst Käufer oder Verkäufer zu sein, ist nicht grundsätzlich von untergeordneter Bedeutung, auch er kann Täter sein. Zu dieser

Feststellung bedarf es jedoch der Abgrenzung zur Beihilfe nach den allgemeinen Grundsätzen des Strafrechts.

3. Von Bedeutung für die Abgrenzung zwischen Täterschaft und Beihilfe kann bei einem Kurier sein, ob er mit dem An- und Verkauf der transportierten Betäubungsmittel zu tun hatte, ob er auf Menge, Transportweg und -ziel Einfluss nahm, ob er das Rauschgift eigenverantwortlich oder unter der Aufsicht und Anleitung transportierte und in welcher Höhe er eine Entlohnung für die Kurierfahrt bekam.

Aufsätze und Entscheidungsanmerkungen

Feindstrafrecht als Theorie der Normgeltung und der Person

Von **Dr. Jochen Bung**,* Universität Frankfurt am Main

Wo es Recht gibt, gibt es zugleich und eben deswegen auch Außerrechtliches. Um diesen Umstand angemessen zum Ausdruck zu bringen, bedarf es nicht so anspruchsvoller Termini wie System und Umwelt; man kann es bei den herkömmlichen Begriffen belassen. Schwerlich lässt sich eine interessante Diskussion über das Recht vorstellen, in der es nicht in dem einen oder anderen Sinne darum ginge, es mit dem Außerrechtlichen in ein Verhältnis zu setzen. In der Rechtsphilosophie fungiert als prominentes (aber schon ein wenig angestaubtes) Exempel die Debatte über Naturrecht und Positivismus. Ist Naturrecht überhaupt *Recht* oder täuscht die Äquivokation über fundamentale oder gar kategoriale Unterschiede hinweg? Die Diskussion um die sog. *Trennungsthese*¹ erweist sich allerdings schnell als unergiebig, wenn man zur Kenntnis nimmt, dass es auch dem Positivismus nicht darum geht, die Relevanz des Außerrechtlichen zu bestreiten, sondern vielmehr gerade darum, Moral, Ethos und Politik als Wertmaßstab für das Recht allererst zu gewinnen.² Begriffliche Trennungen haben den Vorteil, dass man das Getrennte als solches schärfer sieht – und dadurch unter Umständen in den Stand gesetzt wird, es in einem neuen und aufschlussreichen Sinne wieder aufeinander zu beziehen.

Günther Jakobs' Versuche zur Konzeptualisierung eines sog. *Feindstrafrechts* liegt eine Trennungsthese im eben erläuterten Sinne zugrunde. Der Begriff des Feindstrafrechts soll gerade dazu dienen, die Konturen des „norma-

len“, rechtsstaatlichen *Bürgerstrafrechts* schärfer in den Blick zu bekommen, nach dem unter der Hand die Kontaminationen bereits eingetreten seien und sich unkontrolliert weiter ausbreiteten.³ Darüber hinaus stellt die Jakobssche Trennungsthese den Anschluss der Strafrechtswissenschaft an die Rechtsphilosophie wieder her; denn auch in der Diskussion um das Feindstrafrecht stellt sich die Frage nach dem Verhältnis des Rechts zum Außerrechtlichen. Wenn die dem Feindstrafrecht gemäße Sanktion „Machtstrafe“ ist,⁴ Macht aber – jedenfalls *per se* – etwas Außerrechtliches ist, fragt sich: Ist das Feindstrafrecht überhaupt noch Recht oder täuscht die Äquivokation über fundamentale oder gar kategoriale Unterschiede hinweg? »Das Feindstrafrecht«, schreibt Jakobs, »folgt anderen Regeln als ein rechtsstaatliches Binnenstrafrecht, und es ist überhaupt noch nicht ausgemacht, dass es sich, auf den Begriff gebracht, als Recht erweist.«⁵ Und selbst wenn es sich als solches erweisen sollte, ist damit noch nichts über das speziellere Problem gesagt, ob Feindstrafrecht überhaupt noch *Strafrecht* ist oder ob die Äquivokation wenigstens insoweit über fundamentale oder gar kategoriale Unterschiede hinwegtäuscht. Immerhin hat der spanische Rechtswissenschaftler Manuel Cancio Meliá den Begriff des Feindstrafrechts unlängst als *contradictio in adjecto* bezeichnet.⁶

Ich will durch diese einleitenden und zum Teil vorgehenden Bemerkungen zu verstehen geben, dass es mir im folgenden um eine sachliche und gänzlich unpolemische Auseinandersetzung mit der Position von Jakobs gehen wird, obwohl ich die bisherigen Entwürfe zur Konzeption eines Feindstrafrechts über weite Strecken nicht nur für normativ falsch, sondern an entscheidenden Stellen auch

* Der Beitrag ist in leicht veränderter Form dem aktuell erscheinenden Sonderband »*Bitte bewahren Sie Ruhe*« - **Leben im Feindrechtsstaat** entnommen, der von Thomas Uwer herausgegeben wird.

¹ R. Alexy, Begriff und Geltung des Rechts, Freiburg, München 1992, S. 15.

² H. Kelsen, Reine Rechtslehre, 2. Aufl., Wien 1960, S. 68.

³ Jakobs, Bürgerstrafrecht und Feindstrafrecht, HRRS 2004, S. 93 f.; ders., Staatliche Strafe: Bedeutung und Zweck, hrsg. von der Nordrhein-Westfälischen Akademie der Wissenschaften, Paderborn 2004, S. 45 f.

⁴ Jakobs, Das Selbstverständnis der Strafrechtswissenschaft vor den Herausforderungen der Gegenwart, Kommentar, in: A. Eser, W. Hassemer, B. Burkhardt (Hg.), Die deutsche Strafrechtswissenschaft vor der Jahrtausendwende. Rückbesinnung und Ausblick, München 2000, S. 56.

⁵ Ebd. (Fn. 4), S. 51.

⁶ Cancio Meliá, Feind„strafrecht“? ZStW 117 (2005), S. 268.

für begrifflich wenig konsistent halte. Dennoch ist unbestreitbar und als großes Verdienst zu werten, dass die Diskussion um das Feindstrafrecht die Strafrechtswissenschaft wieder an ihre rechts- und staatsphilosophische Tiefendimension erinnert hat, die im akademischen Betrieb weithin in Vergessenheit geraten ist. Insbesondere wird die Idee eines außergewöhnlichen Strafrechts im Kontext einer zum Teil sehr elaborierten Theorie der Normgeltung entfaltet, die man in den Blick nehmen muss, um zu wissen, wovon überhaupt die Rede ist. Es ist klar, dass die polarisierende Rede vom Feind dazu angetan ist, die Befürchtung geistiger Komplizenschaft mit Carl Schmitts Begriff des Politischen oder andere unguete Assoziationen aufkommen zu lassen.⁷ Durchaus finden sich in den diversen Aufsätzen Jakobs' Passagen, die es schwer machen, die affektiven Anteile des Lesens zu unterdrücken, aber ich habe mich bewusst entschieden, mit dem Zitieren solcher Stellen äußerst sparsam zu verfahren. Die immer wieder auftretende Frage, ob das Ganze normativ oder deskriptiv gemeint ist⁸, interessiert mich überhaupt nicht, sofern sie sich auf die persönliche Einstellung von Herrn Jakobs bezieht. Argumente sind Gebilde, deren Sinn vorzugsweise nicht in der Richtung *ad hominem* gesucht werden sollte.

Im Mittelpunkt meiner Überlegungen steht die Frage, ob der Begriff eines Feindstrafrechts schlüssig aus der Jakobsschen Theorie der Normgeltung folgt, die zugleich auch eine Theorie über den Status der Person ist. Ich meine, dass sie *nicht* daraus folgt, und das hängt – wie ich zeigen möchte – wesentlich mit dem unklaren Kriterium der „kognitiven Mindestgarantie“ zusammen (Abschnitt II). Zuvor will ich zeigen, dass bereits in dem einschlägigen frühen Aufsatz von Jakobs in der ZStW von 1985 der strafrechtliche Rechtsgüterschutz eine normtheoretische Reinterpretation erfährt, die – insoweit der ursprünglich kritischen Absicht der Abhandlung zuwiderlaufend – die Grenze zwischen Feind- und Bürgerstrafrecht eher verwischt (Abschnitt I). Außerdem interessieren mich die rechts- und staatsphilosophischen Referenzen von Jakobs, insbesondere sein Bezug auf Hobbes und Kant (Abschnitt III). Schließlich will ich die Konzeption des Feindstrafrechts auf einen dezidiert außerrechtlichen Begriff beziehen, von dem ich glaube, dass er das Wesen dieser Konzeption scharf zu Tage treten lässt, nämlich den Begriff der *Angst* (Abschnitt IV).

I. Alternative Begründung von Vorfeldkriminalisierungen: Normen statt Rechtsgüter

⁷ H. Prantl, Diabolische Potenz, SZ v. 5./6.3.2005, S. 17; L. Schulz, „Die deutsche Strafrechtswissenschaft vor der Jahrtausendwende“, Tagungsbericht, ZStW 112 (2000), S. 659; generell zum Feindstrafrecht als „irreführende Metapher“ B. Schünemann, Die deutsche Strafrechtswissenschaft nach der Jahrtausendwende, GA 2001, S. 212, s. auch R. Hamm, Feindstrafrecht – Bürgerstrafrecht – Freundstrafrecht, in: Rode u.a. (Hg.), Neue Lust auf Strafen, Bd. 27 der Schriftenreihe des Instituts für Konfliktforschung, 2005.

⁸ Cancio Meliá (Fn. 6), S. 279.

Jakobs führt den Begriff des Feindstrafrechts bekanntlich in seiner vor über zwanzig Jahren in der ZStW erschienen Abhandlung über „Kriminalisierung im Vorfeld einer Rechtsgutverletzung“ ein.⁹ Diese Abhandlung weist eine eigentümliche Ambivalenz auf, weshalb ich sie hier zum Gegenstand einer gesonderten und eingehenderen Betrachtung machen möchte. Obwohl die Rede vom Feindstrafrecht zunächst den Eindruck erweckt, es gehe wesentlich um die Kritik einer bestimmten Form von rechtsstaatlich bedenklicher Strafnormenschaffung (wie sie insbesondere in der auf den „Internbereich“ des prospektiven Täters zugreifenden Vorfeldkriminalisierung Ausdruck findet), lässt sich zeigen, dass bereits in diesem frühen Vorschlag die gedanklichen Elemente enthalten sind, die den methodologischen und normativen Sinn einer Trennung von Feindstrafrecht und Bürgerstrafrecht unterminieren.

Jakobs beginnt seine Überlegungen mit einer kraftvollen Kritik der „Prinzipienlosigkeit“ der gegenwärtigen strafrechtsdogmatischen Diskussion. Exemplarisch zeige sich dies an folgendem handfesten Widerspruch: Während allenthalben die Limitierung des strafbaren Versuchs als „rechtsstaatliches Postulat ersten Ranges“ angesehen werde, wirke sich dies eigentümlicherweise nicht derart aus, »dass der Legitimation von Bestrafungen vor Versuchsbeginn, etwa wegen Delikt Vorbereitung durch einen Beteiligungsversuch nach § 30 StGB, mehr als einige Pflichtübungen gewidmet würden.«¹⁰ Diesem Befund kann man in der Tat nur zustimmen. Gegenüber einer Regel wie § 30 Abs. 2 StGB werden die meterdicken Abhandlungen über die Abgrenzung von strafbarem Versuch und strafloser Vorbereitung an sich zur Makulatur, nur dass dies niemand offen zu sagen wagt. Jakobs macht für diese merkwürdige Abwesenheit von Problembewusstsein unter anderem die Lehre von den *Rechtsgütern* verantwortlich, deren Ansatz ins Uferlose führe, weil mit dem amorphen Begriff des Rechtsguts alles mögliche in Verbindung und damit in den Ruch der Sozialschädlichkeit gebracht werden kann; dies unter Missachtung des doch eigentlich durch das Prinzip des liberalen Rechtsstaats verbürgten Freiheitsraums der Rechtsadressaten. Jakobs schreibt: »Der Täter wird nur dadurch definiert, dass er dem Rechtsgut gefährlich werden kann, wobei sich der Beginn der Gefahr potentiell grenzenlos vorverlagern lässt. Der Täter hat keine Privatsphäre, keinen Bereich eines noch-nicht-sozial-relevanten Verhaltens, sondern ist nur Gefahrenquelle, mit anderen Worten, Feind des Rechtsguts.«¹¹ Jakobs weiter: »Der Definition des Täters als Rechtsgutsfeind (...) soll hier eine Definition des Täters als Bürger entgegengesetzt werden. Der Täter soll dabei nicht nur insoweit wahrge-

⁹ ZStW 97 (1985), S. 751–785; vgl. dazu auch C. Prittowitz, „Feindstrafrecht“ – zu einem (untauglichen) Versuch gemanagter Kriminalitätsbekämpfung durch Diabolisierung des Kriminellen, in: A. Pilgram und C. Prittowitz (Hg.), Kriminologie – Akteurin und Kritikerin gesellschaftlicher Entwicklung, Baden-Baden 2005, S. 225 sowie A. Aponte, Krieg und Feindstrafrecht – Überlegungen zum „effizienten“ Feindstrafrecht anhand der Situation in Kolumbien, Baden-Baden 2004, S. 126 ff.

¹⁰ Jakobs (Fn. 9), S. 752.

¹¹ Ebd., S. 753.

nommen werden, als er den Gütern des Opfers gefährlich werden kann, sondern er soll von vornherein auch durch sein Recht auf eine von Kontrolle freie Sphäre definiert werden¹². Dabei geht es Jakobs nicht lediglich um die Sphäre der *cogitationes* oder um eine naturalistische Reduktion der bürgerlichen Freiheit auf »Interna hinter der Haut«¹³, sondern – klassisch freiheitsrechtlich – auf jeden Gebrauch der Freiheit, sofern er nicht mit dem legitimen Freiheitsgebrauch anderer ins Gehege kommt. Die Verbrechensverabredung nach § 30 Abs. 2 StGB schädigt und stört nichts und niemanden, also wird im Wege ihrer Kriminalisierung den Beteiligten insoweit der Bürgerstatus aberkannt, sie werden zum Zweck des „Rechtsgüterschutzes“ ihres Internums beraubt und mithin als Feinde behandelt. Jakobs: »Eine solche Diminuirung des Subjekts gehört zu einem Strafrecht eigener Art, das vom bürgerlichen Strafrecht deutlich unterschieden ist: Das Feindstrafrecht optimiert Rechtsgüterschutz, das bürgerliche Strafrecht optimiert Freiheitssphären.«¹⁴ Als weitere materiellrechtliche Beispiele einer feindstrafrechtlichen Kriminalisierungspraxis verweist Jakobs noch auf Delikte im Bereich des Staatsschutzes, auf §§ 129, 129 a StGB (heute wäre § 129 b StGB selbstverständlich zu ergänzen) sowie auf Urkundsdelikte in den Varianten des Herstellens und Verschaffens. Man könnte weitere Delikte nennen, in ganz vorderer Reihe etwa § 265 StGB, bei dem schon die Normüberschrift „Versicherungsmissbrauch“ nicht zutrifft, weil bei allen tatbestandlichen Varianten von einem Missbrauch (eben einer missbräuchlichen Inanspruchnahme des Versicherers) schlechterdings nicht die Rede sein kann, der Handelnde vielmehr ganz im Rahmen seiner insoweit durch sein Eigentumsrecht markierten Privatautonomie verbleibt. Immer wird dabei, so Jakobs zutreffend, mit dem Argument hantiert, solche fragwürdigen Normen dienten der Verbesserung des Rechtsgüterschutzes, wobei oftmals gar nicht klar ist, worin das betreffende Rechtsgut überhaupt bestehen soll. Mit Bezug auf § 265 StGB gefragt: Ist es das Vermögen des einzelnen Versicherers oder nicht doch eher (oder auch noch) die Funktionsfähigkeit der Versicherungswirtschaft oder möglicherweise und sicherheitshalber besser gleich das ganze Volkvermögen?¹⁵

Für Jakobs ist eine solche Kriminalisierung des „Vorfeldes“ mit den Prämissen eines freiheitlichen Strafrechts nicht in Einklang zu bringen: Die »Berücksichtigung der Interna degradiert den Bürger zum Feind«¹⁶. Für das Strafrecht eines liberalen Staates gibt es eine klare Maxime im Verhältnis von objektivem und subjektivem Tatbestand. Der subjektive Tatbestand dient der Interpretation des sichtbaren Verhaltens und ist als Ansatzpunkt einer genuinen Kriminalisierung ausgeschlossen. Erst ein

¹² Ebd.

¹³ Ebd., S. 754.

¹⁴ Ebd., S. 756.

¹⁵ M. Papamoschou und J. Bung, § 265 StGB: Eine legislative Entgleisung, in: Institut für Kriminalwissenschaften und Rechtsphilosophie Frankfurt am Main (Hg.), Irrwege der Strafgesetzbildung, Frankfurt am Main u.a. 1999, S. 250 ff.

¹⁶ Jakobs (Fn. 9), S. 761.

»externes Verhalten, das stört, erlaubt die Frage nach dem internen Kontext«¹⁷.

An zwei wichtigen Beispielen versucht Jakobs seine Formel von der sekundären Bedeutung des Internums zu konkretisieren. Einmal mit Blick auf die Regel des § 22 StGB, die in offensichtlich bedenklicher Weise allein auf das Vorstellungsbild des Täters abstellt, um den Versuchsbeginn zu markieren. Zum anderen in einer Auseinandersetzung mit der Frage, inwieweit eine Kriminalisierung im Wege der Schaffung sog. abstrakter Gefährdungstatbestände unter den Voraussetzungen eines liberalen Strafrechts legitim ist. Auf die Argumentation im einzelnen kann ich hier nicht eingehen. Mir kommt es darauf an zu zeigen, dass sich insbesondere in Jakobs' Auseinandersetzung mit der Frage nach der Legitimität abstrakter Gefährdungsdelikte eine Tendenz bemerkbar macht, die der ursprünglich kritischen Intention der Untersuchung, namentlich der Kritik an der potentiellen Uferlosigkeit des Rechtsgutsbegriffs zuwiderläuft. Zum Beispiel deutet Jakobs auf einmal die Bereitschaft an, statt einen manifesten Schaden an einer Sache auch den Zweifel an ihrer Gebrauchsfähigkeit als „schadensgleich“ zu werten. Er schreibt: »Sofern Güter nur nutzbar sind, wenn man gewiss ist, dass sie ihren biologischen, physikalischen oder chemischen Zustand nicht verändert haben, ist schon die Störung der Gewissheit Störung der Nutzbarkeit und damit Schadensverursachung.«¹⁸ Diese Einschätzung unterminiert Jakobs' eigene Formel vom Verhältnis des Externen zum Internen, weil zur Begründung strafwürdigen Geschehens zwar nicht das Internum des Täters aber das Internum eines – vermeintlichen – Opfers (nämlich die Zweifel an der Güterintegrität) untergeschoben wird. Damit deutet sich eine Theorie an, bei der man besorgen muss, dass sie am Ende der Uferlosigkeit der Rechtsgutslehre in nichts nachsteht und die schließlich im Lichte des Begriffs eines „Normgeltungsschadens“¹⁹ der Kriminalisierung von allem und jedem dienen kann.

Jakobs entwirft diese Theorie im zweiten Abschnitt der Abhandlung. Hier geht es ihm um die Frage, »ob ein Verhalten, das in seiner Eigenschaft als Vorbereitung der Verletzung bestimmter Rechtsgüter nicht legitim kritisiert werden kann, nicht doch wegen der Verletzung vorgezogener oder flankierender Rechtsgüter Kriminalisierung verdient«²⁰. Nun, genau dies war ja der Stein des Anstoßes für Jakobs' höchsteigene Kritik am Amorphen des Rechtsgutsbegriffs: dass man ihn mit allem möglichen in Verbindung bringen kann, dass man etwa, wenn ein bestimmtes Primärrechtsgut nicht für die Begründung einer Strafwürdigkeit ausreicht oder auszureichen scheint, im Handumdrehen ein vorgelagertes oder „flankierendes“ Rechtsgut hervorzaubern kann. Warum begibt sich Jakobs also überhaupt auf diese Gedankenspur? Das ist in Anbetracht seiner ursprünglichen Kritik an der Prinzipienlosigkeit der Strafrechtsdogmatik nicht unmittelbar ersichtlich. Dennoch geht es ihm im Fortgang der

¹⁷ Ebd.

¹⁸ Ebd., S. 768, Fn. 22.

¹⁹ Jakobs, Bürgerstrafrecht und Feindstrafrecht (Fn. 3), S. 91.

²⁰ Jakobs (Fn. 9), S. 773.

Untersuchung um die Skizze einer generellen Begründungsfähigkeit von Vorfeldkriminalisierungen, die zwar auf das Konzept des Rechtsguts verzichtet, aber dafür ein alternatives Begriffsrepertoire bereitstellt, das in seiner Konturenlosigkeit der Rechtsgüterlehre nicht nur in nichts nachsteht, sondern sie vermutlich noch bei weitem übertrifft. Damit wird allerdings die von Jakobs selbst als so wichtig erachtete Grenze zwischen Feind- und Bürgerstrafrecht wieder verwischt.

Ausgangspunkt der Überlegungen von Jakobs ist die Möglichkeit der Bestimmung von „Partialunrecht“: »Man kann das Unrecht des Verletzungsstadiums in diverser Partialunrecht zerlegen und unter Verzicht auf eine komplette Sammlung allen Partialunrechts das Unrecht durch einige frühzeitig verwirklichte Unrechtssplitter oder gar nur durch einen einzigen Splitter definieren.«²¹ – Kriminalisierung von Unrechtssplittern? Das klingt jedenfalls nicht nach einem Strafrecht, das sich gegenüber der Freiheitssphäre der Bürger zurückerkämpft, sondern – wenn man einmal vom kontingenten oder fragmentarischen Charakter der Aspekte absieht, der durch die Metapher des Splitters nahegelegt wird – schon eher nach dem potentiell lückenlosen, totalitären Strafrecht, gegen das Jakobs doch „altliberal“²² antreten wollte. Nun entwickelt er aber eine Theorie der *flankierenden Norm*, die in ihren strafbarkeitsbegründenden Konsequenzen alles andere als den Eindruck von Altliberalität macht, sondern genau jenem prinzipienvergessenen Positivismus anheim fällt, den er zu Beginn seiner Abhandlung der herrschenden Strafrechtsdogmatik zugeschrieben hatte. Die Argumentation ist nämlich im Kern tautologisch: »Bei Delikten mit bloßem Partialunrecht werden nicht die Hauptnormen (die Normen der Verletzungsdelikte) übertreten, sondern flankierende Normen, deren Aufgabe ist, die Geltungsbedingungen der Hauptnormen zu garantieren.«²³ Das besagt nicht viel mehr als dies: *dass bei Delikten mit bloßem Partialunrecht eben diese Delikte verletzt werden.* Die Theorie der flankierenden Norm wird zwar in den aufwendigen Begründungskontext einer allgemeinen Theorie der Normgeltung eingebettet, kommt aber als Rechtfertigung von Strafrecht nicht über die Tautologie hinaus.

Man kann Jakobs nicht widersprechen, wenn er betont, dass es nicht ausreicht, wenn eine Strafnorm in ihrer Beziehung zum potentiellen Täter begriffen wird, die Beziehung zu den potentiell Betroffenen der Normverletzung gehört selbstverständlich dazu. Normgeltung ist ein *trianguläres* Verhältnis zwischen Normbrechern, Normbruchsbetroffenen und der Norm selbst. Analytisch folgt aus der genannten Triangulation, dass zur Normgeltung auch die Erwartung gehört, der Normbruch werde auf Einzelfälle beschränkt bleiben. Deswegen folgt für Jakobs, »dass Normgeltung nicht nur durch Normbrüche im üblichen Verständnis beeinträchtigt werden kann, sondern überhaupt durch jegliche Beeinträchtigung des Normvertrauens der Betroffenen, gleich auf welchem

Wege dies geschieht«²⁴. Dieses Argument ist normtheoretisch ganz richtig – und für die Erfordernisse eines rechtsstaatlichen Strafrechts gleichwohl hochgefährlich. Und zwar genau dann, wenn man die Vorstellung des geltungskonstitutiven Normvertrauens mit der Theorie der flankierenden Strafnorm verkoppelt. In Verbindung mit dem Gedanken des geltungskonstitutiven Normvertrauens ist die Theorie der flankierenden Strafnorm potentiell uferloses Strafrecht, weil Normvertrauen (wie Jakobs selbst sagt) auf allen möglichen Wegen erschüttert werden kann und die Aufgabe eines Vertrauensschutzes in diesem Sinne dazu führen muss, dass man sie auf allen möglichen Wegen verfolgt. Nicht unerwartet mündet die Theorie des Partialunrechts auf diesem Wege in die Idee eines, wenn man so will, General-Partialunrechts der *Rechtsfriedensstörung*. Der Tatbestand der flankierenden Norm hat die allgemeine Form „Wer das Normvertrauen beeinträchtigt oder zu beeinträchtigen unternimmt, wird bestraft“.

Dass der totalitäre Kern der Theorie der flankierenden Norm nicht offen zu Tage tritt, liegt daran, dass sich Jakobs in der Folge der Untersuchung darum bemüht zu begründen, warum unter den Prämissen seiner Normgeltungstheorie Delikte wie § 241 StGB (Bedrohung) oder § 126 StGB (Störung des öffentlichen Friedens durch Androhung von Straftaten) in Ordnung gehen, eine Norm wie § 140 StGB (Belohnung und Billigung von Straftaten) jedoch nicht. Der scheinbar liberale Gestus wird dabei allerdings immer wieder durch Aussagen konterkariert, die zeigen, wie weit Jakobs schließlich die Idee des strafrechtlichen Normvertrauensschutzes denkt: »Falls (...) jemand von der Vergangenheit redet, aber augenzwinkernd klarstellt, dass die Zukunft gemeint ist, so bedarf es keines Tatbestands des Belohnens und Billigens; denn schon Anstiftung, überhaupt psychische Beteiligung, und öffentliche Aufforderung zu Straftaten (§§ 26 f., 111 StGB) erfassen solches Verhalten.«²⁵

Ich möchte mich hier allerdings nicht in die „Partialdiskussion“ einzelner Straftatbestände begeben, sondern festhalten, dass die Theorie der Normgeltung in Verbindung mit dem Gedanken der flankierenden Strafnorm genau jener Grenzverwischung zwischen Bürger- und Feindstrafrecht Vorschub leistet, deren Verhinderung Jakobs mit seiner Unterscheidung doch in ursprünglich kritischer Absicht bezweckte. Ich vermute, und deswegen habe ich mich so eingehend mit dem frühen Aufsatz befasst, dass in dieser *Zweideutigkeit* (zu Jakobs` *Zweideutigkeit* s. auch Aponte²⁶) der Grund dafür zu suchen ist, warum es so unklar ist, wie Jakobs selbst zum Feindstrafrecht steht. In seinem Versuch einer normgeltungstheoretischen Alternative zur rechtsgutsorientierten Vorfeldkriminalisierung ist aber augenscheinlich genau jene Uferlosigkeit angelegt, die dem strafenden Staat seine Bürger zu Feinden werden lässt. Insofern ist eine eingehendere Beschäftigung mit der Theorie der Normgeltung erforderlich, die ich im folgenden Abschnitt unternehme.

²¹ Ebd., S. 774.

²² Ebd., S. 783.

²³ Ebd., S. 775.

²⁴ Ebd.

²⁵ Ebd., S. 781.

²⁶ Aponte (Fn. 9), S. 131 ff.

II. Normative Erwartung und kognitive Mindestgarantie

Die Geltung einer Norm lässt sich nicht ausschließlich im Verhältnis zum potentiellen Normbrecher bestimmen, sondern in einem Dreiecksverhältnis, in dem der mögliche Normbruch in der Erwartung oder dem Vertrauen aufgehoben ist, er werde nur ausnahmsweise erfolgen. Diese Triangulation ist der Grund dafür, dass negative Generalprävention als Strafzweck eine Verkürzung der Perspektive darstellt. Die meisten müssen sich nicht abschrecken lassen, sondern wollen in ihrer Erwartung bestärkt oder bestätigt werden, dass ihr Vertrauen in die Normgeltung begründet ist. Wenn sanktioniert wird, dann eben auch und vor allem zur Bestätigung dieser Erwartung. Das ist im Kern die Theorie der *positiven Generalprävention*, auf die ich hier nicht näher eingehen muss.²⁷

Jakobs' Theorie der Normgeltung (und die mit ihr eng zusammenhängende Theorie der *Person*, auf die gleich zu sprechen komme) gründet im wesentlichen auf zwei Begriffen: dem der normativen Erwartung und dem der „kognitiven“ Untermauerung dieser Erwartung. Das besagt: Normgeltung findet nur statt, wo auch Normgeltungsvertrauen ist und Normgeltungsvertrauen nur da, wo die Erwartung, dass eine Norm gilt, nicht systematisch enttäuscht wird. Diese Interdependenz ist kaum zu bestreiten. Mit Jakobs Beispiel: »[N]iemand wird sich bei einem nächtlichen Gang durch den Stadtpark allein damit beruhigen, dass er nicht beraubt oder gar erschlagen werden darf, vielmehr wird er, so er den Gang unternimmt, auch davon ausgehen, er werde höchstwahrscheinlich nicht solcherart traktiert werden.«²⁸ »Ohne hinreichende kognitive Sicherheit«, argumentiert er an anderer Stelle, »erodiert die Normgeltung und wird zum leeren Versprechen«²⁹. Hier wird deutlich, was Jakobs meint, wenn er den Zusammenhang von Normgeltung, Normbruch und Sanktion des Normbruchs als kommunikatives Geschehen³⁰, als „normative Verständigung“³¹ auffasst. Der Normbruch, etwa die Straftat, hat die Bedeutung einer *Behauptung*; nämlich einer Behauptung des Inhalts, dass die Norm nicht verpflichtet oder jedenfalls vom aktuellen Täter im Wege einer Individual derogation ihrer verpflichtenden Kraft beraubt werden kann. Demgegenüber muss die Gesellschaft, wenn sie das in der Norm verkörperte *Versprechen* einlösen will, dieser Behauptung widersprechen. Das geschieht im Strafverfahren üblicherweise durch den *Schuldspruch*. Wieso über den Schuldspruch hinaus noch eine *Schmerzzufügung* nötig sein soll (Vollzug der Strafe), liegt keineswegs auf der Hand und ist ein in der Strafrechtswissenschaft bedauerlicherweise immer noch zu wenig beachte-

tes Problem.³² Jakobs eigene Antwort überzeugt nicht ganz. Ihm zufolge dient der Schmerz kurzerhand der kognitiven Sicherung der Normgeltung.³³ Das klingt mir ein wenig zu sehr nach „Wer nicht hören will, muss fühlen.“ Wieso soll der deutliche Widerspruch gegen die Normverletzung, also der Schuldspruch, nicht für die kognitive Untermauerung des Geltungsvertrauens ausreichen? Es mag auf der Hand liegen, dass wir Mord nicht lediglich kommunikativ sanktionieren können oder wollen; aber inwieweit man den eigentlichen Vollzug der Strafe durch „interne Sanktionen“³⁴ ersetzen kann (also solche, die man sprachpragmatisch modellieren kann), ist ein nach wie vor offenes Problem, das auch ich an dieser Stelle offen lasse.

Jakobs unterscheidet jedenfalls zwischen *Strafbedeutung* und *Strafzweck*.³⁵ Die Bedeutung der Strafe sei der Widerspruch gegen den Normwiderspruch, ihr Zweck der Schmerz als Bekräftigung („kognitive Untermauerung“) dieses Widerspruchs. Verbleiben wir einen Moment bei der „Bedeutungstheorie“ der Strafe. Sie wirft das Problem auf, dass von Bedeutung nur gesprochen werden kann, wenn ein Adressat vorhanden ist, der die Bedeutung *versteht*. Hier geschieht der Übergang von der Theorie der Normgeltung zur Theorie der *Person*. Diese Theorie ist von besonderer Wichtigkeit, wenn man Jakobs' provokatorische Rede von Unpersonen³⁶ bzw. entpersonalisierender oder „punktuell“ entpersonalisierender Behandlung³⁷ verstehen will.³⁸ Eine Person ist nach Jakobs ein Wesen, dem über seinen naturalen Status als Individuum hinaus³⁹ das normative Bedeutungsgeschehen etwas sagt, das den impliziten Behauptungsgehalt eines Normbruchs versteht und versteht, was gegen diese Behauptung geltend gemacht wird, wenn man den Betreffenden schuldig spricht. Personen, schreibt Jakobs,

³² Siehe *Jakobs*, Staatliche Strafe: Bedeutung und Zweck (Fn. 3), S. 26 sowie *K. Günther*, Die symbolisch-expressive Bedeutung der Strafe, in: C. Prittwitz et al. (Hg.), FS für K. Lüderssen, Baden-Baden 2002, S. 219; *ders.*, Kritik der Strafe I, WestEnd. Neue Zeitschrift für Sozialforschung 1/2004, S. 121 f.; vgl. insbes. die Monographie von *S. Schork*, Ausgesprochen schuldig. Dogmatische und metadogmatische Untersuchungen zum Schuldspruch, Frankfurt am Main u.a. 2005.

³³ *Jakobs*, Staatliche Strafe: Bedeutung und Zweck (Fn. 3), S. 29.

³⁴ *R. B. Brandom*, Expressive Vernunft, Frankfurt am Main 2000, S. 91.

³⁵ *Jakobs*, Staatliche Strafe: Bedeutung und Zweck (Fn. 3), S. 29 f.

³⁶ *Ders.*, Das Selbstverständnis der Strafrechtswissenschaft vor den Herausforderungen der Gegenwart, Kommentar (Fn. 4), S. 53; vgl. dazu *Prittwitz* (Fn. 9), S. 225 f.

³⁷ *Jakobs*, Staatliche Strafe: Bedeutung und Zweck (Fn. 3), S. 43.

³⁸ Punktuelle Entpersonalisierung scheint mir begrifflich allerdings ein Unding zu sein, da man eine Person entweder ganz oder gar nicht ist. Davon abgesehen würde ich beim herkömmlichen Sprachgebrauch bleiben und davon sprechen, dass man einer Person bestimmte Rechte entzieht.

³⁹ Zur Unterscheidung zwischen Individuum und Person vgl. *Jakobs*, Individuum und Person – Strafrechtliche Zurechnung und die Ergebnisse moderner Hirnforschung, ZStW 117 (2005), S. 247–266.

²⁷ Vgl. *Jakobs*, Staatliche Strafe: Bedeutung und Zweck (Fn. 3), S. 31 ff.

²⁸ Ebd., S. 29.

²⁹ *Jakobs*, Bürgerstrafrecht und Feindstrafrecht (Fn. 3), S. 91.

³⁰ *Ders.*, Strafrechtliche Zurechnung und die Bedingungen der Normgeltung, in: U. Neumann und L. Schulz, Verantwortung in Recht und Moral, ARSP-Beiheft 74 (2000), S. 59.

³¹ Grundlegend: *Jakobs*, Norm, Person, Gesellschaft, 2. Aufl., Berlin 1999, S. 63 ff.

sind »Träger von Pflichten und Rechten«⁴⁰ bzw. »die kommunikativ konstruierten Adressen von Rechten und Pflichten«⁴¹. Die Person ist im Gegensatz zum – bloßen – Individuum (das Jakobs in Analogie zu Kants *homo phaenomenon* denkt⁴²) ein Adressat normativer Erwartungen⁴³; und zwar normativer Erwartungen, die sich allgemein auf die Formel bringen lassen, die Person werde sich *hinreichend rechtstreu* verhalten⁴⁴: »Eine Person«, argumentiert Jakobs, »ist für hinreichende Rechtstreue zuständig«⁴⁵. Freilich bedarf diese personenbezogene und für den Status als Person konstitutive Erwartung ebenfalls der kognitiven Untermauerung. Wer seine Zuständigkeit für Rechtstreue nicht hinreichend wahrnimmt, dessen Status als Person gerät in Zweifel. Die Gesellschaft muss überlegen, ob sie nicht anders mit ihm umgeht, ihn anderes behandelt – eben als jemand, der nicht eigentlich versteht (weil er nicht verstehen will oder kann), was sich in der Gesellschaft normativ abspielt. Dass die Gesellschaft ab einem bestimmten Maß an normativer Unzuverlässigkeit keine andere Wahl hat, als so zu reagieren, ist der Gedanke, welcher dem Vorschlag einer entpersonalisierenden Behandlung durch Feindstrafrecht wesentlich zugrunde liegt. Feind ist noch nicht derjenige, der lediglich »die Leistung der Maßstabsperson des guten Bürgers nicht vollständig erbringt«⁴⁶. Als solcher verstößt er noch nicht gegen die von Jakobs so bezeichnete „triviale“ Grundnorm „Bleibe in der Rolle eines Gesellschaftsmitglieds“⁴⁷. Zum Feind wird erst derjenige, der das nicht leistet, was Jakobs die *kognitive Mindestgarantie personalen Verhaltens* nennt.⁴⁸ Was ist aber damit gemeint? Sofern die Formel der kognitiven Mindestgarantie darüber entscheiden soll, ob ein delinquierendes Individuum als Bürger oder als Feind behandelt wird, kommt alles auf begriffliche Präzision und Plausibilisierung dieser Formel an.

Hier freilich muss man Jakobs eine schwer verständliche Zurückhaltung attestieren. Seine Argumentation zieht sich entweder einfach auf die abstrakte Formel zurück, die als solche kein wirkliches Kriterium erkennen lässt (A. Aponte bezeichnet sie sogar als »die Formulierung Jakobs`, die am meisten Probleme bereitet«⁴⁹) oder er wählt Formulierungen, die schon auf ersten Blick gewisse Zweifel darüber aufkommen lassen, wie es um ihren argumentativen Status bestellt sein mag. So schreibt er etwa: »[W]er sich dauernd wie der Satan aufführt, den kann man zumindest insoweit nicht als Rechtsperson behandeln, als es um das Vertrauen geht, er werde seine Pflichten erfüllen; denn dafür fehlt die kognitive Unter-

mauerung.«⁵⁰ Das ist ja schön und gut, nur: wer führt sich denn dauernd wie der Satan auf? Das wird man wohl selbst dem grausamsten Verbrecher und Massenmörder nicht nachsagen können. Kant wusste das, wenn er argumentierte, dass – um bei der diabolischen Metaphorik zu bleiben – das Problem der Staatsgründung auch für ein *Volk von Teufeln* lösbar sein muss.⁵¹ Insbesondere beim teuflischen Individuum ist sogar sehr gut vorstellbar, dass es sich gerade nicht permanent wie der Satan aufführt, sondern im Großen und Ganzen als rechtstreuer Bürger lebt, seine Sonntagsbrötchen bezahlt und den Hausflur kehrt. Wen meint Jakobs also oder wen hat er im Sinn, wenn er von „immer wieder anomischem Verhalten“⁵² spricht? Etwa den Terroristen, der jahrelang unauffällig seine Sonntagsbrötchen kauft, den Hausflur kehrt und sich dann eines schönen Tages in der U-Bahn in die Luft sprengt? Wer sich dauernd wie der Satan aufführt, wer sich immer wieder anomisch verhält, ist höchstwahrscheinlich krank und verdient Hilfe, aber nicht, dass man ihm wegen Unterschreitung der Grenze kognitiver Mindestgarantie das Etikett „Feind“ anheftet. Und wer sich vorstellt, den ganzen Staat und die ganze Gesellschaft aus den Angeln zu heben, hat vielleicht satanische Gedanken, kann aber nur um den Preis eines schrankenlosen Zugriffs aufs „Internum“ kriminalisiert werden, gegen den Jakobs in seinem frühen Aufsatz doch selber gute Argumente vorgebracht hatte.

Die Formel der kognitiven Mindestgarantie funktioniert, das ist unstrittig, in der Art eines antiskeptischen Arguments: Vieles, das meiste jedenfalls, muss stabil sein, muss derart sein, dass man sich darauf verlassen kann, damit Zweifel und Skepsis überhaupt möglich sind. Das betrifft Personen und ihre Artefakte gleichermaßen. Ich verlasse mich darauf, dass die Brücke nicht einstürzt, die ich betrete, ich verlasse mich darauf, dass der Bäcker seinen Laden aufgemacht hat, wenn ich am Sonntag meine Brötchen holen gehe, und ich verlasse mich auch darauf, dass ich auf dem Weg zum Bäcker nicht ausgeraubt oder erschlagen werde. Wenn ich mich auf all dies nicht verlassen würde, würde ich meine Wohnung nicht verlassen. Nichts aber berechtigt zu der Annahme, überwiegend anomisches Verhalten könne konsistent als normative Unzuverlässigkeit interpretiert werden. Anders formuliert: Wer am normativen Geschehen (dem Sprachspiel der Verantwortungszuschreibung) nicht mitspielt, versteht im Regelfall immer noch, was da gespielt wird und kann auch so behandelt werden. Wer nicht mitspielt, weil er nicht mitspielen *kann*, kann nichts dafür.

Wahrscheinlich ahnt Jakobs selbst die Brüchigkeit seines Ansatzes bei der kognitiven Mindestgarantie, wenn er schreibt: »Nun soll nicht bezweifelt werden, dass auch ein Terrorist, der mordet und anderes mehr unternimmt, vom Strafrecht eines jeden Staates, das diese Taten zu Verbrechen erklärt, als ein zu bestrafender Verbrecher dargestellt werden kann. Verbrechen bleiben auch dann

⁴⁰ Ebd., S. 257.

⁴¹ Ebd., S. 266.

⁴² Ebd., S. 256.

⁴³ Ebd., S. 257.

⁴⁴ Ebd., S. 259.

⁴⁵ Ebd., S. 263.

⁴⁶ *Jakobs*, Strafrechtliche Zurechnung und die Bedingungen der Normgeltung (Fn. 30), S. 68.

⁴⁷ Ebd., S. 69.

⁴⁸ Vgl. *Jakobs*, Bürgerstrafrecht und Feindstrafrecht (Fn. 3), S. 92 sowie *ders.*, Das Selbstverständnis der Strafrechtswissenschaft vor den Herausforderungen der Gegenwart, Kommentar (Fn. 4), S. 52.

⁴⁹ *Aponte* (Fn. 9), S. 132.

⁵⁰ *Jakobs*, Staatliche Strafe: Bedeutung und Zweck (Fn. 3), S. 41.

⁵¹ *Kant*, Zum ewigen Frieden [1795], in: Werke Bd. VI, hrsg. von W. Weischedel, Darmstadt 1983, S. 224.

⁵² *Jakobs*, Bürgerstrafrecht und Feindstrafrecht (Fn. 3), S. 92.

Verbrechen, wenn sie mit radikalen Absichten und im großen Stil begangen werden. Aber es ist doch sehr wohl zu fragen, ob nicht durch die strikte Fixierung allein auf die Kategorie des Verbrechens dem Staat eine Bindung auferlegt wird – eben die Notwendigkeit, den Täter als Person zu respektieren – die gegenüber einem Terroristen, der die Erwartung generell personalen Verhaltens gerade nicht rechtfertigt, schlechthin unangemessen ist.⁵³

Hier, scheint mir, schrumpft der argumentative Gehalt auf den rhetorischen Gestus der Suggestivfrage zusammen. Natürlich kann man sich in einem freien Land mit der Garantie freier Meinungsäußerung fragen (und es auch in aller Öffentlichkeit sagen), ob wir nicht doch immer noch zu nett zu den Terroristen sind. Aber diese Frage steht dann für sich, und es ist nach dem Vorangegangenen nicht erkennbar, wie sie mit den Prämissen der Theorie der Normgeltung und der Person stringent zusammenhängt.

III. Hobbes und Kant als Proto-Feindstrafrechtler?

Dem Begriff des Feindstrafrechts mangelt es aber nicht nur an einem klaren Kriterium dafür, wer überhaupt ein Feind sein soll; er weist eine assoziative Bandbreite auf, die ihn als *terminus technicus* einer wissenschaftlichen Diskussion letztlich nicht empfiehlt.⁵⁴ Zuweilen – insbesondere unter dem Eindruck der Rede von „Krieg“⁵⁵ – möchte man annehmen, es gehe um Vernichtung und Auslöschung – insoweit durchaus im Geiste des Schmittschen Feindbegriffs, wonach der Feind in letzter Konsequenz und Zuspitzung immer der Todfeind ist („seinsmäßige Negierung eines anderen Seins“⁵⁶). Andere Passagen und Beispiele legen eher nahe, dass es mit der Gegenüberstellung von Feind- und Bürgerstrafrecht darum geht, den allseits bekannten Umstand der Zweispurigkeit unseres Sanktionensystems zum Ausdruck zu bringen: »An die Stelle der an sich kompetenten Person, der mit Strafe widersprochen wird, tritt (...) das gefährliche Individuum, gegen das (...) effektiv vorgegangen wird«⁵⁷. Zwar ist richtig, dass (was Jakobs in anderem Zusammenhang den Hirnforschern zugesteht) »alte Wahrheiten manchmal neu gesagt werden müssen«⁵⁸, aber zumindest insoweit mit dem Terminus des Feindstrafrechts ein am Gesichtspunkt der Gefährlichkeit anknüpfendes Maßregelrecht im Sinne einer zweiten Sanktionsspur gemeint ist, ist sein Urteil nicht zutreffend, dass

sich dazu in der gegenwärtigen strafrechtswissenschaftlichen Diskussion „wenig bis nichts“ finden ließe.⁵⁹ Zur Problematik der Zweispurigkeit vgl. etwa die immer noch unübertroffenen klaren Ausführungen von Wolfgang Naucke.⁶⁰

Jakobs ist aber offenkundig dennoch mit dem Stand der gegenwärtigen Diskussion unzufrieden, was sich in einem im Grunde etwas rätselhaften Urteil äußert: »Von denen, die das Recht *überall* suchen, zugleich es *unmittelbar* zu haben sich versichern und dies mit stets vornehmem Ton verkünden, statt sich die Arbeit aufzuerlegen, ihre Subjektivität durch eine Prüfung dessen, was ist oder sein kann, auszubilden, kann auch nichts erwartet werden.«⁶¹ Mir ist nicht ganz klar, wen Jakobs hier im Sinn hat, ebenso wenig wie die spezifische Aussagekraft der Idee einer Ausbildung der Subjektivität durch Prüfung dessen, „was ist oder sein kann“. Jakobs jedenfalls nimmt den für ihn unbefriedigenden Zustand der gegenwärtigen Diskussion zum Anlass eines Rekurses auf rechts- und staatsphilosophische Klassiker der Neuzeit, insbesondere auf *Hobbes* und *Kant*.

Dieser Rekurs ist nicht unproblematisch. Namentlich die von Jakobs in Bezug genommene Fußnote aus Kants Schrift „Zum ewigen Frieden“ scheint mir von Jakobs im Sinne seiner eigenen Konzeption überinterpretiert. Was soll aus Kants Aussage folgen, dass ich den Menschen „im bloßen Naturzustande“, der mich ständig bedroht, nötigen kann, »entweder mit mir in einen gemeinschaftlich-gesetzlichen Zustand zu treten, oder aus meiner Nachbarschaft zu weichen«⁶²? Jakobs leitet aus dieser Passage ein Argument für ein Strafrecht als Exklusionsrecht ab: »Wer (...) nicht mitmacht, muss weichen, was heißt, er wird hinausgeworfen (oder in die Sicherungsverwahrung hineingeworfen)«⁶³. Diese Interpretation geht eindeutig zu weit. Dass jemand hinausgeworfen wird, setzt voraus, dass er zuvor hineingekommen ist, und wer sich schon gar nicht erst in den bürgerlich-gesetzlichen Zustand begeben hat, der kann insoweit auch nicht ausgeschlossen werden. Das Weichenmüssen, von dem Kant spricht, bedeutet keineswegs schon das Aus- oder Eingeschlossenwerden, das Jakobs im Sinn hat. Überhaupt ist auch das Beispiel der Sicherungsverwahrung fernliegend, denn von einem solchen Institut kann in dem vor-konstitutionellen Zustand, von dem Kant ausgeht, schlechterdings nicht die Rede sein. In diesem „Zustand der Ungerechtigkeit“⁶⁴ kann es überhaupt nicht um jene *Strafgerechtigkeit* gehen, die Kant ansonsten bekanntlich absolut setzt.

⁵³ Ebd.

⁵⁴ Zumindest teilweise a.A. Prittwitz (Fn. 9), S. 228.

⁵⁵ *Jakobs*, Das Selbstverständnis der Strafrechtswissenschaft vor den Herausforderungen der Gegenwart, Kommentar (Fn. 4), S. 53; *ders.*, Bürgerstrafrecht und Feindstrafrecht (Fn. 3), S. 90; *ders.*, Staatliche Strafe: Bedeutung und Zweck (Fn. 3), S. 44.

⁵⁶ *C. Schmitt*, Der Begriff des Politischen. Text von 1932 mit einem Vorwort und drei Corrolarien, 3. Aufl. der Ausgabe von 1963, Berlin 1991, S. 33.

⁵⁷ *Jakobs*, Bürgerstrafrecht und Feindstrafrecht (Fn. 3), S. 89.

⁵⁸ *Ders.*, Individuum und Person – Strafrechtliche Zurechnung und die Ergebnisse der modernen Hirnforschung (Fn. 39), S. 248.

⁵⁹ Vgl. *ders.*, Bürgerstrafrecht und Feindstrafrecht (Fn. 3), S. 89.

⁶⁰ *Naucke*, Strafrecht. Eine Einführung, 10. Aufl., Neuwied, Kriftel, Berlin 2002, S. 91 ff.

⁶¹ *Jakobs*, Bürgerstrafrecht und Feindstrafrecht (Fn. 3), S. 89.

⁶² *Kant*, Zum ewigen Frieden (Fn. 51), S. 203.

⁶³ *Jakobs*, Bürgerstrafrecht und Feindstrafrecht (Fn. 3), S. 90.

⁶⁴ *Kant*, Metaphysik der Sitten. Erster Teil, Metaphysische Anfangsgründe der Rechtslehre [1797], in: Werke, Bd. IV, hrsg. von W. Weischedel, Darmstadt 1983, S. 474.

Wenn Feindstrafrecht keine *contradictio in adjecto* sein soll⁶⁵, also mehr besagen soll, als die staatliche Willkür von Übelszufügungen, dann scheint auch der Rekurs auf Hobbes zumindest bedenklich, denn Hobbes spricht immerhin klar aus, dass »das nicht Strafe heißen [kann], was einem offenbaren Feinde widerfährt, weil Feinde keine Bürger sind«⁶⁶. Freilich ist zuzugestehen, dass Hobbes durchaus von der Möglichkeit ausgeht, dass eine „innerstaatliche“ Feinderklärung die betreffende Person zum Objekt herrschaftlicher Willkür macht (was bei Kant schon aufgrund des angeborenen Persönlichkeitsrechts ausgeschlossen wäre): »[H]at ein Bürger mit Wissen und Willen auf irgendeine Art dem Stellvertreter des Staates seinen Gehorsam verweigert, so kann er, was auch immer für eine Strafe für Majestätsverbrechen im Gesetze verordnet ist, dennoch, weil er sich nun als Feind des Staates erklärt hat, als ein solcher mit Recht willkürlich bestraft werden.«⁶⁷ Die Willkür geht bei Hobbes sogar so weit, dass sich die Sonderbehandlung nicht nur auf die Staatsfeinde höchstpersönlich erstreckt, sondern auch »auf ihre Kinder bis ins dritte und vierte Glied, die noch nicht da sind und folglich an ihrer Väter Verbrechen keinen Anteil haben, ausgedehnt werden kann«⁶⁸. Dass mit einem heutigen Feindstrafrecht jedenfalls dies nicht gemeint sein kann, darf wohlwollend angenommen werden. Weder die Strafrechts- noch sonstige Sanktionspraxis eines demokratischen Rechtsstaats dürfte mit diesem Vorschlag aus dem siebzehnten Jahrhundert (oder ähnlichen Rezepten) sinnvoll bereichert werden können.⁶⁹

IV. Feindstrafrecht als Angststrafrecht

Jakobs' etwas abschätzige Bemerkung über die, „die das Recht überall suchen“⁷⁰, wird im Zusammenhang einer kritischen Rezensionsabhandlung zu Matthias Jahns umfassender Studie über „das Strafrecht des Staatsnotstandes“⁷¹ zum Einwand, solche Argumentationen seien *tautologisch*⁷². Wer alles „pingelig“ aus dem Begriff des Rechtsstaats entwickle, dem erscheine alles, was dieser Norm nicht entspricht, als Rechtsstaatsdefizit. Der von Jakobs demgegenüber gemachte Vorschlag, »eine Etage

tiefer zu suchen«⁷³, leuchtet deswegen allerdings noch keineswegs ein. Der von ihm eingeforderte »Blick auf das, was der konkrete Konflikt erforderlich macht«⁷⁴, muss sich nämlich der Frage stellen, wessen Blick es ist, der hier über die Frage entscheidet, ob sich der Rechtsstaat die Finger schmutzig machen soll. Immerhin ist es möglich, dass es nicht der Blick ist, den man bei klarer Sicht der Dinge hat, sondern der getrübe, insbesondere der durch *Furcht* oder *Angst* getrübe Blick. Wer die Sterilität rechtstautologischer Argumentationen moniert, muss sich gefallen lassen, dass die eigene, ohnehin an der Grenze zum Außerrechtlichen schillernde Konzeption, ihrerseits auf dezidiert außerrechtliche Gesichtspunkte bezogen wird.⁷⁵

Dies umso mehr, als der Gesichtspunkt der *Angst* nicht lediglich indirekt aus Jakobs' bevorzugtem Beispiel des nächtlichen Spaziergangs im Stadtpark aufscheint, auf dem man möglicherweise beraubt oder erschlagen wird⁷⁶, also einem, wenn man so will, klassischen Topos der *Kriminalitätsfurcht*. Jakobs spricht das Thema direkt an, wenn er für die Notwendigkeit der kognitiven Untermauerung des Vertrauens in die Normgeltung in der rechtlich verfassten Gesellschaft argumentiert, »weil in ihr nicht nur heroische Personen ihre Identität bestätigen, sondern auch ängstliche Individuen ein Auskommen finden wollen«⁷⁷. Nun ist im Alltag – selbst unter den Bedingungen des globalen Terrorismus – bislang wenig Heroismus vonnöten gewesen, was man auch daran erkennen kann, dass terroristische Anschläge neuerdings noch nicht einmal mehr geeignet erscheinen, den Tourismus in den betreffenden Gebieten zu beeinträchtigen.

Mir geht es hier nicht darum, die kaum noch zu überblickende Debatte über den Wandel vom Rechtsstaat zum Sicherheitsstaat in die Diskussion einzubeziehen⁷⁸; ich möchte nur zu bedenken geben, dass die „Sicherheitslogik“⁷⁹ – der auch die Konzeption eines „hartnäckig dissentierende“ Personen zu Unpersonen degradierenden und gesellschaftlich exkludierenden Strafrechts gehorcht – den entscheidenden Schönheitsfehler hat, von der Angst gezeichnet zu sein. Angst ist jedoch nicht nur ein

⁶⁵ *Cancio Meliá* (Fn. 6), S. 268.

⁶⁶ *Hobbes*, *Leviathan* [1651], Erster und zweiter Teil, übers. von J. P. Mayer, mit einem Nachwort von P. Diesselhorst, Stuttgart 2002, S. 261.

⁶⁷ Ebd., S. 261 f.

⁶⁸ Ebd., S. 264.

⁶⁹ Man muss Hobbes gleichwohl – ungeachtet solcher düsterer Passagen – ein überaus feines begriffliches Sensorium dafür zugestehen, was überhaupt als Strafe bezeichnet werden kann und was nicht. Insbesondere seine Formulierung des Gesetzlichkeitsprinzips, wonach es »eine feindselige Tat [act of hostility] und keine Strafe [ist], wenn über eine im Gesetz noch nicht verbotene Tat ein Übel verhängt wird« (*Hobbes*, a.a.O., S. 261), zeigt ein Reflexionsniveau, von dem sich die derzeitige Rechtsentwicklung zunehmend entfernt (vgl. *P.-A. Albrecht*, *Die vergessene Freiheit – Strafrechtsprinzipien in der europäischen Sicherheitsdebatte*, Berlin 2003, S. 56 ff.).

⁷⁰ *Jakobs*, *Bürgerstrafrecht und Feindstrafrecht* (Fn. 3), S. 89; *ders.*, *Staatliche Strafe: Bedeutung und Zweck* (Fn. 3), S. 45.

⁷¹ *Jahn*, *Das Strafrecht des Staatsnotstandes*, Frankfurt am Main 2004.

⁷² *Jakobs*, *ZStW* 117 (2005), S. 425.

⁷³ Ebd.

⁷⁴ Ebd.

⁷⁵ Vgl. A. Eser gegen Jakobs' Einwand, »bislang noch nicht gehört zu haben, dass „Angst eine juristische Kategorie“ sei« (*Eser*, *Schlussbetrachtungen*, in: A. Eser, W. Hassemer, B. Burkhardt (Hg.), *Die deutsche Strafrechtswissenschaft vor der Jahrtausendwende. Rückbesinnung und Ausblick*, München 2000, S. 445, Fn. 3).

⁷⁶ *Jakobs*, *Staatliche Strafe: Bedeutung und Zweck* (Fn. 3), S. 29.

⁷⁷ *Ders.*, *Das Selbstverständnis der Strafrechtswissenschaft vor den Herausforderungen der Gegenwart*, Kommentar (Fn. 4), S. 51.

⁷⁸ Vgl. nur *E. Denninger*, *Freiheit durch Sicherheit?*, in: H.-J. Koch (Hg.), *Terrorismus – Rechtsfragen der äußeren und inneren Sicherheit*, Baden-Baden 2002 und *B. Haffke*, *Vom Rechtsstaat zum Sicherheitsstaat? Kritische Justiz* 1/2005, S. 17–35.

⁷⁹ Vgl. *Haffke* (Fn. 78), S. 31.

schlechter Ratgeber, sondern beeinträchtigt, wie Franz Neumann hervorgehoben hat, überhaupt die Freiheit der Entscheidung⁸⁰, die doch eigentlich das ist, was uns

Menschen in unserem Selbstverständnis als Personen wesentlich ausmacht.

⁸⁰ F. L. Neumann, *Angst und Politik*, Tübingen 1954, S. 7; s. auch G. Frankenberg, *Angst im Rechtsstaat*, Kritische Justiz 1977, S. 353 ff.

Die Zuständigkeit im weiteren Verfahren nach § 122 IV StPO

Von Rechtsanwalt **Christoph Klein**, Köln

Art 6 MRK statuiert einen Anspruch auf Aburteilung innerhalb einer angemessenen Frist. Das gilt für Inhaftierte Personen umso mehr und ergibt sich bereits aufgrund des aus Art. 2 Abs. 2 S. 2 GG herzuleitenden Grundsatz der Verhältnismäßigkeit.¹ Die Angemessenheit der Frist ist einzelfallabhängig, die bestimmenden Kautelen sind Umfang und Schwierigkeit des Verfahrens, die Art und Weise der Ermittlungen, die Belastung durch das Verfahren für den Beschuldigten und sein eigenes Verhalten.² Ist unter Berücksichtigung dieser Umstände die Inhaftierung unverhältnismäßig lange, muss diese Verletzung des Beschleunigungsgebotes gemäß Art. 5 Abs. 3 S. 2 MRK zwingend die Entlassung des Inhaftierten zur Folge haben.

I. Der Hintergrund des Beschleunigungsgrundsatzes

Gesetzliche Beachtung findet der Beschleunigungsgrundsatz ausdrücklich in dem besonderen Haftprüfungsverfahren der sog. Sechsmonatsprüfung gem. §§ 121, 122 StPO, darüber hinaus ist er in der Strafprozessordnung nicht weiter ausdrücklich erwähnt. Als Ausfluss des verfassungsmäßigen Verhältnismäßigkeitsgrundsatzes verpflichtet er jedoch bereits gemäß § 112 Abs. 1 S. 2 StPO den Haftrichter zur Überprüfung der Verfahrensförderung vor dem Sechsmonatsstichtag.³ Wird dieser Zeitpunkt überschritten, ohne dass ein Urteil in dieser Sache ergangen ist, so darf die Untersuchungshaft nur wegen den in § 121 StPO festgehaltenen Voraussetzungen aufrechterhalten werden. Darüber zu entscheiden hat das Oberlandesgericht, das zugrunde liegende Verfahren ist in § 122 StPO geregelt.

Hebt das Oberlandesgericht den Haftbefehl weder auf, noch setzt es ihn außer Vollzug, sondern ordnet es die Fortdauer der Untersuchungshaft an, so muss die beson-

dere Haftprüfung des § 121 Abs. 1 StPO in der Folgezeit in regelmäßigen Abständen von jeweils drei Monaten bis zum Erlass eines Urteils gemäß § 122 Abs. 3 S. 2 StPO wiederholt werden.

II. Das Problem des § 122 IV StPO

§ 122 Abs. 4 StPO ordnet insoweit an, dass für diese weitere besondere Haftprüfung das Oberlandesgericht zuständig ist. Wahrscheinlich wegen dieser vom Wortlaut her eindeutig erscheinenden Zuständigkeitszuweisung ist, soweit ersichtlich, eine differenzierte Betrachtung der Kompetenzverteilung zwischen zuständigem Tatgericht und Oberlandesgericht bislang in der Praxis und in der Literatur nur rudimentär erfolgt.

Die Frage, die eine Klärung der Entscheidungskompetenz erforderlich macht, lautet einfach formuliert: Muss das zuständige Gericht auch dann noch dem Oberlandesgericht vorlegen, wenn es bereits selbst davon überzeugt ist, dass der weitere Vollzug der Untersuchungshaft nicht mehr gerechtfertigt ist, weil, aus welchen Gründen auch immer, der Beschleunigungsgrundsatz in unzulässigem Maße verletzt wurde? Zwingt der vordergründig recht eindeutige Wortlaut des Gesetzes den zuständigen Richter dazu erst eine behördliche Maschinerie in Gang zu setzen, d. h. dem Oberlandesgericht durch Vorlage die Zuständigkeit zur Entscheidung zu verschaffen, und damit sehenden Auges einem Bürger sein Grundrecht auf Freiheit in unrechtmäßiger Weise zu entziehen oder darf er die Entlassung des Betroffenen selbst anordnen?

Eine erst zu erfolgende Vorlage würde dann dazu führen, dass sich die Untersuchungshaft um einige Zeit rechtswidrig mit Billigung des Gesetzgebers verlängern würde, immer vorausgesetzt das Oberlandesgericht käme ebenfalls zum Ergebnis der Rechtswidrigkeit.

Verfahrensrechtlich finden sich dabei zwei Zeitpunkte, bei denen diese Frage zu klären ist. Es handelt sich dabei um die erste besondere Haftprüfung nach 6 Monaten und der weiteren Überprüfung durch das Oberlandesgericht nach jeweils drei Monaten gemäß § 122 Abs. 4 StPO im weiteren Verfahren⁴. Für beide Zeitpunkte gilt die oben

¹ BVerfGE 20, S. 45, 50

² EGMR, EuGRZ 1994, S. 101 (103). Keine Rolle spielt ausdrücklich die Schwere des Tatvorwurfes und die Höhe einer etwaigen Strafe, vgl. EKMR EuGRZ 1993, S. 427.

³ Dass dies in der Praxis leider viel zu sehr vernachlässigt wird, soll an dieser Stelle nicht vertieft werden. Ausführlich zu diesem Thema Schlothauer/Weider, *Untersuchungshaft*, 3. Auflage, Rn. 835 ff.

⁴ Im weiteren Verfahren kann es sich um eine Konstellation handeln, in der innerhalb des Dreimonatszeitraums des § 122 Abs. 4 S. 2 StPO eine Hauptverhandlung nicht stattfindet und somit der Fristenlauf nicht entsprechend § 121 Abs. 3 S. 2 StPO ruht oder während einer lfd. Hauptverhandlung eine Haftbeschwerde, gestützt auf Verletzung des Beschleunigungsgrundsatzes, erhoben wird.

formulierte Frage. Dennoch findet sich nur hinsichtlich des ersten (6 Monats-) Stichtages eine, wenn auch überschaubare, Auseinandersetzung in der Literatur und Praxis über die jeweiligen Entscheidungskompetenzen des Haftrichters/Tatgerichts auf der einen und Oberlandesgericht auf der anderen Seite. Für das weitere Verfahren nach § 122 Abs. 4 StPO scheint Einvernehmen darüber zu herrschen, dass ausschließlich das Oberlandesgericht die hinreichende Förderung des Verfahrens zu beurteilen habe und der Tatrichter immer vorlegen müsse.

M. E. gibt es für eine solche Unterscheidung keine sachliche Rechtfertigung. Denn in beiden Verfahrensabschnitten drängt sich die Frage, ob bereits das Tatgericht die Haftentlassung anordnen darf oder erst dem Oberlandesgericht vorlegen muss, in gleicher Weise geradezu auf, wenn man dem Beschleunigungsgrundsatz mit seiner verfassungsmäßigen Bedeutung gerecht werden will.

§ 122 Abs. 4 StPO bestimmt vermeintlich eindeutig, dass für das weitere Verfahren nur das Oberlandesgericht zuständig ist. Die Beantwortung der Frage, ob der Gesetzgeber diese Zuständigkeit tatsächlich so unverrückbar festgelegt hat, wie es zunächst erscheint, kann aber nicht bei isolierter Betrachtung, sondern nur im Zusammenhang mit der Definition der Kompetenzen bei der ersten 6-Monatsprüfung erfolgen. Denn wenn nicht geklärt ist, welchen Verfahrensgang das Gesetz bei der ersten besonderen Haftprüfung gemäß §§ 121 Abs. 1; 122 Abs. 1 StPO vorsieht, kann auch nicht klar beantwortet werden, welche Zuständigkeiten im weiteren Verfahren eingehalten werden müssen, denn § 122 Abs. 4 StPO verweist unmittelbar auf § 122 Abs. 1 StPO und damit mittelbar auch auf § 121 Abs. 1 StPO.⁵

III. Die negative Entscheidungskompetenz des Tatgerichts bei der Sechsmontatsprüfung

§ 121 Abs. 3 i. V. m. 122 Abs. 1 StPO spricht von Vorlage der Akten durch den zuständigen Richter.⁶ Im Rahmen der Sechsmontatsprüfung ist umstritten, wie das vorlegende Gericht zu verfahren habe bzw. welche Kompetenz ihm eingeräumt wird. Die herrschende Meinung⁷ geht dabei davon aus, dass der zuständige Richter zu prüfen berechtigt sei, ob die Fortdauer der Untersuchungshaft nach den üblichen Voraussetzungen aufrechterhalten sei oder ob der Haftbefehl gemäß § 120 StPO aufgehoben werden müsse. Kommt er zu dem Ergebnis, dass eine Aufhebung ausscheidet, so hat er die Möglichkeit einer Aussetzung des Haftbefehls gemäß § 116 StPO

⁵ Denn auch die Vertreter der unten näher dargestellten Mindermeinung sind der Ansicht, dass für das weitere Verfahren die gleichen Bestimmungen gelten wie für die erste Prüfung, KK-Boujong, § 122, Rn. 13; s. auch LR-Hilger, § 122, Rn. 56.

⁶ § 126 StPO regelt insoweit, welcher Richter zuständig ist: gem. § 126 Abs. 1 der Haftrichter vor Anklageerhebung, danach das Tatgericht gem. § 126 Abs. 2; darüber hinaus ergibt sich auch eine Zuständigkeit der Beschwerdekammer, welche auch die Haftfrage umfassend zu prüfen hat, vgl. SK-Paeffgen § 122 Rn. 2; m. Einschränkungen dazu M-G § 122 Rn. 3.

⁷ OLG Braunschweig, NJW 1966, S. 790; M-G, § 121 Rn. 27; LR-Hilger, § 122, Rn. 15.

zu prüfen. Wenn auch dies zu verneinen ist, hat er dem Oberlandesgericht zur Prüfung und Anordnung der Fortdauer der Untersuchungshaft vorzulegen. Der Richter hat somit eine negative Entscheidungskompetenz⁸ im Rahmen der Sechsmontatsprüfung, d. h. eine Vorlage gemäß § 122 StPO an das Oberlandesgericht ist hinfällig, wenn er im Rahmen der Vorabprüfung zu dem Ergebnis kommt, dass weder die besondere Schwierigkeit oder der besondere Umfang der Ermittlungen, noch ein anderer wichtiger Grund die Fortdauer der Untersuchungshaft rechtfertigen und er zusammen mit der Staatsanwaltschaft⁹ deshalb eine Fortdauer der Untersuchungshaft wegen Verletzung der Beschleunigungsgrundsatzes für unzulässig erachtet. Nach dieser Ansicht erfolgt also eine sofortige Anordnung der Haftentlassung ohne verzögernde Vorlage an das Oberlandesgericht.

Die Gegenansicht geht bei der besonderen Haftprüfung des § 121 StPO von einem Entscheidungsmonopol des Oberlandesgerichts sowohl in haftverlängernder als auch haftaufhebender Hinsicht aus. Demnach muss das zuständige Gericht in jedem Fall vorlegen, da es nicht berechtigt sei, die besonderen Voraussetzungen der Beschleunigungsmaxime des § 121 Abs. 1 StPO zu prüfen. Die Vertreter stützen sich dabei auf den ihrer Ansicht nach eindeutigen Wortlaut des § 122 Abs. 4, der „auch“ im weiteren Verfahren die Prüfung ausschließlich dem Oberlandesgericht vorbehalte. Daraus sei zwingend der Rückschluss zu ziehen, dass dies dann auch für die erste Sechsmontatsprüfung zu gelten habe.¹⁰

Dieser Ansatz ist jedoch zirkelschlüssig. Eine solche Argumentation ist nicht ergiebig, denn sie vernachlässigt bereits die Unterscheidung zwischen negativer und positiver Entscheidungskompetenz und kann solange nicht überzeugen, solange nicht geklärt ist, wie viel ausschließliche Entscheidungsbefugnis das Gesetz dem Oberlandesgericht bei der ersten 6-Monatsprüfung einräumt. Erst dann ist festgelegt, was „auch“ für das weitere Verfahren gilt.

Die Rechtfertigung der herrschenden Ansicht ergibt sich weiterhin aus dem Sinn und Zweck des besonderen Haftprüfungsverfahrens. Zwar ist die Beachtung des Verhältnismäßigkeitsgrundsatzes und somit auch des Beschleunigungsgrundsatzes als Ausfluss dessen¹¹ gemäß § 120 StPO von Amts wegen in jedem Verfahrensstadium zu überprüfen. Dies richtet sich in gleicher Weise an den Haftrichter im Rahmen der allgemeinen Haftkontrolle im Haftprüfungsverfahren nach § 117 StPO, wie an das Haftgericht als Beschwerdegericht und an das Oberlandesgericht im besonderen Haftprüfungsverfahren. Dennoch regeln die §§ 121, 122 StPO die besondere Zuständigkeit bei Untersuchungshaft von über 6 Monaten für das Oberlandesgericht, weil nach dem Willen des Gesetzgebers dieses das bisherige Verfahren kritisch würdigen und darüber entscheiden soll, ob das Verfahren mit

⁸ Der Begriff geht zurück auf Pusinelli, NJW 66, S. 96.

⁹ Vgl. § 122 Abs. 1 StPO.

¹⁰ KK-Boujong § 122 Rn. 2; Schnarr, MDR 1990, S. 92; vgl. auch o. Fn. 5.

¹¹ S. o. Fn. 1.

der gebotenen Beschleunigung gefördert wurde. Und nur der Kompetenz und Autorität der Obergerichte sei es dann zugestanden, weitere Untersuchungshaft anzuordnen, also eine positive Haftentscheidung zu treffen. Die Einschaltung des Oberlandesgerichtes soll nur einen ungerechtfertigt langen Vollzug unterbinden, so dass der zuständige Haftrichter weiter befugt bleibt, Maßnahmen zu treffen, die den Vollzug der Untersuchungshaft beenden.¹²

Für dieses Verständnis spricht aber auch eine teleologische Betrachtung des Verhältnisses der Normen § 121 Abs. 2 und § 122 Abs. 1 StPO. Gemäß § 121 Abs. 2 StPO ist der Haftbefehl aufzuheben, wenn er nicht ausgesetzt wird oder das Oberlandesgericht die Fortdauer der Untersuchungshaft anordnet. Eine isolierte Betrachtung dieser Norm führt bei der Klärung der Zuständigkeit noch nicht weiter. Denn § 121 Abs. 2 StPO ließe sich auch so auslegen, dass bei Verneinung der Optionen der §§ 116 und 120 StPO durch das zuständige Gericht, zwingend an das Oberlandesgericht vorzulegen sei und erst dieses die Kompetenz zur Aufhebung habe. Erst im Zusammenhang mit § 122 Abs. 1 StPO wird m. E. eindeutig, dass der Gesetzgeber dem vorlegenden Gericht eine negative Entscheidungskompetenz einräumt, denn es ordnet eine Vorlage nur an, wenn das Gericht „in den Fällen des § 121 Abs. 1 (also nach Prüfung dieser besonderen Voraussetzungen) die Untersuchungshaft für erforderlich hält.“

IV. Die Übertragung auf § 122 Abs. 4 StPO

Wenn somit Argumente dafür sprechen, dem Tatgericht/Haftrichter bei der ersten besonderen Haftprüfung eine negative Entscheidungskompetenz über die Haftfortdauer zuzusprechen, stellt sich die Frage, ob eine andere Festlegung der Kompetenzen im weiteren Verfahren gelten muss. Einstimmig wird insoweit, meist ohne nähere Begründung, dem Oberlandesgericht die alleinige Zuständigkeit zugestanden, eine Vorlage durch das Tatgericht also ausnahmslos für notwendig erachtet.

Dem Argument des Wortlautes des § 122 Abs. 4 StPO, das zur Begründung angeführt wird, ist in diesem Zusammenhang aber nicht weniger entgegenzubringen, als

¹² Hengsberger, JZ 1966, S. 214; dies ergibt sich auch aus den Motiven: BTDrucks IV 178, S. 26. Das OLG Köln hat diese Kompetenz dem Haftrichter sogar dann noch zugesprochen, wenn die Akten dem OLG bereits zur Durchführung der Haftprüfung vorlagen, vgl. OLG Köln JMBL NW 1986, S. 22 und zur krit. Auseinandersetzung damit Schnarr, MDR 1990, S. 92 f.

es zur Ablehnung der o. g. Mindermeinung getan wird.¹³ Gerade der Wortlaut lässt aber auch eine andere Auslegung zu. Auf Grundlage der Ansicht, die eine negative Entscheidungskompetenz des Tatgerichts bejaht, ist es ebenso möglich § 122 Abs. 4 StPO so zu interpretieren, dass der Gesetzgeber durch das Wort „auch“ einen Gleichlauf der Verfahren zu beiden Prüfungszeitpunkten angeordnet hat. Dafür spricht, dass beide Überprüfungszeitpunkte im Zusammenhang zu sehen. Es spricht nichts dafür, die Kompetenzen unterschiedlich aufzustellen, denn zu beiden Zeitpunkten werden dieselben Voraussetzungen überprüft. Vielmehr spricht erst recht der spätere Überprüfungszeitpunkt des § 122 Abs. 4 StPO dafür, die Verfahrenswege mindestens genauso kurz wie bei der 6-Monatsprüfung zu halten, um sicherzustellen, dass der zu Unrecht Inhaftierte, der zu diesem Zeitpunkt bereits länger in Untersuchungshaft sitzt, mindestens genauso schnell in Freiheit gelangt, wie bei Feststellung der Verletzung des Beschleunigungsgrundsatzes nach 6 Monaten.

Nicht zuletzt ist zu berücksichtigen, dass die negative Entscheidungskompetenz des Tatgerichtes immer nur dann zum Tragen kommt, wenn Gericht und Staatsanwaltschaft übereinstimmend eine unzureichende Förderung feststellen, § 122 Abs.1 StPO. Auch daraus lässt sich herleiten, dass nur eine kritische Überprüfung des Verfahrensganges mit der Kompetenz zur Haftfortdauer durch das OLG gewollt ist, in allen anderen Konstellationen der Gesetzgeber der verfassungsgemäßen Beschleunigung dadurch Rechnung trägt, dass das Tatgericht in Übereinstimmung mit Staatsanwaltschaft selbst über die Aufhebung des Haftbefehls entscheiden dürfen.

Nach alledem ist m. E. festzuhalten, dass sowohl für die Sechsmontatsprüfung, als auch für das weitere Verfahren eine Entscheidungskompetenz für das Tatgericht zur Aufhebung des Haftbefehls gegeben ist. Eine verfahrensverzögernde Vorlage an das Oberlandesgericht zur Beschließung der Aufhebung des Haftbefehls ist sachlich nicht gerechtfertigt, insbesondere nicht vor dem Hintergrund des verfassungsgemäßen Beschleunigungsgebotes.¹⁴

¹³ s. Hilger in LR, § 122 Rn. 15, wonach verfassungsrechtliche Argumente gegen eine solche Auslegung des § 122 IV StPO sprechen.

¹⁴ Vgl. dazu, dass in Haftfällen auch vergleichsweise kurzfristige Verzögerungen Verletzungen begründen können, BVerfG HRRS 2005 Nr. 900.

Prozessdokumentation

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

zum weiteren Ausbau der Dokumentationsrubrik beizutragen.

Schrifttum

Urs Kindhäuser, Ulfrid Neumann und Hans-Ullrich Paeffgen (Hrsg.): **Nomos-Kommentar Strafgesetzbuch**, 2. Aufl., Nomos-Verl.-Ges., Baden-Baden, 2005, 5952 Seiten, geb., ISBN 3-8329-0904-4, EUR 348,-.

I. Nach langen Vorankündigungen und mit einer gegenüber dem ursprünglich anvisierten Erscheinungstermin doch gewissen Verspätung ist er nun endlich da: Der gebundene Nomos-Kommentar zum StGB. Als Nachfolger des in fünf Ordnern erschienenen Loseblattwerks kommt der Kommentar nun in einer gediegenen zweibändigen Ausführung daher, die rein optisch spontan einen guten Eindruck macht. An die Stelle der (als Kommentatoren nach wie vor beteiligten, aber) als Herausgeber ausgeschiedenen *Wolfgang Schild* und *Ingeborg Puppe* sind mit *Urs Kindhäuser* und *Hans-Ullrich Paeffgen* zwei renommierte Bonner Strafrechtslehrer getreten, die auch schon als Kommentatoren der Loseblattausgabe dem Werk an verschiedenen Stellen eindrucksvoll ihren Stempel aufgedrückt hatten.

II. Wesentlicher Unterschied und wesentliche Neuerung gegenüber der Erstauflage ist zunächst einmal schlicht die Tatsache, dass das Werk nun in gebundener Form vorliegt. Als eingestandener Freund von gebundenen Werken (was durchaus nur strukturell, nicht individuell zu verstehen ist – man denke nur an die mitunter hohe Kunst der Kommentierung, die sich in den ebenfalls in Loseblattform erscheinenden Systematischen Kommentaren findet, insbesondere in demjenigen zur StPO) muss es nicht verwundern, dass aus Sicht des Rezensenten die Vorteile einer gebundenen Ausgabe insgesamt überwiegen: Diese sind – zumindest auf lange Sicht betrachtet unter Berücksichtigung der Kosten für Nachlieferung und Nachsortieren – unter dem Strich wahrscheinlich preisgünstiger; sie erscheinen jedenfalls dem Rezensenten persönlich deutlich angenehmer zu handhaben; und sie müssen (zumindest im Mittelwert) nicht notwendig wesentlich weniger aktuell sein, wie die durchaus teilweise auch veralteten Bearbeitungen einzelner Vorschriften in so manchem Loseblattwerk eindrucksvoll unter Beweis stellt.

So ist m.E. nun auch der Nomos-Kommentar tatsächlich „schön“ geworden: Trotz eines Umfangs von knapp 6000 Seiten in zwei Bänden wirkt er nicht „unangenehm wuchtig“, sondern ist letztlich gut handhabbar. Die äußere Gestaltung kann gefallen: Eine gute Lesbarkeit ergibt sich durch ein angenehmes und insbesondere auch hinreichend großes Schriftbild sowie durch die von den meisten (leider nicht allen, Negativbeispiel insoweit etwa die rund 150 Seiten starke Kommentierung des 12. und 13. Abschnitts durch *Frommel*) Verfassern vorgenommene Verlagerung zumindest der umfangreicheren Nachweise in einen Fußnotenapparat. Weniger glücklich gelöst ist dagegen nach meinem persönlichen Eindruck

die nur ganz schwach „grau-schattierte“ Gestaltung der Randziffern, die (zwar „eleganter“ wirkt, aber) die Randziffern etwa beim Durchblättern einer längeren Kommentierung auf der Suche nach einer bestimmten Stelle tendenziell eher schwer lesbar machen.

III. Was den Inhalt angeht, so lässt sich – trotz der Aktualisierungen sowie einiger Neubearbeitungen und Straffungen bei der Kommentierung – letztlich gegenüber der bekannten Loseblattausgabe wenig Neues feststellen: Dass die Kommentierung im Nomos-Kommentar sich bei einer Reihe von Vorschriften wissenschaftlich auf ausgesprochen hohem Niveau befindet, ist bekannt; um die rein subjektive Auswahl bei der Nennung solcher Autoren wenigstens durch ein objektives Element begründen zu können, sei hier exemplarisch nur auf die drei Herausgeber verwiesen, die unter anderem etliche zentrale Vorschriften kommentieren: *Neumann*, der mit großem Scharfsinn die bekanntlich nicht immer geglückten und schon seit langem auf eine gesetzgeberische Reform wartenden Tötungsdelikte systematisiert; *Paeffgen*, der kenntnisreich und auf der Grundlage einer ungewöhnlich breiten, auch die Geschichte einbeziehenden Materialauswertung die Körperverletzungsdelikte kommentiert und dabei manchen seit langem hergebrachten und kaum noch kritisch hinterfragten Gedanken der herrschenden Meinung in Frage stellt; und nicht zuletzt *Kindhäuser*, der eine Systematik des strafrechtlichen Vermögensschutzes entwickelt, aus der er immer wieder originelle und überzeugende Argumente zur Behandlung von Streitfragen ableiten kann. Aber auch andere Autoren verdienen Hervorhebung, die zu Vorschriften, welche augenscheinlich auch sonst zu ihren Hauptinteressensgebieten zählen, gut lesbare und anregende Kommentierungen liefern (so etwa *Merkel* zum Recht der Schwangerschaftsunterbrechung sowie *Hellmann* zu den Wirtschaftsstraftaten des §§ 264 – 265b). *Puppe*, die im Allgemeinen Teil wie im Bereich der Urkundsdelikte teilweise eigenwillig, aber mit dem bekannten Scharfsinn und Gedankenreichtum arbeitet, wurde bereits erwähnt. Hervorhebung verdient schließlich noch – da in der Loseblattausgabe als zentrale Vorschrift bis zum Schluss nicht kommentiert – die im gebundenen Werk nunmehr erfolgte Behandlung des § 46, die in der umfangreichen Kommentierung von *Streng* keine Wünsche offen lässt.

IV. Freilich ändert auch die äußere Fassung in einer gebundenen Ausgabe nichts daran, dass aufgrund des Umfangs der Bearbeiterzahl eine gewisse Heterogenität der Kommentierungen (in Durchführung und Gestaltung, aber teilweise auch in der Qualität) besteht. Berücksichtigt man, dass der Nomos-Kommentar aufgrund des größeren Druckbildes vom Umfang her insgesamt wohl näher am „Schönke/Schröder“ als am Leipziger Kommentar oder am Münchener-Kommentar liegt, sind über 30 beteiligte Personen doch ein relativ großer Autorenstab. Dies kann freilich nicht wirklich als Vorwurf formuliert werden, sondern ist möglicherweise aufgrund der

Literaturflut bei einem gegenwärtig oder in der jüngeren Vergangenheit neu entstehenden Werk unvermeidbar.

Hinzu kommt jedoch noch ein weiterer Schönheitsfehler: Die eingangs bereits erwähnte gewisse Verzögerung bei der Fertigstellung des Werkes hat leider zu einem doch recht unterschiedlichen Bearbeiterstand der Kommentierungen geführt, der – auch wenn man bei einem Großkommentar Solidität über Aktualität stellt – zu einem für den Zeitpunkt des Erscheinens nicht ganz befriedigenden Ergebnis führt: So ist der grundsätzlich erreichte Gesetzesstand vom 15.12.2004 (vgl. Vorwort S. 5) für ein im Herbst 2005 erscheinendes Werk nicht wirklich „spektakulär“. Insbesondere fehlen die bereits am 19. 2. 2005 durch das 37. Strafrechtsänderungsgesetz (BGBl 2005 I, 239) in Kraft getretenen neu gefassten Vorschriften gegen den Menschenhandel der §§ 232 f. (vgl. dazu *Schroeder*, NJW 2005,1393), obwohl ihr Inkrafttreten in der Kommentierung zu § 181 Rn. 1 bereits angekündigt wird – hier wurde die Chance verpasst, die (durchaus diskussionsbedürftigen, vgl. *Schroeder*, GA 2005, 307 ff.!) Neufassung einer ersten profunden Deutung zuzuführen.

Naturgemäß setzt sich dieses „Problem“ auch bei den Kommentierungen zu bereits existierenden Vorschriften fort: So ist etwa – soweit ersichtlich – bei § 69 StGB die wichtige Entscheidung des Großen Strafsenats zur Entziehung der Fahrerlaubnis bei Delikten der Allgemein-Kriminalität (vom 27.04.2005) ebenso wenig eingearbeitet wie die Entscheidung des BGH zum Fall Bremer Vulkan (vom 13.05.2004) sowie des LG Düsseldorf zum Fall Mannesmann (vom 22.07.2004) in der Kommentierung zu § 266 StGB. Auch der Münchner Kommentar als wichtiger neuer Großkommentar ist in verschiedenen Kommentierungen – angesichts der Verzahnung zwischen beiden Verlagen wohl nicht aus generellen „Boykott-Erwägungen“ – nicht berücksichtigt, obwohl die entsprechenden Teilbände mit Blick auf ein Erscheinungsdatum Herbst 2005 durchaus noch Erwähnung hätten finden können. Indes müssen insoweit „Schuldzuweisungen“ sehr behutsam erfolgen – nicht selten sind bei Sammelwerken ja diejenigen Bearbeiter scheinbar „weniger aktuell“, die ursprüngliche Termine am besten eingehalten haben, angesichts endloser Verzögerungen der Co-Autoren aber irgendwann (zumindest menschlich verständlich) die Lust zum ständigen „Nachaktualisieren“ verloren haben.

V. Die Kommentierungen im „NK“ sind – aufgrund der Konzeption des Werkes, aufgrund des fast ausschließlich aus der Wissenschaft stammenden Autorenkreises sowie aufgrund der Belegung der einzelnen Vorschriften vielfach mit besonders ausgewiesenen Spezialisten zu den entsprechenden Teilbereichen – über weite Strecken gewiss „wissenschaftlich gesättigt“. Es wird aber auch derjenige, der in der Praxis Strafrecht nicht nur „ganz nebenbei“, sondern auf einem gewissen Niveau betreibt, für die eigene Argumentation von der fundierten und teilweise auch originellen Kommentierung vieler Vorschriften profitieren können. Verbunden mit der nunmehr leichteren Handhabbarkeit einer gebundenen Ausgabe

könnte dies dazu führen, dass der Nomos-Kommentar sich noch stärker als bisher auf dem Markt positionieren wird (wenngleich für den öffentlichen Bereich – etwa Universitäten und Gerichte – der in Relation zum Umfang zwar sicher vertretbare, absolut betrachtet jedoch durchaus beachtliche Preis eine gewisse „Verbreitungsgrenze“ bilden könnte). Insoweit ist zu erwarten, dass wir auch in Zukunft Zitate aus dem Nomos-Kommentar in der höchstrichterlichen Rechtsprechung finden werden – allerdings dürfte der Verlag gut damit beraten sein, auf deren Nachweis nach Art der Werbebroschüren für die hier angezeigte Auflage in Zukunft zu verzichten; mutet es doch etwas seltsam an, wenn der Verlag selbst es nicht für selbstverständlich zu befinden scheint, dass eine Kommentierung dieses Umfangs gelegentlich auch Erwähnung in höchstrichterlichen Entscheidungsbegründungen findet.

Prof. Dr. **Hans Kudlich**, Universität Erlangen-Nürnberg.

Katja Mestek-Schmülling: Mittelbare Straftatfolgen und ihre Berücksichtigung bei der Strafzumessung, Diss. Köln 2002, Verlag Duncker & Humblot, Berlin 2004, 167 S., 50,80 €; und **Ute Ahlers-Grzibek: Der normative Normalfall in der Strafzumessung**, Diss. Osnabrück 2002, Verlag Dr. Kovac, Hamburg 2003, 238 S., 78,- €.

Zu den vernachlässigten Feldern der wissenschaftlichen Beschäftigung mit dem materiellen Strafrecht hat lange Zeit (in erstaunlichem Kontrast zur praktischen Relevanz) das Strafzumessungsrecht gehört. Erfreulicherweise zeichnet sich in den letzten Jahren ein verstärktes Interesse an den Rechtsfragen der Strafzumessung ab. Zu den neueren Arbeiten gehören die beiden hier zu besprechenden Monographien.

I. Die Arbeit von *Mestek-Schmülling* hat die Berücksichtigung von mittelbaren Straftatfolgen zum Thema. Es geht dabei nicht um mittelbare Straftatfolgen für das Opfer, sondern um solche, die für den Täter als negative Konsequenzen seiner Straftat entstehen können. Die Verf. widmet sich der Frage, ob es sich strafmildernd auswirken soll, dass der Täter zusätzlich zu einer Kriminalstrafe Nachteile beruflicher, wirtschaftlicher oder sonstiger Art in Kauf nehmen musste bzw. in Zukunft mit derartigen Nachteilen rechnen muss. Im ersten Kapitel ihrer Arbeit erläutert *Mestek-Schmülling*, welche Straftatfolgen den Täter treffen können. Dazu gehören finanzielle Einbußen (etwa durch die Sperrung von Arbeitslosengeld), Mehrfachbestrafungen durch die Kombination von Strafverfolgung im In- und Ausland, berufliche Beeinträchtigungen durch verwaltungsrechtliche Maßnahmen und fakultative oder obligatorische disziplinarrechtliche Folgen, Verlust von Amtsfähigkeit und Wählbarkeit sowie ausländerrechtliche Konsequenzen, vor allem die Ausweisung. Anschließend schildert sie die

Entwicklungslinien in der höchstrichterlichen Rechtsprechung, die nach anfänglicher Zurückhaltung mittlerweile nicht nur zwingenden, sondern auch möglichen belastenden mittelbaren Straftatfolgen grundsätzlich strafmildernde Wirkung beimisst und derartige Folgen auch bei der Einstufung als „minder schwerer Fall“ heranzieht. *Mestek-Schmülling* macht allerdings darauf aufmerksam, dass die Rechtsprechung die drohende Ausweisung eines Ausländers anders behandelt als sonstige mittelbare Nachteile. Ihre Kritik daran ist überzeugend: Es ist inkonsequent, beamtenrechtliche Nachteile strafmildernd zu berücksichtigen, die drohende Ausweisung aber nicht, obwohl diese für hier geborene oder jedenfalls familiär und sozial verwurzelte ausländische Täter in gleicher Weise oder sogar noch stärker existenzvernichtend sein kann. Im zweiten und dritten Kapitel stellt die Autorin außerdem den Stand der Diskussion im Schrifttum dar. Dazu gehören Stimmen, die sich gegen eine Einstufung als minder schwerer Fall wegen mittelbarer Straftatfolgen für den Täter aussprechen sowie Kritiker, die auch von Strafminderungen innerhalb des Normalstrafrahmens eine Schwächung der generalpräventiven Wirkung des Strafrechts befürchten und in der Gerichtspraxis eine (z.B. Beamte milder behandelnde) Klassenjustiz sehen.

Im vierten Kapitel entwickelt *Mestek-Schmülling* schließlich ihren eigenen Ansatz, mit dem sie im Ergebnis die strafmildernde Berücksichtigung mittelbarer Straftatfolgen befürwortet. Im ersten Unterkapitel geht sie der Frage nach, ob eine strafmildernde Anrechnung auf disziplinarische Maßnahmen mit Strafcharakter beschränkt werden sollte. Hierzu erörtert die Verf., welche Art der Zufügung von Nachteilen durch den Staat als Strafe eingestuft werden soll. Im Einklang mit einer starken Strömung in der deutschen Strafrechtswissenschaft akzentuiert sie den Gedanken der Normbestätigung: Eine staatliche Maßnahme sei dann Strafe, wenn sie mit dem Ziel, die verletzte Norm wiederherzustellen, die defizitäre Einstellung des Betroffenen zur Norm verbindlich feststelle, ihm und anderen dies vorhalte und ihm als Reaktion auf den Widerspruch zur Norm ein materielles Übel auferlege (S. 102). *Mestek-Schmülling* geht davon aus, dass es neben Disziplinarstrafen (etwa Gehaltskürzungen) auch disziplinarische Maßnahmen mit ausschließlich präventivem Charakter gebe, darunter die Entfernung eines Beamten aus dem Dienst. Diese Unterscheidung überzeugt nicht: Es ist inkonsequent, eine mildere disziplinarrechtliche Reaktion als Strafe einzuordnen, die den Betroffenen wesentlich härter treffende Entfernung aus dem Dienst dagegen nicht. Die härtere Disziplinarstrafe wird dann verhängt werden, wenn der Beamte besonders gravierend die für ihn geltenden Verhaltensnormen missachtet hat, ist also nach der Theorie von der Normbestätigung erst recht als Strafe einzustufen. In den folgenden Passagen kommt die Verf. (in Abweichung von der ganz h.M.) dazu, dass schon Art. 103 Abs. 3 GG Betroffene davor schützen müsse, sowohl mit Disziplinarstrafe als auch mit Kriminalstrafe belangt zu werden. Über dieses Ergebnis lässt sich debattieren - mir erscheint es zweifelhaft, dass die hinter Art. 103 Abs. 3 GG stehenden Wertungen (Rechtssicherheit, Berechenbarkeit von Sanktionen für den Einzelnen) es erfordern, das

Disziplinarrecht einzuschließen. Betroffene Beamte wissen, dass sie neben den für jedermann geltenden Sanktionsnormen zusätzlich den Regeln des Disziplinarrechts unterfallen.

Nachdem sie ihren Vorschlag dargestellt hat, bei strafen Disziplinarsanktionen mittels Art. 103 Abs. 3 GG eine doppelte Belastung des Straftäters zu vermeiden, untersucht *Mestek-Schmülling*, wie sonstige belastende Maßnahmen bei der Strafzumessung zu berücksichtigen sind. Sie befürwortet eine strafmildernde Anrechnung mit folgendem Argumentationsgang: Inhalt des Schuldprinzips sei die Festlegung, dass der mit der Strafe verfolgte Zweck in der Normrehabilitation liege. Die verhängte Strafe müsse nach dem Verhältnismäßigkeitsprinzip darauf überprüft werden, ob sie nicht für diesen Zweck übermäßig sei (S. 118). Bedauerlich ist, dass sie ihre straftheoretische Festlegung nicht näher begründet, insbesondere auch nicht auf Meinungen eingeht, die eine Reduktion der Strafzwecke allein auf Normbestätigung kritisch untersuchen (s. etwa Aufsätze in dem von *Schünemann/von Hirsch/Jareborg* herausgegebenen Sammelband: Positive Generalprävention, C.F. Müller Verlag, 1998). Bei der Prüfung der Verhältnismäßigkeit kommt *Mestek-Schmülling* zum Ergebnis, dass es nicht erforderlich sei, beim Eintritt mittelbarer Straftatfolgen die Strafe in voller Höhe zu verhängen. Dem Zweck der Normbestätigung dienen auch mittelbare Straftatfolgen; ein dahin gehender allgemeiner Rechtsgedanke könne § 60 StGB entnommen werden. Im Rahmen der gewählten, wenn auch nicht eingehend begründeten straftheoretischen Herleitung ist dieses Ergebnis mit gut vertretbaren Argumenten begründet. Wenn man Strafzumessung allerdings nicht nur aus der Perspektive „erforderliche Normbestätigung“ betrachtet, sondern auch den Aspekt der Gleichmäßigkeit und des tatproportionalen Strafmaßes betont, bleibt das Problem, dass mildere Strafen für manche Täter als notwendige Kehrseite die härtere Behandlung anderer bedeutet, die auch diesen gegenüber zu begründen ist (vgl. *Hörnle*, Tatproportionale Strafzumessung, 1999, S. 346 f.).

Im letzten Abschnitt ihrer Arbeit kommt *Mestek-Schmülling* mittels einer historischen Interpretation des Begriffs „minder schwerer Fall“ dazu, dass damit nicht nur die retrospektive Bewertung der Tat gemeint sei, sondern allgemein auf die Strafwürdigkeit verwiesen werde. Sie pflichtet deshalb der Rechtsprechung bei, die zu erwartende mittelbare Straftatfolgen für den Täter zum Anlass nimmt, wenn die gesetzliche Rechtsfolgenbestimmung diese Möglichkeit eröffnet, den Strafrahmen für minder schwere Fälle anzuwenden. Es ließe sich in Frage stellen, ob man der Strafzumessungstradition, die lange Zeit auf ein dünnes theoretisches Fundament gestützt war, diesen Grad der Verbindlichkeit für die Auslegung beimessen muss. Aber die Möglichkeit, darüber zu diskutieren, schmälert nicht den Wert von *Mestek-Schmüllings* Analyse. Insgesamt handelt es sich um eine gut geschriebene Arbeit, die mit vertretbaren Begründungen einen Teilaspekt der Strafzumessung systematisch aufarbeitet und damit zur besseren dogmatischen Fundierung dieses Rechtsgebiets beiträgt.

II. *Ahlers-Grzibek* beschäftigt sich in ihrer Dissertation mit dem „normativen Normalfall“. Im ersten Teil der Arbeit finden sich knappe Ausführungen zu Strafzwecken und Strafzumessungstheorien, die wegen ihrer Knappheit oberflächlich bleiben. Diese Vorgehensweise ist leider in vielen Dissertationen zu finden. „Der Vollständigkeit halber“ beginnen die Verfasser mit einer kurzen Schilderung von theoretischen Grundlagen des zu untersuchenden Gebietes, ohne sich aber mit hinreichender Intensität damit beschäftigen zu können. Derartige, an Repetitoriumsskripten erinnernde Abschnitte sind durchaus verzichtbar. Merkwürdig mutet es an, dass *Ahlers-Grzibek* mehrfach (S. 15, S. 100) ohne kritische Distanz die Bemerkung von *Bruns* (zitiert nach seinem 1974 erschienen Lehrbuch) anführt, dass die Strafzumessung ein „irrational bedingter Gestaltungsakt“ des Tatrichters sei. Es ist schließlich Anliegen auch ihrer Arbeit, dazu beizutragen, dass die früher unterentwickelte Dogmatik des Strafzumessungsrechts schärfere Konturen bekommt. Leicht ermüdend wirken auf den Leser die ausschließlich deskriptiven Kapitel im ersten Teil der Arbeit. Hier schildert die Verf. zum einen die Rechtsprechung verschiedener Senate des Bundesgerichtshofs zum Thema „Normalfall“. Die Darstellung dieser in sich widersprüchlichen Rechtsprechung ist für die Arbeit natürlich wichtig. Meine Bewertung als „ermüdend“ bezieht sich auf die Art der Präsentation, nämlich die strikte Trennung zwischen Beschreibung und eigenem Ansatz. Dasselbe gilt für die folgende Darstellung der Strafzumessungslehre, bei der die Verf. nicht Thesen zusammenfasst oder beurteilt, sondern einzelnen Autoren jeweils Abschnitte widmet, die aneinander gereiht werden. Auch diese Darstellungsform ist zwar durchaus verbreitet in Dissertationen. Eine anregendere Lektüre ist aber eine Darstellung und Bewertung verbindende Analyse.

Die ergiebigeren Abschnitte des Buches finden sich im Hauptteil (S. 72 ff.). Hier untersucht die Verf. die Relevanz des normativen Normalfalls für drei Aspekte der Strafzumessungsentscheidung: erstens für die Frage, ob der Verwertung einer bestimmten Tatsache das Doppelverwertungsverbot (§ 46 Abs. 3 StGB) entgegensteht, zweitens für die Bewertung einzelner Strafzumessungstatsachen als strafscharfend oder -mildernd und drittens für die Verortung des Falles im gesetzlichen Strafraumen. In überzeugender Weise schließt sich *Ahlers-Grzibek* der Ansicht im Schrifttum an, die einzelnen Ansätzen in der Rechtsprechung widerspricht, welche bei einem „normalen Erscheinungsbild“ des Delikts das Doppelverwertungsverbot anwenden wollen. Die Entscheidung des Gesetzgebers, für ein abstrakt umschriebenes Delikt im StGB einen bestimmten Strafraumen festzusetzen, gilt für *sämtliche* Erscheinungsformen, die dieses Delikt in der Lebensrealität annehmen kann. Tatumstände einer „normalen Ausprägung“ waren daher nicht maßgeblich für den Gesetzgeber. Geht der Richter auf eine solche „normale Ausprägung“ ein, verwertet er nicht einen Umstand, den bereits der Gesetzgeber gewürdigt hatte.

Am besten gelungen sind die Ausführungen von *Ahlers-Grzibek* dazu, dass es für die isolierte Bewertung und

Gewichtung von Strafzumessungstatsachen notwendig sei, mit der Figur des normativen Normalfalles zu arbeiten. Die Vorstellung, dass es einer isolierten Bewertung von Strafzumessungstatsachen nicht bedürfe, weil eine „Gesamtbetrachtung“ zugrunde zu legen sei, weist sie zu Recht zurück. Um die Bewertungsrichtung einer Tatsache (mildernd oder schärfend) zu festzulegen, bedarf es eines Vergleichswertes, für den sich der normative Normalfall anbietet. Die Verf. geht davon aus, dass sich *aus dem Gesetz* Wertungen entnehmen lassen, sowohl aus dem Allgemeinen Teil des StGB als auch aus den Tatbeständen des Besonderen Teils. Daraus könne geschlossen werden, wie sich der Gesetzgeber den Normalzustand eines bestimmten Umstands vorgestellt habe und welche abweichenden Erscheinungsformen schärfend oder mildernd berücksichtigt werden sollten. Diesen Ansatz verdeutlicht sie anhand zahlreicher Beispiele. So führt die Verf. etwa aus, dass das Fehlen von wirtschaftlicher Not „normativ normal“ und deshalb strafzumessungsneutral sei. Die Ausgestaltung von § 34 StGB als Erlaubnisnorm zeige, dass Erscheinungsformen von Not unrechtsmildernd seien (auch schon unterhalb der Schwelle, ab der eine Rechtfertigung nach § 34 eingreift), dass aber das Fehlen von Not normal sei. Im Hinblick auf einzelne Ausprägungen des normativen Normalfalls lässt sich zwar über die Ausführungen der Verf. debattieren. So wird beim Thema „Vorstrafen“ nicht klar, warum sie fehlende Vorstrafen als „normativen Normalfall“ einordnet (mit der Folge, dass dies strafzumessungsneutral ist, während vorhandene Vorstrafen zu Straferhöhungen führen sollen). *Ahlers-Grzibek* weist selbst darauf hin, dass die Rückfallvorschriften aufgehoben wurden und führt nicht weiter aus, wo sie nunmehr dem Gesetz einen „normativen Normalfall“ entnehmen will (S. 157). Des Weiteren wäre zu diskutieren, ob beim sexuellen Missbrauch von Kindern eine nachfolgende Schädigung der Kinder tatsächlich als „normativer Normalfall“ ein strafzumessungsneutraler Umstand ist (so S. 183 f.). Abgesehen von solchen Einzelpunkten ist aber festzuhalten, dass *Ahlers-Grzibek* einen überzeugenden Ansatz begründet, wie man Relevanz und Bewertungsrichtung bestimmter Tatumstände festlegen kann.

Sehr knapp fallen *Ahlers-Grzibeks* Überlegungen zum dritten Komplex aus, nämlich zu der Frage, ob die Figur des „normativen Normalfalls“ bei der Einordnung in den Strafraumen weiter hilft. *Ahlers-Grzibeks* Vorstellung, dass auch hier der „normative Normalfall“ das geeignete Instrument sei, ist nicht hinreichend durchdacht. Der Einstieg in den Strafraumen ist so, wie sie es skizziert (S. 195 f.) nicht möglich: Man kann nicht einem normativen Normalfall einen Punkt unterhalb der Mitte des gesetzlichen Strafraumens zuordnen und dann auf die Besonderheiten des abzuurteilenden Falles mit Verschiebungen nach oben oder unten reagieren. Die Autorin verkennt, dass für den Kern der Unrechtsbewertung Umstände wichtig sind, die mit dem Maßstab „normativer Normalfall“ nicht zu erfassen sind. Für Eigentums- und Vermögensdelikte, die den Großteil der abzuurteilenden Fälle ausmachen, kommt es entscheidend auf das Ausmaß des angerichteten finanziellen Schadens an. Dem StGB ist aber nicht zu entnehmen, wie der „normative Normalfall“

eines Diebstahls oder Betrugs im Hinblick auf die Schadenshöhe ausfallen soll. Dasselbe gilt für viele andere zentrale Strafzumessungsfaktoren. Wie soll etwa der „normative Normalfall“ einer Gewaltanwendung aussehen, oder einer körperlichen Verletzung? Die Bezugnahme auf den „normativen Normalfall“ ist nicht, wovon *Ahlers-Grzibek* ausgeht, der Schlüssel für eine rationalere Strafzumessung. Sie kann vielmehr nur für einen eng umgrenzten Teil der Strafzumessungsentscheidung relevant werden, nämlich soweit es darum geht, die Bewer-

tungsrichtung einiger Begleitumstände festzulegen. Für die vergleichende Bewertung der Tatschwere in einer Ordinalskala vor allem anhand des angerichteten Schadens und für die Umsetzung dieser Bewertung in ein numerisches Strafmaß muss anders vorgegangen werden (s. dazu *Hörnle*, Tatproportionale Strafzumessung, 1999, S. 364 ff.).

Prof. Dr. **Tatjana Hörnle**, Universität Bochum

Vollständige Rechtsprechung des BGH

Hinweis Bei den folgenden Leitsätzen ohne besondere Angabe handelt es sich wie auch oben um Leitsätze des Bearbeiters. Die oben hervorgehoben angegebenen Entscheidungen werden im Folgenden ohne die Leitsätze wiedergegeben. Aufgenommen sind auch die oben genannten EGMR- und BVerfG-Entscheidungen sowie eventuell auch weitere BVerfG-Entscheidungen, die keine besonders hervorzuhebenden Leitsätze aufweisen.

63. EGMR Nr. 73047/01 – Zulässigkeitsentscheidung der 3. Kammer des EGMR vom 23. November 2005 (Haas v. Deutschland).

Konfrontationsrecht (Verwertungsverbot hinsichtlich einer entscheidenden Verwertung unkonfrontierter Aussagen; anonyme Zeugen; Mitangeklagte als Zeugen; Hörensagen; Fragerecht; verhältnismäßige Einschränkungen; erweiterte Einschränkungen bei unmöglicher Befragung; Unerreichbarkeit; besonders vorsichtige Beweiswürdigung; Hinwirkungspflichten des Staates; Rechtshilfe; Unmittelbarkeitsprinzip); Recht auf ein faires Strafverfahren (Gesamtbetrachtung und Gesamtrecht); redaktioneller Hinweis.

Art. 6 Abs. 1 Satz 1, Abs. 3 lit. d EMRK; Art. 2 Abs. 1 GG; Art. 20 Abs. 3 GG; § 96 StPO (analog); § 244 Abs. 3 Satz 2 StPO; § 251 Abs. 1 Nr. 2, Abs. 2 Nr. 1 StPO; § 261 StPO

64. BVerfG 2 BvR 1737/05 (3. Kammer des Zweiten Senats) – Beschluss vom 29. November 2005 (OLG Köln)

Freiheit der Person (keine Aufrechterhaltung eines außer Vollzug gesetzten Untersuchungshaftbefehls trotz ungewissen Verfahrenfortgangs; Abwägung; Freiheitsanspruch; wirksame Strafverfolgung; verfassungsgemäße Ausstattung der Gerichte durch den Staat); Beschleunigungsgebot (Unterbrechung der Hauptverhandlung; Mutterschutz; überobligationsmäßiger Einsatz der Richterbank); Haftsache (Behandlung bei Außervollzugsetzung; Verhältnismäßigkeit).

Art. 2 Abs. 2 S. 2 GG; Art. 20 Abs. 3 GG; Art. 2 Abs. 1 GG; § 116 StPO; § 120 Abs. 1 Satz 2 StPO

65. BVerfG 2 BvR 2056/05 (3. Kammer des Zweiten Senats) – Beschluss vom 1. Februar 2006 (HansOLG Hamburg)

Freiheit der Person; Widerruf der Aussetzung eines Haftbefehls (neue Umstände; wesentlicher Punkt; hohe Straferwartung; Strafantrag der Staatsanwaltschaft; Urteil nach Haftverschonung; nachvollziehbare Feststellungen zur Straferwartung des Beschuldigten; Prognose; Flucht-

anreiz; Bestätigung des Vertrauens der Aussetzungsentcheidung); Fall *El Motassadeq*.

Art. 2 Abs. 2 GG; Art. 20 Abs. 3 GG; Art. 104 GG; § 116 Abs. 4 Nr. 3 StPO

66. BVerfG 2 BvR 2057/05 (3. Kammer des Zweiten Senats) – Beschluss vom 29. Dezember 2005 (OLG Koblenz)

Freiheit der Person; Beschleunigungsgebot in Haft Sachen (Untersuchungshaft über fünf Jahre und zehn Monate; Detailprüfung; geringe Hauptverhandlungsdichte; Urteilsabsetzungsfrist; verzögerte Zustellung des Urteils; verzögerte Revisionsgegenerklärung); Beschwerdeentscheidung (Würdigung tatsächlicher Grundlagen; Abwägung; Gewicht des staatlichen Strafanspruchs; gerichtliche Verurteilung; Anrechnung der Untersuchungshaft; Strafhafte; Resozialisierung); redaktioneller Hinweis.

Art. 2 Abs. 2 Satz 2 GG; Art. 20 Abs. 3 GG; § 213 StPO; § 275 Abs. 1 StPO; § 347 Abs. 1 Satz 2 StPO

67. BVerfG 2 BvR 2233/04 (3. Kammer des Zweiten Senats) – Beschluss vom 31. Oktober 2005 (Bay-ObLG/LG München I/AG München)

Freiheit der Person; Haftbefehl (Aufhebung; Ersetzung; Beschwerde; weitere Beschwerde; Feststellung der Rechtswidrigkeit der Untersuchungshaft von Anfang an; Zeitraum; gegenwärtige Beschwer; Rechtsschutzbedürfnis); Feststellungsinteresse bei tief greifenden Grundrechtseingriffen (Effektivität des Rechtsschutzes; Rechtsweggarantie); Subsidiarität der Verfassungsbeschwerde (weitere Beschwerde im Falle eines aufgehobenen Haftbefehls).

Art. 2 Abs. 2 GG; Art. 19 Abs. 4 Satz 1 GG; Art. 20 Abs. 3 GG; Art. 2 Abs. 1 GG; § 310 Abs. 1 StPO; § 112 StPO

68. BGH 2 StR 402/05 - Urteil vom 30. November 2005 (LG Fulda)

Gerichtskosten im Revisionsrechtszug (Auferlegung; Nebenkläger; Staatsanwaltschaft); Auslagen des Angeklagten.

§ 473 StPO

69. BGH 2 StR 439/05 - Urteil vom 14. Dezember 2005 (LG Bonn)

Vergewaltigung (Versuch; Vollendung); sexuelle Nötigung.

§ 177 StGB; § 22 StGB; § 23 StGB

70. BGH 2 StR 462/05 - Beschluss vom 30. November 2005 (LG Erfurt)

Verfahrensrügen (Begründung; Darlegungspflicht); Besorgnis der Befangenheit (antizipierte Beweiswürdigung; Glaubwürdigkeit eines Zeugen).

§ 344 Abs. 2 Satz 2 StPO; § 24 StPO

71. BGH 2 StR 505/05 - Beschluss vom 11. Januar 2006 (LG Gera)

Tankbetrug (Irrtum; Abgrenzung zwischen Betrug und Unterschlagung; Verfahrenseinstellung); versuchte Vergewaltigung.

§ 263 StGB; § 246 StGB; § 177 StGB; § 154 Abs. 2 StPO

72. BGH 2 StR 522/05 - Beschluss vom 30. November 2005 (LG Bonn)

Ermächtigung zur Rücknahme der Revision (Form; Anfechtung; Irrtum); Wiedereinsetzung in den vorigen Stand (Fristversümnis).

§ 302 Abs. 2 StPO

73. BGH 2 StR 528/05 - Beschluss vom 16. Dezember 2005 (LG Gera)

Beschränkung der Strafverfolgung.

§ 154a StPO

74. BGH 2 StR 539/05 - Beschluss vom 21. Dezember 2005 (LG Koblenz)

Unerlaubtes Handeltreiben mit Betäubungsmitteln (Täterschaft; Teilnahme; Kurier); Aufrechterhaltung des Rechtsfolgenausspruchs trotz Schuldpruchänderung zur Beteiligungsform (Beruhen).

§ 29 BtMG; § 25 StGB; § 26 StGB; § 27 StGB; § 337 StPO; § 354 Abs. 1 StPO analog

75. BGH 2 StR 542/05 - Beschluss vom 21. Dezember 2005 (LG Mühlhausen)

Tenorkorrektur (geschachtelte Einbeziehung).

§ 55 StGB; § 260 Abs. 4 StPO

76. BGH 2 StR 549/05 - Beschluss vom 21. Dezember 2005 (LG Bonn)

Anrechnung in Frankreich erlittener Untersuchungshaft (Verhältnis 1:1).

§ 51 Abs. 4 Satz 2 StGB

77. BGH 2 ARs 433/05 / 2 AR 229/05 - Beschluss vom 19. Januar 2006

Beschwerde gegen einen Beschluss (des Oberlandesgerichts; des Bundesgerichtshofs).

§ 304 Abs. 4 StPO

78. BGH 2 ARs 443/05 / 2 AR 221/05 - Beschluss vom 30. November 2005

Zuständigkeitsbestimmung (Bewährungsüberwachung; Zuständigkeitskonzentration).

§ 462a Abs. 2 Satz 1 StPO

Die in § 462a Abs. 4 StPO begründete Zuständigkeitskonzentration setzt voraus, dass bezüglich mehrerer Verurteilungen unterschiedlicher Gerichte Nachtragsentscheidungen nach §§ 453, 454, 454a oder 462 StPO zu treffen sind. Nur für diesen Fall besteht die Gefahr einer Entscheidungzersplitterung und divergierender Entscheidungen, der mit der Zuständigkeitskonzentration bei einem Gericht vorgebeugt werden soll. Stehen Nachtragsentscheidungen im Sinne des § 462a Abs. 4 StPO nur (noch) bei einem Gericht an, entfällt die sachliche Rechtfertigung für eine Zuständigkeitsbündelung jedenfalls dann, wenn die Zuständigkeitskonzentration nur für zwei Strafen begründet war und die Bewährungsüberwachung nach dem Erlass einer der beiden Strafen nur noch eine Strafe betrifft.

79. BGH 2 ARs 460/05 / 2 AR 250/05 - Beschluss vom 21. Dezember 2005

Verfahrensverbindung.

§ 2 StPO; § 4 StPO

80. BGH 3 StR 205/05 - Beschluss vom 29. November 2005 (LG Hannover)

Rechtliches Gehör; Anhörungsrüge; unzulässige Revision (Rechtsmittelverzicht).

Art. 103 Abs. 1 GG; Art. 6 Abs. 1 Satz 1 EMRK; § 356a StPO; § 302 StPO; § 349 Abs. 1 StPO

81. BGH 3 StR 243/02 - Urteil vom 15. Dezember 2005 (LG Mönchengladbach)

Unerlaubtes Handeltreiben mit Betäubungsmitteln (Versuch trotz „verzweifelter Bemühungen“ um ein Umsatzgeschäft mit „Drogendealern“; Vollendung; Eigenverbrauch); Recht auf Verfahrensbeschleunigung (rechtsstaatswidrige Verfahrensverzögerung; Anfrageverfahren; Großer Senat für Strafsachen).

§ 29 BtMG; § 22 StGB; § 23 StGB; § 132 GVG; Art. 6 Abs. 1 Satz 1 EMRK; Art. 2 Abs. 1 GG; Art. 20 Abs. 3 GG

82. BGH 3 StR 243/05 - Urteil vom 1. Dezember 2005 (LG Duisburg)

Mord (Heimtücke; Strafzumessung; Rechtsfolgenlösung); rechtfertigender Notstand (Dauergefahr); Putativnotstand; Tateinheit (natürliche Handlungseinheit); Zweifelsatz (unwiderlegliche Einlassung; Aufklärungspflicht).

§ 211 StGB; § 49 Abs. 1 StGB; § 46 StGB; § 35 Abs. 2 StGB; § 52 StGB; § 34 StGB

83. BGH 3 StR 243/05 - Beschluss vom 1. Dezember 2005 (LG Duisburg)

Notstandshilfe; Putativnotstand; Erörterung.

§ 35 StGB; 267 Abs. 4 StPO

84. BGH 3 StR 327/05 - Beschluss vom 15. November 2005 (LG Düsseldorf)

Bestellung als Pflichtverteidiger (Recht auf effektive Verteidigung; wichtiger entgegenstehender Grund: konkrete Gefahr der Interessenkollision; Anhörungspflicht); rechtliches Gehör.

Art. 2 Abs. 1 GG; Art. 20 Abs. 3 GG; Art. 6 Abs. 3 lit. c EMRK; § 142 Abs. 1 Satz 3 StPO; Art. 103 Abs. 1 GG

85. BGH 3 StR 61/02 - Urteil vom 15. Dezember 2005 (LG Mönchengladbach)

Unerlaubtes Handeltreiben mit Betäubungsmitteln (reine Vorbereitungshandlungen; Vorfeld eines noch nicht näher konkretisierten Drogenumsatzes); Recht auf Verfahrensbeschleunigung (rechtsstaatswidrige Verzögerung; Anfrage- und Vorlageverfahren).

§ 29 BtMG; Art. 6 Abs. 1 Satz 1 EMRK; Art. 2 Abs. 1 GG; Art. 20 Abs. 3 GG

86. BGH 3 StR 345/05 - Beschluss vom 3. November 2005 (LG Hannover)

Antrag auf Anordnung der nachträglichen Sicherungsverwahrung (Anforderungen; Rücknahme).

§ 275a StPO; § 303 StPO; § 66b StGB

87. BGH 3 StR 356/05 - Beschluss vom 29. November 2005 (LG Verden)

Vergewaltigung (Gewalt).

§ 177 Abs. 2 StGB

88. BGH 3 StR 367/05 - Beschluss vom 29. November 2005 (LG Kiel)

Ne bis in idem; Strafklageverbrauch (Handlungseinheit; Zusammentreffen in einem Handlungsteil).

§ 52 StGB; § 264 StPO; Art. 103 Abs. 3 GG

89. BGH 3 StR 370/05 - Beschluss vom 8. November 2005 (LG Hildesheim)

Schwere räuberische Erpressung (Vermögensnachteil); Anordnung von Sicherungsverwahrung (Urteilsgründe).

§ 253 StGB; § 255 StGB; § 250 StGB; § 66 StGB; § 267 Abs. 6 StPO

90. BGH 3 StR 378/05 - Beschluss vom 20. Dezember 2005 (LG Bückeburg)

Teilweise Einstellung des Verfahrens.

§ 154 StPO

91. BGH 3 StR 386/05 - Beschluss vom 13. Dezember 2005 (LG Flensburg)

Teilweise Einstellung des Verfahrens (Kosten).

§ 154 StPO

92. BGH 3 StR 387/05 - Beschluss vom 29. November 2005 (LG Düsseldorf)

Beweiswürdigung (Glaubhaftigkeit; Darlegung).

§ 261 StPO; § 267 Abs. 4 StPO

93. BGH 3 StR 393/05 - Beschluss vom 13. Dezember 2005 (LG Krefeld)

Unbegründete Revision.

§ 349 Abs. 2 StPO

94. BGH 3 StR 400/05 - Beschluss vom 10. Januar 2006 (LG Oldenburg)

Anrechnung von in Lettland erlittener Freiheitsstrafe (Verhältnis 1 : 1).

§ 51 Abs. 3 StGB

95. BGH 3 StR 402/05 - Beschluss vom 13. Dezember 2005 (LG Oldenburg)

Gesamtstrafenbildung; Urteilsformel (Totschlag in minderschwerem Fall).

§ 54 StGB; § 213 StGB; § 260 Abs. 4 StPO

96. BGH 3 StR 404/05 - Beschluss vom 1. Dezember 2005 (LG Kleve)

Verhängung von Geld- neben Freiheitsstrafe; Beschwer.

§ 41 StGB; vor § 296 StPO

97. BGH 3 StR 407/05 - Beschluss vom 20. Dezember 2005 (LG Hildesheim)

Teilweise Einstellung des Verfahrens.

§ 154 StPO

98. BGH 3 StR 417/05 - Beschluss vom 13. Dezember 2005 (LG Krefeld)

Unzulässige Revision (fehlende Rüge).

§ 349 Abs. 1 StPO; § 344 Abs. 2 Satz 1 StPO

99. BGH 3 StR 437/05 - Beschluss vom 22. Dezember 2005 (LG Itzehoe)

Strafzumessung (Mathematisierungen; schematische Vorgehensweisen).

§ 46 StGB

100. BGH 3 StR 470/04 - Urteil vom 21. Dezember 2005 (LG Düsseldorf)

BGHSt; Untreue (gravierende Verletzung einer Vermögensbetreuungspflicht; sicherer Vermögensnachteil; Einverständnis des Vermögensinhabers); Fall Mannesmann (Vodafone); Aktiengesellschaft (Präsidium; Aufsichtsrat; Vorstand; unternehmerische Führungs- und Gestaltungsaufgaben: Beurteilungs- und Ermessensspielraum); Sonderzahlung (Anreizwirkung; Dienstvertrag; kompensationslose Anerkennungsprämie; Verschwendung); unvermeidbarer Verbotsirrtum; Beihilfe bei berufstypischen neutralen Handlungen (objektive Zurechnung; Gehilfenvorsatz).

§ 266 Abs. 1 StGB; § 87 Abs. 1 AktG; § 93 Abs. 1 Satz 1 AktG; § 112 AktG; § 116 Satz 1 AktG; § 15 StGB; § 16 StGB; § 17 StGB; § 27 StGB; § 353 StPO

101. BGH 3 StR 456/05 - Beschluss vom 10. Januar 2006 (LG Flensburg)

Strafzumessung.

§ 46 Abs. 2 StGB

102. BGH 1 StR 287/05 - Urteil vom 7. Dezember 2005 (LG Konstanz)

Voraussetzungen des Täter-Opfer-Ausgleichs (erforderlicher kommunikativer Prozess; erforderliche Feststellungen).

§ 46a StGB

103. BGH 1 StR 411/05 – Beschluss vom 15. Dezember 2005 (LG Mannheim)

BGHR; rechtsmissbräuchlicher Befangenheitsantrag; gesetzlicher Richter (Ablehnung eines Befangenheitsantrages als unzulässig; Verwirkung; verschuldete Versetzung in den Zustand der Verhandlungsunfähigkeit).

Art. 101 Abs. 1 Satz 2 GG; § 338 Nr. 3 StPO; § 24 Abs. 2 StPO; § 26 Nr. 3 StPO

104. BGH 1 StR 420/05 – Beschluss vom 14. Dezember 2005 (LG Stuttgart)

Unterbringung des Angeklagten in einer Entziehungsanstalt (Erörterungspflicht; Hang).

§ 64 StGB

105. BGH 1 StR 445/05 – Beschluss vom 6. Dezember 2005 (LG Landshut)

Aufrechterhaltung des Strafausspruchs (angemessene Rechtsfolge; gesetzlicher Richter; Rechtsweggarantie; rechtliches Gehör; faires Verfahren; zumindest entsprechende Anwendung).

Art. 6 Abs. 1 EMRK; Art. 2 Abs. 1, Art. 19 Abs. 4, Art. 20 Abs. 3, Art. 101 Abs. 1 Satz 2 GG; Art. 103 Abs. 1 GG; § 46 StGB; § 354 Abs. 1a StPO

106. BGH 1 StR 476/05 – Beschluss vom 12. Januar 2006 (LG Passau)

Gewährung von Wiedereinsetzung in den vorigen Stand (keine Zurechnung des Anwaltverschuldens).

§ 44 StPO

107. BGH 1 StR 482/05 – Beschluss vom 8. Dezember 2005 (LG München)

Nachträgliche Unterbringung in der Sicherungsverwahrung (neue Tatsache: veränderte Haltung zur Tat und zur Therapie; Ausnahmevorschrift).

§ 66b Abs. 2 StGB

108. BGH 1 StR 541/05 – Beschluss vom 10. Januar 2006 (LG Mannheim)

Strafzumessung (berufliche Konsequenzen: Einbeziehung als Wirkung auf das künftige Leben des Täters in der Gesellschaft, Verlust der Ruhestandsbezüge eines Beamten; Erörterungspflicht).

§ 46 StGB

109. BGH 4 StR 198/05 – Urteil vom 8. Dezember 2005 (LG Saarbrücken)

Recht auf ein faires Verfahren (Verfahrensabsprachen: ausgeschlossener Gegenstand der Sicherungsverwahrung; Beweisantrag zur Aufdeckung einer rechtswidrigen Verfahrensabsprache: Offenkundigkeit, Gerichtskundigkeit, Bedeutungslosigkeit, Vernehmung eines Richters); gesetzlicher Richter (Besorgnis der Befangenheit); Urteilsgründe (unzulässige Verweisung auf eine dienstliche Stellungnahme); Beweiswürdigung (Verurteilung auf Grund von Aussagen eines Mitangeklagten, denen eine Absprache zugrunde liegt); redaktioneller Hinweis.

Art. 6 EMRK; Art. 101 Abs. 1 Satz 2 GG; Art. 2 Abs. 1 GG; Art. 20 Abs. 3 GG; § 66 StGB; § 24 StPO; § 338 Nr. 3 StPO; § 244 Abs. 3 StPO; § 261 StPO; § 267 StPO

110. BGH 4 StR 198/05 – Beschluss vom 8. Dezember 2005

Verfahrenseinstellung bei Tod des Angeklagten (Verfahrenshindernis).

§ 206a StPO

111. BGH 4 StR 268/05 – Urteil vom 22. Dezember 2005 (LG Arnsberg)

Begrenzte Revisibilität der Beweiswürdigung.

§ 261 StPO

112. BGH 4 StR 283/05 – Urteil vom 15. Dezember 2005 (LG Bochum)

Volkshetze (böswilliges Verächtlichmachen; Angriff auf die Menschenwürde; Behauptung der religiös bedingten Bereitschaft zum sexuellen Missbrauch Minderjähriger bei Juden; Synagogenbau; öffentlicher Friede); Meinungsfreiheit (Deutungsobliegenheiten; Recht auf Gegenschlag); vermeidbarer Verbotsirrtum (Subsumtionsirrtum; Vermeidemaßnahmen).

Art. 1 GG; Art. 5 GG; Art. 10 EMRK; § 130 Abs. 1 Nr. 2 StGB; § 17 StGB

113. BGH 4 StR 314/05 – Urteil vom 15. Dezember 2005 (LG Magdeburg)

Vergewaltigung (hilflose Lage; Gewalt; Strafschärfung bei Ansteckungsgefahr und bei Oral- und Analverkehr); keine Strafmilderung bei tatsächlich unverminderter Unrechtseinsicht; Strafzumessung (strafschärfende Berücksichtigung der Verwirklichung mehrerer Tatbestandsalternativen); Strafrahmenschiebung bei selbstverschuldeter Trunkenheit.

§ 177 Abs. 2 StGB; § 21 StGB; § 46 StGB; § 49 StGB

114. BGH 4 StR 347/05 – Urteil vom 22. Dezember 2005 (LG Göttingen)

Beweiswürdigung (Tötungsvorsatz; Schüsse auf ein fahrendes Auto; Körperverletzungsvorsatz); gefährliche Körperverletzung (Unmittelbarkeitszusammenhang beim gefährlichen Werkzeug; gemeinschaftlich: unschädlich mangelnde Kenntnis des Tatopfers).

§ 261 StPO; § 212 StGB; § 223 StGB; § 15 StGB; § 224 StGB

115. BGH 4 StR 347/05 - Beschluss vom 22. Dezember 2005 (LG Göttingen)

Sofortige Beschwerde der Nebenklage (Kostenentscheidung; Auferlegung der notwendigen Auslagen der Nebenklage bei Verurteilung wegen eines anderen Delikts als des Nebenklagedelikts).

§ 464 Abs. 3 StPO; § 472 Abs. 1 Satz 1 StPO

116. BGH 4 StR 366/05 – Beschluss vom 13. Dezember 2005 (LG Magdeburg)

Recht auf Verfahrensbeschleunigung (überlange Verfahrensdauer; Herabsetzung der Strafen gemäß § 354 Abs. 1 a und 1 b StPO).

Art. 6 Abs. 1 Satz 1 EMRK; Art. 2 Abs. 1 GG; Art. 20 Abs. 3 GG; § 46 StGB; § 354 Abs. 1a StPO

117. BGH 4 StR 410/05 - Beschluss vom 20. Dezember 2005 (LG Essen)

Versuchte Anstiftung zu einem Verbrechen (omnimodo facturus).
§ 30 Abs. 1 StGB

118. BGH 4 StR 426/05 – Beschluss vom 1. Dezember 2005 (LG Essen)

Verbindungsbeschluss nur durch Entscheidung eines gemeinschaftlichen oberen Gerichts (sachliche Zuständigkeit).
Art. 101 Abs. 1 Satz 2 GG; § 4 Abs. 2 StPO; § 355 StPO

119. BGH 4 StR 443/05 – Beschluss vom 6. Dezember 2005 (LG Stralsund)

Sexueller Missbrauch einer Schutzbefohlenen (Strafverfolgungsverjährung); Strafzumessung (keine belastende Anwendung des Zweifelsgrundsatzes hinsichtlich des Alters des Opfers; gebotene mehrfache Anwendung des Zweifelsgrundsatzes).
§ 174 Abs. 1 Nr. 1 StGB; § 78 StGB; § 46 StGB; § 261 StPO

120. BGH 4 StR 459/05 – Beschluss vom 22. November 2005 (LG Dessau)

Geiselnahme (einschränkende Auslegung im Zweipersonenverhältnis; Ausnutzung zur weiteren Nötigung durch qualifizierte Drohung; Freiheitsberaubung).
§ 239b StGB; § 240 StGB; § 239 StGB

121. BGH 4 StR 485/05 – Beschluss vom 12. Januar 2006 (LG Magdeburg)

Nachträgliche Sicherungsverwahrung (neue Tatsache: kombinierte Persönlichkeitsstörung mit dissozialen Merkmalen, Vollzugsverhalten, prognoserelevanter symptomatischer Zusammenhang mit der Anlassverurteilung; verfassungskonforme Auslegung; Recht auf Freiheit und Sicherheit; Anwendung auf Tatbegehungen im Beitrittsgebiet); Vertrauensschutz; Rückwirkungsverbot; redaktioneller Hinweis.
§ 66b StGB; Art. 5 EMRK; Art. 103 Abs. 2 GG; Art. 20 Abs. 3 GG

122. BGH 4 StR 501/05 – Beschluss vom 10. Januar 2006 (LG Münster)

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

123. BGH 5 StR 119/05 – Urteil vom 2. Dezember 2005 (LG Köln)

BGHSt; Steuerhinterziehung (Selbstbelastungsfreiheit; Versteuerung von Bestechungsgeldern); Amtsträgerstellung (sonstige Stelle; private Mischunternehmen; Sperrminorität); Untreue (Beihilfe; Mindestvermögensnachteil bei Schmiergeldzahlungen; Bestechung im geschäftlichen Verkehr; Missbrauchstatbestand: Wirksamkeit der Verpflichtung); Verfall (Erlangtes bei Bestechung); Bestechlichkeit bzw. Bestechung im geschäftlichen Verkehr; Strafaussetzung zur Bewährung (Einfluss des Rechts auf Verfahrensbeschleunigung auf die Verfolgbarkeit von Steuer- und Wirtschaftskriminalität; obiter dictum des 5. Strafsenats).

Art. 2 Abs. 1 GG; Art. 1 Abs. 1 GG; Art. 6 Abs. 1 Satz 1 EMRK; § 11 Abs. 1 Nr. 2 Buchst. c StGB; § 370 AO; §

261 StPO; § 267 StPO; § 27 StGB; § 266 StGB; § 73 Abs. 1 Satz 1 StGB; § 393 AO; § 299 StGB; § 300 StGB; § 56 StGB; § 266 StGB

124. BGH 5 StR 268/05 – Urteil vom 2. Dezember 2005 (LG Köln)

Steuerhinterziehung (Darlegungsobliegenheiten beim Freispruch); Amtsträgerstellung (sonstige Stelle; private Mischunternehmen); Untreue (Beihilfe; Mindestvermögensnachteil bei Schmiergeldzahlungen).
§ 11 Abs. 1 Nr. 2 Buchst. c StGB; § 370 AO; § 261 StPO; § 267 StPO; § 27 StGB; § 266 StGB

125. BGH 5 StR 269/05 – Beschluss vom 24. Oktober 2005 (LG Leipzig)

Anhörungsrüge; unzulässige Befangenheitsanträge gegen alle Richter eines Senats des BGH (völlige Ungeeignetheit vorgetragener Gründe).
§ 26a StPO; § 356a StPO; § 24 Abs. 3 Satz 2 StPO

126. BGH 5 StR 339/05 – Urteil vom 29. November 2005 (LG Dresden)

Sicherungsverwahrung (Gefährlichkeitsprognose; Symptomtaten und Gelegenheitstaten; mangelhafte Darlegung zu den Äußerungen eines Sachverständigen im Hinblick auf § 246a StPO).
§ 66 Abs. 1 Nr. 3 StGB; § 246a StPO

127. BGH 5 StR 344/05 (alt: 5 StR 94/04) – Urteil vom 30. November 2005 (LG Berlin)

Tötungsvorsatz (voluntatives Element; Billigen im Rechtssinne; hochgradig interessenwidrige Tatfolgen); Beweiswürdigung; zulässige Revision der Nebenklage (Gesetzesverletzung; konkludente Berufung; Mord (niedrige Beweggründe); Schuldspruchänderung auf Totschlag (Körperverletzung mit Todesfolge); innerprozessuale Bindung an die aufrecht erhaltenen Feststellungen).
§ 211 StGB; § 15 StGB; § 212 StGB; § 261 StPO; § 400 StPO; § 354 StPO; § 226 StGB; § 353 Abs. 2 StPO

128. BGH 5 StR 353/05 – Urteil vom 30. November 2005 (LG Berlin)

Strafaussetzung zur Bewährung beschränkte (Ermessensspielraum des Tatrichters; Sozialprognose).
§ 56 Abs. 2 StGB

129. BGH 5 StR 358/05 - Beschluss vom 29. November 2005 (LG Göttingen)

Vergewaltigung; verminderte Schuldfähigkeit (Ausschluss einer Strafmilderung bei Alkoholisierung; mangelnde Blutprobe; psychodiagnostische Kriterien; Ausfallerscheinungen).
§ 177 Abs. 2 StGB; § 21 StGB; § 261 StPO

130. BGH 5 StR 402/05 – Beschluss vom 13. Dezember 2005 (LG Göttingen)

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

131. BGH 5 StR 403/05 – Beschluss vom 12. Oktober 2005 (LG Leipzig)

Verwerfung der Revision als unbegründet.

§ 349 Abs. 2 StPO

132. BGH 5 StR 422/05 – Beschluss vom 13. Dezember 2005 (LG Hamburg)

Verwerfung der Revision als unbegründet.

§ 349 Abs. 2 StPO

133. BGH 5 StR 427/05 – Beschluss vom 13. Dezember 2005 (LG Essen)

Steuerhinterziehung (Berechnungsdarstellung; unzureichende Feststellungen; Verfahrensabsprachen; Teilgeständnis; ungenügende Verweisung auf Betriebsprüfungsberichte und Wiedergabe von Aussagen, die Finanzbeamte als Zeugen in der Hauptverhandlung zur Behandlung steuerlicher Fragen gemacht haben).

§ 370 AO

134. BGH 5 StR 429/05 – Beschluss vom 28. November 2005 (LG Potsdam)

Verwerfung der Revision als unbegründet.

§ 349 Abs. 2 StPO

135. BGH 5 StR 439/05 – Beschluss vom 15. Dezember 2005 (LG Chemnitz)

Unerlaubtes Handeltreiben mit Betäubungsmitteln (Strafzumessung nach der Wirkstoffmenge; ungenügende Feststellungen).

§ 29a BtMG; § 46 StGB

136. BGH 5 StR 448/05 – Beschluss vom 12. Dezember 2005 (LG Berlin)

Verwerfung der Revision als unbegründet.

§ 349 Abs. 2 StPO

137. BGH 5 StR 464/05 – Beschluss vom 30. November 2005 (LG Berlin)

Verwerfung der Revision als unbegründet.

§ 349 Abs. 2 StPO

138. BGH 5 StR 478/05 – Beschluss vom 28. November 2005 (LG Frankfurt)

Verwerfung der Revision als unbegründet.

§ 349 Abs. 2 StPO

139. BGH 5 StR 480/05 – Beschluss vom 28. November 2005 (LG Hamburg)

Verwerfung der Revision als unbegründet.

§ 349 Abs. 2 StPO

140. BGH 5 StR 481/05 – Beschluss vom 14. Dezember 2005 (LG Hamburg)

Teilaufhebung bei unzutreffender Beweiswürdigung zum Tatgeschehen (Aufrechterhaltung des Schuldspruchs; Zulässigkeit ergänzender Feststellungen); Strafzumessung (kein strafschärfender Vorwurf anderer Konfliktlösungsmöglichkeiten).

§ 354 StPO; § 353 Abs. 2 StPO; § 46 StGB

141. BGH 5 StR 494/05 – Beschluss vom 13. Dezember 2005 (LG Hamburg)

Unterlassene Ladung eines Verteidigers zu den Hauptverhandlungsterminen (Entzug der Vollmacht bei mehreren Wahlverteidigern: keine Erklärung durch einen Wahlverteidiger ohne gesonderte Vertretungsvollmacht; konkludenter Verzicht bzw. Verwirkung von Verfahrensregeln bei Verfahrensabsprachen; Beruhen).

Art. 6 Abs. 3 lit. c EMRK; § 218 Satz 1 StPO; § 337 StPO; § 145a StPO; § 344 Abs. 2 Satz 2 StPO

142. BGH 5 StR 507/05 - Beschluss vom 12. Dezember 2005 (LG Bremen)

Recht auf Verfahrensbeschleunigung (Konzentrationsmaxime; Ausnutzung nach der StPO eröffneter Fristen).

Art. 6 Abs. 1 Satz 1 EMRK; Art. 5 Abs. 3 Satz 1 EMRK

143. BGH 5 StR 510/05 – Beschluss vom 12. Dezember 2005 (LG Hamburg)

Verwerfung der Revision als unbegründet.

§ 349 Abs. 2 StPO

144. BGH 5 StR 520/05 – Beschluss vom 13. Dezember 2005 (LG Hamburg)

Bewaffneter Betäubungsmittelhandel; Strafzumessung (unberechtigte Berücksichtigung von Vortaten; Tilgung nach BZRG; Bemessung der Gefährlichkeit von Waffen nach dem WaffG).

§ 30a Abs. 1 BtMG; § 46 StGB; § 46 Abs. 1 Nr. 1 lit. c BZRG; § 51 Abs. 1 BZRG; § 51 Abs. 1 WaffG; § 52 Abs. 1, Abs. 3 WaffG